

Lucjan Świto

Istota "bonum prolis"

Prawo Kanoniczne : kwartalnik prawnohistoryczny 45/3-4, 53-105

2002

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, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

KS. LUCJAN ŚWITO

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie

ISTOTA *BONUM PROLIS*

Treść: – 1. Geneza pojęcia *bonum prolis*. – 1.1. *Bonum prolis* w nauce św. Augustyna. – 1.2. *Bonum prolis* w nauczaniu scholastycznym. – 1.3. *Bonum prolis* w okresie przedkodeksowym. – 2. *Bonum prolis* jako *ius in corpus*. – 2.1. Problem interpretacji normy prawnej kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r. – 2.1.1. Interpretacja szeroka. – 2.1.2. Wy różnienie dwóch źródeł nieważności małżeństwa. – 2.1.3. Argumenty uzasadniające dwa źródła nieważności małżeństwa. – 2.2. Ewolucja kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r. – 2.2.1. *Ius ad vitae communionem*. – 2.2.2. *Ius ad ea que vitae communionem essentialiter constituunt*. – 2.2.3. *Matrimonii essentiale aliquod elementum*. – 3. *Bonum prolis* istotnym elementem małżeństwa. – 3.1. Koncepcja małżeństwa według kodyfikacji Jana Pawła II. – 3.2. *Ordinatio ad prolem*. – 4. *Bonum prolis* jako *ius ad coniugalem actum*. – 4.1. Zasadność stosowania określenia *ius ad coniugalem actum* w nowym kodeksie. – 4.2. Konieczne elementy aktu małżeńskiego. – 4.3. Specyfika ujęcia *ius ad coniugalem actum* w nowym kodeksie. – 5. *Bonum prolis* jako *ius ad prolem*. – 5.1. *Ius ad prolem* a posiadanie potomstwa. – 5.2. *Ius ad prolem* a prokreacja efektywna. – 5.3. *Ius ad prolem* ściśle związane z *ius ad coniugalem actum*. – 6. *Ius ad educationem* jako element uzupełniający *bonum prolis*. – 6.1. *Bonum physicum prolis*. – 6.2. *Bonum spirituale prolis*. – 7. Wnioski.

Coraz częściej występującym tytułem, z którego rozpatrywane są sprawy o nieważność małżeństwa, jest symulacja zgody małżeńskiej konkretyzująca się w pozytywnym akcie woli powodującym wykluczenie *bonum prolis*. Użyty tu termin *bonum prolis*, który nie występuje w żadnym z kodeksów prawa kanonicznego, a którym powszechnie posługuje się kanonistyka, budzi wiele niejasności. Dokładne określenie treści przyjętego przez tradycję kanonistyczną i jurysprudencję rotalną terminu *bonum prolis*, i tym samym bliższe określenie, co jest przedmiotem wykluczenia powodującego nieważność małżeństwa,

nastęcza duże trudności, a właściwe stanowisko w tej kwestii jest przedmiotem dyskusji. Dyskusja związana jest z interpretacją normy prawnej kan. 1101 § 2 kpk z 1983 r.¹, któremu w kodyfikacji prawa kanonicznego z 1917 r. odpowiadał kan. 1086 § 2, ponieważ doktryna kanonistyczna i jurysprudencja rotalna zgodnie przyjmują, że treść *bonum prolis* domyślnie zawarta jest w tym, czego wykluczenie – w myśl kan. 1101 § 2 kpk z 1983 r., który powstał w drodze ewolucji z kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r. – powoduje nieważność małżeństwa. Celem podjętego tematu jest więc próba określenia treści terminu *bonum prolis* w kontekście symulacji zgody małżeńskiej powodującej jego wykluczenie. Autor pragnie odpowiedzieć na pytanie, jaka jest geneza pojęcia *bonum prolis*, jaką treść temu terminowi przypisywała doktryna i orzecznictwo rotalne pod rządami dawnego kodeksu, oraz jaką treść przypisuje mu w świetle nowego kodeksu.

1. Geneza pojęcia *bonum prolis*

Samo pojęcie *bonum prolis* zostało zaczerpnięte z terminologii św. Augustyna, który w doktrynie o trzech dobrach (*bonum prolis*, *bonum fidei*, *bonum sacramenti*) przedstawił syntezę swojej nauki o małżeństwie². Augustyński schemat trzech dóbr małżeńskich podjęli inni pisarze chrześcijańscy, zwłaszcza św. Tomasz z Akwinu. Z biegiem czasu nauka augustyńska o trzech dobrach małżeńskich upowszechniła się w kanonistyce, w rezultacie czego *bonum prolis* zaczęło pełnić funkcję własną, hermeneutyczną w systemie prawa kanonicznego i zostało włączone przez tradycję kanonistyczną do istotnych elementów formalnych konstytuujących małżeństwo.

1.1. *Bonum prolis* w nauce św. Augustyna

Na ukształtowanie się nauki św. Augustyna na temat trzech dóbr małżeńskich, ogromny wpływ miały rozpowszechnione w okresie patrystyki poglądy spirytualistyczne potępiające wszelką cielesność, a więc w konsekwencji także stosunki płciowe i małżeństwo³. Wielu

¹ Identyczny w treści z kan. 1101 § 2 kpk z 1983 r. jest kan. 824 § 2 kkKWsch.

² Augustinus, *De bono conjugali*, w: PL, t. 40, 375-376 i 394. Zob. też U. Navarrete, *Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II*, wyd. 2, Romae 1994, s. 44.

³ Poglądy spirytualistyczne potępiające wszelką cielesność znalazły wyraz w sektach chrześcijańskich enkratytów, nowacjan, pryscylianistów i montanistów. Wydaje się, że źródłem przejmowania poglądów spirytualistycznych przez pisarzy wczesnochrześcijańskich było rozpowszechnione przekonanie o prędkiej paruzji.

autorów wczesnochrześcijańskich widziało w małżeństwie, a zwłaszcza w aktach małżeńskiego współżycia seksualnego, działanie złe i grzeszne, które domagało się jakiegoś usprawiedliwienia, a sens małżeństwa i jego rację istnienia postrzegało w jego właściwości leczniczej uśmierzejacej namiętności (*remedium concupiscentiae*), czyli jako środka do zaspokojenia pożądliwości⁴.

Św. Augustyn, który spośród pisarzy pierwszych wieków chrześcijaństwa pozostawił najlepsze pod względem systematycznym opracowanie małżeństwa⁵, z jednej strony dostrzegał i uznawał wartość i dobroć samej instytucji małżeństwa, z drugiej jednak strony skłaniał się do poglądu, że w cielesnym zbliżeniu małżonków tkwi element moralnie niepożądany, będący skutkiem grzechu pierworodnego⁶. Grzech pierworodny – wnioskował biskup z Hippony – spowodował powstanie pożądliwości, której domieszka dołącza się zawsze do aktu małżeńskiego. Nieuporządkowana pożądliwość jest czymś złym, nie będzie natomiast grzeszny sam w sobie akt małżeński, choć splamiony przez pożądliwość, jeśli będzie zrekompensowany tzw. dobrami małżeńskimi: potomstwa (*proles*), wzajemnej wierności (*fides*) i nierozzerwalności (*sacramentum*). Chrześcijanin godząc się na małżeńskie pożycie cielesne obciążone pożądliwością, która jest skutkiem grzechu pierworodnego, otrzymuje jednocześnie rekompensatę w postaci dóbr wypływających z małżeńskiego pożycia cielesnego. Owe dobra stanowią o wartości małżeństwa, dając jednocześnie moralne uprawnienie do pożycia

⁴ Przykładem jest Tertulian, który w pierwszej księdze „*Ad uxorem*” pisze, że niegdyś małżeństwo było potrzebne dla zaludnienia świata. Jednak obecnie, po pierwszym przyjściu Chrystusa gdy koniec świata jest już bliski, jedynym usprawiedliwieniem małżeństwa jest jego właściwość lecznicza uśmierzejaca namiętności (zob. *Ad uxorem*, lib. 1, w: PL, t. 1, 1273-1288). Podobną pesymistyczną myśl odnośnie dziedziny seksualnej, sprowadzającą małżeństwo do roli lekarstwa przeciw zranionej grzechem pierworodnym pożądliwości, spotykamy w dziełach Grzegorza z Nyssy (zob. *De virginitate*, w: PG, t. 46, 325), św. Jana Chryzostoma (zob. *De virginitate*, w: PG, t. 26, 543-547) czy św. Hieronima (zob. *Adversus Jovinianem*, w: PL, t. 23, 218).

⁵ Zob. Augustinus, *De Genesi contra Manichaeos*, w: PL, t. 34, 204; Tenże, *De bono conjugali*, tamże 394; Tenże, *De bono viduitatis*, tamże 437; Tenże, *De nuptiis et concupiscentia*, w: PL, t. 44, 420.

⁶ O pesymizmie i rygoryzmie seksualnym na temat małżeństwa pochodzącym od św. Augustyna piszą: D. Lindner, *Der Usus matrimonii. Untersuchung über seine sittliche Bewertung in der katholischen Moraltheologie alter und neuer Zeit*, München 1929; A. Perego, *Fine ed essenza della società coniugale*, „Divus Thomas” 56 (1953), s. 347; P. Andés, *Le mariage*, Tournai 1963, s. 123.

cielesnego i uwalniają od zarzutu poddania się pożądliwości. Jest zatem rzeczą konieczną, aby małżonkowie w akcie małżeńskim nie tyle zmięrzali do przyjemności i rozkoszy cielesnej, co raczej stawali sobie za cel dobra małżeńskie, zwłaszcza zrodzenie potomstwa, gdyż wtedy akt małżeński dokonuje się bez grzechu, jest legalny, godny szacunku i jest obowiązkiem⁷.

Według św. Augustyna *bonum prolis* stanowiło więc o wartości małżeństwa, które dawało moralne uprawnienie do aktu małżeńskiego, czyli małżeńskiego pożycia seksualnego, splamionego przez grzech pierworodny pożądliwością, ponieważ ową pożądliwość usprawiedliwiała prokreacja. *Bonum prolis* u św. Augustyna, polegające zgodnie z jego słowami na tym, ażeby potomstwo było z miłością przyjęte, chętnie wykarmione i religijnie wychowane, służyło więc usprawiedliwieniu małżeństwa i podejmowanych aktów małżeńskich splamionych przez grzech pierworodny pożądliwością⁸.

Teoria dóbr małżeńskich sformułowana przez św. Augustyna odegrała doniosłą rolę w kształtowaniu teorii małżeństwa w średniowieczu i wywarła przez swoją terminologię również wpływ na ukształtowanie się koncepcji małżeństwa w wiekach następnych.

1.2. *Bonum prolis* w nauczaniu scholastycznym

Naukę św. Augustyna podjęli autorzy średniowieczni uważając, że dobra małżeńskie czynią małżeństwo czymś godziwym. I tak np. w XI w. Piotr Lombard nauczał, że przed grzechem pierworodnym zadaniem małżeństwa było zaludnianie ziemi (*ordinatio ad officium*). Po grzechu pierworodnym do zadania małżeńskiego doszło uśmierzenie nieuporządkowanej pożądliwości (*ordinatio ad remedium*). Po odkupieniu Chrystusa, gdy ziemia jest już wystarczająco zaludniona, małżeństwo istnieje tylko jako środek leczniczy (*ad remedium*) i jest dozwolone z powodu słabości ludzkiej⁹. Podobnie

⁷ Zob. J. Mausbach, *Die Ethik des hl. Augustinus*, Freiburg in B. 1909, s. 24; B. Inlender, *Cel małżeństwa w aspekcie naturalnym i nadprzyrodzonym*, „Ateneum Kapłańskie” 62 (1970), s. 46-47; W. Skrzydlewski, *Problem celów małżeństwa*, „Analecta Cracoviensia” 3 (1971), s. 323-324; K. Hoła, *Przymierze małżeńskie w świetle Pisma Św. i Tradycji*, „Ruch Biblijny i Liturgiczny” 40 (1987) n. 6, s. 492-493.

⁸ Augustinus, *De Gen. ad litteram*, IX, 7, 12, w: PL, t. 34, 397: „Amanter suscipiatur, benigne nutriatur, religiose educetur”.

⁹ Zob. Petrus Lombardus, *Sententiae IV*, d. 31, c. 1, w: PL 192, 918-922.

nauczali Piotr Damian i Piotr Abelard¹⁰. Przekonanie zaś, że w każdym okresie czasu przyczyną zawierania małżeństwa jest potomstwo, wyrażał Prévostin¹¹ oraz Anzelm z Laon. Ten ostatni do zadań instytucji małżeństwa dołączył jeszcze uniknięcie rozwiązłości i zwiększanie miłości małżonków¹². Wyraźnym odwołaniem się do schematu trzech dóbr augustyńskich jest nauczanie św. Bonawentury, który podejmując myśl Hugo od św. Wiktora twierdził, że do małżeństwa, które zostało pierwotnie ustanowione przede wszystkim do współżycia seksualnego zmierzającego do prokreacji, dołącza jeszcze inne racje ustanowienia małżeństwa, jak „wierność” i „sakrament”, a także „wzajemne wychowywanie się” (*mutua educatio*)¹³. Najwybitniejszym jednak przedstawicielem epoki nauczania scholastycznego jest św. Tomasz z Akwinu, który wywarł decydujący wpływ na ukształtowanie się prawa małżeńskiego okresu przedkodeksowego. W swoim nauczaniu o małżeństwie posłużył się augustyńskim schematem trzech dóbr małżeńskich, zmienił jednak znaczenie terminów św. Augustyna, zwłaszcza rozumienie terminu *bonum prolis*.

Najbardziej dojrzały i systematyczny wykład nauki św. Tomasza z Akwinu na temat małżeństwa, znajduje się przede wszystkim w *Supplementum do Sumy Teologicznej (Summa Theologica)*, opracowanym na podstawie notatek i wydanym po jego śmierci przez osobistego sekretarza Reginalda z Piperno¹⁴. W punkcie wyjścia tego dzieła mówi się tam jeszcze o dobrach małżeńskich, które usprawiedliwiają małżeństwo¹⁵. Z zakończenia jednak i końcowych odpowiedzi autora wynika jasno, że Aquinata uważał dobra małżeńskie

¹⁰ Zob. C. Schahl, *La doctrine des fins du mariage dans la theologie scholastique*, Paris 1948, s. 43; P. Pampaloni, *Il matrimonio nella scolastica*, w: T. Goffi, *Enciclopedia del matrimonio*, wyd. 3, Brescia 1968, s. 324; U. Navarrete, *Structura iuridica matrimonii...*, s. 25.

¹¹ Zob. P. Andés, *Le mariage*, s. 83.

¹² Zob. P. Pampaloni, *Il matrimonio nella scolastica*, s. 326; W. Skrzydlewski, *Problem celów małżeństwa*, s. 325.

¹³ Zob. Bonaventura, *Sententiae IV*, d. 31, a. 1, q. 3.

¹⁴ S. Thomas, *Summa Theologica. Supplementum*. Zob. też J. Gerlaud, *Note sur la fin du mariage d'après S. Thomas*, „Revue Thomiste” 45 (1939), s. 764-773; B. Lavaud, *Marriage en droit naturel selon S. Thomas*, *Studia Gnesnesia* 1935, s. 26; C. Schahl, *La doctrine des fins du mariage dans la theologie scholastique*, Paris 1948, s. 17; W. Skrzydlewski, *Problem celów małżeństwa*, s. 326-327; J. Hendriks, *Diritto matrimoniale. Commentato ai canonici 1055-1165 del codice di diritto canonico*, Ancora 1999, s. 29.

¹⁵ S. Thomas, *Summa Theologica. Supplementum*, 49, 1: „... oportuit aliqua bona esse, quibus matrimonii ratio honesta apparet...”.

raczej jako wartości własne małżeństwa, które będąc ściśle związane z małżeństwem stanowią o jego wartości. Małżeństwo nie potrzebuje więc żadnych elementów zewnętrznych, żadnych dodatkowych dóbr, które by je usprawiedliwiały, ponieważ dobra te zawarte są już w samej naturze małżeństwa, są wartościami własnymi małżeństwa, które zwraca się ku ich realizacji¹⁶. Inaczej mówiąc dobra małżeńskie to wartości, które stanowią o racji małżeństwa. W związku z tym św. Tomasz połączył dobra małżeńskie przede wszystkim z konkretnymi działaniami w małżeństwie (*usus matrimonii*) stwierdzając, że pierwszym i głównym zadaniem małżeństwa jest zrodzenie i wychowanie potomstwa¹⁷. Jest to główny cel, ponieważ odnosi się do dobra wspólnego ludzkości i służy zachowaniu jego gatunku, a dobro wspólne należy przedkładać ponad dobro własne¹⁸. W ten sposób św. Tomasz przeszedł z płaszczyzny wartości małżeństwa na płaszczyznę celów i zadań, a termin *bonum prolis* połączył z zadaniem zrodzenia i wychowania potomstwa. Dokonał przy tym ważne rozróżnienia. Stwierdził, że potomstwo może być rozważane dwojako: po pierwsze, co do swej istoty (*in se ipso*), a więc w odniesieniu do używania małżeństwa, dzięki któremu powstaje potomstwo; po drugie, jako istniejące ze swej zasady (*in suo principio*), co oznacza, że za potomstwo przyjmuje się intencję dotyczącą posiadania go (*ut pro prole accipiatur intentio prolis*), bez której małżeństwo nie może istnieć. W związku z tym *bonum prolis* należało łączyć nie z konkretnie zrodzonym potomstwem, ale z intencją przyjęcia potomstwa, gdyż *sine intentione prolis matrimonium esse non potest*¹⁹.

Augustyńskim schematem trzech dóbr małżeńskich posługiwali się jeszcze i późniejsi autorzy. O schemacie tym wspomina Gracjan

¹⁶ Tamże, 49, 2: „Dicendum, quod ista bona matrimonium honestant, sunt de ratione matrimonii: et ideo non indiget eis quasi exterioribus quibusdam ad hoc honestandum, sed quasi causantibus in ipso honestatem, quae ei secundum se competit”.

¹⁷ Tamże, 41, 1c; 49, 2: „In prole non solum intelligitur procreatio prolis, sed etiam educatio ipsius, ad quam sicut ad finem ordinatur tota communicatio operum quae est inter virum et uxorem in quantum sunt matrimonio coniuncti”; 54, 3c; 65, 1c; 67, 1, 4; Tenże, *Commentum in IV librum Sententiarum*, 4, 26, 1, 1.

¹⁸ Tamże, 26, 1, 1; Tenże, *Summa Theologica. Supplementum*, 1, 60, 5, 1-3; 2, 64, 2; 41, 1, 1; Tenże, *Summa Contra Gentiles*, 3, 123; Tenże, *De perfectione spiritualis vitae*, 13.

¹⁹ Tenże, *Commentum in IV librum Sententiarum*, 31, 1, 3, 1: „Alio modo possunt considerari fides et proles secundum quod sunt in suis principiis, ut pro prole accipiatur intentio prolis et pro fide debitum servandi fidem; sine quibus etiam matrimonium esse non potest”. Zob. też dec. c. Stankiewicz z 12 VII 1979 r., RRDec. 71 (1979), s. 404, n. 7.

w swoim dziele *Concordia discordantium canonum*, zwanym *Decretum*²⁰, a Sobór Florencki zamieszcza go w roku 1439 w dekreście dla Ormian stwierdzając, że wśród trzech dóbr małżeńskich pierwsze miejsce zajmuje *bonum prolis*²¹.

Począwszy od XVI w. nauka o dobrach małżeńskich podawana była już powszechnie nie w kontekście usprawiedliwienia małżeństwa, lecz stanowiła o wewnętrznych walorach małżeństwa. Twierdzono, że małżeństwo jest czymś dobrym, ponieważ związane z nim są dobra małżeńskie²².

1.3. *Bonum prolis* w okresie przedkodeksowym

Wraz z rozwojem kanonistyki i teorii umowy konsensualnej w odniesieniu do małżeństwa, w dobrach małżeńskich zaczęto dostrzegać aspekt zobowiązania i zaczęto zajmować się głównie jurydycznymi konsekwencjami ich wykluczenia²³. Ten zobowiązujący charakter postrzeganych dóbr małżeńskich spowodował, że nauka o dobrach małżeńskich coraz częściej zaczęła pojawiać się w relacji do ważności małżeństwa²⁴, a *bonum prolis* zaczęło pełnić funkcję własną, hermeneutyczną w systemie prawa kanonicznego, na określenie istotnego minimum zawartego w przedmiocie zgody małżeńskiej, którego wykluczenie w chwili wyrażania zgody małżeńskiej, powodowało nieważność konsensusu małżeńskiego i obok innych dóbr małżeńskich (*bonum fidei*, *bonum sacramentum*) zostało włączone przez tradycję kanonistyczną do istotnych elementów for-

²⁰ Zob. c. 1, C. II, q. 2: „Omne itaque nuptiarum bonum impletum est in illis parentibus Christi, fides, sacramentum, proles. Prolem cognoscimus Dominus, fidem quia nullum adulterium, sacramentum, quia nullum divortium”.

²¹ Zob. Decretum pro Armenis, 22 XI 1439, Conc. Florent., w: H. Denzinger – A. Schönmetzer, *Enchiridion Symbolorum*, Friburgi/Br 1963, 1327, przekład polski: *Breviarium Fidei. Wybór doktrynalnych wypowiedzi Kościoła*, Poznań 1988, 593. Zob. też Pius XI, Encyclica *Casti connubii*, 31 XII 1930, AAS 22 (1930), s. 539-592, przekład polski: S. Belch, Londyn 1945, s. 543; A. Stankiewicz, *De iurisprudencia recentiore circa simulationem totalem et partialem*, wyd. 2, Romae 1989, s. 60-61.

²² Zob. U. Navarrete, *Structura iuridica matrimonii...*, s. 49.

²³ Zob. K. Hoła, *Przymierze małżeńskie...*, s. 493-495; C. Burke, *Św. Augustyn o pożyciu małżeńskim*, „Communio” 1 (1998), s. 44-45.

²⁴ Zob. tamże; T. Schäfer, *Das Eherecht nach dem CIC*, wyd. 7, Münster 1921, s. 18; S. Biskupski, *Prawo małżeńskie Kościoła rzymskokatolickiego*, t. 1, Warszawa 1956, s. 286; R. Sobański, *Symulacja częściowa w ujęciu k. 1086 § 2 a nauka o małżeństwie Konstytucji „Gaudium et spes”*, „Śląskie Studia Historyczno-Teologiczne” 2 (1969), s. 36; J. Hendriks, *Diritto matrimoniale...*, s. 30.

malnych konstytuujących małżeństwo²⁵. W kanonistyce i jurysprudencji zaczęto więc pytać o istotne minimum, które zawarte jest w pojęciu *bonum prolis*.

Na uściślenie zakresu pojęciowego przypisywanego *bonum prolis* i dyskusji która w związku z tym miała miejsce wśród kanonistów²⁶, istotny wpływ przyniosła kodyfikacja prawa kanonicznego z 1917 r. Bo chociaż sam termin *bonum prolis* nie pojawił się *expressis verba* w kodeksie prawa kanonicznego, to jednakże zarówno doktryna jak i jurysprudencja posługują się nim powszechnie uważając, że jest on domyślnie zawarty w kanonie traktującym o symulacji zgody małżeńskiej²⁷, czyli w kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r. Zgodnie z tą opinią, na treść *bonum prolis* składa się to, czego wykluczenie – w myśl kanonu o symulacji zgody małżeńskiej²⁸ – powoduje nieważność małżeństwa.

2. *Bonum prolis* jako *ius in corpus*

W okresie obowiązywania kodeksu Pio-Benedyktyńskiego doktryna i jurysprudencja zgodnie przyjmowały, że treść *bonum prolis* domyślnie zawarta jest w kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r. traktującym o symulacji zgody małżeńskiej, i że opiera się na tym, czego wyklu-

²⁵ P. Huizing, *Bonum prolis ut elementum essenziale obiecti formalis consensus matrimonialis*, „Gregorianum” 43 (1962), s. 714. Zob. też A. Stankiewicz, *De iurisprudencia recentiore...*, s. 61.

²⁶ P. Huizing poglądy autorów na rozumienie treści *bonum prolis* ujął w cztery grupy: 1) *bonum prolis* polega na prawie i obowiązku do pełnych aktów małżeńskich; 2) *bonum prolis* polega na prawie i obowiązku do pełnych aktów małżeńskich i powstrzymaniu się od działania niweczącego te akty; 3) *bonum prolis* polega na prawie i obowiązku do pełnych aktów małżeńskich i dobru fizycznym potomstwa (*bonum physicum prolis*); 4) *bonum prolis* polega na prawie i obowiązku do pełnych aktów małżeńskich oraz dobru fizycznym (*bonum physicum prolis*) i duchowym potomstwa (*bonum spirituale prolis*), P. Huizing, *Bonum prolis...*, s. 663-686. Zob. też R. Sobański, *Symulacja częściowa...*, s. 37-38.

²⁷ Zob. U. Navarrete, *I beni del matrimonio: elementi e proprietà essenziali*, w: *La nuova legislazione matrimoniale canonica*, Studi giuridici, t. 10, Città del Vaticano 1986, s. 89: „Da come é andato svolgendosi il programma, sembra che da questa mia relazione ci si aspetti in particolare un'esposizione del canone 1101 § 2 del nuovo Codice (c. 1086 § 2 del CIC 1917), tenuto anche conto della prassi giurisprudenziale canonica di far ricorso allo chema agostiniano dei «tria bona» (non menzionati nel codice) per indicare i capi più frequenti di nullità matrimoniale, contenuti implicitamente in questo canone”; Zob. też W. Góralski, *Kanoniczna zgoda małżeńska*, Gdańsk 1991, s. 151; Dec. c. Stankiewicz z 17 XII 1993 r., RRDec. 85 (1993), s. 780, n. 13.

²⁸ Zob. kan. 1101 § 2 kpk z 1983 r. Wspomnianej normie prawnej w kpk z 1917 r. odpowiadał kan. 1086 § 2, a w kkKWsch odpowiadał kan. 824 § 2.

czenie – w myśl tego kanonu – czyniłoby małżeństwo nieważnym. Przepis ten zaś stanowił, że jeżeli jedna ze stron lub obie, pozytywnym aktem woli wykluczają samo małżeństwo, albo wszelkie prawo do małżeńskiego pożycia, albo jakiś istotny przymiot małżeństwa, zawierają małżeństwo nieważnie²⁹. Treść *bonum prolis* odnoszono więc do prawa i odnośnego zobowiązania małżonków do spełniania aktów małżeńskich, a nieważność małżeństwa z tytułu wykluczenia *bonum prolis* sądy kościelne orzekały na podstawie wykluczenia pozytywnym aktem woli – w chwili wyrażania zgody małżeńskiej – wszelkiego prawa do aktów małżeńskiego pożycia, czyli tzw. *ius in corpus*. Jednocześnie, zgodnie z kan. 1081 § 2 kpk z 1917 r., wzajemnie przyjęte i przekazane dozgonne i wyłączne prawo do aktów małżeńskich zdalnych z siebie do wydania potomstwa stanowiło istotę zgody małżeńskiej³⁰.

Na sformułowanie kanonu, który istotę małżeństwa sprowadzał do przekazania sobie tzw. *ius in corpus* i kanonu mówiącego o wadze zgody małżeńskiej, polegającej na wykluczeniu tego *ius in corpus*, wpływ miała obecna w doktrynie przedsoborowej jednostronna wizja małżeństwa, która czerpiąc z nauki Ojców Kościoła i teologii średniowiecznej wyrażała się pesymizmem seksualnym w ocenie moralnej aktów małżeńskich, sprowadzając małżeństwo do roli lekarstwa przeciw zranionej grzechem pierworodnym pożądliwości³¹. W takiej biologiczno-prokreacyjnej wizji małżeństwa rola aktu seksualnego zawężała się wyłącznie do obowiązku prokreacyjnego, w konsekwencji czego małżeństwo postrzegano wyłącznie jako instytucję dla rodzenia i wychowania dzieci³², które to zadanie stało się jednocześnie pierwszorzędnym celem małżeństwa. W ten sposób główny cel małżeństwa został sprowadzony do prokreacji,

²⁹ Kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r.: „At si siterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum, aut omne ius ad coniugalem actum, vel essentialem aliquam matrimonii proprietatem, invalide contrahit”.

³⁰ Kan. 1081 § 2 kpk z 1917 r.: „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”.

³¹ Zob. J. Mausbach, *Die Ethik des hl. Augustinus*, Freiburg in B. 1909, s. 13; B. Inlender, *Cel małżeństwa...*, s. 46-47; W. Skrzydlewski, *Problem celów małżeństwa*, s. 323-324; K. Hoła, *Przymierze małżeńskie...*, s. 492-493.

³² Określenia małżeństwa jako „instytucji dla rodzenia i wychowania dzieci” użył Pius XI w encyklice *Casti connubi*, porównując cele małżeństwa zawarte w tekście Katechizmu Rzymskiego i kpk z 1917 r. (zob. s. 37-41).

a przedmiot zgody małżeńskiej, stanowiący początek trwającej całe życie wspólnoty duchowej i fizycznej, został zbiologizowany i zjuridykowany oraz sprowadzony do jakby niezależnego od psychiki zobowiązania prawnego do współżycia seksualnego, wyrażającego się w tzw. przekazaniu prawa do ciała³³.

Jeszcze przed wydaniem pierwszego kodeksu prawa kanonicznego, dwaj wybitni kanoniści XIX w. – F. Werenz i P. Gasparri, do redakcji którego wybitnie się przyczynili, za przedmiot zgody małżeńskiej uważali tzw. *ius in corpus*. Ten pierwszy twierdził, że przedmiotem formalnym małżeństwa przekazywanym w akcie zgody małżeńskiej jest wyłączne i dozgonne *ius in corpus*³⁴. Natomiast P. Gasparri dodawał, że przedmiot zgody małżeńskiej polega na wyłącznym prawie i odpowiadającym mu obowiązku do ciała, w odniesieniu do czynności zdatnych z siebie do zrodzenia potomstwa³⁵. Tak też został zredagowany przedmiot zgody małżeńskiej zamieszczony w kan. 1081 § 2 kpk z 1917 r., który istotę i sens małżeństwa sprowadzał do przekazania tzw. *ius in corpus*³⁶. Natomiast wadę zgody małżeńskiej powodował – w myśl kanonu 1086 § 2 kpk z 1917 r. – pozytywny akt woli wykluczający wszelkie prawo do małżeńskiego pożycia³⁷.

Istota więc *bonum proles*, jako elementu konstytuującego małżeństwo, sprowadzała się – w myśl kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r. – do *ius ad actum coniugalem*. Przekazanie więc dozgonnego i wyłącznego prawa do ciała odnośnie do aktów z natury swej zdatnych do zrodzenia potomstwa, miało niejako gwarantować i zabezpieczać realizację pierwszorzędnego celu małżeństwa, o którym mówił kan. 1013 § 1 kpk z 1917 r., tj. wydania na świat i wychowania potomstwa³⁸.

³³ Zob. U. Navarrete, *Structura iuridica matrimonii...*, s. 28; M. Żurowski, *Uprawnienia do współuczestniczenia w kościelnej wspólnocie wspólnot*, Warszawa 1979, s. 124; Tenże, *Kanoniczne prawo małżeńskie Kościoła katolickiego*, Katowice 1987, s. 42.

³⁴ Zob. F. Wernz, *Ius Decretalium*, t. 4: *Ius matrimonialae Ecclesiae catholicae*, Prati 1912, s. 43.

³⁵ P. Gasparri, *Tractatus canonicus de matrimonio*, t. 1, Paris 1891, s. 15: „Ius mutuum in corpus, cum relativa obligatione, perpetuum et exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad proles generationem, est obiectum formale essenziale contractus matrimonialis”.

³⁶ Kan. 1081 § 2 kpk z 1917 r.: „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 proles generationem”.

³⁷ Kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r.: „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”.

W konsekwencji przepis kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r. będąc podstawą dla wykluczenia *bonum prolis* powodującego nieważność zgody małżeńskiej, nie uwzględniał sytuacji, w których nupturienti nie wykluczali prawa do aktu małżeńskiego, lecz swoją pozytywną intencją ukierunkowywali wprost na wykluczenie potomstwa, czyli podejmowali intencję wykluczenia skutków podjętych aktów małżeńskich. Dlatego w obrębie wykluczenia *bonum prolis* nie mieściła się intencja przeciwna potomstwu, wyrażająca się przez postawienie warunku lub zastrzeżenia dokonania aborcji, porzucenia czy zabójstwa potomstwa, ponieważ intencja ta nie naruszała prawa do naturalnego zjednoczenia fizycznego w akcie małżeńskim, o czym wprost i wyjątkowo mówił kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r., lecz godziła jedynie w ewentualne skutki podjętych i nie wykluczanych aktów małżeńskich. Zgodnie z tą opinią, którą reprezentowali przede wszystkim De Smet³⁹ i Creusen⁴⁰, działania godzące w poczęcie potomstwa, jego zrodzenie, utrzymanie przy życiu i wychowanie, jakkolwiek sprzeczne z celem małżeństwa, nie godziły jednak w istotę małżeństwa, którą zgodnie z kan. 1081 § 2 kpk z 1917 r. było wzajemnie przekazane *iuris coniugalis, seu iuris ad actus per se aptos ad prolis generationem*. Argumentowano bowiem, że nie każde działanie godzące w cel dzieła, którym dla małżeństwa jest zrodzenie i wychowanie potomstwa, musi jednocześnie godzić w jego istotę. Istotą zaś małżeństwa jest przekazanie prawa do aktów małżeńskich, a nie zrodzenie i wychowanie potomstwa⁴¹. O samej prokreacji, do której odnosi się pierwszorzędny cel małżeństwa, wspomina kan. 1013 § 1 kpk

³⁸ Kan. 1013 § 1 kpk z 1917 r.: „Matrimoniui finis primarius est procreatio atque educatio prolis; secundarius mutuuum adiutorium et remedium concupiscentiae”.

³⁹ Zob. A. De Smet, *Tractatus theologico-canonicus de sponsalibus et matrimonio*, wyd. 4, Burgis 1927, s. 130. Zob. też H. Ayrinhac, *De quibusdam defectibus in consensu matrimoniali*, „*Ius Pontificium*” 9 (1929), s. 32; B. Claeys, *De matrimonio*, w: B. Claeys – G. Simenon, *De sacramentis*, t. 2: *Manualis iuris canonici*, Gandae et Leodii 1831, s. 292; G. Vromant, *De matrimonio*, wyd. 3, Bruxelles 1952, s. 169; C. De Clercq, *Des sacraments*, Paris 1948, s. 365; S. Fraghí, *De condicionibus matrimonio appositis*, Romae 1941, s. 75; O. Giacchi, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano 1950, s. 78; P. Huizing, *Bonum prolis...*, s. 663-664.

⁴⁰ Zob. I. Creusen, *De matrimonio*, w: A. Vermeersch – I. Creusen, *Epitome iuris canonici*, t. 2, wyd. 7, Mechliniae 1954, s. 271. Zob. też W. Conway, *Problems in Canon Law*, Dublin 1956, s. 216; P. Huizing, *Bonum prolis...*, s. 663-667; R. Sobański, *Symulacja częściowa...*, s. 37.

⁴¹ Zob. T. Vlaming – L. Bender, *Praelectiones iuris matrimonii ad normam Codicis iuris canonici*, wyd. 4, Bussum in Hollandia 1950, s. 396.

z 1917 r. Ten zaś nie jest opatrzony normą unieważniającą. Również w kan. 1092 n. 2 kpk z 1917 r., który istotowo nie różnił się z kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r., gdyż mówił o nieważności małżeństwa w przypadku postawienia warunków przeciwnych istocie małżeństwa⁴², nie mówi się, że nieważne małżeństwo spowodowane jest przez postawienie warunku przeciwnego zrodzeniu potomstwa, lecz tylko przez postawienie warunku przeciwnego istocie małżeństwa. Nie należy zaś do istoty małżeństwa zrodzenie potomstwa, lecz wzajemne przekazanie i przyjęcie prawa do aktów małżeńskich zdanych ze swej natury do zrodzenia potomstwa. Działania więc godzące w skutki podjętych aktów małżeńskich, jak np. zamiar unicestwienia potomstwa choćby poprzez aborcję, jest czymś, co następuje już po poczęciu, czyli po przekazaniu prawa do aktu małżeńskiego, nie odnosi się więc do wykluczenia *bonum prolis*⁴³.

Powyzsza tendencja ścisłej interpretacji kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r. wpłynęła na niektóre wyroki Roty Rzymskiej, która wypowiedziała się przeciw włączaniu elementu prokreacyjnego do *bonum prolis*⁴⁴. Opinię tę najlepiej oddaje argumentacja orzeczenia turnusu rotalnego c. Pecorari z 10 IV 1940 r. Czytamy w nim min., że skoro kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r. w sposób taksatywny deklaruje nieważność małżeństwa z powodu wykluczenia *omne ius ad coniugalem actum*, oraz skoro istotą małżeństwa nie jest *procreatio prolis* ale tylko *traditio et acceptatio mutua iuris coniugalis, seu iuris ad actus per se aptos ad prolis generationem*, to należy uznać za ważne małżeństwo, podczas zawierania którego intencja nupturientów została skierowana jedynie przeciwko wymiarowi prokreacyjnemu *bonum prolis*⁴⁵.

⁴² Kan. 1092 n. 2 kpk z 1917 r.: „Conditio semel apposita et non revocata, si de futuro contra matrimonii substantiam, illud reddit invalidum”.

⁴³ Zob. S. Fraghi, *De condicionibus matrimonio appositis*, Romae 1941, s. 75; S. Biskupski, *Prawo małżeńskie...*, s. 307; A. Stankiewicz, *De iurisprudencia recentiore...*, s. 61-62.

⁴⁴ Zob. A. Stankiewicz, *L'esclusione della procreazione ed educazione della prole, w: La simulazione del consensu matrimoniale canonico*, Studi Giuridici, t. 22, Città del Vaticano 1990, s. 152.

⁴⁵ Dec. c. Pecorari z 10 IV 1940 r., SRRDec. 32 (1940), s. 258, n. 2: „... tunc tantum vitium consensus proli contrarium nullitatem matrimonii inducere, quando quis excludat mutuum traditionem iuris ad coniugalem actum; vel etiam quando ipsum ius, immo, omne ius... positive excluditur (...). Et revera can. 1086 § 2 non dicit tunc matrimonium esse nullum, quando excluditur procreatio (etsi ad hanc prolis procreationem sese referat finis matrimonii primarius iuxta can. 1013 § 1), sed taxative declarat tunc invalide contrahi matrimonium quando alteruta vel utraque pars, positivo voluntatis actu excludat omne ius (et hoc adiectivum omne tantum ad pompam Legislator praesumi-

2.1. Problem interpretacji normy prawnej kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r.

Pod wpływem narastającego zjawiska stosowania środków antykoncepcyjnych i przerywania ciąży oraz polityki świadomego rodzicielstwa okazało się, że wyłaniająca się z normy prawnej kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r. treść *bonum prolis*, rozumiana wyłącznie w kategorii *ius ad actum coniugales*, jest niewystarczająca. Sformułowanie kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r., który był podstawą prawną dla wykluczenia *bonum prolis*, nie obejmowało więc wszystkich przypadków wykluczenia potomstwa, ku któremu ukierunkowane jest małżeństwo.

Na wokandach sądowych zaczęły pojawiać się sprawy o nieważność małżeństwa z tytułu wykluczenia *bonum prolis*, z których coraz częściej wynikało, że nupturienti nie wykluczali prawa do współżycia i dopełnienia aktu małżeńskiego – o czym *expressis verbis* mówił kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r., lecz przy wyrażaniu zgody małżeńskiej podejmowali intencję wykluczenia wprost samego potomstwa, jako ewentualnego skutku podjętych aktów małżeńskich. Na przykład nupturienti postanawiali, że przy pomocy szeroko rozumianych środków antykoncepcyjnych lub poronnych (min. poprzez aborcję), będą unikać poczęcia lub zrodzenia potomstwa.

Pojawił się więc problem w wykładni i stosowaniu normy kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r. W odniesieniu bowiem do tych sytuacji, w których nupturienti nie wykluczali prawa do aktu małżeńskiego, o czym wprost mówiła dyspozycja tego kanonu, lecz pozytywnym aktem woli wykluczali ewentualny skutek podjętych aktów małżeńskich, czyli wprost samo potomstwo, kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r. – będący podstawą prawną wykluczenia *bonum prolis* – ujawniał pew-

tur in textu legis inseruisse) ad coniugalem actum. Item in can. 1092 n. 2 non dicitur matrimonium nullum reddi per conditionem contra bonum prolis, sed taxative tantum per positam contra substantiam matrimonii. Non est autem de matrimonii substantia procreatio prolis, sed traditio et acceptatio mutua iuris coniugalis, seu iuris ad actus per se aptos ad generationem". Zob. też dec. c. Pasquazi z 10 IV 1951 r., SRRDec. 43 (1951), s. 276, n. 3; Dec. c. Bonet z 5 II 1963 r., SRRDec. 55 (1963), s. 87, n. 2; Dec. c. Staffa z 29 XI 1975 r., Iurisprudentia Supremi Tribunalis Signature Apostolicae, „Periodica” 66 (1977), s. 297-325; S. Fraghi, *De condicionibus matrimonio appositis*, s. 75; S. Biskupski, *Prawo małżeńskie...*, s. 307; C. Holböck, *Tractatus de jurisprudentia Sacrae Romanae Rotae*, Graz 1975, s. 131; K. Konieczny, *Nieważność małżeństwa z tytułu wykluczenia potomstwa*, „Ateneum Kapłańskie” 56 (1958), s. 430-431; W. Góralski, *Exclusio boni prolis jako przyczyna nieważności małżeństwa w świetle nowszej jurysprudencki rotalnej*, „Prawo Kanoniczne” 18 (1975) n. 3-4, s. 102.

ną lukę i niekompletność⁴⁶. W związku z tym, w środowisku rotalnym zaczęto dyskutować, jak szeroko należy interpretować kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r., czyli jaka treść mieści się pod pojęciem *bonum prolis*⁴⁷.

Początkowo niektórzy kanoniści przedstawiając niekompletność dyspozycji kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r. w sprawach o nieważność małżeństwa z tytułu wykluczenia *bonum prolis*, gdy intencji nupturientów przeciwko *bonum prolis* nie można było odnieść wyłącznie do wykluczenia *ius ad coniugale actum* – gdyż ono w sensie ścisłym nie zostało wykluczone – sprowadzali omawiane wykluczenie albo do stanu faktycznej symulacji całkowitej, tzn. do wykluczenia samego małżeństwa, albo do wykluczenia pierwszorzędnego celu małżeństwa w ramach wykluczenia *matrimonium ipsum*, albo też wykluczenia jakiegoś istotnego przymiotu małżeństwa⁴⁸. Te stanowiska jednak w jurysprudencji rotalnej nie zostały przyjęte⁴⁹.

Zarysowały się jednak dwie inne, bardzo oryginalne opinie⁵⁰. Najpierw wystąpiła tendencja do szerokiego interpretowania kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r., później nastąpiło wyróżnienie dwóch źródeł

⁴⁶ Zob. R. Sobański, *Symulacja częściowa...*, s. 39; A. Stankiewicz, *L'esclusione della procreazione...*, s. 155.

⁴⁷ Kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r.: „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”.

⁴⁸ Zob. E. Graziani, *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, Milano 1956, s. 192; F. M. Capello, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis*, t. 5: *De matrimonio*, wyd. 5, Taurini 1961, s. 532; L. De Luca, *Un singolare caso di esclusione del „bonum prolis”*, „Ephemerides Iuris Canonici” 18 (1962), s. 462: „Non devesti infatti dimenticare che il *bonum prolis*, unitamente al *bonum fidei* ed al *bonum sacramenti*, costituisce quel tripartitum bonum in cui si sostanzia l'essenza del matrimonio canonico”; E. Graziani, *Exclusio matrimonii substantiae*, „Ephemerides Iuris Canonici” 43-44 (1987-1988), s. 73; P. A. Bonnet, *L'essenza del matrimonio canonico. Contributo allo studio dell'amore coniugale*, t. 1, *Il momento costitutivo del matrimonio*, Padova 1976, s. 538.

⁴⁹ Zob. A. Stankiewicz, *L'esclusione della procreazione...*, s. 155.

⁵⁰ Opinie te po raz pierwszy przedstawili Zeiger i Hürth: I. Zeiger, *Nova matrimonii definitio*, „Periodica” 20 (1931), s. 53-59; F. Hürth, *Dubium circa obiectum contractus matrimonialis*, „Periodica” 38 (1949), s. 207-213. Zob. też P. Huizing, *Bonum prolis...*, s. 668-669; R. Sobański, *Symulacja częściowa...*, s. 37. Analizę powyższych opinii w oparciu o orzecznictwo rotalne przeprowadzili: A. Stankiewicz, *L'esclusione della procreazione...*, s. 155-156; Tenze, *De iurisprudencia recentiore...*, s. 61; J. Krukowski, *Wykluczenie potomstwa. Nowe tendencje w orzecznictwie rotalnym*, w: *Kościół i prawo*, t. 3, Lublin 1984, s. 227-241.

wykluczenia *bonum prolis*: wykluczenie prawa do aktu małżeńskiego (*ius ad actus coniugales*), oraz wykluczenie potomstwa wprost, wypływające z wykluczenia prawa do potomstwa (*ius ad prolem*), jako dwa różne domniemania nieważności zgody małżeńskiej⁵¹. Treść *bonum prolis*, zgodnie z nową opinią, należało więc łączyć z *ius ad actus coniugales* oraz z *ius ad prolem*.

2.1.1. Interpretacja szeroka

Pierwsza z dwu wspomnianych wyżej opinii, odrzucająca ścisłą interpretację kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r., wystąpiła w wyroku rotalnym c. Canestri z 8 VII 1941 r. Ponens stwierdza, iż kontrahenci w akcie zgody małżeńskiej w sensie ścisłym nie wykluczyli prawa do współżycia małżeńskiego, ale wykluczyli prawo do zachowania nasienia złożonego w pochwie, lub do poczęcia, lub do rozwoju płodu (aborcja), lub do zachowania przy życiu dziecka już po urodzeniu⁵². W ten sposób kontrahenci podjęli intencję udaremnienia poczęcia potomstwa poprzez zamiar stosowania aktów małżeńskich niekompletnych, ponieważ używanie technik antykoncepcyjnych ogranicza naturalną zdolność aktu do poczęcia potomstwa i w konsekwencji do jego zrodzenia i wychowania. Orzeczono więc nieważność tego małżeństwa argumentując, że wykluczenie prawa do aktów małżeńskich z natury prokreatywnych obejmuje również wykluczenie prawa i obowiązku do wychowania fizycznego potomstwa i troski o jego rozwój, zaczynający się już w chwili poczęcia, a na podstawie prawną tego rozróżnienia wskazano kan. 1013 § 1 kpk z 1917 r., który mówi o prawie

⁵¹ Zob. dec. c. Fideicicchi z 14 IV 1953 r., SRRDec. 45 (1953), s. 252, n. 4; Dec. c. Bonet z 28 II 1955 r., SRRDec. 47 (1955), s. 183, n. 2; Dec. c. De Jorio z 19 II 1966 r., SRRDec. 58 (1966), s. 98, n. 4; Dec. c. Brennan z 24 X 1966 r., SRRDec. 58 (1966), s. 724, n. 3; Dec. c. De Jorio z 14 XII 1966 r., SRRDec. 58 (1966), s. 916, n. 10; Dec. c. Ferraro z 9 XI 1976 r., RRDec. 68 (1976), s. 415, n. 6; Dec. c. Davino z 13 XII 1978 r., RRDec. 70 (1978), s. 550, n. 7. Zob. też E. Graziani, *Ius ad prolem*, „Ephemerides Iuris Canonici” 7 (1951), s. 214; I. Napoleoni, *L'esclusione dello „ius ad prolem”*, w: *Il consenso matrimoniale canonico: dallo jus conditum allo jus condentum*, w: *Studia et documenta iuris canonici*, t. 13, Romae 1988, s. 91; A. Stankiewicz, *De iurisprudencia recentiore...*, s. 63; Tenze, *L'esclusione della procreazione...*, s. 155-156.

⁵² Dec. c. Canestri z 8 VII 1941 r., SRRDec 33 (1941), n. 6-7, s. 603-604: „(...) Certum est nullum esse matrimonium si coniuges in actu contrahendi consentium quidem in perfectam copulae consummationem, sed excludunt ius ad veris seminis retentionem in vasis foemineis, vel ad conceptionem, vel ad evolutionem foetus, per abortum eiciendi, vel ad vitam necnon intergritatem membrorum prolis iam edite”.

do zrodzenia i wychowania potomstwa jako celu pierwszorzędnym małżeństwa⁵³.

Podobnie w innym orzeczeniu z 26 I 1950 r. wspomnianego wyżej audytora rotalnego czytamy, że istota wykluczenia *bonum prolis* zawiera się nie tylko w przedmiocie zgody małżeńskiej, którym jest prawo do ciała przyporządkowane aktom zdolnym przez się do zrodzenia potomstwa⁵⁴, ale również obejmuje pierwszorzędny cel małżeństwa, którym jest zrodzenie i wychowanie potomstwa⁵⁵. Stąd nieważność małżeństwa z tytułu wykluczenia *bonum prolis* w rozpatrywanej sprawie nastąpiła z powodu wykluczenia prawa do fizycznego wychowania potomstwa i troski o jego rozwój zaczynający się już w chwili poczęcia, a które to prawa zawierają się w prawie do prokreatywnych z natury aktów małżeńskich⁵⁶.

2.1.2. Wyróżnienie dwóch źródeł nieważności małżeństwa

Natomiast druga ze wspomnianych wyżej opinii, wyróżniająca dwa źródła wykluczenia *bonum prolis*, dała się wyraźnie zauważyć w orzeczeniu rotalnym c. Bejan z 9 XI 1961 r., gdzie jak czytamy w części *de facto*, kobieta w chwili zawierania małżeństwa zgodziła się na odbywanie aktów małżeńskich, ale jednocześnie podjęła intencję niedopuszczenia do zapłodnienia poprzez stosowanie sztucznej przesłony uniemożliwiającej przeniknięcie *semen* z pochwy do macicy. Turnus rotalny rozpatrujący tę sprawę stanął na stanowisku, iż podstawą prawną orzeczenia nieważności tego małżeństwa nie może być kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r., który mówi tylko o wykluczeniu prawa do aktów małżeńskich, a które w sensie ścisłym nie zostały wykluczone.

⁵⁴ Kan. 1081 § 2 kpk z 1917 r.: „*ius in corpus (...) in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem...*”.

⁵⁵ Zob. kan. 1013 § 1 kpk z 1917 r.

⁵⁶ Dec. c. Canestri z 26 I 1950 r., SRRDec. 42 (1950), s. 46, n. 3: „*Opportunum tament est, animadvertere verba omne ius ad coniugalem actum intelligenda esse pro exclusione boni prolis in sua aptitudine procreationis et educationis. Qui in init matrimonium, non solum obiectum contractus sacri intendere debet, sed et finem eiusdem... Unde si quis, per casum perdifficilem, vellet in iure et obligatione concipere, sed reservaret postea facultatem sibi procurandi abortum, aut, partu edito, necandi vel quoque modo deserendi prolem invalide contraheret. Hoc patet pro educatione physica prolis...*”. Zob. też orzeczenie c. Wynen z 6 V 1941 r., w którym czytamy, że żadną miarą nie wystarczy do ustanowienia świętego przymierza małżeńskiego, aby strony przekazały sobie nawzajem i przyjęły prawo do aktu małżeńskiego, który jednocześnie wykluczałby zrodzenie potomstwa, np. przy współżyciu onanistycznym (SRRDec 33 (1941), s. 355-356, n. 2).

Orzeczono więc nieważność tego małżeństwa na podstawie wykluczenia przyczyny celowej małżeństwa, jaką w myśl kan. 1013 § 1 kpk z 1917 r. jest zrodzenie i wychowanie potomstwa⁵⁷.

Bardzo podobna sytuacja miała również miejsce w wyroku c. De Jorio z 18 XII 1963 r., z którego części *de facto* dowiadujemy się, że kobieta zawierając małżeństwo zgodziła się na odbywanie aktów małżeńskich, lecz jednocześnie postanowiła, iż natychmiast po stosunku małżeńskim poprzez praktykę płukania pochwy będzie usuwać i niszczyć nasienie ze swej macicy. W tej sprawie również została orzeczona nieważność małżeństwa, ponieważ kobieta, choć nie odmówiła swemu mężowi prawa do własnego ciała przyporządkowanego aktom zdolnym przez się do zrodzenia potomstwa, to jednak wykluczyła ona wprost zrodzenie potomstwa, czyli przyczynę celową małżeństwa⁵⁸.

Stanowisko dotyczące możliwości orzekania nieważności małżeństwa na podstawie bezpośredniego wykluczenia potomstwa (*directa prolis exclusio*), którego skuteczność unieważniającą przypisywano wykluczeniu pierwszorzędno celu małżeństwa (kan. 1013 § 1, kpk z 1917 r.), znalazło potwierdzenie również w wyrokach rotalnych wydanych w następnych latach⁵⁹. Na uzasadnienie swojego

⁵⁷ Zob. dec. c. Bejan z 9 XI 1961 r., SRRDec. 53 (1961), s. 496-497, n. 4-6.

⁵⁸ Zob. dec. c. De Jorio z 18 XII 1963 r., SRRDec. 55 (1963), s. 911, n. 2-3.

⁵⁹ Zob. dec. c. De Jorio z 15 I 1964 r., SRRDec. 56 (1964), s. 29-33, n. 1-11; Dec. c. Bejan z 18 V 1964 r., SRRDec. 56 (1964), s. 383-391, n. 1-17; Dec. c. De Jorio z 22 VII 1964 r., SRRDec. 56 (1964), s. 643-644, n. 3-5; Dec. c. De Jorio z 19 II 1966 r., SRRDec. 58 (1966), s. 98, n. 4; Dec. c. Bejan z 27 IV 1966 r., SRRDec. 58 (1966), s. 240, n. 5; Dec. c. Bejan z 29 X 1966 r., SRRDec. 58 (1966), s. 765-772, n. 3-12; Dec. c. De Jorio z 14 XII 1966 r., SRRDec. 58 (1966), s. 916, n. 10; Dec. c. Bejan z 10 V 1967 r., SRRDec. 60 (1967), s. 347-348, n. 7; Dec. c. Bejan z 30 III 1968 r., SRRDec. 60 (1968), s. 278-279, n. 5: „Nullitas matrimonii ob exclusum bonum prolis, duplici ex fonte cogi potest: vel ob exclusionem obiecti formalis consensus, vel ex defectu consensu vere matrimonialis, ob firmam voluntatem ordinationi ad finem contrariam, quatenus qui prolem, in consensu praestando positive excludit, ipsam contractus causam finalem excludit”; Dec. c. De Jorio z 6 III 1968 r., SRRDec. 60 (1968), s. 181, n. 4; Dec. c. De Jorio z 28 V 1969 r., SRRDec. 61 (1969), s. 556-562, n. 1-10; Dec. c. De Jorio z 11 VI 1969 r., SRRDec. 61 (1969), s. 614-621, n. 1-10; Dec. c. Pinto z 22 VII 1969 r., SRRDec. 61 (1969), s. 851, n. 1-2; Dec. c. De Jorio z 30 III 1976 r., RRDec. 68 (1976), s. 155, n. 6; Dec. c. De Jorio z 17 V 1972 r., SRRDec. 64 (1972), s. 313, n. 3; Dec. c. Anné z 11 VII 1972 r., SRRDec. 64 (1972), s. 430, n. 2; Dec. c. De Jorio z 30 III 1976 r., RRDec. 68 (1976), s. 155, n. 5-6. Zob. też A. De La Hera, *Intentio contra bonum prolis*, „Ius Canonicum” 7 (1967), 217-218; A. Sabbatani, *Exclusio boni prolis ad tempus*, „Archiv für Katholisches Kirchenrecht” 144 (1975), s. 457; T. Rincon, *La jurisprudencia reciente en torno a la „exclusio boni prolis” y la reforma del derecho matrimonial*, *Ius Canonicum* 15

stanowiska zwolennicy nowego źródła wykluczenia *bonum prolis* przytaczali szereg uzasadniających argumentów.

2.1.3. Argumenty uzasadniające dwa źródła nieważności małżeństwa

a) Zwolennicy nowego źródła wykluczenia *bonum prolis* przede wszystkim powoływali się na stałą tradycję kanonistyczną, w myśl której wykazywali, że już od czasów św. Augustyna wielu poważnych autorów uważało, iż małżeństwo jest nieważne z tytułu wykluczenia potomstwa jako przyczyny celowej małżeństwa. Na przykład Grzegorz IX w swoich *Dekretalach* pisał o nieważnej umowie małżeńskiej, do której strony dołączyły warunek, mówiąc: „zawieram z tobą małżeństwo, o ile wykluczysz zrodzenie potomstwa”. Taka umowa – konkludował papież – jakkolwiek zasługująca na życzliwość, będzie pozbawiona skutku, ponieważ zastrzeżenie uderzyło w samą istotę małżeństwa⁶⁰. Podobnego zdania byli również m.in. M. Bonacina⁶¹, P. Böckhn⁶², I. D'Annibale⁶³, P. Laymann⁶⁴, A. Lehmkuhl⁶⁵, A. Reiffenstuel⁶⁶, T. Sánchez⁶⁷, F. Schmalzgübez⁶⁸, J. Wiestner⁶⁹, według których małżeństwo jest nieważne, gdy strony w chwili wyrażania zgody małżeńskiej podjęły intencję zniszczenia poczętego w łonie potomstwa przez: dokonanie aborcji, lub zabicie potomstwa już narodzonego, lub niewykarmienia go, okaleczenia czy niewychowania⁷⁰, itp. Również według nauki św. Tomasza *intentio prolis* należy do istoty mał-

(1975), s. 273; J. Krukowski, *Wykluczenie potomstwa...*, s. 235; R. Romano, *La giurisprudenza sull'esclusione del „bonum prolis”*, w: *Sententiae selecte coram De Jorio Decano*, Roma 1985, s. 91-94.

⁶⁰ C. 7, X, IV, 5: „Si condiciones contra substantiam coniugii inserantur, puta, si alter dicat alteri: *Contrahe tecum, si generationem prolis evites* (...) matrimonialis contractus, quantumcumque sit favorabilis, caret effectu”.

⁶¹ Zob. M. Bonacina, *De magno matrimonii sacramento*, w: *Opera omnia*, t. 1, Venetiis 1687, q. 2, punct. 10, n. 4.

⁶² Zob. P. Böckhn, *Commentarius in ius canonicum universum*, t. 3, Salisburgi 1739, tit. 5, n. 48.

⁶³ Zob. I. D'Annibale, *Summula theologiae moralis*, cz. 3, wyd. 5, Romae 1908, s. 375.

⁶⁴ Zob. P. Laymann, *Theologia moralis*, t. 2, Venetiis 1719, s. 2.

⁶⁵ Zob. A. Lehmkuhl, *Theologia moralis*, t. 2, wyd. 12, Friburgi Brig. 1914, s. 503.

⁶⁶ Zob. A. Reiffenstuel, *Ius canonicum universum*, t. 4, Antverpiae 1755, tit. 4, n. 48.

⁶⁷ Zob. Sánchez, *De sancto matrimonii sacramento*, t. 1, Viterbii 1737, l. 2, disp. 29, n. 8.

⁶⁸ Zob. F. Schmalzgrueber, *Ius ecclesiasticum uniersum*, t. 4, cz. 1, Romae 1844, tit. 5, n. 6.

⁶⁹ Zob. J. Wiestner, *Institutionum canonicarum sive iuris ecclesiastici*, t. 4, Monachii 1706, tit. 5, a. 3, n. 44.

⁷⁰ Zob. dec. c. De Jorio z 19 II 1966 r., SRRDec. 58 (1966), s. 98, n. 4; Dec. c. De Jorio z 14 XII 1966 r., SRRDec. 58 (1966), s. 915-916, n. 9.

żeństwa. Albowiem potomstwo, jak uczył Aquinata, a o czym już wyżej wspomniano, może być rozważane dwojako: po pierwsze, co do swej istoty (*in se ipso*), gdzie chodzi o używanie małżeństwa, dzięki któremu tworzy się potomstwo; po drugie, co do zasady (*in suo principio*) tak, by za potomstwo przyjmowało się intencją posiadania go (*ut pro prole accipiat intentio prolis*), bez której małżeństwo nie może istnieć. Dlatego potomstwo jest czymś najistotniejszym w małżeństwie, ponieważ *sine intentione prolis matrimonium esse non potest*⁷¹.

b) Następnie zwolennicy nowego źródła wykluczenia *bonum prolis* powoływali się na prawo naturalne twierdząc, że jakkolwiek w kpk z 1917 r. brak jest przepisu opatrzonego wyraźną normą unieważniającą małżeństwo z powodu odrzucenia potomstwa, jako pierwszorzędnego celu małżeństwa, to jednak nic się nie sprzeciwia, aby deklorować nieważność małżeństwa w sytuacji, gdy nupturienti w chwili wyrażania zgody małżeńskiej wykluczili wprost prawo do potomstwa (*ius ad prolem*). Domniemanie bowiem nieważności małżeństwa opartej na intencji odrzucenia potomstwa, jako pierwszorzędnego celu małżeństwa, nie wypływałoby z pozytywnego prawa ludzkiego, lecz z prawa natury⁷².

c) Wreszcie wspomniani wyżej zwolennicy dwóch źródeł wykluczenia *bonum prolis* uzasadnienie swojej tezy wywodzili na drodze dedukcji z dyspozycji kan. 1013 § 1 kpk z 1917 r., oraz z kan. 1092 n. 2 kpk z 1917 r. Wskazywali, że wprawdzie kan. 1013 § 1 nie jest opatrzone sankcją unieważniającą małżeństwo, czego domagał się kan. 11 kpk z 1917 r.⁷³, lecz takiego charakteru jest norma zawarta w kan. 1092 n. 2 kpk z 1917 r., który co do istoty się nie różni się z kan. 1086 §

⁷¹ S. Thomas, *Commentum in quartum librum Sententiarum*, 31, 1, 3, 1: „Alio modo possunt considerari fides et proles secundum quod sunt in suis principiis, ut pro prole accipiat intentio prolis et pro fide debitum servandi fidem; sine quibus etiam matrimonium esse non potest”. Zob. też dec. c. Stankiewicz z 12 VII 1979 r., RRDec. 71 (1979), n. 7, s. 404.

⁷² Zob. dec. c. De Jorio z 17 V 1972 r., SRRDec. 64 (1972), n. 3, s. 313; Dec. c. Davino z 28 IV 1977 r., Taurinen, n. 5 (wyrok niepublikowany). Zob. też: A. Stankiewicz, *De iurisprudentia recentiore...*, s. 64.

⁷³ Kan. 11 kpk z 1917 r.: „Irritantes aut inhabilitantes eae tantum leges habendae sunt, quibus aut actum esse nullum aut inhabilem esse personam expresse vel aequivalenter statuitur”. – Odpowiednikiem wspomnianego kanonu w kpk z 1983 r. jest kan. 10: „Jedynie te ustawy należy uznać za unieważniające lub uniezwalniające, które wyraźnie postanawiają, że akt jest nieważny, albo osoba niezdolna”. Zob. też kan. 1680 § 1 kpk z 1917 r.: „Nullitas actus tunc tantum habetur, cum in eo deficiunt quae actum ipsum essentialiter constituunt, aut sollemnia seu condiciones desiderantur a sacris canonibus requisitae sub poena nullitatis”.

2 kpk z 1917 r. Kanon bowiem 1092 n. 2 kpk z 1917 r. stanowi, że warunek raz postawiony i nie odwołany, jeżeliby odnosił się do przyszłości, a był przeciw istocie małżeństwa sprawia, że jest ono nieważne⁷⁴. Jeśli więc pozytywny akt woli wykluczający zrodzenie potomstwa zostanie ujęty w formie warunku *sine qua non*, spowoduje nieważność zawieranego małżeństwa, ponieważ uderza w pierwszorzędny cel małżeństwa, którym jest zrodzenie i wychowanie potomstwa⁷⁵.

Nie wszyscy jednak audytorzy rotalni podzielali nową opinię. Nowy nurt, który popierał odróżnienie bezpośredniego wykluczenia potomstwa lub inaczej prawa do potomstwa (*ius ad prolem*) przypisując skuteczność unieważniającą wykluczeniu pierwszorzędnego celu małżeństwa w ścisłym odniesieniu do prokreacji (kan. 1013 § 1, kpk z 1917 r.), od wykluczenia prawa do aktu małżeńskiego (*ius ad actum coniugalem*), jako dwa różne źródła nieważności małżeństwa, nie osiągnął w jurysprudencji rotalnej kwalifikacji opinii powszechnej⁷⁶.

2.2. Ewolucja kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r.

Dające się zauważyć w orzecznictwie rotalnym rozbieżności interpretacyjne kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r., którego dyspozycja nie uwzględniała różnych form intencji przeciwnych zrodzeniu i wychowaniu potomstwa jako celowi małżeństwa, odstąpiły jego lukę, niewystarczalność i niekompletność, stając się sygnałem potrzeby zmiany redakcji tego przepisu będącego podstawą prawną dla wykluczenia *bonum prolis*. Dodatkowym impulsem potrzeby zmiany redakcyjnej okazał się sam Sobór Watykański II ukazując nową wizję małżeństwa i jego istotnych elementów, pod wpływem którego podjęto reformę całego kodeksu prawa kanonicznego. Zanim jednak powstał kan. 1101 § 2 w nowej kodyfikacji Jana Pawła II, miały miejsce żmudne studia i dyskusje w pracach Papieskiej Komisji do Rewizji Kodeksu Prawa Kanonicznego⁷⁷.

⁷⁴ Kan. 1092 n. 2 kpk z 1917 r.: „Conditio semel apposita et non revocata: si de futuro contra matrimonii substantiam, illud reddit invalidum”.

⁷⁵ Zob. dec. c. Pinto z 22 VII 1969 r., SRRDec. 61 (1969), s. 852, n. 2. Zob. też A. Stankiewicz, *De iurisprudencia recentiore...*, s. 64; J. Krukowski, *Wykluczenie potomstwa...*, s. 241.

⁷⁶ Zob. S. Fraghi, *De condicionibus matrimonio appositis*, s. 75; S. Biskupski, *Prawo małżeńskie...*, s. 307; A. Stankiewicz, *L'esclusione della procreazione...*, s. 155-156.

⁷⁷ Szczegółowy opis historii powstania kan. 1101 § 2 kpk z 1983 r. omawiają m.in.: G. Sheehy, *Animadversiones quaedam in „matrimonii essenziale aliquod elementum”*, „Periodica” 75 (1986), s. 117-128; W. Góralski, *Kanoniczna zgoda małżeńska*, s. 152-156.

2.2.1. *Ius ad vitae communionem*

Punktem wyjścia dla studiów zainicjowanych po zakończeniu Soboru Watykańskiego II przez konsultorów zespołu „De matrimonio” Papieskiej Komisji do Rewizji Kodeksu Prawa Kanonicznego był tekst kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r.: „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”. Konsultorzy już na pierwszej sesji odbytej w dniach 24-29 X 1966 r. stwierdzili, że w związku z konstytucją *Gaudium et spes*, która zrywa w swojej refleksji pastoralnej z uwzględnianą w dawnym kodeksie hierarchizacją celów małżeńskich, a obok dotychczas silnie akcentowanego wymiaru prokreacyjnego dowartościowuje wymiar personalny małżeństwa, wiele kanonów kodeksowych z rozdziału „De consensu matrimoniali” musi ulec zmianie. Przede wszystkim zmiana redakcyjna winna objąć kanon dotyczący symulacji przedmiotu zgody małżeńskiej, stanowiącej początek trwającej całe życie wspólnoty duchowej i fizycznej. Kanon ten został bowiem zbiologizowany i zjurydyzowany oraz sprowadzony do jakby niezależnego od psychiki zobowiązania prawnego do współżycia seksualnego, wyrażonego w przekazaniu tzw. prawa do ciała (*ius in corpus*). Dlatego też po burzliwej debacie, do istotnego elementu formalnego konstytuującego małżeństwo, z którym należało wiązać treść *bonum prolis*, dołączono tzw. *ius ad vitae communionem*⁷⁸, wskutek czego kanon znalazł się w schemacie nowego prawa małżeńskiego z 1975 r. w następującym brzmieniu: „At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum aut ius ad vitae communionem, aut omne ius ad coniugalem actum, vel essentialem aliquam matrimonii proprietatem, invalide contrahit”⁷⁹. Nowa redakcja kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r. spowodowała, że treść *bonum prolis* należało łączyć nie tylko z *omne ius ad coniugalem actum* lecz również z *ius ad vitae communionem*.

⁷⁸ Zob. „Communicationes” 3 (1971) n. 1, s. 75.

⁷⁹ Zob. „Schema documenti pontificii quo disciplina canonica de sacramentis recognoscitur”, „Communicationes” 9 (1977) n. 1, s. 117. Zob. też W. Góralski, *Kanoniczna zgoda małżeńska*, s. 152-153.

2.2.2. *Ius ad ea que vitae communionem essentialiter constituunt*

Sformułowanie „*ius ad vitae communionem*” wielu jednak konsultorów nie satysfakcjonowało. Zarzucano mu zbyt dużą ogólność, niejasność i dwuznaczność. Dlatego też podczas kolejnej sesji w dniu 20 V 1977 r. postanowiono „*ius ad vitae communionem*” zastąpić innym sformułowaniem: „*ius ad ea que vitae comunione essentialiter constituunt*”⁸⁰. W ten sposób omawiany kanon znalazł się w schemacie prawa małżeńskiego z 1980 r. w kolejnym nowym brzmieniu: „*At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum aut ius ad ea que vitae comunione essentialiter constituunt, aut omne ius ad coniugalem actum, vel essentialem aliquam matrimonii proprietatem, invalide contrahit*”⁸¹.

2.2.3. *Matrimonii essentialia aliquod elementum*

Istotna zmiana redakcyjna tekstu kanonu mówiącego o symulacji zgody małżeńskiej miała miejsce podczas sesji członków Papieskiej Komisji do Rewizji Kodeksu Prawa Kanonicznego w dniu 16 VII 1981 r. Wielu konsultorów uznając obydwie zwroty o wykluczeniu wspólnoty życia zamieszczone w schematach z 1978 r. oraz z 1980 r. za niejasne i mało konkretne, a nawet zbyt niebezpieczne dla trwałości węzła małżeńskiego (ze względu na możliwość szerokiej interpretacji), postanowili je usunąć postulując nowy kształt paragrafu w następującym brzmieniu: „*At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum aut matrimonii essentialia aliquod elementum vel essentialem proprietatem vel sacramentalem dignitatem, invalide contrahit*”⁸². W ten sposób odstąpiono od wskazania na wykluczony przedmiot zgody małżeńskiej, którym było prawo do aktów małżeńskich (*omne ius ad coniugalem actum*), a zastosowano bardziej ogólne sformułowanie o wyłącze-

⁸⁰ Zob. O. F. Carulli, *Essenza ed esistenza nell'amore coniugale: considerazioni canoniche*, „*Ephemerides Iuris Canonici*” 36 (1980), s. 214-215.

⁸¹ Zob. *Schema Iuris Canonici iuxta animadversiones S. R. E. Cardinalium, Episcoporum Conferentiarum, Dicasteriorum Curiae Romanae, Universitatum Facultatumque ecclesiasticarum necnon Superiorum Institutorum vitae consecratae recognitum*, Roma 1980. Zob. też W. Góralski, *Kanoniczna zgoda małżeńska*, s. 153-154.

⁸² Zob. „*Communicationes*” 13 (1981) n. 2, s. 259-270; „*Communicationes*” 14 (1982) n. 2, s. 233-234; „*Communicationes*” 19 (1987) n. 2, s. 263. Zob. też W. Góralski, *Kanoniczna zgoda małżeńska*, s. 154-155.

niu jakiegoś istotnego elementu małżeństwa (*matrimonii essentiale aliquod elementum*), pozostawiając interpretację tego zwrotu doktrynie i orzecznictwie⁸³.

Zaproponowaną wyżej wersję nowej redakcji tekstu kanonu przyjęto niemal w całości na sesji plenarnej Papieskiej Komisji do Rewizji Kodeksu Prawa Kanonicznego, która się odbyła w dniach 20-28 X 1981 r. Usunięto jedynie wzmiankę o wykluczeniu sakramentalności małżeństwa, przez co tekst przybrał następujące brzmienie: „At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum aut matrimonii essentiale aliquod elementum vel essentialem proprietatem, invalide contrahit”⁸⁴.

Następnie niezmienną już redakcją tego przepisu znalazła się w schemacie kodeksu z 25 III 1982 r.⁸⁵, a po wprowadzeniu drobnych poprawek stylistycznych – w promulgowanym 25 I 1983 r. przez Jana Pawła II kodeksie prawa kanonicznego, jako kan. 1101 § 2: „At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum vel matrimonii essentiale aliquod elementum, vel essentialem proprietatem, invalide contrahit”⁸⁶.

3. *Bonum prolis* istotnym elementem małżeństwa

Ostateczna redakcja kan. 1101 § 2 kpk z 1983 r. odnosząca się do wykluczenia *bonum prolis*, która stanowi końcowy rezultat wieloletniej ewolucji tekstu kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r., przyniosła w pracy kodyfikacyjnej Papieskiej Komisji do Rewizji Kodeksu Prawa Kanonicznego istotną zmianę polegającą przede wszystkim na zastąpieniu zwrotu o wykluczeniu „wszelkiego prawa do aktów małżeńskich” sformułowaniem bardziej ogólnym: o wykluczeniu „jakiegoś istotnego elementu małżeństwa”. Dzięki tej zmianie merytorycznej, treść *bonum prolis* nie odnosi się już wprost do „wszelkiego prawa do aktów małżeńskich”, lecz do „jakiegoś istotnego elementu małżeństwa”. Prawodawca więc mówiąc o symulacji zgody małżeńskiej odstąpił od taksatywnego wskazywania na wykluczony jej przedmiot, którym w kodeksie Pio-Benedyktyńskim było *ius ad co-*

⁸³ Zob. W. Góralski, *Kanoniczna zgoda małżeńska*, s. 155.

⁸⁴ Tamże, s. 155.

⁸⁵ Zob. *Schema novissimum; Codex Iuris Canonici (25 martii 1982)*, Roma 1982. Zob. też „*Communicationes*” 19 (1987) n. 2, s. 263.

⁸⁶ Warto zwrócić uwagę, że identyczny w brzmieniu jest kan. 824 § 2 kKWsch.

niugalem actum, a powiedział bardziej ogólnie o wykluczeniu jakiegokolwiek „istotnego elementu małżeństwa”. Nie określił jednak bliżej istotnych elementów małżeństwa i wpływających z nich praw wchodzących do przedmiotu zgody małżeńskiej, tak jak to miało miejsce w dawnym kodeksie, pozostawiając to zadanie kanonistyce i orzecznictwu⁸⁷. Przystępując więc do określenia istotnego elementu małżeństwa, którego treść należy łączyć z terminem *bonum proli*, należy najpierw zauważyć, że element, to część składowa całości, a więc treści istotnego elementu małżeństwa należy poszukiwać w określeniu samego małżeństwa.

3.1. Koncepcja małżeństwa według kodyfikacji Jana Pawła II

Małżeństwo w normach nowego kodeksu, który czerpie swoją inspirację głównie z Konstytucji soborowej *Gaudium et spes*⁸⁸ i encykliki Pawła VI *Humanae vitae*⁸⁹, zostało ukazane jako wspólnota całego

⁸⁷ Zob. R. Sebott, *Das neue kirchliche Eherecht*, Frankfurt a. M. 1983, s. 117; L. Carlen, *Das neue kirchliche Eherecht*, w: M. Amherd – L. Carlen, *Das neue Kirchenrecht*, Zürich 1984, s. 120; F. Bersini, *Il nuovo diritto canonico matrimoniale. Commento giuridico-teologico-pastorale*, wyd. 4, Torino 1994, s. 111-112; R. Sztymmler, *Implikacje procesowe ujęcia celów małżeństwa w Kodeksie Prawa Kanonicznego z 1983 r.*, w: W. Góralski – R. Sztymmler, *Przymierze małżeńskie*, Lublin 1993, s. 89; Tenże, *Doktryna Soboru Watykańskiego II o celach małżeństwa i jej recepcja w Kodeksie Prawa Kanonicznego z roku 1983*, Lublin 1993, s. 427; Tenże, *Wykluczenie potomstwa w świetle najnowszego orzecznictwa Roty Rzymskiej*, „*Ius Matrimoniale*” 5 (2000), s. 105; W. Góralski, *Kanoniczna zgoda małżeńska*, s. 155; Tenże, *Wykluczenie dobra potomstwa w świetle wyroku Roty Rzymskiej (non constare) c. Burke z 1 III 1990 r.*, w: W. Góralski – R. Sztymmler, *Przymierze małżeńskie*, Lublin 1993, s. 116; J. Hendriks, *Diritto matrimoniale...*, s. 51.

⁸⁸ KDK, n. 48: „Głęboka wspólnota życia i miłości małżeńskiej ustanowiona przez Stwórcę i unormowana Jego prawami, zawiązuje się przez przymierze małżeńskie, czyli przez nieodwołalną osobistą zgodę. W ten sposób aktem osobowym, przez który małżonkowie wzajemnie się sobie oddają i przyjmują, powstaje z woli Bożej instytucja trwała także wobec społeczeństwa. Ten święty związek, ze względu na dobro tak małżonków i potomstwa, jak i społeczeństwa, nie jest uzależniony od ludzkiego sądu. Sam bowiem Bóg jest twórcą małżeństwa obdarzonego różnymi dobrami i celami. (...) Z samej zaś natury swojej instytucja małżeńska oraz miłość małżeńska nastawione są na rodzenie i wychowanie potomstwa, co stanowi jej jakby szczytowe uwieńczenie”; Tamże, n. 50: „Małżeństwo i miłość małżeńska z natury swej skierowane są ku płodzeniu i wychowywaniu potomstwa. Dzieci też są najcenniejszym darem małżeństwa i rodzicom przynoszą największą dobrą”.

⁸⁹ Paulus VI, Encyklika *Humanae vitae*, 25 VII 1968, AAS 60 (1968), s. 481-503, przekład polski: *Posoborowe dokumenty Kościoła katolickiego o małżeństwie i rodzinie*, t. 1, Kraków 1999, s. 25: „Poprzez wzajemne oddanie osobowe, im właściwe i wyłączne, małżonkowie zmierzają do wspólnoty osobowej, dzięki której wzajemnie doskonalą się współpracując z Bogiem w dziele rodzenia i wychowania potomstwa”.

życia, która konstituuje się między mężczyzną i kobietą na mocy zgody małżeńskiej⁹⁰, i która w swoim wymiarze ontologicznym jest ukierunkowana na „dobro małżonków” i na „zrodzenie i wychowanie potomstwa”. Taką właśnie opisową definicję małżeństwa⁹¹ odnajdujemy w kan. 1055 § 1: „Małżeńskie przymierze, przez które mężczyzna i kobieta tworzą ze sobą wspólnotę całego życia, skierowaną ze swej natury do dobra małżonków oraz do zrodzenia i wychowania potomstwa, zostało między ochrzczonymi podniesione przez Chrystusa Pana do godności sakramentu”⁹². Z tak zredagowanego kanonu wynika, że małżeństwo ukierunkowane jest ku dobru małżonków oraz ku zrodzeniu i wychowaniu potomstwa. „Zrodzenie i wychowanie potomstwa” jest więc jednym z celów małżeństwa. Wydaje się, że do tej kodeksowej opisowej definicji małżeństwa należałoby jeszcze dodać kan. 1061 § 1 kpk z 1983 r., który dokonując rozróżnienia pomiędzy małżeństwem dopełnionym i niedopełnionym uzupełnia kan. 1055 § 1 kpk z 1983 r. i podaje, że małżeństwo skierowane jest również ku podjętemu w sposób ludzki „aktowi małżeńskiemu przez się zdolnemu do zrodzenia potomstwa, do którego to aktu małżeństwo jest ze swej natury ukierunkowane i przez który małżonkowie stają się jednym ciałem”⁹³, oraz kan. 1096 § 1 kpk z 1983 r., który podając wymóg

⁹⁰ Kan. 1057 § 2 kpk z 1983 r.: „Zgoda małżeńska jest aktem woli, którym mężczyzna i kobieta w nieodwołalnym przymierzu wzajemnie się sobie oddają i przyjmują w celu stworzenia małżeństwa”; Odpowiednikiem wspomnianego kanonu w kkKWsch jest kan. 817 § 1.

⁹¹ O opisowej definicji małżeństwa wypowiadają się m.in.: A. M. Abate, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Roma-Brescia 1985, s. 13-17; M. Rola, *Ewolucja tekstu kanonów 1055 i 1095*, „Prawo Kanoniczne” 29 (1986) n. 3-4, s. 308-312; W. Góralski, *Kanoniczna zgoda małżeńska*, s. 11-16; J. M. Castano, *Il sacramento del matrimonio*, wyd. 2, Roma 1992, s. 31-55; H. Stawniak, *Niemoc płciowa jako przeszkoda do małżeństwa. Ewolucja czy zmiana koncepcji?*, Warszawa 2000, s. 311-318. Zob. też kan. 1008 schematu prawa małżeńskiego z 1980 r. („Communicaciones” 13 (1981) n. 2, s. 259-270; „Communicaciones” 19 (1987) n. 2, s. 263).

⁹² Kan. 776 § 1 kkKWsch będący odpowiednikiem kan. 1055 § 1 kpk z 1983 r. formuluje nieco szerzej definicję małżeństwa: „Małżeńskie przymierze, przez które mężczyzna i kobieta nieodwołalną zgodą osobową ustanawiają między sobą wspólnotę całego życia, skierowaną ze swojej natury do dobra małżonków i do zrodzenia i wychowania dzieci zostało ustanowione przez Stwórcę i Jego prawami uporządkowane”.

⁹³ Kan. 1061 § 1 kpk z 1983 r.: „Ważne małżeństwo pomiędzy ochrzczonymi nazywa się tylko zawartym, jeśli nie zostało dopełnione; zawartym i dopełnionym, jeśli małżonkowie podjęli w sposób ludzki akt małżeński przez się zdolny do zrodzenia potomstwa, do którego to aktu małżeństwo jest ze swej natury ukierunkowane i przez który małżonkowie stają się jednym ciałem”; W kkKWsch brak odpowiednika wspomnianego kanonu.

koniecznej wiedzy do zawarcia małżeństwa stwierdza, że małżeństwo „skierowane jest do zrodzenia potomstwa przez jakieś seksualne współdziałanie”⁹⁴. Kanony więc 1061 § 2 oraz 1096 § 1 ukazują sposób osiągnięcia celu małżeńskiego, którym – w myśl kan. 1055 § 1 – jest zrodzenie i wychowanie potomstwa. Sposobem osiągnięcia zamierzonego celu małżeństwa – zrodzenia i wychowania potomstwa – jest zgoda nupturientów na podjęcie naturalnego aktu małżeńskiego.

Kodeks Jana Pawła II ukazuje więc nową, personalistyczną wizję małżeństwa, którego naturalne ukierunkowanie ku potomstwu nie jawi się już jako element czysto biologiczny, lecz osobowy, stanowiący szczególnie wymowny znak miłości małżeńskiej. Seksualny akt małżeński rozumiany jest z jednej strony jako znak w pełni osobowego wzajemnego i trwałego oddania i zjednoczenia się małżonków, z drugiej strony poprzez akt małżeński małżonkowie realizują stwórczy zamysł Boga przekazywania życia⁹⁵. Według więc nowej doktryny Kościoła, istotą małżeństwa nie jest już tylko „prawo do ciała”, lecz wzajemne „przekazanie i przyjęcie siebie przez małżonków”. Owo zaś „przyjęcie i przekazanie siebie” to nic innego, jak całkowite i wzajemne oddanie osób małżonków we wszystkich jego płaszczyznach: intelektualnej, emocjonalnej, duchowej i seksualnej. Mężczyzna przekazuje kobiecie to wszystko, co wiąże się z byciem mężczyzną, tzn. swoją męską płciowość określającą i integrującą wewnętrzną istotę jego osoby. Kobieta zaś przekazuje mężczyźnie swoją żeńską płciowość, czyli to wszystko, co wiąże się z darem kobiecości⁹⁶. Małżeństwo więc jawi się jako wspólnota całego życia mężczyzny i kobiety, która zmierza do realizacji dwóch równorzędnych celów małżeńskich: do „dobra małżonków” oraz do „zrodzenia i wychowania potomstwa” poprzez „podjęty w sposób ludzki akt małżeński przez się zdolny do zrodzenia potomstwa, dzięki któremu małżonkowie stają się jednym ciałem”.

⁹⁴ Kan. 1096 § 1 pkp z 1983 r.: „Do zaistnienia zgody małżeńskiej konieczne jest, aby strony wiedziały przynajmniej, że małżeństwo jest trwałym związkiem między mężczyzną i kobietą, skierowanym do zrodzenia potomstwa przez jakieś seksualne współdziałanie”; Identyfikacyjny w treści jest kan. 819 kkKWsch.

⁹⁵ Zob. R. Sobański, *Symulacja częściowa...*, s. 31; H. Stawniak, *Uprawienie-obowiązek zrodzenia i wychowania potomstwa w świetle kanonicznego prawa małżeńskiego*, „Prawo Kanoniczne” 32 (1989) n. 3-4, s. 132; W. Góralski, *Kościelne prawo małżeńskie*, Płock 1987, s. 56; Tenże, *Wykluczenie dobra potomstwa...*, s. 115-117.

⁹⁶ Zob. H. Stawniak, *Niemoc płciowa...*, s. 342.

Interesujący nas drugi człon powyższej definicji, mówiący o ukierunkowaniu małżeństwa na potomstwo (*ordinatio ad prolem*), w powiązaniu z kanonami 1061 § 1 kpk z 1983 r. i 1096 § 1 kpk z 1983 r., które wyrażają sposób osiągnięcia małżeńskiego celu, oznacza więc wzajemne przekazanie i przyjęcie się nupturientów jako osób obdarzonych seksualnością i otwartych na przyjęcie nowego życia, które potencjalnie związane jest z naturalnie podjętym pełnym aktem małżeńskim. Ukierunkowanie więc małżeństwa w swoim potencjalnym początku ku jego podstawowemu celowi, którym jest zrodzenie i wychowanie potomstwa (*ordinatio ad prolem*), osiąganemu poprzez pełny akt wzajemnego małżeńskiego oddania się seksualnego, stanowi jeden z istotnych elementów małżeństwa, którego nie może zabraknąć w chwili konstituowania się małżeństwa⁹⁷.

3.2. *Ordinatio ad prolem*

Z tego, co zostało powiedziane wyżej wynika, że ukierunkowanie małżeństwa ku potomstwu (*ordinatio ad prolem*), które stanowi istotny element konstytuujący małżeństwo, to inaczej wskazanie jednego z celów małżeństwa, oraz wyznaczenie sposobu osiągnięcia tego celu. Jednym z celów małżeństwa jest potomstwo, a sposobem jego osiągnięcia jest wzajemne przyjęcie i przekazanie przez nupturientów prawa do aktu małżeńskiego współżycia seksualnego otwartego na nowe życie. Stąd termin *bonum prolis*, który odnosi się do istotnego elementu małżeństwa, należy utożsamić z wewnętrznym ukierunkowaniem nupturientów – zawierających małżeństwo – na potomstwo. Dlatego też nieważność małżeństwa nie wypływa z wykluczenia zewnętrznego celu małżeństwa – jakiegoś konkretnego, poczętego i zrodzonego dziecka, lecz łączy się z brakiem wewnętrznego ukierunkowania na potomstwo – z powodu nie

⁹⁷ Zob. A. Stankiewicz, *De iurisprudencia recentiore...*, s. 67-68; Tenże, *L'esclusione della procreazione ed educatione prole*, w: *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Studi Giuridici, t. 22, Città del Vaticano 1990, s. 161; P. Fedele, *L'essenza del matrimonio canonico e la sua esclusione*, w: *Studi sul matrimonio canonico*, Roma 1982, s. 7-174; P. Siwek, *Psychologia metaphysica*, Romae 1962, s. 333; P. A. Bonnet, *L'ordinatio ad bonum prolis* "quale causa do nullità matrimoniale", „Il Diritto Ecclesiastico” 95 (1984), s. 342; Tenże, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, Milano 1985, s. 24; Dec. c. Stankiewicz z 24 I 1986, Romana, n. 6 (wyrok niepublikowany); Dec. c. Stankiewicz z 29 V 1992 r., RRDec. 84 (1992), s. 312-313, n. 13-14; G. Ricciardi, *Procreazione responsabile ed esclusione del bonum prolis*, w: Studi Giuridici, t. 22, Città del Vaticano 1990, s. 180; R. Szytchmiller, *Wykluczenie potomstwa...*, s. 115.

przekazania prawa do aktu małżeńskiego, dzięki któremu w zwykłym porządku rzeczy następuje poczęcie i zrodzenie potomstwa. Nowy kodeks prawa kanonicznego łączy więc w jedno intencję przyjęcia potomstwa z naturalnie podjętym małżeńskim aktem obdarowania się seksualnego.

Potomstwo więc, jako konsekwencja podjętego przez nupturientów pełnego aktu małżeńskiego, jest celem małżeństwa. Wiemy zaś z przesłanek filozoficznych, że cel bytu nie należy do jego istoty, gdyż leży poza nim i byt ten dopiero do niego zdąża⁹⁸. Dlatego cele małżeństwa jako takie nie należą do istoty małżeństwa, lecz – można by powtórzyć za niektórymi kanonistami⁹⁹ – prawo do realizacji tych celów i pozytywne do nich nastawienie może należeć do istoty bytu, do istoty małżeństwa. Stąd zdecydowana część audytorów rotalnych, jak np. Pompedda¹⁰⁰, Civili¹⁰¹, Boccafola¹⁰² czy Stankiewicz¹⁰³, określając treść *bonum prolis* sięga do opisowej definicji małżeństwa i z istotnego elementu małżeństwa, którym jest ukierunkowanie małżeństwa na potomstwo (*ordinatio ad prolem*) poprzez akt wzajemnego obdarowania się seksualnego, wyprowadza prawa-obowiązki, które nie tylko wpływają na stan życia małżeńskiego (*matrimonium in facto esse*), ale są już obecne u jego początku, w chwili konstytuowania się małżeństwa (*matrimonium in fieri*), a zatem wchodzą do przedmiotu formalnego zgody małżeńskiej i nie mogą być wykluczone bez spowodowania jej nieważności¹⁰⁴.

⁹⁸ Zob. Z. Zdybicka, *Cel*, w: *Encyklopedia Katolicka*, t. 2, kol. 1385-1386; A. P. Bonnet, *Introduzione al consenso matrimoniale...*, s. 14. Zob. też P. Fedele, *Ancora su l'„ordinatio ad prolem” e i fini del matrimonio*, w: *L'amore coniugale. Annali di dottrina e giurisprudenza canonica*, t. 1, Città del Vaticano 1971, s. 25-38.

⁹⁹ Zob. E. Graziani, *Essenza del matrimonio e definizione del consenso*, w: *La nuova legislazione matrimoniale canonica*, Studi giuridici, t. 10, Città del Vaticano 1986, s. 29; Tenze, *Exclusio matrimonii substantiae*, „Ephemerides Iuris Canonici” 43-44 (1987-1988), s. 78; U. Navarrete, *I beni del matrimonio...*, s. 96; R. Szychmiller, *Implikacje procesowe ujęcia celów małżeństwa...*, Lublin 1993, s. 77; H. Stawniak, *Niemoc płciowa...*, s. 343.

¹⁰⁰ Zob. dec. c. Pompedda z 3 VII 1990 r., RRDec. 82 (1990), s. 584-585, n. 7.

¹⁰¹ Zob. dec. c. Civili z 9 XII 1992 r., RRDec. 84 (1992), s. 639, n. 3.

¹⁰² Zob. dec. c. Boccafola z 11 VI 1992 r., RRDec. 84 (1992), s. 345, n. 4.

¹⁰³ Zob. dec. c. Stankiewicz z 17 XII 1993 r., RRDec. 85 (1993), s. 780, n. 14.

¹⁰⁴ Zob. P. Gradauer, *Das Eherecht im neuen Codex*, „Theologisch-praktische Quartalschrift” 133 (1985), s. 235-236; F. Bersini, *Il nuovo diritto canonico matrimoniale. Commento giuridico-teologicopastorale*, wyd. 4, Torino 1994, s. 111-112; P. J. Viladrich, *Il consenso matrimoniale*, w: L. Chiappetta, *Il Codice di diritto canonico*, t. 2, wyd. 2, Roma 1996, s. 788; G. Sheehy, *Animadversiones quaedam in „matrimonii essentiale aliquod elementum”*, „Periodica” 75 (1986), s. 122; *Código de Derecho Canónico. Edición bi-*

Zgodnie z powszechną praktyką jurysprudencji rotalnej – twierdzi redaktor wyroku c. Serano z 21 VI 1985 r. – wśród praw-obowiązków wyprowadzanych z istotnego elementu konstytuującego małżeństwo, czyli z *bonum prolis*, wyróżnia się prawo-obowiązek do naturalnego aktu małżeńskiego (*ius ad coniugalem actum*), prawo do potomstwa (*ius ad prolem*) lub inaczej prawo do prokreacji (*ius ad procreationem*), oraz prawo do wychowania potomstwa (*ius ad educationem*)¹⁰⁵.

4. *Bonum prolis* jako *ius ad coniugalem actum*

Doktryna kanonistyczna i judykatura rotalna, na określenie praw-obowiązków związanych z *bonum prolis* posługuje się pojęciem prawa do aktu małżeńskiego, i to zarówno pod rządami starego jak i nowego kodeksu prawa kanonicznego. Zasadne wydaje się więc postawienie pytania, czy pod rządami nowego kodeksu nastąpiła jakaś zmiana w rozumieniu tego prawa-obowiązku małżeńskiego?

4.1. Zasadność stosowania określenia *ius ad coniugalem actum* w nowym kodeksie

Przystępując do określenia zwrotu *ius ad coniugalem actum*, który doktryna i orzecznictwo rotalne wyprowadza z treści pojęcia *bonum prolis*, należy najpierw zauważyć, że w odróżnieniu od poprzedniego kodeksu prawa kanonicznego, w nowej kodyfikacji brak wyraźnego stwierdzenia, że małżonkowie mają prawo do aktu małżeńskiego. W kodeksie prawa kanonicznego z 1917 r. – jak już zostało wspomniane wyżej – *bonum prolis* należało łączyć – w myśl kan. 1086 § 2 – z prawem do aktu małżeńskiego¹⁰⁶, które to prawo – zgodnie z kan. 1081 § 2 – stanowiło przedmiot zgody małżeńskiej¹⁰⁷. Natomiast w nowym kodeksie, kanon będący podstawą prawną dla skutków wy-

lingüe comentata, wyd. 8, Madryd 1988, s. 503-504; R. Sztuchmiller, *Implikacje procesowe ujęcia celów małżeństwa...*, s. 89.

¹⁰⁵ Zob. dec. c. Serano z 21 VI 1985 r. r., „Il Diritto Ecclesiastico” 96 (1985), s. 390-391. Zob. też W. Góralski, *Kanoniczna zgoda małżeńska*, s. 157-160; A. Stankiewicz, *L'esclusione della procreazione...*, s. 158; R. Sztuchmiller, *Wykluczenie potomstwa...*, s. 115.

¹⁰⁶ Kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r.: „At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat (...) omne ius ad coniugalem actum (...), invalide contrahit”.

¹⁰⁷ Kan. 1081 § 2 kpk z 1917 r.: „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 proles generationem”.

kluczenia *bonum prolis* nie wspomina już o prawie do aktu małżeńskiego, lecz o istotnych elementach małżeństwa¹⁰⁸. Również w innych miejscach nowego kodeksu – jak słusznie zauważa się w wyroku c. Stankiewicz z 17 XII 1993 r. – brak wyraźnego stwierdzenia, które dotyczyłoby *ius ad coniugalem actum* jako przedmiotu zgody małżeńskiej¹⁰⁹. Jedynie przy okazji definiowania małżeństwa ważnego, lecz niedopełnionego mówi się w kan. 1061 § 1 kpk z 1983 r. o powinności małżeńskiej jako akcie zdolnym ze swej istoty do zrodzenia potomstwa¹¹⁰. Dlatego zasadne wydaje się postawienie za W. Góralskim¹¹¹ pytania, czy w obecnie obowiązującym prawie kodeksowym *bonum prolis* swoim zasięgiem obejmuje prawo do aktów małżeńskich?

Próbując odpowiedzieć na postawione pytanie, należy najpierw za ponensem wyroku c. Civili z 9 XII 1992 r. stwierdzić, że przepisy nowego kodeksu łączą się ściśle z kodeksem Pio-Benedyktyńskim, ponieważ albo przedstawiają na nowo istotę dawniejszych norm prawnych, albo też wyjaśniają i interpretują zasady prawa naturalnego, które jest przecież trwałe i niezmiennie¹¹². Zrodzenie i wychowanie potomstwa, określone w dawnym prawie jako pierwszorzędny cel małżeństwa, w dalszym ciągu pozostaje jego istotnym celem. Wprawdzie brak jest w nowym kodeksie odpowiednika dawnego kan. 1013 § 1 kpk z 1917 r. mówiącego o zrodzeniu i wychowaniu potomstwa jako pierwszorzędnym celu małżeństwa, to jednak o prokreacyjnym ukierunkowaniu małżeństwa stanowi kan. 1055 §

¹⁰⁸ Kan. 1101 § 2 kpk z 1983 r.: „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”.

¹⁰⁹ Dec. c. Stankiewicz z 17 XII 1993 r., RRDec. 85 (1993), s. 780, n. 14: „Merito tamen animadvertitur «in novo Codice verbum nullum adesse quod attinet ad *ius ad coniugalem actum* utpote consensus obiectum, cuius positiva exclusio efficeret irritum matrimonium, quamvis haud praetermittatur in definitione matrimonii rati et consummati (cf. can. 1061, § 1) inspicitur *coniugalem actum per se aptum ad prolis generationem*». Zob. też dec. c. Pompedda z 3 VII 1990 r., RRDec. 82 (1990), s. 584, n. 5; G. Sheehy, *Animadversiones quaedam in „matrimonii essentielle aliquod elementum”*, „Periodica” 75 (1986), s. 122.

¹¹⁰ Kan. 1061 § 1 kpk z 1983 r.: „Ważne małżeństwo pomiędzy ochrzczonymi nazywa się tylko zawartym, jeśli nie zostało dopełnione; zawartym i dopełnionym, jeśli małżonkowie podjęli w sposób ludzki akt małżeński przez się zdolny do zrodzenia potomstwa, do którego to aktu małżeństwo jest ze swej natury ukierunkowane i przez który małżonkowie stają się jednym ciałem”.

¹¹¹ Zob. W. Góralski, *Kanoniczna zgoda małżeńska*, s. 157.

¹¹² Zob. dec. c. Civili z 9 XII 1992 r., RRDec. 84 (1992), s. 639, n. 3.

2 kpk z 1983 r. Owo prokreacyjne ukierunkowanie małżeństwa, które stanowi egzystencjalne dobro dziecka, należy więc – jak zauważa turnus rotalny c. Huber w orzeczeniu z 26 XI 1993 r. – do istoty małżeństwa, i z natury swojej zakłada udzielenie sobie przez strony prawa do aktów małżeńskich¹¹³. Wprawdzie podczas prac nad nowym kodeksem prawa kanonicznego odstąpiono od taksatywnego wskazywania na wykluczany przedmiot zgody małżeńskiej, który poprzedni kodeks nazywał *ius ad coniugalem actum*, tym niemniej nie można powiedzieć, że usunięcie klauzuli *ius ad actum coniugalem* ze schematu kodeksu z 1982 r., jak też i nieobecność jej w kan. 1101 § 2 kpk z 1983 r. świadczyłaby, iż małżonkowie zostali tego prawa pozbawieni. Albowiem w innym miejscu nowego kodeksu czytamy, że „każdemu z małżonków przysługują jednakowe obowiązki i prawa w tym, co dotyczy wspólnoty życia małżeńskiego”¹¹⁴, i to w szczególności obowiązki i prawa do aktów właściwych wspólnocie małżeńskiej ze swej istoty zdalnych do zrodzenia potomstwa, na które małżeństwo ze swej natury jest ukierunkowane i dzięki którym małżonkowie stanowią jedno ciało¹¹⁵. Dlatego wolno – za wyrokiem c. Boccafola z 11 VI 1992 r. – powiedzieć, że również istotnym elementem małżeństwa jest prawo i współrelatywny obowiązek do spełniania w sposób ludzki aktów małżeńskich zdolnych ze swej natury do zrodzenia potomstwa, do czego małżeństwo jest ukierunkowane z racji swej natury i dzięki czemu małżonkowie stają się jednym ciałem¹¹⁶. Stąd wykluczenie prawa do tychże aktów – czytamy w wyroku c. Bruno z 28 V 1993 r. – stanowi tym samym przejaw wykluczenia *bonum prolis*¹¹⁷. W tym duchu również Kongregacja Doktryny Wiary, w instrukcji z 22 II 1987 r. przypomina, że małżeństwo daje małżonkom w sensie ścisłym prawo do spełniania aktów naturalnych, które ze swej istoty ukierunkowane są na zrodzenie potomstwa¹¹⁸.

¹¹³ Zob. dec. c. Huber z 26 XI 1993 r., SRRDec. 85 (1993), s. 725, n. 6. Zob. też dec. c. Fiore z 8 VII 1975 r., RRDec. 67 (1975), s. 486, n. 4.

¹¹⁴ Zob. kan. 1135 kpk z 1983 r.

¹¹⁵ Zob. kan. 1055 § 1 i kan. 1061 § 1 kpk z 1983 r. Zob. też M. Wegan, *Ehescheidung möglich? Auswege mit der Kirche; mit praktischen Hinweisen*, Verlag Styria 1993, s. 49-50.

¹¹⁶ Zob. dec. c. Boccafola z 11 VI 1992 r., RRDec. 84 (1992), s. 345, n. 4.

¹¹⁷ Zob. dec. c. Bruno z 28 V 1993 r., RRDec. 85 (1993), s. 426, n. 2.

¹¹⁸ Zob. Congregatio pro Doctrina Fidei, *Instructio de observantia erga vitam humanam nascentem deque procreationis dignitate tuenda*, 22 II 1987 (*Donum vitae*), AAS 80 (1988), s. 97, przekład polski: *Posoborowe dokumenty Kościoła katolickiego o małżeństwie i rodzinie*, t. 1, Kraków 1999, s. 327.

Ius ad coniugalem actum jest więc widoczne wśród innych istotnych elementów małżeństwa, tzn. zawiera się w pojęciu *bonum proles* – poucza ponens w wyroku c. Stankiewicz z 17 XII 1993 r. powołując się na wyrok c. Pompedda z 3 VII 1990 r. – jednak nie dlatego, że się mówi wyraźnie o *ius ad coniugalem actum*, jak to wzmiankował stary kodeks w kan. 1086 § 2, lecz tylko – jak to określa się w kan. 1055 § 1 kpk z 1983 r. – ze względu na siłę, zasadę naturalną i najintymniejszą strukturę samego małżeństwa¹¹⁹. Albowiem jeśli zestawimy razem kan. 1055 § 1 kpk z 1983 r.: „(małżeństwo zostało) skierowane ze swej natury (...) do zrodzenia i wychowania potomstwa (...)” i kan. 1061 § 1 kpk z 1983 r.: „(...) akt małżeński przez się zdolny do zrodzenia potomstwa, do którego to aktu małżeństwo jest ze swej natury ukierunkowane (...)”, nie można wątpić – przekonuje ponens Stankiewicz w cytowanym wyżej wyroku – że w myśl kan. 1101 § 2 kpk z 1983 r. istotny element małżeństwa jest skierowany ku zrodzeniu potomstwa (czyli do prokreacji), co konkretnie rozumie się jako akt małżeński do tegoż zdalny ze swej natury¹²⁰.

Tak więc istotnym elementem przymierza małżeńskiego – możemy powtórzyć za ponensami wyroków c. Civili z 25 XI 1992 r. i c. Bruno z 12 III 1993 r. – jest prawo do aktów małżeńskich, naturalnych i ludzkich, z którymi w sposób naturalny związana jest zdolność do zrodzenia potomstwa¹²¹.

4.2. Konieczne elementy aktu małżeńskiego

Podjęwając dalszą analizę *ius ad coniugalem actum* należy ustalić, co w nauce prawa kanonicznego uważa się za akt małżeński, czyli jakie elementy są konieczne do zaistnienia pełnego aktu małżeńskiego. Pojęcie aktu małżeńskiego stanowi bowiem przedmiot

¹¹⁹ Dec. c. Stankiewicz z 17 XII 1993 r., RRDec. 85 (1993), s. 780, n. 14: „Recte asseritur bonum proles certo exstare inter illa elementa essentialia, idque haud tamen quia explicite mentio fit de iure ad coniugalem actum quod deest in novo Codice, contra ac in abrogato CIC/1917, can. 1086 § 2, (...) sed vi ac ratione naturae et intimae structurae ipsius matrimonii, uti definitur in can 1055 § 1 CIC/1983”. Zob. też dec. c. Pompedda z 3 VII 1990 r., RRDec. 82 (1990), s. 584-585, n. 7.

¹²⁰ Zob. dec. c. Stankiewicz z 17 XII 1993 r., RRDec. 85 (1993), s. 780, n. 14. Zob. też dec. c. Pompedda z 3 VII 1990 r., RRDec. 82 (1990), s. 583-584, n. 5-7; G. Sheehy, *Animadversiones quaedam in „matrimonii essentialia aliquod elementum”*, „Periodica” 75 (1986), s. 122.

¹²¹ Zob. dec. c. Civili z 25 XI 1992 r., RRDec. 84 (1992), s. 570-571, n. 6; Dec. c. Bruno z 12 III 1993 r., RRDec. 85 (1993), s. 145-146, n. 5.

dyskusji¹²². Dyskusja wiąże się z odpowiedzią na pytanie, jakie warunki muszą zostać spełnione, aby akt małżeński był zdolny do zrodzenia potomstwa¹²³.

Zgodnie z powszechnym stanowiskiem nauki prawa kanonicznego i orzecznictwa rotalnego, pełny akt małżeński (*copula perfecta*) ma miejsce wtedy, gdy poprzez dokonane w sposób naturalny jakieś współdziałanie seksualne małżonków, następuje wprowadzenie członka męskiego w stanie erekcji do pochwy kobiety i złożenie w niej *verum semen*, po stronie kobiety następuje zaś przeniesienie *semen* do macicy, gdzie może nastąpić zapłodnienie. Papieska Komisja do Rewizji Kodeksu Prawa Kanonicznego podaje następujące elementy składające się na pełny akt płciowy: a) *erectio membri virilis*; b) *penetratio etsi partialis vaginae mulieris*; c) *ibique seminis depositio, seclusa qualibet investigatione circa naturam ipsius liquidi seminalis*¹²⁴. Szczegółowa analiza elementów aktu małżeńskiego, a w szczególności wymogi dotyczące *semen*, wykracza poza określony na początku temat, ponieważ wiąże się z dziedziną impotencji i niedopełnienia małżeństwa.

¹²² Zob. C. Holböck, *Tractatus de jurisprudentia Sacrae Romanae Rotae*, Graz 1975, s. 54-55; C. Lefebvre, *L'evolution actuelle de la jurisprudence matrimoniale*, „Revue de Droit Canonique” 24 (1974), s. 360-368; J. Krukowski, *Wykluczenie potomstwa...*, s. 232; M. F. Pompedda, *La nozione di matrimonio „rato e consumato” secondo il can. 1061 § 1, del CIC e alcune questioni processuali di prova in merito*, „Monitor Ecclesiasticus” 110 (1985), s. 347-359; Dec. c. Civili z 9 XII 1992 r., RRDec. 84 (1992), s. 639-641, n. 3; H. Stawniak, *Niemoc płciowa...*, s. 147.

¹²³ H. Stawniak przytacza następujące teorie aktu małżeńskiego: 1) koncepcja *copula fecundativa*, zgodnie z którą do istotnych elementów aktu małżeńskiego oprócz erekcji, penetracji i ejakulacji, wymaga się *actio humana* i *actio naturale*; 2) koncepcja *copula unitiva* polegająca na tym, że zjednoczenie w akcie seksualnym nie służy bezpośrednio rodzeniu, lecz cielesnemu zjednoczeniu małżonków zmierzających ku osobowej unii; teoria ta kładła duży nacisk na życie seksualne i widziała je w całkowitej izolacji od prokreacji; 3) koncepcja *copula satiativa*, która główny cel aktu małżeńskiego widziała w zaspokojeniu popędu; czynnik prokreacyjny usuwał się na dalszy plan; pełny akt małżeński będzie miał miejsce wtedy, gdy przyniesie małżonkom satysfakcję i zaspokojenie popędu; 4) koncepcja *copula perfecta* (zob. *Niemoc płciowa...*, s. 147-154).

¹²⁴ Zob. „Communicaciones” 6 (1974), s. 178-198. Zob. też T. Pawluk, *Prawo małżeńskie*, t. 3: *Prawo kanoniczne według kodeksu Jana Pawła II*, Olsztyn 1984, s. 127; C. Holböck, *Tractatus de jurisprudentia...*, s. 249: „Ut proinde copula sit de se apta ad generationem, requiritur in viro: 1-o membrum virile (penis, virgo veretum), 2-o unus saltem testiculus ad verum semen efformandum, 3-o erectibilitas virgae, 4-o canaliculi deferentes pervii per quos semen a testiculis elaboratum ad extra eiaculari possit. Ex parte mulieris requiritur vagina”.

4.3. Specyfika ujęcia *ius ad coniugalem actum* w nowym kodeksie

Nowością w ujęciu *ius ad actum coniugalem*, jako prawa małżeńskiego zawierającego się w *bonum prolis* jest to, że – zgodnie z nową wizją małżeństwa – prawo do aktu małżeńskiego ma szerszy zakres, nie ogranicza się jedynie do aspektu czysto fizyczno-jednoczącego aktu małżeńskiego, lecz związane jest z aspektem prokreacyjnym współżycia małżeńskiego, a więc z ukierunkowaniem na potomstwo. Chodzi więc o taki akt małżeński, w którym aspekt jednoczący jest nierozzerwalnie połączony z aspektem prokreacyjnym. Posoborowa nauka Kościoła silnie bowiem akcentuje ścisłe powiązanie aspektu jednoczącego i prokreacyjnego aktu małżeńskiego, o czym czytamy w encyklice Pawła VI *Humanae vitae*¹²⁵, czy w *Katechizmie Kościoła Katolickiego*¹²⁶. Błędem jest mówić – powtórzyć możemy za orzeczeniem c. Burke z 19 X 1995 r. – że prokreacja jest celem jedynie instytucji małżeństwa, a nie celem aktu małżeńskiego w wymiarze personalnego oddania się seksualnego małżonków. Prawdziwa miłość małżeńska wyrażająca się w akcie małżeńskim – kontynuuje wspomniany ponens – winna być zawsze otwarta na życie: „*amor-ad-vitam-apertus*”¹²⁷. Nie ma bowiem pełnej jedności duchowej małżonków, jeśli akt seksualny wyrażający jedność fizyczną małżonków i będący wyrazem ich wzajemnego i pełnego oddania się sobie, nie będzie otwarty na trzecią osobę – dziecko¹²⁸. Mó-

¹²⁵ Paulus VI, Encyklica *Humanae vitae*, s. 28-29: „Nauka ta, wielokrotnie przez Naczelniczy Urząd Kościoła podana wiernym, ma swoją podstawę w ustanowionym przez Boga nierozzerwalnym związku – którego człowiekowi nie wolno samowolnie zrywać, między dwojakim znaczeniem tkwiącym w stosunku małżeńskim: między oznaczeniem jedności i oznaczaniem rodzicielstwa. Albowiem stosunek małżeński z najgłębszej swojej istoty, łącząc najściślej więzią męża i żonę, jednocześnie czyni ich zdolnymi do zrodzenia nowego życia, zgodnie z prawami zawartymi w samej naturze mężczyzny i kobiety. Jeżeli zatem zostaną zachowane te dwa istotne elementy stosunku małżeńskiego, a więc oznaczanie jedności i rodzicielstwa, to wtedy zatrzymuje on w pełni swoje znaczenie wzajemnej i prawdziwej miłości oraz swoje odniesienie do bardzo wzniosłego zadania, do którego człowiek zostaje powołany – a mianowicie do rodzicielstwa. Sądzimy, że ludzie naszej epoki są szczególnie przygotowani do zrozumienia, jak bardzo ta nauka jest zgodna z ludzkim rozumem”.

¹²⁶ KKK, n. 2369: „Jeżeli zatem zostaną zachowane te dwa istotne aspekty stosunku małżeńskiego, jednoczący i prokreacyjny, to wtedy zachowuje on w pełni swoje znaczenie wzajemnej i prawdziwej miłości oraz swoje odniesienie do bardzo wzniosłego powołania do rodzicielstwa”.

¹²⁷ Zob. dec. c. Burke z 19 X 1995 r., RRDec. 87 (1995), s. 558, n. 3-4.

¹²⁸ Tamże, s. 559, n. 6.

wiąc o otwarciu się na osobę dziecka – konkluduje redaktor wspomnianego wyżej orzeczenia rotalnego – nie chodzi o jakieś konkretne dziecko chciane za wszelką cenę, lecz o *proles in suis principis*, czyli chodzi o taki akt darowania i przyjęcia wymiaru płodności właściwego mężczyźnie i kobiecie, który kryje w sobie możliwość wystąpienia potencjalnego ojcostwa i macierzyństwa, a które jest skutkiem pełnego zjednoczenia małżeńskiego (*copula perfecta*)¹²⁹.

5. *Bonum prolis* jako *ius ad prolem*

Na określenie praw-obowiązków małżeńskich zawierających się w pojęciu *bonum prolis*, kanonistyka i jurysprudencja rotalna używa także określenia *ius ad prolem* lub *ius ad procreationem*¹³⁰. Tę praktykę orzekania o nieważności małżeństwa na podstawie wykluczenia przez nupturienta *ius ad prolem*, jurysprudencja rotalna stosowała już w latach sześćdziesiątych XX wieku. Posługiwała się nią w sytuacjach, w których nupturienti pozytywnym aktem woli nie wykluczali samego współżycia małżeńskiego – o czym *expressis verbis* mówił kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r. – ale wprost samo potomstwo, jako naturalny skutek podjętych aktów małżeńskich. A więc jeśli nupturienti posiadali w wyrażonym akcie zgody małżeńskiej mocny zamiar przeciwdziałania zawsze i za pomocą jakichkolwiek środków (np. poprzez antykoncepcję, aborcję) tak poczęciu, jak i wydaniu na świat oraz wychowaniu potomstwa. Podczas jednak, gdy w oparciu o kpk z 1917 r. trudno było wskazać formalną podstawę tej nieważności, gdy prawo do aktu małżeńskiego pozostawało nienaruszone a nupturienti podejmowali jedynie intencję wykluczenia skutków aktów płodnych (trudno bowiem było zrozumieć w jaki sposób intencja dokonania aborcji mogła znaleźć swoje uzasadnienie w fakcie wykluczenia aktu małżeńskiego, które to prawo było nienaruszone), nowy kan. 1101 § 2 kpk z 1983 r. tę lukę uzupełnił. W nowej kodyfikacji odstąpiono bowiem od łączenia istoty *bonum prolis* wyłącznie z prawem do aktu małżeńskiego, jak to wynikało z dawnej normy prawnej kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r., lecz poszerzono jego zakres, odnosząc treść *bonum prolis* do istotnego elementu

¹²⁹ Tamże, s. 560, n. 9.

¹³⁰ Zob. I. Napoleoni, *L'esclusione dello „ius ad prolem”*, „Ephemerides Iuris Canonici” 43-44 (1987-88), s. 97-99; W. Góralski, *Wykluczenie prawa do potomstwa w świetle nowszego orzecznictwa rotalnego*, „Ius Matrimoniale” 2 (1997), s. 77-85.

małżeństwa. Treść zaś elementu małżeństwa, do którego odnosi się *bonum prolis* – jak już zostało powiedziane wyżej – należy łączyć z prokreacyjnym ukierunkowaniem małżeństwa.

5.1. *Ius ad prolem* a posiadanie potomstwa

Przystępując do analizy pojęcia *ius ad prolem* należy od razu podkreślić za przeważającą grupą audytorów rotalnych, że *ius ad prolem* nie daje małżonkom prawa do dziecka w tym sensie, w jakim *ius ad prolem* czy *ius ad filium* funkcjonowało w prawie rzymskim i wyrażało władzę dawnego *pater familias* nad dzieckiem, jak *ius vitae ac necis, ius venendi, czy ius noxae dandi*¹³¹. Węzeł małżeński daje bowiem małżonkom prawo do potomstwa (*ius ad prolem*), ale nie jako do swojej własności, do tego co się małżonkom należy, lecz wyłącznie – jak czytamy już w alokucji Piusa XII wygłoszonej 19 maja 1956 r. w Neapolu oraz w instrukcji Kongregacji Doktryny Wiary z 22 lutego 1987 r. – jako niemożliwe do alienacji prawo, aby każdy ze współmałżonków stał się odpowiednio ojcem i matką poprzez prawo do podjęcia aktów ukierunkowanych na prokreację, czyli prawo do wspólnoty intymnego życia seksualnego, przez którą w zwykłym porządku rzeczy osiąga się prokreacyjny cel małżeństwa¹³². *Ius ad filium* byłoby bowiem przeciwne godności i naturze dziecka, które nie jest czymś, co się małżonkom należy i nie może być uważane jako przedmiot ich własności, czemu też wyraźnie sprzeciwia się *Katechizm Kościoła Katolickiego*¹³³. Potomstwo raczej winno być traktowane jako największy dar małżeństwa i świadc-

¹³¹ Zob. A. Mordechai Rabello, *Effetti personali della „patria potestas”*, t. 1: *Dalle origini al periodo degli Antonini*, Milano 1979, s. 91; A. Stankiewicz, *De iurisprudencia recentiore...*, s. 67.

¹³² Zob. Pius XII, *Allocutiones*, 19 V 1956, AAS 48 (1956), s. 471; Congregatio pro Doctrina Fidei, *Instructio de observantia erga vitam humanam nascentem...*, s. 328: „Pozszanowanie jedności małżeństwa i wierności małżonków domaga się, aby dziecko było poczęte w małżeństwie; istniejący pomiędzy małżonkami związek daje im w sposób obiektywny i niezbywalny wyłączne prawo do stania się ojcem i matką jedynie w ramach ich małżeństwa”. Zob. też dec. c. Stankiewicz z 17 XII 1993 r., RRDec. 85 (1993), s. 780, n. 15.

¹³³ KKK, n. 2378: „Dziecko nie jest czymś należnym, ale jest darem. Największym darem małżeństwa jest osoba ludzka. Dziecko nie może być uważane za przedmiot własności, za coś, do czego prowadziłoby uznanie rzekomego prawa do dziecka. W tej dziedzinie jedynie dziecko posiada prawdziwe prawa: prawo, by być owocem właściwego aktu miłości małżeńskiej rodziców i jako osoba od chwili swego poczęcia mająca również prawo do szacunku”.

two wzajemnego oddania się sobie małżonków, czyli jego rodziców. Małżeństwo zatem przypisuje małżonkom nie prawo do posiadania dzieci (*ius ad prolem habendam*), lecz w sposób przedmiotowy i nieodstępowny wyłączne prawo do zostania ojcem i matką. To zaś prawo należy rozumieć – czytamy w wielu orzeczeniach rotalnych – jako nieodstępowne prawo do zostania nie inaczej ojcem i matką, jak tylko jeden dzięki drugiemu, czyli prawo do potomstwa, które powstanie z materiału genetycznego współmałżonka w wyniku naturalnego zapłodnienia dokonanego poprzez stosunek płciowy wyłączający niegodziwe moralnie i groźne dla życia środki antykoncepcyjne¹³⁴.

5.2. *Ius ad prolem* a prokreacja efektywna

Trzeba też zauważyć, że wyrażenia *ius ad prolem* lub *ius ad procreationem*, które ze względów praktycznych są używane zamiennie, nie mogą być rozumiane w sensie prokreacji efektywnej jako prawa-obowiązku posiadania faktycznego dzieci. Posiadanie potomstwa nie zależy przecież tylko od woli ludzkiej. Wyrażenie *ius ad prolem* lub *ius ad procreationem* musi być rozumiane w sensie *ius*, czyli prawa-obowiązku spełnienia tych aktów, które w porządku natury są przez się zdolne do zrodzenia i wychowania potomstwa. Prawo do potomstwa należy więc rozumieć jako prawo do zostania ojcem lub matką nie inaczej, jak jeden dzięki drugiemu, poprzez naturalnie spełniony akt współżycia małżeńskiego. To prawo-obowiązek nie odnosi się tylko do intymnych aktów małżeńskich zdolnych do prokreacji, ale obejmuje także te wszystkie działania, które odnoszą się do zachowania przy życiu i wychowania potomstwa¹³⁵. Poza tym, gdyby *ius ad prolem* było związane jedynie z fizycznym następstwem potomstwa, a nie z ukierunkowaniem na potomstwo – argumentuje się w wyroku c. Lefebvre z 29 XI 1976 r. – wówczas należałoby orzekać o nieważności małżeństwa w sytuacji, gdy już w momencie konstituowania się małżeństwa znana byłaby niepłodność któregoś z nupturientów odbierająca nadzieję na zro-

¹³⁴ Zob. dec. c. Fidecicchi z 14 IV 1953 r., SRRDec. 45 (1953), s. 252, n. 4; Dec. c. Bonet z 28 II 1955 r., SRRDec. 47 (1955), s. 183, n. 2; Dec. c. Brennan z 24 X 1966 r., SRRDec. 58 (1966), s. 724, n. 3; Dec. c. Felice z 19 I 1974 r., SRRDec. 66 (1974), s. 15, n. 2. Zob. też U. Navarrete, *Novae methodi technicae procreationis humanae et ius canonicum matrimoniale*, „Periodica” 77 (1988), s. 98.

¹³⁵ Zob. G. Ricciardi, *Procreazione responsabile...*, s. 181.

dzenie potomstwa, co jest przecież sprzeczne ze stałą nauką Kościoła¹³⁶. *Ius ad prolem* nie wypływa bowiem z czystej zgody małżeńskiej, lecz *ius ad prolem* uzyskuje siłę jurydyczną dzięki zdolności fizycznej¹³⁷ i psychicznej¹³⁸ stron, oraz dzięki ich otwarciu się na przyjęcie i wychowanie nowego życia, które potencjalnie jest związane z naturalnie podjętym aktem małżeńskim¹³⁹. W akcie więc zgody małżeńskiej – konkluduje ponens w wyroku c. Pompedda z 8 VI 1987 r. – nupturienti udzielają sobie i przyjmują prawo do aktów małżeńskich przez się zdatnych do zrodzenia potomstwa¹⁴⁰. W związku z tym *ius ad prolem* należy rozumieć jako prawo małżonków do potomstwa jedynie dzięki aktowi ich wzajemnego oddania się seksualnego, który jest uważany w nauce Kościoła jako jedyne miejsce prokreacji ludzkiej¹⁴¹. Dlatego też konsens małżeński osób niepłodnych i starszych, które nie są już w stanie przekazać życia, w swoim kształcie psychologicznym będzie bez skazy, byleby w czasie jego wyrażania nupturienti nie wykluczyli pozytywnym aktem woli żadnego istotnego elementu małżeństwa. Fakt, że w takim małżeństwie można z dużym prawdopodobieństwem przewidzieć, iż nie dojdzie do prokreacji, nie zależy przecież od woli nupturientów, ale jedynie od pewnej obiektywnej sytuacji naturalnej¹⁴².

Prawo i obowiązek małżeński do pełnych aktów seksualnych stanowi więc egzystencjalne dobro dziecka (*bonum prolis*). Stąd w orzeczeniu c. Stankiewicz z 17 XII 1993 r. wywnioskowuje się zasadę, że prokreatywność jest istotowym elementem samego małżeństwa. Obiektywnie ukazuje się sam powód zrodzenia potomstwa, który wypływa z prawa Bożego i łączy się ściśle z zasadą jedności małżeńskiej. W sposób niezniszczalny wyciska zdolność

¹³⁶ Zob. dec. c. Lefebvre z 29 XI 1976, Ravennaten., n. 4 (wyrok niepublikowany).

¹³⁷ Kan. 1084 § 1 kpk z 1983 r.: „Niezdolność dokonania stosunku małżeńskiego uprzednia i trwała, czy to ze strony mężczyzny czy kobiety, czy to absolutna czy względna, czyni małżeństwo nieważnym z samej jego natury”.

¹³⁸ Kan. 1095 kpk z 1983 r.: „Niezdolni do zawarcia małżeństwa są ci, którzy: 1° są pozbawieni wystarczającego używania rozumu; 2° mają poważny brak rozeznania oceniającego co do istotnych praw i obowiązków małżeńskich wzajemnie przekazywanych i przyjmowanych; 3° z przyczyn natury psychicznej nie są zdolni podjąć istotnych obowiązków małżeńskich”.

¹³⁹ Zob. kan. 1055 § 1 i kan. 1101 § 2 kpk z 1983 r.

¹⁴⁰ Dec. c. Pompedda z 8 VI 1987 r., RRDec. 79 (1987), s. 367-371, n. 1-11. Zob. też dec. c. Stankiewicz z 21 VII 1987 r., Romana, n. 6 (wyrok niepublikowany).

¹⁴¹ Zob. A. Stankiewicz, *L'esclusione della procreazione...*, s. 161.

¹⁴² Zob. G. Ricciardi, *Procreazione responsabile...*, s. 183.

praw i obowiązków małżeńskich do aktów małżeńskiej powinności, które powinny być zawsze zachowane jako naturalny i stosowny sposób przekazywania życia¹⁴³. Wykluczenie potomstwa w małżeństwie narusza jego istotny element. Skoro bowiem element prokreacyjny istniejący w przyporządkowaniu ku *bonum prolis* stanowi istotę małżeństwa i jest zasadniczym i naturalnym elementem formalnym zgody małżeńskiej – zauważa ponens w wyroku c. Fiore z 25 II 1993 r. – nikomu z kontrahentów nie wolno własną powagą go wykluczyć, żeby nie spowodować nieważności samego małżeństwa¹⁴⁴.

5.3. *Ius ad prolem* ściśle związane z *ius ad coniugalem actum*

Poszukując treści *bonum prolis* wyszliśmy od analizy „prawa do aktu małżeńskiego”, który w kpk z 1917 r. wyrażał istotę przedmiotu zgody małżeńskiej i doszliśmy do „istotnego elementu małżeństwa” (kan. 1101 § 2, kpk z 1983 r.), który w nowym kodeksie odnosi się do prawa-obowiązku realizacji prokreacyjnego celu małżeńskiego poprzez akt małżeńskiego oddania się seksualnego. Prawo to jednak ma zakres szerszy, odnosi się bowiem nie tylko do aspektu osobowo-fizyczno-jednoczącego aktu małżeńskiego, ale również do wymiaru prokreacyjnego związanego ze współżyciem małżeńskim¹⁴⁵. Dlatego uzasadnione jest wyprowadzanie z treści *bonum prolis* prawa do potomstwa (*ius ad prolem*). *Ius ad prolem*, które to prawo-obowiązek kanoniści wyprowadzają z *bonum prolis*, nie jest jednak jakimś nowym i oddzielnym tytułem nieważności małżeństwa, ale ściśle łączy się z *ius ad actum coniugalem*. Już w wyroku c. De Jorio z 17 V 1972 r. wykluczenie *ius ad prolem*, czyli wykluczenie potomstwa wprost, nazwane zostało szczególnego rodzaju wykluczeniem aktów małżeńskich¹⁴⁶. A w wyroku c. Ferraro z 9 XI 1976 r. podkreślano, że pomiędzy prawem do potomstwa, czyli prawem do prokreacji (*ius ad prolem seu ius ad procreationem*) a prawem do aktu małżeńskiego, czyli prawem i obowiązkiem współżycia seksualnego (*ius ad copulam coniugalem seu ius et officium*

¹⁴³ Zob. dec. c. Stankiewicz z 17 XII 1993 r., RRDec. 85 (1993), s. 779-780, n. 13.

¹⁴⁴ Zob. dec. c. Fiore z 25 II 1993 r., RRDec. 85 (1993), s. 56, n. 7.

¹⁴⁵ Pierwszym autorem, który opowiedział się za łączeniem istoty *bonum prolis* z prokreacyjnym ukierunkowaniem małżeństwa był K. Mörsdorf (zob. *Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex iuris canonici*, wyd. 9, München 1958, s. 137).

¹⁴⁶ Zob. dec. c. De Jorio z 17 V 1972 r., SRRDec. 64 (1972), s. 313, n. 3.

coëundi) nie zachodzi znaczniejsza różnica. Pierwszy aspekt odnosi się do celu, dla którego małżeństwo zostało ustanowione ze swej natury. Drugi zaś aspekt odnosi się do przedmiotu, czyli elementu konstytutywnego lub strukturalnego, jakim jest zobowiązanie małżeńskie¹⁴⁷. Sformułowanie więc *ius ad prolem* lub *ius ad procreationem* jurysprudencja rotalna stosuje dla wyakcentowania prokreacyjnego wymiaru aktu małżeńskiego.

Dzięki przesunięciu akcentu w postrzeganiu *bonum prolis* i dowartościowaniu przez kodeks Jana Pawła II wymiaru prokreacyjnego *bonum prolis*, została usunięta luka prawna w interpretacji kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r., powodując oddalenie się od mogącej się jawić w poprzednim kodeksie hipotezy rozróżnienia dwóch autonomicznych źródeł nieważności małżeństwa: *ius ad actum coniugalem* oraz *ius ad prolem*. Wykluczenie bowiem *ius ad prolem* lub też *ius ad procreationem* (traktowane w przez część jurysprudencji jako jedno źródło nieważności wypływające z wykluczenia celu małżeństwa) oraz wykluczenie *ius ad actum coniugalem* (o którym w wprost mówił kan. 1086 § 2, kpk z 1917 r.), w świetle nowej kodyfikacji Jana Pawła II zdają się być ze sobą nierozzerwalnie połączone i sprowadzać do jednego znaczenia, mianowicie wykluczenia prawa do aktu małżeńskiego z natury prokreacyjnego. Nie należy więc tych dwóch tytułów traktować oddzielnie, jako dwóch oddzielnych źródeł nieważności małżeństwa, lecz – poucza ponens we wspomnianym wyżej wyroku c. Ferraro z 9 XI 1976 r. – źródła jednego branego podwójnie¹⁴⁸. Nowa kodyfikacja sprowadziła więc do jednego przepisu prawnego to, co w kodeksie Pio-Benedyktynskim zawierało się w kilku normach prawnych: wykluczenie aspektu jednoczenia się w akcie małżeńskim było przedmiotem dyspozycji kan. 1086 § 2 (*omne ius ad coniugalem actum*), którego aspekt prokreacyjny w kan. 1092 n. 2 był ujęty jako *conditio contra substantiam matrimonii* oraz ujęty jako *intentio contra bonum prolis*, jeśli został domniemany (wynioskowany) z pozytywnego aktu woli (kan. 1086 § 2) lub

¹⁴⁷ Zob. dec. c. Ferraro z 9 XI 1976 r., RRDec. 68 (1976), s. 415, n. 6. Zob. też dec. c. Parisella z 29 I 1971 r., SRRDec. 63 (1971), s. 89, n. 2; Dec. c. Fagiolo z 13 X 1971 r., Faventina, n. 2 (wyrok niepublikowany); Dec. c. Ferraro z 9 XI 1976 r., RRDec. 68 (1976), s. 416, n. 7.

¹⁴⁸ Zob. dec. c. Ferraro z 9 XI 1976 r., RRDec. 68 (1976), s. 416, n. 7.

warunku. Dzięki temu wykluczenie *bonum prolis* jako wykluczenie fizycznego jednoczenia się małżonków (*ius ad actum*) oraz wykluczenie prokreacji (*ius ad prolem*) zostało sprowadzone do jednej normy prawnej, mianowicie do kan. 1101 § 2 kpk z 1983 r., który mówi o nieważności zgody małżeńskiej na podstawie wykluczenia pozytywnym aktem woli istotnego elementu małżeństwa, którym – w myśl kan. 1055 § 2 – jest ukierunkowanie małżeństwa na zrodzenie i wychowanie potomstwa.

6. *Ius ad educationem* jako element uzupełniający *bonum prolis*

Posoborowa personalistyczna wizja małżeństwa i rodziny każe widzieć w zadaniu rodzicielskim nie tylko fizyczne rodzenie dzieci, lecz zadanie płodności miłości małżeńskiej rozciąga na wszelkie owoce życia moralnego, duchowego i nadprzyrodzonego, jakie ojciec i matka z racji swego powołania winni przekazać w darze dzieciom, a poprzez dzieci, Kościołowi i światu¹⁴⁹. „Poprzez sakrament małżeństwa – pisze Jan Paweł II, papież i zarazem najwyższy Prowadawca – zadanie wychowawcze rodziców nabiera godności i charakteru powołania, stając się prawdziwą i w ścisłym sensie *posługą* Kościoła w dziele budowania jego członków”¹⁵⁰. Z tego wynika, że fakt poczęcia i zrodzenia nowego człowieka nie jest tylko sprawą osobistą małżonków, lecz ponadosobistym i religijnym wydarzeniem, które domaga się kontynuacji. W związku z tym na rodzicach spoczywa nierozdzielnie związany z przekazaniem życia ludzkiego obowiązek wychowawczy, który nie może być komukolwiek całkowicie odstąpiony. Rodzi się więc pytanie, czy i w jaki sposób prawo-obowiązek do wychowania potomstwa zawiera się w *bonum prolis*, a więc czy wykluczenie wychowania potomstwa dokonane w momencie konstituowania się małżeństwa ma wpływ na jego nieważność?

Wśród kanonistów nie ma jednoznacznej opinii na ten temat. Nieliczna część autorów stoi na stanowisku, że wychowanie potomstwa jest absolutnie bez znaczenia dla rozpatrywania ważności małżeństwa kanonicznego, dlatego jego wykluczenie przez nupturien-

¹⁴⁹ Zob. Joannes Paulus II, Adhortatio Apostolica *Familiaris consortio*, 22 XI 1981, AAS 74 (1982), s. 98, przekład polski: *Posoborowe dokumenty Kościoła katolickiego o małżeństwie i rodzinie*, t. 1, Kraków 1999, s. 164-165.

¹⁵⁰ Tamże, s. 178-179.

tów nie wpływa na ważność ich umowy małżeńskiej¹⁵¹. Przedmiotem bowiem zgody małżeńskiej – czytamy w niektórych nielicznych orzeczeniach rotalnych wyrażających powyższe stanowisko – są prawa i obowiązki, które małżonkowie przekazują tylko względem siebie, dlatego też prawo-obowiązek do wychowania, które odnosi się do potomstwa, jest poza przedmiotem zgody małżeńskiej, gdyż dotyczy osób trzecich – zrodzonego potomstwa¹⁵².

Z powyższą argumentacją zgodzić się nie można, ponieważ – jak czytamy w *Katechizmie Kościoła Katolickiego* – dziecko nie przychodzi z zewnątrz jako dodane do wzajemnej miłości małżonków, lecz wyłania się w samym centrum wzajemnego daru, którego jest owocem i wypełnieniem¹⁵³. Kontrahenci więc – czytamy w orzeczeniu c. Stankiewicz z 17 XII 1993 r. – przez wzajemną akceptację i wzajemne przekazywanie własnej płciowości dla ustanowienia „jednego ciała” i „jednej zasady generatywnej rodzicielskiej”, w sposób najbardziej intymny wiążą się mocno i całkowicie również z potomstwem, które ma się zrodzić i być przeznaczone do wychowania¹⁵⁴,

¹⁵¹ Zob. P. Fedele, *L'„ordinatio ad prolem” nel matrimonio in diritto canonico*, Milano 1962, s. 305-306; E. Graziani, *Volontà attuale e volontà precettiva...*, s. 189-190; O. Giacchi, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano 1968, s. 337-338; O. Fumagalli Carulli, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Milano 1974, s. 164-168; F. Bersini, *La „communio vitae” e il diritto prole nella nuova formulazione del can. 1086 § 2*, „Palestra del Clero” 54 (1975), s. 13-19. Zob. też S. Mastrotto, *L'educatione della prole come elemento essenziale dell'oggetto formale del consenso matrimoniale*, Roma 1984, s. 10.

¹⁵² Zob. dec. c. De Jorio z 18 XII 1963 r., SRRDec. 55 (1963), s. 911, n. 2; Dec. c. De Jorio z 22 VII 1964 r., SRRDec. 56 (1964), s. 643, n. 3; Dec. c. Bejan z 18 V 1964 r., SRRDec. 56 (1964), s. 384, n. 5; Dec. c. Pinna z 30 V 1965 r., SRRDec. 57 (1965), s. 345, n. 3-4; Dec. c. De Jorio z 13 II 1965 r., SRRDec. 57 (1965), s. 147-148, n. 7; Dec. c. Filipiak z 15 V 1965 r., SRRDec. 57 (1965), s. 405, n. 2; Dec. c. Anné z 27 X 1965 r., SRRDec. 57 (1965), s. 764, n. 2; Dec. c. Bejan z 29 X 1966 r., SRRDec. 58 (1966), s. 770-771, n. 9; Dec. c. Anné z 25 II 1969 r., SRRDec. 61 (1969), s. 183, n. 13; Dec. c. Bruno z 18 II 1977 r., SRRDec. 69 (1977), s. 59, n. 3. Zob. też A. Stankiewicz, *L'esclusione della procreazione...*, s. 167-168.

¹⁵³ KKK, n. 2366: „Plodność jest darem, celem małżeństwa, ponieważ miłość małżeńska ze swojej natury zmierza do tego, by być płodną. Dziecko nie przychodzi z zewnątrz jako dodane do wzajemnej miłości małżonków; wyłania się w samym centrum tego wzajemnego daru, którego jest owocem i wypełnieniem. Dlatego Kościół, który opowiada się za życiem, naucza, że każdy akt małżeński powinien pozostać otwarty na przekazywanie życia ludzkiego. Nauka ta, wielokrotnie podawana przez Urząd Nauczycielski Kościoła, ma swoją podstawę w ustanowionym przez Boga nierozzerwalnym związku, którego człowiekowi nie wolno samowolnie zrywać, między podwójnym znaczeniem aktu małżeńskiego: znaczeniem jednoczącym i prokreacyjnym”.

¹⁵⁴ Zob. dec. c. Stankiewicz z 17 XII 1993 r., RRDec. 85 (1993), s. 780, n. 15.

gdyż „wedle zamysłu Bożego, małżeństwo jest podstawą szerszej wspólnoty rodzinnej, ponieważ sama instytucja małżeństwa i miłość małżeńska są skierowane ku rodzeniu i wychowaniu potomstwa, w którym znajdują swoje uwieńczenie”¹⁵⁵.

Stąd znakomita większość autorów jest zdania, że prawo do wychowania potomstwa należy do przedmiotu zgody małżeńskiej i dlatego mieści się w pojęciu *bonum prolis*, stąd jego wykluczenie ma wpływ na ważność umowy małżeńskiej. Jednak przyjmują przy tym wypracowane przez tradycję kanoniczną rozróżnienie na prawo do wychowania potomstwa w wymiarze fizycznym, czysto ludzkim, charakteryzującym się elementem nazwanym *bonum physicum prolis*, oraz prawo do wychowania potomstwa w wymiarze moralno-religijnym, charakteryzującym się elementem nazwanym *bonum spirituale prolis*, odpowiednio ustosunkowując się za lub przeciw włączeniu tych elementów do przedmiotu zgody małżeńskiej, czyli do *bonum prolis*¹⁵⁶.

6.1. *Bonum physicum prolis*

Wprawdzie czysto formalna norma prawna kan. 1101 § 2 kpk z 1983 r., będąca podstawą prawną dla wykluczenia *bonum prolis*, nie rozciąga się na momenty następujące po urodzeniu potomstwa mówiąc jedynie o wykluczeniu istotnego elementu przedmiotu zgody małżeńskiej, którym – zgodnie z praktyką jurysprudencji rotalnej – jest przekazanie i przyjęcie prawa do aktu małżeńskiego z natury prokreacyjnego, niemniej ze względu na ponadosobową odpowiedzialność rodziców nad poczętym człowiekiem, tradycja kanoniczna uznaje *bonum physicum prolis* jako istotny element formalny przedmiotu zgody małżeńskiej. Termin ten wyraża pojęcie służby na rzecz przekazania i zachowania życia ludzkiego¹⁵⁷. Chodzi więc nie tylko o przekazanie prawa i obowiązku do aktu małżeńskiego zdolnego do poczęcia życia ludzkiego, ale także prawo-obowiązek zachowania *nasciturusa* przy życiu, jego zrodzenie, troskę o utrzymanie *natusa* i całości jego członków przy życiu, wreszcie umożli-

¹⁵⁵ Joannes Paulus II, *Adhortatio Apostolica Familiaris consortio*, s. 147-148.

¹⁵⁶ Zob. K. Konieczny, *Nieważność małżeństwa z tytułu wykluczenia potomstwa*, „Atheum Kapłańskie” 56 (1958), s. 434; S. Mastrotto, *L'educatione della prole...*, s. 31; A. Stankiewicz, *L'esclusione della procreazione...*, s. 166; K. W. Schmidt K. W., *Educatio prolis and validity of marriage*, „The Jurist” 55 (1995), s. 243-286.

¹⁵⁷ Zob. A. Stankiewicz, *L'esclusione della procreazione...*, s. 169.

wienie mu wzrostu i rozwoju¹⁵⁸, czyli to wszystko, co w doktrynie i orzecznictwie rotalnym bywa nazywane *procreatio continua*¹⁵⁹, *prima educatio*¹⁶⁰, albo *educatio physica naturalis*¹⁶¹. Takie szerokie rozumienie wykluczenia *bonum prolis*, które obejmuje wykluczenie *bonum physicum prolis*, zgodne było z powszechną opinią kanonistyczną¹⁶², którą reprezentowali m.in.: Chelodi¹⁶³, Vidal¹⁶⁴, Knecht¹⁶⁵, Blat¹⁶⁶, Triebs¹⁶⁷, Payen¹⁶⁸, Regatillo¹⁶⁹, Jone¹⁷⁰, D'Avack¹⁷¹, a także z praktyką judykatury rotalnej w okresie obowiązywania kodeksu Pio-Benedyktyńskiego¹⁷². Nie widać więc racji, aby wspomniana wy-

¹⁵⁸ Zob. M. Conte A Coronata, *Institutiones Iuris Canonici. De Sacramentis. Tractatus Canonicus*, t. 3: *De matrimonio et de Sacramentalibus*, wyd. 3, Romae 1953, s. 702-707.

¹⁵⁹ Zob. dec. c. Canestri z 8 VII 1941 r., SRRDec. 33 (1941), s. 603, n. 6.

¹⁶⁰ Zob. G. Payen, *De matrimonio in missionibus ac potissimum in Sinis tractatus practicus et casus*, t. 1, wyd. 2, Zi-ka-wei 1935, s. 80; Tenże, *De matrimonio in missionibus ac potissimum in Sinis tractatus practicus et casus*, t. 2, wyd. 2, Zi-ka-wei 1936, s. 134.

¹⁶¹ Zob. E. Graziani, *Volontà attuale e volontà precettiva...*, s. 189; K. Konieczny, *Nieważność małżeństwa...*, s. 434; P. Huizing, *Bonum prolis...*, s. 669; U. Navarrete, *Structura iuridica matrimonii...*, s. 51; S. Mastrotto, *L'educatione della prole...*, s. 31.

¹⁶² Zob. P. Huizing, *Bonum prolis...*, s. 669-676; R. Sobański, *Symulacja częściowa...*, s. 37-38; A. Stankiewicz, *L'esclusione della procreazione...*, s. 169.

¹⁶³ Zob. I. Chelodi, *Ius matrimoniale iuxta Codicem Iuris Canonici*, wyd. 3, Tridenti 1921, s. 135.

¹⁶⁴ Zob. X. Wernz – P. Vidal – P. Aguirre, *Ius canonicum*, t. 5: *Ius matrimoniale*, wyd. 3, Romae 1946, s. 35 i s. 655.

¹⁶⁵ Zob. A. Knecht, *Handbuch des katholischen Eherechts*, Freiburg (i. B.) 1928, s. 40.

¹⁶⁶ Zob. A. Blat, *Commentarium textus Codicis iuris canonici, Liber III De rebus. Pars I: De sacramentis*, wyd. 2, Romae 1924, s. 491.

¹⁶⁷ Zob. F. Triebs, *Praktisches Handbuch des geltenden kanonischen Eherechts in Vergleichung mit dem deutschen staatlichen Eherecht*, t. 4, Breslau 1925, s. 42.

¹⁶⁸ Zob. G. Payen, *De matrimonio in missionibus...*, t. 1, s. 80; Tenże, *De matrimonio in missionibus...*, t. 2, s. 135: „Invalidae contrahit, qui, vi condicionis appositae, excludit intentione praevalente, *bonum physicum prolis*, id est eius procreationem, eiusve primam educationem”. Zob. też E. Genicot, *Institutiones Theologiae Moralis*, t. 2, Bruxelles 1912, s. 457.

¹⁶⁹ Zob. E. F. Regatillo, *Ius sacramentarium*, wyd. 3, Santander 1960, s. 583: „Bonum prolis seu potestas generandi et educandi”.

¹⁷⁰ Zob. H. Jone, *Commentarium in Codicem iuris canonici*, t. 2, Paderborn 1954, s. 220.

¹⁷¹ Zob. P. A. D'Avack, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, Firenze 1952, s. 52: „Il *bonum prolis* consistente nella potestà di generare ed educare la prole”; Tenże, *Il matrimonio*, Milano 1961, s. 73.

¹⁷² Zob. dec. c. Wynen z 6 V 1941 r., SRRDec. 33 (1950), s. 355-356, n. 2; Dec. c. Canestri z 8 VII 1941 r., SRRDec. 33 (1941), s. 603, n. 6: „... certum est nullum esse matrimonium si coniuges i actu contrahendi consensium quidem in perfectae copulae commutationem, sed excludunt ius veri seminis retentionem in vasis foemines, el ad conceptionem, vel evolutionem foetus, per *abortum* eiciendi, vel *ad vitam* necnon *integritatem* membrorum prolis iam editae”; Dec. c. Wynen z 22 I 1944 r., SRRDec. 36

zej doktryna nie była respektowana w aktualnym prawie małżeńskim, tym bardziej, że sam najwyższy Prawodawca w ukierunkowaniu małżeństwa, które z natury nastawione jest na prokreację i wychowanie potomstwa¹⁷³, widzi kształtowanie kanonicznego układu małżeńskiego, w konsekwencji czego „zadanie wychowawcze rodziców nabiera godności i charakteru powołania, stając się prawdziwą i w ścisłym sensie *posługą* Kościoła w dziele budowania jego członków”¹⁷⁴. Dlatego zgodzić się należy z opinią, że w treści *bonum prolis* zawiera się także element *bonum physicum prolis*, obejmujący prawo-obowiązek zapewnienia minimum wychowania przysługującego potomstwu: zachowanie *nasciturusa* przy życiu, przyjęcie *natura* i umożliwienie mu wzrostu i rozwoju jako osoby ludzkiej we wspólnocie małżeńskiej¹⁷⁵. Wykluczenie pozytywnym aktem woli *bonum physicum prolis* w chwili wyrażania zgody małżeńskiej powoduje nieważność małżeństwa.

6.2. *Bonum spirituale prolis*

Pełne wychowanie obejmuje nie tylko zapewnienie potomstwu minimum potrzebnego do przeżycia biologicznego (czyli to, co mieści się w pojęciu *bonum physicum prolis*), lecz również – o czym

(1944), s. 62-63, n. 12; Dec. c. Wynen z 27 II 1947 r., SRRDec. 39 (1947), s. 120, n. 2; Dec. c. Canestri z 20 III 1948 r., SRRDec. 40 (1948), s. 94, n. 5: „Concordant doctores in admittenda reservationem juris necandae aut mutilandae prolis inducere nullitatem matrimoniali; haec enim esset contra finem principalem contractus: educationem sobolis”; Dec. c. Heard z 13 III 1948 r., SRRDec. 40 (1948), s. 88, n. 4; Dec. c. Jullien z 16 X 1948 r., SRRDec. 40 (1948), s. 355, n. 4; Dec. c. Canestri z 26 I 1950 r., SRRDec. 42 (1950), s. 46, n. 3; Dec. c. Mattioli z 22 V 1958 r., SRRDec. 50 (1958), s. 347, n. 2; Dec. c. Pinna z 28 XI 1959 r., SRRDec. 51 (1959), s. 572, n. 3; Dec. c. De Jorio z 17 VI 1964 r., SRRDec. 56 (1964), s. 494, n. 6; Dec. c. De Jorio z 22 VII 1964 r., SRRDec. 56 (1964), s. 643, n. 3; Dec. c. Pinna z 30 IV 1964 r., SRRDec. 56 (1964), s. 329, n. 3; Dec. c. Mattioli z 22 X 1964 r., SRRDec. 56 (1964), s. 731, n. 2; Dec. c. Pinna z 30 V 1965 r., SRRDec. 57 (1965), s. 445, n. 3; Dec. c. Ewers z 27 I 1965 r., SRRDec. 57 (1965), s. 74, n. 2; Dec. c. Ewers z 17 VII 1965 r., SRRDec. 57 (1965), s. 575, n. 2; Dec. c. Bejan z 29 X 1966 r., SRRDec. 57 (1966), s. 769, n. 8; Dec. c. De Jorio z 23 VI 1971 r., SRRDec. 63 (1971), s. 515, n. 6; Dec. c. Pinto z 12 XI 1973 r., SRRDec. 65 (1973), s. 727, n. 3; Dec. c. Egan z 20 I 1978 r., RRDec. 70 (1978), s. 30-31, n. 6; Dec. c. Stankiewicz z 13 V 1978 r., RRDec. 70 (1978), s. 209, n. 6; Dec. c. Raad z 20 III 1980 r., Pittsburgien., n. 5 (wyrok niepublikowany); Dec. c. Stankiewicz z 23 VII 1981 r., RRDec. 73 (1981), s. 385, n. 4; Dec. c. Stankiewicz z 20 IV 1989 r., RRDec. 81 (1989), s. 287, n. 12.

¹⁷³ Zob. kan. 1013 § 1 kpk z 1917 r.; kan. 1055 § 1 kpk z 1983 r.

¹⁷⁴ Joannes Paulus II, *Ahortatio Apostolica Familiaris consortio*, s. 178-179.

¹⁷⁵ Zob. A. Stankiewicz, *L'esclusione della procreazione...*, s. 169.

wspomina m.in. kan. 795 kpk z 1983 r. – przekazanie wartości moralno-religijnych istotnych dla życia ludzkiego¹⁷⁶. W tradycji kanonicznej ów moralno-religijny aspekt wychowawczy został określony – jak to zostało wspomniane wyżej – jako *bonum spirituale prolis*. O obowiązku zapewnienia potomstwu komplementarnego wychowania fizycznego, społecznego i kulturalnego, a zwłaszcza wychowania moralno-religijnego wyływającego z wiary katolickiej, wielokrotnie wspomina nowy kodeks prawa kanonicznego¹⁷⁷, jak również Sobór Watykański II¹⁷⁸ i magisterium nauczania papieskiego¹⁷⁹. God-

¹⁷⁶ Kan. 795 kpk z 1983 r.: „Ponieważ prawdziwe wychowanie powinno objąć pełną formację osoby ludzkiej, zarówno w odniesieniu do celu ostatecznego, jak i w odniesieniu do dobra wspólnego społeczności, dlatego dzieci i młodzież tak winny być wychowywane, ażeby harmonijnie mogły rozwijać swoje przymioty fizyczne, moralne oraz intelektualne, zdobywać coraz doskonalszy zmysł odpowiedzialności, właściwie korzystać z wolności i przygotowywać się do czynnego udziału w życiu społecznym”.

¹⁷⁷ Kan. 226 § 2 kpk z 1983 r.: „Rodzice, ponieważ dali dzieciom życie, mają bardzo poważny obowiązek i prawo ich wychowania. Stąd też na pierwszym miejscu do chrześcijańskich rodziców należy troska o chrześcijańskie wychowanie dzieci, zgodnie z nauką przekazywaną przez Kościół”; Kan. 793 § 1 kpk z 1983 r.: „Rodzice oraz ci, których ich zastępują, mają obowiązek i zarazem prawo wychowania potomstwa. Rodzice katolicy mają ponadto obowiązek i prawo dobrania takich środków i instytucji, przy pomocy których, uwzględniając miejscowe warunki, mogliby lepiej zadbać o katolickie wychowanie swoich dzieci”; Kan. 798 kpk z 1983 r.: „Rodzice powinni kierować swoje dzieci do szkół zapewniających katolickie wychowanie. Jeśli nie mogą tego uczynić, mają obowiązek sami zatroszczyć się o to, by dzieci poza szkołą otrzymały należne wychowanie katolickie”; Kan. 1136 kpk z 1983 r.: „Rodzice mają najcięższy obowiązek i najpierwsze prawo troszczenia się zgodnie, według swoich możliwości, o wychowanie potomstwa zarówno fizyczne, społeczne i kulturalne, jak i moralne oraz religijne”.

¹⁷⁸ DWCH, n. 3: „Rodzice, ponieważ dali życie dzieciom, w najwyższym stopniu są obowiązani do wychowania potomstwa i dlatego muszą być uznani za pierwszych i głównych jego wychowawców. To zadanie wychowawcze jest tak wielkiej wagi, że jego ewentualny brak z trudnością dałby się zastąpić. Do rodziców bowiem należy stworzyć taką atmosferę rodzinną, przepojoną miłością i szacunkiem dla Boga i ludzi, aby sprzyjała całemu osobistemu i społecznemu wychowaniu dzieci (...)”. Zob. też R. Szychmiller, *Doktryna Soboru Watykańskiego II o celach małżeństwa i jej recepcja w Kodeksie Prawa Kanonicznego z roku 1983*, Lublin 1993, s. 400-408; Tenże, *Istotne obowiązki małżeńskie*, Warszawa 1997, s. 93-94.

¹⁷⁹ Zob. Pius XII, *Allocutiones*, 24 XII 1942, AAS 35 (1943), s. 12-19; Joannes XXIII, *Encyclica Pacem in terris*, 11 IV 1963, AAS 55 (1963), s. 262, przekład polski: *Encykliki. Jan XXIII, Paweł VI, Jan Paweł II*, Warszawa 1981, s. 52, n. 4; Joannes Paulus II, *Adhortatio Apostolica Familiaris consortio*, s. 176: „Prawo-obowiązek rodziców do wychowywania jest czymś istotnym i jako taki związany jest z samym przekazywaniem życia ludzkiego; jest on pierwotny i mający pierwszeństwo w stosunku do zadań wychowawczych innych osób, z racji wyjątkowości stosunku miłości łączącej rodziców i dzieci; wyklucza zastępstwo i jest niezbywalny, dlatego nie może być całkowicie przekazany innym, ani przez innych zawłaszczony”.

ny zwrócenia uwagi jest kan. 1366 kpk z 1983 r., który przewiduje sankcję karną w postaci cenzury dla rodziców katolickich, którzy oddaliby swoje dzieci do chrztu lub wychowania w religii niekatolickiej¹⁸⁰. W związku z tym częstym odwoływaniem się do obowiązku wychowania moralno-religijnego potomstwa prezentowanym we współczesnym, ale też i w dawniejszym nauczaniu Kościoła, niektórzy kanoniści¹⁸¹ zaczęli zajmować stanowisko, w myśl którego *bonum spirituale prolis* należy do istotnego przedmiotu zgody małżeńskiej, dlatego nieważne małżeństwo będzie również wtedy, gdy w momencie wyrażania zgody małżeńskiej zostanie wykluczone prawo do wychowania moralno-religijnego, a zwłaszcza katolickiego. Wśród nielicznej grupy audytorów rotalnych reprezentujących powyższy pogląd należy wymienić Raad, który jako ponens wyroków z 13 XI 1979 r. i z 20 III 1980 r. utrzymywał, że również wychowanie moralno-religijne potomstwa, zwłaszcza wychowanie chrześcijańskie (katolickie) należy do istotnego minimum *bonum prolis*¹⁸².

¹⁸⁰ Kan. 1366 kpk z 1983 r.: „Rodzice lub ich zastępujący, którzy oddają dzieci do chrztu lub na wychowanie w religii niekatolickiej, powinni być ukarani cenzurą lub inną sprawiedliwą karą”. Zob. też J. Syryjczyk, *Troska Kościoła o katolickie wychowanie dzieci w kanonicznym prawie karnym*, „Prawo Kanoniczne” 30 (1987) n. 3-4, s. 204-205.

¹⁸¹ Zwłaszcza okresu „Decretales” (zob. F. Schmier, *Iurisprudentia canonico-civiles seu ius canonicum universum iuxta quinque libros Decretalium*, t. 3, Salisburgi 1716, lib. 4, tract. 3, cap. 5, sec. 3, n. 56-60; F. Schmalzgrueber, *Ius ecclesiasticum universum*, t. 4, Romae 1844, lib. 4, tit. 6, n. 150), okresu obowiązywania kpk z 1917 r. (zob. M. Conte A Coronata, *De matrimonio et de Sacramentalibus*, s. 663: „Quod dicitur de positivo actu voluntatis contra bonum prolis valet non solum quando excluditur prolis procreatio sed etiam quando excluditur prolis educatio christiana, si agitur de matrimonio christiano, quia etiam ista intentio seu voluntas est contra bonum prolis”; Tamże, s. 706-707: „non excludit bonum prolis sed aliquid minus”; F. M. Capello, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis*, t. 5: *De matrimonio*, wyd. 5, Taurini 1961, s. 532; M. Timlin, *Conditional Matrimonial Consent*, Washington 1934, s. 301-310; A. C. Jemolo, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Milano 1941, s. 257), oraz okresu obowiązywania kpk z 1983 r. (zob. F. Finocchiaro, *Il matrimonio nel diritto canonico. Profili sostanziali e processuali*, Bologna 1989, s. 91-92; R. Sztymmler, *Implikacje procesowe ujęcia celów małżeństwa...*, s. 88; Tenże, *Wykluczenie potomstwa...*, s. 112). Zob. też X. Wernz – P. Vidal – P. Aguirre, *Ius matrimoniale*, s. 655; R. Sobański, *Symulacja częściowa...*, s. 38; Seco Caro, *La educación religiosa de los hijos y la exclusión del „bonum prolis”*, „Ius Canonicum” 12 (1972), s. 388; S. Mastrotto, *L'educatione della prole...*, s. 93; A. Stankiewicz, *L'esclusione della procreazione...*, s. 170.

¹⁸² Zob. dec. c. Raad z 13 XI 1979 r., „Monitor Ecclesiasticus” 36-37 (1980), s. 178-179, n. 12-13; Dec. c. Raad z 20 III 1980 r., Pittsburgen, n. 5 (wyrok niepublikowany). Zob. też A. Mostaza Rodriguez, *Derecho matrimonial*, w: J. M. Piñero Carrión, *Nuevo derecho canónico*, wyd. 2, Madrid 1983, s. 269; J. Hendriks, *Diritto matrimoniale...*, s. 30-31.

Jednak opinia polegająca na tym, że wychowanie katolickie należy do istoty *bonum prolis* nie została przyjęta ani przez doktrynę kanoniczną¹⁸³, ani przez powszechną praktykę jurysprudencji rotalnej, która raczej unika orzekania nieważności małżeństwa w podobnej sytuacji¹⁸⁴. Za odrzuceniem powyższej opinii wydają się przemawiać następujące argumenty.

a) Element istotny prawa-obowiązku do wychowania potomstwa związany jest z prawem-obowiązkiem przekazania życia ludzkiego, które wypływa z prokreacyjnego z natury ukierunkowania małżeństwa (*ordinatio ad prolem*), a więc odnosi się do inicjacji życia ludzkiego w swoim całości, a nie do jakiegoś szczególnego wymia-

¹⁸³ Zob. X. Wernz – P. Vidal – P. Aguirre, *Ius matrimoniale*, s. 644, przypis 32: „quoad exclusionem educationis spiritualis, pactum educandi in haeresi, infidelitate, aliis delictis: non est contra substantiam; ita doctrina communis; item praxis Ecclesiae, quae nulli statuit nuptias cum tali pacto initas viribus carere; qui pactum educationis in haeresi vel in infidelitate irritare dicit, logice id affirmare debet etiam de aliis delictis”; E. J. Mahoney, *Priests' Problems*, London 1958, s. 278; B. H. Merkelbach, *Summa theologiae moralis*, t. 3: *De sacramentis*, wyd. 11, Brugis 1962, s. 792; E. F. Regatillo, *Ius sacramentarium*, wyd. 3, Santander 1960, s. 804: „Conditio contra bonum morale et religiosum seu institutionem prolis secundum normas catholicas, iuxta omnes auctores et praxim Ecclesiae, non irriat”; D. Staffa, *De conditione contra matrimonii substantiam*, wyd. 2, Romae 1955, s. 25: „Conditio educandi prolem extra catholicam religionem vel in infidelitate, etsi formam induat pacti, contra matrimonii substantiam non est, nec iure positivo matrimonium dirimit: etenim substantia matrimonii eadem est tum pro fidelibus cum pro infidelibus, neque intrinsece ordinatur ad illam elevationem supernaturalem prolis, ad quam tendit catholica religio”; H. A. Ayrinhac, *De quibusdam defectibus in consensu matrimoniali*, „Ius Pontificium” 9 (1929), s. 33; P. Gasparri, *Tractatus canonicus de matrimonio*, t. 2, Paris 1897, s. 85: „Conditio ut prolem educamus in iudaismo, non est contra substantiam”; A. Gougnard, *Tractatus de matrimonio*, wyd. 8, Mechliniae 1937, s. 171; S. Fraghí, *De condicionibus matrimonio appositis*, Romae 1941, s. 76; J. Bänk, *Connubia canonica*, Romae 1959, s. 434; P. Mans – M. Jaime, *El consentimiento matrimonial. Defecto y vicios del mismo como causas de nulidad de las nupcias*, Barcelona 1956, s. 156: „Exclusio educationis physicae, intellectualis, moralis, religiosae, nullum dubium gignere potest de validate matrimonii”; U. Navarrete, *Structura iuridica matrimonii...*, s. 51; O. Fumagalli Carulli, *Il matrimonio canonico dopo il Concilio*, s. 80. Zob. też P. Huizing, *Bonum prolis...*, s. 686-687; R. Sobański, *Symulacja częściowa...*, s. 38; A. Stankiewicz, *L'esclusione della procreazione...*, s. 170-171.

¹⁸⁴ Zob. dec. c. Jullien z 16 X 1948 r., SRRDec. 40 (1948), s. 356, n. 6; Dec. c. Brennan z 26 I 1948 r., SRRDec. 40 (1948), s. 47, n. 17; Dec. c. Canestri z 20 III 1948 r., SRRDec. 40 (1948), s. 94, n. 5; Dec. c. Canestri z 26 I 1950 r., SRRDec. 42 (1950), s. 46, n. 3; Dec. c. Bejan z 29 X 1966 r., SRRDec. 58 (1966), s. 765, n. 4; Dec. c. De Jorio z 27 III 1968 r., SRRDec. 60 (1968), s. 253, n. 3; Dec. c. De Jorio z 23 VI 1971 r., SRRDec. 63 (1971), s. 516, n. 6; Dec. c. Pinto z 12 XI 1973 r., SRRDec. 65 (1973), s. 727, n. 3; Dec. c. Lefebvre z 2 III 1974 r., SRRDec. 66 (1974), s. 156, n. 3; Dec. c. Stankiewicz z 20 IV 1989 r., RRDec. 81 (1989), s. 287, n. 12. Zob. też K. Konieczny, *Nieważność małżeństwa...*, s. 434.

ru odpowiedzialności wychowawczej, w tym też wychowania w wierze katolickiej¹⁸⁵. Wręcz przeciwnie, wiara bowiem, choć związana jest z określoną kulturą i przekazywana przez dziedzictwo wychowawcze, nie jest jednak w sensie ścisłym żadnym dziedzictwem, które można dowolnie i swobodnie każdemu przekazać bez ryzyka utraty, ponieważ przystąpienie do wiary uzależnione jest zawsze od dobrowolnej i osobistej decyzji człowieka, inaczej mówiąc jest ona nieustannym dziełem łaski Chrystusa i wolności człowieka¹⁸⁶.

b) Wychowanie do wiary katolickiej bezpośrednio wiąże się nie z faktem prokreacji, lecz z chrztem potomstwa, który jest narodzeniem duchowym w porządku łaski. Poprzez chrzest, a nie poprzez fizyczne narodzenie, dziecko otrzymuje prawo do wychowania chrześcijańskiego, poprzez które może być formowane do osiągnięcia dojrzałości chrześcijańskiej i pełnego przeżywania tajemnicy zbawienia¹⁸⁷.

c) Wreszcie argumentem przemawiającym za tym, że wychowanie moralno-religijne nie należy do istotnego przedmiotu zgody małżeńskiej, a zatem wykluczenie *bonum spirituale prolis* w chwili zawierania małżeństwa nie powoduje nieważności małżeństwa, jest obecność małżeństw mieszanych, tzn. zawartych między dwiema osobami ochrzczone, z których jedna została ochrzczona w Kościele katolickim lub po chrzcie została do niego przyjęta i formalnym aktem od niego się nie odłączyła, druga zaś należy do Kościoła lub wspólnoty kościelnej nie mającej pełnej łączności z Kościołem katolickim¹⁸⁸. Ordynariusz miejsca kierując się słuszną i rozsądną przyczyną może wydać zezwolenie na zawarcie małżeństwa mieszanego, zażądać jednak przy tym musi od strony katolickiej przyrze-

¹⁸⁵ Zob. T. Goffi, *Morale matrimoniale e familiare*, w: T. Goffi – G. Piana, *Corso di morale*, t. 3: *Koinonia (etica della vita sociale)*, Brescia 1984, s. 301.

¹⁸⁶ Tamże, s. 304. Zob. też A. Stankiewicz, *L'esclusione della procreazione...*, s. 172.

¹⁸⁷ Kan. 217 KPK z 1983 r.: „Wierni, którzy to przez chrzest są powoływani do prowadzenia życia zgodnego z doktryną ewangeliczną, posiadają prawo do wychowania chrześcijańskiego, przez które mają być odpowiednio przygotowywani do osiągnięcia dojrzałości osoby ludzkiej i jednocześnie do poznania i przeżywania tajemnicy zbawienia”. Zob. też J. Auer, *Die Sakramente der Kirche*, wyd. 2, Assisi 1989, s. 63; A. Stankiewicz, *L'esclusione della procreazione...*, s. 173.

¹⁸⁸ Kan. 1124 KPK z 1983 r.: „Małżeństwo między dwiema osobami ochrzczone, z których jedna została ochrzczona w Kościele katolickim lub po chrzcie została do niego przyjęta i formalnym aktem od niego się nie odłączyła, druga zaś należy do Kościoła lub wspólnoty kościelnej nie mającej pełnej łączności z Kościołem katolickim, jest zabronione bez wyraźnego zezwolenia kompetentnej władzy”.

czenia, że ta uczyni wszystko, co w jej mocy, aby wszystkie dzieci zostały ochrzczone i wychowane w Kościele katolickim¹⁸⁹. Jednak należy zauważyć, że złożone oświadczenie strony katolickiej wcale nie daje pewności wypełnienia go. Uznając bowiem prawo do wolności sumienia, nie można zaakceptować rozwiązania, które wykluczałoby całkowicie jednego z dwojga małżonków z prawa i obowiązku wychowania chrześcijańskiego dzieci, ponieważ prawo do wychowania religijnego należy tak do katolickiego jak i drugiego małżonka. Stanowisko przeciwne byłoby sprzeczne nie tylko ze stałą praktyką Kościoła, ale również z duchem ekumenicznym¹⁹⁰. Nie mogąc też przyjąć realizacji jakiegoś ponadwyznaniowego wychowania, decyzję o kierunku wychowania religijnego dzieci pozostawić należy samym rodzicom, gdyż oni są pierwszymi zainteresowanymi¹⁹¹. Skoro więc strona katolicka nie może zagwarantować pewnej obietnicy dopełnienia obowiązku wychowania potomstwa, a mimo to małżeństwo mieszane, po otrzymaniu stosownego pozwolenia od miejscowego ordynariusza, jest ważne zawarte, wynika stąd wniosek, że intencja wychowania katolickiego potomstwa nie należy do istoty małżeństwa *in fieri*.

Jeszcze bardziej wyraziście ta kwestia rysuje się w małżeństwach ochrzczonych niekatolików, którzy – w myśl kan. 1117 kpk z 1983 r. – nie są zobowiązani do formy kanonicznej, gdyż nie podlegają jurysdykcji kościelnej¹⁹². Małżonkowie ci reprezentując wiarę niekatolicką wychowują swoje potomstwo w religii niekatolickiej, a więc można założyć, że domyślnie posiadają intencję wykluczającą wychowanie katolickie swojego potomstwa. Mimo to prawo kanonicz-

¹⁸⁹ Kan. 1125 n. 1 kpk z 1983 r.: „Strona katolicka winna oświadczyć, że jest gotowa odsunąć od siebie niebezpieczeństwo utraty wiary, jak również złożyć szczerze przyrzeczenie, że uczyni wszystko, co w jej mocy, aby wszystkie dzieci zostały ochrzczone i wychowane w Kościele katolickim”.

¹⁹⁰ Zob. X. Wernz – P. Vidal – P. Aguirre, *Ius matrimoniale*, s. 655; Dec. c. Julien z 16 X 1948 r., SRRDec. 40 (1948), s. 356, n. 7; DE, n. 10; Joannes Paulus II, *Adhortatio Apostolica Familiaris consortio*, s. 226-228.

¹⁹¹ Zob. G. Marcheselli, *Il matrimonio misti in Italia*, Brescia 1969, s. 56.

¹⁹² Zob. kan. 11 kpk z 1983 r. Zob. też T. Pawluk, *Prawo małżeńskie*, s. 191: „Osoby nie zobowiązane do zachowania kanonicznej formy zawarcia małżeństwa mogą ważne zawierać związek małżeński – z osobami nie zobowiązanymi do zachowania tej formy – według jakiegokolwiek formy, byleby chcieli zawrzeć prawdziwe małżeństwo. Od tej zasady są wyjątki: 1) niekatolicy obrządków wschodnich są zobowiązani zachować przepisy własnego prawa małżeńskiego; 2) osoby nie ochrzczone powinny zachować przepisy cywilnego prawa małżeńskiego”.

ne uznaje ważność tych małżeństw, co jest w zgodzie ze stałą praktyką Kościoła¹⁹³. Z tego wynika, że intencja nupturientów o wychowaniu niekatolickim swojego potomstwa nie wpływa na ważność ich umowy małżeńskiej. Nie widać więc racji, aby prawo-obowiązek do wychowania religijnego potomstwa był istotnym elementem przedmiotu zgody małżeńskiej, a tym samym i małżeństwa.

Uwzględniając więc to, co powiedzieliśmy wyżej, należy opowiedzieć się za tym, że prawo do wychowania moralno-religijnego potomstwa nie należy do istotnego elementu przedmiotu zgody małżeńskiej, czyli element *bonum spirituale prolis* nie zawiera się w treści *bonum prolis*. Wobec tego wykluczenie *bonum spirituale prolis* w chwili zawierania małżeństwa nie powoduje nieważności małżeństwa.

7. Wnioski

Analiza doktryny i orzecznictwa rotalnego doprowadziła do stwierdzenia, że termin *bonum prolis* został zaczerpnięty z nauki św. Augustyna o trzech dobrach małżeńskich na wyrażenie istotnego przedmiotu konstytuującego małżeństwo. Początkowo treść *bonum prolis* – którą wiązano z kan. 1086 § 2 kpk z 1917 r. – odnoszono do tzw. *ius in corpus*. Taka jednak formuła kanonu, która sprowadzała treść *bonum prolis* do *ius in corpus*, okazała się niewystarczająca dla wszystkich przypadków symulacji zgody małżeńskiej, w związku z tym pojawiła się konieczność nowej redakcji wspomnianej normy prawnej. W nowym kodeksie *bonum prolis* odnosi się – w myśl kan. 1101 § 2 kpk z 1983 r. – do „istotnego elementu małżeństwa” i zgodnie z powszechną praktyką jurysprudencji rotalnej na jego treść składają się prawa-obowiązki małżeńskie, które stanowią jedno uzupełniające się prawo małżeńskie przekazane obopólnie przez nupturientów w chwili wyrażania zgody małżeńskiej, które z samej swojej natury jest prawem małżeńskim wyłącznym, dozgonnym, nie dopuszczającym żadnych przerw ani ograniczeń. Wśród praw-obowiązków przypisywanych przez orzecznictwo rotalne terminowi *bonum prolis*, znajduje się prawo do płodnego

¹⁹³ Zob. R. Navarro Valls, *I matrimonii misti*, w: L. Chiappetta, *Il Codice di Diritto Canonico*, t. 2, wyd. 2, Roma 1996, s. 809; U. Naarrete, *Commentarium canonicum ad litt. Ap. M. P. datus „Matrimonia mixta” 31 mart. 1970*, „Periodica” 59 (1970), s. 445; V. De Paolis, *De sanctionibus in Ecclesia*, Romae 1986, s. 120; A. Stankiewicz, *L'esclusione della procreazione...*, s. 173-174.

aktu małżeńskiego (*ius ad coniugalem actum*), w którym aspekt jednoczący jest nierozzerwalnie połączony z aspektem prokreacyjnym. Następnie prawo do potomstwa (*ius ad prolem*), inaczej prawo do prokreacji (*ius ad procreationem*), czyli prawo do spółnienia i zrodzenia potomstwa przez podjęcie pełnego aktu małżeńskiego (*copula perfecta*). Wreszcie prawo do wychowania (*ius ad educationem*) w znaczeniu *bonum physicum prolis*, czyli prawo-obowiązek zapewnienia potomstwu minimum wychowania: zachowania *nasciturusa* przy życiu, jego zrodzenie, troskę o utrzymanie *natusa* i całości jego członków przy życiu, wreszcie przyjęcie *natusa* i umożliwienie mu wzrostu i rozwoju jako osoby ludzkiej. Prawo do wychowania moralno-religijnego potomstwa, czyli element *bonum spirituale prolis*, nie zawiera się w treści *bonum prolis*.

L'essenza *bonum prolis*

Sempre più spesso capita che il titolo, per cui si prendono in considerazione le cause di invalidità del matrimonio, è una simulazione del consenso matrimoniale, che si concretizza nell'atto positivo della volontà che causa l'esclusione del *bonum prolis*. La suddetta nozione di *bonum prolis* da una parte non si manifesta in nessuno dei contesti del diritto canonico, dall'altra viene comunemente usata dalla canonistica e perciò suscita tante ambiguità. La definizione precisa del contenuto, accettato dalla tradizione canonistica e dalla giurisprudenza rotale del termine *bonum prolis*, è oggetto di questa esclusione che causa l'invalidità del matrimonio, provoca tante difficoltà e la giusta opinione su questo problema è oggetto di dibattito. La discussione è legata all'interpretazione della norma giuridica del can. 1101 § 2 CIC/1983, a cui nella codificazione del diritto canonico del 1917 corrispondeva il can. 1086 § 2, perchè la dottrina canonistica e la giurisprudenza rotale affermano unanimemente che il contenuto del termine *bonum prolis* implicitamente si conclude in questo, la cui esclusione conforme al can. 1101 § 2 CIC/1983, che si è formato per via dell'evoluzione del can. 1086 § 2 CIC/1917 – causa l'invalidità del matrimonio. Lo scopo del tema assunto era una prova della definizione del termine *bonum prolis* nel contesto della simulazione del consenso matrimoniale che causa la sua esclusione. L'autore cercava di rispondere alla domanda, quale è la genesi di questa nozione, quale contenuto a questo termine attribuiva la dottrina e la giurisprudenza rotale sotto il vecchio codice ed anche quale contenuto si ascrive ad essa alla luce del nuovo codice.

L'analisi della dottrina e della giurisprudenza rotale è arrivata all'affermazione che il termine *bonum prolis* venne preso dall'insegnamento di sant'Agostino sui

tre beni matrimoniali per esprimere l'oggetto fondamentale costituente il matrimonio. Inizialmente il contenuto del *bonum prolis*, era collegato al can. 1086 § 2 CIC/1917, in seguito venne riferito al cosiddetto *ius in corpus*. Tuttavia questa formula del canone, che riduceva il contenuto del *bonum prolis* a *ius in corpus*, risultò insufficiente per tutti i casi della simulazione del consenso matrimoniale, per questo motivo si avvertì la necessità di una nuova redazione della suddetta norma giuridica. Nel nuovo codice il *bonum prolis* si riferisce – nello spirito del can. 1101 § 2 CIC/1983 – all' „essenziale elemento del matrimonio” ed, in conformità alla comune pratica della giurisprudenza rotale, il suo contenuto comprende i seguenti diritti-obblighi matrimoniali, i quali occorre trattare come uno solo, completando il diritto matrimoniale trasmesso reciprocamente dalla coppia di sposini nel momento dell'espressione del consenso matrimoniale, che per sua natura è esclusivo, fino alla morte, e non ammette né interruzioni, né limiti. Il diritto al fecondo atto matrimoniale (*ius ad coniugalem actum*), il cui aspetto dell'unione è indissolubilmente legato all'aspetto della procreazione. Poi il diritto alla prole (*ius ad prolem*), in altre parole il diritto alla procreazione (*ius ad procreationem*), ovvero il diritto alla generazione e alla nascita della prole per mezzo del pieno atto matrimoniale (*copula perfecta*). Infine il diritto all'educazione (*ius ad educationem*), nel significato di *bonum physicum prolis*, cioè il diritto-obbligo dell'assicurazione alla prole di un minimo di educazione, cioè il mantenere il feto del *nasciturus* in vita, la sua nascita, la premura nel sostenere lui e il complesso delle sue membra in vita, infine l'accoglienza del neonato *natus* e la possibilità della crescita e dello sviluppo come persona umana. Il diritto all'educazione morale-religiosa della prole, ossia l'elemento del *bonum spirituale prolis*, non rientra nel contenuto del *bonum prolis*.