

# Remigiusz Sobański

---

## "Niezdolność do zawarcia małżeństwa jako kategoria kanoniczna", Ginter Dzierżon, Warszawa 2002 : [recenzja]

---

Prawo Kanoniczne : kwartalnik prawnohistoryczny 45/3-4, 285-297

---

2002

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

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

**Ks. Ginter Dzierżon, Niezdolność do zawarcia małżeństwa jako kategoria kanoniczna, Warszawa (Wydawnictwo UKSW) 2002, ss. 363.**

Łatwo zauważyć, że bodźcem do podjęcia tematu sygnalizowanego w tytule pracy był k. 1095: „niezdolni do zawarcia małżeństwa są...”. Norma (a ściślej: normy) tego kanonu obrosły już w nieprzebraną literaturę – tak liczną, że nowe publikacje bierze się ręki już nie tyle z zaciekawieniem, ile ze znudzeniem. Kolejne pozycje – często o zbliżonych czy zgoła identycznych tytułach – ubogacają ofertę rynkową, rzadko jednak można natknąć się na takie, które posuwają naszą wiedzę naprzód. Jeśli przeto zostaje zgłoszona praca habilitacyjna z niezdolnością do zawarcia małżeństwa w tytule, to nieodparcie nasuwa się pytanie, czy rzeczywiście wnosi ona coś nowego w stan wiedzy, czy też mamy do czynienia z kolejną kompilacją i wałkowaniem kwestii wielokrotnie już referowanych.

Tytuł pracy sugeruje, że autor zajmuje się niezdolnością do zawarcia małżeństwa w aspekcie mało dotąd uwzględnionym. Czytelnikowi wolno przyjąć a priori, że praca o tak sformułowanym tytule wykracza poza zakres kanonicznego prawa małżeńskiego i zapuszcza swe macki na teren teorii prawa kościelnego: analizy norm prawa małżeńskiego winny drogą indukcyjną prowadzić do wniosków teoretyczno-prawnych.

Nasamprzód trzeba stwierdzić, że wizualnie książka prezentuje się dobrze: druk jest przejrzysty, czcionka odpowiednio dobrana, tytuły i śródtytuły w dobrym świetle. Znajdujemy wykaz ważniejszych skrótów, bibliografię, streszczenie włoskie.

Gdy chodzi o źródła, to autor wykazuje poszczególne dokumenty, dzieląc je na źródła prawa i źródła teologiczne. Źródła prawa zostały przejrzysto zaszerogowane. Nie widzę jednak sensu w wylistowaniu wyroków rotalnych. Wykaz ten miałby sens, gdyby autor – tak jak to uczynił w zestawie zamieszczonym w pracy „Niezdolność konsensualna...” – podał tytuł sprawy. Samo wskazanie, że skorzystano z tytułu wyroków, nie ma wartości poznawczej: co czytelnik może począć z informacją, że np. w 88 tomie RRD, na stronach 566-575 jest wyrok z 26.7.1996 coram Huber? Autora tłumaczy fakt, że nie on jeden prezentuje taki zestaw. Ale bezsensów nie trzeba naśladować.

Trudno mi zrozumieć, dlaczego autor wymieniając źródła patrystyczne nie podał stron w Patrologia Graeca czy Latina. Ponadto: podczas gdy osiem innych

dzieł ojców wskazał (słusznie) po tytule, (ale Etymologie Izydora w dziwnym skrócie „Etymologiarum sive”) to „De monogamia” Tertuliana został wskazany konkretny, jeden wiersz. W pracy kanonisty wywołuje zdumienie zaliczenie Iwona z Chartres (nie z Chartes) do patrystyki! Samo zamieszczenie tekstów w zbiorze Migne’a nie czyni autorów średniowiecznych pisarzami ery patrystycznej. Nie budzi mojej sympatii zamieszczenie Pisma Św. wśród „innych źródeł”, przy czym porządek alfabetyczny spowodował, że zajęło ono ostatecznie miejsce.

Zestaw literatury nasuwa szereg uwag, którymi podzielię się po kolei.

Skoro wyszczególniało się poszczególne pisma np. św. Augustyna, to wypadało też wskazać konkretne wykorzystane dzieło Tomasza z Akwinu, a nie podać po prostu „Opera omnia”, wydania obejmującego kilkanaście tomów – zwłaszcza, że do św. Tomasza odwołał się tylko kilka razy.

Tajemnicą pozostaje, dlaczego autor podaje w wykazie te same pozycje w ich różnojęzycznych wydaniach (np. Adnes, EI matrimonio, Il matrimonio, Le maria-ge; Corecco...)? Czyżby korzystał na przemian z różnych wersji językowych tego samego dzieła?

Bączkowicz w r. 1958 dawno już nie żył, nie mógł więc wydać „Prawa kanonicznego”. Autorami tego – trzeciego – wydania są Bączkowicz-Baron-Stawinoga.

Chyba technice komputerowej należy przypisać, że gdy nazwisko jest błędnie podane albo w tytule dzieła jest błąd, to już konsekwentnie w całej pracy. I tak Heimerl występuje zawsze jako Heimler, Baumgartner jako Buamgartner, Jougan jako Jougana, a Huizing jako Huinzig (w bibliografii aż trzykrotnie!).

Nie zawsze ułatwia nam autor dotarcie do konkretnych pozycji. Periodyk *Ius Canonicum* zaczynał do r. 1980 w każdym numerze paginację od „1”, wskazania odnoszące się do tamtych lat winny przeto zawierać nie tylko tom, ale też numer (np. Tejero, r. 1978). Nie ułatwia też czytelnikowi dotarcia do dokumentacji używanie przez autora w przypisach „jw”. Na s. 271, w przyp. 3 pisze „Thomas, Summa, jw.” – i trzeba wertować wstecz chyba aż do s. 128, a by dotrzeć do przywołanego na s. 200, przyp. 143 „Thomas, Commentarum, jw.” trzeba mozolnie kartkować do s. 117, przyp. 49 (zwłaszcza, że w bibliografii są tylko „Opera omnia”). Z szukania dzieła Rychlickiego zrezygnowałem przewertowawszy 15 kartek wstecz, na szczęście figuruje w bibliografii. Mniej szczęścia miałem z identyfikacją pracy W. Aymansa wskazanej w przyp. 115, s. 300. Ponieważ miałem wątpliwości, czy autor wiernie oddaje myśl Aymansa, chciałem sięgnąć do tekstu wskazanego. Kartkowanie wstecz pozwala odnaleźć odsyłacz na s. 290, przyp. 90, ale z „jw.”, następny na s. 282, przyp. 56, po dalszych kilkunastu kartkach zrezygnowałem z poszukiwań. Niestety, brak tej pozycji – *Die sakramentale Ehe* – w bibliografii. W niektórych odnośnikach ogóle nie wiadomo, o kogo chodzi (np. s. 59, przyp. 112; chodzi o Robledę czy o Pree’a?).

Aby już zakończyć wątek o dokumentacji wypada zauważyć, że autor wprowadzie nie dość starannie skorygował błędy, nie ułatwia czytelnikowi lektury i przesadza z długimi cytatami, ale w cytowaniu wydaje się rzetelny (p. np. s. 120, przyp. 64).

Corpus pracy składa się ze wstępu, pięciu rozdziałów oraz zakończenia. Przed jej omówieniem merytorycznym muszę wyznać, że autor nie zawsze ułatwia zrozumienie swej myśli, a ponadto wpada w maniery mocno denerwujące. Wskażę niektóre.

W pracy, w której sporadycznie tylko powołuje się CIC z r. 1917 czy CCEO, nie ma powodu zaznaczania przy każdym wskazaniu na określony kanon, że chodzi o KPK. Jeśli pisze się, że „w kodyfikacji z r. 1983...”, to wskazując kanony w przypisach nie trzeba przy każdym z nich powtarzać „kan.... KPK” – jak czyni to autor będąc konsekwentny aż do tego stopnia, że w przyp. 87 na s. 53 wyliczając kolejno 94 kanony przy każdym pisze „kan” i „KPK” – i to mimo że wyliczanka została zapowiedziana: „w następujących kanonach”. Gdyby ograniczył się do zestawu samych liczb oddzielonych średnikiem (jak to zwykło się czynić), tekst zyskałby na przejrzystości (nie mówiąc już o względzie wizualnym stron takich jak np. 35,36,53,54). (Jeszcze dalej poszedł autor w artykule w *Ius Matrimoniale* z r. 2000., gdzie w przypisie po wprowadzającym zdaniu, zaznaczającym, że chodzi o KPK 1983, przy każdym z wyliczonych kanonów podaje „kan.... kpk z 1983 r.”! – s. 18 i 19).

Zdecydowanie przesadza autor z zamieszczaniem w przypisach długich cytatów, często zbędnych (np. 41,50,51,55,58,71,72,80) czy zgoła o treści banalnej (np. 187). Nieznośne są idące w dziesiątki wtrącane w nawiasach w tekst łacińskie odpowiedniki polskich słów i to wcale nie jakichś wyrażen technicznych, oryginalnych czy wieloznacznych, lecz takich jak przedmiot (objectum – 43,74), cel (causa – 43,136), pozytywna (positiva – 42), osoby (personae – 43), anomalia (anomalia – 211), uprzednio (prius – 67), instykt (instinctus – 67), żądza (libido – 67), natura ludzka (natura humana – 69), wystarczający (sufficiens – 197), impotencja moralna (impotentia moralis – 217). Niekiedy uznaje za konieczne podanie w nawiasie włoskich odpowiedników polskich wyrazów (107, 108, 119, 265). Manierę tę doprowadza do szczytu, gdy w nawiasie podaje po łacinie tekst kanonów przytoczonych w języku polskim (np. 88, 182, 186, 189, 252, 257). Autor jakby asekuracyjnie zakładał, że czytelnik jego pracy zna lepiej łacinę czy włoski niż polski. Powtarzam: nie chodzi o terminy fachowe, których podanie jest wskazane dla jasności (jak np. actus nullus, invalidus, inexistens), ani o zwroty charakterystyczne (jak np. z Summy teol. – 122,126). Denerwujące jest ciągle używanie przez ks. Dzierżonia przymiotnika „jurydyczny” (wielokrotnie częściej niż „prawny”), ulubionym pojęciem jest „przestrzeń jurydyczna” (zupełnie jednak nie rozumiem, jak można „w przestrzeni jurydycznej spotkać się z faktem” – 56), nade wszystko zaś „figura”. Język prawa, zwłaszcza zaś język prawniczy, nie może wprowadzić obejść się bez

metafor, nie mniej jednak nie mogę zgodzić się na sięganie po „figurę” wtedy, gdy mamy do czynienia po prostu z instytucją czy z normą (237, 239, 254). Ze względu na temat pracy zdumiewa utożsamianie „figury” i „kategorii” (por. 263, 264), Trudno mi oswoić się z takimi zwrotami jak „figura impotencji” (214, 215, 217), „figura niezdolności” (wciąż), „figura działania prawnego” (wraz z całym zdaniem „w figurze działania prawnego występują inne mechanizmy działania” – 47), „figura aktu prawnego” (46) „figura faktu prawnego”, „figura czynności prawnej” (17), „figura symulacji” (242, 243), „figura przemocy fizycznej i moralnej” (252), są też figury podstawowe i szczególne (19), figury wpływające z obszaru (18), a także figury niezdefiniowane (26). Figury też funkcjonują (32), zostają umiejscowione (217), a na s. 243 czytamy o „założonym zafalszowaniu woli w figurze!” Natłoczenie tych figur wywiera wrażenie, jakoby autor hipostazował normy prawa („substantia integra, tota in se”). Niewątpliwie, normy prawa jako przedmiot pracy naukowej jawią się właśnie jako „przedmiot”, a więc o określonych konturach (stąd chyba owe „figury”), jednak po sporze o uniwersalia wiemy, że pojęcia ogólne nie mają własnego bytu (nie istnieją „ante rem”, lecz powstają w procesie intelektualnej abstrakcji).

Równie trudno mi oswoić się z zaliczaniem zgody małżeńskiej (218), konsensu małżeńskiego (69, 182), niezdolności konsensualnej (181) oraz „niezdolności do podjęcia aktu” (60, 181) do zjawisk. Akt woli, nawet uzewnętrzniony, to przecież nie „zjawisko”. Podobnie jak „figurę” tak też „zjawisko” utożsamia autor z kategorią („kategoria konsensu jest typowym zjawiskiem jurydycznym” – 196). Zgłaszam też zastrzeżenia co do nazwania wad zgody instytucją (i to funkcjonującą – 222). Zjawiska występują – wedle autora – również w normach (p. s. 59, przyp. 112)!

Każdy autor ma prawo do własnego stylu, a recenzent ma prawo do swoich uwag (co można – trzeba? – pojmować też jako obowiązek, a przy recenzowaniu pracy habilitacyjnej jako obowiązek wobec młodszego kolegi). A skoro tak, to przyznaję, że razi mnie ciągłe odwoływanie się autora do przeprowadzonych przez siebie „badań”. Nie chodzi tylko o zwrot „badania przeprowadzone w rozdziale” (np. 114, 156, 181, 182, 221... – przecież nie w rozdziale prowadzi się badania!), lecz o to, że nie uchodzi nazywać badaniami wywodów przeprowadzonych na jednej stronie! Nie jest w dobrym stylu przypomnianie wciąż, co autor „wyżej” lub „przed chwilą” wspomniał lub zauważył. Należałoby też używać słów w sposób bardziej przemyślany – np. „przecież”, według słowników oznaczające przeciwstawienie, kontrast, wynikanie, rację czegoś, występuje w pracy w zdaniach wyjaśniających lub rozwijających poprzednie, bez żadnego „kontrastu” (np. 13, 73, 266, 267, 268, 274, 277).

W sposób nie dość rozważny używa autor zwrotu „w tym kontekście” (na 56-57 aż trzy akapity zaczynają się od takich słów). Przeważnie wskazuje na kontekst

uzasadniając stawiane pytania („należałoby zapytać”). Dostrzeganie pytań nasuwających się „w kontekście” zasługuje na pochwałę, jednak zbyt częste stawianie kwestii nasuwających się w kontekście może mącić wątek wywodów naukowych, tworzących przecież łańcuch, w których orzeczenie zdania poprzedniego jest podmiotem zdania następnego. Kwestie „kontekstualne” mogą być nader interesujące, ale wcale lub słabo wyodrębnione gmatwiają tak wywodów – jeśli są to rzeczywiście kwestie wynikające z kontekstu, a nie z tekstu (czy z dokonanego ustalenia).

Po tych uwagach warsztatowych przechodzę do merytorycznego omówienia książki.

We wstępie autor – jak tego oczekujemy – dzieli się swym zamysłem. Stwierdza, że nie wszystkie małżeństwa są trwałe, a jest to fakt, wobec którego prawodawca kościelny nie może pozostać obojętny. Ponieważ ustawodawca kościelny „nie może rozwiązać ważnie zawartych i dopełnionych związków małżeńskich” (13), to „w tym kontekście rodzi się pytanie, czy wszystkie z zawartych małżeństw są ważne zawarte”, a to rodzi następne, dlaczego niektóre zostały nieważnie zawarte. Jedną z odpowiedzi „wyraża się m.in. w stwierdzeniu... że osoba była niezdolna do zawarcia małżeństwa”. „Kategoria – jak pisze – nieważności małżeństwa pozostaje w ścisłym związku z ludzką niezdolnością, do zawarcia małżeństwa”. Niezdolność „może posiadać różnoraki charakter”, a „wysiłek każdego (?) prawodawcy konstytuującego system prawa małżeńskiego koncentruje się na ujęciu kwestii niezdolności do zawarcia małżeństwa w kategoriach jurydycznych”. „W tym kontekście” (!) – jak pisze – „zasadnym wydaje się podjęcie zagadnienia dotyczącego (!) niezdolności do zawarcia małżeństwa”, przy czym zamierza skoncentrować uwagę „na kwestii niezdolności do zawarcia związku małżeńskiego pojętej jako kategoria kanoniczna” (14). Kategoria to – jak pisze – termin funkcjonujący w naukach filozoficznych oraz psychologicznych, ale autor nie wyjaśnia, dlaczego – skoro tak – zastosował go w rozprawie kanonistycznej. Zastrzega, że interesuje go „wyłącznie ujęcie kategorii w znaczeniu conceptualnym”, pojmowanej jako (to cytat za Chlewińskim) „naczelne pojęciowe sposoby organizowania przez intelekt przyjmowanego materiału w poznaniu oraz myśleniu” (14). Wyjaśnia, że to, co zamierza robić, to kategoryzacja polegająca najpierw na wyodrębnieniu danego obiektu z otoczenia, by go potem poddać oglądowi i wreszcie („faza właściwa”) grupować wyodrębnione obiekty. Przy tak zapowiedzianym przedsięwzięciu ciekawość czytelnika budzi z góry faza właściwa.

Takie zasygnalizowanie przedmiotu pracy byłoby zupełnie wystarczające. Autor jednak na dziewięciu dalszych stronach stawia szereg pytań, zawsze „podstawowych” czy „fundamentalnych”, często „w kontekście”, (na s. 16-22 dziewięć razy!), ustawia „figury niezdolności” (których wyliczenie na s. 19 nie harmonizuje z wyliczeniem na s. 22). Nagromadzenie tych pytań prowadzi autora do wniosku, „iż

podjęta tematyka obejmuje swym zasięgiem ogromny wachlarz problemów”. Stwierdzenie to trochę lekkomyślne, bo w wachlarzu problemów może utonąć problem będący przedmiotem pracy.

Pierwszy rozdział nosi tytuł „Akt prawny i jego nieważność”. Kolejne punkty to „Akt prawny a figury jemu podobne”, „Struktura aktu prawnego” i „Nieważność aktu prawnego”. Już na początku rozdziału orientujemy się, że autor używa nazwy „kategoria” wcale nie w znaczeniu zapowiedzianym we wstępie. Używa bowiem zamiennie nazw „figura aktu prawnego” i „kategoria aktu prawnego”, pisze też o „kategorii faktu prawnego i o „kategorii czynności prawnej” – co dowodzi, że dla autora „kategoria” to nic innego niż pojęcie, a także „figura”.

Z szeregiem twierdzeń trudno mi się zgodzić. Uproszczone jest twierdzenie, że akt prawny jest zawsze aktem dozwolonym (28) – zawarcie małżeństwa mieszanego bez zezwolenia, o którym w k. 1124, to akt prawny, ale niedozwolony (jednak na s. 34 przyznaje, że działanie prawne może „przybrać postać” aktu niedozwolonego). Nie są – wbrew temu, co wydaje się twierdzić autor (28) – aktami prawnymi działania obwarowane sankcją (karną). Twierdzenia autora zadziwiają tym bardziej, że w przypisie zamieszcza długi cytat z komentarza Pree’a, który pisze inaczej niż autor to wykląda (może to tylko niezgrabna redakcja tekstu?).

W świetle tematu pracy najważniejsze są wywody dotyczące nieważności aktu prawnego. Jak Robleda (a w ślad za nim Bressan, Onclin, Palombi) rozróżnia niezaistnienie, nieskuteczność i nieważność aktu prawnego. Akurat tu oczekiwałbym bardziej pogłębionych i subtelniejszych wywodów, choćby dlatego, że nie brak autorów nadal kwestionujących rozróżnienie aktu nieistniejącego i nieważnego oraz aktu nieważnego i nieskutecznego (Gangoiti, Walser, także Aymans). Problem nieskuteczności i nieważności autor nie tylko potraktował nader pobieżnie [na jednej (59) stronie i czterech wierszach (60) ], ale też opacznie. Wedle autora nieskuteczność aktu sięga głębiej niż nieważność. Twierdzi, że nieskuteczność ma miejsce, gdy prawodawca ingeruje w elementy istotne, nieważność gdy ingerencja dotyczy elementów nieistotnych. Przywołany przez autora Pree pisze akurat odwrotnie (przy nieskuteczności „handelt es sich um eine zusätzliche conditio iuris”), także – znany przecież autorowi – Robleda w jego kapitalnej pracy „La nulidad del Acto Jurídico”. Zupełnie nie rozumiem, jak autor mógł napisać, że nieważność nie posiada tak radykalnego charakteru jak nieskuteczność (59). Kończąc ten rozdział pisze autor, że przeprowadzone analizy wykazują, że „człowiek w celu ważnego podjęcia aktu powinien dysponować odpowiednimi kwalifikacjami” (60). Nie jest to wniosek odkrywczy. Następne zdanie brzmi: „Zatem skuteczność jurydyczną aktu w danym systemie warunkuje m.in. (?) korelacja między zdolnością osoby a strukturą aktu prawnego” (60). Skoro w poprzednim zdaniu była mowa o ważności, nie rozumiem, dlaczego w następnym (dość skom-

plikowanym) zdaniu stanowiącym ogniwo wnioskowania jest mowa tylko o skuteczności? W ostatnim zdaniu zapowiada, że „skupimy uwagę na problematyce korelacji pomiędzy strukturą prawną małżeństwa a niezdolnością do jego zawarcia” (jeśli korelacją, to chyba powinno być „zdolnością”, boć trudno skorelować (!) strukturę z niezdolnością).

Drugi rozdział nosi tytuł „Struktura prawna małżeństwa a niezdolność do zawarcia małżeństwa”. Zaczyna się od twierdzenia, że „w historii ludzkości zawieranie małżeństw miało zawsze charakter powszechny” (wstęp do pracy zaczynał się od równoznacznego stwierdzenia „zawieranie związków małżeńskich jest wydarzeniem o charakterze powszechnym”). Zdecydowany charakter tego twierdzenia relatywizuje autor w następnym akapicie pisząc, że nie wszystkie, nawet trwające do śmierci, związki mężczyzny i kobiety są małżeństwem, niektóre są konkubinatem (61). Małżeństwo – jak pisze – „jako fenomen jest zjawiskiem bardzo bogatym w swej treści”, jest „ustrukturyzowane wielorakim zbiorem komponentów”, pierwotną strukturę tego zjawiska należy upatrywać w porządku ontologicznym (62), jego „konstrukcja prawna jest rzeczywistością bardzo bogatą oraz wielowymiarową” (65), a do jego naturalnej struktury ustawodawca może „wprowadzić dodatkowe elementy ograniczając tym samym ludzkie prawo do zawarcia małżeństwa” (64 – nie rozumiem, jak ustawodawca może coś wprowadzić do naturalnej struktury).

Po tych stwierdzeniach zajmuje się małżeństwem jako rzeczywistością naturalną czyli – jak pisze – „relacją niezdolności osoby ludzkiej do małżeństwa pojętego jako zjawisko naturalne”. Niezdolność bywa do czegoś, nie wiem, czy niezdolność może *pozostawać w relacji* do małżeństwa. Małżeństwo wywodzi autor – głównie za Hervadą – z interpersonalnego charakteru natury ludzkiej, ale skoro tak, to nie można pisać, że zostało „stworzone dla człowieka” (67), lecz (jak już mówić o „stworzeniu” małżeństwa) wraz z człowiekiem (jego naturą) (tak też pisze na s. 101). Nie rozumiem zdania „rodzący się zatem pomiędzy małżonkami węzeł prowadzi w konsekwencji do powstania relacji prawnej między nimi” (67) – wszak węzeł to relacja prawna, a ta powstaje wraz z małżeństwem. Nie wchodząc już w wywody o małżeństwie naturalnym [w których odkrywa, że przedmiot małżeństwa wynika z jego natury (75), a „konstrukcja natury ludzkiej nie jest absurdalna” (77) ] powtórzmy za autorem, że „przeprowadzone analizy pozwoliły wyodrębnić dwie zasadnicze formy niezdolności do zawarcia małżeństwa: niezdolność do zawarcia małżeństwa jako związku heteroseksualnego oraz niezdolność konsensualną do zawarcia małżeństwa”, ale – jak pisze dalej – „wskazane figury nie wyczerpują jednak całej złożoności zagadnienia” (84). Tego wyodrębnienia dokonał autor już we wstępie.

Wywody w punkcie „małżeństwo i prawo pozytywne” nawiązują do pism filozofów, Kościa i Krapca. Zmierzają one do uzasadnienia prawnych relacji małżeń-



stwa, a argumentacja odwołuje się do dobra wspólnego. Taką argumentacją posługują się filozofowie prawa uzasadniając instytucje prawne i „prawo w ogóle”. Nic dziwnego, że wnioski wyciągane przez autora są nader ubogie, sprowadzające się do stwierdzenia, że ustawodawca może ograniczyć naturalne prawo do zawarcia małżeństwa. Autor nie wykazuje racji tego ograniczenia, konkretnie: nie dowiadujemy się, jaki może być związek przyczynowy między dobrem wspólnym a ograniczeniem prawa do zawarcia małżeństwa wzgl. uznania przez prawodawcę niektórych osób za niezdolne do zawarcia małżeństwa. A przecież w temacie podjętym przez autora jest to zagadnienie węzłowe. Szkoda, że nie wykorzystał „w tym kontekście” znanej sobie przecież literatury, jak chociażby uwag wstępnych do k. 1095 w komentarzu Lüdickego.

W tym też miejscu doskwiera nam brak refleksji nad znaczeniem przymiotnika „ważny” w prawie kanonicznym, zwłaszcza zaś w prawie odnoszącym się do sakramentów. Autor w rozdziale pierwszym odniósł się krytycznie do „szerokiego wachlarza terminologicznego”, bo stwarza on – powtarza za Pree’em – poważne trudności interpretacyjne. A może za tym „bogactwem terminologicznym” stoją nie tylko naleciałości historyczne, lecz trudności znalezienia pojęć adekwatnych do rzeczywistości eklezjalnej? Skoro „sakramenty” to pojęcie teologiczne, to może warto pamiętać, że przy ich prawnej regulacji trzeba się też liczyć z analogią nazw stosowanych w teologii? Nasuwa się przeto pytanie („fundamentalne”), czy ważność sakramentów da się wytłumaczyć jedynie w nawiązaniu do teorii aktu prawnego?

Niezbyt szczęśliwe jest zaliczenie przez autora dopełnienia małżeństwa i formy kanonicznej – obok sakramentalności – do „specyficznych elementów małżeństwa kanonicznego”. Dopełnione bywają nie tylko małżeństwa kanoniczne, a formę zawarcia przewiduje nie tylko prawo kanoniczne. Autorowi chodziło o skutki prawne tych „elementów”, ale to nie uzasadnia uznania ich za specyficznie kanoniczne. Nie rozumiem postawionej przez autora kwestii, czy inkonsumacja oraz niezachowanie formy kanonicznej mogą stać się przyczyną niezdolności do małżeństwa. Autor słusznie zaprzecza (98 i 100), ale samo postawienie pytania sugeruje, jakoby autor dopuszczał wsteczne działanie przyczynowości. Nie rozumiem też twierdzenia, że sakramentalny charakter to „obszar wewnętrzny wywodzący się z natury kontraktu małżeńskiego” (93).

Kończąc ten rozdział autor znów wylicza tezy „podstawowe formy niezdolności”, tj. niezdolność do zawarcia związku heteroseksualnego, niezdolność konsensualną oraz „niezdolność wynikająca z interwencji prawodawcy”. Skoro te trzy uznał za podstawowe, nasuwa się pytanie o inne. Taką inną, specyficzną, jest niezdolność do zawarcia małżeństwa sakramentalnego (100).

Te „podstawowe” formy (już jako „figury”) omawia kolejno w r. III. Układ i poszczególne punkty oraz podpunkty tego rozdziału nie nasuwają zastrzeżeń.

Mimo pewnego oswojenia się już ze stylem autora nie zawsze łatwo zrozumieć jego myśl. Jeżeli przez niezdolność przedmiotową należy rozumieć tę, o której w k. 1095 n. 3, to zaskakujący jest wniosek, że „skutkiem prawnym tej figury niezdolności jest niezastnienie aktu prawnego”. Znaczyłoby to, że orzeczenie nieważności z tytułu k. 1095 n. 3 to stwierdzenie, iż akt prawny (czyli zawarcie małżeństwa) w ogóle nie zaistniał. Byłaby to sytuacja prawna prawnie identyczna z zawarciem związku przez dwóch homoseksualistów – czyli najbardziej radykalna forma nieważności! Kłóci się to z praktyką sądową, zdrowym rozsądkiem oraz tym, co autor pisał na s. 110. Nie wiem, jak autor mógł napisać, że niezdolność ta powoduje, iż „wyrażony konsens nie istnieje” (137). Istnieje jak najbardziej, bo niezdolność do realizacji jego przedmiotu powoduje nieskuteczność konsensu, ale nie spycha go w niebyt!

Nie wiem nic o istnieniu „ślubu celibatu” (139), nie rozumiem, co to są „wewnętrzne prawa osoby ludzkiej” (139). W ostatnim podpunkcie (143-152) autor powtarza myśli z p. 2 poprzedniego rozdziału (85-89).

Rozdział IV zaczyna się od stwierdzenia, że „wszystkie z ukazanych w poprzednim rozdziale figur niezdolności do zawarcia małżeństwa znajdują w nim (tj. w KPK) swe odniesienie” (153). Kolejno omawia podstawy nieważności, od transseksualizmu do przeszkody pokrewieństwa prawnego. Nie wdając się w szczegółowe omówienie wywodów autora, ograniczę się do podzielenia się kilkoma wątpliwościami.

Nie wiadomo, na jakiej podstawie twierdzi autor, że „ilość patologii w dziedzinie płci” rośnie (181), mam też wątpliwości co do zasadności postulatu, by „prawodawca bardziej precyzyjnie określił kryterium oceny ludzkiej płciowości” (181).

Hiszpańskie „naturaleza” to nie „naturalność”, lecz „natura” (183).

Na 197 pisze o kategoriach statycznych i dynamicznych, nie wyjaśniając ich.

W tradycji kanonicznej i kanonistycznej przez impotencję rozumiano niemoc płciową. Wbrew temu, co pisze autor, przed r. 1983 nie było dylematu, czy niezdolność konsensualna jest impotencją, ani nie przyjmowano, by impotencja była „jedną z postaci niezdolności konsensualnej” (214) – jeśli już używano tego rzeczownika w znaczeniu innym niż niemoc płciowa, dodawano przymiotnik „moralna” czy „psychiczna” – co zresztą autor dostrzega, ale pisząc stosuje skróty zniekształcające jego myśl.

Niezgrabny jest przypis 134 na s. 219 sugerujący, że dopiero M. Czapla w r. 2001 wyróżnił impotencję funkcjonalną i organiczną.

Autor prezentuje zdecydowanie pogląd, że impotencja nie jest przeszkodą (220), zaś o „umieszczeniu figury impotencji w katalogu przeszkód zadecydowała przede wszystkim tradycja kanonistyczna” (220 i – to samo – 221). Nie znalazłem w tekście autora argumentów, które przemawiałyby za jego tezą i pozwalały

te tradycję lekceważyć. Co więcej, sam autor argumentuje wbrew swej tezie, pisze bowiem, że „impotencja organiczna jest niezdolnością osobliwą, wypływa ona bowiem z elementu podmiotowego, leżącego poza aktem ludzkim” (220). Skoro tak, to jak można ją zaliczyć do niezdolności konsensualnej?

Wady zgody to nie „instytucja” i – wbrew temu, co pisze – autor nie wykazał funkcjonowania takiej „instytucji” (222).

Gdy pisze się o wadach zgody, trzeba odróżnić błąd od warunku i nie na miejscu jest zdanie „błąd ten posiada charakter warunku wymaganego w sposób bezwzględny” (232).

Przez nieuwagę autora znalazły się na s. 238 i 239 błędy wypaczające argumentację. Nie chodzi o „błąd wprost i bezpośrednio zamierzony” (238), lecz o przymiot, ani też o podstęp substancjalny i akcydentalny (239), lecz o błąd. Niezgrabne jest też sformułowanie sugerujące, że zakłócenie wspólnoty życia może prowadzić do nieważności aktu (239), w k. 1098 nie chodzi o faktyczne zakłócenie, lecz o charakter przymiotu osoby.

Niezrozumiałe jest twierdzenie, że „przyczyna, tzn. konsens małżeński oraz istota małżeństwa odpowiadają wykluczeniu samego małżeństwa” (241).

Nie mogę zgodzić się z twierdzeniem, jakoby skutkiem symulacji częściowej było niezastnienie aktu prawnego, i to z odwołaniem się autora do prawa naturalnego (245). Twierdzenie takie wysuwa autor w punkcie zatytułowanym „Niezdolność wynikająca z interwencji prawodawcy”! Odwołanie się do prawa naturalnego wymagałoby pogłębionej argumentacji, nie do przyjęcia jest pogląd, by w przypadku np. hipotetycznego wykluczenia nierozzerwalności małżeńskiej nie zaistniał akt prawny.

Odbieram jako pozorny problem rozwijany przez autora na s. 262. Nie dostrzegam niespójności, jakiej dopatruje się autor w k. 1091 i 1092 z jednej oraz kan. 1094 z drugiej strony. To, czy ustawa jest ujęta jako uniezdalniająca czy jako unieważniająca to wyłącznie zabieg techniczno-legislacyjny. Cokolwiek autor rozumie przez „mechanizmy legislacyjne”, nie widzę tu żadnej odmienności ani nie dostrzegam „niekonsekwencji legislacyjnych”. Nie przekonuje mnie argument, że sformułowanie k. 1086 §1 uzasadnia się brakiem jurysdykcji Kościoła nad osobą nieochrzczoną i – zarazem – zawarciem małżeństwa „w przestrzeni, która podlega jego jurysdykcji”. Do deklaracji niezdolności jakiejś osoby do czegoś nie potrzeba posiadać nad nią jurysdykcji (p. k. 889 §1).

Nie rozumiem, jak można wyrazić ważnie zgodę małżeńską nie wypełniwszy warunków lub formalności wymaganych do ważności aktu (267), autorowi chodzi prawdopodobnie o to, że sama zgoda nie posiadała braków (co nie znaczy, że akt był ważny, byt natomiast nieskuteczny). Nie dostrzegam wagi pytania, czy wszystkie przeszkody prawa naturalnego czy pozytywnego Bożego mogą ustąpić (268).

Zgadzam się, że ustąpić nie może przeszkoda pokrewieństwa linii prostej i drugiego stopnia linii bocznej, ustąpić może przeszkoda wężła, ale wartość poznawcza tego stwierdzenia jest znikoma. (Nie zgadzam się, by ustąpić mogła przeszkoda impotencji, bo skoro impotencja była taka, że ustąpiła, to nie tworzyła przeszkody). Wprawdzie autor powołuje się na innego kanonistę, ale nie rozumiem twierdzenia, że wymóg ponowienia zgody małżeńskiej przynajmniej przez stronę świadomą przeszkody małżeńskiej (która już ustała wzgl. od której uzyskano dyspensę), o którym w k. 1156 §1, podyktowany jest chęcią zapobieżenia zgorzeniu wiernych (269). Przecież ponowienie zgody przez jednego z małżonków jest wtedy tajne, jak więc może to zapobiegać zgorzeniu?

Ostatni rozdział autor poświęcił niezdolności do zawarcia małżeństwa sakramentalnego. Taki temat może być banalny albo nader interesujący. Najpierw podzielił się kilkoma wątpliwościami, jakie się nasunęły przy lekturze tekstu.

Uzasadniając temat autor zauważa, że „w pewnych okolicznościach zawarte małżeństwo nie będzie związkiem sakramentalnym” (272). To brzmi, jakby chodziło o przypadki wyjątkowe, a przecież – biorąc pod uwagę liczbę chrześcijan – większość małżeństw na świecie nie jest sakramentem. Zdanie, że „sakramentalność małżeństwa może powstać jedynie w konkretnym kontekście ludzkim” (275) wyraża taką oczywistość, że nie wiadomo, o co może chodzić.

Na s. 276 spotykamy dwa stwierdzenia nie najszcześliwsze, a na dodatek kontradyktoryjne: „ważnie przyjęty chrzest jest gwarantem (!) zdolności do zawarcia małżeństwa sakramentalnego” oraz „sam przyjęty chrzest nie warunkuje jeszcze sakramentalności małżeństwa”. To drugie twierdzenie autor wyjaśnia uwagą, że „małżeństwo nie mogłoby uzyskać swej sakramentalnej godności, jeśliby kontrahenci nie wyrazili ważnie konsensu małżeńskiego” (276). A przecież wtedy nie zaistniałoby w ogóle małżeństwo! Tymi niezgodnymi stwierdzeniami autor otwiera sobie drogę do rozważań o nierozdzielności kontraktu i sakramentu jako drugiego podstawowego warunku (autor nie pisze, czego).

Nie można pisać w sposób sugerujący, że przyjęcie chrztu jest niezależne od wiary (283).

Nie rozumiem stanowiska, reprezentowanego podobno przez sędziów rotalnych, że „kontrakt i sakrament są dwoma sposobami wyrażenia zjawiska prawnego, jakim jest małżeństwo” (285). Choćby dlatego, że sakrament to nie „sposób wyrażenia”, a małżeństwo kanoniczne niekoniecznie jest sakramentem. W przytoczonych w następnym przypisie fragmentach wyroków rotalnych (przyp. 69) twierdzi się coś akurat przeciwnego niż pisze autor.

W kwestii podjętej na s. 294 nie chodzi – jak sądzę – o możliwość rozdziału „nieważności sakramentalności małżeństwa od ważności małżeństwa”, lecz o możliwość rozdziału ważności jednego i drugiego.

Zlekceważył autor kwestię „sakramentalności małżeństwa osób ochrzczonych po zawarciu małżeństwa” (297-298). Niby podejmuje problem, lecz sprowadza go – na jednej i ćwierć strony – do tego, że wśród – nie wymienionych! – autorów nie zgody co do tego, czy przez przyjęcie chrztu małżeństwo staje się sakramentem.

Na jednej tylko stronie omówił też – pisząc o niezdolności do zawarcia małżeństwa sakramentalnego – przeszkodę „różności religii”. W kwestii, czy małżeństwa zawarte za dyspensą od przeszkody różnej religii są sakramentem, Joyce nie wyróżnia trzech stanowisk, jak chce autor (298-299), lecz dwa, gdyż przytoczona przez Joyce’a opinia Perrone’a to argument za sakramentalnością, zresztą zdezaktualizowany przez praktykę Kościoła. Autor słusznie opowiada się za niesakramentalnością takich małżeństw, trudno mi jednak zgodzić się z wyciągniętym stąd przez autora wnioskiem, jakoby „ustawodawca wyraził zgodę na rozdział między ważnie zawartą umową małżeńską a jego sakramentalnością” (299). Wobec k. 1055 §2 sprawa wymaga znacznie bardziej pogłębionej analizy. Zupełnie nie mają związku z problemem uwagi o racjach „przyzwolenia dla tego typu małżeństw” (bo nie o to chodzi w „temacie”, a problemy małżeństw z nieochrzczonymi pojawiły się nie dopiero we współczesnej, zsekularyzowanej cywilizacji, lecz już w starożytności).

Zdumiewające jest twierdzenie, że niezdolność do zawarcia małżeństwa sakramentalnego „nie niesie ze sobą żadnych następstw praktycznych w systemie kanonicznym” (200). A przecież kilka wierszy wyżej pisze o przeszkodzie różnej religii, a w przypisie (114) wskazuje na „Normae de conficiendo processu pro solutione vinculi matrimonialis in favorem fidei”.

W rozdziale tym napotykamy szereg niecodziennych zwrotów, jak „zbiór przeszkód” (257) „przesłanki naturalistyczne” (260), „kryzys zagadnienia” (277), „analiza nad” (291), „matrymonialiści” (296), a na s. 279 „dosłowność” i „analogiczność” to samo.

Zakończenie to rekapitulacja figur nieważności i niezdolności, powtarza się zarzut o niekonsekwencji prawodawcy w formułowaniu przeszkód (308) i nieuzasadnione twierdzenie, że „funkcjonowanie przeszkody różności religii należy wiązać z postępującym we współczesnym świecie zjawiskiem sekularyzacji” (310). Nie brak też takich skrótów myślowych jak np. „w doktrynie istnieją wątpliwości co do źródeł pochodzenia podstępu oraz bojaźni” (306). Autor uważa, że podjęty przezeń wysiłek „zakończył się powodzeniem”, a „wyniki podjętych badań zasługują na szczególną uwagę” (311), „upoważniają do sformułowania wielu postulatów badawczych”. Autor wymienia dwa, „bardziej dokładnie określenie jurydycznych kryteriów oceny ludzkiej płciowości” oraz „wypracowanie generalnej teorii oceny tego zjawiska” (tzn. poszczególnych postaci niezdolności). Nie podpisuję się pod tymi postulatami.

Autor zamierzył wyświetlić jedno z wprawdzie nie podstawowych, ale jednak w praktyce prawnej Kościoła ważnych pojęć. Zamyśl ten przypomina prace uczonych ze „szkoły włoskiej”, zwłaszcza początkowego jej okresu, gdy podejmowali się wyświetlenia pojęć kanonicznych, zwłaszcza specyficznie kanonicznych albo odbiegających w zastosowaniu od prawa świeckiego. Jednak szkoła włoska opierała się na spójnej teorii prawa, której brakło autorowi. Wykorzystał szeroko literaturę, sięgał do różnych „szkół” (systemów myślenia), nie zawsze umiał się wystarczająco od nich oderwać. To sięganie do różnych „opcji” nie jest wadą, wymaga jednak dużej autonomii intelektualnej, w przeciwnym razie wątki myślowe rozjadą się – właśnie tak jak w pracy autora. Próbę spojrzenia w nowym aspekcie należy pochwalić. Inaczej niż to nieraz bywa w pracach pisanych „na stopień naukowy”, autor nie dysponował jakimś prototypem, na którym mógłby się wzorować. Od początku widoczny jest wysiłek samodzielnego myślenia, ale ono rozprasza się w „przestrzeniach”, a w „kontekstach” nasuwają się autorowi pytania, których podejmowanie powoduje, że problem nie zawsze posuwa się naprzód.

Są w pracy błędy, ale w przeważającej części wynikają one nie tyle z niewiedzy, lecz z nie przemyślenia wątku. Świadczy o tym fakt, że na innym miejscu autor w tej samej kwestii wypowiada zdanie prawdziwe. Oczywiście, należałoby życzyć mu większego krytycyzmu i większej uwagi przy lekturze własnego tekstu.

Pozostaje kwestia denerwującego języka. Słowne czy frazeologiczne dziwołagi można częściowo wytłumaczyć tym, że próbował spojrzeć na problem z nowej perspektywy. Zauważmy zresztą, że nie on jeden używa słów bez dostatecznego zastanowienia się nad ich znaczeniem i buduje zdania niezrozumiałe czy o zerowej wartości informacyjnej. Trochę w tym niedbalstwa, trochę manieryzmu, przede wszystkim zaś brak rzetelnej krytyki naukowej (czy zareagował ktoś na jego „kanonistyczny system prawa” w tytule artykułu w *Ius Matrimoniale*?). U autora jest też chyba trochę uporu – z figurami, zjawiskami i przestrzeniami jurydycznymi. Język prawniczy nie potrafi obejść się bez metafor, problem wyostrza się w języku kanonistycznym. Musi on uwzględnić właściwą teologii analogię nazw. Co wymaga od kanonistów większej czujności i staranności językowej.

Praca autora wyróżnia się tym, że nie ogranicza się do referowania zagadnienia czy kompilacji, lecz wprowadza nowy aspekt i podejmuje się przemyślenia zagadnienia. Nie jest to ostatni ich krok, co autor przyznaje, ale dobrze, że problem w ogóle podjęto. Nie mając wzorca nie uniknął twierdzeń nie do końca przemyślanych, czasem kontradiktoryjnych czy błędnych, ale – zwracając na nie z obowiązku krytycznie uwagę – widzę w nich swoistą urodę książki.

*ks. Remigiusz Sobański*