

## Z POWODU PROJEKTU POWIĘKSZENIA NIEWAŻNOSCI MAŁŻEŃSTWA ZAWARTEGO POD WPŁYWEM BŁĘDU

Ze szczerą troską, jak przy obowiązującym dziś kanonicznym prawie małżeńskim zapobiec szkodom i nieszczęściom, powstającym z zawierania małżeństwa pod wpływem złośliwie ukrywanego błędu przez jednego z nupturientów, doszło w ostatnich latach dzięki inicjatywie prof. H. Flattena najpierw do rozbudzenia na ten temat naukowej dyskusji, a w ubiegłym roku po dokonanej w Bonn naradzie przedstawicieli kościelnych sądów do wystąpienia tegoż samego autora z projektem *de lege ferenda* pt.: *Quomodo matrimonium contrahentes iure canonico contra dolum putandi sint* (Coloniae 1961) o powiększenie § 2 kanonu 1083 przez: 3° *Si quis graviter ac dolose de alterius partis qualitate magni momenti deceptus matrimonium ineat, quod re vere cognita non contraheret*. Aby wykazać, że projekt ten nie jest postulatem bez pokrycia społecznego zapotrzebowania, przytoczył autor katalog rozpatrywanych przez wspomniany boński zjazd następujących przypadków: *Error de alterius partis fide catholica; de sinceritate cautionum in matrimonio mixto praestitarum; de delicto gravi patrato; de prole iam suscepta vel nata; de statu sociali; de morbo gravi; de sterilitate; de graviditate; de prolis susceptae vel natae patre*.

Co sądzić o tym projekcie? Chcąc na to pytanie dać pełną odpowiedź, zdaniem naszym, nie wystarczy — jak to uczynił autor tego projektu — ograniczyć się tylko do uzasadnień wziętych z punktu widzenia potrzeb dnia dzisiejszego, ale należy sięgnąć ponadto jeszcze, jeżeli nie do całych dziejów przeszkody małżeńskiej z błędu, to przynajmniej do genezy jej składowych elementów. A to dlatego, aby zdać sobie sprawę, dlaczego właśnie Kościół, mając przed sobą wymienione w projekcie przypadki złośliwego oszukiwania jednego nupturienta przez drugiego, wstrzymywał się od wciągnięcia tych przypadków aż dotąd pod kategorię tamującej małżeństwo przeszkody, względnie wady konsensu małżeńskiego. Nad tymi prawnohistorycznymi racjami dotychczasowego postępowania Kościoła nie należy — zdaniem naszym — przy wysuwaniu nowego projektu łatwo przechodzić do porządku dziennego. Tego nie wolno czynić nawet w przypadku, gdyby się żywiło przeświadczenie, że owe racje straciły w dzisiejszych czasach już wiele ze swego znaczenia.

Po tych wstępnych uwagach przejdźmy do samego zagadnienia.

## I

Zacznijmy od tekstu obowiązującego dziś kanonu 1083: § 1. *Error circa personam invalidum reddit matrimonium.* § 2. *Error circa qualitatem personae, etsi det causam contractui, matrimonium irritat tantum: 1° Si error qualitatis redundet in errorem personae; 2° Si persona libera matrimonium contrahat cum persona quam liberam putat, cum contra sit serva, servitute proprie dicta.* Że treść tego kanonu nie jest nowokodeksowym tworem, wynika już choćby z tego, iż Gasparri w swoim aparacie źródłowym<sup>1</sup> powołał się przy tym kanonie na: C. XXIX, q. I; c. 4, q. 2; c. 2, 4, X de coniugio servorum IV, 9; S. C. C. Frisingen., 7 et 28 aug. 1745; Romana, 9 aug. 1817, 27 mai 1820. Innymi słowy, idąc wstecz po linii kanonicznych źródeł, powinniśmy Gracjana uznać za ojca — jak się wtedy mówiło — przeszkody małżeńskiej z błędu. Tak też dotychczasowi historycy tej przeszkody twierdzili. Na dowód przytaczali oni następujące *dicta* Gracjana:

C. XXIX. Quidam mulieri nobili nunciatum est, quod a filio cuiusdam nobilis petebatur in coniugium. praebuit illa assensum. Alius vero quidam ignobilis atque servilis conditionis nomine illius se ipsum obtulit, atque eam in coniugium accepit... Hic primum quaeritur, an sit coniugium inter eos? Secundo, si prius putabat hunc esse liberum, et postea deprehendit illum esse servum: an liceat ei statim ab illo discedere?

## Quaestio I

Quod autem coniugium sit inter eos, probatur hoc modo. Coniugium sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuae vitae consuetudinem retinens. Item consensus utriusque matrimonium facit. Quia ergo isti coniuncti sunt, ut individuum vitae consuetudinem conservarent, quia uterque consentit in alterum, coniuges sunt appellandi. § I. His ita respondetur: Consensus est duorum vel plurium sensus in idem. Qui autem errat non sentit, non ergo consentit, id est simul cum aliis sentit. Haec autem erravit; non ergo consentit: non itaque coniunx est appellanda, quia non fuit ibi consensus utriusque... § 2. Ad haec, non omnis error consensum evacuat; qui enim accipit uxorem, quam putat virginem, vel qui accipit meretricem, quam putat esse castam, uterque errat, quia ille corruptam existimat esse virginem et iste meretricem reputat castam. Numquid ergo dicendi sunt non consensisse in eas? Aut dabitur utrique facultas dimittendi utramque et ducendi aliam? Verum est quod non omnis error consensum excludit; sed error alius est personae, alius fortunae, alius conditionis, alius qualitatis. Error personae est, quando hic putatur esse Virgilius et ipse est Plato. Error fortunae, quando, hic putatur esse dives qui pauper est, vel e converso. Error qualitatis est, quando putatur esse bonus qui malus est. Error fortunae et qualitatis coniugii consensum non excludit. Error vero personae et conditionis coniugii consensum non admittit. Si quis enim padisceretur, se venditurum agrum Marcello; et postea veniret Paulus dicens se esse Marcellum, et emeret agrum ab illo,

<sup>1</sup> Jak wiadomo, źródłowy aparat Gasparriego, mimo swej wielkiej przydatności przy kontrolowaniu stosunku nowego kodeksu do dawnych pomników prawa kanonicznego (zob. kan. 6), nie ma jednak wartości pracy prawnohistorycznej, wziętej w ścisłym tego słowa znaczeniu.

numquid cum Paulo convenit iste de precio, aut dicendus est agrum sibi vendidisse? Item si quis promitteret, se venditurum mihi aurum, et pro auro offerret mihi auricalcum, et ita me deciperet, numquid dicerer consensisse in auricalcum? Numquam volui emere auricalcum, nec ergo in illud consensi, quia consensus non est nisi voluntatis. Sicut ergo hic error materiae excludit consensum, sic et in coniugio error personae. Non enim consensit in hunc, sed in eum, quem hunc putabat esse. § 3. Sed obicitur, Iacob non consenserat in Liam, sed Rachel: septem siquidem annis pro Rachel servierat. Cum ergo eo ignorante Lia esset sibi supposita, non fuit coniugium inter eos, si error personae consensum excludit, quia, ut dictum est, non in eam consenserat, sed in Rachel. His ita respondetur: Consensus alius est praecedens: alius subsequens. Praecedit consensus, quando ante carnalem populam in individuae vitae consuetudinem uterque consentit; subsequitur, quando post concubinalem sive fornicarium coitum consentiunt in idem. Iacob ergo et Lia non fecit coniuges praecedens consensus, sed subsequens; nec tamen ex primo concubitu fornicarii iudicantur, cum ille maritali affectu eam cognoverit, et illa uxorio affectu sibi debitum persolverit, putans lege primogenitarum et paternis imperiis se sibi iure copulatam. § 4. Quod autem error personae nonnullos excuset, auctoritate illa probatur, qua soror uxoris utroque inscio sorore videlicet et marito in lectum eius iisse, et a viro suae sororis cognita perhibetur, quae cum sine spe coniugii perpetuo manere censeatur, ille tamen qui cognovit eam per ignorantiam, excusatur... § 5. Error fortunae et qualitatis non excludit consensum, ...quae nubit pauperi, putans illum esse divitem, non potest renunciare priori conditioni, quamvis erraverit. Error qualitatis non excludit similiter consensum; utpote si quis emerit agrum vel vineam, quam putabat esse uberrimam, quamvis iste erraret in qualitate rerum, rem minus fertilem emendo, non potuit tamen venditionem rescindere. Similiter, qui duxit in uxorem meretricem vel corruptam, quam putat esse castam vel virginem, non potest eam dimittere, et aliam ducere<sup>2</sup>.

Z rozmysłu przytoczyliśmy za źródłowym aparatem Gasparriego owe dwa pierwsze gracjanowskie *dicta*, bo chcemy naocznie wykazać podobieństwa i różnice między ujęciem nieważności małżeńskiej z tytułu błędu przez Gracjana a obowiązującymi dzisiaj w tej sprawie postanowieniami kanonu 1083. Otóż, gdy Gracjan wymienia tylko dwa przypadki tej nieważności, to kanon 1083 zna ich trzy. Okazuje się, że tylko pierwszy przypadek, tj. *error personae* jest wspólny. Natomiast, gdy Gracjan swój drugi przypadek ujął w kategorię *conditionis servilis*, to kanon 1083 zaliczył go do grupy *circa qualitatem personae*. Wreszcie — co dla naszego zagadnienia najważniejsze — gdy Gracjan wyraźnie wykluczył, aby jakikolwiek *error qualitatis* mógł wpłynąć na nieważność małżeństwa, to kanon 1083 aż dwa swoje ostatnie przypadki zaliczył właśnie do grupy *erroris circa qualitatem personae*, mianowicie wspomniany wyżej gracjanowski *error conditionis servilis* i zupełnie nowy *si error qualitatis redundet in errorem personae*.

Czyż wobec tych stwierdzeń można by mówić o gracjanowskich *dictach*, jako o adekwatnej z punktu widzenia prawno-moralnego genezie kanonu 1083? Oczywiście, że nie. Przy takim stanie rzeczy nie pozostaje nam nic innego, jak całokształt prawno-historycznych do-

<sup>2</sup> Cytujemy według wydania Friedberga.

ciekań naszych podzielić na trzy etapy: 1° przed Gracjanem; 2° u Gracjana; i 3° między Gracjanem a kanonem 1083.

Ad 1) Na tej przestrzeni czasu chodzi nam głównie o ustosunkowanie się do naszego zagadnienia prawa rzymskiego.

Ze znało ono i uznawało wpływ błędu na nieważność czynności prawnych, zarówno *mortis causa* jak i *inter vivos*, formalnych i nieformalnych, ta rzecz nie wymaga dowodu. Również nie ulega żadnej wątpliwości, że w zachowanych źródłach prawnych spotykamy rozmaite rodzaje błędu, jak *in persona*, *in corpore*, *in negotio*, *in nomine*, *in substantia*, *in materia*, *in qualitate*, ale nie każdy z tych rodzajów powodował nieważność danej czynności. Gdy idzie o ustalenie podstawy skuteczności prawnej tych błędów, to myliłby się, kto sądziłby, że ta podstawa miała od samego początku charakter jakiejś apriorystycznej maksymy filozoficznej czy też prawniczej. Zanim do tego doszło, to najpierw zaczęło przemawiać życie, czyli typowa dla rozwoju prawa rzymskiego kazuistyka i z nią związana *iurisprudentia*. A przecież — mógłby ktoś zauważyć — prawie każde źródło, mimo dokonanych na niejednym z nich, zwłaszcza przez justyniańskich kompilatorów, interpolacji, mówi o błędzie, jako o przyczynie powodującej w dokonującym daną czynność prawną albo dyssens, albo brak woli względnie konsensu. Zostawiamy na boku sprawę dyssensu, który z natury rzeczy ustępował po należyтым jego wyjaśnieniu. Co zaś dotyczy braku woli, względnie konsensu, to po dokonanych już dotychczasowych badaniach nad tym skomplikowanym zagadnieniem okazuje się, że pomijając sprawę wieloznaczności takich wyrażań, jak *velle*, *voluntas*, *consensus*, aż do czasów poklasycznych nie brało prawo rzymskie tych słów w znaczeniu ściśle filozoficznym czy też psychologicznym, bo opierało swoje czynności na zewnętrznym formalnie czy nieformalnie zobiektywizowanym oświadczeniu woli działającego podmiotu. Stąd na tej przestrzeni czasu zaczęła nauka prawa sprowadzać zagadnienie błędu do tej samej kategorii wad oświadczenia woli, do której należały np. *metus* i *dolus*, z tą tylko różnicą, że przy *metus* i *dolus* powstawała dana czynność i była tylko wzruszalna, natomiast przy błędzie nie dochodziła ona w ogóle do zaistnienia. Czy w tej samej kategorii wady woli utrzymało prawo rzymskie błąd nawet wtedy, gdy w czasach poklasycznych doszło w czynnościach prawnych, zwłaszcza w konsensualnych kontraktach do przesunięcia punktu ciężkości z oświadczenia woli na jej wewnętrzną psychologiczną stronę, odpowiedź na to pytanie o tyle jest skomplikowana, że wtedy czynności prawne dokonane pod przymusem zostały co do skuteczności zrównane ze skutecznością błędu. W każdym bądź razie należy stwierdzić, że dopiero na owej przestrzeni czasu zaistniały istotne dane do postawienia i stosowania ogólnej zasady filozoficznej i prawnej, iż przy dokonywaniu czynności prawnej pod wpływem błędu nie może przyjść do jej zaistnienia dlatego, ponieważ w takim przypadku nie może być mowy

o woli względnie konsensie. Że tą maksymą zaczęto rzeczywiście wtedy uzasadniać skutki błędu w czynnościach prawnych, wystarczy przytoczyć reguły: *Non videntur, qui errant, consentire* (D. 50, 17, 116, 2); *error enim non habet consensum* (D. 5, 1, 2 pr.); *cum... non consentiant, qui errent* (D. 2, 1, 15); *quid enim tam contrarium consensui est quam error* (D. 2, 1, 15); *cum errantis voluntas nulla sit* (C. 1, 18, 8); *cum nullus sit errantis consensus* (C. 1, 18, 9).<sup>3</sup>

Mając przed oczyma podstawowe elementy wpływu błędu na nieważność rzymskich czynności prawnych, stajemy przed następnym pytaniem: Czy małżeństwo rzymskie z chwilą, kiedy zdaniem Levy'ego, przeszło w V w. n. e. ze sfery metajurydycznej do prawnej w charakterze konsensualnego kontraktu w szerszym tego słowa znaczeniu<sup>4</sup>, nie mogło być zawarte w przypadku błędnego konsensu? W poszukiwaniu odpowiedzi na poważne dla naszego zagadnienia pytanie, znaleźliśmy tylko jedno źródło, mianowicie Nov. XXII Cap. X:

Si vero ab initio putaverit aliquis liberae iungi personae, illa vero famula postea declararetur existens, non dicimus solvi matrimonium, sed ipso initio neque matrimonium fieri, secundum prius a nobis dictam causam, propter inaequalitatis fortunam; unde neque lucrum ex matrimonio contemplandum est neque aliquid tale, sed puram rerum competentium per congruas actiones redditionem. Haec autem decernimus et tale non esse dicimus matrimonium, si causam animus incertus disponat solum, neque consensu domini neque malignitate eius aliqua neque negligentia convicta.

Jak z tej noweli widać, mamy tu przed sobą przez Justyniana wprowadzoną nieważność małżeństwa z powodu błędu *conditionis servilis*<sup>5</sup>, ujęliśmy ten błąd nazwą *conditionis servilis* nie tylko z powodu takiego zakwalifikowania przez Gracjana, ale też i z powodu

<sup>3</sup> Zob. Kaser M., *Das römische Privatrecht*, I, München 1955, §§ 58; II, München 1959, §§ 201, 218 z literaturą. Z najnowszej zaś literatury zob.: Schwarzh H., *Die Bedeutung des Geschäftswillens im römischen Kontraktrecht der klassischen Zeit*, „*Studia et Documenta Historiae et Iuris*”, XXV (1959) 1 n.; Zilletti H., *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano 1961; Wolf J. G., *Error im römischen Recht. Forschungen zum römischen Recht*, 1961.

<sup>4</sup> Levy E., *Weströmisches Vulgarrecht, Das Obligationsrecht*, Weimar 1956, s. 21 n.; tenże, *Weströmisches Vulgarrecht und Justinian*, SZ 76 (1959) 8; Wyszynski M., *De matrimonio romano ob metum contracto*, Wrocław 1962, p. VI—VII.

<sup>5</sup> Mając na oku przedjustyniańskie prawo rzymskie, według którego zarówno niewolnik jak i niewolnica byli pozbawieni zdolności prawnej do zawarcia małżeństwa, mógłby ktoś twierdzić, że w omawianym przez XXII Nowelę c. 10 przypadku zostało małżeństwo uznane za nie zawarte przede wszystkim z powodu braku zdolności prawnej nupturientki, a więc nie z tytułu wady błędnego konsensu, chyba że w znaczeniu dodatkowym. Jednak, gdy sobie uświadomimy, że Justynian w tej samej właśnie Noweli c. 11 pozwolił na zawieranie małżeństwa między wolnym i niewolnicą w przypadku, gdyby jej pan wydał ją za mąż jako osobę wolną, możemy śmiało twierdzić, że właśnie ten przypadek miał Justynian na oku w c. 10, czyli, że tylko z tytułu błędu uznał to małżeństwo za niezawarte.

nazwy, użytej przez Gajusa przy okazji omawiania przez niego błędu, pod wpływem którego Rzymianka wyszła za mąż za peregryna w przekonaniu, że jest on obywatelem rzymskim<sup>6</sup>. Zauważmy przy tym, że o wprowadzeniu błędu *conditionis servilis* przez Justyniana zadecydowała nierówność majątkowa jednego z nupturientów, a więc względ natury ekonomiczno-społecznej. Mając to całe prawno-histeryczne zdarzenie przed oczyma, tym samym stwierdzamy, że prawo bizantyńskie było pierwszym, które do rzymskiego wprowadziło nieważność małżeństwa z tytułu błędu. Ale to dla naszego zagadnienia tak ważne spostrzeżenie byłoby niekompletne, gdybyśmy przy nim pominęli milczeniem pytanie, co się stało z błędem *in persona*, który merytorycznie rzecz biorąc jest ważniejszy od błędu *conditionis servilis*. Dlaczego o nim głucho w justyniańskim prawie małżeńskim? Jeżeli się zważy, że błąd *in persona contrahente*, w jakiejś mierze poznanej i zindywidualizowanej przez drugiego kontrahenta, należy do podstawowych elementów każdego kontraktu konsensualnego, to cóż dopiero mówić o kontrakcie małżeńskim? Albo, gdy się porówna fakt stwierdzenia przez Gajusa: *Simulatae nuptiae nullius momenti sunt* (D. 23, 2, 30) z ogólnymi regułami: *Nihil consensui tam contrarium est... quam vis atque metus... non videntur qui errant consentire* (D. 50, 17, 116), czymże tłumaczyć wyjęcie błędu *in persona* w małżeństwie rzymskim? Wziąwszy to wszystko razem pod uwagę, czyż nie można by przypuścić, że przy stosowaniu przez kompilatorów justyniańskich wspomnianej przed chwilą reguły lub powiedzenia *cum nullus sit errantis consensus* (C. 1, 18, 9), zbyt często się stało przypominanie przy niedawno wprowadzonym kontrakcie małżeńskim, iż błąd *in persona* powoduje zniesienie konsensu, jako sprawczej przyczyny zawarcia małżeństwa?

Nasze dotychczasowe wywody na temat nieważności małżeńskiej z powodu błędu w okresie przedgracjańskim byłyby niepełne, gdybyśmy pominęli ustosunkowanie się do tej sprawy chrześcijaństwa. Gaudemet, który temu zagadnieniu poświęcił osobną uwagę<sup>7</sup>, twierdzi, że rzymska zasada *consensus facit nuptias* znalazła wprawdzie swoje odbicie u Tertuliana i Ambrożego, ale do tego małżeńskiego konsensu dołączała jeszcze patrystyka wymóg *copulae carnalis*. Co zaś dotyczy stosunku do wad konsensu małżeńskiego, to zdaniem tego badacza chrześcijaństwo na przestrzeni wieków IV—V nie poruszało jeszcze tego zagadnienia. Celowo przytoczyliśmy wyniki badań Gaudemeta, bo chcemy do tych jego wyników dołączyć dwie własne uwagi: 1° przy założeniu, że dopiero od drugiej połowy V w. małżeństwo rzymskie przybrało charakter konsensualnego kontraktu, nie sposób jest mówić o stosunku do wad konsensu małżeńskiego nie

<sup>6</sup> Gai Institutiones I 68, ed. David, Leiden 1948.

<sup>7</sup> Gaudemet J., *l'Église dans l'Empire Romain (IV—V siècles)*, Sirey 1959, s. 531—533; Kaser II, §§ 219, 220; Wyszyński, *De matrimonio*, p. 40 n.

tylko chrześcijaństwa, ale i prawa rzymskiego; 2° gdy idzie o wadę z przymusu, to w ślad za rzymskim prawem podjął to zagadnienie od strony chrześcijańskiej przede wszystkim Ambroży. Nie wolno przy tym zapominać, że jeszcze przed przejściem małżeństwa rzymskiego ze sfery metajurydycznej do prawnej chrześcijaństwo przez swoją naukę o nierozzerwalności węzła małżeńskiego niewątpliwie w dużej mierze przyczyniło się do przemiany rzymskiej małżeńskiej *voluntas continuativa* na *initialis*. Wracając do nieważności małżeńskiej z powodu błędu, to odnośnie do błędu *in persona* źródła kanonistyczne milczą na tej przestrzeni czasu, natomiast w sprawie błędu *conditionis servilis* Kościół od samego początku uznawał małżeństwo między niewolnikami za zawarte, a w przypadkach małżeństwa między osobą wolną i niewolną musiał z konieczności liczyć się z obowiązującym w danym państwie prawem małżeńskim, starając się za wszelką cenę uratować nierozzerwalność węzła małżeńskiego<sup>8</sup>.

Ad 2) Przypatrzmy się, jak Gracjan ujął zagadnienie małżeńskiego błędu. Ponieważ według niego to zagadnienie miało obejmować tylko dwa błędy, mianowicie *error personae* i *error conditionis*, poprzedził ich szczegółowe rozpatrywanie (*Qu. I* i *Qu. II*) wspólnym wstępem (zob. pierwsze jego *dictum*), w którym przedstawił dla każdego błędu zmyślony przypadek życiowy i zakończył pytaniami: *an sit coniugium inter eos; an liceat ei statim ab illo discedere*. A że nas interesuje głównie zagadnienie związane z błędem *in persona*, dlatego ograniczyliśmy się wyżej do przytoczenia poza tekstem wstępnego *dictum* tylko tekstu kwestii pierwszej.

Jeżeli spojrzymy na tekst w kwestii pierwszej, uderza nas na pierwsze wejście niezwykle zjawisko. Oto całe rozpatrywanie i rozwiązywanie zagadnienia *erroris in persona* zostało dokonane przez Gracjana bez powołania się na jakikolwiek z tych autorytetów kanonistycznych, którymi autor Dekretu zwykł się posługiwać. Innymi słowy, cała treść kwestii pierwszej to *dictum* gracjanowskie. Tak też owo *dictum* ujął Roland (= Aleksander III): *Prima quaestio magis rationibus quam auctoritatibus probatur*<sup>9</sup>. Mając tę ocenę przed oczyma, nie dziwimy się, że w kanonistyczno-historycznych badaniach nad początkami przeszkody małżeńskiej z błędu przypisywano autorstwo tylko Gracjanowi. Ale rozpatrzmy te racje bliżej.

Pierwsza racja to dosłownie przepisane rzymskie ujęcie małżeństwa: *nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuam vitae consuetudinem continens* (Inst. I, 9, § 1)<sup>10</sup>. Spełnia ona oczywiście rolę definicji małżeństwa. Nie określa wprawdzie

<sup>8</sup> Zob. Freisen J., *Geschichte des Canonischen Eherechts bis zum Verfall der Glossenliteratur*, Tübingen 1888, s. 279 n.

<sup>9</sup> Zob. Freisen, *Geschichte*, s. 290.

<sup>10</sup> Hellebrandt W., *Ein Nachtrag zur Problematik — matrimonium und mos*, SZ, 70 (1953) 247, 253 wykazał, że małżeństwo jako *consortium omnis vitae* zostało zaczerpnięte ze starogreckiej.

tych wszystkich prawniczych elementów konstytutywnych, które wymieniają kanony 1012, 1013, 1081, 1082 obowiązującego dziś prawa kanonicznego, ale też o tyle jest ona bogatsza, że ponad elementy prawnicze wysuwa walory etyczne (*individuae vitae consuetudo*). Poza tym szeroko ujętym współżyciem mężczyzny i kobiety zaznaczał jeszcze Gracjan, że ów związek dochodzi do skutku poprzez obojętny konsens. Że ta ostatnia wzmianka również przypomina prawo rzymskie, wystarczy przytoczyć z niego *consensus facit nuptias*. Stwierdzając to wszystko, nie sposób zauważyć, iż Gracjan, w którego Dekrecie mamy jeszcze wyraźne ślady starej teorii kanonistycznej o konieczności do powstania małżeństwa *copulae carnalis*, w tym miejscu ten postulat przemilczał. Tyle o pierwszej, czyli wstępnej racji.

Druga racja gracjanowska dotyczy już wpływu błędu na konsens czynności prawnych w ogóle, a małżeńskich w szczególności. Jak widzimy, w tym punkcie również Gracjan powtarza przez nas wyżej omówione stanowisko prawa rzymskiego, oczywiście nie tyle klasycznego, ile poklasycznego, a właściwiej mówiąc justyniańskiego. Co więcej, powtarza on nawet dosłownie wyrażenie z D. 2, 14, 1, § 2 *...est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*. Przy tym rzecz znamienna, że Gracjan konsens małżeński stawia na równi z *voluntas* względnie z konsensem innych czynności prawnych, a jednak nie wspomina, iż małżeństwo jest kontraktem konsensualnym.

Z kolei trzecia racja gracjanowska: *non omnis error consensum evacuat*. Czyż nie jest ona wzięta z prawa rzymskiego? Mógłby ktoś zaprzeczyć i na dowód powołać się na przytoczone przez nas wyżej ogólnie brzmiące zasady, a zwłaszcza na regułę *error enim non habet consensum* (D. 50, 17, 116, § 2), z której wynikałoby, że każdy błąd znosi konsens czynności prawnych, a zwłaszcza konsensualnych kontraktów. Z punktu widzenia filozoficznego nie można by takiej dedukcji nic zarzucić. Ale z tego, co wyżej na temat genezy tych uogólnień powiedzieliśmy, wcale nie wynika, aby one miały obowiązywać zawsze w praktyce. Tu nadal decydowały argumenty prawnicze. Z rozmysłu to zagadnienie w tym miejscu poruszyliśmy, bo chcemy podnieść znaczenie prawniczego powiedzenia gracjanowskiego: *non omnis error consensum evacuat*.

Ale nie tylko przy tej trzeciej racji należy się wielkie uznanie autorowi Dekretu. Stajemy bowiem przed oceną najważniejszej części gracjanowskiego *dictum*, bo dotyczącej samego błędu, jako jednej ze specyficznych wad konsensu małżeńskiego. Najpierw wstępne spostrzeżenie, że mimo badań nad specyfiką małżeństwa rzymskiego, prowadzonych od XIX w. na szeroką skalę, za mało, naszym zdaniem, poświęcało się uwagi konsensowi nupturientów, zwłaszcza gdy ten konsens po pierwotnym ujęciu go z punktu widzenia etyki społecznej otrzymał w czasach przedjustyniańskich (V w.) strukturę kontraktu konsensualnego. Zbyt ograniczone są ramy niniejszego artykułu, aby



w nich można było zmieścić całe to zagadnienie, wystarczy, gdy zwrócimy uwagę na następujące elementy: Gdy w II w. n. e. Gellius uważa jeszcze małżeństwo za *res indifferens*<sup>11</sup>, to w sto lat później prawnik Modestinus widzi już w nim *consortium omnis vitae divini et humani iuris communicatio* (D. 23, 2, 1), a na przełomie IV i V w. Augustyn ujmie tę instytucję z punktu widzenia chrześcijańskiego i wskaże w niej *tria bona: prolis, fidei i sacramenti*. Ten sam wielki znawca pogańskiego Rzymu musiał sobie dobrze zdawać sprawę z przyczyny, z powodu której leżącego w ruinie małżeństwa nie mogły uratować reformy Augusta i zastanawiał się, jak tę przyczynę usunąć, kiedy pisał: *Quaestionem tamen de coniugiis obscurissimam et implicatissimam esse non nescio. Nec audeo profiteri omnes sinus eius vel in hoc opere vel in alio me adhuc explicasse, vel iam posse, si urgat explicare* (D. coniug. adult. I, 25)<sup>12</sup>. Przyczyna ta leżała w wielkiej swobodzie rozwiązywania węzła małżeńskiego w oparciu nie o *voluntas initialis* całego życia małżeńskiego, tylko o *voluntas continuativa*, czyli o możliwość faktycznego, a więc pozaprocesowego rozejścia się małżonków. To źródło ograniczyło w drugiej połowie V w. ujęcie zawarcia małżeństwa w ramy kontraktu konsensualnego, czyli *voluntatis initialis*, której przez prawo przewidziane wady mogły dopiero na drodze procesowej doprowadzić do uznania nieważności danego małżeństwa. Co zaś dotyczy samych wad, to oczywiście nie musiały one być przy małżeństwie wzięte pod uwagę wszystkie, które znało i stosowało prawo rzymskie przy zobowiązaniach rzeczowych. Selekcji bowiem wad domagała się specyfika małżeństwa. Że tak, a nie inaczej należało postąpić, wynika z wypowiedzi, którą dała nam pochodząca z IX w. względnie z X w. *Summa codicis Trecensis*:

Satis... de contractibus seu de his societatibus pertractatum est in quibus res pecuniaria vertitur. Nunc de his in quibus non quid pecuniarium principaliter spectatur, sed personae ipsae inter se sub quadam ratione societatis copulantur seu coniunguntur, matrimonium est enim societas: divini et humani iuris communicatio<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> A. Gellii Noctium Atticarum libri XX post Martinum Herz edidit C. Hosius, Volumen prius, Lipsiae 1903, II 7.

<sup>12</sup> Przeciw zawężającej interpretacji Pollencjusza, że św. Paweł w liście 1. do Kor. VII zabrania tylko żonom wychodzić za mąż w przypadku opuszczenia męża z powodu cudzołóstwa, wystąpił św. Augustyn w swej rozprawie *De coniugiis adulterinis*, twierdząc, że Apostoł ma w tym miejscu na myśli także mężów opuszczających żony, a nawet małżeństwa niechrześcijańskie, w których jedna ze stron przyjęła chrzest. Łączność tego augustiańskiego stanowiska z przewidzianą przez prawo rzymskie możliwością faktycznego rozejścia się małżonków i zawarcia przez nich nowego związku nie ulega chyba żadnej wątpliwości.

<sup>13</sup> Zob. Orestano R., *La struttura giuridica del matrimonio romano del diritto classico al diritto justiniano*, BIDR, Vol. XLVII (1940) 180; tenże, to samo w osobnej książce, Milano 1951.

Na dowód, że tak się stało, wystarczy powołać się na prawo justyniańskie, mówiące tylko o nieważności małżeńskiej z tytułu błędu *conditionis servilis*, oraz na kanoniczne gracjanowskie<sup>14</sup>, które to błędy w tym czasie mogły przy małżeństwie wchodzić w rachubę, tj. *personae, qualitatis, fortunae*<sup>15</sup> i *conditionis servilis*, a z których zostały uwzględnione tylko dwa, tj. *personae* i *conditionis*, a dwa inne pominięte. Gdy w tym punkcie porównamy prawo rzymskie z kanonicznym, mogłoby się wydawać, że prawo rzymskie przez swój tylko jeden błąd uwzględniło bardziej specyfikę małżeństwa, niż to uczyniło kanoniczne ze swymi dwoma błędami, zatem różniłyby się jedynie o błąd *personae*, a zgadzałyby się odnośnie do błędu *conditionis servilis*. A jednak trudno przychodzi zgodzić się na tego rodzaju stan rzeczy. Bo porównajmy błąd osoby z błędem stanu niewolniczego. Niewątpliwie, ważniejszy dla konsensu małżeńskiego jest błąd pierwszy. Chodzi w nim o tożsamość nupturienta jako podmiotu działającego, czyli współkontrahenta. Co innego, gdy dany towar kupuje się nie u tego samego kupca, od którego chciałem kupić, a co innego w przypadku zawierania małżeństwa. Inaczej natomiast, przedstawia się sprawa błędu *conditionis servilis*. Tu właściwie błędu osobowego nie ma, chyba gdyby się wzięło pod uwagę u niewolnika brak osobowości prawnej, nie pozwalającej bez woli pana swobodnie dysponować swoim *ius reddendi debitum coniugale*. Przy tym zestawieniu trudno przychodzi nam wyobrazić sobie, aby prawo rzymskie, zwłaszcza justyniańskie, dopuszczając przy kontrakcie małżeńskim błąd *conditionis servilis*, pominać mogło błąd osoby, dla małżeństwa tak istotny. Toteż nie dziwimy się powiedzeniu Gracjana: *Sicut ergo hic error materiae excludit consensum, sit et in coniugio error personae*. Przy takim przypuszczeniu, bo źródeł brak, nie mielibyśmy w obydwóch prawach żadnej różnicy. Ale przejdźmy do błędu *qualitatis*. Prawo rzymskie, które np. przy kupnie uwzględniało przy danym towarze przymioty jego istotne i nieistotne i z pierwszymi łączyło wpływ błędu na nieważność kupna, jednak przy małżeństwie takiego błędu nie przytoczyło. Po tej samej linii poszedł także Gracjan. Co więcej, nawet pod koniec swego *dictum* porównał nieistotny błąd kupionej roli z błędem w małżeństwie *qui duxit in uxorem meretricem vel corrup-*

<sup>14</sup> Nie będziemy tutaj wchodzić w rozstrzygnięcie, czy Gracjan przy przenoszeniu do swojego Dekretu błędu *conditionis servilis* z vermelińskiego synodu z r. 753 (zob. C. XXIX, q. II, 4) wiedział o jego prototypie z Noweli justyniańskiej, czy też nie. Zob. w sprawie genezy tego błędu szerszy wywód Freisena w *Geschichte*, s. 279 n.

<sup>15</sup> Jeżeli w związku z rozstrzyganym w XXII Noweli c. 4 zagadnieniem: *propter inaequalitatis fortunam* uzupełnimy jeszcze w myśl wskaźnika: *secundum prius a nobis dictam causam* tekstem z cap. 7 tej samej Noweli: *servitute namque superveniente alteri personae fortunae inaequalitas aequalitatem ex nuptiis manere non sinit*, uzyskamy wystarczającą podstawę do przypuszczenia, że tu właśnie, a nie gdzie indziej, należy szukać także początków gracjanowskiego błędu *fortuna*.

*tam, quam putat esse castam vel virginem. Wreszcie błąd fortunae.* Z wyżej przytoczonej Noweli justyniańskiej wynika, że błąd *inaequalitatis fortunae* nie tylko nie mógł wpłynąć na nieważność małżeństwa, ale i na wniesienie skargi odszkodowawczej. Gracjan także temu błędowi odmówił wpływu na nieważność małżeństwa.

Na tym zamykamy nasze badania nad genezą gracjanowskiej przeszkody małżeńskiej z błędu. Stwierdzając w tej przeszkodzie obecność elementów prawa rzymskiego, bynajmniej nie chcemy przez to pomniejszać znaczenia samodzielnego wkładu autora Dekretu. Gdyby zaś kto pytał, dlaczego Gracjan nie powołał się na źródła prawa rzymskiego, usłyszałby odpowiedź krótką: dlatego, ponieważ trzymał się zasady, że przy uzasadnianiu kanonistycznym decydować powinny tylko autorytety kościelne i prawno-filozoficzne, względnie prawno-dogmatyczne *rationes*.

Ad 3) Jak do powyższej struktury gracjanowskiej przeszkody małżeńskiej z błędu ustosunkowała się kanonistyka czasów następnych aż do nowego kodeksu włącznie?

Pierwsze spostrzeżenie, jakie się nam w tej sprawie narzuca, to fakt, że dyskusja nad tym zagadnieniem toczyła się z reguły w granicach gracjanowskiego poczwórnego błędu i to nie tylko w czasach glosatorów i postglosatorów, ale i komentatorów, a nawet autorów większych czy też mniejszych traktatów przedkodeksowych. Wskazywałyby to, iż wprowadzony przez autora Dekretu krąg błędów: *personae qualitatis, fortunae i conditionis servilis* został dobrze dostosowany do specyfiki konsensu małżeńskiego, kiedy mimo swego dziś historycznego znaczenia mógł aż tak długo w kanonistyce pełnić rolę wystarczającego modelu przy rozpatrywaniu zagadnienia małżeńskiego błędu.

Inaczej przedstawia się sprawa treści i zakresu każdego z tych błędów. Oto patrząc na tę czwórkę z punktu widzenia logicznego podziału, uderzyć musi każdego, dlaczego Gracjan zamiast ową czwórkę błędów sprowadzić do dwóch rodzajów *personae* i *qualitatis*, wydzielił z *qualitatis* osobno *error fortunae* i *conditionis servilis*? I pytanie drugie: dlaczego Gracjan swój ogólnie ujęty *error qualitatis* ograniczył do zakresu węższego, mianowicie: *quando putatur esse bonus qui malus est*, ilustrując go przykładem: *qui duxit in uxorem meretricem vel corruptam, quam putat esse castam vel virginem*? Oczywiście, gdybyśmy przyjęli, że Gracjanowi chodziło o zawężenie błędu *qualitatis* tylko do grupy o charakterze etycznym (*bonus, malus*), moglibyśmy go obronić przed zarzutem logicznej nieścisłości podziału, bo mielibyśmy do czynienia w wyniku z trzema zawężonymi i nie przecinającymi się zakresami ogólnego pojęcia błędu *qualitatis*. I takiemu tłumaczeniu nie można by z punktu widzenia logiki nic zarzucić, a jednak nie wolno nam zapominać, że nauka prawa to nie filozofia, bo nie obraca się ona w sferze abstrakcyjnej, ale w zbliżonym jeżeli nie do konkretnego, to przynajmniej do przeciętnych po-

trzeb w danym okresie czasu życia ekonomicznego, społecznego, religijnego<sup>16</sup>. Mówimy o tym dlatego, ponieważ Gracjan, podobnie jak przy konstrukcji małżeńskiej przeszkody z błędu, nie kierował się dedukcją z abstrakcyjnej reguły *errantis nulla est voluntas*, lecz prawniczą zasadą *non omnis error consensum evacuat*, także i przy układaniu swojej czwórki błędów nie tyle zwracał uwagę na logiczny podział, ile raczej na zgodność z nomenklaturą stosowanych błędów przez prawo rzymskie. Co się tyczy zawężenia gracjańskiego przy błędzie *qualitatis* do etycznej tylko strony nupturientów, jak złego prowadzenia się kobiety, to raczej wskazywałoby na przykładowe ujęcie negatywnych jakości, branych zazwyczaj pod uwagę przy zawieraniu małżeństw. Jako dowód wystarczy przytoczyć poszerzające ujęcie *qualitatis* prawie współczesnego Gracjanowi Rolanda: *quando credo pulchram quae turpis est, sapientem vel secundam, quae insipiens vel sterilis est*<sup>17</sup>. Stąd zrozumiałe, że po tej poszerzającej interpretacji musiał z czasem z gracjanowskiej czwórki błędów zniknąć *error fortunae*.

Wreszcie ostatnie pytanie w związku z błędem *qualitatis*: jaką skuteczność prawną przypisać przymiotnikowi, którym np. pod formą dopełniacza mój wybawca zindywidualizował jeden nupturient drugiego, oczywiście żyjącego, ale osobiście jeszcze nie poznanego i nie oznaczonego ani imieniem, ani nazwiskiem? Otóż tego skomplikowanego pytania, które się ściśle łączy z błędem osoby, Gracjan nie rozwiązał, jakkolwiek w swojej kazuistyce tego rodzaju przykłady podawał. Dopiero tego zagadnienia dopatrzył się wnikliwy umysł Tomasza z Akwinu:

Ad quintum dicendum, quod error nobilitatis, in quantum huiusmodi non evacuat matrimonium, eadem ratione qua nec error qualitatis: sed si error nobilitatis vel dignitatis redundat in errorem personae, tunc impedit matrimonium. Ad quartum dicendum, quod diversitas fortunae non variat aliquid eorum quae sunt de essentia matrimonii, nec diversitas qualitatis, sicut facit conditio servitutis<sup>18</sup>.

Że z dwóch obowiązujących błędów silniejszy jest *error personae*, uzasadnia Tankred w sposób następujący: *quod ex sui natura, non ex constitutione ecclesiae... matrimoniale consensum excludit, quoniam qui errat, non consentit*<sup>19</sup>. Wprawdzie *glossa ordinaria* stała na stanowisku, że *non ex sua natura, sed ex constitutione ecclesiae*, jednak nauka poszła za Tomaszem z Akwinu: *error de iure naturali habet, quod evacuet matrimonium*<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Temu skomplikowanemu zagadnieniu teoretycznemu poświęcił Leonard R. osobny rozdział w swej książce: *Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach römischen Rechte*, Berlin 1882, s. 84 n.

<sup>17</sup> Zob. Freisen, *Geschichte*, s. 290.

<sup>18</sup> Summa Theol. Tertiae Partis, Supplementum, Romae 1887, Qu. LI. Art. I (S. Th., 4. Dist. 30, q. I, a. I).

<sup>19</sup> Zob. Freisen, *Geschichte*, s. 297.

<sup>20</sup> Summa theol. j. w., art. I.

Na koniec zostało nam jeszcze do wyjaśnienia jedno zagadnienie: mianowicie Gracjan w związku z rozpatrywaniem w C. XXIX, q. 2, c. 6 przypadkiem zamieścił w swoim *dictum* następującą wypowiedź. *Quia haec ergo et personae et conditionis dolum passa est, non cogitur adhaerere ei cuius fraude decepta est.* Ponieważ w tej wypowiedzi jest mowa o podstępie (*dolus*) połączonym z błędem, zainteresował się tym zagadnieniem Freisen i doszedł do następujących, naszym zdaniem, słusznych wyników: nie ma w prawie kanonicznym osobnej przeszkody małżeńskiej z podstępu. *Dolus* może być rozpatrywany dopiero w przypadku, gdy wystąpi w łączności z błędem, lecz wtedy, a więc zarówno przy błędzie powodującym nieważność małżeństwa, jak i nie powodującym tej nieważności, nie przydaje od siebie danemu błędowi żadnego skutku prawnego. Autor kończy swój wywód uwaga: *Ein Kirchengesetz welches den dolus mit ehertrennender Kraft belegt hätte, gibt es nicht. Zwar wird in vielen Stellen des canonischen Rechts der Satz hervorgehoben, der Betrug dürfe dem Betrüger keinen Vorteil bringen, so in c. 1 X. de eo qui duxit (IV—7), aber die Glosse und die damalige Zeit versteht diese Stellen nicht dahin...<sup>21</sup>.*

Na tym kończymy nasz wykaz „zmian”, których na gracjanowskiej strukturze małżeńskiego błędu dokonała kanonistyka na przestrzeni 800 lat, aż do nowego kodeksu włącznie. Jak widzimy, nie były to zmiany istotne, tylko większe lub mniejsze uściślenie tych elementów, z których na swój sposób uformował Gracjan małżeńską przeszkodę z błędu. Najważniejszego uściślenia dokonał św. Tomasz przez wprowadzenie błędu *qualitatis, qui redundat in errorem personae*. Inne zaś, jak skreślenie z gracjanowskiej czwórki błędu *fortuna*, przeniesienie błędu *conditionis servilis* do kategorii *qualitatis*, oraz ujęcie całości w formę nowoczesną — to dopiero dzieło redaktora kanoń 1083<sup>22</sup>.

## II

Poznawszy w skrócie genezę i dzieje wpływu błędu kanonistycznego na zawarcie małżeństwa, spróbujmy w drugiej części ze zdobytych wyników naszych badań wyprowadzić wnioski w stosunku do wysuniętego przez prof. Flattena projektu powiększenia względnie poszerzenia nieważności małżeńskiej z tegoż tytułu.

Zacznijmy od specyfiki tego wpływu: wprawdzie z brzmienia kanoń 1083 wynikałoby, że nieważność małżeństwa może powstać z potrójnego tytułu, tj. z błędu *circa personam, qualitatis redundan-*

<sup>21</sup> Zob. Freisen, *Geschichte*, s. 299.

<sup>22</sup> Dla czasów potrydenckich zob.: Sanchez Th., *Disputationum de sacro matrimonio sacramento*, Venetiis 1627, Lib. VII, Disp. XVIII; dla pokodeksowego zaś okresu zob.: Cappello F., *De matrimonio*, Romae 1927, s. 626 n.

*tis in personam i qualitatis circa libertatem* któregoś z nupturientów, jednak w rzeczywistości po wliczeniu *qualitatis redundantis* do błędu *circa personam* będziemy mieli do czynienia właściwie tylko z dwiema kategoriami błędu: *personae* i *conditionis servilis*. Na pytanie, w jakim stosunku pozostają do siebie oba te błędy, daje odpowiedź św. Tomasz

... quod error, qui matrimonium impedit, sit alicuius eorum, quae sunt de essentia matrimonii. Duo autem includit ipsum matrimonium, scilicet personas duas, quae coniunguntur, et mutuam potestatem in invicem in qua matrimonium consistit: primum autem tollitur per errorem personae: secundum per errorem conditionis, quia servus non potest potestatem sui corporis libere alteri tradere sine consensu sui domini. Et propter hoc hi duo errores matrimonium impediunt, et non alii<sup>23</sup>.

Jak widzimy, wnikliwy Tomaszowy umysł wskazał najpierw na dwa konstytutywne elementy istoty małżeństwa, mianowicie osobowy i potestatywny, a następnie z pierwszym elementem złączył błąd *personae*, z drugim zaś błąd *conditionis servilis*. Czyż trzeba jeszcze wykazywać, co wniosło do naszego zagadnienia owo *novum* Tomaszowe? Otóż najpierw związało ono *error conditionis* z istotą małżeństwa. Przez to, że przeniosło ono ten błąd z kategorii *qualitatis* nieistotnej do istotnej, uzasadniło, dlaczego zarówno prawo justyniańskie, jak i w ślad za nim idące kanoniczne, mogły i rzeczywiście podniosły ten błąd specyficzny do znaczenia przeszkody małżeńskiej. Wreszcie wniossek końcowy: przez to *novum* odpada zarzut stawiany tu i ówdzie prawom justyniańskiemu i kanonicznemu, że wyjątkowo przypadłościowej, a więc nieistotnej jakości przyznały skuteczność tamującej przeszkody małżeńskiej. Stąd myliliby się ten, kto by w brzmieniu kanonu 1083, § 2, 2° chciał dopatrywać się przypadłościowego charakteru *qualitatis conditionis servilis*. Innymi słowy, obydwie błędy, tj. *qualitatis redundantis in errorem personae* i *qualitatis conditionis servilis* należą do istotnych przymiotów (jakości) kontraktu małżeńskiego, z tą tylko różnicą, że pierwszy wiąże się z konstytutywnym elementem osobowym, drugi zaś z potestatywnym. Z rozmysłu na tę specyfikę *qualitatis conditionis servilis* zwracamy w tym miejscu naszą szczególną uwagę, bo chcemy projektowi prof. Flatteny odebrać podstawę do poszerzania kanonu 1083 przez wprowadzenie pewnej grupy nieistotnych jakości. Ze tej właśnie podstawy dopatruje się projekt, wynika niedwuznacznie z jego wywodów na s. 4, gdzie *error qualitatis redundantis* został porównany z błędem *conditionis servilis*. Tu nie to jest ważne, czy błąd *conditionis servilis* ma jeszcze znaczenie aktualne czy też już historyczne, ale to, że z punktu widzenia zasad prawa rzymsko-kanonicznego zawiera jednak swoje pełnowartościowe uzasadnienie. Właśnie ten fakt, iż Gracjan przy strukturze prze-

<sup>23</sup> Summa theol. j. w., art. I.

szkody małżeńskiej z błędu nie uwzględnił żadnej jakości nieistotnej, świadczy w najwyższym stopniu o jego zrozumieniu specyfiki konsensualnego kontraktu małżeńskiego. Wartość tej specyfiki małżeńskiej, a zwłaszcza niedopuszczenia żadnej jakości nieistotnej do znaczenia przeszkody małżeńskiej, ujął chyba najdosadniej Leonhard:

Die Ehe efordert nach sittlicher Auffassung eine andere Behandlung, als Vermögensrechtsverträge. Die thatsächliche Auflösung der Ehe nach geschehener wirklicher Vollziehung ist ohne einen irreparablen Schaden nicht möglich und zwar sowohl nicht ohne Nachtheil für die Contrahenten und für deren Familien, als auch für die Allgemeinheit. ...Der Parteiwille muss in feste Schranken gebannt sein. Schon das römische Recht zeichnete die Ehe aus, indem es sie für frei auflöslich erklärte, was — bei Verröensrechtsverträgen nicht that. Die nachtheiligen Folgen, welche diese Lösung der Frage nach sich zog, sind bekannt. Die christliche Sittlichkeit, welche über die Unterordnung der Wünsche und Entschlüsse des Individuums unter die den Bedürfnissen der Gesammtheit der Menschen entsprechenden göttlichen Gebote strenger denkt, als der heidnische Individualismus, Demgemäss verwirklichte das canonische Recht das Scheidungsverbot der Bergpredigt... Nur strich Gratian den error qualitatis, welcher wenigstens in gewissen Fällen bei Vermögensrechtsgeschäften als wesentlich galt, für das Eherecht ganz fort.<sup>24</sup>

Pod tą oceną gracjańskiego ujęcia specyfiki przeszkody małżeńskiej z błędu, podpisujemy się obydwoma rękami. Toteż nie dziwimy się, dlaczego jej w tym punkcie nie tknęła pogracjańska kanonistyka aż do nowego kodeksu włącznie, mimo że przytoczony na początku katalog rozpatrywanych przez boński zjazd przypadków, mających na oku na ogół ochronę poszkodowanego nupturienta, a nie małżeństwa jako instytucji chrześcijańsko-społecznej — nie jest tylko specyfiką dzisiejszych czasów, ale był aktualny i w czasach gracjanowskich i pogracjanowskich, nie mówiąc już o okresach dawniejszych.

Poza tą zasadniczą specyfiką strukturalną małżeństwa katolickiego zostało nam w tym miejscu do rozpatrzenia jeszcze jedno zagadnienie, a mianowicie połączenie przez projekt złośliwego podstępu (*dolus malus*) z błędem, jako wadą konsensu małżeńskiego. Że tak właśnie w projekcie postąpiono i nie próbowano skonstruować z podstępu wady samoistnej na wzór wady *vis et metus* (kanon 1087), da się rzecz wyjaśnić nie tylko tym, że przed kodeksem — jak to już wyżej zaznaczyliśmy — sam *dolus malus* nie stanowił osobnej tamującej przeszkody małżeńskiej, ale i tym, iż ten stan rzeczy zachowało obecnie obowiązujące prawo kanoniczne. Wprawdzie kodeks zna taką wadę w trzech wypadkach, mianowicie *in renuntiando officio ecclesiastico* (kanon 185), *in ingredienda religione* (kanon 542, n. 1), i *in emittenda professione religiosa* (kanon 572, § 1, n. 4). Ale to są przypadki aktów jednostronnych, a nie kontraktów konsensualnych, a zwłaszcza nie kontraktu małżeńskiego. Natomiast kanon 1684 mówi: *Si quis metu gravi iniuste incusso, vel dolo circumventus actum po-*

<sup>24</sup> Leonhard, *Der Irrthum*, s. 411—413.

*suerit vel contractum inferit qui ipso iure non sit nullus, poterit, metu vel dolo probato, obtinere actus vel contractus rescissionem actione quae vocatur rescissoria*, czyli dopuszcza wpływ podstępny na kontrakty, ale nie ze skutkiem skierowanym na stwierdzenie nieważności danego kontraktu, lecz na rozwiązanie ważnie zaistniałego. Stąd jasne, dlaczego w obecnym prawie kanonicznym nie może być mowy, aby *actio rescissoria ex dolo* mogła mieć zastosowanie do katolickiego kontraktu małżeńskiego, a to z powodu jego nierozzerwalności. Co innego w prawie rzymskim albo w kodeksach cywilnych uznających rozwód, jak np. kodeks niemiecki w § 1333: „małżeństwo może być przez tego małżonka wzruszone, który przy zawieraniu małżeństwa pomylił się co do osoby drugiego małżonka lub co do takich jego przymiotów, które przy znajomości stanu rzeczy i rozumnym ocenieniu istoty małżeństwa byłyby go powstrzymały od wejścia w związek małżeński”. Mówiąc o takim stanowisku prawa cywilnego, nie wolno zapominać, że pozostaje ono w łączności z zasadą rozwodu małżeńskiego, a nie z kanonistyczną zasadą nierozzerwalności ważnie zawartego związku małżeńskiego.

Zbierając tedy wszystko razem, co dotąd powiedzieliśmy o stosunku dawnego i obowiązującego dziś prawa kanonicznego do zaprojektowanego przez prof. Flattenę powiększenia § 2 kanonu 1083 przez 3<sup>o</sup> *Si quis graviter ac dolose alterius partis qualitate magni momenti deceptus matrimonium ineat, quod re vere cognita non contraheret*, wynikałoby, że *sic stantibus* trudno przychodzi nam sformułować jakąś *iustam causam*, jako podstawę do skodyfikowania tego projektu, co oczywiście nie oznacza, aby taki akt prawny przerastał kompetencję ustawodawczej władzy kościelnej.

#### PROPTER PROPOSITAM EXTENSIONEM NULLITATIS MATRIMONII EX ERRORE INITI

Ultimis in annis inceptum est inter quosdam canonistas et ecclesiasticos iudices discentari de insufficiente Codicis Iuris Canonici cura erga dolose deceptos nupturientes. Coetus Tribunalium ecclesiasticorum in urbem nupturientes. Coetus Tribunalium ecclesiasticorum in urbem Bonnam a. 1960 ad perscrutandam hanc quaestionem convocatus pervenit ad conclusionem, ut Supremus Legislator Ecclesiae matrimonium irritare vellet in sequentibus saltem factis speciebus: Error de alterius partis fide catholica; de sinceritate cautionum in matrimonio mixto praestitarum; de delicto gravi patrato; de prole iam suscepta vel nata; de statu sociali; de morbo gravi; de sterilitate; de graviditate; de prolis susceptae vel natae patre. Huius disquisitionis primarius fautor ac promotor prof. Universitatis Tibingensis H. Flatten recoluit totam quaestionem in suo brevi opusculo, cui titulus: *Quomodo matrimonium contrahentes iure canonico contra dolum tutandi sint* (Coloniae 1961) et proposuit, ut § 2 canonis 1083 extenderetur per: „3<sup>o</sup> Si graviter ac dolose de alterius partis qualitate magni momenti deceptus matrimonium ineat, quod re vere cognita non contraheret.”



Quid igitur de hoc proposito dicendum? Nostro iudicio: non sufficit — prouti prof. Flatten fecit — producere dolores deceptorum nupturientium, nam primum est sibi respondendum — quod tamen auctor non fecit — qua de causa Ecclesia ad hodiernum diem se abstinit ab irritatione talium matrimoniorum. En praecise ratio, propter quam istam quaestionem iuridico-historico examini in praesenti subiecimus ac solvimus. A nobis vero in hac disquisitione assecuta reducuntur ad sequentia.

Incipiamus a canone 1083: „§ 1. Error circa personam invalidum reddit matrimonium. § 2. Error circa qualitatem personae, etsi det causam contractui matrimonium irritat tantum: 1<sup>o</sup> Si error qualitatis redundet in errorem personae; 2<sup>o</sup> Si persona libera matrimonium contrahat cum persona quam liberam esse putat, cum contra sit serva, servitute proprie dicta.” Quod iste canon a Gratiani Decreto originem ducit, sufficit inspicere Annotationem fontium Cardinalis Gasparri. Quod autem non quoad verbum, indicant Gratiani dicta quae sequuntur: „Verum est quod non omnis error consensum excludit; sed error alius est personae, alius fortunae, alius conditionis, alius est qualitatis. Error personae est, quando hic putatur esse Virgilius et ipse est Plato. Error fortunae, quando hic putatur esse dives qui pauper est, vel e converso. Error qualitatis est, quando putatur esse bonus qui malus est. Error fortunae et qualitatis coniugii consensum non excludit. Error vero personae et conditionis coniugii consensum non admittit”. Sed prima facie videtur neque quoad vim comprehensivam: Cum Gratianus quattuor species erroris nominat, can. vero 1083 tandemmodo duas; cum Gr. irritat matrimonium ex erroribus personae et conditionis, can. 1083 id facit ex erroribus personae et duarum qualitatum; denique — quod pro nostra disputatione ponderissimum — dum Gratianus expresse excludit, quod error cuiuslibet qualitatis matrimonium irritet, e contra can. 1083 duobus suis erroribus qualitatis hunc effectum iuridicum adscribit. Praefatam ultimam differentiam non attinget factum, si lectori in memoriam vocetur errorem qualitatis redundantis in errorem personae a S. Thoma additum fuisse.

Hisce omnibus adductis, quid ultimo dicendum? Fueritne inter Gratianum et Canonem 1083 vera discrepantia, an non? Re propius cognita respondendum erit negative. Non est enim dubium, quod Gr., firmiter in iure romano insistendo, ex elencho errorum: in persona, in corpore, in negotio, in nomine, in substantia (in essentia), in materia et in qualitate assumpsit pro nullitate matrimonii tantummodo duos errores, scilicet in persona et in substantia (essentia). Quod error conditionis servilis ad essentiam matrimonii pertinet, sufficit allegare S. Thomae dicta quae sequuntur: „Quod error, qui matrimonium impedit, sit alicuius eorum, quae sunt de essentia matrimonii. Duo autem includit ipsum matrimonium, scilicet personas duas, quae coniunguntur, et mutuam potestatem in invicem, in qua matrimonium consistit: primum autem tollitur per errorem personae; secundum per errorem conditionis, quia servus non potest potestatem sui corporis libere alteri tradere sine consensu sui domini. Et propter hoc hi duo errores matrimonium impediunt, et non alii.”

Sed dixerit quis: si in iure romano loquitur de errore etiam qualitatis, cur igitur Gratianus istum errorem pro matrimonio non adhibuerit? Respondetur: hoc Romanum in suis actionibus non respiciebat errorem uniuscuiusque qualitatis, sed tantummodo redundantis in essentiam rei, secus si agebatur de qualitatibus accidentalibus. Hanc viam secutus est quoque Gratianus, quod patet ex sequentibus eius dictis: „Error qualitatis non excludit similiter consensum; utpote si quis emerit agrum vel vineam, quam putabat esse uberrimam, quamvis iste erraret in qualitate rerum, rem minus fertilem emendo, non potuit tamen venditionem rescindere. Similiter, qui duxit in uxorem meretricem vel corruptam, quam putat esse castam vel virginem, non potest eam dimittere, et aliam ducere”.

Quibus constatatis transeamus ex ordine ad ipsum canonem 1083: Erraret, qui diceret ibi agi de duobus erroribus qualitatum accidentalium et non qualitatum redundantium in essentiam matrimonii. Aliis verbis, si praetermittatur a S. Thoma superadditus error qualitatis redundantis in errorem personae, obtinebitur pro nostra disputatione multum valens resolutio definitiva: eadem structura erroris matrimonium irritantis, quam Gratianus ex iure romano desumpsit, quoad rem ipsam sine mutatione permansit usque ad hodiernum diem.

Quae cum ita sint, restat, ut nostra investigatio claudatur insequentibus conclusionibus:

1<sup>o</sup> Hisce praemissis unicuique clarum fit, cur ius canonicum determinando nullitatem matrimonii ex errore initi errorem omnium qualitatum accidentalium hucusque non admisit;

2<sup>o</sup> Neque ius canonicum nostro iudicio admittet — etsi absolute loquendo posset — talem errorem accidentalem in casu, si cum eo coniungeretur dolosa deceptio unius nupturientis per alterum. Hoc deducimus ex facto, quod hucusque ius canonicum non fecit illud, etsi ista quaestio a temporibus ipsius Gratiani moveri incepit. Si quaeratur de ratione procedenda, est uti primaria: Vocaretur in discrimen indissolubilitas ipsius matrimonii.

3<sup>o</sup> Hisce praemissis non excluditur, quod deceptorum nupturientium doloribus in alia via providi possit ac providendum sit.