

TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTAE ROMANA - Romana - Nullità del matrimonio - Esclusione del bonum fidei - Sentenza definitiva - 8 febbraio 1990 - Burke, Ponente (*).

Matrimonio - Consenso - Simulazione parziale - Esclusione del bonum fidei - Fondamento e portata - Norme codiciali applicabili.

Matrimonio - Consenso - Simulazione parziale - Esclusione del bonum fidei - Condotta adulterina e intentio adulterandi - Irrilevanza - Intenzione di escludere la coniugalità - Rilevanza.

La tesi secondo cui l'essenza giuridica del bonum fidei risiederebbe nell'obbligo della fedeltà e non in una delle proprietà essenziali del vincolo coniugale, l'unità, deve essere rifiutata, non soltanto perché ricalca la già superata concezione iuscorporalista del matrimonio — che non ha base nella vigente normativa codiciale —, ma anche perché la logica interna di questa tesi dottrinale, porterebbe necessariamente ad ammettere che la mera intentio adulterandi implicherebbe la nullità del consenso matrimoniale; conclusione, questa, non suffragata né dalla prevalente giurisprudenza rotale, né dalla riflessione teologico-pastorale.

(*) Il « bonum fidei » e lo « iuscorporalismo ».

1. *Una sentenza innovatrice.*

Una lettura superficiale della sentenza c. Burke potrebbe sorprendere il lettore. In effetti, le prime righe della parte *in iure* riportano alla memoria un'idea che, nell'opinione comune della dottrina giurisprudenziale, può dirsi ormai tramontata. Che senso ha, quindi, riproporre che il *bonum fidei* e l'unità del vincolo sono le due facce della stessa moneta? Non è forse questo che si vuol difendere nella sentenza c. Burke? Queste ed altre domande sorgono spontanee e incoraggiano a proseguire la lettura, alla ricerca di una risposta soddisfacente, della estesa e nitida argomentazione del ponente.

In un qualsiasi manuale di Diritto matrimoniale, si può leggere che la giurisprudenza rotale ha sperimentato una notevole evoluzione in materia di esclusione del *bonum fidei*. A dispetto di una dottrina tradizionale che riconosceva soltanto una volontà simulatoria lì dove si potesse provare un'esclusione dell'« unità », in quanto proprietà essenziale del matrimonio, il tribunale della Rota Romana sarebbe riu-

L'intentio invalidante non è quella di mancare alla fedeltà, ma di escludere la coniugalità. La fedeltà coniugale include, infatti, anche altri obblighi, oltre a quello di non realizzare la copula carnale con una terza persona. Il coniuge che instaura una relazione affettiva con una terza persona sta ledendo l'alleanza matrimoniale in un modo più grave di colui che realizzasse un atto di infedeltà con l'intenzione di soddisfare transitoriamente la concupiscenza della carne. Nonostante ciò, il proposito di commettere l'una o l'altra di queste manifestazioni di infedeltà non invalida necessariamente il consenso matrimoniale. Sarebbe auspicabile che la giurisprudenza abbandonasse la distinzione tra « volontà di assumere l'obbligo » e « volontà di non adempiere l'obbligo assunto ». Tale distinzione, nella misura in cui la si vuole applicare al consenso matrimoniale, risulta artificiosa. Al contrario, non lo è in nessun modo la distinzione tra l'obbligo giuridico (l'unità coniugale) — la cui assunzione è essenziale per un valido consenso — e l'obbligo morale (fedeltà in materia sessuale), che deve essere certamente assunto al momento di prestare il consenso matrimoniale, ma non come requisito per la validità del vincolo.

(Omissis). — IN IURE. — 2. Verba S. Thomae, « unitas pertinent ad fidem, sicut indivisio ad sacramentum » (In IV Sent., d. 31, q. 1,

scito a superare questa visione riduttiva del *bonum fidei* avvertendo che unità e fedeltà sono realtà diverse che, come tali, meritano un trattamento giuridico differenziato. In tal modo, non solo l'esclusione dell'unità, ma anche l'intenzione di « non assumere » l'obbligo della fedeltà (o — che è lo stesso — la volontà positiva di non donare all'altra parte il diritto esclusivo sul proprio corpo) dovrebbe godere di un'efficacia dirimente nell'ordinamento matrimoniale canonico.

Non può che sorprendere la critica di Burke a questa dottrina giurisprudenziale. Al contrario di quello che potrebbe pensarsi, il ponente sottolinea che questa tesi non trova sufficiente appoggio nel nuovo Codice di diritto canonico. Dobbiamo, allora, ritornare alla dottrina precedente? Abbandonare la chiarezza delle distinzioni e tornare alla confusione concettuale tra unità e fedeltà? Il lettore potrà dare una risposta a questa domanda dopo aver letto i 29 punti che costituiscono la parte *in iure* della sentenza. A nostro avviso, la presente decisione rotale è un importante passo in avanti in vista di una corretta comprensione del fenomeno simulatorio, in relazione al *bonum fidei*. Si può certamente dissentire dalle conclusioni alle quali si giun-

art. 2 ad 4), cum leguntur in contextu can. 1056 — « essentialia matrimonii proprietates sunt unitas et indissolubilitas... » —, fulcimen non parvum praeberere videntur opinioni iuxta quam bonum fidei et unitas, eodem modo ac bonum sacramenti et indissolubilitas, synonyma sunt.

Ulterius autem investigari potest utrum expressio, « coniugalis fidelitas », cum bono fidei vel cum unitate synonymum quoque sit. Petrus Gasparri docere videtur tres hos terminos, *theologicè* consideratos, eundem conceptum exprimere: « Unitatem (theologi) dicunt « bonum fidei » seu fidelitatis, quod importat praecipue, ut pars, matrimonio legitime prius non soluto, non praesumat contrahere novum matrimonium, neque cum alia persona rem habeat, sed suis officiis coniugalibus fideliter satisfaciat » (*De Matrimonio*, ed. 1932, vol. I, p. 19).

Campus tamen moralis-theologicus atque campus iuridicus non semper coincidunt. Firmo igitur manente momento morali coniugalis fidelitatis, quaestio de iuridico eius momento ponderetur oportet. Estne haec fidelitas merum *requisitum morale* coniugalis vitae, quod matrimonium « in facto esse » comitari debet? Vel, e contra, estne « *intentio fidelitatis* » requisitum etiam *iuridicum essenziale*, saltem in

ge in questa sentenza, ma non si può negargli un valore innovativo, dato che il ponente non si limita ad invocare la dottrina tradizionale dell'antica giurisprudenza rotale, in cui il *bonum fidei* e l'unità del vincolo sembravano confondersi. Ci pare che il valore innovativo di questa decisione si basi prevalentemente su due punti. Innanzitutto nel tentativo di superare definitivamente lo schematismo concettuale *iuscorporalista*, che ancora pervade decisioni rotali posteriori alla promulgazione del CIC 83. In secondo luogo, nell'approfondimento — per certi versi molto interessante — del concetto di coniugalità. Ci soffermeremo soltanto sul primo punto.

2. L'abbandono dello schema concettuale « *iuscorporalista* ».

Secondo il ponente di questa sentenza, la tesi giurisprudenziale che fa coincidere il *bonum fidei* con l'obbligo della fedeltà, non trova appoggio nel vigente CIC, poiché in esso si è abbandonata la concezione *iuscorporalista* del matrimonio che, a sua volta, è alla base di tale tesi. A suo avviso, l'esclusione dell'obbligo della fedeltà

ipso matrimonii constitutivo momento (pro matrimonio « in fieri »)? Aliis verbis, daturne strictum *ius constitutivum* ad fidelitatem?

3. Ad illa a Gasparri excerpta verba redeuntes, duae obligationes distinguendae sunt, nempe, matrimonio non soluto: *a*) non praesumere novum matrimonium contrahere; *b*) non habere rem (sexualem) cum alia persona. Positum quod ex foedere coniugali utraque obligatio moralem vim, eaque ex iustitia, plene acquirat, quaestio ante nos est: an intentio contrahentis utramque obligationem amplecti debeat, utpote pro matrimonii iuridica constitutione aequo modo essentialem?

Nulla est difficultas quoad intentionem novum matrimonium non contrahendi, cum omnes hanc valido matrimoniali consensui essentialem esse consentiant. Difficultas tamen exurgit circa « intentionem rem sexualem cum tertia persona non habendi ». Estne essentialis talis intentio pro matrimonii constitutione? Invalidatione simplex « propositum in futuro adulterandi », quum consensum matrimoniale concomitatur?

Infrascripto Ponenti videtur iurisprudentiam hac in materia ad doctrinam sibi plene cohaerentem nondum pervenisse; immo, videtur nonnullas theorias, quae tempore suae apparitionis utpote « progres-

non può avere rilevanza giuridica in ordine alla validità o meno del vincolo.

Questa affermazione di Burke non è priva di fondamento. La sua critica va certamente diretta, crediamo, ad un ampio settore della dottrina e della giurisprudenza che interpretano il nuovo diritto canonico codiciale con degli schemi concettuali anteriori. È paradossale che il vero *iuscorporalismo* non si riscontri nell'antica giurisprudenza rotale che relegava il *bonum fidei* nei ristretti limiti dell'« unità », ma proprio nella dottrina che equipara detto bene con l'obbligo della fedeltà. Ha ragione Burke quando afferma che mentre l'antica giurisprudenza — con alle spalle tutta la tradizione canonica — poneva l'accento sull'« esclusività del vincolo », la dottrina innovatrice degli anni sessanta si è inclinata a sottolineare l'importanza dell'esclusività dell'oggetto del consenso, vale a dire, l'esclusività dello *ius in corpus perpetuum et exclusivum in actus per se aptos ad prolis generationem*. Negli anni successivi al Concilio Vaticano II si è prodotto il crollo dello *iuscorporalismo* ma — proprio nei riguardi del tema che ci interessa, relativo al *bonum fidei* —, tutto sembra indicare che la

sivae » tenebantur, respondere cuidam conceptioni matrimonii (vel, magis specifiche, obiecti consensus matrimonialis), quae in novo Codice fundamentum minime invenit.

4. In iurisprudencia rotali lunga fortisque est traditio quae bonum fidei cum unitate identificat, cum facto scilicet quod alteruter nupturiens partem alteram sicut *unicum coniugem* accipit. Secundum hanc thesim, bonum fidei excluditur tantummodo si *ius* ad copulam *coniugalem* comparti exclusive non reservetur, sed aliis quoque elargiatur vel elargiri possit.

« Nullum est matrimonium, si nupturiens ... positive reiicit in suo principio bonum fidei *seu* unitatem matrimonii » (c. Jullien, diei 24 ianuarii 1938: SRRD, vol. 30, p. 63).

« Bonum fidei, circa quod communiter deprehenduntur errores in conceptu, deest tantummodo cum saltem unus ex contrahentibus, in matrimonii celebratione, *intendit*, praeter traditionem et acceptationem iuris ad actus coniugales cum altero contrahente, *etiam ius aut obligationem* ad actus *coniugales* cum tertia persona... » (c. Canestri, diei 15 iulii 1941, SRRD, vol. 33, p. 622).

« Exclusio boni fidei *seu* unitatis matrimonii tunc tantum dirimit, si contrahens positivo actu suae voluntatis detrectat comparti

dottrina continuò ad essere ancorata allo schema concettuale *iuscorporalista*.

Il ponente rotale avverte la necessità di interpretare i canoni del vigente Codice in modo che, senza dimenticare la plurisecolare tradizione canonica, si abbandoni l'angusto schema *iuscorporalista*. A tal fine suggerisce un'idea che ci pare irrefutabile: « Se l'essenza del *bonum fidei* risiedesse nell'esclusività della copula e non nell'esclusività della coniugalità, si dovrebbe concludere che ogni matrimonio contratto con il proposito di commettere adulterio, sarebbe sempre e necessariamente invalido » (n. 12) ⁽¹⁾. Si tratta di un'affermazione densa di contenuto, che merita speciale attenzione.

In primo luogo, infatti, va indicato che la logica conclusione a cui conduce la tesi criticata dal ponente, è stata effettivamente

⁽¹⁾ Con queste parole il ponente riassume un'idea che ha sviluppato poco prima, al n. 10.

tradere exclusivam potestatem sui corporis in ordine ad actus *coniugales*, non autem ab illo qui nil aliud intendit nisi fidem conjugalem laedere » (c. Wynen, diei 20 iulii 1943, SRRD, vol. 35, p. 625-626; cfr., iisdem fere verbis: c. Anné, diei 9 decembris 1964: SRRD, vol. 56, p. 912).

« Ad dirimendum matrimonium ex hoc capite, requiritur ut contrahens demat de suo consensu... ipsum ius uni et soli comparti competens, tradendo *hoc ius*, totum vel ex parte, *alicui tertiae personae...* » (c. Wynen, diei 17 iunii 1950, SRRD, vol. 42, p. 383).

« Ius enim tunc tantum nota *exclusivitat*is privatur, cum nupturians intendit ius in suum corpus ad actus *coniugales* cum pluribus ex aequo dispertiri » (c. Rogers, diei 20 decembris 1965, SRRD, vol. 57, p. 967).

« Qui *unitatem vinculi* respuit, seu ius non tradit comparti exclusivum, irritas facit nuptias » (c. Fiore, diei 16 novembris 1974: SRRD, vol. 66, p. 750).

Iuxta hanc doctrinam, bonum fidei excluditur a nupturiente qui ius *coniugale* exclusivum alteri parti non dat, sibi reservans ius — vita compartis perdurante — vinculantem relationem indolis « conjugalis », iurium obligationumque mutuarum insignitae, cum aliqua tertia

sostenuta da uno dei suoi principali difensori ⁽²⁾, sebbene si tratti di un'opinione isolata, posto che la costante dottrina giurisprudenziale non ammette che l'*intentio vel voluntas adulterandi* del contraente — al momento della prestazione del consenso — comporti la nullità del patto coniugale ⁽³⁾.

Il problema è se sia possibile negare la conclusione, accettando le premesse che ad essa conducono. L'unica via di uscita dovrebbe essere ricercata nella distinzione tra *voluntas sese non obligandi* e *voluntas non implendi susceptam obligationem*. In altre parole, l'intenzio-

⁽²⁾ Si veda, fra le altre, la sentenza c. De Jorio, 30 ottobre 1963, in *RDD*, vol. 63, p. 719, n. 5: « Aliis verbis, hoc exclusivum ius indubitanter laeditur seu excluditur, quando... aliqua limitatio apponitur consensui, quae sit contraria debito fidei servandae ». Nella sentenza c. Burke, n. 18, si fa implicito riferimento al fatto che De Jorio trasse le logiche conseguenze dalla tesi da lui difesa.

⁽³⁾ Si può vedere, in tal senso, la documentata sentenza c. Colagiovanni, 18 marzo 1983, in *RDD*, vol. 75, p. 123, n. 14, in cui — dopo aver esposto l'evoluzione della giurisprudenza rotale su questa materia dall'anno 1963 al 1972 —, si afferma: « Non irritat matrimonium vero solummodo intentio vel voluntas adulterandi, quin consensus limitetur quoad ius ».

persona stabiliendi. Verum est praetensam relationem describi oportere utpote « coniugalem » vel pseudo-coniugalem (cf. SRRD, vol. 49, p. 261, c. Mattioli), ex eo quod nulla *authentica* maritalis relatio exinde oriatur. Simili modo commutatio iurium/obligationum pseudo-iuridica vocari debet in casu, utpote illo fundamento morali carens, ex quo vera indoles iuridica unice derivari potest. Quae cum ita sint, simulans *intendit* speciem « coniugalitatis » *vinculantis* assumere quae pluribus personis extendi quaeat.

5. Annorum decursu, haec traditionalis thesis censurae subiecta est, quasi bonum fidei sensu nimis limitato interpretans, ita ut eius exclusio effective restringeretur casibus illis in quibus simulantis intentio polygamica esset. Nonnulli potius allecti sunt altera thesi posterioribus decenniis emersa, iuxta quam bonum fidei oportet identificari non cum iuridica proprietate *unitatis*, sed cum obligatione morali *fidelitatis*. Traditionali formula « bonum fidei seu unitas » relicta, novam aequivalentiam — « bonum fidei seu fidelitas » — malunt.

Iuxta Arcturum de Jorio, qui sicut principalis huius theseos fautor considerari licet, fidelitas observari potest etiam ab illo qui unitatem excludit; ideoque bonum fidei ac matrimonii unitas idem non si-

ne di commettere uno o più adulteri indicherebbe unicamente un'intenzione riprovevole dal punto di vista morale, ma non impedirebbe l'esistenza di una volontà di assumere l'obbligo della fedeltà.

Curiosamente questa distinzione è duramente criticata sia da Burke (n. 28) che da De Jorio ⁽⁴⁾, poiché entrambi sottolineano che non ha senso conservarla nell'ambito del *bonum fidei*. Infatti, mentre nelle obbligazioni « positive » di fare, è possibile che la persona possa assumere l'obbligo restringendo al tempo stesso il suo compimento a determinati periodi, nelle obbligazioni « negative » non vi è questa possibilità. L'intenzione di non adempiere — anche solo una volta — questo tipo di obblighi, implica uno svuotamento dell'obbligo-

(4) La sentenza c. De Jorio, 30 ottobre 1963, cit., avverte che: « distinctio inter voluntatem sese non obligandi et non implendi susceptam obligationem haud utilis est ad definiendam quaestionem de validitate alicuius matrimonii ob exclusum bonum fidei », sebbene nemmeno appaia del tutto convincente il criterio che adotta per sostituire quella distinzione: « Itaque, si quid opinamur, res alio criterio decidenda est. Videndum est iuxta nos quanam voluntas praevaluerit: utrum voluntas contrahendi verum matrimonium an propositum consuetudinem stupri habendi cum aliis mulieribus seu viris ».

gnificant. « Quoad exclusionem boni fidei *seu* fidelitatis. — Cogitatione (in astratto) exclusio boni fidei confundenda non est cum exclusione unitatis: quis enim potest excludere unitatem, et insimul sese obligare ad servandam fidem, utique duabus vel tribus, seu aliquibus determinatis feminis » (diei 13 iulii 1968: SRRD, vol. 60, p. 555, n. 7).

Iam in sententia diei 30 octobris 1963 criterium non-nullis ante annis prolatum acceperat, iuxta quod per bonum fidei significatur « exclusivitas iuris corpore utendi », proindeque ab illo excluditur qui sibi ius vindicat « alii personae, vel aliis, suum corpus tradendi, atque earundem carne ad libitum utendi » (vol. 55, p. 718). Sic ad conclusionem pervenit quod exclusio « boni fidei *seu* fidelitatis » tantummodo datur cum contrahens obligationem servandi fidem non accipiat, id est, comparti non cedat « ius *exclusivum* in proprium corpus » (vol. 60, p. 556, n. 8); « quod verum evadit etiamsi ius non tradiderit alii vel aliis, sed sibi reservaverit licentiam faciendi corporis sui copiam cui libuerit: aliis verbis, si vinculo non se obstrinxerit servandi fidem erga compartem » (decis. 10 ianuarii 1973, vol. 65, p. 12; cfr. alias quoque sententias coram eodem Ponente latas: diei 17 iunii 1964; diei 26 februarii 1969; diei 27 octobris 1971, etc.).

Haec thesis quasi logico modo ducit ad conclusionem quod criterium decisivum, ad exclusionem boni fidei probandam, non est in-

ne (assunta nel momento della prestazione del consenso), che si riduce ad un *flatus vocis*. Altrettanto può dirsi delle obbligazioni — siano esse negative o positive — che il contraente non ha intenzione di adempiere in nessun momento.

Certamente, ci si potrebbe chiedere se il *bonum fidei* possa ridursi — nell'ambito giuridico — a livello di un'obbligazione di tipo negativo. Il ponente avverte che lo *iuscorporalismo* contribuisce sicuramente a questo impoverimento concettuale, poiché detto bene finirebbe per tradursi, in pratica, nell'obbligo di non commettere adulterio ⁽⁵⁾.

(5) Vedi nn. 15 e ss. Voler approfondire il contenuto del *bonum fidei* partendo dallo schema concettuale *iuscorporalista*, è come pretendere di voler conoscere una persona per mezzo del negativo della sua fotografia. Un interessante tentativo di spiegare il *bonum fidei* dalla prospettiva dell'amore coniugale — cioè da un angolo visuale positivo o affermativo — si può trovare in P.J. VILADRICH, *Agonia del matrimonio legal*, Pamplona, 1984, pp. 88-94.

tentio coniugale vinculum, sed utique simplicem copulam, cum tertia persona « dividendi »: « ad multiplicationem copulae non vinculi attendi debet » (c. Ewers, diei 11 octobris 1969: SRRD, vol. 61, n. 5, p. 937).

6. Quamvis recentior haec thesis apud complures bene recepta sit, quibusdam difficultatibus, illisque non parvis, obnoxia esse videtur. Imprimis, et hoc potissimum, stat fundamentale dubium utrum, luce novis Codicis, recte sustineri possit. Suum argumentum explanans (vol. 55, p. 717, n. 3), De Jorio animadvertit thesim antea praevalentem (quae invalidantem exclusionem boni fidei — cum unitate identificati —, in exclusione *proprietas essentialis* matrimonii collocat) innixam esse collatione cann. 1013, § 2 ac 1086, § 2 Codicis pio-benedictini. Clarissimus Auditor, contra, voluit thesim suam inniti in *consensus matrimonialis obiecto*, sicut in c. 1081, § 2 eiusdem Codicis definiebatur: « actus voluntatis quo utraque pars tradit et acceptat ius in corpus, perpetuum et exclusivum, in ordine ad actos per se aptos ad prolis generationem ». Codex tamen anno 1983 promulgatus, obiectum matrimonialis consensus in terminis omnino diversis definit; est scilicet ille « actus voluntatis, quo vir et mulier

L'affermazione di Burke — secondo cui la tesi *iuscorporalista* deve essere rifiutata perché conduce a conclusioni insostenibili — può ricevere un'ulteriore conferma se si analizza il problema del *bonum fidei* dalla prospettiva della capacità di assumerlo.

3. La « *incapacitas bonum fidei servandi* ».

Molti anni prima che De Jorio — alla cui dottrina la presente sentenza dedica una speciale attenzione (nn. 4-8) — proponesse esplicitamente che il *bonum fidei* includesse l'obbligo della fedeltà, senza che fosse circoscritto esclusivamente all'ambito dell'*unità*, questa tesi era stata implicitamente invocata nel quadro della capacità matrimoniale. Non solo, ma si può dire che l'*incapacitas assumendi onera coniugalia*, come autonomo capitolo di nullità, ha origine proprio nelle ipotesi di incapacità di adempiere gli obblighi della fedeltà a causa di ninfomania o satiriasi ⁽⁶⁾.

(6) Per quanto riguarda la dottrina, il primo autore che sostenne l'incapacità di assumere l'obbligo della fedeltà da parte di una ninfomane fu A.C. JEMOLO, *Il*

foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium » (c. 1057, § 2). Maxime autem novus Codex exclusivitatem nequaquam ad « ius in corpus » (quae locutio nullibi in Codice invenitur) refert, sed ad matrimoniale *vinculum*: « Ex valido matrimonio enascitur inter coniuges *vinculum* natura sua perpetuum et *exclusivum* » (c. 1134).

7. Ex quo dicendum videtur totum fundamentum canonicum theseos a De Jorio propositae minatum esse. Coniugalis relationis exclusivitas, *iuridice* considerata, nunc refertur ad *vinculum*, minime vero ad copulam (integrum manens, uti patet, *morale* momentum quoad susceptum ius/obligationem ad copulam exclusivam). Quod incompatibile dicendum est cum costitutionali matrimonii exclusivitate, non est propositum meras *relationes illicitas* cum tertia persona habendi, sed voluntas *vinculum* pseudo-coniugale, cum illa creandi; hoc unitati foederis matrimonialis absolute adversatur. Uti in una recentiori coram Giannecchini concise docemur: « Necesse est enim ut *exclusivitas vinculi* coniugalis, eiusdem mutua *obligatio ad unitatem* labefactetur ut loqui possit de exclusione iuris *in suis principis* » (in una *Beneventana*, diei 28 maii 1985, n. 3).

La ninfomane, in effetti, può — teoricamente — prestare il consenso matrimoniale, in quanto la sua malattia non la priva della *discretio iudicii matrimonio proportionata*. Dal 1940, sia la dottrina come la giurisprudenza ipotizzarono la nullità del consenso per incapacità di assumere l'obbligo della fedeltà, ogni volta che la ninfomane, a causa della sua malattia, fosse nel futuro trascinata da impulsi irresistibili a unirsi carnalmente ad altri uomini. Costatata la malattia (e l'irresistibilità degli effetti), la giurisprudenza rotale non ebbe difficoltà ad ammettere che, ove manchi la capacità di adempiere un obbligo, nemmeno può dirsi che esiste la capacità di assumerlo. D'altra parte, è interessante osservare che, specialmente in quelle prime sentenze rotali, non si richiedeva la perpetuità dell'incapacità della ninfomane. Essendo la fedeltà un obbligo di carattere negativo (non

matrimonio nel Diritto Canonico, Milano, 1941, p. 132. Per la giurisprudenza, si può vedere la causa che dette luogo a tre decisioni rotali (c. Teodori, 19 gennaio 1940, in *RDD*, vol. 32, p. 90, n. 16; c. Heard, 5 giugno 1941, in *RDD*, vol. 33, p. 494, n. 7 e c. Jullien, 16 ottobre 1942, in *RDD*, vol. 34, p. 779, n. 9), oltre all'importantissima sentenza c. Sabattani, 21 giugno 1957, in *RDD*, vol. 49, p. 503, n. 5.

8. Memorata thesis bonum fidei reducere videtur ad solam eius dimensionem physicam, quae esset ius ad exclusivam copulam, quasi sine ulteriori specificatione. Aliis verbis, ad exclusivam actus physici attendens, praedicta thesis ab ampliore coniugalitatis consideratione abstrahere videtur. In hoc notabilem prae se fert dissonantiam cum mente Legislatoris, qui in novo Codice tam evidenter recedere vult a iuridica notione matrimonii in « ius in corpus » — physico tantum modo intellectum — centrata, conceptus exprimens qui in veriore humanioreque luce ponant ea quae ad relationem vinculumque coniugii essentialiter pertinent. Mutua obligatio ad exclusivam observandam in re sexuali plenam vim pro coniugibus retinet. Attamen sub novo Codice non amplius licet ponere ius ad copulam sicut obiectum consensus matrimonialis, vel sicut criterium iuridicum definitivum ad quaestiones circa bonum fidei vel bonum prolis iudicandas.

9. Notari etiam oportet non deesse qui, in relata thesi innixi, ad reinterpretationem tendunt nedum boni fidei, sed et ipsius quoque *unitatis* proprietatis, eam copulae potius quam vinculo referentes. In una c. Bejam legimus: « Unitas qua proprietas essentialis ma-

committere adulterio), era sufficiente una sola copula extraconiugale, causata da quella malattia, per potersi affermare non adempiuto l'obbligo e, pertanto, non assunto.

È indubbio che la soluzione del problema della ninfomania ha una stretta relazione con la questione esaminata nella sentenza c. Burke. L'obbligo della fedeltà — fino ad allora inteso come un dovere morale — ebbe rilevanza giuridica nel momento in cui occupò un luogo nell'« oggetto formale » del consenso. I contraenti, in effetti, non scambiano uno *ius in corpus simpliciter*, ma questo deve essere, inoltre, *perpetuum et exclusivum*. In tal modo, nonostante la ninfomane sia innamorata esclusivamente della persona che ha scelto come sposo, è incapace di consentire, giacché *necessariamente* realizzerà atti di infedeltà con terze persone. Qui sta in gioco l'esclusività della copula.

Nell'« esclusività » dello *ius in corpus*, la dottrina trovò una soluzione, apparentemente soddisfacente, per risolvere il problema della ninfomania. Non solo, ma si può dire che, per risolvere la questione posta da questa malattia, lo *iuscorporalismo* sviluppò con una logi-

trimonii ita intellegi debet qua excluditur non multiplicitas vinculi sed copulae » (SRRD, vol. 51, p. 397).

10. Hoc iurisprudentiale argumentum momentosas consequentias, difficultatibus quidem non expertes, pro praxi secum fert. Etenim si haec thesis modo omnino logico applicetur, nullum declaretur necesse est quodlibet matrimonium quo alteruter contrahens, in ipso momento consensum praestandi, se adulterium forte in futuro commissurum non tantum praevidet sed id, saltem determinatis in circumstantiis, sibi *proponit*. Aliis verbis, interna huius theseos logica ad conclusionem ducit *quamcumque* intentionem « rem cum tertio habendi » invalidum reddere matrimonium.

Thesis incidit hic in difficultates quas altera linea iurisprudentialis facilius devitat. Iudicio vero infrascripti, easdem difficultates examinare oportet utpote indicantes quod traditionalis thesis, critica quae ei infertur non obstante, non tantum cum natura matrimonii atque Ecclesiae doctrina aptius cohaeret, sed et quasdam vitae humanae vicissitudines profundiori iuridicae analysi subiicere permittit.

11. Praevisio vel propositum adulterandi semper fuit specialis « crux canonistarum », pro volentibus determinare quid sub capite-

ca implacabile tutte le potenzialità contenute nello schema di base. In effetti, non è necessario che detta malattia sia perpetua, dato che l'obbligo della fedeltà non ammette « spazi » (7). Basta pertanto che la malattia sia antecedente al consenso matrimoniale e causa di un solo adulterio, perché possa affermarsi che la persona è incapace di assumere l'obbligo della fedeltà. Pertanto, nessuna rilevanza può avere il fatto che si possa curare con il passare del tempo.

Ci si può pertanto chiedere per quale ragione non si vuol pervenire alla medesima conclusione, quando ci si trovi nel terreno della simulazione. Il fatto che la maggioranza della dottrina giurisprudenziale stenti ad ammettere la rilevanza giuridica invalidante dell'*inten-*

(7) Sentenza c. Anné, 17 gennaio 1967, in RDD, vol. 59, p. 25, n. 4: « Excludivitas iuris in corpus non patitur temporis spatia, in quibus illud ius evanesceat ». La strada lungo cui lo *iuscorporalismo* portò alle ultime conseguenze — per risolvere il problema della ninfomania — l'identificazione dello *ius in corpus* con l'oggetto formale del consenso, si possono vedere magistralmente descritte in U. NAVARRETE, « *Incapacitas assumendi onera* » *uti caput autonomum nullitatis*, in *Periodica*, 61 (1972) p. 47-80.

boni fidei exclusionis invalidet. Frequenter in iurisprudencia inveniuntur casus personae quae matrimonium re vera contrahere vult, etiamsi, in ipso momento consensus, haud solum praevidet se comparti in re sexuali non semper fidelem fore, sed et, certis in adiucis, infidelem fore reapse *intendit*. Iudices, ad concludendum matrimonium huiusmodi necessario invalidum esse, generatim haesitantes se monstrant (cfr. c. Palazzini, diei 12 februarii 1969: SRRD, vol. 61, p. 156; c. Pinto, diei 28 novembris 1978, vol. 70, p. 529, n. 2; c. Pompedda, diei 21 iunii 1982, vol. 74, p. 360; c. Pinto, dec. 6 martii 1987, n. 5, etc.). Haesitatio haec bene intelligitur, etenim secus concludendum esset pro nullitate integri generis matrimoniorum, quae in hoc humanarum rerum statu ita perrara non sunt: exempli gratia, militum nautarumve qui, ad matrimonium accedentes, se non semper « fideles » fore sciunt, immo et sexuale commercium cum extraneis indulgere *intendunt*, lungis periodis durantibus cum a domo coniugali absunt.

In hodiernis vitae adiunctis, protractae absentiae a sua cuiusque domo frequentiores sunt quam praeteritis temporibus, ob rationes quae professionales esse solent potius quam militares. Uti ergo patet, quaestio quam examinamus maximi momenti est: potestne quis vali-

tio adulterandi è un buon argomento — come sottolinea Burke — per ricercare un fondamento più soddisfacente del *bonum fidei* al di fuori degli angusti limiti del contrattualismo *iuscorporalista*.

Rimanendo nell'ambito della capacità contrattuale, crediamo che neppure la soluzione offerta, dall'angolo visuale dello *iuscorporalismo*, alla problematica della ninfomania, risulti convincente. Se si accetta la prospettiva giuridico-formale (in cui, sostanzialmente, si muove tale dottrina nell'affermare la ninfomane incapace di donare l'oggetto formale del consenso matrimoniale), si entra in un vicolo cieco.

Innanzitutto, perché si rischia di cadere in contraddizione. Da un lato, infatti, si ammette che l'incapacità della ninfomane riguarda l'incapacità di adempiere, non essendovi, quindi, in senso stretto, un'incapacità consensuale (la malattia, infatti, non pregiudica direttamente il consenso come atto psicologico). Dall'altro, si qualifica come adulterio (inadempimento) l'atto carnale realizzato dalla persona affetta da questa patologia. Resta però ancora da dimostrare per qual motivo un atto, su cui la malata non ha nessun dominio, possa essere

dum matrimonialem consensum praebere etsi, coniugali cohabitatione temporaliter intermissa, sexuales « necessitates » cum tertia persona explere sibi proponat? Supervacaneum est insistere quod non de evidenti immoralitate huiusmodi propositi disceptare hic volumus, sed de iuridica quaestione utrum consensum matrimonialem invalidet necne.

12. Si quis remanet intra terminos traditionalis iurisprudentiae in re, non extat peculiaris difficultas pro his casibus. Cum intentio non adest iura *coniugalia*, vel statum *mariti* aut *uxoris*, tertiae quoque parti conferendi, bonum fidei (non obstante proposito obligationem fidelitatis coniugalis frangendi), in illo « unius coniugis » aspectu qui ei est essentialis, non excluditur. « Pravam propositum (retinendi amasiam) nullatenus ostendit contrahentem ideo sponsam ipso iure privare intendere... Distinctio inter legitimam *unionem coniugalem* et pravam commercium cum tertia persona tam firmiter in mentibus hominum christianorum, utcumque morum perditorum, residet, ut confusio conceptuum quoad ipsum *ius coniugale* admitti nequeat » (c. Wynen, diei 29 aprilis 1939: SRRD, vol. 31, p. 255; cfr. c. ipso Ponente, SRRD, vol. 43, p. 96). Attamen si, uti De Jorio tenet, essen-

qualificato — dal punto di vista morale e giuridico — un adulterio, allorché questo termine indica la copula carnale realizzata dal coniuge facendo uso della sua libertà. A nostro avviso, dal momento che vi è adulterio solo laddove ricorra un atto libero e, d'altra parte, la ninfomane si unisce ad un uomo sospinta da un impulso irrefrenabile, la conclusione altro non può essere che una: gli atti carnali che la ninfomane è costretta a realizzare non costituiscono adulterio. Il che equivale ad affermare che, formalmente parlando, questi atti non costituiscono neppure un inadempimento dell'obbligo di fedeltà. In altre parole, l'obbligo giuridico della fedeltà solo si infrange quando il contraente realizza un atto extraconiugale facendo uso della sua libertà.

Ci si può quindi chiedere fino a che punto sia contraddittorio sostenere che la ninfomane è incapace di assumere l'obbligo della fedeltà quando, nella misura in cui è afflitta dalla malattia, mai lo infrange formalmente. Se non vi è incapacità di adempiere, nemmeno può ricorrere l'incapacità di assumere, che ne è consequenziale.

A parte questa considerazione, di stretta logica giuridica, si potrebbe aggiungere che l'eccessivo formalismo giuridico della tesi *iu-*

tia boni fidei in exclusivitate copulae, et non coniugalitatis, ponatur, logice quis concludere debet quodcumque matrimonium, cum proposito adulterandi contractum, semper ac necessario invalidum esse.

13. Haec conclusio a nonnullis iam recepta est. Alii vero eam evitare quaerunt, diversis quidem modis, praesertim recurrentes ad illam distinctionem — frequenter invocatam ac haud parum detrectatam — inter exclusionem iuris et exclusionem exercitii iuris: nempe inter intentionem ius alicui tradendi ac intentionem traditi iuris exercitium ei non permittendi. Theoria quidem bene nota est: id quod consensum matrimoniale invalidat est tantum exclusio iuris, *minime* autem exclusio *adimplementi obligationis* quae ad ius correspondet. Exc. mus Grazioli, qui Decanus Sacrae Romanae Rotae olim fuit, apte profatur de distinctione agi « quae vix intelligi potest ab eis qui in iuridicis rebus periti sunt... » (c. Grazioli, diei 11 maii 1944, SRRD, vol. 36, p. 330). Distinctio tamen iterum iterumque in iurisprudencia adducitur. Sic saepe docemur quod intentio adulterandi « non laedit obligationem fidelitatis servandae sed *tantum* obligationis *adimplementum* ».

Etsi in iurisprudencia plerumque affirmetur thesim, iuxta quam aliquis potest tradere ius cuius exercitium excludit, fundamentum

scorporalista ha creato, recentemente, nuovi problemi. Fino a pochi anni fa, si considerava che *incapacità* e *simulazione* fossero capitoli di nullità tra loro incompatibili ⁽⁸⁾. Chi non è capace di consentire — si riteneva — nemmeno può considerarsi capace di ordire una simulazione, escludendo uno dei beni del matrimonio ⁽⁹⁾. Questa opinione era connessa alla considerazione dello stretto legame esistente tra ninfomania e mancanza di libertà interna. Tuttavia non pare impossibile che la ninfomane possa escludere l'obbligo della fedeltà, pur essendo, al contempo, incapace di assumerlo ⁽¹⁰⁾. Si ritorna così in un circolo vizioso che consiglia una profonda revisione del problema.

⁽⁸⁾ In questo senso si può vedere, tra gli altri, S. VILLEGIANTE, *Ninfomania e cause di nullità matrimoniale*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 71 (1960), p. 162-184, e ID., *Ninfomania e difetto di consenso*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 71 (1960), p. 315-322.

⁽⁹⁾ Cfr. sentenza c. Egan, 1 marzo 1984, in *RDD*, vol. 76, p. 157, n. 3; c. Giannechini, 20 dicembre 1988, in *Monitor Ecclesiasticus*, 114 (1989), p. 439-449.

⁽¹⁰⁾ Si deduce tale ipotesi da alcune recenti decisioni rotali. Si veda, ad esempio, la sentenza c. Ferraro, 16 ottobre 1984, in *Il Diritto Ecclesiastico* (1985/II), p. 5, nn. 7-8. Interessante è anche l'articolo di A. CANTAN, *Un récent décret de la Rote ro-*

habere in auctoritate S. Thomae (cfr. *Suppl.*, q. 49, art. 3), hoc in dubium revocare licet (ipse De Jorio id negat: SRRD, vol. 55, p. 718). Mens Angelici videtur esse quod quis potest tradere alteri, ac acceptare ab eo, verum ius mutuum, etiamsi intendat nec suum ius exercere, nec ab altera parte exigere adimplementum obligationis correlativae quam ista assumpsit (eximium exemplum huiusmodi casus est matrimonium inter B.V. Mariam ac S. Joseph).

Matrimonium validum habetur, etsi uterque nupturiens, communi consilio, renuntiet exercitio alicuius essentialis matrimonii iuris, minime autem si alteruter, modo unilaterali, sibi proponat aliquam essentialem obligationem numquam adimplere. Utique exstant iura/obligationes quae legitime considerari queunt sub respectu tantum subiecti eorum; hoc tamen affirmare non licet circa iura obligationesve matrimonii, quae nota mutualitatis necessario insignita sunt. Aliquis potest abs dubio assumere veram personalem obligationem, quam frangere intendit (ex. gr. obligationem coelibatus sacerdotalis); potestne tamen dici aliquem verum ius — in propriam personam, idque vitalicium — alicui conferre, cum firme statuit obligationem hoc ius servandi se numquam adimpleturum esse, nec exercitium eius umquam permissurum?

Una revisione del problema, che è quanto propone la sentenza c. Burke, evidenziando che il *bonum fidei* deve essere posto in relazione con il concetto di coniugalità ⁽¹¹⁾. In tal modo non verrebbe ad escludere il *bonum fidei* colui che, nello sposarsi, avesse intenzione di commettere adulterio, per riprovevole possa essere considerato, nell'ordine morale, questo proposito. L'*intentio* invalidante sarebbe soltanto quella che escluderebbe la coniugalità ⁽¹²⁾.

Nei ristretti limiti di questa *nota*, ci interessa solamente indicare che l'obbligo della fedeltà, inteso come obbligazione contrattuale di segno negativo, difficilmente può rientrare nell'oggetto formale del consenso. Questo, infatti, se ci si attiene ad una elementare con-

maine au sujet de la conformité des chefs de nullité et de simulation, in *L'année canonique*, 30 (1987), p. 133-138.

⁽¹¹⁾ Si può vedere, al riguardo, l'argomentazione sviluppata ai nn. 20-26 della sentenza annotata.

⁽¹²⁾ Sulla relazione tra coniugalità e oggetto formale del consenso, si può vedere J. HERVADA, *Esencia del matrimonio y consentimiento matrimonial*, in *Persona y Derecho*, 9 (1982), p. 149-179.

14. Si bonum fidei cum fidelitate morali, potius quam cum unitate iuridica, identificetur, via aperitur theoriis « elitistis » circa requisita pro valido matrimonio. Qui contendat intentionem adulterium in futuro patrandi consensum ex necessitate invalidare, nonne in periculum incidit incapacitatem imponendi iis omnibus (qui ita privarentur fondamentali iure humano matrimonium contrahendi), quorum debilitas in re sexuali talis est ut sciant se, certis in adiunctis (ex. gr. physicae separationis a comparti), castitati matrimoniali fideliter non observaturos esse, ac hoc sibi proponant? Revera in recenti sententia rotali talis incapacitas proponitur: « Qui ita ad carnis commixtionem cum foeminis propensus est ut uni uxori fidelis esse nequeat, validum matrimonium inire non valet » (c. Huot, diei 30 octobris 1986, n. 9).

15. Si stricta cum logica applicetur, haec rigidior thesis fundamentum praeberet ad sustinendam nullitatem cuiusvis matrimonii ubi contrahens propositum sese masturbandi retineat; nam, sub respectu *moralis*, masturbatio quoque peccatum contra coniugalem fidelitatem est (Lehmkuhl: *Theol. Moral.*, II, p. 600, n. 588; Cappello, *De Sacramentis*, vol. V (ed. 1950), n. 806; cfr. S. Alphonsus, *Theol. Moral.* Lib. VI, n. 936).

Bonum fidei depauperatum remanet, in eius theologico non minus quam in iuridico sensu, si ad meram adulterii prohibitionem reducitur. Sicut in una c. Serrano monemur: « bonum fidei latius concipitur, positivo modo, quam coarctata adulterandi prohibitio, quae consequens potius est » (diei 25 iulii 1980: RRD, vol. 72, p. 531).

16. Peroportunum videtur integram situationem denuo perpendere, praesertim sub luce novae notionis obiecti matrimonialis consensus, sicut in Codice anno 1983 promulgato datur. Ibi iam non definitur ut « ius in corpus... » etc., sed sicut ille actus volun-

siderazione di senso comune, è un atto eminentemente affermativo. Gli sposi desiderano « unirsi in matrimonio » e solo indirettamente si può dire che — al farlo — stanno assumendo dei doveri perpetui. Ridurre il consenso matrimoniale all'assunzione di certi obblighi, permette di spiegare solo parzialmente la realtà matrimoniale, la cui causa si ritrova nel patto o alleanza matrimoniale, e fa correre il rischio di impoverirla, ribassandola al rango dei contratti.

Joan Carreras

tatis quo vir et mulier *sese mutuo tradunt et accipiunt* ad constituendum matrimonium.

17. Quod est contentum iuridicum istius « sese tradere/acceptare » in quo, ad tenorem c. 1057, § 2, nunc sistit obiectum consensus matrimonialis? Non est (nec esse potest) *totalitas* ipsius personae utriusque contrahentis, sed potius ille personae aspectus a propria *coniugalitate* constitutus, qui, dum moraliter postulat permulta elementa quae ad *ideale* « consortium totius vitae » instituendum iuvant, *essentialiter specificatur* — sub *iuridico* aspectu — per donationem iuris exclusivi necnon permanentis in propriam sexualitatem procreativam. Sunt igitur haec tria elementa — exclusivitas, procreativitas, indissolubilitas (augustiniana scilicet bona: « fides », « proles », « sacramentum ») — quae indicant id quod essenziale est in coniugali autodonatione, quaeque essentielles vinculi matrimonialis proprietates constituunt, dum, e contra, positiva exclusio unius eorum matrimonialem consensum invalidat (cfr. in una *Romana* coram infrascripto, diei 11 aprilis 1988, nn. 5-8: *Monitor Ecclesiasticus*, CXIV (1989) IV, p. 469-471).

Indivisibilis irrepitibilisque est persona (« self »); nequit igitur eodem tempore pluribus donari, sed uni tantum. « Meipsum tibi do »: haec est characteristicam coniugalitatis affirmatio. Attamen si coniux eandem donationem suae coniugalis personae (« conjugal self ») aliis quoque dare intendat, si nempe *dividere propriam coniugalitatem* proponat, tunc, summum, est tantum *pars* coniugalis personae quam unicuique dat. Aliis verbis, qui suam sexualitatem coniugalem pluribus personis eodem tempore donat, coniugalitatem dividuam unicuique dat, totam autem coniugalitatem nemini.

« Huiusmodi [coniugali] communioni funditus polygamia adversatur: haec enim directe recusat Dei propositum, sicut ipsis initiis revelatur, quoniam pari personalique dignitati viri et mulieris repugnant, qui in matrimonio alter alteri se dant amore integro ideoque ex se *unico et exclusorio* »: Joannes Paulus II, Adhort. Apost. « Familiaris Consortio » (A.A.S. LXXIV (1982) 102).

Bonum fidei excludit qui unicitatem atque exclusivitatem coniugalis relationis non accipit: aut quia habet positivam intentionem polygamiam, statum coniugis tertiae quoque parti conferre volens, aut quia comparti condicionem *unici* coniugis non confert. In utroque casu essentia unicitatis coniugalis excluditur. E contra, simplex propositum « rem cum tertia habendi », quantumvis peccaminosum, *in se* non invalidat.

18. Proinde non possumus acceptare conclusionem a De Jorio his verbis declaratam: « Pro certo habemus excludere bonum fidei et ideo invalide hoc ex capite contrahere ... mulierem, quae in nuptiis ineundis, propositum ... gerat corporis sui copias faciendi et aliis viris, quamvis ne cogitet quidem de iure in proprium corpus tradendi praedictis: in hypothesis enim mulier non assumit obligationem servandi fidem, quod satis superque habemus ad matrimonium irritandum » (decis. 13 iulii 1968, vol. 68, p. 556-557, n. 10).

Ius largitum per consensum matrimonialem ad merum « ius exclusivum in proprium corpus », reducere non licet, quasi essentia coniugii in sola relatione physica consistat. Thesis a cl.mo De Jorio proposita, parum vel minime animadvertens ad significationem *coniugalem* quae copulam characterizare debet, qualemvis intentionem physicae infidelitatis ad ordinem coniugalitatis exclusionis elevare tendit.

« Fides » non reducitur ad obligationem « usum corporis » uni soli personae reservandi. Non est mera intentio « carnem dividendi » id quod invalidat, sed intentio « *coniugalitatem* dividendi ». Morali quaestione seposita, non videtur esse *iuridica* incompatibilitas inter propositum *coniugem accipiendi* ac propositum *sexuales tendentias aliis quoque modis satisfaciendi*. Distinctio notatur in recenti sententia rotali: « si actor cupiditati et libidini vehementi deditus iam ante nuptias *sibi proposuerit* adhuc vitam luxuriosam agere cum diversis amasiis, ex hoc pravo proposito sequitur tantummodo obligationem *fidelitatis* eundem exsequi ac tueri noluisse, non autem in pactione nuptiali respuisse relativam obligationem denegando Helenae *fidem coniugalem*... Iure itaque concludes, etsi pravis moribus irretitum et ad concubitus proclivem, Brunonem practice dignovisse inter traditionem iuris in corpus unice comparti debiti, et intentionem — ita dicamus habitualement — copiam sui corporis faciendi post matrimonium amasiis, cum quibus iam ante nuptias foverat relationem. Aliis verbis Brunonem dicimus distinxisse inter mulierem *uxorem*, matrem familias, *iuribus matrimonialibus ditatam*, et *scortum* » (c. Masala, diei 6 octobris 1981: RRD, vol. 73, p. 465-466).

19. Iuxta constantem iurisprudentiam rotalem, partialis simulatio intelligitur in sensu exclusionis *alicuius* elementi, quod pro constitutione authentici *vinculi* matrimonialis essenziale est. Aliis verbis, qui simulat partialiter tantum, vinculum vult quod orbatum sit uno ex « bonis » vel proprietatibus quae verae coniugalitati essentielles sunt: vinculum nempe « *coniugale* », procreativitate aut exclusivitate

aut indissolubilitate privatum. Utcumque, ipse *aliquod* genus vinculi *vult*. Si *nullum* matrimoniale vinculum *vult*, tunc non partialis sed totalis simulationis reus est. Itaque, cum De Jorio affirmat: « excludentes bonum fidei non intendunt vincula duplicare seu multiplicare, verum *ab eisdem sese liberare* » (SRRD, vol. 63, p. 785; cf. vol. 65, p. 12, n. 8), exclusionem boni fidei in simulationem totalem convertere revera videtur.

20. Quae est mens S. Thomae in hac re? Eius doctrina circa unitatem perclara est: « *Et erunt duo in carne una*, id est in carnali commixtione per quam sunt quasi una caro... Ex hoc autem videtur quod possit trahi quod *de ratione coniugalis status est*, quod unus non habeat plures uxores, nec uxor plures viros; quia tunc erunt plures in carne una, quam duo » (*In Genes. cap. II*).

« Lex autem de *unitate uxoris* non est humanitas, sed divinitus instituta: (est enim) cordi impressa, sicut et alia quae ad legem naturae qualitercumque pertinent » (*Suppl.*, q. 65, art. 2). Inter argumenta praecipua ad probandum quod matrimonium debet esse unius ad unam, adducitur ab Angelico ipsius coniugii dignitas atque fundamentalis inter sexus aequalitas, quae unicitatem in relatione coniugali postulat: « Si igitur uxor habet unum virum tantum, vir autem habet plures uxores, non erit aequalis amicitia ex utraque parte » (*Summa c. Gentiles*, III, c. 124).

21. Subtilior est eius doctrina circa fidem. Similiter ac circa prolem, distinctionem proponit inter fidem « in se » ac fidem « in suis principiis ». « Fides et proles possunt dupliciter considerari. Uno modo in seipsis; et sic pertinent ad usum matrimonii, per quem et proles producitur et pactio coniugalis servatur... Alio modo possunt considerari fides et proles, secundum quod sunt in suis principiis: ut pro prole accipiatur intentio prolis, et pro fide debitum servandi fidei. *Sine quibus etiam matrimonium esse non potest*: quia haec in matrimonio ex ipsa pactioe coniugali causantur; ita quod, si aliquid contrarium his exprimeretur in consensu qui matrimonium facit, non esset verum matrimonium » (*Suppl.*, q. 49, art. 3).

Prima pars huius citationis sat clara est. In matrimonio nec proles semper producitur neque fides coniugalis semper servatur; sed neutrum *factum*, in se, validitatem attingit. Angelicus tamen affirmat quod impossibile est matrimonium *esse* (quod idem significat ac *constitui*), si desit « fides in suis principiis ». Qualis esset haec profundior « fides », quam nupturiens absolute intendere tenetur, cum debito

eam servandi ita radicali ut, debito excluso, consensus nullus sit? Consistitne haec fundamentalior fides in intentione sexualem fidelitatem servandi, ita ut omnino identificetur cum morali obligatione adulterii non patrandi? Quamvis, prima facie, haec videretur esse thesis a S. Thoma proposita, jurisprudentia — una cum theologia morali — usque in hodiernos dies, huic conclusioni restitit. Sic Sanchez aperte docet: « Stare potest matrimonium validum contrahere, cum intentione non servandi fidem » (*De S. Matrimonii Sacramento*, L. II, disp. 29, n. 11).

Ad mentem Angelici accuratius capiendam, considerare oportet quod ille quaerit hic attingere ac explanare ipsa *principia* coniugalitatis: coniugalis scilicet unionis fundamentales *proprietates*. Qui aliquid iisdem contrarium in consensu matrimoniali exprimit, invalide contrahit. Quemadmodum quis non potest recusare procreativam indissolubilemve maritalis relationis naturam, ita neque respuere licet eius characterem exclusivum. Est igitur illa fides quae « ad unitatem pertinet » — ad unitatem non tantum copulae, sed *vinculi*, coniugalis — quam quis intendat servare oportet: cum specifica intentione compartem sicut *unicum sponsum* acceptandi, ac fidem datam, per alterius mariti vel uxoris acceptationem minime frangendi.

Proinde bonum fidei « in suo principio » non ad meram fidelitatem physicam, sed ad *coniugalitatis unitatem*, essentialiter referri debet. « Singularitas uxoris » bono fidei a S. Thoma explicite refertur (*Suppl.*, q. 67, art. 3 ad 5). Fidelitas physica ad fidem « in se » pertinet. De gravi obligatione huiusmodi fidem servandi nemo dubitare potest. Attamen, cum matrimonialis vinculi medullam — ipsius scilicet principium — non attingat, propositum eam violandi, per se, consensum non invalidat.

22. Confirmatio huius theos ex attentiore coniugalis actus consideratione hauriri posse videtur., Copula, humano modo inter coniuges posita (c. 1061, § 1) — quod exigit ut illi rationem ob quam uniuntur, singularissimo quidem modo, in personali procreativitatis participatione, comprehendant quoque ac servant — est privilegiatum auto-donationis maritalis signum (cfr. *Gaudium et Spes*, n. 49). Copulatio tamen sexualis, etiam inter coniuges, authenticam suiipsius donationem non semper significat. Aliquando accidere potest ut sit mera expressio incontinentiae sexualis; quod non donationem, sed simplex egoisticae satisfactionis studium potius significat. Ex hoc sequitur quod adest copula coniugalis, et copula — etiam in

matrimonio — quae coniugalis minime est. Copula autem contraceptiva matrimonium non consummat, quia veram unionem sexualem non efficit: « vir et mulier efficiuntur in carnali copula una caro *per commixtionem seminum* » (*Suppl.*, q. 55, art. 4 ad 2).

Pari modo, retentio « iuris » ad habendam, cum tertia parte, copulam contraceptivam vel quoquomodo contra naturam, exclusionem boni fidei non constitueret. Ad rem legitur in una c. Parrillo, diei 12 augusti 1929: « Cum exclusiva corporis traditio non fiat ad usum quemcumque, sed taxative et restrictive ad actus *per se aptos ad proli generationem*, consequitur quod voluntas, per actum positivum vel conditionem expressa, tradendi proprium corpus alteri ad actus diversos, et praecise ad actus contra naturam, ex quibus proli generatio ex se, seu natura sua, haberi non potest, *bono fidei stricto sensu non repugnat* ». Atque rationem dat: « Non enim istic haberetur illa corporis divisio seu sectio, quam Auctores reponunt in polygamia vel polyandria vera aut praesumpta, et hinc in sola fornicatione » (SRRD, vol. 21, p. 435-436). Staffa, hoc plene approbans, docet matrimonium validum esse si quis ponat ut conditionem quod commercium contra naturam cum alia muliere gerere possit (*De Conditione contra Matrimonii Substantiam*, Romae 1955, p. 21-22). Eadem vero est ratio: commercium contraceptivum participationem *coniugalitatis* non comportat.

23. Aequae ac intentio habendi, cum coniuge, copulam *tantum contraceptivam* bonum proli excludit, ita intentio habendi, cum tertia parte, copulam *non-coniugalem*, bonum fidei *non* excludit. Immo bonum fidei in suo principio non necessario excludit qui retinet « ius » cum tertia parte copulam naturalem agendi, nisi haec *praecise* utpote expressio *coniugalitatis* intenderetur. « Ex quo fit ut prae aliis simulationibus, difficilius probationis sit exclusio boni fidei *in suis principiis* » (c. Parisella, diei 14 februarii 1974: SRRD, vol. 66, p. 93).

24. S. Augustinus, de fide in contextu I *Cor.*, VII, 4 loquens, affirmat: « Cui fidei tantum iuris tribuit Apostolus, ut eam potestatem appellaret, dicens: mulier sui corporis potestatem non habet sed vir. Similiter et vir... » (*De bono coniug.*, c. 4 (PL 40, 376). Haec « potestas » illa est quae actualizat significationem *coniugalem*, commercio sexuali tribuendam. Sibi reservare, in momento consensus, ius alteri coniungendi — « non quasi meretrici, sed quasi uxori » (*Suppl.*, q. 62, art. 2 ad 3), ad coniugalem scilicet amorem exprimen-

dum — est illa boni fidei iuridicae essentiae detrectatio quae unicita-
tem *vinculi* excludit ac ipsam matrimonii constitutionem impedit. Si-
bi reservare ius copulandi cum tertia parte — *quasi* cum meretrice,
scilicet mere ad libidinem explendam; vel, utcumque, *non* quasi cum
uxore — ad amorem non-coniugalem exprimendum, est violatio illius
moralis aspectus boni fidei qui « fidelitas » proprie dicitur ac matri-
monii in facto esse permanes valor est; coniugalitas tamen exinde
non excluditur.

In una coram Ewers legimus: « in eo qui simulationem eiusmodi
patrare praesumit, inspicere debet quaedam voluntas, idest consilium
quoddam sibi effingendi connubium extra et contra doctrinam Chri-
sti et Ecclesiae atque ita celebrandi nuptias. Verum *in hac deordina-
tione a recto ordine stat radix nullitatis consensus*, cuius obiectum ita
substantialiter differt a notioni matrimonii » (decis. 11 octobris
1969, vol. 61, p. 937). Bene quidem dictum est; sed, cum de bono
fidei agitur, id quod a recto ordine matrimonialis consensus essentia-
liter postulatur, est ius contrahendi cum comparte qui unicita-
tem coniugii acceptet, non autem cum comparte qui cuiusvis debilitatis se-
xualis expertus sit.

25. Obligatio cum tertia parte copulam non habendi, prima gra-
vis obligatio — sed non unica — matrimonialis fidelitatis equidem
est. Fidelitas alias praeterea obligationes complectitur (cfr. c. Anné,
diei 9 decembris 1964, SRRD, vol. 56, p. 913). Coniux qui fortem
alligationem *affectivam* cum tertia parte evolvere sinit, verosimiliter
plus peccat contra foedus coniugale quam ille qui infidelitatem car-
nalem, transeuntium quidem, reus sit. Neutro tamen in casu dicen-
dum est propositum, in consensu praesens, indulgendi talibus infide-
litatebus, consensum necessarie invalidare. Intentio quae invalidat,
non est intentio fidelitatem frangendi, sed coniugalitatem exclu-
dendi.

Uti in una recentiore c. Masala docemur: excludit bonum fidei
qui sibi vindicat « potestatem seu ius proprii corporis copiam fa-
ciendi aliis viris seu mulieribus, *uti consortibus*, vel eandem faculta-
tem comparti agnoscat. His in casibus nulla obligatio susciperetur
unius indissolubilis *vinculi* cum una persona » (decis. 15 ianuarii
1985, n. 5).

Recolenda quoque est sententia c. ipso De Jorio quae pro nulli-
tate ob boni fidei exclusionem decidit, quia actor manifesto « ama-
siam *cum uxore aequasse...*; duas mulieres *iure pares habuisse* vir

ostendit eis offerendo communem convictum *coniugalem*, et ius in proprium corpus aequa portione inter Martinam et Mariam Caeciliam dividendo... Et ideo, respuendo *unitatem*, invalide contraxit » (decis. 17 iunii 1964: SRRD, vol. 56, p. 501).

26. « Obligatio fidelitatis coniugalis partim ad ordinem mere ethicum spectat, partim etiam ad ordinem iuridicum » (c. Anné, decis. cit., SRRD, vol. 56, p. 913). Ideoque, nisi praxis iurisprudentialis summam curam adhibeat quoad locutiones tales ut « ius ad fidelitatem », confusio inter id quod iuridice est essenziale ac id quod morale momentum habet, facile orietur. Quod quis sicut unus et unicus sponsus acceptetur, est revera *ius radicale*, eo quidem sensu ut elementum *constitutivum* matrimonii in fieri considerari omnino oporteat; ac de *essentia* boni fidei est. Sexualis fidelitas, perdurante coniugio, permanens ius/debitum matrimonii in facto esse repraesentat. Si, in ipso momento consensum praestandi, quis intendit hoc ius excludere (vel datum frangere), gravis iniuria matrimoniali amori inferitur; sed ex hoc non necessario sequitur essenziale seu constitutionale ius ad *coniugalitatem* datum non fuisse.

27. Hoc modo, uti videtur, cohaerentior explicatio illius S. Thomae distinctionis inter fidem « in suo principio » ac fidem « in se » attingi potest. Illa significat *exclusivam coniugalitatis indolem*, cuius exclusio bonum fidei in suo principio violat. Haec est obligatio servandi sexalem fidelitatem (praesertim, sed non exclusive, quoad copulam). Haec fides in seipsa gravis est obligatio, iustitiae quoque; eius tamen violatio, etsi ab initio proposita, *iuridicum consecrarium* inficiendi consensum matrimonialem non habet.

28. Optabile foret ut iurisprudencia destitisset ab illa artificiosa distinctione facienda (artificiosa scilicet cum matrimoniali consensui applicetur) inter assumptionem obligationis et simultaneam non-acceptationem obligationis adimplendi assumptam obligationem. Nequaquam tamen est artificiosum distinguere inter iuridicam obligationem (*unitatem coniugii*), cuius assumptio valido consensui essentialis est, ac moralem obligationem (*fidelitatem in re sexuali*), quam assumere in momento consensus nupturiens tenetur, cuius tamen non-assumptio non invalidat (cf. c. Canals, diei 5 iunii 1974: SRRD, vol. 66, p. 307, n. 3).

29. Forsitan thesis componi posset, quae nonnullis acceptabilis videretur, eo sensu quod exclusio fidelitatis (minime autem coniuga-

litis) consideretur sicut *partialis* boni fidei exclusio, quae consensum igitur non invalidaret; eodem fere modo ac in iurisprudencia generatim nunc acceptatur quod *partialis* boni prolis exclusio non invalidat.

IN FACTO. (*Omissis*).

His igitur, sive in iure sive in facto consideratis, Nos Auditores de Turno, solum Deum prae oculis habentes, Christi Nomine invocato, pro Tribunali sedentes, decernimus, edicimus ac definitive sententiamus, proposito dubio respondentes: « *Negative* seu *non constare* de matrimonii nullitate, ex neutro adducto capite; ideoque Sententiam diei 28 aprilis 1989 Tribunalis Regionalis Latii infirmandam esse ».

Mandamus ut hanc nostram definitivam Sententiam Ordinarii locorum atque Tribunalium ministri, ad quos spectat, notificent ac executioni tradant, erga omnes quorum interest ad omnes iuris effectus, iuxta legis praescripta.

Datum in sede Tribunalis Romanae Rotae, die 8 februarii 1990.

Cormac Burke, ponens
Thomas G. Doran
Kenneth E. Boccafola

(*Omissis*).

