

TESTO PROVVISORIO

Martedì 17 settembre, Santa Croce
7° Corso di aggiornamento in Diritto matrimoniale e processuale canonico

L'ESCLUSIONE DEL *BONUM PROLIS*

Prof. Francesco Catozzella

1. Introduzione

Ci si può domandare che senso abbia inserire all'interno di un corso di aggiornamento una relazione sull'esclusione del *bonum prolis*, tema tra l'altro già affrontato con competenza dal prof. Franceschi nel III Corso organizzato da questa Università nel settembre 2007¹. Il concetto di aggiornamento infatti, visto dal punto di vista dell'oggetto, presuppone che ci siano dei nuovi orientamenti o almeno degli approfondimenti giurisprudenziali o dottrinali, che giustifichino la necessità di una formazione permanente da parte degli operatori del diritto su questo tema. In realtà la giurisprudenza rotale si è assestata da tempo sui principi e sulle presunzioni che guidano la soluzione dei casi di esclusione della prole, come emerge dalla dettagliata analisi delle sentenze edite e inedite decise negli anni 2006-2012 condotta da Guzmán Pérez² e dal personale studio delle sentenze più recenti degli anni 2014-2018, nelle quali è possibile rinvenire una piena continuità con la giurisprudenza precedente. Nulla sembra sia cambiato e forse qualcuno potrebbe sostenere che nulla può cambiare essendo i principi di base che regolano tale fattispecie invalidante fondati sulla natura immutabile del matrimonio e consacrati dalla tradizione giuridico-canonica.

Tuttavia ciò che certamente è mutato rispetto al passato è il contesto nel quale si inserisce l'azione pastorale della Chiesa, in relazione sia alla preparazione e ammissione delle coppie alle nozze sia alla verifica della validità da parte del tribunale ecclesiastico. A tal proposito si veda la descrizione del contesto socio-culturale odierno nel capitolo II dell'esortazione *Amoris Laetitia*³, dove si evidenziano gli ostacoli (individualismo, cultura del provvisorio, indebolimento della fede, ecc.) e le difficoltà oggettive (mancanza del lavoro, precarietà economica, ecc.) che toccano da vicino l'ambito familiare, senza però cedere al pessimismo, ma sottolineando in positivo sin dall'inizio dell'esortazione che, nonostante tutto, «il desiderio di famiglia resta vivo, in specie fra i giovani, e motiva la Chiesa» (AL 1) a proporre un messaggio esigente ma allo stesso tempo profondamente liberante, mossa dalla convinzione che «i grandi valori del matrimonio e della famiglia cristiana corrispondono alla ricerca che attraversa l'esistenza umana» (AL 57).

¹ Cfr. H. FRANCESCHI, *L'esclusione della prole nella giurisprudenza rotale recente*, in H. FRANCESCHI – M. A. ORTIZ (ed.), *Verità del consenso e capacità di donazione. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico*, Roma 2009, pp. 293-336. L'autore riprende un precedente articolo (*La giurisprudenza di merito sull'esclusione della prole nel recente volume delle decisioni rotali dell'anno 1995*, in *Quaderni dello Studio Rotale* 11 [2001], pp. 81-112) aggiornato con il riferimento alle sentenze rotali degli anni 1996-2000. Si veda anche il dettagliato articolo di P. BIANCHI, *L'esclusione della prole nella giurisprudenza della Rota Romana dal CIC 1983*, in ARCISODALIZIO DELLA CURIA ROMANA (ed.), *Prole e matrimonio canonico*, Città del Vaticano 2003, pp. 99-152.

² Cfr. C. GUZMÁN PÉREZ, *La exclusión del bonum prolis en la reciente jurisprudencia de la Rota Romana*, in J. BOSCH (ed.), *Cuestiones actuales de derecho canónico y derecho eclesiástico del Estado*, Madrid 2015, pp. 127-179. Pubblicato parzialmente con il titolo *Supuestos fácticos de exclusión de la prole en la jurisprudencia rotal reciente*, in *Estudios Eclesiásticos* 89 (2014), pp. 589-634. L'autrice nel suo studio analizza 140 sentenze inedite.

³ Per una descrizione dei fenomeni che caratterizzano il contesto odierno alla luce di *Amoris Laetitia* (=AL), nn. 31-57, e che possono incidere nell'ambito giuridico-canonico si veda P. BIANCHI, *Il discernimento nell'ammissione alle nozze, soprattutto in riferimento alle questioni della fede, dell'amore e della indissolubilità*, in *Quaderni di diritto ecclesiale* XXX (2017), pp. 281-284.

TESTO PROVVISORIO

Per quanto riguarda la sfera procreativa, sono noti i fenomeni odierni con i quali è necessario confrontarsi. In particolare, la diffusione delle pratiche di fecondazione artificiale ha condotto in molti paesi e a livello europeo all'affermarsi, molto spesso per via giurisprudenziale più che legislativa, di un diritto assoluto alla procreazione, cioè da perseguirsi mediante qualunque mezzo tecnico disponibile, che presuppone implicitamente la pretesa che ogni decisione riguardo ai figli spetti al singolo o alla coppia a prescindere da ogni legame oggettivo con il "luogo proprio" della generazione, la sessualità coniugale, e dunque da una scelta previa di vita che lega le due persone in quanto coniugi. Sembra dunque che l'identità coniugale e l'identità genitoriale siano considerate oggi separate e autonome (per cui l'una può sussistere anche se l'altra è negata) spezzandone il legame intrinseco, radicato nella differenza sessuale tra uomo e donna.

Non si può negare il forte impatto che la mentalità, veicolata e rafforzata dai fenomeni odierni, per la quale il figlio diventa una mera «variabile» (AL 82) nella vita della coppia, può avere nell'ambito dell'esclusione della prole, traducendosi oggi più che in passato non tanto in fattispecie di esclusione perpetua, quanto piuttosto di esclusione ipotetica e a tempo indeterminato, dove appunto ciò che emerge è proprio il riservarsi ogni decisione in materia procreativa.

Dunque il senso del nostro percorso di aggiornamento può risiedere nel confronto tra questi fenomeni e le tradizionali presunzioni, nonché nell'analisi di alcune fattispecie peculiari; in particolare, come vedremo, riteniamo che alcuni casi, oggi frequenti, relativi all'esclusione della prole per motivi di salute della donna e/o del feto richiedano una nuova considerazione, così come è necessario porre attenzione anche a fattispecie che potrebbero essere inquadrate nell'ambito della simulazione implicita. La riflessione su questi aspetti è collocata all'interno di una presentazione più ampia del tema: dopo aver chiarito il fondamento dell'esclusione del *bonum prolis* e delineato natura e contenuto del diritto/dovere agli atti coniugali idonei alla procreazione, ci si sofferma sulla classica distinzione tra diritto ed esercizio del diritto per introdurre le presunzioni elaborate in materia dalla giurisprudenza rotale. Segue una riflessione alla luce della dottrina della procreazione responsabile su alcuni casi particolari di esclusione e sulle ipotesi di fecondazione artificiale; infine ci si sofferma sugli aspetti probatori.

2. Il fondamento dell'esclusione del *bonum prolis*

L'espressione *bonum prolis* venne coniata da Sant'Agostino con l'intento di difendere la bontà del matrimonio, negata da correnti pelagiane e manichee. Il matrimonio è una realtà buona – afferma l'Ipponese – perché in esso vi è un *tripartitum bonum*: il *bonum fidei*, il *bonum sacramenti* e, appunto, il *bonum prolis*, il cui contenuto è «che i figli siano accolti con amore, allevati con premura, istruiti religiosamente»⁴.

L'espressione, nata in un contesto apologetico, primariamente appartenente al registro della morale, nel corso dei secoli è divenuta tradizionale per indicare il fine che specifica l'unione coniugale⁵, mentre gli altri due beni sono stati riferiti alle sue proprietà essenziali. Il Codice vigente, preferendo lo schema "essenza-ordinazione-proprietà", ha tralasciato

⁴ AGOSTINO, *De Genesi ad litteram*, IX, 7, 12. Si veda L. DATTRINO, *Il matrimonio secondo Agostino. Contratto, sacramento e casi umani*, Milano 1995, pp. 84-99; A. TRAPÈ, *Introduzione generale*, in AGOSTINO, *Matrimonio e verginità*, Roma 1978, pp. XXX-XXXVII.

⁵ Per lo sviluppo storico del concetto di *bonum prolis* si rimanda a C. A. CEREZUELA GARCÍA, *El contenido esencial del bonum prolis. Estudio histórico-jurídico de Doctrina y Jurisprudencia*, Roma 2009, pp. 14-148.

TESTO PROVVISORIO

(come già fatto dal Codice precedente) la terminologia agostiniana, che tuttavia – arricchita dall'introduzione di un quarto bene: il *bonum coniugum* – continua ad essere utilizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza per riferirsi soprattutto alle diverse fattispecie di simulazione parziale.

Per impostare il prosieguo del lavoro appare necessario in primo luogo chiarire la collocazione del bene della prole all'interno della struttura del matrimonio e di conseguenza quale sia il fondamento della sua esclusione quale capo di nullità. La collocazione dipende dal senso che si attribuisce al termine *bonum prolis*, il quale a seconda se viene inteso come *fine* o come *finalità* veicola due significati che vanno adeguatamente distinti, pur nella loro inevitabile connessione.

Nel primo senso, il *bonum prolis* come *fine* si riferisce alla procreazione effettiva e ai figli nati dall'unione coniugale; la nascita comporta il divenire padre e madre dei coniugi, legati da un nuovo impegno dal contenuto etico-giuridico – la cura responsabile della prole⁶ – che per i battezzati diventa una vera missione ecclesiale⁷. Com'è evidente, nel concreto matrimonio tale bene potrebbe di fatto mancare per molteplici motivi, per esempio l'età avanzata o problematiche di sterilità anche preesistenti alle nozze, ma ciò non è mai stato considerato nella tradizione ecclesiale motivo invalidante il matrimonio.

Nel secondo senso, il *bonum prolis* come *finalità* rimanda alla procreatività come qualità intrinseca del matrimonio, cioè che ne configura la struttura teleologica. Il matrimonio è per sua natura orientato e disposto dinamicamente alla procreazione, come esplicitamente riconosciuto dal can. 1055 § 1. Secondo questa prospettiva il *bonum prolis* identifica la *ordinatio ad procreationem* che (al pari dell'ordinazione al bene dei coniugi) costituisce un elemento essenziale del matrimonio⁸. Essa, per la stretta relazione tra *matrimonium in fieri* e *matrimonium in facto esse*, entra a far parte dell'oggetto del consenso matrimoniale e dunque non può essere esclusa dai nubenti al momento delle nozze. San Tommaso a tal proposito, in un celebre brano⁹ spesso citato dalla giurisprudenza rotale anche recente, distingue la *proles in se ipsa* e la *proles in suo principio*¹⁰. L'Angelico afferma che il matrimonio esiste anche se di fatto non nascono figli (oppure si viola la fedeltà, in riferimento al *bonum fidei* che Tommaso accosta al *bonum prolis* in questo testo) cioè se privo della prole in se stessa, però esso non può esistere se è privato sin dall'origine della "prole nel suo principio" ossia della *intentio prolis*. Se manca questa intenzione, che costituisce l'assunzione, almeno implicita (cioè contenuta nella volontà generale di sposarsi), della oggettiva ordinazione alla prole, non c'è matrimonio¹¹.

Tale ordinazione, radicata nella complementarità dell'uomo e della donna quali essere sessuati, richiede da parte dei coniugi il compimento degli atti mediante i quali è possibile che venga generata una nuova vita. Essi, sebbene non possano essere imposti così da privare

⁶ Cfr. E. SCABINI – V. CIGOLI, *Il familiare. Legami, simboli e transizioni*, Milano 2000, pp. 53-55.

⁷ Cfr. I. ZUANAZZI, *L'ordinatio ad educationem prolis del matrimonio canonico*, Napoli 2012, pp. 153-179.

⁸ «Nihil obstare videtur quominus in usu forensi canonico vim suam retineat translaticia identificatio [...] boni prolis cum ordinatione matrimonii ad procreationem, tamquam cum eius elemento essentiali» (coram Stankiewicz, 22 febbraio 1996, in RRDec. LXXXVIII, p. 121, n. 9).

⁹ Del quale un insigne giurista come Graziani scrisse che «tutta la dottrina del consenso matrimoniale può dirsi racchiusa nel breve giro di questi pochi periodi e in modo così perspicuo da non poter dar luogo a fraintendimenti» (E. GRAZIANI, *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, Milano 1956, p. 186). A questo brano scrive Fedele, «spetta il merito di aver gettato le basi della distinzione tra fine ed essenza del matrimonio» (P. FEDELE, *L'ordinatio ad prolem nel matrimonio in diritto canonico*, in *Ephemerides Iuris Canonici* 14 (1958), p. 44).

¹⁰ Cfr. TOMMASO, In IV sent., d. 31, q. 1, a. 2; Summa Theol., Suppl., q. 49, a. 2.

¹¹ Una sentenza coram De Iorio così riassume l'insegnamento di Tommaso: «Angelicus Doctor id unum docuisse nobis videtur: matrimonium est nullum, si in ipso consensu praestando uterque vel alteruter coniux excluserit intentionem generandi prolem, contra est validum, etiamsi de facto generatio prolis naturaliter non sequatur vel perversa voluntate impediatur» (coram De Iorio, 18 dicembre 1963, in RRDec. LV, p. 911, n. 3).

TESTO PROVVISORIO

l'altro della propria libertà, rientrano in una dinamica di giustizia in quanto sono atti dovuti; nel matrimonio diventano così oggetto di un diritto-dovere reciproco. Dunque la *ordinatio ad prolem* (elemento essenziale del matrimonio) chiede di essere assunta dai nubenti (come *intentio prolis*) al momento dello scambio del consenso mediante il reciproco riconoscimento di un diritto-dovere agli atti per sé idonei alla procreazione¹². Si può dire allora che l'orientamento teleologico del matrimonio alla prole impegna ciascun coniuge nei confronti dell'altro ed entrambi i coniugi, nell'unità della coppia, verso Dio Creatore¹³. Tale impegno è stato concretizzato e formulato sul piano giuridico come un diritto-dovere. Ciò tra l'altro, oltre ad esprimere una realtà effettiva inerente la dimensione di vincolo dell'unione coniugale, permette sul piano pratico di verificare meglio se tale ordinazione alla prole sia stata o meno realmente accettata dai nubenti. In effetti, «la formulazione della *ordinatio ad fines* in termini di *diritti e doveri essenziali* permette una definizione più giuridica, precisa e pratica della natura e del contenuto delle esclusioni»¹⁴.

I termini cui abbiamo fatto cenno (*ordinatio ad prolem*, *intentio prolis*, *ius-officium ad actus coniugales*) sono spesso usati in maniera intercambiabile per indicare la stessa realtà, il *bonum prolis*, da punti di vista diversi. Si legge per esempio in una coram De Lanversin del 27 giugno 1990: «Pernotum est enim *eiusmodi ordinationem* haud consistere in prole de facto genita, quae vero abesse potest plurimis de causis, sed in *intentione prolis* vel, si verbis utamur a doctoribus et iurisprudencia adhibitis, in *iure ad actus vere coniugales*, qui scilicet per se sint idonei ad prolis generationem»¹⁵. E in una coram Milite del 12 maggio 2015 si afferma che il *bonum prolis* “in abstracto” «consistit in ordinatione naturali vel intrinseca matrimonii ad prolem procreandam et educandam», mentre il *bonum prolis* “in concreto” «in iure ad “coniugalem actum per se aptum ad prolis generationem”»¹⁶. Di conseguenza, secondo la costante giurisprudenza rotale, escludere l'ordinazione del matrimonio alla prole coincide con l'esclusione del diritto-dovere agli atti coniugali e dunque con la negazione della *intentio prolis*¹⁷. Tale schema comunque richiede di essere approfondito, specie nei casi di esclusione temporanea della prole dove si riconosce la possibilità di un'esclusione invalidante, sebbene sembri persistere almeno in parte l'*intentio prolis*.

Il valore essenziale del *bonum prolis* nel matrimonio e la rilevanza invalidante della sua esclusione possono essere compresi anche in una prospettiva antropologica, particolarmente

¹² «*Ordinatio ad prolem* ex postulat ut mutue a nubentibus traditur ius ad “coniugalem actum per se aptum ad prolis generationem” (can. 1061, § 1), “modo humano” (ibid.) ponendum; huiusmodi actus ideo uti coniugales habentur quia intrinsece vel ontologicamente ordinati sunt ad prolis generationem et educationem» (coram Caberletti, 14 aprile 2015, A. 60/2015, n. 2).

¹³ «La fusione nell'*una caro* per dare origine a nuove creature non è lasciata alla mera progettazione individuale dei coniugi, ma comporta la loro adesione a un compito pro-creativo che trascende la disponibilità soggettiva e li rende co-operatori del piano divino di propagazione del genere umano» (I. ZUANAZZI, *Valori fondamentali del matrimonio nella società di oggi: la filiazione*, in ASSOCIAZIONE CANONISTICA ITALIANA (ed.), *Matrimonio canonico e realtà contemporanea*, Città del Vaticano 2005, p. 179). Dunque «la *ordinatio ad fines* se resuelve en *misión, deber y estructura esencial del matrimonio*» (J. HERVADA – P. LOMBARDIA, *El derecho del Pueblo de Dios, Hacia un sistema de derecho canónico*, III/1: Derecho matrimonial, Pamplona 1973, p. 44).

¹⁴ P.-J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale. Tecniche di qualificazione e di esegesi delle cause canoniche di nullità*, in ID., *Il consenso matrimoniale*, Roma 2019, p. 348.

¹⁵ Coram de Lanversin, 27 giugno 1990, in RRDec. LXXXII, p. 574, n. 5. Corsivi nostri.

¹⁶ Coram Milite, 12 maggio 2015, A. 89/2015, n. 7.

¹⁷ Dunque provare l'esclusione invalidante significa verificare «utrum is [contrahens], ex proportionata et gravi causa, positivo voluntatis actu recusaverit ipsum ius comparti tradendum ab illaque acceptandum ad actus coniugales integros in sua structura ac fine, reiecta igitur eorum destinatione, et consequenter ipsius matrimonii ordinatione, ad prolis generationem, vel quod idem est, reiecta ex integro prolis intentione» (coram Stankiewicz, 26 maggio 1983, in RRDec. LXXV, p. 327, n. 4).

TESTO PROVVISORIO

valorizzata dopo la promulgazione del Codice vigente. Il punto di partenza di questa riflessione non è l'istituto del matrimonio ma il soggetto che nel consenso matrimoniale, come riconosce il can. 1057 § 2, dona se stesso e allo stesso tempo accoglie il dono dell'altro. L'atto oblativo si riferisce ad una dimensione specifica della persona, della quale l'altra parte viene resa partecipe in maniera coniugale e quindi perpetua ed esclusiva: la propria sessualità, maschile o femminile, che comprende necessariamente, in virtù dell'unità inscindibile tra significato unitivo e procreativo dell'atto sessuale, anche la «partecipazione complementare alla propria capacità procreativa»¹⁸. È un'argomentazione elaborata soprattutto in alcune sentenze coram Burke degli anni '80 e '90 del secolo scorso, che risulta coerente con l'approfondimento magisteriale sulla persona, la quale – afferma la *Gaudium et Spes* – è chiamata a realizzarsi nel dono sincero di sé (GS 24). Non mancano sentenze recenti che riprendono questa impostazione. Per esempio in una coram Todisco del 10 dicembre 2014 si legge: «Talis donatio-acceptatio mutuae ac complementariae potentiae procreativae, prolis in suis principiis, [...] essentialis est ut mutua auto-donatio sit authentice coniugalis, apta nempe pro constitutione veri matrimonii»¹⁹. La categoria del dono appare in questa prospettiva capace di integrare il vecchio con il nuovo, aspetti da sempre presenti nella tradizione (la rilevanza del *bonum prolis*) con elementi personalistici, frutto della riflessione conciliare e post-conciliare. Particolarmente incisiva a tal proposito appare un'affermazione di Giovanni Paolo II nella *Lettera alle famiglie* del 1994: «La logica del dono di sé all'altro in totalità comporta la potenziale apertura alla procreazione. [...] Sempre dev'essere garantita l'intima verità di tale dono. "Intima" non è sinonimo di "soggettiva". Significa piuttosto essenzialmente coerente con l'oggettiva verità di colui e di colei che si donano»²⁰. In questa prospettiva l'esclusione può essere interpretata non solo come il rifiuto di un elemento essenziale dell'istituto matrimoniale, ma soprattutto come la volontaria limitazione del dono di sé che, opponendosi alla pienezza oblativa richiesta dalla scelta matrimoniale come orizzonte di vita totalizzante, è inadeguata a generare l'unione coniugale²¹.

Per cogliere il fondamento del *bonum prolis*, a queste due prospettive – l'una centrata sulla *ordinatio ad procreationem* come elemento essenziale del matrimonio, l'altra fondata sul carattere oblativo del consenso matrimoniale – ne accostiamo una terza, frutto di una personale riflessione ancora incipiente²². Partendo dal presupposto che “decidere è sempre decider-si”, cioè che ogni scelta non solo muta la realtà circostante, in meglio o in peggio, ma in un certo qual modo modifica anche il soggetto che sceglie, si può dire che scegliere il matrimonio significa scegliere *chi* si vuole essere e *per chi* si vuole essere: marito di quella donna/moglie di quell'uomo. Di conseguenza l'atto che genera il matrimonio può essere compreso in questo senso come l'atto di irrevocabile *assunzione* di una nuova identità – l'identità coniugale – e allo stesso tempo (senza possibilità che si dia l'una senza l'altro) di *riconoscimento* della medesima identità nella comparte. Ora, tale identità, uguale ma allo

¹⁸ C. BURKE, *L'oggetto del consenso matrimoniale. Un'analisi personalistica*, Torino 1997, p. 35. «Si matrimoniale consensus pressius consideramus videtur quod obiectum consensus est traditio/acceptatio non personarum contrahentium sed earum sexualitatis quae unicuique sit propria et personalis, quaeque sexualitati alterius sit complementaria» (coram Burke, 11 aprile 1988, in RRDec. LXXX, p. 214, n. 8).

¹⁹ Coram Todisco, 10 dicembre 2014, A. 248/2014, n. 5.

²⁰ IOANNES PAULUS II, *Litterae Familiis datae Gratissimam sane*, 2 febbraio 1994, n. 12, in AAS 86 (1994), p. 889.

²¹ «Si quis excludit illum sexualitatis aspectum ex quo ipsa sexualitas naturaliter “ad vitam aperta” (“open to life”) constituta est, revera non facit nec veram nec totale donationem suae sexualitatis; eam tantummodo ex parte donat et, uti patet, auto-donatio partialis non est proprie coniugalis» (coram Burke, 5 novembre 1987, in RRDec. LXXIX, p. 618, n. 4).

²² Cfr. F. CATOZZELLA, *Performatività del consenso matrimoniale e identità coniugale*, in *Apollinaris* 90 (2017), pp. 115-131.

TESTO PROVVISORIO

stesso tempo differente perché sempre specificata dalla sessualità maschile o femminile della persona, è per sua natura potenzialmente aperta alla genitorialità; quindi è un'identità che nel suo costituirsi è attualmente coniugale e allo stesso tempo potenzialmente genitoriale nella duplice declinazione paterna e materna. Essa, lungi dall'essere una realtà statica e immutabile, porta iscritta dentro di sé una tensione dinamica che deve tradursi in un *agere* cioè in concreti comportamenti dovuti l'uno all'altro mediante i quali possa tradursi in atto. È dunque un'identità impegnativa perché comporta l'assunzione di una responsabilità specifica sul piano morale e giuridico verso il coniuge, traducendosi in concreti diritti e doveri. In quest'ottica, qui brevemente riassunta, ogni fattispecie simulatoria può essere ricondotta al rifiuto di assumere l'integrale identità coniugale; di conseguenza, per quanto ci interessa in questo contesto, l'esclusione del *bonum prolis* non sarebbe altro che il rifiuto radicale dell'identità di padre/madre che, seppure solo potenziale al momento delle nozze, richiede la disponibilità ad un modo di comportarsi durante la vita comune tale che essa possa poi diventare attuale. Sebbene sembri un'osservazione banale, vale la pena riflettere su ciò: alla base del rifiuto di avere figli – come spesso emerge dalla considerazione della *causa excludendi* – vi è in fin dei conti la volontà di non essere genitori, cioè il rifiuto dell'identità genitoriale. In questi casi la prospettiva procreativa poiché esclusa non ha nulla a che vedere con il “chi” si vuole essere sposandosi. A nostro avviso quest'ottica, centrata sulla identità realmente voluta e assunta al momento delle nozze, costituisce un aspetto imprescindibile di indagine in queste cause.

3. Lo *ius ad actus coniugales*

Le prospettive finora esposte convergono nel riconoscere che l'ordinazione del matrimonio alla prole si traduce in un diritto/dovere agli atti coniugali idonei alla procreazione, la cui esclusione comporta la nullità del matrimonio. Conviene a questo punto soffermarsi a riflettere su questo diritto in relazione alle sue caratteristiche fondamentali e al contenuto precipuo.

Una prima riflessione emerge dal confronto tra il *bonum fidei* e il *bonum prolis*. Dal primo discende un dovere morale e giuridico negativo (il *debitum servandi fidem*), che obbliga «semper et ad semper»²³, che impone cioè di astenersi in ogni momento e senza eccezioni nel corso del matrimonio da atti di violazione della fedeltà coniugale. Il diritto/dovere relativo al *bonum prolis* è invece positivo, ha cioè per contenuto il compimento di determinati atti²⁴ e dunque obbliga «semper, sed non ad semper, sed pro loco et tempore»²⁵. Ciò significa che, per la sua stessa configurazione, l'esercizio/adempimento non è continuo ma richiede una serie di atti più o meno numerosi durante la vita coniugale, compiuti quando ciò è possibile e opportuno tenuto conto delle circostanze. In altre parole, si legge in una coram Jaeger, «neuter coniugum ius habet ad seriem actuum coniugalium a commutati consensus momento sine intermissione ponendum. Coniux [...] *debiti solutionem coniugalis* ab altero non nisi rationabiliter seu humano modo petere ius habet, alterius coniugis sensibus et dignitate adamussim observatis; nec censendi

²³ TOMMASO, *Expositio in omnes Sancti Pauli Epistulas*, Ad Romanos cap. XIII lectio II, in ID., *Opera omnia*, XIII, Parma 1862, p. 132. Sulla diversa natura delle obbligazioni positive e negative e sulle conseguenze giuridiche, specie in materia di incapacità, si veda: P. PAVANELLO, *Il requisito della perpetuità nell'incapacità di assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio (can. 1095, 3°)*, Roma 1994, pp. 95-122.

²⁴ «Aliter tamen ac bona fidei et sacramenti, quae servantur scilicet abstinendo toto decursu coniugii ab actibus dictis bonis contrariis, bonum prolis in effectum duci non potest nisi ponendo actu coniugali, qui ex natura rei rarius vel saepius poni potest, vel differri vel etiam penitus omitti» (coram McKay, 10 febbraio 2014, A. 26/2014, n. 5).

²⁵ TOMMASO, *Expositio in omnes Sancti Pauli Epistulas*, cit., p. 132.

TESTO PROVVISORIO

sunt coniuges obligatione teneri actus coniugales inter se ponere secus ac libere omnino, cum scilicet mutuus alterius in alterum amor illos ad eiusmodi actus concorditer ponere ducat»²⁶. Qui trova fondamento la distinzione tra il diritto e l'esercizio del diritto applicata al matrimonio *in facto esse*: il diritto/dovere sussiste sebbene esso non venga esercitato/adempiuto per un periodo di tempo più o meno lungo.

Dunque, la perpetuità come nota caratteristica dei diritti-doveri coniugali²⁷, radicata nell'indissolubilità quale proprietà essenziale del vincolo coniugale, va declinata diversamente a seconda della loro natura, positiva o negativa. Nel nostro caso la perpetuità del diritto va compresa in relazione con la posizione soggettiva attiva di ciascuno dei due coniugi che, titolari del diritto/dovere, hanno la facoltà di esigere il compito dell'atto coniugale²⁸, naturalmente nei tempi e nei modi rispettosi della dignità dell'altra parte come persona e come coniuge²⁹. Escludere il diritto/dovere agli atti coniugali consiste proprio nel rifiutare la possibilità che l'altra parte nel corso del matrimonio possa legittimamente chiedere il compimento dell'atto idoneo alla procreazione. Questo è uno dei punti fondamentali su cui deve vertere l'indagine di fatto: bisogna indagare non solo se l'uno intendeva o meno esercitare il suo diritto, ma soprattutto se era disponibile a soddisfare la legittima richiesta del coniuge di aprire la sessualità coniugale alla generazione. D'altra parte, essendo la relazione coniugale caratterizzata dalla reciprocità, diritto e dovere sono due facce della stessa medaglia: al diritto di ciascuno corrisponde nell'altro l'assunzione di un corrispondente dovere; rifiutato quest'ultimo viene meno anche il primo perché svuotato di fatto del suo contenuto.

Queste osservazioni potrebbero apparire legate a una prospettiva contrattualista ormai sorpassata che sembra ridurre la ricchezza della sessualità coniugale e l'apertura alla prole ad una questione di dare/avere e che dunque è ben distante dalla prospettiva personalista. A ben vedere non è così: la donazione coniugale, realizzata nel consenso che è atto di amore, implica il riconoscere che colui al quale si dona in modo esclusivo la propria sessualità possa chiedere, e anzi esigere nel debito modo, quell'atto nel quale per eccellenza l'essere sessuato del marito e della moglie si fondono, diventando i due "una sola carne", e mediante il quale la relazione coniugale si apre potenzialmente al figlio come dono³⁰.

Volgendo ora lo sguardo al contenuto di tale diritto, la valorizzazione del significato unitivo dell'atto coniugale da parte del magistero ecclesiale a partire da *Gaudium et Spes*, oltre a importanti conseguenze sul piano della teologia morale, ha favorito nell'ambito canonico una comprensione più completa di tale diritto/dovere. L'atto coniugale, mentre significa ed esprime nel momento stesso in cui si compie l'unione dei coniugi, allo stesso tempo li rende potenzialmente co-principio di una nuova vita umana. Tra i due significati dell'atto coniugale – il significato unitivo e quello procreativo, l'uno attuale, l'altro

²⁶ Coram Jaeger, 12 ottobre 2016, A. 177/2016, n. 6.

²⁷ Lo *ius coniugale* infatti è «permanens, continuum, non intermissum et non periodicum» (coram Stankiewicz, 29 ottobre 1987, in RRDec. LXXIX, p. 600, n. 5).

²⁸ Da cui discende, come scriveva Cappello, «obligatio iustitiae per se gravis debitum reddendi, quoties alter coniux expresse vel tacite serio petit» (F. M. CAPPELLO, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis*, III: De matrimonio, Taurinorum Augustae – Romae 1927, p. 859).

²⁹ «Certo certius, etiamsi actus per se aptus ad prolem generandam admittere potest interruptione, tamen illud ius ad actus per se aptos nullo modo admittit interruptionem; id est, contrahens in consensu dato iam alteri parti concedit facultatem petitionis humano modo factae ad illud ius exercendum, et haec petitio absque ulla ulteriori limitatione expeti potest» (coram Sable, 10 luglio 2008, in RRDec. C, p. 218, n. 9).

³⁰ «Se l'amore è dono, io non posso donare che questo corpo. Donarlo è impegnarlo di fronte all'altro in una relazione senza equivalenti. Donarlo all'altro è donargli, in qualche modo, "diritto" ad una relazione unica, a gesti che gli siano riservati» (J. LACROIX, *Il corpo di carne. La dimensione etica, estetica e spirituale dell'amore*, Bologna 2005, pp. 258-259).

TESTO PROVVISORIO

potenziale – si dà un legame, fondato sull'essere corporeo-spirituale della persona, che è inscindibile, in quanto essi formano «un'unica unità di senso a più strati»³¹, cosicché se si elimina intenzionalmente un significato, in realtà si distrugge senza rimedio anche l'altro: «non si tratta dunque di un'inseparabilità dei due significati di tipo morale, e cioè che non si *debbano* separare, ma che, nel caso si separino, almeno si possa realizzare uno di loro. Si tratta bensì di un'inseparabilità antropologica, cioè non si *possono* separare, dal momento che se si separano si perdono entrambi, rendendo impossibile che se ne realizzi alcuno. Perché? Perché cessano di essere cioè che sono»³². Questi due significati o dimensioni configurano la grammatica essenziale della sessualità che tutela e preserva la dignità della persona e la verità del dono di sé e costituiscono la struttura portante dell'atto coniugale; pertanto il diritto a tali atti – che non a caso nella giurisprudenza rotale è stato a volte denominato con l'espressione «*ius ad structuram teleologicam actus coniugalis*»³³ – necessariamente abbraccia entrambi i significati nella loro unità con importanti conseguenze di natura giuridica. Sulla base di queste considerazioni, tenuto conto del can. 1061 § 1, il diritto/dovere potrebbe essere riformulato in maniera più completa come: *ius/officium ad actus, humano modo ponendos, per se aptos ad prolis generationem, quibus coniuges fiunt una caro*, volendo così sottolineare come tale diritto non sia confinato – come avviene tradizionalmente – nell'ambito del *bonum prolis*, ma rientri anche nell'ambito del *bonum coniugum*³⁴. Di conseguenza il rifiuto o la limitazione di questo diritto può assumere rilevanza invalidante o per esclusione del bene della prole, laddove l'intenzione e l'azione dei nubenti siano primariamente indirizzate a evitare la generazione, oppure per esclusione del bene dei coniugi quando il soggetto non vuole sin dall'inizio esercitare la sessualità in modo rispettoso della dignità dell'altra parte. Non mancano in effetti sentenze rotali che approfondiscono la rilevanza di questo diritto nella prospettiva del bene dei coniugi sia nel campo della simulazione³⁵ che, più di frequente, dell'incapacità³⁶.

In analogia con i due significati dell'atto coniugale, si può dire che *bonum prolis* e *bonum coniugum*, proprio perché complementari, sono strettamente connessi apportando ciascuno dei due qualcosa alla comprensione dell'altro. In una coram Heredia Esteban del 29 ottobre 2012 si legge: «Relatio propria coniugum, bonum integrale alterius quaerens, exigit donationem et acceptationem integram dimensionis “sexuatae” uniuscuiusque consortis, et consequenter potentialem paternitatem et maternitatem eius. Quaerere bonum coniugum [...] haud est possibile sine ordinatione ad prolem, id est, sine apertura ad generationem (ed educationem) filiorum»³⁷. Allo stesso modo l'*intentio prolis* non può

³¹ M. RHONHEIMER, *Etica della procreazione. Contraccezione, fecondazione artificiale, aborto*, Roma 2000, p. 55.

³² J. NORIEGA, *Il destino dell'eros. Prospettive di morale sessuale*, Bologna 2006, p. 260.

³³ Coram Stankiewicz, 29 luglio 1980, in RRDec. LXXII, p. 563, n. 6. Il Ponente fa riferimento alla «ontologica seu structuralis fecunditas»; accanto ad essa andrebbe riconosciuta anche la *structuralis unitas*, pertanto l'espressione usata dal Ponente nel contesto del *bonum prolis* potrebbe essere assunta in senso più ampio per abbracciare entrambi gli elementi, quello unitivo e quello procreativo.

³⁴ Cfr. G. MONTINI, *Prole e canone 1095, n. 3. Rilievi sistematici*, in ARCISODALIZIO DELLA CURIA ROMANA (ed.), *Prole e matrimonio canonico*, cit., pp. 65-83.

³⁵ Per esempio: «Aliquae factispecies inveniri possunt, quae cum boni coniugum exclusione plene congruunt, e.g. quando sexualitate *humano modo* non utitur quoad se aut quoad alterum coniugem, vel erga matrimonium ipsum, et quidem, brevis verbis, dum sexualitate tam deordinate vel aliena ab essentia matrimonii et ipsius finis abutitur, ut dignitas alterius, vel ipsius matrimonii aut officium fidelitatis erga compartem, graviter laeditur» (coram Salvatori, 18 novembre 2013, A. 323/2013, in ARCISODALIZIO DELLA CURIA ROMANA [ed.], *Il bonum coniugum. Rilevanza e attualità nel diritto matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 2016, 482-483, n. 5).

³⁶ Nel caso in cui il nubente non sia in grado per problematiche psichiche di esercitare la sessualità in modo coniugale. Su questo tema rimandiamo a: F. CATOZZELLA, *Bonum coniugum e sessualità coniugale*, in ARCISODALIZIO DELLA CURIA ROMANA (ed.), *Il bonum coniugum*, cit., 105-140.

³⁷ Coram Heredia Esteban, 29 ottobre 2012, in RRDec. CIV, pp. 305-306, n. 7.

TESTO PROVVISORIO

trasformarsi da legittimo desiderio in una pretesa assoluta di un figlio (*ius ad prolem*) tale da strumentalizzare radicalmente l'altra persona considerata solo come mezzo per ottenere il proprio fine, negando dunque la sua primaria e paritaria identità di coniuge. D'altra parte, come già da tempo ha messo in evidenza la giurisprudenza, l'espressione "*ius ad prolem*", che spesso in passato veniva utilizzata per riferirsi al *bonum prolis*, appare oggi ambigua: in effetti non esiste un diritto al figlio, sia perché questi non può mai essere oggetto di un diritto, nel qual caso sarebbe di fatto negata la sua dignità umana (e ciò vale anche se tale diritto è reclamato da entrambi di comune accordo, per esempio pretendendo di accedere a pratiche di fecondazione artificiale), sia perché in caso di pretesa unilaterale di uno dei due di fronte all'altro, ne deriverebbe una radicale strumentalizzazione del coniuge³⁸. Esiste piuttosto, come già detto, un diritto, reciprocamente riconosciuto, a porre quegli atti mediante i quali può essere generata una nuova vita.

Viladrich coglie il rapporto tra i due *bona matrimonialia* scrivendo che «il bene coniugale apporta il *modo matrimoniale* di orientarsi alla procreazione ed educazione dei figli e quest'ultima apporta al bene coniugale una *apertura* ad una fecondità oggettiva – i figli – come opera comune»³⁹.

Il riferimento al *bonum coniugum* mette maggiormente in luce la dimensione interpersonale e duale del diritto *de quo*, già evidenziata dalla giurisprudenza coram Serrano Ruiz. Riconoscere l'ordinazione del matrimonio alla prole chiama necessariamente in causa i due soggetti insieme, visto che – come si legge nella sentenza del 14 novembre 1997 – mentre in relazione al *bonum fidei* si tratta di un «debitum unius ad alterum»⁴⁰, nel caso del *bonum prolis* è richiesta, per la natura stessa dell'atto di intima unione, la cooperazione di entrambi, «in quantum ambo debent in unum principium concurrere ad procreationem»⁴¹. Dunque l'*officium prolis*, come viene denominato dal Ponente, è eminentemente coniugale e tale peculiare *coniugalità* deve essere assunta nel momento del consenso, mentre viene negata quando «penes alterutriusque arbitrium tempus et modus generationis relinquatur quin alter alterius officium vel et ius prae oculis habeat et sancte observet»⁴².

Il diritto/dovere agli atti coniugali per sé idonei alla procreazione, secondo la costante giurisprudenza, suppone implicitamente il diritto/dovere di omettere tutto ciò che impedisce il naturale svolgersi del processo biologico successivo al compimento dell'atto coniugale completo, processo che conduce al concepimento di una nuova vita e, attraverso la gestazione, alla nascita⁴³, comprendendo così anche il c.d. *bonum physicum prolis*⁴⁴.

³⁸ «Haud possibile erit quaerere bonum prolis, veluti praescindendo a persona coniugis seu a suo bono; aut intentio filium generandi simpliciter ad sibi providendum heredem vel aliquem qui suisque continuitatem repraesentet, omnino sine consideratione personae alterius coniugis, qui hoc modo uti merum instrumentum vel medium ad talem finem obtinendum tractatus esset» (ivi, p. 306, n. 7).

³⁹ P.-J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 349.

⁴⁰ Coram Serrano Ruiz, 14 novembre 1997, in RRDec. LXXXIX, p. 806, n. 5.

⁴¹ Ibidem. Anche nella sentenza del 9 luglio 1999 il Ponente sottolinea: «Ius ad prolem vel id quod in usu venit *bonum prolis* [...] non ita concipi debet quasi onus et obligatio ab uno tantum et vel ab utroque consorte seorsim sumpto urgens, verum, sicuti profecto est, officium matrimonii ideoque utriusque simul sumptum coniugum et ad invicem eosdem devinciens» (in RRDec. XCI, p. 527, n. 3).

⁴² Coram Serrano Ruiz, 9 luglio 1999, cit., p. 527, n. 4.

⁴³ L'atto coniugale è dunque inteso come «ille in quo actio naturae non inficitur ab actione humana seu ille in quo homo naturales effectus non impedit» (coram Fiore, 16 dicembre 1971, in RRDec. LXIII, p. 1013, n. 5). Come si legge in una coram Defilippi del 15 giugno 2012, «si proprie pensantur sive quae edicuntur in can. 1061 § 1 [...], sive in iam relato can. 1055 § 1 [...], asserendum quoque est bonum prolis amplecti etiam effectus qui naturaliter consequuntur ex iure ad actus coniugales, id est ius-obligationem ad nativitatem et in vita conservationem prolis quae fortasse concepta est» (A. 91/2012, n. 6).

⁴⁴ Il quale «praeter ius-debitum peragendi actum coniugalem naturalem, continet quoque iura et obligationes coniugum circa prolem concipiendam, generandam, colendam, promovendam atque in vita educandam» (coram Pinto, 15 giugno 2007, in RRDec. XCIX, p. 216, n. 4).

TESTO PROVVISORIO

4. La distinzione tra *ius* ed *exercitium iuris*

La giurisprudenza rotale nel definire sul piano teorico le fattispecie invalidanti *ob exclusum bonum prolis* e nel discernere i casi concreti ha sempre adoperato la distinzione tra diritto ed esercizio del diritto. È infatti proprio su di essa che si fondano le tradizionali presunzioni giurisprudenziali che ancora oggi guidano l'opera del giudice nel valutare le vicende portate alla sua attenzione.

La distinzione ha una lunga storia⁴⁵. Di solito si considera San Tommaso il suo diretto ispiratore⁴⁶ richiamandosi al testo già citato in cui si distingue la prole in se stessa e nel suo principio. Alla sua elaborazione hanno poi contribuito canonisti di grande rilievo, quali Tomás Sánchez⁴⁷ e Prospero Lambertini⁴⁸ (papa Benedetto XIV). Certamente in cui venne elaborata la distinzione era ben diverso dal nostro; ciò che si dibatteva all'epoca erano questioni come la validità del matrimonio della Beata Vergine Maria e di coloro che si sposavano con l'intenzione di servare la castità perpetua. Si voleva mostrare che questi matrimoni erano comunque validi sebbene celebrati con l'intenzione di astenersi per sempre dalla copula coniugale. Con lo scemare dell'interesse per tali argomenti, la distinzione ha poi trovato applicazione esclusiva nell'ambito dell'esclusione della prole e, in maniera più limitata, della fedeltà.

Alla vigilia del Codice pio-benedettino, Pietro Gasparri, nel suo celebre *Tractatus canonicus de matrimonio*, edito nel 1891, a ragione definito un «commento anticipato»⁴⁹ al

⁴⁵ Per un approfondimento si rimanda a: F. CATOZZELLA, *La distinzione tra "ius" ed "exercitium iuris". Evoluzione storica ed applicazione all'esclusione del bonum prolis*, Città del Vaticano 2007.

⁴⁶ Per esempio è stato scritto: «La tesi secondo la quale è possibile dare all'altra parte un diritto di cui si nega l'esercizio ha il suo fondamento nella dottrina di san Tommaso» (C. BURKE, *Il contenuto del bonum fidei*, in *Apollinaris* 64 [1991], p. 656). In giurisprudenza si veda la coram Fagiolo del 1° giugno 1968, che difende apertamente la distinzione, definita «certissima» e «non aequivoca neque mere abstracta sed clara atque realis», dove – confutando le argomentazioni della coram De Iorio del 28 dicembre 1963 – si legge: «Tamquam fundamentum, haec S. Thomae verba habent distinctionem inter ius ad copulam et ideo ad prolem, quod in matrimonio traditur-accipitur, et usum huius iuris, in coniugio peragendum. Sine ista distinctione non intelligitur quid sit intentio prolis» (in *Ephemerides Iuris Canonici* 24 [1968], p. 173, n. 6).

⁴⁷ Scrive Sánchez: «De essentia matrimonii est consensus implicitus in copulam coniugalem, quantum est ex parte contractus: quamvis is consensus ex parte contrahentis non desideretur, sed possit adesse intentio abstinendi perpetuo a copula» (*De Sancto Matrimonii Sacramento*, L. VII, d. 97, n. 3). Il consenso implicito in copulam è richiesto da parte del contratto (*ex parte contractus*) ma non da parte del contraente (*ex parte contrahentis*) nel quale anzi può esserci l'intenzione di astenersi per sempre dalla copula. In altre parole, «i contraenti, per dar vita al matrimonio, devono darsi la mutua "potestas" che implicitamente contiene la copula; possono per una scelta individuale, non acconsentire alla copula, intesa come esercizio della "potestas". Anche qui, sebbene con una terminologia diversa, che puntualizza ciò che è richiesto dall'istituzione matrimoniale ("ex parte contractus") e ciò che viene lasciato alla discrezione dei contraenti ("ex parte contrahentis"), è sottintesa la distinzione certamente più chiara esistente tra "obligatio" (*ius*) e "executio" (*usus iuris*): mentre il contraente non può sottrarsi alla "obligatio", da volere al momento del consenso coniugale, può certamente regolare secondo la sua volontà la "executio"; perché ci sia matrimonio valido i contraenti devono darsi la "potestas ad copulam", ma possono non obbligarsi alla "executio" di tale "potestas", cioè all'atto della copula» (G. CABERLETTI, *L'oggetto essenziale del consenso coniugale nel matrimonio canonico. Studio storico-giuridico sul pensiero di Tomas Sánchez*, Brescia 1985, p. 130, nota 101).

⁴⁸ Domandandosi quale sia il valore del matrimonio contratto con la condizione di rispettare la castità in perpetuo, l'Autore espone le due opinioni a favore e contro la validità. La prima, considerata probabile, viene così riassunta: «Non enim matrimonii substantiae repugnat, matrimonio non uti, sed uti non posse; sicuti ostendit Mastrius in 4 disput. 7. n. 162. ubi sic scribit: "Essentia matrimonii consistit in mutuo dominio, et subiectione corporum per ordinem ad usum matrimonii; sed potest subsistere dominium, et subjectio corporum, cum praedicta obligatione. Cum enim dominium distinguatur ab usu, potest verum dominium subsistere, cum obligatione, seu conditione non utendi re ipsa"» (*Tractatus de synodo dioecesana*, L. XIII, c. 22).

⁴⁹ L. BONNET, *L'influence du Cardinal Gasparri sur la conception du mariage du code de droit canonique de 1917*, in *L'année canonique* 35 (1992), p. 182. La sostanziale (e in alcuni casi letterale) continuità tra il *De matrimonio* e il Codice è percepibile confrontando l'edizione del 1891 del trattato con quella *ad mentem Codicis* del 1932; le differenze sono minime e in molti casi si limitano all'aggiunta delle citazioni dei canoni, segno che l'autore non ha ritenuto di dover rivedere le sue posizioni alla luce del testo legislativo.

TESTO PROVVISORIO

Codice, riassume la dottrina comune: il matrimonio è nullo se il nubente accede all'altare con la «*intentio non contrahendi*», oppure con la «*intentio contrahendi, sed non sese obligandi*»; invece il matrimonio è valido se il nubente intende contrarre e assumere l'obbligazione con l'intenzione tuttavia di non adempierla o di violarla, «*nam intentio contrahendi et sese obligandi stare utique potest cum firmo proposito obligationem violandi; illa autem intentio constituit consensum et satis est pro validitate contractus, ac proinde hoc pravum propositum non est contra conjugii substantiam*»⁵⁰. La giurisprudenza rotale successiva all'entrata in vigore del Codice pio-benedettino aderì a questa impostazione, che risultava coerente con l'individuazione dell'oggetto del consenso matrimoniale nello «*ius in corpus in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem*» (can. 1081 § 2), la cui esclusione radicale, comportava la nullità del matrimonio (cfr. can. 1086 § 2).

Nella giurisprudenza successiva al Concilio Vaticano II e poi alla promulgazione del nuovo Codice si è continuato a riproporre la tradizionale distinzione tra diritto ed esercizio del diritto. Anche nella prospettiva personalista dal Codice vigente, le sentenze rotali ribadiscono l'esistenza di un vero diritto-dovere agli atti idonei alla procreazione e di conseguenza l'utilità della distinzione.

In sintesi, sebbene non siano mancate alcune sentenze che si sono espresse in maniera critica (rimaste però isolate e che non hanno avuto seguito), la giurisprudenza rotale ha proposto la distinzione in maniera costante, anche negli ultimi anni⁵¹, dandola quasi per scontata e dunque, tranne alcune eccezioni risalenti nel tempo, senza sentire la necessità di fondarne la validità o di giustificarne l'uso. Per quanto attiene la giurisprudenza recente, si legge per esempio in una *coram Adam* del 27 ottobre 2017: «*Iurisprudencia rotalis [...] conservat distinctionem inter exclusionem iuris in actus coniugales, quae irritum facit matrimonium, et exclusionem exercitii iuris in actus per se idoneos ad procreationem, quae non irritat consensum*»⁵² e in una *coram Yaacoub* del 20 giugno 2018: «*In exclusione prolis, obliviscendum non est illa distinctio inter ius, nempe essentiam matrimonii, et exercitium iuris, seu usum indebitum instituti. Intentio contra ius est intentio se non obligandi, et intentio contra exercitium iuris est intentio non adimplendi. Intentio contra ius tantum validitatem matrimonii afficit*»⁵³.

La distinzione può essere così riassunta: il matrimonio è nullo se il nubente, sposandosi, rifiuta di assumere il diritto/dovere agli atti coniugali, mentre è valido se egli assume tale diritto/dovere sebbene intenda non esercitarlo/adempierlo. Molto ci si è interrogati sulla validità teoretica di tale distinzione. Da un'esame più accurato della giurisprudenza e della dottrina canonica emergono a tal proposito tre opinioni.

Secondo la prima, la distinzione ha un fondamento reale ed è valida solo se applicata al matrimonio *in facto esse*. Nel corso della vita coniugale può accadere che un diritto venga di fatto non esercitato o un dovere, assunto realmente al momento delle nozze, venga violato. Ciò non ha incidenza sul vincolo già costituito che permane anche se il comportamento dei coniugi è incoerente rispetto all'impegno nuziale preso. Come osserva Viladrich, «il diritto,

⁵⁰ P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. II, Parigi 1891, p. 32. Dunque l'*intentio obligandi* e quella *non adimplendi* possono coesistere perché hanno oggetti diversi: la prima il diritto da assumere (essenziale per la costituzione del matrimonio), la seconda il suo esercizio (non essenziale). Come esplicita Staffa, «*inter obiecta diversa voluntas unum potest velle et aliud nolle, contradictorium non est si obligationem velit et adimpletionem obligationis excludat*» (D. STAFFA, *De conditione contra matrimonii substantiam*, Romae 1955, p. 34, nota 59).

⁵¹ Per quanto riguarda gli anni 2006-2012 si veda C. GUZMÁN PÉREZ, *La exclusión del bonum prolis*, cit., 141-146.

⁵² *Coram Adam*, 27 ottobre 2017, A. 208/2017, n. 7.

⁵³ *Coram Yaacoub*, 20 giugno 2018, A. 128/2018, n. 12.

TESTO PROVVISORIO

come ordine tra essere liberi, è in sé stesso suscettibile di essere inadempito, il che non significa la sua inesistenza o la cessazione della sua obbligatorietà»⁵⁴.

La seconda opinione ammette invece l'applicazione della distinzione anche nel *matrimonium in fieri*, senza ulteriori differenziazioni, ritenendo quindi possibile la coesistenza nella volontà del contraente dell'intenzione di obbligarsi e dell'intenzione di non adempiere l'obbligazione assunta senza dare rilievo dirimente al fatto che quest'ultima sia *ad tempus* o perpetua.

La terza posizione è certamente quella maggioritaria; anzi è questa che andrebbe in realtà definita come la dottrina tradizionale⁵⁵. Si sostiene che la distinzione non è applicabile all'ipotesi di esclusione perpetua e assoluta degli atti coniugali idonei alla procreazione, perché in questo caso il diritto sarebbe di fatto svuotato sin dall'inizio del suo contenuto e – si è fatto notare incisivamente – «un diritto, privo di *ogni* possibilità di usarne, un diritto senza *qualsivoglia* capacità di utilizzazione, non è in effetti alcuna cosa e quindi neppure alcun diritto»⁵⁶. Invece si ritiene possibile applicare la distinzione all'ipotesi di esclusione temporanea: è possibile cioè che il nubente, rimandando la procreazione ad un tempo futuro, si riconosca realmente legato da un diritto/dovere che però non intende temporaneamente esercitare/adempiere. In questi casi la distinzione appare un valido strumento interpretativo nelle mani del giudice per discernere la reale volontà del contraente al momento delle nozze, come vedremo a breve. Si legge in una coram Ferreira Pena del 18 aprile 2012, «*distinctio huiusmodi momentum suum attingit cum mens vertatur ad thema exclusionis prolis temporariae*»⁵⁷.

In realtà la seconda e la terza opinione appaiono spesso più sfumate e non così distanti l'una dall'altra; ciò che emerge in ultima analisi è la necessità di chiarire bene i termini della questione e in particolare cosa si intende per *intentio non adimplendi*.

5. Le tradizionali presunzioni giurisprudenziali

Come accennato, sulla base della distinzione suddetta la giurisprudenza rotale ha elaborato alcune presunzioni riportate in modo tratlatizio da quasi tutte le sentenze. Visto che i nubenti di solito non ragionano in termini di diritto/dovere-esercizio/adempimento, il punto di partenza per valutare se realmente è stato escluso il *bonum prolis* è l'analisi della

⁵⁴ P.-J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 370. Stesso pensiero è espresso in una coram Palestro del 18 maggio 1988: «Cum autem esse rei non pendeat ab eius usu, ius et obligatio ad coniugales actus stare possunt quamvis iuris usus et obligationis implementum in casu concreto deficient. Quae distinctio haud mere speculativa est cum ad modum agendi hominum pertineat» (in RRDec. LXXX, p. 300, n. 10).

⁵⁵ Bernárdez Cantón osserva che a volte la dottrina della distinzione tra diritto e suo esercizio è stata criticata rilevando che in essa è insita la contraddizione di ammettere la valida accettazione di un diritto in presenza di un assoluto rifiuto del suo esercizio. Ma non è questo, afferma il canonista spagnolo, che sostiene la dottrina comune e i critici che si muovono in questa direzione cadono in un errore metodologico; infatti «non es metodológicamente correcto impugnar una doctrina atribuyéndole puntos de vista que no son sostenidos por esa doctrina. En efecto, es criterio generalmente admitido por la doctrina más comun que, probada procesalmente la intención de violar perpetuamente las obligaciones o de abusar constantemente de los derechos matrimoniales, se ha da entender excluído el derecho en sí» (A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Simulación parcial por exclusión de la prole*, in AA.VV., *Simulación matrimonial en derecho canónico*, Pamplona 1994, p. 180).

⁵⁶ P. A. BONNET, *L'essenza del matrimonio canonico. Contributo allo studio dell'amore coniugale*, vol. I. Il momento costitutivo del matrimonio, Padova 1976, p. 427. Già una coram Mannucci del 7 luglio 1926 osservava: «si exercitium iuris absolute et in perpetuum excludatur [...] practice non intelligitur vera traditio iuris cuius nullus esse debeat actus» (in RRDec., XVIII, p. 222, n. 2).

⁵⁷ Continua la sentenza: «Solidata enim canonica iurisprudencia tenet exclusionem perpetuam ipsum ius attingere – non intelligitur enim concessio iuris numquam exercendi –, temporariam autem validum consensum non inficere, quippe quia ad iuris exercitium seu usum coarctatur» (in RRDec. CIV, p. 109, n. 7).

TESTO PROVVISORIO

volontà prenuziale in relazione alla prole, se cioè il nubente intendesse avere figli (magari non subito ma in un secondo momento) oppure non averli affatto. A partire da qui, attraverso il ragionamento presuntivo, si giunge ad accertare se il soggetto abbia eventualmente escluso in maniera implicita il diritto (causando così l'invalidità del matrimonio) oppure abbia semplicemente inteso regolare come e quando esercitarlo, nel qual caso non vi è rilevanza giuridica, sebbene tale comportamento possa avere rilievo sul piano morale in ordine sia alla decisione stessa che alla modalità attuata concretamente per evitare la generazione.

Nell'ipotesi in cui il nubente, sposandosi, rifiuti in perpetuo la prole si presume escluso lo stesso diritto agli atti idonei alla procreazione. La giurisprudenza più risalente parlava al proposito di una presunzione veementissima. In realtà non poche sentenze, coerentemente con quanto argomentato in relazione alla seconda opinione sopra recensita, concludono che in questo caso non di presunzione, ma di vera esclusione, sebbene implicita, si debba parlare senza possibilità di prova contraria: esclusa la prole in modo perpetuo, ne discende inevitabilmente l'esclusione del diritto⁵⁸.

Invece nell'ipotesi di un rifiuto temporaneo della prole⁵⁹ si presume che sia stato escluso solo l'esercizio del diritto e dunque si conclude per la validità del matrimonio, indipendentemente se le ragioni che hanno giustificato la decisione siano fondate o meno sulla retta applicazione della dottrina della procreazione responsabile. Tuttavia, osserva la giurisprudenza, può accadere, in via eccezionale, che la volontà del nubente non si limiti a regolare l'esercizio del diritto ma vada oltre, limitando cioè lo stesso diritto sebbene in maniera temporanea. In questo caso si nega una delle sue caratteristiche essenziali, la perpetuità, e ciò determina la nullità del matrimonio⁶⁰. Dunque non solo l'esclusione totale del diritto ma anche la sua limitazione *quoad tempus* comporta lo stesso effetto invalidante.

Com'è noto, questa ipotesi è stata esplicitata autorevolmente da Pio XII nell'Allocuzione ai membri dell'Unione Italiana Ostetriche del 29 ottobre 1951, dove il Pontefice affronta, tra gli altri temi connessi all'importante missione cui sono chiamate tali professioniste, anche il tema del controllo delle nascite, sottolineando come l'astensione dai rapporti coniugali nei periodi fertili della donna per evitare il concepimento è moralmente lecito. Però nel caso in cui si intenda avere rapporti coniugali soltanto nei periodi agenesiaci la valutazione suppone distinguere due casi. E qui l'argomentazione del Pontefice si sposta dal piano morale a quello giuridico in relazione non più al comportamento della coppia durante la vita coniugale ma alla volontà prenuziale circa la prole: «Se già nella conclusione del matrimonio almeno uno dei coniugi avesse avuto l'intenzione di restringere ai tempi di sterilità lo stesso diritto matrimoniale, e non soltanto l'uso, in modo che negli altri giorni l'altro coniuge non avrebbe neppure il diritto di richiedere l'atto, ciò implicherebbe un difetto essenziale del consenso matrimoniale, che porterebbe con sé la invalidità del matrimonio stesso, perché il diritto derivante dal contratto matrimoniale è un diritto permanente, ininterrotto e non intermittente, di ciascuno dei coniugi di fronte all'altro. Se invece quella limitazione dell'atto ai giorni di naturale sterilità si riferisce non al diritto

⁵⁸ Per esempio si legge in una coram Bruno del 1 febbraio 1991: «Exclusio absoluta et perpetua prolis certo certius ipsum ius denegat. In ea enim distinctio inter ius et eius exercitium locum haberi nequit; nam qui liberos in perpetuum excludit, denegat comparti, et quidem pro toto spatio vitae coniugalis, actus per se aptos ad generationem, quod, finem essentialem coniugii praecludens, non solum abusus sed ipsius iuris exclusionem implicat» (in RRDec. LXXXIII, p. 68, n. 5).

⁵⁹ Sul tema si veda: F. R. AZNAR GIL, *El aplazamiento "ad tempus" de la prole en el consentimiento matrimonial*, in AA. VV., *Escritos en honor de Javier Hervada. Ius Canonicum volumen especial*, Pamplona 1999, pp. 685-702.

⁶⁰ «Non relevat utrum ius exclusum fuerit ad tempus an in perpetuum, quia ad inficiendum consensum requiritur et sufficit ut ius, quod semper integrum et in perpetuum tradendum est, re pessumdetur» (coram Bruno, 21 luglio 1994, in RRDec. LXXXVI, p. 405, n. 4).

TESTO PROVVISORIO

stesso, ma solo all'uso del diritto, la validità del matrimonio resta fuori di discussione»⁶¹. Il principio alla base dell'argomentazione di Pio XII è l'affermazione del diritto agli atti coniugali come permanente e ininterrotto, per cui qualunque sua limitazione *tempore nuptiarum* determina la nullità del matrimonio. Qualora invece la limitazione riguardasse solo l'esercizio del diritto, resta impregiudicata la validità e la questione riguarda piuttosto la liceità morale sia della scelta che delle modalità di attuazione⁶². Il brano riportato è molto citato, anche oggi, dalla giurisprudenza rotale così da costituire un punto di riferimento sul quale poi costruire ulteriori riflessioni.

L'elaborazione giurisprudenziale, nel discernere i vari casi di esclusione temporanea della prole a partire dalle vicende concrete sottoposte a giudizio, ha distinto varie fattispecie sulle quali è necessario ora soffermarsi. Le sentenze parlano di: esclusione a tempo determinato, a tempo indeterminato, ipotetica, *ad libitum*, condizionata. Al di là della differente terminologia adoperata, tutte queste ipotesi possono essere a nostro avviso sostanzialmente ridotte a due.

A) La prima è comunemente denominata "esclusione della prole a tempo determinato": i nubenti desiderano avere figli ma, per motivazioni di vario genere (legate alla relazione di coppia o a circostanze economiche, lavorative, abitative, familiari, ecc.) intendono attendere per qualche tempo (previsto come limitato), prima di aprirsi alla generazione. In questi casi si ha solo una *procrastinatio prolis*, che non dirime il matrimonio a prescindere se le motivazioni e il comportamento nella vita intima sottesi a tale decisione corrispondano o meno ai principi della morale coniugale. In altre parole l'intenzione di adoperare mezzi contraccettivi, dunque moralmente illeciti, oppure di regolare la vita intima secondo i metodi c.d. naturali di monitoraggio della fertilità, non incide sulla qualificazione giuridica della fattispecie⁶³. In questo caso procrastinare la prole significa solo rimandare ad un secondo momento l'attuazione di una volontà prenuziale (anche solo generica e abituale) favorevole alla prole, che presuppone così un'accettazione di fondo dell'ordinazione del matrimonio alla procreazione. Il riferimento al tempo determinato da parte della giurisprudenza non va a nostro avviso inteso in senso stretto, come la precisa determinazione prima delle nozze di una scadenza esatta, che spesso non è possibile realisticamente ipotizzare. Si pensi al caso di chi, prima di provare ad avere figli, vuole attendere la stabilizzazione lavorativa (tenuto conto anche di oneri economici rilevanti già assunti, per esempio per il mutuo della casa) che si prevede avverrà in tempi non lunghi ma senza avere ulteriori garanzie. Ciò che conta è che l'attesa è pensata solo in maniera funzionale ad offrire un migliore contesto per la nascita dei figli che comunque non erano radicalmente esclusi prima delle nozze. L'intenzione del nubente o dei nubenti qui riguarda non il "se" avere figli – verso i quali c'è una disponibilità di fondo (per cui permane l'*intentio prolis*) – ma il "quando".

La difficoltà nel valutare questa fattispecie sul piano pratico e di distinguerla dalle altre risiede nel fatto che, a volte, la mera *procrastinatio prolis* prenuziale si radicalizza dopo il

⁶¹ PIUS XII, *Allocutio Conventui Unionis Italicae inter Obstetrices*, 29 ottobre 1951, in AAS 43 (1951), p. 845. Si veda S. MENTIL, *La riflessione bioetica di Pio XII*, Trieste 2017, pp. 29-43.

⁶² Il Pontefice nel prosieguo sottolinea questo aspetto: «Tuttavia la liceità morale di una tale condotta [la limitazione degli atti riferita non al diritto ma solo al suo uso] dei coniugi sarebbe da affermare o da negare, secondo che l'intenzione di osservare costantemente quei tempi è basata, oppure no, su motivi morali sufficienti e sicuri» (ibid.). La dottrina qui esposta verrà ripresa dalla *Humanae vitae* di Paolo VI al n. 16 (in AAS 60 [1968], pp. 491-492).

⁶³ Cfr. P. MONETA, *Intervento nel dibattito*, in A. BOZZOLO - M. CHIODI - G. DIANIN - P. SEQUERI - M. TINTI (cur.), *Famiglia e Chiesa. Un legame indissolubile. Contributo interdisciplinare per l'approfondimento sinodale*, Città del Vaticano 2015, p. 276.

TESTO PROVVISORIO

matrimonio, a causa di successivi eventi personali o familiari, diventando così da quel momento in poi una forma di esclusione assoluta (o condizionata) della prole. Com'è evidente tale netta chiusura antiprocreativa, per cui la prole prima solo rimandata viene poi del tutto negata, essendo intervenuta dopo le nozze non incide sul matrimonio già costituito⁶⁴. Il problema risiede però nel discernere le due ipotesi e nello stabilire quando, nel caso, sia avvenuto il passaggio dalla prima intenzione alla seconda, visto che per la distanza dagli eventi da ricordare, la mancata obiettività nel riportare i fatti e i meccanismi della memoria, c'è il rischio che la volontà post-nuziale relativa alla prole venga, anche in buona fede e inconsapevolmente, retrodatata. Ancora più difficile è poi la prova quando la volontà del presunto simulante, in assenza della confessione, deve essere ricostruita sulla base del comportamento nella vita intima; sul tema si tornerà in seguito.

B) La giurisprudenza ritiene invalidante l'esclusione non perpetua della prole quando essa è: a tempo indeterminato, *ad libitum*, ipotetica, condizionata. Ora, al di là delle espressioni adoperate, se si esamina la *ratio* che giustifica l'effetto irritante, appare chiaro che queste figure sostanzialmente coincidono: il nubente al momento delle nozze non intende avere figli, ma si riserva in futuro di cambiare idea circa il fatto stesso di rendersi disponibile alla procreazione⁶⁵. Ciò che accade, nella prospettiva dello *ius ad actus coniugales*, è riassunto incisivamente in una coram Burke del 18 ottobre 1995 nei seguenti termini: «Sequens intentio irritans esset: *hic et nunc* alteri parti *ius non do*; atque illud tempore futuro concedam tantum *si res bene cedant*. Haec postrema hypothesis realem ac praesentem exclusionem implicat»⁶⁶.

Spesso lo scioglimento della riserva (cioè la modifica della propria intenzione *circa prolem* e del relativo comportamento nell'intimità) è legato al verificarsi di determinate circostanze considerate imprescindibili, così da aversi un'esclusione denominata appunto "ipotetica" o "condizionata". In questo caso, come osservato da alcune decisioni coram Jaeger, in analogia con quanto avviene per l'esclusione dell'indissolubilità, è solo l'evento dedotto in condizione ad essere ipotetico quanto al suo avverarsi mentre l'esclusione è assoluta, cioè già presente e operante al tempo delle nozze⁶⁷. Di fatto, sottolinea la giurisprudenza, in questo caso il nubente intende se stesso come unico "arbitro" o unica "fonte di diritto" nella sfera procreativa, cioè come colui dal quale solamente dipenderà in futuro l'apertura alla prole, escludendo implicitamente la possibilità di legittime richieste da parte del coniuge⁶⁸; per questo a volte ci si riferisce a tale esclusione della prole come "ad libitum"⁶⁹.

⁶⁴ «Aliquando prima intentio vitandi prolem ad tempus et consilium postea captum eam excludendi in perpetuum de facto coniunguntur, sed ad ius quod attinet novum propositum non inficit consensum matrimonialem, qui iam valide praestitus est atque indissolubile vinculum induxit» (coram Heredia Esteban, 28 maggio 2015, A. 120/2015, 15).

⁶⁵ Per esempio si legge una sentenza coram Arokjaraj: «Adsunt vero casus in quibus haud immerito iurisprudencia asserit etiam exclusionem prolis temporariam consensum irritare. Idque ex. gr. evenit si nubens pro tempore sibi reservet non modo *iuris coniugalis moderationem*, sed *eiusdem concessionem seu commutationem*. Aliis verbis in contrahendo pars ius ad actus naturaliter fecundos neque praestat neque acceptat, in posterum tantum constitutura utrum annon huiusmodi ius tradat accipiatque, si et quatenus – puta – interpersonalis relatio, quae fluxa et labans pervigilio nuptiarum advertitur, in subsequenti convictu satis firmetur» (coram Arokjaraj, 15 dicembre 2015, A. 259/2015, n. 4).

⁶⁶ Coram Burke, 18 ottobre 1995, in RRDec. LXXXVII, p. 562, n. 16.

⁶⁷ «Exclusio s.d. "hypothetica" sive "condicionata", ex. gr.: "ordinationem huius matrimonii ad prolem excludo nisi (id vel illud eveniat aut id vel illud non contingat)" vel "ordinationem huius matrimonii ad prolem admitto tantummodo si (id vel illud contingat aut non accidat)" plane semper non "hypothetica" verum absoluta censenda est. "Hypotheticum" potius est factum vel eventum, quod poterit contingere aut non contingere, sed pars a suo consensu absolute excludit ordinationem matrimonii essentialem ad prolem, quam nonnisi quid "accidentale" et "condicionatum" statuit, cui pars ius sibi reservat futuro tempore consentiendi vel non consentiendi». (coram Jaeger, 8 luglio 2015, A. 154/2015, n. 4). Si veda anche coram Jaeger, 19 luglio 2012, in RRDec. CIV, p. 236, n. 10.

⁶⁸ Per esempio: «Si quis praesumat sibi reservare, pro libitu et arbitrio, si et quatenus et quando, prolem forte generet, iuribus compartis omnino neglectis et spretis, ideo seipsam unicum fontem iuris in re coniugali tenens, etiamsi affermet

TESTO PROVVISORIO

Qualche considerazione in più si rende necessaria per l'esclusione "a tempo indeterminato", fattispecie che potrebbe lasciare spazio ad alcune ambiguità. In effetti la giurisprudenza più antica distingueva l'esclusione solo in perpetua e temporanea, senza introdurre ulteriori distinzioni in relazione al tempo determinato o indeterminato, e non mancano sentenze che affermano che questo diverso dato temporale non introduce di per sé una differenziazione nel trattamento in relazione alla nullità⁷⁰. Tuttavia la giurisprudenza maggioritaria ritiene oggi tale forma di esclusione invalidante poiché limita il diritto stesso⁷¹. Se si analizzano le sentenze che giustificano questa conclusione risulta chiaro che essa viene di fatto ricondotta all'esclusione condizionata⁷² oppure viene ritenuta equivalente all'esclusione perpetua. Si legge per esempio in una coram Monier del 16 marzo 2018: «Valde differt procrastinatio ad indeterminatum tempus. Haec hypothesis substantialiter exclusioni perpetuae aequivalet, attento quod incertum est an et quando proles acceptabitur»⁷³.

Sul punto articolata è una sentenza coram Ferreira Pena datata 8 giugno 2017 nella quale il Ponente osserva: «Dilatatio generationis in infinitum tempus solet a iurisprudencia ad instar exclusionis veri nominis aestimari. Evidenter hoc in casu non tam indeterminatio temporis momentum induit, quam potius condicionata assumptio procreationis officii, quod reapse in actu consensus nubens non amplectitur, sibi reservans id facere si et quatenus in posterum adiuncta a se optata id suadeant». E continua la sentenza: «Infinita procrastinatio, igitur, epiphaenomenon est – ut ita loquamur – deficientis interioris acceptationis muneris paterni/materni coniugio insiti. Haec unilateralis et saepe egoistica moderatio iuris coniugalis, quae etiam bonum alterius coniugis qua talis offendit, manifesto consensum irritat»⁷⁴.

D'altra parte appare diverso il caso di chi rimanda la prole ad un futuro non ben definito (e quindi indeterminato) perché l'incertezza tipica del mondo attuale, per esempio nell'ambito lavorativo, può impedire di fare progetti in tal senso, ma è disposto sin dall'inizio ad accogliere i desideri procreativi della comparte, dal caso del nubente che esclude in modo così radicale la prole da non voler dare alcuno spazio alle legittime richieste del coniuge, riservandosi di cambiare idea in futuro solo a suo piacimento. Dunque ciò che conta in ultima analisi non è tanto l'estensione temporale del *propositum prolem non habendi*, più o meno determinata e ampia, quanto piuttosto discernere se tale proposito è assoluto, cioè così fermo da non ammettere nessuna modifica anche di fronte alle richieste

se adversum proli generationi haud esse et, immo, declaret se prolem voluisse, valide contrahere non potest, quia hoc genus agendi denegationem non solum iuris, sed etiam traditionis iuris compartis constituit» (coram Arellano, 9 luglio 2015, A. 155/2015, n. 7). Questo modo di esprimersi, frequente nella giurisprudenza, è stato utilizzato, a quanto è dato sapere, per la prima volta da una coram Bejan del 24 aprile 1968, non pubblicata, ma citata *expressis verbis* in sentenze successive (per esempio in una coram Rogers, 25 febbraio 1969, in RRDec. LXI, 195, n. 7).

⁶⁹ Per esempio: «Si quis ad suum libitum servare intendit ius statuendi quando actus per se apti ad proli generationem ponantur, ius ipsum, et non solummodo exercitum, negatum est sub specie condicionis contra bonum proli» (coram Caberletti, 14 aprile 2015, A. 60/2015, n. 4). Segue la citazione del brano del discorso di Pio XII alle ostetriche già sopra riportato.

⁷⁰ Afferma ad esempio una coram Huber del 26 novembre 1993: «Vel proli generatio differtur ad tempus determinatum, et ita exclusio generatim exclusionem unius iuris exercitii praenuntiat.[...] Vel proli generatio differtur ad tempus indeterminatum. Neque haec dilatatio consensum matrimonialem per se inficit» (in RRDec. LXXXV, p. 723, n. 4).

⁷¹ «Etsi procrastinatio proli ad tempus ius non excludat, attamen differre ad tempus indefinitum actus per se aptos ad sobolis generationem idem est ac excludere ipsum ius, ideoque in huiusmodi factispecie non agitur de exercitii iuris simplici moderazione» (coram Caberletti, 23 gennaio 2018, A. 15/2018, n. 4).

⁷² «Utique respuere videtur ipsum "ius" qui prolem excludit ad tempus omnino indeterminatum, eam adstringens exitui alicuius eventus futuri et omnino incerti» (coram Arellano, 9 luglio 2015, A. 155/2015, n. 7).

⁷³ Coram Monier, 16 marzo 2018, A. 51/2018, n. 4.

⁷⁴ Coram Ferreira Pena, 8 giugno 2017, A. 114/2017, n. 4.

TESTO PROVVISORIO

della comparte, e dunque tale da non poter essere più interpretato come una mera *procrastinatio* della prole. Assolutezza del proposito significa riservarsi ogni decisione in ambito procreativo: «Si contrahens unilateraliter sibi reservat ius determinandi quando prolis nascatur, limitatio absoluta dicitur»⁷⁵. Questo è il punto decisivo da indagare; pertanto, visto che il nubente non conosce le sottigliezze giuridiche elaborate dai canonisti – come le sentenze critiche nei confronti della tradizionale distinzione hanno più volte sottolineato – e dunque non ragiona certo in termini di esclusione del diritto o del suo esercizio quando in fase prenuziale decide ad esempio di non aver figli per un certo periodo di tempo, ciò che si può e si deve valutare è se, sottesa a tale decisione, vi sia o meno la «accettazione della mutua iniziativa dei coniugi nell'uso dei diritti coniugali»⁷⁶ e dunque la volontà di rispettare la «*facultas petitionis humano modo factae*»⁷⁷ dell'altra parte, conseguenza dell'essenziale reciprocità di ogni diritto coniugale. Come osserva una *coram* Caberletti datata 11 ottobre 2016, «*clavis ad exclusionem boni prolis dignoscendam fertur ab arbitrio quod sibi servat nubens, quippe qui intendat quoad ius ad actus per se aptos ad prolis generationem se omnia, sive de tempore sive de mediis contraceptivis adhibendis, ad suum libitum eligere ac perficere*»⁷⁸.

In dottrina è stato anche proposto di utilizzare il principio espresso dal can. 1135 – «entrambi i coniugi hanno pari dovere e diritto per quanto riguarda la comunità di vita coniugale» – come criterio per verificare la nullità *ob exclusum bonum prolis*, valutando cioè se è stato rispettato o meno il diritto della comparte di partecipare paritariamente alle decisioni in ordine alla procreazione⁷⁹. Su questo presupposto, è più facile provare l'esclusione se si dimostra che nel corso della vita coniugale l'altra parte aveva effettivamente chiesto al presunto simulante di rendersi disponibile alla procreazione, interrompendo la prassi contraccettiva fino a quel momento seguita anche di comune accordo, scontrandosi però con il fermo rifiuto di questi, rimasto inamovibile nonostante le conseguenze del suo atteggiamento antiprocreativo sulla relazione coniugale, a volte così gravi da deteriorarla in modo irreparabile⁸⁰.

⁷⁵ *Coram* Sable, 2 aprile 1998, in RRDec. XC, p. 315, n. 6. Di conseguenza, sul piano pratico, «maximi momenti est in exclusione iuris ad prolem habenda determinare quid fecisset contrahens si comparis exegisset ius ad prolem vel exegisset familiam instaurandam» (R. M. SABLE, *Tradere et accipere: quaedam problemata de mutuo consensu circa ius ad prolem in causis matrimonialibus*, in *Periodica de re canonica* 84 (1995), p. 771).

⁷⁶ J. M. SERRANO RUIZ, *Acerca de algunas notas específicas del derecho y deber conyugal*, in *Revista española de derecho canónico* 30 (1974), p. 19. I diritti coniugali infatti, si osserva nella *coram* Serrano Ruiz del 5 aprile 1973, non possono essere concepiti, voluti e realizzati secondo l'esclusivo criterio e modo di concepire di uno dei due, e questo come diretta conseguenza della natura personale del diritto (in RRDec. LXV, p. 323, n. 3). Nel patto coniugale ci deve dunque essere quella sincera disposizione d'animo in forza della quale «alteruterque sponsorum – quorum nomen iam innuit obligationem personalem – sub alterutrius potestate quodammodo se subiciat et a propria libertate abdicet quo maiorem forte, at interpersonalem nec iam in re coniugali ex uno tantum individuam, adipiscatur» (*coram* Serrano Ruiz, 31 marzo 1979, in RRDec LXXI, p. 150, n. 8). Tale disposizione viene a mancare in maniera sostanziale «non solum, cum deliberate alteruter vel uterque coniux mente theoreticas renuat proprietates coniugii admittere, verum etiam cum tali intentione ducatur ut se subicere alteri detrectet seipsum unum et absolutum futuri matrimonii arbitrum ac iudicem, nullo compartis respectu habito, constituens» (*coram* Serrano Ruiz, 7 maggio 1982, in RRDec. LXXIV, p. 263, n. 4).

⁷⁷ *Coram* Sable, 28 marzo 2012, in RRDec. CIV, p. 72, n. 9.

⁷⁸ *Coram* Caberletti, 11 ottobre 2016, A. 176/2016, n. 7.

⁷⁹ Cfr. K. LÜDICKE, *Fondamenti dell'efficacia invalidante dell'esclusione della prole sul matrimonio*, in J. KOWAL – J. LLOBELL (ed.), *Iustitia et Iudicium. Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, II, Città del Vaticano 2010, pp. 807-818. Dunque, conclude l'autore, «il fatto che le intenzioni di uno dei coniugi riguardo alla procreazione dei figli tengano conto dei diritti altrui è il criterio decisivo ed unico per pronunciarsi sulla validità del matrimonio accusato per esclusione della prole» (ivi, p. 818).

⁸⁰ Come osserva la giurisprudenza rotale, «continua ac tenax denegatio copulae naturalis atque constans et haud remissus usus mediorum contraceptivorum perdurante vita communi, aperte ostendunt praevalentem coniugum intentionem non in limitationem usus iuris concessi, sed praecipue in denegationem ipsius iuris directam fuisse» (*coram* Bruno, 30 marzo 1984, RRDec. LXXVI, pp. 219-220, n. 6).

TESTO PROVVISORIO

Finora si è ragionato soprattutto nell'ottica di un'esclusione unilaterale della prole. Tuttavia non è infrequente che il rifiuto temporaneo o perpetuo della generazione sia concordato prima delle nozze dai nubenti. La giurisprudenza si è da sempre interrogata sul valore da attribuire al patto *de prole non habenda*. Partendo dal presupposto che esso per sua natura fa sorgere diritti e doveri reciproci, in passato si concludeva che se i coniugi avessero pattuito formalmente di non avere figli, anche solo temporaneamente, questo comportava in virtù dell'obbligo antiprocreativo assunto una reciproca limitazione del diritto da cui conseguiva la nullità del matrimonio⁸¹. In seguito⁸² si è pervenuti ad una visione più equilibrata sull'argomento, riflettendo sul fatto che l'accordo tra i nubenti, per la dinamica stessa della vita di coppia che sfugge da certe formalizzazioni tipiche del mondo del diritto e che si fonda su una fiducia reciproca, di solito non è tale da assurgere al rango di patto formale⁸³. È frequente infatti che i nubenti, interrogandosi prima del matrimonio sulla questione "prole", concordino semplicemente di rimandare la procreazione e nulla più; e ciò, tra l'altro, salva restando la questione del metodo utilizzato, può essere conforme alla dottrina della procreazione responsabile⁸⁴, sulla quale ci soffermeremo fra poco.

Dunque, sfuggendo da ogni formalismo e ponendo attenzione al caso specifico, si tratta di esaminare quale sia il contenuto che i nubenti hanno dato al loro accordo – anche valutando i motivi personali e di coppia alla base di tale decisione – e se implicito in esso vi sia il riconoscimento reciproco della possibilità di ciascuno dei due di cambiare idea e dunque di chiedere anche prima del tempo concordato il compimento degli atti idonei alla procreazione⁸⁵. In caso contrario ci si trova di fronte ad una riserva reciproca che ha gli stessi effetti invalidanti della riserva posta solo da uno dei due⁸⁶, sebbene in tale ipotesi

⁸¹ «Si duo contrahentes, ante nuptias, formale pactum bilaterale inter se ineunt de non generandis filiis, recte supponitur eos noluisse sibi invicem tradere ius matrimoniale, sed hoc ius potius positive exclusisse» (coram Wynen, 10 novembre 1949, in RRDec. XLI, p. 537, n. 3). Tuttavia alcune sentenze facevano notare che il patto «plus facere nequit, nisi quod sit utrinque» (coram Felici, 28 febbraio 1950, in RRDec. XLII, p. 105, n. 2); di conseguenza non necessariamente l'accordo andava a limitare il diritto che poteva rimanere integro. Dunque, «non necessario pro tali exclusione [iuris] concludendum est: possibile enim est partes, conventionem facta, merum abusum intendisse, integra manente mutua traditione iuris, et acceptatione obligationis» (coram Brennan, 28 febbraio 1951, in RRDec. XLIII, pp. 185-186, n. 3).

⁸² Sebbene si sottolinei ancora che: «non debilem praesumptionem, insuper, exclusionis ipsius iuris invenit iurisprudencia in pacto communi consensu a nubentibus inito, de prole ad tempus differenda» (coram Arokiaraj, 15 marzo 2012, in RRDec. CIV, p. 62, n. 4).

⁸³ «Recentior iurisprudencia N.F. communiter accipit quod mutua pactio ad effectivam procreationem in posterum tempus differendam, compatibilis esse potest cum vera plenaque commutatione iurium matrimonialium, ideoque consensum ex se non irritat» (coram Burke, 19 ottobre 1995, in RRDec. LXXXVII, p. 559, n. 10). Come già osservava una coram Pompedda datata 8 giugno 1987: «Si de pacto agitur sensu stricto, idest de mutua et formali voluntate coarctandi obiectum consensus, idest re et formaliter, de mutua conditione contra matrimonii substantiam, nemo infitatur momentum maximum eiusmodi conventionis inter coniuges ad probandum defectum consensus idest simulationis. Sed frequentius verbum illud significat meram consensionem duorum nubentium circa futurum matrimonii usum. [...] Nubentes solent convenire tantummodo de facto non suscipiendae aut procrastinandae prolis, quin cogitent de restringendo obiecto consensus» (in RRDec. LXXIX, p. 369, n. 5).

⁸⁴ «Si vero nubentes asseverant se mutuo consilio prolem ad tempus exclusivisse, quidem aestimetur oportet utrum ipsi ordinationem ad actus per se aptos ad prolis generationem per pactum respuissent, obiectum essenziale consensus coniugalis omnino corrumpendo, an tantum methodum ad paternitatem responsabilis attinentem suscipere intendissent» (coram Caberletti, 11 ottobre 2016, A. 176/2016, n. 8).

⁸⁵ Dunque «puede existir en el momento del consentimiento la voluntad de no exigir al otro la realización de la cópula, pero con la conciencia de que si el otro cónyuge se lo exige, está obligado a realizarla» (C. A. CEREZUELA GARCÍA, *El contenido esencial del bonum prolis*, cit., p. 233).

⁸⁶ Nella coram Jaeger del 12 ottobre 2016, dopo aver ricordato che l'esclusione della prole a tempo indeterminato (in cui ci si riserva la facoltà di cambiare idea in futuro, riconoscendo solo da quel momento in poi il diritto della comparte agli atti coniugali) comporta la nullità, aggiunge: «quod sane idem erit si eiusmodi exclusio, respective reservatio, concorditer, seu per pactionem inter se, ab ambabus fiat partibus, eo animo ut nonnisi utraque parte adsentiente matrimonium, quod contrahant, ordinationem ad prolem acquirat et ius ad actus naturales per se aptos ad prolis generationem vicissim tradatur et acceptetur» (A. 177/2016, n. 6).

TESTO PROVVISORIO

L'accordo antiprocreativo non causerà probabilmente una perturbazione nella vita di coppia essendo i due coniugi d'accordo nel non avere figli, come invece spesso succede in caso di esclusione unilaterale dove i desideri dell'uno si scontrano con la chiusura dell'altro. Paradossalmente il suddetto matrimonio, proprio perché basato su una comune progetto di coppia che esclude del tutto la prole, potrà durare tutta la vita, pur essendo comunque nullo.

Il patto può eventualmente contenere una vera esclusione bilaterale condizionata della prole, come nel caso deciso dalla coram Heredia Esteban del 23 febbraio 2015⁸⁷. I due nubenti, a causa di forti dubbi sulla riuscita del matrimonio legati all'immatunità di entrambi, si erano accordati per escludere la prole, riservandosi di cambiare idea solo in futuro, verificato l'andamento della relazione di coppia percepita al momento delle nozze come precaria.

6. La procreazione responsabile e alcuni casi particolari

L'insegnamento conciliare sulla procreazione responsabile, approfondito dall'enciclica *Humanae Vitae* e ribadito dal magistero successivo, ha interpellato anche il diritto matrimoniale canonico. Può essere utile riassumere questa dottrina distinguendo nella dinamica della vita di coppia due momenti⁸⁸. Il primo è il *momento deliberativo* nel quale i coniugi, di comune accordo, dopo un'attenta valutazione di tutte le circostanze (personali, familiari, in relazione agli eventuali figli già nati, materiali, ecc.) giungono, secondo una retta coscienza «davanti a Dio» (GS 50), ad una decisione comune sul progetto di fecondità della coppia. Tale decisione, assunta in maniera consapevole e responsabile, aggiunge l'*Humanae Vitae*, «viene esercitata sia da coloro che, guidati da una prudente considerazione e da grande animo, stabiliscono di accogliere figli più numerosi, sia da coloro che, per motivi seri e nell'osservanza dei precetti morali, decidono di non generare un altro figlio, per un tempo definito o indefinito» (HV 10)⁸⁹. Al momento deliberativo segue il *momento esecutivo* che abbraccia non solo la concreta esecuzione della decisione di rimandare la prole ma, prima ancora, la scelta della modalità di comportamento da tenere nella vita intima. La *Gaudium et Spes* propone l'insegnamento fondamentale poi specificato da Paolo VI: non bastano la sincera intenzione e la ponderata valutazione dei motivi per rendere morale qualunque comportamento volto ad evitare il concepimento, ma è necessario rifarsi a dei criteri oggettivi «fondati nella natura stessa della persona umana e dei suoi atti» (GS 51). Da qui deriva l'illiceità di ogni intervento volto a spezzare l'unità originaria tra i due significati dell'atto coniugale e, al contrario, la liceità morale del ricorso ai periodi infecondi. Sebbene a volte si tenda a ridurre tutta la procreazione responsabile alla questione dei mezzi o metodi utilizzati per evitare la prole, bisogna sottolineare che la dimensione morale viene chiamata in causa già (e primariamente) nel momento deliberativo. D'altra parte, anche il ricorso ai metodi di monitoraggio della fertilità della donna e dunque alla continenza periodica potrebbe per ipotesi inserirsi all'interno di un contesto che non è di

⁸⁷ Scrive il Ponente: «Non agebatur hoc in casu de partium temporanea prolis procrastinatione, abusum matrimonii inducente; patet contrahentes actu positivo voluntatis ius generandi ad tempus indeterminatum absolute exclusisse. Concordi enim voluntate uterque affirmat se normalem copulam aptam ad generationem reiecissee donec, omnibus difficultatibus superatis, de felici exitu unionis certo constitisset. In casu ideo agitur de condicionata prolis exclusionem per pactum patratam, ex qua conicitur partium intentio filios excludendi» (A. 17/2015, n. 14).

⁸⁸ Cfr. L. CICCONE, *Momento deliberativo e momento esecutivo nella Humanae Vitae*, in A. LOPEZ TRUJILLO – E. SGRECCIA (cur.), *Humanae Vitae, servizio profetico per l'uomo*, Roma 1995, pp. 64-66.

⁸⁹ Per un commento a questo brano si veda il recente saggio: R. GERARDI, *L'ultima enciclica di Paolo VI. Una rilettura dell'Humanae Vitae*, Bologna 2018, pp. 115-125.

TESTO PROVVISORIO

procreazione responsabile, nel caso in cui la chiusura ai figli sia per esempio fondata su motivazioni egoistiche e di comodo. La questione è particolarmente complessa sul piano teologico e pastorale come ha mostrato il dibattito riaccessosi negli ultimi anni in occasione dei due Sinodi sulla famiglia e del cinquantesimo anniversario della pubblicazione dell'enciclica di Paolo VI⁹⁰. L'*Amoris Laetitia* da parte sua ha ribadito il valore dell'enciclica paolina, il cui messaggio – come scrive papa Francesco citando la *Relatio* del Sinodo 2014 – «va riscoperto» (AL 82).

Per quanto ci riguarda, è necessario domandarsi quali siano le conseguenze giuridiche di tale dottrina sulla comprensione dell'esclusione del *bonum prolis*. La premessa da cui partiamo – negata la quale non ci sarebbe più alcuna considerazione da fare – è che, sebbene i documenti magisteriali quando espongono il principio della procreazione responsabile si riferiscano sempre ai coniugi collocandosi nell'ambito del matrimonio *in facto esse*, tale principio conforma in qualche modo anche l'*ordinatio ad prolem* come elemento essenziale dell'oggetto del consenso matrimoniale⁹¹. È tuttavia necessario evitare due estremismi. Il primo consiste nel ritenere che la procreazione responsabile entri interamente nell'oggetto del consenso in modo da ridefinire il diritto/dovere promanante dal *bonum prolis* come uno *ius ad procreationem responsabilem*⁹²; in questo modo però si rischierebbe di dare rilievo giuridico invalidante ad ogni intenzione moralmente illecita nell'ambito della procreazione, senza conservare l'adeguata distinzione tra ambito giuridico e ambito morale, tra il minimo giuridicamente esigibile circa l'apertura alla prole da qualunque nubente che intende sposarsi (anche non cattolico, che potrebbe dunque non condividere alcuni principi morali fondati sulla visione cristiana della sessualità) e l'auspicabile piena condivisione (e conseguente attuazione) della dottrina della procreazione responsabile che certo richiede, nel contesto odierno, un cammino umano e di fede non indifferente⁹³.

Altrettanto errata è la visione opposta che nega ogni rilievo giuridico alla dottrina della procreazione responsabile, relegandola nell'ambito morale. A nostro avviso invece, come vedremo a breve, la maggiore o minore coerenza delle motivazioni sottese alla volontà prenuziale di non avere figli con il concetto di responsabilità procreativa incide sulla valutazione dell'eventuale esclusione invalidante.

La giurisprudenza rotale di solito si riferisce a tale dottrina in relazione all'esclusione temporanea della prole per giustificarne l'irrilevanza *pro nullitate*. Infatti uno dei motivi per cui si conclude che questa forma di esclusione non invalida il matrimonio risiede proprio nel

⁹⁰ Si veda per esempio l'interessante confronto tra studiosi (tra i quali alcuni canonisti) sul tema "Famiglia, amore sponsale e generazione" pubblicato in A. BOZZOLO - M. CHIODI - G. DIANIN - P. SEQUERI - M. TINTI (cur.), *Famiglia e Chiesa*, cit., pp. 27-153. Il volume raccoglie i risultati di un Seminario di studio organizzato nel marzo 2015 dall'allora Pontificio Consiglio per la Famiglia.

⁹¹ «Senonché c'è certamente una differenza tra la procreazione responsabile nel consenso e la sua messa in pratica nella vita coniugale. Mentre nel consenso è una disposizione d'animo – una *intentio* – di pensare alla possibile discendenza con serietà e responsabilità senza ulteriori particolarità, del resto non prevedibili; nella vita coniugale questa disposizione va messa in atto, secondo le circostanze, d'accordo con gli insegnamenti conciliari e pontifici». (J. M. SERRANO RUIZ, *L'esclusione della prole e la sua assolutezza: il problema della paternità responsabile*, in ARCISODALIZIO DELLA CURIA ROMANA (ed.), *Prole e matrimonio canonico*, cit., p. 158).

⁹² Secondo questa prospettiva, osserva Martínez Robles, «la responsabilidad al procrear, deber de los conyuges, ha de conformar y entrar en el *bonum prolis* junto a los demas elementos como componente no accesorio, o t n solo referido al uso del matrimonio, aun recto, sino esencial y constitutivo» (P. J. MARTINEZ ROBLES, *Procreación responsable y bien de la prole*, in AA. VV., *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, vol. 15, Salamanca 2000, p. 229).

⁹³ Gi  osservava un decreto coram Serrano Ruiz del 21 giugno 1985: «Praeterea absque ambagibus agnoscenda est legitimitas et etiam bonitas conceptus et praxis "paternitatis responsabilis", quae quodammodo ius coniugale ad procreationem conformare atque ingredi debet. Sed in talibus principiis applicandis, haud facile erit semper distinguere ea quae ad moralitatem pertinent ab iis, quae iuris sunt; illa, quae intelligi possunt de reiecto ipsomet iure: ab iis, quae tantum inducerent coarctatum iuris exercitium, etc.» (in RRDecr. III, p. 178, n. 10).

TESTO PROVVISORIO

fatto che essa, intesa come mera *procrastinatio prolis*, è compatibile con la procreazione responsabile.

Tuttavia, osserva la giurisprudenza, il principio della procreazione responsabile non può opporsi al riconoscimento dello *ius ad coniugales actus* come diritto permanente⁹⁴ e reciproco, pertanto è solo un principio in base al quale, di comune accordo, se ne può moderare l'esercizio: «Procrastinatio prolis, necnon sic dicta paternitas responsabilis [...], nullatenus obiectum essenziale consensus inficere valent, quia ipsae, obiecto essentiali consensus iam a nubentibus tradito atque accepto, solummodo exercitium iuris moderantur»⁹⁵. Da ciò discende come conseguenza logica che la volontà prenuziale di non avere mai figli, coerentemente con la tradizionale impostazione, comporta la nullità del matrimonio senza che sia possibile invocare come ragione contraria sul piano giuridico il principio della procreazione responsabile, visto che essa «se mueve dentro del concepto positivo de procreación, es decir el más o el menos de esta, pero no en el dilema de la procreación o no procreación puesto que la denegación absoluta de la procreación destruye el matrimonio en su ordinación a la prole la cual siempre debe ser salvaguardada»⁹⁶. Dunque, ponendosi nell'ottica della fase prenuziale, nel caso di una coppia che avesse deciso, fosse anche con dispiacere, a causa di gravi controindicazioni di salute alla gravidanza da parte della donna, di escludere la prole in perpetuo, l'unica alternativa possibile sarebbe non sposarsi affatto⁹⁷, dovendo così rinunciare *ob torto collo* ad esercitare in concreto lo *ius connubii*. Il fatto che le motivazioni in tal caso non sarebbero certo ascrivibili ad egoismo ovvero a ragioni di comodità o di carriera poiché relative a beni fondamentali come la vita stessa e la salute non avrebbe, secondo questa prospettiva, alcuna rilevanza.

Riteniamo però che in questa come in altre fattispecie in cui ci si trovi di fronte ad un'esclusione perpetua per motivazioni che si richiamano all'ambito della responsabilità, un'adeguata considerazione della questione potrebbe e dovrebbe condurre, almeno in certi casi, a delle conclusioni diverse⁹⁸. Sono situazioni che si verificano più frequentemente oggi rispetto al passato, tenuto conto dell'avanzamento delle conoscenze diagnostiche cui, purtroppo non segue un corrispondente avanzamento delle possibilità terapeutiche.

Partiamo da un caso che può essere esemplare: i due nubenti sanno che un'eventuale gravidanza comporterebbe dei gravissimi pericoli di salute sia per la donna sia per il feto, pertanto decidono di sposarsi concordando di non avere mai figli. Secondo la visione tradizionale, che tra l'altro ritiene una malattia pericolosa per la salute del feto e/o della

⁹⁴ «Paternitas responsabilis componi utique debet cum characterē perpetuo cuiuslibet iuris coniugalis» (coram Serrano Ruiz, 21 giugno 1985, cit., p. 179, n. 10). Pertanto, «si quis, autem, ante nuptias, paternitatem responsabilem attingere autemet coarctando comparti ius ad copulam intra solum tempus ad prolem suscitandam pro lubitu exercendum statutum, aut – uti Pius XII in Allocutione diei 29 octobris a. 1951 declaravit – idem ius ad sola tempora agenesiaca limitando, matrimonialis consensus invalidus censendus est» (coram Bruno, 22 marzo 1991, in *Il Diritto Ecclesiastico* 102/II (1991), p. 177, n. 5).

⁹⁵ Coram Caberletti, 11 ottobre 2016, A. 176/2016, n. 8. E in una coram Amenta del 22 aprile 2013 si legge: «Procreatio responsabilis est enim dilatio usus iuris ad tempus magis favorevole, proinde dilatio iuris iam in actu consensus comutati. Secus, haberi non potest nec usus neque dilatio» (A. 131/2013, n. 6).

⁹⁶ A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Simulación parcial por exclusión de la prole*, cit., pp. 193-194.

⁹⁷ Come sostiene per esempio G. Ricciardi in *Procreazione responsabile ed esclusione del bonum prolis*, in ARCISODALIZIO DELLA CURIA ROMANA (ed.), *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1990, p. 181.

⁹⁸ Sul tema si vedano le argomentazioni condivisibili di C. Peña García negli articoli: *Exclusión del bonum prolis, paternidad responsable y SIDA*, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Rivista telematica, ottobre 2006, https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=405909&d=1; *Bonum prolis e ius connubii: cuestiones abiertas*, in *Estudios Eclesiásticos* 83 (2008), pp. 699-707. Si vedano anche I. ZUANAZZI, *Valori fondamentali del matrimonio*, cit., pp. 197-203; P. MONETA, *Il bonum prolis e la sua esclusione*, in ARCISODALIZIO DELLA CURIA ROMANA (ed.), *Prole e matrimonio canonico*, cit., pp. 95-96.

TESTO PROVVISORIO

madre una *causa excludendi* oggettivamente grave, questi casi verrebbero risolti *pro nullitate*⁹⁹.

Nel tentativo di impostare diversamente la questione, può essere utile prendere le mosse dal già citato discorso di Pio XII alle ostetriche del 1951, dove il Pontefice in relazione al compimento degli atti coniugali (che costituiscono oggetto di un diritto/dovere tra i coniugi) osserva che «da quella prestazione positiva obbligatoria possono esimere, anche per lungo tempo, anzi per l'intera durata del matrimonio, seri motivi, come quelli che si hanno non di rado nella cosiddetta "indicazione" medica»¹⁰⁰. Dunque, nel caso di serie motivazioni che mettono in pericolo valori fondamentali della persona (la vita e la salute), ci si trova di fronte all'impossibilità morale di esercitare durante la vita coniugale un diritto/dovere che pure continua a sussistere¹⁰¹.

Ponendoci ora nella prospettiva del *matrimonium in fieri*, i due nubenti, informati della situazione e delle problematiche mediche, potrebbero giungere in coscienza alla conclusione di essere impossibilitati moralmente ad avere figli (da loro comunque desiderati), magari conservando la speranza di nuove terapie che permetterebbero in futuro di rivedere tale decisione, più subita che voluta. Se si volesse adoperare la classica distinzione, in questo caso si potrebbe ritenere che, in fin dei conti, i due nubenti hanno solo deciso in maniera concorde di rinunciare all'esercizio del diritto (o al suo uso moralmente lecito) per tutta la vita (non ritenendo possibile alcuna cura), oppure a tempo indeterminato, consapevoli di non avere per ora valide alternative ma pronti a ricorrere a future terapie che rendessero possibile la procreazione evitando i pericoli suddetti. In questo caso il desiderio dei figli, sebbene percepito per oggettive motivazioni di salute come irrealizzabile essendo accompagnato dalla coscienza di non poter procreare, farebbe propendere per l'assenza dell'atto positivo di volontà escludente l'ordinazione del matrimonio alla prole¹⁰². L'alternativa sarebbe in pratica riconoscere l'impossibilità dei due di potersi sposare ritenendo nel caso mancanti i presupposti indispensabili per esercitare il diritto alle nozze.

Un'altra fattispecie problematica dal punto di vista della sua soluzione giuridica riguarda una coppia che si sposa avendo già figli; sono situazioni oggi abbastanza comuni legati a diversi fenomeni: l'aumento delle convivenze, lo spostamento in avanti dell'età in cui ci si sposa, la diffusione della mentalità che considera la scelta di avere figli non necessariamente legata al progetto matrimoniale, ecc. In maniera esemplificativa mi riferisco ad un caso realmente trattato in un tribunale ecclesiastico, quello di una coppia che dopo una decennale convivenza durante la quale avevano avuto due figli, entrambi desiderati, si sposarono avendo concordato di non averne più, considerata soprattutto la situazione economica precaria in cui versavano. Dagli atti emerge tra l'altro che la coppia

⁹⁹ Come deciso ultimamente da una coram Monier del 16 marzo 2018 (A. 51/2018) in terzo grado di giudizio. Nel caso i nubenti, scoperta la malattia infiammatoria autoimmune di cui soffriva la donna avevano deciso di non avere figli. In secondo grado di giudizio la donna così riporta la loro decisione: «Io e X concordammo, dopo aver a lungo discusso, di sposarci alla condizione di non prendere mai in considerazione una gravidanza in quanto risultava molto pericolosa per la mia salute» (n. 8). Venne interrogato anche il medico curante che aveva edotto le parti dei gravi rischi connessi alla malattia: «La controindicazione alla gravidanza era assoluta per quanto riguarda il Methotrexate [...] Posso dire quindi che la signora di fronte a quella diagnosi si era rassegnata al fatto che non avrebbe dovuto avere figli, o che la gravidanza sarebbe stata sicuramente ad alto rischio sia per lei che per il feto» (n. 9).

¹⁰⁰ PIUS XII, *Allocutio Conventui Unionis Italicae inter Obstetices*, cit., p. 846.

¹⁰¹ In questo caso, poiché si teme «iudicio prudentis medici grave periculum vitae vel sanitatis» viene meno lo «ius exigendi debitum» (F. M. CAPPELLO, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis*, cit., p. 862).

¹⁰² Dunque, osserva Zuanazzi, nel caso concreto bisogna verificare «se, nonostante il fatto di escludere la prole, gli sposi nell'intraprendere la vita matrimoniale siano animati da una fondamentale disposizione di rispetto e di apertura alla generazione di nuove vite, quantunque siano indotti a non attuare il concepimento per ragioni oggettivamente gravi che superano la loro volontà» (I. ZUANAZZI, *Valori fondamentali del matrimonio*, cit., 203).

TESTO PROVVISORIO

avrebbe voluto sposarsi prima, ma non aveva potuto farlo proprio per motivi economici. Il Turno sentenziò affermativamente per esclusione bilaterale della prole; tuttavia anche in questo caso sorgono alcune domande: la decisione di non avere ulteriori figli, viste le ragioni prospettate, non poteva essere considerata lecita alla luce del principio della procreazione responsabile che invita a formarsi un retto giudizio «di comune accordo» (GS 50) tenendo presente anche il bene della prole già nata e le condizioni materiali in cui ci si trova? E di conseguenza, essendoci già due figli, seppure nati durante la convivenza, non si potrebbe in questo caso ritenere che l'*ordinatio ad bonum prolis* sia stata implicitamente accolta nel momento in cui i due nubenti sposandosi hanno inteso inserire la prole nata nel nuovo contesto autenticamente coniugale? Sono casi delicati con i quali, come già detto, è necessario fare i conti – usando lo stesso metro di giudizio – non solo in fase di verifica della nullità ma primariamente in fase di ammissione alle nozze, che presuppone l'assenza di motivi che si oppongono alla valida celebrazione nuziale (cfr. can. 1066). Se i nubenti hanno già figli – come nel caso prospettato o in altri simili (per esempio di una coppia sposata civilmente da tempo con prole che accede al matrimonio dopo che uno dei due ha ottenuto la dichiarazione di nullità) – l'esame degli sposi¹⁰³ relativamente alla domanda circa la prole richiede particolare attenzione, capacità di discernimento nel parroco e sincerità nelle parti. La valutazione della situazione nell'una come nell'altra prospettiva (quella prenuziale e quella di verifica della nullità) va fatta caso per caso, evitando un'applicazione automatica delle tradizionali presunzioni sopra esposte.

Concludendo questo punto, sembra dunque necessario per una valutazione realistica e fondata sull'equità dei casi sopra esposti non fermarsi alla rigida considerazione della questione dalla prospettiva della distinzione diritto/esercizio del diritto (con la sua quasi inevitabile equazione: rifiuto perpetuo della prole = esclusione invalidante del diritto), che da strumento utile nelle mani del giudice potrebbe trasformarsi piuttosto in un immotivato ostacolo alla realizzazione del bene delle persone nel matrimonio, dando invece – nella linea indicata da *Amoris Laetitia* – maggiore spazio alla coscienza dei fedeli (cfr. AL 37), retta e informata¹⁰⁴, cui spetta valutare il peso delle suddette motivazioni che potrebbero opporsi alla procreazione, sfuggendo – si legge ancora nell'esortazione apostolica – da un ideale teologico (ma potremmo aggiungere, anche canonico) «troppo astratto, quasi artificiosamente costruito, lontano dalla situazione concreta e dalle effettive possibilità» (AL 36) di ciascuno. Inoltre, soprattutto in relazione al primo esempio formulato, risulta utile richiamare un principio generale più volte sottolineato dal magistero specie in relazione all'incapacità: la scelta matrimoniale è possibile per ogni uomo e donna nel senso che non si può richiedere ciò che non è alla portata della maggior parte delle persone; dunque non si può esigere nelle circostanze sopra indicate (pericolo per la vita o la salute) una decisione prenuziale eroica, sebbene in un'ottica di fede e di abbandono alla Provvidenza nessuno vieti alla coppia di fare scelte diverse.

¹⁰³ Si vedano le indicazioni di Benedetto XVI nella Allocuzione alla Rota Romana, 22 gennaio 2011, in AAS 103 (2011), pp. 110-112. In dottrina utili approfondimenti nell'ottica giuridico-pastorale si trovano negli articoli: P. BIANCHI, *L'esame dei fidanzati: disciplina e problemi*, in *Quaderni di diritto ecclesiale* 15 (2002), pp. 354-394; ID., *L'esame dei contraenti come strumento pastorale*, in H. FRANCESCHI (cur.), *Matrimonio e famiglia. La questione antropologica*, Roma 2015, pp. 335-353.

¹⁰⁴ La coscienza non può evidentemente diventare un alibi per qualunque scelta che prescindere dalla verità fondamentale della persona. Come si legge in AL 34 non bisogna confondere «la genuina libertà con l'idea che ognuno giudica come gli pare, come se al di là degli individui non ci fossero verità, valori, principi che ci orientano, come se tutto fosse uguale e si dovesse permettere qualsiasi cosa». In AL 303 si afferma che «bisogna incoraggiare la maturazione di una coscienza illuminata, formata e accompagnata dal discernimento responsabile e serio del Pastore».

TESTO PROVVISORIO

7. L'esclusione della prole nelle ipotesi di ricorso alla fecondazione artificiale.

In caso di infertilità o quando c'è il timore di trasmissione alla prole di malattie genetiche è sempre più comune oggi il ricorso a tecniche di fecondazione artificiale omologhe o eterologhe (ricorrendo ai gameti donati da un soggetto terzo) con l'eventuale intenzione, effettuata la diagnosi preimpianto, di impiantare in utero solo gli embrioni sani. Al di là della rilevanza morale¹⁰⁵, la questione nell'ottica della nullità matrimoniale nasce quando tale volontà è già presente prima delle nozze¹⁰⁶. In riferimento alla fattispecie simulatoria, essa ammette una duplice considerazione: sul piano sostanziale si tratta di verificare se e a quali condizioni questa volontà sia tale da limitare sostanzialmente il dono coniugale di sé impedendo il sorgere di un vero matrimonio; sul piano sistematico si tratta di stabilire dove collocare la singola fattispecie, verificando quale dei tradizionali beni del matrimonio è stato direttamente e primariamente escluso dal nubente. Generalmente si ritiene che le ipotesi di fecondazione artificiale omologa possano rilevare per esclusione del *bonum prolis*, infatti «la frantumazione antropologica e affettiva del rapporto sessualità-procreazione, voluta nel momento costitutivo e genetico del matrimonio, introduce nella relazione coniugale un'alterazione delle condizioni fondamentali di giustizia, visibile in primo luogo nella rottura della *ordinatio ad prolem*»¹⁰⁷. Le ipotesi di fecondazione artificiale eterologa, che suppongono sempre l'intervento di un terzo estraneo alla coppia, vengono invece ricondotte di solito all'esclusione del *bonum fidei*. Su queste ultime non ci soffermeremo; tralascieremo pure l'eventuale rilevanza per esclusione del *bonum coniugum*.

La dottrina ammette pacificamente che se uno o entrambi i nubendi hanno la ferma intenzione di procreare solo ed esclusivamente mediante le tecniche di fecondazione artificiale omologa, sostitutive dall'atto coniugale, indipendentemente dal motivo sotteso a questa decisione, il matrimonio è invalido. Il caso può apparire a prima vista paradossale: nei nubenti vi è la disponibilità ad avere figli (anzi un forte desiderio di essi), ciò che con tutta evidenza manca è però la completezza del dono della propria sessualità. Infatti, la volontà di procreare solo mediante fecondazione artificiale comporta implicitamente e necessariamente l'intenzione di frustrare sempre il significato procreativo degli atti coniugali, facendo venir meno così anche il significato autenticamente unitivo degli stessi. In ultima analisi – al di là dell'intenzione di giungere alla nascita dei figli per una via illecita – si esclude il diritto-dovere agli atti coniugali per sé idonei alla procreazione. Ciò è ribadito per esempio da una coram Caberletti del 14 aprile 2015 in cui si legge: «Si nubens

¹⁰⁵ Cfr. CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDELI, *Instructio Donum vitae*, 22 febbraio 1987, in AAS 80 (1988), pp. 70-102; ID., *Instructio Dignitas personae*, 8 settembre 2008, in AAS 100 (2008), pp. 858-887.

¹⁰⁶ Si riprendono alcune considerazioni svolte più ampiamente in F. CATOZZELLA, *L'esclusione del bonum fidei e del bonum prolis nei casi di fecondazione artificiale*, in ARCISODALIZIO DELLA CURIA ROMANA (ed.), *Il bonum fidei nel diritto matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 2013, pp. 259-278. Tra i numerosi articoli sul tema si vedano anche: U. NAVARRETE, *Novae methodi technicae procreationis humanane et ius canonicum matrimoniale*, in *Periodica de re canonica* 77 (1988), pp. 77-107; M. GUIDA, *Riflessi giuridici della fecondazione artificiale nel diritto matrimoniale canonico*, in *Apollinaris* 76 (2003), pp. 183-201; P. MALCANGI, *Tecniche di fecondazione artificiale e diritto matrimoniale canonico*, in *Quaderni di diritto ecclesiale* 11 (1998), pp. 406-432; J.J. GARCIA FAILDE, *Incidencia de las técnicas de reproducción artificial asistida en la exclusión de la prole y del la fidelidad*, in AA.VV., *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, vol. 12, Salamanca 1996, pp. 267-283; H. FRANCESCHI, *Il contenuto del bonum prolis e del bonum fidei alla luce del fenomeno della procreazione artificiale*, in *Ius Ecclesiae* 10 (1998), pp. 241-252; G. DALLA TORRE, *L'esclusione della prole e la fecondazione assistita*, in ARCISODALIZIO DELLA CURIA ROMANA (ed.), *Prole e matrimonio canonico*, cit., pp. 167-177; M. WEGAN, *Esclusione del bonum prolis e fecondazione artificiale*, in *Quaderni dello Studio Rotale* 15 (2005), pp. 93-122; E. DI BERNARDO, *La procreazione assistita ed i rischi delle tecniche: dal profilo medico ed etico alla recente riflessione giuridico-canonica in relazione al contenuto del bonum prolis, fidei e del bonum coniugum*, in *Civitas et Iustitia* 6 (2008), pp. 185-209.

¹⁰⁷ F.A. NASTASI, *La fecondazione artificiale nella prospettiva del Diritto Canonico del matrimonio e della famiglia*, Roma 2005, p. 365.

TESTO PROVVISORIO

solummodo per procreationem artificialem in matrimonio ineundo prolem generare intendit, quidem non concedit ius ad actus per se aptos ad prolis generationem»¹⁰⁸. Nella vicenda sottoposta ai giudici rotali, l'uomo, molto desideroso di diventare padre, già prima del matrimonio aveva previsto l'eventualità di ricorrere alla fecondazione artificiale (anche eterologa) per avere figli, come di fatto fece (senza risultati) durante la vita coniugale dopo alcuni anni di tentativi di procreare in maniera naturale e nonostante l'adozione di un bambino. La decisione è negativa per il capo dell'esclusione della prole perché non risulta che egli prima delle nozze avesse deciso di avere figli soltanto tramite il ricorso a tecniche artificiali¹⁰⁹.

Un caso più complesso, che ha dato origine a risposte diverse in dottrina, riguarda la volontà prenuziale di ricorrere alla fecondazione artificiale omologa in maniera sussidiaria ovvero *si casus ferat*, qualora si scoprisse che non è possibile generare in maniera naturale o mediante tecniche non sostitutive della copula coniugale. Senza negare l'esistenza di responsabilità sul piano morale qualora tale decisione venisse poi attuata, alcuni autori ritengono eccessivo far derivare la nullità del matrimonio da questa previsione concorde o unilaterale dei nubenti, in quanto essa non comporta né la violazione dell'unità del matrimonio, né l'esclusione dell'aspetto unitivo¹¹⁰, e – si sottolinea anche – la scissione tra atto coniugale e procreatività è solo temporanea, non estesa a tutto il comportamento matrimoniale¹¹¹.

La soluzione del problema richiede a nostro avviso un'attenta valutazione dell'intensità della volontà prenuziale, da farsi caso per caso. Il mero proposito o la mera previsione di ricorrere a queste tecniche, come accaduto nella vicenda decisa dalla coram Caberletti, non va ad intaccare l'oggetto proprio del consenso matrimoniale. Se si tratta invece di una vera *reserva iuris* di ricorrere alla fecondazione omologa in caso di sterilità allora ne consegue l'invalidità del matrimonio, in quanto tale riserva va a limitare direttamente, sin dal suo sorgere, il diritto/dovere alla procreazione potenziale «non nisi per copulam modo naturali peractam»¹¹² che deve essere, come ogni altro diritto coniugale, permanente e ininterrotto. Ci si riserva dunque un comportamento che, lungi dal prevedere un semplice abuso, viola alla radice tale diritto coniugale al fine di ottenere ad ogni costo un figlio, strumentalizzando così l'altro. In questa fattispecie (similmente a quanto avviene in altre ipotesi) ciò che è ipotetico è il verificarsi della circostanza (ossia l'accertata sterilità), non l'esclusione del diritto coniugale permanente, che è invece positivamente intesa sin da prima delle nozze. Per stabilire se, nel caso concreto, si sia trattato di una mera previsione o di una vera riserva invalidante risulterà di grande aiuto soppesare il comportamento post-nuziale del simulante (che per esempio impone il ricorso a tali tecniche come un proprio diritto, senza ascoltare alcuna ragione) e il suo *animus* prenuziale nei confronti della prole: quanto maggiore è il desiderio del soggetto di avere figli ad ogni costo e, allo stesso tempo, quanto più concreti

¹⁰⁸ Coram Caberletti, 14 aprile 2015, A. 61/2015, n. 7.

¹⁰⁹ La decisione è tuttavia affermativa per condizione implicita *de prole habenda*, sottolineando soprattutto il rilievo del *criterium aestimationis* e i numerosi tentativi per avere figli cui la coppia si sottopose per volontà dell'uomo.

¹¹⁰ Cfr. P. MALCANGI, *Tecniche di fecondazione artificiale*, cit., p. 400. Secondo Dalla Torre questo è un caso tipico in cui emerge il divario tra morale e diritto, perché «se le pratiche di fecondazione artificiale sono generalmente illecite da un punto di vista morale, la volontà di un eventuale ricorso ad esse non appare di per sé insufficiente per la prestazione di un valido consenso, nella misura in cui il *bonum prolis* non è in discussione ed il *bonum coniugum* non è intaccato da un positivo atto di volontà diretto ad escludere ogni *cooperatio sexualis*» (G. DALLA TORRE, *L'esclusione della prole*, cit., p. 174).

¹¹¹ Cfr. M. GUIDA, *Riflessi giuridici della fecondazione artificiale*, cit., p. 190.

¹¹² U. NAVARRETE, *Novae methodi technicae procreationis humanae*, cit. 98. Pertanto tra le “*reservationes iuris*” che possono rendere invalido il matrimonio Navarrete recensisce lo «*ius adhibendi foecundationem homologam in vase vitro, si aliter coniuges filios procreare non possunt*» (ivi, 97).

TESTO PROVVISORIO

sono i dubbi e gli indizi che fanno ritenere già prima del matrimonio la sterilità dell'una o dell'altra parte una realtà concreta e non solo una mera possibilità, tanto più facile sarà la prova della riserva invalidante.

Spesso la volontà prenuziale di procreare esclusivamente tramite fecondazione *in vitro* è motivata dall'alto rischio di generare figli malati, in quanto i coniugi sono entrambi portatori sani della stessa anomalia genetica. In tale volontà è compresa anche l'intenzione di ricorrere alla diagnosi pre-impianto al fine di selezionare gli embrioni sani da impiantare nell'utero¹¹³. In questo caso, alla limitazione dello *ius ad procreationem per actum proprium unionis coniugalis* si somma anche l'esclusione del *bonum physicum prolis*. La volontà di eliminare gli embrioni malati in nulla si distingue sul piano sostanziale, al di là del diverso periodo gestazionale in cui l'atto è compiuto¹¹⁴, dalla *intentio praenuptialis abortum procurandi* già considerata invalidante, se antecedente alle nozze, dalla giurisprudenza rotale.

8. Questioni relative alla prova

Com'è noto, l'oggetto della prova nelle cause di simulazione è l'atto positivo di volontà escludente. La giurisprudenza rotale ha elaborato nel tempo uno schema probatorio che prende l'avvio dalla confessione giudiziale ed extragiudiziale del presunto simulante (prova diretta), cui segue l'individuazione della *causa excludendi* prossima e remota (cioè del motivo che avrebbe spinto il soggetto ad escludere quel determinato aspetto essenziale del matrimonio) e la valutazione della sua gravità in relazione alla *causa contrahendi*, per poi terminare con l'esame delle circostanze precedenti e seguenti il matrimonio (prova indiretta). Prova diretta e prova indiretta sono due vie complementari, da percorrere insieme in modo che, lungi dall'effettuare una mera giustapposizione, ogni elemento venga letto e interpretato alla luce degli altri¹¹⁵.

Rimandando ad altri studi che hanno approfondito la prova della simulazione¹¹⁶, ci limitiamo in questa sede solo a qualche considerazione, in primo luogo circa la *causa excludendi*. È questa che permette di interpretare rettamente le dichiarazioni delle parti in giudizio e di cogliere il significato di certe circostanze¹¹⁷. Dallo studio delle sentenze rotali

¹¹³ Sul tema è intervenuta l'Istr. *Dignitas personae*: «La diagnosi pre-impiantatoria – sempre connessa con la fecondazione artificiale, già di per sé intrinsecamente illecita – è finalizzata di fatto ad una *selezione qualitativa con la conseguente distruzione di embrioni*, la quale si configura come una pratica abortiva precoce» (cit., p. 873, n. 22).

¹¹⁴ Con aborto si intende infatti – ha chiarito la Pontificia Commissione per l'Interpretazione del Codice di Diritto Canonico – «l'uccisione del feto in qualunque modo e in qualunque tempo dal momento del concepimento» (*Risposte a dubbi*, 23 maggio 1988, in AAS 80 [1988], p. 1818).

¹¹⁵ «Probationem directam inter et indirectam mutuus habetur nexus tum quoad vim probativam singulis elementis tribuendam [...] tum eo ipso quoad necessitatem perpendendi simul elementa primae et alterius probationis. [...] Hunc ob nexum intimum et necessario animadvertendum pro recta aestimatione vis singulorum elementorum probantium, in sententiis rotalibus apparet [...] iudicem, ad certitudinem moralem efformandam, omnia elementa probantia (sc. sive eorum existentiam sive defectum) simul perpendere debet» (Z. GROCHOLEWSKI, *De exclusione indissolubilitatis ex consensu matrimoniali eiusque probatione*, Neapoli 1973, pp. 182-183).

¹¹⁶ Si vedano per esempio I. ZUANAZZI, *La prova della simulazione del matrimonio canonico con particolare riferimento all'esclusione del bonum prolis e del bonum coniugum*, in ASSOCIAZIONE CANONISTICA ITALIANA (ed.), *La prova della nullità matrimoniale secondo la giurisprudenza della Rota Romana*, Città del Vaticano 2011, pp. 197-228; A. ZAMBON, *L'atto positivo di volontà e la prova della simulazione*, in *Quaderni di diritto ecclesiale* 20 (2007), 199-217.

¹¹⁷ «Causa [excludendi] apparet elementum caeteris rationabilibus ex quo verba desumant maiorem vel minorem internam credibilitatem et facta in unum magis quam in alium sensum significationem accipiant. Causa sic optime ad sententiam ordinatur, quae et ipsa per argumenta et ex rationabilibus procedit, praesertim his in casibus, in quibus probatio directa perperam quaereretur» (coram Serrano Ruiz, 11 gennaio 1985, in RRDec. LXXVII, p. 12, n. 3).

TESTO PROVVISORIO

emerge un'ampia rassegna di potenziali *causae excludendi*¹¹⁸ che, pur con inevitabili approssimazioni, possono essere a nostro avviso classificate in quattro categorie:

a) Motivazioni legate alla personalità del soggetto simulante e alla sua biografia (per esempio in relazione a particolari esperienze vissute nella famiglia di origine). Tra le altre: avversione ai figli causata dall'aver vissuto un'infanzia difficile, egoismo, sfiducia nelle proprie capacità genitoriali, una radicata visione del mondo e della famiglia pessimista, forme più o meno gravi di psicopatologia¹¹⁹, un atteggiamento che tende ad evitare le responsabilità, fobia del parto, ecc.

b) Motivazioni legate alla relazione di coppia e alle circostanze in cui si svolge il fidanzamento: dubbi sul felice esito dell'unione, dubbi sui propri sentimenti o sui sentimenti del fidanzato, incertezza sulle capacità genitoriali di quest'ultimo, conflittualità, ecc.

c) Motivazioni di natura economica o lavorativa che di solito saranno all'origine di una mera procrastinazione della prole – in attesa, per esempio, di trovare un lavoro a tempo indeterminato, di raggiungere un certo livello professionale, ecc. – ma che in certi casi potrebbero condurre ad una esclusione condizionata della prole, come già sottolineato in precedenza.

d) Infine motivazioni di salute, cioè legate a gravi rischi in caso di gravidanza per la madre o per il feto a causa per esempio di tare genetiche ereditarie¹²⁰. Sono casi peculiari dei quali abbiamo già parlato.

Com'è evidente, più motivazioni possono coesistere e rafforzarsi a vicenda¹²¹. Le motivazioni afferenti la personalità e la mentalità del soggetto configurano primariamente la componente remota della *causa excludendi*; tuttavia possono essere di tale natura e così radicate e pervasive da configurare l'intera grave *causa excludendi* capace di generare la simulazione.

Alcune sentenze invitano a valutare l'ipotetica *causa excludendi* anche sotto il profilo temporale per discernere se essa fu realmente all'origine di una volontà simulatoria oppure fu solo una motivazione per rimandare la prole per qualche tempo¹²². Una causa perpetua – cioè che si è convinti non potrà mai essere superata – farà propendere per la prima ipotesi; una causa temporanea – che si prevede si risolverà in un tempo circoscritto – renderà invece più verosimile la seconda ipotesi.

¹¹⁸ Per un dettagliato elenco si veda C. GUZMÁN PÉREZ, *La exclusión del bonum prolis*, cit., pp. 159-174.

¹¹⁹ «Inter tot quae esse possint simulandi causas, adnumerandi sunt etiam animi status vel mentis condiciones contractus adimpletionum contrariae (quin autem cum exclusione “habituali” confundatur). Istaе, quamvis non probentur partem consensus incapacem reddidisse, in partem voluntatem influxum exercuisse censerі possunt, quo pars mota sit (veluti a causa simulandi) ad aliquam matrimonii essentialē proprietatem vel aliquod essentialē elementum a matrimonio, quod contraheret, excludendum» (coram Jaeger, 14 aprile 2015, A. 62/2015, n. 4). Nel caso si trattava di un'avversione sessuale da parte della donna simulante.

¹²⁰ Come la microcitemia; si legge al proposito in una coram Alwan datata 8 marzo 2011: «qui tali anomalia laborat saepe in pavorem procreationis incidit qui in animo eius gignit intentionem procreationem excludendi, ob timorem filios generandi eadem anomalia affectos» (in RRDec. CIII, p. 85, n. 8).

¹²¹ «Cum homo non sit instrumentum computatorium, minime excludi potest diversas causas in unum conspirare exitum. Profundiori analysi Actoris de causa simulandi declarationes subicere diversas ad agrum pertineret psychēs scientiarum. Heic sufficiat observare diversas causas ab Actore diversis momentis prolatas inter se haud sibi contradicere et facile componi» (coram Jaeger, 12 ottobre 2016, n. 17)

¹²² «Ad decernendum utrum in casu reapse agatur de exclusionē ipsius iuris/obligationis, an tantum de exclusionē meri exercitii/adimplementi, multum confert diligens investigatio de natura causae assertae exclusionis; scil.: utrum agatur de causa potius *temporanea* (quae ideo plerumque deficit post aliquod tempus), an de causa, quae iam tempore nuptiarum conicitur tamquam *perpetua*, vel saltem quae perpetuo permanere potest» (coram Defilippi, 30 marzo 2000, in RRDec. XCII, pp. 281-283, n. 8). E in una coram Serrano Ruiz del 28 luglio 2006 si osserva: «Saepe haec distinctio [inter ius et exercitium iuris] iure meritoque intenditur uti praesumptio (can. 1584) per habitudinem ad causam exclusionis; ita ut causa perpetua potius in exclusionem iuris concludat; temporalis autem pro eiusdem tantum exercitio suadeat» (in RRDec. XCVIII, pp. 281-282, n. 4).

TESTO PROVVISORIO

8.1. Il comportamento nella vita intima

Per quanto riguarda le circostanze successive alla celebrazione delle nozze grande rilievo riveste l'accertamento del comportamento nella vita intima; bisogna in particolare chiedersi: a) se, a partire da quando (subito dopo le nozze o dopo un certo periodo) e per quanto tempo sono stati usati metodi contraccettivi; b) se tale uso è stato costante e ininterrotto; c) di chi è stata l'iniziativa e qual è stato il grado di adesione dell'altra parte; c) quali metodi sono stati utilizzati e perché (la scelta può dipendere dalla convinzione che un certo metodo sia più affidabile ed efficace oppure da altre ragioni come per esempio controindicazioni mediche all'uso della pillola antiprogesterinica da parte della donna); d) se vi è stata disponibilità a recedere da tale comportamento di fronte alle legittime richieste procreative della comparte¹²³. Il valore probatorio di tale comportamento dipende dunque da alcune sue caratteristiche: l'immediatezza, la costanza, la tenacità, l'eventuale unilateralità. Come è stato scritto, «quanto più è *immediato* (cioè praticato fin dagli inizi della vita comune) e *tenace* (cioè protratto, magari a petto della contestazione dell'altra parte) è l'uso di tecniche contraccettive, tanto più forte è la possibilità di presumere che il soggetto negasse *radicitus* la facoltà del coniuge di porre atti adatti alla procreazione e l'ordinazione di principio dell'istituto matrimoniale alla procreazione della prole»¹²⁴.

La prassi contraccettiva, tenuto conto del noto principio «facta sunt eloquentiora verbis», può avere in alcuni casi un valore così manifestativo della volontà prenuziale contraria alla procreazione, da permettere di conseguenza – accertata la sussistenza di una grave *causa excludendi* – di giungere alla certezza morale *pro nullitate* anche in assenza della confessione del presunto simulante.

Il valore probatorio va valutato caso per caso, come per qualsiasi altra circostanza. Può infatti accadere che la prassi contraccettiva sia inizialmente dipesa dalla mera volontà prenuziale di rimandare la prole per un certo periodo, volontà che solo in seguito si è trasformata in un rifiuto assoluto di avere figli cui è seguita la prosecuzione di tale comportamento per tutta la durata della convivenza coniugale. Come già osservava una *coram Rogers* del 19 ottobre 1965, «abusus enim matrimonii aequae profluere potest, nisi contrarium manifeste evincatur, ex intentione excludendi proles ad tempus, quae per causas supervenientes de facto fit perpetua»¹²⁵. Dunque ciò che bisogna ragionevolmente dimostrare è il nesso di causalità che lega il comportamento nella vita intima e la volontà prenuziale realmente esclusoria. L'indagine sulla vita coniugale va poi allargata oltre la sfera sessuale per individuare eventuali circostanze esterne alla coppia che però hanno inevitabili ricadute al suo interno (per esempio l'aumento del carico lavorativo oppure, all'opposto, la perdita del lavoro, un trasferimento, la morte di un parente, ecc.) oppure circostanze direttamente legate alla relazione coniugale (calo del sentimento, mancanza di dialogo, infedeltà, ecc.) che potrebbero aver influito sulla progettualità procreativa andando a modificare quella che era la volontà prenuziale, in un senso o in un altro. Bisogna ricordare che uno stesso fatto può essere vissuto diversamente da ciascun coniuge, a seconda della sua personalità e della formazione ricevuta; dunque si tratta di verificare nel caso concreto qual è stata la risonanza che il fatto ha avuto sulla persona e come eventualmente ciò l'abbia condotta a modificare certe decisioni in materia di procreazione.

¹²³ Bisogna dunque verificare in relazione a tale comportamento ««utrum de communi consilio evenerit an statuentem urgenteve asserto simulante; quanam – magis minusve certa – methodo; quanam constantia seu pervicacia, ac quam longe» (coram Ferreira Pena, 18 aprile 2012, in RRDec. CIV, p. 110, n. 9).

¹²⁴ P. BIANCHI, *L'esclusione della prole*, cit., p. 132.

¹²⁵ *Coram Rogers*, 19 ottobre 1965, in RRDec. LVII, p. 682, n. 5.

TESTO PROVVISORIO

Nel valutare il criterio temporale del comportamento contraccettivo (ossia per quanto tempo è proseguito) è necessario considerare che anche la durata della vita coniugale incide sulla valutazione della circostanza; è evidente che se il matrimonio è durato poco (ed è terminato per motivazioni non legate al rifiuto della prole da parte del presunto simulante) tale prassi risulterà poco significativa¹²⁶.

Di grande rilievo è poi la tenacità e l'unilateralità del comportamento contraccettivo, ossia il fatto di aver continuato in maniera imperterrita a cautelarsi o l'aver imposto al coniuge di non interrompere l'uso dei contraccettivi, nonostante le richieste di quest'ultimo di aprirsi alla procreazione¹²⁷.

Per quanto riguarda il metodo usato per evitare la generazione, al di là del diverso grado di illiceità morale (coito interrotto e contraccettivi, farmaci intercettivi e contragestivi) spesso si è sottolineato che quanto più è efficace in base alle statistiche scientifiche tanto più è indice di una volontà fermamente contraria alla procreazione; tuttavia a questo criterio oggettivo è necessario accostare un criterio soggettivo: ciò che maggiormente rileva non è tanto l'efficacia scientifica del metodo quanto piuttosto la convinzione che aveva il simulante che esso era effettivamente sicuro per raggiungere lo scopo antigenerativo. A tal proposito, in una coram Jaeger datata 8 luglio 2015 il Ponente, anticipando una possibile obiezione, scrive: «verum quis argumentari possit “coitum interruptum”, quo vir actor usus est, non esse methodum “securam” vel aptissimam pro exclusione procreationis; attamen quod Nostra heic interest non est “meritum” obiectivum vel scientifica efficacia istius methodus sed mens qua vir ea uteretur, quae procul dubio ea erat ut proles e commercio sexuali cum muliere non enascetur»¹²⁸.

8.2. L'aborto procurato durante la vita coniugale

Una seconda circostanza sulla quale ci soffermiamo è l'aborto volontario compiuto durante la vita coniugale che può avere, in certi casi, un valore probatorio notevole¹²⁹. Tra l'altro «l'aborto procurato per impedire la procreazione» è stato inserito nell'art 14 delle *Normae servandae* annesse al m.p. *Mitis Iudex* tra le circostanze, elencate in via esemplificativa, che consentono la trattazione del processo più breve *coram Episcopo* qualora ricorrano le condizioni previste nel can. 1683¹³⁰. Tale fatto, da un lato è facilmente accertabile già *in limite litis* principalmente tramite documentazione clinica così da non richiedere una *investigatio* più accurata in sede istruttoria (cfr. can. 1683, 2°), dall'altro lato può avere un valore altamente manifestativo della volontà esclusiva di chi, in caso di gravidanza inaspettata nonostante le varie precauzioni adoperate, pur di non avere figli decide di abortire oppure impone o convince la donna a compiere tale gesto così grave e innaturale. Nel Sussidio applicativo della Rota Romana si afferma al proposito che «si tratta

¹²⁶ Cfr. coram Ferreira Pena, 18 aprile 2012, cit., p. 110, n. 9.

¹²⁷ Si legge in una coram De Lanversin datata 8 novembre 1988: «ex obstinata et invincibili detrectatione actuum coniugalium qui apti sint ad prolis generationem, inde ab initio convictus servata ac dein numquam, etsi altera parte instantissime postulante, revocata per integrum communionis tempus, oriri praesumptionem vehementissimam voluntatis ante matrimonium elicite, dummodo rationes seu motiva post nuptias haud sint enata ad eiusmodi sese gerendi modum ex parte alterutrius coniugis iustificandum» (in RRDec. LXXX, p. 618, n. 9).

¹²⁸ Coram Jaeger, 8 luglio 2015, A. 154/2015, n. 11.

¹²⁹ Un elenco delle sentenze rotali dal 1966 al 2017 in cui ricorre questa circostanza è riportato alla fine dell'articolo: R. M. SABLE, *Il valore presuntivo del procurato aborto nella giurisprudenza rotale*, in ARCISODALIZIO DELLA CURIA ROMANA (ed.), *Quaestiones selectae de re matrimoniali ac processuali*, Città del Vaticano 2018, pp. 298-302.

¹³⁰ Sul processo più breve e le condizioni per la sua applicazione si rimanda a M. J. ARROBA CONDE – C. IZZI, *Pastorale giudiziaria e prassi processuale nelle cause di nullità del matrimonio*, Cinisello Balsamo (MI) 2017, pp. 137-165; M. DEL POZZO, *Il processo matrimoniale più breve davanti al Vescovo*, Roma 2016, pp. 132-143.

TESTO PROVVISORIO

di un indizio veemente di volontà simulatoria, tipicamente contraria al bene della prole»¹³¹. Tuttavia è necessario fare alcune precisazioni perché, come già indicato a proposito della prassi contraccettiva, non è sempre detto che tale fatto si colleghi ad una volontà contraria alla prole già presente prima delle nozze. Di qui la cautela mostrata da alcune sentenze rotali nel valutare tale circostanza *pro nullitate*¹³².

Come è stato fatto notare¹³³, l'aggiunta nell'art. 14 della proposizione finale «per impedire la procreazione» non è da considerare inutile o scontata; aiuta invece a definire quando la circostanza acquista valore probatorio. L'articolo invita infatti a porre l'attenzione sulla finalità primaria che ha motivato la decisione abortiva. Ferma restando l'illiceità morale oggettiva dell'atto, l'aborto può essere motivato da una chiusura assoluta verso la prole previa ad ogni ulteriore considerazione, oppure da circostanze sopravvenute e non prevedibili in precedenza¹³⁴, come un grave pericolo per la vita o la salute della gestante, una grave malformazione (reale o fortemente sospetta) del feto, particolari situazioni personali o familiari. Solo nel primo caso l'aborto sarà una circostanza rilevante dal punto di vista probatorio perché potenzialmente collegabile ad una volontà prenuziale simulatoria, mentre negli altri casi esso (compiuto per motivi ritenuti [falsamente] “terapeutici”) sarà solo conseguenza di una situazione, spesso drammatica, creatasi successivamente alle nozze. Allo stesso modo, lasciando di nuovo da parte l'aspetto morale, diverso sul piano probatorio è il caso di chi compie l'aborto per non avere alcun figlio, mostrando così una decisa e totale chiusura procreativa, da chi abortisce perché, avendo già figli, ritiene di non poterne avere altri, per esempio per motivi economici.

Naturalmente quanto più prossimo alle nozze celebrate è stato l'aborto tanto maggiore sarà il rilievo indiziario. Per esempio in una coram Arokjaraj del 24 aprile 2008 si ritiene irrilevante l'aborto perché intervenuto molti anni dopo le nozze, quando la relazione di coppia era già deteriorata ed erano già nati due figli¹³⁵. Lo stesso accade nella coram McKay del 18 dicembre 2014 dove la donna, avuto già un figlio, aveva abortito addirittura due volte. Come osserva il Ponente: «peccare, etiam in re ipsum cor intimum attingente

¹³¹ TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *Sussidio applicativo del M.P. “Mitis Iudex Dominus Iesus”*, Città del Vaticano 2016, 34 (pubblicato anche, mantenendo la numerazione di pagine originale, in *Quaderni dello Studio Rotale* 23 [2016]). Desta qualche perplessità quanto aggiunge subito dopo il Sussidio: «Il delitto di aborto di per sé dimostra un'enorme distanza del soggetto dalla morale della Chiesa, che a sua volta può essere spia di una carenza essenziale di fede, con i possibili effetti sopra ricordati» (ivi). Il riferimento è alla prima delle circostanze elencate nell'art. 14.

¹³² Per esempio: «Quod ad abortus attinet, scite adnotatur in una Mediolanen. diei 18 maii 1966, n. 4, coram Bejan: “Procuratio abortus per se argumentum aequivocum est: cavendum est ne ante nuptias efferatur propositum vitandae prolis quod tantummodo post nuptias, ob novas exsurgentes causas” elicitum est vel ob causae iam existentis exacerbationem. Invicte constare debet hanc voluntatem prolis susceptioni contrariam ante nuptias firmiter elicitam fuisse atque abortum procuratum huius matrimonialis consensus vitiati fuisse conclusionem plane consecrariam, etiamsi rerum adiuncta hoc nefarium propositum adhuc firmius reddiderunt» (coram Anné, 11 luglio 1972, in RRDec. LXIV, p. 432, n. 3).

¹³³ Cfr. M. ALENDA SALINAS, *Nuevas causas de nulidad matrimonial canónica? El sentido del art. 14 § 1 de las reglas de procedimiento contenidas en la Carta Apostólica “Mitis Iudex Dominus Iesus”*, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Rivista telematica, gennaio 2016, http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=2&numero=40 >, pp. 23-29; J. I. BAÑARES, *El artículo 14 de las Reglas de procedimiento del M.P. “Mitis Iudex”*. *Supuestos de hecho y causas de nulidad*, in *Ius canonicum* 57 (2017), pp. 61-63.

¹³⁴ Diverso sarebbe il caso di chi, sapendo già prima delle nozze dei gravi rischi di malformazione del feto, si sposasse con la ferma intenzione di ricorrere sistematicamente all'aborto.

¹³⁵ «Abortus denique a muliere anno 1983 patratu deceptorio argumentum non est pro exclusione boni prolis, tum quia pluribus annis post matrimonium intercessit et iam corrupta coniugali conversatione, tum potissimum quia iam bina proles lumen huius mundi viderat: ex quo patet mulierem nulla adversione innatam vel insuperabilem erga filiorum procreatione affectam esse» (coram Arokjaraj, 24 aprile 2008, A. 73/2008, n. 22).

TESTO PROVVISORIO

matrimonii, non licet eo ipso atque extemplo aequiparare intentioni contra bonum prolis ante nuptias iam a conventa formatae»¹³⁶.

8.3. La prova della simulazione in caso di nascita di prole

Una circostanza post-nuziale che appare contraria alla prova della simulazione è la nascita di figli. Tale evento per sua natura sembra sconfiggere la volontà prenuziale contraria alla generazione. La costante giurisprudenza ritiene in questi casi molto difficile¹³⁷ ma non impossibile giungere alla certezza morale necessaria per una decisione affermativa. L'indagine deve appurare le circostanze nelle quali è avvenuto il concepimento per discernere se si è trattato di un evento del tutto accidentale e fortuito, accaduto nonostante le precauzioni messe in atto nella vita intima dal presunto simulante¹³⁸. Ulteriore aspetto da valutare è la reazione di questi alla scoperta della gravidanza, tenuto conto – in analogia con la valutazione della *reactio* in altre ipotesi invalidanti – della sua personalità e del contesto; non sempre essa comporta la richiesta, l'imposizione o la decisione dell'aborto, potendo invece consistere anche in un grave deterioramento della relazione di coppia (perché, per esempio, ci si è sentiti ingannati) o in un comportamento di rifiuto verso il figlio nato.

Dunque a livello di prova, il concepimento e la nascita di prole, se del tutto accidentali, non sono in grado di annullare il valore probatorio attribuito alla costante e tenace pratica contraccettiva; ciò perché, si legge in una risalente decisione coram Palazzini del 18 maggio 1966, «occasionalis, enim, eventus non est effectus voluntatis nisi per accidens, dum, e contra, habitualis modus agendi iuxta onanisticam praxim est continua repetitio actuum voluntatis et habitum mentis demonstrare valet inde ab initio servatum»¹³⁹.

Una vicenda singolare a tal proposito è considerata in una sentenza affermativa coram Caberletti del 17 giugno 2011 per esclusione della prole da parte del convenuto. Nel caso erano nati due figli e ciò è qualificato dal Ponente «summus obex»¹⁴⁰ alla prova dell'esclusione. Tuttavia tale ostacolo viene superato mediante l'analisi di come si giunse al duplice concepimento. Il primo dipese dal fatto che le parti, sposatesi nel 1968, usavano il metodo Ogino-Knauss (oggi superato perché inattendibile); il ciclo femminile fu sfalsato da un incidente stradale e la donna concepì in un periodo in cui pensava di non essere fertile. L'uomo andò su tutte le furie sentendosi ingannato e dopo la nascita mostrò sempre avversione nei confronti del figlio che egli non aveva voluto avere. Anche il secondo concepimento fu del tutto accidentale: la coppia all'epoca non utilizzava alcuna forma di cautela nelle intimità perché era certa, in seguito a parere medico, della sterilità sopravvenuta della donna a causa di due grossi fibromi all'utero.

¹³⁶ Coram McKay, 18 dicembre 2014, A. 265/2014, n. 7.

¹³⁷ Per esempio: «Accidere potest ut, perdurante vita coniugali, de facto proles genita sit, primo ictu oculi praclusa videretur via ad causam nullitatis instaurandam ob exclusum bonum prolis. Neminem fugit hoc in casu difficillimam esse probationem absolutae voluntatis anteconceptionalis» (coram Bartolacci, 3 marzo 2015, A. 26/2015, 6).

¹³⁸ Può anche darsi che il concepimento avvenga in seguito ad atti sessuali non cautelati compiuti però dal presunto simulante nella piena convinzione, fondata su pareri medici, di una sterilità sopraggiunta.

¹³⁹ Coram Palazzini, 18 maggio 1966, in RRDec. LVIII. p. 326, n. 6. Poco prima il Ponente, dopo aver sottolineato che la nascita della prole fa presumere l'esistenza di una retta intenzione matrimoniale osserva: «Nihilominus impossibile non est evincere eiusmodi praesumptionem, si demonstrari queat unicam prolem occasionaliter genitam fuisse, dum e contra stat, perdurante tota conviventia coniugali, praxis onanistica, tenaciter servata, eo magis si perversitas concumbentium eo pervenit ut ad abortum recurrere non verita sit, mulieris praegnantia denuo renovata» (ivi).

¹⁴⁰ Coram Caberletti, 17 giugno 2011, in *Ius canonicum* 54 (2014), p. 271, n. 8 (la sentenza non è stata pubblicata nel volume "Decisiones seu sententiae" relativo all'anno 2011, edito nel 2018).

TESTO PROVVISORIO

Se invece il concepimento è da ricondursi a un comportamento negligente o poco attento nell'uso dei contraccettivi ciò fa pensare che la volontà prenuziale contraria alla prole non fosse così ferma e assoluta da configurare l'atto di volontà escludente.

La nascita della prole può anche dipendere dal fatto che il simulante, fermamente contrario al momento delle nozze, abbia poi cambiato idea in seguito. Non essendo prevista nell'ordinamento canonico la convalidazione automatica del matrimonio per il formarsi della retta intenzione matrimoniale prima assente, tale circostanza non ha rilievo *pro validitate*. Bisogna infine considerare che la nascita dei figli può essere coerente con l'esclusione invalidante *ad libitum*. Interessante al proposito una coram Todisco del 10 dicembre 2014, affermativa in terzo grado per esclusione della prole da parte dell'attrice. La donna dopo aver opposto un rifiuto assoluto alla procreazione per quattro anni, decise di avere un figlio per scuotere il convenuto dal torpore in cui era caduto e come ultimo tentativo per cercare di salvare il matrimonio da una separazione che sembrava inevitabile. Il Tribunale di primo grado aveva deciso la causa negativamente ritenendo che proprio tale circostanza minasse la certezza circa l'atto positivo di volontà. Il Turno rotale invece aderisce all'interpretazione prospettata dal Tribunale di appello che, dopo aver nuovamente interrogato l'attrice per chiarire tale circostanza, ricostruisce nella sentenza l'atteggiamento della donna sotteso al suo modo strumentale di comportarsi, concludendo che «tale atteggiamento psicologico dimostra positivamente come Caia non abbia mai considerato la maternità come fine imprescindibile dello sposalizio ma una componente accessoria, lasciata al libero arbitrio dei contraenti e da lei esclusa al momento della emissione del consenso [...]. Un successivo ripensamento, oltretutto dopo quattro anni dalla celebrazione del matrimonio [...] non altera la natura dell'atto simulatorio posto al momento della celebrazione nuziale»¹⁴¹. La decisione di procreare fu solo un'azione strumentale per salvare l'unione, senza che essa fosse radicata in una disponibilità prenuziale alla prole.

9. Conclusione

Non si può negare, come si osserva nella Relazione del Sinodo 2014, ripresa in AL 82, che la mentalità odierna, almeno nei paesi civilizzati, spesso «riduce la generazione della vita a una variabile della progettazione individuale o di coppia». Tale mentalità mondana, aliena dai valori della fede e che offusca la struttura naturale del matrimonio, come già da tempo si sottolinea specie in relazione all'esclusione dell'indissolubilità, può influire notevolmente sull'intenzione prenuziale e in casi eccezionali finanche determinarla¹⁴². Nel discernere il peso che tale mentalità può oggi avere, riteniamo importante aggiungere una breve riflessione sulla c.d simulazione implicita. Tale concetto può essere inteso diversamente a seconda se ci si riferisce al contenuto dell'atto di volontà escludente oppure alla modalità della sua manifestazione. In relazione al contenuto, l'atto è implicito – e quindi in questo senso parleremo di simulazione implicita – «si tamquam obiectum directum et immediatum aliquid habet, in quo exclusio matrimonii vel eius proprietatis essentialis continetur»¹⁴³. In relazione alla manifestazione, l'atto escludente, a prescindere dal suo contenuto, può essere manifestato secondo due modalità: esplicitamente, mediante affermazioni e discorsi che rendono nota agli altri la propria volontà, oppure implicitamente

¹⁴¹ Coram Todisco, 10 dicembre 2014, A. 248/2014, n. 15.

¹⁴² Cfr. FRANCISCUS, *Allocuzione alla Rota Romana*, 23 gennaio 2015, in AAS 107 (2015), pp. 182-185.

¹⁴³ Coram Staffa, 21 maggio 1948, in RRDec. XL, p. 186, n. 2.

TESTO PROVVISORIO

mediante i comportamenti tenuti dal soggetto¹⁴⁴. È chiaro che desumere la volontà di questi dal suo *modus agendi*, in assenza di confessione giudiziale ed extragiudiziale, è un'operazione assai delicata e ciò è possibile solo ad alcune condizioni: che i concreti comportamenti siano ricostruibili con certezza dagli atti di causa, siano numericamente consistenti così da inserirsi in un modo costante e coerente di agire e infine siano univoci quanto al significato che veicolano.

Non è possibile in questa sede soffermarsi su tutti gli aspetti sostantivi e probatori legati al tema¹⁴⁵. Per quanto ci interessa risulta però importante confrontarsi con situazioni oggi più frequenti rispetto al passato e che ci sembra possano essere interpretate proprio come fattispecie di simulazione implicita. Si pensi a dei fidanzati che progettando concretamente la futura vita coniugale, si propongano obiettivi personali e di coppia (a livello sociale, professionale, economico, di svago, ecc.) così totalizzanti la vita in comune che la loro programmata realizzazione non lasci alcuno spazio alla possibilità di avere figli. In questo caso, il fatto di non aver preso direttamente in considerazione l'ipotesi della prole – cui segue quasi come abitudine la continuazione della prassi contraccettiva già messa in atto nel fidanzamento – potrebbe essere ritenuto insufficiente a generare l'esclusione, perché ciò non configura l'atto di volontà escludente; in altre parole si potrebbe ritenere che nella volontà di sposarsi sia contenuta, in questo come in altri casi, l'accettazione implicita di tutti gli elementi essenziali del matrimonio. Tuttavia, nell'ipotesi prospettata, la decisa volontà di raggiungere degli obiettivi e soddisfare dei desideri che riguardano solo la coppia e che non potrebbero essere raggiunti se ci fossero dei figli, non potrebbe configurare un atto implicito di esclusione della *ordinatio matrimonii ad procreationem*? È vero che questi obiettivi e traguardi (che rientrano nei *finis operantis*) non sono oggettivamente in contraddizione con il *bonum prolis* (cioè, per usare un'espressione tradizionale, non sono *contra matrimonii substantiam*), potendo di per sé coesistere con l'autentica intenzione matrimoniale. Ciò nonostante potrebbe darsi, nel caso concreto, una loro contraddittorietà di fatto rispetto all'ordinazione alla prole del matrimonio, proveniente dall'intensità con la quale già prima delle nozze essi sono stati progettati e voluti con una piena adesione personale.

¹⁴⁴ «In utraque figura actus voluntatis simulantis, nempe expliciti et impliciti, unum idemque essentialiter fit seu voluntas simpliciter excludens, quae autem in uno, nempe explicito actu, ab expressis verbis signisque palam exprimitur, in altero, idest implicito, e circumstantiis rationeque vivendi contrahentis eruenda est, cum sit in illis quodammodo occultata, et tamen efficax» (coram Pinto, 7 luglio 2006, in RRDec. XCVIII, p. 233, n. 6).

¹⁴⁵ Sul tema si veda: S. BENIGNI, *La simulazione implicita: aspetti sostanziali e processuali*, Roma 1999, in particolare pp. 93-153.