

KS. ANTONI STANKIEWICZ

## Pozytywny akt woli przy symulacji zgody małżeńskiej

### 1. STOSOWNOŚĆ UŻYWANIA TERMINU SYMULACJA W KANONICZNYM PRAWIE MAŁŻEŃSKIM

Jan Paweł II w swoim przemówieniu do Roty Rzymskiej z dnia 29 stycznia 1993 r., czyniąc wzmiankę o przepisie kan. 1101 § 2 KPK, w sposób wyraźny stwierdził, że stanowiłoby poważną ranę zadaną trwałości małżeństwa a tym samym również jego świętości, gdyby fakt symulacji nie miał swojej konkretyzacji ze strony symulanta w pozytywnym akcie woli<sup>1</sup>

Słowa te, użyte przez najwyższy autorytet Kościoła i samego prawodawcę, utwierdzają w przekonaniu o poprawności używania terminu symulacja (*simulatio*) w kanonistyce i w orzecznictwie kościelnym, mimo że norma kanoniczna aktualnie obowiązująca w tej dziedzinie, podobnie jak w poprzednim Kodeksie (kan. 1086 § 2), używa terminu wykluczenie (*exclusio*), które jest właściwie punktem końcowym w złożonym procesie symulacyjnym w odniesieniu do swojego przedmiotu<sup>2</sup>

Jednakże już po promulgacji poprzedniego Kodeksu w nauce kanonistycznej pojawiły się tendencje przeciwne posługiwaniu się terminem symulacja w prawie małżeńskim, zwłaszcza w odniesieniu do wyrażenia symulacja częściowa (*simulatio partialis*). Co więcej, były sugestie, by w ogóle usunąć termin symulacja z obiegu kanonistyki czy jurysprudencji, ponieważ wykluczenie istotnego przymiotu czy elementu małżeństwa dokonuje się poza schematem symulacyjnym, tj. w dobrej wierze, bez zamierzonego kłamstwa czy

---

<sup>1</sup> AAS 85:1993 s. 1259: "...sarebbe grave ferita inferta alla stabilità del matrimonio e quindi alla sacralità di esso, se il fatto simulatorio non fosse sempre concretizzato da parte dell'asserito simulante in *un actus positivus voluntatis*"

<sup>2</sup> P. J. Viladrich. Estructura esencial del matrimonio y simulación del consentimiento. Pamplona 1997 s. 43.

podstępu, czyli bez elementów, które w sposób zasadniczy charakteryzują zjawisko symulacji<sup>3</sup>

Pomijając niezasadność opinii, że symulacja może zaistnieć tylko wraz z podstępem<sup>4</sup>, trzeba mieć na uwadze, że właściwe i techniczne pojęcie symulacji wprowadził do nauki kanonicznego prawa małżeńskiego Kardynał Gasparri, zapożyczając je od ówczesnych moralistów, którzy zajmowali się problemem symulacji przy omawianiu kontraktów<sup>5</sup>. Otóż Kard. Gasparri, dostosowując swój "Tractatus canonicus de matrimonio" do niedawno promulgowanego wówczas Kodeksu, sprecyzował również ujęcie kanonistyczne symulacji zgody małżeńskiej w odniesieniu do treści kan. 1086 § 2, formułując ją jako zamierzoną niezgodność, nawet ze strony jednego tylko kontrahenta (symulacja jednostronna), między słowami, wyrażającymi zgodę małżeńską, a jej wewnętrznym brakiem<sup>6</sup>.

Inaczej więc niż to miało miejsce w kanonistyce średniowiecznej, kiedy symulacji jednostronnej nie przypisywano skuteczności prawnej na forum sądowym, lecz jedynie na forum penitencjalnym czyli sumienia<sup>7</sup>, symulacja w ujęciu Gasparriego posiada już taką samą skuteczność w obu zakresach, czyli również na forum sądowym i to niezależnie od tego czy łączy się ona z podstępem czy też nie<sup>8</sup>.

W ten sposób symulacja przyjmuje funkcję praktyczną, podobną do ekskluzji, czyli wykluczenia samego małżeństwa albo jego istotnego elementu lub przymiotu, realizowaną pozytywnym aktem woli i to zarówno jednostronnym jak i dwustronnym.

Symulacja kanoniczna w takim ujęciu w sposób oczywisty różni się od pojęcia symulacji cywilnej, która jak wiadomo, nie dopuszcza formy

<sup>3</sup> P. Huizing. Actus excludens substantiale matrimonii. Crisis doctrinae et Codicis. "Gregorianum" 45:1964 s. 789; E. Olivares D'Angelo. La exclusión de la indisolubilidad. W: Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro. T. 11. Salamanca 1994 s. 168.

<sup>4</sup> G.A. Nuti. La simulazione del contratto nel sistema del diritto civile. Milano 1986 s. 15.

<sup>5</sup> P. Gasparri. Tractatus canonicus de matrimonio. T. 2. Paris 1891 s. 23.

<sup>6</sup> P. Gasparri. Tractatus canonicus de matrimonio. T. 2. Città del Vaticano 1932 s. 36: "Fictio seu simulatio consensus matrimonialis tunc verificatur, quando contrahens externe quidem verba consensum exprimentia serio et rite profert, sed interne illum non habet"

<sup>7</sup> Panormitanus. Commentaria (Venetiis 1588) in X.4.1.c.26. summ. n.8. Co się tyczy znaczenia zasady "simulatae nuptiae tenent in foro iudiciali, non in foro poenitentiali" i że "in foro interno ei (tj. symulantowi) creditur, non in externo" - w nauce dekretalistów i komentatorów - zob. P. Huizing. Actus excludens s. 784-785; C. Serrano Postigo. La causa típica en el derecho canónico matrimonial. Leon 1980 s. 93-98.

<sup>8</sup> P. Gasparri, Tractatus s. 38. O teoriach kanonistycznych symulacji zgody małżeńskiej - zob. C. Serrano Postigo. La causa típica s. 113-151.

jednostronnej, nazywanej już w prawie średniowiecznym zastrzeżeniem potajemnym (*reservatio mentalis*), albo też żartem (*iocus*) lub podstępem (*dolus*)<sup>9</sup>, chociaż dzieli z nią aspekt istotny, tj niezgodność woli wewnętrznej z jej deklaracją zewnętrzną.

Taka niezgodność weryfikuje się w każdej formie symulacji kanonicznej w momencie zawierania małżeństwa, czyli manifestacji znaku ślubnego (zgody małżeńskiej), kiedy to symulant poprzez pozorną deklarację zgody małżeńskiej demonstruje otoczeniu, że pragnie zawrzeć małżeństwo zgodnie z wymogami kanonicznymi i godzi się przyjąć całą jego istotną strukturę, a jednocześnie pozytywnym aktem wewnętrznej woli wyklucza samo małżeństwo albo jakiś istotny jego element lub przymiot. Tej niezgodności, jak wiadomo, nie zawsze towarzyszy świadomość wywołanych przez nią skutków prawnych, czyli nieważności zgody małżeńskiej, co w zasadzie może zaistnieć tylko przy symulacji częściowej.

## 2. KRÓTKI PRZEGLĄD FORM WOLI SYMULACYJNEJ WEDŁUG TRADYCJI KANONICZNEJ

Ponieważ może wydawać się rzeczą niezrozumiałą nieprzyznawanie skuteczności prawnej symulacji jednostronnej na forum sądowym, czyli zewnętrznym i to już od czasów późniejszej dekretalistyki, zwłaszcza gdy się uświadomi, że nieważność małżeństwa przy symulacji wywodzi się z prawa naturalnego ze względu na niezastąpiony charakter zgody małżeńskiej (kan. 1057 § 1), nie wydaje się czymś zbędnym wskazać na motywy, dla których wymagano wtedy dołączenia warunku (*condicio*) oraz paktu (*pactum*), aby wewnętrzna wola antymałżeńska, niezgodna z zewnątrz deklaracją, mogła przewyciężyć granice forum wewnętrznego. Chociaż słowa dekretu *Tua nos Innocentego III* (X.4,1,26) dawały podstawę do uznania braku zgody małżeńskiej nawet przy jednostronnym zamiarze nie wiązania się węzłem małżeńskim z określoną osobą, jednakże siła oddziaływania tradycji rzymskiej, odmawiającej przy czynnościach prawnych skuteczności prawnej brakowi zgody ze strony jednego tylko kontrahenta<sup>10</sup>, nie pozwalała również na przypisanie takiej skuteczności jednostronnemu brakowi zgody małżeńskiej w zakresie zewnętrznym, sądowym, podczas gdy w zakresie wewnętrznym (*forum internum*) należało zawsze dążyć do odnowienia konsensu, by doprowadzić do zgodności pomiędzy obydwojma zakresami<sup>11</sup>

<sup>9</sup> F. Ferrara. Della simulazione dei negozi giuridici. Roma 1922 s.39

<sup>10</sup> M. Talamanca. Istituzioni di diritto romano. Milano 1990 s. 228.

<sup>11</sup> Panormitanus. Comm. in X.4,1,26, n.6: debet tamen sacerdos in foro animæ illum inducere ut consentiat de novo, et sic ut purget dolum ab eo commissum, et ut aptet se foro judiciali" Co do innych dekretalistów - zob. P. Huizing. Actus excludens s. 785.

Obok schematu symulacji, którą początkowo pojmowano tylko w odniesieniu do wymogu prawdziwości zgody małżeńskiej oraz niewystarczalności zgody fikcyjnej (*verus consensus internus, non fictus aut simulatus*), uwaga kanonistyki i ustawodawstwa kościelnego zaczęły się skupiać przede wszystkim na problemie formułacji aktu woli, przeciwnego substancji lub strukturze istotnej małżeństwa.

W tym kontekście należy podkreślić fakt przejścia od wystarczalności intencji (*intentio*) czyli woli (*voluntas*) przeciw substancji małżeństwa, do formalnego wymogu jej uwarunkowania, tj. przez akt warunkowy czyli *conditio contra substantiam coniugii*. Taki właśnie wymóg został postawiony w dekretale Grzegorza IX *Si conditiones* (X.4,5,7), chyba również w oparciu o zasadę wywodzącą się z tradycji rzymskiej, który zastosowano do zgody małżeńskiej, tj. że tylko poprzez warunek strony mogą ograniczyć skutki czynności prawnej

Jednakże kanonistyka ówczesna nie była skłonna do uznania wystarczalności warunku jednostronnego, tj. postawionego tylko przez jednego z nupturientów, ponieważ stosownie do zasad tradycji prawnej rzymskiej, w ujęciu niektórych romanistów, każdy warunek początkowo miał charakter paktu (umowy)<sup>12</sup>, albo też, jak sądzi inni, w sytuacji odpowiadającej warunkowi rozwiązującemu (*conditio resolutive*), konieczny był również pakt (umowa) rozwiązujący, podległy warunkowi<sup>13</sup>, uważany za niezależną umowę dwustronną.

W świetle tych zasad od czasów Sinibaldo Fieschi, przyszłego papieża Innocentego IV, skuteczność prawną warunku przeciw substancji małżeństwa zaczęto uzależniać od konieczności wprowadzenia go do paktu dwustronnego, czyli stała się nieodzowna *conditio in pactum deducta*<sup>14</sup>

Jest rzeczą wiadomą, że tradycja kanoniczna aż do promulgacji Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1917 r. nie potrafiła się uwolnić ani od wymogu aktu warunkowego (*conditio*) ani paktu (*pactum*), chociaż w ramach kanonistyki o profilu teologiczno-moralnym nie brakło dociekań w sprawie ustalenia form równoznacznych aktu warunkowego i sposobów wprowadzenia warunku do paktu. Dlatego też obok terminów tradycyjnie prawniczych, związanych z warunkiem, jak np. *conditio in pactum deducta* oraz *conditio mente retenta*, zaczęto posługiwać się również terminami pokrewnymi z teologii moralnej, które koncentrowały się wokół intencji, pojmowanej jako akt woli zmierzającej do swego przedmiotu<sup>15</sup>, tworząc specyficzną terminologię w tym zakresie, jak np. *intentio simplex*, *intentio mente vel corde retenta*, *intentio praevalens*, *intentio in pactum* albo *in conditionem deducta*. Co więcej, nawet

<sup>12</sup> M. Talamanca. Istituzioni di diritto romano s. 249.

<sup>13</sup> G. Pugliese. Istituzioni di diritto romano. Torino 1991<sup>3</sup> s. 250

<sup>14</sup> Innocentius IV. Commentaria in X.4,5,7. Venetiis 1570 s. 562.

<sup>15</sup> Zob. S.Thomas Aq. Summa theol. I-II,q.12,a.1.

błędne opinie o małżeństwie mogły stanowić przedmiot warunku lub paktu, np. *erronea opinio in pactum* albo *in conditionem deducta*<sup>16</sup> Tego rodzaju terminów używała również Kongregacja św. Oficjum w wielu instrukcjach z ubiegłego stulecia<sup>17</sup>

Wraz ze zróżnicowaniem terminologii w przedmiocie symulacji zgody małżeńskiej, również paktowi (*pactum*) zaczęto przypisywać inne znaczenie niż tylko dwustronnej stypulacji przeciw istocie małżeństwa.

W tym więc aspekcie sam fakt wprowadzenia warunku do paktu (*deductio in pactum*) zaczęło oznaczać zarówno jego zewnętrzne ujawnienie (*conditio expressa*), w przeciwieństwie do istnienia tegoż tylko w zakresie umysłowym (*conditio mente retenta*), jak również jego wejście do kontraktu małżeńskiego, mającego charakter paktu. Stąd też wprowadzenie warunku do paktu określało w sposób równoznaczny, że z takim właśnie warunkiem zostało zawarte małżeństwo oraz że stał się on elementem konstytutywnym umowy małżeńskiej, nawet jeśli dołączyła go tylko jedna ze stron<sup>18</sup>

Wprowadzenie warunku do paktu nie musiało dokonywać się w momencie wyrażania zgody małżeńskiej według formy kanonicznej, wprowadzonej przez Sobór Trydencki, lecz mogło mieć miejsce przedtem, byleby wywarło na nią wpływ przynajmniej wirtualny<sup>19</sup>

Takie pojęcie paktu, obok tradycyjnego, podtrzymywały jeszcze opinie kanonistyczne i kierunki jurysprudencki w okresie obowiązywalności Kodeksu z 1917 r., mimo że kan. 1092 n. 2 tegoż Kodeksu nie czynił żadnej wzmianki co do konieczności wprowadzenia do paktu warunku przeciw istocie małżeństwa.

Natomiast warunek co do przyszłości przeciw substancji małżeństwa (*conditio de futuro contra matrimonii substantiam*), jak wiadomo, jeszcze się zachował w kan. 1092, n. 2 Kodeksu z 1917 r., najprawdopodobniej dla podtrzymania precedensu historycznego z dekretu Grzegorza IX<sup>20</sup>

Jednakże warunek ten został poddany surowej krytyce. Według przeważającej opinii kanonistów chodziło tu o warunek w sensie

---

<sup>16</sup> Sanchez. De sancto matrimonio sacramento (Venetiis 1737). lib.2, disp.29, n.9 ss; lib.5, disp.13, n.1; Benedictus XIV. De synodo dioeciesana (Roma 1806). lib.13, cap.22,n.7. Por. P. Serafini. Sull'esclusione dei beni essenziali del matrimonio canonico. Romæ 1962 s. 13-27.

<sup>17</sup> SCS Officii. instr. (ad Vic. Ap. Oceaniæ). z 6 IV 1843. W: Gasparri. CIC Fontes. T.IV. n.894. s.170; instr. (pro Vic. Ap. ad Gallas). z 20 VI 1866. T.IV n.994. s.286; instr. (ad Vic. Ap. Oceaniæ Centr.). z 18 XII 1872. T.IV. n.1024. s.332; instr. (ad Ep. S.Alberti). z 9 XII 1874. T.IV. n.1036. s.346; instr. (ad Ep. Nesquallien.). z 24 I 1877. T:IV. n.1050. s.371.

<sup>18</sup> Zob. SCS Officii. Bosniae. z 2 XII 1680. W: CICFontes. T.IV n.755. s.35.

<sup>19</sup> SC Concilii. Ulixbonen. z 8 VII 1724. W: CICFontes. T.V. n.3278. s.724.

<sup>20</sup> Zob. źródła do kan. 1092 KPK z 1917 r., nt.1. Zob. P. Fedele. L'essenza del matrimonio canonico e la sua esclusione. W: Studi sul matrimonio canonico. Roma 1982 s.122.

niewłaściwym, analogicznym, nie dotyczącym przyszłości, ponieważ jego dodanie, nie zaś spełnienie, powodowało nieważność zgody małżeńskiej. Co więcej, nie miał on autonomii prawnej, ponieważ nie różnił się w istocie rzeczy od pozytywnego aktu woli z kan. 1086 § 2, chyba że tylko formą warunkową<sup>21</sup>. Nic więc dziwnego, że dawną normę usunięto już z pierwszych schematów *De matrimonio*, gdyż stanowiła ona, jak się wyraził autorytatywnie Relator, Huizing, nie tyle o właściwym warunku, lecz o pozytywnym akcie woli, wykluczającym istotny element małżeństwa<sup>22</sup>.

### 3. KONKRETYZACJA ZAMIARU SYMULACYJNEGO W POZYTYWNYM AKCIE WOLI W PRECEDENSACH NORMY KODEKSOWEJ Z 1917 R.

Wśród różnych form uzewnętrzniających wolę symulacyjną, w okresie bezpośrednio poprzedzającym promulgację Kodeksu z 1917 r. kanonistyka i orzecznictwo Roty Rzymskiej zaczęły się posługiwać złożonym terminem: pozytywny akt woli (*positivus voluntatis actus*), który w aspekcie kanonistycznym okazał się niezwykle żywotny i trwały. Wszedł bowiem nie tylko do kodeksowego prawa małżeńskiego Kościoła łacińskiego z 1917 r. (kan. 1086 § 2), ale również do prawa małżeńskiego Kościołów wschodnich z 1949 r. (kan. 77 § 2) i w końcu, bez większych trudności, do obu Kodeksów aktualnie obowiązujących, tj. łacińskiego (kan. 1101 § 2) i wschodniego (kan. 824 § 2).

Wypada przypomnieć, że tego terminu użył Kard. Gasparri już w pierwszym wydaniu swego *Tractatus canonicus de matrimonio* z 1891 r. w kontekście omawianej nieskuteczności błędu prawnego, kiedy to błędzący, jego zdaniem, "positivo voluntatis actu non excludit proprietatem matrimonio essentialem, licet excluderet si de ea cogitaret"<sup>23</sup>.

Po wznowieniu Roty Rzymskiej w 1908 r. w wyrokach rotalnych notuje się również aplikacja tego terminu, chociaż nie zawsze w formie integralnej i to z całą pewnością pod wpływem schematów nowego prawa małżeńskiego dla przygotowywanego wówczas Kodeksu.

I tak sławny pod tym względem wyrok c. Many z dnia 21 stycznia 1911 r. przyznał pełną skuteczność prawną aktowi woli rzeczywiście wyrażonemu i pozytywnemu (*actus voluntatis expressus et positivus*) czy to w wypadku symulacji całkowitej, przez odrzucenie (nie użyto jeszcze słowa *excludere*) samego kontraktu małżeńskiego, czy też częściowej, przez odrzucenie istotnych obowiązków małżeńskich lub jednego z nich<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> D. Staffa. *De conditione contra matrimonii substantiam*. Romæ 1955<sup>2</sup> s.31; P. Huizing. *Actus excludens* s. 790-794.

<sup>22</sup> »Communicaciones" 3:1971 s.78.

<sup>23</sup> P. Gasparri. *Tractatus* s. 23. Jednakże w kanonistyce ojcowstwo terminu "positivus voluntatis actus" przypisuje się Sanchezowi (lib.1, disp.9, n.1-2,5) por. P. Fedele. *L'essenza del matrimonio* s. 122.

<sup>24</sup> Dec. C. Many z 21 I 1911 r. RR Dec. 3:1911 s. 16-17.

Należy stwierdzić, że wspomniany wyrok nie tylko posłużył się schematem podziału symulacji na całkowitą i częściową, gdy uznał również jej skuteczność powodującą nieważność małżeństwa przy zaistnieniu jednostronnego aktu woli, pozytywnego i wyrażonego, i to nawet przy symulacji częściowej, niezależnie od argumentów opinii przeciwnej, tj. "licet alixiqui contradicere videantur"

W wyroku tym przeto pominięto wymóg doktryny kanonistycznej, tj. że akt woli winien być poparty paktem (*dedctio in pactum*), przynajmniej w odniesieniu do wykluczenia wierności małżeńskiej i potomstwa<sup>25</sup>, chociaż w rozpatrywanej sprawie chodziło o wykluczenie nierozzerwalności małżeństwa, przy którym nie wymagano takiego paktu. Wystarczyło bowiem, że symulant "actu voluntatis actuali vel virtuali, etiam in pactum non deducto, non intendit nisi solubile vinculum"<sup>26</sup>

Warto również nadmienić, że argumentacja omawianej decyzji rotalnej nie przypisuje skuteczności prawnej pozytywnemu aktowi woli na tej podstawie, że zakłada on istnienie dwóch aktów woli, sprzecznych ze sobą i wzajemnie wykluczających się, z których jeden chce zawarcia umowy małżeńskiej, drugi zaś tego nie chce, odrzucając jej istotę lecz że opiera się on na dwóch aktach woli, z których jeden jest generalny, ogólny, zmierzający do zawarcia umowy małżeńskiej, drugi zaś specjalnie i określony, dążący do odrzucenia jakiegoś obowiązku małżeńskiego. W oparciu zaś o 34 regułę prawną, że "generi per speciem derogatur" (34 R.J. in VI) stosowaną we wszystkich umowach, w więc i przy małżeństwie, akt specjalny przeważa nad ogólnym o znosi go całkowicie<sup>27</sup>

Wyrok wyższej instancji rotalnej, który zapadł w tej sprawie c. Lega, dnia 30 sierpnia 1911r., chociaż zaaprobował rozróżnienie między symulacją całkowitą i częściową, nie posłużył się jednak terminem pozytywny akt woli, lecz tradycyjnym terminem *intentio*, konkludując, że skuteczność prawną posiada "intentio explicita et positiva corde retenta sed non deducta in pactum et conditionem"<sup>28</sup>

Wyroki rotalne z lat późniejszych już z większym przekonaniem wypowiadają się o skuteczności prawnej aktu pozytywnego (*actus positivus*), przy dokonywanym wyłączeniu obowiązków małżeńskich<sup>29</sup> Natomiast od roku 1917 już wszystkie decyzje rotalne przytaczają tekst kan. 1086 § 2, tak że

---

<sup>25</sup> Zob. Sanchez. De sancto matrimonii sacramento. lib.2, disp.29, n.12; lib.5, disp.12, n. 5.

<sup>26</sup> Dec. C. Many z 21 I 1911r. s.17.

<sup>27</sup> Tamże s. 17.

<sup>28</sup> Dec. c. Lega z 30 VIII 1911 r. RR Dec. 3:1911 s. 463-464. Co się tyczy wyrażenia *positiva intentio* - zob. dec. c. Mori z 24 VII 1909 r. RR Dec. 1:1909 s. 108: "...cum haec positiva intentio destruat matrimonium ob defectum animi matrimonialis in suum verum obiectum, seu matrimonium indissolubile"

<sup>29</sup> Zob. dec. c. Sebastianelli z 17 II 1914 r. RR Dec. 6:1914 s. 58.

zarówno warunek jak i pakt stają się tylko zewnętrzną formą wyrażenia aktu woli, który ze swej natury jest już wystarczający do wykluczenia małżeństwa, jego istotnych elementów lub przymiotów<sup>30</sup>

Oczywiście od czasu promulgacji Kodeksu z 1917 r. pozytywny akt woli (kan. 1086 § 2), obok warunku co do przyszłości, godzącego w istotę małżeństwa (kan. 1092 n.2), stał się podstawą prawną dla każdej formy symulacji czyli wykluczenia zgody małżeńskiej, zważając na to, że sam akt warunkowy już wtedy zaczęto sprowadzać do formy warunkowej czyli hipotetycznej samego wykluczenia poprzez pozytywny akt woli. Natomiast od czasu promulgacji obydwóch nowych Kodeksów, tj. z 1983 r. i z 1990 r., pozytywny akt woli (kan. 1101 § 2; kan. 824 § 2), stał się formalnie jedyną podstawą prawną symulacji czyli wykluczenia zgody małżeńskiej. Stąd też niemałe znaczenie posiada właściwa interpretacja tego złożonego terminu kanonicznego.

#### 4. OCENY KRYTYCZNE TERMINU «POZYTYWNY AKT WOLI» I JEGO ZNACZENIE W UJĘCIU SUBIEKTYWISTYCZNYM

Nie można zaprzeczyć, że termin kodeksowy *actus positivus voluntatis*, mimo nieprzerwanego jego trwania w kanonicznym prawie małżeńskim od czasu promulgacji pierwszego Kodeksu z 1917 r., wciąż jeszcze napotyka na trudności interpretacyjne, co więcej, w ciągu swego osiemdziesięcioletniego istnienia normatywnego, rzadko otrzymał jakieś uznanie ze strony doktryny kanonistycznej. Rzeczywiście, nie często można spotkać przychylną jego ocenę, jak np. tę, że jest to jedno z bardziej udanych sformułowań Kodeksu<sup>31</sup>, a to ze względu na ekspresywną wartość użytej formuły oraz to, że wyraża ona w sposób dosadny konieczność zaistnienia aktu wzbudzonego (*actus elicitus*), który wychodzi poza matrycę teoretyczną, intelektualną, by stać się dobrowolnym chceniem i skonkretyzować się w fakcie wykluczenia<sup>32</sup>

Jednakże nawet przy pozytywnej ocenie omawianego terminu pozostaje zawsze do wyjaśnienia ważny problem, tj. na czym właściwie polega pozytywny akt woli.

W poszukiwaniu właściwego desygnatu niekiedy dodaje się temu już *per se* złożonemu terminowi jeszcze jeden przymiotnik, tj. *simplex*, prosty, dla odróżnienia prostego aktu pozytywnego woli (*simplex actus positivus voluntatis*), czyli zwykłej intencji, od warunku lub paktu, mimo że poza formą

<sup>30</sup> Zob. dec. c. Sebastianelli z 27 VII 1917 r. RR Dec. 11:1917 s. 162.

<sup>31</sup> O. Giacchi. Il consenso nel matrimonio canonico. Milano 1973<sup>2</sup> s.90.

<sup>32</sup> E. Graziani. L'esclusione dello «ius ad conjugalem actum». L'esclusione di una proprietà essenziale del matrimonio. W: Quaderni romani di diritto canonico. T.I. Roma 1977 s.29; P.A. Bonnet. Introduzione al consenso matrimoniale canonico. Milano 1985 s. 109-110.



zewnątrzną nie dostrzega się między nimi istotnej różnicy, tym bardziej, że skuteczność prawna, czyli nieważność małżeństwa nawet przy warunku czy pakcie zależy od pozytywnego aktu wykluczającego<sup>33</sup>

Niekiedy znowu termin ten uważa się za jakąś finezję, subtelność psychologiczną, niełatwą do uchwycenia w stanie psychicznym nupturienta, zwłaszcza gdy znajduje się on w warunkach nienormalnych, planuje podstęp, albo pragnie uwolnić się od przymusu<sup>34</sup>

Przechodząc do krytycznych ocen omawianego terminu, należy stwierdzić, że według niektórych kanonistów w formule normatywnej istotne znaczenie posiada tylko czasownik: «wyklucza» (*excludit*), podczas gdy pozostałe słowa: «pozytywnym aktem woli» (*positivo voluntatis actu*) są zupełnie zbędne. Wystarczyłoby bowiem, by norma kanoniczna stanowiła tylko o samym wykluczeniu, pozostawiając doktrynie i jurysprudencji ustalenie konkretnych sposobów jego realizacji<sup>35</sup> Co więcej, niektórzy uważają za zwykłą tautologię uwidocznioną specyfikację aktu woli przez dodanie przymiotnika w funkcji przydawkowej: «pozytywny» (*positivus*), ponieważ każdy zamierzony akt woli jest zawsze pozytywny. Problem polega jedynie na tym, czy akt woli istnieje czy też nie, a jeśli istnieje, to jest on tym samym również pozytywny<sup>36</sup>

Jednakże zarzut tautologii jest niewłaściwy, ponieważ według zasad logiki można o niej mówić przy definicjach lub rozumowaniach, a nie przy formułowaniu terminów, gdzie najwyżej może wystąpić pleonazm, czyli zbędność jakiegoś elementu. W takim to sensie niektórzy uważają, że chodzi tu o termin lub zwrot pleonastyczny, w którym użycie przymiotnika «pozytywny» nie posiada uzasadnionej racji bytu<sup>37</sup>

Inne znowu opinie dopatrują się w normatywnym sformułowaniu omawianego terminu pesymistycznej wizji rzeczywistości ludzkiej.

Otóż według takich zapatrywań, zmierzających do zmiany przedmiotowych ujęć kanoniczno-prawnych w tak zwane ujęcia

---

<sup>33</sup> Zob. Z. Grocholewski. *De exclusione indissolubilitatis ex consensu matrimoniali eiusque probatione*. Neapoli 1973 s. 119.

<sup>34</sup> C. Jemolo. *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal concilio di Trento al Codice del 1917*. Bologna 1993 (1941) s. 264.

<sup>35</sup> P. Huizing. *Actus excludens* s. 794.

<sup>36</sup> Zob. J.F. Castaño. *Il Sacramento del matrimonio*. Roma 1994<sup>3</sup> s.406; J.M. Serrano Ruiz. *El acto de voluntad por el que se crea o frustra el consentimiento matrimonial*. "Revista Española de Derecho Canónico" 51:1994 s.567; B. Gangoiti. *De actu positivo et de voluntate polyglotta in perpetuitatis matrimonii exclusione*. W: *Miscelanea in onore del Prof. J.M. Castaño O.P* Roma 1997 s. 305.

<sup>37</sup> Zob. M. Pastuszko. *Positivus actus voluntatis excludens matrimonium (can. 1086 § 2 CIC)*. "Prawo Kanoniczne" 18:1975 s.96; N. Lüdecke. *Der willensbestimmende Irrtum über das Wesen der Ehe nach c. 1099 CIC als eigenständiger Ehenichtigkeitsgrund*. "Oesterreichisches Archiv für Kirchenrecht" 40:1991 s.52.

personalistyczne, nieraz z pominięciem właściwej integracji elementów psychologicznych, filozoficznych i antropologicznych, wymóg pozytywności aktu woli jest nie tylko tautologiczny, ale również paradoksalny, gdyż opiera się na zbyt pesymistycznym i negatywnym pojęciu człowieka i chrześcijanina<sup>38</sup>. Norma bowiem kodeksowa przypisuje większą wartość aktowi przeciwnemu prawu, czyli wykluczającemu samo małżeństwo, jego istotne przymioty lub elementy, gdy domaga się jego pozytywności (kan. 1101 § 2), niż aktowi zgodnemu z prawem, jakim jest zgoda małżeńska, do której ważności wystarcza tylko zwykły akt woli (kan. 1057 § 2). Co więcej, do realizacji efektywnego wykluczenia przedmiotu zgody małżeńskiej doktryna i jurysprudencja żądają jeszcze podwójnego aktu woli oraz podwójnej przyczyny symulacji<sup>39</sup>.

Tego rodzaju opinie bez wątpienia zwracają uwagę nie tylko na problem waloryzacji zgody małżeńskiej, ale przede wszystkim na oczekiwaną równość między wymogami stawianymi samej zgodzie małżeńskiej i jej wykluczeniu.

Mimo to jednak trudno się zgodzić na postulowaną absorpcją «abstrakcyjnego», jak się go nazywa, aktu woli i zastąpienie go przez personalne zachowanie się symulanta, które prowadzi do eliminacji dyktatu normatywnego o konieczności pozytywnego aktu woli przy symulacji małżeństwa, tym bardziej jeśli intensywność zachowania się personalnego (osobowego) miałyby decydować i o wystarczalności zgody małżeńskiej, a w sensie negatywnym, o jej braku oraz nieważności<sup>40</sup>.

W ten sposób bowiem miałyby nastąpić przejście od pojęcia aktu (pozytywnego) woli w ujęciu racjonalistycznym i woluntarystycznym, ocenianym oczywiście negatywnie przez tego rodzaju zapatrywania, do zachowania się personalnego, jak to postulują wymienione opinie, aby lepiej ocenić tzw. «osobowość aktu», jego znaczenie oraz intensywność, w świetle postulowanej integralności, autonomii, niepowtarzalności, historyczności i otwarcia na komunikację interpersonalną<sup>41</sup>.

Chociaż u podłoża personalizmu leży jedność i spójność osobowości<sup>42</sup>, niemniej jednak ludzkie postawy, zachowania się i dążenia nie mogą na płaszczyźnie prawno-kanonicznej zastąpić wymogu pozytywnego aktu woli w procesie efektywnego wykluczenia istotnego przedmiotu zgody małżeńskiej. W rzeczywistości bowiem postawy i zachowania intelektualne i emocjonalne, ogólne i specyficzne a także ich funkcje posiadają tylko siłę motywacyjną<sup>43</sup>, a

<sup>38</sup> J. M. Serrano Ruiz. El acto de voluntad s. 568.

<sup>39</sup> Tamże.

<sup>40</sup> Tamże s. 576.

<sup>41</sup> Tamże s. 581.

<sup>42</sup> R. Zavalloni. Le strutture umane della vita spirituale. Brescia 1971 s. 13

<sup>43</sup> L.M. Rulla. Antropologia della vocazione cristiana. T. 1. Basi interdisciplinari. C. Monferrato 1988 s. 115.

nie wszyscy nawet psychologowie przyjmują, że dobrowolna decyzja jest tylko wynikiem walki między motywami, w której zwyciężyłby ten silniejszy, ale że jest ona aktem suwerennym woli albo ludzkiego «ja»<sup>44</sup> Ponadto w relacji między dążeniami i wolą ta ostatnia pozostaje zawsze kategoryalnie wyższą, tak że mimo uzależnienia od gry dążeń, jest ona wolna w odniesieniu do nich<sup>45</sup>

Wydaje się więc, że mimo wszystko jest wystarczająco uzasadniona formuła normy kanonicznej, która w sposób wyraźny żąda pozytywnego aktu woli dla konkretnej realizacji symulacji zgody małżeńskiej.

## 5. DUALIZM CZY POJEDYŃCZOŚĆ POZYTYWNEGO AKTU WOLI

Powstaje pytanie, na które starano się odpowiedzieć już w czasie obowiązywalności poprzedniego Kodeksu, tj. czy pozytywny akt woli, zmierzający do wykluczenia istoty małżeństwa, jest tylko jednym aktem w realizacji swej autonomicznej skuteczności prawnej, czy też przy zjawisku symulacji współistnieje on z drugim paralelnym aktem woli.

Otóż niektórzy kanoniści, idąc za nauką Benedykta XIV o absorpcji błędu prywatnego przez wolę ogólną (*voluntas generalis*) zawarcia małżeństwa według ustanowienia Chrystusowego<sup>46</sup>, utrzymują, że przy symulacji częściowej istnieją dwa akty woli, sprzeczne ze sobą (wspomnieliśmy o tym przy omawianiu wyroku c. Many z 21 I 1911 r.), z których jeden, ogólny (*generalis*) zmierza do zawarcia małżeństwa, drugi zaś, specyficzny, zmierza do wykluczenia istotnego elementu lub przymiotu małżeństwa, tak że te dwa akty niwelują się nawzajem i tym samym uniemożliwiają zaistnienie prawdziwej zgody, wymaganej do ważności małżeństwa<sup>47</sup>

W kontekście wzajemnej relacji między dwoma aktami woli niektórzy uważają, że intencja lub wola wykluczająca istotne elementy lub przymioty małżeństwa powinna być wolą przeważającą (*voluntas praevalens*) nad wolą ogólną zawarcia małżeństwa i dlatego znosi ją, powodując nieważność umowy małżeńskiej<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> A. Ronco. Introduzione alla psicologia. Psicologia dinamica. Roma 1987<sup>4</sup> s. 69.

<sup>45</sup> K. Schneider. Psicopatologia clinica (tł. wł.). Roma 1982 s. 193.

<sup>46</sup> Benedictus XIV De synodo lib.13, cap.22, n.7.

<sup>47</sup> P. Gasparri. Tractatus canonicus s.45. Co do kanonistyki z okresu Kodeksu z 1917 r. zob. P. Huizing. Actus excludens s.762; co do aktualnej kanonistyki zob. F.R. Aznar Gil. El nuevo derecho matrimonial canónico. Salamanca 1985<sup>2</sup>-, s.362.

<sup>48</sup> Zob. E. Bersini. Il nuovo diritto canonico matrimoniale. Commento giuridico-teologico-pastorale. Torino 1983 s.93; M.F. Pompedda. Studi di diritto matrimoniale canonico. Milano 1993 s.445. Ponadto o prewalencji woli w normatywie poprzedniej i obecnej por. E. Graziani. Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico. Milano 1956 s. 163-164; P. Huizing. Actus excludens s. 762-763; P.A. Bonnet. Introduzione s.104-105; Z. Grocholewski, Positivo l'atto di volontà come causa di nullità del matrimonio secondo il can. 1101 par. 2 del nuovo Codice. W:

Inni jednak kanoniści sądzą, że sama idea o neutralizacji dwóch sprzecznych ze sobą aktów woli jest jakąś potwornością psychologiczną, zupełnie nie do pojęcia, ponieważ chcieć i nie chcieć, nie mogą jednocześnie współistnieć ze sobą<sup>49</sup>. Natomiast paradygmat o prewalencji uważają oni za jakiś illogizm, gdyż nie chodzi w nim o przewagę jednej woli nad drugą, lecz zamiaru symulacji nad hipotetycznym tylko i nie urzeczywistnionym pragnieniem jakiegoś małżeństwa<sup>50</sup>. Ponadto przy prewalencji jednej woli nad drugą należałoby przyznać walor prawdziwego małżeństwa również jednemu ze schematów, który jest niezgodny z małżeństwem katolickim, czyli jakimś pseudo-małżeństwem<sup>51</sup>.

Mimo to jednak opinia o dwóch aktach woli przy symulacji albo o prewalencji jednej z nich utrzymuje się nadal, chociaż ocena ich wzajemnej relacji i skuteczności prawnej dokonuje się w kontekście przyjętego rozróżnienia między symulacją całkowitą i częściową oraz przy zachowaniu wymogu pozytywnego aktu woli w obu jej formach.

W ten sposób uważa się, że przy symulacji całkowitej dwa akty woli nie są ze sobą sprzeczne, ponieważ jeden z nich zmierza wyłącznie do pozornej celebracji małżeństwa, podczas gdy drugi pozytywnie wyklucza jej skuteczność kanoniczną. Natomiast przy symulacji częściowej istnieje wola zawarcia małżeństwa, ale jego celebracja staje się zupełnie pozorna z powodu wykluczenia pozytywnym aktem woli istotnego elementu z jego struktury, tak że wola zawarcia małżeństwa nie odpowiada już woli systemu kanonicznego<sup>52</sup>.

W tym zakresie mówi się również o dwóch wolach, które współistnieją i współdziałają ze sobą, powodując w rezultacie to co można i nazwać fikcją lub pozornością, a mianowicie jedna z nich jest wolą symulowaną, zmierzającą tylko do zewnętrznej deklaracji zgody małżeńskiej, druga zaś jest wolą dysymulowaną, dążącą albo do pozbawienia jej wszelkiej wartości i treści, albo do istotnej jej modyfikacji<sup>53</sup>.

Jednakże wśród kanonistów przeważa opinia o istnieniu jednego tylko aktu woli przy symulacji, który konkretyzuje się w akcie wykluczającym, a tym samym o jego autonomii i skuteczności prawnej.

Chociaż bowiem dwa przeciwne sobie przedmioty mogą rzeczywiście przyciągać wolę ludzką, wzbudzając w niej skłonność lub chęć, np. zarówno do wejścia w związek małżeński trwały jak i rozerwalny, ostateczny jednak wybór

Questioni Canoniche. Milano 1984 s. 255-256.

<sup>49</sup> E. Graziani. Volontà attuale s.163.

<sup>50</sup> Tamże s. 163-164.

<sup>51</sup> P.A. Bonnet. Introduzione s.105.

<sup>52</sup> O. Giacchi. Il consenso s. 94-95; S. Gherro. Diritto matrimoniale canonico. Padova 1985 s. 192; M.F. Pompedda. Studi di diritto matrimoniale s.240-241; E.Vitali - S.Berlingó. Il matrimonio canonico. Milano 1994 s. 102-103.

<sup>53</sup> A. Bonnet. Introduzione s. 106.

może dotyczyć tylko jednego z nich<sup>54</sup> Stad też przeciwieństwo lub sprzeczność nie zachodzi między dwoma aktami woli, lecz między pojęciem intelektualnym małżeństwa, jego istotnych elementów lub przymiotów, a wyborem i decyzją woli.

Jeżeli więc przeciwieństwo lub kontrast między osobistą wizją małżeństwa a pojęciem małżeństwa systemu kanonicznego zostanie rozwiązane przez kontrahenta na korzyść ujęcia subiektywnego i stanie się jego osobisty wolą, czyli intencją przeciwną (*intentio contraria*) pojęciu kanonicznemu małżeństwa, zastępując je w zakresie dokonywanego wyboru, wtedy ma miejsce jego osobisty akt woli, wykluczający małżeństwo całkowicie lub częściowo<sup>55</sup> W tym więc wypadku percepcja intelektualna istotnej struktury małżeństwa kanonicznego ze strony kontrahenta pozostaje w sytuacji przeciwieństwa do jego woli, wykluczającej takie właśnie małżeństwo, a tym samym przeciwnej również akceptacji samego pojęcia małżeństwa kanonicznego, w jego całej integralności, do którego miałyby zmierzać jego intencja generalna (*intentio generalis*)<sup>56</sup>

W świetle tego rodzaju wywodów należałoby się wypowiedzieć raczej za opinią o istnieniu jednego tylko, autonomicznego i skutecznego aktu woli przy symulacji zgody małżeńskiej, który realizuje się w formie normatywnej aktu pozytywnego.

Jeżeli bowiem dla wyjaśnianiu zjawiska symulacji zgody małżeńskiej przyjmiemy pojęcie niezgodności między aktem woli wewnętrznej, wykluczającej małżeństwo i deklaracją zewnętrzną zgody małżeńskiej, a powtarzaną za świadkiem urzędowym w czasie rytu ślubnego<sup>57</sup>, nawet i wówczas trudno mówić o dwóch różnych aktach woli.

Istotnie, znak nupcjalny nie zawiera żadnej własnej i autonomicznej woli, żadnego nowego *voluntarium*, lecz tylko manifestuje na zewnątrz, w sposób dostrzegalny dla otoczenia, "ore tantum seu verbis", to co powinno być "in mente et in corde", jak to zresztą domniemywa norma kanoniczna (kan. 1101 § 1), czyli wolę wewnętrzną, a przy jej wykluczeniu, oświadczenie zewnętrzne staje się puste, pozorne, niezdolne stać się prawdziwą zgodą małżeńską, prawomocną (*consensus legitimus* - kan. 1057 § 1), taką, która jest "causa efficiens matrimonii"<sup>58</sup> Dlatego też nie wydaje się konieczne, by w tym kontekście posługiwać jeszcze schematem substytucji, według którego wola

<sup>54</sup> Huizing. Actus excludens s. 763.

<sup>55</sup> O. Fumagalli Carulli. Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico. Milano 1981 s. 193-196.

<sup>56</sup> Tamże s. 197.

<sup>57</sup> O naturalnej zgodności wypowiedzanego słowa z wolą wewnętrzną zob. S. Augustinus. De magistro. 1.2 (wyd. Mursia. Milano 1993 s. 48): "Qui enim loquitur, suae voluntatis signum foras dat per articulatam sonum"

<sup>58</sup> P.J. Viladrich. Estructura esencial s.17.

symulacyjna miałaby zastąpić, usunąć i wykorzenić prawdziwą wolę małżeńską z automatyczną skutecznością wykluczającą, ponieważ zachowując integralność formuły normatywnej pozytywnego aktu woli, można utrzymać również jedność aktu woli w zjawisku symulacji małżeńskiej.

## 6. USTALENIE TREŚCI ELEMENTÓW POZYTYWNEGO AKTU WOLI

Określenie konotacji elementów składowych terminu «pozytywny akt woli» w ramach symulacji zgody małżeńskiej nie nasuwa poważniejszych trudności interpretacyjnych. Chodzi bowiem o termin wprawdzie złożony, lecz podległy częstej weryfikacji ze strony praktyki jurysprudenckalnej i to zarówno w okresie obowiązywalności Kodeksu z 1917 r., jak również po promulgacji nowych Kodeksów. Stąd też orzecznictwo Roty Rzymskiej ciągle na nowo podkreśla wagę jego komponentów oraz ich niezbędność przy dowodzeniu faktu wykluczenia istotnego przedmiotu zgody małżeńskiej.

Formuła normatywna omawianego terminu wskazuje na jego trzy istotne elementy, które jurysprudencja rotalna zwykle wymienia w następującym porządku: "voluntas, actus, positivus"<sup>59</sup>, tj. wola akt pozytywny.

Pierwszy z wymienionych komponentów dotyczy samej woli (*voluntas*), obejmującej procesy psychiczne wolicjonalne, gdyż tylko ona jest przyczyną sprawczą, poruszającą i głównym źródłem wszelkiej symulacji czy wykluczenia w odniesieniu do przedmiotu formalnego zgody małżeńskiej, o którym jest mowa w kan. 1101 § 2.

Pomijając problem szczegółowego znaczenia, jakie może przybrać pojęcie woli, czy będzie to stosownie do doktryny scholastycznej pożądanie umysłowe (*appetitus rationalis*), lub intencjonalność zamiaru (chcenia), dążącego do czynnej realizacji swego przedmiotu<sup>60</sup>, czy też zdolność decydowania (*will*) albo już sama gotowość do podjęcia określonej decyzji (*willingness*)<sup>61</sup>, jednakże już samo wyakcentowanie desygnatu wolutywnego w tekście normy kanonicznej ukazuje wyraźnie, że struktura przyczyny sprawczej symulacji lub wykluczenia znajduje się wyłącznie w sferze ludzkiej woli, a nie w sferze intelektu.

Drugi komponent formuły normatywnej, czyli akt (*actus*), implikuje w sobie już funkcję woli (*operatio*), dzięki której przekształca się ona w formę czynnego działania, tj. aktu (*willing*)<sup>62</sup>. Jego odpowiednikiem w kontekście psychologicznym może być zarówno decyzja, która oznacza przejście od

<sup>59</sup> Zob. dec. c. Ferraro z 16 X 1984 r. RR Dec. 76:1984 s. 520; dec. c. Davino z 18 IV 1991 r. RR Dec. 83:1991 s. 269.

<sup>60</sup> J. De Finance. Saggio sull'agire umano (tł. wł.). Città del Vaticano 1992 s. 37.

<sup>61</sup> L.M. Rulla. Antropologia s. 121.

<sup>62</sup> Tamże.

momentu poznawczego do działania (*agere*) za pośrednictwem deliberacji lub namysłu<sup>63</sup>, jak również decyzja dobrowolna, będąca aktem niezależnym i suwerennym woli, czyli ludzkiego «ja»<sup>64</sup>

Implikacja działania woli w akcie symulacyjnym wyłącza z jego zakresu czy to akty czysto intelektualne, mimo że są przeciwne małżeństwu albo też jego istotnym elementom lub przymiotom, jak np. idee, opinie, przekonania, mentalność, wątpliwości, błędy, czy też stany wolitywne, będące w opozycji do instytucji małżeństwa, lecz nie osiągające wymiaru i siły aktu woli, jak np. przewidywania, aspiracje, pragnienia, skłonności, upodobanie, tendencje i zachowania. Jednakże mogą one stać się jedną z przyczyn symulacji, dalszą (*causa remota*) czy bliższą (*causa proxima*), albo też przyczyną zawarcia małżeństwa (*causa contrahendi*), jeśli się uwzględni naturalną niejasność, zawierającą się w naturze motywów<sup>65</sup>

Wreszcie trzeci komponent omawianej formuły, czyli pozytywność aktu woli (*actus positivus*), spełnia funkcję czynnika kwalifikującego w relacji do tego rodzaju aktu, mimo że jako akt symulacyjny posiada on zabarwienie negatywne, gdyż zmierza do spowodowania nieważności zawieranego małżeństwa<sup>66</sup> Stąd też cechę pozytywności aktu woli należy uwzględnić przy każdej wykładni, zmierzającej do zachowania integralności dyktatu normatywnego.

Wymóg pozytywności aktu woli przy symulacji, zdaniem niektórych kanonistów, wyłącza z jej zakresu tzw. akt czysto negatywny (*actus mere negativus*)<sup>67</sup> Jednakże akt negatywny, jako nigdy nie wzbudzony, a więc nie istniejący, może być przeciwstawiony tylko aktowi istniejącemu, a nie aktowi pozytywnemu. Jego więc nieskuteczność prawna o ile można mówić o niej przy akcie nie istniejącym, należałoby uwzględnić już przy omawianiu samego wymogu aktu woli. Niekiedy w ramach aktu negatywnego usiłuje się przypisać znaczenie prawne bierności woli przy deklaracji konsensu małżeńskiego w kontekście tak zwanej symulacji negatywnej<sup>68</sup>

Jednakże bierność lub pasywność woli znajduje się poza zasięgiem symulacji, gdyż do jej zaistnienia jest nieodzowny pozytywny akt woli, który w sposób aktywny, a nie pasywny, dokonuje wykluczenia samego małżeństwa, lub jego istotnego elementu albo istotnej właściwości<sup>69</sup>

<sup>63</sup> Tamże s. 103.

<sup>64</sup> A. Ronco. *Introduzione alla psicologia* s.69.

<sup>65</sup> Zob. P. J. Viladrich. *Estructura esencial* s. 22-26.

<sup>66</sup> Zob. M. Pastuszko. *Positivus actus voluntatis* s. 96.

<sup>67</sup> F.M. Cappello. *De sacramentis. T.V De matrimonio*. Torino 1961' s. 530; dec. c. Corso z 30 V 1990 r. RR Dec. 82:1990 s. 410.

<sup>68</sup> Zob. M. Żurowski. *Kanoniczne prawo małżeńskie Kościoła katolickiego*. Katowice 1987 s. 263-264; W. Góralski. *Kanoniczna zgoda małżeńska*. Gdańsk 1991 s. 137-138.

<sup>69</sup> Dec. c. Stankiewicz z 14 X 1978 r. RR Dec. 70:1978 s. 438.

Tak samo akt woli w kategorii wymaganej pozytywności przekracza granice wolitywnego zaniechania (*omissio*), polegającego na rozmyślnie nieczynnym zachowaniu się lub niewystarczająco aktywnym dla osiągnięcia wymiaru aktu woli. Różni się on również od inercji woli (*inertia voluntatis*)<sup>70</sup>, od dyspozycyjności zwykłego zamiaru (*animi dispositio*)<sup>71</sup>, od woli lub intencji habitualnej (*voluntas, intentio habitualis*), wprawdzie obecnej w procesie wolitywnym w odniesieniu do małżeństwa w ogólności, lecz nie determinujący się wobec konkretnego małżeństwa<sup>72</sup>, od zwykłej chęci nie prowadzącej do działania (*velleitas*)<sup>73</sup>, od intencji lub woli interpretacyjnej (*intentio, voluntas interpretativa*)<sup>74</sup>, której de facto nie odpowiada żadna konkretna czynność woli.

Biorąc pod uwagę samą konsystencję i zwartość sfery wolitywnej, niektórzy określają pozytywny akt woli jako prawdziwie dokonany lub położony, tj. *positus*<sup>75</sup>, jako rzeczywiście wyrażony<sup>76</sup>, jako wzbudzony z konkretnym namysłem<sup>77</sup>

Nie jest też rzeczą łatwą w sposób jednoznaczny ustalić treść aktu woli, oznaczonego cechą pozytywności.

Otóż pozytywny charakter aktu, zdaniem niektórych kanonistów, czyni go identycznym z wolą symulacyjną<sup>78</sup>, albo też z wolą dysymulowaną<sup>79</sup> zmierzając do wyrugowania intencji typicznej paktu małżeńskiego poprzez

<sup>70</sup> Dec. c. Agustoni z 21 III 1986 r. RR Decb 78:1986 s. 410; dec. c. Stankiewicz z 27 V 1994r. RR Dec.86:1994 s. 439.

<sup>71</sup> Dec. c. De Jorio z 18 II 1970 r. RR Dec. 62: 1970 s. 155; dec. c. De Lanversin z 5 X 1994 r. RR Dec. 86:1994 s. 439.

<sup>72</sup> Zob. dec. c. Rogers z 7 II 1967 r. RR Dec. 59:1967 s. 69; dec. c. Ewers z 18 V 1968 r. RR Dec. 60:1968 s. 347; dec. c. Lefebvre z 10 V 1969 r. RR Dec. 61:1969 s. 471; dec. c. Colagiovanni z 15 I 1987 r. RR Dec. 79:1987 s. 19. Trzeba pamiętać, że *intentio habitualis* przy symulacji zgody małżeńskiej ma inne znaczenie niż w teologii moralnej. Intencja bowiem w zjawisku symulacji, będąca aktem woli, raz wzbudzona wywołuje skutki prawne aż do momentu jej odwołania. W tym sensie por. Z Grocholewski. Positivo l'atto di volonta s. 260-261; B. Gangoiti. De actu positivo voluntatis s. 305. Jednakże w jurysprudencji rotalnej niekiedy używa się terminu «intencja habitualna» w sensie moralnym, tj. jako ta, która została wprawdzie wzbudzona, ale nie wywiera żadnego wpływu na wolę kontrahenta w momencie zawierania małżeństwa.

<sup>73</sup> Dec. c. Stankiewicz z 17 XII 1993 r. RR Dec. 85:1993 s. 782.

<sup>74</sup> Zob. dec. c. Funghini z 22 I 1986 r. RR Dec. 78:1986 s. 39; dec. c. Boccafola z 8 X 1992 r. RR Dec. 84:1992 s. 445; dec. c. Lopez-Ulana z 12 XII 1994 RR Dec. 86:1994 s. 626.

<sup>75</sup> Zob. N. Lüdecke. Der Willenbestimmende Irrtum s. 51.

<sup>76</sup> Z. Grocholewski. Positivo l'atto di volonta s. 252.

<sup>77</sup> S. Villeggiante. L'esclusione del «bonum sacramenti». "Monitor Ecclesiasticus" 115:1990 s. 361-362.

<sup>78</sup> J.P. Viladrich. Estructura esencial s. 43.

<sup>79</sup> P.A. Bonnet. Introduzione s. 105-106.



fikcję deklaracji zgody małżeńskiej. Inni znowu kładą nacisk na przymiotnik wyjaśniający «pozytywny», by ukazać efektywną obiektywizację woli wykluczającej poprzez jej deklarację i niedwuznaczne zachowanie się i postępowanie<sup>80</sup>, albo podatność intencji symulacyjnej na przeprowadzenie dowodu w zakresie zewnętrznym dla osiągnięcia pewności moralnej co do faktu dokonanej symulacji w ramach systemu intersubiektywnego i w aspekcie zewnętrznym<sup>81</sup>

Tego rodzaju próby wyjaśnienia pozytywności aktu woli, chociaż mogą dostarczyć wielu elementów użytecznych dla praktyki sadowiczej przy dowodzeniu i ocenie symulacji, zawierają w sobie jednak *periculum* odmówienia skuteczności prawnej, w zakresie sądowym, aktowi woli wewnętrznej, czego nie da się utrzymać ze względu na niezastąpiony charakter zgody małżeńskiej (kan. 1057 § 1). Nie wydaje się, że można uniknąć takiego niebezpieczeństwa, uciekając się do rozróżnienia między symulacją jednostronną zobiektywizowaną<sup>82</sup> i tajemnym zastrzeżeniem (*reservatio mentalis*), mającym pozostać bez skuteczności prawnej<sup>83</sup>, zwłaszcza gdy się uwzględni waloryzację przyznania się sądowego symulanta w nowym prawie procesowym<sup>84</sup>

Wydają się przeto bardziej konstruktywne sugestie, które akcentują intensywność aktu woli wykluczającej, jak np. «chcenie nie» (*velle non*) niż «nie chcenie» (*nolle*)<sup>85</sup>, działanie pochodzące z woli pozytywnej (*voluntarium positivum*), niż negatywnej (*voluntarium negativum*)<sup>86</sup>, lub stanowczość woli (*categoricitas voluntatis*).

Co się tyczy tej ostatniej kategorii, przeszczepionej z myśli filozoficznej Ricoeur'a, ocenia ona pozytywny akt woli w aspekcie osobowego wyboru. W akcie wyboru bowiem trzy wymiary decyzji, trzy relacje, tj. w stosunku do projektu, do siebie i do motywów, ukazują się w sposób kategoriyczny, przez co sama osoba konstryuuje sil w jedność aktualną i żyjący ze swoim aktem<sup>87</sup> W tym więc sensie i w ramach różnych tendencji orzecznictwa rotalnego niektórzy utrzymują, że pozytywność aktu oznacza

<sup>80</sup> E. Graziani. *Volontà attuale* s. 168; M. Pastuszko. *Positivus actus voluntatis* s.95.

<sup>81</sup> P.J. Viladrich. *Estructura esencial* s. 22.

<sup>82</sup> Zob. M. Pastuszko. *Positivus actus voluntatis* s. 95.

<sup>83</sup> Zob. E. Graziani. *Volontà attuale* s. 168.

<sup>84</sup> Zob. kan. 1536 § 2 i kan. 1679 KPK; M.P Hilbert. *Le dichiarazioni delle parti nel processo matrimoniale*. "Periodica" 84:1995 s. 735-755.

<sup>85</sup> O. Giacchi. *Il consenso* s. 92; W Góralski. *Kanoniczna zgoda małżeńska* s. 138.

Zob. także dec. c. De Jorio z 18 II 1970 r. RR Dec. 62:1970 s. 62; dec. c. Ferraro z 16 X 1984 r. RR Dec. 76:1984 s. 520.

<sup>86</sup> Dec. c. Stankiewicz z 20 X 1981 r. Romana. n. 4; dec. z 27 V 1982 r. Romana. n. 5 (nie publ.).

<sup>87</sup> P. Ricoeur. *Philosophie de la volonte: Le volontaire et l'involontaire*. A. Montaigne 1988 s. 163.

stanowczość, kategoryczność woli która, np. przy wykluczeniu nierozzerwalności małżeńskiej, chce absolutnie lub warunkowo, wprowadzić w czyn (akt) swój zamiar<sup>88</sup>

Chociaż pozytywność aktu woli symulacyjnej w aspekcie treściowym jest w dalszym ciągu otwarta na pogłębienie ze strony kanonistyki i jurysprudencji, niemniej jednak w zakresie zróżnicowania takiego aktu posiadamy już wiele twierdzeń i zasad powszechnie przyjętych i pewnych.

I tak do efektywnego wykluczenia małżeństwa, jego istotnych elementów lub przymiotów, jest zupełnie wystarczający, ale nie zawsze jest konieczny tzw. pozytywny akt woli wyraźny (*explicitus*). Zachodzi on wówczas, gdy bezpośrednim przedmiotem woli symulanta staje się samo wykluczenie czegoś istotnego ze struktury samego małżeństwa, np, gdy podejmuje on taką decyzję: "ożenię się, zawrę małżeństwo, ale jestem przeciwny jego nierozzerwalności i wykluczam ją"

Z drugiej strony, jak wiadomo, jest również wystarczający i wymagany, oczywiście przy nie zaistnieniu formy aktu wyraźnego, tzw. pozytywny akt woli niewyraźny (*implicitus*), zwany niekiedy aktem domyślnym, ukrytym lub pośrednim<sup>89</sup>. Ma on miejsce wtedy, gdy przedmiotem bezpośrednim woli symulanta nie stanowi samo wykluczenie czegoś istotnego z instytucji małżeństwa, ale coś innego, w czym jednak zawiera się takie wykluczenie. I tak np. nupturient może podjąć taką decyzję: "zawrę małżeństwo, ale jeśli pożycie nie ułoży się pomyślnie, to opuszczę współmałżonka". Otóż wyrażenie: "opuszczę współmałżonka" może zawierać pozytywny akt woli niewyraźny, ale nie musi, bo to zależy od znaczenia nadanemu słowu «opuścić». Jeśli będzie ono oznaczało opuszczenie drugiej strony, by odzyskać całkowitą wolność od jakiegokolwiek węzła i by móc wejść w nowy związek małżeński, będzie pozytywnym aktem woli niewyraźnym, domyślnym. W przeciwnym wypadku, jeśli się okaże, że nupturient nie miał żadnego zamiaru rezerwować sobie prawa do całkowitej wolności, zamierzał tylko ponaglić drugą stronę do pełnego zaangażowania się w życie małżeńskie, wówczas z całą pewnością nie będzie zawierało w sobie mocy aktu niewyraźnego<sup>90</sup>. Oczywiście pozytywny akt woli domyślny czy niewyraźny należy odróżnić od t.zw. aktu domniemanego (*actus praesumptus*), który według zasad jurysprudencji, jak każde domniemanie, jest

---

<sup>88</sup> Dec. c. Colagioanni z 18 X 1988 r. RR Dec. 78:1986 s. 543; dec. z 15 XII 1993 r. RR Dec. 85:1993 s. 757. Zob. F. Morlot. Vices du consentement matrimonial relatifs a l'indissolubilite. "Revue de Droit Canonique" 43:1993 s. 50.

<sup>89</sup> Zob. M. Żurowski. Kanoniczne prawo małżeńskie s.264.

<sup>90</sup> Zob. dec. c. Stankiewicz z 28 II 1988 r. RR Dec. 81:1988 s. 163. Co się tyczy rozróżnienia między *actus positivus explicitus i implicitus*. Zob. S. Stankiewicz. De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem (cc. 1101 § 2 CIC; 824 § 2 CCEO). "Monitor Ecclesiasticus" 122:1997 s. 220.

tylko przypuszczeniem o rzeczy niepewnej (kan. 1584), a więc nie może mieć mocy aktu rzeczywiście wzbudzonego, choćby w sposób niewyraźny<sup>91</sup>

Jednakże pozytywny akt woli, wyraźny lub niewyraźny, nie musi być aktualny w momencie wyrażenia znaku ślubnego, wystarczy bowiem, że jest wirtualny, tj. wzbudzony wcześniej, nie odwołany, którego moc trwa jeszcze w chwili zawierania małżeństwa. Nie wystarczy, jak wiadomo, tzw. «habitualność woli», która w rzeczywistości nie jest obecna w momencie deklaracji zgody małżeńskiej<sup>92</sup>

W końcu, zważywszy na obowiązujące normy kodeksu oraz na wspomniane na początku słowa Ojca św., jest rzeczą pewną, że fakt symulacji zgody małżeńskiej może się skonkretyzować tylko poprzez pozytywny akt woli, jednostronny czy dwustronny (pakt), absolutny, czy też hipotetyczny albo uwarunkowany, który jak wiadomo stanowi specyfikę przy wykluczeniu nierozzerwalności małżeństwa<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> Zob. dec. c. Sabbatani z 29 X 1963 r. RR Dec. 55:1963 s. 706; A. Stankiewicz. De iurisprudencia s. 220. Nierzadko zdarza się, że z faktu zdrady małżeńskiej wnioskuje się o pozytywnym wykluczeniu wierności małżeńskiej, chociaż w sposób niewyraźny (*actus implicitus*). Tymczasem takie wnioskowanie jest niewłaściwe, ponieważ z faktu niewierności małżeńskiej, czyli "ob adulteria post nuptias patrata", można jedynie domniemywać o zaistniałym wykluczeniu wierności już przed ślubem. Chodzi tu jednak o *praesumptio hominis* (kan. 1586), które nie uwalnia od konieczności przeprowadzenia dowodu, jak np. w wypadku domniemanie prawnego (*praesumptio iuris* z kan. 1585).

<sup>92</sup> Zob. Z. Grocholewski. De exclusione indissolubilitatis s. 77.

<sup>93</sup> Zob. A. Stankiewicz. De iurisprudencia rotali s. 448-451.