

ANTONI STANKIEWICZ

LA SIMULAZIONE DEL CONSENSO IN GENERALE

1. La rilevanza della simulazione nel diritto matrimoniale canonico. — 2. Il «background» del fenomeno simulatorio nel matrimonio canonico. — 3. L'essenza della simulazione del consenso matrimoniale. — 3.1. La simulazione del consenso o del matrimonio? — 3.2. L'inquadramento della simulazione del consenso nell'ambito della teoria della divergenza. — 3.3. La prospettiva di ulteriore indagine.

1. *La rilevanza della simulazione nel diritto matrimoniale canonico.*

È un dato dell'esperienza giuridica comune che il fenomeno della simulazione del matrimonio sia presente nei diversi ordinamenti giuridici civili, a cui di regola vengono riconosciuti gli effetti giuridici della invalidità, precisamente a seconda della qualificazione di annullabilità o di annullamento. Questo fenomeno è presente anche nel diritto matrimoniale canonico, sebbene il termine «simulazione»⁽¹⁾, come è noto, non viene usato dalla normativa matrimoniale ma lo riscontriamo nella dottrina e giurisprudenza e nelle affermazioni del magistero pontificio⁽²⁾.

(1) Sulla legittimità dell'uso del termine *simulatio* nel campo matrimoniale canonico — cfr. A. STANKIEWICZ, *Concretizzazione del fatto simulatorio nel «positivus voluntatis actus»*, in «Periodica de re canonica» 87 (1998) pp. 257-260.

(2) GIOVANNI PAOLO II, Adh. Ap. *Familiaris consortio* (22 novembre 1981), n. 32; AAS 74 (1982) p. 119: «hinc procedit non sola recusatio certa ac definita mentis ad vitam apertae, verum *simulatio* etiam interioris veritatis ipsius amoris coniugalis, qui secundum totam personam dirigitur ad sese donandum». Id., *Allocuzione alla Rota Romana*, 29 gennaio 1993, n. 7; AAS 85 (1993) p. 1259: «Così — per proporre qualche esempio — sarebbe grave ferita alla stabilità del matrimonio e quindi alla sacralità di esso, se il *fatto simulatorio* non fosse sempre concretizzato da parte dell'asserito *simulante* in un «actus positivus voluntatis» (can. 1101, § 2)»; Id., *Allocuzione alla Rota Romana*, 21 gennaio 1999, n. 4; AAS 91 (1999) pp. 624-625: «In definitiva, la *simulazione*

Prima di affrontare il problema della rilevanza della simulazione del consenso nella disciplina canonica, sarà utile riferire l'opinione di un civilista rispetto alla portata del fenomeno simulatorio matrimoniale in ambito civile e canonico. Il civilista afferma, partendo dalle indagini comparatistiche, che egli stesso viene colpito dal fatto che gli orientamenti civilistici tendono « perlopiù ad escludere la rilevanza e/o l'ammissibilità della simulazione del matrimonio civile » per proteggere la stabilità del vincolo matrimoniale, contro il pericolo dei matrimoni fittizi, fraudolenti, apparenti, simulati (*Scheinehe, Namenshe, le mariage simulé, shame marriage, el matrimonio simulado*), mentre gli orientamenti canonistici, al contrario, senza alcuna esitazione, riconoscono la piena efficacia giuridica della simulazione, invalidante il consenso e il matrimonio⁽³⁾. La posizione della canonistica, secondo la detta opinione, trova la sua giustificazione nel fatto messo in luce in modo convincente dal Jemolo, cioè che « la più rigida custode del principio dell'indissolubilità, la Chiesa, non ha mai temuto di indebolirlo col lasciar tutto il suo valore all'elemento del consenso »⁽⁴⁾. Tuttavia l'affidamento del matrimonio alla volontà dei contraenti comporta anche il rischio di poter respingerlo in blocco o di limitare il suo oggetto essenziale con l'intento simulatorio.

Infatti, alcuni orientamenti dottrinali e giurisprudenziali civili, almeno prima del riconoscimento legale della rilevanza della simulazione matrimoniale⁽⁵⁾, consideravano i matrimoni celebrati per scopi secondari, ed estranei alle finalità matrimoniali, come lesivi della stabilità del vincolo coniugale, però non li qualificavano in termini di annullabilità o inefficacia. Invece gli stessi ordinamenti qualificavano come invalidi essi gli accordi simulatori, credendo che in tal modo si potesse collocare il matrimonio civile su basi morali più salde, a loro dire, « rispetto alla disciplina religiosa indulgente al matrimonio a prova »⁽⁶⁾.

del consenso, per portare un esempio, altro non significa che dare al rito matrimoniale un valore puramente esteriore, senza che ad esso corrisponda la volontà di una donazione reciproca di amore, o di amore esclusivo, o di amore indissolubile o di amore fecondo ».

⁽³⁾ G. CONTE, *La simulazione del matrimonio nella teoria del negozio giuridico*, Padova 1999, p. 328.

⁽⁴⁾ A. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile*, Torino 1937, p. 109.

⁽⁵⁾ Cfr. E. PEREGO, *La simulazione nel matrimonio civile*, Milano 1980, p. 7.

⁽⁶⁾ Cfr. F. FERRARA, *Diritto delle persone e di famiglia*, Napoli 1941, p. 210.

D'altra parte, un sostanziale svuotamento del consenso prestato fittiziamente per l'atto del matrimonio, anche nel campo matrimoniale civile secondo i vari sistemi giuridici, veramente metteva in discussione la validità di tale atto e portava verso l'ammissibilità o rilevanza della simulazione e del suo effetto giuridico in termini di annullabilità del matrimonio simulato, anche se veniva accettato in precedenza l'atteggiamento punitivo nei confronti della simulazione, come prezzo per conservare la stabilità delle unioni matrimoniali (7).

Questi dati provenienti dalle indagini comparatistiche dimostrano che a base dell'effetto giuridico invalidante il matrimonio, causato dall'intento simulatorio dei contraenti, esiste il fondamento naturale (*natura rei*) o meglio il principio di diritto naturale, il quale può essere individuato già nell'antica esperienza giuridica romana, e quindi neanche canonistica, nella celebre espressione gaiana: *Simulatae nuptiae nullius momenti sunt* (D.23.2.30), cioè il matrimonio simulato non ha valore.

Tralasciando la questione specificamente romanistica sull'estensione del significato del testo citato della giurisprudenza classica romana (8), ci interessa piuttosto il fatto della recezione del principio contenuto in esso dalla tradizione canonistica medievale, sulla rilevanza giuridica della simulazione del matrimonio. In realtà tale principio, riaffermato dalla glossa ordinaria con le parole: *Simulatae nuptiae non sunt nuptiae* (9), cioè il matrimonio simulato non è matrimonio, esplicava la sua valenza limitata al foro interno o di coscienza, nel caso della simulazione unilaterale (*condicio seu intentio mente retenta unius contrahentis*), ossia della riserva mentale nell'accezione civilistica; mentre nel caso della simulazione bilaterale, cioè del patto

(7) Cfr. G. CONTE, *La simulazione del matrimonio*, pp. 227, 336.

(8) Cfr. O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma 1970, p. 102; J. HUBER, *Der Ehekonsens im römischen Recht*, Roma 1977, pp. 108-109.

(9) *Glossa ordinaria* in c.26, X, IV,1, v. *Mulierem*; *Decretales Gregorii Papae IX suae integritati una cum glossis restitutae*, Lugduni 1584, 1439: «Item simulatio sive dolus non impedit matrimonium spirituale (27 *dist. quod interrogasti* = D.27, c. 6) ergo nec carnale. Sed haec non procedunt; quia simulatae nuptiae non sunt nuptiae (*ff. de ritu nuptiarum. Simulatae* = D.32.2.30). Et propter rationem quae inferius redditur». Cfr. S. RAIMUNDUS DE PENNAFORTE, *Summa de matrimonio*, tit. 1, n. 4 (ed. X. Ochoa-A. Diez, Roma 1978, 913): «Iste autem deceptor, si veram vult agere paenitentiam, necesse habet illam *sine fictione* ducere in uxorem, quantum in eo est, si potest, vel dare ei virum sibi convenientem, vel alias satisfacere sibi, iuxta testimonium Veritatis».

o dell'accordo simulatorio, espletava la sua efficacia anche nel foro esterno o giudiziale (*condicio in pactum deducta a duobus contrahentibus*)⁽¹⁰⁾. In questo modo il matrimonio simulato unilateralmente, cioè da un contraente all'insaputa dell'altro, era invalido in foro interno, ma non spiegava la sua efficacia giuridica nel foro giudiziale per la mancanza della prova, per cui si doveva indurre il simulante al rinnovo del consenso per conformare ambedue i fori⁽¹¹⁾.

La dottrina sull'inefficacia della simulazione unilaterale nel foro giudiziale, secondo cui «*simulatae nuptiae tenent in foro iudiciali, non in foro poenitentiali*»⁽¹²⁾, non è stata condivisa dal disposto del can. 1086, § 2 del Codice Piano-Benedettino il quale, al contrario, ha riconosciuto la sua rilevanza invalidante anche nel foro giudiziale alla pari con la forma bilaterale della simulazione, mediante questa celebre espressione: «*At si alterutra vel utraque pars... excludat*», cioè se una o entrambe le parti escludano. Lo stesso indirizzo normativo rimane invariato anche nella legislazione matrimoniale vigente (can. 1101, § 2 CIC e can. 824, § 2 CCEO).

Tale posizione normativa è una naturale conseguenza del principio di consensualità⁽¹³⁾, e precisamente dell'insostituibilità del consenso matrimoniale (can. 1057, § 1)⁽¹⁴⁾, per cui la sua esclusione o la limitazione nell'oggetto essenziale, produce sempre e in ogni caso l'effetto invalidante il consenso e il matrimonio. Per questo motivo non è possibile il trapianto nel campo matrimoniale canonico delle

⁽¹⁰⁾ Cfr. S.C. CONCILII, *Parisien.*, 31 gennaio 1891; *CIC Fontes*, vol. VI, 1932, n. 4282, p. 709.

⁽¹¹⁾ Sulle forme rilevanti della volontà simulatoria nella tradizione canonistica — cfr. A. STANKIEWICZ, *Concretizzazione del fatto simulatorio*, pp. 260-265.

⁽¹²⁾ Cfr. P. HUIZING, *Actus excludens substantiale matrimonii. Crisis doctrinae et Codicis*, in «*Gregorianum*» 45 (1964) pp. 784-785: «*Antiqui, tractantes quaestionem, utrum bona matrimonii intendi debeant a contrahente, agebant de intentione c.s. sola mente retenta; de condicione c.s. agebant ubi tractabant condiciones contractui appositae (X 4.5 c. 7). De simulatione autem sermo erat ubi movebatur quaestio de necessitate consensus interni, quam pauci negabant, alii affirmabant pro foro animae, plerique simpliciter affirmabant, notando in foro iudiciali validitatem praesumi donec simulatio in vice probata fuerit*».

⁽¹³⁾ Cfr. P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale. Tecniche di qualificazione e di esegesi delle cause canoniche di nullità (cc. 1095-1107 CIC)*, tr. it., Milano 2001, p. 327.

⁽¹⁴⁾ GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 21 gennaio 2000, n. 5; *AAS* 92 (2000) p. 353: «*Tuttavia, in virtù del principio dell'insostituibilità del consenso matrimoniale (cfr. can. 1057)...*». Cfr. P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova 1998³, p. 48.

tendenze civilistiche punitive nei confronti dei matrimoni fittizi o simulati, qualora questi, ad esempio, costituiscono un mezzo per eludere le norme relative all'ingresso e al soggiorno degli emigrati provenienti dagli altri paesi⁽¹⁵⁾. Tale trapianto⁽¹⁶⁾ comporterebbe l'accettazione del principio di «responsabilità», ossia di subire le conseguenze giuridiche della manifestazione del consenso simulato che è estraneo allo spirito di diritto canonico⁽¹⁷⁾. Mi sembra, quindi, che per queste ragioni sia fallito un simile tentativo intrapreso in ambito ecclesiale durante il pontificato di Pio XI, quando cioè si progettò di eliminare le «*causae nullitatis universae simulationis*»⁽¹⁸⁾.

2. *Il «background» del fenomeno simulatorio nel matrimonio canonico.*

Tenuto conto del fatto storico che la simulazione del matrimonio è riconosciuta formalmente dalla legislazione canonica universale quasi da otto secoli (*Innocentius III* a. 1212; c. 26, X, IV, 1; *Gregorius IX* a. 1227-1234; c. 7, X, IV, 5)⁽¹⁹⁾, può sembrare superfluo di fermare l'attenzione sul «background» o sul retroterra del suo radicamento nell'*humus* soggettivo, personale e sociale che può esercitare il suo influsso sulla genesi dell'intento simulatorio dei contraenti.

In realtà per comprendere il fatto simulatorio potrebbe essere sufficiente rifarsi alla situazione antropologica della vita storica dell'uomo nell'ambito della potenza del peccato, assoggettato al governo della carne, che agisce secondo le inclinazioni e le pretese della carne (Rm 8,5)⁽²⁰⁾, e si conforma alla mentalità del mondo,

(15) Cfr. in questo senso la Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea, del 4 dicembre 1997, «sulle misure da adottare in materia di lotta contro i matrimoni fittizi» — G. CONTE, *La simulazione del matrimonio*, p. 3.

(16) Cfr. A. WATSON, *Il trapianto di norme giuridiche. Un «approccio» al diritto comparato* (tr. it.), Camerino 1984, pp. 19 ss.

(17) O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano 1973⁴, p. 89; M.F. POMPEDDA, *Studi di diritto matrimoniale canonico*, Milano 1993, p. 238.

(18) Cfr. V. BARTOCETTI, *Codicis I.C. emendatio a S.P. Pio XI circa leges et causas matrimoniales disposita anno 1938*, in «Revue de Droit Canonique» 10 (1960) pp. 13 s.: «Eliminandae sunt causae nullitatis universae simulationis liberae et conditionum».

(19) Cfr. J. DAUVILLIER, *Le mariage dans le droit classique de l'Église depuis le décret de Gratien (1140) jusqu'à la mort de Clément V (1314)*, Paris 1933, pp. 99-100; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, Paris 1987, pp. 181-183.

(20) Cfr. H. SCHLIER, *La lettera ai Romani* (tr. it.), Brescia 1982, p. 407: «Chi vive nella carne non può destare il compiacimento di Dio».

al nuovo umanesimo, che deride e rigetta ogni stabile impegno coniugale⁽²¹⁾.

Ciò premesso, la simulazione veniva sempre considerata come qualcosa di illecito. In questo senso, quindi, già qualche commentatore del diritto intermedio riteneva che la simulazione del contratto fosse peccato, poiché era il «mendacium in exteriorum factorum signis consistens»⁽²²⁾. Più precisamente però, nel campo canonistico, i commentatori precodiciali sostenevano che il simulante del matrimonio commettesse il «peccatum grave non solum sacrilegii contra reverentiam sacramenti, sed etiam iniustitiae, quae alteri bona fide contrahenti gravem iniuriam et damnum infert»⁽²³⁾.

Tuttavia l'opinione prevalente della dottrina e della giurisprudenza canonica esclude il sacrilegio in quanto il simulante «contractum directe et in se invalidum facit»; il sacramento invece viene reso invalido soltanto «indirecte et per accidens»⁽²⁴⁾.

La valutazione morale del fatto simulatorio nel matrimonio dimostra che la sua radice debba essere ricercata principalmente nell'intimo dell'uomo, cioè nel suo cuore. In realtà, come insegna Gesù, dal cuore umano provengono tutte le categorie della falsità e della malignità umana (Mt 15,10). In questo senso pertanto la *malitia contrahentis*, secondo la giurisprudenza, entra nel «background» simulatorio e si pone come il motivo o la causa remota della simulazione⁽²⁵⁾.

Accanto ai fattori interni finora menzionati, alla produzione del fenomeno simulatorio concorrono anche i fattori esterni, dovuti sia alle tendenze culturali secolarizzanti e relativizzanti i valori e gli im-

(21) GIOVANNI PAOLO II, Adh. Ap. *Familiaris consortio*, n. 20, p. 103; Id., *Allocazione alla Rota Romana*, 21 gennaio 2000, n. 3, p. 351.

(22) ALBERICO, *Dictionarium iuris civilis*, Venetiis 1581, v. *Simulatio*; F. FERRARA, *Della simulazione nei negozi giuridici*, Roma 1922⁵, p. 127.

(23) F. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum*, Romae 1844, t. IV, pars I, tit. 1, n. 268.

(24) J. D'ANNIBALE, *Summula theologiae moralis*, pars III, Romae 1897⁴, n. 427, p. 355; P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. II, Città del Vaticano 1932, n. 815, p. 37; A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Bologna 1993 (rist. 1941), p. 293; c. FUNGHINI, 25 aprile 1990, RRDec., vol. LXXXII, p. 298, n. 5.

(25) Cfr. c. PALESTRO, 26 maggio 1993, RRDec., vol. LXXXV, p. 415, n. 4; C. HOLBÖCK, *Tractatus de jurisprudentia Sacrae Romanae Rotae*, Graetiae-Vindobonae-Coloniae 1957, p. 153.

pegni matrimoniali, sia alla dilagazione delle idee e delle convinzioni di rigetto del matrimonio tradizionale. Altri fattori sono dovuti sia alla propagazione delle semplici convivenze eterosessuali ed omosessuali, talvolta anche legalizzati civilmente, sia al sempre crescente numero delle separazioni coniugali e dei divorzi presso tutte le nazioni, anche a maggioranza cattolica⁽²⁶⁾. Questi fattori relativizzando l'opzione matrimoniale inducono anche alla convinzione che alle parti interessate spetta il diritto di modellare l'oggetto del consenso a seconda del loro compiacimento riguardo alla durata, alla vincolatività esclusiva della relazione matrimoniale e alle modalità procreative.

Ma anche le circostanze eccezionali dei tempi bellici, delle condizioni politiche, sociali ed economiche possono indurre all'utilizzo della simulazione nel matrimonio come mezzo per raggiungere gli scopi accessori ed estranei all'unione coniugale, come per esempio: acquistare la cittadinanza, la nazionalità, l'espatrio per sottrarsi ai pericoli di persecuzione; anzi, talvolta è il mezzo per legittimare un figlio naturale, per ottenere un beneficio in campo successorio, tributario, del lavoro, ecc.

Anche se vari fattori possono formare un fertile *humus* per la piantazione della simulazione nei cuori dei contraenti, i quali, come affermava Pietro Lombardo, in tal punto «*verbis explicant quod tamen corde non volunt*»⁽²⁷⁾, questo fenomeno però si innesta nell'esercizio del diritto naturale di libertà al matrimonio o di libertà di contrarlo, riconosciuto a tutti dal disposto del can. 1058⁽²⁸⁾. Infatti, con l'intento simulatorio, il simulante esplica il potere di autonomia

(26) Cfr. c. COLAGIOVANNI, 15 gennaio 1987, RRDec., vol. LXXIX, pp. 3-4, nn. 6-10; G. SARACENI, *Il fenomeno simulatorio nella problematica del consenso matrimoniale*, in AA.VV., *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1990, pp. 1-2.

(27) *Lib. IV Sententiarum*, d.27, c. 3. Tuttavia in tal caso, secondo Lombardo, «*si non sit coactio ibi vel dolus, obligatio illa verborum, quibus consentiunt dicentes: "Accipio te in virum et ego te in uxorem", matrimonium facit*».

(28) Riguardo alla questione se in tal caso si tratti del diritto naturale della persona di contrarre il matrimonio (*ius connubii*), fondato nella natura umana, o della concretizzazione del diritto fondamentale del fedele (can. 219) rispetto al matrimonio, fondato nella condizione del fedele — cfr. J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico* (tr. it.), Milano 1989, p. 127; J.I. BAÑARES, *Commentario al can. 1058*, in AA.VV., *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, vol. III, Pamplona 1996, pp. 1063-1071. In proposito cfr. anche S. GHERRO, *Il diritto al matrimonio nell'ordinamento della Chiesa*, Padova 1979, p. 51.

nel campo della propria libertà al matrimonio, sebbene nel senso negativo. Si tratta concretamente di un abuso del suo diritto al matrimonio, oppure di un esercizio abusivo della libertà al matrimonio, di una deviazione nell'esercizio di tale diritto dallo scopo per cui tale diritto viene riconosciuto, cioè per la mutua tradizione ed accettazione al fine di costituire il matrimonio (can. 1057, § 2).

Alla luce di queste considerazioni si può comprendere anche il vero significato di alcune espressioni giurisprudenziali, ricorrenti nelle singole fattispecie simulatorie, come per esempio il « ius divorandi (divertendi) », il « ius adulterandi », il « ius utendi suo arbitrio corpore alterius », il « ius abortum faciendi », ecc⁽²⁹⁾.

Sebbene la simulazione del matrimonio canonico sia un fenomeno moralmente peccaminoso, giuridicamente abusivo del diritto al matrimonio, ci si può chiedere perché la normativa ecclesiale vigente (can. 1674, n. 1)⁽³⁰⁾ dia la possibilità al simulante di liberarsi così facilmente dal vincolo simulato, non ponendo alcun limite alla accusazione di nullità del matrimonio per la simulazione, come avvenne nella legislazione precedente (can. 1971, § 1, n. 1; artt. 35-41 Instr. *Provida Mater*)⁽³¹⁾.

A tale obiezione si può rispondere che la normativa ecclesiale rispetta, non solo la libertà di contrarre il matrimonio con il rischio del suo abuso da parte dei contraenti, ma anche la verità oggettiva riguardo alla corretta formazione della volontà matrimoniale (il consenso) di ognuno di essi, e alla sua compatibilità con la struttura essenziale del matrimonio canonico⁽³²⁾. Pertanto la norma processuale (can. 1674, n. 1) non stabilisce alcuna limitazione nei confronti del simulante per la richiesta della pronuncia giudiziale circa la verità del suo matrimonio. Il risarcimento di un eventuale danno recato alla parte innocente e ignara della simulazione unilaterale, può essere in-

(29) Cfr. A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem* (cc. 1101, § 2 CIC; 824, § 2 CCEO), in «Monitor Ecclesiasticus» 122 (1997) pp. 442, 481, 501; P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, pp. 395, 418.

(30) Cfr. F. DANEELS, *Il diritto di impugnare il matrimonio* (cc. 1674-1675), in AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1994², pp. 393-403; C.M. MORÁN BUSTOS, *El derecho de impugnar el matrimonio. El litisconsorcio activo de los cónyuges*, Salamanca 1998, pp. 217 ss.

(31) Cfr. I. JEMRIC, *De iure accusandi matrimonium in limine novi iuris condendi*, Roma 1968, pp. 25-52.

(32) Cfr. J.I. BAÑARES, *Simulación y error-ignorancia*, in AA.VV., *Simulación matrimonial en el derecho canonico*, Pamplona 1994, p. 140.

cluso tra gli obblighi morali e civili, stabiliti o almeno indicati dalla sentenza, conformemente al disposto del can. 1689.

3. *L'essenza della simulazione del consenso matrimoniale.*

3.1. *La simulazione del consenso o del matrimonio?*

Diversamente da quello che avviene nel campo civilistico dove l'inquadramento normativo e dottrinale comprende la simulazione del matrimonio o il matrimonio simulato, la configurazione canonistica dottrinale e giurisprudenziale riguarda di per sé la simulazione del consenso matrimoniale, il consenso simulato o fittizio.

Tale qualificazione canonistica della simulazione matrimoniale è dovuta non solo al fatto che la simulazione o l'esclusione del matrimonio costituisce una tra le diverse fattispecie simulatorie previste dal vigente can. 1101, § 2 (*matrimonium ipsum, proprietates essentialis, elementa essentialia*), ma anche al mancato riferimento normativo alla simulazione negli atti giuridici (CIC lib.1, tit.7) e nei contratti (CIC lib.5, tit.3). In queste circostanze, quindi, nel campo canonistico manca un valido presupposto per il confronto del fenomeno simulatorio nel matrimonio con altre tipologie negoziali di carattere strumentale per il conseguimento delle finalità estranee ad esse, come avviene, per esempio, nell'ambito civilistico italiano, con negozio fiduciario o indiretto, dove viene considerata, accanto al matrimonio simulato, anche la figura del matrimonio fiduciario e indiretto⁽³³⁾.

Ma il fatto più rilevante, in favore dell'impostazione canonistica, è questo che, il consenso matrimoniale, cioè l'atto di volontà di due contraenti, di valore costitutivo del matrimonio (can. 1057, § 1), nel meccanismo simulatorio in primo luogo e direttamente subisce la sua completa disintegrazione.

Al riguardo giova ricordare il rilievo dato anche dal lato civilromanistico all'intacco della volontà negoziale nella simulazione che viene perciò considerata «un vizio più grave che un negozio giuridico possa avere dal punto di vista della volontà», perché nel fenomeno simulatorio «non esiste una vera volontà diretta alla formazione del negozio medesimo»⁽³⁴⁾. Per tale motivo, anche nel campo

⁽³³⁾ Cfr. G. CONTE, *La simulazione del matrimonio*, pp. 138 ss.

⁽³⁴⁾ V. SCIALOJA, *Negozi giuridici (corso di diritto romano)*, Roma 1950, p. 331.

civilistico c'è chi ritiene che la simulazione non sia propriamente da riferire al contratto, bensì alla dichiarazione di volontà, risolvendosi in un fenomeno soggettivo e unilaterale⁽³⁵⁾.

3.2. *L'inquadramento della simulazione del consenso nell'ambito della teoria della divergenza.*

Dato che nel campo matrimoniale canonico il consenso ha il valore costitutivo del matrimonio, è comprensibile che la dottrina e la giurisprudenza canonica nella riflessione sull'essenza della simulazione, fanno riferimento al consenso matrimoniale e non al matrimonio. Esse condividono le posizioni tradizionali volontaristiche, concentrandosi nelle sue indagini sulla fenomenologia dell'atto e del potere volitivo, sulle partizioni volitive, recepite dalle affini dimensioni dottrinali rispettive all'attività volitiva, come dalla teologia morale tradizionale (intenzione-volontà attuale, virtuale, abituale, esplicita, implicita, interpretativa, presunta), dalla filosofia scolastica (intenzionalità della volontà, libertà di scelta, giudizio pratico) e dalla psicologia (motivazione, deliberazione, decisione, realizzazione)⁽³⁶⁾.

Nella recente dottrina civilistica l'essenza della simulazione viene proiettata all'esterno del problema della divergenza tra volontà reale e volontà dichiarata, a seconda delle concezioni causali, procedurali e degli interessi. In esse, attraverso la predisposizione dell'accordo simulatorio si tende, o all'inattuazione del negozio reale, o al compimento del negozio simulato o alla regolamentazione degli interessi delle parti⁽³⁷⁾. Invece nella disciplina canonistica l'essenza della simulazione viene intesa ancora secondo una interpretazione volontaristica, radicata nella tradizione del diritto comune e della pandettistica, che si poggia sulla consapevole ed intenzionale (volontaria) divergenza, discordanza, incompatibilità, contraddizione, opposizione tra volontà interna e dichiarazione esteriore, tra l'interno voluto e l'esterno dichiarato o il segno nuziale⁽³⁸⁾.

⁽³⁵⁾ Cfr. G. CONTE, *La simulazione del matrimonio*, p. 57.

⁽³⁶⁾ Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Diritto canonico e psicologia*, in AA.VV., *Psicologia e problemi giuridici*, Milano 1991, pp. 283-290; A. QUADRIO, *Aspetti psicologici del matrimonio*, *ibid.*, pp. 291-302; G. VERSALDI, *Il contributo della psicologia nel diritto matrimoniale canonico*, in AA.VV., *Antropologia interdisciplinare e formazione*, Bologna 1997, pp. 409-453.

⁽³⁷⁾ Cfr. G. CONTE, *La simulazione del matrimonio*, pp. 355 ss.

⁽³⁸⁾ Cfr. F. GIL DE LA HERAS, *El concepto canónico de simulación*, in «Ius Cano-

Questa impostazione è stata espressa dal Card. Gasparri con seguenti parole: «*fictio seu simulatio consensus matrimonialis tunc verificatur, quando contrahens externe quidem verba consensus exprimentia serio profert, sed interne illum non habet*», cioè la finzione o la simulazione si verifica allorché il contraente pronunzia esternamente con serietà le parole che esprimono il consenso, ma nel suo intimo non lo ha, lo nega⁽³⁹⁾.

La formulazione gasparriana dell'essenza della simulazione viene adoperata finora dalla comune giurisprudenza rotale⁽⁴⁰⁾. Invece nella dottrina canonistica si avverte qualche diversificazione riguardante il significato dei termini della divergenza, ossia tra quello che si vuole nell'interno della volontà e quello che si dichiara nella manifestazione esterna del consenso.

Invero, puntualizzata la differenza tra la finzione (*fictio*) e la simulazione (*simulatio*), in quanto, secondo alcuni, la prima comporta anche il raggirio (*deceptio*)⁽⁴¹⁾, la divergenza talvolta viene intesa come distacco del volere del singolo dal volere dello stesso ordinamento canonico con la sostituzione della propria concezione del matrimonio a quella della Chiesa⁽⁴²⁾. Infatti, la divergenza, come aspetto essenziale della simulazione, implica anche la conoscenza in-

nicum» 65 (1993) pp. 229-230; A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore*, p. 200; P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, pp. 307 ss.

⁽³⁹⁾ P. GASPARRI, *De matrimonio*, vol. II, n. 814, p. 36. Cfr. anche X. WERNZ-P. VIDAL-Ph. AGUIRRE, *Ius canonicum*, t.V, *Ius matrimoniale*, Romae 1946³, n. 460, p. 593: «Simulare dicitur ille qui dum verba profert, consensum exprimentia, aut contrahendi aut se obligandi aut implendi animum non habet. Adest oppositio inter externam expressionem et id quod in animo habetur».

⁽⁴⁰⁾ Cfr. C. HOLBÖCK, *Tractatus de iurisprudencia*, p. 127; A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore*, p. 202-203.

⁽⁴¹⁾ F.M. CAPPELLO, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis*, vol. V, *De matrimonio*, Torino 1961⁷, n. 593, p. 526: «Verae rectaeque intentioni circa matrimonium opponitur *fictio*, quae proprie differt a *simulatione*, quatenus ea denotat deceptionem seu falsitatem sive interne sive externe quomodocumque habitam, dum *simulatio* proprie tunc adest, quando contrahens *externae* quidem signa ponit aut verba rite profert, sed *interne* consensum non habet». Per gli altri invece si tratta dei sinonimi: «*Fictio seu simulatio* est ea agendi ratio qua quis unum interne vult, et aliud declarat» — E.F. REGATILLO, *Jus sacramentarium*, Santander 1964⁴, n. 1329, p. 796.

⁽⁴²⁾ Cfr. O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, p. 99; O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Milano 1981², p. 194.

tellettiva del contenuto oggettivo del matrimonio a cui viene contrapposta l'opzione concreta della volontà del simulante, incompatibile con il contenuto matrimoniale proposto dalla dottrina cattolica⁽⁴³⁾.

Ma nell'accezione comune il concetto della divergenza essenziale, ossia cosciente e volontaria, si interpone tra la dichiarazione, la manifestazione esterna del consenso o il segno nuziale e la volontà reale, interna, chiamata anche l'«internus animi consensus»⁽⁴⁴⁾.

La conseguenza naturale e logica di tale divergenza porta quindi al compimento dell'atto della celebrazione del matrimonio non voluto, apparente, e giuridicamente inesistente (nella simulazione totale) o almeno nullo (nella simulazione parziale).

Ci si può chiedere se queste implicazioni di efficacia giuridica della simulazione, invalidante il consenso, debbano essere riferite, come a sua causa, alla dissimulata volontà interiore o alla simulata dichiarazione del consenso o ad ambedue.

La teoria della divergenza, spesso disapprovata nella dottrina civilistica, ma ancora non del tutto abbandonata⁽⁴⁵⁾, anche secondo il pensiero di alcuni canonisti, non riesce a cogliere nella sua interezza l'essenza della simulazione del consenso matrimoniale⁽⁴⁶⁾. Infatti il paradigma della divergenza tra volontà e dichiarazione, può sfociare nella identificazione della simulazione del consenso con l'assenza del consenso (*absentia consensus*), intesa come la mancanza dell'atto di volontà per costituire un valido matrimonio, valorizzata già in alcune aree canonistiche e giurisprudenziali locali⁽⁴⁷⁾, anche se tale conse-

(43) J.I. BAÑARES, *Simulación*, p. 147.

(44) Cfr. P. MONETA, *La simulazione totale*, in AA.VV., *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1990, p. 48; J.F. CASTAÑO, *Il sacramento del matrimonio*, Roma 1992², p. 381; F. GIL DE LAS HERAS, *El concepto canónico de simulación*, p. 106; M. WEBER, *Die Totalsimulation: eine Untersuchung aufgrund der Rechtsprechung der römischen Rota*, St.Otilien 1994, pp. 2,22.

(45) Cfr. G.A. NUTI, *La simulazione del contratto nel sistema del diritto civile*, Milano 1986, p. 51. Riguardo al superamento della classica dicotomia «divergenza tra volontà e dichiarazione» — cfr. T. MONTECCHIARI, *La simulazione del contratto*, Milano 1999, pp. 7 ss.

(46) Cfr. P.A. BONNET, *Il consenso matrimoniale*, in AA.VV., *Matrimonio canonico fra tradizione e rinnovamento*, Bologna 1991², p. 200; P. PELLEGRINO, *Il consenso matrimoniale nel codice di diritto canonico latino*, Torino 1998, p. 197.

(47) Cfr. H. KAHLER, *Absentia consensus: der fehlende Mindestwille zur Ehe als Ebenichtigkeitsgrund*, Frankfurt am Main 1999, pp. 328 ss.

guenza può essere prevenuta dall'avverarsi del requisito riguardante l'intenzionalità e la consapevolezza della divergenza⁽⁴⁸⁾.

Infatti quello che è costitutivo nella simulazione del consenso non è un'assenza della vera volontà matrimoniale, bensì la presenza di una volontà contraria, cioè di rigetto del matrimonio o del suo oggetto essenziale, che talvolta nella dottrina e nella giurisprudenza viene espressa con il verbo a contenuto volitivo, cioè di un *velle non*, piuttosto che un *nolle*⁽⁴⁹⁾.

In base a queste considerazioni non sembra che siano giuridicamente fondate alcune opinioni dottrinali e tendenze giudiziali locali secondo cui in virtù del disposto del can. 1057, § 2 si debba attribuire l'effetto invalidante il consenso ad una semplice mancanza del consenso, cioè alla mancanza dell'atto di volontà di mutua tradizione ed accettazione per costituire il matrimonio. In tal modo, infatti, si tenta di individuare un autonomo capo di nullità del matrimonio, insito nell'assenza del consenso (*absentia consensus*) o nell'assenza di un « minimo di volontà » matrimoniale⁽⁵⁰⁾, rifacendosi ai casi analoghi riguardanti sia la cosiddetta simulazione oggettiva, sia quella negativa, sebbene quest'ultima, a seconda delle menzionate tendenze, espleti la sua efficacia soltanto entro i confini della simulazione totale⁽⁵¹⁾.

A proposito giustamente si afferma che, senza l'atto positivo di volontà escludente la volontà di costituire il matrimonio (cann. 1101, § 2; 1057, § 2), cioè l'*animus contrahendi*, o il contenuto essenziale del matrimonio, precisamente un suo elemento essenziale o una sua proprietà essenziale (cann. 1101, § 2; 1055, § 1; 1056), non può verificarsi il fenomeno della simulazione del consenso⁽⁵²⁾. Al riguardo anche il magistero pontificio ricorda che il fatto simulatorio

(48) L'intenzionalità e la consapevolezza di regola vengono riferite alla simulazione totale — cfr. A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore*, pp. 208-210; L. GUTIERREZ MARTIN, *Voluntad y declaración en el matrimonio*, Salamanca 1990, p. 27.

(49) O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, p. 92; F. GIL DE LAS HERAS, *El concepto canónico de simulación*, p. 233. Riguardo alla giurisprudenza — cfr. c. DE JORIO, 18 febbraio 1970, RRDec., vol. LXII, p. 155, n. 3; c. FERRARO, 16 ottobre 1984, RRDec., vol. LXXVI, p. 520, n. 3; c. CIVILI, 26 giugno 1990, RRDec., vol. LXXXII, p. 567, n. 8; c. DAVINO, 18 aprile 1991, RRDec., vol. LXXXIII, p. 269, n. 3.

(50) Cfr. H. HEIMERL-H. PREE, *Kirchenrecht. Allgemeine Normen und Eherecht*, Wien-New York 1983, p. 224; H. KAHLER, *Absentia consensus*, pp. 328 ss.

(51) Cfr. M. WEBER, *Die Totalsimulation*, pp. 186 ss.

(52) *Ibid.*, p. 191.

deve sempre concretizzarsi « da parte dell'asserito simulante in un *actus positivus voluntatis* (can. 1101, § 2) »⁽⁵³⁾.

I fautori della rilevanza canonico-giuridica dell'*absentia consensus* ai fini di nullità del matrimonio sembrano ignorare le menzionate parole del Papa e in favore della loro proposta riportano soltanto un altro discorso che, secondo il loro parere, dovrebbe legittimare la possibilità del distacco dalla necessità dell'atto positivo di volontà come l'unico criterio nella valutazione della rilevanza dell'assenza del consenso nella simulazione.

Ma, a dire il vero, le parole del Papa non sembrano autorizzare così importante distacco. In realtà, come dice il Papa, si tratta della perfezionabilità degli schemi, non invece del loro abbandono: « il retto intendimento del consenso matrimoniale... non può essere coartato in via esclusiva in schemi ormai acquisiti, validi indubbiamente ancor oggi ma perfezionabili col progresso nell'approfondimento delle scienze antropologiche e giuridiche »⁽⁵⁴⁾.

D'altra parte, anche i riferimenti giurisprudenziali rotali, a cui si ricorre, sebbene mettano in luce l'avverarsi della mancanza del consenso⁽⁵⁵⁾, cercano di dedurre dalle circostanze del caso, anche l'esistenza dell'esclusione almeno implicita del matrimonio.

Pertanto, l'«*absentia consensus*» di per sé, tranne che si tratti della incapacità consensuale (can. 1095) o della «*vis physica*» (can. 125, §1), non può avere la rilevanza invalidante il matrimonio. Del resto la comune e costante giurisprudenza rotale ritiene chiaramente che la simulazione «*est quid positivum, seu a voluntate procedit, nec consistit in mero defectu consensus seu absentia voluntatis actus*»⁽⁵⁶⁾. In realtà, perché si abbia la simulazione, « non basta la

⁽⁵³⁾ GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 29 gennaio 1993, n. 7; AAS 85 (1993) p. 1259.

⁽⁵⁴⁾ GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 18 gennaio 1998, n. 6; AAS 90 (1998) p. 785.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. c. FILIPIAK, 14 giugno 1957, RRDec., vol. XLIX, p. 493, n. 5; c. MATTIOLI, 4 dicembre 1957, RRDec., vol. XLIX, p. 806, n. 8; c. SERRANO, 20 gennaio 1994, RRDec., vol. LXXXVI, p. 44, n. 7.

⁽⁵⁶⁾ C. HEARD, 22 marzo 1947, RRDec., vol. XXXIX, p. 191, n. 2; c. GIANNICHINI, 25 marzo 1980, RRDec., vol. LXXII, p. 242, n. 3: « Evidenter non sufficit absentia intentionis matrimonium vel bona matrimonii contrahendi vel acceptandi, quia praesumptio veritatis dictorum de qua in can. 1086, § 1, non nisi per actum positivum contrarium elidi potest »; c. DI FELICE, 26 febbraio 1983, RRDec., vol. LXXV, p. 63, n. 4: « Inertia animi prorsus confundi haud potest cum positivo voluntatis actu, a lege requi-

mancanza di quella volontà matrimoniale che appare esteriormente nella manifestazione, ma occorre invece che nell'animo del nubente sia presente una positiva volontà di escludere il matrimonio», o la sua essenziale proprietà o il suo essenziale elemento⁽⁵⁷⁾.

3.3. *La prospettiva di ulteriore indagine.*

La teoria della divergenza, cioè della scissione tra la volontà simulata o simulatoria, dell'apparenza, della mera dichiarazione e la volontà dissimulata o dissimulatrice, costituente l'atto positivo di volontà escludente, di cui al can. 1102, §2, come viene intesa da alcuni, si presta a diverse osservazioni, precisazioni e perfezionamenti⁽⁵⁸⁾.

Infatti nel fenomeno della simulazione, in presenza di un accordo simulatorio (*pactum*) o anche nella sua forma unilaterale, si tratta, secondo alcuni, di una coesistenza e di una combinazione tra diversi significati di due atti di volontà, più che di una divergenza tra voluto e dichiarato, tra due volontà contrapposte che si elidono, si annullano reciprocamente, cioè tra la volontà generale diretta a dar vita alla celebrazione del segno nuziale, l'altra specifica volta ad escludere il matrimonio o la sua componente essenziale, anche qualificando quest'ultima come prevalente. In realtà, però, il simulante persegue soltanto quello che vuole, cioè quanto ha progettato e ha deciso con l'atto positivo di volontà, escludendo il matrimonio stesso o le sue proprietà essenziali o i suoi elementi essenziali. Egli dà soltanto una veste esterna, manifestata esteriormente mediante il segno nuziale, ad una volontà diversa da quella vera. A ragione quindi si ritiene che nella simulazione del consenso non si tratta di due volontà distinte, ma dell'unico atto di volontà, concretizzato nell'atto positivo dell'esclusione, e di conseguenza, dell'autonomia ed efficacia invalidante il consenso di tale atto, nei confronti del contenuto previsto dalla norma canonica (can. 1101, § 2)⁽⁵⁹⁾.

sito ad excludendum matrimonium ipsum aut omne ius ad coniugalem actum, vel essentialem aliquam matrimonii proprietatem»; c. CORSO, 30 maggio 1990, RRDec., vol. LXXXII, p.410, n. 6: «Non sufficit etiam absentia intentionis matrimonium vel bona necnon essentialia elementa matrimonii contrahendi vel acceptandi, ratione saltem habita praesumptionis, de qua in canone 1101, § 1».

⁽⁵⁷⁾ M.F. POMPEDDA, *Studi di diritto matrimoniale canonico*, p. 240.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. P.A. BONNET, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, Milano 1985, p. 105.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. A. STANKIEWICZ, *Concretizzazione del fatto simulatorio*, pp. 277-278.

Infatti, come esiste un'unica volontà in ciascun contraente della donazione ed accettazione reciproca per costituire un valido matrimonio (can. 1057, § 2; 1055, § 1), così anche la simulazione del consenso ha origine in uno specifico atto positivo di volontà di esclusione, libero e cosciente che implica una falsificazione oggettiva e volontaria del contenuto coniugale del segno nuziale⁽⁶⁰⁾. Questo atto positivo di volontà richiede anche una sufficiente motivazione, che contiene un specifico interesse del simulante, denominato con l'espressione della *causa contrahendi* o *celebrandi* e della *causa simulandi* sia quella *proxima* che *remota*.

Non sembra però che sia necessario ricorrere alla impostazione di volontà simulatoria come una volontà « sostitutiva », cioè « che sostituisce l'unica vera volontà di coniugarsi e, sostituendola, esclude essa e il suo contenuto come effetto necessario della sostituzione »⁽⁶¹⁾. Infatti, la sostituzione suppone la precedente esistenza di una vera volontà matrimoniale, mentre nella simulazione l'atto positivo di volontà, escludendo il matrimonio o il suo contenuto essenziale (can. 1101, § 2), pregiudica che tale volontà possa sorgere nell'intimo delle facoltà psichiche del simulante⁽⁶²⁾. In ogni caso però viene sempre conservata « una concezione unitaria »⁽⁶³⁾ della volizione nel fenomeno simulatorio, cioè sia nella simulazione totale sia in quella parziale⁽⁶⁴⁾. In questo modo la volontà simulatoria si contrappone alla volontà matrimoniale e produce la sua completa disintegrazione.

⁽⁶⁰⁾ P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, pp. 322 ss.

⁽⁶¹⁾ *Ibid.*, pp. 328-329.

⁽⁶²⁾ Cfr. A. STANKIEWICZ, *Concretizzazione del fatto simulatorio*, p. 279.

⁽⁶³⁾ P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, p. 332.

⁽⁶⁴⁾ A. STANKIEWICZ, *Concretizzazione del fatto simulatorio*, p. 279.