

# Problem rozróżnienia pomiędzy wykluczeniem *ipsum ius* i wykluczeniem *usus iuris* w odniesieniu do *bonum prolis* w doktrynie i w orzecznictwie rotalnym

Skierowanie małżeństwa – z natury swojej – m.in. ku zrodzeniu potomstwa (kan. 1055 § 1 KPK)<sup>1</sup>, stanowiące istotny element tego związku, wymaga, by kontrahenci przekazali sobie wzajemnie wymiar płodny własnej męskości/kobiecości, co implikuje potencjalne podjęcie ojcostwa i macierzyństwa. Chodzi więc o wzajemne przekazanie sobie prawa do aktów małżeńskich zdolnych *per se* do zrodzenia potomstwa w sposób ludzki (por. kan. 1061 § KPK). Mówiąc o potomstwie, nie należy jednak traktować go jako rzeczywistości (*proles in se stessa*)<sup>3</sup>, lecz jako zdolność prokreacyjną, inaczej jako potomstwo *in suis principiis*. W wyroku c. Bruno

---

1 *Codex Iuris Canonici* auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus, 25.01.1983, „Acta Apostolicae Sedis” 75 (1983) pars 2, s. 1–324; tekst łacińsko-polski: *Kodeks prawa kanonicznego*, przekład zatwierdzony przez Konferencję Episkopatu Polski, Poznań 1984 [dalej: KPK].

2 Według św. Augustyna, *generatio et educatio prolis* jest czymś, czego chciał Bóg od początku stworzenia, jeszcze przed grzechem pierworodnym. Zob. Augustinus, *De civitate Dei* (pars 2: lib. 14–22), ed. E. Hoffmann, Vindobonae 1900, XIV, 22, s. 45–46 (Corpus Scriptorum Ecclesiasticorum Latinorum, 40/2).

3 W instrukcji *Donum vitae* Kongregacji Nauki Wiary z 22 lutego 1987 roku stwierdza się, że „małżeństwo bynajmniej nie daje małżonkom prawa do posiadania dzieci, lecz jedynie prawo do spełniania naturalnych aktów małżeńskich, które przez się są skierowane ku prokreacji” (Congregazione pro Doctrina Fidei, Istruzione su il rispetto della vita umana nascente e la dignità sulla procreazione. Risposte ad alcune questioni di attualità, 22.02.1987, „Acta Apostolicae Sedis” 80 (1987), s. 97); A. Stankiewicz, *De iurisprudencia recentiore circa simulationem totalem e partialem*, Romae 1989, s. 62–63.

z 19 grudnia 1995 roku treść *bonum prolis* „sytuuje się” w aktach małżeńskich otwartych na płodność, a nie na potomstwo samo w sobie<sup>4</sup>. Z kolei w orzeczeniu c. Milite z 12 maja 2015 roku ponens stwierdza, że dobro potomstwa w ujęciu abstrakcyjnym polega na naturalnym, czyli wewnętrznym skierowaniu małżeństwa do zrodzenia i wychowania potomstwa”, podczas gdy w ujęciu konkretnym dobro to wyraża się „w prawie do aktu małżeńskiego przez się zdolnego do zrodzenia potomstwa”<sup>5</sup>.

Jak stwierdza U. Navarrete, „bez odwołania się do schematu celów i trwając w schemacie «dóbr», przypadki nieważności z powodu wykluczenia elementów dotyczących skierowania małżeństwa ku potomstwu znajdują ramy dogmatyczne, gdyż [...] «prawo do aktów małżeńskich spełnianych w sposób naturalny pociąga za sobą prawa-obowiązki z tego prawa wynikające i z nim wewnętrznym związane [...]». Dlatego takie prawa-obowiązki powinny być uważane za istotne, tj. traktowane jako część przedmiotu istotnego zgody małżeńskiej. Wykluczenie więc takich praw-obowiązków czyni nieważnym małżeństwo nie dlatego, że zostaje pominięty cel małżeństwa, lecz właśnie dlatego, że zostaje wykluczony ze zgody małżeńskiej jakiś element, który jest częścią istotnego przedmiotu postrzeganego w swojej istotnej całości”<sup>6</sup>.

Kodeks z 1983 roku, uchylając rozdzielenie, jakie mogło powstać pod rządami kodeksu poprzedniego, między wymiarem jednoczącym i prokreacyjnym małżeństwa a wymiarem samego aktu małżeńskiego, a także rezygnując z hierarchizacji celów małżeństwa, ukazał ujęcie jednolite, a więc jednocząco-personalistyczne i prokreacyjne zarówno samego małżeństwa (kan. 1055 § 1 KPK), jak i aktu małżeńskiego (kan. 1061 § 1 KPK); ustanowił również jedyne kryterium nieważności:

---

4 Decisio [dalej: Dec.] coram [dalej: c.] Bruno z 19.12.1995, w: RR *Decisiones... 1995*, vol. 87, s. 732, nr 3. Z uwagi na zmieniające się nazwy Roty Rzymskiej wszystkie zbiory orzeczeń zatytułowane *Decisiones seu sententiae...* wydawane na przestrzeni lat będą dalej określane jednym skrótem: „RR *Decisiones*”.

5 „[Bonum prolis in abstracto – W.G.] consistit in ordinatione naturali vel intrinseca matrimonii ad prolem procreandam et educandam” [mentre il bonum prolis in concreto – W.G.] „in iure ad coniugalem actum per se aptum ad prolis generationem” (Dec. c. Milite z 12.05.2015, A. 89/2015, nr 7 [wyrok nieopublikowany]).

6 U. Navarrete, *I beni del matrimonio: elementi e proprietà essenziali*, w: *La nova legislazione matrimoniale canonica*, a cura di A. Di Felice, Città del Vaticano 1986, s. 97; Congregatio pro Doctrina Fidei, *Instructio Donum vitae*, 22.02.1987, „Acta Apostolicae Sedis” 80 (1987), s. 97; W. Góralski, *Ludex ius dicit. Problematyka zgody małżeńskiej oraz formy kanonicznej w orzecznictwie Roty Rzymskiej na przykładzie wybranych wyroków (2009–20120)*, Pelplin 2021, s. 132.

wykluczenie – pozytywnym aktem woli – istotnego elementu małżeństwa (kan. 1101 § 2 KPK)<sup>7</sup>. W konsekwencji, w stałym orzecznictwie Roty Rzymskiej przyjmuje się, że wykluczenie skierowania małżeństwa ku potomstwu wiąże się ściśle z wykluczeniem prawa-obowiązku do aktów małżeńskich, a więc z zanegowaniem intencji dotyczącej potomstwa<sup>8</sup>.

Jednym z wątków tematycznych dotyczących wykluczenia *bonum prolis* jest bliższe określenie przedmiotu tegoż wykluczenia. W wyroku c. Caberletti z 23 stycznia 2018 roku wymieniony ponens zauważa, że zarówno w doktrynie teologicznej i kanonistycznej, jak i w przeważającym orzecznictwie Roty Rzymskiej przyjmuje się, iż jedynie wykluczenie prawa (*ipsum ius*) do aktów małżeńskich przez się zdolnych do zrodzenia potomstwa powoduje nieważność małżeństwa, nie zaś wykluczenie korzystania z tego prawa (*usus iuris*)<sup>9</sup>. W niektórych jednak współczesnych

7 Na ów jednolity charakter aktu małżeńskiego wskazuje następujący fragment adhortacji apostołskiej papieża Jana Pawła II *Familiaris consortio* z 21 listopada 1981 roku: „W ten sposób małżonkowie, oddając się sobie, wydają z siebie nową rzeczywistość: dziecko, żywe odbicie ich miłości, trwały znak jedności małżeńskiej oraz żywą i nierozłączną syntezę ojcostwa i macierzyństwa” (*Adhortacja apostołska „Familiaris consortio” Ojca świętego Jana Pawła II [...] o zadaniach rodziny chrześcijańskiej w świecie współczesnym*, Częstochowa 1982, s. 25, nr 14). Jak podkreśla Antoni Stankiewicz, zasada nierozdzielności powiązania pomiędzy dwoma wymiarami małżeństwa i samym aktem małżeńskim stanowi również zasadę hermeneutyczną w interpretacji sądowej przypadków wykluczenia prokreacji, wszak pomiędzy aktem małżeńskim i prokreacją zachodzi nierozdzielna więź. Zob. A. Stankiewicz, *L'esclusione della procreazione ed educazione della prole*, w: *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1990, s. 158.

8 Zob. Dec. c. Stankiewicz z 26.05.1983, w: *RR Decisiones... 1983*, vol. 75, s. 327, nr 4; F. Catozzella, *L'esclusione del „bonum prolis” nella recente giurisprudenza rotale*, „Stato, Chiesa e Pluralismo Confessionale. Rivista Telematica” (2019) n. 28, s. 5–6; F. Catozzella, *Distinzione tra „ius” ed „exercitium iuris. Evoluzione storica ed applicazione all'esclusione del „bonum prolis”*, Città del Vaticano 2007, s. 15–17.

9 Zob. Dec. c. Caberletti z 23.01.2018, A. 15/2018 (wyrok niepublikowany). Przykładem uznania za właściwe rozróżnienie między wykluczeniem *ipsum ius* i *usus iuris* (w odniesieniu do *bonum prolis*) może być następujący fragment wyroku c. Boccafoli z 22 stycznia 1998 roku: „Semper accurate distinguendum est ius inter eiusque exercitium: qui sexuales relationes post matrimonium habere intendit sed, positivo voluntatis actu quamlibet generationis possibilitatem excludit, ius coniugi non tradit ad actus, qui, per se, apti sint ad generationem; etenim «hoc ius natura sua exigit quod integri maneant pro altera parte effectus ex iuris exercitio profluentes cum matrimonium ordinatum sit ad prolem» (coram Fagiolo, 24 aprilis 1969). Ideoque, iudicis est, ex factis et circumstantiis non aequivocis, inquirere utrum partes *ius* an *tantum iuris exercitium* [podkreśl. w tekście – W.G.], quod per se coniugium irritare nequit, excludere statuerint. Ad rem solvendam iurisprudencia Nostri Fori statuit praesumptiones. In primis, ex recepta iurisprudencia Nostri Fori prolis temporanea exclusio fundat praesumptionem pro denegato tantummodo usu iuris, coniuncto cum proposito illo abutendi, nec ideo reservationem iuris coniugalis constituit. *Si de absoluta et perpetua sobolis exclusione agitur, praesumitur ipsum ius*

orzeczeniach rotalnych zasadność owego rozróżnienia (między wykluczeniem *ipsum ius* i wykluczeniem *usus iuris*) jest kwestionowana, podobnie jak przez niektórych przedstawicieli doktryny<sup>10</sup>.

## 1. Stanowisko przyjmujące tradycyjne rozróżnienie między wykluczeniem *ipsum ius* i wykluczeniem *usus iuris*

Jeśli skierowanie małżeństwa *ad prolem* (ku zrodzeniu i wychowaniu potomstwa) stanowi istotny element małżeństwa, to w myśl kan. 1101 § 2 KPK wykluczenie tego dobra (*proles in suis principiis*) – pozytywnym aktem woli – skutkuje nieważnością związku.

Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie rotalnym powszechnie rozróżnia się jednak wykluczenie samego prawa do prokreacji, tj. do aktów małżeńskich przez się zdolnych do zrodzenia potomstwa (*ipsum ius*) i wykluczenie korzystania z tego prawa (*usus iuris*)<sup>11</sup>. Nieważność zgody małżeńskiej, a tym samym i małżeństwa zachodziłaby jedynie wówczas, gdyby przynajmniej jedna strona wykluczała *ipsum ius*, tj. *proles in suis principiis*. Zadaniem sędziego byłaby ocena, powzięta na podstawie faktów i okoliczności, co w danym przypadku było przedmiotem wykluczenia: *ipsum ius* czy *usus iuris*. Należałoby więc dokładnie „odczytać” intencję

---

*comparti denegatum fuisse* [podkreśl. w tekście – W.G.]” (Dec. c. Boccafolà z 22.01.1998, nr 5 [wyrok nieopublikowany]); zob. także Dec. c. Giannecchini z 28.03.1995, w: RR *Decisiones...* 1995, vol. 87, s. 242, nr 2; Dec. c. De Lanversin z 05.04.1995, w: RR *Decisiones...* 1995, vol. 87, s. 254, nr 7; Dec. c. Ragni z 04.07.1995, w: RR *Decisiones...* 1995, vol. 87, s. 457, nr 11; Dec. c. Faltin z 17.11.1999, nr 7 (wyrok nieopublikowany); Dec. c. Pinto z 04.07.1999, nr 5 (wyrok nieopublikowany); Dec. c. Sable z 28.03.2012, w: RR *Decisiones...* 2012, vol. 104, s. 72–73, nr 9. W powołanym wyroku c. Faltin znamienne jest stwierdzenie, iż jakkolwiek rozróżnia się między wykluczeniem samego prawa i korzystania z prawa, to jednak analiza części *in iure* pozwala przyjąć, że nie chodzi o rozróżnienie w sensie absolutnym i odnoszącym się do momentu wyrażenia zgody małżeńskiej, ponieważ ponens przyjmuje, że kontrahenci nie są nawet zdolni do rozróżnienia – w momencie wyrażania konsensu – *ius* i *usus iuris*, natomiast rozróżnienie to służy temu, by nie mylić prawdziwego wykluczenia z nadużyciem w wykonywaniu prawa rzeczywiście powziętego w momencie wyrażania konsensu. Zob. H. Franceschi, *L'esclusione della prole nella giurisprudenza rotale recente*, w: *Verità del consenso e capacità di donazione. Temi di diritto mtrimoniale e processuale canonico*, a cura di H. Franceschi, M.A. Ortiz, Roma 2009, s. 316.

<sup>10</sup> Zob. H. Franceschi, *L'esclusione della prole nella giurisprudenza*, s. 313–314.

<sup>11</sup> Por. A. D'Auria, *Il consenso matrimoniale. Dottrina e giurisprudenza canonica*, Roma 2007, s. 474.

kontrahenta, stawiając m.in. pytania: czy jest możliwe w praktyce, by nupturient zawierał prawdziwe małżeństwo, akceptując *implicite* odnośne prawa i obowiązki wraz z postanowieniem niewypełnienia ich przez całe życie?; czy w obecności tego rodzaju intencji można przyjąć, że prawo zostało rzeczywiście przekazane i obowiązek rzeczywiście przyjęty, czy raczej powinno się stwierdzić, że zostały one „pozbawione” swojej treści? (analogiczne pytanie można stawiać także w odniesieniu do *bunum fidei*, nigdy zaś do *bonum sacramenti*)<sup>12</sup>. Chodzi zatem o uznanie możliwości, w której u nupturienta istnieje intencja zobowiązania się (*intentio obligandi*) i jednocześnie intencja niewykonania tegoż zobowiązania (*intentio non exercendi, czyli non adimplendi*).

Przekonanie, że jedynie wykluczenie samego prawa do aktów małżeńskich otwartych na płodność (podobnie jak wykluczenie samego prawa do wierności małżeńskiej), nie zaś korzystania zeń powoduje nieważność małżeństwa, przypisywane jest św. Tomaszowi z Akwinu, który podkreśla, że – w odróżnieniu od nierozzerwalności – małżeństwo może istnieć bez wierności i potomstwa, ponieważ „istnienie rzeczy nie zależy od jej używania”<sup>13</sup>. Doktryna ta, utrzymywana także przez Thomasa Sanchez (†1610) i Prospera L. Lambertiniego, późniejszego Benedykta XIV (†1758), została przyjęta przez judykaturę rotalną, często odwołującą się do przytoczonego tekstu Akwinaty. Uznawano, że w odniesieniu do małżeństwa jako umowy możliwe jest, podobnie jak w innych umowach, rozróżnienie między prawem bezpośrednim (*ius radicale*), tj. własnością rzeczy, i władzą korzystania

<sup>12</sup> Zob. Dec. c. Boccafola z 17.01.2002, w: RR *Decisiones...* 2002, vol. 94, s. 4; Dec. c. Alwan z 12.04.2002, w: RR *Decisiones...* 2002, vol. 94, s. 235; Dec. c. Monier z 12.04.2002, w: RR *Decisiones...* 2002, vol. 94, s. 246; Dec. c. Ciani z 30.10.2002, w: RR *Decisiones...* 2002, vol. 94, s. 592; A. D'Auria, *Il consenso matrimoniale*, s. 474-475.

<sup>13</sup> „Fides et proles possunt dupliciter considerari. Uno modo *in seipsis*; et sic pertinet ad usum matrimonii, per quem et proles producitur, et pactio coniugalis servatur, sed indivisibilitas, quam sacramntum importat, pertinet ad usum matrimonium secuncum se; quia ex hoc ipso quod per pactionem coniugalem sui potestatem sibi invicem in perpetuum coniuges tradunt, sequitur quod separari non possint; et inde est quod matrimonium numquam invenitur sine inseparabilitate; invenitur autem sine fide et prole, *quia esse rei non dependet ab usu suo* [podkreśl. – W.G.]; et secundum hoc sacramentum est essentialius matrimonio quam fides et proles. Alio modo possunt considerari fides et proles. Secundum quod sunt *in suis principiis* [podkreśl. w tekście – W.G.], ut pro prole accipitur inentio prolis, et po fide debitum servandi fidem; sine quibus etiam matrimonium esse non potest, quia haec matrimonio ex ipsa pactione coniugali causantur; ita quod si aliquid contrarium huiusmodi exprimeretur in consensu qui matrimonium facit, non esset verum matrimonium” (S. Tommaso D'Aquino, *In IV Sent.*, D. 31, q. 1, a. 3; S. Tommaso D'Aquino, *Summa Theologica. Supplementum III partis*, Bologna 1995, q. 49 art. 3).

z niej (*ius utile seu expeditum*), inaczej używania. Figurą prawną w tym względzie jest przede wszystkim korzystanie, którego klasyczne określenie sięga prawa rzymskiego: „*Usufructus est ius alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia*”. Przekazanie władzy bezpośredniej jest istotne dla powstania węzła w swoim korzeniu, podczas gdy władza korzystania może być od tej pierwszej oddzielona (jednak bez zezwolenia na korzystanie osobie trzeciej, jako coś przeciwnego własności jednostki) i wykluczona na zawsze. Gdy więc władza korzystania nie może istnieć, jeśli u jej podstaw nie tkwi władza radykalna, to ta ostatnia, istotna i bardziej pierwotna, może być przekazana również bez tej pierwszej. Ten sposób argumentacji istniejący w XIX stuleciu, na skutek impulsów personalistycznych został przewyżniony zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie, nie tylko z powodu swojego anachronizmu, lecz również dlatego, że późniejsza refleksja pozwoliła zrozumieć, iż *ius radicale* w małżeństwie wyraża się w sposób konieczny jako *ius utendi*, obydwie więc figury zbiegały się<sup>14</sup>.

Jakkolwiek kodeks z 1917<sup>15</sup> roku nie wspominał wyraźnie o rozróżnieniu *ius exercitium iuris*, to de facto uznawano je. Stwierdzenie kan. 1086 § 2 tej kodyfikacji o nieważności małżeństwa w przypadku „wykluczenia, pozytywnym aktem woli, przez jedną lub obydwie strony samego małżeństwa albo *wszelkiego* [podkreśl. – W.G.] prawa do aktu małżeńskiego albo jakiegoś istotnego przymiotu małżeństwa” sprawiło, że dodanie w procesie kodyfikacyjnym słowa „omne” było bezpośrednio związane z podkreśleniem, iż nieważność ma miejsce tylko wówczas, gdy wyklucza się samo prawo, nie zaś jego wykonywanie<sup>16</sup>. Również w orzeczeniach rotalnych podkreślano, że ów „wtwór” nie był zbędny lub niepożyteczny<sup>17</sup>, lecz wprowadzony przez ustawodawcę właśnie dla zaznaczenia, że małżeństwo jest nieważne tylko wówczas, gdy wyklucza się *ius radicale*, tj. prawo i obowiązek spełniania aktów małżeńskich, podczas gdy jest ważne, jeśli nupturient zamierza odrzucić jedynie wykonywanie tego prawa-obowiązku<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Por. A. D'Auria, *Il consenso matrimoniale*, s. 484.

<sup>15</sup> *Codex Iuris Canonici Pii X Pontificis Maximi iussu digestus, Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus, „Acta Apostolicae Sedis” 9 (1917) pars 2, s. 3–521.*

<sup>16</sup> Por. A. D'Auria, *Il consenso matrimoniale*, s. 486; P. Fedele, *L'orinatio ad prolem nel matrimonio in diritto canonico*, Milano 1962, s. 272.

<sup>17</sup> Zob. Dec. c. Pecorari z 10.04.1940, w: *RR Decisiones... 1940*, vol. 32, s. 258, nr 6.

<sup>18</sup> „*Praesumendum autem non est voluisse Legislatorem otiosa vel superflua verba usurpari, precise in questione diu ac acriter inter Doctores disceptata, unde citata canonis verba, excludat omne ius ad coniugalem actum* [podkreśl. w tekście – W.G.], ita sunt accipienda, ut non sufficiat *usum* [podkreśl. w tekście – W.G.] etiam per pactum et *perpetuo* [podkreśl. W tekście – W.G.] adimere, sed necesse

W licznych więc orzeczeniach Roty Rzymskiej wydanych z tytułu *exclusio boni prolis* okresu po promulgacji kodeksu Pio-Benedyktynskiego czyni się rozróżnienie między wykluczeniem *ipsum ius* i *usus iuris*. Podstawowa trudność polegała na wskazaniu, czy w danym przypadku przedmiotem wykluczenia było samo prawo, czy jedynie korzystanie z tego prawa. „Doktryna i orzecznictwo kanoniczne, czytamy w wyroku c. Pasquazi z 3 lutego 1949 roku, zgodnie i w sposób stały utrzymują, że należy rozróżnić prawo i korzystanie z prawa, czyli przyjęcie obowiązku wobec współpartnera, przy intencji niewypełnienia przyjętego obowiązku”<sup>19</sup>. Dla samych stron trudnością jest niemożliwość zrozumienia tego rozróżnienia, co z punktu widzenia dowodowego nastrocza sędziom niemało trudności w rozstrzygnięciu spraw<sup>20</sup>. Tam, gdzie do końca pozostawała rozumna wątpliwość co do przedmiotu wykluczenia, należało stosować zasadę ogólną, w myśl której powinno się przyjąć (w oparciu o kan. 1014 i 1086 § 1 KPK), iż wykluczono jedynie *usus iuris*<sup>21</sup>. W przypadku intencji przeciwnej *bonum prolis* ujętej w pakt lub warunek domniemywa się, że wykluczone zostało *ipsum ius*<sup>22</sup>. Wyrok c. Anné 10 grudnia 1963 roku dobrze reasumuje różne możliwości określające niewłaściwą intencję przeszkadzania w prokreacji, obejmującą wolę negocjowania wobec współpartnera *ipsum ius* lub tylko *usus iuris* w odniesieniu do płodnych aktów małżeńskich<sup>23</sup>.

Niemalym zaskoczeniem okazał się niewątpliwie wyrok Trybunału Wikariatu Miasta c. Oesterle z 9 lutego 1949 roku, w którym wymieniony ponens stwierdził, że rozróżnienie między wykluczeniem samego prawa, o którym w kan. 1081 § 2 KPK z 1917 roku, i wykluczeniem korzystania z prawa w małżeństwie kanonicznym nie ma znaczenia rzeczywistego, lecz jedynie spekulatywne. Prawo bowiem, jak wyjaśniał, zawiera w sobie istotowo korzystanie zeń („in re matrimoniali «ius» coniugale

---

prorsus quod ipsa obligatio vel facultas utendi positive excludatur” (Dec. c. Parillo z 05.12.1927, w: RR *Decisiones...* 1927, vol. 19, s. 501, nr 5).

19 „Doctrina et iurisprudentia canonica concorditer et constanter tenet distinguendum esse ius ab exercitio iuris, seu susceptionem obligationis erga compactem, ab intentione susceptam obligationem non implendi” (Dec. c. Pasquazzi z 03.02.1949, w: RR *Decisiones...* 1949, vol. 41, s. 37, nr 6).

20 Zob. Dec. c. Wynen z 18.07.1946, w: RR *Decisiones...* 1946, vol. 38, s. 400, nr 5; Dec. c. Felici z 30.03.1949, w: RR *Decisiones...* 1949, vol. 41, s. 140, nr 6.

21 Zob. Dec. c. Massimi z 17.07.1929, w: RR *Decisiones...* 1929, vol. 21, s. 290, nr 7; Dec. c. Pasquazzi z 03.02.1949, w: RR *Decisiones...* 1949, vol. 41, s. 38, nr 7.

22 Zob. Dec. c. Wynen z 03.07.1937, w: RR *Decisiones...* 1937, vol. 29, s. 488, nr 8; P. Fedele, *Rassegna ragionata di giurisprudenza rotale in materia matrimoniale*, „Archivio” 1 (1939), s. 298–299.

23 Zob. Dec. c. Anné z 10.12.1963, w: RR *Decisiones...* 1963, vol. 55, s. 885, nr 6; zob. także A. D’Auria, *Il consenso matrimoniale*, s. 492–493.

essentialiter in se continet usum iuris”) i właśnie dlatego istnieje jako jedno z *ius ad usum* („in re coniugali ius radicale essentialiter consistit in iure ad usum iuris”) <sup>24</sup>. Jeśli więc w momencie zawierania małżeństwa nupturient zamierza wykluczyć potomstwo, w sposób konieczny pozbawia współpartnera nie tylko korzystania, lecz samego prawa („intentionaliter exclusio prolis ante matrimonium est exclusio essentiae matrimonii”). Ponens zatem nie odrzuca rozróżnienia pojęciowego między prawem i jego wykonywaniem w małżeństwie *in facto esse*, natomiast neguje możliwość jego aplikowania w momencie wyrażania zgody małżeńskiej, gdzie wykluczenie korzystania (*usus*) niesie ze sobą w sposób konieczny również wykluczenie samego prawa (*ius*) <sup>25</sup>.

Do owego wyroku c. Oesterle nawiązał następnie Dino Staffa w orzeczeniu rotalnym z 23 lutego 1951 roku <sup>26</sup>, stwierdzając, że zasadność rozróżnienia między wykluczeniem samego prawa i wykluczeniem korzystania zeń zostało z naturalnych racji podtrzymane przez kodeks i stałą tradycję kanoniczną <sup>27</sup>. Podkreślił przy tym, że prawo do aktów małżeńskich jest prawem podmiotowym (było to nowością), przez które łatwiej może być rozumiany podwójny aspekt rozróżnienia i związku, który istnieje między prawem do aktów małżeńskich i jego wykonywaniem.

Istotna różnica stanowisk obu sędziów polegała więc na tym, że podczas gdy dla Oesterlego było czymś oczywistym, że wykluczenie korzystania z prawa dokonane w małżeństwie *in fieri* zawsze niesie ze sobą wykluczenie samego prawa, a tym samym nieważność małżeństwa, to w przekonaniu Staffy zgoda małżeńska staje się „pusta”, a więc nieskuteczna dla stworzenia prawdziwego małżeństwa tylko wówczas, gdy takie wykluczenie staje się istotną częścią zgody małżeńskiej, stanowiąc źródło dla „prawa do niekorzystania” (*ius ad non usum*), które sprzeciwia się prawu do korzystania (*ius ad usum*) w odniesieniu do przekazania i przyjęcia <sup>28</sup>. W jednej ze swoich publikacji Staffa wyjaśnia, że nie każde wyraźne ograniczenie korzystania z prawa jest tym samym, co prawdziwe ograniczenie zgody małżeńskiej, ani też każde wyraźne ograniczenie korzystania z prawa nie

---

<sup>24</sup> Vicariato di Roma, c. Oesterle z 09.02.1949, „Diritto Ecclesiastico” 60 (1949), s. 169–169.

<sup>25</sup> Por. A. D’Auria, *Il consenso matrimoniale*, s. 493–494.

<sup>26</sup> Dec. c. Staffa z 23.02.1951, w: RR *Decisiones...* 1951, vol. 43, s. 131–138.

<sup>27</sup> Por. M. López Alarcón, *El ius radicale y iue expeditum en la simulación parcial del matrimonio*, „Ius Canonicum” 7 (1967), s. 247–248.

<sup>28</sup> Por. A. D’Auria, *Il consenso matrimoniale*, s. 494–495.



jest tym samym, co ograniczenie prawa do aktów małżeńskich i odpowiadającego mu obowiązku<sup>29</sup>.

Znaczącym dla zasadności rozróżnienia między wykluczeniem *ipsum ius* i wykluczeniem *usus iuris* okazało się przemówienie Piusa XII do Włoskiego Katolickiego Stowarzyszenia Położnych wygłoszone 29 października 1951 roku, w którym biskup rzymski dotknął m.in. tematu korzystania z małżeństwa w okresach niepłodności kobiety. Powiedział wówczas, że jeśli ograniczenie spełniania aktów małżeńskich do okresów naturalnej niepłodności odnosiłoby się nie do samego prawa, lecz jedynie do korzystania z prawa, ważność małżeństwa nie ulega wątpliwości<sup>30</sup>. Nic też dziwnego, że w doktrynie i orzecznictwie przyjmowano, że wola przeciwna potomstwu powoduje nieważność małżeństwa tylko wówczas, gdy ogranicza konsens małżeński, stając się jego integralną częścią jako warunek (wyraźny lub powzięty wewnętrznie). „Wola wykluczenia potomstwa tylko wtedy unieważnia małżeństwo, podkreślono w wyroku c. Staffa z 20 kwietnia 1951 roku, gdy ma moc warunku [...], tj. gdy przeważa nad wolą zawarcia prawdziwego małżeństwa”<sup>31</sup>.

Zaprezentowana przez konstytucję duszpasterską *Gaudium et spes* Soboru Watykańskiego II personalistyczna wizja małżeństwa, dająca początek orzecznictwu posoborowemu, w którym pogłębiono rozumienie praw-obowiązków małżeńskich, sprawiła, że wzajemne przekazanie się osób w małżeństwie zyskało walor prawny, a prawa i obowiązki małżeńskie, immanentne samym osobom małżonków, zostały ukazane jako konsekwencja ich osobistego, wzajemnego oddania się i właściwy przedmiot zgody małżeńskiej. Prawa i obowiązki małżeńskie nabrały w większym stopniu charakteru międzyosobowego, ponieważ każde prawo wskazuje zawsze relację do drugiego, a poza tym pochodzą one od zgody małżeńskiej i są wzajemne.

Orzecznictwo otrzymało więc nowe podstawy antropologiczne i relacyjne do adekwatnego rozumienia pojęcia wykluczenia *ipsum ius*. Raz przyjęte rozróżnienie między prawem i korzystaniem z prawa pozostawało niezmiennie uznawane

---

29 Zob. D. Staffa, *De iure et eius exercitio relate ad bonum prolis*, „Il Diritto Ecclesiastico” 62 (1951), s. 1059.

30 Zob. Pio XII, *Allocutio Conventui Unionis Italicae inter Obstetrices*, 29.10.1951, „Acta Apostolicae Sedis” 43 (1951), s. 845.

31 „Voluntis excludendi prolem tunc tantum matrimonium irritat, cum vim conditionis habet [...] id est cum voluntati contrahendi verum matrimonium praevallet” (Dec. c. Staffa z 20.04.1951, w: *RR Decisiones...* 1951, vol. 43, s. 305, nr 5).

w orzecznictwie. Usiłowano również określić, kiedy wola nupturienta jest skierowana do wykluczenia tak prawa, jak i korzystania zeń. Nadal zwraca się uwagę na akty ograniczające prawo (w różnym stopniu), lecz dokładniej zaczęto brać pod uwagę „rzeczywistość” osób związanych zgodą małżeńską, rozumianą jako ich realne oddanie się. W szczególności zaczęto uznawać, iż prawdziwego oddania się brak, gdy wyklucza się wymiar wzajemności praw-obowiązków i gdy brak jest zwykłego zaakceptowania wspólnej inicjatywy małżonków w korzystaniu z praw małżeńskich<sup>32</sup>.

Jak zauważa Angelo D’Auria, w kwestii wykluczenia *ius* i *usus iuris* w stosunku do *bonum prolis* w okresie posoborowym i poprzedzającym promulgację nowego kodeksu daje się zauważyć w doktrynie trzy rodzaje opinii.

Pierwsza z nich, skłaniając się do stałej tradycji „Tomaszowej”, uznaje za aktualną sytuację przekazania i przyjęcia *ius in corpus* z mocnym postanowieniem niekorzystania z tego prawa, co nie powoduje nieważności małżeństwa.

Rzecznicy opinii drugiej, przeciwstawnej w stosunku do pierwszej, zdecydowanie utrzymują, że rozróżnienie, o którym mowa, ma swoją moc wyłącznie w odniesieniu do małżeństwa *in facto esse*, natomiast nie znajduje zastosowania w stosunku do zgody małżeńskiej; prawo bowiem staje się w rzeczywistości *ius ad usum*, stąd też intencja niewypełnienia prawa nie może być czymś innym, jak tylko intencją niezobowiązania się.

W opinii trzeciej, pośredniej, reprezentowanej przez większość przedstawicieli doktryny, przyjmuje się jako coś możliwego aplikowanie owego rozróżnienia (*ius – usus iuris*) do małżeństwa *in fieri* jedynie w części: albo dlatego, że uznaje się za unieważniającą wyłącznie intencję „wieczystą” niekorzystania z prawa<sup>33</sup>, albo dlatego, że w wykluczeniu wykonywania prawa rozróżnia się różne stopnie intensywności z różnymi konsekwencjami w stosunku do nieważności węzła małżeńskiego, stosownie do znaczenia, które w każdym przypadku zostaje przypisane zwrotowi *excludere usum iuris*. Zwrot ten może być używany w znaczeniu właściwym lub niewłaściwym: w znaczeniu właściwym (i wówczas powoduje nieważność) oznacza, że korzystanie z prawa jest w stosunku do drugiego małżonka prawnie negowane w taki sposób, że małżonek ten nie ma prawa wymagać *debitum coniugale* (nie

---

<sup>32</sup> Por. J.M. Serrano Ruiz, *Acerca de algunas notas especificatas del derecho y deber conyugal*, „Revista Española de Derecho Canónico” 30 (1974), s. 19.

<sup>33</sup> „Si exercitium iuris absolute et in perpetuum excludatur [...] practice non intelligitur vera traditio iuris cuius nullus esse debeat actus” (Dec. c. Mannucci z 07.07.1926, w: RR *Decisiones...* 1926, vol. 18, s. 222, nr 2).

ma znaczenia, czy to ograniczenie jest „wieczyste” czy tylko na pewien okres czasu, zważywszy, że *prawo* przekazane powinno być nieograniczone); gdy zaś zwrot ten jest używany w znaczeniu niewłaściwym, małżeństwo jest ważne, ponieważ choć brakuje ze strony nupturienta *woli wypełnienia* prawa (co nie jest istotne dla małżeństwa), drugi nupturient zachowuje prawo do wymagania aktu małżeńskiego. Różnicująca więc pozostaje możliwość dla strony należnego jej ze sprawiedliwości wymagania aktu małżeńskiego<sup>34</sup>.

Sformułowania kodeksu z 1917 roku w kan. 1081 § 2 (przedmiot zgody małżeńskiej) i 1086 § 2 (wykluczenie unieważniające: *omne ius ad coniugalem actum*) pozwoliły łatwiej dostrzec podstawę prawną usprawiedliwiającą stosowanie rozróżnienia między *ius* i *exercitium iuris*. Przyjmując perspektywę personalistyczną, określenia te zmodyfikował obowiązujący kodeks, który przyjął nauczanie Vaticanum II, nie czyniąc już wyraźnego odniesienia do prawa wymienianego między stronami w momencie wyrażania zgody małżeńskiej lub do wykluczenia go pozytywnym aktem woli<sup>35</sup>.

W perspektywie współczesnego postrzegania praw i obowiązków małżeńskich podkreśla się z naciskiem ścisłą relację, która wiąże małżeństwo *in facto esse* i małżeństwo *in fieri*<sup>36</sup>; to zespolenie może być rozumiane na podstawie, którą tworzą zasady potencjalności i intencjonalności: istotne elementy, które stanowią małżeństwo *in facto esse* jako „wspólnotę całego życia”. Powinny one być obecne w sposób potencjalny już w momencie konstytutywnym dla małżeństwa (*in fieri*). Istotę małżeństwa stanowi skierowanie go ku dobru małżonków oraz ku zrodzeniu i wychowaniu potomstwa (kan. 1055 § 1 KPK). Jakkolwiek zaś cele, ku którym jest zorientowana dana rzeczywistość, są dla niej czymś zewnętrznym, to jednak taka rzeczywistość powinna mieć w sobie potencjalność w stosunku do ich osiągnięcia, tj. powinna być ukształtowana i ustrukturyzowana w sposób adekwatny do celu, który jest do osiągnięcia. Skierowanie do potomstwa i dobra małżonków charakteryzuje zarówno małżeństwo *in facto esse*, jak i małżeństwo *in fieri* oraz wyraża się następnie w życiu małżeńskim: w aktach i zachowaniach (niektóre z nich są dobrze określone, jak akt seksualny spełniony *modo humano*, inne nie), poprzez które mogą skutecznie zostać osiągnięte. Akty te nie są pozostawione

<sup>34</sup> Por. A. D'Auria, *Il consenso matrimoniale*, s. 501–502.

<sup>35</sup> Por. C.J. Scicluna, *The Essentials definition of marriage according to the 1917 and 1983 Codes of Canon Law. An exegetical and comparative study*, Langham 1995, s. 242–305.

<sup>36</sup> Por. P.A. Bonnet, *Essenza, proprietà essenziali, fini e sacramentalità*, w: *Diritto matrimoniale canonico*, a cura di P.A. Bonnet, C. Gullo, t. 1, Città del Vaticano 2002, s. 116.

do uznania każdej ze stron, lecz należą się im ze sprawiedliwości, i w konsekwencji zostają określone w kategoriach praw-obowiązków do podejmowania w trakcie życia małżeńskiego, ale są do przyjęcia już w momencie wyrażania konsensu. Ich wykluczenie niosłoby ze sobą pewne nieuporządkowanie, dotycząc istotnego elementu małżeństwa. Potwierdza to pośrednio wyrok c. Caberletti z 23 października 1997 roku w odniesieniu do *bonum prolis*, gdy podkreśla, że „małżeństwo skierowane jest ku potomstwu jedynie wtedy, gdy nupturienci zamierzają sobie przekazać prawo do aktów przez się zdolnych do zrodzenia potomstwa (por. kan. 1101 § 1)”<sup>37</sup>.

Podczas gdy kan. 1081 § 2 KPK 1917 prezentował treść prawną dobrze określoną, ustanawiając bezpośrednio więź między zgodą małżeńską jako aktem, który daje początek małżeństwu jako stanowi życia, i pierwszorzędnym prawem od niego pochodzącym, to w nowej perspektywie podstawą praw i obowiązków małżeńskich, a w szczególności odnoszących się do *bonum prolis*, jest bezpośrednio kan. 1057 § 2 KPK 1983. Przejście od płaszczyzny konsensualnej do płaszczyzny praw-obowiązków wymaga refleksji skierowanej do określenia własnego wymiaru oddania się małżeńskiemu. Chodzi o ofiarowanie seksualności, która niesie ze sobą, poprzez nierozdzieloną jedność między znaczeniem jednoczącym i prokreacyjnym aktu seksualnego, również oddanie „partycypacji komplementarnej we własnej zdolności prokreacyjnej”<sup>38</sup>. Otwarcie na potomstwo jest rzeczywiście czynnikiem charakteryzującym ludzką seksualność, ta zaś traci swoją autentyczność, gdy zostaje pozbawiona tego aspektu potencjalnie prokreacyjnego<sup>39</sup>. W takiej też perspektywie należy „odczytać” następujące stwierdzenie Jana Pawła II zawarte w alocucji do Roty Rzymskiej z 1 lutego 2001 roku: „Skierowanie do celów naturalnych małżeństwa [...] jest wewnątrznie obecne w męskości i w kobiecości. Ten charakter teleologiczny jest decydujący dla rozumienia wymiaru naturalnego jedności małżeńskiej [...]. Męskość i kobiecość osób zaślubionych są konstytutywnie otwarte na dar dzieci”<sup>40</sup>.

---

37 „Matrimonium ad prolem ordinatur solummodo si nupturientes ius ad actus per se aptos ad prolis generationem (cfr. can. 1061 § 1) tradere intendunt” (Dec. c. Caberletti z 23.10.1997, w: RR *Decisiones...* 1997, vol. 89, s. 741, nr 8).

38 A. D'Auria, *Il consenso matrimoniale*, s. 504–505; C. Burke, *L'oggetto del consenso matrimoniale. Un'analisi personalistica*, Torino 1997, s. 35.

39 Zob. Dec. c. Burke z 11.04.1988, w: RR *Decisiones...* 1988, vol. 80, s. 213, nr 8.

40 „L'ordinazione alle finalità naturali del matrimonio [...] è intrinsecamente presente nella mascolinità e nella femminilità. Quest'indole teleologica è decisiva per comprendere la dimensione

Prawa więc i obowiązki małżeńskie znajdują swoją podstawę w zgodzie małżeńskiej rozumianej jako akt osobistego przekazania się, tym samym powinny być postrzegane jako konkretyzacja i istotna konsekwencja aspektu sprawiedliwości zawartego w tym oddaniu. Relacja małżeńska stanowi wszak relację sprawiedliwości, w której element seksualny, na podstawie wzajemnej zgody małżonków, staje się przedmiotem prawa. W tej relacji małżeńskiej każdy małżonek nabywa trwale i wyłączne prawo do seksualności drugiej strony, również w aspekcie psycho-cieleśnym, a szczególnie w aspekcie jej prokreacyjności<sup>41</sup>.

Gdy chodzi o orzecznictwo okresu po promulgacji kodeksu przez Jana Pawła II, to nadal utrzymuje się, że rozróżnienie między wykluczeniem *ipsum ius* i wykluczeniem *exercitium iuris* jest zasadne<sup>42</sup>; takie stanowisko zdecydowanie przeważa w orzecznictwie rotalnym<sup>43</sup>. W wyroku c. Augustoni z 15 października 1985 roku podkreśla się m.in., że odwołanie się do owego rozróżnienia jest czymś fundamentalnym, by można było ocenić, czy w konkretnym przypadku chodzi o prawdziwe wykluczenie unieważniające: „W sprawach bowiem, w których sprawa o nieważność węzła jest wniesiona z tytułu wykluczenia dobra potomstwa, momentem istotnym kwestii było i jest udowodnienie naruszenia właśnie prawa, a nie tylko wykonywania prawa”<sup>44</sup>. Co więcej, odnośne zwroty stosowane po 1983 roku w odniesieniu do rozróżnienia między wykluczeniem samego prawa i wykluczeniem korzystania z prawa są często podobne do tych, które „przewijały się” w orzeczeniach ferowanych pod rządami kodeksu poprzedniego, z zachowaniem różnych odniesień normatywnych (już nie kan. 1081 § 2 i 1096 § 2 KPK 1917, lecz kan. 1057 § 2 i 1086 § 2 KPK 1983). Bardzo często

---

naturale dell'unione. [...] La masolinità e la femminilità delle persone sposate sono costitutivamente aperte al dono dei figli” (Ioannes Paulus PP. II, Allocutio ad Romanae Rotae Tribunal, 01.02.2001, „Acta Apostolicae Sedis” 93 (2001), s. 361); zob. także Ioannes Paulus PP. II, Litterae Familiis datae Gravissimam sane, 02.02.1994, „Acta Apostolicae Sedis” 86 (1994), s. 889.

<sup>41</sup> Zob. Dec. c. Burke z 14.04.1988, w: RR *Decisiones...* 1988, vol. 80, s. 213, nr 6; A. D'Auria, *Il consenso matrimoniale*, s. 505.

<sup>42</sup> Por. A. D'Auria, *Il consenso matrimoniale nella giurisprudenza della Rota Romana dal CIC 1983*, w: *Prole e matrimonio canonico*, a cura di G.B. Defilippi, Città del Vaticano 2003, s. 113–119; W. Góralski, *Matrimonium facit consensus. Z orzecznictwa Trybunału Roty Rzymskiej w sprawach o nieważność małżeństwa rozpoznanych z tytułów dotyczących zgody małżeńskiej (1997–2016)*, Płock 2018, s. 285–289.

<sup>43</sup> Por. A. D'Auria, *Il consenso matrimoniale*, s. 507–508.

<sup>44</sup> „In causis enim in quibus nullius vinculi vindicatur ex exclusione boni prolis, cardo quaestionis fuit et manet demonstratio detrectationis proprie iuris et non tantum exercitii iuris” (Dec. c. Augustoni z 15.10.1985, w: RR *Decisiones...* 1985, vol. 77, s. 438, nr 4).

przywołuje się nadal zwrot św. Tomasza z Akwinu: „esse rei non dependent ab usu suo”; podobnie jak przeciwstawianie sobie *intentio non obligandi/intentio non adimplendi*<sup>45</sup>.

Odwołując się do najnowszego orzecznictwa rotalnego, można wskazać niektóre tylko fragmenty wyroków (nieopublikowanych)<sup>46</sup>, w których podtrzymuje się wspomniane rozróżnienie: c. Yaacoub z 22 stycznia 2020 roku<sup>47</sup>, c. Monier z 15 maja 2020 roku<sup>48</sup>, c. Yaacoub z 4 czerwca 2020 roku<sup>49</sup>, c. Viscome z 17 czerwca 2020 roku<sup>50</sup>,

45 Por. A. D'Auria, *Il consenso matrimoniale*, s. 510–511; L. Świto, „*Exclusio boni prolis*” jako tytuł nieważności małżeństwa, Olsztyn 2003, s. 73–74.

46 W tym miejscu wyrażam podziękowanie ks. dr. Grzegorzowi Erlebachowi, wieloletniemu audytorowi Roty Rzymskiej, za udostępnienie mi wyroków.

47 „Bonum prolis autem distinctionem inter ius et exercitium iuris admittit. Tantummodo exclusio iuris, quod consensum coniugalem ingreditur, matrimonium invalidum reddit, dum simplex exercitii iuris detrectatio, quae praesupponit abusus iuris concessi, ex provincia simulationis consensus exsulat” (Dec. c. Yaacoub z 22.01.2020, A. 8/2020, nr 9 [wyrok nieopublikowany]).

48 „Exclusio iuris ad actus coniugales ad procreationem ordinatos matrimonium invalidum reddit. Si agitur tantum de procrastinatione ad tempus, uti saepe saepius invenimus ob rationes ordinis oeconomici vel valetudinis, haec intentio componi potest cum responsabili paternitate. Tamen in hypothesi exclusionis prolis ad tempus indeterminatum vel condicionatum, si et quatenus adveniant in futuro certae circumstantiae, clarum est quod in actu celebrationis ius non traditum est, et consequenter consensus irritus habetur” (Dec. c. Monier z 15.05.2020, A. 46/2020, nr 7 [wyrok nieopublikowany]).

49 „Finis matrimonii, ad normam can. 1055 praeter bonum coniugum, invenitur in generatione et educatione prolis. Exclusio boni prolis fit quando pars contrahens denegat ius «ad actus per se aptos ad prolis generationem», sibi reservans facultatem impediendi naturalem effectum procreativum copulae coniugalis. Iurisprudencia admittit distinctionem inter ius et exercitium iuris: «Tantum exclusio iuris, quod consensus coniugalem ingreditur, matrimonium invalidum reddit, dum simplex exercitii iuris detrectatio, quae praesupponit abusus iuris concessi, ex agro consensus prorsus exulat» (coram Bruno, decisio diei 22 martii 1991, in «Il diritto ecclesiastico», [1991], II, p. 176, n. 4)” (Dec. c. Yaacoub z 04.06.2020, A. 55/2020, nr 5 [wyrok nieopublikowany]).

50 „«Pernota est distinctio iurisprudenciae inter ius et iuris exercitium quoad boni prolis exclusionem, quae necesse est attingat, ut matrimonium invalidetur, ipsum ius, nempe in suis principiis; quae denuo haberi potest sive si soboles absolute et perpetuo excludatur sive ad indeterminatum tempus, quo in casu magna difficultas oritur potius in facto, discernendi nempe an proles exclusa sit positivo voluntatis actu in suis principiis, an vero sit quaestio de sola voluntate generica seu de mera intentione habituali vel interpretativa prolem differendi, idest ad tempus, quando, ex. gr., mala vel infausta connubii tempora praeterita sint» (coram P.V. Pinto, sent. diei 11 octobris 1996, RRDec., vol. LXXXVIII, p. 624, n. 4)” (Dec. c. Viscome z 17.06.2020, A. 62/2020, nr 4 [wyrok nieopublikowany]).

c. Da Costa Gomes z 23 czerwca 2020 roku<sup>51</sup>, c. Bartolacci z 5 listopada 2020 roku<sup>52</sup> czy c. Heredia Estaban z 10 grudnia 2020 roku<sup>53</sup>.

## 2. Próby kwestionowania tradycyjnego rozróżnienia między wykluczeniem *ipsum ius* i wykluczeniem *usus iuris*

Jakkolwiek tak w doktrynie, jak i w orzecznictwie dominuje pogląd o zasadności rozróżnienia między wykluczeniem *ipsum ius* i wykluczeniem *usus iuris* w odniesieniu do dobra potomstwa, to nie brak jednak zwolenników opinii przeciwnej, a więc kwestionującej taką dychotomię.

Gdy chodzi o doktrynę, wśród współczesnych jej przedstawicieli negujących owo rozróżnienie można wskazać m.in. Paola Monetę, Héctora Franceschiego i Pedra-Juana Viladricha.

Ten pierwszy zauważa, że jakkolwiek w posoborowym kodeksie postrzeganie zrodzenia potomstwa w małżeństwie nabrało nowej, bardziej personalistycznej perspektywy, to jednak przedmiot zgody małżeńskiej nie uległ zmianie, chodzi wszak o przymierze oparte na prawie naturalnym. Zastosowany w obowiązującym kodeksie zwrot *matrimonii essentiale aliquod elementum* (kan. 1101 § 2), który zastąpił zwrot *omne ius ad coniugalem actum* użyty w kodeksie poprzednim (kan. 1086 § 2), obejmuje również *bonum prolis*. Jeśli więc skierowanie małżeństwa *ad prolem*

---

51 „Jurisprudentia nostri Fori adhibere consuevit in hac provincia distinctionem inter exclusionem iuris et exclusionem usus seu exercitii iuris; primus consensus irritat, secus atque altera” (Dec. c. Da Costa Gomes z 23.06.2020, A. 97/2020, nr 11 [wyrok nieopublikowany]).

52 „Profecto illa codicis verba: «ius ad actus per se aptos ad prolis generationem» exigunt ut nubentes prolem excludendo intenderint comparti ipsum ius ad actus coniugales auferre, non vero actibus coniugalibus tantum abuti contra naturae consilium; quod nihil aliud significat ordinationem requiri ad prolem per copulam exclusive naturalem effectam” (Dec. c. Bartolacci z 05.11.2020, A. 139/2020, nr 6 [wyrok nieopublikowany]).

53 „Costans enim doctrina canonica tenet – docente Angelico – iuridicum momentum tantum habere exclusionem prolis «in suis principiis», non igitur exclusionem de facto, quae ad matrimonium in fieri pertinet. Rotalis iurisprudentia sua ex parte recipiens doctrinam thomisticam itidem distinguit inter exclusionem iuris ad actus coniugales per se aptos ad prolis generationem et exclusionem exercitii iuris quae e contra matrimonium non irritat, quia aliud est comparti ipsum ius denegare, aliud susceptam obligationem laedere vel non adimplere (coram Palestro, sent. Diei 18 maii 1988, RRDec., vol. LXXX, p. 300, n. 10)” (Dec. c. Heredia Estaban z 10.12.2020, A.182/2020, nr 11 [wyrok nieopublikowany]).

jest istotnym elementem małżeństwa, to wykluczenie go skutkuje nieważnością tego związku<sup>54</sup>.

Gdy chodzi o wykluczenie *bonum prolis*, kanonista z Pizy stwierdza, że w orzecznictwie przyjmuje się rozróżnienie między wykluczeniem samego prawa do prawdywych aktów małżeńskich skierowanych ku prokreacji, które to prawo stanowi przedmiot zgody małżeńskiej, a wykluczeniem korzystania z tego prawa. Prawdą jest, że nie jest to rozróżnienie jedynie spekulatywne, gdyż de facto może mieć miejsce w postępowaniu ludzkim. Czymś innym jest bowiem przekazanie prawa do dobra potomstwa *in suis principiis*, a czymś innym przekazanie współpartnerowi tego prawa z intencją niewykonania go: czy to na czas określony czy nieokreślony<sup>55</sup>.

Jednocześnie autor zauważa, że w orzecznictwie rotalnym, poza zwolennikami owego rozróżnienia, daje się zauważyć usiłowanie wypracowania odpowiednich kryteriów oceny tego rozróżnienia związanej z aktualnym pojęciem małżeństwa. Tak więc w orzeczeniu c. Stankiewicz z 22 lutego 1996 roku, po przywołaniu tradycyjnego założenia („*talis exclusio, ut consensus invalidet, bonum prolis quoad ius et obligationem amplecti debet*”), usiłuje się dojść do pewnej „zasady prokreacyjnej”, jako istotnego elementu małżeństwa i przedmiotu formalnego zgody małżeńskiej, rozumianego jako istotny wymiar małżeństwa, który ma swoją podstawę w samym istnieniu osoby<sup>56</sup>.

Mając na uwadze magisterium papieskie w odniesieniu do małżeństwa oraz posoborową wizję tego związku, Moneta uznaje z kolei, że wykluczenie „na zawsze” wykonywania prawa do aktów małżeńskich otwartych na prokreację może oznaczać jedynie wykluczenie samego prawa. Jeśli zaś chodzi o czasowe wykluczenie potomstwa, to wykluczenie to rodzi domniemanie o przekazaniu prawa z pewnym zastrzeżeniem co do właściwego zeń korzystania. Idzie jednak o domniemanie dopuszczające dówód przeciwny, który może pomóc w wykazaniu, iż tym, co zostało wykluczone, jest samo prawo do prokreacji, choć tylko przez pewien okres czasu. Orzecznictwo określiło tutaj cały szereg odpowiednich elementów o charakterze wskazującym, lecz z pewnością nie takich, które by wyeliminowały wszelkie w tym względzie dylematy<sup>57</sup>.

---

54 Zob. P. Moneta, *Il „bonum prolis” e la sua esclusione*, w: *Prole e matrimonio canonico*, a cura di G.B. Defilippi, Città del Vaticano 2003, s. 89.

55 Zob. P. Moneta, *Il „bonum prolis”*, s. 90; Dec. c. De Lanversin z 05.04.1995, w: *RR Decisiones...* 1995, vol. 87, s. 254, nr 7.

56 Zob. Dec. c. Stankiewicz z 22.02.1996, w: *RR Decisiones...* 1996, vol. 88, s. 122, nr 15.

57 Zob. P. Moneta, *Il „bonum prolis”*, s. 96; P. Moneta, *Il „bonum prolis” e la sua esclusione*, w: *Diritto matrimoniale canonico*, t. 2: *Il consenso*, a cura di P.A. Bonnet, C. Gullo, Città del Vaticano 2003, s. 297–298.



Włoski kanonista zwraca też uwagę na różnego rodzaju sytuacje, w których małżonkowie decydują się na rezygnację z własnego potomstwa (m.in. na skutek poważnej choroby dziedzicznej jednej ze stron; w przypadku osób owdowiałych, które mają dzieci z poprzednich swoich małżeństw, czy pary lekarzy, którzy pragną się poświęcić pracy misyjnej, decydując się na nieposiadanie potomstwa). Jego zdaniem w większości tego rodzaju sytuacji aplikacja surowego kryterium *ius – exercitium iuris* prowadziłyby do nieuznania takich małżeństw, skoro wola stron byłaby skierowana ku wykluczeniu istotnego elementu małżeństwa (otwarcie na zrodzenie potomstwa). W ocenie wykluczenia *bonum prolis* należałoby przyjąć za punkt wyjścia perspektywę personalistyczną i weryfikować, czy w momencie wyrażania konsensu małżeńskiego miało miejsce realne przekazanie przez kontrahenta wymiaru płodności. W miejsce dochodzenia co do wykluczenia prawa czy jego wykonywania konieczne jest bezpośrednio zweryfikowanie autentycznego daru siebie. W takim znaczeniu możliwe jest podanie dwóch wskazówek, które pozwalałyby domniemywać, że w konkretnym przypadku miało miejsce efektywne przekazanie się małżeńskie, gdy: 1) intencja nieposiadania potomstwa jest powzięta za wspólną zgodą nupturientów; przeciwnie, trudno jest przyjąć, że decyzja jednostronna mogłaby respektować ów dar z siebie; 2) jest obecny wymiar płodności rozumianej w znaczeniu szerokim (a więc nie tylko biologicznym) i dyspozycyjności pozaosobowej, która pozwala ocenić odrzucenie potomstwa nie jako decyzję egoistyczną, lecz jako decyzję powziętą na podstawie motywów poważnych i znaczących<sup>58</sup>.

W ocenie D'Aurii kryterium zaproponowane przez Monetę ma tę zaletę, że podkreśla głębokie powiązanie, które łączy *bonum coniugum* i *bonum prolis* i sprowadza różne przypadki wykluczenia do rzeczywistości jednoczącej daru oblubieńczego. Jednak krytyka skierowana do rozróżnienia uznanego za nieodpowiadające aktualnemu kontekstowi nie wydaje się do przyjęcia. Jeśli jest prawdą, zauważa D'Auria, że dzisiaj małżeństwo jest rozumiane lepiej pod względem wzajemnego oddania się, to nie można przestać mówić o prawach-obowiązках, ponieważ czymś ważnym jest zrozumienie ich podstawy, która tkwi w samym akcie osobowego oddania się i która czyni ów związek zawiązkiem małżeńskim. W konsekwencji rozróżnienie między prawem i jego wykonywaniem zachowuje swoje znaczenie, byleby jego stosowanie zostało następnie usytuowane w perspektywie personalistycznej, wciąż przywoływanej. Ostatecznie, można „delikatnie” przyjąć, że, choć kryteria autorów

---

58 Zob. P. Moneta, *Il „bonum prolis” e la sua esclusione*, w: *Diritto matrimoniale canonico*, s. 299.

opowiadających się za uchyleniem owego rozróżnienia między *ius* i *exercitium iuris* są znaczące, to w stosunku do tradycyjnego kryterium *ius – exercitium iuris* nie powinny być rozumiane i stosowane alternatywnie, lecz komplementarnie<sup>59</sup>.

Według Franceschiego, który w kwestii rozróżnienia *ius* i *exercitium iuris* dostrzega dwa kierunki orzecznicze, prawdzie odpowiada bardziej kierunek odrzucający to rozróżnienie. Uważa, że przyczyną nieporozumień i rozbieżności w tej kwestii jest bardzo często „zachodzenie na siebie” płaszczyzny dowodowej i substancjalnej. Na płaszczyźnie dowodzenia symulacji różnica między wolą przeciwną prawu i rzeczywistością niewypełnienia go, ujawniająca się w ciągu życia małżeńskiego, jest istotna, ponieważ jedynie wtedy, gdy niezachowanie prawa zostało spowodowane pozytywną wolą obecną w momencie wyrażania zgody małżeńskiej, można mówić o symulacji zgody małżeńskiej. Absolutyzowanie tych kryteriów i aplikowanie ich do samego momentu zgody małżeńskiej nie służyłoby zrozumieniu tego, czym jest właśnie zgoda małżeńska oraz istotne elementy i istotne przymioty małżeństwa. Trudno zrozumieć, by w samym akcie zgody małżeńskiej jedno z małżonków podejmowało obowiązki i w tym samym czasie radykalnie odrzucało ich wykonanie<sup>60</sup>.

Jak stwierdza się w niektórych orzeczeniach, zauważa kanonista z Uniwersytetu *Santa Croce*, nie da się wytłumaczyć, by możliwa była sytuacja, w której w tym samym akcie zgody małżeńskiej jedna ze stron zobowiązywałaby się, a więc podejmowała swoje obowiązki, a jednocześnie zdecydowanie odrzucała ich wypełnienie. Czymś niedopuszczalnym byłoby przyjęcie woli podjęcia prawa z jednoczesną wolą niezobowiązania się do urzeczywistniania go. W wielu jednak wyrokach rozróżnienie pomiędzy *exclusio iuris* i *exclusio usus iuris* nadal się utrzymuje<sup>61</sup>.

59 Zob. A. D'Auria, *Il consenso matrimoniale*, s. 513–514.

60 Zob. H. Franceschi, *L'esclusione della prole nella giurisprudenza*, s. 314.

61 Zob. H. Franceschi, *L'esclusione della prole nella giurisprudenza*, s. 314. Przykładem uznania za właściwe rozróżnienie między wykluczeniem *ipsum ius* i *usus iuris* (w odniesieniu do *bonum prolis*) może być następujący fragment wyroku c. Boccafola z 22 stycznia 1998 roku: „Semper accurate distinguendum est *ius* inter *eiusque exercitium*: qui *sexuales relationes post matrimonium habere intendit* sed, *positivo voluntatis actu quamlibet generationis possibilitatem excludit*, *ius coniugi non tradit ad actus*, qui, per se, apti sint ad generationem; etenim «hoc *ius* natura sua exigit quod integri maneant pro altera parte effectus ex *iuris exercitio* profluentes cum *matrimonium ordinatum sit ad prolem*» (coram Fagiolo, 24 aprilis 1969). Ideoque, iudicis est, ex factis et circumstantiis non aequivocis, inquirere utrum partes *ius* an *tantum iuris exercitium* [podkreśl. w tekście – W.G.], quod per se coniugium irritare nequit, excludere statuerint. Ad rem solvendam iurisprudencia Nostri Fori statuit praesumptiones. In primis, ex recepta iurisprudencia Nostri Fori prolis temporanea exclusio fundat praesumptionem pro denegato tantummodo usu *iuris*, coniuncto cum proposito illo abutendi, nec ideo reservationem *iuris coniugalis* constituit. *Si de absoluta et perpetua sobolis exclusione agitur, praesumitur ipsum ius*

Odnosząc się do wyroku c. Alwan z 14 stycznia 1997 roku<sup>62</sup>, w którym ponens stosuje rozróżnienie *ius – exercitium iuris* i twierdzi, że jedynie wykluczenie *ipsum ius* czyni małżeństwo nieważnym, i że choć domniemywa się, iż wykluczenie czasowe jest jedynie wykluczeniem korzystania z prawa, to jednak gdy się wyklucza czasowo samo prawo, zachodzi nieważność małżeństwa, Franceschi wyraża przekonanie, że ten sposób wyjaśnienia różnicy między prawem i wykonywaniem prawa wydaje mu się nieco sztuczny i skomplikowany. Tłumaczy to tak, że w gruncie rzeczy tym, co powinno się zweryfikować, jest to, czy kontrahent przekazał i przyjął prawo-obowiązek spełniania aktów małżeńskich, co ze swojej samej natury dotyczy obojga kontrahentów, przy niemożliwości absolutnego zanegowania prawa drugiego małżonka, gdyż wówczas prawa tego nie udzieliłby, zarówno gdy chodzi o czas określony, jak i *in perpetuum*<sup>63</sup>.

Franceschi stwierdza następnie, że analiza wyroków rotalnych ostatnich lat prowadzi do konstatacji, iż – nie licząc pewnych wyjątków – judykatura kontynuuje stosowanie rozróżnienia między prawem i wykonywaniem prawa, by odróżnić prawdziwe wykluczenie od innych działań, które nie są rzeczywistym wykluczeniem ze skutkiem unieważniającym, choć rozróżnienie to nie jest absolutyzowane, gdy wyjaśnia się różnicę między wykluczeniem absolutnym i czasowym<sup>64</sup>.

Rozróżnienie między prawem i wykonywaniem go staje się zrozumiałe, gdy dotyczy różnicy między małżeństwem *in fieri* i małżeństwem *in facto esse*<sup>65</sup>: jedną

---

*comparti denegatum fuisse* [podkreśl. w tekście – W.G.]” (Dec. c. Boccafolo z 22.01.1998, nr 5 [wyrok nieopublikowany]); zob. także Dec. c. Gianecchini z 28.03.1995, w: RR *Decisiones...* 1995, vol. 87, s. 242, nr 2; Dec. c. De Lanversin z 05.04.1995, w: RR *Decisiones...* 1995, vol. 87, s. 254, nr 7; Dec. c. Ragni z 04.07.1995, w: RR *Decisiones...* 1995, vol. 87, s. 457, nr 11; Dec. c. Faltin z 17.11.1999, nr 7 (wyrok nieopublikowany); Dec. c. Pinto z 04.07.1999, nr 5 (wyrok nieopublikowany); Dec. c. Sable z 28.03.2012, w: RR *Decisiones...* 2012, vol. 94, s. 72–73, nr 9. W powołanym wyroku c. Faltin znamienne jest stwierdzenie, iż jakkolwiek rozróżnia się między wykluczeniem samego prawa i korzystania z prawa, to jednak analiza części *in iure* pozwala przyjąć, że nie chodzi o rozróżnienie w sensie absolutnym i odnoszącym się do momentu wyrażenia zgody małżeńskiej, ponieważ ponens przyjmuje, że kontrahenci nie są nawet zdolni do rozróżnienia – w momencie wyrażania konsensu – *ius* i *usus iuris*, natomiast rozróżnienie to służy temu, by nie mylić prawdziwego wykluczenia z nadużywaniem w wykonywaniu prawa rzeczywiście powziętego w momencie wyrażania konsensu. Zob. H. Franceschi, *L'esclusione della prole*, s. 316.

62 Zob. Dec. c. Alwan z 14.01.1997, w: RR *Decisiones...* 1997, vol. 89, s. 1–13.

63 Zob. H. Franceschi, *L'esclusione della prole*, s. 328.

64 Zob. H. Franceschi, *L'esclusione della prole*, s. 330.

65 Por. P.J. Viladrich, *Konsens małżeński. Sposoby prawnej oceny i interpretacji w kanonicznych procesach o stwierdzenie nieważności małżeństwa (kanony 1095–1107 Kodeksu prawa kanonicznego)*, tłumacz. z jęz. hiszpańskiego S. Śwaczny, Warszawa 2002, s. 335.

sprawą jest fakt podjęcia obowiązku wynikającego z *bonum prolis* (otwarcie na wymiar prokreacyjny aktów małżeńskich), a zupełnie inną jest jego wypełnienie, które nie dotyczy momentu zawierania małżeństwa, lecz życia małżeńskiego<sup>66</sup>. Utożsamianie prawa z jego wykonaniem z jednej strony mogłoby prowadzić do nadużycia przez uznanie za nieważne małżeństwa z powodu wykluczenia *bonum prolis* tylko dlatego, że jedna ze stron (lub obydwie) nie wypełniła (nie wypełniły) – w trakcie życia małżeńskiego – przyjętego realnie obowiązku. W takiej jednak interpretacji nie bierze się pod uwagę rzeczywistości osoby ludzkiej, która może realnie przyjąć obowiązek, a następnie go nie wypełnić. Z drugiej strony błędne byłoby również stanowisko przeciwne, w myśl którego w samym momencie wyrażania zgody małżeńskiej (*matrimonium in fieri*) mogłoby mieć miejsce jednocześnie podjęcie obowiązku (otwarcia na płodność) i pozytywna wola niewykonania go. Według tej interpretacji zamknięcie się na akty małżeńskie otwarte na płodność mogłoby być po prostu konsekwencją woli niezachowania prawa rzeczywiście podjętego, istniejącego w momencie zawierania małżeństwa. Jedno i drugie stanowisko byłoby niesłuszne. Nie każda postawa przeciwna potomstwu stanowi dowód na wykluczenie *bonum prolis*, ponieważ należy rozróżnić pomiędzy tym, czego rzeczywiście się chciało, a tym, co następnie zostało zrealizowane. Nie każde też niewypełnienie obowiązku w odniesieniu do *bonum prolis* jest bez znaczenia jako zwykle niewypełnienie obowiązku podjętego z początkową pozytywną wolą niewypełnienia go<sup>67</sup>.

Owo rozróżnienie jest więc użyteczne jedynie gdy chodzi o różnicę pomiędzy obowiązkiem samym w sobie, którego podjęcie należy do momentu małżeństwa *in fieri*, i jego wykonaniem, które odnosi się do życia małżeńskiego – w tym znaczeniu, że nie każde niewypełnienie obowiązku implikuje jego wykluczenie w momencie początkowym; wykluczenie obowiązku powinno zostać udowodnione w konkretnym przypadku, ponieważ pozytywnego aktu wykluczenia się nie domniemywa (kan. 1101 § 1 i 1060 KPK)<sup>68</sup>.

Zdaniem Viladricha prawa i obowiązki małżeńskie charakteryzują się pewnymi istotnymi przymiotami i dlatego są stałe, ustawiczne i niezbywalne. Zamiast weryfikowania, czy nupturient wykluczył samo prawo czy tylko korzystanie z prawa,

66 Zob. Dec. c. Serrano Ruiz z 22.03.1996, w: RR *Decisiones...* 1996, vol. 88, s. 309–314.

67 Zob. H. Franceschi, *L'esclusione della prole nella giurisprudenza*, s. 317.

68 Zob. H. Franceschi, *L'esclusione della prole nella giurisprudenza*, s. 318; zob. także H. Franceschi, *L'esclusione della prole, w: La giurisprudenza della Rota Romana sul consenso matrimoniale (1908–2008)*, Città del Vaticano 2009, s. 194–195; P.J. Viladrich, *Konsens małżeński*, s. 333–335.

jest konieczne dokonanie oceny, czy odrzucił pozytywnie jedną z tych istotnych cech. Kryterium wyrażone przez kanonistę z Pamplony wydaje się ważne i znaczące, jednak nie może być uznane jako całkowicie innowacyjne w stosunku do klasycznego rozróżnienia ani w stosunku do niego alternatywne; jest raczej komplementarne – w tym znaczeniu, że dostarcza dalszych doprecyzowań, pożytecznych dla oceny w płaszczyźnie dowodowej, gdy chodzi o podstawę woli, która odnosi się do wykonywania prawa lub wykluczenia go<sup>69</sup>.

W kwestii rozróżnienia między wykluczeniem prawa i wykluczeniem korzystania z prawa Viladrich znacznie szerzej wypowiada się w odniesieniu do *bonum fidei*<sup>70</sup>. Padają w tej kwestii m.in. następujące stwierdzenia: „Rozróżnienie między prawem i jego wypełnieniem można stosować tylko do badania faktów z życia małżeńskiego, czyli *in facto esse*, ponieważ ważne małżeństwo może być w swoim życiowym rozwoju przeżywane źle i marnowane. Ale tego samego rozróżnienia nie można stosować do *in fieri*, czyli do aktu zawarcia małżeństwa, ponieważ jest nieprzewidywalnie sprzeczne zobowiązanie się do wierności i, w tej samej jedności aktu, zarezerwowanie sobie prawa do niewypełnienia jej [...] Jeżeli w momencie zawierania małżeństwa nupturient rezerwuje sobie niewypełnienie *de facto*, w rzeczywistości dokonuje zarezerwowania *de iure* **przyszłego niewypełnienia i czyni to w samym *in fieri*** [podkreśl. w tekście – W.G.], ale przez to faktyczne nadużycie, które ma być zrealizowane w czasie życia małżeńskiego, przekształca się w roszczenie sobie prawa do **faktycznego** [podkreśl. w tekście – W.G.] niewypełnienia wierności [...] pozytywny zamiar w samym akcie zawarcia małżeństwa, by nie dotrzymać **tylko wypełnienia** [podkreśl. w tekście – W.G.] jest roszczeniem *de iure*, niekompatybilnym i nie do pogodzenia z ustanowieniem prawa-obowiązku wierności, a przez to **sprawiającym nieważność małżeństwa** [podkreśl. w tekście – W.G.]”<sup>71</sup>. Należy domniemywać, że stwierdzenia te – w zamyśle autora – należy odnieść także do *bonum prolis*.

W orzecznictwie, jak to już wyżej wspomniano, rozróżnienie między wykluczeniem *ipsum ius* i wykluczeniem *usus iuris* spotkało się z krytyką już w wyroku Trybunału Wikariatu Miasta c. Oesterle z 9 lutego 1949 roku.

---

69 Zob. P.J. Viladrich, *Konsens małżeński*, s. 334–335; H. Franceschi, *L'esclusione della prole nella giurisprudenza*, s. 320–321; A. D'Auria, *Il consenso matrimoniale*, s. 512.

70 Zob. P.J. Viladrich, *Konsens małżeński*, s. 334–335; H. Franceschi, *L'esclusione della prole nella giurisprudenza*, s. 333–339.

71 P.J. Viladrich, *Konsens małżeński*, s. 337.

Podobne zapatrywanie wyrażają wyroki c. De Jorio: z 18 grudnia 1963<sup>72</sup>, z 15 stycznia 1964<sup>73</sup>, z 14 grudnia 1966<sup>74</sup>, z 31 maja 1967<sup>75</sup> i z 30 marca 1976 roku<sup>76</sup>. Wymieniony ponens podkreśla, że rozróżnienie, którym mowa, ma większe znaczenie dla teoretyków prawa kanonicznego, natomiast jest bezużyteczne w rozstrzyganiu spraw z tytułu wykluczenia *bonum prolis*. Nie do przyjęcia jest bowiem równoczesne istnienie woli zobowiązania się do prawa oraz woli niezobowiązania się do jego wypełnienia. De Jorio dodaje, że tego rodzaju rozróżnienie obce było św. Tomaszowi z Akwinu, który twierdził jedynie, że małżeństwo jest nieważne, jeśli w momencie wyrażania konsensu małżeńskiego kontrahenci wykluczyli zrodzenie potomstwa, natomiast jest ważne, jeśli z przyczyn naturalnych lub przewrotnej woli małżonków, ujawnionej podczas trwania małżeństwa, faktycznie nie doszło do zrodzenia potomstwa. To dopiero Sanchez, wyjaśnia ponens, przypisał Doktorowi Anielskiemu pogląd, w myśl którego kontrahent w tym samym momencie może przekazać i przyjąć prawo do prokreacji i jednocześnie podjąć postanowienie o niezrodzeniu potomstwa<sup>77</sup>.

W orzeczeniu z 31 maja 1967 roku De Jorio, w nawiązaniu do pracy Ermanna Grazianiego<sup>78</sup> twierdzi, że absurdalna jest opinia, w myśl której ktoś podjął intencję wykluczającą wykonanie prawa do prokreacji, a jednocześnie nie podjął intencji wykluczającej zrodzenie potomstwa; różnica między wykluczeniem *ius* i *usus iuris* w odniesieniu do *bonum prolis* może się odnosić jedynie do małżeństwa *in facto esse*<sup>79</sup>.

Gdy chodzi o mniejszość judykatury rotalnej z końca XX stulecia, która kwestionuje zasadność owego rozróżnienia, na uwagę zasługują dwa orzeczenia c. Civili: z 18 grudnia 1995 i 20 listopada 1996 roku.

72 Dec. c. De Jorio z 18.12.1963, w: RR *Decisiones...* 1963, vol. 55, s. 911–915, nr 3–4.

73 Dec. c. De Jorio z 15.01.1964, w: RR *Decisiones...* 1964, vol. 56, s. 30, nr 4.

74 Dec. c. De Jorio z 14.12.1966, w: RR *Decisiones...* 1966, vol. 58, s. 915, nr 8.

75 Dec. c. De Jorio z 31.05.1967, w: RR *Decisiones...* 1967, vol. 59, s. 420, nr 5.

76 Dec. c. De Jorio z 30.03.1976, w: RR *Decisiones...* 1976, vol. 68, s. 154, nr 4; Zob. L. Świto, *Exclusio boni prolis*, s. 75.

77 Zob. Dec. c. De Jorio z 31.05.1967, w: RR *Decisiones...* 1967, vol. 59, s. 420, nr 5; L. Świto, *Exclusio boni prolis*, s. 75; J. Krukowski, *Wykluczenie potomstwa. Nowe tendencje w orzecznictwie rotalnym*, „Kościół i Prawo” 3 (1984), s. 227–241.

78 E. Graziani, *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, Milano 1956, s. 186–187.

79 Dec. c. De Jorio z 31.05.1967, w: RR *Decisiones...* 1967, vol. 59, s. 420, nr 5; A. Stankiewicz, *De iurisprudentia recentiore circa simulationem totalm et partialem*, Romae 1989, s. 71; L. Świto, *Exclusio noni prolis*, s. 76.

W pierwszym z nich<sup>80</sup> ponens analizuje różne interpretacje nauczania św. Tomasza z Akwinu o rozróżnieniu pomiędzy wolą wykluczającą prawo i wykluczającą korzystanie z prawa. Stwierdza, że rozróżnienie to było wiele razy absolutyzowane przez doktrynę i orzecznictwo. Jest prawdą, że czymś innym jest prawo, a czymś innym jego wykonywanie, lecz aplikowanie tego rozróżnienia do momentu wyrażania konsensu małżeńskiego nie jest całkowicie proste. Usiłując wyjaśnić przyczynę owych twierdzeń, ponens ukazuje głęboką naturę obowiązków małżeńskich, zaznaczając, że prawa-obowiązki dotyczące małżeństwa nie mogą być traktowane jako prawa realne, w których byłby możliwy rozdział między prawem i wykonywaniem go (korzystaniem z niego) również w momencie przekazania prawa, jak to ma miejsce np. w prawie własności. Prawa odnoszące się do małżeństwa, które są prawami najbardziej osobowymi, nie dopuszczają w momencie ich przekazania owej rozdzielności. Dlatego też, w przypadku *bonum prolis*, nie byłoby prawdziwego przyjęcia prawa przez tego, kto mówi, iż przekazuje i przyjmuje wymiar płodny „małżeński”, lecz w tym samym czasie i w tym samym akcie ustanawiania węzła małżeńskiego zastrzegłby sobie lub odrzucił prawo do wypełnienia obowiązku. Kto więc w momencie wyrażania zgody małżeńskiej ma pozytywną wolę przeciwną korzystaniu z seksualności zgodnie z jej przeznaczeniem, nie przekazuje żadnego prawa. Z tego też powodu rozróżnienie między prawem i korzystaniem z prawa może być użyteczne w momencie określenia istnienia prawdziwego wykluczenia, w tym sensie, że czymś innym jest wykluczenie istotnego obowiązku w chwili wyrażania zgody małżeńskiej, co czyniłoby małżeństwo nieważnym, a czym innym jest niezachowanie obowiązku, który został podjęty; stąd sędzia, stając wobec konkretnych faktów życia małżeńskiego, powinien rozróżnić między wykluczeniem prawdziwym i właściwym a zwykłym niewypełnieniem obowiązków z powodu przyczyn powstałych w ciągu życia małżeńskiego. Nie byłoby natomiast czymś właściwym dokonywanie tego rozróżnienia poprzez analizę woli kontrahentów w momencie wyrażania zgody małżeńskiej, tak jakby to było możliwe, by w tymże momencie osoba z jednej strony przyjmowała prawo i w tym samym czasie odrzucała jego wykonanie. Nie można mówić, że prawo-obowiązek zostało podjęte, gdy już od samego początku (zawarcie małżeństwa) ma miejsce pozytywna wola niewypełnienia go<sup>81</sup>.

80 Dec. c. Civili z 18.12.1995, w: RR *Decisiones...* 1995, vol. 87, s. 695–706.

81 Zob. Dec. c. Civili z 18.12.1995, w: RR *Decisiones...* 1995, vol. 87, s. 698, nr 13; P.J. Viladrich, *Konsens małżeński*, s. 334–335; H. Franceschi, *L'esclusione della prole nella giurisprudenza*, s. 319.

Orzeczenie to, mając na uwadze to wyjaśnienie, tłumaczy następująco tradycyjną doktrynę św. Tomasza z Akwinu: „Uważamy, że należy wrócić do właściwego znaczenia doktryny tomistycznej: małżeństwo byłoby nieważne, jeśli kontrahent wyraziłby wolę przeciwną intencji potomstwa, czyli – używając terminów obowiązującego prawa kanonicznego – przeciwną naturalnemu skierowaniu do zrodzenia i wychowania potomstwa”<sup>82</sup>.

Zdaniem Franceschiego (komentującego omawiany wyrok c. Civili), można zrozumieć wyjaśnienie znaczenia rozróżnienia między *ius* i *exercitium iuris*, którego nie można by odnosić do momentu wyrażenia zgody małżeńskiej, lecz twierdzenie, że przedmiotem woli jest *intentio prolis*, a nie otwarcie na akty małżeńskie, tj. realizowane z poszanowaniem wymiaru jednoczącego i prokreacyjnego, mogłoby napotkać przeszkodę trudną do pokonania: dopuszczalność zgody, która mieści w sobie tzw. odpowiedzialne ojcostwo. W rzeczywistości wyrok c. Civili w stosunku do tej możliwości daje odpowiedź, która mogłaby być źle zrozumiana: „Można przyjąć w bardzo szczególnych okolicznościach spowodowanych poważnymi przyczynami [...], że małżonkowie unikają lub odkładają zrodzenie potomstwa, jednak z zachowaniem czystości albo przynajmniej przy zastosowaniu godziwych metod naturalnych, uciekając się do przeszkodzenia w zapłodnieniu kobiety. [...] Tego rodzaju pakti mogą być rozumiane w małżeństwie *in facto esse*, nie zaś w małżeństwie *in fieri*; jeśli bowiem byłyby podjęte przed wyrażeniem zgody małżeńskiej, mogłyby narazić na niebezpieczeństwo samą ważność tejże zgody, gdyż prowadziłyby do pozbawienia umowy małżeńskiej istotnego skierowania ku zrodzeniu potomstwa”<sup>83</sup>. Wydawałoby się to potwierdzać, że to, co można czynić godziwie po zawarciu małżeństwa, czyniłoby nieważną zgodę małżeńską, jeśli byłoby powzięte w momencie jej wyrażenia. Właśnie ten wyrok, na końcu części *In facto* potwierdza, że „odpowiedzialna prokreacja odnosi się do małżonków, a nie do kontrahentów”. Niewłaściwie więc „usprawiedliwia się” wolę niezrodzenia nigdy potomstwa, która towarzyszyła powódce. Nie wystarczy wykazać, że jedno

82 Dec. c. Civili z 18.12.1995, w: RR *Decisiones...* 1995, vol. 87, s. 698–699, nr 14.

83 „Admitti potest in peculiaribus circumstantiis, accedentibus gravibus causis [...] quod coniuges prolis generationem vitent vel differant, servata tamen castitate aut, sin minus, methodis naturalibus licitisque recurrant ad mulieris fecundationem impediendam [...] Iste autem pactiones concipi possunt in matrimonio in facto esse, non autem in matrimonio in fieri; etenim si positae antequam consensus prestetur, in discrimen trahere possent ipsius consensus valorem, quatenus pervenirent ad spoliandam coniugalem pactionem essentiali ordinatione ad prolis generationem” (Dec. c. Civili z 18.12.1995, w: RR *Decisiones...* 1995, vol. 87, s. 699, nr 15).



z małżonków lub oboje mieli wolę nieposiadania dzieci z motywów bardziej niż usprawiedliwionych, lecz konieczne jest określenie „jak”, tj. czy powódka lub oboje małżonkowie byli dysponowani lub nie do aktów małżeńskich spełnianych w poszanowaniu wymiaru prokreacyjnego małżeństwa. Dlatego też nieważność nie tkwi w samej decyzji nieposiadania potomstwa, lecz w radykalnym wykluczeniu aktów małżeńskich urzeczywistnianych w poszanowaniu ich podwójnego wymiaru (jednoczącego i prokreacyjnego), a więc w braku prawdziwej woli małżeńskiej, z powodu odrzucenia wymiaru małżeńskiego drugiego kontrahenta w tym, co ten wymiar istotowo implikuje<sup>84</sup>.

Z kolei w wyroku z 20 listopada 1996 roku<sup>85</sup>, zdaniem ponensa, przyjęte od dawna w doktrynie i w orzecznictwie rozróżnienie pomiędzy wykluczeniem samego prawa (*ipsum ius*) i wykluczeniem korzystania z prawa (*usus iuris*) w odniesieniu do dobra potomstwa (*bonum prolis*) nie odpowiada prawdzie. „Mając na uwadze, stwierdza Civili, określenie *bonum prolis*, jasno widać wewnętrzną sprzeczność, która zachodziłaby między wolą podjęcia obowiązku otwarcia się na potomstwo i jednocześnie brakiem dyspozycji do wypełnienia go, zważywszy, że samą treścią obowiązku jest jego świadczenie”<sup>86</sup>. Czymś niemożliwym jest twierdzenie o podjęciu obowiązku, gdy tą samą wolą wyklucza się jego wypełnienie. Nie można przyjąć teoretycznie, że małżeństwo wymaga wierności, nierozzerwalności i dobra potomstwa, jeśli nie byłoby się dysponowanym do przyjęcia tych powinności w małżeństwie konkretnym, które się zawiera. Dobrze wiadomo, że małżeństwa nie czynią idee, lecz prawdziwie małżeńska wola kontrahentów, która wyraża się zewnętrznie poprzez znak małżeński. W dużej mierze, zaznacza sędzia, sprawa podkreślania owego rozróżnienia między prawem i wykonywaniem go ma swoje źródło w interpretacji doktryny św. Tomasza z Akwinu rozróżniającej prawo i jego wykonywanie<sup>87</sup>.

---

84 Zob. H. Franceschi, *L'esclusione della prole nella giurisprudenza*, s. 320.

85 Dec. c. Civili z 20.11.1996, w: RR *Decisiones...* 1996, vol. 88, s. 725–730.

86 „Tenendo conto della definizione di *bonum coniugum*, si osserva chiaramente la contraddizione intrinseca che ci sarebbe tra una volontà di assumere l'obbligo della apertura alla prole e, simultaneamente, il non essere disposto ad adempierlo, dato che il contenuto stesso dell'obbligo è la sua prestazione” (Dec. c. Civili z 20.11.1996, w: RR *Decisiones...* 1996, vol. 88, s. 728–729, nr 14).

87 Zob. S. Tommaso D'Aquino, *Summa Theologica. Supplementum III partis*, q. 49 art. 3.

### 3. Uwagi końcowe

Naturalne skierowanie małżeństwa m.in. ku zrodzeniu potomstwa (*ordinatio ad prolem*), należące do istotnych elementów małżeństwa, która to *ordinatio* pozwoliła św. Augustynowi stworzyć doktrynę na temat *bonum prolis* (jedno z trzech dóbr małżeństwa)<sup>88</sup>, implikuje przyjęcie, iż – stosownie do stwierdzenia Jana Pawła II – „miłość małżeńska winna być w pełni ludzka, wyłączna i otwarta na nowe życie”<sup>89</sup>. Dając ją, małżonkowie spełniają szczególną misję jako „współpracownicy miłości Boga – Stwórcy i jakby jej wyraziciele”<sup>90</sup>. Wzajemne oddanie się i przyjęcie małżonków w wymiarze zdolności prokreacyjnej sprawia, że jest to *donatio* i *acceptatio* prawdziwie małżeńskie, a więc właściwe dla ustanowienia małżeństwa.

Kładąc kres rozdzieleniu, które mogło powstawać pod rządami poprzedniego kodeksu, obowiązująca kodyfikacja ukazała ujęcie jednolite, a więc jednocząco-personalistyczne i prokreatywne zarówno małżeństwa (kan. 1055 § 1), jak i aktu małżeńskiego (kan. 1061 § 2). Treść zatem *bonum prolis* należy wiązać z prawem do płodnego aktu małżeńskiego (*ius ad coniugalem actum*) łączącego w sobie obydwa wspomniane wymiary. Tym samym *bonum coniugum* jest wzajemnym oddaniem się i przekazaniem małżeńskim stron w wymiarze ich własnej męskości i kobiecości, co implikuje przyjęcie przez nie potencjalnego ojcostwa i macierzyństwa<sup>91</sup>.

Dobro potomstwa (*bonum prolis*), a więc jego zrodzenie i wychowanie, stanowiące, obok dobra małżonków (*bonum coniugum*), cel małżeństwa, obejmuje prawo do aktów małżeńskich zdolnych przez się do zrodzenia potomstwa. Prawo to nie może być ograniczone przez wolę małżonków i jest trwałe od momentu wyrażenia zgody małżeńskiej. Zarówno doktryna, jak i orzecznictwo niezmiennie przyjmują, iż nieważność małżeństwa nie powoduje wykluczenia potomstwa *in se*, lecz wykluczenie go *in suis pincipiis*<sup>92</sup>.

Gdy chodzi o rozróżnienie między wykluczeniem *ipsum ius* i wykluczeniem *usus iuris*, to w przeważającej części judykatura rotalna dystynkcję tę przyjmuje – również w odniesieniu do małżeństwa *in fieri*, jako znaczące kryterium hermeneutyczne

88 Zob. S. Augustinus, *De civitate Dei*, XIV, 22, s. 45-46.

89 *Adhortacja apostolska „Familiaris consortio” Ojca Świętego Jana Pawła II*, nr 29, s. 52,

90 Sobór Watykański II, Konstytucja duszpasterska o Kościele w świecie współczesnym *Gaudium et spes*, nr 5, w: Sobór Watykański II, *Konstytucje. Dekrety. Deklaracje*, tekst polski, Poznań, s. 579.

91 Por. W. Góralski, *Wykluczenie dobra potomstwa w nowszym orzecznictwie rotalnym*, „Ius Matrimoniale” 15 (2004) nr 9, s. 118.

92 Zob. Dec. c. Arokjaraj z 15.03.2012, w: *RR Decisiones... 2012*, vol. 104, s. 61, nr 3.

w ocenie wykluczenia prokreacji. W stosunku do wysuwanych obiekcji dotyczących przyjęcia prawa bez korzystania zeń uznaje się jednak, że domniemanie wykluczenia prawa do aktów małżeńskich prokreacyjnych może się rodzić z uporczywego nadużywania małżeństwa. Rozróżnienie między prawem i wykonywaniem prawa wydaje się do utrzymania nie tylko na płaszczyźnie teoretycznej, lecz również psychologicznej – w tym znaczeniu, że, jak się daje zauważyć, normalnie małżonkowie nie myślą o wykluczeniu prawa, lecz jedynie o zwykłym odłożeniu w czasie zrodzenia potomstwa. Odłożenie to można pogodzić z wykonywaniem ojcostwa odpowiedzialnego, ponieważ czasowe wykluczenie potomstwa nie znosi *intentio prolis*, bez której małżeństwo nie może istnieć, gdyż intencji tej całkowicie nie niweczy<sup>93</sup>. Chodzi jednak o domniemanie zwykłe, w dowodzeniu którego, jako przeciwne, mogą wchodzić elementy warunku i paktu; ma wówczas miejsce wykluczenia prawa: jeśli wykluczenie potomstwa dokonuje się czasowo i stawia się jako warunek, który *ab intrinseco* ogranicza zgodę i konsekwentnie samo prawo małżeńskie, albo jeśli jest powzięte w formie paktu, który zawsze „wkracza” w dziedzinę zgody małżeńskiej, albo wreszcie gdy dokonuje się pozytywnym aktem woli mającej moc warunku, ponieważ wówczas przybiera naturę *conditio* i powoduje te same skutki<sup>94</sup>.

Jak zauważa Paolo Bianchi, mając na uwadze powyższe stwierdzenia, orzecznictwo przyjmuje – jako użyteczne – utrzymywanie owego rozróżnienia pomiędzy wykluczeniem *ius* i wykluczeniem *usus iuris* przede wszystkim w stosowaniu jako przydatnego narzędzia dla dokonywania „rekonstrukcji” woli negocjacyjnej kontrahentów. Instrumentu tego powinno się jednak używać z dużą dozą ostrożności i nie w sposób „sztywny”. Rozróżnienie to niewątpliwie istnieje, ponieważ możliwość nie jest tym samym, co jej używanie, i może istnieć, nawet gdy nigdy nie „przejdzie” do aktu. Inną kwestią jest pytanie, czy takie rozumowanie jest podejmowane przez nupturientów; zazwyczaj jest inaczej, gdyż prawie nikt nie myśli o prawie, lecz jedynie o unikaniu potomstwa lub nie<sup>95</sup>.

93 Por. P. Bianchi, *L'esclusione della prole nella giurisprudenza della Rota Romana dal CIC 1983*, w: *Prole e matrimonio canonico*, a cura di G.B. Defilippi, Città del Vaticano 2003, s. 115–116; A. Stankiewicz, *L'esclusione della procreazione ed educazione della prole*, w: *La simulazione nel consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1990, s. 164; Dec. c. Stankiewicz z 24.03.1988, w: *RR Decisiones...* 1988, vol. 80, s. 186–187, nr 6; Dec. c. De Lanversin z 05.04.1995, w: *RR Decisiones...* 1995, vol. 87, s. 254, nr 7.

94 Zob. Dec. c. Stankiewicz z 29.05.1992, w: *RR Decisiones...* 1992, vol. 84, s. 313–314, nr 3–4.

95 Zob. Dec. c. Augustoni z 15.10.1985, w: *RR Decisiones...* 1985, vol. 77, s. 438–439, nr 4.

W ocenie sędziowskiej tego, czy w danym przypadku miało miejsce wykluczenia *ipsum ius* czy tylko *usus iuris* liczącą się pomocą są wypracowane przez judykaturę rotalną domniemania<sup>96</sup>.

Jak zauważa Antoni Stankiewicz, w większości przypadków kontrahenci nie przejawiają wyraźnie woli przeciwnej zasadzie *ordinatio ad prolem* ani przeciwnej *ius coniugale*, lecz po prostu wyrażają postanowienie wstrzymania się od zrodzenia

---

96 Do najważniejszych domniemań należą następujące: 1) Intencja niezrodzenia potomstwa z małżeństwa w sposób absolutny i na zawsze poprzez odmowę aktów małżeńskich zdolnych do prokreacji stwarza silne domniemanie, iż zostało wykluczone *ipsum ius*. 2) Domniemywa się nieważność małżeństwa, jeśli małżonek namawiany przez drugą stronę do prokreacji odrzuciłby posiadanie dziecka albo tak byłby wstrząśnięty nieoczekiwaną ciążą, że zamierzałby dobrowolnie dokonać lub domagać się aborcji. 3) Uporczywe stosowanie środków antykoncepcyjnych przez cały czas trwania wspólnoty stwarza domniemanie o wykluczeniu *ipsum ius*. 4) Jeśli wykluczenie potomstwa jest czasowe i wynikające z zaistniałych okoliczności, domniemywa się, że małżeństwo jest ważne, ponieważ takie wykluczenie oznacza jedynie odłożenie zrodzenia potomstwa, a zatem wykluczenie jedynie *usus iuris*. 5) Wykluczenie potomstwa na czas nieokreślony, niezwiązany z konkretnym wydarzeniem, jest równoznaczne z wykluczeniem samego prawa. 6) Jeśli strony zawierają między sobą pakt o niezrodzeniu potomstwa albo o niezrodzeniu go przez pewien okres czasu, generalnie domniemywa się, że wykluczyły *ipsum ius*. 7) Gdy chodzi o wykluczenie *bonum prolis* tzw. warunkowe („udzielał ci prawa do aktów małżeńskich otwartych na prokreację *in suiis principiis* tylko wówczas, gdy przekonam się, że wszystko dobrze i szczęśliwie ułoży się w naszym małżeństwie”), to sprowadza się ono do warunku co do przyszłości, co powoduje nieważność małżeństwa (kan. 1102 § 1 KPK). 8) Domniemywa się, iż chodziło o wykluczenie samego prawa w sytuacji, w której kontrahent czyni się jedynym arbitrem, gdy chodzi o czas, kiedy w zwierzanym małżeństwie urodzi się potomstwo. 9) Zwyczajny brak potomstwa nie dowodzi intencji przeciwnej *bonum prolis*. 10) Lęk przed odpowiedzialnością za ojcostwo lub lęk przed porodem albo poważna choroba dziedziczna czy lęk przed przekazaniem wady genetycznej stanowią poważną wskazówkę dla domniemania o wykluczeniu *bonum prolis*. 11) Jeśli kontrahent ujawnia silny egoizm i szuka w życiu jedynie przyjemności, unikając odpowiedzialności i trudności, rodzi się poważne domniemanie, iż chce również unikać odpowiedzialności związanej z dziećmi. 12) Domniemywa się, że *ipsum ius* nie zostało wykluczone, gdy domniemany symulant w krótkim okresie czasu po zawarciu małżeństwa i z powodu obawy o jego rozpad stara się o zrodzenie dziecka dla ocalenia małżeństwa. 13) Jeśli prokreacja jest ściśle związana z wydarzeniem przyszłym, które powinno się zweryfikować w czasie określonym lub nieokreślonym, domniemywa się, że miało miejsce wykluczenie samego prawa. 14) Istnienie potomstwa rodzi domniemanie normalnego przekazania i przyjęcia prawa do aktów małżeńskich otwartych na prokreację. Nieoczekiwana ciąża kobiety, jeśli nastąpiła w kontekście stałej praktyki onanistycznej, niekoniecznie zaprzecza tezie przeciw *bonum prolis*, ponieważ stały sposób postępowania ujawnia prawdziwą intencję. 15) Prawdziwy wzajemny pakt o czasowym wykluczeniu potomstwa niekoniecznie wskazuje na wykluczenie samego prawa. Zob. W. Góralski, „*Exclusio boni prolis*” jako przyczyna nieważności małżeństwa w świetle nowszej jurysprudencji rotalnej, „Prawo Kanoniczne” 18 (1975) nr 3-4, s. 101-106; W. Góralski, *Domniemania sądowe w procesach „nullitatis matrimonii” z tytułów symulacji zgody małżeńskiej w orzecznictwie Roty Rzymskiej*, „Kościół i Prawo” 10 (2021) nr 1, s. 107-134; L. Świto, *Exclusio boni prolis*, s. 78-84.

potomstwa na pewien okres czasu albo wstrzymania się od prokreacji powyżej określonej liczby dzieci<sup>97</sup>. Według zasady utrwalonego orzecznictwa rotalnego tego rodzaju postanowienie nie wpływa *per se* na prawo małżonków, ponieważ nie usuwa z momentu konstytuującego małżeństwo *intentio prolis* i dotyczy jedynie korzystania z prawa, mogąc niekiedy skutkować jego nadużyciem<sup>98</sup>. Co więcej, takie postanowienie można pogodzić z zasadą „odpowiedzialnej prokreacji” poprzez odniesienie się do okresów niepłodności, i to z pełnym poszanowaniem nieodłącznego powiązania znaczenia jednoczącego i prokreacyjnego aktu małżeńskiego<sup>99</sup>.

Wypadnie zatem zgodzić się wybitnym polskim wieloletnim audytorem i dziekanem Roty Rzymskiej (2004–2012), autorem licznych prac, gdy stwierdza, że „mimo zastrzeżeń co do zasadności rozróżnienia pomiędzy wykluczeniem *ius* i wykluczeniem *usus iuris*, inaczej między obowiązkiem i jego wypełnieniem, pochodzących od niektórych kierunków doktrynalnych<sup>100</sup> i orzecznicznych<sup>101</sup>, jakoby sytuacje podmiotowe aktywne (prawa) i subiektywne (obowiązki) nie sprzyjały takiemu rozróżnieniu w momencie powstawania małżeństwa (*matrimonium in fieri*), lecz jedynie w czasie późniejszym (*matrimonium in facto esse*), rozróżnienie to w odniesieniu do praw-obowiązków należących do *ordinatio ad bonum prolis*, które są pozytywne, a więc do spełniania zawsze (*semper*), lecz nie *pro semper*, może być utrzymane jako znaczące kryterium hermeneutyczne w ocenie wykluczenia częściowego prokreacji<sup>102</sup>.

<sup>97</sup> Zob. A. Stankiewicz, *L'esclusione della procreazione ed educazione della prole*, w: *Diritto matrimoniale canonico*, t. 2: *Il consenso*, Città del Vaticano 2003, s. 314–315.

<sup>98</sup> Zob. A. Stankiewicz, *De iurisprudencia recentiore*, s. 506–507.

<sup>99</sup> Zob. A. Stankiewicz, *De iurisprudencia recentiore*, s. 506. Szerzej na ten temat zob. także K. Lüdicke, *Familienplanung und Ehwille. Der Ausschluss der Nachkommenschaft im nachkonziliarer kanonischen Eherecht*, Münster 1983.

<sup>100</sup> Stankiewicz odnosi się tutaj (w przypisie 81) do takich autorów, jak: Ermanno Graziani, Juan José García Failde, James H. Provost.

<sup>101</sup> A. Stankiewicz odnosi się tutaj (w przypisie 82) do orzeczeń: c. De Jorio i c. Huot.

<sup>102</sup> „Nonostante le riserve contro la distinzione tra il diritto e il suo esercizio o tra l'obbligo ed il suo adempimento da parte di alcune correnti dottrinali e giurisprudenziali, come se «le situazioni soggettive attive (diritti) e pasive (obblighi)» non fossero passibili di tale distinzione nel momento genetico del matrimonio (*matrimonium in fieri*), ma solo nel momento successivo (*matrimonium in facto esse*), questa distinzione riguardo ai diritti-obblighi inerenti alla «*ordinatio ad bonum prolis*», che sono positivi, e quindi da porsi sempre ma «non pro semper», può essere mantenuta come valido criterio ermeneutico nell'apprezzamento della esclusione parziale della procreazione” (A. Stankiewicz, *L'esclusione della procreazione*, s. 315).

---

**ABSTRACT**

---

**The problem of distinguishing between *ipsum ius* exclusion and the exclusion of *usus iuris* regard to *bonum prolis* in doctrine and jurisprudence**

In the area of canonical marital consent, one of the most „sensitive” issues is the issue of exclusion – by a positive act of will – *bonum prolis*, i.e. to bear children (it is an essential part of marriage). By entering into marriage, the parties undertake the mutual right-obligation to perform marital acts: uniting and open to procreation. Bearing in mind can. 1101 § 2 of the CIC, one can speak of the possibility of exclusion by the nupturient of *bonum prolis*. The author touches on a significant thematic thread concerning the subject of this exclusion resulting in the nullity of marriage. So he asks whether it is only the right to marital acts open to procreation (*ipsum ius*) or also the exercise of this right (*usus iuris*). Referring to the doctrine and jurisprudence of the Roman Rota, he shares the overwhelming view that only the exclusion of the right (*ipsum ius*) to matrimonial acts open to procreation invalidates the marriage, not the exclusion of *usus iuris*. Thus, it points to the validity of the distinction between the exclusion of *ipsum ius* and the exclusion of *usus iuris*.

Keywords: marriage, offspring, offspring’s good, disfellowshipping, *ius*, *usus iuris*

**Problem rozróżnienia pomiędzy wykluczeniem *ipsum ius* i wykluczeniem *usus iuris* w odniesieniu do *bonum prolis* w doktrynie i w orzecznictwie rotalnym**

W obszarze kanonicznej zgody małżeńskiej jedna z najbardziej „newralgicznych” kwestii dotyczy wykluczenia – pozytywnym aktem woli – *bonum prolis*, czyli skierowania małżeństwa m.in. ku zrodzeniu potomstwa (jest to istotny element małżeństwa). Zawierając małżeństwo, strony podejmują wzajemnie prawo-obowiązek spełniania aktów małżeńskich: jednoczących i otwartych na prokreację. Mając na uwadze kan. 1101 § 2 KPK, można mówić o możliwości wykluczenia przez nupturienta *bonum prolis*. Autor porusza znaczący wątek odnoszący się do przedmiotu tego wykluczenia skutkującego nieważnością małżeństwa. Pyta więc, czy jest nim jedynie prawo do aktów małżeńskich otwartych na prokreację (*ipsum ius*) czy również wykonywanie tego prawa (*usus iuris*). Odwołując się do doktryny i orzecznictwa Roty Rzymskiej, podziela przeważający pogląd, że tylko wykluczenie *ipsum ius* do aktów małżeńskich otwartych na prokreację unieważnia małżeństwo, nie zaś wykluczenie *usus iuris*. Tym samym wskazuje na zasadność rozróżnienia pomiędzy wykluczeniem *ipsum ius* i wykluczeniem *usus iuris*.

Słowa kluczowe: małżeństwo, potomstwo, dobro potomstwa, wykluczenie, *ius*, *usus iuris*

---

**BIBLIOGRAFIA**

---

1. *Adhortacja apostolska „Familiaris consortio” Ojca świętego Jana Pawła II [...] o zadaniach rodziny chrześcijańskiej w świecie współczesnym*, Częstochowa 1982.
2. Augustinus, *De civitate dei (pars 2: lib. 14–22)*, ed. E. Hoffmann, Vindobonae 1900 (Corpus Scriptorum Ecclesiasticorum Latinorum, 40/2).
3. Bianchi P., *L'esclusione della prole nella giurisprudenza della Rota Romana dal CIC 1983*, w: *Prole e matrimonio canonico*, a cura di G.B. Defilippi, Città del Vaticano 2003, s. 99–152.
4. Bonnet P.A., *Essenza, proprietà essenziali, fini e sacramentalità*, w: *Diritto matrimoniale canonico*, t. 1, a cura di P.A. Bonnet, C. Gullo, Città del Vaticano 2002, s. 95–153.
5. Burke C., *L'oggetto del consenso matrimoniale. Un'analisi personalistica*, Torino 1997.
6. Catozzella F., *Distinzione tra „ius” ed „exercitium iuris”. Evoluzione storica ed applicazione all'esclusione del „bonum prolis”*, Città del Vaticano 2007.
7. Catozzella F., *L'esclusione del „bonum prolis” nella recente giurisprudenza rotale*, „Stato, Chiesa e Pluralismo Confessionale. Rivista Telematica” (2019) n. 28, s. 1–50.
8. *Codex Iuris Canonici auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus*, 25.01.1983, „Acta Apostolicae Sedis” 75 (1983) pars 2, s. 1–324; tekst łacińsko-polski: *Kodeks prawa kanonicznego*, przekład zatwierdzony przez Konferencję Episkopatu Polski, Poznań 1984.
9. *Codex Iuris Canonici Pii X Pontificis Maximi iussu digestus*, Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus, „Acta Apostolicae Sedis” 9 (1917) pars 2, s. 3–521.
10. Congregazione pro Doctrina Fidei, *Istruzione su il rispetto della vita umana nascente e la dignità sulla procreazione. Risposte ad alcune questioni di attualità* (22.02.1917), „Acta Apostolicae Sedis” 80 (1987), s. 70–102.
11. D'Auria A., *Il consenso matrimoniale. Dottrina e giurisprudenza canonica*, Roma 2007.
12. Decisio coram Alwan z 12.04.2002, w: Rotae Romanae Tribunal, *Decisiones seu sententiae [...] Anno 2002*, vol. 94, Libreria Editrice Vaticana 2010, s. 233–242.
13. Decisio coram Arokiaraj z 15.03.2012, w: Rotae Romanae Tribunal, *Decisiones seu sententiae [...] Anno 2012*, vol. 104, Libreria Editrice Vaticana 2019, s. 60–67.
14. Decisio coram Augustoni z 15.10.1985, w: Rotae Romanae Tribunal, *Decisiones seu sententiae [...] Anno 1985*, vol. 77, Libreria Editrice Vaticana 1990, s. 438–439.
15. Decisio coram Bartolacci z 05.11.2020 (wyrok nieopublikowany).

16. Decisio coram Boccafolo z 17.01.2002, w: Rotae Romanae Tribunal, *Decisiones seu sententiae* [...] Anno 2002, vol. 94, Libreria Editrice Vaticana 2010, s. 1–16.
17. Decisio coram Boccafolo z 22.01.1998 (wyrok nieopublikowany).
18. Decisio coram Bruno z 19.12.1995, w: Rotae Romanae Tribunal, *Decisiones seu sententiae* [...] Anno 1995, vol. 87, Libreria Editrice Vaticana 1998, s. 732.
19. Decisio coram Burke z 11.04.1988, w: Rotae Romanae Tribunal, *Decisiones seu sententiae* [...] Anno 1988, vol. 80, Libreria Editrice Vaticana 1993, s. 211–220.
20. Decisio coram Caberletti z 23.10.1997, w: Rotae Romanae Tribunal, *Decisiones seu sententiae* [...] Anno 1997, vol. 89, Libreria Editrice Vaticana 2002, s. 739–748.
21. Decisio coram Ciani z 30.10.2002, w: Rotae Romanae Tribunal, *Decisiones seu sententiae* [...] Anno 2002, vol. 94, Libreria Editrice Vaticana 2010, s. 590–597.
22. Decisio coram Civili z 18.12.1995, w: Rotae Romanae Tribunal, *Decisiones seu sententiae* [...] Anno 1995, vol. 87, Libreria Editrice Vaticana 1998, s. 694–705.
23. Decisio coram De Jorio z 14.12.1966, w: Tribunal Apostolicum Sacrae Romanae Rotae, *Decisiones seu sententiae* [...] Anno 1966, vol. 58, Typis Polyglottis Vaticanis 1975, s. 913–921.
24. Decisio coram De Jorio z 15.01.1964, w: Tribunal Apostolicum Sacrae Romanae Rotae, *Decisiones seu sententiae* [...] Anno 1964, vol. 56, Typis Polyglottis Vaticanis 1973, s. 27–34.
25. Decisio coram De Jorio z 18.12.1963, w: Tribunal Apostolicum Sacrae Romanae Rotae, *Decisiones seu sententiae* [...] Anno 1963, vol. 55, Typis Polyglottis Vaticanis 1972, s. 911–918.
26. Decisio coram De Jorio z 31.05.1967, w: Tribunal Apostolicum Sacrae Romanae Rotae, *Decisiones seu sententiae* [...] Anno 1967, vol. 59, Typis Polyglottis Vaticanis 1976, s. 418–427.
27. Decisio coram De Lanversin z 05.04.1995, w: Rotae Romanae Tribunal, *Decisiones seu sententiae* [...] Anno 1995, vol. 87, Libreria Editrice Vaticana 1998, s. 251–259.
28. Decisio coram Faltin z 17.11.1999 (wyrok nieopublikowany).
29. Decisio coram Felici z 30.03.1949, w: Tribunal Apostolicum Sacrae Romanae Rota, *Decisiones seu sententiae* [...] Anno 1949, vol. 41, Typis Polyglottis Vaticanis 1960, s. 137–141.
30. Decisio coram Heredia Estaban z 10.12.2020 (wyrok nieopublikowany).
31. Decisio coram Massimi z 17.07.1929, w: Sacrae Romanae Rotae, *Decisiones seu sententiae* [...] Anno 1929, vol. 21, Typis Polyglottis Vaticanis 1937, s. 288–297.
32. Decisio coram Milite z 12.05.2015 (wyrok nieopublikowany).



33. Decisio coram Monier z 12.04.2002, w: Rotae Romanae Tribunal, *Decisiones seu sententiae* [...] Anno 2002, vol. 94, Libreria Editrice Vaticana 2010, s. 244–255.
34. Decisio coram Monier z 15.05.2020 (wyrok nieopublikwany).
35. Decisio coram Pecorari z 21.02.1940, w: Sacrae Romanae Rotae, *Decisiones seu sententiae* [...] Anno 1940, vol. 32, Typis Polyglottis Vaticanis 1949, s. 154–164.
36. Decisio coram Pinto z 04.07.1999 (wyrok nieopublikowany).
37. Decisio coram Ragni z 04.07.1995, w: Rotae Romanae Tribunal, *Decisiones seu sententiae* [...] Anno 1995, vol. 87, Libreria Editrice Vaticana 1998, s. 449–466.
38. Decisio coram Sable z 28.03.2012, w: Rotae Romanae Tribunal, *Decisiones seu sententiae* [...] Anno 2012, vol. 104, s. 68–88.
39. Decisio coram Staffa z 20.04.1951, w: Sacrae Rota Romanae Tribunal, *Decisiones seu sententiae* [...] Anno 1951, vol. 43, Typis Polyglottis Vaticanis 1961, s. 304–307.
40. Decisio coram Stankiewicz z 22.02.1996, w: Rotae Romanae Tribunal, *Decisiones seu sententiae* [...] Anno 1996, vol. 88, Libreria Editrice Vaticana 1999, s. 116–140.
41. Decisio coram Stankiewicz z 26.05.1983, w: Rotae Romanae Tribunal, *Decisiones seu sententiae* [...] Anno 1983, vol. 75, Libreria Editrice Vaticana 1988, s. 327.
42. Decisio coram Stankiewicz z 29.05.1992, w: Rotae Romanae Tribunal, *Decisiones seu sententiae* [...] Anno 1992, vol. 84, Libreria Editrice Vaticana 1995, s. 323–332.
43. Decisio coram Viscome z 17.06.2020 (wyrok nieopublikowany).
44. Decisio coram Wynen z 03.07.1937, w: Sacrae Romanae Rotae, *Decisiones seu sententiae* [...] Anno 1937, vol. 29, Typis Polyglottis Vaticanis 1945, s. 484–498.
45. Decisio coram Wynen z 18.07.1946, w: Sacrae Rota Romanae Tribunal, *Decisiones seu sententiae* [...] Anno 1946, vol. 38, Typis Polyglottis Vaticanis 1956, s. 397–495.
46. Decisio coram Yaacoub z 04.06.2020 (wyrok nieopublikowany).
47. Decisio coram Yaacoub z 22.01.2020 (wyrok nieopublikowany).
48. Fedele P., *L'ordinatio d prolem nel matrimonio in diritto canonico*, Milano 1962.
49. Fedele P., *Rassegna ragionata di giurisprudenza rotale in materia matrimoniale*, „Archivio” 1 (1939), s. 289–299.
50. Franceschi H., *L'esclusione della prole nella giurisprudenza rotale recente*, w: *Verità del consenso e capacità di donazione. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico*, a cura di H. Franceschi, M.A. Ortiz, Roma 2009, s. 293–336.
51. Franceschi H., *L'esclusione della prole*, w: *La giurisprudenza della Rota Romana sul consenso matrimoniale (1908–2008)*, Città del Vaticano 2009, s. 175–208.
52. Góralski W., „*Exclusio boni prolis*” jako przyczyna nieważności małżeństwa w świetle nowszejjyrysprudencjirotalnej, „Prawo Kanoniczne” 18 (1975) nr 3–4, s. 101–121.

53. Góralski W., *Domniemania sądowe w procesach „nullitatis matrimonii” z tytułów symulacji zgody małżeńskiej w orzecznictwie Roty Rzymskiej*, „Kościół i Prawo” 10 (2021) nr 1, s. 107–134.
54. Góralski W., *Iudex ius dicit. Problematyka zgody małżeńskiej oraz formy kanonicznej w orzecznictwie Roty Rzymskiej na przykładzie wybranych wyroków (2009–20120)*, Pelplin 2021.
55. Góralski W., *Matrimonium facit consensus. Z orzecznictwa Trybunału Roty Rzymskiej w sprawach o nieważność małżeństwa rozpoznanych z tytułów dotyczących zgody małżeńskiej (1997–2016)*, Płock 2018.
56. Graziani E., *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, Milano 1956.
57. Ioannes Paulus PP. II, *Allocutio ad Romanae Rotae Tribunal* (01.02.2001), „Acta Apostolicae Sedis” 93 (2001), s. 358–365.
58. Ioannes Paulus PP. II, *Litterae Familiis datae Gravissimam sane* (02.02.1994), „Acta Apostolicae Sedis” 86 (1994), s. 868–925.
59. Krukowski J., *Wykluczenie potomstwa. Nowe tendencje w orzecznictwie rotalnym*, „Kościół i Prawo” 3 (1984), s. 227–241.
60. López Alarcón M., *El ius radicale y ius expeditum en la simulación parcial del matrimonio*, „Ius Canonicum” 7 (1967), s. 240–251.
61. Lüdicke K., *Familienplanung und Ehewille. Der Ausschluss der Nachkommenschaft im nachkonziliarem kanonischen Eherecht*, Münster 1983.
62. Moneta P., *Il „bonum prolis” e la sua esclusione*, w: *Prole e matrimonio canonico*, a cura di G.B. Defilippi, Città del Vaticano 2003, s. 85–97.
63. Moneta P., *Il „bonum prolis” e la sua esclusione*, w: *Diritto matrimoniale canonico*, t. 2: *Il consenso*, a cura di P.A. Bonnet, C. Gullo, Città del Vaticano 2003, s. 287–299.
64. Navarrete U., *I beni del matrimonio: elementi e proprietà essenziali*, w: *La nova legislazione matrimoniale canonica*, a cura di A. Di Felice, Città del Vaticano 1986, s. 89–100.
65. S. Tommaso D’Aquino, *Summa Theologica. Supplementum III partis*, Bologna 1985.
66. Scicluna Ch.J., *The Essentials definition of marriage according to the 1917 and 1983 Codes of Canon Law. An exegetical and comparative study*, Langham 1995.
67. Serrano Ruiz J.M., *Acerca de algunas notas especificatas del derecho y deber conyugal*, „Revista Española de Derecho Canónico” 30 (1974), s. 5–41.

68. Sobór Watykański II, Konstytucja duszpasterska o Kościele w świecie współczesnym *Gaudium et spes*, w: Sobór Watykański II, *Konstytucje. Dekrety. Deklaracje*, Poznań 1967.
69. Staffa D., *De iure et eius exercitio relate ad bonum prolis*, „Il Diritto Ecclesiastico” 62 (1951), s. 1055–1067.
70. Stankiewicz A., *De iurisprudencia recentiore circa simulationem totalm et partialem*, Romae 1989.
71. Stankiewicz A., *L'esclusione della procreazione ed educazione della prole*, w: *Diritto matrimoniale canonico*, t. 2: *Il consenso*, a cura di P.A. Bonnet, C. Gullo, Città del Vaticano 2003, s. 314–315.
72. Stankiewicz A., *L'esclusione della procreazione ed educazione della prole*, w: *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, a cura di Arcisodalizio della Curia Romana, Città del Vaticano 1990,
73. Świto L., „*Exclusio boni prolis*” jako tytuł nieważności małżeństwa, Olsztyn 2003.
74. Vicariato di Roma, c. Oesterle z 09.02.1949, „Diritto Ecclesiastico” 60 (1949), s. 169–169.
75. Viladrich P.J., *Konsens małżeński. Sposoby prawnej oceny i interpretacji w kanonicznych procesach o stwierdzenie nieważności małżeństwa (kanony 1095–1107 Kodeksu prawa kanonicznego)*, tłumacz. z jęz. hiszpańskiego S. Świaczny, Warszawa 2002.