



# diritto & religioni

Semestrale  
Anno IX - n. 2-2014  
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

18



LUIGI  
PELLEGRINI  
EDITORE

# Diritto e Religioni

Semestrale  
Anno IX - n. 2-2014  
**Gruppo Periodici Pellegrini**

*Direttore responsabile*  
Walter Pellegrini

*Direttore*  
Mario Tedeschi

*Segretaria di redazione*  
Maria d'Arienzo

## *Comitato scientifico*

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero, A. Fucillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

## *Struttura della rivista:*

### **Parte I**

#### SEZIONI

*Antropologia culturale*  
*Diritto canonico*  
*Diritti confessionali*

*Diritto ecclesiastico*  
*Sociologia delle religioni e teologia*  
*Storia delle istituzioni religiose*

#### DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci  
A. Bettetini, G. Lo Castro  
M. d'Arienzo, V. Fronzoni,  
A. Vincenzo  
M. Jasonni, L. Musselli  
G.J. Kaczyński, M. Pascali  
R. Balbi, O. Condorelli

### **Parte II**

#### SETTORI

*Giurisprudenza e legislazione amministrativa*  
*Giurisprudenza e legislazione canonica*  
*Giurisprudenza e legislazione civile*

*Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria*  
*Giurisprudenza e legislazione internazionale*  
*Giurisprudenza e legislazione penale*  
*Giurisprudenza e legislazione tributaria*

#### RESPONSABILI

G. Bianco  
P. Stefani  
L. Barbieri, Raffaele Santoro,  
Roberta Santoro  
  
G. Chiara, R. Pascali  
S. Testa Bappenheim  
V. Maiello  
A. Guarino

### **Parte III**

#### SETTORI

*Lecture, recensioni, schede,*  
*segnalazioni bibliografiche*

#### RESPONSABILI

M. Tedeschi

## Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fucillo - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Ivàn Ibàn - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura.

**Rotae Romanae Tribunal – Beneventani seu Thermularum  
– Larinen – Nullitatis matrimonii – 16 giugno 2004 – coram  
Lopez Illana**

**Nullità del matrimonio – Consenso – Esclusione della prole – Presenza  
di figli nati dal matrimonio – Atto positivo di volontà prevalente –  
Collegio di cinque giudici – Competenza - Rapporto tra composizione  
del Collegio di I istanza e di II istanza**

*Il consenso è l'atto della volontà che, prestato nelle forme giuridicamente fondate, rende efficace la celebrazione del matrimonio.*

*Chi, con atto positivo di volontà esclude dal consenso matrimoniale il fine essenziale della generazione ed educazione della prole, contrae invalidamente.*

*La volontà di negare all'altro contraente il diritto alla prole, e non meramente l'esercizio del diritto, è il fondamento della simulazione del consenso matrimoniale in ordine al fine dell'esclusione della prole. Ciò, può verificarsi anche dinanzi al fatto della generazione di figli, qualora si riesca a dimostrare che la volontà del contraente diretta a privare il proprio consorte del diritto ad avere figli sia prevalente anche rispetto alla circostanza della generazione della prole.*

*In ragione della particolare importanza della questione oggetto del giudicato canonico, il Tribunale, sia di prima istanza sia di seconda istanza, può decidere che la causa sia trattata da un Collegio composto da cinque giudici. Competente a decidere la costituzione del Collegio di cinque giudici è, a pena di nullità sanabile, il Vescovo diocesano, non il Vicario giudiziale. In seconda istanza, il tribunale deve essere costituito allo stesso modo del Tribunale di prima istanza.*

(Omissis) 1. - N. M., miles a publica tutela, in causa actor, die 29 iulii a. 1951 natus, sua uxore orbatus die 4 iulii a. 1986, quam sibi matrimonio iunxerat circiter decem annos antea, et qua cum duas filias genuerat.

Necessitate, vero, impulsus pro filiarum bono auxilio, praedictus vir, aliqua persona adiuvanti, mense iulio a. 1987, novit A. S., die 15 ianuarii a. 1953 ortam, et, in causa, conventam. Haud multo post primum occursum frequentationem ipsi coeperunt.

Mense octobre a. 1987 A. in domo viri recepta est ac cum ipso more uxorio una vixit. Obiurgationes, autem, inter amatores eo tempore haud defuerunt, ita ut Anna, mense martio a. 1988, post patris obitum consilium mutavisset, et Nicolai domum redire iterum noluit.

Media aestate a. 1988, inter se amantes occurrerunt in pago, ubi Anna habitabat, et, ut a Nicolao asseritur, firma condicione ne ullos liberos gigneret, matrimonium canonicum, die 4 septembris a. 1988, in Ecclesia parochiae M. P. m. p., B. V. M. dicata in ....., celebraverunt.

Coniugali convictu instaurato, ut dicitur, statim intellegendi imperitiae exstiterunt, quoniam iuxta actorem filii procreationem a matrimonio exclusit ipse, sed conventa dolose obtinuit graviditatem, quae spante male cessit.

Iterum insidiose, ut adseritur, mulier facta est gravida, et, die 11 augusti a. 1993, filius I. natus est. Posteaquam ortus est filius, conventa suas cogitationes ad Iosephum direxit et gradatim ipsa sive duas filias sive actorem, ut fertur, seponebat.

Mense septembre a. 1994 mulier conventa instauravit coniugalem separationem, quae definitiva, die 19 augusti a. 1997, facta est. Dein, die 24 septembris a. 1997, ipsa apud Tribunal Larinense appellationem interposuit.

2. - Libertatis status recuperandae cupidus, Nicolaus, die 31 martii a. 1998, libellum Tribunali Regionali Ecclesiastico Beneventano obtulit, declarationem nullitatis sui matrimonii petens ob condiciones appositas et non verificatas.

Primae instantiae Tribunal, die 27 maii a. 1998, constituitur, et decreto diei 10 iunii a. 1998 libellum admissum fuit. Partibus rite citatis ad dubii concordationem (cf can. 1513, §§ 1-2), pars conventa, die 23 iunii a. 1998, nuntium per telegraphum ad Tribunal Ecclesiasticum Beneventanum misit nullitati sui matrimonii sese opponens.

Ponens in causa decreto diei 24 iunii a. 1998 statuit, ex officio ad normam can. 1677, § 2, hanc formulam dubii: “Se consti’ della nullità di questo matrimonio per esclusione della prole da parte dell.’uomo”. Hoc decretum ad normam can. 1677, § 4, notificatum est.

Coventa bis coram Iudice reddidit vadimonium, id quod et actor ac testes undecim fecerunt. Omnibus habitis iuxta iuris statuta, Iudices decisionem *dilatam* pronuntiaverunt pro opportunitate augendi numerum Iudicum ad quinque, quod quidem per decretum diei 24 septembris a. 1999 factum est.

Iudices quinque, die 22 octobris a. 1999, definitivam sententiam dixerunt negativam, seu non constare, in casu, de matrimonii nullitate ab exclusionem prolis ex parte hominis.

Minime quievit actor, qui appellationem ad Tribunal Ecclesiasticum Regionis Campaniae, die 22 ianuarii a. 2000, interposuit.

Secundae instantiae Tribunal, decreto diei 10 maii a. 2000, constitutum est. Die, vero, 20 iunii a. 2000, pars conventa legitime repraesentata per patronum se opposuit nullitati sui matrimonii, ut in prima instantia fecerat, sed dubium concordatum est hac sub formula: “Se consti della nullità del matrimonio nel caso: per esclusione della prole da parte dell’attore ossia se la sentenza di primo grado sia da riformare o confermare”.

Partes in causa et tres testes ab actore inducii auditi sunt, et positis ponendis, quinque Iudices, die 19 aprilis a. 2001, ad propositum dubium responderunt: “Affermativamente, ossia constare della nullità del matrimonio nel caso, la sentenza negativa di primo grado viene riformata, È fatto divieto all’attore di passare a nuove nozze, *inconsulto Ordinario*”.

3. - Causa, deinde, delata est ad Rotae Romanae Tribunal (cf can. 1682, § 1). Actis causae receptis, Exc.mus P.D. Decanus N.S.F. .. quinque Patres in Turno, die 22 octobris a. 2001, constituit ut ad finem praefata causa duceretur.

Viso Voto praevio a Defensore vinculi, die 14 iulii a. 2001, exhibito, et partibus rite citatis a subscripto Ponente ad litis contestationem, dubium, die 14 novembris a. 2001, concordatum. est iuxta hanc formulam: “*An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusum bonum prolis ex parte viriactoris*”.

Actor in iudicio repraesentatus est per suum patronum, et signato Ponente postulante ab Exc.mo P.D. Decano ut patronum pro parte conventa constitueret,

et de facto prae laudatus Exc. mus P.D. Decanus, die 12 februarii 2002, illum elegit.

Patronus actoris restrictum iuris et facti pro actore, die 26 iunii a. 2003, exhibuit et, eadem die, patronus ex officio conventae suum restrictum iuris et facti. Defensor vinculi, autem, suas animadversiones, die 17 februarii a. 2004, praebuit. Restrictus responsionis pro parte conventa et restrictus responsionis pro viro actore, die iunii a. 2004, distributi sunt. Animadversiones alterae, seu responsio restrictui patroni partis actricis, distributae sunt die 11 iunii 2004.-

Commutatis defensoriibus inter partium patronos et animadversionibus Defensoris vinculi, Tumus ad definiendam causam. statutus est in diem 24 martii 2004. Sed, visa instantia cl.m.i Patroni partis actricis diei 1 martii 2004, Tumus, die 3 martii 2004, a subscripto Ponente sine die differtur. Die, vero, 5 maii a. 2004, sub signatus Ponens decrevit Tumum ad definiendam causam habendum esse die 16 iunii 2004, et ideo Nobis hodie rite concordato dubio ut supra relato respondendum est.

## II. - IN IURE

4. - Consensus personalis contrahentium consideratur in Codice Iuris Canonici ut unica, totalis et adaequata causa matrimonii efficiens: “Matrimonium facit partium consensus inter personas iure habiles legitime manifestatus, qui nulla humana potestate suppleri valeat” (can. 1057, § 1 CIC 1983, et can. 1081, § 1 CIC 1917). Sed, qui matrimonium contrahit ad patefacienda ea quae in animo agitatur, verbis et signis utitur. Nam.. “Sponsi consensum matrimonialem verbis exprimant, si vero loqui non possunt, signis aequivalentibus” (can. 1104, § 2 CIC 1983, et can. 1088, § 2 CIC 1917).

Quapropter, Supremus Ecclesiae Legislator, in can. 1101, § 1, hanc iuris praesumptionem declarat: “Internus animi consensus praesumitur conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis”. In § 2 eiusdem can. 1101 statuitur quoque: “At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum vel matrimonii essentiale aliquod elementum, vel essentialem aliquam proprietatem, invalide contrahit” (cf can. 1086, § 1, § 2 CIC 1917). Hoc in casu, haberetur *simulatio consensus* vel *totalis*, si positive escluditur matrimonium ipsum, vel *partialis*, si positivo voluntatis actu aliquod elementum essentiale vel aliqua proprietates essentialis excluditur (cf P. Gasparri, *Tractatus Canonicus de Matrimonio*, vol. II, Typis Polyglottis Vaticanis 1932, p. 26, n. 814).

Nupturientes triplici modo excludere possunt prolem: conditione vera, seu *sine qua non*, pacto inito, simplici voluntatis actu. Decisiones N. Fori semper “tradiderunt infici matrimonium, quoties voluntas sub forma verae et propriae conditionis exprimitur et saltem virtualiter usque ad celebrationem matrimonii perseverat, cum hisce in adiunctis altera pars iure ipso privetur” (c. B. Filipiak, *Manilen.*, dec., diei 1 iulii 1960, RRDec., vol. LII, p. 349, n. 3). Acceptatio, vero, alterius partis non est necessaria, at si acceptatio verae et propriae conditionis ab altera parte fiat, iam bilaterale pactum habetur, seu mutua conventio, quo in casu, matrimonium est nullum: “Nam tunc non solum aderat voluntas delinquendi contra matrimonialia iura, sed sed horum iurium comparti tradendorum deerat et voluntas et voluntatis declaratio” (c. A. Wynen, dec., VII, diei 10 februarii 1931, *Ibid.*, vol. XXIII, p. 49, n. 9).

Simplex voluntatis actus “natura sua consensum ingreditur, vim ac effectum habet conditionis, et voluntati contrahendi praevallet. Actus iste potest esse explicitus vel implicitus ... quia implicitus eosdem parit iuridicos effectus, ac explicitus ..,” (c. D. Staffa, *Natcheten.*, dec., LII, die 18 maii 1951, *Ibid.*, vol. XLIII, p. 385, n. 2).

Positivus actus est a voluntate positus in matrimonii celebratione aut antea. Hic,

enim, actus intentio quoque vocatur, et intentiones distingui solent in actualem, virtualem, habitualement et interpretativam. Ad matrimonium irritandum non sufficit “intentio mere habitualis aut interpretativa, quae voluntatem determinare non valet” (c. F. Bruno, *Kigalien.*, dec., diei 15 iunii 1990, *Ibid.*, vol. LXXXII, p. 514, n. 5; c. I. B. Deflippi, *Bisuntina*, dec., diei 22 iulii 1999, *Ibid.*, vol. XCI, p. 560, n. 4).

Intentio actualis ea est, in qua intellectus continuo attendit, et virtualis illa est, quae initio ante nuptias actualis habetur realiter et nunc perseverat et in consensu non influit. Voluntas, tamen, semper durare censetur, quoadusque de eius mutatione non constat. Revocatio, enim, est factum, et facta non praesumuntur, sed probanda sunt.

Ille positivus voluntatis actus, qui utique expressus esse debet, tamen inter expressum et implicitum incongruentia non sunt. Etenim: “expressa est voluntas quae signo aliquo manifestatur, manifestari autem potest sive explicite sive implicite: *explicite* quando ex ipsis verbis directe et immediate apparet (quia nempe iam explicata est, id est ex plico verborum eruta ostenditur); *implicite* quando in verbis adhibitis absconditur (quia, nempe, in plico verborum continetur et occultatur) tamquam effectus in causa, conclusio in principio, pars in toto, species in genere” (O. Staffa, *De conditione . contra matrimonii substantiam*, Romae 1955, p. 19, n. 27).

Actus voluntatis positivus excludendi prolem, etiamsi in corde lateat seu mentalis conditio, ex defectu legitimi consensus irritat matrimonium. Ad rem docet S. Thomas: “Utique necesse non est ut generatio prolis, quarnvis ea finis primarius sit matrimonii, quaeratur, quia ex ipsa factione coniugali causatur. Sed exclusio eiusdem positivo voluntatis actu vitiat consensum et nuptias invalidat, quia excludit intentionem prolis, sine qua matrimonium esse non potest” (S. Th., *Suppl.* q. XLIX, a. 3 c).

Nam ad matrimonii nullitatem inducendam, sufficit actus voluntatis positivus etiam internus, qui quidem conditioni mentali aequivalet et non minus quam conditio proprie dicta et manifestata praestitum consensum excludit. Probata, enim, conditio, verbis expressa vel mente retenta, sequitur matrimonii nullitas. At fieri potest ut positivus voluntatis actus, conditio et pactum sibi succedant in animo nupturientis vel concurrant, quo in casu, non necessario suspicio concipienda est, immo exclusio boni prolis fortius panditur: “haec tamen omnia, totidem praesumptiones sunt, quae Iudex simul cum causae complexu considerabit, ut sententiam dare possit pro veritate aequam” (c. P. Felici, *Ianuen.*, dec., II, diei 7 ianuarii 1953, *RRDec.*, vol. XLV, p. 10, n. 4).

Ast, ex recepta Nostri A. Tribunalis iurisprudentia, “quoties certo constat de nupturientis proposito excludendi a coniugio, absolute vel ad indefinitum tempus, prolem, consensus hoc proposito, per positivum voluntatis actum manifestato, vel conditioe coarctatus seu vitiatus par haud est ad efficiendum sacramentum matrimonii” (c. B. de Lanversin, *Passavien.*, dec., diei 15 iunii 1994, *Ibid.*, vol. LXXXVI, p. 315, n. 8).

5. - Ex his quae hucusque scripsimus, invalide contrahit qui momento praestationis consensus seu celebrationis matrimonii saltem virtualiter prolis generationem excludit. Ratio in propatulo est cum ad prolis generationem et educationem ordinatum sit matrimoniale foedus (cf can. 1055, § 1 CIC 1983; cf can. 1012 CIC 1917). Praefatus canon exprimit verba et mentem Concilii Vaticani II: “Indole autem sua naturali, ipsum institutum matrimonii amorque coniugalis ad procreationem et educationem prolis ordinatur iisque veluti suo fastigio coronantur” (Const. *Gaudium et spes*, n. 48).

Matrimonium, enim, volitum sine prole esset in suis principiis institutum quoddam substantialiter diversum ab illo, quod Creator voluit et statuit atque tuetur Ecclesia. Quod Concilium Vaticanum II, firmam doctrinam catholicam referens, docet: “Matrimonium et amor coniugalis indole sua ad prolem procreandam et educandam ordinatur” (Const. *Gaudium et spes*, n. 50).

Firmiter Magisterium Pontificium:

a) Statuit actui coniugali semper inesse vim naturalem vitae procreandae, ita ut in quocumque matrimonii usu “salva semper sit intrinseca illius actus natura ideoque eius ad primum finem debita: ordinatio” (Pius PP. XI, Liti. Enc. *Casti connubii*, diei 31 decembris a. 1930, n. 2).

b) Admonuit homines observare praecepta legis naturalis, quam. constanti Ecclesiae doctrina interpretatur, “id docet necessarium esse, ut quilibet matrimonii usus ad vitam humanam procreandam per se destinatur permaneat” (Paulus PP. VI, Litt. Enc. *Humanae vitae*, diei 25 iulii a. 1968, n. 11).

c) Docuit amorem coniugalem et ordinationem ad prolem essentialia esse ad matrimonium in facto esse: “Secundum Dei propositum est matrimonium fundamentum maioris communitatis familiae, quoniam ipsum matrimonii institutum atque coniugalis amor destinatur ad proles procreationem et educationem, in quibus consummantur” (Ioannes Paulus PP. II, Adh. ap. *Familiaris consortio*, 22 novembris a. 1981, n. 14).

Haec matrimonii ordinatio ad proles procreationem et educationem praedicatur a Catechismo Catholicae Ecclesiae: “fundamentale matrimonii et familiae officium est in vita esse ministerium” (*Catechismus Catholicae Ecclesiae*, Città del Vaticano 1997, n. 1653).

Superfuum. videtur omnia et singula revocare quae iurisprudentia Nostri A. Fori ab annis de boni proles exclusionem edocet. Omnibus, tamen, notum est, ut constans doctrina et iurisprudentia N. A. Tribunalis profitentur, de matrimonii essentia non esse prolem in se ipsa, sed proles intentionem. Certo proles non est de matrimonii essentia quoad effectum, cum ex vitio naturae deficere potest. Nam, irritum matrimonium non reddit simplex proles defectus: “Matrimonium tamen minime coniugibus ius confert ad filium habendum, sed ius dat dumtaxat ad actus naturales ponendos, qui per se ad procreationem ordinatur” (Congregatio pro Doctrina Fidei, Instr. *Donum vitae*, diei 22 februarii 1987, AAS 80 [1987], p. 87).

Sed deficere proles quoque potest ex prava hominis voluntate, seu proles in suis principiis exclusio (cf S. Thomas, *Suppl.*, 49; art. 3; .cf quoque IV *Sent.*, dist. 31, q. 1, art. 3), quo in casu attendenda est nota a probatis auctoribus et iurisprudentia N. A. Fori opportune ac constanter recepta distinctio inter proles exclusionem suis in principiis seu exclusionem iuris ad actum per se aptum ad proles generationem, ad quem natura sua ordinatur matrimonium, et huius agniti et accepti iuris exercitii exclusionem.

Ad boni proles exclusionem quod attinet iam assertum legitur: “Difficultas discernendi utrum ipsum ius ad prolem an iuris exercitium fuerit a contrahentibus exclusum ... ubi directa desunt argumenta, ad praesumptiones recurrendum est, quarum praecipua stat pro excluso iuris exercitio ... Huiusmodi tamen praesumptio merito cedit facto si bonis argumentis demonstretur unum vel alium coniugem ob graves perpetuoque duraturas rationes filios in perpetuum excludere statuissse: non enim admittitur ius cuius exercitium sit toto vitae tempore comparti denegandum” (c. P. Felici, *Romana*, dec., XXIV, die 30 martii 1949, RRDec., vol. XLI, pp. 140-141, n. 4).

Ad perpendendam, tamen, exclusionis boni proles naturam, qua declaratio nullitatis matrimonii est petita, singulis in casibus inquirendum penitus est de vera intentione eius, qui dicitur consensum simulavisse, ut determinetur revera utrum ipse ius ad actus coniugales per se aptos ad proles generationem suo proposito excluserit, an potius exercitium iuris. Etenim, defectus proles, quamvis consulto volitum vel ante nuptias, hoc ex capite non necessario matrimonii nullitatem secum fert, nisi proles exclusio implicet iuris vel officii coniugalis limitationem.



Ita, enim, si coniuges, “unus vel ambo, matrimonium ineant ea intentione, ut tradant et acceptent ius in corpus ad actus incompletos et illicitos ponendos, vel ad unum alterumve filium procreandum., sed positive non excludant ius perpetuum et exclusivum in corpus in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem, matrimonium valet”. Nec aliter “si coniuges conveniant inter se de prole vitanda per aliquod tempus, coniugium per se habendum est ut validum, seu praesumitur in casu vera traditio et acceptatio iuris perpetui et exclusivi in corpus, ea quippe quae requiruntur et sufficit ad valorem coniugii ex consensu matrimoniali rite praestito”, quamquam “obiective matrimonium erit validum aut invalidum., prout praedicta traditio et acceptatio iuris perpetui et exclusivi in corpus adfuerit necne” (F.M. .. Cappello, *Tractatus canonico-moralis de Sacramentis*, vol. V, *De matrimonio*, Romae 1961, ed. 7, p. 335, n. 600).

7. - At, cum homo sanae mentis sine sufficienti causa motiva numquam agat, in primis aestimanda est causa praesumptae exclusionis boni prolis non tantummodo obiective considerata, sed praesertim contrahentis animo definita. Si ille nempe omnem prolem apta proportionata causa, a se ita determinata, e matrimonio ineundo excludere voluerit, ut diversimode matrimonium contrahere respuerit, censendum est iuris exclusionem eundem intendisse. .

Ad simulationem recte aestimandam valde interest perpendere causam, qua contrahens vel nupturiens ad excludendos filios in perpetuum et absolute ductus fuerit: “Causa simulationi proportionata adesse debet saltem pro contrahente cui simulatio tribuitur et talis quae superet causam nubendi” (c. A. B. Bottone, *Ialespolitana*, dec., diei 13 martii 1998, RRDec., vol. XC, p. 244, n. 14). Probata, enim, intentione nupturientis filios excludendi in perpetuum facilius iuris exclusio coniicitur, quamvis causae sint malae et vanae, dummodo perpetuae prolem excludentes, uti intentio evitandi iurgia et dissensiones, quae inter filios diversae matris facile oriri solent. In singulis, autem, casibus, maxima cum diligentia oinnes circumstantiae et causae adiuncta perpensanda sunt.

Ast, ubi de facto, perdurante vita coniugali, genita est proles, prima facie iam via videretur praeclusa ad instaurandam causam de matrimonii nullitate ob bonum prolis exclusum, quia facta sunt verbis validiora. Nam, hoc in casu, neminem fugit difficillimam esse absolutae voluntatis anteconceptionalis probationem. Ut firma maneat illa probatio, constare debet prolem occasionaliter et per accidens fuisse genitam argumentis, quae confutari vel repelli non possint, “et quidem haud obstante pertinaci et vigilantissimo usu mediorum ad illam vitandam” (c. R. Funghini, *Venetiarum*, dec., diei 16 aprilis 1986, *Ibid.*, vol. LXXVIII, p. 261, n. II).

Cum vero agatur non de una, sed de bina prolis conceptione, interiecto temporis intervallo habita, difficultas probationis augetur et mentis simulatoriae exquisita probatio fere impossibilis evadit. Nam, scriptum est:

a) “Filius tamen natus est die 11 martii 1940” (c. L Pasquazi, *Patavina*, dec. diei 6 aprilis 1962, *Ibid.*, vol. LIV, p. 126, n. 1). Sed post hanc decisionem, concessa nova causae propositione, prodiit decisio contraria: “Neminem, tamen, latet causas huiusmodi difficilioris esse solutionis, cum existentia prolis praesumptionem inducat normalis traditionis et acceptationis iuris in corpus. 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, teneciter servata ... 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. Ad ostendendam, igitur, aptitudinem voluntatis attendi. debet ad id, quod per se accidit, non ad id quod per accidens supervenit” (c. I. Palazzini, *Patavina*, dec., diei 18 maii 1966, *Ibid.*, vol. LVIII, p. 326, n. 6; c. L Palazzini, *Albinganen.*, dec., diei 26. aprilis 1967, *Ibid.*, vol. LIX, pp. 234-235, n. 4).

b) “Stricte loquendo ... qui prolem suscipit, esto contra suam voluntatem, facto ostendit se non semper exclusisse ius in corpus in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem. Huiusmodi factum praesumere sinit intentionem contrahentis contra prolem non fuisse absolutam et in omne tempus. Aliis verbis, existentia prolis praesumptionem inducit normalis traditionis et acceptationis iuris in corpus. At, haec praesumptio, utpote hominis tantum, contrariam admittit probationem, Impossibile enim non est vincere hanc praesumptionem, si demonstretur unicam prolem occasionaliter genitam fuisse. Occasionalis iste eventus non est effectus voluntatis nisi per accidens, si ostendatur habitus mentis, inde ab initio servatum, nihil aliud esse nisi repetitionem actuum voluntatis contra prolis generationem ... “ (c. O. Bejan, *Neapolitana*, dec., diei 30 martii 1968, *Ibid.*, vol. LX, p. 280, n. 7; c. L. Anné, *Torontina*, dec., 16 iulii 1968, *Ibid.*, vol. LX, pp. 574-575, n. 8: “At, haec praesumptio, utpote hominis, contrariam admittit probationem et vinci potest ... “; c. V. Fagiolo, *Fiorentina*, dec., diei 14 novembris 1969, *Ibid.*, vol. LXI, p. 997, n. 7).

c) “Quid, denique, sentiendum est de vi intentionis elicita ab eo qui, ante nuptias firmiter statuerat nullam prolem generare et, post nuptias, non obstantibus cautelis adhibitis, prolem nihilominus suscepit? Huiusmodi factum praesumere sinit intentionem contrahentis contra prolem non fuisse absolutam nec in omne tempus. At, haec praesumptio, utpote hominis, contrariam admittit probationem et vinci potest, si distincte demonstratur prolem, contra asserti simulantis voluntatem procreatam esse, vel mere accidentaliter vel ex opere uxoris virum invitum dolose circumvenientis, dum insimul ostenditur virum suae mentis habitum inde ab initio servatum semper in praxim deduxisse repetitione continua ex parte saltem ipsius, actuum voluntatis contra prolis generationem” (c. L. Anné, *Torontina*, dec., 16 iulii 1968, *Ibid.*, vol. LX, pp. 574-575, n. 8).

d) “Tandem, cum ius petendi atque obtinendi declarationem nullitatis coniugi ob exclusum bonum prolis, exurgat primo ex denegato et non concesso iure ad coniugales actus et inde ex denegata prole, quum. haec reapse nata est, firma exurgit et habetur praesumptio, nedum iuris sed etiam facti, quod et ius ad coniugales actus concessum fuit” (c. V. Fagiolo, *Fiorentina*, dec., diei 14 novembris 1969, *Ibid.*, vol. LXI, p. 997, n. 8).

Semper, tamen, iudicis est colligere ex circumstantiis, utrum de vera exclusionem an de mero abusu iuris agatur. Si exclusio boni prolis sit perpetua, ius ipsum exclusum esse praesumitur: “Exclusio prolis perpetua, non solum verbis inambiguis ante nuptias manifestata, sed et pervicaci constantique recusatione actus coniugalis post celebratas nuptias, licet per se non evincat certissime exclusionem iuris, huius tamen magnam praesumptionem praebet ... “ (c. P. Felici, *Ianuen.*, dec., Cxx, die 15 decembris 1953, *RRDec.*, vol. XLV, p. 773, n. 2).

Obiiciendum., vero, non est voluntatem contrahentis abutendi matrimonio vel onanistice copulam matrimonialem exercendi non inducere matrimonii nullitatem, quoniam hoc usum iuris circa prolem et non ipsum ius ad prolem respicit. Nam si coniux non alio modo nisi absolute onanistice exercere copulam velit et hac voluntate matrimonium ineat, iam ipsum ius ad prolem coniugem exclusisse coniicitur. Non existit quidem generalis norma, quae hac in re simpliciter possit applicare, sed rectam quaestionis solutionem nonnisi omnes causae circumstantiae praebere valent.

Sunt, enim, attendendae circumstantiae antecedentes, matrimonio concomitantes et subsequentes ex quibus genuinae contrahentis mentis indicium trahi possit. Etenim: “Necesse imprimis est probare causam simulationis; deinde ipsa simulatio evinci debet coniecturis seu circumstantiis antecedentibus et subsequentibus, quae adeo urgentes sint ut eertum moraliter reddant iudicem ficti consensus” (c. M. F. *Pompedda, Romana*, dec., diei 3 februarii 1981, *Ibid.*, vol. LXXIII, p. 69, n. 5; e. I. Prior, dec., XXII, diei 9 iulii 1911, *Ibid.*, vol. III, p. 241, n.8).

Circumstantiae, vero, ex quibus indicia et coniecturae depromi possunt ad simulationis factum probandum, certae atque determinatae esse debent, non solum adfirmatae ab actore, sed aliunde probatae, quae cum simulato consensu adserto directe cohaereant. Certitudo, tamen, promanans ex pluribus coniecturis et adminiculis simul ad probationem sufficit. Etiam verba pronuntiata a simulante tempore non suspecto et relata a testibus fide dignis, et facta ab actore posita, quae absque simulatione explicari nequeant, argumenta concludentia haberi possunt. Utrumque prolis exclusionem esse undique circurnspiciendam et perpendendam ut ad simulationem concludatur.

8. - Ut supra diximus, agitur de probando defeetu consensus interni in foro externo. Contrahens simulans melius cognovit suum consensus interni defectum. Confessionem eius partis, cui simulatio de prolis exclusione adscribitur, perpendere oportet (cf can. 1536, § 2 CIC 1983; cf can. 1751 ere 1917). Procul dubio, eius confessio est magni momenti pro demonstratione conficienda, praesertim si personae spectatae fidei sint.

Attamen, iudicialis affirmatio simulantis non satis est, cum ipse sit pars in causa et de bono publico agatur. Nam fieri potest, ut nunc simulet, quo nempe facilius a vinculo matrimoniali a iudice liberetur, quamvis tunc sincere suum consensum praestiterit. Simulantis, enim, confessio de prolis exclusione caute aestimanda est. Hanc ob rem, iudicis est semper inquirere, an praetensa simulatio ab actore admissa possit concludentibus argumentis probari, id est sive verbis tempore non suspecto prolatis a simulante et relatis a testibus fide dignis sive factis ab illo positis, quae absque simulatione nequent explicari.

Utcumque confessio extraiudicialis ab actore facta ante matrimonii celebrationem vel brevi post nuptias, quando adhuc de causa nullitatis matrimonii b prolis exclusionem introducenda nemo cogitabat, multo plus valet quam confessio in iudicio facta.

Partis conventae denegatio pactionis inter coniuges facta de simulatione ex parte actoris nullo modo impedit, quominus cetera argumenta quandoque ad moralem certitudinem de simulatione ac de matrimonii nullitate in iudice panendam per se sufficiant. Ad hoc: “Videndum quoque est an pars conventa, in sua oppositione destringenda, mota sit rationibus odii, simultatis, pudoris, acrimoniae ob pecuniam forte quaesitam et non receptam. Videndum insuper qualis sit figura moralis partis conventae, si gravis, si levis, si inconstans, ut eius oppositio valeat aequae pensitari” (c. A. Sabattani, *Venetiarum*, dec., diei 24 iulii 1962, RRDec., vol. LIV, p. 457, n. 3; cf etiam c. A. Jullien, dec., XXXVI, diei 26 maii 1934, *Ibid.*, p. 232, n. 2).

Sin autem inter coniuges aperta deprehendatur contradictio, “iudicis munus est constabilire, ex interno actorum examine, cui maior credibilitas tribuenda est; prae oculis tenenda sunt, si adsint, testimonia credibilitatis a parochis vel a sacerdotibus exarata, declarationes testium fide dignorum, necnon facta, circumstantiae et praesumptiones quae ex firmis adductis probationibus colligi possunt” (c. F. Bruno, *Ravennaten.*- *Cervien.*, dec., diei 19 decembris 1995, *Ibid.*, vol. LXXXVII, p. 734, n. 6).

9. - Testes in excussione coram iudice referant oportet simulantis dicta et matri-

monii circumstantias, non vero proprios sensus et opiniones. Testium, autem, verba obiter dicta de matrimonio in genere potius quam de proprio simulantis matrimonio ad nihil inserviunt. Item non sufficiunt nuda testium assertiones contra prolem se hoc vel illud audivisse, sed necesse est ut dicant quo tempore, quo loco, quonam contextu, a quam persona audiverint.

Iudex, autem, semper perpendere debet ea quae a testibus dicta sunt: “Si verba a testibus adhibita .. adhuc videtur aequivoca non est statim concludendum testes nihil omnino ad probationem attulisse in iudicio. Nam verba testium in se aequivoeca, ad veritatem detegendam et confirmandam trahi possunt, saltem tamquam gravia indicia, dummodo cum complexu omnium elementorum probativorum totius causae componi valeant. Tandem ubi testes inter se discrepant, praefenda sunt testimonia eorum testium qui satatum animi simulantis melius cognovisse iure praesumuntur” (c. T. M: Mundy, *Portlanden.*, dec., diei 24 februarii 1970, RRDec., vol. LXII, pp. 188-189, n. 17).

Testes, tamen, non videntur fidem mereri, cum eorum depositiones fere una voce sonant, iisdem verbis utentes. Cordatus, vero, iudex, ad testium depositiones valutandas, prae oculis habebit quod “experientia nos docet frequentes esse testes qui deponunt non tam quae vera sunt, quam quae utilia putent ut coniuges in causa eorum forsitan propinqui vel amici - libertatem a vinculo, utcumque, acquirant. Istum modum agendi ... plures ex illis testibus non credunt esse deceptionem Ecclesiae, et culpabile coram Deo mendacium, sed opus caritatis, qui id faciunt ut amicum in necessitate versantem adiuvent. Evenit proinde ut deponant quae non viderunt, asserentes se vidisse, audivisse etc, vel saltem frequentius exaggerant ... collocant ante matrimonium ea quae post infelicem exitum matrimonii effutiri forsitan audierunt”. (*De causis matrimonialibus*, in: M. Lega, V. Bartocetti, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, vol. III, Romae 1950, p. 179).

Testium depositiones corroborare possunt coniugum confessiones, maxime extraiudiciales prolatas, sed quando “testes veluti in duas acies inter se dimicantes dividuntur aut quando rationabiliter suspicatur periculum collusionis tunc, ut veritas praeter corticem verborum elucescat, maxima adhibenda est diligentia in aestimando qualitatem et pondus testimoniorum potius quam quantitatem, in discernendo substantialia ab accidentalibus, verisimilia ab inverisimilibus, vera a possibilibus, quae tribuenda sunt intentioni favendi partibus ab his reticentiae aut defectui informationis vel scientiae debentur. Quam maxime semper attendenda sunt ingenium, passiones, interesse testium et horum relationes cum coniugibus” (c. M. Giannecchini, *Romana*, dec., diei 14 ianuarii 1982, RRDec., vol. LXXIV, p. 7, n. 3).

10. - Sane Opus est iam nunc ut subscripti Patres suam admirationem pandant qua de causa sive in prima cura sive in altera instantia et praesertim apud Nostrum Apostolicum Tribunal Tumor constitutus est coram quinque Auditoribus. Id, autem, haud recte factum est antea neque talem constitutionem Romana Rota sequi tenetur,

Ast elementa et singulas partes, nostro in casu, discernamus:

a) Vicarius iudicialis Tribunalis Ecclesiastici Interdioecesani Beneventani, die 24 septembris 1999, decrevit constitutionem quinque iudicum: “considerato che il tribunale di tre giudici, nella seduta del 22 settembre 1999 per la decisione; non è addivenuto a sentenza -a motivo della non raggiunta maggioranza; considerata la difficoltà della causa; udito il Difensore del Vincolo; visto il canone 1425, par. 2; elegge e deputa per la trattazione della causa, insieme ai tre giudici già costituiti, altri due giudici” (Risp.324/98).

Animadvertimus Vicarium iudicalem non esse Episcopum (cf cann. 1419, §§ 1-2;

1420, §§ 1-2), qui committere potest causas difficiliore vel maioris momenti iudicio trium vel quinque iudicum (cf can. 1425, § 2). Agitur, in casu, de Decreto nullo a Vicario iudiciali emisso, quamquam sententia in prima instantia dicta vitio sanabilis nullitatis dumtaxat laborat (cf can. 1622, 1°).

b) Vicarius iudicialis Tribunalis Ecclesiastici Regionalis Neapolitani seu Campani, in altera iudicii gradu, die 15 martii 2001, decrevit, in casu, constitutionem quinque iudicum: “considerato il can. 1441 CIC, che statuisce che il Tribunale di seconda istanza deve essere costituito allo stesso modo del Tribunale di prima istanza” (P.N. 61/2000 A).

De re, autem, consideramus canonem 1441 non recte a Vicario iudiciali Neapolitano explanatum esse in secunda instantia, quoniam memoratus canon exceptionem magni momenti addit, quae rumpit comparationem primae instantiae cum secunda, id est ad alterius gradus constitutionem Tribunalis quod attinet. Etenim: “Si tamen in prima iudicii gradu, secundum can. 1425, § 4, iudex unicus sententiam tulit, tribuna! secundae instantiae collegialiter procedat”.

Hac in re iuvat tradere: “Alteri quaestioni respicienti iudicum unicum aut collegiale satistit can. 1596 [CIC 1917] ita conceptus: “Si collegialiter causa in prima instantia cognita fuerit, etiam in gradu appellationis collegialiter nec a minare nec a minore iudicum numera definiri debet”. Siquidem quamvis primae et secundae aut ulterioris instantiae tribunal constituitur, tamen duplici forma veluti extrinseca, hoc suam exercet competentiam; quum aliquando iudex sit unicus, aliquando sit collegialis; collegium autem constat vel tribus vel quinque vel etiam numera pluribus iudicibus, uti contingit in S.R.Rota. Iamvero quia in secunda et ulteriori instantia ad novum examen vocatur quaestio instantia definita, esset maxime incongruum causam a iudice collegiali definitam. a iudice unica in appellationis instantia iudicari, vel si a collegio quinque iudicum prodierit sententia primae instantiae, a tribus iudicibus ista cognosceretur in iudicio appellationis. Etenim censura in sententiam prolatam in iudicio appellationis exerceri debet a iudicibus qui etiam, ob extrinsecam numeri auctoritatem, nihil cedant iudicibus primae instantiae. Proinde ex adverso, non officit sententiam appellationis proferri a iudice collegiali quum primam instantiam definierit iudex unicus. Hoc necessaria contingit in causa primo definita a iudice unica a qua appelletur ad S. R. Rotam, tribunal collegiale iuxta normas mos enucleandas” (M. Card. Lega, curante Victorio Bartocetti, *Commentarius in iudicia Ecclesiastica iuxta Codicem Iuris Canonici*, val. I, Romae 1950, p. 172, n. 3).

Ubinam in Codice Iuris Canonici vigente aut in Normis Tribunalis Romanae Rotae talis dispositio invenitur? Oportet ideo recurrere ad canonem 1425, § 2, iuxta quem: “Episcopus causas difficiliore vel maioris momenti committere potest iudicio trium vel quinque iudicum”. Heic, patet agi de commissione seu de constitutione collegii trium vel quinque iudicum pro causis difficilioribus, quae certo certius vel haud necessario sunt causae contentiosae vel poenales, de quibus sermo in paragrapho prima, nn. 1°-2° citati canonis 1425, pro quibus iam praevia et necessaria est, sub poena nullitatis, constitutio tribunalis collegialis trium iudicum.

Nullibi, enim, in Codice Iuris Canonici praevidetur possibilitas vel utilitas maioris numeri iudicum, ut puta, si emergentibus in instructione causae adiunctis, hae urgerent usum facultatis Episcopi augendi collegium rite iam constitutum. Altera possibilitas, ergo, augendi numerum iudicum praeter can. 1425, § 2, prorsus in Codice Iuris Canonici ignoratur.

c) Apud N. A. Tribunal Exc. mus P. D. Decanus, nostro in casu, die 28 iunii 2001, constituit Tuum iudicum, et subscripto munus Ponentis adsignavit.

Non habetur, in casu, prima discussio (cf art. 93), et alter Iudicum conventus (cf art. 94 *Normarum Romanae Rotae Tribunalis*). Itaque subsignatus Ponens quaestionis statum Exc.mo P.D. Decano non significavit,

Nihilominus Exc.mus P.D. Decanus, die 22 octobris 2001, Decretum edidit: “Cum tum in primo tum in altero iurisdictionis gradu, causa visa fuerit a Turno quinque Iudicibus constituto, et Rotalis Tumus ita augetur: ...”.

Exc.mus P.D. Decanus consuit Turnum quinque Auditorum, at videtur hoc fecisse ob singularem novamque facultatem sibi concessam pro rerum adiunctis (cf art. 18, § 3 et § 1., *Normarum Romanae Rotae Tribunalis*, AAS 86 [1994] 508-540). Praefatam, vero, facultatem adhibuisse ipsummet, quantum coniectura consequimur, animi conscientia excruciatum, siquidem Vicarius iudicialis Tribunalis Ecclesiastici Interdioecesani Beneventani commisit ut causa in prima instantia a quinque iudicibus cognita fuerit, ut supra diximus, et nec aliter Vicarius iudicialis Tribunalis Ecclesiastici Reginalis Neapolitani in gradu appellationis decrevit.

11. - Sunt, vero, qui censeant canonem 1425 CIC 1983 conferendum esse atque interpretandum iuxta canonem 1576 CIC 1917, qui in paragrapho prima, nn. 1°-2° praevidebat constitutionem collegiorum iudicantium trium vel quinque iudicum. Nam ad quaesitum-propositum: “utrum eiusmodi collegia dicenda sint tribunalia ordinaria an delegata. Censemus esse tribunalia ordinaria. Naro in primis collegiis ex munere competit causas iudicare, in quo consistit ordinaria potestas”. (F. Roberti, *De processibus*, vol. I: *De actione. De praesuppositis processibus et sententiae de merito*, ed. 4, In Civitate Vaticana 1956, pp. 62-63, n. 118).

Singillatim declarat praefatus Auctor causas, quae “collegio trium iudicum reservantur: a) causae contentiosae ... ; b) causae criminales de delictis pro quibus puniendis statuitur ... Collegio quinque iudicum reservantur causae criminales de delictis ... (can. 1576, § 1,2°)” (F. Roberti, *o. C.*, pp. 271-272).

Neque diversimode tenent aliqui probati auctores. Etenim:

a) “Uti patet legenti canonem 1576 tribunal collegiale aliquando praecipitur, aliquando consulitur. Praecipitur pro causis reservatis in par. 1, 1° et 2°; consulitur pro causis sub par. 2 significatis” (M. Card. Lega, curante Victorio Bartocetti, *Commentarius in iudicia ecclesiastica iuxta Codicem Iuris Canonici*, vol. I, Romae 1950, p. 125, n. 4).

b) “In par. 2 [canonis 1576] Ordinario fit facultas et praestatur consilium, ut tribunal trium vel quinque iudicum cognitionem committere, aliarum causarum, idque praesertim faciat quando de causis agitur quae attentis temporis, loci et personarum adiunctis et materia iudicii, difficiliore vel maioris momenti videantur. Littera canonis adeo est perspecta ut nulla indigeat explanatione; eius vero intentio, negotia nempe iudicialia praesertim difficiliora, accuratiori examine collegialiter expedienda, quippe agitur de iustitiae administratione, et iustitia est fundamentum civitatum ipsarumque dioecesium non est minus explorata; et praeterea est apprime conformis traditioni ecclesiasticae mos causas expedire in tribunali collegiali” (M. Card. Lega, curante Victorio Bartocetti, *Ibid.*, vol. I, p. 131, n. 7).

Per praescriptum canonis 1576 CIC 1917:

a) “Tribunali collegiali trium iudicum reservantur ... causae contentiosae ...” [cf can. 1576, § 1, 1°].

b) “Tribunali quinque iudicum reservantur causae, quibus agitur de delictis, quae de positionis privationis perpetuae habitus ecclesiastici, vel degradationis poenam important (can. 1576, § 1,2°)”.

c) “Loci Ordinarius (excluso Vicario Generali), tribunali collegiali trium vel quinque iudicum cognitionem committere potest etiam aliarum causarum: et id praesertim

faciat, quando de causis agitur, quae difficiliores et maioris momenti videantur (can. 1576, § 3)” (S. Sipos, *Enchiridion Iuris Canonici*, ed. 7, Herder, Romae - Friburgi Brise - Barcinone, 1960, p. 716, n. 4).

Paucis, statuto Principio penes quod causae contentiosae pertractandae sunt a tribunali collegiali, aliae causae, quae pertractari debent a iudice unico, committi possunt, si casus ferat, tribunali trium vel quinque iudicum.

Ad legem, autem, canonicam vigentem quod spectat, iam non habentur causae contentiosae, et poenales, quae tribunali quinque iudicum reserventur, sed tantum tribunali collegiali trium iudicum, reprobata contraria consuetudine (cf can. 1425, § 1, 1°-2), etiamsi Episcopus committere potest iudicio trium vel quinque iudicum causas difficiliores vel maioris momenti (cf can. 1425, § 2), perscrutandum sit. Sin autem, contra exceptionem iure factam, aut munus ab Episcopo commissum, sententia lata est a non legitimo numero iudicum, decisio vitio sanabilis nullitatis laborat (cf can. 1622, 1°), non vitio insanabilis nullitatis, ut in can. 1892, 1° CIC 1917, erat praescriptum.

### III - IN FACTO

12. - Causa haec, quae iudicanda, in tertio iudicii gradu, venit ob exclusum bonum prolis ex parte actoris, certo certius difficilis sese praebet, quoniam prudens Iudex superare debet duas contrarias praesumptiones, quarum prima est favor iuris, quo matrimonium gaudet, et altera est quia interni animi sensus conformes verbis reputantur. Praeterea, nostro in casu, e diametro inter se distant partes, utpote “attestate su positioni diametralmente opposte e contrastanti”, quoad thesin ab actore in iudicio vindicatam. Qua de re gravis discrepantia inter duas primas sententias deprehenditur, quarum una est negativa, altera, vero, affirmativa, Sine dubio, praesenti in casu, maximi momenti esset iudicium de partium credibilitate. Hanc ob rem, enim, aequo animo impossibile est utramque partem credibilem esse, sed solummodo alterutram. Nullum in Romanae Rotae Tribunali instructionis supplementum, in casu, secutum est, quod utile esset ad iudicium de credibilitate partium promendum. Nullus, insuper, testis ex officio inductus est; praesertim nullus sacerdos excussus est, qui, iuxta rectam cum partibus consuetudinem, iudicium de alterutrius credibilitate promere valeret. Ignoratur cur Iudices sive primae sive alterius instantiae nixi non sint ad iterum citandum quemdam Rev.dum R. (95), qui, adserente ipso actore (15), elementa utilia et quidem hausta e colloquis cum utraque parte praebere potuisset.

Immo nec constat perspicue quamnam ob rationem actor hanc causam instituisset. Ipse, una cum suis testibus, contendit, in casu, conventam refellere matrimonii nullitatem non ad veritatem defendendam, sed tantummodo ob “interessi economici”, quoniam “teme di perdere l’assegno di mantenimento stabilito dal tribunale civile al momento della nostra separazione. Di fatti io corrispondo lire 45.000 a lei e lire 450.000 al bambino” (161/8).

At cur actor pro matrimonii nullitate dimicat? Ipse sibi prospicere non deberet novum matrimonium canonicum, quod iterum nullum esset, si ipse reapse prolem radicatus excludit. Ideo et ipse probabiliter contendit pro matrimonii nullitate reapse “per interessi economici”, videlicet ad vitanda erga conventam quaelibet onera oeconomica. Si res ita esset, graviora dubia de ipsa omnimoda huius causae genuinitate exstarent. Qua re Iudicis est omnia diligenter perpendere, ut omnia in sua clariore luce ponantur.

13. - In huiusmodi causis, cum plerumque de intentione adserti simulantis magis edocti sint, qui eo familiariter tempore nuptiarum utebantur, sequitur per se maius

pondus esse tribuendum testibus qui a simulante inducti sunt, scilicet, in casu, ab actore. Dum testes a conventa inducti, cum nullam consuetudinem tempore celebrati matrimonii cum adserto simulante fecissent, potius propria indicia seu opiniones tantum proferre valent.

Quam ob rem, nostro in casu, saltem si credibiles sunt actor eiusque testes, tamquam probata satis habenda esset ob exclusum bonum prolis ex parte actoris matrimonii nullitas, quae ex iudicialibus asserti simulantis declarationibus in universonum pateret.

14. - Vir actor, utcumque, modo viduus factus est, die 4 aprilis 1986, et duabus filiabus in tenera aetate, octo et quattuor annorum, constitutis oneratus, nuptias cum conventa contraxit, die 4 septembris a. 1988, sed prius factis vel impositis sponsae-pactionibus de prole non procreanda sive ab initio consuetudinis sive pridie quam ipsam in uxorem duxit. Nam, actor:

a) Interrogatus, die 22 septembris a. 1998, in primo iudicii gradu, ita suam mentem aperuit: “Fin dal primo incontro del 7 luglio ‘87 io esposi alla S. quali erano le mie intenzioni e richieste per dar corpo e vita ad eventuale matrimonio, in particolare dissi che ero vedovo e avevo due bambine in tenera età e che non avrei voluto altri figli del nostro eventuale matrimonio” (71-72/6). Actor, enim, nunc loquitur de sua voluntate ac petitione filios a matrimonio excludendi et conventae multo ante nuptias expositis. Atque ipse adfirmat conventam illico eiusdem petitiones accepisse: “Queste mie richieste vennero subito accettate dalla S. la quale mi disse che io ero stato molto chiaro con lei e perciò che potevano incontrarci nei giorni successivi. A me sembrò che la S. fosse sincera” (*Ibid.*). Revera adest, in primis, clara et aperta simulantis confessio.

b) Aliter actor adserit haud dubie se uxorem non duxisse: “Se la S. non avesse accettato le richieste a cui ho appena accennato”. Sed ipse adhuc addit: “Io manifestai a lei ma non ai suoi parenti le mie intenzioni; i miei parenti invece già conoscevano le mie intenzioni matrimoniali” (72/7). Actor adfirmat quoque se hanc suam firmam intentionem matrimonialem aperuisse ante nuptias non tantum conventae, verum etiam ipsi actori cognatione coniunctis.

c) Ad aliud quaesitum item ipse respondet: “quando fu ripresa la convivenza ed io in tale occasione ribadii ancora una volta le mie richieste che la S. avrebbe dovuto rispettare a cui ho già accennato e che lei aveva accettato” (73/11). Convictu, vero, recepto, iterum conventae confirmavit actor suas petitiones, quas ipsa reciperat. Qua de re: “Eravamo convinti e fiduciosi entrambi che le cose fossero andare per il meglio”. (*Ibid.*). Ambo, enim, erant persuasi et fiduciae pleni, ut optime res se haberent.

d) Tempore celebrationis matrimonii vel praestationis consensus, actor insuper narrat se habuisse voluntatem definitam excludendi filios ad vitandas, filiabus iam habitis, futuras implicationes: “Ribadisco che fin dall’inizio io ho avuto la volontà precisa di non avere altri figli per evitare future complicazioni con le figlie che già avevo” (73/12). Quae actoris vera voluntas filios a matrimonio excludendi erat perpetua, quae, in casu, causa apta et proportionata est simulandi causa ad filiarum futuras difficultates devitandas. In animo actoris taliter disposito adserta et probata prolis exclusio consideranda est.

e) In secunda, vero, instantia, actor denuo interrogatus, die 14 decembris 2000, ad alterum quaesitum respondens confirmat ea quae in primo iudicii gradu declaraverat. Nunc ipse rogatus rem, quantum potest, illustrat: “Io, come già ho detto in primo grado, ero rimasto vedovo con due bambine, una di otto anni e l’altra di quattro anni. Temendo che un altro figlio dalla seconda moglie sarebbe stato causa di gelosia tra



loro e anche di preferenze da parte della madre, posi ad A. la condizione di non aver altri figli sposandola” (157/2). Causa simulandi, in casu, a ratione contrahendi bene distinguitur. Vehemens amor filiarum in actorem amorem excitavit.

Denique praetereunda non est sequens actoris declaratio: “Posi ad A. anche altre tre condizioni: che lei accudisse come una vera madre le mie due bambine anche perché io come carabiniere non mi trovavo a casa con loro per molte ore della giornata; che non c’era bisogno che si acquistasse un altro mobilio poiché io avevo già i mobili del primo matrimonio e non mi mancava nulla e lei avrebbe potuto investire in banca quella somma destinata per il mobiliario; che lei fosse disponibile a seguirmi dove mi avrebbero assegnato come carabiniere. A. esplicitamente dichiarò di accettare queste condizioni” (157/2). Quas tres conditiones noverat quidem conventa et ipsa adnuit, ut ex relatis actoris verbis emergit.

Actor plane explicat deinceps: “Anche se posi quattro condizioni ad A., per me aveva valore prioritario, assoluto, che dal matrimonio con lei non nascessero altri figli proprio perché, come ho detto prima, temevo che si creassero delle gelosie e delle incomprensioni con la presenza di un altro figlio nei confronti delle due bambine avute nel primo matrimonio” (158/2). Re quidem vera, nedum clara est haec actoris confessio, sed clarior vel suasior quoque habenda causa simulandi quoad tertiam exigitam conditionem, quae nostra interest, scilicet quod e matrimonio alii filii orti non essent ad vitandas aemulationes pravasque interpretationes praesentia alius filii cum filiabus ex primo matrimonio natis.

15. - Sunt testes ab actore inducti, qui se praebent tamquam testes ante nuptias. Recolere iuvat eorum asseverationes. Quippe etenim: .

a) E., quae est partium amica, die 10 decembris a. 1998, deponit:

“Dopo alcuni mesi di convivenza decisero di sposare. Ho appreso la notizia dallo stesso M.. Ed in quel periodo io stessa esortai il M. di non avere figli, per non creare disagio alle bambine e lui con molta sincerità mi confidò che era convintissimo di non averli e di questo ne aveva parlato con la S., la quale accettava quella condizione e riserva” (88/7). Testis, enim, adserit se auribus suis audivisse actorem de re colloquentem cum futura sponsa ante nuptias. Vocabulum ab actore adhibitum iam ostendit firmum eiusdem propositum filios a matrimonio excludendi et eam conditionem conventae imponentem atque ipsam assensuram esse.

De coniugalis convictus tempore testis refert: “Il M. mi ha confermato di non volere figli e la S. me lo ha ribadito, manifestandomi le sue preoccupazioni perché lei voleva avere dei figli, ma non riusciva a convincere il marito” (89/12). Testis audivit quoque aperte a conventa, quod ipsa volebat filios habere, sed nihil agebat, quia maritus filios gignere nolebat, licet amore obcaecata spem semper ipsa foveret se superaturam esse illam filiorum exclusionem affectu ac novis vitae condicionibus, et a quibus non modicum auxilium conventa sperare poterat.

b) S., filia sororis actoris, die 4 ianuarii 1999, memorat: “Mio zio ed A. decisero di dare vita ad una convivenza di fatto a Larino nell’interesse soprattutto delle bambine”. Atque: “Mi risulta che, in questo periodo, pur vivendo da marito e moglie, non ci sono state gravidanze, perché mio zio aveva detto ad A. che non avrebbe voluto da lei altri figli” (96/5). Ante nuptias more uxorio partes in causa una vivebant, et actor tunc filios generandos respuebat, sed de re prius amantem certiore fecit.

Memoriam tenet ipsa testis: “Mi consta che mio zio prima di decidere la data della celebrazione, non solo ha rinnovato le richieste fatte a suo tempo ad A. in merito alla cura delle figlie ed anche al domicilio, ma ha ribadito che lui non avrebbe voluto altri figli da lei”, Explanat quoque: “lo sono stata informata di questo direttamente, in

quanto mio zio ed A., venendo a casa mia, parlavano spesso dei loro problemi ed A. più di una volta ha detto esplicitamente che anche se non avesse avuto un figlio proprio, avrebbe ugualmente accudito le bambine come figlie, perché li amava” (96-97/8). Post nuptias, testis in domo sua audivit aperte a coniugibus de filiorum procreatione disserere, ac circumstantias sic dictas matrimoniales confirmat, et nihilominus quae refert, et audivit ab actore tempore non suspecto quod ille alios filios non habendi seu haud procreandi firmabat.

Ad rem pressim interrogata testis declarat: “A quanto mi consta, gli screzi e le baruffe iniziarono tra i due sposi dopo qualche anno, quando venivano a Bari in un appartamento di nostra proprietà. I motivi del dissacordo erano soprattutto dovuti al fatto che A. voleva un figlio da mio zio, ma lui non glielo voleva dare” (97/11-12). Qua re, ipsa simulandi causa, saltem in aestimatione actoris, gravis ac sufficiens ad exclusionem boni prolis erat. Testis indicat locum etiamque tempus, quo discidia et rixae inter coniuges inceperunt.

c) Actoris soror, M., die 4 ianuarii 1999, ad quaesitum respondet: “Mio fratello prima di decidere il matrimonio chiarì ad A. la sua situazione personale, vedovo con figlie, e chiese alla S. garanzie specifiche per l’assistenza alle proprie figlie e inoltre disse esplicitamente che non voleva altri figli da lei. Mi consta che la S. ha accettato le richieste di mio fratello e si è impegnata a mantenerle” (99/4). Ex allatis verbis positiva appositio conditionis ex parte actoris pro exclusionem prolis certo certius evincitur, et conditionem conventa accepit.

Ad aliam interrogationem soror actoris adserit: “Dopo qualche anno ... la S. sosteneva di avere diritto ad un figlio e me lo ha confidato più volte direttamente. Mio fratello era restio, perché temeva che la nascita di un figlio avrebbe potuto creare problemi con le figlie di primo letto, ma A. ha insistito anche ricorrendo al ricatto di trascurare le figlie di mio fratello” (100/11-12).

Actor, enim, prolem omnino respuebat in suo matrimonio, quoniam ortus filii cum filiabus prioris matrimonii quaestiones efficere posset, sed conventa instabat marito ut filium genuisset. De re quoque. testis ab ipsa conventa audivit.

d) Actoris mater, M., interrogata, die 14. decembris 2000, in altera instantia, declarat: “Io so che prima del matrimonio c’era un accordo tra mio figlio e A. di non avere altri figli dopo il loro matrimonio. Fu mio figlio a chiedere ad A. tutto ciò perché egli era vedovo ed aveva due bambine, una di otto anni e un’altra di quattro anni, che avevano bisogno di una donna che li accudisse. Mio figlio disse ad A. che lei avrebbe dovuto anche accudire e voler bene alle sue due figlie e A. promise di fare tutto ciò. Mio figlio era preoccupato che la nascita di un altro figlio causasse delle incomprensioni e delle gelosie” (167/2). Testis etiam loquitur de pacto inter coniuges habito prolem excludendi post nuptias ad sollicitudines et suspiciones inter filios diversae matris devitandas.

Testis aperte respondet ad quaesitum: “Prima del matrimonio lei si era detta pienamente d’accordo con mio figlio a non volere un suo figlio, però dopo il matrimonio si sentì più forte nei confronti di mio figlio e cominciò a pretendere che la metesse incinta affermando che era suo diritto avere un figlio in quanto aveva contratto un regolare matrimonio in Chiesa. Mio figlio invece resisteva a non metterla incinta e per tale motivo capitavano anche delle forti discussioni tra loro, anche quando essi venivano a casa mia. Lei diceva che non era soddisfatta di avere le due bambine della precedente moglie di mio figlio e che voleva uno proprio” (167-168/4). Mater actoris audivit iam ante nuptias conventam consensisse cum actore filios non procreandi, sed post matrimonium ipsa ius habere ad filium gignendum adserbat. Certo certius,

ergo, actum non est de formali pacto, saltem quod spectat conventae propositum, firmum non fuit neque absolutum, sed elicitum apparet ex quadam acquiescentia, oh sincerum amorem quo tunc temporis actorem prosequabatur.

Testes, enim, indicant causam simulandi et causam contrahendi ex parte actoris et roborant positivam eiusdem intentionem prolem excludendi inter matrimonium absolute et in perpetuum. Conventa, vero, ante nuptias iuxta testes pactionem de exclusione filiorum ex parte actoris recepit, sed ipsa, matrimonio canonico celebrato, filii procreationem exigebat, dum actor semper ipsae obstitebat.

16. - In causae actis etiam habentur testes ab actore inducti, qui tantum post nuptias sciunt sive de desiderio conventae filium procreandi sive de obstinata actoris recusatione. Hi, enim, sunt:

a) Partium amcus, I., die 5 octobris 1998, interrogatus commemorat: “Negli anni 1991-1992 cominciarono i litigi. La ragione era dovuta alla pressione della moglie per avere un figlio e la ostentata volontà di rifiuto da parte del M. Ricordo che vi è stata una circostanza, nella quale i coniugi, ospiti a casa mia, con forza discussero di questo problema ... “ (77/11) .. Iterum rogatus ipse ait: “L’unica cosa che conosco è il forte desiderio di avere un figlio da parte della donna e l’ostinato rifiuto da parte del M., così come ho già depresso” (77/12). Praeter relatata ac dieta testis, adest etiam circumstantia, nam coniuges in domo sua de filiorum procreatione disceptabant et actor eiusdem voluntatem recusationis semper ostentabat. Quocirca ipse non tantum abusum intendebat, sed ipsum ius alterius partis invadebat, cum agebatur de filiorum exclusionem, et ideo causa non tantum perpendenda est in sua obiectiva firmitate seu, in casu, filiarum ratione, sed quoque pensanda est mens simulantis et circumstantiae, quae certam reddunt exclusionem iuris ad actus per se aptos ad prolis generationem.

Ipse testis, die 14 decembris 2000, rursus instat: “Posso affermare sotto giuramento che il M. mi confidava la situazione di contrasto che si era creata tra lui e la moglie perché questa pretendeva assolutamente di avere un figlio e lui invece insisteva nel dire che avendo già due figlie dalla prima moglie non credeva opportuno accontentarla per non creare incomprensioni e gelosie tra le due bambine e il figlio che desiderava la seconda moglie ... “ (172/3). Contentiones inter coniuges aderant, quoniam conventa filios ab actore flagitabat. In animo, enim, actoris incidebant rationes plures ad prolem excludendam, ut luculenter ostenditur ex amore quem passim pro duabus pusillis filiabus expromebat. Adductam, enim, causam exclusionis filiorum, tum aequo animo seu obiective, tum praesertim subiective, aptam fuisse, admittendum apparet.

Ad aliam interrogationem testis respondet: “Io posso ribadire che la volontà del M. di non avere un altro figlio era decisa ... “ (173-174/12). Perpendendo, . praeterea, circumstantias vicissitudinum antenuptialium et postmatrimonialium ex parte actoris, mox apparet finitas et tenacitas ipsius in prole excludenda.

b) M., die 19 octobris 1998, partium amica, narrat: “Sulla vita intima posso. dire che la donna mi ha manifestato apertamente che ella voleva un figlio dal M., ma questi rifiutava ... certamente posso dire e confermare che il M. non voleva prole dal matrimonio” (80/12). Haec testis nec minore firmitate loquitur quoad voluntatem in actore prolem excludendi, et conventa manifesto filium volebat.

c) M., quae medicus familiae fuit, die 1 Odecembris 1998, refert:

“Gli screzi iniziarono tra l’aborto spontaneo e la gravidanza portata a termine., perché il M. non voleva assolutamente figli. Sono intervenuta cercando di rasserenare gli animi” (91/11). Actor, ergo., absolute filios excluderebat. Ast aestimetur causa excludendi in subiecto excludenti, quae saltem in aestimatione actoris ad prolis exclusionem gravis ac sufficiens erat. Testis, vero, animos coniugum placandi canabatur.

Memorat quoque testis: “La S. venne a confidarsi per la ostinazione del marito a non volere figli ... Il M. manifestava apertamente la sua contrarietà per la gravidanza in atto, addirittura attribuendo ad altri la paternità ... “ (91/12-13). Constat, enim, actorem iuxta testem non suspectam obstinato animo prolem denegare ab altera parte explicite ac pluries sollicitatam, et simulans, fortuita praegnantia uxoris detecta, repugnantiam manifestavit et sine mora paternitatem aliis assignabat. Quoad praedictam testem, enim, censemus summae rerum fidem abrogandam non esse.

c) L. cognitum habuit actorem anno 1980, siquidem erat primae filiae eiusdem magistra, et, die IO decembris 1998, respondens ad quaesita enarrat:

“Negli incontri occasionali da entrambi ho conosciuto le rispettive convinzioni e posizioni: Il M. non voleva figli, perchè temeva di creare disamore nei confronti delle sue bambine da parte della S.” ( 93-94/11). Actor, enim, filios futuros excludebat ad vitandam alienationem : erga puellas ex parte conventae. Qua de re convictus coniugalis neque longus neque pacificus fuit, quia ipse positive prolem excludendo ambitum consensus matrimonialis restringit.

Omnes testes, ut supra ostendimus, confirmant sive *causam simulandam* actoris, qui, cum iam duas filias ex priore matrimonio haberet, timebat ne graves difficultates oriri possent inter easdem et prolem quae forsitan in novo conubio procreata esset, sive *causam matrimonii contrahendi*, id est desiderium actoris afferendi operam cuiusdam novi matris ad educandas filias, quae adhuc primae aetatis tunc erant. Quocirca peropportuno subsignatis Patribus videtur vadimonium M., filiae actoris, haud referre (cf 177- 180). Haec testis non audienda a iudice melius esset.

Ex memoratis vadimoniis, praeterea, innuuntur difficultates et altercationes inter coniuges post nuptias ortas esse praecipue quippe quia conventa instare ad prolem procreandam coepit, dum actor in deneganda prolis procreatione iuxta propositum et quoddam pactum ante nuptias effectum perseverabat.

17. - Actor nos pariter edocet se usum esse cautionibus ad prolem vitandam, quae sibi praesto erat iuxta conventae voluntatem. Nam interrogatus, die 22 septembris 1998, actor declarat: “La vita intima si è svolta in modo *regolare* senza accorgimenti specifici per impedire il concepimento, se non *il coito interrotto* da parte mia” (74/16-17). Praxis onanistica ab actore tenaciter est servata.

In altero iudicii gradu, actor iterum rogatus, die 14 decembris 2000, respondet: “Nella nostra vita intima coniugale io non potevo usare il profilattico perché A. diceva che ciò non era consentito dalla morale cristiana, per cui l’unica possibilità concessami da lei, per evitare metterla incinta, era l’interruzione del coito ... “ (158/3). Aliis mediis anticonceptionalibus uti non poterat actor, quoniam conventa adserebat doctrinam christianam de moribus id pati non posse. .

Non intermittit actor: “Io mi sono domandato anche, in seguito, se la sua proibizione di usare il profilattico derivasse dalla sua morale cristiana o da altri motivi, dato che senza difficoltà lei non solo aveva tali rapporti con me prima del matrimonio ma addirittura aveva accettato di convivere con me senza il matrimonio. Per questo motivo io ho capito che la sua proibizione del profilattico era motivata non dalla morale cristiana sua ma dell’intento di *incastrarmi* per avere un figlio da me” (159/3): Ipse, vero, actor persuasus est de conventae fallacia ad media anticonceptionalia pertinente.

Coitus interruptus, tamen, bis inutilis fuit proprie ob agendi conventae rationem, quae prolem propriam exoptabat: “Per tale intimità lei rimase incinta. A. non mi informò di essere rimasta incinta. Lo venni a sapere da lei quando si dovette ricoverare per sottoporsi ad un rischiamo. Dopo la notizia dell’aborto mi sentii più sereno per il pericolo scampato”. Hanc ob rem refert actor: “le nostre intimità, per mia vo-

lontà, divennero molto rare, circa due volte al mese. Io tentavo di usare il profilattico ma lei non me lo permetteva e mi diceva che se avessi insistito lei si sarebbe rifiutata di avere rapporti con me. Io, sia per un bisogno naturale e sia per il timore che lei potesse intentare un'azione risarcitoria per il mio rifiuto di avere rapporti intimi con lei, accettavo di unirmi a lei interrompendo l'atto coniugale ... per cui rimase incinta per la seconda volta, contro la mia volontà ... La dottoressa mi confermò che Anna era incinta ... mi meravigliai pertanto della sua gravidanza. Perciò proposi l'aborto ... Anna si rifiutò decisamente di abortire ... Di fronte a tale evento capii che non potevo fare nulla" (160/3). Immo, actor uxori conventae proposuit ut abortum procuraret, quem ipsa fortiter reiecit.

Actor, enim, se contrarium patefecerat utrique conventae graviditati, ita ut laetum se praebuisset quando prior graviditas propter abortum naturalem vanescebat; dum quoad alteram graviditatem ipse, cum frustra impulsisset uxorem ad abortum patrandum, se voluntati conventae aptavit, et postea benevole et amanter se gessit erga filium, qui enatus est.

Haec est actoris thesis, quam firme ab exordio causae hodieque defendit, quam, tamen, conventa firmius denegat. Hisce in adiunctis, ut innuimus, matrimonii nullitatis partes adversantur.

18. - Profecto, si credibiles essent conventa et testes, qui ab ipsa inducti sunt, thesis actoris reiicienda esset. Conventa, enim, nos certiores facit tempore ante nuptias actorem numquam patefecisse intentionem de prole excludenda. Nam:

a) Ipsa, die 27 octobris 1998, "declarat: "Ho ascoltato quanto mi si chiede nella domanda n. 6 e ribadisco che prima del matrimonio non abbiamo parlato di eventuale prole, perciò non so dire per quali ragioni il M. intendeva escluderla dal nostro rapporto" (83/6). Haec conventae verba nimis generice enunciata sunt, et, ut recte interpretentur, componenda sunt cum omnibus matrimonii vitaeque coniugalis circumstantiis. Probat, enim, saltem conventa actorem filios a coniugali commercio excludere, quamvis causas ipsa nesciat.

Ad quaesitum "niente prole?" respondet: "Ho ascoltato il contenuto di questa domanda e ribadisco che esso è assolutamente falso, in particolare perché il M. non mi ha mai detto che non avrebbe voluto un figlio da me" (84/12). His verbiis conventa medico familiae adloquitur, et probatione ex circumstantiis matrimonialibus deducta expletur. Nam est ipsa conventa in scriptis hoc confirmat (cf *Declaratio conventae, in scriptis data, et ab eiusdem patrono ex officio*, die 13 novembris 2002, *Cancellariae N.A.T. exhibita*, p. 3/9). Quam ob rem cum fortuito praegnantia apparuit, actor abortum procurare cupiebat, conventa, autem, illum recusare consecuta est.

b) Alterum iudiciale examen conventae factum fuit die 27 martii 1999, quae rogata memorat: "Anche dopo l'aborto i rapporti intimi continuarono con le stesse modalità precedenti, *cautelati col coito interrotto*. Questo comportamento intimo non ha impedito comunque che io uscissi incinta una seconda volta" (117/6). Imo ex modo agendi actoris, qui omnino acquiebit methodo a conventa non impedita, et cum eodem plene cooperata est, vim conditionis praenuptialis existentia acquirit.

c) Conventa, die 14 decembris 2000, adserit: "anche durante la nostra convivenza pre-matrimoniale, che io accettai per accudire le sue bambine ... Durante tale convivenza pre-matrimoniale avevamo intimità e" *la prole veniva evitata con l'interruzione del coito sessuale* e" non con l'uso dei contraccettivi. Io non li conosco neppure ... " (183/3). Si hoc fecit actor tempore ante nuptias et, ipso instante, etiam non intensius post matrimonii canonicici celebrationem, melius denuntiat modum concipiendi vitam coniugalem, unde propositum antenuptiale contra prolem profectum est.

19. - Testes, qui a conventa inducti sunt, nullam referre valent expressam adseverationem actoris circa prolem ante nuptias. Ipsi tamen nos edocent utramque partem, per convictum conubialem, certo prolem exoptavisse. Res ita se habet:

a) Conventae soror, I., die 23 februarii a. 1999, adserit: “Mia sorella e mio cognato volevano avere due figli, ricordo a questo proposito un episodio: mia sorella fece delle pulizie in casa e trovò due vestitini per neonati. Lei stava mettendoli via ma il marito la invitò a conservarli perché potevano servire. Mai mia sorella né lui hanno fatto uso di contraccettivi” (105/12). Ratio parvae vestis a sorore conventae allata validis agumentis non probat. coniuges duos filios gignere voluisse, eo vel magis quod actor in filiarum commodum et utilitatem conventam sibi uxorem sumpserat. Unice corpore frui sponsae appetebat.

Sed testis ad aliam interrogationem respondet: “Quindi si può affermare che la famiglia di N. si è servita di mia sorella semplicemente per superare quel momento difficile per accudire le bambine piccole” (105/14-15). Haec testis adsertio melius rerum veritati congruere videtur.

b) I., conventae frater, die 23 februarii 1999, hanc deductionem fecit: “I due volevano avere figli tanto è vero che ci fu prima un aborto avvenuto in maniera spontanea e poi nacque G. che bene ben accolto da N. il quale si precipitò a dare la notizia al padre, fece tutto ciò che fa un padre quando nasce un figlio maschio; già per lui pronosticava un futuro nella vita militare” (108/12-13). Testis omnino ignorat medici familiae depositionem super re, quae refert conflictiones inter partes exstitisse, quoniam actor prorsus prolem exludebat, sed frater conventae semper contra actorem militat. Nam altera exorta graviditate, actor, postquam uxorem frustra ad abortum incitaverat, tunc filii paternitatem non accepit, et, deinde intellexit, filium existimavit.

c) P., uxor fratris conventae, die 23 februarii 1999, deponit: “La coppia aveva intenzione di avere figli dal loro matrimonio. Mia cognata prima ebbe un aborto spontaneo e poi a distanza di qualche mese rimase incinta una seconda volta di G.. N. fu molto contento quando seppe che era maschietto cominciando a fare progetti su di lui in particolare avrebbe voluto mandarlo alla N. a Napoli ... “ (113/12-13). Hic actoris modus agendi post filii diem natalem ali cui admirationem movere non debet, quia cum ipse intellexit se vitare non posse filii ortum “lo ha considerato sempre un proprio figlio”; praecipue humnae naturae pudore atque officio Conventae omnes testes consanguinei probant actorem voluisse prolem ex eo quod ipsa inter convictum coniugalem bis gravidata est. Immo ipsi testes animadvertunt, quando in lucem venit parvus I., utramque contentam fuisse.

Quapropter, ex his vadimoniis contenditur plene iuxta normam fuisse intentionem partium circa prolem, seu nullam adfuisse prolis exclusionem ex parte actoris, ita ut graviditates considerandae essent intra consilium proli benevolum et non tamquam merus casus, qui contra actoris voluntatem acciderant. At si causae acta insimul perpendantur, plane probatur aetorem ante nuptias et in vita coniugali voluisse conventae ius ad prolem in perpetuum denegare.

Ast existentia prolis, ut manifesto est, praesumptionem inducit de normali traditione et acceptatione iuris in corpus. Sed haec praesumptio, uti praefati sumus in iure, nullitatem consensus ob defectum intentionis prolis ex parte actoris non excludit, quoniam ex causae actis constat prolem prolem occasionaliter genitam non fuisse effectum voluntatis actoris nisi per accidens, et confirmatur a medico familiae et a conventa, nam actor vix ac compertum habuit uxorem esse pregnantem, statim sollicitum de abortu procurando se praebuit.

20. - Attamen, si verum dicere volumus, ipsa conventa in novissimo vadimonio

diei 14 decembris 2000 saltem admittit perdurantibus primis tribus annis convictus coniugalis, dum ipsa patefaciebat propriam intentionem de prole procreanda, actorem obstisse huiusmodi voluntati per usum coitus interrupti: “Io confermo quanto affermai in primo grado, che cioè dopo tre anni di convivenza coniugale durante i quali io insistevo ad avere un figlio mio e lui invece si rifiutava usando il coito interrotto” (1.84/6). Haec circumstantia, quae tempus post nuptias respicit, thesin actoris luculenter comprobatur.

In prioribus, autem, vadimoniis conventa, die 27 octobris 1998, non declaraverat aperte de opposita intentione partium quoad prolem re procreandam iam primis annis convictus coniugalis, sed tantum dixerat de actoris recursu ne constanti quidem ad coitum interruptum: “Inizialmente le intimità avvenivano in modo da impedire concepimenti per volontà di lui. Ma non sempre. Io non ho mai accettato questo modo di comportarsi del M. nelle intimità” (84/16). Etenim, post primos tres annos convictus coniugalis, iuxta conventae declarationem diei 22 martii 1999, actor iam se contrarium haud praebebat proli re procreandae, quamvis suo lubitu ali quando actus coniugales omnino iuxta normam perficeret et aliquando, adhuc recurreret ad coitum interruptum: “I rapporti intimi intercorsi tra noi non sempre erano cautelati e aperti alla procreazione, tanto è vero che io sono rimasta incinta una prima volta e lui rimase sorpreso di questo evento” (116/3). Actor, tamen, ob uxoris graviditatem deprehensus et obstupefactus erat, quoniam semper coito interrupto usus est.

Iam vero primum congruentius cum iis quae actor declaraverat (159/3), potius quam cum iis quae conventa antea adseruerat, ipsa haec animadvertit de viri reactione quoad priorem graviditatem et abortum: a) quoad primam graviditatem: “Lui rimase sorpreso di questo evento [i.e.: della gravidanza]” (116/3); b) quoad abortum: “Il M. non si dispiacque affatto dell’aborto da me subito”. (116/5). Cum fortuito praegantia apparuit, spontaneus abortus non actori displicuit.

Pariter in memoriali libello, quem conventa scripsit post sententiam secundi gradus, ipsa etiam de altera graviditate animadvertit: “Lui mi ha portato dalla dottoressa C. ma non per farmi visitare *bensi per fare l’impegnativa abortire presso una struttura pubblica*. Io mi rifiutai” (Add. S. 30/9). Haec omnia confirmat actoris declaratio iudicialis, de qua diximus supra n. 18, quoniam ille abortum quotiescumque provocare optabat (160/3).

Iuxta conventam, vero, eiusque testes obiectivae seu rerum probationes contra thesin de positiva exclusionem prolis ex parte actoris et radicatus habentur:

a) sive ex eo quod ipse actor haud diligens fuit in adhibendis cautionibus reapse idoneis contra periculum graviditatis in actis coniugalibus explendis, quamvis in memorato libello memoriali, scripto a conventa post sententiam Tribunalis Appellationis, ipsa animadverteret in utroque casu: “secondo il suo metodo in quel periodo io non dovevo essere fertile ... L’attore non sapeva fare i conti” (Add. S. 29/6; 30/9). Ast in promptu est responso ex parte actoris, qui aliis mediis anticonceptionalibus ob conventae oppositionem uti non poterat.

b) sive quia de facto ipsa bis gravidata est et quidem intra tempus potius breve, nam ex actis clinicis exhibitis ab ipsa conventa constat abortum primae graviditatis locum habuisse anno 1991, id est “alla fine del 2° mese” (128), et alteram graviditatem incepisse circiter mense novembri a. 1992 (128). Actor, tamen, abortum alterius graviditatis perpetrare proposuit.

c) sive quoniam actor se contentum patefecit quando certior factus est de sexu masculino nascituri et propter huius filiolii nativitatem. Attamen, prae oculis habenda est aperta et simplex actoris voluntas, quae impedivit quominus filius ortus esset.

Forsitan, saltem ex novissimo conventae vadimonio, thesis innui posset iuxta quam actor, de facto, inde ab initio convictus coniugalis contrarium se praeiuit proli procreandae, quae intentio ideo dialectice aderat iam nuptiarum tempore, dum aliquibus annis post nuptias celebratas excessit ipse hanc intentionem de prole vitanda, quia secus conventa oppositionem faciebat et commercium babere cum actore abnuerat. Qua de re mutatio intentionis ex parte actoris, si revera advenit, non infirmat, tamen, intentionem qua actor reapse ad matrimonium contrahendum devenerat, si re ipsa tunc ipse prolem omnino renuerat. Contra banc conventae thesin, autem, dimicant actor eiusque testes, qui contendunt virum numquam contra prolem procreandam intentionem mutavisse.

21. - Redeundum est ideo ad praecipuam quaestionem de partium credibilitate, de qua diximus initio huius sententiae. Cum, enim, desint iudicia certa alicuius testis, qui reapse sit *super partes*, si in praesenti officium medici familiaris praetermittimus, fortasse inspicienda sunt indicia, quae quamvis decretoria non sint, aliquid pro alterutra parte innuere possunt. Nam Summus Pontifex, Pius PP. XII, v.m. Nos edocet: “Talvolta la certezza morale non risulta se non di una quantità di indizi e di prove, che, presi singolarmente, non valgono a fondare una vera certezza, e soltanto nel loro insieme non lasciano più sorgere per un uomo di sano giudizio alcun ragionevole dubbio. Per tal modo non si compie in nessuna guisa un passaggio della probabilità alla certezza con una semplice somma di probabilità ... ma si tratta del riconoscimento che la simultanea presenza di tutti questi singoli indizi e prove può avere un sufficiente fondamento soltanto nell’esistenza di una comune sorgente o base, della quale derivano: cioè nella obbiettiva verità e realtà” (*Allocutio diei 1 octobris 1942 ad Praelatos Auditores Tribunalis S.R. Rotae*, AAS 34 [1942] 340, n. 2).

Itaque, enim:

a) Iuxta ipsos actoris testes, difficultates inter coniuges ortae sunt non initio convictus coniugalis, sed quando mulier insistere coepit ad prolem procreandam. Quod iuxta ipsarum partium declarationes evenit circiter tribus annis post nuptias celebratas. Ideo fortasse ex hac circumstantia per ambages innuitur conventam, ineunte convictu coniugali, recte munere matris perfunctam esse erga filiolas actoris. Qua re aequo animo haud vera essent quae actor praesertim coram civilibus Magistratibus et etiam coram Iudicibus ecclesiasticis scripsit ac declaravit de conventae incapacitate perfun- gendi matrem officii erga filiolum. Itaque saltem de hac circumstantia, credibili or est pars conventa, dum extenuatur vis argumentationum, quibus actor coram Iudice ecclesiastico explanare conatus est cur, non obstante propria perseverantia in prole excludenda, instantias porrexerat coram Civili Auctoritate ab obtinendam custodiam filioli, qui natus ex hoc matrimonio erat? Ast, haec praesumptio contrariam admittit probationem. Nam demonstratum est unicam prolem natam: occasionaliter seu per accidens genitam fuisse, atque post abortus detractionem actor hominum more in se puerulum recipere vult.

b) Sicut diligenter animadvertit Rev.mus vinculi Defensor N. A. T. nullum indicium praebet alicuius praenuptialis inter partes conventionis de prole non procreanda: in documentis exhibitis coram civilibus Auctoritatibus oppidi parvuli Larinensis (cf. 34-35; 39, 44; 120). Sed neganda non est per totum tempus coniugalis vitae dissensio inter partes, quoniam prolem a conventa sollicitatam mordicus ab actore denegata fuit, et ipse, fortuita et invisae praegantia detecta, reactionem manifestavit et abortum vindicavit, et nec ortus infantis rerum statum erga conventam mutavit, quia actor firmum propositum in perpetuum excludendi prolis generationem gereabat, dum verba consensum exprimentia ipse proferebat, Etenim:



1) In documento exhibito coram Civilibus Auctoritatibus ab actore, die 30 octobris 1997, ad demandandum filium curae paternae (cf 33-42), non deest menti o de dissensione post nuptias inter partes ortas ob prolem re procreandam:

“Senonché, dopo il matrimonio si rivelò scostante e niente affatto all’altezza della situazione ... alla disperata ricerca della figura materna ... pensò che fosse necessario procreare un figlio proprio. Il M. invece era esattamente di parere opposto, temendo che la nascita di un altro figlio, la moglie trascurasse ancora di più le due povere bimbe. Ma la S. si mostrò ostinata ed irremovibile, recattando il marito, in ogni modo, finché col negarli il rapporto sessuale, se non fosse finalizzato unicamente alla procreazione. Il giorno 11.8. 1993, nacque G. I timori e le perplessità nutrite dal M. si dimostrarono pienamente fondate” (34-35). Quae cum ita sint, ostenditur actoris voluntas contra prolis generationem. Praeterea legitur: “La S. rincara la dose laddove rinfaccia al M. di non avere voluto la nascita del figlio, che perciò non sarebbe servita a cambiare la situazione, peggiorata – a suo dire – per l’atteggiamento delle due bambine, le quali l’avrebbero ignorata fisicamente” (39). Haec verba confirmant causas recusationis prolis ex parte actoris. Hoc loco etiam clara indicia de prole excludenda habentur.

2) In documento exhibito a conventa coram Civilibus Auctoritatibus (cf 43-46) indicium pervicaciae actoris non procreandae prolem praebetur: “La posizione iniziale di inferiorità della ricorrente ha caratterizzato tutta la vita coniugale. La sua permanenza all’interno del nucleo era tollerata perché indispensabile, senza essere stata mai amata dal marito; la nascita, non voluta dal padre, del figlio G., non è servita a cambiare la situazione” (44). Quae omnia probant actorem ius ad prolem in perpetuum exclusisse, ne livores et aemulationes inter conventam et filias ex primo matrimonio natas gignerentur. At contendit etiam conventa maritum numquam eandem dilexisse.

Sane, maximi momenti pro thesi actoris, prima specie, haberi potest in vulgo dieta *Audiocasseta*, quae refert quasdam conventae declarationes diei 10 iunii 1998 ac depositiones eiusdem sororis E. diei 31 martii 1999. En transcriptio: “Quante volte mi hai negato la maternità, mi hai portato di fronte alla dottoressa C. medico di famiglia, dicendo la signora deve abortire e che ti ha detto la dottoressa? Tu stai zitto, perché deve dedidere la signora. Io ho perso il primo bambino e non mi hai dato il conforto, perché lui ha detto *figli non ne hai*, ma io mi sono improstrata davanti al Signore; lo dico con l’anima ... non l’hai voluto. Mi hai negato la maternità dal primo giorno che ci siamo sposati. Mi hai sempre detto che figli non ne volevi; e quando è arrivato G. mi hai sempre detto che il figlio non era il suo e voleva fare l’ esame del *dna* doveva fare tutto. Ero all’ottavo mese; non ha avuto mai una carezza, una, dolcezza per dire A. questo frutto è nostro: niente. Non c’è l’ho fatta più; all’ottavo mese ho avuto minacce d’aborto, dopo aver fatto tutto, lui è presente, e non ha detto Anna sei in quelle condizioni, avevo 41 anni, ho dovuto sempre adempiere a tutta la festa della prima comunione cucendo per me, per la bambina e per tutti. Il giorno dopo mi ha ricoverata ecc. ecc.” (163-164). Conventa his verbis explanate confinnat actoris thesin prolem excludendi. Actor, enim, uxori conventae proposuit ut abortum procuraret, atque quoniam hunc facere conventa noluit tunc post infantis ortum ipse filium suum non esse adseruit.

His in adiunctis, dicendum est actorem iam a tempore praestationis consensus matrimonialis saltem positivam intentionem habuisse prolem excludendi in suo matrimonio. Immo quando conventa se gravidam esse dixit coram actore, ipse respondit primum efficere ut abortum faceret, deinde se minime certum esse de culpa in adserta praegnantia propter cautiones adhibitae, et ideo ex bis verbis idem uxorem valde offendit.

Quamvis explicitis verbis sic dieta *audicasetta* recognita non sit a conventa et ab eius sorore, tamen saltem implicite admissa est a conventa in suo memoriali libello, qui ab ipsa scriptus est post sententiam Tribunalis Appellationis, licet in eodem nihil innuatur de quadam pactione praenuptiali de prole excludenda, vel saltem de iam patefacta ab actore tempore praenuptiali intentione de excludenda prole in proximo matrimonio (cf Add. S. 30-31/11).

Attamen, si res diligentius pensatur, animadvertendum est re iterum agi de dissensionibus inter partes ortas extemplo post matrimonium celebratum ob intentionem actoris proles procreationi contrariam, comprobantur etiam a parte conventa in hac causa reticenti, atque, uti vidimus, a testibus ex scientia directa et praenuptiali tempore confirmatam.

22. - Testium cognitio si desit de pactione, facta, tamen, quae loquentiora sunt quam verba, confirmant actoris repugnantiam adversus novam prolem in matrimonio procreandam.

Actor, vero, in instantia pro filii custodia obtinenda, de apposita conditione prolem non procreandi nihil dicit, sed loquitur de suscipiendo onere a conventa erga filias, quas maxima cum deditioe adamaret. Quandoquidem ille futurae uxoris incuriam erga filias conspexit et ideo post canonicas nuptias omnino instanti uxoris ad filios procreandos contrarius fuit ne duas puellas omnino neglegeret.

Tali actoris modo agendi et loquendi, si simul eius indoles et mentis forma perpendantur, plane probatur eundem, in nova vita coniugali ineunda, voluisse omnia in se rapere sibi que sumere ac comparti conventae ius ad prolem ex foedere matrimoniali ortum denegando.

Evanescit contradictio ut idque in civili sede advocati scripserunt, duro actor sibi semper constans instat super pactionem conventae impositam atque ab eadem non observatam, uti innuimus, ob naturale maternitatis optatum.

Contra actoris suam objectionem ponit diligens vinculi Defensor N. A.

Tribunalis ita arguens: “Rebus sic stantibus, iuxta secundi gradus Iudices videtur primos egisse magna cum negligentia; unicum in veritate positum videtur fuisse virum actorem; iuxta semper appellatos Iudices mulierem conventam videtur pessimos motes *coluisse*” (*Animadversiones*, p. 13, n. II).

Sed strenuus Defensor vinculi videtur oblivisci de conventae conditione pessimisque moribus, in casu, non agi, sed potius de intentione ac voluntate actoris momento praestationis consensus matrimonialis, qui noscebat quidem matrimoniale foedus indole sua naturali ad procreationem proli ordinatum esse, ac simul putabat se prolem excludere in suo matrimonio ob gravem perpetuoque duraturam rationem, id est ne parvulae filiae ortu fratris ex eodem patre nati in perpetuum detrimentum ex parte novercae paterentur.

Ut cumque in altera instantia actoris testes non desunt, qui de prima et altera conditione loquuntur quique actoris thesin depositionibus claris, linearibus, diligentibus atque credibilibus confirmaverunt.

Admisso praeterea vel praetermisso conventae legitimo optatu, nostra haec interest quaenam actoris intentio voluntasque tempore initi matrimonii fuerit. Ast ex actis et probatis constat actorem omnino novae suscipiendae proli contrarium fuisse, seu ius ad prolem conventae non agnovisse semperque eidem denegavisse, quia timebat ne conventa filiabus actoris plane traderetur.

Dubitari, enim, non potest quin actor, in contrahendo, voluntatem habuerit excludendae proli, et in tali proposito per totam vitam coniugalem perstiterit. Nam tabulae sunt perspicuae neque depositionibus contrariis latis a testibus conventae

sanguine coniunctis, solido non sufultis fundamento, infirmantur.

Agitur de exclusione ipsius iuris et non de mera prolis exclusione in actore, quandoquidem, attento ipsius ardenti amore erga duas filias ex primo matrimonio natas numquam fuisset matrimonium contracturus cum obligatione actuum coniugalium, ex quibus damnus grave invidiae atque sollicitudini et suspicioni pertimiscebat. Quod verbis et factis, uti vidimus, actor per totam coniugalem vitam amplissimis probavit.

Nec obiiciendum est actorem procreavisse binam prolem ex secunda uxore, id est conventa, cum hinc haec altera proles contra actoris voluntatem nata est, uti ex supra relatis clare atque evidenter patet. Insuper hinc et illinc actor semper omnia fecit, in quantum in sua erat potestate, ne coniugalis copula fecunda fieret. Conditiones ab actore conventae propositae, scilicet abortus excitatio paternitatisque negatio, explanate absolutam perpetuamque illius voluntatem in procreationem adversam ostendunt.

Ob validas, enim, probationes adductas, nostro in casu, consensus nullitas ex parte actoris declaranda est, quia qui matrimonium absque intentione prolis agit, verum matrimonium non facit.

23. - Quibus omnibus tam in iure quam in facto rite perpensis ac diligenter consideratis, Nos subscripti Auditores de turno sententiamus:

AFFIRMATIVE, SEU CONSTARE DE MATRIMONII NULLITATE, IN CASU, OB EXCLUSUM BONUM PROLIS EX PARTE VIRI, VETITO, AUTEM, VIRO TRANSITU AD ALIAS NUPTIAS NISI SERIO PROMITRAT SE MATRIMONIUM RECTE CONFRACTURUM. (*Omissis*)

# *L'esclusione del bonum prolis e la nullità matrimoniale in presenza di figli.*

*Brevi riflessioni alla luce della sentenza coram Lopez-Illana del 16 giugno 2004*

ALESSIO SARAIS

## 1. *Qualche premessa generale sul bonum prolis*

Secondo la previsione del can. 1055 CIC, il matrimonio è ordinato al bene dei coniugi ed alla generazione ed educazione della prole<sup>1</sup>. E ciò, specifica la norma, *indole sua naturali*, per la sua stessa consistenza ed essenza, secondo quanto deriva dall'ordine naturale delle cose, immutabile nel tempo, che il legislatore canonico non può che recepire. Il *consortium totius vitae* che scaturisce dal patto nuziale, elevato tra i battezzati alla dignità di sacramento, è naturalmente e necessariamente ordinato *ad prolis generationem et educationem*: non c'è vero matrimonio cristiano se la coppia non è aperta al dono dei figli, al quale il matrimonio è teso.

Già San Tommaso d'Aquino definisce felicemente l'uomo *animal naturaliter coniugale*, per significare come il matrimonio, così come proposto dalla Chiesa, corrisponde ad una innata e naturale aspirazione della persona umana<sup>2</sup>. In questo senso va correttamente considerato anche l'aspetto procreativo come naturale desiderio dell'uomo di lasciare una posterità e di avere una discendenza che possa perpetuarne il nome. Nella prole infatti si specchia concretamente la relazione coniugale dei genitori: i figli sono in qualche modo come la rappresentazione incarnata dell'unione e dell'amore coniugale, sono una testimonianza che dura nel tempo dell'amore dei genitori ed il frutto del loro matrimonio<sup>3</sup>.

Per questo, tra i *tria bona matrimonii* agostiniani, oltre al *bonum fidei* e al *bonum sacramenti*, viene giustamente ricondotto anche il *bonum prolis*. Il contenuto concreto del *bonum prolis* viene poi identificato nella *procreativitas*, cioè la disposizione ad avere figli da parte della coppia, la volontà di apertura dei coniugi alla generazione della vita.

---

<sup>1</sup> Cfr. Const. *Gaudium et spes*, 7 dicembre 1965, n. 50: "Matrimonium et amor coniugali indole sua ad prolem procreandam et educandam ordinatur". Cfr. anche nn. 1601 e 1652, *Catechismus Catholicae Ecclesiae*.

<sup>2</sup> THOMAS AQUINAS, *Summa Theologiae*, Suppl., q. 41, 1. Cfr. Anche n. 1603 CCE, ove si legge come "la vocazione al matrimonio è iscritta nella natura stessa dell'uomo e della donna, quali sono usciti dalla mano del Creatore. Il matrimonio non è un'istituzione puramente umana"

<sup>3</sup> Cfr. Const. *Gaudium et spes*, n. 48: "Indole autem sua naturali, ipsum institutum matrimonii amorque coniugalis ad procreationem et educationem prolis ordinatur iisque veluti suo fastigio coronantur".

Secondo la concezione della Chiesa, il matrimonio è per natura aperto alla fecondità<sup>4</sup> per cui gli sposi reciprocamente sono chiamati *ad actus coniugales ponendos qui per se ad procreationem ordinantur*. Tuttavia l'effettiva procreazione non è una delle proprietà del matrimonio, ma solo uno dei suoi fini, ed – eventualmente – dei suoi effetti: pertanto un matrimonio cristiano può essere perfettamente valido anche in mancanza di figli<sup>5</sup>, sempre che la prole non sia stata effettivamente e volontariamente esclusa. Questa impostazione concettuale porta a comprendere come non esista propriamente un “diritto ai figli” da parte della coppia, dal momento che – nella visione cristiana – i figli sono sempre un dono di Dio<sup>6</sup>.

Quando dunque si parla di *bonum prolis* non ci riferisce al fatto concreto di avere o meno generato dei figli, quanto piuttosto *de iure commutando inter partes ad actus per se aptos ad prolis generationem*. A questo proposito, come noto, il can. 1061 CIC definisce proprio il matrimonio rato e consumato *si coniuges inter se humano modo posuerunt coniugalem actum per se aptum ad prolis generationem, ad quem natura sua ordinatur matrimonium, et quo coniuges fiunt una caro*. La disposizione canonica ribadisce ancora una volta come il vero matrimonio sia necessariamente aperto all'atto di congiungimento fisico, idoneo in sé alla generazione della prole e posto in essere *humano modo*: proprio questo aspetto rende concretamente gli sposi una sola carne<sup>7</sup>.

Lo stesso principio è ripreso costantemente dal Magistero pontificio. Giovanni Paolo II parla del matrimonio come fondamento della comunità familiare, destinato alla generazione della prole: “Secundum Dei propositum est matrimonium fundamentum maioris communis familiae, quoniam ipsum matrimonium institutum atque coniugalis amor *destinatur ad prolis procreationem et educationem*, in quibus consumantur”<sup>8</sup>.

## 2. Esclusione del *bonum prolis* e nullità matrimoniale

Qualora una delle parti o entrambe, al momento della manifestazione del consenso coniugale, escludano, *positivo voluntatis actu*, l'aspetto procreativo, si ritiene che il matrimonio così contratto sia nullo per simulazione parziale e

<sup>4</sup> Cfr. n. 1643 CCE secondo cui “amor coniugalis... patet fecunditati”. E ancora n. 2366 CCE: “Fecunditas quoddam est donum, *quidam matrimonii finis*, quia amor coniugalis naturaliter ad id tendit ut fecundus sit”.

<sup>5</sup> Cfr. can. 1084, §. 3, CIC.

<sup>6</sup> Cfr. n. 2378 CCE: “Filius non est quid *debitum*, sed *donum*. «Donum [...] praestantissimum [...] matrimonii» est persona humana. Filius nequit considerari quasi proprietatis obiectum, ad quod induceret agnoscere ambitum «ius ad filium». In hoc campo, solummodo filius vera possidet iura: illud «ad existendum tamquam fructus proveniens ex actu coniugalis amoris proprio suorum parentum, idemque ius habet ad observantiam sibi tamquam personae tribuendam inde a momento conceptionis»”; le citazioni ivi contenute sono di CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDELI, *Insti. Donum vitae*, 22 febbraio 1987, n. 2, 8, in *AAS* 80 (1988), p. 70-102.

<sup>7</sup> Cfr. *Mt.*, 19, 5.

<sup>8</sup> JOANNES PAULUS II, Adh. ap. *Familiaris consortio*, 22 novembre 1981, n. 14, in *AAS* 74 (1982), p. 81-191.

la relativa invalidità possa quindi essere dichiarata dal giudice ecclesiastico. Il ragionamento sotteso è canonizzato al can. 1101, §. 2, CIC, dal momento che in questo caso le parti pongono in essere all'esterno una celebrazione nuziale, ma al contempo escludono un elemento essenziale del matrimonio, quale è certamente il *bonum prolis*, e contraggono quindi invalidamente<sup>9</sup>.

Ai fini della dichiarazione di nullità quindi, come accennato, non rileva in sé l'assenza in concreto di figli. Come in tutti i casi di simulazione, è richiesto invece un *positivo atto di volontà di esclusione*: non è sufficiente non volere o non considerare la questione, ma serve invece volere espressamente escludere dal rapporto che si instaura l'aspetto procreativo. Secondo l'insegnamento costante della giurisprudenza rotale, occorre un atto escludente deliberato e voluto, esplicito o anche implicito, attuale o anche virtuale, tale comunque da sottrarre al matrimonio – nella mente di chi lo pone in essere – l'elemento determinante della prole.

In questo senso si suole distinguere l'esclusione dello *ius ad actus coniugales*, rispetto al diniego dell'*exercitium* dello stesso diritto e si ritiene che abbia forza irritante solo l'atto di volontà che esclude il primo aspetto, non invece l'esclusione del secondo. Come pure si ritiene che una volontà di esclusione solo temporanea della prole – che può essere determinata in concreto da svariati fattori – non sia di per sé sufficiente ad invalidare il consenso matrimoniale: la procrastinazione dei figli in attesa di migliori condizioni economiche, di maggior stabilità professionale, di una casa ove abitare, solo per fare qualche esempio, non rende nullo il matrimonio per simulazione parziale, in quanto la volontà *ad prolem excludendam* tale da viziare il consenso del nubente si richiede che sia definitiva e non solo *ad tempus*.

Per accusare di nullità un matrimonio per esclusione del *bonum prolis* – secondo quanto previsto in generale nei casi di simulazione – in ambito probatorio giudiziale si tratterà di fornire elementi idonei a dimostrare adeguatamente la volontà di una o di entrambe le parti, tale da escludere questo essenziale elemento del matrimonio. Già era conosciuto nel diritto romano il noto brocardo per cui *onus probandi incumbit eo qui dicit*<sup>10</sup>: è dunque la parte che agisce in giudizio a dover vincere la presunzione del can. 1060 CIC, in virtù della quale *matrimonium gaudet favor iuris*. In applicazione di detta regola, nel caso della simulazione e dell'esclusione del *bonum prolis*, si tratta di vincere anche la specifica presunzione del can. 1101, §. 1, CIC per cui il consenso interno dell'animo si presume conforme alle parole o ai segni adoperati nella celebrazione del matrimonio.

Nelle cause di simulazione è quindi richiesto per dare una pronuncia di nullità matrimoniale un particolare rigore probatorio, dovendosi dimostrare una discrepanza tra la reale volontà interna del soggetto e la sua manifestazione esterna. Si comprende quindi la difficoltà di venire a conoscere l'intenzionalità dell'animo interna del contraente. Tradizionalmente, la giurisprudenza rotale fa riferimento a tre elementi per valutare la prova della simulazione:

---

<sup>9</sup> Come noto, il can. 1101, §. 2, CIC prevede come causa di invalidità sia l'ipotesi di simulazione totale (viene escluso *in toto* il matrimonio stesso), sia quella di simulazione parziale (quando viene escluso un elemento essenziale o una proprietà essenziale del matrimonio): nel caso della prole si tratta di esclusione di un elemento essenziale, essendo invece le proprietà essenziali del matrimonio l'unità e l'indissolubilità (cfr. can. 1056 CIC).

<sup>10</sup> Cfr. anche can. 1526, §. 1, CIC.

a) la confessione del presunto simulante, resa in giudizio o ancor meglio in forma extragiudiziale, in tempo non sospetto; la confessione tuttavia da sola non basta a provare la simulazione, sebbene rivesta un notevole valore istruttorio, essendo il solo simulante a sapere quale fosse la sua reale intenzione al momento della manifestazione del consenso nuziale;

b) la presenza di una adeguata *causa simulandi*, che sia grave e proporzionata, distinta e prevalente rispetto alla *causa contrahendi*, valutando l'adeguatezza sia in termini oggettivi che in termini soggettivi;

c) l'insieme delle circostanze antecedenti, concomitanti e susseguenti al matrimonio che possono illuminarne aspetti peculiari e dimostrare la presenza della volontà simulatoria.

### 3. *Esclusione del bonum prolis e concepimento della prole: questione di fatto e questione di diritto*

Come accennato, il fatto concreto del concepimento e della generazione della prole è un *accidente* (in senso aristotelico) del matrimonio, mentre rientra nella sua *sostanza* la volontà di avere dei figli, tanto che una determinazione in senso contrario, presente al momento della celebrazione, è tale da essere così radicalmente incompatibile con l'essenza delle nozze cristiane da renderle nulle. Sotto l'aspetto giuridico della valida costituzione del vincolo tra gli sposi, un matrimonio senza prole non rappresenta un *minus* rispetto alle nozze coronate dai figli: ciò che invece rientra nella sostanza nuziale ed è determinante per la validità del matrimonio è il reciproco dono delle persone degli sposi che, nella sua dimensione totale, non può escludere gli atti naturali ordinati alla generazione della vita<sup>11</sup>.

Il fatto concreto della nascita di figli è quindi cosa diversa dalla questione giuridica circa la presenza (o l'esclusione) del *bonum prolis* nei nubendi al momento della celebrazione matrimoniale. Per questo ben ci possono essere da un lato nozze pienamente valide in assenza di figli, mentre per converso si può riscontrare la nullità del matrimonio per esclusione della *procreativitas* anche in presenza di figli nati dalla coppia.

Per la prima fattispecie c'è un riferimento normativo nel can. 1084, §. 3, CIC, secondo cui la sterilità non proibisce né dirime il matrimonio: pertanto anche una coppia senza figli (si pensi ad esempio anche ad un matrimonio tra persone in età non più fertile) ha contratto validamente il vincolo nuziale sacramentale, se non abbia escluso deliberatamente la prole.

Nel secondo caso invece si possono presentare una varietà di situazioni. Le più semplici sono certamente quelle in cui i figli siano nati prima della celebrazione delle nozze: la prole generata anteriormente al matrimonio non esclude infatti la possibilità che il sacramento sia stato simulato con la volontà di non volere altri figli per il futuro, per quel rapporto che nasceva e si costituiva dal momento della manifestazione del consenso nuziale.

Ci sono poi altre situazioni in cui anche la nascita di figli in costanza di ma-

---

<sup>11</sup> Cfr. ancora Instr. *Donum vitae*, cit.: "Matrimonium tamen minime coniugibus ius confert ad filium habendum, sed ius dat dumtaxat ad actus naturales ponendos, qui per se ad procreationem ordinatur".

trimonio di per sé non è incompatibile con l'esclusione della prole. Un caso di questo genere può presentarsi quando una donna con atto positivo di volontà rifiuta i figli, ma viene fatta vittima di violenza da parte dell'uomo, rimanendo così incinta: sembra evidente che qui manca del tutto quell'*humano modo* richiesto dal can. 1061 CIC ai fini di una valida e consapevole consumazione dell'atto coniugale. Può poi accadere che la parte, che pure aveva escluso la prole, si trovi aggirata dall'altra parte che invece vuole un figlio: si pensi ad esempio ai casi in cui un coniuge assicura l'altro sull'uso di anticoncezionali che in realtà non usa e da un atto sessuale compiuto con queste modalità venga poi ad essere concepito un figlio.

La questione si sposta allora tutta sul piano probatorio: la presenza di figli è un indice, una presunzione dell'apertura della coppia alla *procreativitas* e quindi alla non esclusione del *bonum prolis* da parte dei coniugi che quei figli hanno avuto dal matrimonio. Ma si tratta di una presunzione relativa, che può dunque esser contrastata e vinta da adeguate prove in contrario: se dunque una parte, sebbene con figli, è in grado di dimostrare – fino a condurre i giudici ad un'adeguata certezza morale sul punto – un atto positivo di volontà *contra bonum prolis* ed il rifiuto verso atti coniugali aperti alla procreazione, la presenza di figli non sarà un ostacolo alla dichiarazione di nullità matrimoniale. Certo in questo caso le prove da portare dovranno essere particolarmente rigorose, dal momento che, in termini giudiziari, come noto *quod non in actis non est in mundo*: la prole rafforza la presunzione che il consenso dell'animo espresso al momento della celebrazione sia conforme a quanto manifestato all'esterno e che la parte, nel celebrare le nozze, abbia inteso ciò che intende la Chiesa e abbia quindi voluto il matrimonio cristiano nella sua interezza, con l'indefettibile elemento dell'apertura alla procreazione e alla vita.

C'è poi un aspetto che non può essere trascurato: il matrimonio nasce validamente o invalidamente a seconda della reale volontà della parte (e di un suo eventuale atto di esclusione di una proprietà o di un elemento essenziale del matrimonio), come presente al momento della celebrazione nuziale. Va dunque tenuto distinto, in termini giuridici, il momento genetico in cui sorge il vincolo matrimoniale (cd. *matrimonium in fieri*) dal successivo rapporto matrimoniale che ne deriva (cd. *matrimonium in facto*). La nascita di figli propriamente attiene al rapporto matrimoniale e non alla manifestazione del consenso: rileva come presunzione di prova e circostanza volta a illuminare la reale volontà del contraente al tempo della celebrazione, ma si pone giuridicamente su un piano diverso.

A rigore, una parte che contraesse escludendo positivamente e assolutamente la prole e che venisse solo dopo a mutare proposito e ad avere quindi numerosi figli dal matrimonio, avrebbe comunque contratto invalidamente: il problema però in questo caso sarebbe tutto sul piano probatorio, essendo quasi una *probatio diabolica* quella volta a dimostrare, in circostanze del genere, una effettiva volontà contraria al momento della celebrazione<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> La distinzione tra il momento genetico del matrimonio ed il successivo rapporto matrimoniale e la rilevanza del solo primo aspetto nella considerazione della validità del consenso emerge particolarmente nella sentenza del Tribunale ecclesiastico regionale campano di appello del 19 aprile 2001, che tratta in secondo grado del caso della *coram Lopez-Illana* di cui si avrà modo di parlare ampiamente in seguito. Scrivono i giudici campani: "Il matrimonio è nullo non per [quanto avviene



#### 4. Le posizioni della giurisprudenza rotale

Sulla questione della possibilità di esclusione del *bonum prolis* anche in presenza di figli nati dal matrimonio non mancano le pronunce della giurisprudenza rotale che hanno chiaramente affermato questo principio, portando particolare attenzione sulla valutazione probatoria di questi difficili casi, valutazione che deve essere idonea a superare e vincere la presunzione, pur sempre relativa, della validità del matrimonio e della volontà della parte conforme a quanto espresso esternamente al momento della celebrazione.

L'ammissibilità di una contestuale presenza di figli e di una volontà contraria alla prole viene fatta discendere direttamente dal principio secondo cui all'essenza del matrimonio si riferisce non la prole in sé, quanto piuttosto quella che viene definita l'*intentio prolis*, la volontà di avere figli e l'apertura alla vita. Come ricordato infatti i figli non attengono direttamente all'essenza del matrimonio, ma ne sono un effetto, che potrebbe in concreto anche mancare: per questo la giurisprudenza, applicando la legge canonica, afferma che la semplice mancanza di figli non rende di per sé irritato il matrimonio<sup>13</sup>.

In concreto, il concepimento e la nascita di figli dal matrimonio, a prima vista, sembra escludere nei coniugi una volontà *contra bonum prolis* e quindi una nullità del patto nuziale: in questo caso si ritiene applicabile il noto principio per cui *facta sunt verbis validiora* e i figli nati (o anche solo concepiti) si mostrano quale chiaro sintomo della non volontà di esclusione della prole da parte dei coniugi, eventualmente anche al di là di loro dichiarazioni di segno diverso su questo punto. Si tratta però di un'apparenza, di un principio di prova che può giuridicamente valere in termini di presunzione relativa, in mancanza di prove di segno diverso capaci di dimostrare il contrario e vincere questa apparenza. Non si può infatti escludere a priori che, anche in presenza di figli, una delle parti abbia manifestato una assoluta volontà anticoncezionale ed un figlio sia comunque nato "occasionaliter et per accidens", nonostante ad esempio il costante utilizzo di ogni accortezza per evitare una gravidanza ("et quidem haud obstante pertinaci et vigilantibus usu mediorum ad illam [prolem] vitandam": così in una *coram Funghini* del 16 aprile 1986, n. 11<sup>14</sup>).

Questa impostazione concettuale di fondo nell'affrontare la questione si riscontra in modo piuttosto costante nella giurisprudenza rotale ed è attestata anche in pronunce più risalenti nel tempo. Una sentenza *coram Palazzini* del 1966 sottolinea anch'essa come l'esistenza della prole nel matrimonio determini una presunzione del reciproco scambio tra i coniugi dello *ius in corpus*, ma allo stesso tempo – posto il principio generale – non manca di rilevare come questa

---

dopo] averlo contratto, ma per aver emesso un consenso svuotato di una sua proprietà o finalità essenziale". In virtù di questa distinzione "un matrimonio che nasce nullo non diventa valido dopo (se l'attore lo rese nullo escludendo la prole dal consenso non lo avrebbe potuto rendere valido con la mutata volontà... di avere un figlio dopo... anni di convivenza coniugale)".

<sup>13</sup> "Omnibus tamen notum est ut constans doctrina et iurisprudencia N. A. Tribunalis profitentur de matrimonii essentia non esse prolem in se ipsa, sed prolis intentionem. Certo proles non est de matrimonii essentia quoad effectum, cum... deficere potest. Nam irritum matrimonium non reddit simplex prolis defectus" (Sent. *coram Lopez-Illana*, 16 giugno 2004, n. 6).

<sup>14</sup> Sent. *coram Funghini*, 16 aprile 1986, n. 11, in *R.R.Dec.* vol. LXXVII, p. 261.

presunzione sia sì difficile da vincere, ma non impossibile, quando si riuscisse a dimostrare che il figlio è stato concepito in maniera del tutto occasionale (“nihilominus impossibile non est evincere eiusmodi praesumptionem, si demonstrari quaet... prolem occasionaliter genitam fuisse”: sent. *coram Palazzini*, 18 maggio 1966, n. 6<sup>15</sup>) e durante tutto lo svolgimento della vita coniugale ci fosse tra le parti una costante prassi di rapporti non aperti alla generazione (“perdurante tota conviventia coniugali, praxis onanistica, tenaciter servata”, *ibid.*). In questa situazione infatti, secondo i giudici rotali, l'evento della nascita del figlio è del tutto occasionale e si viene a verificare non secondo una effettiva volontà dei coniugi in questo senso, ma quasi per errore e per accidente (“occasionaliter eventus non est effectus voluntatis nisi per accidens”, *ibid.*). La stessa sentenza chiarisce un principio importante: ciò che va preso in considerazione per determinare la volontà è ciò che le parti avrebbero voluto che accadesse e per cui si sono adoperate (vale a dire il non avere figli) non invece ciò che accidentalmente è accaduto di fatto con il concepimento di un figlio non voluto (“igitur aptitudinem voluntatis attendi debet ad id, quod per se accidit, non ad id quod per accidens supervenit”, *ibid.*). Lo stesso concetto è ripreso in termini simili anche in un'altra decisione di poco successiva ancora *coram Palazzini*<sup>16</sup>.

Altre pronunce rotali ribadiscono chiaramente il rapporto tra presunzione di *voluntas prolis* nella presenza dei figli nati dal matrimonio e possibilità di vincere tale presunzione se viene rigorosamente dimostrato il contrario. Si legge in una *coram Bejan* che proprio nel concepimento di un figlio vi è *prima facie* una dimostrazione che, almeno in quell'occasione, i coniugi non hanno escluso la disponibilità all'atto coniugale aperto alla vita (stricte loquendo... qui prolem suscipit, esto contra suam voluntatem, factio ostendit se non semper exclusisse ius in coprus in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem... aliis verbis existentia prolis praesumptionem inducit normalis traditionis et acceptationis iuris in corpus”: sent. *coram Bejan*, 30 marzo 1968, n. 7<sup>17</sup>).

Ma si tratta pur sempre di una *praesumptio hominis* (presunzione relativa) che ammette prova contraria (“haec praesumptio, utpote hominis tantum, contrariam admittit probationem. Impossibile enim non est vincere hanc praesumptionem”, *ibid.*), quando si dimostri che la nascita del figlio è appunto un evento del tutto occasionale, un effetto solo accidentale a fronte di una deliberata e costante volontà in senso contrario (“occasionalis iste eventus non est effectus voluntatis nisi per accidens, si ostendatur habitus mentis, inde ab initio servatum, nihil aliud esse nisi repetitionem actuum voluntatis contra prolis generationem”, *ibid.*). Qualora si riesca a dimostrare dunque un'effettiva volontà delle parti o di una di esse *contra prolis generationem*, il fatto del concepimento di un figlio non è in sé da solo ostativo alla dichiarazione di nullità matrimoniale.

---

<sup>15</sup> Sent. *coram Palazzini*, 18 maggio 1966, n. 6, in *R.R.Dec.* vol. LVIII, p. 326. La sentenza rileva acutamente anche come, se il rifiuto del *bonum prolis* fosse in sé escluso dalla presenza prole, non avrebbe neppure senso proporre una causa di nullità matrimoniale per questo capo quando ci sono dei figli: “Prima fonte inutilis videtur agere de nullitate matrimonii ex capite exclusionis boni prolis, cum de facto vita coniugali perdurante proles genita est. Sed, si ita esset, libellus ipse litis introductorius a limine reici deberet”.

<sup>16</sup> Sent. *coram Palazzini*, 26 aprile 1967, n. 4, in *R.R.Dec.* vol. LIX, p. 234-235.

<sup>17</sup> Sent. *coram Bejan*, 30 marzo 1968, n. 7, in *R.R.Dec.* vol. LX, p. 280.

Infatti, come confermato ancora da una *coram Fagiolo* degli stessi anni, la presunzione relativa che discende dalla nascita della prole ammette prova contraria e può sempre essere vinta (“haec praesumptio... contrariam admittit probationem et vinci potest”: sent. *coram Fagiolo*, 14 novembre 1969, n. 7<sup>18</sup>).

La questione della volontà anticoncezionale, degli atti coniugali cautelati e, nonostante ciò, della nascita di un figlio è espressamente trattata anche in una *coram Anné* del 16 luglio 1968<sup>19</sup>.

Quest’ultima sentenza aggiunge tuttavia una serie di elementi importanti perchè nel caso di specie il concepimento della prole non avviene in modo “accidentale” e in termini casuali, quanto piuttosto od opera di un raggio consapevole della donna nei confronti dell’uomo: data questa circostanza, la volontà dell’uomo *contra prolis generationem*, sempre fermamente espressa e mantenuta, non si può presumere venuta meno solo per il fatto della nascita del figlio, conseguenza del comportamento doloso della controparte. Pertanto, nonostante la prole, in questo caso il matrimonio è stato dichiarato nullo *ob exclusum bonum prolis*. Infatti in questa fattispecie la nascita del figlio non smentisce la volontà di una parte *ad prolis excludendam* (“distincte demonstratur prolem, contra asserti simulantis voluntatem procreatam esse, vel mere accidentaliter vel ex opere uxoris virum invitum dolose circumvenienti”, *ibid.*, n. 8).

Più di recente, una *coram Bruno* si sofferma sulle circostanze che possono corroborare una volontà *ad prolem excludendam* anche in presenza di figli, indicando esemplificativamente tra esse il costante uso di contraccettivi, la volontà di ricorrere all’aborto a seguito della gravidanza e l’avversione nei confronti dei bambini (“circumstantiae insuper prae et postmatrimoniales pro simulatione militent oportet, velut adversio in pueros, costans usus contraceptivorum inde ab initio vitae communis, et recursus ad abortum therapeuticum, ob inopinatam ac non optatam praegnantiam”: sent. *coram Bruno*, 20 luglio 1990<sup>20</sup>).

<sup>18</sup> Sent. *coram Fagiolo*, 14 novembre 1969, n. 7, in *R.R.Dec.* vol. LXI, p. 997. L’argomento in questione risulta essere stato approfondito dalla giurisprudenza rotale in modo particolare negli anni Sessanta del secolo scorso. Sul tema c’è stata infatti in quel periodo una importante serie di pronunce: una *coram Pasquazi* del 6 aprile 1962 (in *R.R.Dec.* vol. LIV, p. 126), le due citate *coram Palazzini* rispettivamente del 18 maggio 1966 e del 26 aprile 1967, la ricordata *coram Bejan* del 30 marzo 1968, la *coram Fagiolo* del 14 novembre 1969 citata in questa nota ed anche la *coram Anné* del 16 luglio 1968, di cui alla nota seguente.

<sup>19</sup> Sent. *coram Anné*, 16 luglio 1968, n. 8, in *R.R.Dec.* vol. LX, p. 574-575: “Quid denique sentientum est de vi intentionis electae ab eo qui, ante nuptias, firmiter statuerat nullam prolem generare et, post nuptias, non obstantibus cautelis adhibitis, prolem nihilominus susceperit?”. L’impostazione data dai giudici in questo caso inquadra perfettamente il rapporto tra la questione di fatto e quella di diritto. Da un lato la nascita dei figli fa presumere la disponibilità agli atti coniugali aperti alla vita, d’altra parte risulta però in questo caso una ferma volontà anticoncezionale dell’uomo in epoca prenuziale. Il problema trattato dalla sentenza è proprio quello di stabilire se nel caso concreto il concepimento della prole sia in sé elemento sufficiente a dimostrare l’assenza di una volontà *contra prolem*, o se invece questo stesso fatto storico rappresenti un’apparenza che possa essere superata e vinta se la volontà *ad prolem excludendam* risulti comunque adeguatamente suffragata dagli elementi istruttori raccolti: la pronuncia dei giudici accoglie questa seconda impostazione, dal momento che si ritiene dimostrato nel caso in esame che il figlio è stato concepito contro la volontà dell’uomo a seguito di un raggio da parte della donna.

<sup>20</sup> Sent. *coram Bruno*, 20 luglio 1990. La pronuncia non risulta pubblicata in *R.R.Dec.*, ma è in parte

In definitiva, ciò che si può rilevare sostanzialmente dalla costante giurisprudenza riportata è che la nascita dei figli opera come una presunzione relativa a favore della presenza del reciproco dono personale degli sposi che coinvolge anche l'aspetto degli atti coniugali aperti alla procreazione; tale presunzione tuttavia può essere vinta qualora si dimostri adeguatamente che il figlio non è stato voluto, è frutto di un fatto accidentale, di un errore o di un comportamento doloso di una delle parti, a fronte di una risoluta ed espressa volontà *ad prolem excludendam* presente nell'altra parte al momento della manifestazione del consenso matrimoniale.

In concreto quindi, al fine di una dichiarazione giudiziale di nullità matrimoniale per esclusione del *bonum prolis*, si dovrà verificare se risulta adeguatamente provata una positiva ed effettiva volontà volta ad escludere i figli, tanto forte da non venire meno neppure per il fatto concreto del concepimento e della generazione della prole, quando questa, per le circostanze di specie, non sia effettivamente voluta ma sia invece frutto di un fatto accidentale e non imputabile ad una reale volontà delle parti o di una di esse.

##### 5. Il caso della *coram Lopez-Illana* del 16 giugno 2004

La sentenza *coram Lopez-Illana* del 16 giugno 2004 affronta un caso in cui vengono direttamente in rilievo i principi fin qui delineati.

Un uomo rimasto vedovo e con due figli in tenera età decide di accedere a seconde nozze, ponendo alla futura moglie per il matrimonio una serie di condizioni, tra le quali quella di seguirlo nei suoi spostamenti di lavoro, di accudire e di allevare come una mamma i precedenti figli di lui e – quel che più rileva – di rinunciare ad avere dei figli dal matrimonio, per evitare disagi e gelosie con i figli che l'uomo già aveva. La donna accetta queste condizioni e, dopo un periodo di convivenza volto a sperimentare la vita in comune ed il rapporto con i figli dell'uomo, viene celebrato il matrimonio. Con l'andare del tempo tuttavia la donna manifestava sempre più forte la volontà di volere dei figli propri dal matrimonio, venendo meno rispetto a quanto si era precedentemente impegnata. Nonostante la perdurante opposizione dell'uomo alla procreazione e gli accorgimenti costantemente usati nei loro rapporti per evitare il concepimento, la donna riesce a rimanere incinta due volte: una prima gravidanza si conclude con un aborto involontario, mentre la seconda portò effettivamente alla nascita di un figlio. L'uomo propose alla donna anche nel secondo caso la soluzione dell'aborto, che ella rifiutò risolutamente. Nato il bambino, il padre lo accettò e lo amò, tanto da chiederne, peraltro invano, l'affidamento a sé al momento della successiva separazione coniugale seguita al fallimento del rapporto.

Il matrimonio viene quindi impugnato dall'uomo per simulazione del consenso ex can. 1101, §. 2, CIC, per esclusione da parte sua del *bonum prolis*. Il Tribunale ecclesiastico di prima istanza riconosce da subito la complessità del caso, tanto da decidere con un collegio di cinque giudici<sup>21</sup>: una tale composizione collegiale sarà poi ripetuta negli ulteriori gradi di giudizio.

---

riportata nella sentenza di appello sul caso poi deciso dalla *coram Lopez-Illana* del 16 giugno 2004.

<sup>21</sup> Cfr. can. 1425, §. 2, CIC.

I giudici di prima istanza danno sentenza negativa, pronunciandosi per la validità del matrimonio<sup>22</sup>. Il Tribunale di prime cure fa un ragionamento tutto incentrato sulla considerazione del fatto concreto della nascita del figlio e della reazione dell'attore di fronte a tale evento. Se è venuto alla luce un figlio – sostiene in sostanza la prima sentenza – ciò è la prova che non ci poteva essere nell'uomo una volontà che escludesse in modo assoluto e definitivo la prole: tanto più che la donna è rimasta incinta non una, ma addirittura due volte, sebbene la prima volta ella sia andata incontro ad un aborto involontario. Nei confronti del figlio inoltre il padre ha mostrato amore e benevolenza e non avversione: in questo i primi giudici rilevano una contraddizione nei confronti di una presunta volontà dell'uomo volta ed escludere la prole. Un elemento ulteriore a sostegno di questa tesi viene individuato nel fatto che l'uomo, a seguito della separazione, ha anche chiesto l'affidamento del figlio.

La sentenza di primo grado sembra limitarsi ad una lettura “oggettiva” della vicenda, senza tener conto degli elementi soggettivi e delle circostanze concrete che hanno determinato quegli eventi: la nascita del figlio e l'amore del padre nei suoi confronti viene letta come presunzione insuperabile (o perlomeno insuperata nel caso concreto) incompatibile con un'esclusione del *bonum prolis*.

Diversa è la posizione dei giudici di appello che ribaltano la precedente decisione e si pronunciano per la nullità del matrimonio in questione<sup>23</sup>. È importante considerare come la seconda pronuncia non nega la presenza delle circostanze postnuziali che hanno invece determinato la precedente sentenza pronuncia di segno opposto (vale a dire la nascita del figlio e l'amore del padre nei suoi confronti): tuttavia non si limita a “prenderne atto”, ma indaga a fondo, sulla base degli elementi istruttori acquisiti, sugli aspetti soggettivi che hanno accompagnato quelle circostanze<sup>24</sup>. I giudici di appello non si riducono ad un sillogismo, tanto automatico e superficiale quanto fallace, per cui la presenza di figli escluderebbe *sic et simpliciter* la nullità matrimoniale per simulazione del *bonum prolis*. Viceversa valorizzano tutti quegli elementi presenti agli atti che dimostrano come sia stata presente e non sia mai venuta meno la volontà *ad prolem excludendam* dell'uomo e come la donna si sia trovata incinta per due volte per un fatto ritenuto da lui del tutto accidentale e non voluto, avendo egli al contrario sempre posto in essere tutta una serie di accorgimenti di segno contrario.

In particolare, si rileva come la determinazione dell'uomo di non avere figli sia stata espressa alla donna prima e proprio in funzione del matrimonio celebrando, quale specifica condizione per accedere alle nozze. Una tale posizione appare del tutto sostenibile e corroborata dal fatto che l'uomo espressamente escludeva la prole dal matrimonio per evitare contrasti e gelosie con i figli di prime nozze: una tale posizione veniva palesata in epoca prenuziale a numerosi

<sup>22</sup> Tribunale ecclesiastico beneventano, sentenza del 22 ottobre 1999.

<sup>23</sup> Tribunale ecclesiastico regionale campano di appello, sentenza del 19 aprile 2001.

<sup>24</sup> Così si legge nella sentenza di appello al n. 10, relativamente alla sentenza di primo grado riformata: “Ci si è limitati a considerare le due circostanze, e cioè la nascita del bambino e la richiesta di affidamento dello stesso da parte dell'attore dopo la separazione dei coniugi, *dal punto di vista solo oggettivo e non anche soggettivo*, ed in maniera acritica, come se tali circostanze non potessero avere altra motivazione se non la volontà prematrimoniale dell'attore di avere un figlio. Non si è riflettuto sul *come* e sul *perché*... questo bambino nasce”.

testi e traeva peraltro concretamente origine dalla comprovata circostanza che persone a conoscenza dell'uomo avevano avuto grossi problemi con figli nati da diversi matrimoni.

I giudici evidenziano anche come le intimità tra le parti avvenissero costantemente in maniera cautelata per espressa volontà dell'uomo e che la donna, più passava il tempo, più si mostrava insofferente di queste modalità, esprimendo in termini sempre più decisi – diversamente da quanto inizialmente concordato al momento delle nozze – il desiderio di avere un figlio. Tanto che la convenuta si determinò scientemente ad “incastrare” (*sic in actis*) l'attore, fino a riuscirci, dopo anni di convivenza coniugale e quando ormai ella non era più giovanissima. Una prima volta la gravidanza fu interrotta a causa di aborto involontario: l'uomo, a conferma della sua volontà, reagì sentendosi “più sereno per lo scampato pericolo”. Una seconda volta venne effettivamente a nascere un figlio a seguito del concepimento, nonostante l'uomo avesse proposto comunque di abortire. La reazione manifestata della donna e dai sui parenti alla gravidanza fu quella di “aver vinto una guerra” nei confronti dell'attore e di essere riuscita ad avere comunque un proprio figlio.

Nei confronti del bambino nato, l'uomo ritenne in coscienza “di non poter fare più nulla” e quindi di accettarlo, nonostante tutto: secondo i giudici, alla luce della complessiva vicenda, egli non aveva cambiato atteggiamento o smentito la sua volontà contraria alla prole, ma semplicemente accoglieva con amore suo figlio che nasceva, anche se lui non l'aveva voluto, tanto da chiederne l'affidamento al momento della separazione dalla madre, ritenendo ella inadatta alla sua educazione.

Il Tribunale d'appello, alla luce delle circostanze concrete del caso, ritiene quindi vinta la presunzione relativa *pro matrimonio* rappresentata dalla presenza di un figlio, valorizzando invece la volontà dell'uomo *ad prolem excludendam*. Ciò risulta del tutto coerente con il quadro probatorio fornito in cui emerge chiaramente sia la *causa simulandi* (la volontà di evitare gelosie e problemi con i figli di prime nozze), sia la *causa contrahendi* (il desiderio di dare una mamma ai figli piccoli nati dal precedente matrimonio). La sentenza affermativa della nullità data dai giudici di secondo grado sembra fare un ponderato giudizio di bilanciamento, valorizzando le motivazioni e le spiegazioni che hanno determinato in concreto la gravidanza, voluta e verificatasi solo a seguito di comportamenti dolosi della donna, contro la volontà dell'attore<sup>25</sup>: in sostanza, per dirla con la sentenza di appello, viene dato rilievo a quel “come e perchè” il bambino viene ad essere generato, che dice certamente molto di più del mero fatto in sé della nascita.

---

<sup>25</sup> Così nella sentenza di appello, al n. 8: “Tali chiarimenti, mentre dissipano del tutto ogni perplessità circa la decisione prematrimoniale dell'attore di non avere altri figli nel nuovo matrimonio, confermano che egli mai accedette alle richieste insistenti e continuate per circa cinque anni, da parte della convenuta, di avere un proprio figlio; questi nacque solo perchè la convenuta riuscì ad ‘incastrarlo’ durante un'intimità coniugale, dopo ben cinque anni di tentativi non riusciti da parte di lei per ottenere il suo scopo”.

6. *La soluzione della vicenda data dalla Rota e i principi enunciati nella sentenza*

Il caso giunge quindi in Rota per la necessità di avere una doppia sentenza conforme che possa dare esecutività alla decisione giudiziaria, dal momento che i Tribunali inferiori avevano deciso in maniera difforme, dando una sentenza negativa in primo grado e una affermativa in appello<sup>26</sup>.

Il Tribunale Apostolico si è quindi trovato a giudicare una causa particolarmente complessa, che aveva trovato una soluzione diametralmente opposta nei due precedenti gradi di giudizio<sup>27</sup>. Per questo anche in Rota, per continuità rispetto ai precedenti giudizi, la causa è stata fatta conoscere *coram quinque*<sup>28</sup>, in un periodo in cui l'ampliamento del numero dei componenti del collegio era assai più eccezionale che ora<sup>29</sup>. La complessità del *thema decidendum* è determinata nel caso anche dall'aperta conflittualità tra le parti che sostengono tesi antitetiche tra loro<sup>30</sup>.

La difficoltà della causa è data poi, come già sottolineato, dal suo stesso contenuto, dal momento che essa è introdotta per esclusione del *bonum prolis*, eppure in questo caso non per una sola volta, ma per ben due la donna è rimasta

<sup>26</sup> Come noto, secondo il can. 1643 CIC, le cause relative allo stato delle persone, come sono tipicamente quelle matrimoniali, non passano in giudicato; acquistano tuttavia una propria *firmitas iuris* a seguito della pronuncia di una doppia sentenza conforme, essendo dopo precluso un ulteriore grado di giudizio, salvo quanto previsto dal can. 1644 CIC. Papa Francesco, in data 27 agosto 2014, ha istituito una speciale Commissione per la riforma e la semplificazione del processo matrimoniale canonico (cfr. *Bollettino della sala stampa della Santa Sede* B0651, 20 settembre 2014): tra le ipotesi di lavoro all'esame vi è anche quella, a certe condizioni, di rendere esecutiva la sentenza di primo grado senza più necessità di doppia conforme. Una tale ipotesi è stata peraltro anche oggetto di discussione in seno all'Assemblea generale straordinaria del Sinodo dei vescovi convocata in Vaticano dal 5 al 19 ottobre sul tema "Le sfide pastorali sulla famiglia nel contesto dell'evangelizzazione" (cfr. *Relatio Synodi*, n. 48, in *Bollettino della sala stampa della Santa Sede* B0770, 18 ottobre 2014: "Un grande numero dei Padri ha sottolineato la necessità di rendere più accessibili ed agili, possibilmente del tutto gratuite, le procedure per il riconoscimento dei casi di nullità. Tra le proposte sono stati indicati: il superamento della necessità della doppia sentenza conforme..."). La diretta esecutività della sentenza resa in unico grado è già prevista per le decisioni della Rota Romana che dichiarano la nullità matrimoniale, a seguito delle facoltà speciali concesse da Benedetto XVI con rescritto *ex audientia Sanctissimi* al cardinale Segretario di Stato in data 11 febbraio 2013.

<sup>27</sup> "Qua de re gravis discrepantia inter duas primas sententias deprehenditur, quarum una est negativa, altera vero affirmativa", *coram Lopez-Illana*, n. 12.

<sup>28</sup> La prima parte della sentenza rotale in esame si sofferma abbondantemente (nn. 10-11) sulla formazione del collegio e sul numero dei giudici designati per la trattazione della causa, sia in Rota che nei gradi inferiori.

<sup>29</sup> Negli ultimi anni è invalsa in Rota più di frequente la prassi di ampliare in talune cause il consueto numero di tre giudici uditori, tanto da avere pronunce non solo *coram quinque*, come nel caso in esame, ma anche *coram septem* e *coram novem*. Ciò ha determinato inevitabilmente un maggior carico di lavoro per i giudici rotali, ma anche una maggiore ponderazione, collegialità e uniformità nelle decisioni.

<sup>30</sup> A questo proposito, stante la conflittualità delle parti, diviene decisiva la valutazione della loro credibilità: "Sine dubio, in praesenti casu, maximi momenti esset iudicium de partium credibilitate. Hanc ob rem, enim, aequo animo impossibile est utramque partem credibilem esse, sed solummodo alterutram", *coram Lopez-Illana*, n. 12. La sentenza, sulla base delle risultanze istruttorie, ritiene in concreto fondato quanto sostenuto dall'attore.

incinta, sebbene la prima gravidanza non sia stata portata a termine<sup>31</sup>. Di fronte ad una tale circostanza, l'apparato probatorio a sostegno della tesi attorea deve essere particolarmente rigoroso. Deve infatti in concreto superare tre contrarie presunzioni<sup>32</sup>: la prima è quella generica del can. 1060 CIC, per cui il matrimonio gode del *favor iuris* e si ritiene valido *donec contrarium probetur*; la seconda è quella prevista specificamente dal can. 1101 CIC per i casi accusati di simulazione, ove si presume la volontà interna delle parti *conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis*, salvo dimostrare in senso contrario un atto positivo di volontà di esclusione di una proprietà o di un elemento essenziale del matrimonio stesso, in questo caso l'esclusione del *bonum prolis*; nella fattispecie in esame si aggiunge un'ulteriore presunzione contro l'esclusione della prole legittimamente deducibile dal fatto che in concreto per due volte la donna è rimasta incinta ed un figlio è effettivamente nato.

Si tratta allora di applicare il principio generale, affermato dalla giurisprudenza e ribadito dalla sentenza in esame, secondo cui quelle richiamate sono presunzioni relative, che possono essere superate e vinte da prova contraria, sebbene una tale prova non sia certo facile, dovendosi dimostrare uno stato interno dell'animo presente al momento della manifestazione del consenso, contrario sia alle parole espresse all'esterno, sia al fatto oggettivo della presenza di un figlio.

Nel caso concreto il Tribunale Apostolico, sulla base dell'apparato probatorio già raccolto e istruito nei precedenti gradi<sup>33</sup>, ritiene che l'esclusione del *bonum prolis* sia adeguatamente provata, al punto di vincere le presunzioni e le apparenze contrarie, ed in grado quindi di determinare nei giudici la certezza morale richiesta al fine della pronuncia di nullità matrimoniale<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> “Vero agatur non de una, sed de bina prolis conceptione”, *ibid.*, n. 7. Sul punto la pronuncia riprende una stessa fattispecie di una *coram Pasquazi* del 6 aprile 1962, cit.

<sup>32</sup> I giudici rotali danno atto espressamente solo delle prime due presunzioni qui riportate: “causa haec... certo certius difficilis sese praebet, quoniam prudens iudex superare debet duas contrarias praesumptiones, quarum prima est favor iuris quo matrimonium gaudet, et altera est quia interni animi sensus conformes verbis reputantur”, *coram Lopez-Illana*, n. 12. Ma non c'è dubbio che vi sia in questo caso anche la terza ulteriore presunzione da vincere (la presenza della prole), alla luce di quanto fin qui detto e degli insegnamenti costanti della giurisprudenza sopra richiamata.

<sup>33</sup> “Nullum in Romanae Rotae Tribunali instructionis supplementum in casu secutum est”, *ibid.*, ancora n. 12.

<sup>34</sup> Cfr. can. 1608 CIC. Sulla certezza morale richiesta per il pronunciamento della sentenza da parte del giudice ecclesiastico importanti elementi di chiarificazione sono presenti nel discorso di Pio XII alla Rota del 1942. Papa Pacelli evidenziava come da una parte vi sia “una certezza assoluta, nella quale ogni possibile dubbio circa la verità del fatto e la insussistenza del contrario è totalmente escluso”, ma “tale assoluta certezza però non è necessaria per proferire la sentenza”. Infatti “tra la certezza assoluta e la quasi-certezza o probabilità sta, come tra due estremi, la certezza morale... Essa, nel lato positivo, è caratterizzata da ciò, che esclude ogni fondato o ragionevole dubbio e, così considerata, si distingue essenzialmente dalla menzionata quasi-certezza; dal lato poi negativo, lascia sussistere la possibilità assoluta del contrario, e con ciò si differenzia dall'assoluta certezza. La certezza, di cui ora parliamo, è necessaria e sufficiente per pronunciare una sentenza”. Il Pontefice affronta la questione anche riguardo alla valutazione degli elementi istruttori: “Talvolta la certezza morale non risulta se non da una quantità di indizi e di prove, che, presi singolarmente, non valgono a fondare una vera certezza, e soltanto nel loro insieme non lasciano più sorgere per un uomo di sano giudizio alcun ragionevole dubbio... si tratta del riconoscimento che la simultanea presenza di tutti questi singoli



Gli elementi presi in considerazione per corroborare questa conclusione sono in parte quelli già posti a fondamento della pronuncia dei giudici di appello, riletti però e coordinati secondo un più rigoroso sillogismo giuridico, costruito alla luce dell'apparato probatorio, ed evidentemente dotato di una forza e un'autorevolezza superiore, dal momento che è vero la sentenza rotale è resa tra le parti in contesa ed ha efficacia diretta solo nei loro confronti, ma è altrettanto vero che non si può dimenticare la funzione di nomofilachia e di indirizzo delle pronunce dei giudici della Rota rispetto ai Tribunali inferiori<sup>35</sup>.

Il sillogismo fatto proprio dalla sentenza in esame può essere sinteticamente riassunto come segue. Prima premessa: il matrimonio è nullo se viene escluso il *bonum prolis*; seconda premessa: la presenza dei figli nati dal matrimonio fa presumere l'assenza dell'esclusione, salvo prova contraria della *voluntas excludendi*; conclusione: nel caso di specie risulta provata la *voluntas excludendi*, è vinta la presunzione contraria nonostante la presenza della prole, quindi il matrimonio è nullo.

Evidentemente la pronuncia ribadisce con forza il principio per cui, per valutare la nullità del matrimonio per esclusione della prole, ciò che rileva è sempre e solo l'effettiva volontà della parte al momento della manifestazione del consenso: provato adeguatamente l'atto positivo di volontà volto ad escludere il *bonum prolis*, il matrimonio celebrato è necessariamente nullo per simulazione parziale ed esclusione di un elemento essenziale dal sacramento, quale appunto è la *procreativitas*. Tutte le circostanze di fatto presenti nella vicenda concreta e accertate durante la fase istruttoria, altro non sono che elementi volti ad indagare e a conoscere questa volontà interna presente al momento della manifestazione del consenso nuziale. Non c'è e non ci può essere fatto alcuno, compresa pure la presenza uno o più figli, che – qualora sia considerata provata la simulazione della parte – possa in qualche modo porre rimedio ad una manifestazione di consenso matrimoniale che ha ne ha snaturato l'essenza, escludendone la sostanza, come avviene qualora si escludano gli atti procreativi aperti alla vita. La presenza dei figli allora, inserita in questo contesto, rappresenta un aspetto importante, ma non certo unico, per capire quale fosse effettivamente la volontà della parte al tempo della celebrazione. Se il concepimento e la nascita della prole sono sintomi di una sua non esclusione, ci possono essere in concreto delle altre circostanze che depongono in senso inverso e smentiscono questa prima naturale apparenza. Nel caso di specie è stata ritenuta provata una volontà

---

indizi e prove può avere un sufficiente fondamento soltanto nell'esistenza di una comune sorgente o base, dalla quale derivano: cioè nella obbiettiva verità e realtà. La certezza promana quindi in questo caso dalla saggia applicazione di un principio di assoluta sicurezza e di universale valore, vale a dire del principio della ragione sufficiente. Se dunque nella motivazione della sua sentenza il giudice afferma che le prove addotte, considerate separatamente, non possono dirsi sufficienti, ma, prese unitamente e come abbracciate con un solo sguardo, offrono gli elementi necessari per addivenire ad un sicuro giudizio definitivo, si deve riconoscere che tale argomentazione in massa è giusta e legittima” (PIO XII, *Discorso alla Rota Romana*, 1° ottobre 1942, n. 1, in *AAS*, 34 (1942), pp. 338-343). Sull'argomento, in maniera molto approfondita, cfr. JOAQUIN LLOBELL, *La genesi dei disposti normativi sul valore probatorio delle dichiarazioni delle parti: il raggiungimento del principio della libera valutazione delle prove*, in SANDRO GHERRO (a cura di), *Confessione e dichiarazione delle parti nelle cause canoniche di nullità matrimoniale*, Padova, 2003, pp. 99-145).

<sup>35</sup> Cfr. art. 126, §. 1, Cost. Ap. *Pastor Bonus*, 28 giugno 1988, in *AAS* 80 (1988), p. 841-930.

espressa dell'uomo di non avere bambini dal matrimonio, sorretta da una valida *causa simulandi* (non voler far insorgere problemi tra nuovi figli e figli di prime nozze) e coordinata con una sufficiente *causa contrahendi* (avere una donna che accudisse i suoi figli)<sup>36</sup>; l'uomo ha sottolineato l'aspetto fondamentale che per lui assumeva questa decisione (aveva addirittura chiesto alla donna di accettare questa condizione prima ed in funzione della celebrazione nuziale); per tutto il tempo della convivenza coniugale egli ha sempre voluto rapporti sessuali caute-  
lati; la donna ha rivendicato nel tempo sempre maggiormente un proprio figlio dal matrimonio e ciò è stato motivo di contrasti e litigi ripetuti con l'attore<sup>37</sup>.

Sono queste circostanze specifiche che illuminano e fanno comprendere il senso della nascita del figlio in seno alla coppia, spiegando il perchè ed il come di un fatto che altrimenti non potrebbe essere inquadrato in una corretta prospettiva. È vero che la donna è rimasta incinta due volte, ma in entrambi i casi ciò è successo contro la volontà, mai venuta meno, dell'uomo, di avere figli, ed è stato l'effetto, non voluto dall'attore, venuto ad accadere a seguito di un'espressa macchinazione della donna in tal senso. La nascita del figlio allora, che in termini astratti e presuntivi potrebbe certo far propendere per una *voluntas prolis*, ma nel caso specifico in termini concreti, resi particolarmente eloquenti dalle circostanze comprovate, rientra perfettamente in quello che la costante giurisprudenza rotale ha definito un fatto che avviene solo "occasionaliter" e "per accidens", ed in quanto tale propriamente "non est effectus voluntatis". Il fatto accidentale del concepimento insomma non sminuisce né fa venire meno la "voluntas absoluta" dell'uomo contraria alla prole, tanto più che in questo caso il concepimento avviene "ex opere uxoris virum invitum dolose circumvenientis", contro la volontà stessa dell'uomo che in qualche modo subisce un raggio della convenuta.

Inquadrato in maniera corretta il contesto in cui si sviluppa la fattispecie, alla luce di tutte le circostanze sopra richiamate, non solo la nascita del figlio non è in grado di escludere la volontà *contra prolem* dell'uomo, ma neppure il suo atteggiamento verso il bambino – a cui dimostra amore e di cui chiede l'affidamento – vale ad elidere quella recisa e assoluta determinazione in quel senso sempre presente nell'attore, fin prima della celebrazione nuziale<sup>38</sup>. Viene infatti ampiamente spiegato dagli atti istruttori come il padre abbia suggerito di ricorrere all'aborto a seguito della gravidanza, dimostrando ulteriormente con questa scelta come essa fosse di certo da lui non voluta<sup>39</sup>. Tuttavia, di fronte alla contraria decisione della moglie – che invece per quella gravidanza si era

---

<sup>36</sup> "Causa simulandi in casu a ratione contrahendi bene distinguitur", *coram Lopez-Illana*, n. 14, lett. e). E ancora sullo stesso punto: "testes indicant causam simulandi et causam contrahendi ex parte actoris et roborant positivam eiusdem intentionem prolem excludendi inter matrimonium absolute et in perpetuum", *ibid.*, n. 15.

<sup>37</sup> "Innuntur difficultates et altercationes inter coniuges post nuptias ortas esse praecipue quippe quia conventa instare ad prolem procreandam coepit, dum actor in deneganda prolis procreatione iuxta propositum et quoddam pactum ante nuptias effectum perseverabat", *ibid.*, n. 16.

<sup>38</sup> "Tempore celebrationis matrimonii vel praestationis consensus, actor insuper narrat se habuisse voluntatem definitam excludendi filios ad vitanda filiabus iam habitis futuras implicationes... Quae actoris vera voluntas filios a matrimonio excludendi erat perpetua", *ibid.*, n. 14, lett. d).

<sup>39</sup> "Actor uxori conventae proposuit ut abortum procuraret, quem ipsa fortiter reiecit", *ibid.*, n. 17.

così tanto adoperata fino ad “incastrarlo” con il compimento di un atto sessuale completo e non cautelato<sup>40</sup> – l’uomo aveva accettato quello stato di cose e accolto il bimbo: l’acceptare una situazione per cui, come riconosce l’attore, “non si può fare più niente” è cosa ben diversa dal volere quella stessa situazione e ritenere un proprio effettivo apporto causale volontario nel determinarla.

### 7. *Brevi note conclusive*

La sentenza *coram Lopez-Illana* del 16 giugno 2004 conferma la giurisprudenza rotale in materia di nullità matrimoniale *ob exclusum bonum prolis*, riscontrabile a date condizioni anche in presenza di figli nati dalle nozze.

Anche in questo caso, la pronuncia mette a fuoco come ciò che rileva nel considerare l’essenza del matrimonio non è la prole in se stessa, quanto piuttosto l’intenzione di avere dei figli: “ut constans doctrina et iurisprudencia N. A. Tribunalis profitentur, de matrimonii essentia non est proles in se ipsa, sed prolis intentio”<sup>41</sup>.

Dunque nel considerare la validità o la nullità del matrimonio quello che conta non è tanto il concepimento o la procreazione, ma la reale volontà dei contraenti e l’eventuale intenzione simulatoria presente la momento della manifestazione del consenso. In questo senso, i figli rappresentano solo un elemento importante – ma non unico e assoluto – per determinare in concreto quella volontà.

Da ciò discende che l’esistenza della prole, come è ben comprensibile, anche in questo caso fa presumere tra gli sposi un completo e mutuo dono personale di sé, esteso al compimento di atti coniugali idonei alla procreazione: se un figlio è nato, sembra che questo stesso fatto sia indice della presenza nei coniugi di una volontà aperta alla vita e quindi della non esclusione del *bonum prolis*.

Questo elemento tuttavia rappresenta solo una presunzione che può essere superata da prova contraria. Così la *coram Lopez-Illana* sul punto si mostra in linea con le decisioni precedenti relative a casi analoghi, evidenziando tuttavia in modo peculiare come i principi elaborati dalla giurisprudenza sull’esclusione del *bonum prolis* possono trovare applicazione, a prescindere dall’eventuale numero di gravidanze intercorse nel matrimonio, quando queste risultino comunque non volute e capitate anzi contro la stessa volontà delle parti o di una di esse, “per accidens” o per dolo o inganno di una parte a danno dell’altra. Nel caso in esame infatti, la donna convenuta si è trovata incinta per due volte, sebbene solo un figlio sia nato: ma anche il fatto del plurimo concepimento, quando è dimostrata la volontà *contra prolem*, non esclude la simulazione e la nullità delle nozze. A prescindere dal concepimento in concreto dei figli, dalla loro effettiva generazione e dal loro numero, la prole resta un elemento di fatto idoneo a fondare solo una presunzione, la quale tuttavia “nullitatem consensus ob defectum intentionis prolis... non excludit, quoniam ex causae actis constat

---

<sup>40</sup> “Praxis onanistica ab actore tenaciter est servata... Coitus interruptus tamen bis inutilis fuit proprie ob agendi conventae rationem, quae prolem propriam exoptabat”, *ibid.*, ancora n. 17.

<sup>41</sup> *Ibid.*, n. 6.

prolem occasionaliter genitam non fuisse effectum voluntatis... nisi per accidens"<sup>42</sup>.

Questo sembra essere il funto focale della pronuncia: la prole di per sé è indizio di volontà procreativa, ma nella causa di nullità matrimoniale il giudizio si sposta alla valutazione di tutte le circostanze del caso, per verificare se in concreto quella gravidanza che c'è stata, sia stata effettivamente voluta o se invece possa considerarsi avvenuta per effetto di un fatto occasionale, accidentale e sostanzialmente non voluto che, come tale, non sminuisce una eventuale volontà contraria ai figli.

Tutto si gioca allora, come anticipato fin dall'inizio di queste pagine, sul piano probatorio: se gli elementi agli atti, raccolti nella fase istruttoria, sono tali da suffragare in modo idoneo e convincente come il concepimento e la generazione della prole di figli non siano stati effettivamente voluti e non abbiano escluso quindi una determinata e risoluta intenzione simulatoria contraria al *bonum prolis*, il matrimonio sarà comunque nullo. In questo senso è la soluzione nel caso deciso dalla *coram Lopez-Illana* proprio perchè "demonstratum est... prolem natam occasionaliter seu per accidens genitam fuisse"<sup>43</sup>.

Secondo i giudici rotali nella fattispecie esaminata risulta provato, alla luce degli atti istruttori, che l'attore in modo assoluto fu sempre contrario ad avere dei figli, evitando in modo sistematico durante tutta la vita matrimoniale il compimento di atti coniugali potenzialmente aperti alla procreazione e avendo viceversa con la convenuta solo rapporti protetti proprio allo specifico scopo di non avere dei figli (così sul punto espressamente la sentenza: "ast ex actis et probatis constat actorem omnino novae suscipiendae proli contrarium fuisse, sed ius ad prolem conventae non agnovisse semperque eidem denegavisse, quia timebat ne conventa filiabus actoris plane traderetur"<sup>44</sup>).

Da ciò discende la nullità del matrimonio in questione perchè, pur in presenza di figli, non si può dubitare dalle circostanze della causa che nell'uomo vi fosse comunque una assoluta volontà di escludere la prole, manifestata a parole già prima delle nozze e dimostrata in concreto nei fatti per tutta la durata della vita coniugale, salvo due soli episodi occasionali dai quali, su raggio della donna ed in conseguenza di atti sessuali non protetti, sono scaturite due gravidanze. In proposito è chiarissimo il testo della decisione: "Dubitari enim non potest quin actor in contrahendo voluntatem habuerit excludendae prolis, et in tali proposito per totam vitam coniugalem persisteret... Conditiones ab actore conventae propositae... explanate absolutam perpetuamque illius voluntatem in procreationem adversam ostendunt"<sup>45</sup>.

Da ciò discende anche la nullità di qualsiasi matrimonio celebrato con la volontà di escludere la procreazione, attraverso un'intenzione simulatoria e una concreta manifestazione di consenso nei confronti di un qualcosa di diverso nella sua stessa essenza da quello che è il matrimonio cristiano. Non c'è matrimonio infatti senza volontà di perpetuare la vita e di avere dei figli. E anche se eventualmente dei figli dovessero venire "per accidens", questo fatto non è in grado

---

<sup>42</sup> *Ibid.*, n. 19.

<sup>43</sup> *Ibid.*, n. 21, lett. a).

<sup>44</sup> *Ibid.*, n. 22.

<sup>45</sup> *Ibid.*, ancora n. 22.

Alessio Sarais

in sé di sanare un matrimonio invalido quando risulti comunque dimostrata, al di là di facili automatismi e presunzioni, una concreta ed assoluta volontà *ad prolem excludendam*.