

Ks. Wojciech Wąsik – Kielce

SYMULACJA ZGODY MAŁŻEŃSKIEJ JAKO PRZYCZYNA NIEWAŻNOŚCI MAŁŻEŃSTWA W PRAWIE KOŚCIOŁA ŁACIŃSKIEGO

Niniejszy artykuł poświęcony jest tematyce fikcyjnej zgody małżeńskiej w prawie Kościoła łacińskiego. W pierwszej kolejności omówiona zostanie geneza normy dotyczącej symulacji. Następnie prześledzimy krystalizowanie się doktryny na ten temat w prawie dawnym, od XIII do początków XX wieku. Analizom poddany zostanie kan. 1086 § 2 Kodeksu z 1917 r. Przyjrzymy się też interpretacjom tego przepisu przez przedstawicieli jurysprudencji i judykatury. W dalszej części artykułu przybliżone zostaną projekty kanonów, które pojawiły się w czasie prac nad rewizją kodeksu. Na koniec omówiony zostanie kan. 1101 § 2 KPK oraz niektóre nowe tendencje, jakie pojawiły się w nauce prawa kanonicznego na temat fikcyjnej zgody małżeńskiej.

1. Geneza normy o symulacji zgody małżeńskiej

Podjęcie problematyki fikcyjnej zgody małżeńskiej w prawie kanonicznym, według M. Pastuszki, było następstwem zakończenia dyskusji pomiędzy szkołami bolońską i paryską na temat wystarczającej przyczyny sprawczej małżeństwa. Poglądy szkoły paryskiej sprowadzały się do tego, iż do zawarcia małżeństwa wystarczy sama zgoda małżeńska. Opinia ta ostatecznie przeżyła nad tzw. teorią kopulacyjną, którą głosili przedstawiciele szkoły bolońskiej¹.

Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, że w procesie kształtowania się norm kościelnego prawa małżeńskiego ważną rolę odgrywało prawo

¹ Por. M. Pastuszko, *Całkowita symulacja małżeństwa*, Warszawa 1982, s. 18–19.

rzymskie². Na przełomie XI i XII wieku boloński profesor Irnerius uczynił przedmiotem studiów *Instytucje*, *Kodeks* oraz *Digesta*. Jego dzieło kontynuowali: Martinus, Bulgarus, Iacobus i Hugo, nazywani *Quattuor doctores*. Dali oni początek *szkole glossatorów*. Starali się oni wydobywać z zapomnienia dzieła jurysprudencji rzymskiej i przyswajając je współczesnym, w opracowaniu egzegetycznym, wraz z tzw. *glossami*³. Następstwem powyższego był proces przenikania *ius romanum* do kanonistyki. Proces ten określany jest mianem *receptji doktrynalnej*⁴. Przejmowanie zasad prawa rzymskiego przez prawo kanoniczne było wynikiem świadomej działalności prawotwórczej Kościoła, ściśle wiążącej się z praktyką wiary, w ramach rozwiązywania potrzeb i problemów społeczności chrześcijańskiej⁵. Biorąc pod uwagę powyższy kontekst, należy zauważyć, że w już prawie rzymskim okresie klasycznego były dobrze znane symulowane czynności prawne (*negotia simulata*). Polegały one na tym, że strony zawierające kontrakt, chcąc ukryć swój właściwy zamiar przed osobami trzecimi, umawiały się pomiędzy sobą, iż ich oświadczenia woli nie mają powodować żadnych skutków prawnych albo mają powodować skutki, ale inne niż te, które wynikałyby ze złożonych oświadczeń woli. Strony przeprowadzały pozorną czynność prawną celem dokonania innego, niedozwolonego przez prawo aktu. Początkowo takie czynności były uważane za ważne. Zasadę, iż symulowana czynność prawna nie wywołuje skutków prawnych wprowadzili do nauki prawa rzymskiego dopiero w V wieku przedstawiciele tzw. *szkoły beryckiej*⁶.

Zasadniczo małżeństwo w prawie rzymskim było traktowane jako umowa, a precyzyjniej mówiąc jako *contractus sui generis*. *Ius romanum* znało

² Por. H. Insadowski, *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, Lublin 1935, s. 60nn; D. Born, *Necessitas consensus matrimonialis externi secundum leges naturae, Ecclesiae et status Ohio comparatas*, Romae 1959, s. 44nn; G. Oesterlé, *Consentement matrimonial*, w: *Dictionnaire de droit canonique contenant tous les termes du droit canonique (...) publié sous la direction de R. Naz, Tome quatrième CONDITION – DROITS ACQUIS*, Paris 1949, kol. 294; T. Pawluk, *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II. Zagadnienia wstępne i normy ogólne, t. 1*, Olsztyn 1985, s. 45–47; M. Szczaniecki, *Powszechna historia państwa i prawa*, Warszawa 1994, s. 105.

³ Por. *Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*, red. W. Wołodkiewicz, Warszawa 1986, s. 222n.

⁴ Por. H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie a współczesność*, Warszawa 1988, s. 42–43 i 176–178; W. Rozwadowski, *Prawo rzymskie. Zarys wykładu wraz z wyborem źródeł*, Poznań 1992, s. 49.

⁵ Por. R. Sobański, *Teoria prawa kościelnego*, Warszawa 1992, s. 36.

⁶ Por. F. Zoll (starszy), *Pandekta czyli nauka rzymskiego prawa prywatnego*, t. I, Kraków 1914, s. 374n; *Simulatio*, w: W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1998, s. 243; *Simulatio*, w: *Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*, dz. cyt., s. 141; H. Insadowski, *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, dz. cyt., s. 169.

trzy różne sposoby zawarcia małżeństwa, a mianowicie: 1. *per usus*; 2. *per confarreationem*; 3. *per coemptionem*. Pierwsza z wymienionych form polegała na zawarciu małżeństwa przez faktyczne życie we wspólnocie małżeńskiej przez jeden rok i była zastosowaniem na gruncie prawa małżeńskiego reguł prawnych dotyczących zasiedzenia. Ten sposób zawierania małżeństwa wyszedł z użycia bardzo wcześnie, bo ok. II wieku. Natomiast zawarcie małżeństwa *per confarreationem* oraz *per coemptionem* wymagało uzewnętrznienia zgody małżeńskiej stron. Małżeństwo powstawało więc przez złożenie oświadczenia woli przez strony, co znajduje potwierdzenie w paremii Ulpiana: *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*. Z kolei trwanie związku małżeńskiego warunkowane było przez istnienie tzw. *afectio maritalis*. Umowa małżeńska różniła się od innych kontraktów prawa prywatnego. Różnica polegała na tym, że nie rodziła ona zobowiązań, lecz jej skutkiem był tzw. *status* małżonków. Ponadto nie miała ona celu spełniania świadczeń, które określała zbiorcza formuła: *dare, facere, prestare*, lecz była ukierunkowana na wzajemne uzupełnianie się małżonków we wszystkich przejawach życia. Kolejna różnica wyrażała się w tym, iż prawa i obowiązki wynikające z umowy małżeńskiej nie zależały od indywidualnej woli kontrahentów, ale wynikały z prawa naturalnego⁷.

Skoro *consensus* był w prawie rzymskim przyczyną sprawczą małżeństwa, to sprzeczność pomiędzy wewnętrzną wolą a oświadczeniem woli wyrażonym na forum zewnętrznym musiała skutkować tym, że małżeństwo nie powstawało. Zagadnieniem tym zajęli się juryści w okresie justyniańskim. W *Digestach* odnajdujemy paremię Gajusa, która mówi na ten temat następująco: *Simulatae nuptiae nullius momenti sunt* – małżeństwo symulowane nie ma żadnej mocy prawnej. Ponieważ w przypadku symulacji zgody małżeńskiej oświadczenie woli nie było aktem w pełni ukonstytuowanym, dlatego też

⁷ Por. D 50.17.30: *Ulpianus libro 36 ad Sabinum: Nuptias non concubitus, sed consensus facit*; D 35.1.15: *Ulpianus libro 35 ad Sabinum. Cui fuerit sub hac conditione legatum „si in familia nupsisset”, videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit* [za: *Digesta*, w: *Corpus Iuris Civilis, editio stereotypa quinta, Volumen primum Institutiones recognovit P. Krueger, Digesta recognovit Th. Mommsen /BEROLINI/ MDCCCLXXXIX*]; J. Glomp, *Lexiculum prawa rzymskiego. Wybór tekstów łacińskich z tłumaczeniem polskim i objaśnieniami*, Warszawa 1974, s. 89; D. Born, *Necessitas consensus matrimonialis externi secundum leges naturae, Ecclesiae et status Ohio comparatas*, dz. cyt., s. 43–44; *Contractus*, w: W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, dz. cyt., s. 58; *Dare facere prestare*, w: W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, dz. cyt., s. 67; *Usus*, w: W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, dz. cyt., s. 270; R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych*, Warszawa 1955, s. 259; H. Insadowski, *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, dz. cyt., s. 62–63.

nie sprawiało ono skutków prawnych i powodowało, iż takie fikcyjne małżeństwo nie istniało⁸.

Czy wobec powyższych danych można mówić o przeszczepieniu instytucji symulacji zgody małżeńskiej z prawa rzymskiego na grunt prawa kanonicznego, jak chcą tego niektórzy autorzy?⁹ Udzielając odpowiedzi na to pytanie, trzeba zwrócić uwagę na istnienie fundamentalnej różnicy w rozumieniu zgody małżeńskiej w prawie rzymskim i w prawie kanonicznym. W prawie rzymskim *consensus* był rozumiany jako okazywana na zewnątrz trwała chęć tworzenia wspólnoty małżeńskiej i podstawa *affectio maritalis*. Natomiast w prawie kanonicznym, w interesującym nas okresie, Gracjan w następujący sposób zdefiniował zgodę małżeńską:

Consensus utriusque matrimonium facit. Quia ergo isti coniuncti sunt, ut individua uitae consuetudinem conseruarent, quia uterque consentit in alterum, coniuges sunt appellandi (...) Consensus est duorum uel plurium sensus in idem. Qui autem errat non sentit, non ergo consentit, id est simul cum aliis sentit. Hec autem errauit; non ergo consentit: non itaque coniux est appellanda, quia non fuit ibi consensus utriusque, sine quo nullum matrimonium esse potest.

Zgoda małżeńska była więc pojmowana jako dwustronne oświadczenie woli, poprzez które mężczyzna i kobieta zawierali związek małżeński i które stanowiło podstawę trwałej i niepodzielnej wspólnoty życia małżonków. W konsekwencji tych odmiennych sposobów pojmowania zgody małżeńskiej w systemie prawa rzymskiego i kościelnego, inaczej rozumiana była w tych systemach prawa również wada zgody małżeńskiej, jaką jest symulacja. W następstwie tych różnic, nie można mówić o recepcji, ale raczej o przekształceniu pod wpływem chrześcijańskiej myśli teologicznej istniejącej w prawie rzymskim instytucji symulacji małżeństwa i o nadaniu jej nowego znaczenia¹⁰.

⁸ Por. J. Huber, *Der Ehekonsens im römischen Recht*, Roma 1977, s. 108; *Digesta* 23,2,30.

⁹ Por. T. Vlaming, *Praelectiones iuris matrimonii ad normam Codicis Iuris Canonici*, Bussum in Hollandia, s. 389.

¹⁰ Por. J. Glemp, *Lexiculum prawa rzymskiego. Wybór tekstów łacińskich z tłumaczeniem polskim i objaśnieniami*, dz. cyt., s. 86; H. Insadowski, *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, dz. cyt., s. 60nn; *Interpolacja*, w: *Słownik wyrazów obcych PWN*, red. J. Tokarski, Warszawa 1980, s. 312; *Interpolationes*, w: W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, dz. cyt., s. 126.

Według H. Insadowskiego symulacja zgody małżeńskiej została wprowadzona do systemu prawa kanonicznego na zasadzie *interpolacji* (por. H. Insadowski, *Rzymskie prawo małżeńskie a chrześcijaństwo*, dz. cyt., s. 169). Interpolacja polega na wstawieniu do istniejącego tekstu fragmentów, zdań lub słów, które w oryginalnym tekście nie znajdowały się. Wyróżnia się *interpolacje formalne*, polegające na zmianie brzmienia

2. *Consensus fictus* w prawie przedkodeksowym

Giacomo Bertolini, profesor Uniwersytetu w Udine wyraził opinię, iż doktryna na temat symulacji zgody małżeńskiej wykrystalizowała się dopiero pod wpływem pierwszego wydania dzieła P. Gasparriego *Tractatus canonicus de matrimonio* (Parisiis 1891) oraz schematów kanonów Kodeksu Pio-benedyktyńskiego, czyli na przełomie XIX i XX wieku¹¹. Takiej tezie przeczy jednak sam prawodawca kościelny, który wymienił na pierwszym miejscu, wśród źródeł kan. 1086 § 2 KPK 1917 o symulacji zgody małżeńskiej, dekret papieża Innocentego III *Tua nos duxit fraternitas* z 1212 r. Dekret ten znajduje się w zbiorze prawa *Decretales Gregorii IX*, zredagowanym przez św. Rajmunda de Peñafort w latach 1230–1234 i promulgowanym przez papieża Grzegorza IX bullą *Rex pacificus* z dnia 5 sierpnia 1234 r.¹²

Na marginesie naszych rozważań wypada odnotować, że w teologii scholastycznej już w I poł. XII stulecia pojawiła się refleksja na temat dysonansu pomiędzy zgodą małżeńską a słowami lub znakami, które tę zgodę na zewnątrz wyrażają. J. Soglia w dziele *Institutiones juris publici ecclesiastici* udowadnia, że na problem ten zwrócił uwagę Piotr Lombard, który w IV księdze *Sententiarum libri quatuor* zapisał następującą frazę: *Item si consentiant mente, et non expriment verbis vel aliis certissignis; nec talis consensus efficit matrimonium*¹³.

Gdy chodzi natomiast o symulację, którą dzisiaj nazywamy częściową, to ustawodawca kościelny wśród źródeł kan. 1086 § 2 KPK 1917 wymienił

treści oraz *interpolacje treściowe*, czyli merytoryczne, które wprowadzone były celem zmiany prawa (por. T. Kostkiewiczowa, *Interpolacje tekstu*, w: *Słownik terminów literackich*, red. J. Sławiński, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1989, s. 199; *Interpollationes*, w: W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, dz. cyt., s. 126).

¹¹ Por. G. Bertolini, *La simulazione totale tra esclusione del bonum coniugum e della sacramentalita*, w: *La giurisprudenza della Rota Romana sul consenso matrimoniale (1908–2008)*, *Studi giuridici LXXXIII*, Città del Vaticano 2009.

¹² Por. *Codex Iuris Canonici Pii X Pontificis Maximi iussu digestus Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus praefatione, fontium annotatione et indice analyticalco – alphabetico ab Eñno Petro Card. Gasparri auctus*, [Typis Polyglottis Vaticanis] 1948, s. 364 [przypis 1]; M. Pastuszko, *Całkowita symulacja małżeństwa*, dz. cyt., s. 18–20; W. Góralski, *Małżeństwo kanoniczne*, Warszawa 2011, s. 203; A. Stickler, *Historia iuris canonici latini. Institutiones academicae. Historia fontium*, Augiustae Taurinorum 1950, s. 237–251; P. Hemperek, W. Góralski, *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego. Część 1. Historia źródeł i nauki prawa kanonicznego*, t. 1/I, Lublin 1995, s. 97nn.

¹³ *Petri Lombardi Novariensis cognome magistri sententiarum Episcopi Parisiensis Sententiarum libri quatuor*, PL 192, kol. 910.

tekst autorstwa papieża Grzegorza IX znajdujący się w *Decretales Gregorii IX*. Nie odnosi się on wprost do fikcyjnej zgody małżeńskiej, ale poświęcony został warunkowi niemoralnemu lub niemożliwemu, przeciwko substancji małżeństwa (*conditio turpis vel impossibilis contra substantiam matrimonii*). Można więc wnioskować, że symulacja częściowa wykrystalizowała się w toku refleksji nad zgodą warunkową. Wspomniany tekst papieża Grzegorza IX brzmi następująco:

Si condiciones contra substantiam coniugii inserantur, puta, si alter dicat alteri: „contraho tecum, si generationem prolis evites”, vel: „donec inveniam aliam honore vel facultatibus digniorem”, aut: „si pro quaestu adulterandam te tradas”, „matrimonialis contractus, quantumcunque sit favorabilis, caret effectu; licet aliae condiciones appositae in matrimonio, si tuoes aut impossibiles fuerint, debeant propter eius favorem pro non adiectis haberi¹⁴.

Proces rozwoju doktryny na temat symulacji całkowitej od dekretu papieża Innocentego III z 1212 r. do czasów współczesnych w sposób szczegółowy opisał M. Pastuszko w swojej rozprawie habilitacyjnej *Całkowita symulacja małżeństwa* (Warszawa 1982)¹⁵. Warto jednak w tym miejscu jeszcze raz, w sposób syntetyczny, przeanalizować rozwój nauki na temat różnych postaci symulacji zgody małżeńskiej. Zaczniemy nasze analizy od tekstu wspomnianego dekretu z 1212 r.

W dekretale *Tua nos duxit fraternitas* papież Innocenty III rozstrzyga przypadek, który dotyczył pewnego mężczyzny, występującego pod fikcyjnym imieniem Jan. Mężczyzna ten nie chciał zawrzeć prawdziwego małżeństwa z uwiedzioną przez siebie kobietą, lecz jedynie chciał pozorów małżeństwa, aby osiągnąć osobiste korzyści. Zgodzie małżeńskiej (*consensus*), którą wyraziła kobieta, przeciwstawione jest fikcyjne oświadczenie woli złożone przez mężczyznę (*dissensus*). Innocenty III wyjaśnia, że w tym przypadku małżeństwo jest nieważne, ponieważ nie ma tutaj ani substancji kontraktu małżeńskiego, ani nie zostały spełnione wymogi co do formy kontraktu. Co prawda papież nie posłużył się w dekretale technicznymi terminami *simulatio* czy *consensus fictus*, ale w sposób opisowy ukazał przypadek fikcyjnej zgody małżeńskiej¹⁶. Dopiero Bernardus Parmensis de Botone, żyjący w XIII wieku

¹⁴ Por. *Codex Iuris Canonici Pii X Pontificis maximi iussu digestus Benedictis Papae XV auctoritate promulgatus*, Typis Polyglottis Vaticanis 1948, s. 364 [przypis 1]; C. 7. X. IV. 5 [za: *Corpus Iuris Canonici. Decretalium Collectiones. Decretales Gregorii P. IX., Liber Sextus Decretalium Bonifacii P. VIII., Clementinis P. V Constitutiones, Extravagantes tum viginti iohannis P. XXII. tum Communes, Editio Lipsiensis secunda post Aemilii Ludouici Richteri curas (...) instruxit Aemilius Friedberg*, Graz 1955, kol. 684].

¹⁵ Por. M. Pastuszko, *Całkowita symulacja małżeństwa*, dz. cyt. s. 19–39.

¹⁶ Por. C 26, X, IV, I [za: *Corpus Iuris Canonici. Decretalium Collectiones. Decretales Gregorii P. IX*, dz. cyt., kol. 670–671]: *Tua nos duxit fraternitas consulendos*

glossator, interpretując i komentując omawiany tekst dekretu *Tua nos duxit fraternitas*, określił przypadek opisanego małżeństwa za pomocą terminu technicznego *simulatae nuptiae*¹⁷.

W czasach od XIII do XV stulecia w materii symulacji małżeństwa dominowały komentarze do wspomnianego dekretu papieża Innocentego III. Zaslugą takich autorów, jak: Bernard de Botone, Henri de Segusio, Raymund de Peñafort, Francisco de Zabarellis czy Alexander de Nevo, było wprowadzenie terminów technicznych: *simulatio*, *simulatae nuptiae*, *consensus fictus*. Jednak niewiele nowego wnieśli oni w materii wyjaśnienia samej istoty symulacji¹⁸.

Dopiero w dziełach autorów z XVI i XVII stulecia odnajdujemy bardziej dojrzałą refleksję na temat fikcyjnej zgody małżeńskiej. Symulacja w tamtym okresie czasu stała się nie tylko obiektem zainteresowań ze strony kanonistów, ale również zajęli się nią teologowie.

Rajnier z Pizy w *Pantheologia*, swoistym słowniku teologicznym, zamieścił przy haśle *Iactantia*, następujący tekst:

Ille qui simulat se habere aliquid quod non habet, vel simulat sibi inesse aliqua maiora quam insint, mentitur: Sed iactator simulat sibi inesse aliqua quae insunt, esse maiora quam sint: Ergo his duobus modis iactator mentitur¹⁹.

(*Et infra: [cf. c. 7. de cons. et aff. IV. 14.] Consequenter autem quaesivisti, [ut] quum quandam mulierem quidam aliter inducere nequivisset, ut sibi commisceretur carnaliter, nisi desponsasset eandem, nulla solennitate adhibita vel alicuius praesentia, dixit illi: „te Ioannes desponsat”, quum ipse Ioannes non vocaretur, sed finxit se vocari Ioannem, non credens esse coniugium eo, quod ipse non vocaretur hoc nomine, nec haberet propositum contrahendi, sed copulam tantum exsequendi carnalem, utrum inter praedictos sit matrimonium celebratum, quum mulier consenserit et consentiat in eundem, et ille dissenserit et dissentiat, nec aliud quicquam egerit, quam [quod] superius est expressum, nisi quod cognoverit eandem. Super quod tibi respondemus, quod, quum praefatus vir praedictam desponsaverit mulierem in propria persona et sub nomine alieno, quo tunc vocari se finxit, et inter eos sit carnalis copula subsecuta, videtur forte pro coniugio praesumendum, nisi tu nobis expresse scripsisses, quod ille nec proposuit, nec consentit illam ducere in uxorem, quod qualiter tibi constiterit non videmus. Nos autem, quid iuris sit rescribentes, [hoc] dicimus, quod, si res ita se habuerit, videlicet, quod ille eam non proposuit ducere in uxorem, nec unquam consensit in praedictam personam, non debet ex illo facto coniugium iudicari, quum in eo nec substantia coniugalis contractus, nec [etiam] forma contrahendi coniugium valeat inveniri, quoniam ex altera parte dolus sollummodo adfuit, et defuit omnino consensus, sine quo cetera nequeunt foedus perficere coniugale. [Tertio quaesivisti etc. cf. c. 19. de hom. V. 12. Dat. Lat. Id. Febr. Pont. nostr. Ao. XIV. 1212].*

¹⁷ Por. M. Pastuszko, *Calkowita symulacja małżeństwa*, dz. cyt., s. 21.

¹⁸ Por. tamże, s. 21–26.

¹⁹ Raynerij de Pisis (...), *Pantheologia, Ordine alphabetico per varios titulos distributa, & ex variis authoribus olim ab ipso summarie collecta* (...), Lugundi MDCLXX, s. 544.

Dominikanin, Silvestro Mazzolini da Prierio, znany w historii przede wszystkim z tego, że jako pierwszy z teologów publicznie sprzeciwił się nauce głoszonej przez Marcina Lutra, w swoim dziele *Sylvestrinae Summae* zajął się również tematem fikcyjnego małżeństwa. Na pytanie:

Primo vero quaeritur, utrum sit matrimonium inter eos qui contrahentes verbis animo dissentiebat?

Odpowiada: Si tamen de verbis constiterit, ecclesia coget eos simul esse; cum de in intentione constare non possit. Unde nec credetur dicenti se non intendisse contrahere, alias quilibet sic posset dicere, & separeretur matrimonium: quia, ut dicitur extra, de probat. per tuas. nimis indignum est iuxta legitimas sanctiones, ut quod quisque sua voce lucide protestatus est: in cum casum proprio valeat testimonio infirmare. Si tamen signis evidentibus appareat de simulatione, ecclesia non iudicabit matrimonium esse; & consequenter is qui consenserat, poterit denuo contrahere²⁰.

Na gruncie kanonistyki, w omawianym okresie czasu, na temat symulacji pisało wielu autorów. Na przykład T. Sanchez omawiając zagadnienie *matrimonium fictum*, głosił, iż symulacja małżeństwa nie jest tożsama z symulacją sakramentu małżeństwa, ponieważ fikcyjna zgoda uniemożliwia zawarcie prawdziwego kontraktu małżeńskiego. Innymi słowy, symulacja jako wada zgody małżeńskiej odnosi się do kontraktu małżeńskiego, a nie do sakramentu. Jednak największą zasługą tego autora było wypracowanie podstaw dla pojęcia *positivus actus voluntatis*²¹.

Francuski jezuita G. Gobatus w rozprawie naukowej *Theologi moralia opera omnia* rozważa przypadek fikcyjnego małżeństwa zawartego przez niejaką Laurencję. Następnie autor ten zadaje pytanie: *Quid sit matrimonium fictum?* I udziela odpowiedzi na to pytanie, definiując symulację w następujący sposób:

Matrimonium fictum est idem, proprie loquendo, quod simulatum, quando scilicet simulat quis, aut quae, seu videri vult praestare verum consensum in matrimonio, & tamen re ipsa non consentit, sed dissentit, & abhorret²².

W opinii uczonych definicja G. Gobatusa była pierwszą definicją symulacji zgody małżeńskiej, jaką wypracowano w doktrynie kościelnej. Według tej definicji z przypadkiem małżeństwa fikcyjnego, a właściwie symulowanego,

²⁰ Sylvester Prierias, *Sylvestrinae Summae (...) Pars secunda*, Antverpiae MDLXXVIII, s. 179.

²¹ Por. T. Vlaming, *Prelectiones iuris matrimonii ad normam Codicis Iuris Canonici*, dz. cyt., s. 388; G. Leszczyński, *Exclusio boni fidei jako symulacja zgody małżeńskiej (kan. 1101 § 2)*, Łódź 2004, s. 151; Thoma Sanchez Cordubensi, *Disputationum de sancto matrimonii sacramento*, Antverpiae MDCVII. [lib. III disp. 29].

²² G. Gobatus, *Theologi moralia opera omnia. Operum moralium tomi tres in quorum primo habentur experientiae theologicae (...) Venetiis MDCCXVI*, s. 715; Por. M. Pastuszko, Całkowita symulacja małżeństwa, dz. cyt., s. 32.

mamy do czynienia wtedy, gdy któraś ze stron symuluje, czyli gdy wydaje się, iż wyraża ona na zewnątrz zgodę na małżeństwo, ale faktycznie nie zgadza się na małżeństwo i sprzeciwia się małżeństwu.

Intensywna dyskusja na temat symulacji zgody małżeńskiej wśród kanonistów miała miejsce w XIX i na początku XX wieku. Sformułowano wtedy podstawowe zasady, które odnoszą się do symulacji.

A. Reiffenstuel – jakkolwiek nie mówi wprost o symulacji zgody małżeńskiej – to jednak w dziele *Jus Canonicum Universum*, omawiając zaręczyny, wiele miejsca poświęcił fikcyjnej obietnicy małżeństwa. Jego zasługą było przede wszystkim to, iż zwrócił on uwagę na fakt, iż symulowanemu aktowi woli towarzyszą zawsze okoliczności (*circumstantiae*), które na symulację wskazują²³.

J. Soglia tematyce symulacji małżeństwa poświęcił cały paragraf (pt. *De consensu simulato*) swojego dzieła *Institutiones iuris publici ecclesiastici*. Fikcyjną zgodę małżeńską wymienił on pośród innych wad zgody, powodujących nieważność małżeństwa. Autor ten utożsamia symulację z brakiem zgody na małżeństwo. Precyzyjniej mówiąc, symulant ze złośliwości wyraża na forum zewnętrznym zgodę małżeńską, lecz towarzyszy temu *animus non contrahendi* oraz wola niezobowiązania się²⁴.

Swój wkład w rozwój nauki na temat symulacji miał kardynał J. D'Annibale. Autor ten co prawda nie zajmował się wprost fikcyjną zgodą małżeńską, ale w rozdziale *De contractibus in genere*, swojej rozprawy naukowej *Summula theologiae moralis*, dokonał rozróżnienia, ze względu na zamiar woli strony symulującej, trzech różnych postaci symulacji. Swoją opinię na ten temat wyraził w następujących słowach:

Quod ad simulationem, refert, utrum quis contrahendi, an se obligandi, an implens animum non habuerit. Si primum, irritum; si tertium, ratum esse quod actum est, ex Nostris fere nemo dubitat. Sin alterum, quidam putant contractum valere, nam qui vult contrahere, velit nolit, ipso iure obligatur; alii contra putant, quippe est revera contrahere non vult: sententia utraque²⁵.

Jurisprudencja przyjęła powyższe ogólne rozróżnienie i zaczęła odnosić je do fikcyjnej zgody małżeńskiej, o czym wyraźnie zaświadczają autorzy podręczników prawa kanonicznego, powołujący się wprost na wspomniane dzieło J. D'Annibale. Od jego czasów zaczęto wyróżniać w nauce prawa:

1. *Simulatio cum animo non contrahendi*, gdy strona symulująca ma zamiar woli w postaci niezawierania kontraktu małżeńskiego;

²³ Por. A. Reiffenstuel, *Jus Canonicum Universum clara methodo juxta titulos quinque librorum Decretalium in quaestiones distributum* (...), Romae MDCCCXXXIII, s. 3.

²⁴ Por. J. Soglia, *Institutiones iuris publici ecclesiastici*, Paris bdw, s. 342.

²⁵ J. D'Annibale, *Summula theologiae moralis, Pars II*, Romae 1908, s. 348.

2. *Simulatio cum animo sese non obligandi*, gdy strona symulująca co prawda chce zawrzeć kontrakt małżeński, ale występuje u niej zamiar woli w postaci nie wypełnienia zobowiązań wynikających z tego kontraktu;

3. *Simulatio cum animo non implendi*, gdy strona symulująca chce zawrzeć małżeństwo, chce wypełniać zobowiązania z niego wynikające, ale ma zamiar woli w postaci nieskorzystania po zawarciu małżeństwa z praw i obowiązków wynikających z kontraktu małżeńskiego²⁶.

Naukę na temat symulacji małżeństwa rozwinął i doprecyzował kardynał P. Gasparri, którego uważa się również za głównego redaktora Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1917 r.²⁷ Jego zasługą było precyzyjne zdefiniowanie fikcyjnej zgody małżeńskiej oraz rozróżnienie pomiędzy symulacją całkowitą a symulacją częściową. Do czasów bowiem wydania dzieła P. Gasparriego *Tractatus canonicus de matrimonio*, w kanonistyce mówiło się tylko o jednej postaci symulacji, polegającej na wykluczeniu samego małżeństwa²⁸. P. Gasparri zdefiniował symulację zgody małżeńskiej w następujący sposób:

Fictio seu simulatio consensus matrimonialis tunc verificatur, quando contrahens externa quidem verba consensum exprimentia serio et rite profert, sed interne illum non habet. Jam vero animadvertimus hanc simulationem posse in contractu in genere verificari tripliciter: sicut enim consensus plenus est intentio contrahendi et sese obligandi et tandem implendi, ita contrahens simulate, dum contrahit, vel non habet intentionem contrahendi et sese obligandi et tandem implendi, ita contrahens simulate, dum contrahit, vel non habet intentionem contrahendi; vel habet intentionem contrahendi et sese obligandi, sed non implendi. In primo casu est simulatio in strictissimo sensu et totalis, in altero et tertio est simulatio in sensu minus proprio ac partialis²⁹.

²⁶ Por. J. D'Annibale, *Summula theologiae moralis, Pars II*, dz. cyt., s. 348; P. Gasparri, *Tractatus canonicus de matrimonio*, Lugundi 1904, s. 33; F. Wernz, *Ius canonicum ad Codicis normam exactum*, t. V, Romae 1928, s. 551–553; P. Conte a Coronata, *Institutiones iuris canonici ad usum utriusque cleri et scholarum. De Sacramentis Tractatus Canonicus, Volumen III De Matrimonio et de sacramentalibus*, bmv [Matrietti] 1957, s. 616–617; S. Biskupski, *Prawo małżeńskie Kościoła rzymskokatolickiego, t. I*, Warszawa 1956, s. 287; M. Pastuszko, *Całkowita symulacja małżeństwa*, dz. cyt., s. 37.

²⁷ Por. A. Stickler, *Historia iuris canonici latini. Institutiones academicae. Historia fontium*, dz. cyt. s. 376nn; E. Szafranski, *Podręcznik prawa kanonicznego*, t. I, Warszawa 1985, s. 75nn; P. Hemperek, W. Góralski, *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego. Część 1. Historia źródeł i nauki prawa kanonicznego*, t. 1/I, dz. cyt., s. 125nn; W. Wąsik, *Kodeks Prawa Kanonicznego*, w: *Encyklopedia chrześcijaństwa*, Kielce, 2000, s. 355; W. Wąsik, *Papież Jan Paweł II – najwyższy prawodawca kościelny. Wkład papieża Jana Pawła II w rozwój prawa kanonicznego na tle prac nad rewizją Kodeksu Prawa Kanonicznego*, w: *Idee i wartości. Humaniora Jana Pawła II*, red. M. Marczevska, Z. Trzaskowski, Kielce 2011, s. 328.

²⁸ Por. M. Pastuszko, *Całkowita symulacja małżeństwa*, dz. cyt., s. 38.

²⁹ P. Gasparri, *Tractatus canonicus de matrimonio*, t. II, dz. cyt., s. 33.

Według omawianego autora *simulatio totalis*, czyli symulacja całkowita zachodzi wówczas, gdy nupturient zawierający kontrakt małżeński wypowiada na zewnątrz słowa zgody małżeńskiej na poważnie i zgodnie z przepisami prawa, ale wewnątrz nie wyraża zgody na małżeństwo. Autor ten omawiając bardziej szczegółowo tę postać symulacji zauważył, że ten kto symuluje kontrakt małżeński, który jest sakramentem, symuluje również sakrament małżeństwa. Natomiast w przypadku, gdy nupturient chce zawrzeć prawdziwe małżeństwo, a nie chce tylko sakramentu; innymi słowy, gdy występuje u niego zamiar woli w postaci: *volo matrimonium, sed nolo sacramentum*, ale nie ma pozytywnego aktu woli, to w tym przypadku chce on prawdziwego małżeństwa i małżeństwo to jest sakramentalne. Przy okazji omawiania tego zagadnienia, P. Gasparri zwrócił uwagę na to, że do wyrażenia fikcyjnej zgody małżeńskiej potrzebny jest pozytywny akt woli³⁰.

Simulatio partialis, czyli symulacja częściowa – według P. Gasparriego – jest defektem zgody małżeńskiej, powodującym nieważność małżeństwa. Pierwszy przypadek symulacji częściowej polega na tym, że strona symulująca składa oświadczenie woli z intencją wykluczającą zobowiązanie do wypełnienia obowiązków wynikających z kontraktu małżeńskiego (*intentio explicita et positiva sese non obligandi aliquo modo*). A zatem symulant wyklucza prawo do aktów małżeńskich skierowanych do zrodzenia potomstwa (*ius coeundi in ordine ad prolem*). Taka intencja wykluczająca zobowiązanie się, jest przeciwko substancji małżeństwa³¹. Drugi przypadek

³⁰ Por. tamże, s. 33 i 43: *Ad primum casum simulationis quod attinet... quia ipse simulat matrimonium quod est sacramentum, ideoque simulat sacramentum... Quod si pars mentali intentione excludat tantum rationem sacramenti, dicens positive in mente sua: volo matrimonium, sed nolo sacramentum, valet matrimonium et est verum sacramentum. Ratio est quia intentio ministri est necessaria ad ritum sacramentalem ponendum (in casu nostro contractum matrimoniale); sed hoc posito, quod ille ritus habeat sacramenti rationem et effectus sacramentales producat, non pendet ab intentione ministri, sed ab institutione Christi. At si pars non interpretative tantum, sed positive diceret in mente sua: volo matrimonium, sed nolo sacramentum, secus nolo ipsum matrimonium, matrimonium foret nullum, quia iam deficeret consensus in ipsum matrimonium.*

³¹ Por. tamże, s. 41: *Modo de altero casu, nempe si contrahens habet quidem intentionem contrahendi matrimonium, sed simul habet intentionem explicitam ac positivam sese non obligandi aliquo modo; scilicet non vult tradere – acceptare jus coeundi, aut illud vult tradere acceptare, sed sua intentione excludit vel limitat ejus ordinationem ad prolem, vel perpetuitatem, vel unitatem, dicens non interpretative tantum, sed positive in mente sua: **Volo contrahere matrimonium, sed nolo tradere alteri parti jus coeundi in ordine ad prolem, aut nolo tradere jus perpetuum et exclusivum.** Non est dubium hunc contrahentem in genere peccare; insuper matrimonium est prorsus irritum ex defectu consensus... Exinde patet intentionem sese non obligandi esse contra substantiam matrimonii.*

symulacji częściowej, opisany przez Gaspariego, sprowadza się do tego, że kontrahent wyrażając zgodę małżeńską, wyklucza jedynie korzystanie z praw małżeńskich, co nie narusza substancji małżeństwa. W tym przypadku intencja zawarcia małżeństwa i zamiar realizowania obowiązków małżeńskich konstituują konsens małżeński, co jest wystarczające do ważnego zawarcia kontraktu małżeńskiego³².

Podział symulacji na całkowitą i częściową, wypracowany przez P. Gaspariego, został przyjęty przez judykaturę i stosowany sądownictwie, począwszy od Wyroku Roty Rzymskiej coram Seraphino Many, z dnia 21 stycznia 1911 r.³³

3. Symulacja według Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1917 r. (kan. 1086 § 2)

Przyczyną sprawczą małżeństwa według kan. 1081 § 1³⁴ KPK 1917, jest *partium consensus*, czyli legalnie wyrażona przez strony zgoda małżeńska. Zgoda owa została w następujący sposób zdefiniowana w kan. 1081 § 2 KPK 1917:

Consensus matrimonialis est actus voluntatis quo utraque pars tradit et acceptat ius in corpus, perpetuum et exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem – zgoda małżeńska jest aktem woli, poprzez który każda z dwu stron przekazuje i przyjmuje prawo do ciała, trwałe i wyłączone, skierowane poprzez właściwy sobie akt do zrodzenia potomstwa³⁵.

Kodeks Piobenedyktyński w kan. 1086 § 1 przyjął założenie, iż: „Internus animi consensus semper praesumitur conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis”³⁶.

Oznacza to, że należy zawsze domniemywać, iż wewnętrzny zamiar woli odpowiada wypowiedzianym słowom lub znakom, które zgodę małżeńską wyrażają na zewnątrz³⁷. Jest to jednak tylko domniemanie zwykłe, które może

³² Por. tamże, s. 43: *In tertio casu, nimirum si contrahens habet intentionem contrahendi et sese obligandi, sed non implendi... sed matrimonium valet. Nam intentio contrahendi et sese obligandi stare utique potest cum firmo proposito obligationem violandi; illa autem intentio constituit consensum et satis est pro validitate contractus, ac proinde hoc pravum propositum non est contra conjugii substantiam.*

³³ Por. M. Pastuszko, *Całkowita symulacja małżeństwa*, dz. cyt, s. 174n.

³⁴ KPK 1917 kan. 1081 § 1: *Matrimonium facit partium consensus inter personas iure habiles legitime manifestatus; qui nulla humana potestate suppleri valet.*

³⁵ KPK 1917 kan. 1081 § 2.

³⁶ KPK 1917 kan. 1086 § 1.

³⁷ Por. M. Żurowski, *Kanoniczne prawo małżeńskie okresu posoborowego*, Katowice 1976, s. 263n.

zostać obalone na drodze procesowej³⁸. Taką sytuację, odbiegającą od ogólnej zasady wyrażonej w kan. 1086 § 1 KPK 1917, ustawodawca opisał w kan. 1086 § 2 KPK 1917, który otrzymał następujące brzmienie: *At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum, aut omne ius ad coniugalem actum, vel essentialem aliquam matrimonii proprietatem, invalide contrahit* – jeśli jedna ze stron lub obydwie razem, pozytywnym aktem woli wykluczają samo małżeństwo, albo wszelkie prawo do aktów małżeńskich, albo jakąś istotną właściwość małżeństwa, nieważnie zawierają małżeństwo³⁹.

T. Vlaming zwrócił uwagę na to, że symulacja jest wadą zgody małżeńskiej pochodzącą z prawa naturalnego. Wskazuje na to przyczyna powodująca nieważność małżeństwa. Taką przyczyną nie jest symulacja sama w sobie, ale brak prawdziwej zgody małżeńskiej, która wymagana jest przez prawo naturalne⁴⁰.

Przedstawiciele jurysprudencji i judykatury analizując kan. 1086 § 2 KPK 1917, odwoływali się do dysonansu, jaki zachodzi pomiędzy oświadczeniem woli wyrażonym przez nupturienta na forum zewnętrznym a zgodą na małżeństwo wyrażoną na forum wewnętrznym; przy czym owa wewnętrzna zgoda musiała dotyczyć przedmiotu symulacji oraz przybrać formę wykluczenia pozytywnym aktem woli: 1. samego małżeństwa; 2. substancji małżeństwa; 3. wszystkich praw związanych z pożyciem małżeńskim; 4. istotnej właściwości małżeństwa⁴¹.

W tekście kan. 1086 § 2 KPK 1917 prawodawca nie posłużył się terminami technicznymi *simulatio totalis* ani *simulatio partialis*. Natomiast wyliczone zostały trzy przypadki wadliwej zgody małżeńskiej⁴². Niektórzy kanoniści, literalnie odczytując treść kan. 1086 § 2 KPK 1917, sprzeciwiali się podziałowi

³⁸ Por. S. Sipos, *Enchiridion iuris canonici*, Romae 1954, s. 500; F. Bączkowiec, *Prawo kanoniczne. Podręcznik dla duchowieństwa*, t. II, Opole 1958, s. 262.

³⁹ Por. KPK 1917 kan. 1086 § 2; M. Żurowski, *Kanoniczne prawo małżeńskie okresu posoborowego*, dz. cyt., s. 265.

⁴⁰ Por. T. Vlaming, *Praelectiones iuris matrimonii ad normam Codicis Iuris Canonici*, dz. cyt., s. 387.

⁴¹ Por. R. Naz, *Simulation*, w: *Dictionnaire de droit canonique contenant tous les termes du droit canonique*, Paris 1965, kol. 1027; *Index conclusionum et rerum notabilium*, w: *Sacrae Romanae Rotae Decisiones quae prodierunt anno 1939 cura eiusdem S. Tribunalium editae*, Vol. XXXI, [Typis Polyglottis Vaticanis] MDCCCCXLVII, s. 625nn; I. Chelodi, *Ius matrimoniale iuxta Codicem Iuris Canonici*, Tridenti 1921, s. 125–127; F. Bączkowiec, *Prawo kanoniczne. Podręcznik dla duchowieństwa*, t. II, dz. cyt. s. 260; P. Huizing, *Actus excludens substantiale matrimonii. Crisis doctrinae et Codicis*, „Gregorianum”, 45 (1964), s. 789; Abp. P. Pallazini, *Simulation*, w: Abp. P. Pallazini, *Dictionarium Morale et Canonicum*, Romae 1968, s. 302.

⁴² Por. M. Pastuszko, *Calkowita symulacja małżeństwa*, dz. cyt., s. 38–39.

symulacji na całkowitą oraz częściową. Opinie takie zaczęły się pojawiać od połowy lat trzydziestych XX wieku. Przytaczano następujące argumenty przeciw podziałowi symulacji: 1. zgoda małżeńska jest niepodzielna i albo istnieje, albo jej zupełnie nie ma; 2. do zaistnienia symulacji konieczny jest pozytywny akt woli, a taki jest tylko jeden; 3. skutki symulacji całkowitej i częściowej są takie same⁴³. Wielu kanonistów polemizowało jednak z taką tezą i opowiadali się oni za utrzymaniem tradycyjnego rozróżnienia symulacji na całkowitą i częściową⁴⁴. Kwestię tę wyjaśnił M. Pastuszko stwierdzając, że sam prawodawca w treści kan. 1086 § 2 KPK 1917 odróżnił *simulatio totalis* od *simulatio partialis*, ponieważ między wykluczeniem małżeństwa a wykluczeniem *ius ad coniugalem actum* lub istotnych właściwości małżeństwa, umieszczony został spójnik „aut”. Natomiast pomiędzy prawem do ciała a istotnymi cechami małżeństwa użyty został spójnik: „vel”. W drugiej części argumentacji udowadnia on, iż dobra małżeństwa, cele małżeństwa i jego istotne przymioty nie są jeszcze samym małżeństwem⁴⁵. Tak więc symulacja całkowita różni się od częściowej w sposób jakościowo-istotowy, a nie tylko ilościowy⁴⁶.

W pokodeksowej nauce prawa kanonicznego został zachowany tradycyjny podział symulacji na całkowitą, rozumianą jako wykluczenie samego małżeństwa – czyli wykluczenie woli zawarcia małżeństwa – oraz symulację częściową, sprowadzająca się do wykluczenia *ius in corpus* lub istotnych właściwości małżeństwa. W tej perspektywie interpretowano kan. 1086 § 2 KPK 1917⁴⁷.

⁴³ Por. tamże, s. 175.

⁴⁴ Por. M. Conte a Coronata, *Institutiones iuris canonici ad usum utriusque cleri et scholarum. De Sacramentis Tractatus Canonici, Volumen III De Matrimonio et de sacramentalibus*, bmv, 1957, s. 616; M. Żurowski, *Kanoniczne prawo małżeńskie okresu posoborowego*, dz. cyt., s. 265; M. Capello, *Summa Iuris Canonici in usum scholarum concinnata*, t. II, Romae 1951, s. 349–350; Tenże. *Tractatus canonico – moralis de sacramentis. De Matrimonio*, t. V, Taurini 1961, s. 526; M. Pastuszko. *Całkowita symulacja małżeństwa*, dz. cyt., s. 175.

⁴⁵ Por. M. Pastuszko. *Próba wyjaśnienia całkowitej symulacji małżeństwa*, „Prawo Kanoniczne”, 14 (1971), nr 3–4, s. 22.

⁴⁶ Por. O. Giacchi, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano 1968, s. 113n

⁴⁷ Por. A. Martin. *Le mariage. Precis theologique et canonique. Cas de conscience et Formulaire...*, dz. cyt. s. 33n; O. Giacchi. *Il consenso nel matrimonio canonico*, dz. cyt., s. 113n; P. Wernz, *Ius Canonikum. Codicis normam exactum. Opera P. P. Vidal SI. Ius matrimoniale*, t. V, dz. cyt., s. 551–553; D. Staffa, *De conditione contra matrimonii substantiam*, Romae 1955, s. 16; S. Biskupski, *Prawo małżeńskie Kościoła Rzymskokatolickiego*, t. I, dz. cyt. s. 287; F. Bączkiewicz, *Prawo kanoniczne. Podręcznik dla duchowieństwa*, t. II, dz. cyt., s. 260.

3.1. Symulacja całkowita

Przedmiotem symulacji całkowitej, stosownie do kan. 1086 § 2 KPK 1917, jest małżeństwo. Według klasycznego ujęcia *simulatio totalis* sprowadzała się do wykluczenia pozytywnym aktem woli samego małżeństwa⁴⁸. Jednak w pokodeksowej nauce prawa kanonicznego pojawiły się daleko idące interpretacje omawianej normy. I tak – zdaniem przedstawiciela judykatury J. Grazioligo – symulacja całkowita zachodzi również w przypadku, kiedy nupturient pozytywnym aktem woli wyklucza ze zgody małżeńskiej wszystkie obowiązki małżeńskie. Zaś A. Wynen symulację całkowitą łączył z sytuacją, gdy ze zgody małżeńskiej wykluczone zostało *bonum fidei*, czemu towarzyszyła intencja niezachowania trwałości małżeństwa⁴⁹.

Josef Bánk poprzez stwierdzenie: *Simulatio ergo totalis habetur, si utraque vel alterutra pars externam quidem ceremoniam complens, interne traditionem – acceptionem iuris in corpus prorsus deneget, vel illud exclusivum et perpetuum tradere renuat*, wydaje się utożsamiać symulację całkowitą z wykluczeniem celów małżeństwa⁵⁰. M. Pastuszko dokonując zawitych analiz tekstu J. Bánka, uważa, że kanonista ten utożsamiał symulację całkowitą z wykluczeniem augustyńskich dóbr małżeństwa: *bonum prolis, bonum fidei* oraz *bonum sacramenti*. Argumentuje on następująco:

Przy intencji nie zawarcia małżeństwa przedmiot tej intencji jest jeden... i pokrywa się z przedmiotem kontraktu małżeńskiego. Natomiast u Bánka przedmiot ten jest podany według schematu trzech dóbr małżeńskich... Ostatecznie więc naukę Bánka o całkowitej symulacji małżeństwa możemy oddać słowami: całkowita symulacja – to wykluczenie samego małżeństwa, a wykluczenie małżeństwa to wykluczenie trzech dóbr małżeństwa⁵¹.

Wykaz pozycji bibliograficznych oraz wyroków rotalnych, których autorzy wyraźnie odwołują się do podziału na *simulatio totalis et partialis* podaje M. Pastuszko w swojej rozprawie *Całkowita symulacja małżeństwa* [s. 9–11].

⁴⁸ Por. F. Bączkiewicz, *Prawo kanoniczne podręcznik dla duchowieństwa*, t. II, dz. cyt., s. 260.

⁴⁹ Por. M. Pastuszko, *Całkowita symulacja małżeństwa*, dz. cyt., s. 44–45 i 47.

⁵⁰ Por. J. Bánk, *Connubia canonica*, Romae – Friburgi Br. – Barcinone MCMLIX, s. 366.

⁵¹ M. Pastuszko, *Całkowita symulacja małżeństwa*, dz. cyt., s. 46; Por. Św. Augustyn, *De genesi ad litteram libri duodecim*. XII, c. VII n. 12, w: PL 34, kol. 397; tenże. *De bono coniugali* I, c. XXIV, n. 32, w: PL 40, kol. 394; Św. Augustyn. *Wartości małżeństwa. Antologia pism o małżeństwie i rodzinie. Część I. Z łaciny przetłumaczył i opracował W. Eborowicz*, Pelpin 1980, s. 22; W. Skrzydlewski, *Problem celów małżeństwa*, „Analecta Cracoviensia”, Kraków 1971, s. 323–324; L. Godefroy, *Le mariage au temps des Péres*, w: *Mariage*. DThC t. 9, część 2, kol. 2017;

Św. Augustyn nawiązuje do dóbr małżeństwa także w *De bono coniugali*. I, c. III n. 3 oraz I, c. IX n. 9 PL 40, kol. 375, 380.

Jednak w pokodeksowej nauce prawa kanonicznego odróżnienie celów małżeństwa od dóbr małżeństwa stanowiło pewien problem, szczególnie gdy chodzi o *bonum prolis*, które posiada odcień finalistyczny, co wynikało z zapożyczonej przez św. Augustyna zasady prawa rzymskiego, według której małżeństwo jest zawierane w celu osiągnięcia potomstwa (*liberorum procreandorum causa*)⁵². Na problem ten zwrócił wyraźnie uwagę A. Abate, który zestawiał ze sobą dobra i cele małżeństwa oraz dokonał ich specyfikacji⁵³. Według tego kanonisty dobra małżeństwa dotyczą wartości treści małżeństwa i oddają godność tej instytucji. Natomiast cele małżeństwa są zadaniami, do których zostało skierowane małżeństwo z ustanowienia Bożego. Najogólniej mówiąc, różnica pomiędzy celami i dobrami małżeństwa sprowadza się do tego, że dobra małżeństwa dotyczą aksjologii małżeństwa, natomiast cele małżeństwa odnoszą się do jego aspektu jurydycznego. Następną różnicą tkwi w tym, że u podstawy dóbr małżeństwa leży ontologiczna wartość małżeństwa, natomiast cele małżeństwa dotyczą płaszczyzny przyczynowo-skutkowej⁵⁴. Cele małżeństwa zostały w Kodeksie Piobenedyktyńskim unormowane przez kan. 1013 § 1, który określił zarówno cel pierwszorzędny małżeństwa, którym jest zrodzenie i wychowanie potomstwa, jak i cel drugorzędny⁵⁵ obejmujący pomoc wzajemną małżonków (*mutuum adiutorium*) i zaspokojenie popędu płciowego (*remedium concupiscentiae*)⁵⁶. Cel drugorzędny ściśle łączył się z celem pierwszorzędnym, ale także był mu w sposób istotny (*essentialiter*) podporządkowany⁵⁷. W nauce prawa kanonicznego powszechnie przyjmowano, iż *matrimonii finis primarius* jednoznacznie określa naturę małżeństwa oraz jest z nią w sposób istotny i konieczny związany. Jego wykluczenie było

⁵² Por. W. Skrzydlewski, *Problem celów małżeństwa*, dz. cyt., s. 323; G. Le Bras, *La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille*, w: *Mariage*, DThC t. 9, część 2, kol. 2136.

⁵³ Por. A. Abate, *Il matrimonio nell'attuale legislazione canonica*, Brescia 1982, s. 20.

⁵⁴ Por. Pius XII, Allocution á de jeunes époux *Les trois grands biens du mariage* (10 janvier 1940), w: *Relations humaines et société contemporaine. Synthèse Chrétienne. Directives de S. S. Pie XII*, Version française d'après les documents originaux par A. Savignat (tome I/II) – H. Th. Conus OP. (Tome III) selon l'édition allemande de A. F. Utz OP et J. F. Groner OP, t. 1, Fribourg – Paris 1956, s. 413–417; A. Abate, *Il matrimonio nell'attuale legislazione canonica*, dz. cyt., s. 20.

⁵⁵ Por. S. Biskupski, *Prawo małżeńskie Kościoła rzymskokatolickiego*, t. I, dz. cyt., s. 45.

⁵⁶ Por. P. Jone, *Commentarium in Codicem Iuris Canonici*, t. II, Padeborn 1954, s. 220.

⁵⁷ Por. Suprema Sacra Congregatio Sancti Officii, *Decretum de finibus matrimonii [de die 1 aprilis 1944]*. AAS 36; 1944, s. 103; F. Bączkiewicz, *Prawo kanoniczne. Podręcznik dla duchowieństwa*, t. II, dz. cyt., s. 146.

więc równoznaczne z wykluczeniem substancji małżeństwa, co oznacza symulację całkowitą. Jednak pierwszorzędno celu małżeństwa w ujęciu KPK z 1917 r. nie należy rozumieć w tym znaczeniu, jakby to był *finis unicus matrimonii*, czyli jedyny cel małżeństwa. Pomiedzy celami małżeństwa zachodziło bowiem z jednej strony *essentialis subordinatio*, a z drugiej strony były one korelatywne⁵⁸. Powyższa argumentacja wydaje się uzasadniać tezę, iż J. Bänk utożsamiał symulację całkowitą nie z wykluczeniem dóbr małżeństwa, lecz z wykluczeniem celów małżeństwa.

Całkowita symulacja małżeństwa, zdaniem S. Biskupskiego, zachodziła również wówczas, gdy nupturient składał oświadczenie woli o zawarciu małżeństwa z intencją wyłączającą sakramentalny charakter małżeństwa, przy czym chodzi tu o intencję dominującą, skierowaną przeciwko sakramentowi tak, że utożsamia się ona z intencją niezawierania małżeństwa, które jest również sakramentem⁵⁹.

3.2. Symulacja częściowa

Przedmiotem symulacji częściowej, według kan. 1086 § 2 KPK 1917, są: 1. prawo do aktów małżeńskich; 2. istotne właściwości małżeństwa⁶⁰.

Ponieważ wszelkie prawo do aktów małżeńskich stanowi właściwy przedmiot kontraktu małżeńskiego, dlatego jego wykluczenie jest wadą zgody małżeńskiej powodującą nieważność małżeństwa⁶¹. Pierwszy przypadek symulacji częściowej sprowadzał się do wykluczenia pozytywnym aktem woli *ius ad coniugalem actum*, czyli prawa do ciała, a w konsekwencji prawa do zrodzenia potomstwa. Precyzyjniej mówiąc, chodzi tu o wykluczenie pozytywnym aktem woli potomstwa na zawsze i całkowicie (*absolute et in perpetuum*) i to przed ślubem, albo przynajmniej w momencie wyrażania zgody małżeńskiej. Dodatkowo w doktrynie prawa kanonicznego odróżniano samo prawo do małżeńskiego pożycia, od korzystania z uprawnień małżeńskich, bez ich naruszenia (*usus iuris*). Przyjmowano, że pomiędzy: *ius in corpus* i *usus iuris*, zachodzi analogiczny stosunek jak pomiędzy: *intentio sese obligandi* a *intentio adimplendi*. Ponadto zakładano, że wykluczenie

⁵⁸ Por. E. Regatillo, *Ius sacramentarium*, Sal Terrae 1960, s. 571; F. Capello, *Summa Iuris Canonici in usum scholarum concinnata*, t. II, dz. cyt., s. 291.

⁵⁹ Por. S. Biskupski, *Prawo małżeńskie Kościoła rzymskokatolickiego*, t. I, dz. cyt., s. 288.

⁶⁰ Por. F. Bączkiewicz, *Prawo kanoniczne podręcznik dla duchowieństwa*, t. II, dz. cyt., s. 260.

⁶¹ Por. T. Vlaming, *Praelectiones iuris matrimonii ad normam Codicis Iuris Canonici*, dz. cyt., s. 393.

usus iuris nie powoduje nieważności małżeństwa, gdyż nie należy do istoty małżeństwa⁶².

Drugi przypadek symulacji częściowej sprowadza się do wykluczenia jakiegś istotnej właściwości małżeństwa. Według kan. 1013 § 2 KPK 1917: *Essentiales matrimonii proprietates sunt unitas ac indissolubilitas, quae in matrimonio christiano peculiarem obtinent firmitatem ratione sacramenti* – istotnymi przymiotami małżeństwa są jedność i nierozzerwalność, które w małżeństwie chrześcijańskim zyskują szczególną właściwość z racji sakramentu. Sam prawodawca w cytowanej normie określił istotne właściwości małżeństwa, są nimi: 1. Jedność (*unitas*) – oznacza ona monogamię i polega na związku jednego mężczyzny z jedną kobietą; 2. Nierozzerwalność (*indissolubilitas*) – oznacza dożgonną trwałość węzła małżeńskiego; innymi słowy, małżeństwo zawarte i dopełnione nie może być rozerwane ani przez wolę zainteresowanych stron, ani przez jakąkolwiek władzę doczesną⁶³.

3.3. Pozytywny akt woli

Symulacja zgody małżeńskiej może się dokonać różnymi sposobami: przez pozytywny, wykluczający akt woli; przez dodanie do aktu zgody warunku wykluczającego jakąś istotną właściwość małżeństwa lub przez zawarcie umowy przeciwnej samemu małżeństwu albo jakiegś istotnej właściwości małżeństwa⁶⁴.

W treści kan. 1086 § 2 KPK 1917 prawodawca określił istotny warunek weryfikujący zaistnienie fikcyjnej zgody małżeńskiej, który sprowadzał się do wykluczenia pozytywnym aktem woli: samego małżeństwa, *ius in corpus* lub istotnych właściwości małżeństwa. Przed wejściem w życie Kodeksu z 1917 r., przy omawianiu tematu symulacji, choć zwracano uwagę na świadome ukierunkowanie woli ku niezawieraniu małżeństwa, to jednak nie posługiwano się *explicite* wyrażeniem: pozytywny akt woli (*actus voluntatis*

⁶² Por. W. Góralski, *Exclusio boni prolis jako przyczyna nieważności małżeństwa w świetle nowszej jurysprudenencji rotalnej*, „Prawo Kanoniczne”, 18 (1975), nr 3–4, s. 102nn; N. Vilan, *L'Exclusio boni prolis*, w: H. Wagnon, *Etudes de droit et de l'histoire*, Leuven – Louvain la Neuve 1976, s. 669; S. Biskupski, *Prawo małżeńskie Kościoła rzymskokatolickiego*, t. I, dz. cyt., s. 286.

⁶³ Por. F. Bączkowicz, *Prawo kanoniczne. Podręcznik dla duchowieństwa*, t. II, dz. cyt., s. 146–148; M. Żurowski, *Kanoniczne prawo małżeńskie okresu posoborowego*, dz. cyt., s. 38–42.

⁶⁴ Por. P. Conte a Coronata, *Institutiones iuris canonici ad usum utriusque cleri et scholarum. De Sacramentis Tractatus Canonici, Volumen III De Matrimonio et de sacramentalibus*, dz. cyt. s. 614.

positivus). Wydaje się, że ten termin techniczny został wprowadzony dopiero w analizowanym kan. 1086 § 2 KPK 1917⁶⁵. W pokodeksowej nauce prawa kanonicznego niejednoznacznie interpretowano naturę pozytywnego aktu woli⁶⁶. Jursprudencja starała się wypracować jego wyczerpujące i wielopłaszczyznowe wyjaśnienie. Dyskutowano o tym, czy chodzi o jeden akt woli, czy też o dwa akty woli, a więc o akt złożony. Zestawiano pozytywny akt woli z innymi rodzajami aktów woli⁶⁷. Na podstawie wyników analiz, część autorów uważała, że pozytywny akt woli powinien *rzeczywiście istnieć*, czyli być przeciwnym do aktu negatywnego, nieistniejącego, oraz powinien wyrażać *intencję niezawarcia małżeństwa*, a więc być czymś więcej niż tylko brakiem chęci zawarcia małżeństwa⁶⁸. Wielu komentatorów interpretowało pozytywny akt woli w sposób swoisty. I tak P. Conte a Coronata uważał, że z pozytywnym aktem woli mamy wtedy do czynienia, gdy osoba poznająca poprzez intelekt daną rzecz, pragnie jej w taki sam sposób, w jaki tą rzecz poznała, i nie inaczej. Innymi słowy chodzi o całkowitą zgodność pomiędzy sferą intelektualno-poznawczą i wolitywno-sprawczą⁶⁹. N. Ruf uważał, że pozytywny akt woli powinien charakteryzować się tym, iż jest zewnętrzny i możliwy do udowodnienia⁷⁰. Według P. Palazziniego pozytywny akt woli (jako *dissensus*) musiał dotyczyć substancji kontraktu małżeńskiego oraz musiał bezpośrednio sprzeciwiać się małżeństwu, ku któremu zmierza zgoda małżeńska wyrażona

⁶⁵ Por. D. Staffa, *De actu positivo voluntatis quo bonum essenziale matrimonii excluditur*, „Monitor Ecclesiasticus”, 74 (1949), s. 164–173; E. Rittner, *Prawo Kościelne Katolickie*, t. I, Lwów 1912, s. 235.

⁶⁶ Por. M. Pastuszko, *Całkowita symulacja małżeństwa*, dz. cyt. s. 89nn.

⁶⁷ Por. tamże, s. 76–97.

M. Pastuszko przytacza trzy grupy hipotez na temat aktu woli. Pierwsza: istnieją dwa akty woli wzajemnie się neutralizujące. Druga: istnieją dwa akty woli – akt zewnętrzny oraz akt wykluczający zgodę na kontrakt małżeński. Trzecia: istnieje jeden akt woli wykluczający małżeństwo. Wśród rodzajów aktów woli autor ten wyróżnia m.in. akt doskonały i niedoskonały; akt wewnętrzny i zewnętrzny; akt bezpośredni i pośredni; akt wyraźny i milczący; akt wyrażony *explicite* i *implicite*.

⁶⁸ Por. F. Capello, *Tractatus canonico – moralis de sacramentis. De Matrimonio*, t. V, dz. cyt., s. 530; O. Giacchi, *Il consenso nel matrimonio canonico*, dz. cyt., s. 93n; M. Pastuszko, *Całkowita symulacja małżeństwa*, dz. cyt., s. 90nn.

⁶⁹ Por. M. Conte a Coronata, *Institutiones iuris canonici ad usum utriusque cleri et scholarum. De Sacramentis Tractatus Canonici, Volumen III, De Matrimonio et de sacramentalibus*, dz. cyt., s. 615: *Positivus actus voluntatis tunc habetur cum persona rei sibi per intellectum praesentatae adhaeret et eam appetit qualiter sibi ab intellectu praesentata est et non aliter*.

⁷⁰ Por. N. Ruf, *Furcht und zwang im kanonischen Eheprozess unter besonderer Berücksichtigung der Ehesimulation*, Freiburg 1963, s. 116.

na zewnątrz⁷¹. F. Bączkowicz uważał, że powinien to być wyraźny akt woli⁷². W komentarzu S. Biskupskiego wyeksplikowana została wola i formalna intencja wyłączenia małżeństwa⁷³. Natomiast W. Szafrąński starał się wyjaśnić, czym jest pozytywny akt woli, na zasadzie przeciwstawienia go nieokreślonymu zamiarowi⁷⁴. Należy również zauważyć, że w niektórych komentarzach wspomniano jedynie o konieczności pozytywnego aktu woli w przypadku symulacji, bez bliższego określania jego natury⁷⁵.

Pokodeksowi komentatorzy starali się łączyć kwestię pozytywnego aktu woli z istotnymi wymogami odnośnie do tego aktu. Chodziło mianowicie o przyznanie się strony symulującej do wyrażenia fikcyjnej zgody na małżeństwo (*confessio simulantis*); ustalenie adekwatnych motywów symulacji (*causa simulationis*) oraz ustalenie przemawiających za symulacją okoliczności (*circumstantiae*)⁷⁶.

3.4. Skutki symulacji

Symulacja – stosownie do kan. 1086 § 2 KPK 1917, skutkuje nieważnością małżeństwa. Dodatkowo – zgodnie z art. 37 § 1 i § 4 oraz art. 38 § 1 *Instructio servanda a tribunalibus dioecesanis in pertractandis causis de nullitate matrimonium* Świętej Kongregacji Dyscypliny Sakramentów, z dnia 15 sierpnia 1936 r. – symulacja powodowała niezdolność małżonka, który wyraził fikcyjną zgodę, do zaskarżenia swojego małżeństwa przez Trybunałem kościelnym, gdyż był on zawinionym sprawcą tejże nieważności.

⁷¹ Por. Abp. P. Pallazini, *Simulatio*, w: Abp. P. Pallazini, *Dictionarium Morale et Canonicum*, dz. cyt., s. 302n.

⁷² Por. F. Bączkowicz, *Prawo kanoniczne. Podręcznik dla duchowieństwa*, t. II, dz. cyt. s. 262.

⁷³ Por. S. Biskupski, *Prawo małżeńskie Kościoła rzymskokatolickiego*, t. I, dz. cyt., s. 285.

⁷⁴ Por. W. Szafrąński, *Rzymskokatolickie prawo małżeńskie po Drugim Soborze Watykańskim II*, Poznań – Warszawa – Lublin 1971, s. 220.

⁷⁵ Por. A. Martin, *Le mariage. Precis theologique et canonique. Cas de conscience et formulaire*, Rennes 1946, s. 32.

⁷⁶ Por. A. Martin, *Le mariage. Precis theologique et canonique. Cas de conscience et formulaire*, dz. cyt., s. 33; W. Szafrąński, *Rzymskokatolickie prawo małżeńskie po Drugim Soborze Watykańskim*, dz. cyt., s. 220; F. Bączkowicz, *Prawo kanoniczne. Podręcznik dla duchowieństwa*, t. II, dz. cyt., s. 262; W. Góralski, *Exclusio boni prolis jako przyczyna nieważności małżeństwa w świetle nowszej jurysprudenji rotalnej*, dz. cyt., s. 108–120.

Winny z racji wyrażenia fikcyjnej zgody małżonek mógł to uczynić tylko przez promotora sprawiedliwości⁷⁷.

4. Projekty kanonów o symulacji w czasie prac kodyfikacyjnych

Podczas prac nad rewizją Kodeksu Prawa Kanonicznego, na pierwszej sesji zespołu roboczego zwanego *coetus studiorum „De matrimonio”*, która odbyła się w dniach od 24 do 29 października 1966 r., konsultorzy zajęli się badaniem poszczególnych instytucji i norm prawa małżeńskiego oraz konfrontowaniem ich z zasadami przyjętymi w uchwałach Vaticanum II. Wśród podjętych tematów znalazło się również zagadnienie zgody małżeńskiej, ponieważ do doktryny soborowej wprowadzono wiele zmian w jej pojmowaniu. Od czasów Soboru Watykańskiego II zgodę małżeńską rozumiano jako: *actus voluntatis, quo vir et mulier foedere inter se constituunt consortium vitae coniugalís, perpetuum et exclusivum, indole sua naturali ad prolem generandam et educandam ordinatum* – akt woli, poprzez który kobieta i mężczyzna ustanawiają wspólnotę małżeńskiego życia, trwałą i wyłączną, skierowaną ze swojej natury do zrodzenia i wychowania potomstwa. Oczywistym było, że temu nowemu ujęciu zgody musiało towarzyszyć nowe ujęcie wad zgody. Konsultorzy na wspomnianej sesji wysunęli postulat, aby do inspirowanego doktryną Vaticanum II ujęcia konsensu małżeńskiego, dostosować treści zawarte w kan. 1086 § 2 KPK 1917 o symulacji zgody małżeńskiej. Zaproponowano, aby norma ta otrzymała w przyszłości następującą postać: *At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium*

⁷⁷ Por. S. Biskupski, *Prawo małżeńskie Kościoła rzymskokatolickiego*, t. II, dz. cyt., s. 136–140; Sacra Congregatio de Disciplina Sacramentorum, *Instructio servanda a tribunalibus dioecesanis in pertractandis causis de nullitate matrimoniorum* (de die 15. VIII. 1936), w: AAS 28 (1936), s. 321–322: *Art. 37 § 1: Coniux inhabilis est ad accusandum matrimonium, si fuit ipse causa culpabilis sive impedimenti sive nullitatis matrimonii... § 4. Qui inhabilis est ad accusandum suum matrimonium, denunciare potest eiusdem matrimonii nullitatem vel Ordinario vel promotori iustitiae tribunalis competentis... Art. 38 § 1. Ubi agitur de denuntiatione nullitatis a coniuge vel coniugibus facta, quia alteruter vel ambo: a/. positivo voluntatis actu excluderunt matrimonium ipsum, aut omne ius ad coniugalem actum, aut essentialem aliquam matrimonii proprietatem... § 2. Si tamen matrimonii adserta nullitas publica evaserit et scandalum revera adsit, denunciatio autem resipiscentiae signa, Ordinarii iudicio, revera dederit; itemque denunciata nullitatis causa argumentis nitatur, sive in facto sive in iure, ita certis et validis, ut probabilis omnino sit ipsius matrimonii nullitas, tunc promotori iustitiae ius et officium est denuntiatio matrimonium rite accusandi.*

ipsum aut ius ad vitae communionem, aut ius ad coniugalem actum, vel essentialem matrimonii proprietatem, invalide contrahit – jeżeli jedna lub obydwie strony pozytywnym aktem woli wyklucza samo małżeństwo, albo prawo do wspólnoty życia małżeńskiego, albo prawo do aktów małżeńskich, albo istotną właściwość małżeństwa, nieważnie zawiera małżeństwo. Nowością było wprowadzenie zapisu o wykluczeniu pozytywnym aktem woli *ius ad vitae communionem*, który przynależy do istoty małżeństwa i obejmuje sumę praw konstytuujących *consortium totius vitae*⁷⁸.

Na VI sesji, podczas VIII zgromadzenia zespołu „*De matrimonio*”, w dniu 15 listopada 1968 r., konsultorzy dyskutowali nad kan. 1086 § 2, jako wadą zgody małżeńskiej wynikającą z prawa naturalnego. W dniu 16 listopada 1968 r., na X zgromadzeniu *coetus studiorum*, powrócono do analizowania kan. 1086 § 2, zestawiając zawarte w tej normie treści z elementami doktryny Soboru Watykańskiego II o wspólnocie życia małżeńskiego i z nauczaniem na temat substancji miłości małżeńskiej zapisanym w numerze 8 encykliki *Humanae vitae*. Nie przyjęto jednak wtedy żadnych rozstrzygnięć, postanawiając przełożyć to na czas późniejszy⁷⁹.

Na VII sesji zespołu konsultorów ponownie zajęto się normą o fikcyjnej zgodzie małżeńskiej. Jednak tym razem postanowiono najpierw doprecyzować kilka fundamentalnych kwestii wstępnych, a dopiero później wypracować nowy projekt kan. 1086 § 2. Pierwsza z sugerowanych kwestii dotyczyła odróżnienia *prawa (ius)*, od *realizacji tego prawa (exercitium iuris)*; precyzyjniej mówiąc, chodziło o odróżnienie *ius* od *usus iuris* w odniesieniu do dóbr małżeństwa. Konsultorzy potwierdzili opinię, iż zamiar niezobowiązania się, który „dotyka” samego prawa, czyni małżeństwo nieważnym (*animus non se obligandi quo attingitur ius ipsam, matrimonium irritat*), natomiast zamiar niewypełnienia zobowiązań nie czyni małżeństwa nieważnym (*animus non implendi quo attingitur usus iuris, matrimonium non irritat*). Następnie konsultorzy zajęli się doprecyzowaniem pojęcia: *consortium vitae* oraz dostosowaniem treści normatywnych, które niosła w sobie encyklika *Humanae vitae* papieża Pawła VI, do treści kan. 1086 § 2. Chodziło o ustalenie, czy w świetle wspomnianej encykliki ograniczenie prawa do aktów małżeńskich może skutkować wykluczeniem zgody małżeńskiej. Konsultorzy dyskutowali również o tym, czy wykluczenie prawa do wspólnego zamieszkania małżonków ze sobą (*ius ad cohabitationem*) może niweczyć zgodę

⁷⁸ Por. *Acta Commissionis. De Matrimonio*, w: „*Communicationes*”, 3 (1971), nr 1, s. 75–76; U. Navarette, *Schema iuris recogniti „De matrimonio”*. *Textus et observationes*, „*Periodica*”, 63 (1974), 4, s. 639.

⁷⁹ Por. *Coetus studiorum „De matrimonio”*, *Sessio VI (dd. 11–16 novembris 1968 habita)*, w: „*Communicationes*”, 33 (2001), nr 1, s. 104 i s. 107–108.

małżeńską. Tematy te zostały podjęte na kolejnych posiedzeniach *coetus studiorum*⁸⁰.

Na posiedzeniu konsultorów w dniu 14 kwietnia 1969 r. pojawił się projekt nowego kanonu o symulacji zgody małżeńskiej. Został on sformułowany w następujących słowach:

§ 1 – Prout est; § 2 – At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum idest omnes eius effectus invalide contrahit; § 3 – Invalidum quoque est matrimonium in quo alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludet: 1° obligationem ad coniugale debitum cum talis exclusio sit absoluta et in perpetuum; 2° obligationem ad fidelitatem coniugalem cum nupturiens deneget exclusivitatem iuris in corpus traditi alteri parti; 3° indissolubilitatem vinculi cum nupturiens excludat perpetuitatem consortii omnis vitae⁸¹.

Projekt ten obejmował trzy paragrafy. W paragrafie pierwszym miała zostać zachowana dotychczasowa formuła kan. 1086 § 2 KPK 1917. W paragrafie drugim deklarowana była nieważność małżeństwa polegająca na wykluczeniu pozytywnym aktem woli wszystkich skutków małżeństwa. I wreszcie paragraf trzeci odnosił się do wykluczenia pozytywnym aktem woli: obowiązku spełniania małżeńskich powinności, gdy to wykluczenie było absolutne oraz trwałe; obowiązku dochowania wierności małżeńskiej, gdy nupturient odmawiał wyłączności prawa do ciała przekazywanego drugiej stronie; nierozzerwalności węzła małżeńskiego, gdy nupturient wykluczał trwałość wspólnoty całego życia. Konsultorzy negatywnie ustosunkowali się do tego projektu⁸².

Na sesji, w dniu 15 kwietnia 1969 r., zespół konsultorów dyskutował nad odniesienia technicznego wyrażenia *consortium vitae* do kan. 1086 § 2. W efekcie dyskusji, zaproponowano wprowadzenie do nowej normy na temat symulacji jednej z formuł uwzględniających element personalny: *si quis non habet animus sese invicem ligandi; si quis excludat intimam communitatem vitae; si quis excludat ius ad cohabitationem; si quis excludat ius ad vitae coniunctionem; si quis non vult suscipere officia omnia matrimonialia*. Niektórzy z konsultorów wyrazili opinie, że formuły te nie są potrzebne, gdyż element personalny jest już w sposób wystarczający wyrażony w terminie technicznym: *matrimonium ipsum* (występującym w kan. 1086 § 2 KPK 1917), który dotyczy tego samego, co wyrażenie *consortium vitae*, użyte w kan. 1081 § 2 KPK 1917⁸³.

Na sesji, w dniu 16 kwietnia 1969 r., zaprezentowana została zupełnie nowa formuła kan. 1086 § 2, która otrzymała następującą postać:

⁸⁰ Por. Coetus studiorum „De matrimonio”, *Sessio VII (dd. 14–19 novembris 1969 habiti)*, w: „Communicaciones”, 33 (2001), nr 1, s. 109–113.

⁸¹ Tamże, s. 114.

⁸² Por. tamże, s. 115.

⁸³ Por. tamże, s. 115–119.

*At consensus vitatur, si alterutris vel utriusque partis animus contrahendi talis sit ut consortium ipsum vitae coniugalis aut omnimoda animorum communio vel ius ad coniugalem actum vel essentialis aliqua matrimonii proprietates positivo voluntatis actu excludatur*⁸⁴. Projekt ten stanowił, że zafałszowanie zgody małżeńskiej ma wtedy miejsce, gdy jeden z nupturientów, albo też obydwie strony wykluczają pozytywnym aktem woli zamiar zawarcia kontraktu małżeńskiego, w ten sposób, iż wykluczają wspólnotę całego życia małżeńskiego lub wszelką komunie małżonków, albo prawo do aktów małżeńskich, albo istotną właściwość małżeństwa. Konsultorzy podjęli dyskusję nad przedłożoną propozycją. Ponadto w trakcie debaty zajęto się tym, czy wykluczenie wychowania potomstwa sprawia nieważność małżeństwa. Konsultorzy na to pytanie odpowiedzieli negatywnie. Następnie dyskutowano nad kwestią, czy wykluczenie dobra sakramentu obejmuje wykluczenie ciągłości wspólnoty całego życia, czy też nie. Również w tym przypadku konsultorzy doszli do negatywnego wniosku, ponieważ tylko wykluczenie prawa do ciągłości małżeństwa sprawia nieważność małżeństwa. W końcu postawiono pytanie, czy intencja niedochowania obowiązku wierności małżeńskiej sprawia nieważność małżeństwa. Konsultorzy i w tym przypadku wydali negatywną opinię, gdyż ich zdaniem nie jest tu negowane prawo do wierności, ale tylko *animus non adimplendi*⁸⁵.

Na sesji, w dniu 17 kwietnia 1969 r., dyskutowano o korelacji treści zawartych w encyklice *Humanae vitae* z kan. 1086 § 2. Zaś następnego dnia podjęto temat, czy wykluczenie prawa do wspólnego zamieszkania (*exclusio iuris ad cohabitationem*), niszczy konsens małżeński⁸⁶.

Ostatecznym efektem omówionej powyżej sesji zespołu konsultorów, był schemat kan. 1086 § 2, który otrzymał postać: *At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum aut ius ad vitae communionem, aut ius ad coniugalem actum, vel essentialem aliquam matrimonii proprietatem, invalide contrahit*⁸⁷.

Ten projekt kanonu znalazł się w *Schema documenti pontificii quo disciplina canonica de sacramentis recognoscitur* z 1975 r., i został oznaczony jako kan. 303⁸⁸.

W następnym schemacie Kodeksu Prawa Kanonicznego z 1980 r., projekt przepisu o fikcyjnej zgodzie małżeńskiej zapisany został jako kan. 1055

⁸⁴ Tamże, s. 119.

⁸⁵ Por. tamże, s. 119–121.

⁸⁶ Por. tamże, s. 121–125.

⁸⁷ Tamże, s. 132.

⁸⁸ Por. Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo, *Schema documenti pontificii quo disciplina canonica de sacramentis recognoscitur*, [Typis Polyglottis Vaticanis] 1975, s. 83.

§ 2 i otrzymał postać: *At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum aut ius ad ea quae vitae communionem essentialiter constituunt, aut ius ad coniugalem actum, vel essentialem aliquam matrimonii proprietatem, invalide contrahit*⁸⁹. Natomiast w schemacie z 1982 r., w kan. 1101 § 2, tekst projektu normy o symulacji zgody małżeńskiej otrzymał następujący kształt: *At si alterutra vel utraque pars p[ositivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum vel matrimonii essentiali aliquod elementum, vel essentialem aliquam proprietatem, invalide contrahit*⁹⁰. W tej wersji przepis ten wszedł jako kan. 1101 § 2 do Kodeksu Jana Pawła II.

5. Fikcyjna zgoda małżeńska według kan. 1101 § 2 KPK 1983

Kodeks z 1983 r., w rozdziale *De consensu matrimoniali*, deklaruje nieważność małżeństwa z przyczyny symulacji zgody małżeńskiej. Najpierw jednak prawodawca stanowi w kan. 1057 § 1 KPK, że: *małżeństwo stwarza zgoda stron między osobami do tego zdolnymi, wyrażona zgodnie z prawem, której nie może uzupełnić żadna ludzka władza*. Następnie, w kan. 1057 § 2 KPK definiuje *consensus matrimonialis* jako: *akt woli, którym mężczyzna i kobieta w nieodwołalnym przymierzu wzajemnie się sobie oddają i przyjmują w celu stworzenia małżeństwa*⁹¹. W kan. 1101 § 1 KPK, przyjęta została presumpcja, że: *wewnętrzna zgoda odpowiada słowom lub znakom użytym przy zawieraniu małżeństwa*⁹². Natomiast odstępstwo od tego domniemania, weryfikujące się w dysonansie pomiędzy manifestacją woli na zewnątrz i wolą wewnętrzną, które można udowodnić na drodze procesu

⁸⁹ Por. Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo, *Schema Codici Iuris canonici iuxta animadversiones S.R.E. Cardinalium, Episcoporum Conferentiarum, Dicasteriorum Curiae Romanae, Universitatum Facultatumque ecclesiarum necnon Superiorum Institutorum vitae consecratae recognitum*, [Libreria Editrice Vaticana] 1980, s. 240.

⁹⁰ Por. Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo, *Codex Iuris Canonici. Schema novissimum iuxta placita Patrum Commissionis emendatum atque Summo Pontifici Praesentatum*. [Typis Polyglottis Vaticanis] 1982, s. 195.

⁹¹ KPK 1983 kan. 1057: § 1. *Matrimonium facit partium consensus inter personas iure habiles legitimae manifestatus, qui nulla humana potestate suppleri valet. § 2. Consensus matrimonialis est actus voluntatis, quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium.*

⁹² KPK 1983 kan. 1101: § 1. *Internus animi consensus praesumitur conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibentis.*

małżeńskiego⁹³, unormowane zostało w kan. 1101 § 2 KPK: *Jeśli jednak jedna ze stron albo obydwie pozytywnym aktem woli wykluczyłyby samo małżeństwo lub jakiś istotny element małżeństwa, albo jakiś istotny przymiot, zawierają je nieważnie*⁹⁴.

W nauce prawa kanonicznego i w orzecznictwie sądowym rozpowszechnione jest pojęcie: *simulatio*. Natomiast prawodawca w tekście kan. 1101 § 2 KPK ani razu nie użył tego wyrażenia, stosując w zamian ścisły technicznie termin: *wykluczenie*. Jest to przemyślany zabieg, gdyż termin *symulacja* jest bardzo szeroki i obejmuje różne rodzaje fikcyjnego oświadczenia woli. Wyrażenie to nie pozwala z należytą precyzją, która wymagana jest w kan. 1101 § 2 KPK, określić końcowego momentu procesu symulacyjnego, ani też sedna dowodu procesowego obalającego domniemanie zwykle ustanowione w kan. 1101 § 1 KPK. Użyty w treści kanonu czasownik *wykluczyć* wskazuje na skutek wykluczający istotną prawdę małżeństwa oraz na wolę nupturienta, która wypiera *intentio contrahendi*⁹⁵.

Zgodnie z tradycyjną doktryną symulacja jest wadą zgody małżeńskiej, dotyczącą samej materii konsensu małżeńskiego ze strony woli⁹⁶; a według kan. 1101 § 2 KPK polega ona na wykluczeniu pozytywnym aktem woli: 1. samego małżeństwa; 2. jakiegoś istotnego elementu małżeństwa; 3. jakiegoś istotnego przymiotu małżeństwa⁹⁷. W przywołanej powyżej normie deklarowana jest nieważność małżeństwa zarówno z tytułu symulacji całkowitej (w pierwszym z wymienionych przypadków), jak i symulacji częściowej (w pozostałych przypadkach). Przyjmuje się, że jeżeli w procesie małżeńskim udowodnione zostaje istnienie symulacji całkowitej, to nie można równocześnie w tym samym przypadku mówić o istnieniu symulacji częściowej i odwrotnie. Jest to konsekwencją tego, że z *simulatio totalis* łączy się intencja nupturienta w postaci: *volo non contrahere* – chcę nie zawierać małżeństwa.

⁹³ Por. P. Moneta, *Il matrimonio*, w: *Il diritto nel mistero della Chiesa. III. La funzione di santificare della Chiesa. I beni temporali della Chiesa. La sanzioni nella Chiesa. I processi – Chiesa e comunità politica. Libri IV, V, VI, VII del Codice*, Roma 1992, s. 231–233.

⁹⁴ KPK 1983 kan. 1101: § 2. *At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum vel matrimonii essenziale aliquod elementum, vel essentialem aliquam proprietatem, invalide contrahit.*

⁹⁵ Por. P. Viladrich, *Konsens małżeński. Sposoby prawnej oceny i interpretacji w kanonicznych procesach o stwierdzenie nieważności małżeństwa (kanony 1095–1107 Kodeksu Prawa Kanonicznego)*, Warszawa 2002, s. 291–292.

⁹⁶ K. Lüdicke, *Kryteria wadliwej zgody małżeńskiej*, w: *Przymierze małżeńskie*, red. W. Góralski, R. Sztuchmiller, Lublin 1993, s. 72.

⁹⁷ Por. KPK 1983 kan. 1101: § 2. *At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum vel matrimonii essenziale aliquod elementum, vel essentialem aliquam proprietatem, invalide contrahit.*

Natomiast w przypadku *simulatio partialis*, intencja ta przybiera postać: *volo contrahere, sed aliter* – chcę zawrzeć jakieś małżeństwo, ale nie chcę prawdziwego małżeństwa według nauki Kościoła⁹⁸. P. Viladrich zauważa ponadto, iż symulacja całkowita różni się od częściowej nie tylko zamiarem woli, ale również swoim przedmiotem. Otóż przedmiotem symulacji całkowitej jest sam węzeł małżeński, który łączy nupturientów w małżeństwo. Natomiast przedmiotem symulacji częściowej są istotne przymioty małżeństwa lub cele węzła małżeńskiego, ale nie sam węzeł⁹⁹.

5.1. Źródła kan. 1101 § 2

Źródła kan. 1101 § 2 KPK można podzielić na dwie grupy. W pierwszej z nich znalazł się kan. 1086 § 2 dawnego Kodeksu z 1917 r. W drugiej grupie źródeł wymienione zostały dwa wyroki rotalne: SRR Decisio coram Anné, z dnia 8 listopada 1963 r., oraz SRR Decisio coram Lefebvre, z dnia 19 lutego 1965 r.¹⁰⁰ Wydaje się, że w ten sposób prawodawca chciał podkreślić, iż doktryna na temat symulacji wypracowana została niejako dwutorowo – zarówno przez jurysprudencję, jak i przez judykaturę. Po drugie, taki zabieg może sugerować, że kan. 1101 § 2 KPK nie jest czysto teoretyczną, wysublimowaną konstrukcją prawną przeznaczoną do szkolnych dywagacji, ale że został zredagowany po to, aby jak najlepiej mógł służyć w praktyce procesowej, przy rozstrzygnięciu spraw o stwierdzenie nieważności małżeństwa.

5.2. Wykluczenie pozytywnym aktem woli

Aby wykluczenie przez nupturienta samego małżeństwa lub jakiegoś istotnego elementu, albo też przymiotu małżeństwa powodowało nieważność małżeństwa, musi być dokonane – zgodnie z kan. 1101 § 2 KPK – pozytywnym aktem woli. H. Reinhardt wykazał, że we współczesnym orzecznictwie rotalnym, w SRR Decisio coram Ferraro z dnia 24 stycznia 1984 r., udało się zdefiniować pozytywny akt woli. Pozytywny akt woli należy odtąd rozumieć jako: *actus, non habitus, non forma mentis, non propensio vel aliquid id genus; positivus non negativus (non velle, loco nolle); voluntatis, non*

⁹⁸ Por. K. Lüdicke, *Kryteria wadliwej zgody małżeńskiej*, dz. cyt., s. 65–66.

⁹⁹ Por. P. Viladrich, *Konsens małżeński. Sposoby prawnej oceny i interpretacji w kanonicznych procesach o stwierdzenie nieważności małżeństwa (kanony 1095–1107 Kodeksu Prawa Kanonicznego)*, dz. cyt., s. 291.

¹⁰⁰ Por. Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Authentice Interpretando, *Codex Iuris Canonici auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus. Fontium annotatione et indice analytico – alphabetico auctus*, [Libreria Editrice Vaticana] 1989, s. 302.

*intellectus (error)*¹⁰¹. Ten pozytywny akt woli może być wyrażony albo *explicite*, albo *implicite*¹⁰². Ponadto musi on być *aktualny*, czyli istnieć w momencie wyrażania zgody małżeńskiej, lub przynajmniej *wirtualny*, innymi słowy podjęty uprzednio, przed wyrażeniem zgody małżeńskiej i zachowujący swoją moc w momencie zawierania małżeństwa¹⁰³.

Judykatura dopuszcza możliwość zaistnienia szczególnego przypadku – tzw. pozytywnego aktu woli powziętego *implicite (actus implicitus in ordine positivo)*. Różni się on, i to w sposób istotny, od zwykłego domniemania. Pozytywny akt woli powzięty *implicite* cechuje przede wszystkim to, że istnieje on w porządku pozytywnym, natomiast istnienie aktu domniemanego nie jest znane, a opiera się ono jedynie na mniej lub bardziej prawdopodobnych przypuszczeniach. W akcie domniemanym brakuje racji pozytywnej. Jakkolwiek istota *actus implicitus* nie ujawnia się wprost i bezpośrednio w słowach symulanta, to jednak jest tam zawarta, choć niewyraźnie, to jednak w sposób rzeczywisty, a nie tylko domyślny¹⁰⁴.

Wypada tutaj dopowiedzieć, że współczesna kanonistyka wypracowała pojęcie tzw. *hipotetycznej formy wykluczenia nierozzerwalności małżeństwa*, któremu towarzyszy specyficzna postać pozytywnego aktu woli. Symulacja hipotetyczna sprowadza się do tego, że strona warunkuje zerwanie węzła małżeńskiego od nieudanego życia wspólnego, po ślubie. Symulant zastrzega sobie w tym przypadku prawo do zerwania wspólnoty życia małżeńskiego w przyszłości, w momencie gdy spełni się jego hipoteza. Pozytywny akt woli w tym przypadku jest uzależniony od zaistnienia pewnych przyszłych okoliczności, jednak nie należy go mylić ze zwykłymi wątpliwościami, niepewnością, czy też rozważaniem przez nupturienta różnych możliwości wywołanych przez nieznaną przyszłość życia małżeńskiego. W przypadku

¹⁰¹ Por. H. Reihardt, *Nowe tendencje orzecznictwa kościelnego w zakresie zgody małżeńskiej ze szczególnym uwzględnieniem orzeczeń Oficjalatu w Münster*, w: *Przymierze małżeńskie*, red. W. Góralski, R. Sztychmiller, dz. cyt., s. 99–100.

¹⁰² Por. L. Chiappetta, *Il Codice di Diritto Canonico. Comento giuridico – pastorale. Libri III–IV–V–VI*, Bologna 2011, s. 359; *Kodeks Prawa Kanonicznego. Komentarz*, red. P. Majer, Kraków 2011, s. 823.

¹⁰³ Por. W. Góralski, *Małżeństwo kanoniczne*, Warszawa 2011, s. 207.

¹⁰⁴ Por. *SRR Decisio coram A. Sabbatani de die 29 octobris 1963*, w: *Tribunal Apostolicum Sacrae Romanae Rotae, Decisiones seu Sententiae*, [Typis Polyglottis Vaticanis] 1972, s. 706: *Sane actus praesumptus est actus cuius per se ignoratur existentia, cuius tamen existentia respondet coniuncturae plus minusve probabili. Exinde patet in actu praesumpto nihil haberi positivae rationis. E contra, actus implicitus remanet in ordine positivo, quia, quamvis eius substantia non appareat directe et immediate in manifestatione agentis, tamen ibidem identidem continetur, realiter et non praesumptive, positive et non interpretative, quamvis veluti in plicis, seu in sinu eiusdem manifestationis.*

symulacji hipotetycznej, wykluczenie pozytywnym aktem woli dokonuje się aktualnie, czyli w momencie wyrażania zgody małżeńskiej, a nie dopiero w przyszłości¹⁰⁵. W tym miejscu wypada dodatkowo zwrócić uwagę na odróżnienie omawianej postaci symulacji częściowej od zgody małżeńskiej wyrażonej pod warunkiem dotyczącym przyszłości. W przypadku symulacji hipotetycznej, nupturient w samym momencie wyrażania zgody małżeńskiej podejmuje decyzję zawarcia małżeństwa z prawem do rozwodu, jeśli nie będzie mu się układało w przyszłości w jego małżeństwie. Innymi słowy, pozytywnym aktem woli wyklucza on zawarcie nierozzerwalnego małżeństwa, chociaż skorzystanie z rozerwalności nupturient odkłada na przyszłość. W przypadku fikcyjnej zgody małżeńskiej nie ma woli zawarcia prawdziwego małżeństwa, według nauki Kościoła. Natomiast w przypadku zgody warunkowej, konsens małżeński istnieje, tylko jest on uzależniony od spełnienia się przyszłych, niepewnych okoliczności, które są ponadto zewnętrzne i niezależne od woli małżeńskiej. Zgoda małżeńska zostaje zawieszona do momentu spełnienia się lub niespełnienia warunku¹⁰⁶.

5.3. Wykluczenie małżeństwa lub *consortium totius vitae*

Z treści kan. 1101 § 2 KPK wynika, że jeżeli jedna ze stron lub obydwie w momencie wyrażania zgody małżeńskiej pozytywnym aktem woli, radykalnie wykluczają samo małżeństwo (*matrimonium ipsum*), to zawierają je nieważnie. Mamy wtedy do czynienia z symulacją całkowitą. Przy czym wyrażenie *matrimonium ipsum* odnosi się do węzła małżeńskiego, który jest substancjalną zasadą istnienia małżeństwa¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Por. P. Viladrich, *Konsens małżeński. Sposoby prawnej oceny i interpretacji w kanonicznych procesach o stwierdzenie nieważności małżeństwa (kanony 1095–1107 Kodeksu Prawa Kanonicznego)*, Warszawa 2002, s. 357; C. Burke, *Simulation of consent*, za: <http://www.cormacburke.or.ke/node/278> [artykuł publikowany w: „Forum”, 9 (1998), nr 2, s. 65–82].

¹⁰⁶ Por. P. Viladrich, *Konsens małżeński. Sposoby prawnej oceny i interpretacji w kanonicznych procesach o stwierdzenie nieważności małżeństwa (kanony 1095–1107 Kodeksu Prawa Kanonicznego)*, dz. cyt., s. 377nn; W. Góralski, E. Górecki, J. Krukowski, J. Krzywda, P. Majer, B. Zubert, *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego*, t. III, cz. 2, Pallotinum 2011, s. 304–305; S. Biskupski, *Prawo małżeńskie Kościoła rzymskokatolickiego*, t. I, dz. cyt., s. 306–307.

¹⁰⁷ Por. P. Moneta, *La simulazione totale*, w: *Diritto matrimoniale canonico. Vol. II. Il consenso. A cura di Piero Antonio Bonnet e Carlo Gullo*, Città del Vaticano 2003, s. 25–251; P. Viladrich, *Konsens małżeński. Sposoby prawnej oceny i interpretacji w kanonicznych procesach o stwierdzenie nieważności małżeństwa (kanony 1095–1107 Kodeksu Prawa Kanonicznego)*, dz. cyt., s. 293nn; L. Chiappetta, *Il Codice di Diritto Canonico. Comento giuridico – pastorale. Libri III–IV–V–VI*, dz. cyt., s. 358.

Włoscy kanoniści P. Moneta i L. Chiappetta, opierając się na analizach orzeczeń rotalnych, dodatkowo wyliczają następujące warianty symulacji całkowitej:

1. Wykluczenie profilu instytucjonalnego małżeństwa wraz z wykluczeniem zawartości treści stanowiącej o bycie małżeństwa (*esclusione del profilo istituzionale ed esclusione del contenuto essenziale del matrimonio*)¹⁰⁸;

2. Wykluczenie substancjalnej treści małżeństwa, którą kan. 1055 KPK określa jako wspólnotę całego życia, skierowaną ze swej natury do dobra małżonków oraz do zrodzenia i wychowania potomstwa (*esclusione del „consortium totius vitae”*)¹⁰⁹;

3. Zawarcie małżeństwa z zamiarem poślubienia nieokreślonej osoby; przy czym L. Chiappetta nie wyjaśnia dokładnie tego przypadku¹¹⁰.

5.4. Wykluczenie istotnego elementu małżeństwa

Jak już to zostało wcześniej zasygnalizowane, kan. 1101 § 2 KPK stanowi, że jeżeli jedna ze stron albo obydwie pozytywnym aktem woli wykluczyłyby jakiś istotny element małżeństwa, to zawierają nieważne małżeństwo¹¹¹. W tym przypadku mamy do czynienia z symulacją częściową.

Uwzględnienie w kan. 1101 § 2 KPK istotnych elementów małżeństwa stanowi nowość w stosunku do przepisów Kodeksu Piobenedyktyńskiego¹¹². Jeszcze podczas prac kodyfikacyjnych, w *Schema Codicis Iuris Canonici* z 1980 r., nie było mowy o istotnych elementach małżeństwa¹¹³. Znamienne jest, iż w komentarzach, które pojawiały się w okresie prac nad rewizją

¹⁰⁸ Por. P. Moneta, *La simulazione totale*, dz., cyt. 251–253.

¹⁰⁹ Por. P. Moneta, *La simulazione totale*, dz., cyt., s. 253–259; L. Chiappetta, *Il Codice di Diritto Canonico. Comento giuridico – pastorale. Libri III–IV–V–VI*, dz. cyt., s. 358.

¹¹⁰ Por. L. Chiappetta, *Il Codice di Diritto Canonico. Comento giuridico – pastorale. Libri III–IV–V–VI*, dz. cyt., s. 358: „Così ad esempio simula totalmente ... chi non intende sposare una determinata persona”.

¹¹¹ KPK 1983 kan. 1101: § 2. *At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum vel matrimonii essenziale aliquod elementum, vel essentialem aliquam proprietatem, invalide contrahit.*

¹¹² Por. P. Hemperek, W. Góralski, F. Przytuła, J. Bakalarz Tchr., *Komentarz do Kodeksu Prawa Kanonicznego. Księga III. Nauczycielskie zadanie Kościoła. Księga IV. Uświęcające zadanie Kościoła...*, dz. cyt. s. 275.

¹¹³ Por. Pontificia Commissio Codicis Iuris Canonici Recognoscendo, *Schema Codicis Iuris Canonici iuxta animadversiones S.R.E. Cardinalium, Episcoporum Conferentiarum, Dicasteriorum Curiae Romanae, Universitatum Facultatumque ecclesiasticarum necnon Superiorum Institutum vitae consecratae recognitum*, dz. cyt. s. 240.

Kodeksu nie wzmiankowano nic o wprowadzeniu wyrażenia: *istotne elementy małżeństwa*¹¹⁴. Według G. Sheehy'ego po raz pierwszy myśl o wprowadzeniu takiego zapisu pojawiła się w 1981 r. Zaproponowany został szkic normy o treści: *At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum aut matrimonii esentiale aliquod elementum vel esentialem proprietatem vel sacramentalem dignitatem, invalide contrahit*. W trakcie debaty przyjęto, iż powinien on przyjąć następującą postać: *At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum aut matrimonii esentiale aliquod elementum vel esentialem proprietatem, invalide contrahit*. Szkic ten znalazł się w *Codex Iuris Canonici schema novissimum* z 1982 r. jako kan. 1101 § 2¹¹⁵, a następnie wszedł do Kodeksu z 1983 r.

Prawodawca w tekście kan. 1101 § 2 KPK użył technicznego wyrażenia *istotne elementy małżeństwa*, lecz nie wymienił ich w tekście analizowanej normy ani taksatywnie, ani egzemplarycznie. Ustalenie tego, co wchodzi w zakres istotnych elementów małżeństwa pozostawił jurysprudencji i judykaturze. Do istotnych elementów małżeństwa najczęściej zalicza się cele małżeństwa, a także prawa i obowiązki wynikające z dóbr małżeństwa, tzn. z *bonum prolis, bonum fidei* i *bonum sacramenti*¹¹⁶. Jednak interpretacja zakresu istotnych elementów małżeństwa u poszczególnych autorów jest

¹¹⁴ Por. M. Żurowski, *Kanoniczne prawo małżeńskie okresu posoborowego*, dz. cyt., s. 262–271; E. Szafranski. *Prawo kanoniczne w okresie odnowy soborowej. Podręcznik dla duchowieństwa*, t. 2, Warszawa 1979, s. 272–275.

¹¹⁵ Por. Pontificia Commissio Codici Iuris Canonici Recognoscendo, *Codex Iuris Canonici schema novissimum iuxta placita Patrum Commissionis atque Summo Pontifici praesentatum*, dz. cyt., s. 195; G. Sheehy, *Animadversiones quaedam in „matrimonii esentiale aliquod elementum”*, „Periodica” 75; 1986, fasc. I–II, s. 120.

¹¹⁶ Por. W. Góralski, *Kanoniczna zgoda małżeńska*, Gdańsk 1991, s. 156–157; R. Sztymmler. *Implikacje procesowe celów małżeństwa w KPK z 1983 r.*, w: *Przymierze małżeńskie*, dz. cyt., s. 89 i 91–92; L. Gerosa, *Prawo Kościoła*, Poznań 1999, s. 273; *Code de droit canonique annoté. Traduction et adaptation françaises des commentaires de l'Université pontificale de Salamanque publiés sous la direction du Professeur Lamberto Echeverria. Traduction française révisée du Code par La Société internationale de droit canonique et de législations religieuses comparés avec le concours de la Faculté de droit canonique de l'Université Saint-Paul d'Ottava et de la Faculté de droit canonique de l'Institut catholique de Paris*, Paris-Bourges 1989, s. 599; A. Abate, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Roma 1985, s. 63; B. Primetshofer, *Der Ehekonsens*, w: *Handbuch des katholischen Kirchenrechts*, Herausgegeben von J. Listl, H. Müller, H. Schmitz, Regensburg bdw, s. 774; R. Sztymmler, *Pojęcie małżeństwa chrześcijańskiego*, „Roczniki Nauk Prawnych”, 1–2 (1991–1992), s. 47; G. Sheehy, *Animadversiones quaedam in „matrimonii esentiale aliquod elementum”*, dz. cyt., s. 122–128.

różna. I tak E. Szafrowski wymienił jako przykład istotnego elementu małżeństwa prawo do aktów małżeńskich, które mają na celu zrodzenie potomstwa¹¹⁷. T. Doyle upatruje istotnych elementów małżeństwa w prawach do aktów małżeńskich, które wyrażają miłość małżeńską, oraz w tym wszystkim, co ukierunkowuje małżeństwo na posiadanie potomstwa¹¹⁸. T. Pawluk utożsamiał istotne elementy małżeństwa ze wszystkimi obowiązkami i uprawnieniami małżonków¹¹⁹. Według N. Rufa – *wesentliche Elemente der Ehe* – wypływają z kan. 1055 § 1 KPK i kan. 1057 § 2 KPK¹²⁰. G. Sheehy zestawiając kan. 1055 § 1 KPK z kan. 1101 § 2 KPK, zalicza do istotnych elementów małżeństwa dobro małżonków oraz zrodzenie i wychowanie potomstwa¹²¹. Według H. Reinhardta kan. 1055 § 1 KPK szczegółowo wymienia istotne elementy małżeństwa, które należy rozumieć jako kryteria ważności małżeństwa chrześcijańskiego¹²². R. Funghini w wyroku z 23 października 1991 r. zaliczył do istotnych elementów małżeństwa także wierność małżeńską¹²³. C. Burke pod pojęciem istotnych elementów małżeństwa rozumie skierowanie umowy małżeńskiej do szeroko rozumianego daru życia ludzkiego, który należy przekazać¹²⁴. R. Szytchmiller istotne elementy małżeństwa sprowadza do praw i obowiązków wynikających z dóbr i celów małżeństwa¹²⁵. Kanonista ten wyraźnie odróżnia istotne elementy w małżeństwie *in fieri* i w małżeństwie

¹¹⁷ Por. E. Szafrowski, *Podręcznik Prawa Kanonicznego*, t. 4, dz. cyt. s. 101.

¹¹⁸ Por. *The Code of Canon Law. A text and commentary*, Comissioned by The canon Law Society of America. Edited by J. A. Coriden. T. J. Green. D. E. Heintschel, New York – Mahwah 1985, s. 785n.

¹¹⁹ Por. T. Pawluk, *Prawo Kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II. Prawo małżeńskie*, t. 3, Olsztyn 1996, s. 163.

¹²⁰ Por. N. Ruf, *Das Recht der katholischen Kirche nach dem neuen Codex Iuris Canonici für die Praxis erläutern*, dz. cyt., s. 271.

¹²¹ Por. G. Sheehy, *Animadversiones quaedam in „matrimonii essentialia aliquod elementum”*, dz. cyt. s. 122n.

¹²² Por. H. Reinhardt, *Nowe tendencje orzecznictwa kościelnego w zakresie zgody małżeńskiej ze szczególnym uwzględnieniem orzeczeń Oficjalatu w Münster, w: Przymierze małżeńskie*, dz. cyt., s.100.

¹²³ Por. *Sententia definitiva diei 23 octobris 1991 coram R. P. D. R. Funghini, Ponente*, „Monitor Ecclesiasticus”, 117 (1992), nr 3–4, s. 440; W. Góralski, *Matrimonium facit consensus. Z orzecznictwa Roty Rzymskiej w sprawach o nieważność małżeństwa z tytułów dotyczących zgody małżeńskiej (1984–1997)*, Warszawa 2000, s. 303.

¹²⁴ Por. W. Góralski, *Wykluczenie dobra potomstwa w świetle wyroku Roty Rzymskiej (non constare) C. Burke z 1. III. 1990 r.*, w: *Przymierze małżeńskie*, dz. cyt., s. 122.

¹²⁵ Por. R. Szytchmiller, *Implikacje procesowe celów małżeństwa w Kodeksie Prawa Kanonicznego z 1983 r.*, dz. cyt., s. 89n.

in facto esse. Uważa on, że do istoty małżeństwa *in fieri* nie należy ani dobro małżonków, ani zrodzenie i wychowanie potomstwa, gdyż mogą one potem zaistnieć lub nie, ale należy pozytywne nastawienie woli, *explicite* lub *implicitate* skierowane ku celom małżeństwa¹²⁶. W. Góralski wyraził opinię, że istotne elementy małżeństwa wiążą się ściśle z prawem zarówno do wspólnoty życia służącej dobru małżonków, jak i z prawem do aktów małżeńskich skierowanych na zrodzenie i wychowanie potomstwa. Wokół tych dwóch zatem dziedzin mogą się koncentrować istotne elementy małżeństwa, których wykluczenie powoduje jego nieważność¹²⁷. Nie można pominąć wypowiedzi Ojca Świętego Jana Pawła II na temat istotnych elementów małżeństwa. Podkreślił on, iż sakrament małżeństwa zwrócony jest z samej natury ku płodności, a także ku wierności i jedności współżycia małżonków. Papież silnie akcentuje, iż płodność należy rozumieć szerzej niż tylko czysto biologicznie, albowiem łączy się ona w sposób konieczny również z wartościami osobowymi. Dlatego zakres płodności małżeńskiej obejmuje nie tylko prokreację, ale i personalistyczne wychowanie potomstwa¹²⁸.

Do istotnych elementów małżeństwa należy też zaliczyć *sakramentalną godność małżeństwa*. Jest to konsekwencją tego, iż małżeńskie przymierze między ochrzczonymi zostało podniesione przez Chrystusa do godności sakramentu¹²⁹. Przyjmuje się, że wykluczenie sakramentalnej godności małżeństwa

¹²⁶ Por. R. Szytchmiller, *Pojęcie małżeństwa chrześcijańskiego*, dz. cyt., s. 46.

¹²⁷ Por. W. Góralski, *Kanoniczne prawo małżeńskie*, dz. cyt., s. 104.

¹²⁸ Por. Jan Paweł II, *Katecheza środowiska* (6 V 1992 r.) *Małżeństwo w Kościele – wspólnocie kapłańskiej i sakramentalnej*, w: Jan Paweł II, *Wierzę w Kościół Jeden, Święty, Powszechny i Apostolski*, Città del Vaticano 1996, s. 146–147; Jan Paweł II, *Homilia w Masłowie* (3 czerwca 1991 r.), w: *Czwarta pielgrzymka Ojca Świętego Jana Pawła II do Ojczyzny, 1–9 czerwca 1991 r. Bogu dziękujcie, ducha nie gaście*, Warszawa 1991, s. 118–124; Jan Paweł II, *Adhortacja apostolska Familiaris consortio*, nn. 11 i 28 i 36 i 38 i 41; Jan Paweł II, *Adhortacja apostolska Christifideles laici*, nr 40 i 61.

¹²⁹ Por. Sobór Trydencki, *Sessio XXIV, De sacramento matrimonii. Canon 1*, w: *Canones et Decreta Sacrosancti Oecumenici Concilii Tridentini sub Paulo III, Julio III et Pio IV Pontificibus Maximis*, Romae MDCCCLXXIV, s. 170: *Si quis dixerit, matrimonium non esse vere, et proprie unum ex septem legis evangelicae sacramentis a Christo domino institutum, sed ab hominibus in Ecclesia inventum, neque gratiam conferre; anathema sit; Sententia definitiva diei 10 novembris 1999 c. Defilippi*, w: Rotae Romanae Tribunal, *Decisiones seu sententiae selectae inter eas quae anno 1999 prodierunt cura eiusdem Apostolici Tribunalis editae*, Libreria Editrice Vaticana 2005, s. 646nn; KPK 1983 kan. 1055 § 1: *Matrimoniale foedus, quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatum, a Christo domino ad sacramenti dignitatem inter baptizatos evectum est.*

ma miejsce wtedy, gdy osoba, która deklaruje się jako niewierząca lub jest niepraktykująca, chce zawrzeć jakiś związek, ale nie będący związkiem sakramentalnym, innymi słowy chce zawrzeć kontrakt małżeński, ale nie chce sakramentu. Należy przy tym odróżnić *wykluczenie sakramentalnej godności małżeństwa (exclusio dignitatis sacramentalis)* od wykluczenia jednego z augustyńskich dóbr małżeństwa, jakim jest *bonum sacramenti*, które w orzecznictwie rotalnym utożsamiane jest z wykluczeniem nierozzerwalności małżeństwa¹³⁰.

W tym miejscu należy jeszcze dopowiedzieć, że aby można było mówić o symulacji częściowej, nie jest konieczne wykluczenie pozytywnym aktem woli wszystkich istotnych elementów małżeństwa. Wystarczy, iż został wykluczony przynajmniej jeden istotny element małżeństwa.

5.5. Wykluczenie jedności i nierozzerwalności małżeństwa

W kan. 1101 § 2 KPK ustawodawca postanawia, że jeżeli któraś ze stron zamierzała zawrzeć związek małżeński, ale pozytywnym aktem woli wykluczyła jakiś istotny jego przymiot, to zawarła małżeństwo nieważnie. Istotne przymioty małżeństwa wyliczone zostały w kan. 1056 KPK: *Istotnymi przymiotami są jedność i nierozzerwalność*¹³¹. Do tego, by małżeństwo zostało zawarte nieważnie z przyczyny symulacji częściowej nie jest konieczne odrzucenie równocześnie obydwu istotnych jego przymiotów. Wystarczy, aby nupturient pozytywnym aktem woli wykluczył przynajmniej jeden z nich: jedność albo nierozzerwalność.

W nauce prawa kanonicznego doprecyzowane zostało pojęcie *jedności małżeństwa*. Współcześnie utożsamia się ją z tego rodzaju właściwością małżeństwa, która sprawia, że małżeństwo jest trwałym związkiem jednego mężczyzny z jedną kobietą, czyli związkiem monogamicznym, sprzeciwiającym się wielożństwu (*poligamii*), czy też wielomęstwu (*poliandrii*). Z wykluczeniem jedności małżeństwa mamy wtedy do czynienia, gdy zgodnie małżeńskiej wyrażonej przez nupturienta towarzyszy *wola poligamiczna* lub *konkubencka*. Innymi słowy, gdy strona zawierająca małżeństwo zastrzega sobie prawo do zawarcia nowego małżeństwa, przy równoczesnym istnieniu pierwszego węzła małżeńskiego. Natomiast drugi przypadek, czyli *wola konkubencka*, sprowadza się do sytuacji, gdy nupturient zastrzega sobie prawo

¹³⁰ Por. P. Gajda, *Prawo małżeńskie Kościoła katolickiego*, Tarnów 2000, s. 149n; P. Silvestri, *Esclusione del Bonum sacramenti*, w: *Diritto matrimoniale canonico, A cura di Pietro Antonio Bonnet e Carlo Gullo, Vol. II, Il consenso*, Città del Vaticano 2003, s. 325nn.

¹³¹ Por. KPK 1983 kan. 1056: *Essentiales matrimonii proprietates sunt unitas et indissolubilitas, quae in matrimonio christiano ratione sacramenti peculiarem obtinent firmitatem.*

do współżycia intymnego z osobami trzecimi, przy równoczesnym istnieniu węzła małżeńskiego¹³².

W dokumentach Soboru Watykańskiego II znajdujemy odnowioną wizję małżeństwa, która odpowiada wizji współczesnego człowieka i jego mentalności. Konsekwencje tego sięgają również kwestii nierozzerwalności małżeństwa, której kanonistyka nadaje nowy odcień znaczeniowy¹³³. W takim ujęciu, *indissolubilitas matrimonii* jest taką właściwością małżeństwa, która sprawia, że jest ono dozgonne, stabilne i trwałe. Nierozzerwalność jest wpisana w istotę małżeństwa, co wynika z prawa naturalnego oraz z pozytywnego prawa Bożego. To zaś oznacza, że nierozzerwalność należy do wewnętrznej istoty naturalnego węzła małżeńskiego i jest wcześniejsza niż sakrament. Natomiast w małżeństwie pomiędzy ochrzczonymi, z racji sakramentu, nierozzerwalność małżeństwa uzyskuje szczególną moc¹³⁴. Przymiot nierozzerwalności jest tak złączony z istotą małżeństwa sakramentalnego, że nie stanowi on jakiejś odrębnej oraz integralnej rzeczywistości, ale jest istotnym składnikiem struktury samego małżeństwa. W przypadku wykluczenia nierozzerwalności małżeństwa nie jest konieczne, aby u strony symulującej istniał pozytywny zamiar woli zakładający rozwód. Wystarczy bowiem, by nupturient w momencie wyrażania zgody małżeńskiej zastrzegł sobie w każdym przypadku (absolutnie), albo tylko na wypadek pojawienia się pewnych okoliczności (hipotetycznie), całkowitą wolność w stosunku do węzła małżeńskiego¹³⁵.

Wykluczenie nierozzerwalności może przyjąć różne formy. Pierwszą z nich jest tzw. *małżeństwo na próbę*, polegające na tym, iż jeden z nupturientów, albo też obydwójce, pod pozorem małżeństwa chcą jakiegoś przejściowego, eksperymentalnego związku, a jednocześnie wykluczają *stabilność* węzła małżeńskiego. Inną formą wykluczenia nierozzerwalności małżeństwa jest tzw. *małżeństwo zawierane na określony czas*. W tym przypadku strony zawierające małżeństwo chcą co prawda stabilnego związku, ale wykluczają jego *trwałość*, gdyż przyjmują, że ich małżeństwo będzie tak długo trwało, aż

¹³² Por. P. Viladrich, *Konsens małżeński. Sposoby prawnej oceny i interpretacji w kanonicznych procesach o stwierdzenie nieważności małżeństwa (kanony 1095–1107 Kodeksu Prawa Kanonicznego)*, dz. cyt., s. 329–330.

¹³³ Por. P. Silvestri, *Esclusione del Bonum sacramenti*, dz. cyt., s. 349n.

¹³⁴ Por. W. Góralski, *Wykluczenie nierozzerwalności małżeństwa*, „*Ius matrimoniale*”, 5 (1994), s. 44; tenże, *Małżeństwo kanoniczne*, dz. cyt., s. 38–40; *Kodeks Prawa Kanonicznego. Komentarz*, red. P. Majer, s. 781; P. Viladrich, *Konsens małżeński. Sposoby prawnej oceny i interpretacji w kanonicznych procesach o stwierdzenie nieważności małżeństwa (kanony 1095–1107 Kodeksu Prawa Kanonicznego)*, dz. cyt., s. 341–347.

¹³⁵ Por. P. Viladrich, *Konsens małżeński. Sposoby prawnej oceny i interpretacji w kanonicznych procesach o stwierdzenie nieważności małżeństwa (kanony 1095–1107 Kodeksu Prawa Kanonicznego)*, dz. cyt., s. 341n.

zrealizują swoje subiektywne cele. W przypadku *zastrzeżenia sobie prawa do rozvodu*, jedna ze stron lub obydwie chcą związku, który byłby stabilny i trwały, ale zastrzegają sobie w sposób bezwzględny prawo do rozwiązania małżeństwa (*ius divortandi*)¹³⁶.

6. *Absentia consensus* – nowe tendencje w nauce prawa kanonicznego na temat symulacji

W latach pięćdziesiątych XX wieku przedstawiciele niemieckiej kanonistyki, tacy jak: J. Wenner, M. Mitterer i H. Flatten, dali impuls do dyskusji nad specyficzną postacią symulacji, którą określali jako *symulację negatywną*. Polegała ona na tym, że nupturient idący do ślubu, zajmował bierną postawę wobec małżeństwa sakramentalnego i nie wyrażał za pomocą pozytywnego aktu woli zgody na samo małżeństwo. Od tamtego czasu w kanonistyce zaczęło się mówić o *negative Totalsimulation*. Powrócono do tej koncepcji i rozwinięto ją po wejściu w życie Kodeksu Jana Pawła II¹³⁷.

Klasyczna postać symulacji całkowitej sprowadza się do wykluczenia pozytywnym aktem woli samego małżeństwa. Prawodawca kościelny w kan. 1101 § 2 KPK postanawia, że w takim przypadku mamy do czynienia z nieważnością małżeństwa. Jednak w praktyce procesowej bywają sytuacje, gdy u nupturienta brakuje woli do zawarcia małżeństwa, ale nie wyklucza on małżeństwa przy pomocy *actus voluntatis positivus*. Wiadomo jednak na podstawie kan. 1057 KPK, iż przyczyną sprawczą małżeństwa jest akt woli, którym mężczyzna i kobieta w nieodwołalnym przymierzu wzajemnie się sobie oddają i przyjmują w celu stworzenia małżeństwa¹³⁸. Jeżeli więc

¹³⁶ Por. P. Viladrich, *Konsens małżeński. Sposoby prawnej oceny i interpretacji w kanonicznych procesach o stwierdzenie nieważności małżeństwa (kanony 1095–1107 Kodeksu Prawa Kanonicznego)*, dz. cyt., s. 347–352

¹³⁷ Por. M. Żurowski, *Kanoniczne prawo małżeńskie okresu posoborowego*, dz. cyt. s. 270–271; tenże, *Kanoniczne prawo małżeńskie Kościoła katolickiego. Stan prawny po promulgowaniu Kodeksu Prawa Kanonicznego Kościoła łacińskiego z 1983 r.*, Katowice 1987, s. 263–264.

M. Żurowski nazwę *symulacja negatywna* przyjmuje za J. Wennerem [*Negative Totalsimulation als Eheklagegrund*. „Theologie und Glaube”, 43 (1953), s. 125–127]. W pojmowaniu symulacji negatywnej idzie za H. Flattenem [*Zum Inhalt des Ehekonsenses*. „Trierer Theologische Zeitschrift”, 65 (1956), s. 3–23], choć zauważa poważne mankamenty tej koncepcji, w kontekście argumentacji M. Mitterera [*Ehewille und Eheschliessungsform*. „Trierer Theologische Zeitschrift”, 66 (1957), s. 94–107].

¹³⁸ KPK 1983 kan. 1057: § 1. *Matrimonium facit partium consensus inter personbas iure habiles legitimae manifestatus, qui nulla humana potestate suppleri valet.* § 2. *Consensus matrimonialis est actus voluntatis, quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium.*

brakuje przyczyny sprawczej małżeństwa, czyli zgody małżeńskiej wymaganej przez kan. 1057 KPK, to nie ulega wątpliwości, że nie może zaistnieć ważne małżeństwo. Zdaniem wielu kanonistów podstawą nieważności małżeństwa w takich przypadkach jest szczególna forma symulacji całkowitej, którą tacy autorzy, jak m.in. B. Primetshofer, nazywają *negativen Totalsimulation*, natomiast H. Kahler nazwał ją *absentia consensus*. W tej sytuacji małżeństwo jest nieważne nie na podstawie kan. 1101 § 2 KPK, ale na podstawie kan. 1057 KPK¹³⁹. Jednak H. Reinhardt nie do końca zgadza się z takimi opiniami, ponieważ w kan. 1057 KPK mowa jest tylko o tym, że małżeństwo powstaje przez zgodę stron i na czym polega owa zgoda. Autor ten postuluje, aby w przypadku *absentia consensus* jako podstawę prawną przyjąć obok kan. 1057 KPK, również kan. 1055 § 1, który szczegółowo określa istotne elementy, a zarazem kryteria ważności małżeństwa katolickiego¹⁴⁰. R. Sobański, chcąc uniknąć powyższych wątpliwości, przyjmuje jako podstawę prawną sumarycznie: kan. 1055 § 1 KPK; kan. 1057 KPK i kan. 1101 § 2¹⁴¹. Jeszcze inaczej do tego problemu podszedł P. Viladrich. Wychodzi on z założenia, że egzegezę kan. 1101 § 2 KPK należy przeprowadzić w świetle kan. 1057 KPK. Zaś kan. 1057 KPK ma swój fundament w jednym akcie woli nupturienta, którego naturę i treść określa kan. 1057 § 2 KPK, a tradycja kanoniczna nazywa *animus maritalis* lub *intentio contrahendi*. Jeżeli do ważnego zawarcia małżeństwa wystarczy jeden pozytywny akt woli (chcenie małżeństwa), to w przypadku symulacji nie mogą być wymagane równocześnie dwa akty woli (chcenie samego zewnętrznego znaku małżeństwa oraz wykluczenie małżeństwa), lecz wystarczy, iż u nupturienta świadomie i dobrowolnie zabraknie prawdziwej wewnętrznej woli zawarcia małżeństwa, która jest zastąpiona przez wolę symulacyjną. Skoro brak prawdziwej woli zawarcia małżeństwa jest dobrowolny, to jest on już pozytywnym aktem woli i w sposób konieczny powoduje wykluczenie samego małżeństwa¹⁴².

¹³⁹ Por. H. Kahler, *Absentia consensus. Der fehlende Mindeswille zur Ehe als Ehenichtigkeitsgrund*, Frankfurt 1999, s. 29–362; H. Reinhardt, *Nowe tendencje orzecznictwa kościelnego w zakresie zgody małżeńskiej ze szczególnym uwzględnieniem orzeczeń Oficjalatu w Münster*, dz. cyt., s. 98–101; B. Primetshofer, *Der Ehekonsens*, dz. cyt. s. 773.

¹⁴⁰ Por. H. Reinhardt, *Nowe tendencje orzecznictwa kościelnego w zakresie zgody małżeńskiej ze szczególnym uwzględnieniem orzeczeń Oficjalatu w Münster*, dz. cyt., s. 100.

¹⁴¹ Por. *Wyrok Sądu Metropolitalnego w Katowicach (c. Sobański) z 27.12.2000 r. z tytułu symulacji (absentia consensus)*, w: „Ius Matrimoniale”, 7 (2002), nr 13, s. 207nn.

¹⁴² Por. P. Viladrich, *Konsens małżeński. Sposoby prawnej oceny i interpretacji w kanonicznych procesach o stwierdzenie nieważności małżeństwa (kanony 1095–1107 Kodeksu Prawa Kanonicznego)*, dz. cyt., s. 279–280 i 283–284.

Summary

SIMULATION OF MARITAL CONSENT REPRESENTING THE GROUNDS FOR MARRIAGE NULLITY UNDER LAW OF THE LATIN CHURCH

The author in his article entitled *Simulation of marital consent representing the grounds for marriage nullity under law of the Latin Church*, focuses on the discussion of a defect of consent to marriage, related to the will, which consists of the exclusion of marriage itself or the exclusion of some essential elements of marriage, or some essential properties of marriage.

When it comes to the origins of fictitious consent to marriage, in other words, a group of factors which had been conducive to the creation and development of that legal institution, some authors say that this was a consequence of the ending of medieval discourse on the efficient cause of marriage. Other hypotheses propose that the simulation has been incorporated to the system of canon law from Roman law by interpolation.

Disharmony between a consent to marriage and the words which express this consent was first discussed by Peter Lombard in his *Sententiarum libri quatuor*. The development process of the doctrine on marriage simulation started in 1212 when Pope Innocent III gave his decretal *Tua nos duxit fraternitas*. The 13th thru to 15th century canonists widely commented on that decretal. They also worked out basic technical terminology, involving: *simulatio*, *simulate nuptiae* and *consensus fictus*. The science of simulation matured for further centuries. The issue was most intensely studied in the 19th and at the beginning of 20th century. It is thanks to Cardinal J. D'Annibale that we have this distinction: *simulatio cum animo non contrahendi*, *simulatio cum animo non sesse obligandi*, *simulatio cum animo non implendi*. The doctrine on marriage simulation was then refined and finalized by Cardinal P. Gasparri. He also defined total simulation and partial simulation. The legislator in the 1917 Code basically relied on the assumption that internal intention of will corresponded to the uttered words or signs. The situations which were contrary to the above assumption, were settled by Canon 1086 § 2. If, by a positive act of will, the betrothed excluded marriage itself, the substance of marriage or *ius in corpus*, or the essential properties of marriage (unity and indissolubility), he/she contracted an invalid marriage. There were different interpretations concerning total or partial simulation among the canonists.

During the revision work on the Code, the norm relating to simulation evolved under the influence of the Second Vatican Council's teaching on a consent to marriage and the teaching on the substance of marital love, which was contained in Pope Paul IV's Encyclical *Humanane vitae*.

The 1983 Code settles the simulation of matrimonial consent under Canon 1101 § 2. In this new approach simulation consists in the exclusion by a positive act of will, of marriage itself or some essential elements of marriage, or some essential properties of marriage. Legal theorists have succeeded in defining a positive act of will and some of its variants. Jurisprudence have focused, among others, on the case defined

as *absentia consensus* or *negative Totalsimulation*, where the betrothed grants no marital consent required by Canon 1057 and the natural law.

Ks. dr Wojciech WĄSIK – ur. 13 VII 1967 r. w Gliwicach. Ukończył studia w WSD w Kielcach, z tytułem magistra teologii, a następnie studia specjalistyczne z zakresu prawa kanonicznego na KUL-u. Wiceoficjał Sądu Biskupiego w Kielcach i wykładowca prawa kanonicznego w WSD w Kielcach. Autor haseł z zakresu prawa kanonicznego w „Encyklopedii chrześcijaństwa” (Kielce 2000). Publikował swoje artykuły m.in. w pracy zbiorowej „Wiara i Rozum” (Kielce 2001), w „Kieleckich Studiach Teologicznych”, „Kieleckim Przeglądzie Diecezjalnym” oraz „Obecnych”.

