

L'ESCLUSIONE DEL «BONUM FIDEI» NELLA GIURISPRUDENZA ROTALE RECENTE

Héctor Franceschi
Pontificia Università della Santa Croce

A. PREMESSA

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

Ciononostante, ci sono ancora dei punti che necessitano di una migliore precisazione perché, malgrado si veda un'evoluzione nella comprensione del bene della fedeltà coniugale come qualcosa che è dovuta "in giustizia", in quanto appartiene all'essenza del matrimonio, in alcune occasioni non è chiara la ubicazione sistematica della fedeltà tra gli elementi o 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 dalla dottrina e dalla giurisprudenza precedenti.

In questa sessione, in primo luogo, farò una presentazione della giurisprudenza della Rota Romana degli ultimi anni (dal 1995 al 2002)¹ sull'esclusione del *bonum fidei*, soffermandomi su alcune delle sentenze

¹ Nel testo scritto ho incluso le sentenze dell'ultimo volume delle decisioni rotali pubblicate, corrispondente alle decisioni dell'anno 2002, pubblicato successivamente al corso.

e, successivamente, entrerà nello studio dei temi menzionati in precedenza che mi sembra debbano ancora essere meglio precisati dalla giurisprudenza.

B. LE SENTENZE RECENTI SULL'ESCLUSIONE DEL «BONUM FIDEI»

In questa relazione, che ha uno scopo pratico e si svolge nella cornice di un corso di aggiornamento, mi limiterò, come ho detto in precedenza, alla giurisprudenza rotale sull'esclusione del *bonum fidei* presente negli ultimi volumi pubblicati delle decisioni rotali.

Tra il 1995 e il 2002 (ultimo anno di decisioni della Rota che è stato pubblicato) ho trovato 43 sentenze – 31 delle quali pubblicate nei volumi – che trattano l'esclusione del *bonum fidei* come unico capo di nullità o insieme ad altri capi. Stupisce che la maggioranza delle sentenze siano negative all'esclusione del *bonum fidei*. Infatti, delle 43 decisioni che hanno trattato questo capo, 29 sono state negative e 14 affermative all'esclusione del *bonum fidei*. Presenterò l'elenco di queste sentenze, per poi fare una valutazione di insieme degli sviluppi della giurisprudenza rotale su questo capo di nullità. Come appendice a questa presentazione includerò un massimario riguardante le 31 sentenze sul *bonum fidei* che sono state pubblicate nei volumi delle decisioni rotali, con lo scopo di rendere più accessibile il loro utilizzo.

1. 1995

Nel 1995 ci sono soltanto tre decisioni riguardanti l'esclusione del *bonum fidei*, tutte e tre presentate insieme ad altri capi e tutte e tre negative. Le tre sentenze sono state pubblicate nel volume delle decisioni.

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

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

c) c. FUNGHINI, *Forolivoien.-Brittinorien.*, 24 maggio 1995, in 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.

2. 1996

In questo anno ci furono quattro sentenze sull'esclusione del *bonum fidei*. In tre di esse vi era quest'unico capo. Due sentenze sono state affermative e due negative. Tutte e quattro sono state pubblicate.

a) c. SERRANO, *Philadelphien. Latinorum*, 22 marzo 1996, in RRDec., vol. LXXXVIII (1996), pp. 309-314. La sentenza è negativa al capo di nullità presentato: esclusione del *bonum fidei* da parte dell'attore.

b) c. TURNATURI, *Florentina*, 18 aprile 1996, in RRDec., vol. LXXXVIII (1996), pp. 334-348. La decisione è affermativa all'esclusione del *bonum fidei* da parte del convenuto.

c) c. POMPEDDA, *Bonaëren.*, 15 novembre 1996, in 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*.

d) c. CIVILLI, *Sancti Sebastianis Fluminis Ianuarii*, 20 novembre 1996, in RRDec., vol. LXXXVIII (1996), pp. 724-732. La sentenza è negativa al capo di nullità presentato: esclusione del *bonum fidei* da parte del convenuto.

3. 1997

Nel volume del 1997 ci sono 5 sentenze sul *bonum fidei*, tutte pubblicate. In tutte, oltre all'esclusione del *bonum fidei*, ci sono altri capi di nullità. Solo una di esse è affermativa all'esclusione del *bonum fidei*.

a) c. ALWAN, *Forolivien.-Brittinorien.*, 18 febbraio 1997, in RRDec., vol. LXXXIX (1997), pp. 114-127. Si chiede la nullità per incapacità di assumere da parte dell'attore e per esclusione del *bonum fidei* da parte dello stesso attore. La sentenza è affermativa all'incapacità ma negativa riguardo all'esclusione del *bonum fidei*.

b) c. STANKIEWICZ, *Elpasen.*, 21 marzo 1997, in RRDec., vol. LXXXIX (1997), pp. 221-234. Si chiedeva la nullità per incapacità di assumere gli obblighi essenziali, in modo particolare l'obbligo della fedeltà, e per

esclusione della fedeltà da parte della convenuta. La sentenza è negativa ad entrambi i capi.

c) c. MONIER, *Bisuntina*, 27 giugno 1997, in RRDec., vol. LXXXIX (1997), pp. 559-568. I capi di nullità sono l'esclusione dell'unità da parte dell'attore e/o il difetto di libertà interna in entrambe le parti. La decisione è affermativa soltanto all'esclusione dell'unità nell'attore. È interessante che questa sia una delle poche sentenze che abbiamo trovato sul tema nella quale il dubbio è stato concordato sull'esclusione dell'unità e non del *bonum fidei* o della fedeltà, benché poi, dall'analisi dei fatti, si veda che il caso riguarda l'unità intesa come fedeltà, cioè, l'esclusività del dono della propria condizione sessuale.

d) c. FALTIN, *Olomucen.*, 23 luglio 1997, in RRDec., vol. LXXXIX (1997), pp. 630-635. Si chiede la nullità per esclusione del *bonum fidei* e dell'indissolubilità da parte della convenuta. La sentenza è negativa.

e) c. STANKIEWICZ, *Bonaëren.*, 23 ottobre 1997, in RRDec., vol. LXXXIX (1997), pp. 763-780. Si chiede la nullità per esclusione del *bonum sacramenti* e del *bonum fidei* da parte del convenuto e per errore circa una qualità della persona direttamente e principalmente intesa da parte della donna attrice. La sentenza è negativa a tutti i capi.

4. 1998

In quell'anno ho trovato soltanto due sentenze riguardanti l'esclusione del *bonum fidei*. La prima è affermativa ma la seconda è negativa all'esclusione del *bonum fidei* e affermativa all'esclusione dell'indissolubilità. Entrambe sono state pubblicate.

a) c. DEFILIPPI, *Florentina*, 13 febbraio 1998, in RRDec., vol. XC (1998), pp. 61-83. Si chiedeva la *nova causae propositio* riguardo all'errore circa una qualità dell'uomo direttamente e principalmente intesa dall'attrice, capo sul quale c'erano già state due sentenze negative, ed anche la nullità per l'esclusione del *bonum fidei* da parte dello stesso uomo convenuto. I giudici non concessero la nuova proposizione della causa ma invece hanno emesso sentenza affermativa all'esclusione del *bonum fidei*.

b) c. CABERLETTI, *Bratislavien.-Tyranavien.*, 27 novembre 1998, in RRDec., vol. XC (1998), pp. 808-823. I capi di nullità erano diversi: esclusione del *bonum sacramenti* e del *bonum fidei* da parte dell'uomo ed esclusione della dignità sacramentale da parte della donna, in

seconda istanza, ed esclusione del *bonum sacramenti* da parte della donna *tamquam in prima instantia*. La sentenza fu affermativa soltanto all'esclusione dell'indissolubilità da parte della donna.

5. 1999

Delle nove sentenze riguardanti il *bonum fidei* nell'anno 1999 soltanto 4 sono state pubblicate e ad esse farò riferimento nello studio della giurisprudenza, benché nell'elenco le abbia indicate tutte e, quando ho trovato l'informazione, ho segnalato i capi per i quali, nelle sentenze affermative, il matrimonio sia stato dichiarato nullo. Di esse, 6 sono affermative all'esclusione del *bonum fidei* e 3 sono negative a questo capo, benché una di esse abbia deciso affermativamente per un altro capo, l'esclusione dell'indissolubilità.

a) c. MONIER, *Montisvidei*, 26 marzo 1999, in RRDec., vol. XCI (1999), pp. 213-221. Il dubbio fu concordato con la formula: «An constet de matrimonii nullitate, in casu, 1) ob exclusum bonum fidei ex parte mulieris conventae; 2) ob dolum a muliere patratum ad obtinendum consensum». La sentenza fu affermativa solo all'esclusione del *bonum fidei* da parte della donna.

b) c. ALWAN, *Meliten.*, 20 aprile 1999, in RRDec., vol. XCI (1999), pp. 298-311. La formula del dubbio era: «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob simulationem totalem ex parte mulieris conventae in secunda instantia, et quatenus negative, ob exclusionem boni fidei eiusdemque conventae in tertia instantia». La decisione fu negativa ad entrambi i capi.

c) c. CIVILI, *Armachana*, 14 luglio 1999 (sentenza 99/99 non pubblicata). Il dubbio era: «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob defectum discretionis iudicii in muliere conventa, et, tamquam in prima instantia, ob exclusum a muliere bonum fidei». La sentenza fu negativa ai due capi presentati.

d) c. ERLEBACH, *Pragen.*, 15 luglio 1999, (sentenza 101/99 non pubblicata). I capi di nullità erano l'esclusione del *bonum sacramenti* e del *bonum fidei* da parte della convenuta. La sentenza è affermativa soltanto all'esclusione del *bonum sacramenti*.

e) c. DEFILIPPI, *Bisuntina*, 22 luglio 1999, in RRDec., vol. XCI (1999), pp. 557-573. Già nel determinare il dubbio, in qualche modo, si sposa la tesi che la fedeltà — che è il fatto sul quale si discute nel caso —, fac-

cia parte della proprietà essenziale dell'unità del matrimonio. Infatti, il dubbio fu concordato con la formula: «An constet de matrimoni nullitate, in casu, ob exclusionem unitatis matrimonii ex parte viri actoris». La sentenza fu affermativa.

f) c. MONIER, *Cremonen.*, 23 luglio 1999, (sentenza 106/99 non pubblicata). La formula del dubbio era la seguente: «An constet de matrimoni nullitate, in casu, ob exclusionem boni fidei et/vel sacramenti ex parte mulieris conventae». La decisione fu affermativa ad entrambi i capi di nullità.

g) c. CABERLETTI, *Mediolanen.*, 23 luglio 1999, in RRDec., vol. XCI (1999), pp. 574-591. Il dubbio era il seguente: «An constet de matrimoni nullitate, in casu, ob exclusa ex parte viri bona sacramenti, fidei et prolis». La decisione fu affermativa solo all'esclusione del *bonum fidei*.

h) c. ERLEBACH, *Katovicen.*, 16 dicembre 1999, (sentenza 153/99 non pubblicata). Il dubbio venne concordato con la formula: «An constet de nullitate matrimonii, in casu, ob simulationem totalem ex parte viri conventi et, tamquam in prima instantia, ob exclusionem bonorum fidei et sacramenti ex parte eiusdem viri conventi». La sentenza fu negativa alla simulazione totale e affermativa all'esclusione del *bonum fidei* e del *bonum sacramenti*.

i) c. HUBER, *Vicentina*, 17 dicembre 1999, (sentenza 154/99 non pubblicata). La formula del dubbio era «An constet de matrimoni nullitate, in casu, ob simulationem totalem ex parte viri actoris, et subordinate, ob exclusum bonum sacramenti ex parte viri actoris, et tamquam in prima instantia, ob exclusum bonum fidei ex parte viri actoris». La sentenza è affermativa soltanto al capo dell'esclusione del *bonum fidei*.

6. 2000

Nel volume dell'anno 2000 abbiamo trovato sei sentenze riguardanti il *bonum fidei*, 4 di esse pubblicate. Tutte e sei sono negative all'esclusione del *bonum fidei*, ma una di esse è affermativa all'altro capo, che era il difetto grave della discrezione di giudizio.

a) c. TURNATURI, *Nitrien.*, 20 gennaio 2000, in RRDec., vol. XCII (2000), pp. 64-74. Si chiede la nullità per l'esclusione del *bonum fidei* da parte dell'attore. La sentenza fu negativa.

b) c. CABERLETTI, *Vratislavien.*, 5 aprile 2000, in RRDec., vol. XCII (2000), pp. 292-306. La formula del dubbio fu la seguente: «An constet

de matrimonii nullitate, in casu, ex capite simulationis totalis in muliere conventa, sin minus ob exclusa bona fidei et sacramenti ab eadem muliere». La sentenza è stata negativa a tutti i capi di nullità.

c) c. HUBER, *Monacen. et Frisingen.*, 26 maggio 2000, in RRDec., vol. XCII (2000), pp. 400-413. Il dubbio era molto articolato: «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob simulationem totalem actoris et subordinate, ob exclusum bonum prolis ab utraque parte, ob exclusum bonum fidei ex parte mulieris conventae et, tamquam in prima instantia, ob defectum discretionis iudicii in viro». La sentenza è affermativa solo al capo del difetto della discrezione di giudizio nell'attore.

d) c. CABERLETTI, *Asten.*, 15 giugno 2000, (sentenza 70/2000 non pubblicata). Il capo di nullità è l'esclusione del *bonum fidei* nella donna. La sentenza è negativa.

e) c. CIVILLI, *Vhelingen.-Carolopolitana*, 26 ottobre 2000, in RRDec., vol. XCII (2000), pp. 596-605. La formula del dubbio è un po' generica, ma dall'analisi della sentenza si vede che riguarda in particolare l'esclusione dell'indissolubilità e del *bonum fidei*: «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob simulationem partialem ex parte viri actoris». La sentenza è negativa.

f) c. CABERLETTI, *Papien.*, 7 dicembre 2000 (sentenza 118/2000 non pubblicata). Si chiedeva la nullità del matrimonio per l'esclusione del *bonum prolis* e del *bonum fidei* da parte dell'attore. La decisione è negativa ad entrambi i capi.

7. 2001

Nell'anno 2001 ci sono sette sentenze riguardanti il *bonum fidei*, cinque delle quali pubblicate nel volume. Tre delle sette sentenze hanno come unico capo di nullità l'esclusione del *bonum fidei*. Delle sette sentenze, tre di esse sono affermative all'esclusione del *bonum fidei*.

a) c. DEFILIPPI, *Reg. Insubris seu Mediolanen.*, 11 gennaio 2001 (sentenza 3/2001 non pubblicata). La formula del dubbio era «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusum bonum fidei ab utraque vel saltem ab alterutra parte». La sentenza è negativa.

b) c. TURNATURI, *Reg. Dublinen. seu Miden.*, 18 gennaio 2001, in RRDec., vol. XCIII (2001), pp. 41-59. La formula del dubbio era «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ex capite defectus discretionis iudicii circa iura et officia coniugalia mutuo tradenda et acceptanda ex

parte viri conventi (can. 1095, n. 2), et, subordinate, ex capite exclusionis boni fidei ex parte eiusdem viri conventi». La decisione fu affermativa soltanto al grave difetto della discrezione di giudizio.

c) c. SCIACCA, *Reg. Apuli seu Conversanen.-Monopolitana*, 27 aprile 2001, in RRDec., vol. XCIII (2001), pp. 285-293. Il dubbio fu formulato nel seguente modo: «An constet de N.M., in casu, ob exclusa bona sacramenti ex parte utriusque coniugis et fidei ex parte mulieris». La decisione fu negativa a tutti i capi.

d) c. DEFILIPPI, *Reg. Latii seu Romana*, 3 maggio 2001 (sentenza 38/01 non pubblicata). Il dubbio era: «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusum bonum sacramenti ab utraque vel saltem ab alterutra parte, et/vel ob exclusum bonum fidei ex parte viri actoris». La sentenza fu affermativa soltanto al capo di esclusione del *bonum fidei* da parte dell'uomo attore.

e) c. SABLE, *Reg. Provinciae Mediterraneae seu Nicen.*, 17 maggio 2001, in RRDec., vol. XCIII (2001), pp. 366-376. La formula del dubbio era: «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob intentionem contra bonum fidei vel, tamquam in prima instantia, ob errorem determinantem voluntatem circa proprietates ac dignitatem sacramentalem matrimonii ex parte mulieris (can. 1099)». La sentenza fu affermativa all'esclusione del *bonum fidei* e negativa all'errore determinante circa la dignità sacramentale.

f) c. DEFILIPPI, *Reg. Aemiliani seu Placentina-Bobien.*, 26 luglio 2001, in RRDec., vol. XCIII (2001), pp. 537-554. Il dubbio della causa era «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusum bonum fidei ex parte viri actoris». La decisione fu affermativa.

g) c. FERREIRA PENA, *Bogoten.*, 12 ottobre 2001, in RRDec., vol. XCIII (2001), pp. 608-619. Il dubbio fu determinato con la seguente formula: «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ex can. 1101, § 2, ob exclusionem fidelitatis ex parte viri». La sentenza fu negativa.

8. 2002

Nell'anno 2002 ci sono sette sentenze riguardanti il *bonum fidei*, quattro delle quali pubblicate nel volume. Soltanto una delle sentenze, la c. VERGINELLI, *Reg. Etrusci seu Fiorentina*, di 29 novembre 2002, ha come unico capo di nullità l'esclusione del *bonum fidei*. Delle sette sentenze, questa è stata l'unica affermativa all'esclusione del *bonum fidei*.

a) c. DEFILIPPI, *Sosnovien.*, 10 gennaio 2002 (decisione non pubblicata, sentenza 2/02). La formula del dubbio era «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob defectum matrimonialis consensus nempe ob exclusum matrimonium ipsum, vel ob exclusa bona sacramenti, fidei et prolis a muliere conventa, ad normam can. 1101 § 2 CIC». La sentenza è negativa a tutti i capi presentati.

b) c. CIANNI, *Reg. Apuli seu Tranen.-Barolen.-Vigilien.*, 21 febbraio 2002, in RRDec., vol. XCIV (2002), pp. 76-87. Il dubbio è stato concordato in Rota con la formula «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob metum in virum actorem incussum, in tertia instantia, et ob simulationem consensus ob exclusum bonum fidei ex parte mulieris, in secunda instantia». La sentenza è stata negativa a entrambi i capi.

c) c. BOCCAFOLA, *Namurcen.*, 11 aprile 2002, in RRDec., vol. XCIV (2002), pp. 212-220. La formula del dubbio è stata: «An constet de nullitate matrimonii in casu ob incapacitatem psychicam mulieris conventae assumendi onera essentialia coniugalia (can. 1095, n. 3), et quatenus negative, ob exclusionem boni fidei ex parte eiusdem mulieris (can. 1101, § 2)». La decisione è stata negativa ad entrambi i capi.

d) c. PINTO, *Bonaëren.*, 12 aprile 2002 (decisione non pubblicata, sentenza 40/02). Il dubbio è stato: «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob mulieris gravem defectum discretionis iudicii circa iura et officia matrimonialia essentialia; et, quatenus negative, ob exclusum bonum fidei ex parte eiusdem mulieris conventae». La sentenza è stata affermativa soltanto al primo capo di nullità.

e) c. DEFILIPPI, *Rheginen.-Boven.*, 27 febbraio 2002 (decisione non pubblicata, sentenza 48/02). La formula del dubbio è stata «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusum a viro bonum fidei, ad mentem can. 1101, § 2, tamquam in secunda instantia; vel, subordinate, ob metum gravem eidem incussum, ad mentem can. 1103, tamquam in prima instantia». La decisione è stata negativa ad entrambi i capi.

f) c. VERGINELLI, *Reg. Etrusci seu Fiorentina*, 29 novembre 2002, in RRDec., vol. XCIV (2002), pp. 737-745. Il dubbio fu formulato con la seguente formula: «An constet de nullitate matrimonii, in casu, ob exclusionem boni fidei ex parte viri actoris (ex can. 1101)». La decisione fu affermativa.

g) c. ALWAN, *Lublinen.*, 11 dicembre 2002, in RRDec., vol. XCIV (2002), pp. 764-771. Il dubbio fu concordato con la formula: «An constet

de matrimonii nullitate, in casu, ob simulationem consensus ex parte conventae in secunda instantia, et ob eiusdem incapacitatem assumendi onera coniugalia in tertia instantia». Benché nel dubbio non si specificò bene, l'esclusione riguardava la fedeltà. La sentenza è stata negativa all'esclusione del *bonum fidei* nella convenuta e affermativa all'incapacità di assumere nella stessa convenuta.

C. ANALISI E VALUTAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA RECENTE SUL «BONUM FIDEI»

1. Il contenuto del «bonum fidei»

Il dovere della fedeltà matrimoniale, che non è soltanto morale ma è strettamente giuridico, trova il suo fondamento nella donazione e accettazione della persona stessa nella sua coniugalità, perché l'oggetto del patto coniugale sono le persone stesse dei contraenti in quanto maschio e femmina, e questa donazione esige la fedeltà piena e l'indissolubile unità tra i coniugi. In questo senso, sono molte le sentenze rotali che sostengono che l'esclusività del dono della propria sessualità faccia parte dell'essenza del vincolo².

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 deve esse-

² Cfr. c. POMPEDDA, *Bonaëren.*, 15 novembre 1996, n. 6, in RRDec., vol. LXXXVIII (1996), p. 699. Cfr. anche c. DEFILIPPI, *Florentina*, 13 febbraio 1998, n. 19, in RRDec., vol. XC (1998), pp. 61-83; c. TURNATURI, *Reg. Dublinen. seu Miden.*, 18 gennaio 2001, n. 12-13 e 18, in RRDec., vol. XCIII (2001), pp. 41-59; c. SCIACCA, *Reg. Apuli seu Conversanen.-Monopolitana*, 27 aprile 2001, n. 7, in RRDec., vol. XCIII (2001), pp. 285-293; c. CIANNI, *Reg. Apuli seu Tranen.-Barolen.-Vigilien.*, 21 febbraio 2002, n. 5, in RRDec., vol. XCIV (2002), pp. 76-87.

re, per 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 deduce dall'analisi della giurisprudenza rotale, alcuni opinino che il *bonum fidei* e la proprietà essenziale dell'unità siano due realtà diverse³, penso che si possano considerare come due dimensioni complementari necessarie 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 verifica nella poligamia: appropriazione della sessualità di più donne da parte del maschio, il quale si colloca in una posizione 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 coapparte-

³ Cfr. c. SABLE, *Reg. Provinciae Mediterraneae seu Nicen.*, 17 maggio 2001, n. 9, in RRDec., vol. XCIII (2001), p. 366-376: «Summo cum acumine animadvertitur: "La proprietà dell'unità non coincide con il 'bonum fidei', in quanto che l'unità esclude soltanto la poligamia simultanea, mentre il 'bonum fidei' esclude anche l'adulterio. Tecnicamente direi che sarebbe auspicabile - come infatti si fa di solito - che i pochi casi di nullità che si verificano per esclusione dell'unità, non rientrino fra i casi 'ob exclusum bonum fidei' ma specificamente come casi di nullità per esclusione della proprietà essenziale dell'unità" (U. Navarrete, «I beni del matrimonio: elementi e proprietà essenziali», in: *La nuova legislazione Matrimoniale Canonica*, Studi Giuridici X, Città del Vaticano, 1986, p. 94)».

nenza reciproca è il bene comune che si devono in esclusiva tra di essi: questo dovere e diritto è la fedeltà coniugale»⁴.

D'altra parte, la dottrina e la giurisprudenza recenti frequentemente si sono interrogati 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 — posizione ormai praticamente scomparsa in Rota —, 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 ad una possibile esclusione del *bonum fidei*, facendo riferimento ad 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 mio 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.

Salvo qualche eccezione, mi sembra che si possa dire che si è 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 qualora 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 fedeltà⁵.

⁴ P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, Roma 2001, p. 391.

⁵ Cfr. c. POMPEDDA, *Bonaëren.*, 15 novembre 1996, n. 9, in RRDdec., vol. LXXXVIII (1996), p. 700. Tra tante altre, cito la c. STANKIEWICZ, *Elpasen.*, 21 marzo 1997, in RRDdec., vol. LXXXIX (1997), pp. 221-234, n. 14: «Perspectis mutuis coniugum iuribus officiisque ad exclusivam et perpetuam fidelitatem spectantibus (cf. coram infr. Ponente, decisio 21 aprilis 1983, RRDdec., vol. LXXV, p. 179, n. 3), multi perspiciuntur modi penes iurisprudentiam N.F., quibus bonum fidelitatis in essentialibus suis elementis detrectatur cum effectu nullitatis matrimonii. Idque potissimum obvenit: a) per directam exclusionem obligationis fidelitatis perpetuo servandae vel saltem ad

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. Riasumendo, 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 troveremmo 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 condividere il "diritto" con persona diversa dal proprio coniuge. Come dicevo in precedenza, questo indirizzo giurisprudenziale è stato in pratica abbandonato⁶.

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 esclusività⁷. Perciò, escluderebbe il vincolo chi rifiu-

determinatum tempus; b) per limitationem adpositam debito fidei servandae; c) per propositum non aliter contrahendi, nisi exclusa obligatione se aliis, etiamsi eiusdem sexus, non commiscendi; d) per concessionem tertiae personae potestatis ad actus intimae coniunctionis vel per reservationem facultatis adulterandi cum quibusvis aliis; e) per reservationem facultatis complendi actus coniugales contra ordinationem naturae, modo non humano, seu per usum abnormem corporis compartis; f) per reservationem facultatis dividendi carnem cum tertiis ad fines procreativos; g) per exclusionem acceptationis iuris exclusivi ad fidelitatem compartis, ne obligatione fidei coniugalis teneatur».

⁶ Cfr. c. GIANNACCINI, *Placentina-Bobien.*, 28 marzo 1995, n. 3, in RRDec., vol. LXXXVII (1995), pp. 242-243. La sentenza fa un riferimento diretto alla proprietà essenziale dell'unità, sviluppando in seguito il suo contenuto: sarebbe indubbiamente contraria al *bonum fidei* la volontà poligama, poiché negherebbe l'uguaglianza tra l'uomo e la donna nonché l'unità e l'esclusività della donazione coniugale. Ciononostante, non nega esplicitamente che la fedeltà rientri nella nozione di "unità" del matrimonio.

⁷ Cfr. c. FUNGHINI, *Forolivien.-Brittinorien.*, 24 maggio 1995, n. 6, in RRDec., vol. LXXXVII (1995), p. 315. Secondo la recente giurisprudenza della Rota, non si richiede per affermare l'esclusione del *bonum fidei*, come ha sostenuto la giurisprudenza fino all'anno 1963, che il simulante dia il "diritto" che appartiene al coniuge anche ad una terza persona con la quale intrattiene rapporti sessuali. È sufficiente, invece, dice la sentenza, la volontà positiva di non donare al coniuge il diritto esclusivo sul proprio corpo o, utilizzando le parole del vigente Codice, che il contraente non faccia la donazione totale e integra di sé per costituire il consorzio di tutta la vita ordinato per sua indole al bene dei coniugi e alla procreazione ed educazione della prole (cfr. n. 6). Cfr. anche c. TURNATURI, *Florentina*, 18 aprile 1996, n. 18, in RRDec., vol. LXXXVIII

tasse l'esclusività della donazione coniugale, benché questo rifiuto non arrivasse fino alla volontà di condividere lo stesso "diritto" con un'altra persona⁸. Al momento di spiegare il perché della rilevanza giuridica di questa esclusione, troviamo nella giurisprudenza diversi ragionamenti: 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 diritto/dovere 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*. 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. Al riguardo, ho trovato due sentenze rotali sull'esclusione della fedeltà nelle quali la formula del dubbio parlava esplicitamente di esclusione dell'unità del matrimonio⁹.

3. Il *bonum fidei* non si identificerebbe con la proprietà essenziale dell'unità, perché il primo riguarderebbe la fedeltà come elemento essenziale del matrimonio, mentre la seconda riguarderebbe la natura

(1996), p. 340. La sentenza afferma che esclude la fedeltà non soltanto chi dà ad un terzo lo stesso *ius in corpus* (usando la vecchia definizione) ma anche colui che non vuole concederlo esclusivamente, o che non vuole concederlo né alla comparte né a nessun altro Cfr. anche la sentenza c. DEFILIPPI, Reg. *Aemiliani seu Placentina-Bobien.*, 26 luglio 2001, n. 8, in RRDec., vol. XCIII (2001), pp. 537-554. La sentenza riconosce che nella pratica si intende per *bonum fidei* sia la proprietà essenziale dell'unità che la fedeltà come elemento essenziale del matrimonio, ma afferma che sono due cose diverse: «In praxi, sub locutione "bonum fidei" intelligitur sive proprietas essentialis "unitatis" (cf. can. 1056), sive illud "matrimonii elementum essenziale" (cf. can. 1101, § 2), quod nuncupatur "fides" vel "fidelitas", quamvis "unitas" et "fidelitas" propriissime notiones inter se omnino distinctae sint».

⁸ Cfr. c. SERRANO, *Philadelphien. Latinorum*, 22 marzo 1996, n. 3, in RRDec., vol. LXXXVIII (1996), p. 310. La sentenza sostiene che, nonostante unità ed esclusività siano due termini diversi, per quanto riguarda il *bonum fidei* possiamo dire che lo si esclude sia quando si pretende di concedere a diverse persone il diritto sia quando non lo si vuole attribuire esclusivamente alla comparte. Cfr. anche la sentenza c. TURNATURI, *Nitrien.*, 20 gennaio 2000, in RRDec., vol. XCII (2000), pp. 64-74, n. 6, la quale dice che il *bonum fidei* include sia l'unità di cui al can. 1056 che l'esclusività del dono di sé, che rientrerebbe tra gli elementi essenziali, in modo concreto come una delle dimensioni del *bonum coniugum* di cui al can. 1055.

⁹ c. MONIER, *Bisuntina*, 27 giugno 1997, in RRDec., vol. LXXXIX (1997), pp. 559-568; c. DEFILIPPI, *Bisuntina*, 22 luglio 1999, in RRDec., vol. XCI (1999), pp. 557-573.

monogamica del matrimonio cristiano¹⁰. Secondo questa opinione, che è divenuta maggioritaria nella giurisprudenza rotale, 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, che ha uno stretto collegamento con il bene dei coniugi¹¹. Tra i giudici che fanno questa distinzione, alcuni affermano che all'interno del *bonum fidei* rientrerebbe tanto la proprietà essenziale dell'unità quanto l'obbligo alla fedeltà, che sarebbe un elemento essenziale del matrimonio¹².

In ogni caso, mi sembra che al giorno d'oggi 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 differenza tra le sistematiche agostiniana – quella dei *tria bona* – e quella tomista – che distingue tra causa, essenza, fini e proprietà – nella comprensione del matrimonio. Come ricordavo precedentemente, per molto tempo la giurisprudenza e la dottrina hanno concentrato le diverse possibilità di esclusione parziale del consenso nei tre beni

¹⁰ Cfr. c. CIVILI, *Sancti Sebastianis Fluminis Ianuarii*, 20 novembre 1996, n. 6-8, in RRDec., vol. LXXXVIII (1996), p. 726. La sentenza afferma che non essendo possibile identificare il *bonum fidei* con la proprietà essenziale dell'unità, l'esclusione di questo bene renderebbe nullo il consenso perché sarebbe l'esclusione di un elemento essenziale, non di una proprietà essenziale. Questa posizione è stata ripresa da diverse sentenze negli ultimi anni: cfr. c. SABLE, *Reg. Provinciae Mediterraneae seu Nicen.*, 17 maggio 2001, in RRDec., vol. XCIII (2001), p. 366-376; c. DEFILIPPI, *Reg. Aemiliani seu Placentina-Bobien.*, 26 luglio 2001, in RRDec., vol. XCIII (2001), pp. 537-554; c. FERREIRA PENA, *Bogoten.*, 12 ottobre 2001 (2001), in RRDec., vol. XCIII, pp. 608-619.

¹¹ Cfr. c. POMPEDDA, *Lausannen., Geneven., et Friburgen*, 16 gennaio 1995, n. 8, in RRDec., vol. LXXXVII (1995), p. 5. La sentenza, per superare la discussione sul fatto se la fedeltà appartenga o meno alla proprietà essenziale dell'unità, dice chiaramente che, ad ogni modo, non c'è alcun dubbio che l'obbligo alla fedeltà matrimoniale sia un elemento essenziale del matrimonio. Riguardo alla relazione tra la fedeltà e il *bonum coniugum* cfr. anche le decisioni c. TURNATURI, *Reg. Dublinen. seu Miden.*, 18 gennaio 2001, in RRDec., vol. XCIII (2001), pp. 41-59; c. SCIACCA, *Reg. Apuli seu Conversanen.-Monopolitana*, 27 aprile 2001, in RRDec., vol. XCIII (2001), pp. 285-293c. VERGINELLI, *Reg. Etrusci seu Fiorentina*, 29 novembre 2002, in RRDec., vol. XCIV (2002), pp. 737-745.

¹² Cfr., c. FALTIN, *Olomucen.*, 23 luglio 1997, in RRDec., vol. LXXXIX (1997), pp. 630-635; c. TURNATURI, *Reg. Dublinen. seu Miden.*, 18 gennaio 2001, in RRDec., vol. XCIII (2001), pp. 41-59; c. SCIACCA, *Reg. Apuli seu Conversanen.-Monopolitana*, 27 aprile 2001, in RRDec., vol. XCIII (2001) pp. 285-293; c. DEFILIPPI, *Reg. Aemiliani seu Placentina-Bobien.*, 26 luglio 2001, in RRDec., vol. XCIII (2001), pp. 537-554; c. VERGINELLI, *Reg. Etrusci seu Fiorentina*, 29 novembre 2002, in RRDec., vol. XCIV (2002), pp. 737-745.

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. La difficoltà per inquadrare il *bonum fidei* dimostra la necessità di rinnovazione della giurisprudenza, che nell'ambito della simulazione molte volte rimane ancorata alla dottrina dei *tria bona* agostiniani come le tre uniche categorie di simulazione parziale del consenso. Comunque sia, la questione principale e determinante non è tanto la sistematica adoperata, quanto saperla usare con realismo.

In questo senso, mi sembra utile ricordare che il vero consenso matrimoniale non è un atto complesso nel quale devono confluire diversi elementi che devono essere voluti con volontà positiva: il matrimonio stesso, i suoi beni, i suoi elementi e proprietà essenziali, bensì una volontà unitaria. Chi si sposa semplicemente "vuole sposarsi", ha la volontà di donarsi realmente nella sua coniugalità per costituire il matrimonio, e questa volontà include tutti gli elementi del matrimonio. Perciò, chi esclude la fedeltà, non è che voglia il matrimonio con tutti i suoi elementi e proprietà, tranne la fedeltà, ma quello che vuole è qualcosa che non può assolutamente chiamarsi matrimonio, perché non si può in quel caso parlare di vera donazione e accettazione della coniugalità¹³.

2. *La distinzione tra il diritto e il suo esercizio nell'esclusione del «bonum fidei»*

Molte sentenze rotali continuano a distinguere tra l'esclusione del diritto stesso e l'esclusione del suo esercizio, limitando l'efficacia invalidante soltanto all'esclusione del diritto¹⁴. Ciononostante, come ben afferma una sentenza c. Civili, del 20 novembre 1996, questa distinzio-

¹³ Cfr. c. STANKIEWICZ, *Bonaëren.*, 23 ottobre 1997, in RRDec., vol. LXXXIX (1997), pp. 763-780, nn. 4-6. Dice la sentenza che la distinzione tra la simulazione totale e quella parziale, benché affermatasi nella giurisprudenza rotale sin dagli inizi, in fondo risponde più alla situazione psicologica di colui che esclude, perché qualunque vera esclusione, sia essa totale o parziale, snatura il consenso matrimoniale nel suo insieme, perché anche la volontà che mediante un positivo atto di volontà esclude un elemento o una proprietà essenziale quello che vuole non è il matrimonio, ma una realtà essenzialmente diversa.

¹⁴ Cfr. c. GIANNECCHINI, *Placentina-Bobien.*, 28 marzo 1995, n. 3, in RRDec., vol. LXXXVII (1995), pp. 242-243; c. DEFILIPPI, *Florentina*, 13 febbraio 1998, in RRDec., vol. XC (1998), pp. 61-83; c. ALWAN, *Meliten.*, 20 aprile 1999, in RRDec., vol. XCI (1999), pp.

ne, affermatasi nella dottrina per molto tempo, non risponde alla verità delle cose¹⁵. 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 sia stato assunto? Caso mai, si potrebbe avere un'accettazione teorica del fatto che il matrimonio esige la fedeltà, esigenza che non si sarebbe disposto ad accettare nel matrimonio concreto che si contrae. Come ben sappiamo, il matrimonio non lo fanno le idee ma la volontà veramente matrimoniale dei contraenti, la quale viene manifestata esternamente mediante il segno nuziale. Come ben afferma la citata sentenza c. Civili del 20 novembre 1996¹⁶, in buona misura la causa dell'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. Invece, come si ricorda in una decisione c. Alwan di 20 aprile 1999, la distinzione tra il diritto e il suo esercizio deve essere usata nel senso utilizzato da San Tommaso, cioè, il momento dell'assunzione del diritto nel momento del consenso, senza il quale non ci sarebbe vero consenso, e l'esercizio di quel diritto/dovere durante la vita coniugale, che è un'altra cosa e il suo inadempimento di per sé non prova che sia stato escluso¹⁷.

298-311c. CIANNI, *Reg. Apuli seu Tranen.-Barolen.-Vigilien.*, 21 febbraio 2002, in RRDec., vol. XCIV (2002), pp. 76-87

¹⁵ Cfr. c. CIVILI, *Sancti Sebastianis Fluminis Ianuarii*, 20 novembre 1996, n. 14, cit., pp. 728-729. Tenendo conto di questa definizione del *bonum fidei*, si osserva chiaramente la contraddizione intrinseca che ci sarebbe tra una volontà di assumere l'obbligo della fedeltà e, simultaneamente, il non essere disposto ad adempierlo, dato che il contenuto stesso dell'obbligo è la sua prestazione. Cfr. anche la c. DEFILIPPI, *Florentina*, 13 febbraio 1998, in RRDec., vol. XC (1998), pp. 61-83, n. 18.

¹⁶ Cfr. c. CIVILI, *Sancti Sebastianis Fluminis Ianuarii*, 20 novembre 1996, cit., nn. 8-11.

¹⁷ Cfr. c. ALWAN, *Meliten.*, 20 aprile 1999, in RRDec., vol. XCI (1999), pp. 298-311, n. 12. Nello stesso senso, cfr. c. TURNATURI, *Nitrien.*, 20 gennaio 2000, n. 6, in RRDec., vol. XCII (2000), pp. 64-74, nella quale si dice che si deve distinguere tra la fedeltà "in suo principio", come obbligo che si assume nel momento del consenso, e la fedeltà durante la vita coniugale, dalla quale non dipende l'esistenza del vincolo: «Uti patet bonum fidei accipi potest vel quatenus fides in seipsa spectatur vel quatenus intenditur in suo principio. In priore sensu, fides pertinet ad usum matrimonii, per quem pactio coniugalis servatur, et sic connubium aliquando invenitur sine fide, quia esse rei non dependet ab eius usu. In altero sensu, pro fide accipitur debitum servandi fidelitatem,

La distinzione tra il diritto e il suo esercizio acquisisce una particolare importanza quando ci riferiamo al dovere della fedeltà coniugale. A mio avviso, seguendo il Viladrich¹⁸, distinguere tra il diritto e il suo esercizio è chiaro se si vuole fare la distinzione tra il matrimonio *in fieri* e il matrimonio *in facto esse* rispettivamente: una cosa è il fatto di assumere il dovere della fedeltà e tutt'altra il suo adempimento, il quale non riguarda il momento fondazionale ma la vita coniugale. Da una parte, un'identificazione tra il diritto e il suo esercizio porta all'abuso di considerare nullo per esclusione del *bonum fidei* un matrimonio per il solo fatto che uno o entrambi i coniugi siano stati infedeli: l'infedeltà sarebbe la prova che non si è assunto il dovere. Questa interpretazione, però, non tiene conto della realtà della persona umana, la quale può assumere realmente un obbligo e poi non osservarlo. Anzi, per la nostra condizione umana ferita dal peccato, la fedeltà non è il semplice adempimento nel tempo, ma esige un continuo rinnovamento degli impegni realmente assunti. In questo senso, molte sentenze ricordano che l'adulterio da solo non è prova che si era escluso il *bonum fidei*¹⁹. *Un altro errore sarebbe l'atteggiamento contrario, secondo il quale nello stesso momento del consenso – nell'in fieri – potrebbero aversi simultaneamente l'assunzione del dovere della fedeltà insieme alla volontà positiva di non adempierlo.* Secondo questa interpretazione, l'infedeltà sarebbe semplicemente una conseguenza della volontà di non osservare un diritto realmente assunto. Tanto ingiusta può essere l'una quanto l'altra posizione. Né ogni infedeltà è prova dell'esclusione del *bonum fidei*, perché si deve distinguere tra quello che realmente si volle e quello che, successivamente, si visse; né ogni infedeltà è irrilevante in quanto sarebbe un semplice inadempimento di un dovere assunto, benché con la volontà iniziale positiva di non adempierlo. È radicalmente inconci-

quod ex ipsa pactione coniugali causatur, quodque si excludatur non fit matrimonium (Cfr. Summa Theol., Suppl., q. 49, a. 3)».

¹⁸ P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., pp. 396-404.

¹⁹ c. SERRANO, *Philadelphien. Latinorum*, 22 marzo 1996, in RRDec., vol. LXXXVIII (1996), p. 309-314, n. 4; c. STANKIEWICZ, *Elpasen.*, 21 marzo 1997, in RRDec., vol. LXXXIX (1997), pp. 221-234, n. 17; c. DEFILIPPI, *Florentina*, 13 febbraio 1998, in RRDec., vol. XC (1998), pp. 61-83; c. CABERLETTI, *Mediolanen.*, 23 luglio 1999, in RRDec., vol. XCI (1999), pp. 574-591; c. CABERLETTI, *Vratislaviens.*, 5 aprile 2000, in RRDec., vol. XCII (2000), pp. 292-306; c. CIVILLI, *Vhelingen.-Carolopolitana*, 26 ottobre 2000, in RRDec., vol. XCII (2000), pp. 596-605; c. SABLE, *Reg. Provinciae Mediterraneae seu Nicen.*, 17 maggio 2001, in RRDec., vol. XCIII (2001), p. 366-376; c. FERREIRA PENA, *Bogoten.*, 12 ottobre 2001, in RRDec., vol. XCIII (2001), pp. 608-619.

liabile la volontà di assumere il dovere personalissimo dell'esclusività e totalità della coniugalità, con la volontà positiva di non osservarlo. Probabilmente l'origine dell'irrilevanza che molte volte si è attribuita nella giurisprudenza alla volontà positiva di non osservare la fedeltà coniugale già presente nel momento della manifestazione del consenso si trova in questa confusione; come se l'unica ipotesi di vera esclusione della proprietà essenziale dell'unità fosse la volontà di stabilire delle relazioni della stessa natura – coniugali – con persona diversa dal coniuge, alla quale si darebbe non soltanto il “fatto” della relazione sessuale, bensì il “diritto” sulla propria persona in quanto uomo o donna.

Tuttavia, mi sembra che la distinzione sia artificiosa: se si prova che già al momento del matrimonio c'era una volontà positiva di non osservare l'obbligo della fedeltà, come si può sostenere che c'era anche una volontà di assumere il dovere?, che assunzione di un dovere personalissimo, come è il dovere della fedeltà, è quella che già in partenza, con volontà positiva, non si è disposto a osservare?²⁰. Penso che convenga approfondire l'argomento per evitare delle categorie preconcepite le quali, benché possano rendere più facile la decisione da parte dei giudici, rischiano di confondere la realtà delle cose. Un conto è che l'inadempienza del dovere di fedeltà sia irrilevante in sé stessa, ma tutt'altra cosa è tentare di distinguere, nello stesso atto di dare il consenso, tra la volontà di obbligarsi e la volontà di adempiere, perché colui che non vuole adempiere già nel momento di costituire il vincolo non assume le esigenze intrinseche del matrimonio.

²⁰ In questo senso, cfr. c. CIVILI, *Sancti Sebastianis Fluminis Ianuarii*, 20 novembre 1996, cit., pp. 724-732. Anche nella sentenza c. BOCCAFOLA, *Namurcen.*, 11 aprile 2002, in RRD_{Dec.}, vol. XCIV, pp. 212-220, quando si parla della distinzione tra il diritto e il suo esercizio, essa non viene applicata allo stesso atto del consenso, ma la prima al consenso e l'altra alla vita coniugale, sostenendo che così come può esserci un matrimonio valido senza prole, può esserci un matrimonio valido senza fedeltà, a meno che questa sia stata esclusa nello stesso atto del consenso: «Illa essentialis proprietas, quae est exclusivitas donationis, seu bonum fidei, distinctionem admittit - ac similiter bonum prolis - inter ius et exercitium iuris, quapropter dari potest non solum matrimonium sine prolis procreatione (i. e. sine prole), sed etiam matrimonium absque fidelitatis observantia (i.e. sine fidelitate). Attamen, coniugium sine fidelitate eo ipso matrimonium non facit aut reddit invalidum seu nullum nisi consensus matrimonialis manifestatio infecta fuerit specifica simulatione partiali iudiciariam per probationem, nempe patente boni fidei exclusionem momento nuptialis coerectionis virtualiter vel actualiter patrata» (n. 11).

Dunque, questa distinzione è utile soltanto per quanto riguarda la differenza tra il dovere in sé stesso, la cui assunzione appartiene all'*in fieri*, e il suo esercizio, il quale riguarda la vita matrimoniale, nel senso che non ogni inadempienza dell'obbligo implica la sua esclusione nel momento iniziale, la quale deve essere provata nel caso concreto, poiché l'atto positivo di esclusione non si presume (cfr. cc. 1101 § 1 e 1060).

Ritengo 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 esclusività²¹. 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 matrimonio²². Tuttavia, e questo è importante, non possiamo far diventare uno dei modi in cui di fatto si verifica l'esclusione – quello della volontà poligamica – l'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 considerazione 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 ci sia stata la donazione reale della propria persona in quanto persona-uomo e persona-donna, la quale è necessariamente unica ed esclusiva.

3. L'atto positivo di volontà nell'esclusione del «*bonum fidei*»

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

²¹ Cfr. c. POMPEDDA, *Bonaëren.*, 15 novembre 1996, cit., n. 9: «Fidei bonum itaque excludit qui positiva voluntate ius exclusivum in proprium corpus alteri parti tradere haud intendit, scilicet cum statuatur 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»; c. DEFILIPPI, *Florentina*, 13 febbraio 1998, n. 19, in RRDec., vol. XC (1998), pp. 61-83;

²² Cfr. c. DEFILIPPI, *Reg. Aemiliani seu Placentina-Bobien.*, 26 luglio 2001, n. 11, in RRDec., vol. XCIII, pp. 537-554.

infedeltà matrimoniali²³. Di fatto, in molte sentenze rotali, la decisione è negativa perché mancava la prova dell'esistenza di una volontà positiva contraria alla fedeltà, benché non ci fossero 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 matrimonio²⁴. In questo senso, si ricorda che è necessario che ci sia una volontà formata contraria al bene dell'unità o della fedeltà. Si deve comunque sottolineare che uno degli argomenti più ricorrenti nelle sentenze sull'esclusione del *bonum fidei* è quello della distinzione tra la semplice "intentio adulterandi" e l'esclusione del *bonum fidei* mediante un positivo atto di volontà. Nel leggere le sentenze, si vede che frequentemente questo è uno dei punti più difficili nel decidere se ci sia stata o meno una vera esclusione²⁵.

²³ Cfr. c. POMPEDDA, *Lausannen., Geneven., et Friburgen*, 16 gennaio 1995, n. 8, cit., p. 5. Ad ogni modo, si deve distinguere tra la volontà positiva di escludere l'obbligo della fedeltà, che rende nullo il consenso, e le semplici velleità o la previsione che nel futuro potrebbero verificarsi delle violazioni del dovere di fedeltà. Come nelle altre ipotesi di esclusione, bisogna distinguere la volontà positiva dalle idee, inclinazioni, sentimenti, ecc. L'esclusione della fedeltà rende nullo il matrimonio quando è un'esclusione mediante un atto positivo della volontà per il quale si rifiuta l'obbligo di fedeltà insito nell'unione coniugale. Questo è un tema ricorrente nella giurisprudenza rotale.

²⁴ Cfr. c. POMPEDDA, *Bonaëren.*, 15 novembre 1996, n. 10, cit., pp. 700-701. Nel determinare quando ci troviamo davanti ad un'esclusione del *bonum fidei*, la sentenza afferma che l'esistenza del mero proposito di commettere adulterio, o la sola prassi adulterina, non costituiscono esclusione del *bonum fidei*, essendo perciò necessario, affinché si possa parlare di esclusione con effetto invalidante, il rifiuto della genuina ed integra donazione di se stesso, o la riserva stabilita mediante atto positivo di volontà di intrattenersi in relazioni con una terza persona, o il fermo proposito di continuare una relazione amorosa con una persona con la quale si avevano delle relazioni già durante il fidanzamento. Da lì l'importanza di conoscere la volontà — e la condotta — del presunto simulante durante il periodo prenuziale.

²⁵ Cfr. c. GIANNECCHINI, *Placentina-Bobien.*, 28 marzo 1995, in RRDec., vol. LXXXVII (1995), pp. 240-251, n. 3; c. FUNGHINI, *Forolivien.-Brittinorien.*, 24 maggio 1995, in RRDec., vol. LXXXVII (1995), p. 311-337, n. 6; c. SERRANO, *Philadelphien. Latinorum*, 22 marzo 1996, in RRDec., vol. LXXXVIII (1996), p. 309-314, n. 3; c. POMPEDDA, *Bonaëren.*, 15 novembre 1996, in RRDec., vol. LXXXVIII (1996), pp. 697-715, n. 10; c. FALTIN, *Olomucen.*, 23 luglio

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: non è necessario 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. Nel definire l'atto positivo di volontà, in una sentenza c. Defilippi, 22 luglio 1999, si afferma che l'atto positivo deve essere: a) umano; b) positivo; c) fermo²⁶. Nella simulazione, la scissione dell'unità della volontà non si verifica tra una volontà matrimoniale e una volontà di escludere la fedeltà²⁷, ma tra una volontà "non matrimoniale", perché si esclude l'obbligo di fedeltà, 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 fedele.

Sono 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 dicevo

1997, in RRDec., vol. LXXXIX (1997), pp. 630-635, n. 4; c. STANKIEWICZ, *Bonaëren.*, 23 ottobre 1997, in RRDec., vol. LXXXIX (1997), pp. 763-780, n. 13; c. DEFILIPPI, *Bisuntina*, 22 luglio 1999, in RRDec., vol. XCI (1999), pp. 557-573, n. 4; c. CABERLETTI, *Mediolanen.*, 23 luglio 1999, in RRDec., vol. XCI (1999), pp. 574-591, n. 5; c. CABERLETTI, *Vratislavien.*, 5 aprile 2000, in RRDec., vol. XCII (2000), pp. 292-306, n. 6.

²⁶ c. DEFILIPPI, *Bisuntina*, 22 luglio 1999, in RRDec., vol. XCI (1999), pp. 557-573, n. 4: «*Simulatio consensus tunc habetur, quando exclusio ingreditur in efficaciter circumscribendo ipso obiecto consensus coniugalis, ita ut hic feratur in obiectum substantialiter corruptum. Quod quidem fit per actum voluntatis, qui his tribus proprietatibus constituitur; scil.: sit actus a) "humanus" (seu deliberate procedens ab intellectu et voluntate); b) "positivus" (seu reapse positus modo actuali vel saltem virtuali tempore celebrationis matrimonii, ideoque efficaciter conexus cum consensu coniugali, cuius obiectum substantialiter definit); c) "firmus" (ita ut matrimonium contrahatur iuxta illam determinationem et non aliter; seu, aliquo modo, in "simulatione consensus" habetur veluti condicio in mente retenta contra matrimonii substantiam)*».

²⁷ Cfr. c. FERREIRA PENA, *Bogoten.*, 12 ottobre 2001, n. 9, in RRDec., vol. XCIII, pp. 608-619. Questa sentenza, citando una precedente c. Bruno, parla di un doppio atto di volontà, uno prevalente sull'altro: «"per praevalentem intentionem adulterandi super intentione tradendi et acceptandi obligationem fidelitatis"» (coram Bruno, decisio diei 15 iunii 1990, in RRDec., vol. LXXXII, pp. 515-516, n. 7).

precedentemente, nella vera volontà matrimoniale c'è un unico atto di volontà che viene manifestato esternamente: il consenso matrimoniale è, in sé stesso, tanto la volontà interna quanto la sua manifestazione esterna (cfr. cc. 1057 e 1104). Nell'esclusione della fedeltà, 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 in senso contrario, quella di non volerlo uno o fedele, poiché quello che succede è che esiste una volontà ben determinata il cui oggetto è "il matrimonio sprovvisto della sua unità o dell'obbligo della fedeltà".

4. *L'incompatibilità tra l'esclusione del «bonum fidei» e l'incapacità per assumere l'obbligo della fedeltà ex can. 1095, 3*

Un altro punto interessante che abbiamo trovato nell'analizzare la giurisprudenza sul *bonum fidei* è stata la quasi unanimità tra i giudici che ne hanno parlato per quanto riguarda il fatto che chi non è capace di assumere l'obbligo della fedeltà coniugale nella sua essenzialità non sarebbe neanche capace di escludere questo bene mediante un positivo atto di volontà.

In una decisione c. Alwan, 18 febbraio 1997, si afferma che vi è incompatibilità tra l'incapacità psichica e l'esclusione del *bonum fidei*, nella misura in cui chi non è capace di discernere e di realizzare un vero atto di consenso, non sarebbe nemmeno capace di escludere mediante un positivo atto di volontà un bene che non riesce a percepire e a valutare in tutta la sua portata, come sarebbe in questo caso il *bonum fidei*²⁸.

²⁸ c. ALWAN, *Forolivien.-Brittinorien.*, 18 febbraio 1997, in RRDec., vol. LXXXIX (1997), pp. 114-127, n. 16: «Quoniam exclusio ex actu positivo voluntatis actus vere humanus esse debet, exinde requiruntur, sicut in actu consensus valida deliberatio ac congrua discretio iudicii. Quamobrem, qui, ob defectum discretionis iudicii, incapax est ad actum contractualem ponendum, haud capax est valide ius excludere. Quare caput exclusionis boni fidei contradictorium mansit cum capite defectus discretionis iudicii, duas ob causas: primam, quia exclusio partialis seu unius vel alterius ex bonis matrimonialibus praesumit capacitatem contrahendi in nupturiante, sed vero, caput defectus discretionis iudicii excludit illam capacitatem; secundam causam, quia exclusio, per se sicut actus humanus, postulat aptam discretionem iudicii. Qua de re, haec nullitatis capita subordinate tractentur oportet».

Lo stesso si afferma in una c. *Stankiewicz*, 21 marzo 1997: «*At boni fidei detrectatio confundenda non est cum incapacitate praestandi obligationem fidelitatis coniugalis ex parte mulieris ob suam complexionem. Nam exclusio "a voluntate contrahentis pendet, eidemque imputabilis est; incapacitas a condicione morbosa contrahentis pendet, eidemque non semper imputabilis est"* (coram Palazzini, decisio diei 28 octobris 1970, cit., p. 971, n. 16)»²⁹.

Anche in una sentenza c. *Monier*, 26 marzo 1999, si afferma che è importante distinguere tra l'esclusione della fedeltà, che richiede il positivo atto di volontà, e l'incapacità di assumere l'obbligo della fedeltà, caso in cui l'assunzione stessa dell'obbligo sarebbe al di fuori della portata del contraente incapace³⁰.

D. LA PROVA DELL'ESCLUSIONE DEL «BONUM FIDEI»

Come ho esposto in questa sessione, il fatto oggetto della prova nelle cause che riguardano l'esclusione è quello che il legislatore, nel canone 1101 § 2, ha denominato "positivo atto di volontà", mediante il quale uno o entrambi i contraenti escludono il matrimonio stesso o un elemento o proprietà essenziale di esso.

In una sentenza c. *Burke*, del 19 ottobre 1995, parlando della prova dell'esclusione, si afferma che, affinché giuridicamente consti dell'esclusione, si devono cercare i seguenti elementi: a) la *confessione* della simulazione, fatta *tempore non suspecto*; b) la *spiegazione* della simulazione, dedotta dalle cause tanto *simulandi* quanto *contrahendi*, tenuto conto delle circostanze del simulante; c) la *conferma* della simulazione, proveniente dalle circostanze antecedenti, concomitanti e successive alla

²⁹ c. *STANKIEWICZ*, *Elpasen.*, 21 marzo 1997, in RRDec., vol. LXXXIX (1997), pp. 221-234, n. 13.

³⁰ c. *MONIER*, *Montisvidei*, 26 marzo 1999, in RRDec., vol. XCI (1999), pp. 213-221, n. 4: «Eodem modo exclusio fidei confundenda non est cum incapacitate assumendi onus fidelitatis: "Exclusio enim obligationis - praefinitur in una coram Masala, diei 6 octobris 1981 - dependet a nupturiente domino suae voluntatis, cuius actus est imputabilis. Incapacitas vero assumendae obligationis fidelitatis de facto est extra dominium actus humani, ac variis oritur ex causis, sicuti ex morbida condicione psycho-physica nupturientis, vel ex vitiorum illecebris, quae ad vagas et multiplices uniones hominem compellunt" (ARRT Dec., vol. LXXIII, p. 459, n. 2)" (coram Bruno, diei 15 iunii 1990, R.R.Dec., vol. LXXXII, p. 524, n. 5)». Cfr. anche c. *BOCCAFOLA*, *Namurcen.*, 11 aprile 2002, in RRDec., vol. XCIV, pp. 212-220 e c. *ALWAN*, *Lublinen.*, 11 dicembre 2002, in RRDec., vol. XCIV, pp. 764-771.

celebrazione del matrimonio, confermata da testimoni degni di fede o mediante documenti che facciano fede di ciò³¹. I giudici devono valutare attentamente le diverse prove e cercare la causa delle contraddizioni tra le parti o tra i testi, e in questo lavoro devono tener conto della credibilità di essi, fondata anche sulle testimonianze di credibilità³².

Anche in una decisione c. Alwan del 11 dicembre 2002 si dice che la prova della simulazione deve seguire la classica struttura probatoria, cioè, la confessione giudiziale ed extragiudiziale, la valutazione delle *cause simulandi e contrahendi*, la prova dell'atto positivo di volontà: «*Exclusio rei essentialis matrimonialis oportet sustineatur ex traditionali probatione, cuius elementa sunt: confessio iudicialis et extraiudicialis, aestimatio causae simulandi et contrahendi, actus positivi voluntarii excludentis, etc. Naufragium matrimonii, post breve spatium a celebratione, haud semper censendum est profluere ex simulatione excludentis onera coniugalia aut ex propensione violandi fidelitatem; nam opus est probare huiusmodi personam, positivo actu voluntatis, iuxta can. 1101, § 2, voluisse simulare connubium ipsum ratione elementi validi, quod est causa simulandi, ponderanda vero cum contrahendi causa*»³³.

Come ho già spiegato, il termine utilizzato dal legislatore è stato oggetto di diverse interpretazioni, arrivando persino a esigersi in alcuni casi l'esistenza di un doppio atto di volontà. Ma alla luce di quanto abbiamo visto, la volontà di escludere, in quanto volontà non matrimoniale, si può qualificare come "volontà positiva", nel senso che per determinare la sua esistenza si deve provare che, nel momento di manifestare il segno nuziale, c'era una volontà chiaramente configurata che era radicalmente contraria alla verità del matrimonio e, pertanto, non aveva la forza di costituire il vincolo matrimoniale³⁴. Perciò, l'oggetto della prova non è tanto quello di cercare una doppia volontà,

³¹ Cfr. c. BURKE, *Mediolanen.*, 19 ottobre 1995, in RRDec. vol. LXXXVII (1995), pp. 557-566, n. 17, p. 562.

³² Cfr. *Ibidem*, n. 18, p. 562. Cfr. c. HUBER, *Colonien.*, 24 novembre 1995, n. 7, in RRDec., vol. LXXXVII (1995), p. 636.

³³ c. ALWAN, *Lublinen.*, 11 dicembre 2002, n. 10, in RRDec., vol. XCIV, pp. 764-771.

³⁴ Cfr. c. POMPEDDA, *Lausannen., Geneven., et Friburgen.*, 16 gennaio 1995, n. 5, cit., p. 4. La sentenza cita le seguenti parole del De Jorio: «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

una di sposarsi e un'altra di escludere, ma piuttosto l'esistenza di una volontà positivamente non matrimoniale, perché esclude il matrimonio, una sua proprietà o un suo elemento essenziale, nel momento di manifestare il consenso³⁵.

Visto che si tratta di provare una volontà interna, la giurisprudenza ha elaborato, come frutto di un'esperienza plurisecolare, alcuni criteri che aiutano nella prova dell'esistenza di questa volontà interna. Da una parte, vengono utilizzati di solito i classici mezzi di prova: le dichiarazioni delle parti, le testimonianze, la prova documentale, la perizia. La domanda sarebbe, nel caso concreto: come dedurre, da queste prove, l'esistenza di una volontà simulatoria?

La risposta data dall'esperienza, che si trova nella stragrande maggioranza delle sentenze sulla simulazione, è quella di identificare la causa che ha portato alla celebrazione del matrimonio — *causa contrahendi* — e, simultaneamente, la causa per la quale una persona, malgrado abbia celebrato il matrimonio, lo ha fatto con una volontà che escludeva il matrimonio stesso o un suo aspetto essenziale — *causa simulandi* —. In mancanza della *causa simulandi*, la giurisprudenza è costante nell'affermare che non esiste la certezza morale sulla volontà escludente. Questa affermazione è, in qualche modo, riflesso di una realtà fondamentale, quale è l'inclinazione naturale al matrimonio e, di conseguenza, il carattere eccezionale della nullità del matrimonio, la quale deve essere sempre provata³⁶.

Per concludere, vorrei ricordare che i giudici devono cercare l'esistenza della causa *contrahendi* e della causa *simulandi* non soltanto nelle dichiarazioni delle parti e dei testimoni, bensì nell'analisi concreta dei fatti certi che si evincono da queste e dalle altre prove. In questo sen-

medianti i segni esterni, cioè, a dissentire positivamente dalla dichiarazione esterna» (O. DE JORIO, *Iurisprudencia novissima circa simulationem*, vol. II, 1971, p. 176).

³⁵ Alcune sentenze, invece, parlano del doppio atto di volontà. In questo senso, cfr. c. RAGNI, *Pataiana*, 4 luglio 1995, n. 10, in RRDec., vol. LXXXVII (1995), p. 455: «il primo elemento da provare deve essere se, nel caso concreto, nel suo animo esistette un altro atto positivo di volontà che escludeva qualche proprietà o bene essenziale del matrimonio».

³⁶ c. MONIER, *Bisuntina*, 27 giugno 1997, in RRDec., vol. LXXXIX (1997), pp. 559-568, n. 6: «Procul dubio magnum momentum tribuendum est causae simulandi cuius pondus conjungendum est cum asserta simulatione tempore nuptiarum. Haec causa simulandi distincta esse debet a causa contrahendi, uti constanter nostra iurisprudencia nos admonet».

so, nelle cause riguardanti la simulazione hanno grande importanza le circostanze antecedenti, concomitanti e successive alla celebrazione nuziale, nella misura in cui una vera volontà positiva contraria al matrimonio si manifesterà in fatti e comportamenti esterni concreti³⁷. Per esempio, l'esclusione totale è difficilmente ammissibile quando colui che dice di aver escluso il matrimonio stesso, una volta celebrato, ha dei comportamenti coerenti con la condizione di coniuge. Nello stesso modo, chi esclude la prole manifesterà la sua volontà positivamente contraria alla prole nell'utilizzo di mezzi per evitarla, chi esclude l'indissolubilità, dinanzi alle crisi coniugali, non farà tutti gli sforzi per salvare l'unione, e chi esclude il *bonum fidei*, manterrà dei comportamenti contrari alla fedeltà matrimoniale in modo continuato.

³⁷ Cfr. c. HUBER, *Colonien.*, 24 novembre 1995, n. 7, cit., p. 636. La sentenza dice che, quando il simulante neghi di aver simulato, la prova si rende più difficile, benché non impossibile. In questo caso, si dovranno tener in particolare conto le circostanze, le confessioni extragiudiziali, ecc. Inoltre, il giudice dovrà determinare se nega per amore alla verità o per altre ragioni. Cfr. anche la decisione c. FERREIRA PENA, *Bogoten.*, 12 ottobre 2001, n. 11, in RRDec., vol. XCIII, pp. 608-619.

APPENDICE
LA DECISIONE ROTALI PUBBLICATE SULL'ESCLUSIONE
DEL BONUM FIDEI DAL 1995 AL 2002³⁸

1995

a) c. POMPEDDA, *Lausannen., Geneven., et Friburgen*, 16 gennaio 1995, in RRDec., vol. LXXXVII (1995), pp. 1-9.

Non c'è dubbio che l'obbligo della fedeltà matrimoniale sia un elemento essenziale del matrimonio (n. 8).

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 dalla 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 fedeltà dell'unione coniugale (n. 8).

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 alle parole o i segni equivalenti utilizzati nella celebrazione del matrimonio (c. 1101 § 1). Qualunque altra presunzione sarebbe una praesumptio hominis (cfr. n. 5).

L'atto positivo della volontà si tratta del "volontario", cioè, di un atto umano veramente posto, elicitato e perfetto, che deve procedere dalla conoscenza dell'oggetto al quale si rivolge la volontà (n. 5).

b) c. GIANNECCHINI, *Placentina-Bobien.*, 28 marzo 1995, in RRDec., vol. LXXXVII (1995), pp. 240-251.

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).

³⁸ L'idea di questo appendice è di mettere a disposizione dei canonisti in modo più semplice la giurisprudenza rotale recente sul *bonum fidei*. I paragrafi in corsivo sono riassunti o presentazione di alcuni numeri delle sentenze, mentre le citazioni testuali delle sentenze che ho ritenuto interessante riportare le ho messe in tondo fra virgolette.

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», perché sarebbe una volontà di non adempiere, che non corrisponde necessariamente alla volontà di non obbligarsi (cfr. n. 3).

c) c. FUNGHINI, *Forolivien.-Brittinorien.*, 24 maggio 1995, in RRDec., vol. LXXXVII (1995), p. 311-337.

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 (cfr. n. 6).

«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).

1996

a) c. SERRANO, *Philadelphien. Latinorum*, 22 marzo 1996, in RRDec., vol. LXXXVIII (1996), p. 309-314.

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.". 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 di 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).

La totalità è una caratteristica della donazione coniugale, la quale riguarderebbe anche il «bonum fidei». Il bene della fedeltà rientra nell'ambito dell'essenza del matrimonio e della comunità coniugale (n. 3).

«Quae tamen omnia cuiuscumque sunt vis et momenti inveniuntur – vel invenire debent – in dispositione animorum nubentium cum consensum exprimunt. 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).

b) c. TURNATURI, *Florentina*, 18 aprile 1996, in RRDec., vol. LXXXVIII (1996), pp. 334-348.

La fedeltà non riguarda soltanto il diritto esclusivo, nel senso che ne sarebbe contraria la donazione a un terzo, ma anche la donazione della coniugalità. Tuttavia, è molto importante distinguere l'aspetto morale dal giuridico (cfr. n. 9).

La fedeltà fa riferimento alla donazione personale in quanto coniuge, la quale è totale – nella coniugalità – ed esclusiva (cfr. n. 11).

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).

«Sexualitas coniugalis consideranda est ut bonum, secundum ordinationem naturae exercendum; ac proinde, sexualitas deflexa, quatenus a naturali et institutionalibus ordinationibus recessa, causa esse potest contra bonum fidei, potissimum quia falsificat donationem suipsius coniugalem et alteram partem facit instrumentum libidinis, quod nefas est» (n. 19).

«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 statuat, cum sufficiat ut ipse eiusmodi ius detrectet exclusivum tradere alteri contrahenti, seu facultatem vel ius sibimet servet adulterandi» (n. 18).

c) c. POMPEDDA, *Bonaëren.*, 15 novembre 1996, in RRDec., vol. LXXXVIII (1996), pp. 697-715.

In 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).

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).

«*Quibus attentis vel praeter casus conclamatae anomaliae psychosexualis profunda quoque consideratio habenda est psychologicae 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).

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).

Esclude il «bonum fidei» non soltanto chi pretenda di dare a un terzo il diritto sul proprio corpo, come sosteneva la giurisprudenza precedente, ma anche chi pretenda di concedere 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 voglia costituire una vera comunione di vita e amore coniugale (cfr. n. 9).

«*Bonum fidei essenziale, praeter vinculi unitatem, amplectitur ius mutuamque contrahentium obligationem tum ad coniugale debitum exspostulandum ac praestandum tum ad exclusivitatem quoad actus vitae coniugalis proprios ponendos*» (n. 9).

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 fermo proposito di continuare una relazione amorosa con una persona con la quale si avevano già relazioni al tempo del fidanzamento. Da qui l'importanza di conoscere la volontà – e il comportamento concreto – del presunto simulante nel periodo prenuziale (cfr. n. 10).

d) c. CIVILI, *Sancti Sebastianis Fluminis Ianuarii*, 20 novembre 1996, in RRDec., vol. LXXXVIII (1996), pp. 724-732.

Il «bonum fidei» e la proprietà essenziale dell'unità 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 e 1013 § 2 CIC 17 (oggi 1101 § 2 e 1056), secondo la quale l'esclusione del «bonum fidei» sarebbe esclusione della proprietà essenziale dell'unità, bensì dalla relazione tra i canoni 1101 e 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 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, l'unità proibisce all'uomo di avere più mogli (poliginia) e alla donna di avere più mariti (poliandria). 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).

Parte della dottrina e della giurisprudenza hanno portato all'estremo il ragionamento di San Tommaso 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 diritto/dovere 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. La mente del dottore Angelico era un'altra: se di fatto, nella vita coniugale, non si verificasse la nascita di figli, per cause naturali o per una volontà contraria sopravvenuta alla celebrazione del matrimonio, o il coniuge non fosse fedele, 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 (cfr. n. 11).

«Riguardo al contenuto del «bonum fidei», 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 – debitum servandi fidem» (n. 13).

1997

a) c. ALWAN, *Forolivien.-Brittinorien.*, 18 febbraio 1997, in RRDec., vol. LXXXIX (1997), pp. 114-127.

Vi è incompatibilità tra l'incapacità psichica e l'esclusione del «bonum fidei», nella misura in cui chi non è capace di discernere e di realizzare un vero atto di consenso, tanto meno sarebbe capace di escludere mediante un positivo atto di volontà un bene che non riesce a percepire e a valutare in tutta la sua portata, come sarebbe in questo caso il «bonum fidei»: «Quoniam exclusio ex actu positivo voluntatis actus vere humanus esse debet, exinde requiruntur, sicut in actu consensus valida deliberatio ac congrua discretio iudicii. Quamobrem, qui, ob defectum discretionis iudicii, incapax est ad actum contractualem ponendum, haud capax est valide ius excludere. Quare caput exclusionis boni fidei contradictorium mansit cum capite defectus discretionis iudicii, duas ob causas: primam, quia exclusio partialis seu unius vel alterius ex bonis matrimonialibus praesumit capacitatem contrahendi in nupturiente, sed vero, caput defectus discretionis iudicii excludit illam capacitatem; secundam causam, quia exclusio, per se sicut actus humanus, postulat aptam discretionem iudicii. Qua de re, haec nullitatis capita subordinate tractentur oportet» (n. 16).

«De actu positivo voluntatis legitur in una coram Bruno: “Bonum fidei admittit distinctionem inter ius et exercitium iuris, et iuxta communem ac constantem iurisprudentiam Nostri Fori, simplex propositum adulterandi, ante nuptias elicatum, non sufficit ad matrimonium irritandum, sed requiritur ipsius iuris exclusio per positivum voluntatis actum, quia iuris concessio absque eius adimplemento stare potest” (Coram Bruno, Kigalien., diei 15 iunii 1990, R.R.Dec., Vol. LXXXII, p. 514, n. 6)» (n. 17).

b) c. STANKIEWICZ, *Elpasen.*, 21 marzo 1997, in RRDec., vol. LXXXIX (1997), pp. 221-234.

«At boni fidei detrectatio confundenda non est cum incapacitate praestandi obligationem fidelitatis coniugalis ex parte mulieris ob suam complexionem. Nam exclusio “a voluntate contrahentis pendet, eidemque imputabilis est; incapacitas a condicione morbosa contrahentis pendet, eidemque non semper imputabilis est” (coram Palazzini, decisio diei 28 octobris 1970, cit., p. 971, n. 16)» (n. 13).

«Perspectis mutuis coniugum iuribus officiisque ad exclusivam et perpetuam fidelitatem spectantibus (cf. coram infr. Ponente, decisio 21 aprilis 1983, RRDec., vol. LXXV, p. 179, n. 3), multi perspicuntur modi penes iurisprudentiam N.F., quibus bonum fidelitatis in essentialibus suis elementis detrectatur cum effectu nullitatis matrimonii. Idque potissimum obvenit: a) per directam exclusionem obligationis fidelitatis perpetuo servandae vel saltem ad determinatum tempus; b) per limitationem adpositam debito fidei servandae; c) per propositum non aliter contrahendi, nisi exclusa obligatione se aliis, etiamsi eiusdem sexus, non commiscendi; d) per concessionem tertiae personae potestatis ad actus intimae coniunctionis vel per reservationem facultatis adulterandi cum quibusvis aliis; e) per reservationem facultatis complendi actus coniugales contra ordinationem naturae, modo non humano, seu per usum abnormem corporis compartis; f) per reservationem facultatis dividendi carnem cum tertiis ad fines procreativos; g) per exclusionem acceptationis iuris exclusivi ad fidelitatem compartis, ne obligatione fidei coniugalis teneatur» (n. 14).

Una cosa è l'atto implicito, che è un vero atto di volontà, e un'altra cosa è l'atto presunto: «Probari enim debet eandem partem bonum fidei exclusisse positivo voluntatis actu, explicito vel saltem implicito, reiciendo ipsam obligationem fidelitatis, et non solum eius adimpletionem. Sed actus implicitus confundi nequit cum actu praesumpto, sicut saepe aliqui contendunt, quippe qui, ex quibusdam assertionibus de adulteriis post nuptias commissis, statim concludunt de existentia positivi voluntatis actus impliciti obligationem fidelitatis excludentis. Nam “actus praesumptus est actus cuius per se ignoratur existentia”, quia “respondet coniecturae plus minusve probabili” nihilque habet “positivae rationis”, dum “actus implicitus remanet in ordine positivo”, et in manifestatione agentis continetur “realiter et non praesumptive, positive et non interpretative, quamvis veluti in plicis, seu in sinu eiusdem manifestationis” (coram Sabbatani, decisio diei 29 octobris 1963, RRDec., vol. LV, p. 706, n. 3)» (n. 15).

c) c. MONIER, *Bisuntina*, 27 giugno 1997, in RRDec., vol. LXXXIX (1997), pp. 559-568.

La sentenza distingue tra l'esclusione dell'unità e l'esclusione della fedeltà. Riguardo alla prima dice: «Excludit unitatem nupturiens qui intendit iura ad actus coniugales tradere et acceptare non solum cum altero coniuge sed etiam eadem iura dividere cum tertia persona (agitur de poligamia vel de poliandria), etsi in matrimonii celebrationem ipse nupturiens unam tantum mulierem, vel unum tantum virum, sibi coniugere videatur» (n. 3).

La fedeltà, invece, riguarda l'esclusività del dono, non tanto la volontà poligamica che è propria di altre culture, ma una volontà positiva di condividere la propria sessualità con persone diverse dal proprio coniuge, che è un fenomeno sempre più frequente nella nostra società occidentale secolarizzata: «Distinctio inter exclusionem unitatis et boni fidei clara se praebet. Tamen haec prima exclusio rara invenitur, uti legitur in una coram Colagiovanni: "Cum vero in nostra cultura monogamia sit valor radicitus in animis et in moribus hominum radicans, fere numquam inveniri poterit qui pluribus mulieribus vult se in matrimonium iungere. Aequivocatio inter exclusionem boni fidei et exclusionem unitatis seu monogamiae effecit ut perraro caput hoc in iurisprudencia rotali antiquiori admitteretur. Reapse nostro tempore et in societate occidentali, quae, quidquid est de sic dicta saecularizatione, Christianismo perfunditur, evenire potest potius contrarium: quod quis deneget ius exclusivo comparti matrimonii actuum coniugalium, sibi reservans adulterium, positivo voluntatis actu" (coram Colagiovanni, diei 2 februarii 1988, R.R.Dec., vol. LXXX, p. 61, n. 6)» (n. 4).

«Procul dubio magnum momentum tribuendum est causae simulandi cuius pondus conjungendum est cum asserta simulatione tempore nuptiarum. Haec causa simulandi distincta esse debet a causa contrahendi, uti constanter nostra iurisprudencia nos admonet.

Inter exclusionis causas, una coram Palestro reperit eas quae sequuntur:

"a) ex mentalitate liberistica, ex nimia proclivitate ad sexum, ex corruptis vel libidinosi moribus...

b) ex agnosticismo morali et religioso, ex intolerantia cuiuslibet ligaminis, ex manifesta contemptione, factis vel verbis, indissolubilitatis fidelitatis... 'tenacius error insidet in mente eius qui, non ignorans

veram doctrinam de matrimonio, sed incredulus moribusque depravatus, eam pertinaciter irridet atque respuit' (ARRT Dec., coram De Iorio, diei 17 iunii 1964, vol. LVI, p. 495; coram Julien, diei 16 aprilis 1946, ARRT Dec., vol., XXXIX, pp. 220-221)...

c) ex persistentia amasiarum ante et post nuptias, quaeque causam dissolutionis coniugii fuerunt brevi interiecto tempore..." (coram Palestro, diei 16 maii 1990, R.R.Dec., vol. LXXXII, pp. 370-371, n. 8).

Postremo memorandum est hoc principium quod Iudicis munus illuminat: "veritatem non esse ex uno alterove elemento eruendam, sed ex toto causae complexu" (coram Rogers, diei 19 decembris 1963, ARRT Dec., vol. LVI, p. 956, n. 6; cf. coram Defilippi, diei 27 iulii 1994, R.R.Dec., vol. LXXXVI, p. 416, n. 7)» (n. 6).

d) c. FALTIN, *Olomucen.*, 23 luglio 1997, in RRDec., vol. LXXXIX (1997), pp. 630-635.

*Il «bonum fidei» riguarda non solo l'unità ma anche l'esclusività del dono: «Quibus iuris ac doctrinae principiis praemissis, consequitur, uti constans ac uniformis N. F. iurisprudencia semper tenuit et tenet, quod "Bonum fidei excluditur ubi alteruter vel uterque coniux positive respuit obligationem ad fidelitatem servandam seu non assumit eiusmodi obligationem; nec necesse est ut contrahens ius in suum corpus tertiae personae tradere statuat, cum sufficiat ut ipse eiusmodi ius detractet exclusivum tradere altero contrahenti, seu facultatem sibi met servet adulterandi" (cf. in una coram de Lanversin, diei 24 iulii 1985, in *Monit. Eccl.cus*, 111, 1986, p. 273)» (n. 4).*

Per dimostrare che si è escluso il «bonum fidei» non basta provare che si aveva l'intenzione di mantenere una relazione amorosa con una terza persona che si conosceva già prima del matrimonio, ma è necessario provare la reale esclusione mediante positivo atto di volontà dell'obbligo della fedeltà: «Quod, vero, probationem exclusionis boni fidei spectat, cum exclusio iuris perfici debeat positivo voluntatis actu, requiritur, ut constet, et quidem ex actis et probatis, quod consensui apposita fuit aliqua limitatio, quae sit fidei servandae contraria. Quippe quae limitatio proditur ex intentione contrahentis se non aliter obligandi in contrahendo nisi cum restrictione aut reservatione facultatis rem habendi cum tertia persona vel non observandi fidem (cf. in una coram De Jorio, diei 26 februarii 1969, in R.R.Dec., vol. 61, 1969, pp. 204-205)» (n. 4).

e) c. STANKIEWICZ, *Bonaëren.*, 23 ottobre 1997, in RRDec., vol. LXXXIX (1997), pp. 763-780.

La distinzione tra la simulazione totale e quella parziale affermata nella giurisprudenza rotale sin dagli inizi, in fondo risponde più alla situazione psicologica di colui che esclude, perché qualunque vera esclusione, sia essa totale o parziale, snatura il consenso matrimoniale nel suo insieme, perché anche la volontà che mediante un positivo atto di volontà esclude un elemento o una proprietà essenziale quello che vuole non è il matrimonio, ma una realtà essenzialmente diversa (cfr. nn. 4-6).

Il «bonum fidei» implica tanto l'unità quanto l'esclusività del dono della propria sessualità: «Quam ob rem iuxta dictamina iurisprudentiae "bonum fidei" essenziale, praeter vinculi unitatem, amplectitur ius mutuumque contrahentium obligationem tum ad coniugale debitum expostulandum ac praestandum tum ad exclusivitatem quoad actus vitae coniugalis proprios ponendos. Et hoc quidem diversimode ac in bono prolis intentum; id est non uti ius et obligatio ad actus coniugales ad vitam propagandam et ideo ad prolem gignendam necessarios, potius vero ad sexualitate modo inter coniuges esclusivo utendum" (coram Funghini, decisio diei 24 maii 1995 cit., p. 315, n. 6)» (n. 12).

«Boni fidei detrectatio ex parte alterutrius vel utriusque nupturientis, sicut praxis forensis docet, plerumque haud perficitur intentione multiplicandi vincula matrimonialia vel utenti in matrimonio sexualitate deflexa a naturali ordinatione, sed temptato proposito adulterandi vel moechandi, id est corpus suum commiscendi cum personis tertiis sive eiusdem sive diversi sexus» (n. 13).

«Simplex propositum adulterandi vel moechandi, seu ad libitum fruendi sexualibus voluptatibus etiam cum aliis, praeter coniugem, obligationem servandae fidei substantialiter non laedit, sed dumtaxat obligationis adimpletionem, quae tamen ad bonum fidei in suo principio haud pertinet, ut "pro fide debitum servandi fidem" accipiatur, sino quo dumtaxat matrimonium esse non potest (S. Thomas, In IV Lib. Sent., d. 31, q. 1, a. 3, in c.)» (n. 13).

1998

a) c. DEFILIPPI, *Florentina*, 13 febbraio 1998, in RRDec., vol. XC (1998), pp. 61-83.

«Quod quidem fit per actum voluntatis, qui his tribus proprietatibus constituitur; scil.: sit actus a) "humanus" (seu deliberate procedens ab intellectu et voluntate); b) "positivus" (seu reapse positus modo

actuali vel saltem virtuali tempore celebrationis matrimonii, ideoque efficaciter conexus cum consensu coniugali, cuius obiectum substantialiter determinat); c) “firmus” (ita ut matrimonium contrahatur iuxta illam determinationem et non aliter)».

Si deve distinguere tra l'esclusione esplicita (che sarebbe quella che rientra nel can. 1101, 2) e l'esclusione implicita di una proprietà essenziale, che potrebbe rientrare nella fattispecie dell'errore determinante del can. 1099: «Praeterea quod attinet ad matrimonii proprietates essentielles, positiva exclusio haberi potest non solum si contrahens illas directe excludat, sed etiam si id faciat indirecte, quatenus ipse “positive et directe sibi prospicit et intendit matrimonium” absque illis proprietatibus, “cum illud tantummodo agnoscat utpote institutum matrimoniale aut idipsum tantummodo admittat” (coram Pompedda, decisio diei 17 iulii 1989, R.R.Dec., vol. LXXXI, pp. 508-509, n. 4). Utique de prima hypothesis agit commemoratus can. 1101, § 2; dum de altera cavet can. 1099, ex quo deducitur errorem “circa matrimonii unitatem vel indissolubilitatem aut sacramentalem dignitatem”, si “determinet voluntatem”, vitiare consensum matrimoniale» (n. 16).

Benché teoricamente l'esclusione e l'errore determinante siano due capi incompatibili, nella pratica spesso si incontrano, e molte volte un errore determinante, nella conoscenza della dottrina della Chiesa, può diventare una vera esclusione: «Immo, saltem “theoretice”, hypotheses nullitatis matrimonii ex can. 1099 et ex can. 1101, § 2 “ad duo capita nullitatis inter se incompatibilia” pertinent, “ideoque subordinate tractari atque defini-ri” deberent. “Practice” tamen “inter se iunguntur”. Immo fieri potest ut ille “qui in errore determinante voluntatem versatur”, perspecta aliquo modo doctrina catholica de matrimonio, iam ad directam et consciam exclusionem proprietatis deveniat (coram Stankiewicz, decisio diei 25 aprilis 1991, op. cit., p. 285, n. 10)» (n. 16).

«Quando nullitas matrimonii pertractatur ob assertam exclusionem “boni fidei”, perspicue distinctio asserenda est inter exclusionem fidelitatis tamquam “iuris/obligationis” et exclusionem fidelitatis tamquam “exercitii” illius iuris/obligationis. Nam lucida mente S. Thomas Aquin. nos edocet fidem dupliciter considerari posse: uno modo in seipsa, et sic pertinet ad usum matrimonii per quem pactio coniugalis servatur; altero modo in suo principio et tunc pro fide accipitur debitum servandi fidem. In priore casu, matrimonium invenitur aliquando sine fide, quia esse rei non dependet ab usu eius; in alte-

ro sensu, sine fide matrimonium esse non potest, quia hoc debitum in matrimonio ex ipsa pactione coniugali causatur, adeo ut si quid contrarium exprimatur in consensu, non sit verum matrimonium (Cf. *Summa Theol.*, III, *Suppl.*, q. XLIX, art.III). Ideo ad determinandam matrimonii nullitatem, requiritur ut fidelitas esclusa sit "in suis principiis", seu ut esclusum sit ipsum "ius" vel ipsa "obligatio" et non tantum "exercitium" iuris vel obligationis. Ita, v.gr., "fidei bonum non excluditur per adulterium, etiam iterum iterumque patratum, sed ubi contrahens positivo voluntatis actu refutat obligationem ad fidem servandam, seu hanc obligationem diserte non suscepit" (coram Funghini, decisio diei 14 decembris 1994, R.R.Dec., vol. LXXXVI, p. 661, n. 3)» (n. 18).

Il «bonum fidei» certamente non rientrerebbe nella proprietà essenziale dell'unità di cui al can. 1056 ma tra gli elementi essenziali: «Quod autem proprie attinet ad ambitum boni fidei, in quo scilicet specificatur commemoratum illud "ius", per se, fidelitas rationem habet non tantum ad "unitatem", quae ex can. 1056 designatur inter proprietates essentielles matrimonii, sed potius ad "elementa essentialia matrimonii" iuxta cann. 1055, § 1 et 1101, § 2» (n. 19).

*La dottrina e la giurisprudenza recente si sono aperte alla considerazione del «bonum fidei» non solo come unità del matrimonio ma anche come esclusività del dono, cioè, la fedeltà al coniuge come obbligo prettamente giuridico e non soltanto morale: «Recentior tamen doctrina canonistica et iurisprudentia N.A.T., asseverata distinctione inter unitatem et fidelitatem, "quanto all'oggetto dell'esclusione del bonum fidei, ha posto in luce l'importanza di negare all'altra parte il diritto esclusivo, anziché dell'aspetto di concedere tale diritto ad una terza persona. La stessa cosa va naturalmente detta per quanto concerne l'intenzione di non accettare il diritto esclusivo che l'altra parte intende concedere" (M.F. Pompèdda, *Il consenso matrimoniale, in Il matrimonio nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, Padova 1984, p. 77)» (n. 19).*

b) c. CABERLETTI, *Bratislavien.-Tyranavien.*, 27 novembre 1998, in RRDec., vol. XC (1998), pp. 808-823.

Nella "Casti Connubii" vi è una definizione più precisa del «bonum fidei», che non si limita al rifiuto della poligamia ma include anche la fedeltà al coniuge e l'esclusività del dono: «melius naturam huiusmodi boni inspexit atque explanavit: "Ceterum nullam fortasse invenias boni fidei definitionem aptiorem quae profertur in Litt. Enc. Casti Connubii Pii Pp. XI imp. Mem." (coram Exc.mo Pompèdda, decisio diei 26 novembris 1993,

in R.R.Dec., vol. LXXXV, p. 718, n. 5); in Litteris Encyclicis superlaudatis asseritur: “Alterum matrimonii bonum, quod diximus ab Augustino commemoratum, est bonum fidei, quae est mutua coniugum in contractu coniugali implendo fidelitas, ut, quod ex hoc contractu divina lege sancito alteri coniugi unice debetur, id neque ei denegetur neque cuivis permittatur” (Pius XI, Litterae Encyclicae *Casti connubii*, 31 decembris 1930, AAS, vol. XXII, 1930, p. 546)» (n. 2).

Nel definire l'esclusione del «bonum fidei», si deve porre l'accento sull'elemento dell'esclusività del dono di sé, sottolineando che non è necessario che ci sia la volontà positiva di donare ad un altro lo “ius in corpus”, ma è sufficiente che ci sia la volontà positiva di non donare al coniuge l'esclusività della propria condizione maschile o femminile: «Bonum fidei excluditur ab eo qui vult se nullatenus exclusive alteri seipsum tradere (cf. can. 1057, § 2): “tenemus ‘contrarium’ exprimere bono fidei, et ideo simulacrum tantum coniugii conficere illum qui in ineundo (“nell’atto del matrimonio”) voluntate sive actuali, sive virtuali sibi reservet facultatem proprii corporis copiam faciendi aliis viris seu mulieribus” (coram Masala, decisio diei 20 octobris 1971, in R.R.Dec., vol. LXIII, p. 752, n. 4); “Fidei bonum excluditur ubi alteruter vel uterque contrahens positive respuit obligationem ad fidelitatem servandam, seu non assumit eiusmodi obligationem; nec necesse est ut contrahens ius in suum corpus tertiae personae tradere statuatur, cum sufficiat ut ipse eiusmodi ius detrectet exclusivum tradere alteri contrahenti, seu facultatem sibimet servet adulterandi” (coram Pompedda, decisio diei 16 februarii 1972, in R.R.T. Dec., vol. LXIV, p. 101, n. 2); “Hoc ius, vero, excluditur in concreto quando: a) aliqua limitatio apponitur consensui, quae sit contraria fidei servandae; b) intentio proditur se non alteri obligandi in contrahendo nisi cum restrictione, i. e., escluso onere se aliis non commiscendi; c) positiva obligatio contrahitur cum tertio rem habendi; d) facultas reservatur non observandi fidem” (coram Colagiovanni, decisio diei 15 decembris 1993, in R.R. T. Dec., vol. LXXXV, p. 756, n. 14)» (n. 4).

1999

a) c. MONIER, *Montisvidei*, 26 marzo 1999, in RRDec., vol. XCI (1999), pp. 213-221.

È importante distinguere tra l'esclusione della fedeltà, che richiede il positivo atto di volontà, e l'incapacità di assumere l'obbligo della fedeltà, caso in cui l'assunzione stessa dell'obbligo sarebbe al di fuori della portata del contraente

incapace: «Eodem modo exclusio fidei confundenda non est cum incapacitate assumendi onus fidelitatis: "Exclusio enim obligationis - praefinitur in una coram Masala, diei 6 octobris 1981 - dependet a nupturiente domino suae voluntatis, cuius actus est imputabilis. Incapacitas vero assumendae obligationis fidelitatis de facto est extra dominium actus humani, ac variis oritur ex causis, sicuti ex morbida condicione psycho-physica nupturientis, vel ex vitiorum illecebris, quae ad vagas et multiplices uniones hominem compellunt" (ARRT Dec., vol. LXXIII, p. 459, n. 2)" (coram Bruno, diei 15 iunii 1990, R.R.Dec., vol. LXXXII, p. 524, n. 5)» (n. 4).

b) c. ALWAN, *Meliten.*, 20 aprile 1999, in RRDec., vol. XCI (1999), pp. 298-311.

La distinzione tra il diritto e il suo esercizio deve essere utilizzata nel senso inteso da San Tommaso, cioè, il momento dell'assunzione del diritto nel momento del consenso, senza il quale non ci sarebbe vero consenso, e l'esercizio di quel diritto/dovere durante la vita coniugale, che è un'altra cosa e il suo inadempimento di per sé non prova che sia stato escluso: «Constans Jurisprudencia Nostri Fori distinguit inter ius et exercitium iuris. Quare simplex neglegentia onerum coniugalium haud significat semper exclusionem boni fidei. Item, exiguitas operositatis sexualis inter coniuges nequit, semper interpretari in signum exclusionis fidelitatis. Exitus felix vel minus vitae sexualis coniugum haud significat semper absentiam vel minus amoris, qua re, proficisci potest a pluribus causis physicis, psychicis vel socialibus ac minime provenit ex deliberata ac praemeditata voluntatis decisione excludendi coniugalem fidelitatem seu participandi ius ad corpus cum aliis personis. Necesse est perpendere causas defectus operositatis sexualis inter partes antequam sententietur de infidelitate earum, praesertim cum desunt probationes super existentia relationum sexualium extra-coniugalium» (n. 12).

c) c. DEFILIPPI, *Bisuntina*, 22 luglio 1999, in RRDec., vol. XCI (1999), pp. 557-573.

«Simulatio consensus tunc habetur, quando exclusio ingreditur in efficaciter circumscribendo ipso obiecto consensus coniugalis, ita ut hic feratur in obiectum substantialiter corruptum. Quod quidem fit per actum voluntatis, qui his tribus proprietatibus constituitur; scil.: sit actus a) "humanus" (seu deliberate procedens ab intellectu et voluntate); b) "positivus" (seu reapse positus modo actuali vel saltem virtuali tempore celebrationis matrimonii, ideoque efficaciter conexus cum

consensu coniugali, cuius obiectum substantialiter definit); c) “firmus” (ita ut matrimonium contrahatur iuxta illam determinationem et non aliter; seu, aliquo modo, in “simulatione consensus” habetur veluti condicio in mente retenta contra matrimonii substantiam)» (n. 4).

Così, si deve distinguere tra l'atto positivo di volontà della vera esclusione ed altri stati della mente o della volontà che non sono una vera esclusione: «Ideo positivus voluntatis actus perspicue distinguendus est a formis psychologis, fortasse similibus, quae tamen illum non perficiunt, quales sunt, v.gr., voluntas mere interpretativa, intentio tantum habitualis, animi propensio. Etiam error circa essentialia matrimonii proprietates (can. 1099), quamvis radicans sit, si in mente tantum sistit, seu si tantum manet “iudicium falsum” vel “falsa rei apprehensio”, consensum non vitiat. Attamen ille positivus voluntatis actus, qui utique expressus esse debet, esse potest sive explicitus sive implicitus» (n. 4).

«In praxi sub locutione “boni fidei” intelligi potest sive commemorata proprietates essentialis “unitatis”, sive illud “matrimonii elementum essenziale”, quod nuncupatur “fides” vel “fidelitas”, quamvis “unitas” et “fidelitas”, sicut postea dicemus, propriissime notiones inter se omnino distinctae sint» (n. 6).

Nei casi di una volontà che pretende positivamente di fare un uso distorto della sessualità, ci potremmo trovare dinanzi ad una volontà contraria al «bonum fidei», il quale implica anche il rispetto della natura dei diritti/doveri inerenti alla donazione della propria condizione sessuale maschile e femminile: «“...Cum autem bonum fidei seu fidelitas coniugalis duplici sub aspectu inveniatur atque haberi debeat, nempe vel upote potestas (ius subiectivum) vel utpote obligatio (alterius partis ius subiectivum), patet neminem in contrahendo matrimonio obligari posse ad actus sexuales quoscumque vel contra genuinam notionem actus coniugalis ponendos aut graviter legi morali contrarios” (c. Pompedda, 26 novembris 1993, RRDec., vol. LXXXV, p. 719, n. 6) (...). Aliis verbis, sicut declaratur in commemorata decisione coram Turnaturi diei 18 aprilis 1996, “sexualitas coniugalis consideranda est ut bonum, secundum ordinationem naturae exercendum; ac proinde, sexualitas deflexa, quatenus a naturali et institutionalis 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)» (n. 7).

L'esclusione della fedeltà – cioè dell'esclusività del dono della propria sessualità – può essere trattata sotto l'aspetto dell'esclusione dell'unità se questa si intende in tutte le sue dimensioni: «Quibus omnibus admissis et subscriptis, negari nequit possibilitas proprie pertractandi exclusionem boni fidei tamquam exclusionem unitatis, quando quis tam radicitus respuit obligationem fidelitatis, ut unicitatem atque exclusivitatem ipsius coniugalis relationis excludat, “aut quia habet positivam intentionem polygamicam, statum coniugis tertiae quoque parti conferre volens, aut quia comparti condicionem unici coniugis non confert”. In huiusmodi casibus enim subiectum intentionem habet partiendi non tantum “carnem”, sed ipsam “coniugalitatem” (coram Burke, decisio diei 8 februarii 1990, RRDec., vol. LXXXII, pp. 97-98, nn. 17-18)» (n. 10).

d) c. CABERLETTI, *Mediolanen.*, 23 luglio 1999, in RRDec., vol. XCI (1999), pp. 574-591.

Il «bonum fidei» rientrerebbe tra gli elementi essenziali e non invece nella proprietà essenziale dell'unità: «Quam ob rem recte animadvertitur: “Mentre del matrimonio e delle proprietà essenziali si dà la definizione, degli elementi no. Pensiamo che tra questi sia da annoverarsi il bonum fidei, ossia la reciproca fedeltà, conseguenza diretta dell'unità” (R. Funghini, a. c., p. 143)» (n. 5).

«Pluribus rationibus, quae quidem in personalitate nupturientis aut in rerum adiuncta nituntur, bonum fidei detrectatur: “a) per directam ipsius iuris exclusionem; b) per consensui appositionem conditionis debito fidelitatis contrariae; c) per concessionem tertiae personae iuris ad actus coniugales; d) per intentionem, etiam implicitam, excludendi obligationem, firmum manifestando propositum cum aliis, etsi de personis proprii sexus agatur, commiscendi; e) ob radicatum persuasionem impossibilitatis pro debili natura humana bonum fidei servandi; f) per coarctationem iuris vel obligationis ad tempus determinatum vel indeterminatum; g) per praevaletentem intentionem adulterandi super intentione tradendi et acceptandi obligationem fidelitatis.” (coram Bruno, decisio diei 15 iunii 1990, in R. R. Dec., vol. LXXXII, pp. 515-516, n. 7)» (n. 5).

Il solo fatto dell'adulterio non dimostra che si escludeva il «bonum fidei», anche se la relazione con la terza persona era iniziata prima del matrimonio. Si deve comunque provare la volontà positiva, al momento del consenso, di escludere l'esclusività del dono della propria sessualità al coniuge (cfr. n. 5).

2000

a) c. TURNATURI, *Nitrien.*, 20 gennaio 2000, in RRDec., vol. XCII (2000), pp. 64-74.

Si deve distinguere tra la fedeltà "in suo principio", come obbligo che si assume nel momento del consenso, e la fedeltà durante la vita coniugale, dalla quale non dipende l'esistenza del vincolo: «Uti patet bonum fidei accipi potest vel quatenus fides in seipsa spectatur vel quatenus intenditur in suo principio. In priore sensu, fides pertinet ad usum matrimonii, per quem pactio coniugalis servatur, et sic connubium aliquando invenitur sine fide, quia esse rei non dependet ab eius usu. In altero sensu, pro fide accipitur debitum servandi fidelitatem, quod ex ipsa pactione coniugali causatur, quodque si excludatur non fit matrimonium (Cfr. Summa Theol., Suppl., q. 49, a. 3)» (n. 6).

Il «bonum fidei» include sia l'unità di cui al can. 1056 che l'esclusività del dono di sé, che rientrerebbe tra gli elementi essenziali, in modo concreto come una delle dimensioni del «bonum coniugum» di cui al can. 1055: «Quoad exclusionem boni fidei animadvertit decisio coram Defilippi, diei 27 iulii 1994, "huiusmodi simulationem haberi non solummodo quando excluditur proprietatis essentialis 'unitatis', ad normam can. 1056 et 1101, § 2 CIC, sed etiam quando excluditur 'matrimonii aliquod elementum essenziale', quod ad 'bonum coniugum' refertur, saltem sub respectu sexualitatis, ad normam can. 1055, § 1 et 1101, § 2 CIC" (n. 6)» (n. 6).

b) c. CABERLETTI, *Vratislavian.*, 5 aprile 2000, in RRDec., vol. XCII (2000), pp. 292-306.

Il «bonum fidei» include non soltanto l'unità del vincolo ma anche la sua esclusività: «Totalitati vitae communionis iugalis contradicit non solummodo intentio unitatem excludens, sed etiam voluntas officia fidelitatem coniugalem spectantia haud implendi (...) Iurisprudentia Rotalis quidem progrediens agnoscit ad bonum fidei excludendum satis esse negare per actum positivum voluntatem alteri parti exclusivatem iuris in corpus» (n. 5).

Riguardo al proposito di commettere adulterio, la giurisprudenza costante afferma che questa intenzione da sola non prova l'esclusione: «Simplex propositum adulterandi, si casus ferat, minime sufficit ad exclusionem efficiendam, ac praxis adulterina a Iurisprudentia Nostri Fori constanter habita est uti "argumentum sat aequivocum" (coram Sabattani, decisio

diei 13 novembris 1959, in: R. R. Dec., vol. LI, p. 503, n. 4), sed revera ponendus est actus voluntatis quo statuitur rem sexualem habere cum aliis iuxta placita» (n. 5).

c) c. HUBER, *Monacen. et Frisingen.*, 26 maggio 2000, in RRDec., vol. XCII (2000), pp. 400-413.

«Ut ex legis textu patet, ad quamlibet simulationem efficiendam, non sufficienti merus defectus consensus, simplex absentia intentionis, voluntas generica aut intentio habitualis, sed semper requiritur aliquid positivum, quod a specifica voluntate procedit. Quaestioni, in quo haec positivitas sistat, sententiae rotales diversimode respondent» (n. 3).

«Et ita positivitas actus consideratur intra processum electivum, quo homo seipsum cathogorice determinat ad aliquid faciendum, id est ad excludenda matrimonium ipsum vel matrimonii essenziale aliquod elementum, vel essentialiam aliquam proprietatem» (n. 3).

d) c. CIVILI, *Vhelingen.-Carolopolitana*, 26 ottobre 2000, in RRDec., vol. XCII (2000), pp. 596-605.

La fedeltà si colloca tra gli elementi essenziali del matrimonio: «Ex eo quod fidelitas unus est ex illis elementis foederi coniugali natura sua congruens, constans Ecclesiae catholicae traditio est quod ex positivo voluntatis actu ad fidelitatis obligationem sese non ligandi causa efficitur nullitatis consensus et, ideo, matrimonii, ex eo quod fidelitas, sicut et proles, sacramentalitasque vinculi, "sunt de essentia seu substantia matrimonii..."» (n. 6).

Il fatto dell'adulterio di per sé non costituisce prova dell'esclusione della fedeltà, per cui si deve distinguere tra un comportamento adulterino e la vera esclusione del «bonum fidei»: «Per adulterium certo fides frangitur graviterque laeditur vel vulneratur. Attamen ex eo quod quis post nuptias amatoriam relationem instaurat et quidem vehementi ac aperto modo atque non longo interiecto temporis a celebrato matrimonio spatio, sic et simpliciter inferri haud licet adulterum matrimonium inivisse fidelitate exclusa. Attendenda igitur sunt partium ingenium, vivendi ratio, morum condiciones necnon fama apud honestos ac moratos viros. Investiganda est dein natura amatoriae relationis cum tertia persona, tempore quo eadem initium sumpserit, quomodo sese manifestaverit vel operata sit, num remissiones passa sit, et praesertim si, imminenti-bus legitimis nuptiis, interruptionem, etsi ad breve tempus, admiserit necne» (n. 10).

2001

a) c. TURNATURI, *Reg. Dublinen. seu Miden.*, 18 gennaio 2001, in RRDec., vol. XCIII, pp. 41-59. La formula del dubbio era «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ex capite defectus discretionis iudicii circa iura et officia coniugalia mutuo tradenda et acceptanda ex parte viri conventi (can. 1095, n. 2), et, subordinate, ex capite exclusionis boni fidei ex parte eiusdem viri conventi». La decisione fu affermativa soltanto al difetto grave della discrezione di giudizio.

Partendo dal presupposto che l'oggetto del consenso matrimoniale è la coniugalità, il ponente afferma che, chi mediante un positivo atto di volontà esclude l'obbligo della fedeltà, sia attualmente che virtualmente, contrae invalidamente: «Qui diversimode sibi prospicit constituere vitae communionem cum altera parte germanum coniugalem consensum non praestat. Hoc in casu habetur consensus simulatio vel totalis, si positive excluditur ipsum matrimonium, vel partialis, si aliquod elementum essenziale vel aliqua essentialis proprietas eiusdem denegatur. Ita, invalide contrahit qui in nuptiis ineundis "saltem virtualiter bonum fidei detrectet", (coram Defilippi, decisio diei 22 iulii 1999, n. 6), quia exclusio virtualis existentiam actus exclusionis virtualiter perseverantis praesupponit» (n. 12).

Esclude il «bonum fidei» non solo chi nega i diritti e gli obblighi riguardanti la sessualità, ma anche chi esclude l'unità e l'esclusività in ordine e riguardo ai fini e agli altri beni ed elementi essenziali del matrimonio: «Attamen, attenta personali autodonatione coniugum quae consensu fit quaeque ad bonum coniugum ordinata est observanda fidelitas consideranda est nedum sub adspectu sexualitatis verum in contextu matrimonii essentiae atque finium. Uti congrue edicitur in una coram Giannecchini, diei 18 martii 1989 "Bonum fidei per se detrectat nedum qui alteri parti negat iura et obligationes, sexualitatem respicientia, sed etiam qui unicitatem et exclusivitatem excludit in ordine et intra fines aliorum bonorum et elementorum matrimonio essentialium, quae rationem relationis personalis induunt" (R.R.Dec., vol. LXXXI, pag. 277, n. 2)» (n. 13).

La sentenza ribadisce, fondandosi sulle affermazioni del Magistero della Chiesa, la piena portata giuridica e non soltanto morale della fedeltà coniugale: «Principiis igitur Magisterii intimius spectatis perlucidis verbis tenet decisio coram Funghini, diei 14 decembris 1994: "Eo quia consensu matrimoniali 'vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt' ad constituendum consortium totius vitae (can. 1057, § 2),

matrimonium validum donationem et acceptationem nedum postulat mutuam, sed et plenam et exclusivam, e qua primaria exurgit obligatio fidem servandi (Cfr. Const. Past. Concilii Vaticani II 'Gaudium et spes', n. 48) 'Vi foederis coniugalitatis amoris, vir et mulier, iam non sunt duo sed una caro' et adiguntur ad crescendum continenter in communionem suam per cotidianam fidelitatem erga matrimoniale promissum mutuae plenaeque donationis (Exortatio Apost. 'Familiaris consortio', n. 19)" (R.R. Dec., vol. LXXXVI, pag. 660, n. 3)» (n. 16).

Si esclude il «bonum fidei» non solo quando si ha la volontà di donare ad una terza persona il diritto sul proprio corpo, ma anche quando si ha la volontà positiva di riservoarsi un preteso diritto di commettere adulterio o di mantenere rapporti con terze persone, cioè, si esclude l'esclusività del dono della propria sessualità nel matrimonio: «Generatim fidei bonum excluditur ubi alteruter vel uterque contrahens positive respuit obligationem ad fidelitatem erga partem 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. "Ideo consensum simulat non solummodo ille qui alicui personae aliquod ius in proprium corpus tradit, sed etiam qui intendit tradere ius comparti, sed non exclusivum, vel nemini tradere velit, neque comparti neque aliis" (Coram Colagiovanni, decisio diei 16 octobris 1991, Ib., vol. LXXXIII, pag. 536, n. 8)» (n. 18).

Nei casi di esclusione della fedeltà, non si tratta di una questione meramente morale, ma di un problema veramente giuridico che parte da una concezione errata della sessualità: «In casu, quaestio non est tantum de agendi ratione peccaminosa vel contra mores, potius vero de subversa conceptione coniugalitatis sexualitatis, quae omnino impar habenda finibus statutis pro coniugali foedere, bono coniugum nempe necnon generationi et educationi prolis, et in qua vix et ne vix quidem decet sermonem de mutua fidelitate instituere» (n. 19).

b) c. Sciacca, *Reg. Apuli seu Conversanen.-Monopolitana*, 27 aprile 2001, in RRDec., vol. XCIII, pp. 285-293. Il dubbio fu formulato nel seguente modo: «An constet de N.M., in casu, ob exclusa bona sacramenti ex parte utriusque coniugis et fidei ex parte mulieris». La decisione fu negativa a tutti i capi.

L'esclusione del «bonum fidei» non riguarda soltanto la volontà positiva di concedere ad una terza persona il "diritto" agli atti coniugali, ma anche

quando si ha la volontà positiva di escludere l'esclusività del dono di sé e si pretende con volontà positiva di avere dei rapporti al di fuori del matrimonio con terze persone. Nel primo caso, avremmo l'esclusione della proprietà essenziale dell'unità, mentre nel secondo, seguendo parte della giurisprudenza, si afferma che saremmo dinanzi ad un'esclusione di un elemento essenziale che riguarda il bonum coniugum: «Unde bonum fidei - legimus in una Romana c. Palestro, diei 16 maii 1990 - excludere idem est ac positive reicere, voluntate sive actuali sive virtuali ... exclusivitatem tradendi acceptandique iuris in corpus in ordinem ad actus per se aptos ad prolis generationem» (RRD. v. LXXXII, p. 367, n. 6). «Quod attinet ad exclusionem boni fidei - legimus in una Romana c. De Filippi diei 27 iulii 1994 - animadvertendum est huiusmodi simulationem haberi non solummodo quando excluditur proprietates essentialis "unitatis", ad normam cann. 1056 et 1101 § 2 CJC, sed etiam quando excluditur "matrimonii quoddam elementum essenziale", quod ad "bonum coniugum" refertur, saltem sub respectu sexualitatis, ad normam cann. 1055 § 1 et 1101 § 2 CJC» (n. 7).

c) c. Sable, *Reg. Provinciae Mediterraneae seu Nicen.*, 17 maggio 2001, in RRDec., vol. XCIII, p. 366-376. La formula del dubbio era: «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob intentionem contra bonum fidei vel, tamquam in prima instantia, ob errorem determinantem voluntatem circa proprietates ac dignitatem sacramentalem matrimonii ex parte mulieris (can. 1099)». La sentenza fu affermativa all'esclusione del *bonum fidei* e negativa all'errore determinante circa la dignità sacramentale.

La decisione distingue nettamente tra la proprietà essenziale dell'unità, che si escluderebbe nel caso della volontà poligamica, e l'esclusione della fedeltà, che identifica tra gli elementi essenziali del matrimonio, tanto da affermare che nei casi di volontà poligamica non si dovrebbe parlare di esclusione del «bonum fidei» ma di esclusione della proprietà essenziale dell'unità: «Iuxta doctrinam atque iurisprudentiam Nostri Ordinis iam dudum recipitur distinctio inter unitatem matrimonii et bonum fidei. Summo cum acumine animadvertitur: "La proprietà dell'unità non coincide con il 'bonum fidei', in quanto che l'unità esclude soltanto la poligamia simultanea, mentre il 'bonum fidei' esclude anche l'adulterio. Tecnicamente direi che sarebbe auspicabile - come infatti si fa di solito - che i pochi casi di nullità che si verificano per esclusione dell'unità, non rientrino fra i casi 'ob exclusum bonum fidei' ma specificamente come

casi di nullità per esclusione della proprietà essenziale dell'unità" (U. Navarrete, «I beni del matrimonio: elementi e proprietà essenziali», in: *La nuova legislazione Matrimoniale Canonica*, Studi Giuridici X, Città del Vaticano, 1986, p. 94).

In huiusmodi cursum flexus vel potius progressus iurisprudentialis a pernota sententia coram De Iorio diei 30 octobris 1963 (cf. RRDec. LV, p. 717, n. 3; coram Funghini, decisio diei 23 octobris 1991, in RRDec.LXXXIII, pp. 601-604, nn. 3-4) perfectus est, etsi in una coram Mattioli diei 30 octobris 1953 iam contendebatur bonum fidei excludi "quoties ab aliquo, positivo actu, obligatio quaevis assumatur, aut assumere praetendatur, quae e diametro opponitur iuri illi esclusivo, in matrimoniali consensu essentialiter contento", quia "est de essentia matrimonialis contractus, ad sacramentalem dignitatem evecti, quod ius in corpus, in ordine ad actus per aptos ad generationem prolis, uni tantummodo cedatur, ab eodemque solum acceperur" (RRDec. XLV, p. 641, n. 2)» (n. 9).

Citando una sentenza c. Ewers, conclude l'in iure distinguendo nettamente tra la semplice «voluntas adulterandi» e la vera esclusione delle fedeltà: «Excludit bonum fidei solummodo qui alteri negare vult ius exclusivum: "Simplex voluntas adulterandi, idest foedandi obligationem fidelitatis non inducit consensus nullitatem: oportet, e contra, alteruter vel uterque contrahens renuat alteri parti obligationem suam concedere" (coram Ewers, decisio diei 14 octobris 1972, RRDec. LXIV, p. 539, n. 11)» (n. 10).

d) c. DEFILIPPI, Reg. *Aemiliani seu Placentina-Bobien.*, 26 luglio 2001, in RRDec., vol. XCIII, pp. 537-554. Il dubbio della causa era «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusum bonum fidei ex parte viri actoris». La decisione fu affermativa.

La sentenza riconosce che nella pratica si intende per «bonum fidei» sia la proprietà essenziale dell'unità che la fedeltà come elemento essenziale del matrimonio, ma afferma che sono due cose diverse: «In praxi, sub locutione "bonum fidei" intelligitur sive proprietas essentialis "unitatis" (cf. can. 1056), sive illud "matrimonii elementum essenziale" (cf. can. 1101, § 2), quod nuncupatur "fides" vel "fidelitas", quamvis "unitas" et fidelitas" propriissime notiones inter se omnino distinctae sint» (n. 8).

Si avrebbe l'esclusione del «bonum fidei» anche quando si ha la volontà positiva di obbligare l'altra parte ad atti sessuali che sono contrari alla natura

o la si fa semplicemente oggetto della propria libidine, negando la sua dignità personale di coniuge: «Cum autem bonum fidei seu fidelitas coniugalis duplici sub aspectu inveniatur atque haberi debeat, nempe vel utpote potestas (ius subiectivum) vel utpote obligatio (alterius partis ius subiectivum), patet neminem in contrahendo matrimonio obligari posse ad actus sexuales quoscumque vel contra genuinam notionem actus coniugalis ponendos aut graviter legi morali contrarios» (RRDec., vol. LXXXV, p. 719, n. 6). Aliis verbis, sicut animadvertitur in una coram Turnaturi diei 18 aprilis 1996, "sexualitas coniugalis consideranda est ut bonum, secundum ordinationem naturae exercendum; ac proinde, sexualitas deflexa, quatenus a naturali et institutionali ordinatione recessa, causa esse potest contra bonum fidei, potissimum quia falsificat donationem suiipsius coniugalem et alteram partem facit instrumentum libidinis, quod nefas est" (RRDec., vol. LXXXVIII, p. 341, n. 19)» (n. 10).

Partendo dalla distinzione tra il diritto e il suo esercizio, la sentenza afferma che esclude il «bonum fidei» chi esclude questo obbligo "in suis principiis": «Consequenter: "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 obnixum propositum in nubendo copiam sui corporis faciendi amasio vel amasiae quacum ante nuptias contrahens nexuerat relationem... "Etenim - legitur in una coram Brennan - id bonum praepeditur fidei, ubi partes sibi reservant ius (si ita dici potest) adulterandi. Quod sane interpretandum non est veluti si detur 'ius' ad delictum, sed 'ius adulterandi' potius intensitatem voluntatis pandit, qua quis eodem modo vult uni copulari et alteri pariter adhaerere" (decisio diei 28 iunii 1954, RRDec., vol. XLVI, p. 521, n. 3)" (coram Funghini, decisio diei 24 maii 1995, pp. 315-316, n. 6)» (n. 11).

e) c. FERREIRA PENA, *Bogoten.*, 12 ottobre 2001, in RRDec., vol. XCIII, pp. 608-619. Il dubbio fu concordato con la seguente formula: «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ex can. 1101, § 2, ob exclusionem fidelitatis ex parte viri». La sentenza fu negativa.

La sentenza distingue chiaramente tra l'unità come proprietà essenziale e la fedeltà come elemento essenziale: «Adest etiam, inter matrimonii essentialia elementa, mutua fidelitatis obligatio, qua coniuges prohibentur non modo aliis personis iura coniugalia tribuere, sed etiam exclusivitatem suiipsius donationis per adulterium inficere» (n. 5).

L'antica giurisprudenza metteva l'accento sull'esclusione della proprietà essenziale dell'unità che si dà nella volontà poligamica: «Antiquior N. F. Iurisprudencia, uti notum est, magis in proprietate unitatis insistere assueverat, ita ut difficilior evaderet nullitatis matrimonii probatio, cum requireretur, ad invaliditatem pronuntiandam, ut nubens ius in corpus ad coniugales actus non tantum coniugi, sed et tertio cuidam subiecto tribuisset. Invalide contrahere dicebatur, iuxta hanc interpretationem, "is nempe qui iura dividere praesumit, ita ut, si vir sit, plures quasi uxores (polygynia), si sit mulier, plures quasi viros (polyandria) sibi copulare velit, etsi in actu celebrationis matrimonii unam tantum mulierem, vel respective unum tantum virum, sibi coniungere videatur" (coram Felici, decisio diei 24 ianuarii 1951, in RRDec., vol. XLIII, p. 51, n. 3)» (n. 6).

La giurisprudenza recente, soprattutto a partire dagli anni 60', distingue tra l'unità e la fedeltà e afferma la rilevanza giuridica dell'esclusione di quest'ultima, benché nel Codice vigente non si parli esplicitamente dell'esclusività, questa si deduce chiaramente dalla natura stessa del dono di sé coniugale (cfr. n. 7): «Secundum novum hermeneuticum criterium, igitur, "ad exclusionem boni fidei non requiritur "ut ius amanti detur", sed sufficit ut obligatio fidelitatis servandae reiciatur" (coram Stankiewicz, decisio diei 21 aprilis 1983, in RRDec., vol. LXXV, p. 180, n. 4). "Hinc, iuridice relevat in ineundo coniugali foedere positiva reiectio obligationis servandi fidem, minime assumptio novae et quidem absurdae obligationis cum tertia persona, quod ultimum tantummodo ut factum exclusae obligationis debitae recte considerandum erit in linea probationis" (coram Faltin, decisio diei 21 iulii 1993, in RRDec., vol. LXXV, p. 580, n. 9)» (n. 6).

La decisione continua a difendere una posizione che qualifica come maggioritaria che distingue tra l'esclusione del diritto stesso e l'esclusione dell'uso del diritto. Tentando di chiarire quando esiste una vera esclusione, presenta diverse fattispecie nelle quali la questione principale per identificare la vera esclusione sarebbe la volontà prevalente:

«a) non excludit bonum fidei positivo voluntatis actu neque implicito aut explicito neque intentione actuali vel virtuali, valide matrimonium contrahit, etsi intentionem habeat non servandi fidem, quia ius exclusivum comparti tradit;

b) habet intentionem non servandi fidem, propria data in alterum sexum vehementi inclinatione, sed haec intentio ipso tempore celebra-

tionis matrimonii non praevaluit contra voluntatem ineundi verum matrimonium, tunc praevalet ista et matrimonium valet, quamvis adulterium, non longo a nuptiis interiecto tempore, admittat;

c) coarctat, cum intentione non servandi fidem, ipsum consensum per reiectionem obligationis aut iuris denegationem ad fidelitatem coniugalem, nullitatem matrimonii nimirum secum fert, quoniam non agitur de non adimplenda obligatione, quae implicite continetur in praevalenti voluntate ineundi verum matrimonium (cf. supra sub b), sed de eadem obligatione scienter et volenter reicienda proindeque non implenda;

d) non sese obligat ad ius in corpus comparti exclusive tradendum, contrahit cum intentione non servandi fidem, et matrimonium est nullum, quia comparti nolit exclusivum ius tradere fidelitatis et sibi reservat libertatem adulterandi seu sese copulandi cum alia persona" (coram López-Illana, decisio diei 12 decembris 1994, in RRDec., vol. LXXXVI, pp. 627-628, n. 16).

Videtur igitur quaestio solvenda esse iuxta criterium voluntatis praevalentis, scilicet momentum denegando illis animi habitibus qui in veram volitionem non transeunt: "His igitur perpensis, merito ac iure interdum tribuitur effectus nullitatis etiam firmo proposito adulterandi ante nuptias elicitio seu corporis sui copiam faciendi aliis praeter compartem, cum id genus propositum naturam induat intentionis uti deliberationis et non merae directionalitatis seu tendentiae ... contra debitum servandae fidei" (coram Stankiewicz, decisio diei 26 martii 1987, in RRDec., vol. LXXIX, p. 147, n. 9) » (n. 8).

Successivamente, la sentenza, citando una c. Bruno e una c. Stankiewicz, presenta delle fattispecie nelle quali ci sarebbe una vera esclusione del «bonum fidei», come la diretta esclusione del diritto stesso, per una condizione apposta contraria alla fedeltà, per la concessione ad una terza persona del diritto agli atti coniugali, per la volontà positiva di intrattenere rapporti sessuali con persone diverse dal coniuge, anche dello stesso sesso, per la radicata convinzione dell'impossibilità di essere fedele, ecc.:

«Ad instar summarii, plures sunt formae sub quibus exclusio boni fidei manifestatur:

"a) per directam ipsius iuris exclusionem;

b) per consensui appositionem condicionis debito fidelitatis contrariae;

- c) per concessionem tertiae personae iuris ad actus coniugales;
- d) per intentionem, etiam implicitam, excludendi obligationem, firmum manifestando propositum cum aliis, etsi de personis proprii sexus agatur, commiscendi;
- e) ob radicatam persuasionem impossibilitatis pro debili natura humana bonum fidei servandi;
- f) per coarctationes iuris vel obligationis ad tempus determinatum vel indeterminatum;
- g) per praevalentem intentionem adulterandi super intentione tradendi et acceptandi obligationem fidelitatis" (coram Bruno, decisio diei 15 iunii 1990, in RRDec., vol. LXXXII, pp. 515-516, n. 7).

Matrimonium irritat, insuper, reservatio "facultatis dividendi carnem cum tertiis ad fines procreativos" (coram Stankiewicz, decisio diei 21 martii 1997, in RRDec., vol. LXXXIX, p. 228, n. 14)» (n. 9).

Riguardo alla prova dell'esclusione, la decisione fa uno speciale riferimento alle circostanze preuziali, concomitanti e successive al matrimonio che ci possono aiutare ad identificare la vera esclusione del «bonum fidei»: «Demum "circumstantiae pretiosum quam maxime afferunt iudici elementum pro solutione casus, attento quod hisce in causis potior est quaestio facti et unusquisque casus suam habet peculiarem historiam, actores auctoresque, temporum ac rerum adiuncta, loci adactiones ac domesticam consortionem" (coram Funghini, decisio diei 23 octobris 1991, in RRDec., vol. LXXXIII, p. 610, n. 10).

Ad praenuptialem vero periodum quod attinet, notavit iurisprudencia quod "ex mera viri proclivitate in mulieres vel ex iactata consuetudine aliis cum puellis tempore sponsalicio intexta haud licet pro detractatione tradendi futurae uxori ius exclusivum sui corporis in ordine ad actus coniugales concludere" (coram Funghini, decisio diei 19 novembris 1985, in RRDec., vol. LXXVII, p. 507, n. 7).

Inter postnuptialia adiuncta perpendendae erunt ratio agendi praesumpti simulantis et causae naufragati matrimonii; quin mente excedat meram praxim adulterinam, ex se, argumentum aequivocum praebere, dum maius pondus haberet resumpta, breve post tempus, vel numquam interrupta, relatio sexualis cum praevia amasia vel amasio» (n. 11).

2002

a) c. CIANNI, *Reg. Apuli seu Tranen.-Barolen.-Vigilien.*, 21 febbraio 2002, in RRDec., vol. XCIV, pp. 76-87. Il dubbio è stato concordato in Rota con la formula «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob metum in virum actorem incussum, in tertia instantia, et ob simulationem consensus ob exclusum bonum fidei ex parte mulieris, in secunda instantia». La sentenza è stata negativa a entrambi i capi.

Dopo aver ricordato il noto testo di San Tommaso sulla distinzione tra la prole e la fedeltà «in suis principiis» e come realtà esistente (cfr. n. 5), ricorda anche che la giurisprudenza recente distingue tra l'unità in senso stretto e la fides o fedeltà come obbligo anche giuridico (ibid.). La sentenza ricorda la distinzione tra la vera esclusione della fedeltà e la semplice «voluntas adulterandi» che di per sé non si identifica con l'esclusione del «bonum fidei» (ibid.): «Ideo consensum simulat non solummodo ille qui alicui alii personae aliquod ius in proprium corpus tradit (vol. XLVII, p. 471, n. 2 decisio diei 4 iunii 1955, coram Wynen; cf. vol. XLIII, p. 96, n. 2, decisio diei 12 februarii 1951, coram Wynen; vol. XLII, p. 383, n. 2, decisio diei 17 iunii 1950, coram Wynen), sed etiam qui intendit tradere ius comparti, sed non exclusivum, vel nemini velit tradere, neque comparti neque aliis» (coram Colagiovanni, decisio diei 29 octobris 1991)» (n. 5).

Tenuto conto di quanto prima afferma la sentenza, il ponente indica alcune circostanze o modi in cui si può dare una vera esclusione della fedeltà:

«a) aliqua limitatio apponitur consensui quae sit contraria fidei servandae;

b) intentio producitur se non aliter obligandi in contrahendo, nisi cum restrictione, i.e. esclusione se aliis non commiscendi;

c) positiva obligatio contrahitur cum tertia persona rem habendi et uti uxorem colendi (coram Mattioli, decisio diei 30 octobris 1953, R.R.Dec., vol. XLV, pp. 641-642; coram De Iorio, decisio diei 30 octobris 1963; cf. coram eodem, decisio diei 26 februarii 1969, vol. LXI, 1969, pp. 204-205; coram Felici, decisio diei 24 ianuarii 1951, vol. XLIII, p. 51), unde ponitur principium: “Si contrahens ante et post matrimonium intimam relationem quadam cum determinata puella aut cum pluribus mulieribus absque interruptione coluerit, fortissima exurgit praesumptio ius exclusum fuisse. Et ideo, si peculiariter a adiuncta post nuptias non supervenerint, quae prosecutionem aut novarum relationum instaurationem explicare valeant, pro certo haberi debet simula-

tum consensum intercessisse" (coram Bruno, decisio diei 24 iulii 1985, n. 4)» (n. 5).

b) c. Boccafola, *Namurcen.*, 11 aprile 2002, in RRDec., vol. XCIV, pp. 212-220. La formula del dubbio è stata: «An constet de nullitate matrimonii in casu ob incapacitatem psychicam mulieris conventae assumendi onera essentialia coniugalia (can. 1095, n. 3), et quatenus negative, ob exclusionem boni fidei ex parte eiusdem mulieris (can. 1101, § 2)». La decisione è stata negativa ad entrambi i capi.

L'atto positivo di volontà non si presume ma deve essere provato con certezza morale, come ricorda Giovanni Paolo II nel suo Discorso alla Rota Romana dell'anno 2000 (cfr. n. 10). Inoltre, come è chiaro, questo atto deve essere precedente al matrimonio e non si può confondere con i comportamenti contrari al «bonum fidei» durante la vita coniugale: «Cum de capite exclusionis boni fidei loquitur, opus est perpendere quibus qualitatibus, praesumptionibus, circumstantiis exclusio sit suffulta seu vestita per facta non post celebratas nuptias conclamata (uti adulteria), sed ante nuptias patrata, quia actus positivus voluntatis nupturientis, bonum fidei excludentis, propriam rationem - radicem seu originem ideoque suam vim trahit ex 'causa' nuptiis praecedente non vero ex quibusdam effectibus et consequentiis decursu convictus supervenientibus» (n. 11).

Citando una c. Colagiovanni indica quale sia il contenuto del «bonum fidei», che colloca nell'esclusività del dono di sé, ma la qualifica come proprietà essenziale, cioè parte dell'unità, e non come elemento essenziale. Per quanto riguarda la distinzione tra il diritto e il suo esercizio, distingue chiaramente tra il consenso e la vita matrimoniale, senza applicare esplicitamente la distinzione allo stesso atto del consenso: «Proinde positiva exclusio iuris ad fidem coniugalem servandam ex parte unius etiam nupturientis secumfert nullitatem consensus matrimonialis. In una coram Colagiovanni diei 16 octobris 1991 (DEC 83 [1991], p. 536, n. 8) habetur expositio huius notionis "boni fidei": "Normaliter talis exclusio implicat reservationem iuris sese copulandi cum alia persona, praeter quam cum comparte in matrimonio seu cum in contrahendo quis respuit alteri parti tradere ius exclusivum in suum corpus. Ideoque non solum eo sensu quo idem ius etiam alicui aliae personae concedere intendit, sed eo sensu etiam quod nolit sibi assumere obligationem et tradere ius comparti ut exigat exclusivitatem in potestate corporis. Ideo consensum simulat non solummodo ille qui alicui personae aliquod ius in proprium corpus tradit ... sed etiam qui intendit tradere ius comparti, sed non exclusivum,

vel nemini velit tradere, neque comparti neque aliis". Illa essentialis proprietas, quae est exclusivitas donationis, seu bonum fidei, distinctionem admittit - ac similiter bonum prolis - inter ius et exercitium iuris, quapropter dari potest non solum matrimonium sine prolis procreatione (i. e. sine prole), sed etiam matrimonium absque fidelitatis observantia (i.e. sine fidelitate). Attamen, coniugium sine fidelitate eo ipso matrimonium non facit aut reddit invalidum seu nullum nisi consensus matrimonialis manifestatio infecta fuerit specifica simulatione partiali iudiciariam per probationem, nempe patente boni fidei exclusione momento nuptialis coerectionis virtualiter vel actualiter patrata» (n. 11).

c) c. Verginelli, *Reg. Etrusci seu Fiorentina*, 29 novembre 2002, in RRDec., vol. XCIV, pp. 737-745. Il dubbio fu formulato con la seguente formula: «An constet de nullitate matrimonii, in casu, ob exclusionem boni fidei ex parte viri actoris (ex can. 1101)». La decisione fu affermativa.

La sentenza inizia affermando che l'intenzione di mancare alla fedeltà con futuri adulteri non esclude di per sé il «bonum fidei» (cfr. n. 6)

Il «bonum fidei» ammetterebbe la distinzione tra diritto ed esercizio del diritto, afferma citando altra giurisprudenza: «"Bonum fidei admittit distinctionem in ius et exercitium iuris, et iuxta communem ac constantem iurisprudentiam Nostri Fori, simplex propositum adulterandi, ante nuptias elicatum, non sufficit ad matrimonium irritandum, sed requiritur ipsius iuris exclusio per positivum voluntatis actum quia iuris concessio absque eius adimplemento stare potest" (RR Decisiones seu Sententiae, vol. LXXXII, p. 514, n. 6)» (n. 7).

Seguendo la giurisprudenza rotale maggioritaria, la sentenza sostiene che l'esclusione del «bonum fidei» si dà non soltanto quando si pretende di concedere lo «ius» a un'altra persona, ma anche quando questo non si dona esclusivamente alla comparte o quando non si dona a nessuno: «Hodiernis temporibus fere unanimiter tenetur relate ad exclusam e connubio fidem "sufficere, e contra, positiva voluntate non tradere alteri parti ius exclusivum in proprium corpus, vel, ut verbis vigentis Codicis utamur, plenam integramque sui donationem non perficere pro constituendo consortio totius vitae indole sua naturali ordinato ad bonum coniugum et ad prolis generationem et educationem. Ideo hoc sub respectu consensus simulat bonumque fidei excludit nedum qui alicui tertiae personae aliquod ius in proprium corpus tradit, sed etiam qui ius tradere comparti intendit, at non exclusivum, vel nemini statuat tradere, neque

comparti neque tertiae personae neque aliis” (RR Decisiones seu Sententiae, vol. LXXXVII, p. 315, n. 6)» (n. 7).

d) c. Alwan, *Lublinen.*, 11 dicembre 2002, in RRDec., vol. XCIV, pp. 764-771. Il dubbio fu concordato con la formula: «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob simulationem consensus ex parte conventae in secunda instantia, et ob eiusdem incapacitatem assumendi onera coniugalia in tertia instantia». Benché nel dubbio non si specifica, l'esclusione riguardava la fedeltà. La sentenza è stata negativa all'esclusione del *bonum fidei* nella convenuta e affermativa all'incapacità di assumere nella stessa convenuta.

La prova della simulazione deve seguire la classica struttura probatoria, cioè, la confessione giudiziale ed extragiudiziale, la valutazione delle cause «simulandi» e «contrahendi», la prova dell'atto positivo di volontà: «Exclusio rei essentialis matrimonialis oportet sustineatur ex traditionali probatione, cuius elementa sunt: confessio iudicialis et extraiudicialis, aestimatio causae simulandi et contrahendi, actus positivi voluntarii excludentis, etc. Naufragium matrimonii, post breve spatium a celebratione, haud semper censendum est profluere ex simulatione excludentis onera coniugalia aut ex propensione violandi fidelitatem; nam opus est probare huiusmodi personam, positivo actu voluntatis, iuxta can. 1101, § 2, voluisse simulare connubium ipsum ratione elementi validi, quod est causa simulandi, ponderanda vero cum contrahendi causa» (n. 10).