

# Marian Pastuszko

---

## Positivus actus voluntatis excludens matrimonium (can. 1086 § 2 CJC)

---

Prawo Kanoniczne : kwartalnik prawno-historyczny 18/1-2, 89-101

---

1975

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej [bazhum.muzhp.pl](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

KS. MARIAN PASTUSZKO

**POSITIVUS ACTUS VOLUNTATIS EXCLUDENS MATRIMONIUM**  
(can. 1086 § 2 CJC)

**Wstęp**

Czytelnik ma prawo zapytać, dlaczego artykuł pisany w języku polskim, ma tytuł sformułowany po łacinie? Tytuł artykułu podany w języku łacińskim jest jasny, przynajmniej dla każdego kanonisty. Natomiast tytuł ten oddany po polsku może nie być zrozumiały nawet dla specjalisty. Z tej racji tytuł artykułu został wyrażony w języku łacińskim.

Należy też na wstępie wyjaśnić, że tematem artykułu będzie znaczenie terminów *positivus actus voluntatis*, a w szczególności znaczenia przymiotnego określenia *positivus*. Chodzi tu oczywiście o taki *pozytywny* akt woli, który wyklucza małżeństwo i stąd sformułowanie tytułu uwag w wyżej podanym brzmieniu.

**Wyrażenie *positivus actus voluntatis* w kan. 1086 § 2**

W nauce psychologii dzieli się akty woli pod względem jakościowym na pozytywne, jeżeli zmierzają do osiągnięcia dobra i negatywne, jeżeli wola odwraca się od jakiegoś przedmiotu uważanego za zło.<sup>1</sup> Wykluczenie małżeństwa nie jest uważane za dobro ani samo w sobie,<sup>2</sup> ani, przynajmniej normalnie rzecz biorąc, przez symulanta.<sup>3</sup> Gdy przyczyną wykluczenia małżeństwa jest przymus i bojaźń po stronie kontrahenta, wykluczenie małżeństwa jest ucieczką od zła, a więc jest to akt wyraźnie negatywny z punktu widzenia psychologii. Z tego wynika, że w kan. 1086 § 2 termin *pozytywny* nie może mieć znaczenia, jakie ma w psychologii.

Jakie więc ma znaczenie ten przymiotnik *positivus* zamieszczony przed wyrażeniem *actus voluntatis* w kan 1086 § 2?

<sup>1</sup> J. Pastuszka, *Psychologia ogólna*, wyd. 2, Lublin 1957, t. II, s. 111.

<sup>2</sup> Dobrem jest podjęcie zgody na małżeństwo, a nie jej wykluczenie.

<sup>3</sup> Wykluczenie zgody małżeńskiej, gdy się ją wyraża, jest kłamstwem. Nadto, symulant zwykle nie dąży do symulacji jako takiej, ale chce jej jako środka do osiągnięcia innego celu.

Sam wyraz *positivus* znany był już w starożytności.<sup>4</sup> Treść wyrażenia *positivus actus voluntatis* również była znana na długo przed Kodeksem Prawa Kanonicznego, ale dla oddania tej treści używano wówczas terminów *intentio*, *propositum*, *conditio*, *pactum*. Wyrażenie *positivus voluntatis actus* znane jest dopiero od czasu wydania Kodeksu.<sup>5</sup>

U Bobrowskiego wyraz *positivus* jest tłumaczony następująco: „który się kładzie”, „który jest”, „istniejący”. Jest rzeczą zrozumiałą, że każdy akt przez wolę wywołany — jest. Z tego punktu widzenia wyraz *pozytywny* nie wydaje się zawierać specjalnej treści, a przez to może i nie jest konieczny w kan. 1086 § 2.

Przeciwieństwem pozytywnego aktu woli jest negatywny, czyli taki, który nie istnieje.<sup>6</sup> To jest jasne i wszyscy się co do tego zgadzają. Gdy jednak chodzi o bliższe określenie negatywnego, czy pozytywnego aktu woli, nie zgadzają się ze sobą ani autorowie, ani nawet sentencje rotalne. Uważa się tę sprawę za trudną.<sup>7</sup>

Jedni są zdania, że do tego, aby akt woli można było nazwać pozytywnym, nie wystarczy tylko brak *velle contrahendi*, ale musi być *velle non contrahendi*. Orio G i a c c h i uczy:

„Non dunque in una mancanza della „*intentio contrahendi*” consiste la simulazione totale ma nella presenza di „*intentio non contrahendi*”. Questa distinzione, essenziale per giudicare della validità o nullità del matrimonio, è stata

<sup>4</sup> F. Bobrowski, *Słownik łacińsko-polski*, wyd. 2, t. II, Wilno 1844, s. 410, słowo *positivus*.

<sup>5</sup> D. Staffa, *De actu positivo voluntatis quo essentiale matrimonii excluditur*, *Monitor ecclesiasticus* 74 (1949) 164. Za Staffą powtarza to samo, przepisując nawet część jego zdania i nie czyniąc o tym żadnej wzmianki, P. Rossi, *De historica evolutione doctrine distinctionis inter ius et usum iuris in contractu matrimoniali dissertatio historico-iuridica*, Romae 1959, s. 107.

<sup>6</sup> W. Lohmann, *Der Innere Vorbehalt gegen Wesensbestandteile der Ehe nach katholischen Kirchenrecht. Eine Studie zu kan. 1086 des Codex iuris canonici*, Dormund 1935, s. 30: „Positiv heisst hier soviel wie existent, substantiiert”. T. Schäfer, *Das Eherecht nach dem Codex iuris canonici*, Münster 1924, s. 230, nota 34: „Im unterschied von einem actus mere negativus, der tatsächlich gar nicht besteht”. F. M. Cappello, *Tractatus canonico moralis De Sacramentis*, vol. V, *De matrimonio*, ed. 5, Taurini 1961, n. 598, s. 530: „Dicitur actu positivus, ut excludatur actus mere negativus qui reipsa non existit, cum consistat in defectu tendendiae seu inclinationis ex parte voluntatis in obiectum”.

<sup>7</sup> V. Del Giudice, *Nozioni di diritto canonico*, ed. 10, Milano 1953, s. 189, nota 105: „L'atto positivo di volontà... non è facile dire in che debba consistere. Si tratta di accertare, mercé una delicata indagine dell'interna volontà del contraente, condotta su elementi esterni, se essa volontà mirasse effettivamente a contraddire a ciò che veniva manifestato con segni esteriori, cioè a dissentire positivamente dalla dichiarazione”.

ritenuta una „sottigliezza”, una „finezza” difficilmente accettabile nella realtà... a noi sembra, invece, che il requisito dell'esistenza del „positivus voluntatis actus” determini in modo netto la essenza ed i limiti della simulazione totale”.<sup>8</sup>

Podobnie sądzą: Helene Haacke — Grosse Schönepauck<sup>9</sup>, Nikolaus Hilling,<sup>10</sup> Georgius Payen,<sup>11</sup> John A. Abbo — Jerome D. Hannan,<sup>12</sup> Lincoln T. Bouscaren — Adam C. Ellis — Francis A. Korth,<sup>13</sup> Andrew T. Quinn,<sup>14</sup> Lorenzo Reyes Quintana,<sup>15</sup> André Bride,<sup>16</sup> Anonymus,<sup>17</sup> Vincenzo del Giudice,<sup>18</sup> Mario Petroncelli,<sup>19</sup> Johannes Clemente.<sup>20</sup>

Również decyzje rotalne i to prawie bez wyjątku, opowiadają się za takim rozumieniem pozytywnego aktu woli wykluczającego małżeństwo.<sup>21</sup>

<sup>8</sup> *Il consenso nel matrimonio canonico*, ed. 3, Milano 1968, s. 93—94.

<sup>9</sup> *Der innere Vorbehalt bei der Eheschliessung als Ehenichtigkeitsgrund nach kanonischem Recht unter besonderer Berücksichtigung der kirchlichen Rechtspraxis*, Frankfurt 1937, s. 27.

<sup>10</sup> *Der innere Vorbehalt und die geheime Bedingung gegen das Wesen der Ehe*, Archiv für katholicisches Kirchenrecht 123 (1944—1948) 444.

<sup>11</sup> *De matrimonio in missionibus ac potissimum in Sinis tractatus practicus et casus*, ed. 2, Zi — ka — wei 1935—1936, t. II, n. 1667, s. 67: „Simulatio consistit in occulta signorum adhibitorum cum interna animi dissensione”.

<sup>12</sup> *The sacred canons. A concise presentation of the current disciplinary norms of the Church*, ed. 2, St. Louis 1960, vol. II, s. 310: „Total simulation excluding marriage itself is described as simulation with the intention of not contracting”.

<sup>13</sup> *Canon Law. A text and commentary*, ed. 4, Milwaukee 1963, s. 570: „... interioyly, by a positive act of the will, he says: „J do not” ”.

<sup>14</sup> *Defects in Marriage consent*, The Jurist 5 (1945) 544.

<sup>15</sup> *La pruebe en el procedimiento canonico*, Barcelona 1943, s. 216.

<sup>16</sup> *Erreur et simulation dans le consentement matrimonial*, L'ami du clergé 58 (1948) 762.

<sup>17</sup> *Intenzione e condizione nel consenso matrimoniale*, Monitor ecclesiasticus 43 (1948) 77.

<sup>18</sup> Dz. cyt., s. 189, nota 105.

<sup>19</sup> *Diritto canonico*, ed. 6, Roma 1963, n. 205, s. 262.

<sup>20</sup> *Le presunzioni come mezzo di prova secondo la pratica della S. R. Rota. Tesi di laurea presentata alla Facoltà di diritto dell' Università di Friburgo (Svizzera)*, Locarno 1955, s. 40.

<sup>21</sup> SRR Bononien. coram Emerix, die 1 februarii 1672: *Sacrae Romanae Decisiones coram Reverendissimo P. D. Jacobo Emerix de Mattys Germano eiusdemque Sacrae Rotae olim Decano...*, Venetiis 1712, tomus I, decisio CCXLVIII, p. 322, n. 10. SCC Mutinen, die 9 iulii 1725. *Thesaurus resolutionum Sacrae Congregationis Concilii ab anno 1718, Urbini 1739—1740, Romae 1741, tomus III, p. 101, § Hucusque. Sacrae Romanae Rotae Decisiones seu Sententiae*, Romae — Civitate Vaticana 1912 —: n. m. c. Many, 21 I 1911: „... de actu voluntatis expresso et positivo quo reieitur contractus”: v. III, d. III, p. 16, n. 3; SRR n.

To jest jedna opinia. Pozytywny akt woli wykluczający zgodę małżeńską mamy tylko wtedy, gdy zachodzi wola nie zawierania małżeństwa. Gdy zaś nie ma woli nie zawierania małżeństwa, to chociaż jest brak woli zawierania małżeństwa, ten brak woli zawierania małżeństwa należy uważać za akt jedynie negatywny i w konsekwencji nie można uznać małżeństwa za nieważne na mocy kan. 1086 § 2.<sup>22</sup>

Druga opinia utrzymuje, że pozytywny akt woli wykluczający małżeństwo jest wtedy, gdy mamy do czynienia z wolą nie zawierania małżeństwa, ale również i wtedy, gdy stwierdzamy jedynie brak woli zawarcia małżeństwa.

Josephus D'Annibale,<sup>23</sup> Petrus Gasparri,<sup>24</sup> Franciscus

m. c.Jullien, 5 VIII 1924: v. XVI, d. XXXVI, p. 312, n. 2; SRR Vicariatus Apostolici Novae Guineae Neerlandicae, n. m. c.Jullien, 12 XI 1924: v. XVI, d. XLIII, p. 383, n. 2; SRR n. m. c.Jullien, 7 II 1925: v. XVII, d. VII, p. 48, n. 2; SRR Posnaniens, n. m. c.Jullien, 11 II 1925: v. XVII, d. IX, p. 68, n. 2; SRR Nicien, n. m. c.Mannucci, 28 IV 1925: v. XVII, d. XXVIII, p. 175, n. 3; SRR n. m. c.Jullien, 13 XI 1925: v. XVII, d. XLVI, p. 373, n. 2; SRR n. m. c.Jullien, 1 VI 1927: v. XIX, d. XXIV, p. 193, n. 2; SRR Vicariatus Apostolici Oceaniae Centralis, n. m. c.Jullien, 23 VI 1927: v. XIX, d. XXXVII, p. 316, n. 3; SRR n. m. c.Mannucci, 30 VII 1927: v. XIX, d. XL, p. 352, n. 3; SRR n. m. c.Jullien, 28 IV 1928: v. XX, d. XV, p. 143, n. 2; SRR n. m. c.Mannucci, 16 VI 1928: v. XX, d. XXVI, p. 246, n. 2; SRR n. m. et dispens. c. Guglielmi, 5 IV 1929: v. XXI, d. XVII, p. 145, n. 4; SRR Maria napolitana, n. m. c.Guglielmi, 5 IV 1929: v. XXI, d. XXI, p. 172, n. 2; SRR Paderbornen, n. m. c.Quattrococo, 2 IV 1930: v. XXII, d. XVI, p. 193, n. 3; SRR Leodien, n. m. c.Guglielmi, 28 VI 1930: v. XXII, d. XXXIII, p. 373, n. 2; SRR n. m. c.Grazioli, 19 XII 1930: v. XXII, d. LXI, p. 671, n.4; SRR Angelorum et Sancti Didaci, n. m. c.Guglielmi, 24 X 1934: v. XXVI, d. LXXIX, p. 673, n. 3; SRR Beryten, n. m. c.Canestri, 15 VII 1937: v. XXIX, d. XLIII, p. 528, n. 5; SRR Czestochovien, n. m. c.Jullien, 11 XII 1937: v. XXIX, d. LXXIV, p. 735, n. 3; SRR Parisien, n. m. c.Wynen, 29 IV 1939: v. XXXI, d. XXVIII, p. 235, n. 2; SRR n. m. c.Janasik, 27 VI 1940: v. XXXII, d. XLV, p. 495, n. 2; SRR n. m. c. Jullien, 20 IV 1947: v. XXXIX, d. XXIX, p. 220, n. 2; SRR Romana, n. m. c.Brennan, 27 VI 1950: v. XLIV, d. VIII, p. 46, n. 4; SRR Taurinen, n. m. c.Pinna,, 2 VIII 1952: v. XLIV, d. LXXVI, p. 507, n. 2; SRR Fulden, n. m. c.Pinna, 16 II 1954: v. XLVI, p. 123, n. 2; SRR n. m. c.Mattioli, 8 VI 1955: v. XLVII, p. 506, n. 2; SRR Romana, n. m. c.Pasquazi, 6 XII 1955: v. XLVII, p. 818, n. 3; SRR Romana, n. m. c.Bonet, 12 VII 1956: v. XLVIII, p. 664, n. 2; SRR Eporedien, n. m. c.Pinna, 16 I 1958: v.L, p. 11, n. 3; SRR Basileen, n. m. c.Bonet, 23 VII 1958: v. L, p. 766; SRR Portugallen, n. m. c.Doheny, 18 II 1959: v. LI, p. 60, n. 2; SRR Mediolanen, n. m. c.Heard, 9 maii 1959: v. LI, p. 238, n. 2; SRR Eporedien, n. m. c.Lefebure, 12 III 1960: v. LII, p. 171, n. 2; SRR Neapolitana, n. m. c.Brennan, 15 V 1961: v. LIII, p. 227, n. 2.

<sup>22</sup> Inna sprawa, czy małżeństwo zawierane z brakiem woli zawarcia małżeństwa nie może być uznane za nieważne na mocy kan. 1081.

<sup>23</sup> *Summula theologiae moralis*, ed. 5, Romae 1908, vol. III, p. 346.

<sup>24</sup> *Tractatus canonicus de matrimonio, editio nova ad mentem Codicis I. C.*, Typis Polyglottis Vaticanis 1932, vol. II, n. 814, p. 36.

Xaverius Wernz — Petrus Vidal — Philippus Aguirre,<sup>25</sup> określając pojęcie symulacji małżeństwa, podają, że ta zachodzi, jeśli zawierający małżeństwo *animum contrahendi non habet*. Podobnie piszą o całkowitej symulacji małżeństwa: Cesare Badii,<sup>26</sup> Pio Ciprotti,<sup>27</sup> Rudolf Haeger,<sup>28</sup> Renato Baccari,<sup>29</sup> Angelo Pedroni,<sup>30</sup> Joseph Wenner,<sup>31</sup> Arnaldo Bertola,<sup>32</sup> Pio Fedele,<sup>33</sup> Heinrich Flatten,<sup>34</sup> Justin Möhler,<sup>35</sup> Franciscus Xavier Hervada Xiberta,<sup>36</sup> Władysław Szafrąński.<sup>37</sup>

Decyzje rotalne orzekające o nieważności małżeństwa na tej podstawie, że stwierdzono u kontrajenta brak woli zawarcia mał-

<sup>25</sup> *Jus canonicum ad Codicis normam exactum*, t. V, Jus matrimoniale, Romae 1946, n. 460, p. 593.

<sup>26</sup> *La simulazione del consenso nel matrimonio*, Il diritto ecclesiastico 40 (1929) 53.

<sup>27</sup> *Il consenso matrimoniale e le condizioni*, Rivista di diritto matrimoniale italiano 6 (1969) 471.

<sup>28</sup> *Willensmängel bei Eheabschluss nach kanonischen und staatlichen Recht unter Berücksichtigung der neuesten Rechtsprechung der S. Romana Rota*, Marburg 1941, s. 91.

<sup>29</sup> *La volontà nei sacramenti*, Milano 1941, s. 173: „Simulazione, sia unilaterale (siserva mentale) sia bilaterale (simulazione propriamente detta) può verificarsi se non si ha l'intenzione di contrarre il matrimonio, mentre si pronunciano le parole con cui si esprime il consenso”.

<sup>30</sup> *Il consenso matrimoniale e la teoria della simulazione*, Roma 1949, s. 12.

<sup>31</sup> *Negative Totalsimulation als Eheklagegrund*, Theologie und Glaube 43 (1953) 126.

<sup>32</sup> *Il matrimonio religioso, diritto matrimoniale canonico*, ed. 3, Torino 1953, s. 145.

<sup>33</sup> *Analisi di recenti pubblicazioni*: „Non si può pertanto dire, come fa il G. (iaschi — dopisek mój MP) a pag. 64, che la mancanza di „intento contrahendi” non basta per aversi simulazione...”: *Ephemerides iudis canonici* 10 (1954) 14. Por. tegoż autora: *Analisi de recenti sentenze*, *Ephemerides iuris canonici* 9 (1953) 356 n. 3.

<sup>34</sup> *Zum Inhalt des Ehekonsens*, *Trierer Theologische Zeitschrift* 65 (1956) 17.

<sup>35</sup> *Eheschliessung und Verbindlichkeitswille*, Theologie und Glaube 47 (1957) 260.

<sup>36</sup> *La simulacion total. Comentario a la Sentencia de la S. R. Rota de 22 II 1961 c.* Canals, *Ius canonicum* 2 (1962) 760.

<sup>37</sup> *Motywy prawne w sprawach małżeńskich rozpatrywanych przez Sądy Kościoła rzymsko katolickiego* (maszynopis), Włocławek 1966, s. 116: „Symulacja całkowita zachodzi wtedy, kiedy nupturcienci, albo przynajmniej jedna ze stron pozytywnym aktem woli wyłączają samo małżeństwo, czyli w rzeczywistości małżeństwa nie pragną zawrzeć”. Kto pomyśli nad tym zdaniem, zaraz spostrzeże, że nie pragnąć małżeństwa, to wcale nie znaczy całkowicie symulować zawarcie małżeństwa. Szafrąński Władysław opiera swoją wypowiedź na cytowanym przez siebie orzeczeniu rotalnym „Dec. S. R. R. vol. XXIII (1931), dec. XVIII, n. 2, 3”, a w tym na słowach: „matrimonium revera inire absolute respuit”. Każdy widzi, że zdanie to nie znaczy: „w rzeczywistości małżeństwa nie pragną zawrzeć”. W sumie Władysław Szafrąński nie dość dokładnie określa całkowitą symulację małżeństwa i błędnie tłumaczy fragment wyroku rotalnego.

żeństwa i powołujące się przy tym na kan. 1086 § 2 można również cytować, ale jest ich bardzo mało.<sup>38</sup>

Takie są dwie główne opinie na temat pojęcia pozytywnego aktu woli w kan. 1086 § 2. Są jednak i inne.

Ermanno Graziani uznaje za szczęśliwe użycie przymiotnika *pozytywny* przed słowami o akcie woli w kan. 1086 § 2, ponieważ przymiotnik ten dobrze charakteryzuje taką intencję przeciwną małżeństwu lub jego istocie, która ma znaczenie w prawie. Powiedzeniem, że akt woli wykluczający małżeństwo ma być *pozytywny* prawodawca chciał odróżnić akt woli od inercji ducha, nawyków woli i intencji habitualnych. Owszem, prawodawca wydaje się wymagać tym terminem *positivus* jakiegoś ruchu, zaangażowania ze strony woli, czyli chcenia konkretnego, aktualnego albo wirtualnego.<sup>39</sup>

W innym miejscu Graziani wyraża zdanie, że akt woli nazywamy pozytywnym nie tylko dla przeciwstawienia go negatywnemu, ale i ze względu na jego konkretność czyli chcenie konkretnego.<sup>40</sup> — Nie wydaje się, żeby Graziani, poza nowym sformułowaniem, wniósł coś nowego do wiedzy o tym, że jakiś akt woli jest pozytywny. Chyba bowiem o każdym akcie woli można powiedzieć, że jest czymś konkretnym.

Być może, że Graziani sam się spostrzegł w tej sprawie, ponieważ w innym studium, wydanym parę lat później, pisze już nie o pozytywnym akcie woli, ale w ogóle o akcie woli,<sup>41</sup> że jest chceniem efektywnym i konkretnym.<sup>42</sup> W tym nowym studium

<sup>38</sup> SRR n. m. c. Perathoner, 21 IV 1915: v. VII, d. XVIII, p. 196, n. 3; SRR Monasterien, n. m. c. Filipiak, 14 VI 1957: v. XLIX p. 490, n. 2. Przed Kodeksem Prawa Kanonicznego widziały symulację małżeństwa w braku intencji zawarcia małżeństwa: SCC Chien, 12 martii 1729; Thesaurus, tomus IV, p. 268; SCC Parisien, Matrimonii, 7 iulii 1883; Thesaurus, tomus CXLII, p. 1 (sententiae, non tomi).

<sup>39</sup> *In tema di simulazione del consenso matrimoniale*, Il diritto ecclesiastico 60 (1949) 400—401.

<sup>40</sup> *Atto positivo di volontà, condizione e patto contra matrimonii substantiam*, Il diritto ecclesiastico 61 (1950) 415.

<sup>41</sup> *Volontà attuale e volontà precettiva nel regozio matrimoniale canonico*, Milano 1956, s. 168: „E il legislatore del Codex non soltanto ha detto „actus voluntatis” cioè la volizione effettiva e concreta...”

<sup>42</sup> Podobnie do Grazianiego pisze o pozytywnym akcie woli F. Bersini, *Il contratto matrimoniale canonico e la riserva di divorzio*: „L'atto positivo di volontà, che si oppone ad una disposizione abituale o semplicemente interpretativa, consiste in una volizione realmente posta, in maniera ferma e concreta, tale da rifiutare il matrimonio medesimo di accettarne — nel caso che si occupa — l'indissolubilità: Monitor ecclesiasticus 97 (1972) 253. Z tego określenia pozytywnego aktu woli własnymi autora wydają się być tylko słowa „in maniera ferma”. Wymagają one pewnej stałości aktu woli. To wymaganie nie jest jednak konieczne, skoro wiemy, że pozytywny akt woli nie musi mieć cechy trwałości, aby wykluczał np. dożgonność małżeństwa. Jeśli jest aktem przejściowym powoduje takie same skutki prawne.

Graziani jest zdania, że o pozytywnym charakterze aktu woli decydują dwa czynniki: 1. Autonomiczność aktu woli w stosunku do deklaracji tego aktu. Deklaracja jest podporządkowana wobec aktu i logicznie jest czymś wtórnym w stosunku do niego. 2. Obiektywizacja aktu woli. Graziani nie określa bliżej obiektywizacji aktu woli. Stwierdza tylko, że akt woli jest zobiektywizowany przy intencji, co do której zawarto umowę (*intentio in pactum deducta*). Pisze dalej, że jeśli akt woli nie jest zobiektywizowany ani deklaracją tego aktu ani postawą kontrahenta, będzie pragnieniem ale nie chceniem.<sup>43</sup> — Z tych wypowiedzi niedwuznacznie wynika, że przez obiektywizację aktu Graziani rozumie zaistnienie aktu na zewnątrz. Jeśli jednak do tego, by akt woli stał się pozytywny, konieczną jest rzeczą, aby stał się zewnętrzny, to znaczy, że bez uzewnętrznienia nie będzie pozytywnego aktu woli. Jeśli zaś bez uzewnętrznienia aktu woli nie będzie pozytywnego aktu woli, to znaczy, że nie można wykluczyć małżeństwa aktem czysto wewnętrznym. A ten ostatni wniosek jest absolutnie nie do przyjęcia. Pokrywa się on bowiem z założeniem tak zwanej teorii deklaracji, utrzymującej, że w prawie liczy się deklaracja woli, a nie sama wola.<sup>44</sup> W kanonistyce ta teoria nie może być przyjęta.<sup>45</sup>

Norbert Ruf uważa, że pozytywny akt woli to taki akt woli, który został nie tylko w sobie uformowany ale i w jakiś sposób ujawniony tak, że można go udowodnić.<sup>46</sup> — Opinia ta da się sprowadzić do twierdzenia, że pozytywny akt woli musi być zewnętrzny. A wobec takiego twierdzenia zajęliśmy już stanowisko.

Dodajmy tu jeszcze, że kan. 1086 § 2 mówi o takiej sytuacji, kiedy zgoda małżeńska wyrażana jest stosownie do wymagań pra-

<sup>43</sup> *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, s. 167—168: „L'obiettivazione è logicamente infettibile nell'accordo di simulare (*intentio in pactum deducta*), ma di necessità essa si rinviene anche nella simulazione unilaterale: poichè, se possiamo concepire la compiuta formulazione d'un atto teoretico senza una esteriore comunicazione, la volontà non obiettivata, nè attraverso la dichiarazione nè attraverso il comportamento, si chiamerà proposito ma non volizione”.

<sup>44</sup> W opozycji do teorii deklaracji jest teoria woli, która opowiada się za znaczeniem samej woli, a nie jej deklaracji. Pośrednia jest teoria zaufania, utrzymująca, że należy mieć na uwadze deklarację woli, ale tak długo, jak długo ta deklaracja odpowiada wewnętrznemu stanowi woli.

<sup>45</sup> Racja wiadoma. Braku zgody małżeńskiej nikt nie może uzupełnić lecz jedynie ten, kto jej nie dał, czy wykluczył ją.

<sup>46</sup> *Furcht und Zwang im kanonischen Eheprozess unter besonderer Berücksichtigung der Ehesimulation*, Freiburg — Basel — Wien 1963, s. 116: „Zur Nichtigkeit einer Ehe wegen Simulation fordert der Gesetzgeber ausdrücklich einen „positivus voluntatis actus”. Dieser Satzteil des can. 1086 § 2 ist von grösster Wichtigkeit. „Positivus” heisst hier nicht nur geformt, sondern auch (nachweisbar) geäussert”



wa. Przy takim właśnie wyrażaniu zgody na małżeństwo następuje wykluczenie zgody małżeńskiej: tym więc, co jest manifestowane, jest zgoda małżeńska, a nie jej wykluczenie. To wykluczenie jest nawet w opozycji do manifestowania zgody małżeńskiej. Jeśli jednak tak, to akcentowanie momentu ujawnienia aktu wykluczającego małżeństwo, o którym mowa w kan. 1086 § 2, przynajmniej jako cechy charakterystycznej tego aktu, wydaje się być jakimś nieporozumieniem.

Nową jeszcze i własną interpretację pojęcia pozytywnego aktu woli daje Petrus Rossi. Utrzymuje on mianowicie, że prawdziwy pozytywny akt woli jest wolą negatywną.<sup>47</sup> — W takim rozumieniu pozytywny akt woli jest negatywnym aktem woli. Wypowiadając takie stwierdzenie autor popadł w najzwyczajszą sprzeczność.

Przekonaliśmy się w ten sposób, że zrozumienie znaczenia pojęcia pozytywnego aktu woli, a w tym i owego przymiotnika *pozytywny*, nie jest wcale łatwe.<sup>48</sup> Najtrafniejszą wykładnię przymiotnika *pozytywny* z kan. 1086 § 2, jak się zdaje, dał Felix M. Cappello.<sup>49</sup>

Opinie autorów i te wyjątkowe zresztą decyzje rotalne, których zdaniem pozytywny akt woli zachodzi przy braku woli zawarcia małżeństwa, nie mogą być przyjęte na tej prostej zasadzie, że o tym czego nie ma, jak brak woli zawarcia małżeństwa, nie można mówić, że jest. Opinie tych autorów i te decyzje rotalne, które stwierdzają, że o pozytywnym akcie woli wykluczającym małżeństwo, możemy mówić, gdy jest wola niezawarcia małżeństwa, mogą być przyjęte, bo „wola nie zawarcia małżeństwa”, to jest tylko inna nazwa pozytywnego aktu woli wykluczającego małżeństwo.

Jeśli termin *pozytywny* z kan. 1086 § 2 ma wyrażać tylko tyle, że zostaje wzbudzony akt woli wykluczający małżeństwo, to określenie *akt woli* mówi tyle samo, co zwrot *pozytywny akt woli*. A zatem przymiotnik *pozytywny* w kan. 1086 § 2 nie wydaje się mieć specjalnej racji bytu i w przyszłym kodeksie można by go pominąć.

Dotychczasowe wywody autor artykułu dał do przeczytania swemu Przyjacielowi z nadzieją, że ten znanym z twórczości umysłem przedstawi własną opinię na temat terminu *pozytywny* z kan. 1086 § 2. Nie zawiódł się. Przyjaciel napisał:

---

<sup>47</sup> Dz. cyt., s. 107: „In actu vero positivo habetur voluntas negativa, voluntas sc. quae interne non vult matrimonium vel unam ex eiusdem proprietatibus”.

<sup>48</sup> H. Armbruster, *Der Ehewille evangelischer Christen im Lichte des kanonischen Prinzips der Unauflöslichkeit der Ehe*, München 1959: „Der Sinn des Adjektivs „positivus“ ist nicht leicht zu bestimmen”.

<sup>49</sup> Czytelnik, który dopiero tutaj zainteresował się opinią Cappello, może jeszcze raz przeczytać odsyłacz 6.

„... autor mimo wszystko nie trafił w sedno rzeczy. Racja użycia przez prawodawcę słów *positivo actu voluntatis excludit* z naciskiem na słowie *positivus* leży gdzie indziej. W § 1 tegoż kanonu prawodawca ustalił domniemanie prawne, według którego wewnętrzny akt woli zgadza się z tym, co na zewnątrz wyrażają słowa lub znaki. Podstawą domniemania — jak sądzę — są nie tylko słowa lub znaki, ale również i przede wszystkim wola, która przy wyrażaniu słów lub znaków została z konieczności w jakiś sposób zaangażowana. Gdyby jej bowiem nie było wcale, nie byłoby też słów lub znaków w sensie aktów ludzkich. Istotą symulacji jest konflikt zachodzący między tym, co się wyraża na zewnątrz w słowach lub znakach a tym, co istnieje wewnątrz czyli w woli. Ponieważ przy wyrażaniu słów lub znaków wola z konieczności zaangażowała się po linii wypowiedzianych słów, ażeby więc powstała symulacja, wola musi wzbudzić przeciwny akt. Akt ten dla pokonania pierwotnego i przeciwnego aktu woli musi być silniejszy, zdecydowany, konkretny. I właściwie to chciał wyrazić prawodawca określając ten akt przeciwny jako *positivus actus excludens*”.

Cytat długi, ale ciekawy i bogaty w treść. Umożliwia nam zupełnie nowe spojrzenie na termin *pozytywny* z kan. 1086 § 2. Nowość tego spojrzenia polega głównie na tym, że Autor cytatu objaśnia wyraz *pozytywny* szerszym kontekstem, niż zwykło się to czynić, mianowicie kontekstem nie tylko § 2 kan. 1086, ale również § 1 kan. 1086. Takie ujęcie terminu *pozytywny* jest oryginalne, a przy tym takie proste, że dziwne się wydaje dlaczego dotychczas nikt nie wpadł na taki pomysł.

Trudno jest jednak przyznać Przyjacielowi rację co do wszystkich jego stwierdzeń. Czytelnik rozsądzi, kto ma więcej racji: Autor cytatu czy autor artykułu.

Według Autora cytatu prawodawca kładzie akcent na terminie *positivus* używając w kan. 1086 § 2 wyrazów *positivo actu voluntatis excludit*. Można być takiego zdania. Ale można też powiedzieć, że jeśli po terminie *positivus* nie dodamy zaraz *actus*, samo *positivus* nie będzie miało znaczenia. Również termin *voluntatis* nie wydaje się konieczny, skoro nikt nie może wykluczyć małżeństwa jak tylko i wyłącznie wolą. Jeśli jednak można wykluczać małżeństwo jedynie wolą, to prawodawca mógł sobie darować i ten wyraz. — Opierając się na takich przesłankach można mieć pewne wątpliwości co do tego, że prawodawca położył akcent na terminie *pozytywny* użytym w kan. 1086 § 2.

Autor cytatu jest zdania, że podstawą domniemania z kan. 1086 § 1 „są nie tylko słowa lub znaki, ale również i przede wszystkim

wola...". — Tekst ten nie jest zupełnie jasny. Wola bowiem może oznaczać władzę duchową lub działanie woli. Ponieważ w tekście jest mowa o zaangażowanej woli, można by chyba przypuszczać, że termin „wola” jest użyty przez Autora cytatu dla wskazania władzy duchowej nazywanej wolą. Jeśli taka jest myśl Autora cytatu, to podstawą domniemania z kan. 1086 § 1 byłaby przede wszystkim wola jako władza duchowa. Przyznaje się, że nie mogę zrozumieć, w jaki sposób wola jako władza duchowa mogłaby być podstawą domniemania z kan. 1086 § 1.

Zalóżmy wobec tego, że w cytowanym tekście użyto terminu „wola” dla oznaczenia aktu woli, a nie woli jako władzy duchowej. W takim przypadku wolno nam zapytać, czy Autor cytatu mówi o woli jako jej akcie wewnętrznym, czy też o woli jako jej akcie zewnętrznym. Jeśli Autor cytatu opowie się za pierwszą możliwością, zacytujemy regułę *de internis non iudicat praetor*. Nadto przypomnimy, że domniemanie z kan. 1086 § 1 dotyczy istnienia wewnętrznej zgody na małżeństwo. Ta wewnętrzna zgoda małżeńska w swojej istocie jest aktem woli. Kan. 1086 § 1 stawia zasadę, że wewnętrzny akt woli zgody małżeńskiej odpowiada słowom lub znakom wyrażającym ten akt zgody małżeńskiej. Zdaniem Autora cytatu domniemywa się, że wewnętrzny akt woli **zgody małżeńskiej** jest w pewnej mierze taki jak słowa lub znaki wyrażające zgodę małżeńską, ale przede wszystkim taki jak akt woli zgody małżeńskiej. Być może, że tak jest. Ale czy to jest myśl kan. 1086 § 1?

Jeśli Autor cytatu uzna za swoją drugą możliwość czyli powie, że miał na myśli zewnętrzny akt woli, gdy pisał iż przede wszystkim wola jest podstawą domniemania z kan. 1086 § 1, w zasadzie przyznamy mu słusność. Doprecyzujemy tylko, że akty woli, o których mówi Autor cytatu ujawniają się w słowach lub znakach, **dokładniej w manifestacji zgody małżeńskiej**. Możemy powiedzieć, że twierdzenie o istnieniu aktu woli zawiera się *implicite* w twierdzeniu o słowach lub znakach z kan. 1086 § 1. W takim jednak przypadku Autor cytatu chyba bez wyraźnej potrzeby kładzie tak duży nacisk na oddzielenie słów lub znaków od woli, gdy mówi o podstawie domniemania z kan. 1086 § 1.

Jeszcze mniej zrozumiałe wydaje się dopatrywanie podstawy domniemania z kan. 1086 § 1 przede wszystkim w woli. Z takiego postawienia zagadnienia wydaje się wynikać, że możliwe jest domniemanie z kan. 1086 § 1 przy braku słów lub znaków. A czy jest ktoś, kto pogodziłby takie twierdzenie z myślą kan. 1086 § 1, skoro nie wydaje się zupełnie wykluczona — jako całkowicie absurdalna — możliwość zaistnienia presumpcji z kan. 1086 § 1 przy braku woli zawarcia małżeństwa i braku wykluczenia tej woli. Tak byłoby np. gdyby nupturient, wahając się, czy ma zawrzeć małżeństwo czy też nie, wyraził zgodę na małżeństwo słowami lub

znakami, w których nie ma woli, bo zakładamy, że jej nie podjął. Czy w takiej sytuacji nie miałyby zastosowania domniemanie z kan. 1086 § 1?

W każdym razie kan. 1086 § 1 w świetle twierdzenia Autora cytatu jakoby podstawą domniemanie była przede wszystkim wola nie jest doskonale zredagowany. Kan. 1086 § 1 mówi bowiem *explicite* o słowach i znakach, ale podstawą domniemanie jest przede wszystkim wola, o której jedynie *implicite* jest mowa w tym paragrafie. Jeśli rzeczywiście myśl prawodawcy była taka, że podstawą domniemanie z kan. 1086 § 1 jest przede wszystkim wola, dlaczego nie powiedział tego jasno i wyraźnie jak o tym, że podstawą domniemanie są słowa lub znaki?

Autor cytatu pisze: „Gdyby jej (tzn. woli — dopisek mój MP) bowiem nie było wcale, nie byłoby też słów lub znaków w sensie aktów ludzkich”. — To jest prawda. Tylko kto utrzymuje, że o woli nie ma żadnej wzmianki w kan. 1086 § 1. Przecież kan. 1086 § 1 *explicite* mówi o wewnętrznej zgodzie małżeńskiej której istnienia domniemywa się na podstawie słów lub znaków. Oprócz tego, kan. 1086 § 1 mówiąc *explicite* o słowach lub znakach *implicite* wskazuje na wolę. Z tego jednak, że wola jest wzmiankowana w kan. 1086 § 1 *explicite* i *implicite* chyba nie wynika, jakoby to przede wszystkim wola była podstawą domniemanie z kan. 1086 § 1.

Dalej Autor cytatu w ten sposób snuje swoje myśli: „Ponieważ przy wyrażaniu słów lub znaków wola z konieczności zaangażowała się po linii wypowiedzanych słów, ażeby więc powstała symulacja, wola musi wzbudzić przeciwny akt”. — Komentując to zdanie zwróćmy uwagę na kontekst. Mówimy o wyrażaniu zgody małżeńskiej słowami lub znakami przez kontrahenta. Autor cytatu, zakłada, że w takim przypadku wola z konieczności angażuje się „po linii wypowiedzanych słów”. Jeśliby rzeczywiście taka konieczność istniała, wynikałyby z tego pewne konsekwencje: 1. Człowiek nie byłby zdolny powiedzieć, że chce iść w kierunku północnym, jeśliby w rzeczywistości chciał iść w kierunku południowym. Wiadomo nam z doświadczenia, że człowiek jest zdolny do takiego działania. 2. Presumpcja z kan. 1086 § 1 w pewnej przynajmniej mierze byłaby zbyteczna, bo poco domniemywać, że wewnętrzna zgoda małżeńska odpowiada słowom lub znakom wyrażającym tę zgodę, jeśli i tak nie może być inaczej. 3. Kontrahent wyrażający zgodę małżeńską i angażujący się „po linii wypowiedzanych słów” czyli decydujący się na zawarcie małżeństwa, w rzeczywistości w tej samej chwili zawiera prawdziwe małżeństwo. A ponieważ wola z konieczności angażuje się po linii wypowiedzanych słów, symulacja zawarcia małżeństwa w ogóle nie jest możliwa. Wzbudzanie aktu woli przeciwnego zawarciu małżeństwa wtedy, kiedy małżeństwo zostało już zawarte, nie ma znaczenia

w prawie. W niczym też nie zmienia sytuacji wywołanie — po zawarciu małżeństwa — przeciwnego aktu silniejszego, zdecydowanego, konkretnego. Jeśli się raz powiedziało „chcę małżeństwa”, można potem powtarzać przez całą noc, lub cały rok, bardzo silne, równie zdecydowane jak konkretne akty woli przeciwnie, prawne znaczenie będzie miał ten pierwszy akt. Wiadomo bowiem, że zgoda małżeńska raz podjęta nie może być już odwołana, oczywiście w założeniu, że zgoda małżeńska wyrażona przez jednego kontrahenta, przyjęta została przez kontrahenta drugiego, i przez tego drugiego podjęta, a przez pierwszego przyjęta. Nie o innej jednak mówimy tu sytuacji.

Dodajmy jeszcze, że w zacytowanym wyżej zdaniu Autor dość wyraźnie opowiada się za istnieniem dwóch aktów woli przy symulacji małżeństwa. O tej teorii więcej powiemy przy innej okazji. Tu poprzestańmy na stwierdzeniu, że ta opinia wydaje się nieco przestarzała. Głosili ją m. in. Wernz, Vidal, Cappello i Staffa. Istnieje jednak pewna różnica między tymi autorami, jeśli chodzi o ich stosunek do teorii dwóch aktów woli przy symulacji małżeństwa. Wernz i Vidal głosili tę teorię do ich śmierci. Natomiast Cappello i Staffa opowiadali się za teorią dwóch aktów woli przy symulacji małżeństwa, gdy byli w młodszym wieku. W późniejszych latach swego życia przeszli na stronę zwolenników teorii o jednym akcie woli przy symulacji. Peter Huizing stale już głosi, że przy symulacji małżeństwa jest tylko jeden akt woli.

A dlatego — moim zdaniem — przy symulacji małżeństwa jest jeden akt woli, ponieważ w kan. 1086 mówi się o jednym tylko akcie woli. Jeśli ktoś zawiera małżeństwo prawdziwe, słowa i znaki tego kontrahenta są zgodne z jego wewnętrzną zgodą małżeńską: nie potrzeba innego aktu woli dla podjęcia zgody małżeńskiej i innego aktu woli dla wyrażenia zgody małżeńskiej słowami lub znakami. Jeśli zaś ktoś symuluje zawarcie małżeństwa, w takim przypadku wewnętrznej zgody małżeńskiej o której kan. 1086 § 1 w ogóle nie ma. Jej miejsce zajmuje anty-zgoda małżeńska czyli *positivus actus voluntatis* z kan. 1086 § 2. Ten *positivus actus voluntatis* z kan. 1086 § 2 jest wyrażany przez słowa lub znaki o których kan. 1086 § 1. Innymi słowy, w kan. 1086 § 1 jest mowa *explicite* o słowach lub znakach, a *implicite* o woli wykluczającej zawarcie małżeństwa, zaś w kan. 1086 § 2 mówi się *explicite* o woli wykluczającej zawarcie małżeństwa, a *implicite* o słowach lub znakach. Jeśli te twierdzenia są słuszne, to § 1 i § 2 kan. 1086 wzajemnie się uzupełniają, stanowią całość.

Kończąc uwagi o opinii Przyjaciela wyrażam przekonanie, że drobne zastrzeżenia zgłoszone co do tej opinii, nie pomniejszają w niczym jej oryginalności. A gdyby rzeczywiście tak się stało, byłby to skutek przez mnie zupełnie nie zamierzony. W takim

przypadku broniłbym się powiedzeniem: *amicus mihi Plato, sed magis amica veritas.*

### Zakończenie

Prześledzenie różnych interpretacji terminu „pozytywny” z kan. 1086 § 2 doprowadza nas do dwóch wniosków. 1. W prawie lepiej jest nie używać terminów, które mogą być rozumiane w różny sposób. 2. W redagowaniu prawa winno się unikać użycia wyrazu ilekroć prawo w ogóle może się obejść bez danego wyrazu. Wnioski te są względnie jasne. Nie wydaje się jednak, żeby były wzięte pod uwagę przy przeredagowaniu kan. 1086 § 2, który według *Communicationes* 3 (1971) s. 75—76 ma przybrać taką formę:

„At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum, aut ius ad vitae communionem, aut ius ad coniugalem actum, vel essentialem matrimonii proprietatem, invalide contrahit”.

### ARGUMENTUM

Auctor articuli verum sensum terminorum "positivo voluntatis actu... excludat matrimonium" in can. 1086 § 2 adhibitorum exponere intendit. Hac de causa opera nonnullorum auctorum et quasdam sententias rotales examini subiicit. Maior pars auctorum et sententiarum rotalium de positivo voluntatis actu matrimonium excludenti tractant in casu existentiae voluntatis non contrahendi. Minor autem pars auctorum et sententiarum rotalium positivum voluntatis actum matrimonium excludentem perscipiunt non solum in casu existentiae voluntatis non contrahendi sed etiam in casu inexistitiae voluntatis contrahendi. Hac in quaestione aliae quoque opiniones habentur. Praesertim circa sensum adiectivi "positivus" auctores discrepant. Ipse auctor articuli proponit ut in nova lege quae can. 1086 § 2 C. I. C. correspondeat non agatur de positivo voluntatis actu matrimonium excludenti sed simpliciter de exclusione matrimonii. Quo vero matrimonium excludatur non est necesse ut legislator statuatur, sed sufficit ut iuris periti doceant. Quod autem adiectivum "positivus" attinet eum in can. 1086 § 2 absolute necessarium non esse auctor putat.