

TRADERE ET ACCIPERE: QUAEDAM PROBLEMATA DE MUTUO CONSENSU CIRCA IUS AD PROLEM IN CAUSIS MATRIMONIALIBUS

1. INTRODUCTIO

Intentio nostra est aliquam reflexionem praebere de selecta iurisprudencia circa intensionem contra bonum prolis, attenta distinctione inter ius et usum iuris quoad hoc bonum¹. Vocem “*iurisprudencia*” in sensu ampliori adhibeo. Proponuntur hic elementa quae in materia iuris prudenter consideranda adiuvari possint. In hoc sensu, locutus est cl. mus Cardinalis Julien cum scripsit de qualitatibus necessariis pro iudicibus².

1.1 MOMENTUM ARGUMENTI

Recenter Magisterium Ecclesiae plene agnoscens difficultates et angustias hominum in vita transmitten-

¹ Cf. coram BRUNO, die 30 martii a. 1984, n. 6; RRD 76, 219-220: “... continua ac tenax denegatio copulae naturalis atque constans et haud remissus usus mediorum contraceptivorum perdurante vita communi, aperte ostendunt praevalemmentem coniugum intensionem non in limitationem usus iuris concessi, sed praecipue in denegationem ipsius iuris directam fuisse.” Cf. etiam coram STANKIEWICZ, die 29 maii 1992. Etiam in una coram BRUNO, die 28 maii 1993 [127/93]: “Et revera si quis, quamcumque ob causam, denegat comparti ius ad tempus determinatum vel indeterminatum petendi ac exigendi naturales copulas completas, indubium est eius matrimonialem consensum intrinsece vitari, dummodo consilium hoc ante nuptias ceptum fuerit. Nam ius, inde ab initio tradendum, ad tempus futurum remittitur” (n. 3).

² Cf. A. JULIEN, *Juges et avocats*, Rome 1970, 4ss.

da in hodiernis adiunctis, reaffirmavit in exhortatione apostolica *Familiaris consortio* "doctrinam ac normam semper antiquas semperque novas de matrimonio humanaeque vitae transmissione", esse servandas³. Quod Ioannes Paulus II fundat pluribus rationibus⁴. Idem autem iam affirmaverant eius praedecessores Pius XI in encyclica *Casti Connubii*⁵; Pius XII in allocutione iis quae anno 1951 interfuerunt Conventui Unionis Catholicae Italicae inter Obstetrices⁶, et notabiliter, Paulus VI in encyclica *Humanae Vitae*⁷. Quae omnia suum exercuerunt influxum in Ecclesiae iurisprudentiam efformandam quoad consensum matrimonialem sufficientem ad pactum matrimoniale validum constituendum⁸.

³ IOANNES PAULUS II, Adhort. apostol. *Familiaris consortio*, n. 29: AAS 74 (1982) 114-115.

⁴ "Progressus disciplinarum naturalium et technicae artis, quas huius temporis homo continenter auget sua in natura dominatione, non modo spem nutriunt constituendi melioris humani generis, sed angorem etiam maiorem gignunt futuro de tempore. Quidam se interrogant sitne vivere bonum an melius ne natum esse quidem...; quocirca dubitant aliosne liceat ad vitam vocari, qui forsitan maledicturi sint vitae suae in mundo crudeli... Alii demum, mentis habitu res consumendi cupido irretiti ac de bonis materialibus perpetuo augendis tantum solliciti, iam non percipiunt ac proinde reiciunt spiritales divitias novae vitae humanae." (IOANNES PAULUS II, Adhortatio Apost. *Familiaris Consortio*, n. 30: AAS 74 (1982) 115-117).

⁵ AAS 22 (1930) 539-592.

⁶ AAS 43 (1951) 835-854.

⁷ AAS 60 (1968) 481-503.

⁸ Cf. coram STANKIEWICZ, die 19 decembris 1991 [128/91]: "Quin immo sobolis nasciturae dilatio propter iustas rationes statuta, servata quoque actuum coniugalium ordinatione ad vitam humanam procreandam, plene componitur cum iure ad paternitatem et maternitatem responsabilem seu ad procreationem consciam, quod coniuges tribuit facultatem rationem habendi tempo-

Tempus haud adaequatum est ad praesentationem ne syntheticam quidem hic exhibendam. Quam ob rem, peropportuno mihi videtur aliquas, uti dicitur, reflexiones praebere ex causis matrimonialibus recentioribus de intentione positiva contra bonum prolis in matrimonio celebrando. Per plusquam quinque annos Defensoris vinculi munere functus sum apud Tribunal Apostolicum Romanae Rotae. Salvo meliori iudicio, mihi videtur aliquos, nostris temporibus, omnino confundere limitationem iuris cum abusu iuris. Mihi etiam videtur aliquos vel ipsam iurisprudentiam in hac materia nec recte principia cognovisse nec clare eadem applicasse, vel saltem, in variis investigationum modis non ulterius res examini subiecisse, v.g., cum quaesitis causae specificè confectis, vel cum quaesitis ulterioribus proponendis. Sat fre-

ra, quae conceptione vacant, et responsabili modo temperandi procreationem ad certum vel incertum tempus. (PAULUS VI, Litt. Enc. *Humanae vitae*, 10)". [n. 9]. Vel etiam in una coram DE LANVERSIN, die 26 ianuarii 1994 [9/94]: «Quae autem docuerant Patres in Sacrosancta Synodo, explanaverunt postea Romani Pontifices, scilicet PAULUS PP. VI: "Hic denique amor (coniugalis) fecundus est, quippe qui non totus in coniugum contineatur, sed eo etiam spectet ut pergat novasque exsuscitet vitas" (Litt. Encyc. *Humanae vitae* n. 9); et nuperrime IOANNES PAULUS PP. II: "Secundum Dei propositum est matrimonium fundamentum maioris communitatis familiae, quoniam ipsum matrimonii institutum atque coniugalis amor destinantur ad prolis procreationem et educationem, in quibus consummatur." (Adhortatio Apostolica *Familiaris Consortio*, n. 14)» [n. 11]. Vel etiam in una coram GIANNECCHINI, die 15 decembris 1992 [113/92], n. 2: «Attamen rectae christianae conscientiae et responsabilitati muneris procreandi adimpletio coniugibus commissa est, qui in vita coniugali harmonice ordinanda, saepe quibusdam hodiernis vitae conditionibus praepediri atque in circumstantiis versari (possunt), in quibus numerus prolis, *saltem ad tempus*, augeri nequit." (Cf. Const. Past. *Gaudium et Spes*, n. 51)».

quenter in primo iudicii gradu, sic et simpliciter quaesitum nimis simplex propositum est: "An prolem volebas" et quando affirmavit pars suam "voluntatem" prolem habendi, seu filios proprios habendi, nulla profundior investigatio perficitur circa intentionem quoad bonum prolis.

1.2 RATIO PRAESENTATIONIS

Ratio huius praesentationis est sequens: discussio aliquorum elementorum iurisprudentiae quoad distinctionem inter *ius* et *usum iuris*. Circa hoc problema, in contextu generali consensus matrimonialis, brevem et syntheticam conabor expositionem facere, attentis distinctionibus in argumentum afferendis. Ad hoc utar iuvamine iurisprudentiae rotalis recentissimae.

Non intendo modo profundo ingredi in distinctiones etiamsi connexas, sed sat complexas — videlicet, distinctiones inter *modum*, *praesuppositum* seu *postulatum*, et *conditionem*; inter *voluntatem hypotheticam*, *virtualem*, *habitualement*, etc., quae argumentum nostrum hoc in loco turbare possent. Pondus huiusmodi argumenti in materia patet; sed istae distinctiones in materia iam pacifica, cognitae sunt, et plus minusve adhibitae⁹. Adnotandum etiam est, iurisprudentiam tractandam circumscriptam esse ab anno 1991 ad annum 1994, salvis tamen aliquibus sententiis praecedentibus quae aliquo modo adiuvant ad melius interpretandam hodiernam iurisprudentiam.

⁹ Quoad distinctiones expositas, cf. D. STAFFA, *De conditione contra matrimonii substantiam*, Romae 1952, 12-13, nota 1.

1.3 PRAEMITTENDA

Qui velit argumentum ponderare de iure ad prolem tradendo et iure iam transmissio sed abusive applicato, aliqua oportet in memoria bene servare elementa actus iuridici matrimonialis quibus ille distinguitur ab aliis contractibus.

1.3.1 *Primum punctum.* Ius ad nuptias est quoddam ius naturale: est aliquod ius ab ipso Creatore hominibus datum. Concessum non est hoc ius nec a natione seu societate, neque ab Ecclesia neque ab ipsis contrahentibus. Et hic est sensus canonis 1058: "Omnes possunt matrimonium contrahere, qui iure non prohibentur." Ecclesia tamen, secundum aliqua criteria severa, et semper ad salutem animarum servandam, hoc ius coarctare potest¹⁰.

1.3.2 *Secundum punctum.* Creator matrimonium instituit: Ipse Creator institutum matrimonii definivit. Canon 1055, § 1 est quaedam descriptio matrimonii:

"Matrimoniale foedus, quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatum, a Christo Domino ad sacramenti dignitatem inter baptizatos evectum est."

Nec status, nec societas humana, nec Ecclesia quidem iure gaudet institutum matrimonii suis in essentialibus mutare. Et hic est sensus canonis 1101, § 2:

"At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum vel matrimonii essenziale aliquod elementum, vel essentialem aliquam proprietatem, invalide contrahit."

¹⁰ Cf. cc. 1075; 1076.

Qui canon, uti patet, simulationem uti dicitur partialem animadvertit.

Contrahens, suo arbitrio, mutare vel coarctare non potest essentiam consensus in obiectum matrimonii; alioquin, consensus datus non iam sufficit ad matrimonium constituendum¹¹. Simulatio partialis, in hoc sensu, non est sic et simpliciter vel tantummodo mendacium, est prorsus discrepantia intentionis quoad obiectum matrimonii¹². Vel uti semper observabant iurisperiti, est aliqua conditio in pacto matrimoniali quae ipsum pactum modificat. Ita scripsit Cappello:

“In casu habentur duo voluntatis actus positivi et contrarii: contrahens enim vult matrimonium, quia ex hypothese vult illud inire, et simul non vult, cum excludat obligationem. ...Proinde actus posterior destruit priorem, vel, si mavis, duo contrarii actus mutuo se elidunt, ideoque plane deest consensus matrimonialis”¹³.

Sed plurimi contrahentes his temporibus alio modo censent et immo alio modo contrahunt, uti adnotavit Ioannes Paulus II. Sufficit hic recollere mutationes instituti matrimonii in aliquibus societatibus: matrimonium, ‘uti dicunt’ homosexualium; ma-

¹¹ V.g. in una coram STANKIEWICZ, die 19 decembris 1991 [128/91], n. 7: “Nam elementum procreativum, quod subiective intentione prolis exprimitur, ipsam matrimonii essentiam integrat atque in iure et in officio ad actus coniugales essentialem rationem procreationis infigit, nexu indissolubili coniunctam ex iure divino cum unitatis ratione, quem nemini exinde infringere licet.”

¹² Cf. coram MANY, RRD, III, 16-17, nn. 3-5.

¹³ CAPELLO, *De Sacramentis, III. De Matrimonio*, Romae 1923, n. 598, 2. In ultima editione Cappello putat non dari duos actus *positivos* et *contrarios*, sed ita posse considerari (op. cit., V. Torino 1962⁷, n. 598, p. 530).

trimonia in quibus uterus, sic dictus, adoptivus adhibetur ad prolem habendam; matrimonium ad experimentum vel ad tempus; matrimonium sub contractu vel pacto initum, et similia¹⁴.

1.3.3 *Tertium punctum.* Consensus matrimonialis debet essere donatio/acceptatio ex parte contrahentium in essentialibus ad matrimonium constitutum. In casu nostro, si deest donatio suimetipsius quoad ius ad prolem in ipso momento consensus, deest verus consensus. In c. 1057, § 2 legitur: "Consensus matrimonialis est actus voluntatis, quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium"¹⁵.

1.3.4 *Quartum punctum.* Contrahens iure non gaudet modo unilateraliter vel absolute sibi servandi ius ad determinandum *utrum* et *quando* prolem nascentem accipiat, quia essentialia contractus iam a Divino Legislatore determinata sunt. De hoc infra videbimus in particulari.

1.3.5 *Quintum punctum.* Attendendum est discrimen inter *desiderium prolem habendi* et *voluntatem ad prolem recipiendi* in sensu canonico. Voluntas debet ius ad actus per se aptos prolem generandi

¹⁴ Cf. nt. 3.

¹⁵ Cf. una coram POMPEDDA, die 1 iunii 1992 [49/92], n. 3: "Quod bonum prolis, utpote altera ordinatio naturalis instituti connubialis, istius aliquem finem constituit atque confert ad speciem definiendam et efformandam consortii coniugalitatis; tamen utpote correlatum cum iuribus-obligationibus essentialibus coniugum propriis, necessario dicit mutuum jus atque mutuam obligationem eorundem ad actus per se aptos ad prolis generationem, qui sunt propriissime actus coniugales."

transferre in ipso momento consensus et non in quodam alio momento futuro, vel in aliquo momento quod libero arbitrio unius contrahentis determinatur. De hoc etiam videbimus infra. *Voluntas* est quid positivum; *optatio* est quid subiectivum. Aliis verbis, illa optatio est desiderium sine ulla obligatione obiectum desiderii persequendi.

2. DE DONATIONE SUIMETIPSIUS IN PROLEM

Etiam si auctores recentiores plus de iure et de abusu iuris scribant, Sánchez sententiam iam protulit sub adpectu obligationis contrahentis. Non est dubium quin, etiam apud veteres, bonum prolis sit ad essentiam matrimonii. Ita scripsit Sánchez:

“Est enim de essentia, ut coniuges obligentur ad vitam perpetuam et individuum et ad fidem sibi servandam, reddendum debitum, negandumque corpus alii: prolemque non impediendam, sed educandam, si Deus dederit. Unde conditiones et facta, per quae coniuges ad aliquid his contrarium obligentur, tollunt matrimonii substantiam et debitum consensum”¹⁶.

Attamen, dicendum est ad essentiam matrimonii necessarium non esse ut prolis nascatur, sed tantummodo ut actus coniugales ordinentur ad generationem prolis¹⁷.

Ipse Sánchez, cum aliis iurisperitis illius tempo-

¹⁶ SANCHEZ, *De matrimonii sacramento*, lib. V., disp. IX, n. 2.

¹⁷ Cf. SANCHEZ, lib. V., disp. IX, n. 2; etiam CAPELLO, *De matrimonio*, n. 635 et 636. Cf. etiam coram DE LANVERSIN, diei 15 Iunii 1994, 44/94.

ris, etiam distinguit inter obligationem et executionem obligationis¹⁸.

2.1 *De modis ius ad prolem excludendi.* Contrahens potest illud ius ad prolem excludere in ipso consensu matrimoniali duplici quidem modo:

- 1) Actu positivo contra substantiam matrimonii, vel
- 2) Conditione mentis quae in actum positivum voluntatis redundat¹⁹.

¹⁸ SANCHEZ, Lib. II, *De matr. essentia*, disp. XXIX, n. 12: "Id tamen observandum est, aliud esse sentiendum de tribus matrimonii bonis, quo ad obligationem, & aliud quoad executionem, nam quoad obligationem, omnia illa sunt de matrimonii essentia, obligantur enim coniuges ex vi matrimonii ad vitam individuum & reddendum sibi debitum, prolemque non impediendam, & habitam educandam. Et hoc aperte sentit D. Thom. 4, dist. 31, quaestio I, artic. 5 corpore, ubi haec ait: *fidem et proles secundum quod considerantur in suis principiis, ut pro prole accipiantur intentio prolis, & pro fide debitum servandi fidem, sine quibus matrimonium esse non potest, & sic accipiendo fidem, & prolem sunt essentialissima in matrimonii...* Hinc fit ut intentio contra bonum sacramenti, irritet matrimonium, non autem intentio contraria bono fidei & prolis, si tamen adversaretur intentio fidei & prolis quoad sua principia, similiter irritaret matrimonium: ut si quis contraheret non intendens se obligandi ad educandam prolem, vel non impediendam, vel servandam fidem, esset irritum matrimonium quia cum haec sint matrimonii essentialia, talis intentio essentiam excludit, quod clare docet D. Tho. D. Art 3, dum ait, *matrimonium sine his bonis consistere non posse...* [Respondetur] Ad bonum sacramenti minime pertinere non separari ab uxore quo ad torum, sed tantum ut vinculum sit indissolubile, *ad bonum autem fidei & prolis pertinere non tantum obligationem ea servandi, sed etiam ipsorum bonorum executionem*, unde recte dixit D. Th. Bonum sacramenti semper esse de essentia, non vero alia bona, & in hoc versatur differentia."

¹⁹ Cf. STAFFA, *De conditione* (cf. nt. 9), 24.

Uti adnotavit Staffa, hae duae differunt non quoad substantiam, vim et effectum, sed tantummodo quoad formam²⁰.

2.2 *Quid est obligatio?* Ergo quaestio: *quaenam est obligatio in iure ad prolem?* Etiam si exclusio iuris in perpetuum semper ac necessario excludit contractum, exclusio etiam ad tempus vitiat contractum, si limitatio consensus *in pacto matrimoniali* assumitur. Consensus eo ipso et contractus in eorum substantia limitatur. Adnotandum est, vox adhibita est “pactum” — seu contractus seu consensus matrimonialis (anglice sermone: “contract”, “covenant”) et non aliqua “pactio” (anglice sermone: “agreement”, “stipulation”) inter contrahentes²¹.

²⁰ STAFFA, *De conditione* (cf. nt. 9), 26: “... in actu enim positivo consensus exprimitur directe, simpliciter et forma non condicionali; in conditione consensus praestatur dependenter ab aliqua circumstantia: differunt quoad obiectum immediatum: in actu enim positivo contra matrimonii substantiam voluntas directe, simpliciter et absolute fertur in exclusionem matrimonii vel iuris proprie matrimonialis; in conditione contra matrimonii substantiam voluntas directe et immediate vertitur in circumstantiam, e qua contractum dependere vult.”

²¹ STAFFA, *De conditione* (cf. nt. 9), 21-22: “Conditio contra matrimonium substantiam... ille est qua consensus non praestatur nisi a contractu matrimonii excludatur vel matrimonium ipsum, vel ius in corpus ad actus per se aptos ad proles generationem, ... contra omnia iura et obligationes in corpus in ordine ad actus vere coniugales: si debitum reddere non teneor; dummodo omni iuri in corpus meum renunties contra bonum proles: si generationem proles evites; dummodo prolem interficias, vel abortu neces; eo pacto ut potiones ad generationem impediendam sumas, vel mediis utaris contra fecundationem.”

3. IURISPRUDENTIA: "LIMITATIO" AUT "IUS TRANSMIS- SUM SED ABUSIVE EXERCITUM"

His praemissis, nunc tractanda est iurisprudencia ad melius videndam distinctionem inter ius ad prolem tradendum in matrimonio et ius iam transmissum sed abusive exercitum in prolem. Uti videbitur, vox "*limitatio*" et conceptus "*abusus iuris*" confundenda non sunt. Consideranda ergo sunt hic, aliqua "principia" seu "elementa" quae applicari aut considerari debent in causis matrimonialibus de exclusione boni prolis.

3.1 *Primum principium.* Contrahentes numerum limitare prolis possunt adhibitis tamen methodis iuri naturali et principiis ethicis consonis. Hac in materia animadvertitur influxus Magisterii in iurisprudentiam his recentissimis annis. In una coram Stankiewicz, sententia nititur in encyclica *Humanae Vitae*, n. 10:

"Cum de matrimonii essentia haud pertineat proles in seipsa seu sobolis effectiva generatio, factum absentiae filiorum probationem non constituit pro exclusione iuris ad procreationem. Proles enim deficere potest non solum ex mero coniugii abusu, sed etiam aliis de causis, celebrationem matrimonii subsequentibus, quae desiderium habendi filios remouent"²².

3.2 *Secundum principium.* Contrahentes tamen non possunt limitare consensum in prolem tempore nuptiarum. Ad essentiam contractus matrimonii, necessarium non est ut prolis nascatur, sed tantummodo ut contrahens se obliget ad actus coniugales per se aptos ad generationem prolis²³.

²² Coram STANKIEWICZ, die 18 decembris 1991 [128/91], n. 9.

²³ Cf. coram MASALA, die 29 aprilis 1980, n. 4, RRD 77, p. 312: "... facultatem praepediendi prorsus usum matrimonii usque

Uti agnoscitur in una coram De Lanversin, contrahentes non raro accedunt ad nuptias cum intentione procrastinandi generationem ad tempus magis propitium. Huiusmodi intentio, pergit sententia, "consensum matrimonialem per se non inficit, nec ideo irritum reddit matrimonium, quia cum iure coniugali recte traditio et acceptatio adhuc componi potest"²⁴.

In hoc sensu, sed modo profundiore, explicat distinctionem una coram Giannechini distinguens inter modalitates usus seu exercitium iuris et essentiam iuris transmissi in consensu:

"Cum autem consensu quo matrimonium constituitur, non-nisi iura, obligationes et officia inter partes tradenda et acceptanda sunt quae illi essentialiter pertinent, patet quod eorum usus, exercitium vel violatio inficere non possunt consensum... Non violatio aut non adimpletio onerum et obligationum, *sed defectus horum commutationis*, consensum irritat. Hinc patet quod voluntas nativitatem prolis ad tempus, determinatum vel indeterminatum differendi *quin ius coartetur*, consensum non irritat et matrimonium non inficit"²⁵.

3.3 *Tertium principium.* Limitatio numeri prolis confundenda non est cum limitatione consensus²⁶. Et

ad certum tempus, vel post unum vel alterum genitum filium, ita ut partes illo determinato tempore, vi illius exceptionis actus coniugalibus ad prolem ordinati mutuo facultate non pollerent, tunc concludere licet ipsum ius, quod limitationem non patitur, revera sublatum esse." Cf. etiam coram STANKIEWICZ, die 18 decembris 1991, nn. 8-9.

²⁴ Coram DE LANVERSIN, die 15 iunii 1994 [44/94]. Cf. etiam coram JARAWAN, die 4 decembris 1991 [115/91], n. 2.

²⁵ Coram GIANNECHINI, die 20 decembris 1991, [131/91], n. 2.

²⁶ C. BRUNO, die 29 maii 1992 [47/92], n. 3: "Minime tamen, uti nostra constans iurisprudencia docet, iuris exclusio cum propo-

in hoc differt ius sese tradendi in prolem et ius iam datum sed abusive adhibitum²⁷.

3.4 *Quartum principium*. Limitatio consensus debet esse absoluta, sed confundenda non est cum intentione perpetuo prolem non generandi. Id est, si contrahens unilateraliter sibi reservat ius determinandi *utrum* proles nascatur, limitatio absoluta habetur, et hoc quia deest commutatio iuris in prolem. Hoc in casu discrimen invenitur inter ius et usum iuris, uti dicitur, in iurisprudencia²⁸.

sito differendi generationem confundenda est; merus enim abusus iuris concessi matrimonium invalidare nequit."

²⁷ C. BRUNO, die 29 maii 1992 [47/92], n. 4: "Exclusio iuris, sive absoluta et perpetua sive ad tempus, aptis et gravibus argumentis comprobanda est, ex quibus incunctanter constare debet ius in corpus ad actus per se aptos ad sobolis generationem in manifestando consensu exclusum vel limitatum fuisse.

Ius enim in perpetuum concedendum est, et hyatus vel limitationes non admittit. Si exclusio, e contra, ob supervenientes rationes, post nuptias patrat, nullius momenti habenda est, quia iugalem consensum, qui momento coniugii plane perficitur, ingredi non valet."

²⁸ CORAM BOCCAFOLA, die 11 iunii 1992 [53/92], n. 5: "Accurate distinguendum semper est ius inter eiusque exercitium: qui sexuales relationes post matrimonium habere intendit sed, positivo voluntatis actu quamlibet generationis possibilitatem excludit, ius coniugi non tradit ad actus, qui per se apti sint ad generationem; etenim hoc ius natura sua exigit quod integri maneant pro altera parte effectus ex iuris exercitio profluentes cum matrimonio ordinatum sit ad prolem." Etiam in una coram COLAGIOVANNI, die 28 aprilis 1992 [35/92]: "Quoties certo constet de nupturientis proposito excludendi a coniugio absolute et ad indefinitum tempus prolem, consensus hoc proposito vel conditione coarctatus, seu vitiatus, par haud est efficiendum sacramentum matrimonii. Ordinatio ad prolem de essentia est matrimonii, quae si in suo principio radicitus ablatur quovis modo, nullum contrahitur coniubium (can. 1086, par. 2; 1081, par. 2; 1013, par. 1) (c. Fiore diei

3.5 *Quintum principium*. Limitatio etiam ad tempus, si absolute adhibita, consensum inficit. Id est si contrahens unilateraliter sibi servat ius determinandi *quando* prole nascatur, limitatio absoluta dicitur. Et hoc quia commutatio iuris in prolem deest²⁹.

8 julii 1975, SRRD, vol LXVII, p. 486, n. 4)". Vel etiam in una coram HUBER, die 26 novembris 1993 [111/93], n. 5: "Haec doctrina a iurisprudencia Nostri Fori refertur: «Qui sibi reservat, in contrahendo, iuris traditionem si et quatenus certa obveniant adiuncta in futuro, is procul dubio non tradit in actu celebrationis, ac proinde consensus obiectum coarctat». (Coram Brennan, diei 24 octobris 1966, Neritonen., seu Baren., ARRT Dec., vol. LVIII, p. 724, n. 3)." Vel etiam coram HUBER, die novembris 1993 [111/93], n. 5: "Cum ius sit relativum obligationis, si pars limitat obligationem matrimonii eo ipso limitat ius matrimoniale, et ideo deficit consensus".

²⁹ Cf. coram PALESTRO, die 11 martii 1992 [24/92], n. 5: "Reapse coniugii ordinatio ex iure naturae statuta nullam patitur limitationem vel suspensionem in traditione et acceptance iuris quin ipsa causa finalis contractus matrimonialis destruat uti et obiectum ipsius contractus, quodque unum et indivisible esse debet. ... Si quis exinde propositum eliciat suspendendi traditionem et acceptance iuris in corpus, positiva quidem voluntate, videndum est quid reapse intenderit utrum necne ipsum ius denegare voluerit (sane perpetue vel temporanee) vel ad tempus tantum denegare exercitium concessi atque acceptati iuris. Quaestio tamen est facti cuius solutio ex actis et probatis est repetenda, in constabilienda voluntate praevalente contrahentis ratione habita qualitis causae, ob quam prolis generatio dilata sit." Vel etiam in una coram POMPEDDA, die 23 octobris 1991 [94/91], n. 3: "Sane iuris ad actus coniugales exclusio temporanea difficilis est probatu, sed eadem sufficit ad consensum suo essentiali obiecto evacuandum; enimvero mutuum inter coniuges ius ad actus per se aptos ad prolis generationem, haud quidem ad prolem suscipendam, oritur *in et ex* momento quo fit matrimonium scilicet traditi acceptique consensus, debita forma expressi. Extra igitur nubentium facultatem est mutuum illud ius, in sua existentia seu constitutione, haud quidem in executione, tradendum in tempus differre, alterutrius vel utriusque positiva voluntate, sive defini-

4. DE PROBATIONIBUS

Hucusque considerata sunt trantummodo quid probandum sit. Aliqua dicenda sunt de modo quo probanda sit intentio non tradendi ius ad prolem in consensu. In una coram Stankiewicz, summario modo, inveniri possunt probationes debitae:

“Nam cuiuslibet... simulationis probationem consequi nequit nisi haec tria concurrant: a) asserti simulantis confessio iudicialis et extraiudicialis, videlicet testibus fide dignis tempore non suspecto patefacta et ab his in iudicio confirmata; b) simulandi causa gravis, saltem subiective, et proportionata; c) demum circumstantiae matrimonii celebrationem comitantes et subsequentes, quae simulationem revera credibilem reddant”³⁰.

4.1 *De simulatoris confessione.* Imprimis, meminisse iuvabit tantummodo contrahentem et Deum cognoscere voluntatem contrahentis: “Praeter Deum, contrahens est unicus testis directus suae voluntatis. Inde eius confessio iudicialis, et praesertim extraiudicialis, attente perpendendae sunt”³¹.

Maximi momenti est in exclusione iuris ad prolem probanda determinare quid fecisset contrahens si compars exegisset ius ad prolem vel exegisset familiam instaurandam. Iam anno 1966 in una coram Mattioli, problema huiusmodi tractatum est:

“In doctrina, igitur, firme stet distinctio (quoad bonum fidei et bonum prolis) inter ius et exercitium iuris, inter

tum intra spatium cuiusdam futurae, necessariae aut minus seu potestativae circumstantiae, sive indefinitum idest ad placitum eorundem unius vel amborum *ex arbitrio*: quod utique intelligi debet sive de iure *tradendo* sive vicissim de iure *acceptando*.

³⁰ Coram STANKIEWICZ, die 18 decembris 1991 [129/91], n. 9.

³¹ Coram HUBER, die 26 novembris 1993 [111/93], n. 5.

animum obligationem non suscipiendi, et animum susceptam obligationem non implendi; in praxi, autem, probationem quod spectat, sedulo attendatur ad summam elementorum, ex quibus tuto erui possit quinam, inter contrarios voluntatis actus, mutuo se elidentes, fuerit praevalens, ideo alterum eliminans: inquiratur, nempe, quid nuptiens certo elegeret si coram dilemmate peremptorie positus fuisset³².

Etiam si difficilis sit limitationis iuris coniugalibus probatio cum desit asserti simulantis confessio iudicialis, impossibile non semper evadit. Tandem aliquando, ex testimoniorum fide dignorum depositionibus confessio extra iudicialis colligi potest³³. Alia ex parte confundendum non est actum implicitum cum illo praesumpto, uti iurisprudencia pacifice docet³⁴.

³² Coram MATTIOLI, 27 iunii 1966 [90/66], RRD 58, n. 4.

³³ Cf. coram STANKIEWICZ, 19 decembris 1991 [128/91], n. 9.

³⁴ Cf. coram DAVINO, die 24 octobris 1991 [100/91], n. 3.

Etiam coram SABATTANI, die 29 octobris 1963: "A) Omnes sciunt dari quoque actum positivum implicitum. Sed erronee quis putaret actum implicitum significare actum praesumptum. Sane actus praesumptus est actus cuius per se ignoratur existentia, cuius tamen existentia respondet coniecturae plus minusve probabili. Exinde patet in actu praesumpto nihil haberi positivae rationis. E contra, actus implicitus remanet in ordine positivo, quia, quamvis eius substantia non appareat directe et immediate in manifestatione agentis, tamen ibidem identidem continetur, realiter et non praesumptive, positive et non interpretative, quamvis veluti in plicis, seu in sinu eiusdem manifestationis. Non licet, ideo, actum positivum ita exinanire, ut conspici possit in simplici coniectura.

B) Haec principia plurimum valent ad discriminandas veras simulationes in contractu matrimoniali a simulationibus mere coniecturalibus. Sane, limitationes consensus ponuntur a voluntate, non a natura quamvis perversa: non ab habitus pravis, quamvis inveteratis."

4.2 *De circumstantiis necnon de praesumptionibus.* Cum nubentes generatim haud cogitent de iuris exclusione, “iudicis est, ex factis et circumstantiis non aequivocis, inquirere utrum ius ad bonum prolis an tantum iuris exercitium... excludere statuerint”³⁵. Certo certius, quando proles absolute et in perpetuum a contrahente reicitur, “ipsum ius, et non solum eius exercitium, exclusum fuisse praesumitur”³⁶. Pergravis exstat quaestio de temporanea sed absoluta exclusione ex parte contrahentis³⁷. Sed uti iurisprudencia semper adnotat hisce in casibus, “facta verbis sunt eloquentiora.”

“Nedum etenim jugiter prae oculis illud habendum est, quod scilicet facta verbis sunt eloquentiora, sed insuper memoria non excidant verba seu assertiones ab adiunctis seiuncta nihil valere. Circumstantiae etenim verba ipsa explicant atque univoca reddunt, sed insimul motum assertorum praebent iisdemque verisimilitudinem addunt”³⁸.

Circumstantiae quae intentionem excludendi ius in prolem demonstrant sunt multiplices: e.g., conti-

³⁵ Cf. coram BOCCAFOLA, die 26 novembris 1993 [112/93], n. 9.

³⁶ Cf. coram STANKIEWICZ, die 17 decembris 1993 [127/93], n. 16.

³⁷ Coram HUBER, 26 novembris 1993 [111/93], n. 6: “Duo ergo requiruntur, ut de prole conditione exclusa seu clarius de iure ad actus coniugales conditionate traditos constet: indeterminatio exclusionis quoad tempus et exclusio absoluto modo facta. Ad primum criterium quod attinet, probatio generatim non creat difficultates. Quoad alterum criterium iurisprudencia plures enuntiat praesumptiones, inter quas enumerantur pervicax denegatio copulae ad normam peractae et tenacitas servati propositi.”

³⁸ Coram POMPEDDA, die 13 decembris 1987, n. 6. Etiam v.g. coram GIANNECHINI, di 20 decembris 1991 [131/91], n. 2.

nua ac tenax denegatio copulae naturalis³⁹; haud remissus usus mediorum contraceptivorum in vita coniugali⁴⁰; vel etiam “natura et ingenium contrahentis, eius institutio, educatio, moralitas et praxis religiosa”⁴¹.

4.3 *De simulandi causa.* Quia ordinatio ad prolem naturae est, “nemo nisi graviter compulsus, ordinationem naturae violare audeat”⁴². Quam ob rem, si causa simulandi

“obscura manet, aut simulans in suis vadimoniis eam continuo mutat vel multiplicat, tunc tota probatio corrui;

³⁹ E.g. coram STANKIEWCZ, die 29 maii 1992; coram BRUNO, die 30 martii, 1984. Vel etiam, coram HUBER, die 26 novembris 1993 [111/93].

⁴⁰ E.g. coram STANKIEWICZ, die 29 maii 1992.

⁴¹ Cf. coram GIANNECHINI, die 20 decembris 1991 [131/91], n. 2. Vel etiam in una coram BOCCAFOLA, die 26 novembris 1993 [112/93], n. 9: “Tamen nubentes, praesertim si legis praescripta ignorent, de iuris exclusione generatim non cogitant... Modus agendi coniugum in vita intima demum et circumstantiae ex tabulis processualibus eruendae, adsertam exclusionem roborare ac confirmare debent.”

⁴² Coram DE LANVERSIN, die 15 decembris 1993 [119/93], nn. 6-7. “Distinctio inter ius ipsum tradendum et acceptandum eiusque exercitium subtilior apparere potest atque communi captui nupturientium parum accomodata: sed realitatem repraesentat et exprimit...”

Cum vero distinctionis vis saltem iuridica communiter a nupturientibus non percipiatur, exoritur difficultas definiendi utrum illi, qui asserunt se prolem a matrimonio exclusisse, ius ipsum detrectare intenderint, an tantum abusum matrimonii, etsi perpetuum, sibi proposuerint. (Cf. ARRT Dec. cor. AGUSTONI, diei 28 ianuarii 1983).

Quam ob rem magni momenti est facienda ratio propter quam quis declarat se procreationem exclusivisse, quia nemo, nisi graviter compulsus, ordinationem naturae violare audeat.”

fides enim tribui nequit ei qui certam ac definitam rationem simulati consensus praestare nequit. Itidem si causa simulandi cum omnibus circumstantiis, praesertim praematri-monialibus, pugnat, eius authenticitas una cum ipsa simulatione in dubium revocanda est et reiicienda”⁴³.

Rationes simulandi, seu causa simulandi multiples dantur. Inter alia, e.g. timor naufragii matrimonii⁴⁴; defectus in personalitate⁴⁵; vel etiam exclusione indissolubilitatis⁴⁶.

⁴³ Coram BRUNO, die 29 maii 1992 [47/92], n. 6.

⁴⁴ Coram PALESTRO, die 11 martii 1992 [24/92], n. 5: «Iam scripsimus in sententia diei 29 ianuarii 1986: “Cum enim causa excludendi prolem fundetur in timore naufragii matrimonii, quousque ad experimentum ‘prova’ contrahatur, quamvis intentio proli contraria uti temporanea haberi possit in casu felicitis experimenti de constabilitate matrimonii, uti perpetua est pro hypothesi naufragii ac sufficiens pro exclusione iuris ad actus per se aptos ad prolis generationem (cf. Coram PINTO, diei 15 martii a. 1985; Dec. diei 23 aprilis a. 1985, coram FIORE; Sent. diei 6 martii a. 1968 coram DE IORIO)».

⁴⁵ Uti, v.g. in una coram STANKIEWICZ, die 7 martii, 1991 [25/91], n. 21: “Nihilosecius etiam sine memoratorum testium amplificationibus elementa psychologica, in instructoria processus acquisita, maxime inserviunt ad obiectivam gravemque causam simulandi adstruendam, ut ex illa veluti necessario duci debeat exclusio boni prolis. Quae forte non ita explicata fuit, sed implicita, et utcumque alte radicata in mente et persona conventi, ut pro certo haberi debeat eundem non solum procreare recusasse, verum etiam ipsum ius coniugale, etiamsi ad tempus, coarctare statuisse. Eius enim voluntas, in causa pathologicae repulsionis erga prolem innixa, ius coniugale solummodo ad actus coniugales unitivos, non autem procreativos, haud dubie restrinxit, ita ut pars actrix saltem in illa periodo nec petere posset a viro ‘un comportamento idoneo alla procreazione’, neque id exigere, iuxta eiusdem viri aestimationem, ius haberet.”

⁴⁶ Cf. una coram POMPEDDA, die 23 octobris 1991 [94/91], n. 4: “Exinde fit ut, ex probata exclusione indissolubilitatis, et probatio exclusi boni prolis efficacior et concludentior evadat.”

5. DE SENTENTIIS CONTRARIIS

His in annis consideratis, sunt tres sententiae de temporanea exclusione prolis⁴⁷. Hae tres sententiae omnino requirunt ut exclusio sit absoluta et non ad tempus. Sed, profundiore examinatione facta his de sententiis, omnino patet etiam conclusionem iudicum fundatam esse in aliqua impossibilitate discernendi mentem contrahentis in actu nuptiarum. Quam ob rem, praesumendum est contrahentes ius ad prolem dedisse, et voluisse tantummodo limitare usum iuris, etiam methodis illicitis.

6. CONCLUSIO

Vidimus aliquid de influxu quem Magisterium Ecclesiae exercuit in iurisprudentiam circa quaestionem de distinctione iuris et abusus iuris quoad prolem. Etiam ponderavimus difficultates in interpretatione argumentorum de iure absoluto quod inficere potest valorem consensus de prole. De hoc, etiam aliqua confusio in voce "*limitatio*" sublata est in iurisprudentia.

Demonstratur clare in iurisprudentia rotali etiam exclusionem ad tempus (*si est absoluta*) consensum verum aut suspendere aut totaliter coarctare. Principium satis pacifice acceptatum et applicatum in iurisprudentia rotali est hoc: contrahentem non posse reservare sibi ipsi ac sibi ipsi soli ius ad determinandum utrum ac quando ex coniugio proles nascitura sit. Tunc enim numquam sibi assumpsit vel consorti tradidit ius ad bonum prolis⁴⁸.

⁴⁷ Cf. coram JARAWAN, die 4 decembris 1991; coram BOCCAFOLA, die 2 iulii 1993; coram DE LANVERSIN, die 26 ianuarii 1994.

⁴⁸ Cf. coram BOCCAFOLA, die 11 iunii 1992 [53/92].

Tandem, difficultates quoad probationes intentionis contra bonum prolis facile et generatim implicant praesumptionem de iure absolute tradito sed abusive applicato in matrimonio.

Uti patet, *cardo problematis est in limitatione consensus, non in limitatione prolis*, scilicet quando nubens statuit seipsum veluti arbitrum atque unicum et exclusivum fontem coniugalium iurium et obligationum, sibi vindicans ius absolutum et indiscussum decernendi utrum et quando soboles nascitura sit⁴⁹.

Sed aliquid amplius dicendum est. Causae quae ad Rotam Romanam perveniunt, in tribunalibus loci semper instructae sunt. Rationes a iudicibus rotalibus applicatae variationes tolerant ob vicissitudines in natura investigationis in tribunalibus inferioribus peractae. Ut aliqui rotales suis in sententiis scripserunt, sat frequenter, causae huiusmodi faciles non sunt ob vicissitudines in probationibus. Culpa semper non est nec in partibus nec in testibus.

Tandem factum est, saltem partim ex influxu aliquorum sacerdotum in agro pastoralis laborantium, ut hodie plurimi contrahentes matrimonium ineant imbuti falsis vel erroneis ideis de iure petendi vel exigendi naturalem copulam completam. Aliqui contrahentes fortiter censeant se iure intercedendi adhuc gaudere, anglico sermone, "Right to veto", gallico sermone "Le droit de refuser", italico sermone "Diritto a veto." Aliqui censeant aliquam pactitionem ante

⁴⁹ Cf. coram FALTIN, die 20 decembris 1991, n. 11: "Itaque in perpetuum seu radicitus idipsum ius exclusum fuisse admittendum est si nubens statuit seipsum veluti arbitrum atque unicam et exclusivam fontem coniugalium iurium et obligationem, sibi vindicans ius absolutum et indiscussum decernendi 'se e quando avere figli' (Cf. Decr. Ratihabit. Diei 11 ianuarii a. 1988 in una Romana, coram Infrascripto Ponente)."

nuptias factam de prole tribus vel cuiusvis numero annorum non generanda, absolute inviolabilem esse. Aliqui contrahentes praeparati sunt ad questionem prolis revidendam, sed censent quod, si facta inter eos discussione, alter contrahens voluerit prolem alter vero contrahens noluerit, is in sententia sua de iure intercedendi (diritto a veto) pergere potest.

Accedit quod forsitan praeiudicium aliquod ex parte iudicis instructoris circa methodos contraceptivas, influxum negativum exercere potest in persequendis ulterioribus quaesitis de exclusione temporanea ex parte contrahentium, id quod difficiliorem reddere potest probationem.

Usquedum quaesita valde generalia proponuntur in instructione, vel non investigantur causae ad prolem differendam necnon intentio contrahentium de iure tradito aut ad aliquod futurum tempus remisso vel investigatio sat incompleta relinquitur ad veram dignoscendam voluntatem contrahentium. Diligenter investigandum est circa motiva seu causam simulandi secundum novum mentis habitum, circa conditionem appositam, circa denegationem prolis ad tempus, circa errorem vel ignorantiam de obiecto matrimonii. Magisterium et Iurisprudentia Ecclesiae iam multum fecerunt in materia; nos Iurisperiti plus facere debemus.

ROBERTUS MICHAEL SABLE