

La natura del *bonum fidei* nella giurisprudenza rotale*

AVV. ELIZA SZPAK**

Sommario

Nel corso degli anni la giurisprudenza rotale ha elaborato due diversi concetti che appartengono all'unità come proprietà matrimoniale. E così la giurisprudenza rotale tradizionale conferma l'equiparazione tra l'unità del vincolo matrimoniale e il *bonum fidei*, mentre la giurisprudenza rotale recente ritiene che non si può trattare di questi due componenti come uno, bensì sono le due realtà diverse. Il momento decisivo nella distinzione fu la sentenza rotale coram De Jorio del 30 ottobre 1963, come la prima sentenza con la quale il capo di nullità fu proprio l'esclusione del *bonum fidei seu fidelitas*. La rinuncia del concetto tradizionale cioè l'equiparazione tra l'unità del matrimonio e il *bonum fidei* ha confermato non soltanto l'intenzione poligamica o il fatto di trasferire del diritto ad una persona terza, ma ha specificato la precisa descrizione, cioè se nell'atto del consenso viene negato il diritto esclusivo ai rapporti intimi ma anche se viene rigettato l'obbligo della fedeltà matrimoniale. Di conseguenza è stato abbandonato lo schema che tratta *bonum fidei seu unitas* per cambiarlo con il termine *bonum fidei seu fidelitas*.

Abstract

During the years the Roman Rota Law has elaborated two concepts in relation to unity as a feature of marriage. Traditional Rota Law confirms the equalization between the unity of the marriage bond and the bonum

* Artículo de reflexión

** Avvocato presso il Tribunale Regionale Lombardo e presso i Tribunali ecclesiastici della Polonia. Via L. da Vinci, n. 5 – 24060-San Paolo D'Argon (Bergamon). elizaszapak@yahoo.it

fidei, whilst for more recent Rota Law it is not possible to deal with these two components as if they were one, but considers them as two different realities. A milestone in this sense was the Rota sentence coram De Jorio of 30 October 1963, which was the first sentence with which the reason for invalidity was the exclusion of the bonum fidei seu fidelitas. The surrender of the traditional concept i.e. the equalization between unity of marriage and the bonum fidei confirms not only the distinction between polygamy and the transfer of the ius in corpus to a third person, but it also specifies that whereas at the moment of the consent the exclusive right to the ius in corpus is denied, the obligation to marriage loyalty is also denied. Therefore, the framework involving the bonum fidei seu unitas has been abandoned and substituted with the term bonum fidei seu fidelitas.

Parole chiave: simulazione, unità, fedeltà, adulterio, giurisprudenza

Keyword: simulation, unity, fidelity, adultery, jurisprudence

Premessa

Nell'arco della sua attività, la giurisprudenza rotale ha elaborato due diversi concetti sull'*unità* come proprietà matrimoniale. E così la giurisprudenza rotale tradizionale afferma l'equiparazione dell'unità del vincolo matrimoniale e del *bonum fidei*, considerandole come un'unica proprietà, mentre un'altra ala della giurisprudenza rotale, quella recente, ritiene che non si possano trattare questi due componenti indistintamente, come uno, perché sono due realtà diverse.

1. Equiparazione tra *unità* e *bonum fidei*

L'inizio del concetto rotale che ammetteva l'equiparazione tra l'unità del vincolo matrimoniale e il *bonum fidei* lo troviamo in due sentenze: una coram Massimi del 7 febbraio del 1925¹, e una coram Jullien del 13 novembre 1925².

La prima sentenza il Ponente, nella parte *in iure*, cita solamente il testo dei canoni del Codice di diritto canonico allora vigente riguardanti

¹ SRRD XVII n. 2, 62.

² SRRD XVII n. 2, 374.

l'esclusione dell'unità dal consenso matrimoniale; la seconda, invece, indica ed esplicitamente conferma l'equiparazione tra unità e *bonum fidei*. Possiamo, quindi, dire che la sentenza coram Jullien ha avuto una grande influenza sulla posteriore giurisprudenza rotale favorevole all'equiparazione tra *bonum fidei* e unità matrimoniale, ritenendo di conseguenza che chi avesse escluso l'unità aveva pure escluso il *bonum fidei* e quindi la persona, contraendo il matrimonio, intendeva nello stesso momento concedere il diritto al corpo anche ad altre persone nella stessa misura che lo concedeva al proprio coniuge.

Questa posizione giurisprudenziale rotale si è mantenuta fino a metà degli anni 60, quando avviene una svolta con la sentenza coram De Jorio, che cambierà la visione sul *bonum fidei* e sull'unità, distinguendo questi due elementi del matrimonio. Bisogna sottolineare che per gli uditori rotali il punto di riferimento era la dottrina del Gasparri, che identificava il *bonum fidei* con la proprietà dell'unità³. Come giustamente afferma M. Wegan, l'equiparazione tra il *bonum fidei* e l'unità matrimoniale può darsi in senso simbolico, quando qualcuno ha l'intenzione di dividere i diritti al corpo volendo sposare più di una persona, anche se durante la celebrazione del matrimonio sembra che volesse contrarre matrimonio con una sola persona⁴.

Nel corso degli anni, il concetto di questa equiparazione viene ulteriormente descritto e precisato sulla base della reciproca relazione tra fedeltà ed unità, ed esposto nella nuova legislazione canonica, dove si definisce il vincolo matrimoniale come *totius vitae consortium*⁵. In questo significato il *bonum fidei* appartiene indissolubilmente al matrimonio cristiano con tutti obblighi e doveri che da esso derivano.

Le sentenze rotali riportano diversi argomenti a conferma dell'equiparazione *matrimonii unitas seu fidei bonum*⁶. Questa posizione può essere analizzata sotto tre aspetti, vale a dire l'aspetto biblico,

3 Cf. *De matrimonio*, ed. 1932, vol. I, 19. Coram BEJAN, 20.12.1962, in *SRRD* LIV n. 3, 696.

4 Cf. M. WEGAN, *L'esclusione del "bonum fidei" nella più recente giurisprudenza della Rota Romana*, in *Apollinaris* 61 (1988), 98–99.

5 Cf. cann. 1055 § 1 e 1056 CIC.

6 Cf. coram ANNÈ, 9.12.1964, in *SRRD* LVI, n. 2, 912; coram PARISELLA, 11.06.1970, in *SRRD* LXII, n. 10, 649.

l'aspetto storico–dottrinale e quello della dottrina cattolica sull'unità del vincolo matrimoniale .

Il matrimonio è stato sempre percepito nel totale contesto dello sviluppo della dottrina cristiana come uno e indissolubile, e similmente anche il *bonum fidei*⁷ è stato sempre trattato come la fonte del vincolo unico ed esclusivo . Questo argomento trova conferma sia nella riflessione biblica sia negli Autori cristiani, i quali identificavano *bonum fidei* e unità. Non bisogna dimenticare che il matrimonio cristiano si regge sulla legge del Nuovo Testamento che *a Cristo Domino ad sacramenti dignitatem inter baptizatos evectum est* (can. 1055 §1 CIC). Di conseguenza, il *bonum fidei* deve essere concepito in relazione all'assoluta unità del vincolo coniugale, che proibisce di contrarre un altro matrimonio durante la vita del coniuge .

Nelle sentenze rotali che trattano il *bonum fidei* come l'unità del vincolo matrimoniale troviamo riportato anche il magistero ecclesiastico, che conferma una inseparabile relazione tra *bonum fidei* e *unitas matrimonii*. In una sentenza coram Stankiewicz⁸, il ponente riporta l'insegnamento di Giovanni Paolo II circa l'unità, sia quella attinente al vincolo sia quella personale tra i coniugi, proprietà del matrimonio cristiano che comporta anche l'osservanza della fedeltà matrimoniale⁹. Questa inseparabile relazione tra *bonum fidei* e unità del vincolo matrimoniale è stata anche confermata dalla Congregazione per la Dottrina della Fede, che ha negato la possibilità dell'inseminazione in vitro, affermando che tale tecnica viola non solo l'unità del matrimonio ma anche è contraria all'esclusiva fedeltà dei coniugi¹⁰ .

Nella stessa sentenza ritorna anche l'insegnamento del Concilio Vaticano II, laddove la costituzione pastorale *Gaudium et spes* ha ribadito la

7 Cf. A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia recentiore circa simulationem totalem et partialem* (cc. 1101 § 2 CIC, 824 § 2 CCEO), in *Monitor Ecclesiasticus* 72 (1997), 470.

8 Cf. coram SERRANO RUIZ, 25. 07.1980, in *RRD* LXII, n. 5, 530.

9 Cf. coram STANKIEWICZ, 21.04.1983, in *RRD* LXXV, n. 3, 179.

10 Cf. coram STANKIEWICZ, 26.03.1987, in *RRD* LXXIX, 142-152.

11 Cf. coram STANKIEWICZ, 26.03.1987, in *RRD* LXXIX, 142-152.

12 Cf. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Donum vitae*, il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione, 22 febbraio 1987, n. 2. Dottrina riportata nella sentenza coram STANKIEWICZ, 26.03.1990, in *RRD* LXXXII, n. 8, 227.

fondamentale importanza dell'unità e della fedeltà per l'intima unione dei coniugi¹³.

2. Separazione dell'unità e del bonum fidei

Il momento decisivo della distinzione tra *bonum fidei* e la proprietà dell'unità del vincolo matrimoniale inizia con la sentenza rotale coram De Jorio del 30 ottobre 1963¹⁴, in quanto è la prima sentenza in cui il capo di nullità concordato è stato appunto l'esclusione del *bonum fidei seu fidelitas*. La risposta del Turno giudicante al dubbio concordato fu negativa.

Gli argomenti riportati da De Jorio, poi citati e sviluppati dalla giurisprudenza successiva, possono essere divisi in tre gruppi¹⁵. De Jorio, che nella suddetta sentenza parte dal fondamento del matrimonio costituito dai *tria bona (fidem, prolem et sacramentum seu indissolubilitatem)*, distingue nettamente due concetti: il *bonum fidei* e l'*unitas* del vincolo perché «nam quis potest excludere unitatem et insimul sese obligare ad serranda fidem, utique duabus seu tribus, seu aliquibus determinatis feminis»¹⁶.

L'unità come proprietà del matrimonio deve essere distinta dal *bonum fidei*, in quanto elemento essenziale del vincolo e, di conseguenza, l'esclusione del *bonum fidei* non era, secondo De Jorio, specificata nei cann. 1086 § 2 e 1013 § 2 (CIC 1917), ma soltanto nel can. 1081 § 2 (CIC 1917), che definiva il consenso come «“actus voluntatis quo utraque pars tradit et acceptat ius in corpus perpetuum et exclusivum”, non ad opera praestanda vel ad aliud quodpiam¹⁷ obsequium, sed “in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem”»

13 Cf. CONCILIO ECUMENICO VATICANO II, costituzione pastorale *Gaudium et spes*, sulla Chiesa nel mondo contemporaneo, 7 dicembre 1965, nn. 48-49. Coram STANKIEWICZ, 26.03.1990, in *RRD* LXXXII, n. 8, 227.

14 *RRD* LV, 716-725. In prima istanza la nullità del matrimonio era stata accusata tra l'altro per quattro capi, mentre la sentenza del Tribunale regionale rispose affermativamente *tantum ob exclusum a viro bonum fidei*.

15 Cf. A. MENDONÇA, *Exclusion of the Essential Properties of Marriage [IN] Simulation of Marriage Consent. Doctrine, Jurisprudence, Questionnaires*, W. WOESTMAN, Ottava 2000, 98.

16 Sentenza coram DE JORIO, 30.10.1963, in *RRD* 55, n. 3, 717.

17 *Ibidem*.

Il Codice del 1983 presenta invece il consenso matrimoniale come «actus voluntatis, quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium» (can. 1057 § 2), riconoscendo espressamente l'*unitas* come proprietà essenziale del matrimonio (can. 1056), mentre nel can. 1102 § 2 si stabilisce l'oggetto dell'esclusione, cioè «matrimonii aliquod elementum». Di conseguenza, come ritiene Funghini, cambia solamente il fondamento giuridico dell'esclusione, non cambiando tuttavia il concetto della distinzione tra *bonum fidei* e unità del vincolo matrimoniale proposto dal De Jorio, che rimarrà valido per la giurisprudenza susseguente¹⁸.

Un altro argomento riportato da De Jorio a sostegno della separazione tra *bonum fidei* e *unitas* fa riferimento alla Sacra Scrittura e si riscontra nella sentenza del 13 luglio 1968, poi anche richiamato in un'altra del 26 febbraio 1969. De Jorio ricorda la poligamia tra i Patriarchi dell'Antico Testamento, i quali avevano più mogli e non erano tenuti a osservare l'unità, ma nello stesso tempo erano sottoposti all'obbligo di osservare la fedeltà verso ogni singola moglie¹⁹. Quest'argomento sarà poi condiviso e sviluppato da diversi uditori rotali²⁰. Riassumendo, l'unità del vincolo matrimoniale appartiene all'intera natura del matrimonio monogamico, esplicitamente sanzionata da Cristo in opposizione alla legge veterotestamentaria, che permetteva la possibilità di avere più di una moglie. In altre parole, l'unità del matrimonio proibisce la poligamia.

Ed è proprio per questo fatto che, non potendo identificare *bonum fidei* e unità matrimoniale, l'esclusione del *bonum fidei* provoca la nullità del matrimonio perché si tratta dell'esclusione di un elemento matrimoniale, ma non di una proprietà²¹.

La terza ragione per motivare la separazione tra *bonum fidei* e la proprietà dell'unità riguarda la differenza che si dà nell'esclusione di queste due componenti della volontà nell'atto del consenso. Per il De Jorio, nella

18 Cf. R. FUNGHINI, *L'esclusione del bonum fidei*, in *La simulazione del consenso matrimoniale Canonico*, Città del Vaticano 1990, 142-143.

19 Cf. coram DE JORIO, 13.07.1968, in *SRRD LX*, n. 7, 555.

20 Cf. coram POMPEDDA, 26.11.1993, in *RRD LXXXV*, n. 3, 717; coram DEFILIPPI, 27.06.1994, in *RRD LXXXVI*, n. 6, 415; coram CIVILI, 20.11.1996, in *RRD LXXXVIII*, n. 6, 726.

21 Cf. coram CIVILI, 20.11.1996, in *RRD LXXXVIII*, n. 7, 726.

sentenza romana del 13 luglio 1968, è possibile escludere l'unità e al tempo stesso obbligarsi a osservare la fedeltà *utique duabus vel tribus seu aliquibus determinatis feminis*²². Sempre nella stessa sentenza il Ponente sostiene che il *bonum fidei* viene escluso soltanto quando si intende trasferire il diritto alla copula coniugale ad una terza persona, e questo è un assurdo psicologico, perché «cum exclusio boni fidei patretur ad sese exsolvendum non ab obligatione contracta, non ad obligationes multiplicandas»²³. In altre parole, chi esclude il *bonum fidei* non lo fa allo scopo di avere altre obbligazioni, cioè per l'impegno verso la persona terza, viceversa lo fa volendo disattendere l'obbligo della fedeltà verso il proprio coniuge.

Le suddette tre argomentazioni sono state ammesse e condivise dalla maggior parte della giurisprudenza rotale e, quindi, sembra anche accettato il concetto della separazione tra *bonum fidei* e unità del vincolo matrimoniale²⁴. Non manca tuttavia il tentativo di ritornare alla giurisprudenza tradizionale. A prova di tale affermazione bisogna presentare l'argomentazione della sentenza coram Burke dell'8 febbraio 1990²⁵, nella quale possiamo individuare non tanto la critica alla posizione della giurisprudenza recente ma il distacco dalla prassi comune. Il Ponente non solo torna al pensiero della giurisprudenza tradizionale *quae bonum fidei cum unitate identificat*, ma soprattutto pone l'accento sull'esclusività delle relazioni matrimoniali e non sull'esclusione della loro coniugalità²⁶. Le affermazioni sono state criticate dal Ponente che giudicava la causa nell'istanza successiva²⁷.

Alcune affermazioni della sentenza coram Burke che trattano dell'esclusività non ai rapporti intimi ma dell'esclusività del vincolo hanno dato luogo ad

22 «Quoad exclusionem boni fidei seu fidelitatis.- Cogitatione (in abstracto) exclusio boni fidei confundenda non est cum exclusionem unitatis: qui enim potest excludere unitatem, et insimul sese obligare ad servandam fidei, utique duabus vel tribus, seu aliquibus determinatis feminis», in *SRRD LX*, n. 7, 555.

23 Coram DE JORIO, 13.07.1968, in *SRRD LX*, n. 11, 556.

24 Cf. R. FUNGHINI, *L'esclusione del bonum fidei...*, cit., 142.

25 *RRD LXXXII*, 90-107.

26 Burke si oppone alla posizione di De Jorio perché questi ponendo l'accento sull'esclusività dell'atto fisico, tende ad estrarlo da una più ampia considerazione della coniugalità, in *Il contenuto del bonum fidei*, in *Apollinaris LXIV* (1991), 649-666.

27 Cf. coram FUNGHINI, 23.10.1991, *RRD LXXXIII*, n. 2, 601.

una diffusione nella giurisprudenza rotale recente in materia di esclusione del *bonum fidei*. Tra le varie sentenze possiamo citare la coram Stankiewicz del 26 marzo 1990²⁸. Secondo il Ponente nella tradizione canonica l'obbligo della fedeltà era sempre determinato in relazione allo *ius-obligatio* e come tale fa parte del diritto e non soltanto della morale cristiana²⁹. La stessa dimensione giuridica del *bonum fidei* è stata rafforzata quando il Supremo Legislatore, ancora prima della promulgazione del nuovo Codice, ha confermato l'importanza dell'obbligo della fedeltà matrimoniale, citando la dottrina dei suoi predecessori³⁰.

Similmente il pensiero della giurisprudenza recente si basa sulla relazione fra il magistero ecclesiastico e la dottrina canonica, la quale conferma lo scambio sull'esclusivo diritto ai rapporti intimi che ha luogo nell'atto del consenso matrimoniale.

L'argomentazione riportata da Stankiewicz conferma che anche se il nuovo Codice non usa l'espressione *ius in corpus*, la dottrina, come d'altronde la giurisprudenza, non ha mai smesso di riconoscere il diritto perpetuo ed esclusivo agli atti coniugali, di più, questo l'obbligo viene riconosciuto come l'essenza per la validità del consenso matrimoniale, così che ogni limitazione o intenzione contraria a tale obbligo provocherebbe l'invalidità del vincolo³¹.

3. L'intenzione contro bonum fidei

Il concetto di separazione tra unità del vincolo matrimoniale e *bonum fidei*, sostenuto dalla giurisprudenza recente, ha avuto una grande influenza sull'interpretazione giudiziale dell'esclusione del *bonum fidei*. La rinuncia al concetto tradizionale, cioè all'equiparazione tra unità e *bonum fidei* ha confermato non soltanto l'intenzione poligamica o il fatto di trasferire lo *ius exclusivum in proprium corpus* ad una terza persona, ma ha specificato la precisa descrizione, cioè se nell'atto del consenso viene negato il diritto esclusivo ai rapporti intimi ma anche se viene rigettato l'obbligo della

28 RRD LXXII, 223-238.

29 Cf. coram STANKIEWICZ, 26.03.1990, in RRD LXXII, n. 7, 227.

30 Cf. Ibidem.

31 Cf. Ibidem.

fedeltà matrimoniale³². In questo modo è stato abbandonato lo schema *bonum fidei seu unitas*, e sostituito da *bonum fidei seu fidelitas*.

4. Distinzione fra *ius et exercitium iuris*

Riferendosi alla tomistica distinzione fra *fides in seipsa et fides in suis principis*³³, applicata da T. Sánchez³⁴, la giurisprudenza rotale distingue fra la volontà di non obbligarsi e la volontà di non adempiere l'obbligazione, che non invalida il consenso matrimoniale³⁵.

Nella descrizione dei diritti e degli obblighi e dell'esclusione di questi diritti e obblighi si adopera l'espressione comune *ius et usus iuris* oppure *ius et exercitium iuris*, e conseguentemente *exclusio iuris et exclusio exercitii iuris*. Da ricordare che tale distinzione è valida quando parliamo dell'esclusione *bonum prolis* e del *bonum fidei*; invece al *bonum sacramentum*, che appartiene al matrimonio *secundum se* e non soltanto *in suis principis* non si applica tale distinzione³⁶, perché se può esistere il matrimonio senza la prole e senza la fedeltà, considerando che esse *rei non dependet* da uso suo, non può esistere un vero matrimonio senza l'indissolubilità³⁷. Pertanto, nello stesso consenso matrimoniale può coesistere la volontà di adempiere la fedeltà con la volontà di non assumere tale obbligo. E così, la volontà di obbligarsi si riferisce a *fides in suis principis*, la volontà invece di adempiere l'obbligo allo scopo di futura azione del contraente, cioè *fides in seipsa*³⁸. Quindi, la persona che assume l'obbligo della fedeltà, ma non vuole esercitarlo, celebra un matrimonio valido. Riassumendo, possiamo dire che lo *ius* e l'*exercitium iuris* vanno collocati in due momenti diversi.

In effetti, la volontà contraria allo *ius* e all'obbligo della fedeltà ha luogo soltanto al momento del consenso matrimoniale (*in fieri*); viceversa,

32 M. WEGAN, *L'esclusione bonum fidei...*, cit., 101.

33 Cf. *Summa Theologiae*, Suppl., q. 49, art. 3, ad 2; Cf. IV Sent., d. 31, q. 1, art. 3.

34 Cf. *Disputationum de Sancto Matrimonii Sacramento*, lib. V, d. 9, n. 2.

35 Cf. coram HEARD, 26.10.1957, in *SRRD* L, n. 5, 403. Etiam coram GRAZIOLI, 11.05.1944, *SRRD* XXXVI, 330.

36 Coram JARAWAN, 23.02.1987, in *RRD* LXXIX, n. 2, 57.

37 Cf. N. SCHOCH, *L'esclusione dell'indissolubilità nelle fonti del diritto canonico antecedenti al Codice del 1917*, in *Ius Ecclesiae* 13 (2001), 610-613.

38 L. BENDER, *Ius et usus iuris*, in *Ephemerides Iuris Canonici* 9 (1953), 45.

l'adempimento dei diritti e degli obblighi matrimoniali avviene durante il matrimonio (*in facto esse*).

La distinzione tra la volontà di escludere l'obbligo della fedeltà e l'intenzione di non assumere questo obbligo è stata criticata non soltanto dalla giurisprudenza recente³⁹ ma anche da alcuni canonisti, i quali ad una voce asserivano l'inadeguatezza di tale distinzione nei casi di esclusione del *bonum fidei*⁴⁰.

Il momento importante va collocato nella sentenza coram Sabattani del 13 novembre 1959⁴¹, nella quale il Ponente afferma che la volontà di assumere l'obbligo ha lo stesso oggetto che il consenso matrimoniale, mentre per la volontà di non assumere l'obbligo della fedeltà l'oggetto è ben diverso, ovvero, gli atti i quali saranno adempiuti nel futuro, quindi dopo il consenso matrimoniale⁴².

Sembra tuttavia che il concetto di negare la distinzione non sia stato approvato in tutto dalla giurisprudenza rotale in quanto nuovamente c'è chi sostiene la validità di tale distinzione⁴³. Di conseguenza, solamente l'intenzione contro lo *ius* provocherebbe la nullità del matrimonio, perché influisce sulla struttura dell'atto giuridico. L'intenzione di non adempiere l'obbligo appartiene invece al momento pratico del percorso del matrimonio e solo così non influisce sulla validità del consenso matrimoniale⁴⁴.

La distinzione tra *ius* e *exercitium iuris* può essere più una qualificazione artificiale quando va stata applicata automaticamente al momento di

39 Cf. coram DE JORIO, 30.10.1963, in *SRRD* LV, n. 5, 718; coram BURKE, 8.02.1990, in *RRD* LXXXII, n. 28, 103; coram CIVILI, 20.11.1996, in *RRD* LXXXVIII, n. 12, 728.

40 Coram STAFFA, 18.07.1958, in *SRRD* L, 471-475; G. OESTERLE, *Animadversiones in sententiam SSR, diei 23 februarii 1951 coram Staffa*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 62 (1951), 730-750.

41 *SRRD* L, 471-475.

42 Cf. J. GRYWACZ, *Wykluczenie bonum fidei. Kosciol i Prawo. Aktualne problem prawa malzenskiego*, Tom. III, Lublin 1989, 216.

43 Cf. coram BOCCAFOLA, 25.02.1993, in *RRD* LXXXV, n. 11, 50; coram GIANNECCHINI, 28.03.1995, in *RRD* LXXXVII, n. 3, 243; coram DEFILIPPI, 13.02.1998, in *RRD* XC, n. 18, 72-73.

44 Cf. coram EWERS, 11.10.1969, in *SRRD* LXI, n. 3, 935.

costituzione del matrimonio⁴⁵ perché è difficile capire che nello stesso momento la persona voglia assumersi l'obbligo della fedeltà e nello stesso tempo escludere il suo esercizio o adempimento.

Quando è stato escluso l'obbligo della fedeltà e la persona si riserva la possibilità oppure la libertà di realizzare gli atti coniugali al di fuori del matrimonio, oppure ha il desiderio di condividere la vita con altra persona diversa dal proprio coniuge, in questo caso possiamo parlare di nullità del matrimonio perché in questa situazione si tratterebbe di esclusione *dell'ius* e non soltanto dell'*exercitium iuris*⁴⁶.

Rimane quindi il dubbio su come bisogna trattare il *propositum adulterandi*. Nella giurisprudenza rotale prevale la presunzione che si tratta soltanto della volontà di non adempiere l'obbligo della fedeltà⁴⁷. Secondo il *dictum facta per se ambigua sunt* le circostanze di mantenere un'amante prima e dopo le nozze⁴⁸, le infrazioni della fedeltà che continuano dopo il matrimonio⁴⁹ o anche il matrimonio con una prostituta⁵⁰ possono avere una diversa efficacia giuridica in vista della dichiarazione di nullità del matrimonio; tuttavia, in questi casi richiedono dal giudice una precisa valutazione delle circostanze di ogni singolo caso per assicurarsi dell'esclusione dell'obbligo della fedeltà *in suis principiis*⁵¹.

Una ultima questione riguarda la trattazione dell'infedeltà sporadica. Afferma Bianchi, commentando la giurisprudenza rotale in merito, che in questo caso non si può parlare né dell'esclusione dell'unità matrimoniale né dell'esclusione della fedeltà coniugale, ma soltanto di un mero abuso del diritto. Distinguendo, quindi, tra *ius et exercitium iuris* si può presumere che quando manca sporadicamente la fedeltà in realtà viene rispettata sia

45 Cf. coram CIVILI, 20.11.1996, in *RRD* LXXXVIII, n. 12, 728.

46 Cf. F. MARLOT, *Le "bonum fidei" dans la jurisprudence recente de la Rota*, in *Révue de Droit Canonique* 41 (1991) 29-66.

47 Cf. coram JARAWAN, 15.11.1989, in *RRD* LXXXI, n. 11, 680; coram FUNGHINI, 19.11.1985, in *RRD* LXXVII, n. 4, 507.

48 Cf. coram BRUNO, 24.07.1985, in *RRD* LXXVII, n. 4, 407.

49 Cf. coram MASSIMI, 26.06.1933, in *SRRD* XXV, n. 4, 400.

50 Cf. coram STAFFEA, 13.01.1950, in *SRRD* LXII, n. 5, 14.

51 Cf. A. PAWLOWSKI, *Il "bonum fidei" nella tradizione canonica e la sua esclusione nella recente giurisprudenza rotale*, Roma 2002, 285.

l'unità matrimoniale sia l'obbligo della fedeltà. Di conseguenza, in questi casi non si può parlare di nullità del consenso matrimoniale⁵².

5. L'esclusione della fedeltà coniugale

Come abbiamo già illustrato, la giurisprudenza tradizionale, descrivendo l'essenza del *bonum fidei*, sottolineava la relazione inseparabile con l'unità del vincolo matrimoniale. Di conseguenza il concetto di unire *bonum fidei* e unità del vincolo matrimoniale ha il suo seguito nel caso di simulazione parziale del consenso matrimoniale. L'esclusione del *bonum fidei* ha forza invalidante se, con un atto positivo di volontà, il contraente esclude l'unità del vincolo oppure intende trasferire il diritto agli atti coniugali sia al coniuge sia ad un'altra persona⁵³.

Si vede, quindi, che la giurisprudenza tradizionale in fatto di esclusione dell'unità del vincolo metteva l'accento piuttosto sul trasferimento del diritto agli atti coniugali ad una terza persona, ciò che conseguentemente comportava una vera intenzione poligamica⁵⁴. Altri esempi di esclusione della fedeltà si trovano nella sentenza coram Mattioli del 30 ottobre 1953⁵⁵, laddove il Ponente presenta un elenco di diversi modi con i quali può avvenire l'esclusione del *bonum fidei*; per citarne alcuni: 1) l'intenzione di non sposarsi se non a condizione di mantenere il diritto di avere delle relazioni sessuali dopo il matrimonio; 2) la promessa fatta ad una terza persona di continuare la loro relazione anche dopo la celebrazione del matrimonio; 3) la riserva del diritto di non mantenere la fedeltà. Secondo Mattioli, basterebbe l'atto positivo di volontà di continuare le relazioni extraconiugali per confermare l'esclusione del *bonum fidei*⁵⁶.

Secondo la giurisprudenza recente a riguardo dell'esclusione del *bonum fidei*, tra cui una coram Stankiewicz del 26 marzo 1987, emerge che per l'efficacia dell'esclusione del *bonum fidei* non si richiede più un'intenzione

52 Cf. BIANCHI, *L'esclusione della fedeltà*, in *Quaderni di Diritto Ecclesiale* 7 (1994), 124.

53 Cf. coram PINNA, 14.04.1962, in *SRRD* LIV, n. 2, 151; coram EWERS, 11.10.1969, in *SRRD* LXI, n. 4, 936.

54 Cf. coram ROGERS, 20.12.1965, in *SRRD* LVII, nn. 4-5; 967; coram FIORE, 16.11.1974, in *SRRD* LXVI n. 3, 750.

55 *SRRD* LXV, 640-653.

56 Cf. coram MATTIOLI, 30.10.1953, in *SRRD* LXV, n. 2, 642.

poligamica, basta invece che 1) sia posto qualunque proposito di non trasferire o accettare il diritto esclusivo agli atti coniugali; 2) di negare l'obbligo di mantenere la fedeltà coniugale; oppure 3) di limitare l'atto del consenso da un proposito contrario all'obbligo della fedeltà coniugale⁵⁷.

Bisogna sottolineare che la giurisprudenza recente dà molto più valore alla lesione del diritto esclusivo sul proprio corpo (che appartiene soltanto al coniuge) che alla concessione di tale diritto ad una terza persona. Questa situazione ha luogo quando il simulante non vuole obbligarsi con nessuno. Per avere l'efficacia invalidante il consenso è necessario che il simulante *obligatio fidelitatis reiciatur*⁵⁸. Gli stessi principi dell'esclusione del *bonum fidei* vengono applicati nelle circostanze ben diverse, cioè quando simulante non accettando il diritto esclusivo del proprio coniuge esclude il *bonum fidei*. Questa situazione si verifica nel caso di un matrimonio contratto con l'intenzione di costringere la propria moglie alla prostituzione⁵⁹.

La giurisprudenza rotale rileva con forza che il *bonum fidei* non può essere separato dalla sua dimensione coniugale, cioè come diritto-obbligo esclusivo che appartiene agli atti propriamente coniugali. Questi atti sono stati descritti nel can. 1061 § 1 CIC come atti compiuti in modo umano e per sé idonei alla generazione della prole⁶⁰. Di conseguenza, l'esclusiva potestà sul corpo dell'altro e l'esercizio di essa devono essere limitati al campo proprio matrimoniale, così che il *bonum fidei* sia nella sua dimensione soggettiva, sia nella dimensione dell'obbligo personale, toglie non soltanto la possibilità delle relazioni extramatrimoniali ma anche la possibilità delle relazioni che sorpassano la nozione della "coniugalità" oppure sono amorali⁶¹. Quest'ultimo non soltanto nelle circostanze ormai classiche di non obbligarsi alla fedeltà oppure di un *propositum adulterandi*, ma anche nell'intenzione di esercitare la sessualità in modo "non coniugale"⁶², oppure amorale, rimanendo pure nell'ambito monogamico.

57 Cf. coram STANKIEWICZ, 26.03.1987, in *RRD* LXXXII, n. 7, 145-146.

58 Cf. coram STANKIEWICZ, 21.04.1983, in *RRD* LXXXV, n. 4, 179-180.

59 Cf. coram EGAN, 28.10.1980, in *RRD* LXXII, n. 4, 668.

60 Cf. coram POMPEDDA, 26.11.1993, in *RRD* LXXXV, n. 6, 719.

61 Ibidem.

62 A. PAWLOWSKI, *Il "bonum fidei"...*, cit., 295.

Come abbiamo già spiegato, la posizione della giurisprudenza rotale recente è una decisa separazione tra unità del vincolo matrimoniale e *bonum fidei*; tuttavia, la giurisprudenza recente spesso usufruisce del patrimonio della giurisprudenza tradizionale. Possiamo citare una sentenza coram Mattioli, nella quale il Ponente ha elaborato un elenco dei principali modi d'esclusione del *bonum fidei*. All'elenco di Mattioli una sentenza coram Bruno⁶³ ne aggiunge altri tre modi, che riguardano tra l'altro un'ulteriore precisazione circa l'intenzione di escludere la fedeltà che può essere implicitamente presente nell'atto del consenso, anche quando si realizza verso le persone dello stesso sesso⁶⁴. Un altro, nuovo argomento consiste nel fatto di considerare anche la possibilità di escludere il *bonum fidei* nelle circostanze del radicato convincimento che è impossibile mantenere la fedeltà matrimoniale a causa della debolezza della natura umana⁶⁵. L'ultimo argomento citato dal Bruno riguarda il tempo della limitazione dei diritti e degli obblighi. Mons. Bruno fa quindi notare che la restrizione degli obblighi e diritti che vengono trasmessi e accettati nell'atto del consenso può essere compiuta a tempo indeterminato o determinato e, in entrambi i casi, avvenne l'efficacia invalidante del consenso matrimoniale⁶⁶.

Parlando dell'assunzione da parte della giurisprudenza rotale del *bonum fidei seu unitas*, rimane in questione il problema dell'oggetto, al quale può essere trasferito il diritto agli atti coniugali. Per la giurisprudenza tradizionale, l'esclusione del *bonum fidei* ha forza invalidante solo quando corrisponde all'esclusione dell'unità del vincolo oppure quando il contraente intende trasferire il diritto agli atti coniugali all'altra parte ed anche a una persona terza. Atteso il can. 1081 § 2 CIC del 1917, dove il reciproco diritto viene descritto come «perpetuum et exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem», gli atti omosessuali non costituiscono una violazione dell'obbligo della fedeltà efficace ad invalidare il consenso matrimoniale⁶⁷. L'opinione presentata da Parillo nella sua sentenza del 12 agosto del 1929⁶⁸ ha costituito un principio seguito unanimemente nella giurisprudenza tradizionale. Il trasferimento

63 Coram BRUNO, 15.06.1990, in *RRD* LXXX, n. 7, 515-516.

64 Ibidem.

65 Ibidem.

66 Ibidem.

67 Coram DOHENY, 14.12.1953, in *SRRD* XXXXV, n. 2, 766.

68 Cf. coram PARILLO, 12.08.1929, in *SRRD* XXI, n. 3, 436.

del diritto agli atti sessuali alla persona dello stesso sesso, in quanto «vagat extra causam negotii matrimonialis» non esclude il *bonum fidei*.

6. *Propositum adulterandi* ed esclusione del *bonum fidei*

Un'altra questione riguarda la *praevisio vel propositum adulterandi*, da sempre una *crux canonistarum*. È giurisprudenza consolidata che «merum propositum adulterandi non irritat matrimonium cum eiusmodi pravum propositum non respiciat ipsam obligationem ad fidelitatem serranda, sed tantum obligationis implementum»⁶⁹.

Nella prassi rotale l'argomento è molto importante; tuttavia lasciando anche qualche difficoltà perché «praxis adulterina est argumentum sat aequivocum», possiamo evidenziare tre concetti per capire *propositum adulterandi*.

La prima questione segue la tomistica distinzione, applicata successivamente da T. Sánchez, fra il vero diritto e il suo esercizio, applicando poi questa distinzione al *propositum adulterandi*. Secondo tale impostazione, il proposito di mantenere delle relazioni adulterine, in se stesso, non significa altro che un'intenzione di non adempimento dell'obbligo della fedeltà, non tocca invece l'obbligo in se stesso e di conseguenza non invalida il consenso matrimoniale⁷⁰. E così una parte degli uditori rotali cerca di conciliare questo pensiero con lo sviluppo moderno della giurisprudenza. Confermando che per l'esclusione del *bonum fidei* non è sufficiente la mera intenzione di commettere adulterio⁷¹ come pure l'intenzione di perseverare in concubinato⁷² o mantenere una relazione extraconiugale⁷³, ammette tuttavia la possibilità dell'efficacia invalidante di queste circostanze, ma soltanto quando il *propositum adulterandi* equivale allo *ius adulterandi*⁷⁴. In altre parole, quando il simulante riserva a se stesso il diritto di commettere

69 Coram BRENNAN, 8.01.1959, in *SRRD* LI, n. 2, 10.

70 Cf. coram PALESTRO, 13.03.1987, in *RRD* LXXIX, n. 7, 124.

71 Cf. coram BURKE, 8.02.1990, in *RRD* LXXII, n. 13, 96; coram STANKIEWICZ, 23.10.1997, in *RRD* LXXIX, n. 13, 770; coram eodem 21.04.1983, in *RRD* LXXV, n. 5, 180.

72 Cf. coram DE LANVERSIN, 17.03.1982, in *RRD* LXXIV, n. 2, 119.

73 Cf. coram POMPEDDA, 21.06.1982, in *RRD* LXXIV, n. 8, 360.

74 Cf. coram FIDECICCHI, 10.06.1947, in *SRRD* XXXIX, n. 3, 358.

adulterio o di perseverare nella relazione concubinaria⁷⁵. Di conseguenza, *l'intentio adulterandi* potrebbe avere forza invalidante del consenso, ma questo deve essere valutato in ogni singolo caso.

Un altro pensiero del *propositum adulterandi* nella giurisprudenza rotale si fonda sul concetto del De Jorio seguito dallo Stankiewicz⁷⁶. Il Ponente riferisce tre gruppi di argomenti: l'obbligo di mantenere la fedeltà coniugale non appartiene soltanto alla natura del matrimonio nella sua dimensione giuridica ma è anche un'espressione della legge divina di non commettere adulterio che obbliga *semper e per semper*⁷⁷. Di conseguenza il *propositum adulterandi* è contrario alla legge della Chiesa e invalida la nullità del consenso. Un altro argomento di Stankiewicz poggia sul pensiero del De Jorio, e consiste nella critica della tomistica distinzione fra la volontà di non obbligarsi e la volontà di non adempiere l'obbligo. Tale distinzione non è soltanto aliena al pensiero di san Tommaso ma soprattutto non può essere applicata ai casi di esclusione del *bonum fidei*. E un ultimo argomento per l'efficacia giuridica del *propositum adulterandi* è di natura piuttosto psicologica. Sarebbe un assurdo affermare che una persona, che nel momento del consenso conserva nella sua mente un fermo proposito di commettere adulteri, possa trasmettere in modo illimitato il diritto esclusivo sul proprio corpo al coniuge. L'esperienza umana conferma che tale proposito costituisce un ostacolo alla piena e reciproca donazione dei coniugi, così che il matrimonio contratto in queste circostanze sarebbe invalido a causa dell'esclusione del *bonum fidei*⁷⁸.

Bibliografia

- BENDER L., *Ius et usus iuris*, in *Ephemerides Iuris Canonici* 9 (1953), 39–47.
- BIANCHI P., *L'esclusione della fedeltà*, in *Quaderni di Diritto Ecclesiale* 7 (1994), 118–133.
- FUNGHINI R., *L'esclusione del bonum fidei* in *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1990, 139–147.

75 Cf. coram FALTIN, 9.11.1990, in *RRD* LXXXII, n. 12, 788.

76 A. STANKIEWICZ, *De iurisprudentiali rotali...*, cit., 479-481.

77 Coram STANKIEWICZ, 27.03.1987, in *RRD* LXXIX, n. 8, 146.

78 Cf. Ibidem.

- GRZYWACZ J., *Wykluczenie bonum fidei. Kościół i Prawo. Aktualne problemy prawa małżeńskiego*, Tom III, Lublin 1989, 213–225.
- MARLOT F., *Le bonum fidei dans la jurisprudence récente de la Rote*, in *Revue de Droit Canonique* 41–42 (1991–1992), 29–66.
- MENDONÇA A., *Exclusion of the essential properties of marriage [W] Simulation of Marriage Consent. Doctrine, Jurisprudence, Questionnaires*, Red. W. Woestman, Ottawa 2000, 89–111.
- OESTERLE G., *Animadversiones in sententiam SRR, diei 23 februarii 1951, coram Staffa*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 62 (1951), 730–750.
- PAWŁOWSKI A., *Il bonum fidei nella tradizione canonica e la sua esclusione nella recente giurisprudenza rotale*, Roma 2002.
- SANCTI THOMAE DE AQUINO, *Summa Theologiae*, Cinisello Balsamo 1988.
- SÁNCHEZ T., *Disputationum de Sancto Matrimonii Sacramento*, Venetiis 1693.
- SCHÖCH N., *L'esclusione dell'indissolubilità nelle fonti del diritto canonico antecedenti al Codice 1917*, in *Ius Ecclesiae* 13 (2001), 591–628.
- STANKIEWICZ A., *De iurisprudencia recentiore circa simulationem totalem et partialem (cc. 1101 § 2 CIC; 824 § 2 CCEO)* in *Monitor Ecclesiasticus* 72 (1997), 189–234, 425–512.
- WEGAN M., *L'esclusione del „bonum fidei” nella più recente giurisprudenza della Rota Romana*, in *Apollinaris* 61 (1988), 89–117.

Giurisprudenza Rotale

- coram MASSIMI, 7.02.1925, *SRRD* XXII, 61-67.
- coram JULLIEN, 13.11.1925, *SRRD* XXII, 372-383.
- coram PARILLO, 12.08.1929, *SRRD* XXI, 433-445.
- coram MASSIMI, 26 .06.1933, *SRRD* XXV, 398-404.
- coram GRAZIOLI, 11.05.1944, *SRRD* XXXVI, 327-342.
- coram FIDECICCHI, 10.06.1947, *SRRD* XXXIX, 356-363.
- coram STAFFA, 13.01.1950, *SRRD* XLII, 12-15.
- coram MATTIOLI, 30.10.1953, *SRRD* XLV, 640-653.
- coram DOHENY, 14.12.1953, *SRRD* XLV, 765-771.
- coram HEARD, 26.10.1957, *SRRD* L, 400-410.

- coram STAFFA, 18.07.1958, *SRRD* I, 471-475.
- coram BRENNAN, 8.01.1959, *SRRD* LI, 9-13.
- coram PINNA, 14.04.1962, *SRRD* LIV, 150-155.
- coram BEJAN, 20.12.1962, *SRRD* LIV, 693-705.
- coram DE JORIO, 30.10.1963, *SRRD* LV, 716-725; 13.07.1968, *SRRD* LX, 551-562.
- coram ANNÉ, 9.12.1964, *SRRD* LVI, 911-918.
- coram ROGERS, 20.12.1965, *SRRD* LVII, 965-975.
- coram EWERS, 11.10.1969, *SRRD* LXI, 934-946.
- coram PARISELLA, 11.07.1970, *SRRD* LXII, 647-654.
- coram FIORE, 16.11.1974, *SRRD* LXVI, 749-753.
- coram SERRANO RUIZ, 25.07.1980, *RRD* LXXII, 529-536.
- coram EGAN, 28.10.1980, *RRD* LXXII, 666-672.
- coram DE LANVERSIN, 17.03.1982, *RRD* LXXIV, 118-125.
- coram POMPEDDA, 21.06.1982, *RRD* LXXIV, 356-364; 26.11.1993, *RRD* LXXXV, 715-722.
- coram STANKIEWICZ, 21.04.1983, *RRD* LXXV, 177-186; 26.06.1987, *RRD* LXXIX, 454-463; 26.03.1990, *RRD* LXXXII, 223- 238.
- coram BRUNO, 24.07.1985, *RRD* LXXVII, 404 – 414; 15.06.1990, *RRD* LXXXII, 512-522.
- coram FUNGHINI, 19.11.1985, *RRD* LXXVII, 504 – 514; 23.10.1991, *RRD* LXXXIII, 599-621.
- coram JARAWAN, 23.02.1987, *RRD* LXXIX, 55 – 60; 15.11.1989, *RRD* LXXXI, 676-681.
- coram PALESTRO, 13.03.1987, *RRD*, LXXIX, 121-131.
- coram BURKE, 8.02.1990, *RRD* LXXXI, 90-107.
- coram FALTIN, 9.11.1990, *RRD* LXXXII, 783-793.
- coram BOCCAFOLA, 25.02.1993, *RRD* LXXXV, 47-54.
- coram DEFILIPPI, 27.07.1994, *RRD* LXXXVI, 410-435; 13.02.1998, *RRD* XC, 63-83.
- coram GIANNECCHINI, 28.03.1995, *RRD* LXXXVII, 240-252.
- coram CIVILI, 20.11.1996, *RRD* LXXXVIII, 724-732.