

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA - *Sancti Sebastiani Fluminis Ianuarii* - Nullità del matrimonio - Esclusione della fedeltà - Sentenza definitiva - 20 novembre 1996 - Civili, *Ponente* (*).

Matrimonio — Consenso — Simulazione parziale — Esclusione della fedeltà — Poligamia e proprietà essenziale dell'unità — Fedeltà come elemento essenziale del matrimonio.

Matrimonio — Consenso — Simulazione parziale — Esclusione del *bonum fidei* — Difficoltà per ammettere la distinzione tra diritto e uso del diritto.

Matrimonio — Consenso — Simulazione parziale — Esclusione del *bonum fidei* — Contenuto dell'obbligo della fedeltà.

Matrimonio — Consenso — Simulazione parziale — Esclusione del *bonum fidei* — Positivo atto di volontà.

L'esclusione del «bonum fidei» inteso come il dovere della fedeltà non si deduce dalla relazione tra i canoni 1086 § 2 y 1013 § 2 CIC 17 (oggi 1101 § 2 y 1056), secondo la quale l'esclusione del «bonum fidei» riguarderebbe la proprietà essenziale dell'unità, bensì dalla relazione tra i canoni 1101 y 1055 § 1, per cui l'esclusione della fedeltà sarebbe contraria prevalentemente non all'unità del matrimonio ma all'essenza del patto coniugale, mediante il quale l'uomo e la donna si danno e si accettano in alleanza irrevocabile per costituire il matrimonio. Perciò, la proprietà dell'unità riguarderebbe l'intrinseca natura monogamica del matrimonio cristiano, espressamente sanzionata da Cristo contro l'antica legge che permetteva all'uomo di avere più mogli. L'unità proibisce all'uomo di avere più mogli e alla donna di avere più mariti. Per questo, non potendo identificare il «bonum fidei» con la proprietà essenziale dell'unità, l'esclusione del bene della fedeltà renderebbe nullo il matrimonio perché è l'esclusione di un elemento essenziale del matrimonio, non di una sua proprietà.

(*) Sentenza pubblicata in RRDec. vol. LXXXVIII (1996), pp. 724-732. Vedi, alla fine della sentenza, nota di Héctor Franceschi F., *L'oggetto dell'esclusione del bonum fidei nella giurisprudenza della Rota Romana.*

11. Quibus omnibus in iure et in facto perpensis, Nos infra-scripti Auditores de turno sententiamus: *Negative, seu non constare de nullitate matrimonii, in casu, ob exclusum bonum prolis et fidei ex parte viri.*

Romae, in sede Rotae Romanae Tribunalis, die 28 martii 1995.

Marius Giannecchini, ponens
Hyginus Ragni
Franciscus López-Illana

San Tommaso distingue tra la prole e la fedeltà «in suis principiis» e la prole e la fedeltà come realtà, cioè, la prole effettivamente nata e la fedeltà come realtà vissuta, da una parte, e l'indissolubilità come proprietà essenziale di ogni matrimonio, dall'altra. Effettivamente, San Tommaso afferma che il matrimonio sussiste benché non ci siano i figli o non si sia fedele al coniuge, ma non può sussistere il matrimonio senza l'indissolubilità. Parte della dottrina e della giurisprudenza hanno portato all'estremo questo ragionamento quando hanno ammesso la possibilità di una spaccatura tra il diritto e il suo esercizio nello stesso momento della manifestazione del consenso, contemplando la possibilità di una volontà che, nello stesso atto di dare il consenso, assuma il dovere/diritto alla prole o il dovere della fedeltà, ma escluda il loro esercizio. Secondo questa dottrina, chi assumesse il diritto escludendo solo il suo esercizio, contrarrebbe validamente il matrimonio, se questa scissione riguardasse la prole o la fedeltà. Ma il pensiero del dottore Angelico era un'altro: se di fatto, nella vita coniugale, non si seguisse la nascita dei figli, per cause naturali o per una volontà contraria sopravvenuta alla celebrazione del matrimonio, il matrimonio sarebbe ugualmente valido. Invece, se nello stesso atto di consentire, ci fosse una volontà positiva di non procreare o di essere infedele, saremmo davanti a un matrimonio nullo. Distinguere nell'in fieri tra la volontà di escludere il diritto e la volontà di non adempierlo è una distinzione fallace. Siamo di fronte ad una distinzione artificiosa che non trova fondamento né nella legislazione del 1917 né tanto meno in quella vigente, e non si deve distinguere dove il legislatore non lo ha fatto, soprattutto se queste distinzioni andassero a scapito della certezza del diritto. Tenendo conto di questa definizione del «bonum fidei», si osserva chiaramente la contraddizione intrinseca che ci sarebbe in una volontà di assumere l'obbligo di essere fedele e, simultaneamente, non essere disposto a osservarla, dato che il contenuto dell'obbligo è proprio la sua prestazione. Per questo, chi nel momento in cui manifesta il consenso, con volontà attuale o virtuale, ha l'intenzione di mantenere relazioni sessuali con terze persone, non assume l'obbligo e, quindi, esclude il «bonum fidei», contraendo invalidamente.

La natura o specificità del «bonum fidei» è l'obbligo del nubente di osservare — perpetuamente — la fedeltà verso il coniuge, cosa che implica l'astenersi dagli atti sessuali con persone diverse dal proprio coniuge. A questo obbligo si corrisponde il diritto dell'altro a vedere rispettata la fedeltà. In questo si vede la lucidità di San Tommaso nel definire il «bonum fidei» come «debitum servandi fidem».

Si deve provare la presenza di un atto positivo di volontà, attuale o virtuale, esplicito o implicito, mediante il quale si esclude il dovere della fedeltà. Da qui che non sia sufficiente: «mera velleitas vel etiam mera praevisio contrahentis se forsan in futuro coniugio esse in adulterium lapsurum». Ci sarebbe l'atto di volontà implicito quando il contraente, prima del matrimonio, si propone di continuare anche dopo la celebrazione le relazioni intime che manteneva già prima con una terza persona, rifiutando quindi il dovere di fedeltà verso l'altro coniuge.

(*Omissis*). — FACTI SPECIES. — 1. Ada et Damianus sese cognoverunt anno 1959, cum ipsa erat puella duodeviginti annorum et scholas adhuc frequentabat, dum vir triginta annorum erat et illuc sese contulerat uti officialis Status.

Mutuo orto amore, sponsalicia conversatio cito inita est, quae tamen procellosa erat et etiam pluries interrupta ob indolem viri violenti et zelotypi. Praeterea Adae familiares puellae amoris erga Damianum adversabantur, sive attentis litibus inter iuvenes, sive praesertim quia ille se iactabat ad protestantismum conversum; id quod religiosos sensus totius familiae Adae offendebat. Quin etiam is assebat se nolle matrimonium contrahere catholico ritu, et potius Adae proponebat meram cohabitationem sine nuptiali ligamine: quae propositio fermissime a puella, quae utpote optima catholica virginitatem suam servare volebat usque ad canonicas nuptias, reiecta est.

Tandem vir cessit, ne sponsam amitteret; itaque, nuptiae celebratae sunt die 29 iunii 1964 extra dioecesim Ilheosensem ubi domicilium habebat familia sponsae, et quidem in domo patris sponsi, iuxta catholicum ritum. Aberant Adae familiares, excepta matre, quae aegre comparuit ab alio filio fere coacta.

2. Coniugalis convictus quinque circiter annos duravit, usque a primordiis infelix, potissimum ob iuges violationes fidelitatis ex viri parte, qui eo pervenit ut uxori veneream contagionem inflixerit. Una tamen filia enata est (anno 1966).

Haud valens ulterius tolerare funestam illam rerum conditionem, post octo annos Ada separationem instituit deindeque, die 24 iulii 1984 a civili magistratu divortium impetravit, necnon filiae custodiam. Alteri viro postea civili, uti aiunt, matrimonio adhaesit. Etiam Damianus alii mulieri sese iunxit, duabus generatis filiabus.

3. Cum interea Ada ad civitatem Fluminis Ianuarii domicilium suum transtulisset, libellum die 25 martii 1993 porrexit Tribunali ec-

clesiastico Regionali illius civitatis ad normam can. 1673, n. 3, postulans declarationem nullitatis sui matrimonii ob exclusionem boni fidei ex parte viri conventi, et/aut simulationem totalem consensus ex parte eiusdem.

Tribunal, praehabito consensu Vicarii iudicialis dioecesis Fori Sanctae Annae (v. Feira de Santana) in cuius territorio domicilium retinebat pars conventa, libellum admisit et dubium sic concordavit: «Se consta da nulidade do matrimónio em questão: 1) por simulação total, por parte do demandado (cân. 1101 § 2); 2) subsidiariamente, por exclusão da fidelidade por parte do demandado (cân. 1101 § 2)».

Secuta est causae instructio, tota per rogatorias excepta Actricis depositione; praeter partes, testes quinque excussi sunt. Sententia primi gradus, die 2 iunii 1995 lata, negativa fuit super utroque accusato nullitatis capite.

4. Appellante Actrice ad Tribunal Regionale Sancti Pauli in Brasilia, hoc kalendis septembribus 1995 bina tulit decreta; in priore causam remisit ad ordinarium examen secundi gradus (quod decretum tamen a can. 1682, § 2, praescribitur solummodo in causis affirmativa sententia decisis in primo gradu); in altero recte cadem dubia iam in prima instantia concordata reproduxit.

Deinde, auditis Patrono Actricis et vinculi Defensore (qui pro matrimonii nullitate conclusit), die 20 novembris 1995 sententiam edidit, qua confirmavit decisionem primi gradus super capite simulationis totalis, infirmavit vero super altero, nempe matrimonio declaravit nullitatem ob exclusum a viro convento bonum fidei.

5. Delata causa ad N.A.T. ad normam can. 1682, § 1, Actrix beneficium gratuiti patrocinii impetravit, eique datus est Patronus ex officio.

Nulla peracto instructionis supplemento, ampla habita est disceptatio inter laudatum Patronum et vinculi Defensorem deputatum, super uno altero capite, cum prius seu totalis simulatio duplici conformi sententia negativa dimissum sit. Ac quidem dubii concordatio die 8 maii 1996 ita formulata est: *An constet de nullitate matrimonii, in casu, ob exclusionem fidelitatis ex parte viri conventi*. Iuxta hanc quidem formulam Nobis hodie definitivum iudicium ferendum est.

IN IURE. — 6. Recte sententiae primae et secundae instantiae utuntur canonibus novi Codicis Iuris Canonici licet matrimonium

de quo agitur sub imperio Codicis anni 1917 celebratum sit; cum enim agatur de iure naturali, nulla substantialis innovatio in instituti disciplina locum habuit.

Etiam plene Nobis probanda est provocatio quam sententia secundi gradus facit ad auctoritatem plurium decisionum rotalium coram De Jorio lucide ostendentium bonum fidei nequaquam identificari cum proprietate essentiali «unitatis» matrimonii christiani.

Pressius legitur in sententia coram De Jorio diei 30 octobris 1963, nullitatem matrimonii ob exclusum bonum fidei cogendam esse non ex praescripto canonis 1086, § 2, conlati cum canone 1013, § 2 (veteris CIC: cui correspondent canones 1101, § 2, et 1056 vigentis Codicis), sed canonis 1081, § 2 (veteris CIC), quem penes «consensus matrimonialis est actus voluntatis, quo utramque pars tradit atque acceptat ius in corpus, perpetuum et exclusivum... in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem» (RRDec., vol. LV, p. 717, n. 3).

Novum canon 1057, § 2, utique non reproducit veterem hanc formulam, sed conceptus «exclusivitatis» iuris coniugalis implicite firmatur immo sublimatur in ampliore textu qui transcendens respectum mere sexualem, feliciter amplectitur complexum praesertim spiritualem instituti matrimonialis: «Consensus matrimonialis est actus voluntatis, quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium». Quod foedus — uti recitat can. 1055, § 1 — efficit ut vir et mulier inter se totius vitae consortium constituent.

7. Proprietas unitatis, a novo Codice iterum affirmata in can. 1056, de se non tangit bonum fidei, sed, uti ceterum liquet ex ipso litterali verbi sensu, significat intrinsecam naturam monogamicam christiani coniugii, a Iesu Christo expresse sancitam, in oppositione antiquae legi indulgenti viro plures habere uxores severe tamen vetito adulterio. Aliis verbis, «unitas» vetat virum habere plus quam unam uxorem (polygamiam), mulierem habere plus quam unum maritum (polyandriam).

Videantur etiam ad rem sententiae coram De Jorio: diei 13 iulii 1968 (RRDec., vol. LX, pp. 551-562), et alia diei 26 februarii 1969 (*ibid.*, vol. LXI, pp. 202-210); necnon una coram infrascripto Ponente diei 7 novembris 1996, Foroiulien.-Tolonen.

8. Semel acclarata impossibilitate identificandi aut assimilandi bonum fidei cum essentiali proprietate unitatis, evidentius fit bonum

fidei esse unum ex iis essentialibus elementis matrimonii quorum voluntaria exclusio a matrimoniali consensu matrimonium ipsum nullum reddit ad normam canonis 1101, § 2.

Hoc semper affirmavit iurisprudencia una cum doctrina canonica. Inter Auctores satis memorare lucidissimam expositionem S. Thomae Aquinatis in *Summa Theologica*, suppl. 3^{ae} partis, qu. 49, art. 3, circa tria «bona augustiniana»: quaesito «utrum sacramentum sit principalius inter bona matrimonii», Angelicus Doctor sic respondet: «Principalius bonum matrimonii, uti dignius, ipsum sacramentum est; proles vero, id est prolis intentio, maxime essentialis in ipso est; quam sequitur fides, id est, debitum servandae fidei, deinde sequitur sacramentum». Et explicat: «Respondeo dicendum quod aliquid dicitur in re aliqua principalius altero duobus modis, aut quia est essentialius, aut quia dignius. Si quia dignius, sic omnibus modis sacramentum est principalius inter tria coniugii bona, quia pertinet ad matrimonium, inquantum est sacramentum gratiae; alia vero pertinent ad ipsum inquantum est quoddam naturae officium: perfectio autem gratiae est dignior perfectione naturae. Si autem dicatur principalius quia essentialius, sic distinguendum est, quia 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. Sed indivisibilitas, quam sacramentum importat, pertinet ad ipsum matrimonium secundum se, quia ex hoc ipso quod per pactionem conjugalem sui potestatem invicem in perpetuum coniuges tradunt, sequitur quod separari non possunt; et inde est quod matrimonium numquam invenitur sine inseparabilitate; invenitur autem sine fide et prole, quia esse rei non dependet ab usu suo».

9. Ista postrema verba intelligenda sunt in relatione ad praecedentia, ubi divus Thomas agens de «usu matrimonii» intendebat matrimonium in facto esse. Aliis verbis, Auctor, intuitu roborandi suam demonstrationem quae revera iuridicum ordinem transcendit, notaverat in coniugali vita contingere posse ut coniuges prolem non generent vel fidelitatem non servant: hos tamen subsequentes eventus non tangere validitatem matrimonii rite contracti; hocce quidem «quia esse rei non dependet ad usu suo».

10. Qui sensu evidentior fit ex immediate subsequentibus verbis Angelici Doctoris, ubi agit de altero modo considerandi bona fidei et prolis, nempe «in suis principiis», id est in ordine ad matrimonium in fieri seu ad vinculi constitutionem: «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 matrimonium esse non potest, quia haec in matrimonio ex ipsa pactione coniugali causantur; ita quod si aliquid contrarium his exprimeretur in consensu, qui matrimonium facit, non esset verum matrimonium; et sic accipiendo fidem et prolem, constat quod proles est essentialissimum in matrimonio, et secundo fides, et tertio sacramentum; sicut etiam homini est essentialius esse naturae quam esse gratiae, quamvis esse gratiae sit dignius».

11. Immorandum aliquandiu esse censemus super relato Divi Thomae textu, quoniam nonnulli theologi et canonistae saeculi XVII interpretationem adstruxerunt, iuxta quam nulla quaestio surgeret quod attinet ad boni sacramenti essentialitatem, ita ut si quis a suo consensu excluserit vinculi perpetuitatem eo ipso nullum contraheret matrimonium; contra, quoad bona fidei et prolis, contrahens distinguere posset inter «exclusionem iuris» et exclusionem «meri exercitii iuris» seu «usus»; in priore casu matrimonium foret invalidum, in altero non, hocce quia «esse rei non dependet ab usu suo».

Ambigendum haud est distinctionem istam diu acceptam esse a praelisque Doctoribus et a iurisprudentia. Senioribus autem temporibus eam confutarunt Auctores nonnulli (Oesterle, H. Graziani, J.B. Ferrata); quoad N.A.T. iurisprudentiam, decisio coram De Jorio diei 18 decembris 1963 adnotavit de laudata «distinctione» eam «neque naturali neque canonico iure niti, et fuisse alienam a mente S. Thomae, qui intentionem a facto tantummodo discrevit. Angelicus Doctor id unum docuisse nobis videtur: matrimonium est nullum, si in ipso consensu praestando uterque vel alteruter coniux excluserit intentionem generandi prolem, contra est validum, etiamsi de facto generatio prolis naturaliter non sequatur vel perversa voluntate impediatur» (RRDec., vol. LV, p. 911, n. 3). Quod item valet pro excluso bono fidei, ceu ceterum ab aliis sententiis eiusdem Ponentis patet.

12. Consideretur «distinctionem» illam, praeterquam alienam prorsus a mente S. Thomae, omnino ignorari ab omnibus legibus ab ecclesiastico legislatore latis, incluso Codice anno 1917 necnon vigente ab anno 1983. Silentibus legibus, eiusdem «distinctionis» fautores coacti sunt ad artificiosas interpretationes multiplicandas, cum gravi discrimine illius summi boni quod est «iuris certitudo». Itaque, assertum est praenuptialem voluntatem adulterandi non secum ferre exclusionem boni fidei quatenus probaret solummodo proposi-

tum abutendi « iure » vel non adimplendi obligationem. Alii asserere exclusionem boni fidei haberi solummodo si contrahens intenderit dividere iura coniugalia cum alia vel aliis personis, vel suum corpus seu carnem dividere cum tertio, vel si contrahens « pari iure » tertiae personae adhaerere velit; aliae demum postularunt pravam intentionem in condicionem vel etiam in pactum deducendam esse...

Neque defuerunt qui in ea sperato conatu defendendi coëxistentiam asserti « iuris » cum esclusione « exercitii eiusdem iuris » ausi sunt instituere analogiam cum iure proprietatis, in quo alter potest esse nudus proprietarius alicuius boni et alter esse usufructuarius vel usuarius vel conductor vel commodatarius eiusdem boni.

Ast adamussim aberratio ista prodest ad melius illustrandam naturam iurium in materia matrimoniali, quae nullo modo adsimilari possunt iuribus realibus (quorum typicum est ius proprietatis), in quibus solis concipi potest exercitium distinctum a iure. Iura matrimonialia, contra, sunt personalia immo personalissima, adeo ut titularis nequeat ad libitum de eis disponere; nec concipi quidem potest ut ea cedat, donet, vendat et ita porro.

Unica adsimilatio, igitur, concipi potest cum obligationibus, dum « ius » est stricte conexum immo conrelatum cum obligatione respectiva, quae mutua est relate ad compartem.

13. Haec conclusio magni quidem momenti est quod attinet ad bonum fidei, cuius natura seu quidditas est praecise obligatio nupturientis servandi — in perpetuum — fidelitatem erga coniugem, nempe sese abstinendi ab actibus sexualibus cum aliis personis utriusque sexus. Ab hac obligatione corrivatur ius alterius ad videndam fidem servatam.

Haec est enim lucida mens S. Thomae, ubi definit bonum fidei — uti supra visum est — debitum servandi fidem.

14. Ceterum ipsi fautores illius « distinctionis » aperte admittunt in bono fidei agi de obligatione servandae fidei, sed simul praetendunt contrahentem posse in praestando matrimoniali consensu operari hanc distinctionem: acceptare nempe obligationem, sed simul negare obligationis adimplendum. Ast clare affirmare debemus praetensionem istam esse prorsus irrationalem et contrariam ipsi conceptui « obligationis », qualis a sapientia usque romanorum iurisperitorum mirabili luciditate definitus est: « Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura » (Iustinianus, pr. Inst., 3, 13); necnon: « Obligationum sub-

stantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum» (Paulus, fr. 3 pr. Dig., 7). Potissimum in hac altera definitione sculptoriae discernitur in sua essentia obligatio a iuribus realibus, et in luce meridiana ponitur quod obligationis obiectum non est res praestanda, sed praestatio ipsa.

Aliis verbis, essentia ipsa obligationis consistit in vinculo eam adimplendi. Quisquis se obligat, sese obligat adamussim ad adimplendum.

Qui igitur in actu suscipiendi obligationem simul non vult eam adimplere, eo ipso nullam obligationem suscipit. Agitur enim de intrinseca contradictione.

Eodem ergo modo, ne concipi quidem potest quod acceptet obligationem servandi fidem (elementum essenziale in consensu matrimoniali) is qui simul (idest voluntate actuali vel virtuali) sibi proponat sexualem commixtionem cum tertia vel tertiis personis. Talis enim contrahens re reiicit obligationem servandae fidei, ideoque invalide contrahit.

15. Ulterius arcumentum pro recusanda illa «distinctione» est eiusdem intrinseca inutilitas, quam sic illustrat, inter alias, sententia rotalis coram De Jorio diei 18 decembris 1963, supra citata: «Ceterum distinctio inter voluntatem sese non obligandi et non implendi susceptam obligationem haud est utilis ad definiendam quaestionem de validitate alicuius matrimonii ob exclusum boni prolis. Nam in casu concreto est fere impossibilis decernere utrum contrahentes excluderint ius ad prolem an eiusmodi iuris exercitium seu usum. Et, si verum dicerent, ordinarie fateri deberent se unum intendisse, id est non generare prolem, quin distinxerint inter ius et eiusdem exercitium seu usum» (RRDec., vol. LV, p. 911, n. 3). Quae, licet scripta in sententia circa exclusum bonum prolis aequè pro excluso bono fidei valent; praeterea sine praevia cognitione et intellectione illius dubie intellegibilis «distinctionis», personae profanae nequeunt profecto determinare utrumvis excludere voluerint, nempe ius vel exercitium, iuxta notum principium: «nihil volitum nisi praecognitum».

16. Semel igitur constabilito exclusionem praevisam a can. 1101, § 2, respicere debere acceptationem obligationis servandae perpetuae fidelitatis, probare necesse est hanc exclusionem elicitam esse ab alterutro vel utroque contrahente actu positivo voluntatis.

Inefficax igitur esset mera velleitas vel etiam mera praevisio contrahentis se forsan in futuro coniugio esse in adulterium lapsurum. Non est tamen necessarius actus explicitus voluntatis, cum sufficiat implicitus. Huc accedit hypothesis contrahentis qui ante nuptias sibi proponat continuandi post easdem intimas relationes cum alia persona habitas: de qua hypothesis scribit M.F. Pompedda: «non si può nemmeno sottovalutare che da tale intenzione nasce un fortissimo indizio per il quale si può presumere non essere stato assunto l'obbligo alla fedeltà. Il che vale soprattutto ove si dimostri il proposito nel nubente di non abbandonare la o il concubino» (M.F. POMPEDDA, *Studi di diritto matrimoniale canonico*, Milano 1993, p. 245).

Quoad iurisprudentiam, legitur in una coram De Jorio diei 13 iulii 1968: «Pro certo habemus excludere bonum fidei et ideo invalide hoc ex capite contrahere virum, qui, dum consensum praestat, propositum gerat non dimittendi concubinam, quacum consuetudinem stupri servare constituat: non tradit enim comparti ius exclusivum in proprium corpus. Item invalide contrahere censem mulierem, quae in nuptiis ineundis propositum, actuale vel virtualiter perseverans, gerat corporis sui copiam 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» (RRDec., vol. LX, pp. 556 s., n. 10).

17. *De probationibus.* — Non probamus consuetudinem indicandi et disserendi de necessitate aut de valore probationum adductarum vel adducendarum ad fulciendum hoc aut illud nullitatis matrimonialis caput. Etenim, novus Codex, feliciter eversis postumis reliquiis antiquandi systematis s.d. «probationum legalium», plenam vindicavit vim principio liberae persuasionis iudicis. Hic enim in suo animo adipisci debet certitudinem moralem, uno cum limite, quod nempe eam hauriat ex actis et probatis; ast probationes debet ipse aestimare ex sua conscientia (apparens exceptio contenta in § 3 canonis 1608 «firmis praescriptis legis de quarundam probationum efficacia» non respicit materiam matrimonialem, ubi talia «praescripta» abrogata sunt).

Itaque nova lex iudicem permittit uti «probationibus cuiuslibet generis quae ad causam cognoscendam utiles videantur et sint licitae» (can. 1527, § 1), nempe extra schemata s.d. probationum typi-

carum a Codice recensitarum. Quas inter manent praesumptiones quas iudex ipse coniicere potest ad normam can. 1586.

Absonum igitur esset affirmare necessariam esse confessionem s.d. simulantis siquidem iudex ex adiunctis a se aestimatis certitudinem de simulato a contrahente consensu haurire pariter valeat.

Meminisse tandem iuvabit moralem certitudinem eam esse quae non omne dubium expellat, sed solum dubium prudens, idest positivum, rationale, probabile, nempe contrariam conclusionem quodammodo probabilem reddens.

IN FACTO. — 18. Facile intellectu non est quaenam praecise fuerit voluntas viri conventi in ordine ad bonum fidei saltem quo tempore Actricem in uxorem duxit.

Deest in primis iudicialis confessio; quinimmo in tota Conventi depositione ne minima quidem adest mentio de quaestione infidelitatis, esto indirecte. Quod pressius attinet ad consensum matrimonialem, propositum est quaesitum n. 9 sic sonans. «A parte demandada aceitou livremente contrair matrimónio católico conforme a Igreja sempre entendeu, isto é, um sacramento indissolúvel»: cui ille respondit: «Casou-se religiosamente para satisfazer a parte demandante». Ac subsequenti quaestio n. 10 ita expresso: «Alguma vez a parte demandada afirmou claramente à demandante *a*) no aceito o casamento conforme assim determina a Igreja Católica? *b*) no quería contrair matrimónio na Igreja Católica? *c*) no aceito jamais a indissolubilidade matrimonial?», ecce responsio Conventi: «*a*) Insistiu no querer casar pela Igreja Católica: *b*) No quería contrair matrimónio católico, já que ele era inclinado a se tornar «crente», melhor dizendo: Batista; *c*) no aceitava nem aceita a indissolubilidade do matrimónio católico».

Nihil aliud. Evidenter non agitur de reticentia Conventi in thémate exclusi boni fidei, sed de errore Defensoris vinculi primi gradus qui exaravit quaesitum loquens de bono sacramenti loco boni fidei; qui error non est ideo imputandus Iudici rogatoriali dioecesis Fori S. Annae (qui libellum ideoque capita nullitatis ignorabat). Mirum sane est quod Patronus Actricis errorem non adverterit post publicata acta (cf. silentium eius in scripta defensione). Iudices autem primi gradus in sua sententia relevarunt Conventi verba indicare exclusionem boni sacramenti nempe «de titulo extra petita»; sed eorum fuisset denunciare gravem lacunam instructoriam super accusato capite exclusi boni fidei, atque, dilata causae decisione, suppletivum iubere Conventi interrogatorium.

Iudices secundi gradus ab ista lacuna abstrahere censuere, subtiliter interpretati mentem Conventi quasi ille excludendo indissolubilitatem eo ipso non acceptasse fidelitatem.

19. Quidquid est de hisce dissertationibus super iudiciali Conventi depositione, unum certum videtur: eum nullibi dixisse se actu positivo voluntatis ante nuptias elicitio reiicere intendisse obligationem perpetuae fidelitatis erga futuram uxorem.

Sed ne extraiudicialis quidem confessio ex actis probatur. Etenim sive Actrix sive pauci testes ab ea inducti nihil aliud deponere possunt nisi de pessimo modo agendi Conventi post nuptias erga uxorem per iuges violationes fidelitatis.

Itaque Actrix admittit quidem sponsum ante matrimonium vixisse « unido a outra pessoa » quamquam « era muito mulheroso »; sed hoc vitium vere grave factum est postea: « depois de casar-se ele continuou frequentando outras mulheres, chegando eu mesma a contrair doença venérea. Ele no me falava de rejeitar a fidelidade conjugal, mas de fato ele, em casa, se furtava aos contatos comigo, preferindo os encontros com mulheres fora de casa. Quando eu reclamava, ele me dizia que se eu quisesse viver com ele, era dessa maneira. Até com as minhas alunas elenamoraava, tendo-o eu surpreendido no IBGE onde ele trabalhava ».

Ac separatio quidem evenit quia Actrix eum apprehendit « com uma moça, e aí comecei a ter uma briga violenta com ele, disposta até a matá-lo ».

20. Eadem adamussim facta relata sunt a testibus de auditu ab Actrice: ita ab huius matre Ernestina, quae exinde pessimam opinionem de Convento habuit: « Ele tinha uma capacidade de fingimento muito grande. Eu sempre duvidei e, por isso, fui contra o casamento, de que ele seria capaz de ser fiel a minha filha. Eu sempre ouvi a minha filha se queixar das infidelidades do demandado ». Atque confirmat separationis motiva: « ele era muito ruim para ela-no cumpria suas obrigações no lar — além de ter sido sempre infiel, ele tinha uma amante, o que deu motivo de separação ».

Item enarrat soror minor Actricis Antonina. Confirmat etiam adiunctum venereae contagionis a Convento sorori transmissae.

Necnon frater maior Tancredus, qui firmiter ait: « ele sempre teve amantes, mas a que causou a separação foi outra... viviam em brigas constantes e terríveis por causa da infidelidade conjugal da parte dele, sei que até doenças venéreas ele as transmitiu à minha irm ».

Quibus accensenda est testis Valdete, aequalis et conlega Actricis in docendi professione, quae una adstitit fere clandestinae celebrationi nuptiarum et etiam itinera fecit cum coniugibus in eodem sistens deversorio: « posso dizer que (conventus) se dedicava mais à leitura do que a sair à noite e Demandante no sabia que ele no aceitaria a fidelidade conjugal... o Demandado que era Professor namorava as moças que frequentavam a escola ».

21. Hisce omnibus attentis et potissimum considerata magna credibilitate quam sive Actrix sive testes merentur, credimus revera Conventum fuisse ultra modum mulierosum et nimis propensum ad intexendas sexuales relationes cum quibuslibet foeminis. Quare satis probata foret illa « causa simulandi » gravis et proportionata de qua loquebatur vetus iurisprudencia, quaeque rationabiliter duxit appellatos Iudices ad coniiciendam simulationem ipsam seu exclusionem boni fidei in bene ordinata suae sententiae motivatione. Ast Nos perplexos reddit haec « illatio a posse ad esse » idest ad admittendum actum positivum voluntatis denegandi obligationem servandae fidei iam ante matrimonium elicitedum ex parte viri, qui sincere videtur dilexisse sponsam cum deliberavit cum ea contrahere matrimonium catholicum aegre sacrificando suam ideologiam protestanticam. Aliis verbis, in eo forsitan praevaluit « causa contrahendi », ut re utamur terminologia.

22. Potius immorandum Nobis videtur in circumstantia quae emergit e depositione testis Tancredi, ubi, de scientia non hausta ab Actricis ore, refert: « Sei claramente que ele fingiu, tenho plena consciência disto, ele no aceitava a fidelidade conjugal, visto que quando eles se casaram ele já tinha e continuou a ter uma amante. Eu, sendo rapaz, como ela sabia desta situação, mas não disse à minha mãe para não causar inimizades e conflitos ». Fieri forsitan potest ut ista circumstantia conectenda sit cum ea quae relata est a Maria (negativa super ceteris): « Ela (actrix adhuc sponsa) ciomava muito dele com uma moça contra-parente dele, que vivia na casa do tio, por nome Madalena ».

Dolendum sane est quod circumstantia ista profundius haud investigata sit, ad acclarandum an forte Conventus positive intenderit relationem cum puella illa non intercipere post nuptias; qua in hypothesis de implicita sed efficaci reiectione boni fidei ideoque de matrimonii nullitate non esset dubitandum, prout dictum est supra in iure n. 16.

23. Quodsi demum dissoluta seu libidinosa Conventi sese gerendi ratione habenda sit signum non pravae voluntatis, sed gravis deordinationis psychicae quae eum incapacem reddidisset sin minus suscipiendi et adimplendi essentialem obligationem perpetuae fidelitatis coniugalis, de nullitate matrimonii ad normam can. 1095 n. 3 ambigendum non esset.

Ast Nobis de hoc capite agere non licet, cum extra terminos appellationis Nobis necnon dubii concordati in praesenti instantia versaretur.

24. Quibus omnibus in iure et in facto perpensis, Nos infra-scripti Auditores de turno sententiamus: *Negative, seu non constare de nullitate matrimonii, in casu, ob exclusionem fidelitatis ex parte viri conventi.*

Romae, in sede Rotae Romanae Tribunalis, die 20 novembris 1996.

*Laurentius Civili, ponens
Iosephus Huber
Franciscus López-Illana*

L'oggetto dell'esclusione del *bonum fidei* nella giurisprudenza della Rota Romana.

1. Introduzione.

In questo commento alla giurisprudenza, prendendo spunto dagli ultimi due volumi delle sentenze rotali, riguardanti gli anni 1995 e 1996, dai quali sono tratte le due sentenze che pubblichiamo, intendiamo proporre i punti centrali della giurisprudenza della Rota Romana sull'esclusione del *bonum fidei*. Non ci limiteremo quindi alle due sentenze che abbiamo proposto, in quanto rappresentative della diverse tendenze della giurisprudenza, ma estenderemo la nostra analisi a tutte le sentenze pubblicate nei suddetti volumi.

La dottrina e la giurisprudenza, tradizionalmente, hanno messo in rapporto il *bonum fidei* con la proprietà essenziale dell'unità del matrimonio, la quale ha il suo fondamento nella complementarità

tra mascolinità e femminilità. Il matrimonio è unione tra uomo e donna in quanto persone sessualmente modalizzate, il che significa che è un'unione tra persone corporee, cioè, sia nella loro anima che nel loro corpo sessuato. Questa caratteristica propria della sessualità umana, che è una sessualità «personale», esige l'unità e l'esclusività del dono della propria condizione maschile o femminile. La persona non è divisibile, per cui l'uomo non può donare totalmente la sua mascolinità a diverse donne, né la donna può donare totalmente la propria femminilità a diversi uomini. Da ciò ne deriva che la donazione coniugale debba essere, per la sua stessa natura, unica, esclusiva e totale in tutto quello che riguarda la coniugalità.

La dottrina canonica ha definito questa caratteristica della donazione coniugale come «proprietà essenziale dell'unità» o, utilizzando la terminologia di Sant'Agostino, come «*bonum fidei*». Benché, come si vedrà dall'analisi della giurisprudenza rotale, alcuni opinino che il *bonum fidei* e la proprietà essenziale dell'unità siano due realtà diverse, noi li considereremo come due punti di vista complementari per la comprensione di una stessa realtà. Questo bene del matrimonio risponde all'esigenza intrinseca della sessualità umana di essere compartecipata in termini di uguaglianza dall'uomo e dalla donna, che non possono costituire una relazione di dominazione e di appropriazione dell'altro sesso, come sarebbe quella che si dà nella poligamia: appropriazione della sessualità di più donne da parte del maschio, il quale si colloca in una condizione di superiorità nei confronti delle donne, non donandosi quindi totalmente, in tutta la sua persona, a nessuna delle sue «mogli», come si dà nella poliginia; o nel caso della poliandria, nella quale una donna ha diversi mariti, non essendo quindi totalmente ed esclusivamente di alcuno di essi nella sua femminilità, in quanto persona-donna.

Questa esigenza di unità ed esclusività della donazione personale in quanto uomo e donna si concretizza anche nell'esigenza della fedeltà coniugale. Come afferma Viladrich, «la fedeltà è espressione, in termini di diritto e di dovere coniugale, della piena e mutua appartenenza in esclusiva tra gli sposi, in virtù della quale essi si defraudano in quello che per diritto gli appartiene se fanno partecipi ad un terzo della mascolinità personale o della femminilità personale che si donarono interamente tra loro a titolo di giustizia. Questa pienezza di coappartenenza reciproca è il bene comune che si devono in

esclusiva tra di essi: questo dovere e diritto è la fedeltà coniugale»⁽¹⁾.

Uno dei punti sui quali c'è più disaccordo nella dottrina e nella giurisprudenza sull'esclusione del *bonum fidei* è la distinzione tra il diritto e il suo esercizio. Questa distinzione acquisisce una grande importanza soprattutto quando si fa riferimento all'obbligo della fedeltà coniugale. A nostro avviso, seguendo Viladrich, la distinzione tra il diritto e il suo esercizio è chiara se facciamo riferimento al matrimonio *in fieri*, cioè nel suo momento fondazionale, e al matrimonio nella sua realizzazione durante la vita coniugale, rispettivamente: una cosa è il fatto di assumere l'obbligo della fedeltà e tutt'altra è il suo adempimento, che non riguarda il momento fondazionale bensì la vita coniugale. Da una parte, l'identificazione del diritto con il suo esercizio porterebbe all'abuso di ritenere nullo per esclusione del *bonum fidei* un matrimonio per il solo fatto dell'infedeltà da parte di uno o entrambi i coniugi: l'infedeltà sarebbe la prova della mancata assunzione del diritto. Questa interpretazione, però, non tiene conto della realtà della persona umana, che può assumere realmente un obbligo e successivamente non adempierlo. Anzi, per la nostra condizione, la fedeltà non è la semplice osservanza lungo il tempo; ma esige una continua rinnovazione degli impegni realmente assunti. Un altro errore sarebbe quello opposto, cioè, pensare che nello stesso momento del consenso matrimoniale — nell'*in fieri* — potrebbero darsi simultaneamente l'assunzione del dovere della fedeltà e insieme una volontà positiva di non osservarlo. In questo modo, l'infedeltà sarebbe semplicemente una conseguenza della volontà di non osservare un dovere che sarebbe stato assunto realmente. Tanto inadeguata è questa posizione quanto l'altra. Né ogni infedeltà è prova dell'esclusione del *bonum fidei*, perché si deve distinguere tra quello che realmente si voleva e quello che successivamente si è vissuto; né ogni infedeltà è irrilevante in quanto sarebbe semplicemente un inadempimento di un dovere assunto, benché con una volontà iniziale di non osservarlo. È radicalmente inconciliabile una volontà di assumere il dovere personalissimo dell'esclusività e della totalità nella coniugalità, con la volontà positiva di non osservarlo. Probabilmente, l'irrilevanza della volontà positiva di non osservare la fedeltà che si

(1) P.J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio y simulación del consentimiento*, Pamplona 1997, p. 83.

ricontra in parte della dottrina e della giurisprudenza, abbia la sua origine in questa distinzione tra il diritto e il suo esercizio applicata allo stesso momento di manifestazione del consenso matrimoniale, come se l'unica fattispecie di esclusione della proprietà essenziale dell'unità fosse la volontà di stabilire delle relazioni dello stesso rango — coniugali — con una persona diversa dal proprio coniuge, alla quale si concederebbe non soltanto il « fatto » della relazione sessuale, ma il « diritto » sulla propria persona in quanto uomo o donna. Vedremo come è stato affrontato l'argomento nella giurisprudenza rotale degli ultimi anni.

D'altra parte, la dottrina e la giurisprudenza recenti frequentemente si interrogano sul contenuto del *bonum fidei* e sui diversi casi di esclusione di questo bene o proprietà essenziale. Le posizioni sono molto diverse, da coloro che riducono i casi di esclusione del *bonum fidei* all'esistenza di una volontà poligamica o concubinaria, fino a coloro che affermano senza esitare che il fatto dell'esistenza di un'inclinazione all'infedeltà presente al momento del matrimonio, sarebbe prova sufficiente dell'esclusione dell'unità. Come in tutto, bisogna andare alla verità delle cose, al fine di evitare che i casi concreti vengano decisi mediante categorie preconcrete. La prudenza del giudice, che esige la conoscenza tanto del contenuto del vero consenso matrimoniale quanto del caso concreto, è sempre insostituibile per poter dare una risposta giusta, cioè, conforme a verità. Vedremo i diversi casi nei quali ci troviamo dinanzi a una possibile esclusione del *bonum fidei*, partendo dall'analisi di alcune sentenze rotali recenti. Ad ogni modo, l'esclusione del *bonum fidei* deve comportare una volontà positiva presente nello stesso atto di manifestazione del consenso matrimoniale e può far riferimento, a nostro avviso, sia alla volontà poligamica o concubinaria quanto all'esclusione del diritto/dovere alla fedeltà, che si deve comunque distinguere dall'effettivo adempimento del dovere assunto nel momento del consenso.

2. *Analisi della giurisprudenza recente della Rota Romana sull'esclusione del « bonum fidei ».*

Tra le sentenze pubblicate negli ultimi anni, ci sono alcune che riguardano l'esclusione del *bonum fidei*. Tenendo conto dei diversi elementi e dei punti discussi dalla dottrina, presenteremo in seguito gli argomenti trattati da queste sentenze. Incentreremo la nostra esposizione sui punti ai quali abbiamo fatto riferimento: la distin-

zione tra il diritto e il suo esercizio; il contenuto del *bonum fidei*, le diverse possibilità di esclusione di questo bene; la prova dell'esclusione.

a) c. POMPEDDA, *Lausannen., Geneven., et Friburgen.*, 16 gennaio 1995 (2).

In questa, come nella altre sentenze, presentiamo alcuni elementi «di fatto» per poi capire il ragionamento della parte «in iure». Benché si sia trattato di due capi di nullità — esclusione della sacramentalità e del *bonum fidei* — limiteremo l'analisi all'oggetto generale di questo commento: l'esclusione del *bonum fidei*.

Si tratta di un matrimonio tra una cattolica e un luterano. Celebrarono il matrimonio civile nel 1949 e poi, nel 1953, su richiesta della donna e con conoscenza del marito, il vescovo di Cincinnati concesse la sanazione nella radice. Nel 1968 si sono separati e nel 1983 ottennero il divorzio civile. Nel 1987 la donna chiese la dichiarazione di nullità del matrimonio per difetto di discrezione di giudizio e per esclusione del *bonum fidei* da parte dell'uomo. Il tribunale sentenziò la nullità soltanto per l'esclusione del *bonum fidei*. La seconda istanza invece decise a favore del matrimonio. Nella Rota Romana si aggiunse un nuovo capo di nullità, per cui il dubbio venne determinato nell'esclusione della dignità sacramentale (come in prima istanza) e del *bonum fidei* (in terza istanza). La sentenza rotale fu negativa per entrambi i capi.

La sentenza, per superare la discussione sul fatto se la fedeltà riguardi o meno la proprietà essenziale dell'unità, dice chiaramente che, in ogni caso, non c'è dubbio che l'obbligo della fedeltà matrimoniale è un elemento essenziale del matrimonio (n. 8, p. 5). Però, nel singolo caso, si deve distinguere tra la volontà positiva di escludere l'obbligo della fedeltà, che rende nullo il matrimonio, dalla semplice velleità o della previsione che nel futuro potrebbero darsi violazioni a questo obbligo di fedeltà. Come negli altri casi di esclusione, si deve distinguere tra la volontà positiva e le idee, sentimenti, inclinazioni, ecc. L'esclusione della fedeltà rende nullo il matrimonio quando è un'esclusione, mediante atto positivo della volontà, della

(2) RRDec., vol. LXXXVII (1995), pp. 1-9. La decisione è negativa a entrambi i capi presentati: esclusione della dignità sacramentale e del *bonum fidei*, ambedue da parte dell'uomo.

fedeltà dell'unione coniugale. Ci sembra che, anche nell'ambito dell'esclusione della fedeltà, si debbano fare i chiarimenti che facevamo nel parlare del *bonum prolis* riguardo alla distinzione tra il diritto e il suo esercizio⁽³⁾.

Nel caso concreto, la sentenza ritiene che non fu provata l'esclusione della fedeltà: l'uomo si sposò senza avere dei dubbi, volendosi unire a sua moglie ed esserle fedele. Un problema diverso è che successivamente non sia stato fedele all'impegno veramente assunto e che abbia avuto dei rapporti con altre donne. Dall'analisi dei fatti appare chiaramente che queste condotte non rispondevano a una volontà concreta preesistente, bensì alle circostanze post-matrimoniali.

Rispetto all'altro capo di nullità — esclusione della dignità sacramentale — i giudici si sono soffermati sul significato dell'espressione «atto positivo di volontà» utilizzata dal legislatore nel canone 1101 § 2. Ci sembra di capire che è stata seguita una visione duale dell'atto positivo di volontà, quando si è affermato: «Ad simulationem matrimonii efficiendam non sufficit simplex absentia intentionis contrahendi. Consensus etenim externe manifestatur per actum positivum voluntatis, qui eliditur tantummodo per contrarium actum positivum» (n. 4, p. 3). Siamo d'accordo sulla necessità di una volontà positiva contraria, ma ciò non significa che debbano esserci due atti positivi che si annullano a vicenda, perché l'oggetto di questi atti è diverso. Come dicevamo nel citato studio sull'esclusione della prole⁽⁴⁾, nella vera volontà matrimoniale c'è un unico atto di volontà che viene manifestato esternamente: il consenso matrimoniale è, in se stesso, tanto la volontà interna quanto la sua manifestazione esterna (cfr. cc. 1057 y 1104). Nell'esclusione, invece, troviamo una volontà di manifestare esternamente un segno che, in quanto non risponde a quello che vuole significare, non causa il vincolo matrimoniale. Non c'è dubbio che senza il positivo atto di volontà non c'è l'esclusione, ma ciò non ci deve portare a esigere una doppia volontà interna: quella di volere il matrimonio e, allo stesso tempo e quasi a senso contrario, quella di non volere un suo elemento o proprietà essenziale. Nella vera esclusione quello che di solito troviamo è una vo-

(3) Cfr. H. FRANCESCHI, *La giurisprudenza di merito sull'esclusione della prole nel recente volume delle decisioni rotali dell'anno 1995*, in «Quaderni Studio Rotale» 11 (in corso di stampa).

(4) *Ibidem*.

lontà non matrimoniale insieme a una volontà di manifestare il segno esterno. In questo senso, ci sembra che giovi approfondire il significato e non attenersi solo alle parole del testo legale, in quanto l'espressione «positivo atto di volontà» è un modo di esprimere una realtà, che non va assolutizzato a scapito della comprensione della natura del fenomeno simulatorio.

Per quanto riguarda la simulazione, tenendo conto del *favor iuris*, il legislatore ha stabilito due presunzioni *iuris*: nel dubbio si deve stare per la validità del matrimonio, finché non si provi il contrario (c. 1060); il consenso interno si presume conforme con le parole o i segni equivalenti utilizzati nella celebrazione del matrimonio (c. 1101 § 1). Qualunque altra presunzione sarebbe una *praesumptio hominis* (cfr. n. 5, p. 3). Inoltre, le presunzioni stabilite dal legislatore sono presunzioni *iuris tantum*. Nello spiegare l'atto positivo della volontà, la sentenza afferma che si tratta del «volontario», cioè, di un atto umano veramente posto, *elicit* e perfetto, che deve procedere dalla conoscenza dell'oggetto al quale si rivolge la volontà (n. 5, p. 4). In questo senso De Jorio afferma, riferendosi all'atto positivo della volontà: «Non è facile dire in che cosa consiste l'atto positivo di volontà. Si tratta di determinare, mediante una accurata esplorazione della volontà interna del contraente, realizzata a partire dagli elementi esterni, se questa volontà era indirizzata effettivamente a contraddire quello che si manifestava mediante i segni esterni, cioè, a dissentire positivamente dalla dichiarazione esterna» (cfr. n. 5, p. 4) ⁽⁵⁾.

b) c. GIANNECCHINI, *Placentina-Bobien.*, 28 marzo 1995 ⁽⁶⁾.

Maria conobbe Roberto agli inizi dell'anno 1974. Celebrarono il matrimonio nell'agosto del 1975. I primi anni della vita coniugale trascorsero felici e senza gravi difficoltà, benché non ci fu prole. Nel 1979 Roberto abbandonò Maria e andò a vivere con un'altra donna, con la quale aveva avuto un rapporto amoroso prima di conoscere sua moglie. Maria chiese la nullità del matrimonio nel 1983. Dopo un iter processuale abbastanza complesso, con una sen-

⁽⁵⁾ La sentenza cita O. DI JORIO, *Iurisprudencia novissima circa simulationem*, vol. II, 1971, p. 176.

⁽⁶⁾ RRDec., vol. LXXXVII (1995), pp. 240-251. La sentenza è negativa ai capi presentati: esclusione del *bonum prolis* e del *bonum fidei* da parte del marito.

tenza di prima istanza affermativa per esclusione del *bonum prolis* e del *bonum fidei* da parte del marito, e una sentenza di seconda istanza negativa a entrambi i capi, la causa arrivò in Rota nel 1990. Ci fu la perenzione della causa, che fu poi ripresa nel 1994. La sentenza rotale risultò negativa a entrambi i capi.

Riguardo al *bonum fidei* — il *bonum prolis* è già stato oggetto del nostro studio⁽⁷⁾ — la sentenza fa riferimento direttamente alla proprietà essenziale dell'unità (n. 3, p. 242-243), per poi sviluppare il suo contenuto: sarebbe senz'altro contraria al *bonum fidei* la volontà poligama, perché rifiuta l'uguaglianza tra uomo e donna, nonché l'unità ed esclusività della donazione coniugale (cfr. n. 3, p. 243).

In seguito, applicando la distinzione tra il diritto e il suo esercizio, afferma che la volontà di commettere adulterio o di non osservare la fedeltà coniugale che non implichi la volontà positiva di escludere il diritto non sarebbe un'esclusione del *bonum fidei* (*idem*), perché sarebbe una volontà di non adempiere, che non corrisponde necessariamente con la volontà di non obbligarsi.

Tuttavia, ci sembra che la distinzione, per quanto dicevamo in precedenza, potrebbe diventare artificiosa: se si provasse che già al momento della celebrazione del matrimonio c'era una positiva volontà di non osservare la fedeltà, come mai si può dire che c'era simultaneamente una volontà di assumere il dovere? Quale tipo di assunzione di un dovere personalissimo, come è quello della fedeltà coniugale, sarebbe quello che nella sua radice, con volontà positiva, non si è disposti a osservare? Pensiamo quindi che convenga approfondire l'argomento per evitare delle categorie preconcepite che, è vero, potrebbero aiutare il giudice nel prendere la decisione, ma hanno il grave pericolo di forzare la realtà dei fatti. Una cosa è che l'inadempimento dell'obbligo della fedeltà sia di per se irrilevante, perché l'elemento determinante è la volontà reale e determinata esistente nel momento di manifestare il consenso, e una cosa molto diversa sarebbe quella di tentare di distinguere nello stesso atto del consenso, tra la volontà di impegnarsi e la volontà di adempiere, perché colui che non voglia assolutamente adempiere già al momento di fondare il vincolo, non assume le sue esigenze intrinseche.

(7) Cfr. H. FRANCESCHI, *La giurisprudenza di merito sull'esclusione della prole...*, cit.

Siamo però consapevoli della difficoltà per distinguere una volontà simulatoria contraria al *bonum fidei* da una volontà disordinata che, malgrado voglia celebrare un vero matrimonio e donarsi totalmente, ritenga che le infedeltà sarebbero compatibili con una vera volontà matrimoniale. Dall'analisi della dottrina e della giurisprudenza che ritengono applicabile la distinzione tra il diritto e il suo esercizio, talvolta viene fuori uno sforzo di distinzione tra la vera esclusione e le situazioni di disordine di tipo morale che, malgrado siano contrarie alle esigenze del matrimonio, potrebbero non arrivare fino al rifiuto della donazione totale ed esclusiva della coniugalità. Il problema, in molti casi, sarebbe che, un modo imperfetto di spiegare la distinzione tra volontà non matrimoniale e volontà veramente matrimoniale ma impoverita o imperfetta a causa delle mancanze e debolezze morali, sarebbe assolutizzato e applicato indiscriminatamente ai singoli casi. Dobbiamo ricordare che i « modi di dire » sono soltanto questo, e non possono oscurare o travisare la realtà. Nei casi di esclusione del *bonum fidei* questo sarebbe molto importante, nella misura in cui i giudici dovessero fare un lavoro non facile di distinzione tra le volontà non matrimoniali e i disordini tali da rendere difficile ma non impossibile sia l'assunzione dell'obbligo della fedeltà che il suo adempimento. Non dimentichiamo che il consenso valido non è il consenso perfetto, ma quello sufficiente per fondare il vincolo coniugale.

c) *c. FUNGHINI, Forolivien.-Brittinorien., 24 maggio 1995* ⁽⁸⁾.

Si chiede la nullità per diversi capi: simulazione totale, esclusione del *bonum fidei* e incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio, tutti quanti da parte dell'uomo. Ci soffermeremo soltanto per quanto riguarda l'esclusione del *bonum fidei*. Il matrimonio tra Dario e Ida fu celebrato nel 1962. Durò quattordici anni ed ebbero due figli, ma la vita coniugale fu problematica, a causa del fatto che il marito era un donnaiolo e si approfittò anche economicamente di sua moglie e dei suoi parenti. La decisione è negativa a tutti i capi presentati.

⁽⁸⁾ RRDec., vol. LXXXVII (1995), p. 311-337. La sentenza è negativa a tutti i capi presentati: simulazione totale, esclusione del *bonum fidei* e incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio, da parte dell'uomo.

Secondo la recente giurisprudenza della Rota, non si richiede, per affermare l'esclusione del *bonum fidei*, come riteneva la giurisprudenza maggioritaria fino al 1963, che il simulante abbia dato il « diritto » che appartiene al coniuge simultaneamente a una terza persona con la quale intrattenga rapporti di tipo coniugale. « Sarebbe sufficiente, invece, la volontà positiva di non dare al coniuge il diritto esclusivo sul proprio corpo o, utilizzando le parole del Codice vigente, che il contraente non facesse il dono pieno e integro di sé per costituire la comunità di tutta la vita, per sua natura ordinata al bene dei coniugi e alla procreazione ed educazione della prole » (n. 6, p. 315).

La sentenza, ammettendo che l'esclusione del *bonum fidei* non si presenta soltanto nel caso di una volontà di dare il « diritto » simultaneamente a una persona diversa dal proprio coniuge, si pone il problema della rilevanza o meno della cosiddetta « voluntas adulterandi ». La domanda sarebbe: esclude il *bonum fidei* colui che al momento di sposarsi ha la volontà di essere infedele al coniuge? Il solo fatto di prevedere che non si sarà fedele è un'esclusione del *bonum fidei*? La sentenza dice: « *Bonum fidei* non excludit merum adulterandi propositum, si casus ferat, sed firma ac determinata detrectatio integram sui donationem faciendi seu reservatio positivo voluntatis actu facta cum aliis quoque rem habendi iuxta placita vel obnoxium propositum in nubendo copiam sui corporis faciendi amasio vel amasiae quacum ante nuptias contrahens nexuerat relationem » (n. 6, p. 315). Però, non c'è dubbio, la previsione di commettere adulterio a causa della condizione di « donnaiolo » del marito, o l'inclinazione disordinata ai rapporti sessuali, possono indurre all'esclusione del *bonum fidei* (idem).

La sentenza, a nostro parere, tenta di raggiungere un equilibrio; da una parte, respinge la giurisprudenza che riduceva l'esclusione del *bonum fidei* alla volontà di donarsi simultaneamente a due persone, cioè, quella che riconosce a una terza persona lo stesso diritto che dovrebbe donare esclusivamente al proprio coniuge. D'altra parte, prova a distinguere tra la semplice previsione che non sarà fedele al coniuge e la vera esclusione della fedeltà, la quale implica il rifiuto della donazione esclusiva della coniugalità che si dà nel consenso matrimoniale. La giurisprudenza ha sempre affermato che la « prassi adulterina » non è in se stessa prova dell'esclusione del *bonum fidei*, soprattutto quando l'adulterio non si commette con una persona che si conosceva già prima del matrimonio e con la quale si continua ad

avere relazioni, ma si incorre in esso con persone diverse e molte volte senza che si stabilisca un rapporto stabile con queste persone.

Pensiamo che la risposta al caso concreto si debba cercare nell'analisi della volontà specifica alla luce dell'oggetto del consenso, allo scopo di determinare se la volontà reale del contraente era quella di donarsi coniugalmente, con l'esclusività che questa donazione implica, o se, invece, c'era una volontà positiva al momento della manifestazione del consenso, a causa della quale si escludeva alla radice questa esclusività. Non c'è dubbio che questo è più fattibile quando nella storia della persona troviamo una relazione precedente che si vuole mantenere malgrado la celebrazione del matrimonio. Tuttavia, e questo è importante, non possiamo far diventare uno dei modi in cui di fatto si dà l'esclusione — quello della volontà poligamica — nell'unica fattispecie di esclusione del *bonum fidei*, tra l'altro quello la cui prova riesce più facile. Il giudice deve analizzare il caso concreto tenendo in mente la verità sul matrimonio, per poter in questo modo determinare se ci fu o meno l'esclusione del *bonum fidei* mediante un atto positivo della volontà, cioè, se nel caso si è data la donazione reale della propria persona in quanto persona-uomo e persona-donna, la quale è necessariamente unica ed esclusiva.

d) c. SERRANO, *Philadelphien. Latinorum*, 22 marzo 1996⁽⁹⁾.

Biagio, di origine italiana, nel tornare dalla guerra di Corea, conobbe Albina, anch'essa d'origine italiana. Dopo alcuni anni di fidanzamento, si sposarono nel 1953. Nel 1986 il marito abbandonò la moglie e i figli. Nel 1990 chiese la nullità del matrimonio per esclusione del *bonum fidei* da parte sua. Dopo una sentenza negativa, lui stesso si appellò alla Rota Romana. La sentenza rotale fu negativa, perché nel corso del dibattimento non fu possibile provare che il marito, al momento del matrimonio, aveva una volontà positiva che escludeva la fedeltà e l'esclusività della donazione coniugale. Tutt'al più, quello che appare sono le sue frequenti infedeltà durante la vita matrimoniale, senza che si possa però sostenere minimamente che queste rispondano a un'esclusione del *bonum fidei* presente nello stesso momento della celebrazione del matrimonio.

⁽⁹⁾ RRDec., vol. LXXXVIII (1996), p. 309-314. La sentenza è negativa al capo di nullità presentato: esclusione del *bonum fidei* da parte dell'attore.

La sentenza fa uno sforzo di approfondimento sul contenuto del *bonum fidei*. Come altre sentenze, ricorda la giurisprudenza precedente, la quale riduceva l'esclusione del *bonum fidei* alla volontà positiva di dare simultaneamente a più persone il diritto coniugale, proprio in quanto « diritto ». Citando *Gaudium et Spes*, 48 — « plenam coniugum fidem exigunt atque indissolubilem eorum unitatem urgent » — afferma che la giurisprudenza odierna analizza con più attenzione espressioni che in precedenza erano semplicemente respinte come irrilevanti: « volontà di adulterare, riserva della licenza di fornicare, ecc. ». Sostiene che, nonostante unità ed esclusività siano due realtà diverse, per quanto riguarda il *bonum fidei* possiamo dire che questo bene è escluso tanto nei casi in cui si pretende concedere a più persone il diritto esclusivo sulla sessualità, quanto in quelli in cui non lo si attribuisce con esclusività ad un'unica persona, quella del proprio coniuge: « ... ius coniugale defecisset tam si inter plures consortes dispertiretur quam si uni non totum tribueretur » (n. 3, p. 310).

Nello stesso numero la sentenza parla della totalità come una caratteristica della donazione coniugale, la quale riguarderebbe anche il *bonum fidei*. Analizzando la natura del patto coniugale alla luce del magistero recente, sostiene che il bene della fedeltà rientrerebbe nell'ambito dell'essenza del matrimonio e della comunità coniugale (n. 3, p. 311). Anziché parlare di « proprietà essenziali dell'istituzione », converrebbe parlare di esigenze intrinseche della donazione coniugale, tra le quali ci sarebbe la fedeltà: da lì che l'elemento determinante dell'esclusione della fedeltà non sia tanto se si è dato o meno a una terza persona il diritto sugli atti per sua natura atti alla generazione della prole, bensì la determinazione dell'esistenza o meno della donazione totale ed esclusiva della coniugalità mediante il consenso matrimoniale.

Ad ogni modo, quando siamo davanti ad una causa di nullità per esclusione del *bonum fidei*, si deve distinguere tra la volontà positiva che respinge la donazione totale ed esclusiva della volontà, esistente nel momento del patto, e la condotta successiva, che in quanto tale è irrilevante: « Quae tamen omnia cuiuscumque sunt vis et momenti inveniuntur — vel invenire debent — in dispositione animorum nubentium cum consensum expriment. Tunc ille evenit illa mutua totalis traditio et acceptatio ad invicem, qua vir et mulier coniuges fiunt quaeque dein solum ad modum iurium et officiorum, nempe matrimonialium, permanere potest. Quare quae post nuptias

accidunt inepta sunt ut illa iura et officia inficiant si vere ea coniuges acceperunt. Nec per se adulteria vel infidelitates quaecumque post matrimonium admissae inficere valent illam nuptiale dispositionem, quae de caetero iure utimur semper praesumi debet» (n. 4, p. 311). In fondo, la questione centrale è se ci fu o meno una vera donazione in quanto coniuge, la quale, tra l'altro, esige la totalità nel coniugabile e l'esclusività della donazione.

e) *c. TURNATURI, Florentina, 18 aprile 1996* ⁽¹⁰⁾.

Si tratta di un caso difficile perché il marito nega tutto. Dalle prove presentate in causa, i giudici stimarono che era stato sufficientemente provato che il convenuto aveva una concezione errata della sessualità, non soltanto per il frequente ricorso alle relazioni sessuali fuori del matrimonio, sia prima che dopo la sua celebrazione, ma anche per le sue continue esigenze alla moglie di realizzare atti sessuali contrari alla natura e alla dignità del matrimonio. La sentenza è affermativa all'esclusione del *bonum fidei* da parte del convenuto.

La fedeltà — afferma la sentenza — non riguarda soltanto il diritto esclusivo, nel senso che ne fosse contraria la donazione a un terzo, ma anche la donazione della coniugalità. Tuttavia, è molto importante distinguere l'aspetto morale dal giuridico (n. 9, p. 336). La fedeltà fa riferimento alla donazione personale in quanto coniuge, la quale è totale — nella coniugalità — ed esclusiva (cfr. n. 11, p. 337). In questo senso, giova ricordare quanto dicevamo nell'introduzione, cioè, che il fondamento ultimo del dovere di fedeltà si trova nella complementarità tra uomo e donna e nella esclusività della donazione della propria condizione maschile e femminile che ne segue.

La sentenza ricorda, secondo quanto affermato nel discorso del Papa alla Rota del 1982 e nella *Familiaris Consortio* n. 11, che la donazione coniugale non è una semplice donazione della potenza sessuale corporea, bensì è una donazione della persona che esige l'esclusività e la fedeltà. Perciò, una donazione del proprio corpo che non sia esclusiva e indissolubile sarebbe una menzogna, perché non rispondente alla dignità e alla verità della persona umana sessuata (cfr. n. 13, p. 338).

D'altra parte, tenta di definire il contenuto della fedeltà, affermando che non è solo il fatto che non si avranno atti sessuali con per-

⁽¹⁰⁾ RRDec., vol. LXXXVIII (1996), pp. 334-348. La decisione è affermativa all'esclusione del *bonum fidei* da parte del convenuto.

sona diversa dal coniuge, ma anche l'obbligo di vivere la sessualità in conformità con la sua propria natura, cioè, sempre entro l'ambito degli atti per la sua stessa natura adeguati per la generazione della prole (cfr. n. 12, p. 338). Lo dice in un altro momento la sentenza: «sexualitas coniugalis consideranda est ut bonum, secundum ordinationem naturae exercendum; ac proinde, sexualitas deflexa, quatenus a naturali et institutionalì ordinatione recessa, causa esse potest contra bonum fidei, potissimum quia falsificat donationem suipsius coniugalem et alteram partem facit instrumentum libidinis, quod nefas est» (n. 19, p. 341). Benché siamo d'accordo sul fatto che una volontà che positivamente rifiuta la verità dell'atto sessuale matrimoniale, indirizzandosi quindi verso atti contro natura, non è una vera volontà matrimoniale, perché non riconosce la coniugalità dell'altro, troviamo delle difficoltà a considerarla come una delle fattispecie dell'esclusione dell'unità o della fedeltà. Questa difficoltà sarebbe una conferma dei limiti di qualunque classificazione *a priori* nonché del pericolo di ricondurre tutte le possibilità di esclusione del consenso matrimoniale, che di fatto si possono dare, alla classica distinzione agostiniana dei *tria bona* che, se c'è qualcosa di sicuro, non riguardava le diverse possibilità di esclusione del vero consenso, ma proprio i beni che rendono vero e buono il matrimonio. Conviene ricordare che il legislatore, nel canone 1101 § 2, non riduce la simulazione ai *tria bona*, ma parla senza più precisazioni di elementi e proprietà essenziali del matrimonio. Da lì che se si provasse con certezza che uno dei contraenti escludeva con volontà positiva l'esigenza di rispetto della dimensione personale della sessualità, avendo una volontà indirizzata positivamente ad atti sessuali contrari alla natura, da dove risulta che non accetta l'altro esclusivamente in quanto persona-uomo o persona-donna, non saremmo dinanzi a una vera volontà matrimoniale.

Sull'esclusione della fedeltà la sentenza afferma: «Generatim bonum fidei excluditur ubi alteruter vel uterque contrahens positive respuit obligationem ad fidelitatem erga compartem servandam, seu non assumit eiusmodi obligationem; nec necesse est ut nubens ius in suum corpus tertiae personae tradere statuatur, cum sufficiat ut ipse eiusmodi ius detrectet exclusivum tradere alteri contrahenti, seu facultatem vel ius sibimet servet adulterandi» (n. 18, p. 340). Per questo, non esclude la fedeltà soltanto colui che dia a un terzo lo stesso *ius in corpus* (usando la vecchia definizione) ma anche chi non voglia concederlo esclusivamente, o chi non voglia concederlo né alla comparte né a nessun altro. In fondo, è quanto dicevamo della causa ultima del-

l'efficacia giuridica dell'esclusione del *bonum fidei*: la volontà positiva di non donare veramente la coniugalità, in questo caso per quanto riguarda l'unità, l'esclusività e la totalità della donazione coniugale. Nella formazione di questa volontà, non vi è dubbio, possono influire le idee erronee sull'unità del matrimonio che imperversano nella cultura odierna: l'idea del matrimonio «aperto», la poligamia ancora imperante in alcune culture, il matrimonio «di prova». Per questo l'importanza di una preparazione in positivo che metta l'accento non su quello che per la Chiesa «non sarebbe bene», ma sulla grandezza, la bellezza e la fattibilità della donazione coniugale unica, esclusiva, indissolubile e feconda, che è l'unica che può soddisfare le esigenze della persona umana nella donazione nella sessualità in tutta la sua integrità.

Infine, parlando della prova dell'esclusione della fedeltà, la sentenza fa riferimento alla condotta depravata antecedente e successiva alla celebrazione del matrimonio (cfr. n. 21, p. 342). Distingue, da una parte, l'esclusione dell'esclusività degli atti coniugali conformi alla natura (seguendo la linea che precedentemente indicava), come succedeva nel caso di colui che avesse una volontà di «usare» l'altro per soddisfare il suo impulso libidinoso con ogni tipo di atti di contenuto sessuale, fino al punto che, se la comparte si negasse, farebbe ricorso ad altre persone; e d'altra parte, potremmo avere un fenomeno che, benché esternamente simile, risponderebbe ad una realtà diversa, come sarebbe il caso di una persona che, anche volendo esserlo, non riuscirebbe a essere fedele a causa di un disordine di tipo psicosessuale. Nel primo caso, benché il disordine morale renda difficile l'assunzione e l'adempimento degli obblighi matrimoniali, ci muoviamo nell'ambito dell'esercizio della libertà: chi esclude «non vuole». Nel secondo caso, possiamo essere davanti a un'incapacità psichica, come quella di chi è impossibilitato ad assumere l'obbligo della fedeltà per una causa di natura psichica.

f) *c. POMPEDDA, Bonaëren., 15 novembre 1996* ⁽¹¹⁾.

Il caso riguarda il matrimonio celebrato nel 1977 tra Ernesto, militare, e Cecilia. Fin dall'inizio ci furono problemi perché la donna

⁽¹¹⁾ RRDec., vol. LXXXVIII (1996), pp. 697-715. Si chiede la nullità per esclusione del *bonum fidei* da parte della convenuta e per errore in qualità direttamente e principalmente intesa da parte dell'attore. La sentenza è affermativa soltanto per il capo di esclusione del *bonum fidei*.

manteneva relazioni con Alfredo, collega di lavoro, con il quale ebbe rapporti anche durante il periodo di fidanzamento con Ernesto. Il marito tentò di salvare il matrimonio, dicendo alla moglie che voleva perdonare tutto, ma Lei disse di non amare lui ma Alfredo. Si separarono e Lei si mise ad abitare con Alfredo, dal quale ha avuto dei figli. Nel 1987 Alfredo chiese la nullità per esclusione del *bonum fidei* da parte della donna e per errore circa una qualità direttamente e principalmente intesa da parte sua. La prima istanza fu negativa a entrambi i capi. Il turno rotale, invece, dichiarò la nullità soltanto per l'esclusione del *bonum fidei* da parte della convenuta.

La sentenza afferma che, nell'ambito canonico, non possiamo fare una distinzione netta e autonoma tra l'ordine morale e quello giuridico, come se il diritto si limitasse agli atti esterni e la morale a quelli interni. Questo si vede con chiarezza nella materia matrimoniale, nella quale un atto interno può avere precise conseguenze giuridiche, come capita nella simulazione del consenso. Tuttavia, è chiaro che una volontà interna che non abbia nessuna manifestazione esterna sarebbe irrilevante nell'ambito giuridico, almeno per l'impossibilità di prova nel foro esterno (cfr. n. 6, p. 699).

Il dovere della fedeltà matrimoniale, che non è soltanto morale bensì prettamente giuridico, trova il suo fondamento nella donazione ed accettazione della persona stessa nella sua coniugalità, perché sono le medesime persone in quanto maschio e femmina l'oggetto del patto coniugale, e questa donazione della persona esige la fedeltà e l'indissolubile unità tra i coniugi (cfr. n. 5, p. 699).

Nello studio delle cause sull'esclusione del *bonum fidei*, afferma la sentenza, si deve tener conto della costituzione della persona, in quanto la vita depravata o i disordini di tipo psicosessuale certamente possono influire nella formazione di una volontà di escludere: « Quibus attentis vel praeter casus conclamatae anomaliae psychosexualis profunda quoque consideratio habenda est psychologice constitutionis nubentis cum sermo fit de exclusione boni fidei, ubi contrahens ob suam psychicam constitutionem vel pravos mores pergere intendit in commerciis adulterinis negligens vel immemor susceptorum onerum » (n. 6, p. 699). Indubbiamente, in questi casi si dovrà distinguere tra la simulazione e l'incapacità, perché una cosa è il disordine morale o persino psichico che rende difficile il dono di sé e che può portare all'esclusione, e un'altra cosa sarebbe l'incapacità di assumere o il difetto grave della discrezione di giudizio, che rendono la persona incapace per dare un vero consenso matrimoniale.

Entrando nel contenuto del *bonum fidei*, la sentenza cita una c. Serrano⁽¹²⁾ nella quale si sottolinea la forza che la fedeltà, propria di ogni patto, acquisisce nel matrimonio, nel quale i coniugi diventano una sola carne e, perciò, non si appartengono più nel coniugabile, ma appartengono all'altro coniuge, diventano « carne dell'altro ».

Per tanto, esclude il *bonum fidei*, « qui positiva voluntate ius exclusivum in proprium corpus alteri parti tradere haud intendit, scilicet cum statuat plenam integramque sui donationem cum altera parte non perficere pro constituendo consortio totius vitae indole sua naturali ordinato ad bonum coniugum et ad prolis generationem et educationem » (n. 9, p. 700). In fondo, come fanno altre sentenze, mette il fondamento del *bonum fidei* nella natura del patto coniugale così come viene spiegato dal recente Magistero della Chiesa, da dove si deduce che chi non vuole costituire questa comunità di vita e di amore, con le sue caratteristiche intrinseche, non vuole realmente donarsi e accettare l'altro come coniuge. Nel caso concreto, si dovrà determinare quale è il bene che si esclude, perché sembra che alle volte si confonda il *bonum fidei* con il *bonum coniugum*. Non c'è dubbio che il contraente che esclude positivamente la fedeltà in fondo rifiuta l'altro in quanto coniuge, ma lo stesso si potrebbe dire di colui che esclude l'indissolubilità o il bene della prole, perché la realtà « coniuge » implica ed esige la fedeltà, l'indissolubilità e la potenziale paternità o maternità. Da lì che convenga distinguere in ogni situazione concreta, benché si debba evitare una visione chiusa che riconduce necessariamente tutti i casi di esclusione ai *tria bona* agostiniani.

Tenendo conto di questo fondamento, la sentenza afferma che esclude il *bonum fidei* non soltanto chi pretenda dare a un terzo il diritto sul proprio corpo, come sosteneva la giurisprudenza precedente, ma anche chi pretenda dare il diritto alla comparte, ma non esclusivamente, o chi non voglia dare il diritto né al coniuge né a un'altra persona, soprattutto se, a causa della mancanza di amore nel periodo prenuziale, il contraente non vuole costituire una vera comunione di vita e amore coniugale (cfr. n. 9, p. 700). A nostro avviso, non si tratterebbe tanto di esigere una volontà di fondare un'unione veramente basata sull'amore⁽¹³⁾, perché non possiamo esigere

(12) C. SERRANO, *Romana*, 25 luglio 1980, in RRDec., vol. LXXII (1980), pp. 531 ss., n. 6.

(13) Inoltre, c'è il problema di definire adeguatamente l'amore: se è quel minimo

come requisito di validità quello che è della perfezione del matrimonio, ma indagare se *in casu* c'erano dei motivi che portassero a pensare ad una volontà restia alla fondazione del matrimonio con le sue esigenze intrinseche, chiaramente non come piena prova dell'esclusione, ma come uno degli indizi da mettere insieme agli altri elementi di prova della volontà simulatoria.

Citando una sentenza c. Funghini⁽¹⁴⁾, sostiene che «*bonum fidei* essenziale, praeter vinculi unitatem, amplectitur ius mutuumque contrahentium obligationem tum ad coniugale debitum exspostulandum ac praestandum tum ad exclusivatem quoad actus vitae coniugalis proprios ponendos» (n. 9, p. 700). Perciò, non si riduce il *bonum fidei* all'unità, ma include l'esclusività della donazione coniugale, potendo quindi affermare che la volontà di condividere gli atti propri della coniugalità, presente nello stesso atto di manifestazione del consenso, sarebbe anche un'esclusione del *bonum fidei*.

Nel determinare quando siamo dinanzi a un'esclusione del *bonum fidei*, la sentenza afferma che l'esistenza del mero proposito di commettere adulterio, o la sola prassi adulterina, non costituiscono l'esclusione del *bonum fidei*. L'esclusione quindi implicherebbe il rifiuto della genuina e integra donazione di se stesso, o la riserva stabilita mediante atto positivo di volontà, di mantenere rapporti con una terza persona, o il proposito fermo di continuare una relazione amorosa con una persona con la quale si avevano già relazioni durante il tempo del fidanzamento. Da qui l'importanza di conoscere la volontà — e la condotta concreta — del presunto simulante nel periodo prenuziale (cfr. n. 10, p. 700-701).

Infine, la sentenza si pone una questione: è compatibile l'accettazione dell'obbligo della fedeltà con la volontà di realizzare atti contrari a questo obbligo? Dopo aver fatto alcune considerazioni sulla distinzione tra «volontà contraria alla fedeltà» e «volontà di realizzare atti contrari alla fedeltà», la quale sembra celare una contraddizione, la sentenza sostiene che quello importante è non fermarsi nei fatti ma fare lo studio del caso alla luce dei principi del consenso ma-

di amore coniugale necessario per il patto coniugale, il quale si deve intendere come amore di volontà, sulla necessità del quale non abbiamo dubbi o, invece, se si intende per tale l'amore-sentimento, che può esserci o meno e quindi non appartiene all'essenza del patto coniugale.

⁽¹⁴⁾ C. FUNGHINI, *Perusina*, 25 novembre 1987, in RRDec., vol. LXXIX (1987), p. 686, n. 3.

trimoniaie. Ad ogni modo, si afferma, l'elemento determinante sarebbe la conoscenza della volontà reale del contraente nel momento della manifestazione del consenso perché, dice citando Casellati Alberti, «chi esprime pertanto l'intenzione di volere sì il matrimonio monogamico, ma in quanto aperto a relazioni extraconiugali, contrae invalidamente, secondo, del resto, gli indirizzi dottrinali e giurisprudenziali precedentemente esaminati, richiamanti il concetto di fedeltà e non di unità»⁽¹⁵⁾. Questa affermazione va però ridimensionata tenendo conto da quanto abbiamo detto sulla distinzione tra la vera volontà simulatoria e le imperfezioni di una volontà matrimoniale pur vera, dovute ai limiti e alle mancanze della persona umana.

In ogni modo, come abbiamo detto in precedenza, a nostro avviso la distinzione tra esclusione del diritto e dell'esercizio del diritto può diventare artificiosa se viene applicata con un certo automatismo all'*in fieri* del matrimonio, perché non si capisce come una persona possa volere allo stesso tempo assumere il dovere della fedeltà e rifiutare, *ab initio* e radicalmente, con una volontà determinata, il suo adempimento. Questa distinzione è utile invece per quanto riguarda la differenza tra il dovere in se stesso, l'assunzione del quale appartiene all'*in fieri*, e il suo esercizio, che appartiene alla realizzazione della vita matrimoniale, nel senso che non ogni inadempimento dell'obbligo implica la sua esclusione nel momento iniziale, per cui questa dovrà essere provata nel caso concreto, nella misura in cui l'atto positivo di esclusione non si presume (cfr. cc. 1101 § 1 y 1060). Torneremo sull'argomento nell'analisi della successiva sentenza.

g) c. CIVILI, *Sancti Sebastianis Fluminis Ianuarii*, 20 novembre 1996⁽¹⁶⁾.

Adda e Damiano si conobbero nel 1956, quando lei aveva 22 anni e lui 30. Il fidanzamento si interruppe diverse volte a causa della gelosia e del carattere violento di Damiano. Il convenuto, che si era convertito al protestantesimo, si faceva beffa della fede cattolica della famiglia di Adda. Fece la proposta di celebrare le nozze civili

⁽¹⁵⁾ M.E. CASELLATI ALBERTI, *Indissolubilità e unità nell'istituto naturale del matrimonio canonico*, Padova 1984, p. 172). La sentenza rimanda ad una decisione precedente dello stesso ponente, del 23 aprile 1985 (in RRDec., vol. LXXVII, p. 218, n. 6).

⁽¹⁶⁾ RRDec., vol. LXXXVIII (1996), pp. 724-732. La sentenza è negativa al capo di nullità presentato: esclusione del *bonum fidei* da parte del convenuto.

o di convivere semplicemente, ma lei respinse questa proposta per le sue convinzioni cattoliche. Alla fine, contrassero il matrimonio religioso nel 1964. La convivenza coniugale si protrasse per cinque anni, ma fu infelice sin dall'inizio a causa delle frequenti infedeltà del marito, il quale persino contagiò sua moglie di una malattia venerea. Nell'anno 1966 nacque una figlia. La donna, alcuni anni dopo, chiese la separazione ed ottenne dopo il divorzio civile e l'affidamento della figlia. Successivamente, sposò civilmente un altro uomo. Anche Damiano sposò civilmente un'altra donna, con la quale ebbe due figlie. Adda chiese la dichiarazione di nullità del suo matrimonio presentando come capi di nullità la simulazione totale e, sussidiariamente, l'esclusione del *bonum fidei* da parte del marito. La sentenza di prima istanza fu negativa ad entrambi i capi. Il tribunale di seconda istanza, invece, dichiarò la nullità per l'esclusione del *bonum fidei*, e in Rota il dubbio venne determinato nell'esclusione della fedeltà da parte del marito. La sentenza rotale fu negativa perché non si provò l'esistenza della volontà positiva nel momento del consenso, mancando anche la confessione del convenuto su questo aspetto, soprattutto a causa di un'istruttoria deficiente, nella quale le domande riguardavano l'indissolubilità e non la fedeltà. Malgrado non ci fossero dubbi sulla condotta gravemente disordinata del convenuto, mancò la prova dell'esclusione al momento della celebrazione del matrimonio.

Citando alcune sentenze c. De Jorio, analizza la relazione tra il *bonum fidei* e la proprietà essenziale dell'unità, per sostenere che queste non si identificano. Effettivamente, in alcune sentenze c. De Jorio, si dice che l'esclusione del *bonum fidei* inteso come il dovere della fedeltà non si deduce dalla relazione tra i canoni 1086 § 2 y 1013 § 2 CIC 17 (oggi 1101 § 2 y 1056), secondo la quale l'esclusione del *bonum fidei* sarebbe esclusione della proprietà essenziale dell'unità, bensì dalla relazione tra i canoni 1101 y 1055 § 1, per cui l'esclusione della fedeltà sarebbe contraria prevalentemente non all'unità del matrimonio ma all'essenza del patto coniugale, mediante il quale l'uomo e la donna si danno e accettano in alleanza irrevocabile per costituire il matrimonio. In questo senso, la sentenza sostiene che la proprietà dell'unità, invece, riguarderebbe l'intrinseca natura monogamica del matrimonio cristiano, espressamente sanzionata da Cristo contro l'antica legge che permetteva all'uomo di avere più mogli. In altre parole, afferma la sentenza, l'unità proibisce all'uomo di avere più mogli (poliginia) e alla donna di avere più mariti (polian-

dria). Per questo, non potendo identificare il *bonum fidei* con la proprietà essenziale dell'unità, l'esclusione del bene della fedeltà renderebbe nullo il matrimonio perché è l'esclusione di un elemento essenziale del matrimonio, non di una sua proprietà essenziale (cfr. n. 6-8, p. 726).

In seguito, la sentenza cita la dottrina di San Tommaso sull'essenzialità dei diversi beni del matrimonio (*prolis, fidei et sacramentum*), nella quale il Dottore Angelico distingue tra la prole e la fedeltà *in suis principiis* e la prole e la fedeltà come realtà, cioè, la prole effettivamente nata e la fedeltà come realtà vissuta, da una parte, e l'indissolubilità come proprietà essenziale di ogni matrimonio. Effettivamente, San Tommaso afferma che il matrimonio sussiste benché non ci siano i figli o non vi sia fedeltà nei confronti del coniuge, ma non può sussistere il matrimonio senza l'indissolubilità. Una volta ricordata l'affermazione tomista, la sentenza ricorda che parte della dottrina e della giurisprudenza hanno portato all'estremo questo ragionamento quando hanno ammesso la possibilità di una spaccatura tra il diritto e il suo esercizio nello stesso momento della manifestazione del consenso, contemplando la possibilità di una volontà che, nello stesso atto di dare il consenso, assuma il dovere/diritto alla prole o il dovere della fedeltà, ma escluda il loro esercizio. Secondo questa dottrina, chi assumesse il diritto escludendo solo il suo esercizio, contrarrebbe validamente, se questa scissione riguardasse la prole o la fedeltà (cfr. n. 11, p. 727). Contro questa interpretazione, la sentenza sostiene che la mente del dottore Angelico era un'altra: se di fatto, nella vita coniugale, non si seguisse la nascita dei figli, per cause naturali o per una volontà contraria sopravvenuta alla celebrazione del matrimonio, il matrimonio sarebbe ugualmente valido. Invece, se nello stesso atto di consentire, si avesse una volontà positiva di non procreare o di essere infedele, saremmo davanti a un matrimonio nullo. Distinguere nell'*in fieri* tra la volontà di escludere il diritto e la volontà di non adempierlo è una distinzione fallace. Su questo punto siamo d'accordo con il ragionamento della sentenza, che rispecchia quanto dicevamo nei paragrafi iniziali.

D'altra parte, continua la sentenza, siamo di fronte ad una distinzione artificiosa che non trova fondamento né nella legislazione del 1917 né tanto meno in quella vigente, e non si deve distinguere dove il legislatore non lo ha fatto, soprattutto se queste distinzioni andassero a scapito della certezza del diritto (cfr. n. 12, p. 728). Inoltre, i difensori di questa distinzione finiscono per paragonare i

diritti personalissimi del matrimonio con i diritti «reali», come sarebbe quello della proprietà, nei quali è ammissibile una diversa partecipazione nei suddetti diritti: proprietà, uso e usufrutto. Di fatto, alcune sentenze rotali affermavano che ci trovavamo dinanzi a un'esclusione del *bonum fidei* soltanto quando si concedeva a una terza persona lo stesso diritto che si era concesso al coniuge, per cui non sarebbe una vera esclusione del *bonum fidei* la volontà positiva di mantenere una relazione di tipo sessuale con persona diversa dal contraente se si accettava che «coniuge», con diritto, era soltanto il coniuge «legale».

Riguardo al contenuto del *bonum fidei*, alla luce di quanto finora detto, la sentenza sostiene che la sua «natura seu quidditas est praecisae obligatio nupturientis servandi — in perpetuum — fidelitatem erga coniugem, nempe sese abstinendi ab actibus sexualibus cum aliis personis utriusque sexus. Ab hac obligatione corrivatur ius alterius ad videndam fidem servatam. Haec est enim lucida mens S. Thomae, ubi definit bonum fidei — uti supra visum est — debetum servandi fidem» (n. 13, p. 728).

Tenendo conto di questa definizione del *bonum fidei*, si osserva chiaramente la contraddizione intrinseca che ci sarebbe in una volontà di assumere l'obbligo di essere fedele e, simultaneamente, non essere disposto a osservarlo, dato che il contenuto dell'obbligo è proprio la sua prestazione (cfr. n. 14, p. 728-729). Per questo, chi nello stesso momento di manifestare il consenso, con volontà attuale o virtuale, ha la volontà di mantenere relazioni sessuali con terze persone, non assume l'obbligo, e, quindi, esclude il *bonum fidei* e, perciò, contrae invalidamente⁽¹⁷⁾. Bisogna però tener conto da quanto dicevamo sulla distinzione tra la volontà simulatoria e la volontà matrimoniale vera ma imperfetta. In fondo, i giudici hanno il difficile compito di distinguere tra la volontà di donarsi ed accettarsi vicendevolmente come coniugi, dalle mancanze, limitazioni, disordini che si possono scorgere nel singolo progetto matrimoniale. Nessuna formula legale o giurisprudenziale può dare da sola la risposta nel caso concreto: soltanto i giudici, mediante la conoscenza del caso reale, possono e devono dare una risposta conforme a verità.

⁽¹⁷⁾ Cfr. C. De Jorio, 18 dicembre 1963, in RRDec., vol. LX (1963), n. 10, p. 556 ss.

Un altro elemento analizzato dalla sentenza è l'esigenza di provare la presenza di un atto positivo di volontà, attuale o virtuale, esplicito o implicito, mediante il quale si esclude il dovere della fedeltà. Da qui che non sia sufficiente: «mera velleitas vel etiam mera praevisio contrahentis se forsan in futuro coniugio esse in adulterium lapsurum» (n. 16, p. 729). Ci sarebbe l'atto di volontà implicito quando il contraente, prima del matrimonio, si propone di continuare anche dopo la celebrazione con le relazioni intime che manteneva già prima con terza persona, rifiutando quindi il dovere di fedeltà verso l'altro coniuge. Come afferma Pompedda: «Non si può nemmeno sottovalutare che da tale intenzione nasce un fortissimo indizio per il quale si può presumere non essere stato assunto l'obbligo alla fedeltà. Il che vale soprattutto ove si dimostri il proposito nel nubile di non abbandonare la o il concubino»⁽¹⁸⁾.

3. *Valutazione conclusiva.*

Negli ultimi anni si è verificata un'evoluzione nella giurisprudenza della Rota Romana sull'esclusione del *bonum fidei*, in buona misura dovuta all'approfondimento nella comprensione del matrimonio operatosi nel Magistero. Una miglior comprensione della natura della donazione coniugale dalla quale nasce il vincolo matrimoniale ha aiutato a situare nel luogo adeguato il bene della fedeltà.

Ciononostante, ci sono ancora dei punti che abbisognano di una migliore precisione perché, malgrado si veda un'evoluzione nella comprensione del bene della fedeltà coniugale come qualcosa dovuta «in giustizia», in alcune occasioni non è chiara l'ubicazione sistematica della fedeltà tra gli elementi e le proprietà essenziali del matrimonio. Questa difficoltà si scorge, soprattutto, nel momento di determinare la *ratio* ultima della rilevanza giuridica dell'esclusione della fedeltà coniugale, principalmente a causa della rigidità con la quale si continua ad applicare la definizione agostiniana dei *tria bona* alle fattispecie di simulazione parziale del consenso matrimoniale. Lo stesso bisogno di chiarezza si scorge nell'interpretazione dell'esigenza di un positivo atto di volontà che appare nel testo legale del canone 1101 § 2, nonché nella distinzione tra il diritto e il suo esercizio realizzata

⁽¹⁸⁾ M.F. POMPEDDA, *Studi diritto matrimoniale canonico*, Milano 1993, p. 245; cfr. anche la sentenza c. De Jorio, 13 luglio 1968, cit., n. 10, p. 556 ss.

dalla dottrina e dalla giurisprudenza precedenti. Perciò, tenteremo di fare una valutazione conclusiva su questi tre elementi nella giurisprudenza recente che abbiamo presentato lungo questo commento.

a) *Il contenuto del « bonum fidei ».*

Salvo qualche eccezione, ci sembra che si possa dire che ha fatto strada l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale il *bonum fidei* non si riduce all'unità del matrimonio, per cui non saremmo di fronte a un'esclusione del *bonum fidei* soltanto quando ci fosse una volontà poligama, che non riconosce l'unità del vincolo coniugale. Nella giurisprudenza recente, invece, si afferma che il *bonum fidei* include anche, e primariamente per alcuni, il dovere di osservare la fedeltà.

Nel definire invece il contenuto del *bonum fidei*, troviamo diversità d'opinioni nella giurisprudenza. Queste discrepanze non riguardano tanto la rilevanza o meno dell'esclusione della fedeltà, quanto la collocazione sistematica di questa nella struttura del canone 1101 § 2. Riassumendo, le posizioni sarebbero le seguenti:

1. Il *bonum fidei* si identificherebbe con la proprietà essenziale dell'unità, intesa come rifiuto della poligamia o dei vincoli di contenuto matrimoniale simultanei, onde ci troveremo dinanzi ad un'esclusione giuridicamente rilevante soltanto in quei casi nei quali la volontà positiva nel momento della manifestazione del consenso matrimoniale fosse quella di compartire il « diritto » con persona diversa dal proprio coniuge. Come dicevamo in precedenza, questo indirizzo giurisprudenziale è stato praticamente abbandonato.

2. Il *bonum fidei* si identificherebbe con la proprietà essenziale dell'unità, ma questa proprietà includerebbe non soltanto l'unità del vincolo, ma anche la sua esclusività. Perciò, escluderebbe il vincolo chi rifiutasse l'esclusività della donazione coniugale, benché questo rifiuto non arrivasse fino alla volontà di compartire lo stesso « diritto » con un'altra persona. Al momento di spiegare il perché della rilevanza giuridica di questa esclusione, troviamo diversi ragionamenti nella giurisprudenza: la stessa natura del patto coniugale, la quale esige la donazione totale ed esclusiva della coniugalità; il contenuto del *bonum fidei*, che si traduce nel dovere/diritto di osservare la fedeltà coniugale tanto nella sua unità quanto nella sua esclusività; la relazione tra il *bonum fidei* e il *bonum coniugum*, che sono inseparabili nella misura in cui il rifiuto della fedeltà è un diniego del *bonum coniugum*. Pensiamo che questi modi di spiegare la rilevanza

giuridica dell'esclusione della fedeltà sono complementari e, pertanto, servono a conoscere la realtà del caso concreto, sempre che non vengano assolutizzati.

3. Il *bonum fidei* non si identificherebbe con la proprietà essenziale dell'unità, perché il primo riguarderebbe la fedeltà come elemento essenziale del matrimonio, mentre la seconda riguarderebbe la natura monogamica del matrimonio cristiano. Secondo questa opinione, l'esclusione della fedeltà renderebbe nullo il matrimonio non per essere un'esclusione di una proprietà essenziale, ma in quanto esclusione di un elemento essenziale del patto coniugale, quale sarebbe il bene della fedeltà.

In ogni caso, ci sembra che oggigiorno sia praticamente unanime la giurisprudenza sulla rilevanza dell'esclusione della fedeltà coniugale. La diversità di vedute si trova piuttosto nella *ratio* di questa rilevanza. Il motivo di questa diversità lo scorgiamo, in buona misura, nella trasposizione tra le sistematiche agostiniana — quella dei *tria bona* — e tomista — causa, essenza, fini e proprietà — nella comprensione del matrimonio. Come ricordavamo precedentemente, durante molto tempo la giurisprudenza e la dottrina hanno concentrato le diverse possibilità di esclusione parziale del consenso nei tre beni agostiniani, per cui in molti casi si rende difficile la qualificazione giuridica di una determinata volontà di esclusione parziale, nella misura in cui non fosse facilmente classificabile tra uno dei tre beni agostiniani i quali, giova ricordare, non furono pensati dall'ottica negativa della simulazione, ma ebbero la loro origine nella necessità di difendere la bontà del matrimonio e dei suoi beni intrinseci, di fronte alle dottrine che mettevano in dubbio la bontà dell'istituto matrimoniale. Per tutto ciò, tenendo conto della redazione stessa del 1101 § 2, ci pare che sia più conforme alla struttura della norma seguire la sistematica di San Tommaso nello studio e nell'applicazione della norma sulla simulazione del consenso matrimoniale⁽¹⁹⁾. La difficoltà per inquadrare il *bonum fidei* dimostra la necessità di rinnovazione della giurisprudenza, che nell'ambito della simulazione è rimasta ancorata nella dottrina dei *tria bona* agostiniani come le tre uniche categorie di simulazione parziale del consenso.

(19) Cfr. P.J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio y simulacin del consentimiento*, Pamplona 1997, pp. 59-60.

Comunque sia, la questione principale e determinante non è tanto la sistematica adoperata, quanto saperla usare con realismo.

b) *Il positivo atto di volontà.*

Nella determinazione dell'atto positivo di volontà la giurisprudenza afferma che non basta, perché ci sia una volontà escludente, la semplice previsione di infedeltà né, tanto meno, il solo fatto delle frequenti infedeltà matrimoniali. Di fatto, in molte delle sentenze analizzate, la decisione fu negativa perché mancava la prova dell'esistenza di una volontà positiva contraria alla fedeltà, benché non ci fossero dei dubbi sulle frequenti infedeltà del coniuge durante la vita matrimoniale. Le sentenze, evidenziando che siamo dinanzi a un'esclusione soltanto quando ci sia una volontà positiva contraria all'unità o alla fedeltà, sostengono che le velleità, il fatto stesso dell'infedeltà, non sono prova sufficiente dell'esclusione del *bonum fidei*, perché questa non si può presumere. Indubbiamente, una condotta contraria alla fedeltà presente già prima della celebrazione del matrimonio e che si mantiene anche dopo, è una forte presunzione a favore della simulazione, soprattutto se la relazione si mantiene con la stessa persona prima e dopo il matrimonio. D'altra parte, alcune sentenze ricordano che la volontà positiva può essere attuale o virtuale, esplicita o implicita, benché debba essere sempre volontà positiva. In questo senso, si può affermare che nessuno esclude senza rendersene conto, perché è necessario che ci sia una volontà formata contraria al bene dell'unità o della fedeltà.

Per quanto riguarda la natura del positivo atto di volontà, alcune sentenze rispecchiano quanto dicevamo del « doppio atto di volontà », nel senso che sembrerebbe necessario, perché si dia l'esclusione, che il contraente volesse con un atto positivo il matrimonio e, allo stesso tempo, con piena consapevolezza, volesse escludere, con un altro atto positivo della sua volontà, un elemento o una proprietà essenziale. Al riguardo, pensiamo che il legislatore, quando parla del positivo atto di volontà, quello che esige è l'esistenza di una volontà determinata contraria al *bonum fidei*, non essendo sufficienti pertanto le idee, i desideri, le opinioni, le previsioni, contrarie alla fedeltà. Così come nel vero consenso abbiamo un'unica volontà interna, che si manifesta esternamente mediante il segno nuziale, nella simulazione abbiamo da una parte, una volontà interna non matrimoniale e, dall'altra, una volontà del segno nuziale: non c'è il bisogno di volere il matrimonio e, in un secondo atto, non volerlo fedele.

Nei casi di esclusione del *bonum fidei* quello che succede è che si vuole, con volontà positiva, un «matrimonio» chiuso al bene della fedeltà, volendosi ciononostante il segno nuziale, il quale verrebbe svuotato del suo vero significato. Nella simulazione, la scissione dell'unità della volontà non si dà tra una volontà matrimoniale e una volontà di escludere, ma tra una volontà «non matrimoniale», perché si esclude un elemento o una proprietà essenziale, e la volontà del segno nuziale, il quale viene falsato in quanto non rappresenta quello che dovrebbe significare, cioè, la volontà di darsi ed accettarsi in quanto coniugi per costituire il matrimonio, che è necessariamente fecondo, fedele e indissolubile.

c) *La distinzione tra il diritto e il suo esercizio.*

Alcune sentenze rotali continuano a fare la distinzione tra l'esclusione del diritto stesso e l'esclusione del suo esercizio, limitando l'efficacia invalidante soltanto all'esclusione del diritto. Altre, invece, rifiutano totalmente la distinzione tra l'esclusione rilevante del diritto e l'esclusione irrilevante dell'esercizio del diritto. Questa distinzione, affermata nella dottrina per molto tempo, non deve essere assolutizzata. Sembra che ci sia una contraddizione intrinseca e insuperabile tra una pretesa volontà di assumere l'obbligo della fedeltà e una volontà, presente nello stesso atto di contrarre, di escludere l'esercizio dell'obbligo presuntamente assunto. Come si può affermare che si assume il dovere della fedeltà se la stessa volontà esclude in partenza l'adempimento dell'obbligo che si sostiene è stato assunto? Per questo, bisogna essere molto precisi nel caso concreto, per non applicare distinzioni artificiali che non tengano conto della realtà del caso.

In particolare, dinanzi a una pretesa volontà di esclusione del *bonum fidei*, il giudice dovrà distinguere tra le diverse possibilità reali. Da una parte, in alcuni casi si trova una concreta e ben determinata volontà di compartire la propria condizione sessuale con persona diversa dal proprio coniuge, volontà che va oltre la previsione di essere infedele o l'errore che le infedeltà siano «normali» oggi giorno, che troviamo in tanti ambiti culturali. Sono questi i casi nei quali molte volte la giurisprudenza è solita affermare che la volontà di commettere adulterio o la previsione di infedeltà non sono in se stesse volontà che escludano il vero consenso matrimoniale. In altri casi, invece, si scorge soltanto un'accettazione dell'idea che il matrimonio, considerato in astratto, esiga la fedeltà, esigenza che non si sarebbe disposti ad osservare nel caso concreto del matrimonio che si sta per celebrare. Come

ben sappiamo, il matrimonio non lo fanno le idee ma la volontà veramente matrimoniale dei contraenti che si manifesta esternamente mediante il segno nuziale. Quindi, in alcuni di questi casi ci troviamo dinanzi a una vera esclusione del *bonum fidei*. Infine, in molti dei casi analizzati i giudici hanno riscontrato soltanto delle infedeltà lungo la vita coniugale, senza che ci fosse una chiara volontà di escludere esistente al momento della manifestazione del consenso.

Se per diritto/dovere e uso del diritto intendiamo la necessaria distinzione tra il momento fondazionale del matrimonio mediante il consenso matrimoniale — matrimonio *in fieri* — e l'effettivo adempimento del diritto/dovere assunto mediante la costituzione del vincolo, la distinzione tra il diritto e il suo uso può reggere, perché non è lo stesso non assumere un diritto/dovere che non adempierlo successivamente. Da lì che la giurisprudenza sia costante nell'affermare che la prova delle frequenti infedeltà durante la vita matrimoniale non sia motivo sufficiente per dichiarare la nullità di un matrimonio a causa dell'esclusione del *bonum fidei*, essendo quindi necessaria la prova della volontà positiva contraria all'unità o alla fedeltà nello stesso atto del consenso matrimoniale.

Come ben afferma la citata sentenza c. Civili ⁽²⁰⁾, in buona misura la causa della esacerbazione della distinzione tra il diritto e il suo esercizio ha la sua origine in un'interpretazione della dottrina di San Tommaso che va oltre il detto dal Dottore Angelico. La questione, a nostro avviso, resta aperta e, quindi, non possiamo semplicemente dare torto a coloro che, nelle concrete sentenze, applicano la distinzione tra il diritto e il suo esercizio ⁽²¹⁾. Se è vero che molte volte questa distinzione viene applicata con un automatismo che non rispecchia la complessità del caso concreto, è anche vero che questa terminologia risponde tante volte alla difficoltà per analizzare e classificare una realtà così complessa e ricca come il consenso matrimoniale, nel quale si può rendere assai ardua la distinzione tra consenso sufficiente, benché imperfetto, e consenso nullo. In questo tema, come in tanti altri, conviene superare schematismi e dogmatismi che tentano di incasellare la realtà a scapito della verità dei fatti concreti.

Héctor Franceschi F.

⁽²⁰⁾ C. Civili, 20 novembre 1996, cit.

⁽²¹⁾ Al riguardo, cfr. C. BURKE, *El contenido del «Bonum fidei»*, in «Ius Canonicum» XXXI, n. 62 (1991), pp. 659-679.