

Ginter Dzierżon

Polemika wokół kontraktualistycznej natury małżeństwa

Prawo Kanoniczne : kwartalnik prawno-historyczny 43/1-2, 95-106

2000

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

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

KS. GINTER DZIERŻON

POLEMIKA WOKÓŁ KONTRAKTUALISTYCZNEJ NATURY MAŁŻEŃSTWA

Institucja małżeństwa jest rzeczywistością bardzo bogatą. Podejmując refleksję nad tym zagadnieniem należy mieć świadomość jego wielowymiarowości. W takim kontekście trudno nawet byłoby wyliczyć aspekty z jakich można by było spojrzeć na tę instytucję. Albowiem małżeństwo staje się przedmiotem uwagi znawców wielu dyscyplin wiedzy. W tym miejscu należy podkreślić, iż jego charakter jurydyczny stanowi jedną z wielu możliwych perspektyw spojrzenia na tenże fenomen. Zjawisko to jednak zawsze było i jest obiektem zainteresowania prawnodawców.

Umiejscowienie tej instytucji w tak pojętej przestrzeni domaga się ujęcia tego fenomenu według kryteriów danego systemu, w tym zaś przypadku w kategoriach jurydycznych. Badając rozwój doktryny w tej materii nie trudno zauważyć, iż już we wczesnym średniowieczu w kanonicznym systemie prawnym pojawia się kategoria kontraktu. Ta właśnie rzymska instytucja prawa majątkowego w prawie kościelnym, znalazła swą nową aplikację w obszarze prawa małżeńskiego. Co więcej, w myśl opinii O. Robledy, pod wpływem chrześcijaństwa również i w rzymskim okresie postklasycznym kategoria *contractus* zaczęła funkcjonować w prawie małżeńskim¹.

W świecie w którym żyjemy wiele instytucji przeżywa swoje kryzysy oraz podlega krytyce. Podobnej „próbie” w XX wieku została poddana również koncepcja co do kontraktualistycznego charakteru małżeństwa

¹ Zob. O. Robleda, *Matrimonium est contractus?*, Periodica 53: 1964, s. 379. Czytamy tutaj: „De cetero, antequam ad alia transcamus nec etiam id animadvertere omittam, scilicet: ex una parte ad doctrinam contractuale matrimonii impetendam nullo pacto conferre etiam hoc allegare quod Romani ante tempus postclassicum matrimonium ut contractum non habuerint, siquidem evolutio quae tempore post classico – ex supposito – obtinet, peragitur, influxu maximi christianissimi (...); V. Reina, *El consentimiento matrimonial sus anomalías, y vicios como causa de nulidad*, Barcelona 1974 s. 18.

kanonicznego. Na pozór mogłoby się wydawać, iż ta wypracowana ogromnym wysiłkiem w ciągu wieków doktryna, w kanonistyce nie będzie podważana. Tak się jednak nie stało. Obrady Soboru Watykańskiego II (1962-1965), a szczególnie dyskusje wokół Konstytucji *Gaudium et Spes* spotęgowały polemiki wokół tego zagadnienia. W tymże dokumencie w odniesieniu do małżeństwa odstępiono przecież od tradycyjnego terminu *contractus*, posiłkując się pojęciem „przymierze” (*foedus*).

Patrząc dziś z perspektywy czasu na rozwój owych dyskusji należy podkreślić, iż ta klasyczna opinia w kanonistyce nie została zanegowana. Co więcej, również i dzisiaj posiada wielu zwolenników. Nie można od niej bowiem odejść. Albowiem wydaje się, iż struktura tej kategorii jurydycznej pozwala w sposób najbardziej adekwatny wyjaśnić mechanizmy działania większości zjawisk prawnych występujących w materialnym prawie małżeńskim.

Stąd też zasadnym wydaje się prezentacja dyskusji wokół tej instytucji. Spoglądając na to zagadnienie z perspektywy historycznej należałoby wyróżnić trzy okresy, a mianowicie: okres dominacji doktryny kontraktualistycznej (IX-XX w.), okres krytyki tej koncepcji (XX w.), oraz czas przezwyciężenia kryzysu w kanonistyce współczesnej (1965 -). W takim też porządku pragniemy ukazać tę problematykę.

I. Dominacja doktryny kontraktualistycznej (IX-XX w.)

Rozpoczynając dociekania nad tą kwestią na wstępie należy zaznaczyć, iż w kanonistyce nie ma pełnej zgodności co do genezy tego zjawiska. Autorzy jednak w zasadzie są zgodni, iż koncepcja ta została recypowana z rzymskiego porządku jurydycznego w IX w. Wśród historyków prawa występują jedynie różnice zdań co do pojawienia się pierwszych wzmianek świadczących o istnieniu tego zjawiska. Zdaniem bowiem jednych uczynił to papież Mikołaj I (858-867) w dokumencie *ad consultam Bulgaros* (866)², inni natomiast wiążą tę doktrynę z działalnością Hinkmara z Reims (806-882)³. Mimo rozbieżności poglądów w tej materii, można przyjąć opinię J. Castaño w myśl której, w kanonistycznym porządku prawnym ta kategoria jurydyczna była już obecna

² Zob. R. Weigand, *Desarrollo y triunfo del principio del consentimiento en el derecho matrimonial de la Iglesia*, *Revista Española de Derecho Canonico* 47: 1990, s. 53.

³ Zob. T. Garcia Barberena, *Sobre la idea contractual en el matrimonio canónico*, *Miscelanea Comillas* 16: 1951, s. 160; G. Franssen, *La lettre de Hincmar de Reims au sujet du mariage d'Etienne. Une relecture, Pascua Mediaevalia*, *Studies voor Prof. Dr. J. M. De Smet, Mediaevalia Lovanensia Studia*, t. 10, Leuven 1983, s. 133-146.

w IX w.; natomiast w XIII w. doktryna ta była na pewno już powszechnie uznana⁴.

Potwierdzenie tej hipotezy znajdujemy w wielu kanonistycznych oraz teologicznych dziełach średniowiecza. W Dekrecie Gracjana spotykamy się bowiem ze stwierdzeniem, iż konsens stron jest przyczyną sprawczą małżeństwa⁵. Zagadnienie to stało się również przedmiotem zainteresowania Piotra Lombarda (1150)⁶, oraz Bernarda z Pawii (1213)⁷.

Przedstawiając rozwój tej koncepcji w wiekach średnich trudno byłoby pominąć myśl jednego z największych myślicieli tego okresu jakim był św. Tomasz z Akwinu (1225-1274). On to bowiem z jednej strony ukazał znaczenie kontraktualistycznej natury małżeństwa, z drugiej zaś strony uwydatnił on walor konsensu małżeńskiego jako pojmowanego jako *causa efficiens*⁸.

Należy jednocześnie dodać, iż doktryna ta nie budziła również wątpliwości w XVI i XVII w. Albowiem w tym okresie obserwuje się szczególny rozwój badań nad tą kwestią w środowiskach naukowych hiszpańskiego Uniwersytetu w Salamance oraz słynnej szkole jezuickiej⁹.

Wreszcie, w prezentacji tej problematyki należy zwrócić przede wszystkim uwagę na nauczanie papieży przełomu XIX i XX w, a mianowicie: papieża Leona XIII (1878-1903), Piusa X (1903-1914) oraz Piusa XI (1922-1939). Papież Leon XII w Encyklice *Arcanum Divinae Sapientiae* z dnia 10. 02. 1880 r. odniósł się do tej tego zagadnienia w związku

⁴ Zob. J. Castaño, *Introductio ad ius matrimonialis*, t. 1, Romae 1967, s. 47; G. Erlebach, *Problem wymiaru antropologicznego i prawnego w rozumieniu zgody małżeńskiej*, *Ius Matrimoniale* 4: 1999, s. 16.

⁵ c. 27, q. 2: „Fuit enim inter eos consensus qui est efficiens causa matrimonii”; c. 27, q. 2, c. 2: „Cum ergo inter istos consensus intercesserit, qui solus matrimonium facit, patet hos conjuges esse”.

⁶ L. IV, d. 28, 2. Czytamy tutaj: „Nam et consensus occultus de presenti per verba expressus facit; licet non sit ibi honestus contractus, sed matrimonium non sanxit qui in occulto fuit”.

⁷ Zob. Bernardus Papiensis, *Summa decretalium ad librorum mancriptorum idem cum aliis iusdem scriptorum anecdotis*, Graz 1956, p. 148.

⁸ Zob. S. Thomas, *Supplementum*, 45, 1: „Unus non accipit potestatem in eo quod est libere alterius nisi per eius consensus. Sed per matrimonium accipit uterque coniux potestatem in corpus alterius, ut patet (I Cor. VII) cum prius uterque liberam potestatem sui corporis haberet. Ergo consensus facit matrimonium”; Tamże, 45, 2: „In matrimonio fit contractus inter virum et mulierem; sed in quolibet contractu oportet esse expressionem verborum; ergo et in matrimonio”; Tamże, 52, 1: „Respondet dicendum quod in matrimoni contractu obligatur unus coniux alteri ad debitum reddendum”; Tamże, 58, 3: „Furiosi non sunt idonei ad aliquem contractum faciendum: sed matrimonium est contractus quidem”.

⁹ Szerzej na ten temat zob. O. Robleca, *Sobre el matrimonio «in fieri»*, w: *De matrimonio conicctanea*, Roma 1970, s. 574-579.

z obroną doktryny o nierozdzielności kontraktu i sakramentu¹⁰. Jego następcą, papież Pius X uwydatnił tę problematykę w dekrecie *Ne temere* z dnia 2. 09. 1907 r.¹¹. Papież zaś Pius XI w encyklice *Casti Connubii* ogłoszonej w dniu 31. 12. 1930 r. przedstawił tę doktrynę w związku z nauczaniem o dobru wierności¹². Z drugiej strony należy zauważyć, iż w tym czasie w tej materii panowała również powszechna zgodność opinii kanonistów. Tacy bowiem autorzy jak G. Perrone¹³, J. Sassel¹⁴, M. Rosset¹⁵, F. Santi¹⁶, czy też F. Wernz¹⁷ w swych pracach opowiadali się również za kontraktualistycznym charakterem małżeństwa.

Ta tak starannie wypracowana w ciągu wieków koncepcja znalazła również swoje odzwierciedlenie w kodyfikacji pio-benedyktyńskiej

¹⁰ Zob. Leo XIII, Encyclica *Arcanum Divinae Sapientiae*, – 10. 02. 1880, w: *Enchiridion delle Encicliche*. Edizione bilingue, t. 5, Bologna 1995, s. 116. Czytamy tutaj: „Nec quemquam moveant illa tantopere a regalibus praedicta distinctio, vi cuius contractum nuptiale a sacramento disiungunt, eo sane consilio, ut, Ecclesiae reservatis sacramenti rationibus, contractum tradant in potestatem arbitriumque principum civitatis. Etenim non potest huiusmodi distinctio probari; cum exploratum sit in matrimonio christiano contractum a sacramento non esse dissociabilem; atque ideo non posse contractum verum et legitimum quin sit eo ipso sacramentum. Nam Christus Dominus dignitate sacramenti auxit matrimonium: matrimonium autem est ipse contractus, si modo factus sit iure”.

¹¹ Zob. Pius X, Decretum *Ne temere* – 2. 09. 1907 r., *Acta Sanctae Sedis* 40: 1907, s. 529: „Practera parochus in libro quoque baptizatorum adnotet, coniugem tali die in sua parochia matrimonium contraxisse. Quodsi coniux alibi baptizatus fuerit, matrimonii parochus notitia initi contractus ad parochum baptismi trasmittat”.

¹² Zob. Pius XI, Encyclica *Casti Connubii* – 31. 12. 1930, w: *Enchiridion delle Encicliche*. Edizione bilingue, t. 5, Bologna 1995, s. 600. Czytamy tutaj: „Alterum matrimonii bonum quod diximus ab Agostino commemoratum est bonum fidei, quae est mutua coniugum in contractu coniugali implendo fidelitas ut quod ex hoc contractu divina lege sancito alteri coniugi unice debetur, id neque ei denegatur, neque cuivis pennittatur”.

¹³ Zob. G. Perrone, *De matrimonio christiano*, vol. 1, Leodii 1861, p. 177: Kanonista ten stwierdził: „Porro materia proxima sacramenti matrimonii est contractus dum sit, cuius materia remota sunt corpus; materia proxima, traditio, forma, acceptatio: igitur prior actus quo contractus fieri incipit, est materia proxima: forma secundus actus quo contractus completur. In omni enim contractu adest seu intervenit traditio vel concessio et acceptatio iuris”.

¹⁴ Zob. J. Sassel, *Institutiones theologicae de Sacramentis Ecclesiae*, vol. 2, Firburgi Birs-goviac 1898, p. 352: „Matrimonium mutua coniugum obligatione continetur quae non naturaliter existit, nec a Deo vel aliqua auctoritate efficitur, sed libere suscipitur autem haec obligatio libera contractu quo uterque coniux eam vult et acceptat (...) Hinc sequitur matrimonium esse vere et proprie contractum”.

¹⁵ Zob. M. Rosset, *De sacramento matrimonii*, S. Joannis Mariannae 1895, p. 20. Czytamy tutaj: „Si expliciorem velis definitionem per causam, matrimonium dicitur: contractus quo vir et mulier nullo iure impediti se ad individuum vitae societatem et mutuam corporum traditionem in ordine ad actos ad generationem prolis obligant”.

¹⁶ Zob. F. Santi, *Praelectiones iuris canonici*, Ratisbonae 1903, p. 22: „Claritatis gratia matrimonium distingendum est a) prout est contractus vel causa (in fieri) et b) prout est status (in facto esse). Utrumque vocatur sacramentum, sed unum est efficiens, alterum effectum”.

¹⁷ Zob. X. Wernz, *Ius decretalium ad usum praelectionum in scholis textus canonici sive iuris decretalium*, Romae 1905, p. 46: „Matrimonium fieri est verus atque proprie dictus contractus bilateralis inter marem et foeminam celebratus”.

z 1917 r. Prawodawca kościelny jeszcze raz przecież potwierdził naturę małżeństwa pojętego jako kontrakt w następujących normach, a mianowicie: kan. 1012 kpk z 1917 r., kan. 1015 kpk z 1917 r., kan. 1084 kpk z 1917 r. oraz kan. 1103 kpk z 1917 r.

Reasumując te dociekania należy skonstatować, iż w kanonistyce w tak długim okresie czasu trwającym prawie jedenaście wieków, nie poddawano w wątpliwość tej doktryny. Krytyka tak pojętej natury małżeństwa nie została zapoczątkowana w środowiskach kanonistycznych, lecz wyszła z kręgów znawców prawa cywilnego.

2. Krytyka doktryny co do kontraktualistycznej natury małżeństwa

Owa zgodność poglądów w tej materii trwała jednak do XIX w. W tym to bowiem czasie część cywilistów oraz znawców prawa rzymskiego zaczęła kwestionować prezentowaną doktrynę. Pierwsza grupa uwydatniała szczególnie instytucjonalny charakter małżeństwa¹⁸. W myśl bowiem ich opinii, małżeństwo nie jest kontraktem ponieważ:

- a) ta kategoria jurydyczna funkcjonuje wyłącznie w obszarze prawa prywatnego; małżeństwo natomiast jest instytucją należącą do sfery prawa publicznego;
- b) zjawisko kontraktu odnosi się do sfery dóbr materialnych. Podczas gdy *matrimonium* ma charakter moralny oraz duchowy.
- c) w systemie prawa rzymskiego małżonkowie byli wolni w determinacji istotnych celów oraz przymiotów małżeństwa. Rozwiązanie związku zależało od decyzji stron¹⁹.

Drugi nurt zarzutów wyszedł z kręgów romanistów XIX w. W 1889 r. A. Manenti jako pierwszy podważył poglądy w myśl których, małżeństwo w rzymskim systemie prawnym było kontraktem²⁰. Jego zdaniem prawodawcy rzymscy do zawarcia małżeństwa wymagali dwóch elementów, a mianowicie: *consuetudo individua vitae* oraz *affectio maritalis*. W myśl jego opinii, tenże drugi wymóg rozumiany jako intencja zawarcia związku, nie mógł być ujęty w kategoriach kontraktualistycznych, czyli w sensie inicjującym związek małżeński, lecz powinien być pojmowany jako

¹⁸ Zob. R. Vanhens, *Le mariage civil*, Paris 1904, s. 247; C. Lefevbre, *La mariage civil n'est il qu'un contract?*, *Nuovelle Revue Historique du Droit*, 11: 1931, s. 300; M. Gimenez Fernandez, *La institucion matrimonial*, Madrid 1947, s. 109.

¹⁹ Castaño, *Introduccio*, j. w., s. 48-49.

²⁰ Zob. A. Manenti, *Della inaponibilit  delle condizioni ai negozi giuridici ed in specie delle condizioni apposte al matrimonio*, Siena 1889, s. 44. Szerzej na ten temat zob. O. Robledda, *El matamonio en derecho romano*, Roma 1970, s. 72-109.

wola współżycia²¹. Przekonanie to dominowało w kręgach romanistów do początku lat 40-tych XX w. W tym bowiem czasie między innymi tacy badacze jak E. Voltera²² czy też R. Orestano²³ wykazali, iż istotnymi elementem małżeństwa rzymskiego był konsens kontrahentów²⁴.

Przedstawione tendencje znalazły również swój odgłos w środowiskach kanonistycznych. W myśl bowiem opinii J. Castaño, w latach 20-tych XX w. niektórzy z autorów rozpoczęli krytykę kontraktualistycznego charakteru małżeństwa²⁵. Ataki te wzmożyły się szczególnie na sile w latach 50-tych oraz 60-tych²⁶. Zaczęto bowiem eksponować personalistyczny walor małżeństwa. W tym miejscu należy jednocześnie zaznaczyć, iż w tym czasie większość autorytetów opowiadała się za tą wielowiekową doktryną²⁷.

Dyskusje te znalazły również swoje odzwierciedlenie w obradach Soboru Watykańskiego II (1962-1965). W interesującej nas materii koncentrowały się one szczególnie wokół redakcji Konstytucji *Gaudium et Spes* ogłoszonej dnia 4. 12. 1965 r²⁸.

²¹ Tamże, s. 74. Czytamy tutaj: „(...) los Romanos exigian a tenor de las definiciones de la compilación dos elementos para dar vida al matrimonio: *consuetudo individua vitae* (= *consortium omnis vitae*) o: *stabilimento di fatto della comunanza vitae*, y el consentimiento – aunque non fuese declarado expresamente – o intención que tiene como objeto (= *affectio maritalis*). Mas, no está aun todo dicho. Un tal consentimiento no podía entenderse, según Mancini, como contractual, inicial, o sea, como creador de un vínculo – la obligación de aquella convivencia – que pudiese luego ya existir independientemente de su causa, sino continuo – por eso llamado *affectio* –, haciendo consistir en él, juntamente con la convivencia, también continua, todo el ser del matrimonio”.

²² Zob. E. Voltera, *La Conception du Mariage d'après les iuristes romains*, Padova 1941, s. 39; Tenże, *Matrimonio (diritto romano)*, w: Enciclopedia del diritto, t. 25, Varese 1975, s. 727-807.

²³ Zob. R. Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano* 47: 1940, s. 154-189.

²⁴ Robleda, *Sobre el matrimonio «in fieri»*, j. w., s. 582-583.

²⁵ Zob. J. Castaño, *Il matrimonio è contratto?*, *Periodica* 82: 1993, s. 437.

²⁶ Zob. A. Szentirmai, *Matrimonium non est contractus*, *Revista Española de Derecho Canonico* 20: 1965, s. 155-164; Tenże, *Der ehebegriff des Kirchenrechts im Lichte der ethnologischen Forschung*, *Tübinger Theologische Quartalschrift* 143: 1963, s. 22-38; K. Mörsdorf, *Die kirchliche Eheschliessungsform nach dem Selbstverständnis der christlichen Bekenntnisse*, *Münchener Theologische Zeitschrift* 9: 1958, s. 241-256.

²⁷ García Barberena, *Sobre la idea*, j. w., s. 155-179; Tenże, *Sobre el matrimonio «in fieri»*, *Salamanticensis* 1: 1954, s. 422-440; O. Robleda, *Sobre el matrimonio «in fieri»*, j. w., s. 557-603; Tenże *Es contrato el matrimonio?* *Estudios Eclesiásticos* 29: 1955, s. 479-503; Tenże, *Matrimonium est contractus*, j. w., s. 374-408; Tenże, *Causa efficiens matrimonii iuxta Const. «Gaudium et spes»* *Conc. Vaticani II*, *Periodica* 55: 1966, s. 354-380; V. Montserrat, *El contrato y la institución en el marriage – institution?*, *Apollinaris* 33: 1960, s. 95-117; Castaño, *Introducción*, j. w., s. 55-100; J. Jemolo, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Bologna 1993, s. 107-119.

²⁸ Por. *Constitutio Gaudium et Spes*, w: Sobór Watykański Drugi. Konstytucje, Dekrety, Deklaracje, Paryż 1967, s. 533-657. Szczegół na temat dyskusji soborowej co do tego dokumentu zob. J. Díaz Nava, *El matrimonio en el Constitución pastoral sobre la Iglesia en el mundo actual*, *Sal Terrae* 54: 1966, s. 417-441.

Zarzuty przeciw tej koncepcji wysuwali zarówno teologowie jak i kanoniści. Zdaniem tych pierwszych za przyjęciem personalistycznej wizji małżeństwa przemawiały następujące racje, a mianowicie:

- a) chęć odejścia od jurydyzmu. W myśl bowiem ich opinii, natury małżeństwa nie da się bowiem sprowadzić jedynie do sfery kontraktu. Albowiem jest ona przecież rzeczywistością o wiele bogatszą, aniżeli kategoria *contractus*. W kanonistycznym porządku prawnym małżeństwo jest przecież sakramentem.
- b) kontraktualistyczna wizja małżeństwa nie jest zgodna z doktryną braci odłączonych²⁹;

Kanoniści zaś w swej krytyce nawiązywali do prezentowanych już wyżej opinii romanistów oraz cywilistów³⁰.

Śledząc jednak rozwój prac przygotowawczych koncentrujących się wokół Konstytucji *Gaudium et Spes* należy zauważyć, iż kategorię „kontrakt” spotykamy jeszcze w Aneksie Schematu *de Ecclesia in mundo huius temporis* z dnia 29. 10. 1964 r.³¹. Później ustąpiła ona miejsca terminowi *foedus*. Nie pojawia się ona bowiem w redakcjach kolejnych Schematów, a mianowicie: w Schemacie z dnia 21. 09. 1965 r.³², Schemacie z dnia 13. 11. 1965 r.³³

²⁹ Castaño, *Il matrimonio*, j. w., s. 442- 443: „I teologi dicevano che il matrimonio non può essere ritenuto un *contractus* principalmente per le seguenti ragioni: a) Qualificare il matrimonio come *contractus* sarebbe una specie di giuridicismo, giacché il matrimonio è un sacramento e come tale, non può essere rinchiuso in una realtà specificamente giuridica com'è il *contractus*. b) Il concetto di *contractus* non piace ai fratelli Orientali e quindi, non è da loro accettato né lo sarà mai. Da notare che il concetto di *contractus* ha la sua origine nel diritto romano e, perciò ha una connotazione squisitamente giuridica. Inoltre, nella tradizione delle venerabili Chiese orientali, il matrimonio è stato sempre considerato come un *foedus* o alleanza, in cui viene rispecchiata la Alleanza stabilita tra Jahvè ed Israele e che poi San Paolo attribuisce a Cristo e alla Chiesa. In questo modo, tra gli Orientali il matrimonio s'inserisce nella tradizione biblica e quindi, è sempre un *quid sacrum*”.

³⁰ Tamże, s. 443: „Da parte loro i giuristi dicevano: a) Tanto nel diritto romano come nel diritto «civile» il *contractus* è un negozio privato e, per di più di natura patrimoniale. b) In tal caso, nel matrimonio – contratto i contraenti potrebbero apporre delle clausole a piacere contro il fine e contro le proprietà essenziali, cosa che nel matrimonio non può avvenire. c) Inoltre il matrimonio potrebbe essere annullato, come possono essere annullati tutti i contratti. Com'è ovvio, ciò non è pensabile trattandosi del matrimonio. d) Finalmente, il concetto di *contractus* comporta una relazione all'aspetto patrimoniale, mentre il matrimonio, per natura, consiste in un insieme di relazioni interpersonali”.

³¹ Por. *Schema de Ecclesia in mundo huius temporis, Annexum II. De matrimonio et familia*, w: Acta Synodalia Sacrosancti Concilii Vaticani Concilii Occumeni Vaticani Secundi vol. 3 pars 5, Typis Polyglotis Vaticanis 1975, s. 160.

³² Por. *Schema constitutionis pastoralis de Ecclesia in mundo huius temporis*, w: Acta Synodalia Sacrosancti Concilii Occumenici Vaticani Secundi, vol. 4, pars 1, Typis Polyglotis Vaticanis 1978, s. 421-559.

³³ Por. *Schema constitutionis pastoralis de Ecclesia in mundo huius temporis*, w: Acta Synodalia Sacrosancti Concilii Occumenici Vaticani Secundi, vol. 4, pars 2, Typis Polyglotis Vaticanis 1978, s. 421-559.

oraz Schemacie z dnia 3.12. 1965 r³⁴. Również i w samej Konstytucji *Gaudium et Spes* występuje jedynie wyrażenie „przymierze”³⁵. W myśl jednak opinii U. Navarrete pojęcia *foedus* oraz *contractus* należy uważać za równoznaczne z punktu widzenia techniczno-kanonicznego. Termin bowiem „kontrakt” został przez prawodawcę kościelnego zarezerwowany dla momentu konstytuującego małżeństwo (*matrimonium in fieri*)³⁶.

Proklamacja tego ostatniego dokumentu wywołała burzliwą dyskusję w środowiskach kanonistycznych³⁷. Albowiem część autorów opowiedziała się za personalistycznym rozumieniem małżeństwa, odrzucając jednocześnie kategorię kontraktu³⁸. Śledząc w tym czasie rozwój dyskusji w tej materii można by ulec złudzeniu, iż to odmienne pojmowanie instytucji małżeństwa zdominuje myśl kanonistyczną w następnych latach. Dogłębna analiza tak pojętej doktryny rodzi jednak poważne pytania i wątpliwo-

³⁴ Zob. *Schema constitutionis pastoralis de Ecclesia in mundo huius temporis. Textus denuo recognitus*, w: Acta Synodalia Sacrosancti Concilii Oecumenici Vaticani Secundi, vol. 4, pars 7, Typis Polyglottis Vaticanis 1978, p. 234-313.

³⁵ *Constitutio Gaudium et Spes*, j. w., s. 590.

³⁶ Zob. U. Navarrete, *Matrimonio, contratto e sacramento*. Studi giuridici, t. 31, Città del Vaticano 1993, s. 93. Autor ten stwierdził: „Quindi nel Codice i termini «patto (foedus) matrimoniale», «contratto (contractus) matrimoniale», «consenso delle parti legittimamente manifestato», «atto di volontà con cui l'uomo e la donna danno e accettano reciprocamente se stessi per costituire il matrimonio» sono termini equivalenti, sotto punto di vista tecnico – canonico. (...) È vero che il Concilio ha evitato di adoperare il termine «contratto» in attenzione agli Orientali e tenuto conto che in molti ordinamenti giuridici tale termine si adoperava soltanto nei rapporti di ordine economico. Tuttavia il legislatore lo ha voluto conservare nell'ordinamento canonico, come equivalente al termine «patto», per significare il momento costitutivo del matrimonio”.

³⁷ Szczegółowo na ten temat zob. J. Castañó, *I vizi dell'atto giuridico in diritto canonico*, *Apolinaris* 51: 1978, s. 599.

³⁸ Zob. L. Vela, *De personalismo in iure matrimonialis novi Codicis*, *Periodica* 79: 1990, s. 37-67; Tenžec, *Incapacidad psicológica para el matrimonio*, w: *Curso de derecho matrimonial y procesal para profesionales del foro*, pod red. J. Sánchez y Sánchez, t. 5, Salamanca 1982, s. 125-137; S. Villeggiante, *L'incapacità psicologica come causa di nullità del matrimonio in diritto canonico*, w: *Studi di diritto canonico in onore di M. Magliocchetti*, t. 3, Roma 1979, s. 1105-1174; J. Martín Sánchez, *La relevancia jurídica del amor conyugal en el matrimonio*, *Revista Española de Derecho Canonico* 48: 1991, s. 31-47; P. Vilardach, *Amor conyugal y esencia del matrimonio*, *Ius Canonicum*, s. 269-313; S. Lener, *L'oggetto del consenso e l'amore nel matrimonio*, w: *Annali di dottrina e giurisprudenza*, t. 1, Città del Vaticano 1971, s. 125-177; J. Serrano, *El derecho a la comunidad de vida y amor conyugal como objeto del consentimiento matrimonial, aspectos jurídicos y evolución de la jurisprudencia de la S.R. Romana*, *Ephemerides Iuris Canonici* 32: 1976, s. 35-57; J. Serrano Ruiz, *Capacidad y exclusión afinidades y divergencia entre los grandes temas de nulidad de matrimonio*, w: *Curso de Derecho matrimonial y procesal canonico*, J. Sánchez y Sánchez, t. 5, Salamanca 1982, s. 175-203; P. Bonnet, *De habitudine inter amorem coniugalem et matrimonium ratione habita ad structuram internam et externam eiusdem instituti matrimonialis*, *Ephemerides Iuris Canonici* 20: 1974, s. 60-107.

ści, a mianowicie: czy stanowisko personalistyczne wyraża w sposób najbardziej adekwatny naturę małżeństwa? czy personalizm jest kategorią jurydyczną? czy instytucja małżeństwa sakramentalnego staje się jedynym przedmiotem zainteresowania prawodawcy kościelnego?

Tak powstałe trudności zmusiły kanonistów do jeszcze głębszej refleksji nad tym zagadnieniem. Część bowiem autorytetów nie tylko w czasach posoborowych, lecz również i dzisiaj opowiada się w dalszym ciągu za kontraktualistyczną koncepcją małżeństwa. Albowiem ich zdaniem, to tradycjonalistyczne ujęcie jest bardziej zgodne z jurydyczną strukturą małżeństwa³⁹.

3. Przewycięzenie trudności

Zwolennicy koncepcji kontraktualistycznej odpierając zarzuty przeciwników podkreślają, iż obrady Soboru Watykańskiego II miały przede wszystkim charakter pastoralny, a nie prawny. Tę opinię można z całą pewnością odnieść do wspomnianego już dokumentu jakim jest Konstytucja *Gaudium et Spes*. Ojcowie Soborowi nie podjęli przecież dyskusji nad pojętym jurydycznie kontraktualistycznym charakterem małżeństwa. Dlatego też błędnymi wydają się być poglądy, w myśl których, doktryna soborowa zmieniła pojmowanie natury związku małżeńskiego⁴⁰.

Można się zgodzić wprawdzie z poglądami, iż pojęte integralnie małżeństwo zarówno naturalne jak i sakramentalne jest rzeczywistością o wiele bogatszą aniżeli kanonistyczna koncepcja kontraktu. Z drugiej jednak strony nie należy zapominać o tym, iż małżeństwo jest również zjawiskiem prawnym. Stąd też należy jeszcze raz podkreślić, iż ten jedynie wymiar stanowi obiekt zainteresowania kanonistyki⁴¹.

Personalistyczne zaś ujęcie tego fenomenu zdaje się nie wyczerpywać całej głębi natury prawnej tej instytucji. Jurydycznego wymiaru

³⁹ Zob. M. Pompedda, *Annotazioni sul diritto matrimoniale nel nuovo Codice Canonico*, w: *Il matrimonio nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, pod red. Z. Grocholewskiego; M. Pompeddy, Padova 1984, s. 19-21; P. Monca, *Il matrimonio nel nuovo Diritto Canonico*, Genova 1992, s. 21; S. Gherro, *Diritto matrimoniale canonico*, Padova 1985, s. 60; F. Finocchiaro, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Bologna 1989, s. 11-13; Aznar Gil, *El nuevo derecho matrimonial canónico*, Salamanca 1983 Salamanca 1983, s. 46-48; J. Castano, *Il sacramento del matrimonio*, Roma 1992, s. 32-45; L. Chiappetta, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordatoria*, Napoli 1990, s. 10-11 i 37-41; Erlbach, w., s. 7-28

⁴⁰ Castañó, *Il matrimonio*, j. w., s. 436.

⁴¹ Tamże, s. 445-446.

małżeństwa nie można bowiem sprowadzić jedynie do płaszczyzny relacji interpersonalnych⁴². W tym kontekście powstaje bowiem poważna wątpliwość: czy za pomocą tego stanowiska można wyjaśnić wszystkie mechanizmy funkcjonujące w obszarze materialnego prawa małżeńskiego? Wydaje się, iż przy pomocy tej koncepcji nie da się tego uczynić⁴³. Ojciec św. Jan Paweł II w swojej Alokucji wygłoszonej do Roty Rzymskiej 27. 01. 1997 r. podkreślił, iż personalistyczny charakter małżeństwa stanowi jego prawdziwą przestrzeń wewnętrzną⁴⁴.

Analizując w dalszym ciągu tę kwestię należy zaznaczyć, iż nie można się również zgodzić z opiniami niektórych teologów w myśl których, kontraktualistyczna koncepcja małżeństwa jest nieadekwatna w odniesieniu do małżeństwa sakramentalnego. W pewnym sensie te spostrzeżenia są słuszne. Doktryna kontraktualistyczna nie wyczerpuje bowiem całego bogactwa tego zjawiska. Albowiem sakrament małżeństwa ma przecież charakter nadprzyrodzony. W tym miejscu należy jednak z całą stanowczością podkreślić, iż kanonistę interesuje jednak jedynie aspekt

⁴² Erlebach, j. w., s. 16. Autor ten stwierdził: „Długoletnie dyskusje, mimo iż pewnie nie zawsze zakończone zgodnymi konkluzjami, wydają się nie pozostawiać dziś już cienia wątpliwości co do natury kontraktualnej konsensu małżeńskiego w aspekcie prawnym, co nie przekreśliła bynajmniej odmiennej ujmowania małżeństwa z innych punktów widzenia”. (...) Błędna byłaby też tendencja przeciwna, gdyby mianowicie ktoś chciał wyrazić całą rzeczywistość małżeństwa w terminologii kontraktualistycznej. Ta ostatnia zachowuje swą aktualność w ściśle określonym znaczeniu: w rozumieniu prawnym struktury małżeństwa, bez wykluczenia innych aspektów, m.in. sakramentalnego, którego nie w sposób wyjaśnić w kategorii kontraktu”.

⁴³ Castaño, *Il matrimonio*, j. w., s. 446-447: „Alcuni autori definiscono il matrimonio come relazioni interpersonali e così facendo, credono di aver scoperto la pietra filosofale. Secondo il nostro giudizio, dal punto di vista sociale e soprattutto sacramentale – per non dire giuridico – il matrimonio non termina, non si esaurisce, nell'essere un insieme di relazioni interpersonali, anche se sono importanti. Se così fosse, sparirebbero sia l'aspetto sociale e pubblico del matrimonio che il suo aspetto sacramentale. Questa visione del matrimonio che si presenta come una acquisizione quasi geniale, altro non è che una visione scintillante (e forse abbagliante) la quale, in quanto tale, è molto attraente ai nostri giorni. Noi crediamo, però, che il matrimonio sia una realtà molto più ricca di un insieme di relazioni interpersonali. È certamente questo insieme di relazioni interpersonali, ma con ciò non viene offerta l'idea ottimale del matrimonio. Anzi, dal punto di vista scientifico, crediamo che tale definizione prenda la parte per il tutto e, di conseguenza, sia povera e molto restrittiva”; Na trudności wynikające z personalistycznej interpretacji zjawiska pozytywnego aktu woli zwrócił uwagę A. Stankiewicz. Zob. A. Stankiewicz, *Pozytywny akt woli przy symulacji zgody małżeńskiej*, *Ius Matrimoniale* 10: 1999, s. 69 – 70.

⁴⁴ Zob. Joannes Paulus II, *Alocutio ad Romanae Rotae praelatos auditores* – 27. 01. 1997, AAS 89: 1997, s. 487. Papież stwierdził: „Per affrontare il problema in modo perspicuo ed equilibrato, occorre aver ben chiaro il principio che la valenza giuridica non si giustappone come un corpo estraneo alla realtà interpersonale del matrimonio, ma ne costituisce una dimensione veramente intrinseca”.

prawny tej instytucji. Ponadto należy dodać, iż w kręgu zainteresowania prawodawcy kościelnego nie znajdują się wyłącznie sakramentalne związki małżeńskie, lecz również małżeństwa niesakramentalne (kan. 1059 kpk z 1983 r.)⁴⁵.

Wreszcie należy skonstatować, iż prawodawca kościelny nie zrezygnował z tego wymiaru również w kodyfikacji Jana Pawła II z 1983 r. Analiza semantyczna materialnego prawa małżeńskiego tejże kodyfikacji wykazuje, iż ustawodawca w sformułowaniach dwóch przepisów, a mianowicie: kan. 1055 § 2 kpk z 1983 r. oraz kan. 1097 § 2 kpk z 1983 r. wyraźnie użył określenia *contractus*. Co więcej, należy jednocześnie dodać, iż kan. 1057 kpk z 1983 r. odnoszący się do zagadnienia konsensu małżeńskiego ma również charakter kontraktualistyczny.

Wnioski

We współczesnej kanonistyce zasadniczo spotykamy się z dwoma koncepcjami eksponującymi jurydyczną naturę małżeństwa, a mianowicie: personalizmem oraz kontraktualizmem. Zaprezentowana analiza

⁴⁵ Castañó, *Il matrimonio*, j. w., s. 447-448: „Oltre i valori sopra elencati, il matrimonio ha anche un aspetto giuridico, in quanto che, tutti gli altri aspetti o valori sono regolati da norme (civili o canoniche) che distinguono il matrimonio da qualsiasi altra forma di convivenza tra un uomo ed una donna, anche se tra loro esistono gli elementi sociali, biologici, psichici, di affetto, di donazione reciproca, ecc. Il matrimonio, infatti, è per sua natura un istituto sociale, e, come tale, deve essere regolato e protetto dalla legge. L'aspetto giuridico è soltanto uno dei molteplici aspetti che costituiscono il matrimonio e quindi, la realtà matrimoniale nella sua totalità, non può essere qualificata come *contractus* (Si noti questa nostra affermazione). È vero che tante volte gli autori qualificano il matrimonio come *contractus* senza distinguere nè precisare che si riferiscono solo al suo aspetto giuridico. Cosa che, come vedremo, se si vuole parlare scientificamente, si deve fare e noi lo faremo. Però, in onore della verità, dobbiamo affermare che nessun autore (e meno ancora il legislatore) pretende che il matrimonio nella sua integrità, cioè, includendo tutti gli aspetti sopra elencati, sia *contractus*.”

Il nostro argomento ha ancora più forza se si considera il matrimonio nella sua realtà sacramentale nel pieno senso del termine, cioè, tra due persone battezzate. Non solo sarebbe giuridicismo ma cosa assurda pensare che il legislatore o gli autori qualificano come contratto il sacramento del matrimonio. Pensiamo, dunque, che alcune frasi che sono state scritte contro la natura contrattuale del matrimonio, ad esempio qualificare il matrimonio come *contractus* sarebbe una specie di giuridicismo, giacché il matrimonio è un sacramento e, come tale, non può essere rinchiuso in una realtà specificamente giuridica com'è il *contractus*, più che affermazioni scientifiche, ci sembrano dei veri sofismi. Infatti, nella frase giacché il matrimonio è un sacramento, s'identifica il matrimonio in sé con il sacramento, quando in realtà non tutti i matrimoni sono sacramenti, ma solo i matrimoni tra due battezzati. Ripetiamo: nessuno ha mai pensato di qualificare il matrimonio – sacramento come *contractus*. Diciamo semplicemente che tale affermazione non risponde alla verità”.

wykazała, iż wiele autorytetów nie odeszło od tej klasycznej doktryny, ujmującej małżeństwo w kategoriach umowy. Albowiem wydaje się, iż właśnie kategoria odpowiada prawnej naturze małżeństwa.

La discussione circa la natura contrattualistica del matrimonio

Questo studio cerca di presentare la discussione dei canonisti, relativa alla concezione contrattualistica o meno del matrimonio. L'analisi della dottrina in questa materia indica che fino agli anni venti del ventesimo secolo non venivano sollevate obiezioni nella canonistica nei confronti della concezione contrattualistica del matrimonio. Contro tale impostazione, sotto l'influsso della critica dei civilisti e romanisti nei detti anni, sono stati alcuni canonisti a muoversi. Tale critica divenne più forte dopo la conclusione del Concilio Vaticano II. Lo spunto principale venne dato dalla Cost. past. *Gaudium et Spes*, nella quale i Patri Conciliari non avevano usato il termine „contractus”, bensì „foedus”. Quindi alcuni canonisti cominciarono ad evidenziare il valore personalistico del matrimonio. La concezione personalistica non è in grado di spiegare tutti i meccanismi coinvolti nella struttura del diritto matrimoniale canonico.