

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA - *Colonien.* - Nullità del matrimonio - Esclusione della prole - Sentenza definitiva - 24 novembre 1995 - Huber, *Ponente* (*).

Matrimonio - Consenso - Simulazione - Esclusione della prole - Prole *in suis principiis* e *intentio prolis*.

Matrimonio - Consenso - Simulazione - Esclusione della prole - Atto positivo di volontà.

Matrimonio - Consenso - Simulazione - Esclusione della prole - Rifiuto dei figli e volontà abortiva.

Matrimonio - Consenso - Simulazione - Esclusione della prole - Prova dell'esclusione - Valore della dichiarazione delle parti - *Causa excludendi* - Circostanze antecedenti, concomitanti e susseguenti.

Si deve distinguere tra la prole come realtà e la prole « in suis principiis »: Il bene della prole « in suis principiis », cioè, la « intentio prolis », appartiene alla essenza del matrimonio, senza la quale il matrimonio non può esistere (S. Th. Suppl., q. XLIX, a. 3, c) (...) È pacifico che il « bonum prolis » deve essere misurato e qualificato con gli atti per se atti alla generazione della prole, cioè, con l'atto coniugale (c. Pompedda, 3 iulii 1990, n. 3) (cfr. n. 2).

Rimane pur sempre vero che contrae invalidamente colui che nel dare il consenso esclude l'intenzione di generare. La prole si considera esclusa quando il contraente, mediante un atto di volontà positivo e fermo, assoluto e prevalente, destituisce il matrimonio che intende contrarre dalla stessa possibilità dei figli (cfr. n. 4).

Se ci fossero dei figli, si dovrebbe accertare che questi sono nati malgrado tutte le precauzioni prese dai coniugi per evitarli e in seguito ad una volontà escludente che era già presente al momento delle nozze (cfr. n. 5). Lo stesso si deve affermare del fatto che la donna abbia fatto ricorso all'aborto: non è di per sé prova dell'esclusione, perché tante volte è frutto di cattivi consigli o di inadempimenti degli obblighi ma-

(*) Sentenza pubblicata in RRDec., vol. LXXXVII (1995), pp. 634-640. Vedi *nota* di H. Franceschi F., alla fine della sentenza.

trimoniali da parte del marito, che comunque sono circostanze sopravvenute al consenso (cfr. n. 6).

Riguardo alla prova della simulazione, la confessione del simulante sarebbe inizio di prova, che deve essere completata dai testimoni degni di fede e «insuspecti temporis», e dall'esistenza di una causa grave e proporzionata della simulazione, nonché dalle circostanze antecedenti, concomitanti e susseguenti al matrimonio (cfr. n. 7). Nel caso che il simulante neghi, la prova si rende più difficile ma non impossibile. Si dovrà tener conto delle circostanze, delle confessioni extragiudiziali, ecc. Bisognerà anche cercare di chiarire se nega per amore della verità o per altri motivi (cfr. n. 7).

(*Omissis*). — FACTI SPECIES. — 1. Post aliquot menses relationis amatoriae, ex qua mulier effecta est praegnans, Arcadius, vicesimum primum suae aetatis annum agens, et Aemilia, quattuor et viginti annorum, matrimonium canonicum celebraverunt die 27 decembris 1970.

Coniuges laeto animo nasciturum expectaverunt. Mater autem facta, mulier prolem ulteriorem suscipere recusavit.

Quibus omnibus haud obstantibus, filiola anno 1978 nata est.

Vita communis per quattuordecim fere annos pacifice fluxit. Ex utriusque coniugis infidelitate convictus iugalis videtur fractus.

Anno 1987 uxor, a marito invitata, una cum filiis in Germaniam petiit, ubi cum viro cohabitare noluit ideoque proprium domicilium instauravit Bilefeldiae, intra fines archidioeceseos Paderbornensis.

Transacto anno a lege Germanica statuto, Tribunal civile coniugum separationem personalem die 11 septembris 1988 confirmavit utpote legalem consensualem.

Actor, sibi persuasum habens suum matrimonium esse nullum, libello, die 25 februarii 1991 Tribunali Coloniensi oblato, illud nullitatis accusavit ex capite exclusione boni prolis a parte mulieris.

Praescriptis iuris servatis, Tribunal aditum libellum admisit et caput accusatum in dubio posuit.

Instructione per auditionem Actoris necnon trium testium pe-racta, die 28 maii 1993 prodiit sententia negativa.

Quam adversus decisionem vir actor appellationem apud Romanam Rotam interposuit.

Defensionali opera commutata, Nobis hodie respondendum est dubio, die 23 ianuarii 1995 rite concordato: *An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusionem boni prolis ex parte mulieris convention-tae.*

IN IURE. — 2. Bonum prolis, quod «matrimonii essenziale aliquod elementum constituit» (can. 1101, § 2, CIC 1983) dupliciter considerari potest: in suis principiis et in seipso.

Bonum prolis in suis principiis, id est intentio prolis pertinet ad matrimonii essentiam «sine qua matrimonium esse non potest» (S. Th. Suppl., q. XLIX, a. 3, c).

Bonum prolis in seipso pertinet ad matrimonii usum, per quem proles producitur. Matrimonium validum sine prole existere potest, quia esse rei non dependet ab usu suo.

Pacificum est bonum prolis «qualificari et commensurari semper debere cum actibus per se aptis ad prolis generationem, nempe cum actu coniugali» (coram Pompedda, decisio diei 3 iulii 1990, RRDec., vol. LXXXII, p. 583, n. 3). Hac sub ratione doctrina can. 1081, § 2, CIC 1917, novo Codice (cf. can 1061, § 1) non est mutata.

3. Ius ad actus proprie coniugales oritur in et ex momento, quo consensus matrimonialis elicitur. Hic consensus «est actus voluntatis, quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium» (can. 1057, § 2, CIC 1983). Vox «irrevocabilis» significat consensum, semel praestitum, extra coniugum potestatem positum esse. Exinde consequitur voluntatis mutationem post nuptias contractas non exercere ullum influxum in consensum valide praestitum. Rebus sic se habentibus, novum consilium prolem excludendi in perpetuum ob gravia discidia, inter coniuges post nuptias orta, matrimonium non invalidat, quia in consensu emittendo seu quando nuptiae factae sunt, adfuit sufficiens prolis intentio.

4. Statuit can. 1086, § 2, CIC 1917: «At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum, aut omne ius ad coniugalem actum, vel essentialem aliquam matrimonii proprietatem, invalide contrahit». Loco «aut omne ius ad coniugalem actum» can. 1101, § 2, CIC 1983 habet «vel matrimonii essenziale aliquod elementum». Uti supra memoravimus, ius ad actum coniugalem recensetur inter matrimonii essentialia elementa. Quapropter disparitas textus legis nihil mutat quoad bonum prolis eiusque relevantiam in ordine ad invaliditatem matrimonii causandam.

Semper verum manet eum invalide contrahere, qui in consensu praestando intentionem generandi excludit.

Censetur intentio prolis exclusa, cum id fiat positivo actu voluntatis ita firmæ, absolutæ et pravalentis, ut nonnisi destitutum filiis matrimonium quis inire intendat.

5. Haud raro accidit, ut matrimonium nullitatis accusetur, prole in lucem huius mundi edita. Nemo est, quin videat, hoc in casu difficillimam esse probationem absolutæ voluntatis anticonceptionalis. « Ut hæc firma maneat constare debet argumentis, quæ confutari vel repelli non possint, prolem occasionaliter et per accidens conceptam fuisse et quidem haud obstante pertinaci et vigilantu usu mediocorum ad illam vitandam » (coram Funghini, decisio diei 16 aprilis 1986, RRDec., vol. LXXVIII, p. 260 ss., n. 11).

6. Frequenter in favorem nullitatis matrimonii ob exclusum bonum prolis adducitur abortus a matre patratus. Ad influxum talis facinoris in consensum emissum quod attinet, multa sunt perpendenda.

Quemadmodum Summus Pontifex commemorat, « constat nonnumquam consilium agendi abortus adferre matri ipsi dolorem acerrimum animique tumultum, quandoquidem voluntas abigendi conceptionis fructum non ex causi oritur solum egoismi cuiusdam aut commodi, sed inde potius quod alia magni momenti bona servare cupit, qualia sunt ipsa eius valetudo vel digna vitæ condicio reliquis familiae sodalibus » (cf. Ioannes Paulus II, Litt. Enc. *Evangelium vitæ*, AAS, vol. LXXXVII, p. 467, n. 58). Frequenter evenit, ut pater familias munera erga uxorem filiosque iam natos non adimpleat. Idcirco mulier censet in hac rerum condicione præstare ulteriorem prolem omnino non nasci. Talibus quidem in casibus patri familias in primis potest culpari.

Etsi abortus, qui est innocentis hominis occisio, actus sua natura illicitus est, tamen iuxta consolidatam iurisprudentiam Nostri Fori « parum probat relate ad intentionem nupturientium contra prolem in ipsa pactione foederis nuptialis, nisi peculiaribus adiunctis, attente cribrandis, determinetur » (coram de Lanversin, decisio diei 26 iunii 1991, RRDec., vol. LXXXIII, p. 424, n. 10).

7. Probatio exclusionis boni prolis facilis non est. « Simulantis confessio enim tantum initium et fundamentum constituit probationis, quæ dein ex depositione testium, qui sint fide digni et insuspecti temporis, atque ex existentia gravis et proportionatæ causæ ad in-

ducendam simulationem aptae, confirmari debet» (coram Bruno, deciso diei 31 maii 1985, *ibid.*, vol. LXXVII, p. 273, n. 5).

Deficiente adserti simulantis confessione, probatio impossibilis non est tenenda. Hisce in casibus maioris momenti est confessio extraiudicialis, quae ex allatis in iudicio elementis colligitur.

Aliae extraiudiciales declarationes praetensae partis simulantis, ubi dantur, procul dubio momentum suum retinent.

Si adsertus simulans simulationem denegat, videat iudex, utrum id faciat amore veritatis motus an potius aliis motivis compellatur.

Dein ponderanda est contrahendi causa, quae interdum reponitur in mulieris graviditate, quin absit amor inter sponso.

Praeterea, oportet cribrare simulandi causam, quae semper dimetienda est in aestimatione simulantis, seu subiective.

Tandem, attente consideranda sunt controversi matrimonii adiuncta antecedentia, concomitantia et subsequentia, quae probationi obstant vel probationem corroborant atque complent. Exclusio intentionis prolis praesertim ex pertinacia et perpetuitate servati propositi devitandi prolem evincitur.

Secundum Nostram iuris sapientiam vera contrahentis intentio praecipue dignoscitur «ex sinceritate et ex responsabilitatis sensu quocum quis ad nuptias — et in casu baptizatorum, ad sacramentum — accedit; etiam valde immutatis adiunctis et mente deinde subiecti, id quod tunc evenit magni ponderis constituit argumentum in favorem apti, et boni quoque, initi matrimonii» (coram Serrano Ruiz, deciso diei 13 ianuarii 1984, *ibid.*, vol. LXXVI, p. 12, n. 7).

INFACTO. — 8. In primis adnotandum est instructionem processus pauperrimam esse. Misera causa haec nihil aliud videtur nisi conamen viri, a patria exulis, ut canonicas nuptias suscipiat post tempus disertionis obligationis familiaris erga legitimam sponsam et filios. His animadversis, non est mirandum, quod libellus litis introductorius in pluribus discrepat a declarationibus partis adversae scriptis consignatis.

Quidquid in actis dicitur de partium credibilitate, infrascripti Patres censent in hac quaestione argumento extrinseco seu ex informationibus deprompto non omnem vim tribuendam esse. In casu potius ad credibilitatem intrinsecam seu factorum attendi debet.

9. Si mentem convertimus ad Actoris confessiones iudiciales, difficulter videmus, quomodo probari possit praenuptialis actus voluntatis positivus Conventae bono prolis adversae.

Ait quidem vir: «Prima della celebrazione del nostro matrimonio Emilie ha detto che anche lei stessa avrebbe voluto avere ancora altri figli», et etiam: «Prima della celebrazione delle nozze lei aveva l'idea che sarebbe stato bene di avere una famiglia più grande», atque sedulo determinat: «Quando però ci è nato nostro figlio Cristoforo e il parto ha avuto lo svolgimento un poco più difficile, Emilie ha avuto paura di ulteriori nascite e non voleva avere più figli».

Ex his Actoris declarationibus indubie constat consilium non generandi a muliere post nuptias initum esse.

10. Conventa, infirma valetudinis, incapax fuit coram Iudice se sistere ad depositionem faciendam. At illa, defatigata ratione agendi mariti, dum simulationem reicit, declarans: «Rigetto l'asserzione della domanda giudiziale», prolis detrectationem postnuptialem aperte admittit: «La causa per la quale io con questo uomo non volevo avere più nessun altro figlio è quella seguente...: Non vi è stata pertanto alcuna base per poter avere una grande famiglia». Non est, cur fides denegetur parti conventae, cuius relata optime cum ceteris causae adiunctis concordant.

11. Attentis partium declarationibus, non est mirandum, si Actoris testes asserunt se tempore sponsalium numquam ream Conventam audivisse loquentem de prolis exclusionem.

Ad mulieris propositum prolem respiciens quod attinet, speciali mentione digna sunt, quae socrus habet: «Io parto da questo punto, cioè che anche mia nuora abbia desiderato figli dal matrimonio». Ad suum vadimonium illustrandum, eadem testis referre valet factum concretum: «Durante il matrimonio Emilie ha una volta dichiarato che lei avrebbe voluto avere un figlio anche senza aver contratto il matrimonio ed educarlo e crescerlo grande come una madre sola educatrice».

Mulierem post filii nativitatem ulteriorem subolem non exoptasse viri familiares sciunt.

Refert enim soror: «Emilie, già, quella ha dichiarato che non avrebbe voluto più avere alcun figlio».

Deponit vero pater: «Soltanto dopo la nascita del primo bambino lei si è espressa dicendo che non voleva avere più alcun figlio».

Accedit quoque mater: «Dopo la nascita del primo figlio lei si è espressa in tale senso, che lei non desiderava avere più nessun altro figlio».

Iuxta testes, qui hac in quaestione Actorem plane probant, propositum mulieris ulteriorem prolem excludendi originem ducit a negativa in filii partu experientia. Hoc autem exclusionis motivum a muliere numquam est confirmatum. Etenim illud periclitatur depositione patris, qui nempe confitetur se a medico didicisse « che il parto non si sarebbe svolto in modo difficile ». Adsertus Conventae timor partus etiam ex filiae nativitate contradicitur, quidquid testes de medici suasionem asserunt.

12. Causam contrahendi quod spectat, Actor in argumentum ducit mulieris praegnantiam. Attamen ex actis processus eruitur veram matrimonii causam fuisse amorem tum temporis inter iuvenes vigentem.

Ipsa vir affert: « In quel periodo di tempo noi non avevamo alcuna lite e ci potevamo anche sopportare abbastanza bene ». Addit deinde: « Perfino io stesso anche gioivo per il fatto, che sarei diventato padre ». Et infra refert: « Emilie disse allora che mi amava ». Demum patefacit: « Veramente lei non mi ha mai detto chiaramente, di aver voluto sposarsi a causa del bambino nascituro ».

Cum his declarationibus congruit sororis iudicium: « A quanto posso giudicare io, direi che tra loro due sia esistito un amore ed affetto sincero prima ed anche dopo la celebrazione delle nozze ». Repetit alio in loco: « Mio fratello ha certamente sposato Emilie perché egli l'amava, ed io penso che anche Emilie abbia sposato mio fratello perché lei lo amava ». Rebus sic se habentibus, testis in mulieris praegnantia invenit tantummodo concausam, quae « probabilmente » virum movit ad mulierem sibi matrimonio iungendam.

Sine negotio viri mater de ambarum partium animo testatur: « Entrambi erano giovani ed innamorati e volevano contrarre il matrimonio ».

Quam cum hisce testimoniis asseverationes Actoris incongruentes sint, ante omnium oculos est. Ille enim coram Iudice fatetur se in uxorem duxisse Conventam solummodo propter eiusdem praegnantiam atque se mulierem numquam amore prosecutum esse.

13. Deficit causa simulandi remota. Non est dubium, quin mulier rectam notionem de matrimonio eiusdemque essentia necnon proprietatibus habuerit.

Ipsa Actor cogitur in iudicio admittere: « Prima della celebrazione delle nozze non abbiamo parlato di divorzio dal matrimonio ». Et mentem suam aperit: « Io partivo dal presupposto che anche mia

moglie avesse voluto un matrimonio fino a quando la morte non ci avrebbe separati». Postea rotunde affirmat: «Quando contraevamo il matrimonio nel 1970 volevamo prometterci reciprocamente la fedeltà».

14. Nec causa simulandi proxima ulla demonstratur in actis, cum praeter praegnantiam praenuptialem omnia rite fuissent facta.

Significans est Alinae narratio: «Entrambe le parti mi hanno a suo tempo dichiarato di sposarsi per motivi ragionevoli e di sperare che con l'andare del tempo più tardi sarebbe nato pure l'amore. In prima linea loro si sposavano a causa della gravidanza». Forte fuerunt nuptiae ob graviditatem praecipites, sed hoc nihil commune habet cum prolis exclusione.

Verum est mulierem uti causam exclusionis attulisse instabilem agendi rationem viri quoad opus necnon eiusdem ebrietates. Revelat: «L'attore non si è mai dedicato ad un lavoro regolare». Insuper adiungit «che l'attore era alcolizzato (dipendente da alcool) e perciò doveva andare a curarsi». Ast talia prolem excludendi motiva vim probativam retinent solummodo pro tempore postmatrimoniali. Ex tabulis processualibus enim non patet motiva adducta iam ante matrimonium radicitus inveterata in Actore insedissee. De quibus non tantum silent Actor eiusque testes, iisdem verum etiam opponitur nativitas filii, qui, praesuppositis causis, prius et potius reiciendus fuisset. Ad summum igitur videtur exstitisse initium vitiorum praematrimoniale.

15. Matrimonii circumstantiae contra Actoris assumptionem militant.

Mulier in familia catholicam et serenam educationem accepit. Ad rem fatetur vir: «La mia precedente moglie era religiosa e partecipava alla messa domenicale».

Matrimonium partibus a nemine est impositum nec illis dubium de felici coniugii exitu adfuit. «Io avevo tanto pochi dubbi — ait Actor — quanto pochi ne aveva manifestato allora Emilie». Immo, iuvenes de nuptiis appropinquantibus gavisii sunt, testante Actoris sore: «Entrambi aspettavano con gioia la celebrazione delle nozze». Concinit praecedentis testis mater: «In quel periodo di tempo loro due andavano bene d'accordo. Non ci sono stati allora dissidi seri». Et infra: «In quel tempo loro tutti e due volevano celebrare le nozze».

Consilium matrimonium ineundi cum consensu familiarium est conceptum. Ait vir: «I nostri reciproci genitori sono stati d'accordo che noi due ci saremmo sposati».

Sine ulla haesitatione Actoris mater de Conventa dicit «che lei ha desiderato la celebrazione ecclesiastica delle nozze». Et alibi instat: «Come già detto sopra, a mia nuora non bastava la celebrazione delle nozze con il rito civile. Lei aveva il desiderio di sposarsi anche in chiesa».

Quod status animi sponsorum die nuptiarum fuit optimus, a testibus redditur.

Filii nativitas etiam matri, adsertae simulanti, gaudium dedit. Deponit quidem pater: «Noi ne gioviamo entrambi».

Satis ex actis emergit coniuges non disiunxisse unitatis et procreationis significationes, quae ambae actui coniugali insunt. Si virum audis, «esistevano delle possibilità per un altro figlio», quia «non è stata usata alcuna prevenzione del concepimento».

Effectiva binae prolis procreatio procul dubio prolis exclusioni non favet, quidquid ab Actore dicitur de prolis recusatione ex parte mulieris. Certum enim est, quia duorum filiorum nativitas id probat, mulierem conventam viro actori non denegasse ius ad actus per se aptos ad prolis generationem. Ad abortus post nuptias mulieri attributos quod attinent, dicendum est de his in actis non adesse nisi implicitam admissionem. Infrascripti Patres una cum omnibus, qui in processu interverunt, vitae extinctionem habent crimen nefandum. Attamen, in primis culpam debet pater, qui obligationes erga suos non adimplevit, fatente muliere: «Io in Polonia e fino ad oggi da sola dovevo nutrire la mia famiglia». Et non sine amaritudine addit: «La Chiesa non avrebbe nutrito i miei figli e in Polonia non esisteva alcun ufficio di assistenza sociale». Si mulier post matrimonium adeo facile ad abortum recurrerit — uti Actor eiusque testes censent —, non esset amplius recursura ante nuptias?

Convictus iugalis diu protractus est per septendecim fere annos, saltem per tredecim annorum spatium coniuges pacifice eodem in loco vixerunt.

Neque causa ruinae coniugii ullam relationem habet cum capite accusato. Scribit reapse Conventa: «Il mio precedente marito aveva al mio arrivo in Germania già un'altra relazione e voleva il divorzio dal matrimonio», et iterum: «Quando io sono arrivata in Germania, l'attore però aveva già un'amante ed ha chiesto la separazione». Nec aliud habetur in litteris Servitii Socialis Evangelici ad Vicarium iudi-

cialem Coloniensem missis. Tandem, ipse vir non negat sive infidelitatem sive petitionem divortii.

16. Actor, qui mulieris praegnantiam tamquam causam contrahendi affert, laetum matris animum nuntiat, copulas rite peractas confirmat, de abortibus ab uxore patris certus non videtur et post nuptias ulteriorem praegnantiam admittit, eo ipso ostendit mulieris conventae voluntatem proli adversam nec absolutam nec pertinacem nec perpetuam fuisse.

17. Quibus omnibus in iure et in facto perpensis, Nos infra-scripti Auditores de turno sententiamus: *Negative, seu non constare de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusionem boni prolis ex parte mulieris conventae.*

Romae, in sede Rotae Romanae Tribunalis, die 24 novembris 1995.

*Iosephus M. Serrano Ruiz
Franciscus Bruno
Iosephus Huber, Ponens*

L'esclusione della prole nella giurisprudenza rotale recente.

1. La crisi nella comprensione del matrimonio e il suo rapporto con il fenomeno simulatorio.

Uno dei motivi di nullità del matrimonio più frequentemente invocato presso i tribunali ecclesiastici è la simulazione del consenso matrimoniale. In particolare, l'esclusione del bene della prole, l'esclusione dell'indissolubilità e l'esclusione del *bonum fidei*. Nell'ultimo volume delle decisioni rotali ci sono una trentina di cause che riguardano questi capi di nullità, con una chiara prevalenza dell'esclusione della prole o dell'indissolubilità. Senz'altro questo è un fatto che deve far pensare alla necessità di un rinnovato sforzo nella preparazione al matrimonio ⁽¹⁾. Senza negare la forza ordinatrice del-

⁽¹⁾ Nel suo recente discorso alla Rota Romana il Pontefice ribadisce la necessità di una accurata preparazione alle nozze: « Mi limito a sottolineare la grave responsabilità che incombe ai Pastori della Chiesa di Dio di curare una adeguata e seria preparazione dei nubendi al matrimonio: solo così, infatti, si possono suscitare nell'animo di coloro che si apprestano a celebrare le nozze le condizioni intellettuali, morali e spirituali, ne-

l'amore coniugale e la *inclinatio naturae* al matrimonio, che tante volte riescono a correggere le idee e le inclinazioni sbagliate che potrebbero portare i contraenti alla manifestazione di un consenso che non è veramente matrimoniale, non possiamo non dire che la forte presenza di modelli anti-matrimoniali nella nostra società, nella quale esiste una cultura contraccettiva che cerca di imporsi contro una visione della sessualità legata alla responsabilità e alla fecondità; e la presenza di una nozione di libertà che si oppone radicalmente alla stessa possibilità di impegni per tutta la vita, rende più difficile la formazione del vero consenso matrimoniale. Di fronte a queste culture, la famiglia si trova tante volte senza le armi per difendere la propria verità, ed è quindi necessario che tutta la Chiesa — pastori e fedeli — facciano uno sforzo per riscoprire la verità sul matrimonio e la famiglia. Oggi, più che mai, è necessaria la preparazione al matrimonio come una vera catechesi che porti i fidanzati, come attraverso un cammino vocazionale, alla vera donazione coniugale che è fedele, indissolubile e feconda. Anche in questo senso, a nostro avviso, è necessario un maggior collegamento tra pastorale e diritto, tra l'operato dei tribunali e l'azione delle diverse strutture pastorali che si dedicano alla famiglia. L'identificazione dei più ricorrenti difetti nella formazione del consenso matrimoniale può senz'altro giovare ad una efficace funzione di prevenzione delle anomalie consensuali che deve essere fatta in sede di preparazione al matrimonio.

Dinanzi al fenomeno della simulazione, i fedeli dobbiamo prendere coscienza della necessità di uno sforzo aggiuntivo nella difesa della verità del matrimonio, ma non come concetto ideologico o come contenuto di fede, ma come realtà veramente umana, intendendo per questo che il matrimonio riguarda la persona umana e la sua caratteristica essenziale di essere immagine di Dio sin della sua creazione all'inizio dei tempi, perché il matrimonio, come l'essere umano, essendo lo stesso nella sua essenza, è passato per i diversi momenti della storia della umanità: creazione, caduta e redenzione. È necessaria una riscoperta del matrimonio quale unione fedele, feconda e indissolubile, come patrimonio di tutti gli uomini, non soltanto dei cristiani. Perciò, pensiamo che la soluzione alle nul-

cessarie per realizzare la realtà naturale e sacramentale del matrimonio» (GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 21 gennaio 1999, n. 7, in *L'Osservatore Romano*, 22 gennaio 1999, p. 5).

lità e alle crisi matrimoniali — che non sono la stessa cosa — non si può trovare nel riservare a un ceto più ristretto e sufficientemente provato la celebrazione del matrimonio in chiesa, come se soltanto chi desse prova di una fede solida potesse accedere al matrimonio cristiano. La soluzione — nel rispetto della vocazione al matrimonio della stragrande maggioranza degli uomini, fondamento dello *ius connubii* — la dobbiamo trovare nello sforzo per ricostruire una vera cultura della vita e dell'indissolubilità, trovando dei modi culturalmente comprensibili per rispiegare agli uomini la perenne verità sulla dimensione veramente personalistica della sessualità umana che, per essere vera e degna dell'uomo, non può non tener conto delle diverse dimensioni della complementarità uomo-donna e della coniugalità che ne scaturisce. Il ricupero della relazione inscindibile tra matrimonio e famiglia come cammino per spiegare la fecondità, l'indissolubilità e la fedeltà come dimensioni intrinseche del patto coniugale e della relazione coniugale, può senz'altro giovare al conseguimenti di questi scopi essenziali⁽²⁾.

Riguardo all'esclusione della prole in particolare, ci sembra importante ribadire, in primo luogo, l'*unitarietà* del vero consenso matrimoniale di fronte alla dispersione della volontà simulatoria. Da una parte, si deve ammettere che in sede giurisprudenziale e dottrinale, quando si deve definire cosa sia l'esclusione, è necessario dividere per capire, vale a dire, i giudici e gli autori, perché devono distinguere chiaramente tra una vera volontà simulatoria e una volontà sufficiente benché difettosa, hanno bisogno di differenziare i diversi elementi che costituiscono la fattispecie, e allo stesso tempo devono distinguere quello che forma parte dell'essenza del consenso da quello che conviene che ci sia ma potrebbe mancare. Questo, però, non si può fare a scapito della *semplicità e unità* del vero consenso matrimoniale, che tante volte si esprime consapevolmente in un semplice *volere l'altro in quanto coniuge*, senza che tutte le conseguenze e i diritti-obblighi che ne scaturiscono siano presenti con volontà attuale nei contraenti. Cioè, è molto più facile sposarsi che simulare, anche tenuto conto della *inclinatio naturae* al matrimonio e della forza ordinatrice dell'amore coniugale. In questo senso, gli elenchi di diritti e obblighi devono prendersi con molta prudenza, senza pre-

(2) Cfr. J. CARRERAS, *La noción jurídica de relación familiar*, in AA.VV., *El primado de la persona en la moral contemporánea*, Pamplona 1997, pp. 433-443.

tendere, da parte dei contraenti, una chiara conoscenza ed accettazione di essi perché ci sia un consenso valido, anche perché l'oggetto primario del patto coniugale non sono questi diritti e doveri, ma le persone dei contraenti nella loro coniugalità.

Dallo studio della recente giurisprudenza di merito riguardante l'esclusione della prole, abbiamo individuato alcune questioni che sono state oggetto di analisi da parte dei giudici rotali. Le indicheremo in seguito, rimandando principalmente alle sentenze pubblicate nell'ultimo volume delle decisioni rotali⁽³⁾.

2. *Alcune questioni dibattute nella giurisprudenza rotale più recente sull'esclusione della prole.*

a) *Il contenuto e il senso della classica espressione « bonum pro- lis ».*

Nella giurisprudenza recente si scorge uno sforzo di determinazione del significato della classica espressione *bonum prolis*. Alcune sentenze, rifacendosi alla dottrina di San Tommaso, sostengono che il *bonum prolis* in quanto oggetto del consenso significa la prole *in suis principiis*; altre, lo identificano con la *intentio prolis*; altre, infine, con l'apertura alla dimensione fecondativa degli atti coniugali, sottolineando la inscindibilità tra la fecondità e la coniugalità, tra il bene dei coniugi e il bene della prole. Per capire bene la diversità di significati che viene dato al termine e superarla, pensiamo che possa essere utile ricordare che la prole come un bene del matrimonio non è qualcosa di totalmente statico, perché c'è prima una apertura, e dopo una realtà che esige un atteggiamento concreto dei coniugi/genitori dinanzi alla persona del figlio, che varia anche a seconda della crescita dei figli, perché non è lo stesso il bene della prole quando i figli sono piccoli e il bene della prole quando questo sono già cresciuti. Comunque, riguardo al momento del consenso, pensiamo che il *bonum prolis* venga identificato con la donazione/accettazione della dimensione feconda della propria mascolinità/femminilità, che implica la assunzione della potenziale paternità e maternità tra i coniugi. Il problema recente della fecondazione assistita,

⁽³⁾ *Romanae Rotae Decisiones seu Sententiae*, vol. LXXXVII (1995), Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1998, p. 760.

nella quale è possibile la realtà del figlio senza che ci sia una vera donazione della paternità/maternità *coniugali*, mette in luce come sia importante capire cosa significhi il bene della prole nella volontà dei contraenti, che non devono indirizzare la loro volontà al figlio a qualunque costo, perché questo è un dono e non un diritto, ma all'altro coniuge in quanto tale, il che implica anche l'apertura agli atti coniugali nel rispetto delle sue dimensioni unitiva e procreativa e alla conseguente potenziale paternità o maternità *matrimoniale* che deriva dalla coniugalità.

A conferma delle difficoltà nella determinazione del contenuto specifico del *bonum prolis*, sta il fatto della diversità di significati che nella giurisprudenza rotale troviamo nello spiegare cosa sia il *bonum prolis*. Quale è quindi il contenuto del *bonum prolis* in sede di manifestazione del consenso matrimoniale? Una cosa è la necessaria apertura alla potenziale paternità/maternità che deve necessariamente esistere nella donazione coniugale, nella quale il *bonum coniugum* ed il *bonum prolis* sono dimensioni inscindibili della coniugalità, e un'altra cosa sarà il *bonum prolis* quando il figlio diventa una realtà concreta ed esistente che esige una particolare cura da parte dei genitori, che potrebbe far sì che il bene della prole si metta persino al di sopra del bene personale dei coniugi. Questa visione dinamica del *bonum prolis*, a nostro avviso, potrà aiutare a superare una visione del matrimonio e dei suoi fini di taglio individualistico anziché personalistico. Senz'altro, il chiarimento sui significati della classica espressione *bonum prolis*, gioverà a una migliore e più precisa comprensione della verità o della falsità della concreta volontà manifestata nel segno nuziale. Per capire cosa intende la giurisprudenza rotale recente per *bonum prolis* in sede di manifestazione del consenso matrimoniale, analizzeremo brevemente il modo in cui la questione viene impostata dalle più recenti sentenze pubblicate.

Nella sentenza c. De Lanversin, del 5 aprile 1995, si pone l'accento non sulla prole in sé stessa, ma sul significato della dimensione procreativa dell'atto coniugale⁽⁴⁾. In un'altra sentenza, c. Ragni del 4 luglio 1995, si mettono in rapporto il *bonum prolis* e il *bonum coniu-*

(4) c. DE LANVERVIN, *Interammen.-Narnien.-Amerina*, 5 aprilis 1995, in RRDec. vol. LXXXVII, pp. 252-259, n. 6, p. 254: «Nam quoties contrahens in nuptiis ineundis ius ad actus per se aptos ad prolis generationem denegat quatenus obligationem reddendi debitum, quod vocatur, non vult assumere, teleologicam ordinationem consortii coniugalis a Creatore statutam foedat el nullum contractum vere coniugalem conficit

gum, che non si potrebbero dare l'uno senza l'altro. In questo senso, riconduce il *bonum prolis* a la dimensione procreativa dell'atto coniugale, non tanto al fatto della reale esistenza o meno dei figli nel matrimonio⁽⁵⁾. Proprio perciò, spiega, non sarebbe esclusione della prole l'intenzione di astenersi dagli atti coniugali per un determinato tempo e persino per sempre (matrimonio verginale). Sarebbe il caso, ad esempio, di decidere di vivere la continenza periodica. Si intende, però, che non si nega il diritto dell'altro coniuge di chiedere il debito coniugale⁽⁶⁾. E in una sentenza c. Bruno del 19 dicembre 1995 si colloca il contenuto del *bonum prolis* negli atti coniugali aperti alla fecondità, non nella prole in se stessa⁽⁷⁾.

In una decisione c. Burke del 19 ottobre 1995, parlando dello stesso argomento, si afferma che la procreatività sarebbe elemento identificante della relazione coniugale e quello che la specifica e la rende diversa da qualunque altra relazione interpersonale⁽⁸⁾. Un'analisi antropologica sbagliata potrebbe non riconoscere il valore personalistico della procreatività: è un errore dire che la procreatività è un fine istituzionale e non personalistico, perché il vero amore coniugale è un « amor-ad-vitam-apertus »⁽⁹⁾. Per questo, non si deve parlare di gerarchia tra i fini, ma di armonia⁽¹⁰⁾.

Così, non è possibile l'unione delle anime senza una vera e coniugale unione dei corpi, che nella relazione matrimoniale è necessa-

praecise quia eius elementum essenziale (cf. can. 1055, § 1), seu obiectum formale, positiva voluntate reicit».

⁽⁵⁾ c. RAGNI, *Pataviana*, 4 iulii 1995, in RRDec. vol. LXXXVII, pp. 449-466, nn. 6-7, p. 453.

⁽⁶⁾ *Ibidem*, n. 9, pp. 454-455.

⁽⁷⁾ c. BRUNO, *Ravennaten.-Cervien.*, 19 dicembris 1995, in RRDec. vol. LXXXVII, pp. 731-739, n. 3, p. 732: «Et ideo, proles finis specificus ac naturalis coniugii necnon obiectum directum consensus matrimonialis, per quem traditur et acceptatur ius ad actus per se aptos ad prolis generationem in perpetuum, i. e. absque ulla limitatione temporis».

⁽⁸⁾ c. BURKE, *Mediolanen.*, 19 octobris 1995, in RRDec. vol. LXXXVII, pp. 557-566, n. 3, p. 558.

⁽⁹⁾ *Ibidem*, nn. 3-4, p. 558.

⁽¹⁰⁾ *Ibidem*, n. 5, p. 559: «Iustum non videtur proponere existentiam alicuius tensionis naturalis inter istos fines, nec utile est postulare *hierarchiam* inter eos (quae quidem nullo loco proponitur in Concilio Vaticano II neque in ullo principali documento magisterio post-conciliaris). Quoad relationem inter hos duos fines institutionales matrimonii, oportet potius ut eorum harmonia, connexio ac intima interdependentia in luce ponantur».

riamente aperta alla terza persona del figlio. Non si può dare una vera unione personale tra i coniugi che non tenga conto di questa dimensione procreativa⁽¹¹⁾.

La reale donazione coniugale, per tanto, implica la donazione della procreatività. Non della prole come realtà, ma della potenziale paternità e maternità. In questo senso, la sentenza distingue tra la prole come realtà e la procreatività o *prolis in suis principiis*: «Talis donatio/acceptatio mutuae ac complementariae potentiae procreativae — scilicet, “bonum prolis”, in proprio sensu procreativitatis (“proles in suis principiis”) — essentialis est ut mutua auto-donatio sit authentice coniugalis, apta nempe pro constitutione veri matrimonii. Si unus aliave nupturiens positive excludit donum procreativitatis, insequitur quod consensus praestitus ad matrimonium constituendum inadaequatus est. Procreativitatem nempe excludens, quis reapse non donat, nec alteram partem accipit, in plena coniugali dimensione personae»⁽¹²⁾.

Anche la decisione c. Huber del 24 novembre 1995 inizia con la distinzione tra la prole intesa come realtà e la prole *in suis principiis*⁽¹³⁾. Benché appaia chiaro che il *bonum prolis* riguarda la retta comprensione della dimensione procreativa della coniugalità, in non poche occasioni la giurisprudenza torna sulla volontà di generare come contenuto del *bonum prolis*. Ma in questo bisogna essere molto precisi. La sentenza rispecchia questa difficoltà per determinare il contenuto del *bonum prolis* nel momento della manifestazione del consenso: «semper verum manet eum invalide contrahere, qui in consensu praestando intentionem generandi excludit. Censetur intentio prolis esclusa, cum id fiat positivo actu voluntatis ita firmæ, absolutæ et praevalentis, ut nonnisi destitutum filiis matrimonium quis inire intendat»⁽¹⁴⁾. Cosa succederebbe nei casi in cui per gravi

(11) *Ibidem*, n. 6, p. 559: «Coniuges vero non possunt assequi expressionem eorum mutui amoris magis “personalizatam”, quam participare insimul in actu (qui *coniugalis* actus expresse nuncupatur) cuius fructus ac plenitudo est praecise tertia persona».

(12) *Ibidem*, n. 9, p. 560.

(13) c. HUBER, *Colonien.*, 24 novembris 1995, in RRDec., vol. LXXXVII, pp. 634-640, n. 2, p. 635: «Bonum prolis in suis principiis, id est intentio prolis pertinet ad matrimonii essentiam “sine qua matrimonium esse non potest” (S. Th. Suppl., q. XLIX, a. 3, c) (...) Pacificum est bonum prolis “qualificari et commensurari semper debere cum actibus per se aptis ad prolis generationem, nempe cum actu coniugali” (c. Pompedda, 3 iulii 1990, n. 3)».

(14) *Ibidem*, n. 4, p. 635.

ragioni i coniugi decidessero di evitare la prole rispettando la dimensione procreativa dell'atto coniugale? Ancora di più: sarebbe ammissibile la volontà di entrambi i coniugi di non consumare il matrimonio per motivi giusti? Ci sembra che oggi è possibile che si diano queste situazioni: pensiamo, ad esempio, a coloro che dopo una vita maritale di fatto, con figli già nati, decidessero di regolarizzare la loro situazione, disponendo allo stesso tempo di non avere più figli per ragioni giuste, o al caso di colui che, affetto da una malattia gravemente infettiva, contraesse il matrimonio con la volontà espressa di non consumarlo pensando al bene dell'altro coniuge. Sono esempi che potrebbero sembrare dei casi limite, ma pensiamo possano servire a mostrare la necessità di restare aperti alla realtà del caso concreto, perché il giudizio sulla nullità o la validità deve tener conto del concreto progetto matrimoniale e della sua conformità con i contenuti essenziali della coniugalità al momento del patto coniugale, nonché della realtà delle persone dei contraenti.

A conferma di questa nostra affermazione, sta il fatto che l'elemento determinante non è che i figli ci siano stati o meno, ma la reale volontà dei contraenti al momento delle nozze. La stessa sentenza afferma che, se ci fossero dei figli, si dovrebbe accertare che questi sono nati malgrado tutte le precauzioni prese dai coniugi per evitarli e in seguito ad una volontà escludente che era già presente al momento delle nozze. Lo stesso si afferma del fatto che la donna abbia fatto ricorso all'aborto: non è di per sé prova dell'esclusione, perché tante volte è frutto di cattivi consigli o di inadempimenti degli obblighi matrimoniali da parte del marito, che comunque sono circostanze sopravvenute al consenso⁽¹⁵⁾. È però chiaro che, qualunque sia la decisione nei confronti dei figli, non basta rispettare la dimensione procreativa, ma è necessario accettare le sue conseguenze, nel senso che una volontà che rifiuti positivamente di ricevere e di farsi carico dei figli che potessero venir concepiti malgrado le cautele prese per cause giuste, sarebbe anche una volontà non matrimoniale.

In questa sentenza si propone ancora il contenuto della classica espressione *bonum prolis*. La domanda sul contenuto del *bonum prolis* si potrebbe specificare così: cosa significa che il matrimonio è «ordinato alla procreazione ed educazione della prole»? Le sentenze rotali recenti tornano più volte sull'argomento, riportando la nota af-

(15) Cfr. *Ibidem*, n. 5, p. 636.

fermazione di San Tommaso secondo la quale la prole sarebbe elemento essenziale del matrimonio soltanto *in suis principiis*. La questione è determinare il significato dell'espressione, perché alle volte viene identificata con la apertura verso la dimensione procreativa degli atti coniugali e alle volte con la cosiddetta *intentio prolis*⁽¹⁶⁾. Pensiamo che sia più chiaro identificarla con l'apertura alla coniugalità in tutte le sue dimensioni, particolarmente quella procreativa, perché l'*intentio prolis*, in se stessa, si potrebbe intendere in modi diversi e poco precisi. Un esempio lo abbiamo nella volontà di prole facendo ricorso ai metodi artificiali di procreazione che, in quanto non rispettano la verità del rapporto coniugale uomo-donna, che è al centro della complementarità coniugale, non è manifestazione di una reale volontà di accettazione dell'altro nella verità della sua condizione sessuata nel matrimonio, il quale implica necessariamente la potenziale paternità-maternità frutto della personale e inalienabile mutua donazione corporale. Il punto del problema è determinare se si accetta e si dona la propria dimensione di fecondità della sessualità, che è inscindibile dalla donazione corporea sessuale tra uomo e donna, non la semplice volontà e ancor meno la semplice intenzione di avere figli. Così come potrebbe esserci una volontà di non avere figli, ma nel rispetto della verità della sessualità, che non necessariamente intaccherebbe la verità della donazione matrimoniale, potrebbe esserci anche una volontà chiara di avere figli che non rispetti questa verità della coniugalità, ad esempio, per la volontà di far ricorso alla fecondazione artificiale, per la volontà di esclusività nella decisione sul come, se e quando avere dei figli. Indubbiamente, come abbiamo già detto, non basta che i coniugi restino aperti alla fecondità ma, dalla stessa prospettiva della verità sulla persona e sul matrimonio, il fatto che la prole venga concepita esige che i coniugi si assumano le conseguenze per quanto riguarda la cura e l'educazione di essa. Questo sarebbe il senso nel quale l'accettazione ed educazione della prole formano parte del *bonum prolis* come elemento essenziale dell'oggetto del patto coniugale. Perché ci sia consenso ma-

⁽¹⁶⁾ Questo è il senso che si da all'espressione in una sentenza c. Civili, *Bononien.*, 18 dicembris 1995, in RRDec. vol. LXXXVII, pp. 694-705, n. 6, p. 696: «Iuxta Anglicum Doctorem, ordinatio matrimonii ad prolem, quam ipse "intentio prolis" vocat, est res revera essentialissima, quatenus ex ipsa foederis natura causatur i. e. in suis principiis: nullum igitur dubium quin ipsum matrimonium in fieri corrumpat si contrahens ordinationem illam excludat».

rimoniale valido non è quindi necessaria la presenza di una volontà articolata che consapevolmente accetti diversi obblighi: apertura alla fecondità, accettazione dell'eventuale prole, volontà di educarla, ecc., ma basta che ci sia una reale donazione e accettazione vicendevole come coniugi, con tutto quello che la realtà *coniuge* implica nella sua essenzialità, specificamente, nell'argomento che ora trattiamo, riguardo alla dimensione procreativa dell'unione coniugale.

Si intende, però, che ciò non deve significare che l'oggetto conscio del patto sia l'interscambio di diritti e di obblighi, ma la reale volontà di donarsi coniugalmente. Nella vera volontà matrimoniale, non c'è un oggetto complesso e articolato del consenso, quasi che i coniugi dovessero positivamente integrare nella loro volontà i diversi elementi: c'è, semplicemente, la volontà di sposarsi, cioè, di donarsi coniugalmente, e da questa reale donazione scaturirebbero i diritti e gli obblighi. Nella volontà simulatoria, invece, questa unicità viene sciolta, quando il contraente che esclude pretende un consenso che abbia alcuni elementi del matrimonio ma volendo escluderne altri, vale a dire, vuole l'altro come coniuge, ma non con tutto quello che implica l'essere coniuge, escludendo positivamente alcune delle dimensioni della coniugalità, la fecondità in questi casi.

Indubbiamente, una volontà che accetti gli atti aperti alla vita ma rifiuti radicalmente la vita stessa o il prendersi cura degli eventuali figli, non sarebbe una volontà matrimoniale, perché anche in questi casi si rifiuterebbe la dimensione di fecondità della coniugalità. Ancora una volta, si scorgerebbe una scissione nell'unità essenziale dell'atto di donazione coniugale il quale, quando è vero, implica la donazione/accettazione della coniugalità con quello che essa implica nella sua essenzialità. Questa unità della donazione, che non esige una complessa formazione di una volontà articolata in un insieme di diritti e obblighi, viene palesata con grande semplicità dalla tradizione liturgica con le parole della celebrazione nuziale, che esprimono il nocciolo delle nozze come manifestazione esterna costitutiva della relazione coniugale: «ti accetto come mio marito / mia moglie, mi dono come tuo marito / tua moglie». In queste semplici parole, quando non si è intromessa la forza distruttrice della simulazione, si contiene tutta l'essenza della vera donazione coniugale.

Nella determinazione del contenuto giuridico del *bonum prolis*, una sentenza c. Huber del 20 dicembre 1995 parla in primo luogo del diritto-dovere agli atti veramente coniugali: «Si distinguimus in bono prolis id, quod est essenziale, ab eis, quae sunt integrantia

vel accidentalia, dicere debemus bonum prolis essentialiter comprehendere ius et correlativam obligationem ac actus matrimonii proprios peragendo»⁽¹⁷⁾. Poi, di seguito, conferma quanto dicevamo poc'anzi: sarebbe anche parte dell'essenza del *bonum prolis* l'accettazione ed educazione dell'eventuale prole: «Hoc bonum amplectitur iuxta constantem iurisprudentiam canonicam etiam bonum physicum prolis, id est ius et officium ad prolis forte conceptae nativitatem eiusque in vitae conservationem et educationem»⁽¹⁸⁾.

Ciò non significa, però, che oltre a volere i figli sia necessario che i contraenti consapevolmente abbiano una volontà di riceverli, educarli, ecc. Va ribadita ancora la *unicità* e la *semplicità* del atto del consenso, cioè, non si può chiedere ai contraenti una volontà articolata indirizzata ai diversi diritti e doveri che scaturiscono dal consenso matrimoniale, perché la volontà matrimoniale, per la sua stessa natura, non va indirizzata primariamente ai diritti-obblighi coniugali, né l'oggetto primario del patto coniugale sono questi diritti e doveri, ma le stesse persone dei contraenti nella loro coniugalità⁽¹⁹⁾. Nel momento del consenso, quando questo è vero — cosa che si deve presumere (c. 1060) — c'è una volontà di donarsi realmente nella coniugalità, cioè, proprio nella complementarità che scaturisce dalla diversità uomo-donna e, da questa donazione personale, scaturiscono tutti i diritti e doveri coniugali, ma come conseguenza della donazione delle persone, non come interscambio di diritti e doveri realizzato mediante un contratto sinallagmatico. Chiedere una volontà che positivamente, al momento del consenso, accetti tutte le conseguenze giuridiche della donazione coniugale sarebbe chiedere più di quello che esige la realtà del consenso e la realtà della persona umana. Che il consenso simulato sia il rovescio del consenso vero non significa che perché ci sia vero consenso sia necessaria la consapevole assunzione di tutti i diritti e doveri essenziali del matrimonio. La scissione e la dispersione tra i diritti e gli obblighi matrimoniali avviene nel consenso simulato, quando il contraente, volontariamente, decide di fare la scissione: «voglio questo ma non quest'altro»; non invece nel consenso vero, nel quale la vera volontà di donarsi coniugal-

⁽¹⁷⁾ c. HUBER, *Friburgen.*, 20 decembris 1995, in RRDec., vol. LXXXVII, pp. 747-757, n. 7, p. 749.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁹⁾ Cfr. J. CARRERAS, *Il «bonum coniugum» oggetto del consenso matrimoniale*, in «Ius Ecclesiae» 6(1994), pp. 117-158.

mente, con tutto quello che implichi la donazione, coinvolge l'insieme dei diritti e obblighi matrimoniali essenziali.

Come dicevamo nel fare l'analisi della sentenza c. Civili del 18 dicembre 1995, non basta che ci sia una volontà chiara di non avere più figli, soprattutto nei casi in cui già c'erano, ma bisogna andare oltre e analizzare la reale volontà dei contraenti al momento di contrarre il matrimonio, perché è possibile una vera volontà matrimoniale nella quale i coniugi abbiano deciso, nel rispetto della verità del matrimonio e delle relazioni sessuali, di non generare più prole per motivi giustificati. La domanda centrale sarebbe, come abbiamo ribadito più volte, se al momento della manifestazione del consenso la volontà interna dei contraenti era una volontà veramente matrimoniale, nella quale c'è una donazione/accettazione vicendevole in tutte le dimensioni essenziali della mascolinità e femminilità, non in astratto, ma nella situazione concreta dei contraenti e secondo un determinato progetto matrimoniale che risponde e rispetta sia la loro reale situazione sia le esigenze della verità sulla persona e sulla sessualità.

Per tutto questo, i giudici devono evitare l'applicazione di categorie rigide o di preconetti nella soluzione del caso concreto. L'operato del giudice non può mai essere una semplice applicazione di norme o di categorie previamente costruite, ma deve essere una vera azione di prudenza, nella quale, alla luce della verità sul matrimonio e il consenso, e tenendo conto delle realtà del caso concreto, il giudice scorge la verità o la falsità del segno nuziale, sempre alla luce dei principi che informano tutto il sistema matrimoniale della Chiesa.

b) *Il senso dell'espressione «atto positivo di volontà» adoperata dal legislatore.*

Alcune sentenze parlano di un atto positivo di volontà diverso dall'atto di volontà di contrarre il matrimonio, come se esistessero due atti di volontà che si contrappongono. Al riguardo, pensiamo che sia più preciso parlare di una volontà positivamente contraria alla verità matrimoniale, nel senso che, nei casi di esclusione, abbiamo, da una parte, una volontà di mettere in atto il segno nuziale e, dall'altra, una volontà concreta che per il suo contenuto è radicalmente contraria alla verità sul matrimonio, perché ha un oggetto che non è confacente con la coniugalità o con una delle sue dimensioni essenziali. Nel consenso valido non ci sono due atti di volontà, uno di sposarsi e un altro di celebrare il matrimonio, ma un unico

atto di volontà che si manifesta esternamente mediante il segno nuziale. Nel consenso simulato, invece, c'è una scissione di questa unità, perché il segno nuziale non rappresenta più quello che dovrebbe essere, ma viene falsato da una volontà determinata ad un contenuto che non è veramente coniugale. Quindi, più che due atti di volontà che si annullano a vicenda, abbiamo una volontà non matrimoniale e una volontà di realizzare il segno nuziale che non corrisponde a ciò che dovrebbe significare.

In una sentenza c. Gianecchini del 28 marzo 1995 si ribadisce la necessità di una causa grave e proporzionata e di un atto positivo di volontà, che viene distinto dalle intenzioni, desideri, ecc. ⁽²⁰⁾. Nel definire cosa sia l'atto positivo di volontà, si legge nella sentenza: «*Exclusio absoluta et perpetua, illis scilicet qui dum verba consensum exprimentia profert, firmum gerit propositum in perpetuum excludendi prolis generationem. Hoc sane in casu invalide contrahit*» ⁽²¹⁾.

Come si vede, l'atto positivo di volontà viene identificato con il proposito fermo di escludere la generazione della prole al momento di manifestare il consenso. Non sembra quindi che si debba esigere un doppio atto di volontà: quello di sposare e quello di escludere, ma che al momento di manifestare le parole del consenso vi sia in contemporanea una volontà positiva contraria alla prole.

In un'altra sentenza, c. Ragni del 4 luglio 1995, ci sono riferimenti anche alle caratteristiche dell'atto positivo di volontà: «*quaevis simulatio vel exclusio quoad matrimonium — solummodo posita in momento manifestationis consensus matrimonialis per actum positivum voluntatis modo actuali vel virtuali elicatum atque simplici forma aut conditione seu pacto vestitum — matrimonialem contractum nullum reddit*» ⁽²²⁾. Detto questo, ribadisce che gli abusi ses-

⁽²⁰⁾ c. GIANECCHINI, *Placentina-Bobien.*, 28 martii 1995, in RRDec., vol. LXXXVII, pp. 240-251, n. 2, p. 242: «*Simulatio excludi absolute vel a priori nequit, sed admittenda non videtur nisi adsit causa proportionate gravis (...). Absque gravi causa, simulatum actum ponere eo vel magis quod ad simulationem vel partialem pandam necesse est ut vera contraria voluntas, seu per actum positivum voluntatis manifestata, quae revera circumscribat consensus obiectum et consequenter matrimonium irritum reddat. Quem effectum autem non obtinet intentiones habituales et eo vel magis interpretativae, quae voluntatem non determinant, item desideria, velleitates, animi suasiones, errores et alia huiusmodi contra bona matrimonii militantia*».

⁽²¹⁾ *Ibidem*, n. 8, p. 254.

⁽²²⁾ c. RAGNI, *Pataviana*, 4 iulii 1995, cit., n. 9, p. 455.

suali o l'inadempimento dei doveri che hanno la loro origine in ragioni gravi o meno sorte dopo il matrimonio, non rendono nullo il matrimonio già celebrato validamente.

La sentenza afferma chiaramente la necessità di determinare l'esistenza nel caso concreto di un atto positivo di volontà di esclusione contrario all'atto positivo di volontà di celebrare il matrimonio. Quindi, sembra affermare come elemento della fattispecie il doppio atto positivo di volontà: «*primum elementum probationis desumi debet in detegendo num in singulo casu — contra actum positivum voluntatis nupturientis matrimonium contrahendi — in animo eiusdem elicitus fuerit alter positivus voluntatis actus excludens aliquam proprietatem essentialem aut bonum essentialia eiusdem matrimonii*»⁽²³⁾

In questo senso, nella decisione c. Burke del 19 ottobre 1995 si dice dell'atto di esclusione che deve essere positivo e presente al momento del consenso: «*medulla quaestionis est realis mens nupturientis: utrum necne positivo actu voluntatis quendam essentialem aspectum auto-donationis coniugalis exclusisset*»⁽²⁴⁾.

Al riguardo, bisogna approfondire la necessità di un doppio atto di volontà⁽²⁵⁾. Forse una precisazione va fatta. Nel consenso simulato non si può parlare di una volontà di contrarre il matrimonio e di una volontà positiva di esclusione, che cancellerebbe la prima. Allo stesso modo in cui nel consenso valido non ci sono due atti positivi di volontà — la volontà di donarsi e la volontà di realizzare l'atto di manifestazione del consenso come volontà diversa—, nel consenso simulato la scissione tra realtà e apparenza non si ha tra due volontà che si trovano allo stesso livello, ma tra la realizzazione del segno nuziale esterno e una volontà interna che non si corrisponde con la vera volontà di donazione coniugale con tutti i suoi elementi: cioè, non ci sono due volontà interne che riguardano il progetto matrimoniale: voglio veramente Tizia come moglie e voglio sposarla, ma non voglio in essa, con atto positivo, una proprietà o un elemento essenziale della coniugalità. La realtà sarebbe piuttosto: voglio costituire il segno esterno nuziale per unirmi a Tizia ma, allo

⁽²³⁾ *Ibidem*, n. 10, p. 455.

⁽²⁴⁾ c. BURKE, *Mediolanen.*, 19 octobris 1995, cit., n. 15, p. 561.

⁽²⁵⁾ È molto interessante l'analisi che al riguardo fa P. J. VILADRICH nel suo commento al can. 1101, in *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. III, Pamplona 1996, pp. 1323-1380.

stesso tempo, con una volontà ben determinata, voglio un progetto di vita che è radicalmente incompatibile con la verità che dovrebbe essere manifestata tramite il segno nuziale nel quale le volontà dei contraenti costituiscono il patto coniugale con tutte le sue caratteristiche, proprietà ed elementi essenziali⁽²⁶⁾. In questo senso, nell'atto simulatorio, si opera una scissione tra volontà esterna e volontà interna, per cui nel consenso simulato — diversamente da quanto accade nel consenso valido nel quale c'è un'unica volontà che viene manifestata esternamente nel segno nuziale, per cui non c'è bisogno di una volontà di sposarsi e di una volontà diversa di costituire il segno nuziale — c'è uno sdoppiamento della volontà: volontà interna non matrimoniale e volontà di costituire il segno nuziale falsato in quanto non corrisponde con quello che dovrebbe significare. È questo, al nostro avviso, il senso dell'espressione «atto positivo di volontà» adoperata dal Legislatore⁽²⁷⁾.

c) *La distinzione tra «ius» e «usum iuris».*

La giurisprudenza non è unanime riguardo alla distinzione tra *ius* e *usum iuris*. Alcune sentenze rotali rifiutano l'applicabilità di questa distinzione allo stesso atto del consenso, perché sarebbe inammissibile una volontà di assumere il diritto insieme a una volontà di non obbligarsi. Altre sentenze, invece, continuano ad adoperare la distinzione. Pensiamo che sia più conforme a verità la prima linea giurisprudenziale. La causa delle divergenze, tante volte, si trova in una confusione tra il livello probatorio e quello sostantivo. A livello di prova della simulazione, la distinzione tra una volontà contraria al diritto e la realtà dell'inadempienza dimostrata durante la vita matrimoniale è essenziale, perché soltanto qualora l'inosservanza avesse la sua causa in una volontà positiva presente al mo-

(26) Nel suo recente discorso alla Rota Romana diceva Giovanni Paolo II: «In definitiva, la simulazione del consenso, per portare un esempio, altro non significa che dare al rito matrimoniale un valore puramente esteriore, senza che ad esso corrisponda la volontà di una donazione reciproca di amore, o di amore esclusivo, o di amore indissolubile o di amore fecondo. Come meravigliarsi che un simile matrimonio sia votato al naufragio? Una volta cessato il sentimento o l'attrazione, esso risulta privo di ogni elemento di coesione interna. Manca, infatti, quel reciproco impegno oblativo che, solo, potrebbe assicurarne il perdurare» (GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 21 gennaio 1999, cit., n. 4).

(27) Cfr. P. J. VILADRICH, *Comentario...*, cit., pp. 1325-1328.

mento della manifestazione del consenso si potrà parlare di similitudine del consenso. Assolutizzare questi criteri e applicarli al consenso matrimoniale, a nostro avviso, non gioverebbe alla comprensione di cosa siano il consenso e gli elementi e proprietà essenziali del matrimonio. Come dicevano alcune delle sentenze che abbiamo analizzato, non si vede come sia possibile che, nello stesso atto di consenso, uno dei coniugi si impegni e assuma i suoi obblighi e al contempo si rifiuti radicalmente all'adempimento di essi.

Tra le decisioni che continuano ad adoperare la distinzione tra il diritto e il suo esercizio riguardo alla assunzione del *bonum prolis* nel momento manifestativo del consenso matrimoniale possiamo indicare una c. Giannecchini del 28 marzo 1995⁽²⁸⁾; una c. De Lanversin del 5 aprile 1995, che afferma che non è una distinzione artificiosa ma che risponde alle reali possibilità psicologiche della persona⁽²⁹⁾; una c. Ragni del 4 luglio 1995⁽³⁰⁾.

La sentenza c. Huber del 20 dicembre 1995 torna sul problema della cosiddetta esclusione temporale della prole, affermando che se questa esclusione è una esclusione *ad tempus* dello stesso diritto agli atti coniugali in quanto diritto, sarebbe una vera esclusione della prole. Tentando di spiegare la diversità tra la esclusione del diritto e la volontà di non osservarlo, fa uno sforzo di distinzione tra l'intenzione di non obbligarsi e l'intenzione di non osservare gli oneri assunti, affermando che benché logicamente si possa fare la distinzione, psicologicamente è molto difficile che si dia nell'animo dei contraenti, anche perché nei contraenti che veramente escludono quello di cui sono consapevoli è semplicemente della ferma volontà di non avere figli⁽³¹⁾. Pensiamo che il problema non sia soltanto psicologico ma reale, in quanto non si vede quale accettazione della coniugalità e della fecondità ci possa essere in una volontà positiva di

⁽²⁸⁾ Cfr. c. GIANNECCHINI, *Placentina-Bobien.*, 28 martii 1995, cit., n. 2, p. 242.

⁽²⁹⁾ c. DE LANVERSIN, *Interamnen.-Narnien.-Amerina*, 5 aprilis 1995, cit., n. 7, p. 254: «Quae distinctio haud mere speculativa est cum ad modum agendi hominum pertineat».

⁽³⁰⁾ c. RAGNI, *Pataviana*, 4 iulii 1995, cit., n. 11, p. 457: «Quamvis "il rifiuto della fecondità priva la vita coniugale del suo preziosissimo dono, il figlio" (CCC. c. 1064), recusatio tamen fecunditatis tunc tantum nullum reddit matrimonium, cum in ius sive officium ad dictam coniugalem procreativitatem afficit, minime vero si in ius sive officium ad dictam coniugalem procreativitatem tantum spec-

⁽³¹⁾ cfr. c. HUBER, *Friburgen.*, 20 decembris 1995, cit., n. 8, pp. 749-750.

rispettare la dimensione fecondativa dell'atto coniugale e la parziale paternità-maternità dell'altro coniuge. Si deve comunque evitare la assolutizzazione dei criteri che servono in sede probatoria a distinguere la vera esclusione della prole dal semplice abuso del diritto successivo alla celebrazione del matrimonio.

Invece, nell'ultimo volume delle decisioni rotali ci sono altre sentenze che sostengono l'inapplicabilità della distinzione nello stesso atto del consenso matrimoniale. È il caso della sentenza c. Bruno del 19 dicembre 1995 la quale, citando Staffa, conferma la linea di giurisprudenza già indicata secondo la quale non è possibile, nello stesso atto del consenso, una volontà di assumersi l'obbligo insieme a una volontà positiva di inadempienza: «Consensus matrimonialis proprie dictus, cum voluntate non adimplendi obligationem, nihil aliud esse nisi voluntas sumendi obligationem una cum voluntate excludendi obligationem adimplendi, id est voluntas sumendi obligationem et simul voluntas obligationem non sumendi: quod est contradictorium»⁽³²⁾.

La sentenza c. Civili del 18 dicembre 1995 analizza le diverse interpretazioni della dottrina dell'Aquinate sulla distinzione tra la volontà escludente il diritto e l'esclusione dell'uso del diritto, affermando che questa distinzione tra diritto ed esercizio del diritto è stata molte volte assolutizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza. È vero che una cosa è il diritto ed un'altra il suo esercizio, ma applicare questa distinzione al momento del consenso non è per niente chiaro⁽³³⁾. La sentenza, cercando di spiegare il perché di queste affermazioni, approfondisce la natura degli obblighi coniugali, sostenendo che i diritti-doveri riguardanti il matrimonio non possono essere trattati come diritti reali, nei quali sarebbe possibile la scissione tra il diritto ed il suo uso, anche al momento della trasmissione del diritto, come succede, ad esempio, con il diritto di proprietà⁽³⁴⁾. I diritti inerenti al matrimonio, che sono diritti personalissimi, non ammettono al momento della loro tradizione questa scissione. Perciò, nel caso del *bonum proles*, non sarebbe una vera accettazione del diritto quella di colui il quale dice di donare ed accettare la menzione feconda della coniugalità ma, allo stesso tempo, ne

(32) c. BRUNO, *Ravennaten.-Cervien.*, 19 dicembre 1995, cit., n. 4, p. 733.

(33) Cfr. c. CIVILI, *Bononien.*, 18 dicembre 1995, cit., n. 8, p. 697.

(34) *Ibidem*, nn. 10-11, p. 698.

stesso atto di costituzione del vincolo coniugale, si riservasse o rifiutasse l'uso del diritto o l'adempimento del dovere. Quindi, colui che al momento del consenso ha la volontà positiva contraria all'uso della sessualità conforme alla sua verità, non sta cedendo nessun diritto. Perciò, la distinzione tra diritto e uso del diritto può essere utile nel momento di determinare l'esistenza di una vera esclusione, nel senso che una cosa è escludere un dovere essenziale al momento del consenso, il che renderebbe nullo il matrimonio, e un'altra cosa sarebbe l'inosservanza di un dovere che era stato assunto, dovendo il giudice, dinanzi ai fatti concreti della vita matrimoniale, distinguere per chiarire tra l'esclusione vera e propria e il semplice inadempimento degli obblighi per cause che appaiono lungo la vita matrimoniale. Invece, non è giusto fare questa distinzione nell'analizzare la volontà dei contraenti al momento della manifestazione del consenso, come se fosse possibile, al momento di pronunciare il sì, che la persona da una parte ammettesse il diritto e, allo stesso tempo, ne rifiutasse l'adempimento: si può dire che il diritto-dovere è stato accettato quando già sin dal momento fondante del patto c'è una volontà positiva di inadempienza? Pensiamo di no⁽³⁵⁾.

La sentenza, tenuto conto di questo chiarimento, spiega in questo modo la tradizionale dottrina di San Tommaso: « Censemum revertendum ad genuinum sensum doctrinae thomisticae: matrimonium invalidum esse si consensu contrahens exprimeret voluntatem contrariam intentioni prolis, seu, utendo terminis vigentis legis canonicae, contrariam ordinationi naturali ad prolis generationem et educationem »⁽³⁶⁾.

Siamo d'accordo per quanto riguarda il chiarimento sul senso della distinzione tra *ius* e *exercitium iuris*, che sarebbe inapplicabile al momento del consenso ma, a nostro avviso, affermare che l'oggetto della volontà è la *intentio prolis* e non l'apertura agli atti coniugali, cioè, realizzati nel rispetto della dimensione unitiva e procreativa, potrebbe trovare un ostacolo difficile da superare: l'ammissibilità di un consenso che includa la cosiddetta « paternità responsabile ». Infatti, la citata sentenza c. Civili, di fronte a questa

⁽³⁵⁾ Cfr. P.J. VILADRICH, *Comentario...*, cit., p. 1360-1363. L'autore parla di questo argomento specificamente nella trattazione dell'esclusione del *bonum fidei*, ma pensiamo che sia estensibile all'esclusione del *bonum prolis* se viene interpretato come abbiamo precedentemente indicato.

⁽³⁶⁾ c. CIVILI, *Bononien.*, 18 dicembris 1995, cit., n. 14, pp. 698-699.

possibilità, dà una risposta che, a nostro avviso, potrebbe essere malintesa: « Admitti potest in peculiarissimis 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 factò esse, non autem in matrimonio in fieri; etenim si positae antequam consensus praestetur, in discrimen trahere possent ipsius consensus valorem, quatenus pervenirent ad spoliandam coniugalem pactionem essentiali ordinatione ad prolis generationem »⁽³⁷⁾. Sembrerebbe affermare che quello che si può fare lecitamente dopo la celebrazione del matrimonio renderebbe nullo il consenso se si facesse al momento della sua manifestazione. La sentenza, appunto, alla fine della parte *in factò* ribadisce che « procreatio responsabilis pertinet ad coniuges, non ad contrahentes. Inepte proinde invocatur ad iustificandam voluntatem numquam procreandi, qualis profecto fuit illa ab Actrice elicità »⁽³⁸⁾. Non basta dimostrare che uno o entrambi i coniugi avevano la volontà di non avere dei figli per motivi più che giustificati, ma è necessario determinare il *come*, vale a dire, se lei o entrambi erano disposti o meno agli atti coniugali realizzati del rispetto della dimensione fecondativa. Perciò, la nullità sta non nella sola decisione di non avere figli, ma nell'esclusione degli atti coniugali realizzati nel rispetto della loro doppia dimensione unitiva e procreativa, quindi, nella mancanza di una vera volontà coniugale, a causa del rifiuto della dimensione coniugale dell'altro contraente in quello che essenzialmente implica.

Converrebbe, nel caso concreto, delimitare il confine tra l'esclusione del diritto e la volontà determinata totalmente all'inadempimento di questo. Fino a che punto si può affermare che non sia una vera volontà di escludere lo stesso *bonum prolis* una volontà positiva di non osservare un diritto che forma parte dello stesso consenso? Ha veramente voluto la dimensione feconda della coniugalità colui che già al momento del matrimonio, benché teoricamente ammetta che i figli sono una dimensione essenziale, non è disposto a osservare i suoi obblighi al riguardo? Per rispondere a queste domande, il giudice deve tener in conto ciò che determina la realtà

⁽³⁷⁾ *Ibidem*, n. 15, p. 699.

⁽³⁸⁾ *Ibidem*, n. 28, p. 705.

del consenso matrimoniale nel caso concreto, che non sono le idee, le motivazioni, le inclinazioni, ma la reale volontà delle persone. Analogamente, il solo fatto di pensare che i figli sarebbero di intralcio alla vita di coppia non rende di sicuro nullo il consenso matrimoniale, se non c'è una volontà di esclusione, l'aver l'idea chiara che l'ordinazione alla prole è essenziale al matrimonio, se insieme c'è una radicale volontà di non rispettare questa dimensione che si ritiene appartenente al matrimonio, farebbe venir meno il consenso per mancanza di un elemento essenziale del suo oggetto. La risposta alla domanda sulla nullità deve quindi tener conto della reale volontà dei contraenti al momento della manifestazione del loro consenso, non soltanto delle loro idee, opinioni, motivazioni, ecc. Perciò, il solo fatto di aver accertato gli errori presenti al riguardo nell'educazione ricevuta non è prova dell'esclusione della prole o di qualche altro elemento o proprietà essenziale del matrimonio, e non possono nemmeno diventare presunzioni di nullità da dover essere contraddette in giudizio ⁽³⁹⁾.

Queste sono soltanto alcune delle questioni nelle quali si scorge una necessità di approfondimento sia dottrinale che giurisprudenziale, che abbiamo voluto indicare proprio perché centrali per la retta comprensione del fenomeno simulatorio. Nelle sentenze che abbiamo analizzato ce ne sono altre questioni: le conseguenze giuridiche della cosiddetta esclusione temporanea della prole, i mezzi di prova della simulazione, ecc. Lo sforzo per chiarire le questioni principali, senz'altro, gioverà alla realizzazione di una concreta volontà del legislatore universale, rappresentato dalla funzione della giurisprudenza dei Tribunali Apostolici come strumento per la adeguata interpretazioni delle leggi nonché per la unificazione della giurisprudenza ecclesiastica, la quale non deve essere un areopago per la manifestazione di personali opinioni, ma un campo nel quale, con l'unità di criterio che dà la retta comprensione del matrimonio e la chiarezza di idee riguardo alla missione dei giudici chiamati ad applicare il diritto nei casi concreti, si rende giustizia ai fedeli nella Chiesa.

Héctor Franceschi. F.

⁽³⁹⁾ Cfr. U. NAVARRETE, *Commentario al decreto della Segnatura Apostolica sulle cosiddette «presumptions of fact»*, in «Periodica» 85 (1996) pp. 531-548 e M.A. ORTIZ, *Circa l'uso delle presunzioni nelle cause di nullità del matrimonio*, in «Ius Ecclesiae» 8 (1996), pp. 839-850.

