

Henryk Stawniak

Niektóre wyzwania współczesności w kanonicznym prawie małżeńskim

Prawo Kanoniczne : kwartalnik prawno-historyczny 44/3-4, 125-162

2001

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.

HENRYK STAWNIAK SDB
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie

NIEKTÓRE WYZWANIA WSPÓŁCZESNOŚCI W KANONICZNYM PRAWIE MAŁŻEŃSKIM

Wstęp

Na przełomie wieków kanoniczne prawo małżeńskie (i tylko tej materii dotyczy opracowanie) ma problemy, które są wyzwaniem dla uczonych. Nie sposób jednak wszystkie trudne kwestie przybliżyć w jednym artykule. Z konieczności więc skupimy się na takich, które wydają się być szczególnie ważne w perspektywie przyszłości. Będą poruszone dwa zagadnienia, które są we wzajemnej korelacji i jednocześnie o dużej doniosłości praktycznej. Chodzi mianowicie o przeszkodę niemocy płciowej (*impotentia coeundi*) i transseksualizm. Wymienione kwestie nasuwają cały szereg pytań-problemów i budzą zainteresowanie. Jest jednak niewiele kanonicznych publikacji krajowych i zagranicznych, dlatego też każde opracowanie może być przyczynkiem do pogłębienia tematów i jakąś pomocą w odpowiedzi na wyzwania stojące na progu nowego tysiąclecia. W niniejszym artykule zamierza się syntetycznie przybliżyć istotę zagadnień, postawić kilka pytań, które rodzi życie, i szukać na nie odpowiedzi, w miarę możliwości adekwatnych, które z kolei będą w symbiozie z Magisterium Kościoła. Problematyka tutaj podjęta jest w istocie refleksją nad zasadnością istnienia przeszkody impotencji w systemie prawa kościelnego i czy rzeczywiście w żaden sposób przy niemocy płciowej i transseksualizmie po tak zwanej „zmianie płci” nie ma drogi otwartej do małżeństwa kanonicznego?

1. Niemoc płciowa jako przeszkoda do małżeństwa?

Kodeks Jana Pawła II wśród 12 przeszkód zrywających¹ wymienia niemoc płciową. Jako przeszkoda podlega ścisłej interpretacji, ponieważ jest prawem ograniczającym swobodne wykonywanie uprawnień, a zwłaszcza naturalnego prawa do stworzenia wspólnoty małżeńskiej. W kan. 1084 §1 stwierdza się: „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”. Tak sformułowana norma nie pozwala na zawarcie małżeństwa osobom dotkniętym impotencją, która spełnia kwalifikacje wyżej wymienione (uprzednia, trwała) oraz gdy jest pewna, jak to wynika z § 2 cytowanego kanonu. Natomiast niepłodność jako taka nie powoduje nieważności małżeństwa. Takie stanowisko Magisterium Kościoła wyrażone w przytoczonym kanonie budzi wątpliwości, stąd w tytule tego punktu postawiono pytańnik.

1.1. Opis dwóch przypadków

Niedawna decyzja brazylijskiego biskupa, dotycząca odmowy pobłogosławienia małżeństwa katolickiego sparaliżowanemu mężczyźnie, niezdolnemu do współżycia seksualnego, wywołała ogólnonarodowe protesty i debaty. Dla wielu katolików stwierdzenie, że nauka katolicka nie pozwala na zawarcie małżeństwa ludziom niezdolnym do współżycia, była zaskoczeniem. Przy wyjaśnianiu decyzji biskupa nie pomogły argumentacje, że nie niepełnosprawność mężczyzny jest przeszkodą w zawarciu małżeństwa, ale istniejąca przeszkoda jego niemocy płciowej. Nie były też przekonującymi racjami i rozwiązaniem, że powyższa sytuacja nie wyklucza ich wspólnego zamieszkania. Sprawa dotyczyła 44-letniego mężczyzny, który dotknięty był paraplegią (bezwład symetryczny, obejmujący w tym przypadku kończyny dolne), i chciał zawrzeć małżeństwo z kobietą, która od roku opiekowała się nim i wiedziała o jego impotencji. Mimo niemocy płciowej mężczyzny, wspomniana kobieta, chciała zawrzeć z nim związek małżeński. W sprawę zaangażowały się różne organizacje katolickie, grożąc nawet odejściem z Kościoła

¹ Przeszkoda zrywająca w myśl kan. 1073 to okoliczność uniezdalnająca osobę do zawarcia ważnie związku małżeńskiego.

katolickiego. W tej sytuacji Episkopat Brazylijski wraz ze swoim Przewodniczącym przy wyjaśnianiu zasad Kościoła katolickiego powoływał się między innymi na kan. 1084 KPK. Nie był to jednak argument przekonujący dla wielu zaangażowanych osób i stron bezpośrednio zainteresowanych małżeństwem. Ostatecznie strony opuściły wspólnotę katolicką i zawarły związek małżeński w Kościele prawosławnym².

Podobne zdziwienie i zakłopotanie wyraziło dwoje studentów (on na wózku inwalidzkim), po wysłuchaniu wykładu z kanonicznego prawa małżeńskiego dotyczącego przeszkody niemocy płciowej. W przyszłości zamierzali złączyć swoje życie poprzez małżeństwo. Ich sytuacja prawna, wobec zaistniałej impotencji uprzedniej i trwałej, w świetle prawa kanonicznego sprowadzała się do niemożliwości zrealizowania miłości w małżeństwie. Przytoczone przykłady wywołują ambiwalentne uczucia i pokazują na istniejące napięcia pomiędzy prawami³. Z jednej strony osoby, które chcą zrealizować swoją miłość we wspólnocie małżeńskiej niezależnie od istniejącej niezdolności do spełnienia aktu małżeńskiego, mające jednak poczucie swojej godności i praw, w tym naturalnego uprawnienia do zawarcia małżeństwa⁴. Z drugiej zaś strony przepisy Kościoła katolickiego, które stanowią o przeszkodach małżeńskich, mające na celu m. in. ochronę uprawnień drugiej strony i samej instytucji małżeństwa⁵, mimo iż strona, którą ma chronić prawo, akceptuje drugą stronę z jej kondycją psychofizyczną. W przeszłości wielcy uczeni, jak św. Tomasz⁶, P. Lombard⁷ i L. Ponce⁸ uważali, że osoby świadome faktu impotencji fizycznej

² Por. Katolicka Agencja Informacyjna (KAI) z 16.04.1996, nr 16, s. 20 podaje tę informację za Katolicką Agencją Amerykańską- CNS.

³ Szerzej na ten temat w nieco innym aspekcie pisze: R. S o b a n s k i, *Iudex veritatem de matrimonio dicit, Ius Matrimoniale* 4(1999), s. 181-196, zwłaszcza 190-196.

⁴ „Małżeństwo mogą zawrzeć wszyscy, którym prawo tego nie zabrania”. KPK kan. 1058.

⁵ Por. W. G ó r a l s k i, *Poszanowanie godności osoby ludzkiej w kanonicznym prawie małżeńskim*, PK 40(1997) nr 1-2, s. 46.

⁶ T h o m a e A q u i n a t u s, *Summa Theologiae*, Taurinii 1948, III Suppl. q. LII, art. I, także Suppl. q. LVIII, art. I, ad quartum.

⁷ P. L o m b a r d u s, *Sententiarum Libri Quatuor*, Antuerpiae 1757, Sent., D. XXXIV, A

⁸ L. P o n t i u s, *De sacramento matrimonii tractatus*, Venetiis 1645, cap. 60, nr 2, s.375; cap. 68, nr 1, s. 388.

drugiej strony i akceptujące taki stan, w opinii wymienionych uczonych, mogły zawrzeć ważny związek małżeński. W świetle aktualnych przepisów jest to niemożliwe.

Stając wobec napięcia praw w odniesieniu do małżeństwa (prawa chroniącego osobę i instytucję małżeństwa oraz prawo do zawarcia małżeństwa) trzeba szukać rozwiązań słusznych, to jest takich, które mają na uwadze oba prawa. Konieczne jest więc realistyczne rozważenie tego, co niezbędne z punktu widzenia tożsamości małżeństwa oraz tego, co możliwe jest z punktu widzenia człowieka takiego, jaki jest. Nie należy ani stawiać zbyt wysokich wymogów, ani też dopuszczać do małżeństwa osób niezdolnych do realizacji jego istoty. Uporanie się z tym napięciem należy do najtrudniejszych i do najbardziej znaczących decyzji prawodawcy kościelnego⁹.

1.2. Esploracja problemu

Przytoczone wyżej wydarzenia i napięcia praw inspirują do poszukiwań właściwych rozwiązań prawnych. Krytyczne studium¹⁰ nad rozstrzygnięciem natury prawa, które stoi u podstaw przeszkody niemocy płciowej (czy prawo naturalne czy kościelne), wskazuje iż ta droga jest wątpliwa i nieskuteczna. Stąd przesunięto punkt ciężkości problemu na inny aspekt, (taki też tok myślowy jest przyjęty w niniejszym studium), mianowicie, czy natura małżeństwa uzasadnia istnienie przeszkody niemocy płciowej?¹¹ To podstawowe pytanie w analizowanej kwestii dotyka całego szeregu ważnych treści prawnych, które są oparte na soborowej wizji małżeństwa. Przyjęcie z kolei nowej wizji małżeństwa musi koniecznie mieć swoje konsekwencje prawne, także w odniesieniu do przeszkody niemocy płciowej. Najpierw zostanie więc przybliżone małżeństwo w jego najistotniejszych elementach i na tym fundamencie pytać będziemy o zasadność przeszkody impotencji.

1.2.1. Personalistyczna koncepcja małżeństwa

Prawodawca kościelny w kan. 1055 §1 zamieścił opisową definicję małżeństwa. Jest to „przymierze, przez które mężczyzna i ko-

⁹ Por. R. Sobąński, *Iudex...*, dz. cyt., s. 193.

¹⁰ Por. H. Stawniak, *Niemoc płciowa jako przeszkoda do małżeństwa. Ewolucja czy zmiana koncepcji?*, Warszawa 2000, s. 131-147, 198.

¹¹ Tamże, s. 147.

bieta tworzą ze sobą wspólnotę całego życia, skierowaną ze swej natury do dobra małżonków oraz do zrodzenia i wychowania potomstwa”. Przymierze to – jak stwierdzono dalej w tej samej normie – „między ochrzczonymi podniesione zostało przez Chrystusa Pana do godności sakramentu”.

Powyższa definicja wyraźnie nawiązuje do nauki Soboru Watykańskiego II, konkretnie do *Gaudium et spes*. Łatwo zauważyć, że prawodawca nie wprowadza określenia ‘kontrakt małżeński’, zastępuje je sformułowaniem zastosowanym już w wymienionej soborowej Konstytucji, mianowicie ‘przymierze małżeńskie’. Poprzez termin biblijny *foedus* prawodawca ‘odsyła’ niejako do planu Bogu Stwórcy¹² i Przymierza Boga z narodem wybranym, który znacznie lepiej oddaje istotną treść małżeństwa chrześcijańskiego¹³.

Zaraz też w drugiej części § 1 kan. 1055 wyjaśnia się, że takie właśnie ‘przymierze’ zostało przez Chrystusa podniesione do godności sakramentu. W kontekście nauki posoborowej jasnym jest, że skondensowane określenie, iż Chrystus podniósł do godności sakramentu małżeństwo między ochrzczonymi, zawiera w sobie bogatą prawdę chrystologiczną, eklezyjalną, personalną i kultyczną¹⁴. Od zainteresowanych osób zależy wprawdzie fakt zawarcia małżeństwa, jednakże obiektywna rzeczywistość sakramentalna ich związku już nie wchodzi w zakres ich kompetencji. W małżeństwie chrześcijan należy dostrzec jedność rzeczywistości ludzkiej i Boskiej. Z tej racji, dodaje prawodawca w §2 kan. 1055, że między ochrzczonymi nie może istnieć ważna umowa, która tym samym nie byłaby sakramentem¹⁵.

¹² Szerzej na ten temat zob. H. S t a w n i a k, Wspólnotowy charakter małżeństwa w świetle nowego Kodeksu Prawa Kanonicznego, PK 31(1988) nr 1-2, s. 110-115.

¹³ Por. S. A r d i t o, Natura del matrimonio canonico e sua preparazione, W: Il matrimonio canonico in Italia, a cura di E. C a p p e l l i n i, Brescia 1984, s. 47- 48; F. B e r s i n i, Il nuovo diritto canonico matrimoniale, Torino 1983, s. 9; J. D y d u c h, Obowiązki i prawa wiernych świeckich w prawodawstwie soborowym, Kraków 1985, s. 224; E. S z t a f r o w s k i, Podręcznik prawa kanonicznego, t. 4, Warszawa 1986, s. 7.

¹⁴ Por. S. C. N a p i ó r k o w s k i, Z Chrystusem w znakach, Lublin 1984, s. 42-51; J. G r z e ś k o w i a k, Misterium małżeństwa, Poznań 1993, s.229- 279; C. R y c h l i c k i, Sakramentalny charakter przymierza małżeńskiego, Płock 1997, s. 318-359; H. S t a w n i a k, Ku jedności doktrynalnej sakramentalności małżeństwa, PK 33(1990) nr 3-4, s. 128-140.

¹⁵ B.M. Z u b e r t, Consensus sacramentalis facit nuptias? W: Przymierze małżeńskie..., dz. cyt., s. 12-21.

Małżeństwo sakramentalne nie zostało więc ‘dodane’ do małżeństwa naturalnego, lecz stanowi jego dalszą realizację w planie zbawienia. Nic też dziwnego, że prawodawca, zamiast używanego powszechnie słowa ‘kontrakt’ wprowadza za Soborem słowo ‘przymierze’, aby lepiej wyrazić jego bogatą treść sakramentalną¹⁶.

W świetle kanonu 1055 § 1, małżeństwo jako przymierze małżeńskie mężczyzny i kobiety, jest wspólnotą całego życia – *totius vitae consortium*. To ostatnie wyrażenie w omawianej definicji jest bardzo istotne. Oznacza ono, że małżeństwo jest rzeczywistością złożoną i realizuje się na wielu płaszczyznach: m. in. na płaszczyźnie duchowej, społecznej, kulturalnej, nie wyłączając płaszczyzny życia seksualnego, chociaż ta ostatnia jest aktualnie mniej ekspozowana¹⁷. Należy również zauważyć, że przez określenie *totius vitae consortium* prawodawca nawiązuje do sformułowań rzymskich, zwłaszcza do najbardziej znanej definicji Modestyna, prawnika rzymskiego z III wieku (*consortium omnis vitae*)¹⁸. Niewątpliwym faktem jest, że *consortium vitae* jako idea syntetyzująca pewien zespół odniesień wewnątrz małżeńskich harmonizuje z ideą nowego Kodeksu, który postrzega małżeństwo jako przymierze mężczyzny i kobiety i to przymierze szczególnego rodzaju. *Totius vitae consortium* użyte w definicji opisowej małżeństwa w kan. 1055 § 1, dobrze uwydatnia, jak się wydaje, iż małżeństwo nie jest wyłącznie wspólnotą na płaszczyźnie życia seksualnego, lecz również i może przede wszystkim na innych płaszczyznach¹⁹. Uważna lektura analizowanego kanonu pozwala też zauważyć wewnętrzną dynamikę w ujęciu małżeństwa. Jest w nim jakby wzrost od instytucji natural-

¹⁶ G. E r l e b a c h jest zdanie, że w przypadku rozumienia aspektu sakramentalnego małżeństwa, odwołanie się w tym momencie do kontraktu jest niestosowne. T e n ż e, Problem wymiaru antropologicznego i prawnego w rozumieniu zgody małżeńskiej, *Ius Matrimoniale* 4/10/1999, s. 16; por. także C. R y c h l i c k i, Sakramentalny..., dz. cyt., s. 359; M. Z u r o w s k i, Uprawnienie do współuczestnictwa..., dz. cyt., s. 111; H. S t a w n i a k, Ku jedności..., dz. cyt., s. 138.

¹⁷ Por. W. G ó r a l s k i, Kanoniczna zgoda małżeńska, Gdańsk 1991, s. 12; R. S z t y c h m i l e r, Doktryna Soboru Watykańskiego II o celach małżeństwa i jej recepcja w Kodeksie Prawa Kanonicznego z 1983 r., Lublin 1994, s. 362; H. S t a w n i a k, Wspólnotowy..., dz. cyt., s. 119-120.

¹⁸ „Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio”. D. 23, 2, 1.

¹⁹ Por. M. F. P o m p e d d a, Annotazioni sul diritto matrimoniale nel nuovo Codice canonico, w: *Il matrimonio nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, (A.V) Padova 1984, s. 119; H. S t a w n i a k, Wspólnotowy..., dz. cyt., s. 123.

nej do wyniesienia małżeństwa przez Chrystusa w porządek zbawczy i sakramentalny²⁰.

W kodeksowej definicji małżeństwa winno się jeszcze podkreślić i ten fakt, że małżeństwo jako przymierze jest skierowane ku dobru małżonków oraz zrodzeniu i wychowaniu potomstwa. Zaznaczono przy tym w kanonie (1055 § 1), iż małżeństwo jest 'skierowane' ku tym wartościom ze swej natury. Dla większości kanonistów takie wyrażenie jest jednoznacznym określeniem celów instytucji małżeństwa²¹. Prawodawca kościelny stwierdza więc, że dobro małżonków (*bonum coniugum*) oraz zrodzenie i wychowanie potomstwa (*generatio et educatio prolis*) są celami wspólnoty małżeńskiej. We współczesnym prawie obok dobra stron, stawia się dobro wynikające z rodzenia i wychowania potomstwa. Wyliczając zrodzenie na drugim miejscu – po dobru małżonków – nowy Kodeks nie zamierza jednak dać do zrozumienia, jakby samo *bonum coniugum* było obecnie głównym celem wspólnoty małżeńskiej. Przesadne wyakcentowanie bowiem dobra małżonków byłoby niczym innym, jak powtórzeniem skrajnych stańowisk Domsa i innych uczonych o podobnych poglądach²². W tym kontekście wypada nadmienić, że Konstytucja *Gaudium et spes* poucza, że „małżeństwo trwa jako połączenie i wspólnota całego życia i zachowuje swoją wartość oraz nierozzerwalność nawet wtedy, gdy brakuje tak często pożądanego

²⁰ Por. J.M. S e r r a n o R u i z, *Inspirazione conciliare nei principi generali del matrimonio canonico*, w: *Matrimonio canonico fra tradizione e rinnovamento*, Bologna 1985, s.30.

²¹ Por. M. Z u r o w s k i, *Kanoniczne prawo małżeńskie Kościoła katolickiego*, Katowice 1976, s. 46-57; T. P a w l u k, *Prawo kanoniczne według Kodeksu Jana Pawła II*, t.3, Olsztyn 1984, s. 50-55; H. S t a w n i a k, *Uprawnienie-obowiązek zrodzenia i wychowania potomstwa w świetle Kanonicznego Prawa Małżeńskiego*, PK 32(1989) nr 3-4, s. 32; A. A b a t e, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Roma-Brescia 1985, s. 13-14; P. M o n e t a, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova 1986 i 1988, s. 23; L. C h i a p p e t t a, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordatoria*, Roma 1990, s. 13-16; U. N a v a r r e t e, *I beni del matrimonio: elementi e proprietà essenziali*, W: *La nuova legislazione matrimoniale canonica. Il consenso: elementi essenziali, difetti, vizi*, Città del Vaticano 1986, s. 96-99; H. S c h w e n d e n w e i n, *Das neue Kirchenrecht. Gesamtdarstellung*, Graz-Wien-Köln 1983, s. 354-411;

²² Niektórzy kanoniści są zdania, że nowy Kodeks nie zawiera żadnej nauki o celach małżeństwa, por. np. K. L ü d i c k e, *Heiligensamt: Ehe ad 1955*; R. S e b b o t, *Das neue kirchliche Eherecht*, Frankfurt a. M. 1983, s. 15-17; H. Z a p p, *Kanonische Eherecht*, ed 7, Freiburg 1988, s. 26-29.

potomstwa”²³. To właśnie pouczenie – zauważa W. Góralski – miał na uwadze prawodawca kodeksowy stanowiąc, że wspólnota małżonków z natury swojej skierowana jest ku dobru małżonków.

Należy stwierdzić, że koncepcja personalno-wspólnotowa małżeństwa wyrażona przez Sobór znajduje pełne odbicie w zbiorze prawa Jana Pawła II. Opis małżeństwa, jako przymierza mężczyzny i kobiety, łączy w sobie najistotniejsze wątki tej instytucji. Akcenty personalizmu soborowych dokumentów znajdują odzwierciedlenie w języku kanonu 1055 KPK. Opcja personalistyczna małżeństwa niesie ze sobą wizję integralnego ujmowania człowieka – jako strony w małżeństwie. Personalizm małżeński, wobec różnych interpretacji myśli soborowej i kodeksowej, domaga się właściwego ujęcia, bowiem może on rodzić subiektywizm. Niewłaściwe odczytanie i interpretacja personalizmu może powodować przeciwstawianie aspektu personalnego aspektowi prawnemu. Tymczasem w kanonie 1055 można zauważyć, jak harmonijnie łączą się sformułowania pochodzące z nauki soborowej z elementami prawnymi, dając opis definicji małżeństwa. Pojęcie małżeństwa łączy się bezpośrednio z koncepcją zgody małżeńskiej, która będzie przedmiotem dalszych rozważań.

Kanon 1057 KPK, potwierdzając w paragrafie pierwszym fundamentalną zasadę zaistnienia małżeństwa (zgoda stron), w drugim paragrafie tej normy precyzuje co stanowi przedmiot tegoż aktu. Prawodawca stwierdza w nim: „Zgoda małżeńska jest aktem woli, którym mężczyzna i kobieta w nieodwołalnym przymierzu wzajemnie się sobie oddają i przyjmują w celu stworzenia małżeństwa”. Znacząco prawda nietrudno zauważyć zdecydowaną różnicę w powyższym określeniu w stosunku do sformułowania zawartego w kan. 1081 § 2 dawnego CIC/1917, mówiącego o przedmiocie zgody jako o prawie do ciała współmałżonka (*ius in corpus*)²⁴. Określony w ten sposób przedmiot zgody małżeńskiej spotkał się z krytyką wielu autorów, zwłaszcza tych, którzy optowali za pełniejszą i bardziej personalistyczną koncepcją małżeństwa.

²³ Gaudium et spes nr 50.

²⁴ „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”. CIC/1917 can.1081 § 2; por. J. E d e r, Der Begriff <foedus matrimoniale> im Eherecht des CIC, Verlag Erzabtei St. Ottilien 1989, s. 77-82.

Przy analizie kan. 1057 § 2 należy następnie dostrzec zbieżność treściową tej normy z nauką soborową *Gaudium et spes*, w której przy określeniu powstania małżeństwa mówiono także o wzajemnym oddaniu się małżonków aktem osobowym, przez który powstaje między nimi głębokie zjednoczenie²⁵. Według § 2 kan. 1057 KPK przedmiot zgody nie stanowi już tylko *ius in corpus perpetuum et exclusivum*, ale są nim same osoby kontrahentów²⁶. Nupturienti w akcie zgody małżeńskiej wzajemnie się sobie oddają (*sese mutuo tradunt et accipiunt*) z całym bogactwem osobowości i walorów, aby ustanowić i realizować wspólnotę życia (*consortium totius vitae*) zgodnie z kan. 1055 § 1. Idąc za myślą tradycji kanonicznej można stwierdzić, że przedmiotem materialnym zgody małżeńskiej są same osoby kontrahentów – tj. jeden mężczyzna i jedna kobieta. Przedmiotem zaś formalnym – uwzględniając zarówno kan. 1057 § 2, jak i kan. 1055 § 1 KPK – jest wspólnota ich całego życia²⁷.

Przedmiot formalny – „w celu ustanowienia małżeństwa” – czyli wspólnota ich całego życia obejmuje ich osoby, a nie tylko sferę życia cielesno – prokreacyjną. Wspólnota życia mężczyzny i kobiety dotyczy więc wszystkich jej aspektów: duchowego, uczuciowego, intelektualnego, ekonomicznego, społecznego, a także życia seksualnego²⁸. W treści formalnego przedmiotu zgody – stwierdzają Pompedda, Bonnet i Góralski – można znaleźć istotę małżeństwa. Jeśli zaś tenże przedmiot zgody małżeńskiej, jak piszą wspomniani autorzy, jest samym małżeństwem (którego definicję opisową zawiera kan. 1055 § 1), jest oczywiste, iż przedmiot konsensu nie może być czymś innym niż treścią definicji małżeństwa, którą prawodawca przyjął w Kodeksie²⁹.

²⁵ Por. *Gaudium et spes* nr 48,1.

²⁶ Por. G. V e r s a l d i, *Via et ratio introducendi integram notionem christianam sexualitatis humanae in categorias canonicas. Gressus a: <ius in corpus> can. 1081, §2 Codicis 1917) ad: <sese mutuo tradunt et accipiunt> (can. 1057 §2 novi Codicis), Periodica 75(1986), s. 439-441.*

²⁷ Nicco inaczej ujmuje przedmiot formalny zgody J. F. C a s t a n o. Autor mówi o przedmiocie formalnym quod – którym jest – *il foedus irrevocabile* i o przedmiocie formalnym quo – którym są motywy, z powodu którego ktoś zawiera związek małżeński np. miłość, bogactwo, przynależność do wyższych sfer itd. Por. T e n z e, *Il sacramento del matrimonio*, ed 2, Roma 1992, s. 120.

²⁸ Por. M.F. P o m p e d d a, *Il consenso...*, dz. cyt., s. 19; W. G ó r a l s k i, *Kanoniczna zgoda...*, dz. cyt., s. 24.

²⁹ Por. M.F. P o m p e d d a, *Il consenso...*, dz. cyt., s. 101 i 114; A. B o n n e t, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, Milano 1985, s. 17-21.

Oznacza to, że osoby kontrahentów na tyle się sobie wzajemnie oddają i przyjmują, na ile w nieodwołalnym przymierzu zamierzają rzeczywiście stworzyć *consortium totius vitae*. Małżeństwo będące wspólnotą całego życia skierowane jest, jak zaznacza § 1 kan. 1055, ku dobru małżonków oraz ku narodzeniu i wychowaniu potomstwa.

Z tych wypowiedzi, jak się wydaje, istotne jest podkreślenie, że w stosunku do dawnego Kodeksu nastąpiło poszerzenie przedmiotu zgody małżeńskiej. Następnie warto zauważyć, że Pompedda i Góralski, podobnie podkreślali, że w treści formalnego przedmiotu konsensu można znaleźć istotę małżeństwa, ale też jej nie określili³⁰. Jednak z punktu widzenia systematyki prawa małżeńskiego, w odniesieniu do istotnych praw i obowiązków małżeńskich, a także co nas bezpośrednio interesuje – przeszkody niemocy płciowej, jak się wydaje, ważnym jest pytanie o istotę małżeństwa.

1.2.2. Istota małżeństwa

W niniejszym punkcie zostanie podjęta kwestia określenia istoty małżeństwa, co jest przedsięwzięciem zasadniczym i trudnym jednocześnie³¹. Prawodawca w kan. 1084 § 1 określając bowiem koncepcję przeszkody niemocy płciowej stanowi, że czyni ona nieważnym małżeństwa z samej jego natury. Oznacza to, że tekst prawny odwołuje się do istoty małżeństwa. Można też wyciągnąć wniosek, że istnienie przeszkody niemocy płciowej w aktualnym Kodeksie jest uzasadniane istotą małżeństwa. Ten problem w kanonistyce zwykle był i jest pomijany³² lub też istotę małżeństwa utożsamiano ze narodzeniem i wychowaniem potomstwa a to wynikało przede wszystkim z dominującej opcji prokreatywnej małżeństwa i ponadto z braku określenia małżeństwa w poprzednim Kodeksie.

³⁰ Por. M. P o m p e d d a, *Il consenso...*, dz. cyt., s. 114; W. G ó r a l s k i, *Kanoniczna zgoda...*, dz. cyt., s. 23.

³¹ Hasło „Istota”, łac. *essentia*, w języku filozoficznym oznacza to, czym rzecz jest, element konstytutywny w bycie złożonym, stanowiący podmiot zmian, przedmiot doznań i źródło praw. W realistycznej metafizyce św. Tomasza istota jest rozumiana jako: transcendentalny korelat istnienia w bytach złożonych oraz istnienie konkretnego (czyli to, dzięki czemu coś jest); różni się też w niej istotą jako element konstytutywny bytu i określa terminem *essentia* w odróżnieniu od abstraktu-*quidditas*. opr. A. M a r y n i a r c z y k, *EK t. 7*, kol.537-539; także A.P. B o n n e t, *Introduzione...*, dz. cyt., s. 13.

³² O. G i a c c h i, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano 1973, s. 344-345.

Aktualna sytuacja prawna jest znacznie korzystniejsza dla określenia istoty małżeństwa ze względu na opisową definicję małżeństwa zamieszczoną w Kodeksie Jana Pawła II. Kanon 1055 § 1 KPK mówi o małżeństwie jako o wspólnotcie mężczyzny i kobiety, ukierunkowanej ze swej natury na dobra małżonków oraz zrodzenie i wychowanie potomstwa. Nie można więc mówić o zaistnieniu małżeństwa bez mężczyzny i kobiety. Zgoda małżeńska przez nich wyrażana jest przyczyną sprawczą zaistnienia między nimi wspólnoty. Mężczyzna i kobieta, zgodnie z kan. 1057 § 2, w nieodwołalnym przymierzu wzajemnie się sobie oddają i przyjmują, aby ustanowić wspólnotę. Z wymienionych kanonów można jednoznacznie stwierdzić, że jednym z istotnych i koniecznych elementów małżeństwa są dwie osoby płci przeciwnej. Fakt ten potwierdza prawodawca kościelny od innej strony w kan. 1096 § 1³³.

Na tym etapie rozważań, jak się wydaje, w świetle norm Kodeksu z 1983 r. powyżej cytowanych (kan. 1055 §1, 1057 § 2, 1096 § 1), istota małżeństwa może być definiowana jako *sui generis* związek mężczyzny i kobiety powstały przez zgodę stron. Jest to związek *sui generis*, związek partnerski małżonków różniący się od wszystkich innych stosunków międzyosobowych szczególną duchową, emocjonalną i fizyczną bliskością, intymnym zaufaniem, wzajemnym respektowaniem uczuć, interesów i potrzeb.

Zgłębiając kwestię istoty małżeństwa należy postawić pytanie: czy „dobro małżonków” i „zrodzenie potomstwa” należą do istoty małżeństwa? Ewentualnie, w jakiej relacji do istoty małżeństwa są wymienione dobra? *Bonum coniugum et prolis* stanowią cel małżeństwa, które to dobra mieszczą w sobie prawa i obowiązki wynikające z wzajemnego obdarowania się sobą w małżeństwie. Cele małżeństwa jako takie nie należą do istoty małżeństwa, gdyż z racji filozoficznych cel³⁴ jakiegoś bytu leży poza nim i byt ten dopiero do niego zdąża. W związku z tym, słusznie się stwierdza, że do istoty małżeństwa *in fieri* nie należy żaden z celów małżeństwa sam w sobie, a więc ani „dobro małżonków”, ani „zrodzenie po-

³³ „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. KPK kan. 1096 § 1.

³⁴ Por. hasło: [Cel], opr. Z. Z d y b i c k a, EK t. 2, kol. 1385-1386; A.P. B o n n e t, *Introduzione...*, dz. cyt., s. 14.

tomstwa”. Natomiast do istoty małżeństwa należy naturalne ukierunkowanie małżeństwa na realizację jego celów³⁵. W tym kontekście należy zaakcentować słowo ‘ukierunkowanie’, albo ‘skierowanie’ (*ordinatio*) małżeństwa, czyli małżeństwo ze swej natury zmierza do tych celów i osoby je zawierające powinny być otwarte na wymienione dobra i cele³⁶. W tej sytuacji należy zapytać: co oznacza owo *ordinatio*? Pojęcie *ordinatio* znaczy przede wszystkim pozytywne nastawienie woli na dobro wspólnoty i potomstwa. Nastawienie woli może być z kolei wyrażone *explicite* lub *implicite*. Przy zawieraniu małżeństwa o jego ważności decyduje samo nie wykluczenie przez nupturientów dobra małżonków lub dobra potomstwa, a nie ich późniejsza realizacja³⁷. Jednak może się zdarzyć, że jedna ze stron albo obydwie pozytywnym aktem woli chcą wykluczyć samo małżeństwo lub jakiś istotny element małżeństwa, albo jakiś istotny przymiot. Wówczas zawierają małżeństwo nieważnie³⁸. Tylko więc wyraźne wykluczenie, czyli poprzez pozytywny akt woli, jest sankcjonowane nieważnością małżeństwa. Według powszechnej opinii w nauce i jurysprudencji do istotnych elementów, których nie można wykluczyć pozytywnym aktem woli, na pewno należą zarówno dobro małżonków, jak i dobro potomstwa³⁹. Oznacza to, że *bonum coniugum et bonum prolis* należą do istotnych elementów zgody małżeńskiej i ich wykluczenie powoduje nieważność małżeństwa. Jeżeli więc strona lub strony nie wykluczyły wspomnianych dóbr małżeństwa, to zakłada się, że są one włączone przynajmniej *implicite* w wolę zawarcia małżeństwa. Precyzyjniej to ujmując, wystarczy intencja skierowana do celu praktycznego. Jest to więc nastawienie woli na osiągnięcie takie-

³⁵ Por. R. S z t y c h m i l e r, Doktryna..., dz. cyt., s. 370; także A. A b a t e, Il matrimonio..., dz. cyt., s. 59-63.

³⁶ Por. E. G r a z i a n i, *Essenza del matrimonio e definizione del consenso*, W: La nuova..., dz. cyt., s. 25-27.

³⁷ Por. A. P. B o n n e t, *Introduzione...*, dz. cyt., s. 13-14; W. G ó r a l s k i, *Kanoniczna zgoda...*, dz. cyt., s. 156-162.

³⁸ Por. KPK kan. 1101 § 2.

³⁹ Szczegółowe studium w tym względzie zawiera praca: U. N a v a r r e t e, *I beni del matrimonio: elementi e proprietà essenziali*, W: La nuova..., dz. cyt., s. 89-100; por. także A. P. B o n n e t, *Il consenso...*, dz. cyt., s. 197-205; F. B e r s i n i, *Il nuovo...*, dz. cyt., s. 96-99; A. A b a t e, *Il matrimonio...*, dz. cyt., s. 63; A. M c G r a t h, *A controversy controversy male impotence*, Roma 1988, s. 184-185; R. S z t y c h m i l e r, *Doktryna...*, dz. cyt., s. 370.

go skutku zgody małżeńskiej, jaki zgodnie z mniemaniem ludzi i nauką Kościoła, nupturienti pragną w tym akcie osiągnąć. Wyrażenie w ten sposób zgody małżeńskiej przez kobietę i mężczyznę jest wystarczające, pod warunkiem jednak, że nie wykluczą świadomie i dobrowolnie żadnego z istotnych elementów i przymiotów małżeństwa⁴⁰. Przeprowadzona refleksja nad znaczeniem określenia *ordinatio* w kontekście *bonum coniugum et prolis* oraz symulacji częściowej, upoważnia do stwierdzenia, że *ordinatio* zawiera się w intencji ukonstytuowania prawdziwego małżeństwa. Do istoty małżeństwa należy więc naturalne ukierunkowanie na dobro małżonków i zrodzenie potomstwa⁴¹.

W tym kontekście trzeba postawić kolejne pytania: jak się ma do istoty małżeństwa akt małżeński i zdolność stron do jego spełnienia; a w szczególności, w jakiej relacji jest istota małżeństwa do naturalnego ukierunkowania stron na ten akt, chociaż z uwagi na zaistniałą niemoc płciową nie mógłby on być realizowany, mimo dobrej woli stron i niezależnie od nich? Czy zgoda mężczyzny i kobiety przy takim *ordinatio* nie byłaby wystarczająca i skuteczna? Czy istota małżeństwa *in fieri* w świetle współczesnej koncepcji samego małżeństwa, przedmiotu zgody i wiedzy minimalnej o naturze małżeństwa, domaga się koniecznie realizacji współżycia seksualnego z przyczyn niezależnych od woli nupturientów? Czy prawo do współżycia jest tak ściśle związane z naturą małżeństwa, że niemożliwość jego realizacji powoduje niemożliwość stworzenia przymierzania małżeńskiego pomiędzy kobietą i mężczyzną?

Powyższe pytania, których ilość można by jeszcze niewątpliwie zwiększyć, oscylują wokół zagadnienia odniesienia i relacji, jaka zachodzi pomiędzy istotą – naturą małżeństwa a prawem do współżycia, które mieści się w darze przekazania własnej płciowości. To prawo należy do istotnych praw i obowiązków małżeńskich, jest związane zarówno z dobrem małżonków, jak i z dobrem potomstwa. W związku z tym należy zapytać, czym jest małżeńskie pożycie intymne według soborowej nauki i myśli prawodawcy kościelnego? Czy pożycie małżeńskie jest treścią, czy może przede wszystkim wyrazem wspólnoty małżeńskiej?

⁴⁰ Por. M. Żurowski, Kanoniczne prawo..., dz. cyt., s. 82.

⁴¹ Por. M. F. Pompedda, Kan. 1095 w systematyce generalnej KPK i w ewolucji interpretacji, *Ius Matrimoniale* 4(1999), s. 35-36.

Konstytucja duszpasterska *Gaudium et spes* mówi:

Miłość wyraża się i dopełnia w szczególny sposób właściwym aktem małżeńskim. Akty zatem, przez które małżonkowie jednoczą się ze sobą w sposób intymny i czysty, są uczciwe i godne; a jeśli spełniane są prawdziwie po ludzku, oznaczają i wspierają wzajemne oddanie się, poprzez które małżonkowie ubogacają się sercem radosnym i wdzięcznym. Miłość ta [...] pozostaje niezłomnie wierna ciałem i duchem w doli i niedoli, i dlatego pozostaje obca wszelkiemu cudzołóstwu i rozwodowi⁴²

Ze słów wyżej przytoczonych wynika, że akty małżeńskie są przejawem i oznaką miłości małżeńskiej, oznaczają i przyczyniają się do wzajemnego ubogacającego oddania. Tekst podkreśla ponadto wielką godność i znaczenie pożycia intymnego w małżeństwie oraz konieczność zachowania kryteriów etycznych, w tym otwartości na nowe życie. W podobnej optyce jest też ujmowany akt małżeński w posoborowych dokumentach Nauczycielskiego Urzędu Kościoła⁴³. W związku z takim ujęciem pożycia intymnego małżonków przez Magisterium Kościoła nie było w literaturze jednoznacznej opinii na temat zakwalifikowania go w terminologii prawnej. Niektórzy byli zdania, że akty małżeńskie są celem lub elementem celu małżeństwa⁴⁴. Inni twierdzili, że nie są one celem, lecz należą do istoty małżeństwa, bo są środkiem do osiągnięcia dobra małżonków⁴⁵. Jeszcze inni wyrażali zaś pogląd, że nie są one ani celem, ani istotą małżeństwa⁴⁶. Wreszcie byli także tacy, którzy utrzymywali opinię, że akt małżeński nie jest już decydującym elementem prawnym, lecz wyrazem jedności małżonków, mającym wielkie znaczenie dla ich życia.⁴⁷

⁴² *Gaudium et spes* nr 49,2.

⁴³ Por. HV nr 12; FC nr 11

⁴⁴ Por. E. G r a z i a n i, *La Chiesa e il matrimonio*, W: *La Chiesa dopo il Concilio*, t.2, Milano 1972, s. 462.

⁴⁵ Por. R. S z t y c h m i l e r, *Doktryna...*, dz. cyt., s. 246; A. G u t i e r r e z, *Il matrimonio. Essenza-fine-amore coniugale. Con particolare riferimento alla donna recisa*, Napoli 1974, s.44-46.

⁴⁶ Por. Š. L e n e r, *Loggetto del consenso e l'amore nel matrimonio*, W: *L'amore coniugale. Annali di dottrina e giurisprudenza canonica*, t. 1, Città del Vaticano 1971, s. 176.

⁴⁷ Por. M. K a i s e r, *Kirchliches Eherecht im Lichte kirchliche Ehelehre*, *Theologie und Glaube* 1989, s. 289-293; K. L ü d i c k e, *Eheschliessung...*, dz. cyt., s. 756-759.

Kodeks Jana Pawła II pozostaje w łączności treściowej z *Vaticanium II*. Zaakcentowanie przy akcie małżeńskim dopełniającym w nowym Kodeksie, aby on był spełniony *humano modo*, jest wyraźnym odbiciem treściowym enuncjacji soborowej o jego jednoczącym charakterze i godności tego aktu. Z kolei personalna i wspólnotowa koncepcja przymierza małżeńskiego doskonale harmonizuje z takim właśnie znaczeniem pożycia intymnego. Z takiej naukowej perspektywy, prawdziwe wydaje się być stwierdzenie, że akt małżeński jest parametrem integralności międzyosobowej, jakkolwiek nie wyłączny⁴⁸. W prawdziwym i pełnym zjednoczeniu cielesnym nie gubi się jego wymiar biologiczny, ale także i przede wszystkim odnajduje się oraz wyraża bogactwo i głębia poszczególnych osób i wspólnoty jako takiej⁴⁹. Naturalne ukierunkowanie na prawdziwy akt seksualny jest też otwarciem na nowe życie, gdyż osoby kierujące się nie egoizmem, lecz wzajemną miłością, pragną uczynić ją trwałą, zabiegając o to, by urzeczywistniła się ona w jakimś nowym życiu. W takim rozumieniu aktu małżeńskiego, jego wymiar prokreacyjny pozostaje nierozdzielny od jego znaczenia jednoczącego⁵⁰. W tym świetle zupełnie zrozumiała staje się norma prawna, która stanowi o nieważności małżeństwa w przypadku wykluczenia jego istotnych elementów jakimi są prawa-obowiązki wynikające z *bonum coniugum et prolis*. Z kolei mężczyzna i kobieta, jak wynika z dotychczasowych ustaleń, w akcie zgody małżeńskiej powinni przynajmniej *implicite* swoją wolą objąć to naturalne ukierunkowanie przymierza małżeńskiego na dobro małżonków i potomstwa. Sam akt małżeński staje się zaś wyrazem jedności małżonków i pełnego obdarowania płciowością rozumianą jako współczynnik osobowości, porozumienia ze współmałżonkiem, odczuwania i przeżywania ludzkiej miłości⁵¹.

Postawione wcześniej pytania dotyczące istoty małżeństwa w relacji do aktu małżeńskiego, znajdują w przeprowadzonej refleksji kanonicznej, jak się wydaje, przynajmniej częściową odpowiedź. Akt małżeński jest wyrazem wspólnoty małżeńskiej, a nie jej treścią

⁴⁸ Por. A. B o n n e t, *L'impedimento...*, dz. cyt., s. 114; także G. V e r s a l d i, *Via et ratio...*, dz. cyt., s. 433-441.

⁴⁹ Por. G. V e r s a l d i, *Via et ratio...*, dz. cyt., s. 433.

⁵⁰ Por. HV nr 12; FC nr 11, 30-31.

⁵¹ Por. Papieska Rada do Spraw Rodziny, *Ludzka płciowość...*, dz. cyt., s. 10.

– jak to wynikało z ujęcia poprzedniego Kodeksu⁵². Takie stwierdzenie może budzić zastrzeżenia. Wynikać one mogą zarówno z ujęcia samej istoty małżeństwa *in fieri*, jak i aktu małżeńskiego we współczesnej konfiguracji prawa małżeńskiego. Zasygnalizowane wyżej różne opinie co do zakwalifikowania pojęcia małżeńskiego w relacji do celów i istoty małżeństwa, pokazują, że w tej samej materii, opierając się na tych samych dokumentach Urzędu Nauczycielskiego Kościoła, formułuje się odmienne, a nawet przeciwne wnioski. Wydaje się jednak, że powyższe rozważanie upoważnia to stwierdzenia, że akt małżeński w świetle współczesnej nauki Kościoła, jest ujmowany z nieco innej i głębszej perspektywy niż jego wymiar biologiczny. Ma on inną wartość i sens⁵³. *Ius in corpus* – jako przedmiot zgody małżeńskiej i w powiązaniu z pierwszorzędnym celem małżeństwa, jakim było zrodzenie potomstwa, w ujęciu poprzedniego Kodeksu – zostaje aktualnie przedstawione w perspektywie małżeństwa jako przymierza mężczyzny i kobiety skierowanego na dobro małżonków i dobro potomstwa, przedmiotu zgody rozumianego jako daru wzajemnego osób w partnerskim związku. Wydaje się ponadto, że prawdziwe i zarazem słuszne jest stwierdzenie, iż akt małżeński nie jest już decydującym elementem prawnym, lecz wyrazem wspólnoty małżeńskiej. Precyzyjniej ujmując nie jest on treścią przymierza małżeńskiego. Akt małżeński jest włączony w integralność całkowitego daru osób w miłości ze swoją męskością i kobiecością, wyraża więc i oznacza charakter zjednoczeniowy oraz rozrodzcy płciowości ludzkiej.

1.2.3. Wystarczalność racji istnienie przeszkody niemocy płciowej?

Przed laty wybitny polski kanonista R. Sobański pisał, że z tekstu Konstytucji *Gaudium et spes* wylania się pewien całościowy obraz małżeństwa i byłoby kaleczeniem nauki Soboru twierdzenie, że daje ona obraz małżeństwa w znaczeniu szerszym, zaś z punktu wi-

⁵² Por. G. B i e r, Psychosexuelle Abweichungen und Ehenichtigkeit. Eine kirchenrechtliche Untersuchung zur Rechtsprechung der Rota Romana und zur Rechtslage nach dem Codex Iuris Canonici von 1983 im Horizont der zeitgenössischen Sexualwissenschaft, Würzburg 1990, s. 178 także recenzja tego dzieła R. S o b a ń s k i, PK 34(1991) nr 3-4, s. 229; M. K a i s e r, Kirchliches..., dz. cyt., s. 286; K. L ü d i c k e, Eheschliessung..., dz. cyt., s. 758; H. Z a p p, Das Kanonisches..., dz. cyt., s. 108-110.

⁵³ Por. M. K a i s e r, Kirchliches..., dz. cyt., s. 286.

dzenia prawa należy widzieć małżeństwo w znaczeniu węższym, jako instytucję służącą prokreacji. W związku z tym kanoniczny wykład o małżeństwie nie może uszczuplać teologicznej rzeczywistości małżeństwa. Prawo kanoniczne musi odzwierciedlać aktualną świadomość Kościoła. Głębsze wniknięcie teologii w naukę o małżeństwie winno konsekwentnie znaleźć odbicie w kościelnym prawie małżeńskim⁵⁴. Te mądre sugestie znalazły pełne odzwierciedlenie w niektórych normach współczesnego Kodeksu. Przytoczone i analizowane wyżej kan. 1055 § 1 oraz kan. 1057 § 2 są w pełnej harmonii i zgodności z obrazem teologicznej rzeczywistości małżeństwa. Jednak nie można tego powiedzieć o kan. 1084. Błąd aktualnego Kodeksu leży między innymi w tym, że jest on niekonsekwentny sam w sobie przy opisie, czym ma być wspólnota małżeńska (kan. 1055 § 1) z dalszymi normami, w których pozostał niejednokrotnie w przedsoborowym rozumieniu małżeństwa⁵⁵. P. Monet wyraził opinię, że prawo kanoniczne odnośnie do przeszkody niemocy płciowej jest zbyt rygorystyczne i istnieje potrzeba jej zweryfikowania, ponieważ nie znajduje ona uzasadnienia w rozumieniu przymierza małżeńskiego przez współczesne Magisterium Kościoła⁵⁶ i przez poszczególnych ludzi⁵⁷. W nieco inny sposób krytykowały przeszkodę niemocy płciowej w obowiązującym systemie prawa M. Wegan i O. Fumagalli-Carulli⁵⁸ a z kolei B. Häring wyrażał pogląd, że prawo małżeńskie zbyt mocno koncentruje się na akcie małżeńskim i ujmuje go jeszcze zbyt biologicznie⁵⁹.

Zarzut niespójności systemu prawa małżeńskiego od innej strony formułuje także G. Erlebach stwierdzając między innymi: „treści antropologiczne kan. 1055 § 1 i 1057 § 2, mają odmienny charakter od pozostałych norm prawa.(...) Z punktu widzenia rygorystycznie

⁵⁴ Por. R. S o b a ń s k i, *Symulacja...*, dz. cyt., s. 44.

⁵⁵ Por. B. P r i m e t s h o f e r, *Impotenz...*, dz. cyt., s. 146-147; t e n ż e, *Überlegungen...*, dz. cyt., s. 137-140.

⁵⁶ Por. P. M o n e t a, *Il matrimonio...*, dz. cyt., s. 197-198.

⁵⁷ Por. W. K u r s a w a, *Impotentia coeundi als Ehenichtigkeitsgrund*, Würzburg 1995, s. 47-50; M. K a i s e r, *Kirchliches...*, dz. cyt., s. 287.

⁵⁸ Por. M. W e g a n, *Ehescheidung...*, dz. cyt., s. 113; O. F u m a g a l l i - C a r u l l i, *Innovazioni...*, dz. cyt., s. 72.

⁵⁹ Por. B. H ä r i n g, *Kommentar zur Pastoralkonstitution <Gaudium et spes>*. *Lexikon für Theologie und Kirche. Das Zweite Vatikanische Konzil, III*, s. 434; t e n ż e, *Die Liebe und die „Ehezweck“*, *Theologie der Gegenwart* 5(1962) s.213-21; także B. P r i m e t s h o f e r, *Impotenz. Ehehindernis...*, dz. cyt., s. 492-495.

pojętej techniki legislacyjnej, usunięcie tych treści nie naruszyłyby konsystencji całej systematyki prawa małżeńskiego⁶⁰. W cytowanej wypowiedzi należy zauważyć, że niespójności prawa rodzą owe treści antropologiczne zawarte we wspomnianych kanonach z resztą norm prawa małżeńskiego. G. Erlebach konsekwentnie postuluje, aby w przyszłości zmodyfikować te normy prawa, gdy antropologia katolicka znajdzie adekwatniejsze ujęcie tych treści. G. Erlebach później jednak zaznacza, że „nie sposób nie dostrzec, iż właśnie dzięki tym dwom normom [kan. 1055 § 1 i 1057 § 2] ustawodawca wprowadził objętościowo nieznaczną, ale jakościowo bardzo bogatą i dynamiczną treść, która ze swej strony ułatwia interpretację następujących potem norm”. Znamienne i cenne jest stwierdzenie Autora, iż syntetyczna wizja małżeństwa wypracowana przez *Vaticanum II* i wcielona w przywołane kanony nowego prawa, mogą służyć jako jasny punkt odniesienia do nowych sformułowań prawnych.

Przeprowadzona refleksja upoważnia do wniosku, że bazą wyjściową pozostają więc kanony 1055 § 1 i 1057 § 2, które rodzą i postulują konkretne konsekwencje, a tym samym rozwiązania prawne. We wspomnianych normach znajduje się syntetycznie ujęta personalna koncepcja małżeństwa i zgody małżeńskiej. Z nich należy wnioskować o słuszności i zasadności innych norm prawa, w tym także przeszkody niemocy płciowej, zwłaszcza, że prawodawca istnienie jej motywuje racjami natury małżeństwa. Istnienie przeszkody niemocy płciowej uzasadnianej w prawie małżeńskim naturą małżeństwa, jak wynika z ustaleń dotyczących istoty małżeństwa, nie jest wystarczające.

Wydaje się, że przekonujące i słuszne są argumenty za tak postawioną naukową tezę. Ma ona swoje uzasadnienie w zdefiniowanej istocie małżeństwa w świetle współczesnej nauki o małżeństwie. Warto jednak odwołać się do innych jeszcze aspektów kwestii w argumentacji prawnej. Nie naruszając chrześcijańskich norm moralnych oraz nauk teologicznych, można postawić kwestię: czy może istnieć miłość między mężczyzną i kobietą, która z przyczyn czysto naturalnych nie zaowocuje potomstwem? Z taką sytuacją mamy do czynienia przy niepłodności (*sterilitas*). Małżeństwo w takim przypadku w świetle prawa kanonicznego jest ważne⁶¹. Ważne jest rów-

⁶⁰ G. Erlebach, *Problem wymiaru...*, dz. cyt., s. 13.

⁶¹ Por. KPK kan. 1084 § 3.

niez małżeństwo w sytuacji, gdy jedna ze stron poddaje się zabiegowi sterylizacji jeszcze przed zawarciem małżeństwa. Ze zrozumiałych względów zachodzi jednak zasadnicza różnica między niepłodnością, czy zabiegiem sterylizacji a niezdolnością płciową. W przypadku niepłodności czy sterylizacji małżonkowie mogą bowiem realizować współżycie płciowe, w przypadku zaś niemocy płciowej jest to niemożliwe. W tym kontekście, przywołując niektórych kanonistów⁶², należy powtórzyć pytanie-problem: czy jednak prawo do współżycia jest tak ściśle związane z naturą małżeństwa, że niemożliwość jego spełnienia powoduje nieważność przymierza małżeńskiego? Istota małżeństwa, jak się wydaje, nie żąda bezwzględnie i koniecznie w każdym przypadku takiej zdolności do aktu małżeńskiego. Płciowości zaś nie można sprowadzać tylko do współżycia seksualnego, bowiem charakteryzuje ona i określa w sposób konieczny bycie mężczyzną lub kobietą.

We wspólnocie kościelnej znane są też tak zwane „małżeństwa Józefowe”, które z natury swojej nie realizują prawa do współżycia małżeńskiego i one również w świetle prawa kanonicznego są ważne⁶³. Wspomniana sytuacja jest także różna od przypadku niemocy płciowej. W pierwszym przypadku osoby dobrowolnie i zgodnie nie realizują *copula coniugalis*, ale są do niego zdolne, w drugim zaś przypadku mimo, że chciałyby włączyć w akt zgody małżeńskiej, we wzajemne się sobie oddanie, także intymne współżycie, to jednak nie są od strony fizjologicznej do wymienionych aktów zdolne i tym samym zgodnie z obowiązującymi normami prawa nie mogą zawrzeć małżeństwa. Warto w tym miejscu przypomnieć także wypowiedź św. Augustyna:

*Sine nuptiis possunt nasci homines, et sine corporum commixtione possunt esse coniuges*⁶⁴.

Zacytowana myśl Doktora Kościoła wyraża ideę i podkreśla, że małżeństwo może istnieć bez współżycia małżeńskiego. Tak jest w przypadku wspomnianego „małżeństwa Józefowego”. W związku

⁶² Por. H. Z a p p, *Das kanonische...*, dz. cyt., s. 107-109; M. K a i s e r, *Kirchliches...*, dz. cyt., s. 285-287; t e n ż e, *Würzburger...*, dz. cyt., s. 33-34, 99;

⁶³ Por. B. P r i m e t s h o f e r, *Impotenz, Ehehindernis...*, dz. cyt., s. 494; B. D a v i d, *L'impuissance est-elle un empêchement de droit naturel ou positif? Etude historico-critique de la thèse de Ponce de Leon*, Roma 1981, s. 200.

⁶⁴ *Contra Iulianum haeresis pelagianae defensorum libri sex*, 5, 16, 62, PL., 44, s. 818.

z tym można pytać: czy prawodawca kościelny nie mógłby konsekwentnie pójść dalej w tym samym kierunku i pozwolić na zaistnienie przymierza małżeńskiego w przypadku, gdy strony zamierzają zawrzeć prawdziwe małżeństwo i niestety z powodu defektu ciała, niezależnie od ich woli, nie będą zdolne do realizacji współżycia?⁶⁵ Natura małżeństwa, jak się wydaje, nie wymaga w każdym przypadku zdolności do współżycia. W tej sytuacji można stwierdzić, że natura małżeństwa określanego jako trwałe przymierze mężczyzny i kobiety nastawione na *bonum coniugum et bonum prolis* niewystarczająco uzasadnia istnienie przeszkody niemocy płciowej w aktualnym systemie prawa małżeńskiego bowiem współżycie małżeńskie jest ujmowane w innej perspektywie. Jest ono specyficznym i niepowtarzalnym wyrazem wspólnoty ducha i ciała, miernikiem jedności istniejącej między małżonkami, a nie prawem wynikającym z umowy małżeńskiej. Słuszność takiego myślenia potwierdza prawodawca poprzez ujęcie istotnych przymiotów. Otóż przymioty jedności i nierozzerwalności (kan. 1056) są w tej opcji bardziej uzasadniane darem całkowitego oddania w miłości, niż względem na potomstwo⁶⁶. Postawiona teza, że natura małżeństwa nie uzasadnia istnienia przeszkody niemocy płciowej, znajduje więc od wielu stron potwierdzenie.

Należy też poruszyć kwestię zdolności do aktu małżeńskiego i tym samym do małżeństwa osób w podeszłym wieku. W tym kontekście można postawić pytanie-problem: czy w każdym takim przypadku musi być zdolność do aktu małżeńskiego; czy niezdolność strony w podeszłym wieku do aktu małżeńskiego to defekt, patologia osoby, czy stan normalny tego wieku; czy posoborowe ujęcie małżeństwa nie pozwala na inne rozwiązania problemu? W świetle tradycyjnych rozwiązań prawnych było domniemanie prawne za zdolnością osoby w podeszłym wieku do aktu małżeńskiego⁶⁷. Wydaje się, że aktualny stan prawny pozwala widzieć pro-

⁶⁵ Por. B. P r i m e t s h o f e r, Impotenz, Ehehindernis..., dz. cyt., s. 494-495.

⁶⁶ Por. Gaudium et spes nr 50,3; R. S o b a Ń s k i, Symulacja..., dz. cyt., s. 42; M. C. F o r c o n, Elementi di antropologia in rapporto all'unità e all'indissolubilità del matrimonio sacramentale, Periodica 86(1997), s. 449-475.

⁶⁷ Na ten temat szerzej piszą: P. F e d e l e, Problemi..., dz. cyt., s. 81-84; J. H e r v a d a, El derecho del pueblo de Dios. Hacia un sistema del derecho matrimonial, vol. III/1, Pamplona 1973, s. 217-223; A. B o n n e t, L'impedimento..., dz. cyt., s. 117-120.

blem osoby w podeszłym wieku inaczej. Regres zdolności do aktów małżeńskich związanych z wiekiem nie jest defektem struktury ontologicznej osoby, ale normalnym procesem, którego efektem końcowym może być niemoc płciowa. W związku z taką rzeczywistością natury człowieka i znaczenia aktu małżeńskiego we współczesnej koncepcji małżeństwa, jak się wydaje, wystarczy, że osoby w podeszłym wieku mają intencję zawarcia prawdziwego małżeństwa. Wspomniane osoby w akcie zgody małżeńskiej przekazują siebie w bogactwie swej natury i realnej kondycji psychofizycznej. Ewentualna trwała niezdolność do aktów małżeńskich nie jest wówczas patologią, ale wynikiem naturalnego procesu starzenia się. Poruszony problem od innej strony pokazuje słabość i niespójność prawa co do słuszności egzekwowania przeszkody niemocy płciowej w stosunku do osób w podeszłym wieku. W praktyce duszpasterkiej w stosunku do tych osób zwykle stosuje się domniemanie za ich zdolnością do małżeństwa lub § 2 kan. 1084 KPK, czyli pozwala się na zawarcie małżeństwa, z uwagi na wątpliwość faktyczną co do uprzedniości lub trwałości niemocy płciowej. Wydaje się, że aktualny stan prawny pozwala również na inne postawienie problemu.

Argumentami innej natury, ale niemniej ważnymi, są przepisy Kościołów i wspólnot wyznaniowych odnoszące się do tej materii. Kościoły Katolickie Wschodnie, podobnie jak w prawie Kościoła Zachodniego, przyjmują niemoc płciową uprzednią i trwałą jako przeszkodę zrywającą⁶⁸. Z kolei w Kościołach Wschodnich niekatolickich stosowane jest prawo rzymskie lub bizantyjskie, dlatego też impotencja nie jest przeszkodą zrywającą, ale może być podstawą do rozwodu po trzyletniej próbie⁶⁹. W kościele bizantyjskim rosyjskim, bułgarskim i rumuńskim – impotencja jest przyczyną unieważnienia małżeństwa. Kościół Ortodoksyjny Grecki stosuje prawo cywilne – niemoc płciowa drugiej strony jest przyczyną rozwodu w sy-

⁶⁸ Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium. Auctoritate Joannis Pauli pp. II promulgatus, AAS 82(1990), s. 1033-1363, can. 801: „§ 1 Impotentia coeundi antecedens et perpetua, sive ex parte viri sive ex parte mulieris, sive absoluta sive relativa, matrimonium ex ipsa eius natura dirimit.

§ 2. Si impedimentum impotentiae dubium est, sive dubio iuris sive dubio facti, matrimonium non est impediendum nec, stante dubio, nullum declarandum.

§ 3. Sterilitas matrimonium nec prohibet nec dirimit, firmo can. 821”

⁶⁹ Por. J. D a u v i l l i e r, C. De C l e r q, Le mariage en droit canonique oriental, Paris 1936, s. 162-163; P. L H u i l i e r, L'espace du principe d'Economie dans le domaine matrimonial, RDC 28(1978), s. 48.

tuacji, gdy jest nieznaną przed małżeństwem i trwa trzy lata⁷⁰. W czterech Kościołach monofizycznych, to jest: jakobińskim, armeńskim, koptyjskim i etiopskim, impotencja jest przyczyną rozwiązania małżeństwa, z tym, że w Kościele Etiopskim może to nastąpić po trzechletniej próbie w przypadku niemocy płciowej mężczyzny i trzech dniach w przypadku kobiety⁷¹. Powyższy stan prawny w poszczególnych wspólnotach wyznaniowych daje dużo do myślenia. Znamienną jest też rzeczą, że we wszystkich kulturach jest respektowana przeszkoda pokrewieństwa w linii prostej pochodząca z prawa naturalnego. Konsekwentnie nie zawiera się małżeństwa np. między ojcem i córką. A skoro te same podstawy tych przeszkód (prawo naturalne), można pytać: dlaczego odmienne postawy ludzi, że jedną przeszkodę się uznaje (pokrewieństwo) a drugą nie (impotencję)?⁷².

W prawie muzułmańskim niemoc płciowa jest zwykle podstawą do rozwodu lub unieważnienia małżeństwa, gdy była uprzednia⁷³. W prawie zaś hebrajskim, np. w Libanie impotencja jest prawem do rozwodu przysługującym tylko mężczyźnie⁷⁴, z kolei w Izraelu jest przeszkodą zrywającą. Tam, gdzie przeszkody takie istnieją, sędzia rabin w interesie publicznym winien zobowiązać męża do wystosowania żonie listu rozwodowego⁷⁵.

Z powyższych rozważań wynika, że tylko prawo nielicznych kościołów przyjmuje impotencję jako przeszkodę do małżeństwa, natomiast dla większości jest ona powodem do rozwiązania małżeństwa. Wprawdzie prawo cywilne rządzi się innymi racjami, niż prawo Kościoła katolickiego i innych wspólnot kościelnych, to jednak warto nadmienić, że zwykle niemoc płciowa w systemach prawa cywilnego nie stanowi przeszkody zrywającej⁷⁶, natomiast jest albo przyczyną unieważnienia aktu prawnego w ogóle⁷⁷, lub

⁷⁰ J. P r a d e r, *Il matrimonio nel mondo*, Padova 1970, s. 252.

⁷¹ A. C o u s s a, *Epitome praelectionum de iure ecclesiastico orientali*, vol. III, *De matrimonio*, Roma 1950, s. 92-93; I. R a d, *Prima e dopo il decreto del 13 maggio 1977 della S.C. per la Dottrina della Fede circa l'impotenza virile*, *Emerides Iuris Canonici* 35(1980), s. 76-77.

⁷² Por. W. K u r s a w a, *Impotentia...*, dz. cyt., s. 51-56.

⁷³ Por. J. P r a d e r, *Il matrimonio...*, dz. cyt., s. 76.

⁷⁴ Tamże, s. 76.

⁷⁵ Tamże, s. 308; I. R a d, *Prima e dopo...*, dz. cyt., s. 77.

⁷⁶ Niemoc płciowa jest przeszkodą zrywającą np. w Boliwii i Indiach.

⁷⁷ Małżeństwo może być unieważnione ze względu na niemoc płciową np. Australia, Kanada, USA, Kenia, Chiny itd. Por. J. Prader, *Il matrimonio ...*, dz. cyt., s. 308.

ze względu na błąd⁷⁸, albo impotencja jest podstawą do rozwodu⁷⁹.

Nic więc dziwnego, że w tak złożonej teoretycznie i egzystencjalnie sytuacji, pojawiają się propozycje możliwych rozwiązań prawnych. Postulaty związane z przeszkodą niemocy płciowej przybierają różne postacie.

1.3. Postulaty *ius condendum*

Godne podkreślenia są propozycje niektórych autorów lub grupy uczonych. M. Kaiser wyrażając pogląd, że przeszkoda niemocy płciowej powoduje nieważność małżeństwa mocą prawa kościelnego, dopuszcza możliwość dyspensowania od tej przeszkody⁸⁰. Autor widzi więc przyszłościowo możliwości zawierania małżeństw po uzyskaniu dyspensy od prawa kościelnego, zgodnie z kan. 85 KPK. Dyspensa byłaby możliwa, gdy nupturienicy są świadomi defektów ciała, a mimo to, pragną zawierać ze sobą małżeństwo. Natomiast byłaby ona niewskazana w przypadku braku zgody partnera lub jego nieświadomości. Propozycja ta nawiązuje pośrednio do koncepcji dawnych uczonych, którzy również widzieli możliwość zaistnienia prawdziwej wspólnoty życia, gdy strony znały i akceptowały niemoc płciową⁸¹. Przywołany kanonista całą argumentację co do tego, że analizowana przeszkoda jest z prawa kościelnego opiera na rezygnacji prawodawcy zaznaczenia o prawie naturalnym w kan. 1084 § 1 oraz na innej niż dotychczas koncepcji małżeństwa i aktu seksualnego. Proponowane przez Kaisera *ius condendum* pozostawia więc przeszkodę niemocy, ale są możliwości zawarcia małżeństwa.

Inną drogę *de lege ferenda* postulują i proponują B. Primetshofer, O. Fumagalli-Carulli oraz M. Wegan. Wymienieni autorzy sugerują rezygnację z istnienia przeszkody w systemie prawa małżeńskiego, natomiast problematykę niemocy płciowej proponują włączyć w zagadnienia wad zgody małżeńskiej, konkretnie, albo jako

⁷⁸ Ze względu na błąd, małżeństwo może być unieważnione: np. Austria, Belgia, Brazylia, Japonia, Niemcy, Szwajcaria, Dania, Włochy. Por. I. R a a d, *Prima e dopo...*, dz. cyt., s. 77.

⁷⁹ Impotencja jest przyczyną rozwodu w Tajlandii, w byłym ZSRR.

⁸⁰ M. K a i s e r, *Kirchliche...*, dz. cyt., s. 286-287.

⁸¹ Taka była koncepcja św. Tomasza, P. Lombarda i B. Ponce, których już dzieła cytowano. Por. B. D a v i d, *L'impuissance...*, dz. cyt., s. 80-82.

błąd⁸², albo jako podstępne wprowadzenie w błąd⁸³. W tej sytuacji postrzegają oni aktualny przepis prawa kanonicznego jako niesprawiedliwe prawo⁸⁴, zwłaszcza, że jest ono w napięciu z naturalnym prawem do zawarcia małżeństwa i prawem wiernych do korzystania z dóbr Kościoła, w tym z sakramentów⁸⁵.

Z kolei H. Zapp⁸⁶, P. Monet⁸⁷ i A. Dordett⁸⁸ którzy zasadniczo poddają krytyce istniejącą przeszkodę impotencji, *de lege ferenda* pozostawiają jako kwestię otwartą.

Przedstawione propozycje *ius condendum*, jak się wydaje, są dyskusyjne. Najbardziej wątpliwa jest propozycja M. Kaisera. Jest ona logiczna przy założeniu, że podstawą istnienia przeszkody jest prawo kościelne. Nie podzielając jednak tego ostatniego poglądu, ta propozycja rozwiązań prawnych jest trudna do przyjęcia ze względu na tradycję kanoniczną postrzegającą zwykle przeszkodę niemocy w ramach prawa naturalnego. Sugestia grupy uczonych o przeniesieniu problematyki związanej z niemocą płciową do zagadnienia wad zgody, konkretnie błędu lub podstępnego wprowadzenia w błąd, wydaje się być propozycją słuszną. Jej zaletą jest to, że jest w zgodzie z propozycjami niektórych członków Papieskiej Komisji do Spraw Rewizji Kodeksu i ponadto rozwiązałaby trudności w rozgraniczeniu pomiędzy kan. 1084 § 1 i kan. 1095 nr 3 KPK.

W niniejszym artykule wyraźnie postawiono tezę, że natura małżeństwa nie uzasadnia istnienie przeszkody niemocy płciowej. Tak sformułowana naukowa teza, przede wszystkim chce być próbą nowego postawienia zasadniczego problemu, ale może być jednocześnie postulatem o zmianę przepisu kan. 1084 KPK. Uzasadnienie naturą małżeństwa aktualnej przeszkody nie jest przekonujące i dlatego zaistnienie prawdziwego małżeństwa przy istniejącej impotencji, jak się wydaje, jest możliwe. Dokonując krytycznej oceny *ius condendum* zostały również ujawnione pewne preferencje w tej materii. Konkretną moją propozycją jest dodanie do kan. 1097 KPK nowego § 3, który określi w jakich przypadkach małżeństwo

⁸³ Tamże, kan. 1098.

⁸⁴ B. P r i m e t s h o f e r, Impotenz, Ehehindernis..., dz. cyt., s. 495.

⁸⁵ „Wierni mają prawo otrzymywać pomoce od swoich pasterzy z duchowych dóbr Kościoła, zwłaszcza zaś słowa Bożego i sakramentów”. KPK kan. 213.

⁸⁶ H. Z a p p, Das kanonische..., dz. cyt., s. 110.

⁸⁷ Por. P. Monet, Il matrimonio..., dz. cyt., s.198.

⁸⁸ A. Dordett, Impotenz..., dz. cyt., 77-78.

byłoby nieważne i kiedy można je ewentualnie konwalidować. Wspomniany paragraf mógłby mieć np. następującą treść: „Trwała niezdolność dokonania stosunku małżeńskiego, czy to ze strony mężczyzny czy kobiety, czy to absolutna czy względna, nieznaną uprzednio – nie zaś niepłodność, z zachowaniem przepisu kan.1098 – powoduje nieważność małżeństwa, lecz za zgodą drugiej strony może być ono uważnione”⁸⁹.

Powyższa sugestia jak i opowiadanie się za zmianą stanowią tylko *ius condendum*. Ostateczna i wiążąca odpowiedź należy do Urzędu Nauczycielskiego Kościoła. Ostatnie stwierdzenie jest czymś oczywistym. Niezależnie bowiem od przedstawionych propozycji rozwiązań prawnych, nie kto inny będzie rozstrzygał o przyszości normy, jak tylko Najwyższy prawodawca kościelny.

2. Transseksualizm w kontekście zawarcia małżeństwa

Jest to druga ważna kwestia którą chcemy przybliżyć w tym studium, zaczynając od doprecyzowania pojęcia transseksualizmu, by następnie rozważyć możliwość zawierania małżeństwa przez osoby dotknięte tym fenomenem.

2.1. Pojęcie transseksualizmu

Badaniem zjawiska transseksualizmu zajmują się uczeni od szeregu lat⁹⁰, ale nie doczekało się ono jednoznacznej definicji. Na uwagę w tym względzie zasługuje próba K. Imielińskiego. Według niego transseksualizm „polega na rozbieżności między poczuciem psychicznym płci a budową ciała morfologiczną-biologiczną oraz płcią socjalną (metrykalną), które odczuwane są jako „obce” i należące do płci przeciwnej. Transseksualista czuje się mężczyzną „uwięzionym” w ciele kobiety i odwrotnie. W związku z tym oraz odrazą do posiadanego ciała należącego do innej płci, występujące znaczne poczucie cierpienia oraz pragnienie odzyskania ciała na-

⁸⁹ Odmiennego zdania jest np. B.W. Zubert (recenzja mojej pracy habilitacyjnej), który sugeruje przypisanie niemocy płciowej relewancję prawną jedynie wtedy, gdy staje się ona przedmiotem podstępnego wprowadzenia w błąd.

⁹⁰ Wśród pierwszych prac dotyczących transseksualizmu należy wymienić dzieło M. H i r s z f e l d a, *Die transvestiten*, Berlin 1910. Zob. S. D u l k o, *Fenomen transseksualizmu. Problemy terminologiczne, Postępy Psychiatrii i Neurologii*, 2(1993), s. 235; S. D e S i m o n e, *Il transessualismo impedimento dell'impotenza, pars dissertationis ad lauream*, Roma 1994, s. 43-68.

leżnego swej płci, a także pragnienie akceptacji społecznej w roli zgodnej z płcią przeżywaną psychicznie. Transseksualiści ubierają się w odzież zgodną z własnym poczuciem psychicznym płci, lecz niezgodną z płcią cielesną, odczuwają satysfakcję, gdy zostaną uznani za człowieka należącego do tej płci oraz wykazują niezwykle silne pragnienie przekształcenia swego ciała nawet na drodze skomplikowanych zabiegów chirurgicznych⁹¹.

W związku z określeniem transseksualizmu należy dodać, że genetycznie lub chromosomalnie, gonadalnie i fenotypowo transseksualista jest mężczyzną lub kobietą. Płeć jest jednoznacznie i nieodwracalnie ustalona. Czyli transseksualizm w ścisłym tego słowa znaczeniu zachodzi wtedy, gdy osoba o płci jednoznacznej psychicznie uważa się za przynależną do płci odmiennej. Natomiast w dokumentach medycznych diagnoza osób poddających się zabiegom wskutek dezaprobaty płci brzmi „transseksualizm” niezależnie od tego, czy zabiegi te były korektą niedostatecznie rozwiniętych organów płciowych i części ciała w celu „udoskonalenia” cech jednej płci, czy też były dokonane na zdrowym ciele po to, by plastykę ciała dostosować do psychiki. Tylko w drugim przypadku można mówić o transseksualizmie w znaczeniu ścisłym i on jest przedmiotem naszej uwagi⁹². Nie chodzi tu bowiem o interseksualizm, stąd transseksualizm nie jest płciową orientacją. Osoba transseksualna idealizuje płeć, do której czuje się psychicznie przynależna i usilnie, niejako pod przymusem, dąży do zmiany swoich organów płciowych. Te dwa istotne elementy są zwykle podkreślane przez uczonych⁹³.

Gdy chodzi o rodzaje transseksualizmu to zasadniczo⁹⁴ wyróżnia się dwa typy: typ kobieta-mężczyzna (K-M) i typ mężczyzna-kobie-

⁹¹ K. I m i e l i ń s k i, *Zarys seksuologii i seksiatrii*, Warszawa 1982, s. 253.

⁹² Por. A. M i c h a j l i k, *Anatomia i fizjologia człowieka*, Warszawa 1998, R. S o b a ń s k i, *Transseksualizm a zdolność do zawarcia małżeństwa (quaestio disputanda)*, W: *Plenitudo legis dilectio. Księga pamiątkowa dedykowana prof. dr. hab. Bronisławowi W. Zubertowi OFM z okazji 65. rocznicy urodzin*, pod red. A. Dębińskiego i E. Szczot, Lublin 2000, s. 660.

⁹³ U. N a v a r r e t e, *Transsexualismus et ordo canonicus*, *Periodica* 86(1997), s. 105.

⁹⁴ W literaturze przedmiotu można spotkać jeszcze inne podziały transseksualizmu. Mówi się o ostrym, łagodnym i pośrednim uzależniając ten pierwszy stan od tego, że satysfakcję takiej osobie daje jedynie operacja zmieniająca płeć i oficjalne uznanie nowego statusu społecznego. Przy łagodnej formie wystarczy częściowa operacja i nie ma potrzeby zmiany płci metrykalnej. Na pośrednią formę transseksualizmu składają się oba zasygnalizowane typy. Por. K. I m i e l i ń s k i, *Zbocze-*

ta (M-K). Osoby pierwszego typu charakteryzują się tym, że posiadając biologiczno-fenotypiczną budowę ciała przynależną do płci żeńskiej, natomiast psychicznie odczuwają przynależność do płci męskiej. Z kolei osoby typu mężczyzna-kobieta cechują się męską budową ciała, zaś w swojej psychice mają poczucie przynależności do płci przeciwnej⁹⁵.

Zarysowane pojęcie transseksualizmu pozwala na wydobycie pewnych cech, które określają osobowość zwłaszcza w odniesieniu do sfery seksualnej. Jak to już zostało zaakcentowane, u osób dotkniętych tą anomalią istnieje całkowita zgodność ich budowy ciała z płcią chromosomową, gonadalną i fenotypową. Nie stwierdza się więc żadnych fizycznych nienormalności, problemem pozostaje antagonizm psychiczny do płci biologicznej. Osobowość transseksualisty cechuje wewnętrzne rozdarcie, stwierdza się u niego niechęć do własnego ciała. Osoba taka nie akceptuje własnej biologicznej płci, czuje się całkowicie przynależna do płci odmiennej. Nie mogąc być spójnym psychicznie i czując się zobowiązanym do konieczności życiowych wynikających z jego płci biologicznej, transseksualista czyni wszystko, aby swą fizyczną strukturę płciową dopasować do swych odczuć psychicznych. Gdy transseksualista nawiązuje kontakt z osobą tej samej płci, to w rzeczywistości odbierany jest przez nią jako szukanie więzi heteroseksualnej, chociaż jest to zachowanie oceniane zewnętrznie jako homoseksualne. U mężczyzn, którzy posiadają w pełni wykształcone narządy płciowe, lecz czują się kobietami, popęd nastawiony jest na osobników płci męskiej. Transseksualiści ci, psychicznie uważają się bowiem w pełni za kobiety. Tak więc popęd seksualny jest u nich zgodny z płcią przeżywaną biologicznie. Także i transseksualistki przez swoje partnerki uważane są za mężczyzn⁹⁶. Podkreśla się również, że kontakty heteroseksualne takich mężczyzn nie dają im satysfakcji, bo też sprawy satysfakcji seksualnych

nia płciowe. *Dynamiczna teoria zbroczeń płciowych*, Warszawa 1970, s. 293-294; K. Kępiński, *Z psychopatologii życia seksualnego*, Warszawa 1988, s. 44.

⁹⁵ Por. K. Imieliński, S. Dulko, *Przekleństwo Angrogyne. Transseksualizm: mity i rzeczywistość*, Warszawa 1988, s. 119; K. Imieliński, *Medycyna seksualna*, Warszawa 1992, s. 94; S. Paździor, *Przyczyny psychiczne niezdolności osoby do zawarcia małżeństwa w świetle kan. 1095*, Lublin 1999, s. 294n.

⁹⁶ Por. K. Imieliński, *Zarys seksuologii...*, dz. cyt., s. 254; A. Dzięga, *Co to jest transseksualizm*, *Jus Matrimoniale*, T.III, pod red. W. Góralskiego, Lublin 1992, s. 51n.

należą do spraw „wtórnych”. W przypadku zaś kobiety-transseksualistki, która posiada właściwe narządy rodne i urodzi dziecko, jak to wynika z badań, nie wywołuje u niej pojawienia się instynktu macierzyńskiego ani akceptacji w roli kobiety⁹⁷.

2.2. Transseksualizm a małżeństwo

Problematyka ta na polu kanonicznym jest nowa, ale zagadnienie to jest jednak dyskutowane, ponieważ duszpasterze spotykają się z pytaniami o możliwości zawarcia małżeństwa przez osoby dotknięte transseksualizmem. Złożoność problematyki transseksualistów rodzi wiele pytań odnoszących się do funkcjonowania tych osób przed operacją chirurgiczną i po operacji w odniesieniu do możliwości stworzenia wspólnoty małżeńskiej. W tym kontekście nie można też zapominać, że nupturienti mają prawo do zawarcia małżeństwa, a to prawo należy do uprawnień fundamentalnych człowieka. Respektując wspomniane uprawnienia nie można zabronąć nikomu, także osobie dotkniętej transseksualizmem, korzystania z prawa zawarcia małżeństwa, jak tylko wtedy, gdy będzie pewność niezdolności osoby do aktu.

Osoby transseksualne nie akceptując swojej płci i wynikającego zeń statusu społecznego dążą do jej zmiany za wszelką cenę. W tym miejscu warto więc zastanowić się, co oznacza tzw. operacja „zmiany płci”, czy jest to rzeczywista transformacja osoby czy tylko pewna modyfikacja?

Wśród uczonych istnieje zgodny pogląd, że operacja „zmiany płci” ma tylko i wyłącznie charakter powierzchniowy (plastyczny), dotyczy tylko organów zewnętrznych (fenotypu) i nie zmienia samej natury płciowej osoby⁹⁸. Przemodelowanie poniekąd sztuczne

⁹⁷ Por. J. G o d l e w s k i, Pooperacyjne funkcjonowanie osób transseksualnych, *Wiadomości Lekarskie* T.XXX, s. 189In; K. I m i e l i ņ s k i, S. D u l k o, Przekleństwo Androgyne..., dz. cyt., s. 120n; S. D e S i m o n e, Il transsexualismo..., dz. cyt., s. 43-54.

⁹⁸ Por. M.F. P o m p e d d a, Nuove metodiche di intervento sulla vita umana e diritto matrimoniale canonico, W: *Progresso biomedico e diritto matrimoniale canonico*, a cura di C. Zaggia, Roma 1992, s. 123, 134, 137; J. H u b e r, Transseksualizm i transwestytyzm..., dz. cyt., s.38-39; G. E r l e b a c h, Tożsamość seksualna a nieważność związku małżeńskiego według najnowszej jurysprudenencji rotalnej (1983-1994). *Zarys systematyczny*, W: *Tożsamość seksualna nupturientów a zdolność do zgody małżeńskiej*, red. W.B. Zubert, Opole 1998, s. 129-130; S. D e S i m o n e, Il transsexualismo..., dz. cyt., s. 81-84.

organów zewnętrznych to zbyt mało, aby można uznać taką zmianę za istotną. Genetycznie struktura osoby nie została zmieniona. Nie jest bowiem możliwa biologiczna zmiana chromosomów, które definitywnie określają mężczyznę i kobietę. Możliwa jest hormonalna kastracja przez atrofię jajników czy jąder oraz przez chirurgiczny zabieg, który jednak ogranicza się tylko do niewielkich zmian. Osoby transseksualne po chirurgicznej zmianie płci i po leczeniu hormonalnym, w przypadku transseksualizmu typu (M-K) osiągają zmianę barwy głosu i rozmieszczenie owłosienia skóry oraz powiększenie piersi. Natomiast u osób typu (K-M) następuje to wzrost umięśnienia, obniżenie głosu, zatrzymanie miesiączki, pojawienie się męskiego owłosienia, łysienie. Przemianom cielesnym towarzyszą jednocześnie zmiany w psychice osób poddawanych takiemu leczeniu⁹⁹. Tak więc operacyjna zmiana płci i leczenie hormonalne, wiele zmieniają, ale genetycznie mężczyzna pozostaje jednak w swej istocie nadal mężczyzną, a kobieta pozostaje kobietą¹⁰⁰. Z powyższych wywodów wynika, że nie można mówić o zmianie płci – rozumianej jako transformacja, a jedynie o modyfikacji.

Problem, czyli pytanie o możliwość dopuszczenia do zawarcia małżeństwa osoby transseksualnej po operacji „zmiany płci”, staje się pytaniem bardzo zasadnym i ciekawym poznawczo, bowiem sytuacja prawno-kanoniczna tych osób w Kościele nie do końca jest jasna. Warto nadmienić, że w grudniu 1984 r. zorganizowano w Watykanie symposium na temat zjawiska „zmiany płci”. Mimo uczestnictwa w nim najwybitniejszych przedstawicieli świata nauki, nie udało się wypracować stanowiska Kościoła co do sytuacji kanonicz-

⁹⁹ Por. K. I m i e l i ń s k i, S. D u l k o, Przekleństwo Andrygyne..., dz. cyt. s.258; S. P a ź d z i o r, Przyczyny psychiczne..., dz. cyt., s. 298.

¹⁰⁰ Znamienna jest w tym względzie wypowiedź P o m p e d d y: „L'intervento non rende realmente il soggetto una donna, ma soltanto induce un convincimento di essere femmina, non realmente femmina. Sono i cromosomi ci che in definitiva determinano il maschio e la femmina: biologicamente impossibile mutare i cromosomi. Il maschio transessuale non una vera femmina, poiché ha i cromosomi maschili. Non dunque possibile ottenere di fatto un cambiamento di sesso” T e n z e, Nuove metodiche..., dz.cyt., s. 134; por także Ch. J. R i t t y, Transsexual and Marriage, *Studia Canonica* 15(1981) nr 2, s. 450; J. H u b e r, Transseksualizm i transwestytm..., dz. cyt. s. 39; M. S a d o w s k i, Kanoniczno-prawne aspekty transseksualizmu, Lublin 1997 (mps BKUL) s. 15-17. A. K o k o s z k a, Moralność życia małżeńskiego, Tarnów 1997, s. 98-99; S. P a ź d z i o r, Przyczyny psychiczne..., dz. cyt., s. 299.

nej osób dotkniętych transseksualizmem. Ostateczna konkluzja sympozjum była taka, że Stolica Apostolska zajmie własne stanowisko w sprawie tzw. „zmiany płci” wtedy, gdy naukowcy dokładnie wyjaśnią etiologię tego zjawiska¹⁰¹.

O stanowisku Kościoła w odniesieniu do interesującego nas problemu, jeszcze nie do końca jednak sprecyzowanym, świadczy głos Kongregacji Nauki Wiary w piśmie z 28 maja 1991 r., w którym odpowiedziano na następujące pytanie Niemieckiej Konferencji Biskupów z którym zwróciła się ona w liście z 16 kwietnia 1991 r. do Kongregacji ds. Kultu Bożego i Sakramentów:

*Czy możliwe jest dopuszczenie do kanonicznego zawarcia małżeństwa osoby, która poddała się klinicznemu i chirurgicznemu leczeniu, co z kolei pociągnęło za sobą zmianę typu genitalnego i to w taki sposób, że odtąd osoba ta posiada cechy płci żeńskiej?*¹⁰²

Kongregacja Nauki Wiary odpowiedziała w ten sposób:

*Po starannym zbadaniu dokumentów załączonych do pytania, wydaje się to być przypadkiem, który składa się na stan faktyczny prawdziwego transseksualizmu we właściwym tego słowa znaczeniu. Chodzi mianowicie o osobę, która z biologicznego punktu widzenia należy do jednej płci, a psychicznie czuje się przynależna do innej i po odpowiednim zabiegu medycznym wykazuje jedynie cechy fenotypowe tej drugiej płci. Nie można zatem takiej osoby dopuścić do zawarcia sakramentalnego związku małżeńskiego, ponieważ znaczyłoby to, iż poślubiłby osobę biologicznie przynależną do tej samej płci*¹⁰³.

¹⁰¹ Por. K. I m i e l i Ń s k i, S. D u l k o, Przekleństwo Androgyne..., dz. cyt., s. 247; S. P a ź d z i o r, Przyczyny psychiczne..., dz. cyt., s. 301.

¹⁰² „Ob es möglich sie, eine Person zur kanonischen Eheschlussung zuzulassen, die sich klinischen und chirurgischen Behandlungen unterzogen hat, welche den Wechsel ihres genitalen Phänotyps zur Folge hatten, und zwar dergestalt, dass sie nunmehr die Charakteristika des weiblichen Geschlechts an sich trägt”. Tekst cytuję za J. H u b e r, Transsexualismus und Transvestitismus kirchenrechtliche Überlegungen, W: Tożsamość seksualna..., dz. cyt., s. 15-16.

¹⁰³ „Nach einer sorgfältigen Prüfung der Anfrage beigefügten Dokumentation scheint hier ein Fall vorzuliegen, der den Tatbestand des Transsexualismus im wahren und eigentlichen Sinne des Wortes erfüllt. Es handelt sich nämlich um eine der Biologie zufolge dem anderen Geschlecht zuzuordnende Person, die sich psychologisch dem anderen Geschlecht zugehörig fühlt und nach entsprechenden medizinischen Eingriffen lediglich phänotypisch dieses andere Geschlecht darstellt. Demgenäss kann diese Person zur Feier der sakramentalen Eheschliessung nicht zugelassen werden, weil sie dabei eine Person heiraten würde, die biologisch dem eingen Geschlecht angehört”. Das Schreiben der Kongregation vom 28. Mai

Pismo Kongregacji Nauki Wiary stwierdzając niemożliwość dopuszczenia do zawarcia małżeństwa osób transseksualnych po chirurgicznym zabiegu „zmiany płci”, wskazuje jednocześnie na powód takiego stanu rzeczy. Zdaniem Kongregacji – akceptując małżeństwo osoby transseksualnej akceptowałoby się tym samym związek osób tej samej płci. Prośba o ślub kościelny przedłożona po dokonanej operacji, jest niemożliwa do zrealizowania na gruncie prawa kanonicznego, gdyż płeć określana chromosomowo lub genetycznie nie może zostać zmieniona, tym samym dopuszczenie do zawarcia małżeństwa oznaczałoby, iż małżeństwo zawierają osoby tej samej płci. Późniejsze pismo tego organu Stolicy Apostolskiej (6 X 1999) podtrzymuje dotychczasową praktykę¹⁰⁴.

U. Navarrete uzasadniając niezdolność transseksualisty do zawarcia małżeństwa po uprzedniej operacji chirurgicznej podkreśla, że małżeństwo z samej natury jest wspólnotą między mężczyzną i kobietą ze specyficznymi obowiązkami obydwu płci, stąd może być tylko zawierane między osobami różnej płci, natomiast w małżeństwie zawierającym przez osobę o orientacji transseksualnej brakowałoby drugiej płci¹⁰⁵. Przemodelowania organów zewnętrznych nie można uznać za zmianę istotną osoby. Także stan świadomości i samookreślenie płciowe osoby transseksualnej nie odgrywają tutaj większej roli, gdyż nie korespondują z jej obiektywną rzeczywistością somatyczną mającą znaczenie dla prawa. Inni wybitni kanoniści M. Pompedda¹⁰⁶, J. Huber¹⁰⁷, czy G. Erlebach¹⁰⁸ też tak uważają.

Stawiając więc pytanie o możliwość zawarcia kanonicznego małżeństwa przez osoby transseksualne, na pierwszym miejscu trzeba postawić kwestię tożsamości płciowej osoby. Jest to fundamentalny problem, ponieważ nie może być wątpliwości co do płci przy zawie-

1991 wurde veröffentlicht in: De processibus matrimonialibus 2(1995), s. 315; Por. U. Navarrete, *Transsexualismus...*, dz. cyt., s. 101-124.

¹⁰⁴ Kongregacja w piśmie z 6 X 1999 r. w przypadku transseksualizmu (K-M) stwierdziła, że aczkolwiek na forum cywilnym osobę tę zalicza się do płci męskiej, to kanonicznie pozostaje kobietą. Uzasadniając niemożliwość zawarcia małżeństwa Kongregacja wskazuje na kan. 1055 §1, 1057 §1 i 1095. Nie wspomina się o kan. 1084, a to jest bardzo znamienne. Por. R. Sobanicki, *Transseksualizm...* dz. cyt., s. 663, nota 24.

¹⁰⁵ U. Navarrete, *Transsexualismus...*, dz. cyt., s. 114-115.

¹⁰⁶ Por. *Nuove metodiche...* dz. cyt., s. 122-126.

¹⁰⁷ Por. *Transseksualizm i transwestytyzm...*, dz. cyt., s. 37.

¹⁰⁸ Por. *Tożsamość seksualna...*, dz. cyt., s. 129-130.

raniu małżeństwa. G. Erlebach zaznacza, że w przypadku dokonanej zmiany płci, niezależnie od innych implikacji, choćby dotyczących impotencji, popadamy – jak się zdaje – w „radikalną postać nieważności możliwą do określenia jako *inexistentia matrimonii* ze względu na małżeństwo zawarte przez dwie osoby o tej samej biologicznie płci”¹⁰⁹. Na marginesie tej wypowiedzi Autor stawia kwestię, czy możliwe byłoby małżeństwo dwóch osób transseksualnych odmiennej płci po przebytej operacji? Erlebach na postawione pytanie nie odpowiada¹¹⁰. Rozwiązując powyższą kwestię, wydaje się, że ta sytuacja wyklucza próbę zawarcia małżeństwa przez osoby o tej samej płci przy transseksualizmie obojga stron. Zdaje się, że hipotetycznie mogłoby zaistnieć małżeństwo transseksualnego mężczyzny i transseksualnej kobiety. Problemem jednak istotnym pozostałaby w takim przypadku czyjaś ewentualna impotencja.

Właśnie kolejną kwestią, przy rozważaniu możliwości zawarcia małżeństwa przez osobę transseksualną po operacji, jest problem jej zdolności do aktów małżeńskich. Czy przy „zmianie płci” mężczyzna-kobieta (M-K) lub kobieta-mężczyzna (K-M) nie będzie zachodziła impotencja fizyczna? Czy zmiana płci typu M-K, przy obecnym stanie techniki medycznej i chirurgicznej, nie pozwala osobom na współżycie seksualne zgodne z wymogami prawa kanonicznego?

Zanim odpowie się na pytanie o zdolność danej osoby transseksualnej do współżycia małżeńskiego, należy ustalić – zdaniem wielu autorów – pod względem jakiej płci, czy od strony mężczyzny czy też kobiety, ma ktoś być kwalifikowany do kopulacji. Jest to słuszne spostrzeżenie. Transseksualista typu mężczyzna-kobieta (M-K), jeżeli został „zmieniony” na kobietę, to ukształtowany organ nie posiada pełnego kształtu ani fizjologicznych właściwości pochwy, jest to tylko wgłębienie sztucznie utworzone w strukturze ciała męskiego na podobieństwo pochwy¹¹¹. Taka osoba nie zyskuje nic z kobiety. Sztuczna pochwa nie daje żadnego zadowolenia i trudno będzie takiej osobie znaleźć partnera, który chciałby z nią współżyć. Transseksualista typu mężczyzna-kobieta (M-K) zdaniem Pompeddy,

¹⁰⁹ G. E r l e b a c h, Tożsamość seksualna..., dz. cyt., s. 131.

¹¹⁰ Tamże, s. 130, przypis 64.

¹¹¹ „... als eine Öffnung im Körper”. J. H u b e r, Transsexualismus und Transvestitismus..., dz. cyt., s. 17.

Hubera, Navarrete, traci przez operację zdolność do współżycia małżeńskiego i tym samym jest impotentem, niezdolnym do zawarcia małżeństwa z uwagi na przeszkodę impotencji po myśli kan. 1084 §1¹¹². Nie wszyscy jednak podzielają taki pogląd. Odmiennego zdania jest między innymi C.J. Ritty¹¹³ i prawdopodobnie A. Dzieęga¹¹⁴ oraz G. Erlebach¹¹⁵, którzy sądzą, że przy typie (M-K) transseksualnej osoby z uwagi na wysoki poziom technik medycznych niekoniecznie musi zaistnieć problem impotencji fizycznej i z tego powodu nie można dyskwalifikować osoby do stworzenia wspólnoty małżeńskiej.

Transseksualista typu kobieta-mężczyzna (K-M) jeżeli dąży do zmiany w mężczyznę, to organ, który został wszczepiony na kształt członka nie jest w rzeczywistości członkiem zdolnym do współżycia, a tym bardziej do pełnego stosunku¹¹⁶. Osoba staje się impotentem

¹¹² Por. M.F.P o m p e d d a, Nuove metodiche..., dz. cyt., s. 123-124; J. H u b e r, Transseksualizm i transwestytyzm..., dz. cyt., s.39; U. N a v a r r e t e, Transexualismus..., dz. cyt., s. 115. Podobnego zdania są prawdopodobnie także S. D e S i m o n e, Il Transsessualismo..., dz.cyt., s. 89-117; R. S z t y c h m i l e r, Istotne obowiązki małżeńskie, Warszawa 1997, s. 381 i S. P a ź d z i o r, Przyczyny psychiczne..., dz. cyt., s. 300.

¹¹³ Por. The transsexual and Marriage, Studia Canonica 15(1981), s. 454-455.

¹¹⁴ „Czy osoby po operacji korekty płci mogą zawierać związki małżeńskie? Bez wątplenia osoby te nie mogą już posiadać własnego potomstwa. Możliwe jest jednak współżycie”. W przypisie 13 uzupełnia się, że seksuologia nie ma tu w zasadzie wątpliwości. Por. tenże, Co to jest transseksualizm..., dz. cyt., s.53. Taki pogląd, zdaje się, wynikał z treści przedstawionej w cytowanym artykule. Tak też odczytał pogląd Autora R. S z t y c h m i l e r, Istotne obowiązki..., dz. cyt., s. 381. Tymczasem A. D z i ę g a w nowszej publikacji „Wpływ transseksualizmu na zdolność osoby do zawarcia małżeństwa. Uwagi i pytania, W: Kościelne prawo procesowe. Materiały i studia, t. I, Lublin 1999, s. 137-150, zwłaszcza s. 142-147, przypis 21, odcina się od wspomnianego poglądu. Trzeba zauważyć, że A. Dzieęga wprawdzie nie odpowiada wprost na cytowane wyżej pytanie, ale wzmianka o możliwości współżycia stron zdawała się sugerować takie odczytanie wcześniejszego poglądu. Aktualnie pogłębione przemyślenia Autora wydają się być jednoznaczne co do niezdolności strony transseksualnej do małżeństwa, chociaż nic nie wspomina o występowaniu przeszkody impotencji, mówi tylko o okaleczeniu organizmu. Konsekwentnie A. Dzieęga nie rozróżnia jakiego typu zmiana płci się dokonała, czyli traktuje w omawianym aspekcie typ (M-K) tak samo jak (K-M). Por. Tamże s. 146.

¹¹⁵ Por. Tożsamość seksualna..., dz. cyt., s. 130.

¹¹⁶ Por. C. C a f f a r r a, Il transsessualismo: aspetti etici, Medicina e Morale, 1985, nr 4, s. 722; M.F.P o m p e d d a, Nuove metodiche..., dz. cyt., s. 123-124; J. H u b e r, Transseksualizm i transwestytyzm..., dz. cyt., s. 39; U. N a v a r r e t e, Transexualismus..., dz. cyt., s. 115; R. S z t y c h m i l e r, Istotne obowiązki..., dz. cyt., s. 381 i S. P a ź d z i o r, Przyczyny psychiczne..., dz. cyt., s. 300.

niezdolnym do skonsumowania małżeństwa w sensie kanonicznym. Pogląd ten jest prawie powszechnie przyjmowany przez uczonych¹¹⁷. Navarrete przy tym zauważa, że nic tutaj nie wnosi wskazanie, że mimo impotencji przy stosunku może być jakieś seksualne zadowolenie. Kanonista ten dodaje, że orgazm u obydwu partnerów będzie tego samego gatunku, albo męski, albo żeński, ponieważ transseksualista przeżywa procesy fizjologiczne zgodnie z płcią, które wyznały dane fenotypiczne przed operacją chirurgiczną. Tęgo zaś rodzaju operacje nie zmieniają procesów fizjologicznych¹¹⁸.

Przedstawiona powyżej problematyka istnienia przeszkody impotencji przy zawieraniu małżeństwa przez osoby transseksualne nie wyczerpuje całości zagadnienia. Należy bowiem zastanowić się nad tym, czy gdyby wykorzystując osiągnięcia technik medycznych zdołano przezwyciężyć trudności możliwej impotencji, (abstrahując od problematyki etyczno-moralnej takich terapii, a ta nie jest obojętna dla prawa kanonicznego), to czy rzeczywiście osoby transseksualne po operacji chirurgicznej zdolne byłyby do aktów małżeńskich według wymogów Magisterium Kościoła. Akt małżeński podejmowany przez osobę, która otrzymała na pozór płciowość żeńską czy męską, według opinii M. F. Pompеды, nie będzie innym aktem jak tylko na pozór aktem seksualnym¹¹⁹. Autor mówiąc o „sztuczności” w przeciwieństwie do „naturalności” podkreśla, iż sztuczność może odnosić się do pomocy naturze, wykorzystując zdobycze wiedzy i techniki, ale także to pojęcie „sztuczność” może oznaczać, że coś istotowo jest sztuczne¹²⁰. W tym drugim przypadku można pytać, czy tak osiągnięta zdolność do współżycia, będzie wypełnieniem aktu małżeńskiego? Czy to będzie jeszcze akt seksualny? W odniesieniu do transseksualisty typu (M-K), który po operacji ma odpowiednio ukształtowaną pochwę i przyjmując, że nie występuje niemożliwość współżycia, a kanonistyka nie żąda przy zdolności kobiety do aktu seksualnego organów pozapochwowych, to jednak, jak uwydatnia

¹¹⁷ Nie podziela takiego poglądu C.J.Ritty, który skłania się ku opinii, iż transseksualiści typu (M-K) i (K-M) po przebytej operacji zdolni są do zawarcia małżeństwa, gdyż nie występuje przeszkoda impotencji. Tenże, *The transsexual and Marriage*, dz. cyt., s. 454n.

¹¹⁸ U. Navarrete, *Transsexualismus...*, dz. cyt., s. 115.

¹¹⁹ M.F. P o m p e d d a, *Nuove metodiche...*, dz. cyt., s. 124.

¹²⁰ Por. Tamże, s. 125-126.

Pompedda, taki podmiot transseksualny nie jest ani w sensie nauki, ani w mniemaniu powszechnym, prawdziwą kobietą i stąd można pytać o to, czy taka osoba jest zdolna do aktu seksualnego. Jest on również przekonany, że pytając o zdolność osoby do aktu małżeńskiego nie można tego zagadnienia nie łączyć z kan. 1061 §1 KPK, który stanowi, że „akt seksualny ma być przez się zdolny do zrodzenia potomstwa, do którego to aktu małżeństwo jest ze swej natury ukierunkowane”¹²¹. Kanonista ten też wątpi, czy może być rozważany jako naturalny akt seksualny, w którym uczestniczy z jednej strony sztuczny narząd męski i z drugiej sztuczna pochwa. Niektórzy autorzy podkreślają w tym kontekście, że gdyby nawet został osiągnięty odpowiedni poziom technik medycznych zdolnych przewyczyć trudności możliwej impotencji, to pozostaje do rozważenia sama natura takiego zjednoczenia cielesnego. Trzeba bowiem zauważyć, że ewentualna zdolność fizyczna do współżycia sztucznie osiągnięta, nie umniejsza wszystkich zastrzeżeń płynących ze zrozumienia sensu małżeńskiego zbliżenia¹²².

Panuje więc prawie zgoda w kanonistyce, że transseksualizm uniezdalnia do zawarcia małżeństwa. U. Navarette dostrzega co najmniej trzy tytuły nieważności: 1) brak równowagi psychicznej; 2) brak tożsamości płciowej; 3) przeszkoda impotencji¹²³.

W dotychczasowych rozważaniach skoncentrowaliśmy się na problemie dopuszczenia do zawarcie małżeństwa osób transseksualnych w sytuacji pooperacyjnej, natomiast jeszcze należy rozpatrzyć to zagadnienie od strony, gdy osoba nie poddała się zabiegowi chirurgicznemu. Sytuacja osoby w tym drugim przypadku jest inna, ponieważ jeśli nie nastąpiła operacja, należy uwzględnić nadrzędność prawa do zawarcia małżeństwa. Duszpasterz nie może zażądać badań klinicznych od nupturienta, a jedynie w ramach nauk przedślubnych może dyskretnie zapytać o jego płć. Jeśli ten zaprzecza skłonnościom transseksualnym, wówczas trzeba przyjąć fenotypową płć. Należy więc pozwolić nupturientowi zawrzeć mał-

¹²¹ „...coniugalem actum per se aptum ad prolis generationem, ad quem natura sua ordinator matrimonium” CIC can. 1061 §1.

¹²² Por. G. E r l e b a c h, Tożsamość seksualna..., s. 108-111; M.F. P o m p e d d a, Nuove metodiche..., dz. cyt., s. 124; J.J. G r a h a m, Transsexualism and the Nullity of Marriage, Roma 1979, s. 168.

¹²³ U. N a v a r r e t e, Transexualilismus..., dz. cyt., s. 115n; por. także R. S o b a n i k i, Transseksualizm..., dz. cyt., s. 660.

żeństwo, dopóki nie ma żadnych zastrzeżeń, iż przyszłe małżeństwo będzie nieważne¹²⁴.

Dość interesującą opinię w tej materii prezentuje A. Dziega, który zwraca uwagę na potrzebę rozróżnienia tzw. transseksualistów wtórnych, czyli osoby o postawach transseksualnych nabytych już po urodzeniu wskutek wadliwego wychowania oraz wskutek wpływów środowiskowych, od osób z transseksualizmem pierwotnym, czyli uwarunkowanym jakimś zaburzeniem zaistniałym w czasie rozwoju płodowego. Są bowiem – zdaniem Autora – podstawy do twierdzenia, że przy wtórnym transseksualizmie defekty psychiczne mogą być odwracalne przy zastosowaniu odpowiedniej terapii, natomiast osoby z transseksualizmem pierwotnym są w trudniejszej sytuacji. Stwierdzenie tego typu transseksualizmu może jednak nastąpić jedynie w wyniku przeprowadzenia przez specjalistów szeregu odpowiednich badań, w tym psychologicznych, neurologicznych, endokrynologicznych itp. Nawet jednak zgodna opinia tych specjalistów może stworzyć – jak się wydaje – jedynie wysokie prawdopodobieństwo nietrwałości związku, nie zaś pewność. Autor jest zdania, iż wątpliwości odnośnie do zawierania małżeństwa kanonicznego przez transseksualistów, którzy nie podjęli nieodwracalnych działań w kierunku zmiany płci, zasadniczo należy interpretować na korzyść tych osób¹²⁵. Tak więc uczeni zasadniczo nie kwestionują możliwości pozwolenia na zawarcie małżeństwa przez osoby transseksualne przed operacją.

Przytoczony pogląd A. Dziegi o wtórnym transseksualizmie a przede wszystkim opinia Kongregacji Nauki Wiary zdaje się zakładać, że transseksualizm ma przyczyny psychospołeczne, jest skutkiem traumatycznych doświadczeń przemocy doznanych w dzieciństwie. Przy tym założeniu argumenty wysuwane w uzasadnieniu niedopuszczania do małżeństwa są przekonujące. Ale jak zauważa R. Sobański, jeśli znalazłaby potwierdzenie teoria, wedle której transseksualizm ma podłoże konstytucjonalno-genetyczne, to wtedy nasuwałoby się szereg pytań¹²⁶.

¹²⁴ Por. KPK kan. 1066; U. N a v a r r e t e, *Transsexualilismus...*, dz. cyt., s. 113; J. H u b e r, *Transseksualizm i transwestytyzm...*, dz. cyt., s. 38.

¹²⁵ Por. A. D z i e g a, *Wpływ transseksualizmu...*, dz. cyt., s. 145-146; R. S o b a ń s k i, *Transseksualizm...*, dz. cyt., s. 660-663.

¹²⁶ Por. R. S o b a ń s k i, *Transseksualizm...*, dz. cyt., s. 661.

Podsumowując w tym miejscu zagadnienie transseksualizmu w kontekście przeszkody impotencji fizycznej można stwierdzić, że jest to współcześnie ważna i otwarta kwestia. Jest bowiem cały szereg niejasności co do etiologii zjawiska, a ta wydaje się być kluczową. Zagadnienie transseksualizmu musi być na pewno rozpatrywane wielopłaszczyznowo, by nie zagubić istotnych wątków. Jest też prawdą, że dla kanonistyki pozostaje ważniejszą sprawą determinacja płci niż ewentualna zdolność czy niezdolność do aktu małżeńskiego osoby transseksualnej po operacji tzw. zmiany płci. Z kolei przed operacją jest sprawą otwartą zdolność tej osoby do małżeństwa.

Zakończenie

Dokonane wyżej częściowe podsumowania dostatecznie rekapitulują poszczególne kwestie. Niemniej należy zauważyć, że kanonistyka dostrzega trudne problemy i jest przy tym ostrożna z wyciąganiem pochopnych wniosków. Postulatywność niektórych rozwiązań dokonana w artykule jest wyrazem takiego myślenia i również troski o ludzi znajdujących się w tak złożonej medyczno-prawnej sytuacji. Wywód dotyczący przeszkody niemocy płciowej wykazał, że w posoborowej koncepcji małżeństwa jako *sui generis* wspólnoty mężczyzny i kobiety wymieniona przeszkoda powoduje dysharmonię systemu prawa małżeńskiego i nie ma wystarczającej racji jej istnienia. Natura małżeństwa bowiem nie domaga się koniecznie realizacji współżycia seksualnego z przyczyn niezależnych od woli strony. Także prawo do współżycia nie jest aż tak ściśle związane z naturą małżeństwa, aby niemożliwość realizacji aktów powodowała nieważność małżeństwa.

Postulat dotyczący zniesienia przeszkody niemocy płciowej, byłyby w pewnym sensie rozwiązaniem kwestii transseksualizmu od strony zdolności do małżeństwa ze względu na akty małżeńskie, które nie są ściśle związane z istotą małżeństwa. Jest to jednak problem wtórny przy transseksualizmie, bo pierwszym jest tożsamość płciowa. W podsumowaniu tej kwestii chciałbym podkreślić trafne pytania R. Sobańskiego, z którymi się identyfikuję: czy psychiczne poczucie płci można traktować tak, jakby ono nie miało żadnego znaczenia, skoro przecież człowiek to istota cielesno-duchowa? O sile czynnika psychicznego świadczą długotrwałe, przykre przecież i bolesne zabiegi, jakim transseksualista się poddał – dobrowolnie, bez żadnego przymusu fizycznego, na zdrowym ciele! To ze względu na

psychikę zrobił co mógł, by usunąć przeszkodę uniemożliwiającą mu skorzystanie z naturalnego prawa do małżeństwa. Efekt jest – i może być – tylko połowiczny, nie sięgający korzeni, ale czy rzeczywiście w żaden sposób nie otwierający drogi do małżeństwa?¹²⁷. W tym kontekście, pozwolę sobie dodać, inne ważne pytanie: o wystarczalność dotychczasowego kryterium tożsamości płciowej?; o trudności nie uwzględniania „zmiany płci” w systemie prawa kanonicznego, nie tylko w odniesieniu do prawa małżeńskiego?

Certains défis contemporains dans le droit canonique conjugal

Parmi les défis canoniques nous avons l'obstacle de l'impotence et la question de transsexualité qui existent dans une corrélation. Problématique abordée dans l'article est d'abord une réflexion sur la raison d'exister dans le droit ecclésial l'obstacle de l'impotence et puis une demande de le supprimer. Quant à la transsexualité la réflexion se réduit à la question: après le „changement de sexe” y-a-t-il la possibilité de mariage canonique?

¹²⁷ Tamże, s. 663.