

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA - *Reg. Venetiarum* - Nullità del matrimonio - Simulazione totale del consenso - Esclusione dell'indissolubilità - Sentenza definitiva - 25 luglio 2002 - Defilippi, *Ponente* (*).

Matrimonio - Il consenso come atto di volontà - Oggetto materiale e formale del consenso - Unitarietà nel patto coniugale tra consenso interno e segno manifestativo esterno - La simulazione del consenso - Simulazione totale e simulazione parziale - L'atto positivo di volontà.

Matrimonio - Consenso - Sulla trattazione subordinata tra i capi della simulazione totale e parziale - Le diverse forme in cui si presenta la simulazione totale - Distinzione tra «*finis operis*» e «*finis operantis*».

Matrimonio - Consenso - Simulazione parziale - Le modalità di esclusione dell'indissolubilità.

Matrimonio - Consenso - La prova della simulazione totale e parziale - Valutazione.

Il consenso, unica causa efficiente del matrimonio, è un atto di volontà che ha come oggetto materiale la mutua donazione ed accettazione degli sposi e, come oggetto formale, la loro dimensione sponsale o coniugale. Il patto matrimoniale è una realtà unitaria costituita dalla volontà interna dei contraenti, la quale deve necessariamente esprimersi esternamente in forma legittima: questo il senso della presunzione stabilita dal can. 1101 § 1 del CIC 1983. Quando si produce un dissenso tra la volontà interna e la manifestazione esterna si ha un consenso simulato. La simulazione, a norma del can. 1101 § 2 è «totale» quando si esclude in modo positivo lo stesso matrimonio; è invece «parziale» quando il soggetto vuole un legame ma inteso secondo le sue convinzioni, e viene escluso un elemento o una proprietà essenziale del connubio.

(*) Vedi alla fine della sentenza nota di M. GAS I AIXENDRI, *L'assenza di volontà matrimoniale tra simulazione totale ed incapacità.*

La distinzione tra la simulazione totale e quella parziale non è per ragione degli effetti (che sono sempre e comunque la nullità del matrimonio) ma in ragione dell'oggetto dell'esclusione e della coscienza dell'atto di esclusione. Mentre nella simulazione totale il simulante è cosciente di voler porre in atto solo un'apparenza del segno nuziale, escludendo in modo assoluto qualsiasi figura di matrimonio, nella simulazione parziale il soggetto vuole una qualche specie di unione, ma configurata secondo le proprie convinzioni. La norma canonica esige che l'esclusione attinga in modo efficace l'oggetto del consenso matrimoniale, e pertanto essa deve avvenire sempre attraverso un «atto positivo di volontà», descritto dalla giurisprudenza come: atto umano libero, ovvero procedente dall'intelletto e dalla volontà, e posto efficacemente dal soggetto in modo attuale o almeno virtuale in diretta connessione con l'oggetto del consenso matrimoniale. L'atto positivo escludente non va confuso con i desideri o con altri stati della mente quale l'errore, che non sono atti di volontà.

Quando la nullità del matrimonio — come nella presente sentenza — viene accusata per i capi di simulazione totale e parziale, il secondo capo va preso in considerazione subordinatamente al primo. Ciò significa che, laddove venga provata la simulazione totale del consenso, non ha senso esaminare se sia stato escluso un elemento o proprietà essenziale; d'altra parte, non è ammissibile la dichiarazione di nullità dello stesso matrimonio per entrambi i capi (simulazione totale e parziale). Nella simulazione totale si esclude positivamente il matrimonio stesso nonostante l'apparenza di celebrazione nuziale. Si verifica allora un atto positivo di volontà tramite il quale il contraente, da una parte, in modo cosciente e deliberato, vuole costituire un'apparenza di matrimonio mediante la celebrazione del rito esterno, mentre al contempo esclude che dalla cerimonia scaturiscano gli effetti previsti, cioè i diritti e gli obblighi inerenti al legame coniugale. La simulazione totale può avvenire secondo diverse forme o «sottospecie»: così ad esempio si può affermare che simula in modo totale chi non presta assolutamente il consenso sul matrimonio; chi ha la volontà di non contrarre; chi vuole solo rappresentare una commedia; chi esclude lo stesso matrimonio o la comparte quale coniuge; chi esclude la società permanente tra un uomo e una donna aperta alla procreazione dei figli, oppure la comunione di vita; chi vuole assolutamente escludere il sacramento, in modo che se il suo matrimonio deve essere necessariamente sacramento, preferisca piuttosto non

sposarsi; chi celebra solo «pro forma»; chi celebra il rito nuziale unicamente ed esclusivamente come mezzo per raggiungere un fine diverso dal matrimonio. In riferimento a questa ultima sottospecie si è prospettata la distinzione tra «finis operis» (il fine naturale dell'istituto matrimoniale) e «finis operantis» (il fine che si propone il nubente tramite la celebrazione nuziale). Solo quando il raggiungimento del fine estrinseco al matrimonio («finis operantis») è l'unico scopo del contraente, e comporta al contempo l'esclusione del suo fine naturale («finis operis»), il matrimonio è nullo per esclusione totale del consenso.

Per quanto riguarda la simulazione parziale per esclusione dell'indissolubilità, essa è proprietà essenziale di qualsiasi vincolo veramente coniugale. Tra i cristiani tale indissolubilità acquista un nuovo significato per ragione dell'elevazione a sacramento. Si ricorda la dottrina tomistica secondo cui l'indissolubilità appartiene al matrimonio «secundum se» e non solo «in suis principibus»; perciò mentre è possibile un matrimonio valido senza figli e senza la fedeltà, non può darsi vero vincolo senza l'indissolubilità. La simulazione parziale per esclusione dell'indissolubilità si verifica quando uno dei contraenti vuole un vincolo dissolubile. Avendo l'indissolubilità tre gradi (stabilità, perpetuità e indissolubilità) tale forma di esclusione può acquistare una triplice forma: il rifiuto della stabilità (quando, ad esempio, si intende l'unione come transitoria o «ad experimentum»); il rigetto della perpetuità (quando s'intende il vincolo come temporale, o si vuole contrarre «ad tempus»); infine, si può escludere direttamente l'indissolubilità in senso proprio quando uno dei contraenti si riserva il diritto di sciogliere il vincolo. Per irritare il matrimonio non è necessario che l'intenzione di rompere il vincolo sia assoluta, ma basta che essa sia condizionata ad una determinata circostanza.

Per la prova della simulazione occorre superare due presunzioni: il favore del diritto di cui gode il matrimonio (can. 1060 CIC), e quella del can. 1101 § 1, secondo la quale la volontà interna si presume conforme alle parole ed ai segni esternamente manifestati. La giurisprudenza rotale richiede per tale prova: trattandosi di un atto interno è particolarmente rilevante la confessione del simulante, sia giudiziale che soprattutto estragiudiziale fatta in tempo non sospetto; in secondo luogo si deve provare l'esistenza di una grave e proporzionata causa («causa simulandi») distinta dalla «causa contrahendi»; infine, completano la prova della simulazione le circostanze antece-

denti, concomitanti e susseguenti la celebrazione del matrimonio che contribuiscono, insieme alla «causa simulandi», a rendere verosimile l'atto della simulazione. Nel valutare le affermazioni delle parti occorre considerare la coerenza tra ciò che si afferma ed i fatti da esse compiuti. Se non esiste coerenza nell'insieme delle prove, oppure i giudici non giungono attraverso di esse alla certezza morale della simulazione del consenso, non è lecito dichiarare la nullità del matrimonio.

1. FACTI SPECIES. — Petrus, qui tunc athenaei alumnus veterinariae artis erat et afflictus erat propter interruptam consuetudinem cum alia puella quacum more uxorio convixerat, tempore aetivis anni 1982 primum occursum habuit cum Monica, quae disciplinas artis docebat et quae antea iam vinculum matrimonii civilis contraxerat, ex quo filia nata erat et quo adhuc devinciebatur, quamvis separatio legalis iam a multis annis exstaret.

Post primos occursum, cum mutuo allecti essent, Petrus et Monica consuetudinem intexuerunt, quae mox etiam intima facta est, ita ut Monica gravidaretur.

Ideo Petrus et Monica de matrimonio contrahendo tantum ritu religioso decreverunt, quamvis partes iudicialiter dissentiant de ratione ob quam decreta erat huiusmodi celebratio. Nam, dum Monica contendit id evenisse ex mutuo consilio, Petrus, explanans se tunc fuisse aversum ab Ecclesia, alienum ab ipso instituto matrimoniali et proclivem ad meram cohabitationem more uxorio, declarat sese accomodavisse ad voluntatem mulieris, quae autem contraria erat ab instituendo convictui more uxorio.

Petrus et Monica perstiterunt in proposito de matrimonio contrahendo, quamvis interea graviditas interrupta esset propter causas naturales.

Ideo matrimonium canonicum celebratum est in civitate «N. Lido», in ecclesia paroeciali S.M. Elisabeth dicata die 7 maii 1983: tunc vir aetatis annum tricesimum tertium agebat, dum mulier expletura erat aetatis annum tricesimum quintum.

Cum tandem mulier sententiam divortii obtinisset a priore matrimonio, partes die 15 octobris 1983 matrimonium contraxerunt etiam ritu civili.

Convictus coniugalis, quamvis perductus sit per undecim annos et filio laetatus esset, mox difficilis evasit ob plures rationes, quae difficulter definiri possunt ob difformes et haud perspicuas

enarrationes partium. Utcumque inter illas causas saltem commemorare possumus infidelitates et denique abusum cocainae, ita ut vir etiam in iudicialibus controversiis coram Civilibus Magistratibus implicatus esset.

Cum cohabitatio intolerabilis facta esset, partes ad separationem devenerunt, et die 3 novembris 1994 Monica instantiam porrexit coram Tribunale Civili Veneto, ut separatio legalis sanciretur.

2. Tandem libello exhibito die 15 maii 1995 coram Tribunale Regionale Triveneto, Petrus nullitatis accusavit matrimonium, contendens a se exclusum esse ipsum matrimonium, vel saltem eius dignitatem sacramentalem.

Tribunal aditum, libello admissio, dubiis concordatis iuxta actoris instantiam, causae instructionem peregit, qua perdurante, constitutus est Patronus ex officio etiam mulieri, quae fortiter obstabat instantiae Petri et quae suos testes indicavit. Actis rite publicatis et congrua causae disceptatione admissa inter ius habentes, Iudices Tribunalis primae instantiae die 8 iulii 1997 sententiam protulerunt votis actoris omnino adversam.

Pars actrix, haud acquiescens, appellationem interposuit ad N.A.T.

Turnus rite constitutus est decreto Exc.mi Decani diei 29 octobris 1997. Deinde parti actrici designatus est tamquam patronus ex officio Adv. M., qui postea suffectus est per Adv. N.

Patronus partis actricis, iuxta voluntatem quam Petrus per litteras expresserat, expetivit ut nullitas matrimonii, praeter quam ex capite simulationis totalis ex parte viri, subordinate pertractaretur, tamquam in prima instantia, etiam ex capite exclusionis indissolubilitatis ex parte eiusdem viri, demisso capite exclusionis dignitatis sacramentalis ex parte actoris. Quam instantiam, servatis praescriptis Normarum N.A.T., Turnus admisit decreto diei 18 ianuarii 2000.

Ideo Ponens decreto diei 26 ianuarii 2000 iuxta hanc formulam definivit terminos controversiae: «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob consensus simulationem totalem ex parte viri actoris tamquam in secunda instantia; et quatenus negative, saltem ob exclusionem indissolubilitatis vinculi ex parte eiusdem viri tamquam in prima instantia».

Suppletiva causae instructio expleta est per novam iudicalem excussionem actoris, conventae et aliorum testium.

Actis publicatis, deventum est ad causae disceptationem, dialectice intervenientibus Patrono partis actricis et vinculi Defensore deputato; dum conventa iam nihil animadvertit.

Ideo hodie Infrascriptis causa definienda proponitur in altero et primo iurisdictionis gradu et sub dubiis superius relatis.

3. IN IURE. — Iuxta tritam regulam iuris: «tempus regit actum», cum matrimonium, de quo in casu, celebratum sit die 7 maii 1983, per se, applicandae sunt normae Codicis a. 1917, qui tunc adhuc vigeat. Nam facta iuridica, quod attinet ad eorum validitatem, legitimitatem atque effectus iuridicos obiectivos et subiectivos ex iisdem ortos, reguntur ea lege, sub cuius imperio posita sunt. Ceterum: «Leges respiciunt futura, non praeterita, nisi nominatim in eis de praeteritis caveatur» (can. 10 CIC 1917; can. 9 CIC 1983).

Attamen quoad nullitatis capita, de quibus agendum est in praesenti casu, legitimus est recursus ad vigentem Codicem, quia in subiecta materia, nullo modo «re et substantia» a praecedenti lege differt norma nunc vigens.

4. Iuxta principium a traditione canonica receptum, repetitum in can. 1081 CIC 1917 et confirmatum a Concilio Vaticano II in Const. *Gaudium et Spes* (n. 48), etiam can. 1057 § 1 vigentis Codicis extollit fundamentale momentum consensus personalis nubentium ad constituendum matrimonium: «Matrimonium facit partium consensus inter personas iure habiles legitime manifestatus, qui nulla humana potestate suppleri valet». Ideo, supposita partium adaequata habilitate, requisita iure sive naturali sive positivo, earum consensus «est unica, totalis et adaequata causa efficiens matrimonii, seu est absolute necessarius ac per se sufficiens ad matrimonium constituendum» (Z. GROCHOLEWSKI, *De exclusione indissolubilitatis ex consensu matrimoniali eiusque probatione*, Neapoli, 1973, p. 21).

Attamen, ut perspicue dicamus, distinguenda sunt «duo momenta seu duo aspectus in matrimonio: alter, qui est pactio foederis, seu duorum consensus seu voluntatum sponsorum in unum conventio: en matrimonium *in fieri*; alter, qui est vinculum exinde enascens seu consortium coniugale seu status matrimonialis: en matrimonium *in facto esse*» (coram Exc.mo Pompedda, sententia diei 1 februarii 1995, RRDec., vol. LXXXVII, p. 97, n. 2). Ideo «canonis dictione recte [...] attenta patet non consensum facere matri-

monium in fieri, verum consensum ipsummet esse matrimonium in fieri» (coram Turnaturi, sententia diei 14 martii 1996, *ibid.*, vol. LXXXVIII, p. 236, n. 10), ex quo oritur, tamquam effectus, matrimonium «in facto esse».

Consensus matrimonialis autem definitur tamquam «actus voluntatis, quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium» (can. 1057, § 2). Consequenter in «matrimonio in fieri» ipsi nubentes sunt «obiectum materiale» mutuae traditionis ac acceptationis; dum obiectum formale est «matrimonium in facto esse». Aliis verbis, sicut scriptum legimus in una coram Turnaturi diei 18 aprilis 1996, «Obiectum consensus [...] «no es otro que el varón y la mujer en su conyugalidad, o sea, en las potencias naturales del sexo en cuanto se relacionan con los fines del matrimonio. Dicho de otro modo, por el pacto conyugal la mujer se entrega como esposa al varón y el varón se entrega a la mujer como esposo; y ambos se eceptan como tales» (*Código de Derecho canónico*, J. HERVADA: *De matrimonio*, p. 629, ad can. 1057, § 2)» (*ibid.*, vol. LXXXVIII, p. 336, n. 8).

5. Consensus personalis nubentium tamen, utpote eorum mutua traditio et acceptatio proprie «ad constituendum matrimonium», discedere nequit ab obiectiva structura coniugii, quae illud specificat a qualibet alia intitutione, neque ab essentialibus obiectivis elementis et proprietatibus, quibus Deus illud adornavit, et quae Ecclesiae Magisterium fideliter interpretatur ac declarat. Matrimonium enim, quoad suam obiectivam constitutionem, «non ex humano arbitrio pendet», quia «ipse Deus est auctor matrimonii, variis bonis et finibus praediti» (Const. *Gaudium et Spes*, n. 48). Quod quidem sollemniter declarabatur iam in Litt. Encycl. *Casti Connubii*: «Primum quidem id maneat immotum et inviolabile fundamentum: matrimonium non humanitus institutum neque instauratum esse, sed divinitus; non ab hominibus, sed ab ipso auctore naturae Deo atque eiusdem naturae restitutore Christo Domino legibus esse communitum, confirmatum, elevatum; quae proinde leges nullis hominum placitis, nulli ne ipsorum quidem coniugum contrario convento obnoxiae esse possint» (AAS 22 [1930], p. 541).

Consequenter, sicut declaratur in una coram Sable diei 24 februarii 1995, «Ex una parte, voluntas Creatoris iam ab initio institutionem matrimonii circumscripsit ac definivit illam relationem

specificam inter virum et mulierem atque illam ab omnibus aliis relationibus distinguit. Altera ex parte... voluntas contrahentium confluere debet in unum idemque matrimonium a Deo Creatore constitutum, alioquin voluntas in aliquid aliud quam matrimonium versatur (cf. I. DE LUGO, *De iustitia et iure*, disput. XXII, n. 361)» (RRDec., vol. LXXXVII, p. 166, n. 2).

Ideo, quamvis unice a libera decisione sponsorum dependeant electio status vitae coniugalis, selectio compartis quacum status coniugalis in actum poni intenditur et manifestatio consensus quo matrimonium constituitur; attamen «libertati hominis matrimonii natura penitus subducitur, ita ut, si quis semel matrimonium contraxerit, divinis eius legibus et essentialibus proprietatibus subiciatur» (Litt. Encycl. *Casti Connubii*, AAS 22 [1930], p. 541).

Attamen ad constituendum matrimonium necesse non est ut a nubente omnia et singula eius obiectiva elementa ac proprietates directe et explicite inspiciantur, sed satis est ut ab eo saltem implicite comprehendantur in voluntate matrimonii contrahendi recta cum intentione, nullo essentiali elemento coniugii nullaque eius essentiali proprietate exclusis.

6. Ad matrimonium contrahendum tamen non sufficit mera interna voluntas uniuscuiusque ex contrahentibus, sed requiritur «pactum nuptiale», seu realitas consensualis unitaria. Scilicet: ut nubentium auto-donatio mutua sit, seu inter hunc virum et hanc mulierem, necesse est ut eorum voluntas coniugalis iuxta legitimam formam manifestetur per verba vel externa signa.

Cum plerumque in humanis relationibus fides praestanda sit verbis et signis quibus homo utitur ad patefacienda ea quae in animo volutat, praesertim quando agitur de rebus maximi momenti, sicut est matrimonium, quod graves effectus per totam vitam perdurantes gignit, peropportune Supremus Ecclesiae Legislator, praeter generalia principia de praesumptione validitatis cuiuslibet actus iuridici rite positi (can. 124, § 2) et de «favore iuris» quo gaudet matrimonium (can. 1060), propius de nostra re agens, hanc praesumptionem iuris declarat: «Internus animi consensus praesumitur conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis» (can. 1101, § 1).

Attamen, si in aliquo casu consensus nuptialis, qui utpote unica et absolute necessaria «causa efficiens» matrimonii «nulla humana potestate suppleri valet», reapse deficiens sit, idem Supre-

mus Legislator Canonicus, cum congruentia inter iuridicam conditionem et veritatem obiectivam circa statum personarum multum conferat ad salutem animarum, « quae in Ecclesia suprema semper lex esse debet » (can. 1752), consequenter statuit quoque: « At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum, vel matrimonii essenziale aliquod elementum, vel essentialem aliquam proprietatem, invalide contrahit » (can. 1101, § 2). Hoc in casu habetur *consensus simulatio*, seu « dissensio adest inter voluntatem internam et eius externam manifestationem, hoc est cum “Aliud agitur et aliud agi simulatur” (Ulp., D. 14,9) » (coram Turnaturi, sententia diei 1 martii 1996, RRDec., vol. LXXXVIII, p. 170, n. 9).

Quae simulatio, sicut hauritur ex relato textu can. 1101, § 2, potest esse vel *totalis* (si positive excluditur ipsum matrimonium), vel *partialis* (si excluditur aliquod elementum essenziale coniugii vel aliqua eius essentialis proprietas, ita ut nubens, quamvis velit aliquam matrimonii speciem, illud intendat tantum iuxta sua placita, quae obiective discrepant a Divina institutione de matrimonio).

7. Iuxta nuper commemoratum textum can. 1101, § 2, simulatio consensus tunc tantum habetur, quando exclusio ipsius matrimonii, vel alicuius eius elementi essentialis, vel proprietatis essentialis ingreditur in efficaciter definiendo obiecto consensus coniugalitatis, ita ut hic reapse feratur in obiectum substantialiter corruptum. Scilicet, sicut Nobis memoravit Summus Pontifex in Allocutione diei 21 ianuarii 2000, « La tradizione canonistica e la giurisprudenza rotale, per affermare l'esclusione di una proprietà essenziale o la negazione di un'essenziale finalità del matrimonio, hanno sempre richiesto che queste avvengano con un positivo atto di volontà » (AAS 92 [2000], p. 352).

Tunc dicendus est « positivus » ille actus voluntatis, quando est revera positus, et quidem utpote « actus humanus », seu deliberate procedens ab intellectu et voluntate; positus modo « actuali » vel saltem « virtuali » tempore nuptiarum, ita ut efficaciter conexus sit cum consensu, cuius obiectum substantialiter determinat; et « firmus », ita ut matrimonium contrahatur iuxta illam determinationem et non aliter. Aliis verbis, « è imprescindibile l'esistenza di un “actus elicitus”, cioè uscito, per così dire, dalla sfera meramente intellettuale per farsi volizione e concretarsi nel fatto » (E.

GRAZIANI, *Mentalità divorzistica ed esclusione dell'indissolubilità del matrimonio*, in *Ephemerides iuris canonici* 34 [1978], p. 26).

Consequenter simulationi locus non datur in formis psychologicis, quae reapse non perficiunt illum «actum positivum voluntatis», quales sunt, v.gr., voluntas mere interpretativa, intentio tantum habitualis, aliqua generica velleitas, animi propensio, intentio exorta solummodo tempore postnuptiali. Etiam error circa matrimonium eiusque essentialia matrimonii proprietates (can. 1099), quamvis radicans sit, si in mente tantum sistit, seu si solummodo manet «iudicium falsum» vel «falsa rei apprehensio», obiectum consensus non determinat.

8. Nostro in casu nullitas matrimonii pertractanda est ex simulatione consensus ex parte viri, et quidem sive sub aspectu «simulationis totalis», et sive sub aspectu «simulationis partialis», seu «ob exclusam indissolubilitatem».

Ideo aliquid proprie peragendum est de unaquaque forma assertae simulationis consensus, quamvis animadvertendum sit «simulationem totalem» primo loco videndam esse, et subordinate tantum pertractandum esse de «simulatione partiali». Etenim, sicut v. gr. scriptum legimus in una coram Funghini diei 24 maii 1995, simulatio totalis et simulatio partialis, «dum simul accusari et reici possunt, dumtaxat alternativo modo nullitatem matrimonii declarandam sinunt. Nam ubi adest probatio simulationis totalis, i.e. positivae recusationis ipsius matrimonii, iam locus non est videndi num exclusa quoque fuerit aliqualis essentialis proprietas aut naturalis ordinatio ipsius matrimonii et nullo modo admitti potest declaratio nullitatis ob simulationem sive totalem sive partialem: “cum totalis simulatio explodit et inanem reddit (ac ideo iuridice irrelevantem) simulationem partialem” (coram Colagiovanni, decisio diei 15 decembris 1982, RRDec., vol. LXXIV, p. 640, n. 3) et “fieri nequit ut quis eodem quoque tempore in totum reiciat coniugium ac velit aliquam eius speciem” (coram Stankiewicz, decisio diei 29 aprilis 1982, *ibid.*, p. 247, n. 3)» (RRDec., vol. LXXXVII, p. 312, n. 2).

Nam, sicut perspicue scriptum legimus in una coram Stankiewicz diei 23 octobris 1997, «constans iurisprudencia rotalis [...] proponere haud desinit inter simulationem totalem et partialem distinctionem, non quidem ratione effectus, qui semper idem est, et in nullitate consensus et matrimonii consistit, verum ratione obiecti

simulationis et conscientiae simulati actus. Nam in simulatione totali simulator scienter consultoque meram apparentiam signi nuptialis per voluntatem internam in ritu nuptiali exclusive intendit, cum quamlibet matrimonii figuram ex toto excludat, dum in partiali simulatione exoptat aliquam pseudoconiugii speciem, suis placitis tamen accomodatam, id est despoliatam indissolubilitate vel sacramentalitate, non exclusivam, seu apertam ad alias uniones contemporales, orbatam ordinatione ad bonum coniugum et ad prolis procreationem educationemque [...] Quamquam in simulatione matrimoniali, quae partialis vocatur, nupturiens voluntate interna ducitur adversus veritatem et essentiam ipsius matrimonii, merito tamen iurisprudencia sustinet eundem in perficiendo signo nuptiali “non cuiuscumque voluntatis esse absolute expertem” (coram Funghini, decisio diei 24 maii 1995, RRDec., vol. LXXXVII, p. 314, n. 4), sicut, e contra, in totali simulatione de more evenit. Ipse enim in simulatione partiali non intendit recusare “cum comparte inire societatem, et quidem neque mercatoriam neque luseriam, sed familiarem. Et ideo quaedam elementa veri matrimonii (status matrimonialis) non reicit, sed ponere atque assequi constituit” (coram De Jorio, decisio diei 20 maii 1976, Florentina, A. 63/76, n. 4)» (*ibid.*, vol. LXXXIX, p. 766, n. 6).

9. Quod proprie attinet ad SIMULATIONEM TOTALEM, sicut nuper iam innuebamus et sicut hauritur ex relato textu can. 1101, § 2, animadvertendum est eam significare ipsius matrimonii positivam exclusionem, non obstante coniugii simulacro. Scilicet: qui totalem simulationem perficit, «dum externe manifestat se matrimonium inire velle», «interne non vult matrimonium qua tale, sed speciem aliquam iuridicam uti medium ad aliquem finem consequendum: “appunta la sua volontà a non voler divenire marito [vel: moglie]... nel senso che... si ha vera e propria difformità tra la volontà manifestata e quella reale” (A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, 1941, p. 195)». Aliis verbis: «loquendum videtur de voluntatis actu, quo ex una parte contrahens scienter et deliberate meram apparentiam seu speciem matrimonii re constituere intendit et ut hoc verificetur perficit quidem caeremoniam iuxta rubricas; at insimul, ex altera parte, positive excludit quod e celebrata caeremonia, etsi sollempni, suetae ac praevisae iuridicae et morales habeantur consequentiae obligationesque oriantur... Per caeremoniam, praeter aliquem peculiarem finem, vult commoda, saltem quaedam, ne di-

camus potiora, status matrimonialis absque oneribus et obligationibus consequi ac plenam iustificationem sibi vindicare erga partem, utriusque partis familiam et societatem alicuius boni, quod dumtaxat per statum matrimonialem obtinendum tenet» (coram Funghini, sententia diei 24 maii 1995, *ibid.*, vol. LXXXVII, pp. 313 s., nn. 3 s.).

Procul dubio, simulatio totalis consensus plures complectitur factispecies, sicut v. gr. explanatur in una coram eodem Ponente, diei 14 octobris 1992: «Non unam factispeciem complectitur simulatio totalis in iurisprudencia Nostrae Fori, uti scite animadvertit R.P.D. A. Stankiewicz, qui in una diei 29 ianuarii 1981 sequentes enumerat, ex recentioribus decisionibus haustas: “qui nullum in matrimonium consensum praestat”, “qui animum habet non contrahendi”, “qui comoediam agere vult”, “qui excludit ipsum matrimonium aut nupturientem”, “qui excludit societatem permanentem inter virum et mulierem ad filios procreandos seu intimam totius vitae communionem”, “qui absolute vult exclusionem sacramenti ita ut sub hypothese veri sacramenti nolit contrahere”, “qui pro forma celebrat”, “qui ritum nuptialem unice et exclusive celebrat tamquam medium ad finem operantis consequendum qui non est ipsum matrimonium” (RRDec., vol. LXXIII, p. 47, nn. 6-7)» (*ibid.*, vol. LXXXIV, p. 468, n. 11).

Quando quis, iuxta ultimam commemoratam factispeciem, nuptias celebrat tantum ad finem a se intentum consequendum (qui nuncupatur: finis operantis), omnino diversum a finibus naturalibus instituti matrimonialis (qui vocantur: finis operis), aliqua saltem animadvertenda sunt.

Plerumque «fines operantis», qui diversi sint a «fine operis», obtinentur per matrimonium rite et recta intentione celebratum. Ita v. gr., puella quae ad honorabilitatem socialem servandam vel ad prolem legitimandam matrimonium init, ordinariis in adiunctis, utrumque intendit, scil.: et fines a se praecipue intentos et novum statum maritalem. Quod asserendum est si «fines operantis», extrinseci a «fine operis», causa sint «sine qua non» pro matrimonii celebratione. Nam «eiusmodi voluntas fines istos extraneos consequendi, causam quidem contractui dantes, minime tamen fines operis excluderet. Maneret, enim, semper “finis matrimonii debitus, etiamsi de illo nihil cogitent [nupturientes], quia eo ipso quod matrimonium contrahere intendunt, nisi debitum finem expresse excludant, illum virtute et implicite intendunt” (Th. SANCHEZ, *De*

sancto matrimonii sacramento, Lib. II, disp. 29, nn. 15 et 25; cf. P. GASPARRI, *De Matrimonio*, ed 1932, vol. I, n. 9; vol. II, n. 817)» (coram López-Illana, sententia diei 12 decembris 1994, *ibid.*, vol. LXXXVI, p. 623, n. 9).

«Finis operantis», enim, sicut docetur in una coram FUNGHINI, diei 14 octobris 1992, «per se matrimonii ineundi causa et ratio est, minime simulandi» (*ibid.*, vol. LXXXIV, p. 455, n. 9).

Attamen, sicut declaratur in eadem sententia, aliud dicendum est si nubens suos fines «extrinsecos» unice et exclusive sibi proponit, reiecta finalitate intrinseca conubii. Pariter matrimonium irritum reddit «qui nedum diversum, sed et contrarium ac naturali ac essentiali ordinationi matrimonii adversum finem primario ac praevalenti intentione consequendum sibi proponit [...] «Etenim finis operis — legitur in una coram Lefebvre — nequit excludi fine operantis quin corruiat eo ipso contractus essentia, siquidem contrahentis voluntas non intendit omnino finem operis, sed tantummodo finem operantis, primum implicite excludens» (coram LEFEBVRE, decisio diei 12 martii 1960, RRDec., vol. LII, p. 171, n. 2)» (*ibid.*, vol. LXXXIV, p. 454, n. 7).

10. Quod autem attinet ad *exclusionem indissolubilitatis*, animadvertendum est indissolubilitatem, utpote «essentialem proprietatem matrimonii» (cf. can. 1056), praedicandam esse tamquam inhaerentem ipsi vinculo naturali et praeesistentem sacramento, a quo tamen firmitatem obtinet ita ut sit «quasi signum praevalens [...] mysterii connubii [...]. Ita, inter tria traditionalia ab Augustino relata matrimonii bona, illud indissolubilitatis sub tali praecisa designatione venit, sc. “bonum sacramenti”» (coram Serrano Ruiz, sententia diei 13 decembris 1991, *ibid.*, vol. LXXXIII, p. 777, n. 3).

Itaque Summus Pontifex admonuit: «Genesis Liber nos ad hanc recludit veritatem, dum familiae per conubium enarrans constitutionem affirmat: “Relinquet vir patrem suum et adhaerebit uxori suae; et erunt in carnem unam” (Gen 2, 24). Cum Pharisaeis dein disputans Christus eadem repetit verba atque addit: “Itaque iam non sunt duo sed una caro. Quod ergo Deus coniunxit, homo non separet” (Mt 19,6). Denuo regulam patefacit alicuius facti quod “ab initio” (Mt 19,8) exsistit in seque semper talem adservat doctrinam» (Litterae familiis datae ipso volvente sacro familiae anno MCMXCIV, AAS 86 [1994], p. 875, n. 7).

Quod autem attinet ad matrimonium inter baptizatos, Ioannes Paulus II, in Allocutione diei 21 ianuarii 2000 nos edocet: «“L’indissolubilità del matrimonio trova la sua verità ultima nel disegno che Dio ha manifestato nella sua Rivelazione. Egli vuole e dona l’indissolubilità matrimoniale come frutto, segno ed esigenza dell’amore assolutamente fedele che Dio ha per l’uomo e che il Signore Gesù vive verso la sua Chiesa” (Fam. Cons., n. 20). Il “lieto annuncio della definitività dell’amore coniugale”... si radica... nella novità cristiana, che fa del matrimonio un sacramento. Gli sposi cristiani, che hanno ricevuto “il dono del sacramento”, sono chiamati con la grazia di Dio a dare testimonianza “alla santa volontà del Signore: ‘Quello che Dio ha congiunto. l’uomo non lo separi’ (Mt 19,6), ossia all’inestimabile valore dell’indissolubilità... matrimoniale” (Fam. Cons., n. 20)» (AAS 92 [2000], pp. 351 s., n. 3).

Quae indissolubilitas, interventa matrimonii consummatione, tam radicata est, ut in can. 1141 edicatur: «Matrimonium ratum et consummatum nulla humana potestate nullaque causa, praeterquam morte, dissolvi potest».

Ideo, ut recurramus ad auctoritatem S. Thomae Aquin., indissolubilitas ad matrimonium pertinet non solum «in suis principiis» (sicut bona fidei et prolis), sed etiam «secundum se», quia «ex hoc ipso quod per pactionem coniugalem sui potestatem sibi invicem in perpetuum coniuges tradunt, sequitur quod separari non possint; et inde est quod matrimonium numquam invenitur sine inseparabilitate; invenitur autem sine fide et prole, quia esse rei non dependet ab usu suo» (*Comment. in Lib. IV Sententiarum*, dist. XXXI, q. 1, art. 3, in c).

11. E contra, simulatio consensus ob exclusam indissolubilitatem tunc habetur quando quis, celebrans matrimonium, reapse hoc vult dissolubile. In indissolubilitate autem tres gradus inter se intime coniuncti prospici possunt, scilicet: stabilitas, perpetuitas atque indissolubilitas sensu stricto intenta (cf. P.J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio y simulación del consentimiento*, Pamplona, 1997, p. 97).

Consequenter etiam exclusio indissolubilitatis veluti per triplicem formam fieri potest, sicut, v. gr., docetur in una Romana, coram Stankiewicz, diei 26 novembris 1998: «In primis [...] indissolubilitatem is excludit, qui stabilitatem vinculi matrimonialis respuit. Idque obvenit, si quis unionem transitoriam tantum stipulare

cum comparte intendat, seu matrimonium, quod dicitur, *ad experimentum* (cf. Ioannes Paulus II, Adh. Ap. *Familiaris consortio*, n. 80). Deinde indissolubilitatem is quoque excludit, qui perpetuitatem vinculi matrimonialis reicit. Hoc autem tunc accidit, si quis unionem *temporariam* (cf. *ibid.*) tantum ingredi velit, seu matrimonium, quod dicitur, ad tempus. Demum indissolubilitatem directe proprieque is excludit, qui sibi servat ius radicale solvendi vinculum matrimoniale, quod ius divortiandi vocari solet vel *facultas divortii faciendi* (cf. *ibid.*, n. 82)» (RRDec., vol. XC, p. 761, n. 10).

Utique ut irritet matrimonium, necesse non est ut intentio abrumpendi vinculum absoluta sit, sed sufficit etiam voluntas «condicionata» rescindendi vinculum, uti, v. gr., si amor vel concordia deficiat, si coniugalis convictus infelix evadat, etc. Etiam hoc in casu tamen actus voluntatis, quo vitiatur consensus est absolutus; dum «condicionata» seu «hypothetica» est tantum ruptura coniugii, quae dependet ab eventu, quo verificato, nubens solvet vinculum. Ideo: qui sibi servat facultatem vinculi obrumpendi, si obvenerit aliqua reformidata circumstantia, iam in radice destruit consensum traditum. Nam etiam hoc in casu «ob vicens indissolubilitatis principium, quod nullum statum pendentiae eventus resolutorii patitur, consensus matrimonialis iam ab imis radicibus praepeditur atque ab integro destruitur momento eius manifestationis, quin ad effectum nullitatis consensus sit constitutiva eventus praevisi recognitio» (coram Stankiewicz, sententia diei 29 maii 1992, RRDec., vol. LXXXIV, p. 311, n. 10).

12. Probatio cuiuslibet simulationis (sive «totalis» sive «partialis») difficilis est «quia agitur de actu interno et quia simulatio contra se duas habet iuris praesumptiones, favorem nempe quo matrimonium gaudet (can. 1060) et praesuppositum quod internus animi consensus sit conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis (can. 1101, § 1)» (coram Turnaturi, sententia diei 1 martii 1996, *ibid.*, vol. LXXXVIII, p. 172, n. 13); attamen non est impossibilis si haec concurrant: «a) confessio iudicialis et praesertim extraiudicialis asserti simulantis, testibus fide dignis tempore insuspecto concredita. Quae confessio exigitur ex eo quod simulatio est animi actus internus [...], qui externe cognosci potest tantum ex revelatione ipsius agentis [...]; b) gravis et proportionata simulandi causa, a contrahendi bene distincta. Nemo enim praesumitur in negotio tanti momenti leviter, inconsiderate vel temere agere

voluisse contra institutum matrimonii prout ab Ecclesia proponitur [...]; c) circumstantiae prae et post matrimoniales quae nedum verisimilem, sed probabilem, reddant simulationem» (coram Funghini, sententia diei 29 ianuarii 1997, *ibid.*, vol. LXXXIX, p. 42, n. 4).

Nam asseverationes partium et testium ultra corticem verborum sunt cribrandae, id est accipiendae non sunt unice secundum mentem quam post infelicem exitum coniugalis convictus conficere solent ii quorum interest solutio vinculi conubialis; sed maxime attendenda est cohaerentia (vel incongruentia) inter «dicta» et «facta», uti legitur v. gr. in una coram Pompedda diei 13 iulii 1987: «Memoria ne excidat verba seu asseverationes ab adiunctis seiuncta nihil valere. Circumstantiae enim verba ipsa explicant atque univoca reddunt, sed insimul motivum assertorum praebent iisdemque verisimilitudinem addunt» (Romana, A. 125/87, n. 4).

Ceterum in huiusmodi causis veritas eruitur non ex uno alterove elemento, sed ex cunctis causae probationibus, simul consideratis.

Attamen, si allatae probationes, complexive sumptae, haud cohaerentes videntur, vel utcumque in animo iudicis non gignunt moralem certitudinem de simulato consensu (cf. can. 1608), non licet matrimonii nullitatem declarare, etiam propter-*bis* explicite declaratam in Codice praesumptionem pro valore matrimonii (cf. cann. 1060 et 1101 § 1).

Ceterum, quando non attingitur moralis certitudo de nullitate matrimonii ob adducta capita, serio cogitanda sunt quae Summus Pontifex dilucide Nobis declaravit in Allocutione diei 21 ianuarii 2000: «È necessario riaffermare che il matrimonio sacramentale rato e consumato non può mai essere sciolto neppure dalla potestà del Romano Pontefice» (AAS 92 [2000], p. 353, n. 6).

IN FACTO. — Cum nullitas matrimonii pertractanda sit ob assertam duplicem formam simulationis (scil.: ob simulationem totalem ex parte viri, et, quatenus negative, ob exclusionem indissolubilitatis ex parte eiusdem viri), de unoquoque capite distincte pensitandae sunt probationes. Attamen opportune aliqua praemittenda sunt, quae simul respicere possunt utramque consensus simulationem.

13. Pensitantibus probationes quae in actis sunt de utraque forma simulationis consensus, statim obvenit gravis difficultas ex

eo quod partes in theses omnino contrarias procedunt. Nam, dum actor, fortasse haud perspicua quidem dicendi ratione, contendere conatur de nullitate matrimonii sive ob exclusum a se matrimonium ipsum sive saltem ob exclusam a se vinculi indissolubilitatem, conventa, e contra, declarat asserta capita nullitatis matrimonii destituta esse quolibet fundamento. Ceterum plerumque omnino inter se discrepantes sunt etiam enarrationes Petri et Monicae de suis vicibus praenuptialibus et postnuptialibus.

Ideo maximi momenti esset quaestio de definienda partium credibilitate.

Utique testes, qui inducti sunt ab Actore, iudicium promunt de credibilitate viri, dum plerumque asserunt fidem tribuendam non esse mulieri. E contra, testes qui inducti sunt a Conventa, extollunt credibilitatem mulieris et declarant virum mendacem esse.

Unicus testis «ex officio» (Rev. Q.) tamen, fortasse magis obiective animadvertit: «Reputo i coniugi sinceri fino ad un certo punto; è impossibile che l'uno affermi una cosa e l'altra tutto il contrario, e viceversa».

Ideo ex criteriis «ab extrinseco», nullum certum iudicium hauriri potest utrum fides tribuenda sit Actori potius quam Conventae.

Consequenter credibilitas potius pensitanda est iuxta criteria «ab intrinseco», seu iuxta ea quae hauriuntur ex ipsis vadimoniis et praesertim iuxta congruentiam vel inconsequentiam inter ea quae iudicialiter asseruntur et concreta facta ac adiuncta. Ideo: «meritum causae» oppetere debemus.

14. Imprimis praemittenda sunt aliqua elementa «indirecta», quae aliquo modo definire possunt quaenam fuerit veluti existentialis condicio viri tempore nuptiarum et quidem relate ad quaestiones, de quibus agendum est praesenti in casu.

a) Ex actis causae hauritur actorem «remote» humum fertilem praebuisse sive ad excludendum ipsum matrimonium, sive saltem ad excludendam indissolubilitatem vinculi. Ipse enim, inde a prima aetate educatus est a parentibus, qui inter se graviter dissidebant, ita ut tandem pater, ad relationem colendam cum alia muliere, uxori et filio valedixisset, quando Petrus adhuc puerulus erat. Attenta peculiari condicione familiae in qua Actor crevit, ipsa eius mater Nos edocet: «Dal momento che neppure io ero praticante, Pietro non ha ricevuto una adeguata educazione religiosa».

Attamen negligere non possumus saltem aliquam educationem religiosam receptam esse ab Actore per sacerdotes suae paroeciae et postea ephebeorum, apud quae studia coluit per aliquot annos. Ipse Petrus enim haec commemorat: «Da piccolo ho frequentato la parrocchia e ricordo ancora un certo don Gino al quale, anche se mi “tirava gli orecchi”, ero sempre ugualmente vicino... In seconda media fui bocciato ed allora mi misero in collegio al “Pio X” di Treviso, dove completai le medie. Poi frequentai il Liceo scientifico “Benedetti” a Venezia. Entrato in contrasto con un paio di professori, un altro insegnante mi suggerì di non continuare l’anno e quindi sono andato al “Pio X” di Bocca di Cadore, dove mi sono trovato benissimo» et apud quod explevit studia lycei. Ipse significanter addit: «Ricordo che ebbi una esperienza molto bella al “Pio X” di Treviso quando partecipai ai ritiri spirituali».

Utcumque, perdurante adulescentia, Petrus negligere coepit cultum religionis, quamvis pro certo non pateat ipsum hostilem factum esse Ecclesiae Catholicae. Ipse Actor enim, qui in altero vadimonio radicatus declaravit: «Al tempo del matrimonio non ero né credente né praticante. Non credevo né in Dio né nei sacramenti. Non mi ritenevo cristiano», in primo vadimonio tamen moderatius tantum explanaverat: «Ho abbandonato radicalmente la pratica religiosa... La mia era una posizione agnostica soprattutto verso la forma umana del mondo religioso».

Etiam testes, qui bis iudicialiter excussi sunt, non concorditer dicunt de iis quae Actor sentiebat de religione tempore nuptiarum:

— Mater actoris, quae in primo vadimonio haec perspicue asseruerat: «Pietro, più che contrario o ateo, era indifferente», omnino discrepanter, in altero vadimonio, declarat: «Mio figlio non era credente, non credeva in niente, non praticava la Chiesa».

— Amicus Bruno, generico omnino sermone in vadimonio diei 18 octobris 1995, tantum animadvertit: «Pietro non ha ricevuto alcuna educazione religiosa»; dum in vadimonio diei 16 octobris 2000 haec solummodo declarat: «Pietro, per quanto ne so io, non era praticante».

— Ioannes, qui pariter amicus est actoris «fin dall’infanzia», in priore vadimonio graviter asserit: «Ben presto, lui stesso imboccò la strada della non credenza, oltre che del completo disinteresse verso l’istituzione della Chiesa. Fin dai sedici-diciassette anni Pietro cominciò a dichiararsi apertamente non credente». In

altero vadimonio, e contra, tantum declarat: «All'epoca del matrimonio, Pietro non era praticante dal punto di vista religioso».

— Fortasse inter haud constantes asseverationes testium, quas nuper commemoravimus, omnibus perpensis, magis obiectiva videntur, quae declarata sunt ab Andrea et a Mauro, qui pariter amici sunt Actoris inde a prima aetate. Prior enim in vadimonio diei 27 octobris 1995, quamvis admittat: «Dal punto di vista religioso, l'educazione (di Pietro) è stata inesistente», tamen explanat: «Pietro nei confronti della religione è sempre stato indifferente. Credo che non gli sia mai stata fornita l'opportunità di un approfondimento serio dal punto di vista religioso». In vadimonio autem diei 20 octobris 2000 testis tantum animadvertit: «All'epoca del matrimonio, per quello che ne so io, la pratica religiosa di Pietro... era nulla». Alter testis, qui semel tantum iudicialiter excussus est, utique asserit: «Dai sedici ai ventitré anni la posizione di Pietro verso la religione cristiana era zero», explanans tamen: «Più che contrario alla religione era indifferente».

— Conventa, sua ex parte, in primo vadimonio explicite non dicit de iis quae actor sentiebat de religione tempore nuptiarum, animadvertens tantum: «Pietro non era né ateo né agnostico»; dum in altero vadimonio asserere potius videtur de quodam «indifferentismo religioso»: «Pietro ha sempre avuto dal punto di vista religioso degli alti e dei bassi... Non era contrario alla religione, anche se non parlava mai di questioni religiose... Partecipava alle celebrazioni nelle grandi occasioni».

— Testes, qui inducti sunt a Conventa, nova elementa ad acclarandam nostram quaestionem addere non valent; dum Rev. Q. nihil omnino dicit.

b) Utcumque si ex commemoratis vadimoniis partium et testium haurire non possumus virum hostilem fuisse contra religionem catholicam, saltem concludere possumus ipsum «indifferentem» fuisse in re religiosa.

Consequenter admittere possumus Actorem, sive quod attinet ad «suas» veritates extruendas sive quod attinet ad suam agendi rationem, prae oculis non habuisse doctrinam et ethicam Ecclesiae Catholicae.

Ita, praesertim quod attinet ad doctrinam de matrimonio, saltem admittere possumus Petrum fuisse indifferentem quoad naturam sacramentalem coniugii et quoad proprietates quas Ecclesia Catholica praedicat tamquam essentiales matrimonii.

c) Praeterea in vadimoniis innuitur Actorem, fortasse etiam propter perniciosum exemplum parentum, qui post separationem coniugalem, novas consuetudines amatorias instauraverant, concrete perspicuam notionem de gravitate et momento instituti matrimonialis non recepisse.

Nam, antequam incurreret in Conventam, Petrus, decurrente tempore, saltem tres consuetudines amatorias intexuerat cum mulieribus, quibuscum immo convictum more uxorio instauraverat, quin cogitavisset de vinculo saltem civili contrahendo.

Quae consuetudines amatoriae Petri tamen non omnino acclarae sunt in vadimoniis. Ipse Actor enim tantum explanat: «Ho avuto tre legami importanti... Rimasi assieme ad ogni ragazza per anni. Le mie "cose" importanti sono state "convivenze"... Con Marina intrecciai la mia prima relazione seria (ci rimasi assieme per due anni e mezzo, forse tre)... Poi questa si è "persa" per problemi suoi e quindi conobbi Christina. Purtroppo anche Christina era un po' "ballerina". Non trovando una situazione stabile, il mio cuore si è aperto a Rosa, con la quale stavo veramente bene», ita ut ipse in libello scripsisset: «Io all'epoca (scil.: quando conobbi Monica) mi trovavo in uno stato depressivo molto forte conseguente dal fatto che ero stato lasciato dalla donna che amavo e con la quale avevo convissuto».

Conventa tamen saltem aliquid addit maximi momenti: «Prima di me, Pietro fu con Cristina, con Enrica ed ancora con Rosa: sono ragazze con le quali ha convissuto. So che Marina fu la sua prima ragazza; Cristina e Rosa, separate con figli, convissero con Pietro anche assieme ai figli: ho visto le fotografie».

Ideo ex relatis vadimoniis partium hauritur Actorem cum nuper commemoratis mulieribus probabilius non cogitavisse de matrimonio saltem civili contrahendo, non quia alienus erat a vinculo conubiali, sed potius quia illae mulieres adhuc devinciebantur praecedenti vinculo matrimonii et utcumque quia illae consuetudines nondum diuturnae et firmae erant, ut de vinculo coniugali contrahendo agi posset. Consequenter, ad Nostram quaestionem quod attinet, nimis extollendi non sunt convictus more uxorio quos vir, de facto, instauraverat antequam consuetudinem intexeret cum conventa.

d) Quod autem attinet ad definiendam «causam matrimonii contrahendi» ex parte Actoris cum Conventa, iterum discrepantia sunt inter se, quae iudicialiter dicta sunt ab actore et a conventa,

quamvis opportune distinguendae sint rationes ab quas Petrus consuetudinem instauraverat et colebat cum Monica et rationes ob quas concrete decreta est matrimonii celebratio.

Quod attinet ad primam quaestionem, Actor contendit se numquam amore captum fuisse conventae, ita ut cum ipsa instaurasset relationem, quae solummodo erat «sessuale». Conventa, e contra, declarat: «[Pietro] è l'unica persona di cui credo di essermi innamorata», addens: «le cose che Pietro sentiva o mi dimostrava erano come quelle che io sentivo per lui».

Inter testes, solummodo mater Petri et amicus Bruno confirmant quae dicta sunt ab Actore: «Mio figlio mi ha sempre detto che non ha mai amato Monica, era piuttosto attirato dai sensi» (Mater Actoris). «A mio parere, in questa relazione, la spinta emotiva fu data dal sesso» (Bruno).

E contra, aliqui testes, inter quos non desunt etiam aliqui amici Actoris, confirmant quae declarata sunt a Conventa: «Conoscendo il carattere di Pietro, ritengo che, per arrivare a sposare Monica, ne fosse veramente innamorato» (Ioannes). «Penso che i due si amassero veramente» (Andreas). «Monica e Pietro si amavano veramente» (Mater conventae).

Fortasse referre possumus, quae concrete inspexit Andreas ad probandum Actorem, imminentibus nuptiis vehementer captum fuisse conventae: «Più che Pietro stesso, fui io a metterlo all'erta sulla riuscita della futura vita coniugale, ma lui era bruciato dal suo entusiasmo».

Omnibus perpensis, fortasse ex dissonantibus vadimoniis, haec ratio eruitur ob quam Actor et Conventa perducebant consuetudinem sponsaliciam: ipsi mutuo capti erant et valde se delectabant in voluptatibus venereis colendis.

Quod autem proprie attinet ad causam ob quam concrete decreta est matrimonii celebratio, occasio data est quia Monica praegnans facta erat.

Vir contendere videtur se veluti «passive» assensum esse voluntati conventae de matrimonii celebratione, et quidem ritu canonico, quia «i genitori le avrebbero permesso di vivere con me, assieme alla figlia del precedente matrimonio, solo se ci fossimo sposati in Chiesa».

Conventa tamen explicitè asserit decisionem de matrimonio contrahendo ritu canonico «è stata una decisione nata un po' alla volta. Fu una scelta accettata concordemente». «Eravamo tantis-

simo affiatati... Era bello sposarci davanti a Dio e fare di questo legame il fulcro di tutto, nel bene e nel male».

Ceterum nullus testis asserit virum, aliquo modo, restitisse matrimonii celebrationi; immo plerique animadvertunt partes laeto animo suam relationem duxisse etiam imminentibus iam nuptiis.

De facto graviditas Monicae aliquo tempore ante nuptias interrupta est abortu naturali; partes tamen perseveraverunt in iam capta decisione de matrimonio contrahendo, probabilius quia ipsa graviditas occasionem tantum praebuerat pro concreta decisione de matrimonio contrahendo, cuius tamen fundamentalis ratio erant quae iuvenes sentiebant sive tamquam mutuos animorum affectus, sive tamquam venereas delectationes.

Ex actis patet etiam quaenam reapse fuisset ratio ob quam matrimonium celebratum sit ritu tantum religioso: «Io ero già separata da 10 anni, e per il divorzio [de priore matrimonio, quod celebratum erat ritu tantum civili] aspettavo già da tre anni il documento che arrivasse dall'Algeria: quindi anticipammo il rito religioso. D'altra parte poco mi interessava chiedere la documentazione. Mi attivai nel momento in cui avevo l'esigenza di sposarmi» (Conventa). Utcumque post aliquot menses matrimonium celebratum est etiam ritu civili die 15 octobris 1983.

A) *De consensus simulatione totali ex parte viri actoris.* — 15. Quod attinet ad definiendam «causam simulandi totaliter consensus» ex parte viri, memoranda sunt, quae supra scripsimus de defectu eius educationis religiosae et saltem de eius «indifferentismo» in re religiosa atque de eius proclivitate ad instaurandum cum mulieribus tantum convictum de facto more uxorio, sine ulla matrimonii celebratione.

Attamen, sicut pariter antea iam animadvertimus, commemorata elementa extollenda non sunt ultra modum!

16. Utcumque, quamvis concedamus, in casu, adfuisse congruentem «causam simulandi», iuxta infrascriptos Patres Auditores de Turno, plene confirmandum est iudicium prolatum a Tribunale primi gradus, quia nullo modo probatur positiva exclusio ipsius matrimonii ex parte Petri. Nam:

a) Imprimis in verbis quibus ipse Actor iudicialiter explanare conatur hanc simulationem consensus, non inspicitur vera iudicialis declaratio de escluso matrimonio, vel saltem de contracto tantum

aliquo simulacro matrimonii, positive tamen exuti omnibus essentialibus obiectivis elementis coniugii. Ceterum Actoris dicendi ratio haud constans et perspicua est. Aliquando enim ipse asserit, antequam mulier praegnans fieret, « non c'era neanche la più vaga intenzione di dividere la mia vita con questa signora [i.e.: cum Conventa] »; postea, mirandum in modum, animadvertit: « Ho accettato il matrimonio, però mi sono sposato, ignorando ciò che facevo »; et deinde hanc suam aequationem explanat: « Che fosse matrimonio, che fosse convivenza, per me era lo stesso ».

Etiam in altero vadimonio nihil addit ad magis perspicuam reddendam suam iudicalem confessionem de reapse a se simulato consensu: « Il vincolo matrimoniale sia civile che religioso era da me ritenuto una pura formalità senza alcun valore, tanto più che avevo convissuto in precedenza con altre persone. Io avrei preferito una semplice convivenza in luogo del matrimonio, dal momento che lo ritenevo privo di significato ».

In relatis viri asseverationibus fortasse innuuntur eius obiective erronea notio de matrimonio et eius indifferentia de matrimonii celebratione, sed nihil declaratur de positiva intentione exuendi quolibet essenziali elemento coniugii consuetudinem coniugalem quam utcumque instaurare voluit cum Monica.

b) Conventa negat quamlibet consensus simulationem ex parte viri. Nam quaestioni utrum Petrus aliquando locutus esset contra suum matrimonium vel saltem contra celebrationem ritu religioso, rotundo ore declarat: « No. Di fronte a me mai », explanans: « Pietro conosceva l'essenza del matrimonio cristiano », et tempore praenuptiali fuit « vicinissimo [mihi] », praesertim quando interrupta erat graviditas praenuptialis. Quas declarationes mulier confirmavit in altero vadimonio.

c) Etiam testes, quamvis aliqui asserant matrimonii religiosam celebrationem extraneam visam esse mentalitati viri, qui antea saltem tres meras cohabitationes more uxorio coluerat, nihil omnino receperunt de eius positiva intentione exuendi quolibet essenziali elemento coniugii matrimonium quod contracturus erat cum conventa; ideoque concrete nihil declaraverunt de hac intentione. Immo non desunt testes, quidem ab Actore inducti, qui, suam opinionem promentes, positive declarent de viri intentione contrahendi verum matrimonium: « Il matrimonio... per lui è stata la ricerca di una famiglia che non aveva avuto. I suoi genitori si erano separati quando aveva solo 10 anni. Il suo era un tentativo di fare

una famiglia, di fare casa» (Bruno). «Penso che Pietro avesse una concezione di tipo tradizionale circa il matrimonio cristiano in genere» (Ioannes).

17. Dum non probatur exclusio ipsius matrimonii ex parte viri, plures circumstantiae autem positive militant contra assertam «simulationem totalem» ex parte viri. Nam:

a) tempore praenuptiali, Actor captus erat Conventae; et postquam decreta est matrimonii celebratio, ipse laetus videbatur. Con-suetudo praematrimonialis ducebatur sine altercationibus inter partes;

b) de incepta cohabitatione post nuptias celebratas ritu religioso, ipse vir animadvertit: «Mi faceva anche piacere avere qualcuno in casa e farmi sentire come papà dalla figlia di primo letto di Monica»;

c) partes, quando Monica documenta obtinuit de divortio a priore matrimonio quod ritu tantum civili contractum fuerat, sine ulla difficultate vel coërcitione, die 15 octobris 1983 suum vinculum confirmaverunt etiam per matrimonii celebrationem ritu civili;

d) Actor, sine difficultate, filium recepit, quem Conventa peperit die 1 iunii 1985, et qui objective ulterius firmabat vinculum inter partes;

e) ipse Petrus, quamvis ad sexum proclivis esset, iudicialiter declaravit, haud perspicua tamen dicendi ratione, a se per aliquot annos fidem coniugalem servatam esse: «Ad un certo punto, scattò la molla e mi sono innamorato due volte (dopo 5 anni di convivenza coniugale) e a malincuore ho rinunciato a questi amori... perché c'era di mezzo mio figlio»;

f) cohabitatio coniugalis, quamvis per aliquot annos aerum-nosa esset, perduravit fere per undecim annos, et interrupta est non impulsu viri, sed mulieris.

18. Ideo, omnibus elementis complexive perpensis, nullo modo constat Actorem, quando matrimonium canonicum celebravit, positive intendisse vinculum conubiale non contrahere vel statum matrimoniale non assumere cum conventa.

Consequenter nullitas matrimonii declarari non potest «ob consensus simulationem totalem ex parte viri».

B) *De exclusione indissolubilitatis vinculi ex parte viri actoris.*

— 19. Etiam quoad hanc speciem simulationis consensus, tam-

quam «causam simulandi remotam», memorare possumus quae antea animadvertimus de viri haud adaequata educatione religiosa, de eius indifferentismo in re religiosa ideoque etiam in doctrina Ecclesiae Catholicae de matrimonio.

Praeterea inter elementa quae firmare poterant «causam simulandi remotam» proprie quoad exclusionem indissolubilitatis vinculi, negligere non possumus Petrum, inde a prima aetate, prae oculis habuisse exemplum suorum parentum, qui nullo modo alebant notionem de matrimonio tamquam de vinculo indissolubili. Hoc argumentum tamen considerari potest etiam sub contrario aspectu. Nam Petrus, cum multa passus esset propter parentum separationem, potius colere debuisset propositum de non iteranda eadem animi aegritudine proli, quae fortasse enata foret ex proprio futuro matrimonio.

Utrumque antequam incurreret in Conventam, Actor saltem tres relationes, more uxorio, coluerat quae ad tempus tantum perduraverant, quamvis rupturae semper locum habuissent impulsu illarum mulierum.

Attamen, quod attinet ad «causam simulandi remotam» proprie quoad hanc speciem simulationis consensus, animadvertendum est nihil omnino constare ex vadimoniis de iis quae actor sentiebat di instituto divortii: quod mirandum est si ipse reapse exclusivisset indissolubilitatem vinculi, cum tempore quo matrimonium celebratum est, divortium in Italia iam a multis annis vigeret!

20. Utrumque, Nostro in casu, animadvertendum est in nullo vadimonio aliquid innui de viri serio dubio de exitu futuri matrimonii. Ideoque deest «causa simulandi proxima», quae «psychologica» maximi momenti fuisset ut erronea notio de matrimonio a viro applicaretur proprio matrimonio concreto, saltem si ageretur de exclusionem indissolubilitatis «sub forma condicionata vel hypothetica».

Actor enim ne innuit quidem hanc quaestionem.

Conventa autem et testes, dum asserunt felicem et sine alterationibus fuisse consuetudinem praenuptialem, declarant nullum dubium patefactum esse ab actore tempore praenuptiali.

Conventa enim de tempore praenuptiali asserit: «Eravamo tantissimo affiatati... Quando ci siamo sposati, nemmeno Pietro aveva avanzato dei timori».

Inter testes, Bruno, amicus Actoris, animadvertit: «Durante il periodo di “fidanzamento” sembrava che tutto fosse normale...».

Non sono a conoscenza di momenti di tensione tra i due, durante il fidanzamento... Pietro non mi confidò timori per la riuscita della futura vita coniugale».

Non aliter dicit ipsa mater Actoris: «Non ho notato momenti di tensione tra i due durante il brevissimo periodo prematrimoniale». «Prima del matrimonio sembravano felici». «Non ricordo che [Pietro] mi abbia manifestato timori per la riuscita della futura vita coniugale».

Ioannes, amicus Actoris, confirmat: «Prima del matrimonio i giovani sembravano normalmente legati e affettuosi tra loro». «Presumo che Pietro sia arrivato al matrimonio perché era proprio innamorato di questa ragazza».

Andreas, amicus Actoris «da sempre», firme declarat: «Penso che i due si amassero veramente. Non notai tensioni tra di loro durante il fidanzamento». «Fui io a metterlo all'erta sulla riuscita della futura vita coniugale, ma lui era bruciato dal suo entusiasmo».

Etiam Paula, filia partis conventae, inspexerat: «La mamma e Pietro erano veramente innamorati, lo si vedeva... Durante il fidanzamento non mi sono accorta di nessun momento di tensione tra mamma e Pietro». «Quando cominciarono a parlare di matrimonio, erano ambedue entusiasti».

Denique mater Conventae asserit: «Il periodo del fidanzamento trascorse felice e sereno... A mio parere, Monica e Pietro si amavano veramente... Non ho colto alcun momento di tensione tra i due durante il fidanzamento». «Non mi sono accorta che [Pietro] avanzasse timori per la riuscita della futura vita coniugale».

21. Utcumque praecipua difficultas ad declarandam nullitatem matrimonii etiam quoad hanc formam simulationis consensus consistit in totali defectu probationis positivi actus voluntatis de reapse esclusa indissolubilitate ex parte viri.

Mirandum in modum, enim, Actor, dum in litteris diei 29 octobris 1999, in quibus instantiam proposuerat ut causa, tamquam in prima instantia, pertractaretur etiam ex capite exclusionis indissolubilitatis sua ex parte, explicite asserens suam positivam exclusionem huius proprietatis essentialis et quidem propter adaequatas rationes, scilicet: «per motivi ideologici e per motivi pratici», in vadimonio diei 9 octobris 2000, generico tantum sermone asserit: «Io ritenevo inconcepibile l'indissolubilità del vincolo... Il motivo

di fondo della esclusione dell'indissolubilità stava nel fatto che io non ero assolutamente credente. A questo si aggiunge che allora avevo una concezione della vita priva di legami perenni o definitivi».

Ex relatis viri asseverationibus enim Petrus dicit de sua erronea notione de matrimonio, potius quam de positiva esclusione indissolubilitatis.

Utrumque Conventa negat quamlibet « confessionem extraiudiciale praenuptialem » sibi factam esse ab Actore: « Pietro, prima del matrimonio, non si è mai espresso circa l'indissolubilità... Non ha mai espresso le sue convinzioni in merito ».

Pariter testes, qui iterum excussi sunt quando causa pertractabatur coram N.A.T., quamvis auxilium praebere velint Actori ad obtinendam declarationem nullitatis matrimonii a Tribunale Ecclesiastico, ideoque aliquam opinionem promant de eius intentione contra vinculi indissolubilitatem, admittunt reapse Petrum numquam intentionem patefecisse de esclusa a se indissolubilitate

Mater Actoris enim, quamvis asserat: « Mio figlio non credeva nell'indissolubilità del matrimonio... Ha preso il matrimonio come un gioco... Non accettava l'indissolubilità del vincolo », tandem omnino delumbat commemoratas declarationes, cum explanet: « Mio figlio non ha mai manifestato apertamente il suo pensiero circa l'esclusione dell'indissolubilità. In mia presenza non ha mai trattato questo argomento ».

Etiam testis Bruno omnino incongruenter dicit de Nostra quaestione. Nam antea asserit: « Avranno accettato l'indissolubilità del vincolo di fronte al parroco, ma non so quanto fossero convinti di questo... Non so se abbiano mai affrontato il discorso dell'indissolubilità, anzi penso che non si siano mai posti il problema »; sed statim, mirandum in modum, addit: « Io porrei come paletto alla base dell'esclusione dell'indissolubilità da parte di Pietro la sua preparazione religiosa di allora. Era portato a fare una cosa, sapendo poi che all'occorrenza in qualche modo si sarebbe aggiustata »!

Ioannes referre videtur tantum proprias opiniones: « Penso che Pietro non avesse alcun tipo di convincimento circa l'indissolubilità. Nel periodo giovanile Pietro, vista anche l'esperienza dei suoi genitori divorziati, aveva sempre espresso la sua idea che il matrimonio indissolubile per lui non era una meta ed una scelta di vita ». « Credo che Pietro escludesse l'indissolubilità per la sua particolare

natura libera ed istintiva. Presumo che vedesse il matrimonio come un legame restrittivo che lo avrebbe limitato nella sua libertà di azione. Non abbiamo mai approfondito questo argomento».

Fortasse congruentius est vadimonium Andree: «Prima del matrimonio non ho mai sentito alcuna delle parti esprimere la propria concezione circa l'indissolubilità del matrimonio stesso». Consequenter: «Non avendone mai parlato, non so quali fossero i motivi posti alla base di una eventuale esclusione dell'indissolubilità da parte di Pietro».

22. Cum nullo modo probetur exclusio indissolubilitatis per positivum actum voluntatis ex parte Actoris, inutilis fit ulterior pertractatio de nullitate matrimonii sub hoc capite.

Utcumque etiam quoad assertam exclusionem indissolubilitatis ex parte viri circumstantiae exstant, quae potius refellunt thesim Actoris. Nam:

a) amicus Andreas, sicut iam supra rettulimus, efficaciter effingit peculiarem condicionem psychologiam viri, imminentibus nuptiis, ita ut omnino improbabilis esset exclusio indissolubilitatis: «Pietro mi parlava della relazione con Monica con l'entusiasmo di sempre... Più che Pietro stesso, fui io a metterlo all'erta sulla riuscita della futura vita coniugale, ma lui era bruciato dal suo entusiasmo»;

b) fere duobus annis transactis post nuptias celebratas, vir felix fuit propter nativitatem filioli: quod necessario firmius reddebat vinculum cum Conventa;

c) quamvis post aliquot annos vir aliquas relationes extrconiugales intexisset, concrete non egit de obrumpendo vinculo cum Conventa;

d) quamvis convictus coniugalis iam concorditer non procederet, vir reapse propositum non maturavit valedicendi Conventae. Immo pluries partes ad reconciliationem devenerunt;

e) denique convictus coniugalis intolerabilis factus est praecipue propter agendi rationem viri, qui graviter inciderat in s.d. «droga», ita ut tandem ipsa mulier decrevisset de obruncando convictu coniugali. Uti patet tamen agitur de quaestionibus, quae exortae erant tantum ultimis annis vitae coniugalis, et quae omnino inopinabiles erant tempore quo matrimonium celebratum est.

23. Quibus omnibus tam in iure quam in facto perpensis, Nos infrascripti Patres Auditores de Turno sententiamus ad dubia pro-

posita respondentes: *Negative, seu non constare de matrimoniis nullitate, in casu, ex ullo capite adducto.*

Romae, in sede Rotae Romanae Tribunalis, die 25 iulii 2002.

Ioannes Baptista Defilippi, Ponens
Robertus M. Sable
Aegidius Turnaturi

L'assenza di volontà matrimoniale tra simulazione totale ed incapacità.

1. *Difficoltà relative alla figura della radicale mancanza del consenso matrimoniale.*

Sostenere che il principio consensuale (*matrimonium facit partium consensus* ⁽¹⁾) è il fulcro di tutto il sistema matrimoniale canonico, significa tra l'altro, che la definizione di ciò che è il consenso determina sia le condizioni per la nascita del vincolo coniugale, sia, negativamente, quando esso non può sorgere proprio perché non c'è consenso matrimoniale. È ovvio che se manca completamente l'atto consensuale sul matrimonio, il legame coniugale non può nascere e la celebrazione è nulla ⁽²⁾. Eppure stabilire quale sia stata la causa specifica della nullità in tale caso, non è semplice. La sentenza in epigrafe ci riporta per l'appunto una situazione nella quale, almeno apparentemente, non si verifica un atto positivo di volontà contrario la matrimonio. Nel presente commento intendiamo prendere spunto proprio di essa per mostrare come un importante settore dottrinale e soprattutto la giurisprudenza rotale veda possibile ricondurre tale fattispecie alla simulazione totale del consenso, e ciò perché l'atto simulatorio non si limita alla sola *voluntas simulandi*, ma include anche la sottospecie della *simulatio voluntatis*, come si vedrà più avanti.

Una delle possibilità per dare un *nomen iuris* alla mancanza assoluta del consenso sarebbe considerare che in tale circostanza si dia la simulazione totale. Per alcuni autori, la verifica in tali casi del

⁽¹⁾ Cf. can. 1057 § 1 CIC 1983.

⁽²⁾ Se non c'è l'atto di donazione ed accettazione tra gli sposi nella loro dimensione coniugale, come si raccoglie giustamente nel n. 4 della sentenza sopra riportata, non c'è matrimonio.

cosiddetto atto positivo di volontà di esclusione del matrimonio richiesto *ex can.* 1101 § 2 del CIC del 1983, è diventata un'impresa problematica. Come dimostrare che si oppone con un atto positivo di volontà al matrimonio chi non ha alcuna intenzione di sposarsi eppure decide di celebrare il matrimonio davanti alla Chiesa? ⁽³⁾ A nostro avviso, la chiave di volta per una comprensione della simulazione — anche di quella totale — del consenso ci viene data appunto dal concetto di *actus positivus voluntatis*, sul quale abbiamo perciò voluto incentrare il nostro commento. In questa sede intendiamo considerare alcuni dei punti in discussione e offrire riflessioni che possano contribuire a trovare delle valide risposte.

Alcuni autori riconoscono l'atto positivo di esclusione nel fatto di cercare *positivamente* una finalità diversa del matrimonio, che è caratteristica della simulazione totale ⁽⁴⁾. In altri casi, sembra accettarsi la possibilità di un atto positivo « presunto » quando ci sono credenze erranee che incidono non solo sul giudizio speculativo, ma anche sul giudizio pratico (*iudicium ultimum practicum*) ⁽⁵⁾. Per altri autori, l'esigenza dell'atto positivo di volontà in casi di mancanza del consenso è diventata una difficoltà insolubile. Così sono giunti alla convinzione della mancanza di una norma canonica adatta ad inquadrare le situazioni di completa assenza di volontà

⁽³⁾ Un esempio, seppur assai semplificato, ci viene presentato nella seguente ipotesi riportata da R. AHLERS, *Die Totalsimulation*, in AA.VV., *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio*, Pamplona, 2000, p. 1149: il signore X e la signora Y si conoscono fin da piccoli. Finiti gli studi superiori instaurano una convivenza, con l'interesse di non restare da soli e soddisfare in modo egoistico le loro necessità nella sfera affettiva e sessuale. Passando gli anni il rapporto resta qualcosa di rutinario. Convinti da alcuni loro amici, decidono di contrarre matrimonio in Chiesa per *legalizzare* la loro situazione, ma con l'intenzione di non cambiare nulla nel loro rapporto. Non volevano il matrimonio, ma non c'è stato alcun atto interno di rifiuto di esso. Dopo poche settimane chiedono la separazione e poi la nullità. Altre fattispecie di assenza del consenso sono state esemplificate in E.F. REGATILLO, *Casos canónico-morales*, vol. II, Santander, 1958, pp. 658-659.

⁽⁴⁾ Cf. H. HEIMERL-H. PREE, *Kirchenrecht. Allgemeine Normen und Eherecht*, Wien-New York, 1983, p. 224, citato da R. AHLERS, *Die Totalsimulation*, cit., p. 28. Come faremo notare più avanti (cf. nota 60), anche l'*in iure* della sentenza che abbiamo preso come spunto del commento sembra far leva soprattutto su questo aspetto: cf. sent. c. Defilippi, 25-VII-2002, n. 9.

⁽⁵⁾ In questa linea sembra collocarsi l'argomentazione della celebre sentenza sugli « hippies », c. Stankiewicz, 23-VII-1982, in RRDec., vol. LXXIV, pp. 421-432. Cf. anche A. STANKIEWICZ, *De simulatione totali*, in « Periodica », 72 (1983), pp. 129-140.

matrimoniale⁽⁶⁾. Sarebbe del tutto impossibile parlare di atto positivo di volontà in tale ipotesi, poiché non si esclude in modo esplicito il matrimonio. Si lamenta perciò il fatto che il can. 1101 del CIC abbia accolto acriticamente i termini del can. 1086 del vecchio Codice, mentre la prassi giudiziaria si vede costretta a *chiudere un occhio* davanti al testo normativo per poter misurare la realtà. Non potendosi applicare l'esclusione del matrimonio con atto positivo di volontà (can. 1101 § 2) come fondamento di diritto di una nullità che è palese, si vede la necessità di cercare altre vie di uscita⁽⁷⁾.

Una soluzione si troverebbe nel far ricorso al can. 1057 § 2, che definisce proprio l'oggetto del consenso matrimoniale⁽⁸⁾. In questa linea sembrano collocarsi diversi autori di ambito tedesco come Lüdicke, Reinhardt, Schwendenwein e Weber⁽⁹⁾. Altri cercano addirittura di fondare una tale nullità sul can. 1099 CIC sull'errore determinante, non in riferimento ad una proprietà o elemento essenziale del matrimonio, ma al matrimonio stesso⁽¹⁰⁾.

Ci sarebbero, d'altra parte, certe ipotesi in cui la mancanza assoluta del consenso potrebbe essere attribuibile ad una «incapacità di volere». È stata avanzata così l'ipotesi di riferire le nullità per mancanza assoluta di consenso al can. 1057 § 2, muovendo però dalla problematica che riguarda la mancanza di libertà interna. Per taluni autori una mancanza assoluta di volontà matrimoniale (qualiasi ne fosse la causa) potrebbe essere considerata autonomamente, riferendo il capo di nullità direttamente al c. 1057 del CIC 1983⁽¹¹⁾.

(6) Cf. R. AHLERS, *Die Totalsimulation*, cit., p. 1153.

(7) Cf. *Ibidem*, p. 1155.

(8) «Consensus matrimonialis est actus voluntatis, quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium».

(9) Cf. K. LÜDICKE, *Münsterischer Kommentar zum CIC*, 1101, 4; J.F. REINHARDT, *Entsprechen Konsensanforderung (c. 1057) und Konsensmängel (cc. 1095-1103) einander?*, in «De Processibus Matrimonialibus», 2 (1995), p. 80; H. SCHWENDENWEIN, *Das neue Kirchenrecht*, Graz-Wien-Köln, 1984, p. 385; M. WEBER, *Die Totalsimulation. Eine Untersuchung aufgrund der Rechtsprechung der Römischen Rota*, Münster, p. 32. Citati da R. AHLERS, *Die Totalsimulation*, cit., p. 1148-1149.

(10) Ciò sembra suggerire R. AHLERS, *Die Totalsimulation*, cit., p. 1153.

(11) J.J. GARCÍA FAÏLDE, *La libertà psicologica e il matrimonio*, in AA.VV., *L'incapacità di intendere e di volere nel diritto matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 2000, pp. 44-45: «l'ipotesi autonoma di "mancanza di libertà interna", che sarà quella proveniente da disturbi psichici che colpiscono solamente la volontà mantenendo l'intelletto intatto nella sua capacità deliberativa sarà necessario fondarla sul canone 1057, cioè sarà

Così « si potrebbe individuare un *capo autonomo di nullità* costituito soltanto dall'incapacità di volere, cioè dalla mancanza di libertà interna, non proveniente dalla mancanza di deliberazione. E ciò prescindendo dal fatto che il difetto di consenso, come atto di volontà, rientri o non rientri, in tale caso, in una delle tre ipotesi legali del canone 1095 »⁽¹²⁾. È risaputo che la giurisprudenza rotale considera la figura della mancanza di libertà interna sotto il capo dell'incapacità per grave difetto di discrezione di giudizio (can. 1095 n. 2)⁽¹³⁾. Perciò questa nuova proposta appare, sotto questo aspetto, non solo problematica, ma come vedremo, anche superflua, poiché in sede giurisprudenziale sono già state offerte delle valide risposte.

2. *L'atto positivo di volontà nella simulazione totale del consenso.*

Per la prova della fattispecie simulatoria è stato richiesto esplicitamente, già dal CIC 1917, *l'actus positivus voluntatis* con-

necessario considerarla come mancanza degli aspetti volitivi di questo atto di volontà che è il consenso matrimoniale, indipendentemente dagli aspetti intellettivi».

⁽¹²⁾ *Ibidem*, p. 44. Eppure ci sembra che il modo in cui questo autore risolve la questione è anche in rapporto diretto con il concetto di discrezione di giudizio dal quale muove la sua analisi: in effetti, nel separare deliberazione (giudizio pratico) e volizione, come momenti diversi e separabili dell'atto di scelta, colloca le anomalie della sola volontà fuori della funzione discretiva, contrariamente alla prassi giudiziaria della Rota Romana, fondata su una visione tomista dell'atto umano, come si esprime chiaramente in una sent. c. Stankiewicz, 24-VII-1997: «Gravitas defectus discretionis ponderari solet tum in ordine obiectivo, habita nempe ratione gravitatis essentialium iurium officiorumque matrimonialium cum quibus functiones intellectivae volitivae et affectivae nupturientis debitam servare debent proportionem, tum in ordine subiectivo et personali, id est habita ratione gravitatis ipsius perturbationis, seu laesionis facultatum psychicarum, quae ad formationem consensus matrimonialis concurrunt. Perspectis igitur elementis constitutivis discretionis iudicii, gravis eius defectus consistere potest solummodo in substantiali laesione facultatis cognoscitivae, criticae, aestimativae, deliberativae et electivae, pro rata parte cum iuribus et officiis matrimonialibus essentialibus mutuo tradendis et acceptandis, scilicet in contextu mutuae contrahentium donationis et acceptationis (can. 1057, § 2; coram infr. Ponente, decisio diei 28 maii 1991, cit., p. 345, n. 6)». Sent. c. Stankiewicz, 24-VII-1997, n. 8, in RRDec., vol. LXXXIX, p. 640.

Non ci soffermiamo in questa sede su tale problematica, la quale richiederebbe approfondimenti che esulano l'intento del presente commento, incentrato sull'assenza del consenso matrimoniale.

⁽¹³⁾ La questione è stata, tra altre, oggetto dello studio di E.J. BALAGAPO, *Lack of Internal Freedom and its Relations with Simulation and Force & Fear*, Roma, 2002; si vedano specialmente le pp. 174-205 e 245 ss. Si tratta di una tesi di dottorato in Diritto canonico.

trario alla manifestazione esterna del consenso, la quale godeva del favore della presunzione stabilita nel primo paragrafo dello stesso can. 1086⁽¹⁴⁾. L'attuale canone 1101 del CIC 1983 ha accolto senza modifiche sostanziali la norma precedente⁽¹⁵⁾. Oggi, la necessità della concretizzazione del fatto simulatorio — sia totale che parziale — nell'atto positivo di volontà, è una certezza acquisita in ambito giurisprudenziale⁽¹⁶⁾. Ma la questione importante rimane quella di interpretare tale requisito d'accordo con la realtà del principio consensuale, poiché, come dicevamo all'inizio di queste righe esiste un legame sostanziale tra ciò che è il consenso che costituisce il matrimonio e la verifica del consenso falso⁽¹⁷⁾.

Le origini di tale concetto (cioè l'*actus positivus* contrario al matrimonio o ai suoi elementi essenziali) non si trovano nelle fonti del canone 1086 del Codice Piano Benedettino citate da Gasparri. Sembra ormai fuori dubbio che sia stato proprio lui ad introdurlo

(14) Mentre nel primo paragrafo di questo canone si dichiarava che «*Internus animi consensus semper praesumitur conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis*», nel secondo si prevedeva che «*si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum, aut omne ius ad coniugalem actum, vel essentialem aliquam matrimonii proprietatem, invalide contrahit*».

(15) Sono variate alcune poche espressioni, ma si mantiene il tenore del canone precedente. Can. 1101 «*§ 1 Internus animi consensus praesumitur conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis; § 2 At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum vel matrimonii essentialia aliquid elementum, vel essentialia aliquam proprietatem, invalide contrahit*». Sostanzialmente identico appare il can. 824 del CCEO.

(16) Cf. A. STANKIEWICZ, *Concretizzazione del fatto simulatorio nel «positivus voluntatis actus»*, in «*Periodica*» 87 (1998), p. 286. Inoltre, il Romano Pontefice lo ha ribadito a più riprese in recenti discorsi alla Rota: «sarebbe grave ferita inferta 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"». GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 29-I-1993, n. 7, in AAS, vol. 85 (1993), p. 1259. La sentenza, nel n. 7, riporta le parole del discorso dell'anno 2000: «la tradizione canonistica e la giurisprudenza rotale, per affermare l'esclusione di una proprietà essenziale o la negazione di un'essenziale finalità del matrimonio, hanno sempre richiesto che queste avvengano con un positivo atto di volontà». IDEM, *Discorso alla Rota Romana*, 21-I-2000, n. 4, in AAS, vol. 92 (2000), p. 352.

(17) Cf. J. HERVADA, *La simulación total*, in *Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-1991)*, vol. I, Pamplona, 1991, p. 239: esiste infatti un'interdipendenza interna tra il canone che definisce il consenso vero e quello che descrive quello simulato.

nel primo Codice della Chiesa⁽¹⁸⁾, avendolo prima incorporato al suo *Tractatus* sul matrimonio del 1891⁽¹⁹⁾. Fedele attribuisce la paternità dell'espressione al Sánchez⁽²⁰⁾, e questa sembra essere stata adoperata anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza precedenti al Codice del 1917⁽²¹⁾.

Nelle fonti del can. 1086 del CIC 1917⁽²²⁾ si fa riferimento sia alle condizioni contro la sostanza del matrimonio, sia all'assenza di volontà matrimoniale. La stessa *costruzione* della condizione

⁽¹⁸⁾ Poiché con ogni probabilità è stato lui ad occuparsi della stesura del primo schema *De Matrimonio*, mentre nei *vota* sul consenso incaricati dalla Commissione Codificatrice a Palmieri e De Becker non viene fatto riferimento all'*actus positivus*. Sul processo di codificazione del 1917, cf. lo *Studio Introduttivo* dell'opera di J. LLOBELL-E. DE LEÓN-J. NAVARRETE, *Il Libro «De Processibus» nella codificazione del 1917*, Milano, 1999, pp. 17-86.

⁽¹⁹⁾ Cf. P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. II, Parisiis 1891, n. 794, p. 23.

⁽²⁰⁾ T. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento disputationum*, lib. I, disp. IX, nn. 1-2, citato da P. FEDELE, *L'Essenza del matrimonio*, in AA.VV., *Studi sul matrimonio canonico*, Roma, 1982, pp. 121-122, dove si afferma che «non sarebbe azzardato ravvisare la genesi del *positivus voluntatis actus* del can. 1086 § 2, nell'espressione *actus positivus* usata da Sanchez per significare l'esistenza di un *animus se non obligandi* in contrapposizione alla mancanza di un *animus se obligandi*».

⁽²¹⁾ Già nelle prime sentenze della Rota — dopo il suo restauro nel 1908 — compare l'espressione: cf. sent. C. Many, 11-I-1911, in SRRDec., vol. III, pp. 16-17; c. Sebastianelli, 17-II-1914, in SRRDec., vol. VI, p. 58; c. Sebastianelli, 17-VII-1917, in SRRDec., vol. XI, p. 162, citate da A. STANKIEWICZ, *Concretizzazione del fatto simulatorio nel «positivus voluntatis actus»*, cit., p. 267. Occorre in ogni caso chiarire che la seconda delle sentenze cita proprio il *Tractatus* del Gasparri, mentre la terza fa diretto riferimento al can. 1086 § 2 del CIC 1917.

⁽²²⁾ C. 26 X, *De sponsalibus et matrimoniis*, IV, I; c. 7, X, *De conditionibus appositis in desponsatione vel in aliis contractibus*, IV, 5; Pius IX, *Syllabus errorum*, prop. 73.

S.C.S Off, 2-XII-1680 (Bosniae); 23-VII-1698, ad I, 2 (Mission. Capuccin.); 22-VII-1840, ad 2 (Promont. Bonae Spei); Instr. 6-IV-1843 ad Vic. Ap. Oceaniae; 11-XII-1850, ad 25, 26 (Vic. Ap. Sandwic.); 19-VIII-1857, ad I, 5 (Tahiti); Instr. 28-III-1860, n. 6 et Instr. 22-VIII-1860, ad Vic. Ap. Gallas; Instr. 20-VI-1866, pro Vic. Ap. ad Gallas, ad 25; 11-III-1868, ad 2 (Iaponiae); Instr. 18-XII-1872, ad Vic. Ap. Oceaniae Central.; Instr. 9-XII-1874 ad Ep. S. Alberti, nn. 8, 9; Instr. 24-I-1877, ad Ep. Nesquallien., n. 3; 29-XI-1882 (Mongoliae); 4-II-1891, ad Vic. Ap. Iaponiae Merid.; 18-V-1892, Siouxormen. S.C.C., 6-III-1720 et 8-VII-1724, *Ulixbonen*; 19-VIII-1724 et 9-VI-1725, *Mutinen*; 19-VIII-1730 et 10-III-1731, *Compostellana*; 9-VII-1757, 13-XII-1757 et 28-I-1758, *Capuana seu Calven*; 2-V-1868 et 19-VIII-1868, *Pisana*; 31-I-1891, *Parisien*. S.C. de Prop. Fide, Instr. 1-X-1785, ad Vic. Ap. Contstantinop.

contro la sostanza del matrimonio, venne applicata da Gasparri al fenomeno della simulazione parziale, nel quale si poteva riscontrare *quidem intentio contrahendi*, e al contempo un'intenzione positiva (*non interpretative tantum sed positive in mente sua*) *sese non obligandi aliquo modo* ⁽²³⁾. È da notare però, che Gasparri non usa l'espressione *atto positivo di volontà* per spiegare il fenomeno della simulazione totale, ma in riferimento all'esclusione di una proprietà. Quando invece descrive la simulazione totale, parla piuttosto di *non habere intentionem contrahendi* ⁽²⁴⁾.

L'*atto positivo di volontà* della simulazione — sia totale che parziale — è stato spesso interpretato dalla dottrina e dalla giurisprudenza posteriore al CIC del 1917 alla stregua della costruzione fatta da Gasparri per la simulazione parziale, vale a dire, quella proveniente dalla struttura della condizione ⁽²⁵⁾: come atto parallelo e di senso contrario all'atto di volontà matrimoniale; come se esistessero due atti di volontà formalmente diversi, uno diretto alla celebrazione del matrimonio, l'altro di esclusione degli effetti di tale atto, che cancellerebbe il primo ⁽²⁶⁾. Nella stessa linea si pone

⁽²³⁾ Cf. P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. II, Romae 1932, n. 825, p. 44. Già nella prima edizione del suo trattato aveva spiegato il fenomeno della simulazione parziale come il gioco di due volontà. IDEM, *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. II, Parisiis, 1891, n. 802, p. 30: «In casu sunt duo voluntatis actus positivi et contrarii; contrahens enim vult matrimonium, quia vult contrahere, et simul non vult, excludens illud ius eiusdemve essentiali proprietatem. Hic posterior voluntatis actus priorem destruit vel, si mavis, ii duo contrarii positivi voluntatis actus mutuo se elidunt, et ita ipse nil vult, ideoque plane deest matrimonialis consensus».

⁽²⁴⁾ P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. II, Romae, 1932, n. 814, p. 36: «Fictio seu simulatio consensus matrimonialis tunc verificatur, quando contrahens externe quidam verba consensum exprimentia serio rite proferi, sed interne illum non habet». In questo senso si esprime chiaramente Hervada affermando che per Gasparri «la idea de simulación propriamente dicha o simulación total, que “certe contractum irritat”, está tipificada por “non habere intentionem contrahendi”. Sólo se habla de una expresa exclusión en el caso de la simulación parcial». J. HERVADA, *La simulación total*, cit., pp. 275-276.

⁽²⁵⁾ Cf. R. AHLERS, *Die Totalsimulation*, cit., p. 1154.

⁽²⁶⁾ In questo senso, autori come A. DE SMET, *Tractatus teologico-canonicus de sponsalibus et matrimonio*, Brugis, 1927, n. 533, p. 467; J.M. MANS PUIGARNAU, *El consentimiento matrimonial*, Barcelona 1956, p. 141. Tra gli autori italiani, si possono annoverare M. CONTE A CORONATA, *De sacramentis tractatus canonicus*, vol. III, *De matrimonio et sacramentalibus*, Taurini, 1948, p. 615, e soprattutto O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano, 1950, p. 65. Tutti citati da J. HERVADA, *La simulación total*, cit., pp. 242-243.

la dottrina sulla *intentio praevalens*, ossia la prevalenza della volontà specifica su quella generale di contrarre⁽²⁷⁾. Più di recente si afferma che «il requisito dell'atto positivo di volontà determina in modo netto l'essenza e i limiti della simulazione totale. Perché si verifichi questa, occorre che il nubente abbia avuto due volontà contemporaneamente: la volontà di dar vita all'apparenza del matrimonio e la volontà di escludere che da quella celebrazione nascano conseguenze. Entrambe tali volontà (...) debbono essere chiare al soggetto, in modo che egli ne sia pienamente cosciente»⁽²⁸⁾. Secondo questi autori non basta la semplice assenza della *voluntas contrahendi* perché ci sia la simulazione totale, ma occorre un atto interno e attuale di volontà contrario alla manifestazione esterna del consenso diretto ad escluderne gli effetti.

Nei casi in cui manchi assolutamente la volontà matrimoniale, questa spiegazione non solo appare insufficiente per risolvere la questione, ma rappresenta un ostacolo per capire complessivamente il meccanismo della simulazione totale, soprattutto lì dove apparentemente non c'è un atto di espressa opposizione al matrimonio⁽²⁹⁾. Ci sono situazioni infatti, simili a quella esposta nella sentenza in epigrafe, in cui il nubendo non ha alcuna *intentio contrahendi*, cioè non intende nel modo più assoluto vincolarsi coniugalmente alla persona con la quale, ad esempio, ha convissuto per

(27) La dottrina sulla presunzione di una volontà generale prevalente di contrarre secondo il disegno divino è stata formulata da Prospero Lambertini: cf. BENEDICTO XIV, *De synodo dioeclesana libri tredecim*, T. 2, L. 13, c. 22, n. 7. Per rendere nullo il matrimonio si doveva richiedere una volontà contraria e prevalente sulla volontà generale. Su questa dottrina in seguito alla codificazione del 1917, cf. F. BERSINI, *Il nuovo diritto canonico matrimoniale*, Torino, 1983, p. 93, con la bibliografia ivi citata.

(28) M.F. POMPEDDA, *Annotazioni sul diritto matrimoniale nel nuovo Codice canonico*, in *Studi di diritto matrimoniale*, Milano, 1993, p. 240. Cf. sent. c. Pompedda, 9-V-1970, n. 2, in SRRDec., vol. LXII, p. 476.

(29) Come giustamente segnala Hervada, se si capisse la simulazione come gioco di due volontà contrapposte, la presunzione stabilita nell'attuale can. 1101 § 1 diverrebbe *iuris et de iure* poiché basterebbe una volontà rivolta al segno esterno per considerare sposate le persone, indipendentemente che ci fosse un atto di volontà matrimoniale: cf. J. HERVADA, *La simulación total*, cit., p. 286. Nello stesso senso, M.A. ORTIZ, *En torno al acto positivo de voluntad y la simulación total del consentimiento*, in AA.VV., *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio*, cit., p. 1161, il quale aggiunge che se le cose fossero così, la semplice assenza di volontà coniugale, insieme alla volontà di consentire *ore tantum seu verbis* ma senza un «no» simultaneo non renderebbe il matrimonio nullo per simulazione.

anni, e non la accetta se non come *convivente*, e che acconsente ad una celebrazione matrimoniale (forse ad istanze dell'altra parte o dei familiari) che veramente non cambi nulla nei loro rapporti. Eppure proprio perché non sembra esserci un atto contrario al matrimonio, un atto cioè opposto alla dichiarazione esterna del consenso, pare impossibile riscontrare l'esistenza dell'*atto positivo di volontà*.

È questo il problema che si pongono alcuni autori, a cui abbiamo precedentemente accennato, e che è stato occasione per la ricerca di altre soluzioni al di fuori della simulazione. Tale posizione è comprensibile perché la questione è irrisolvibile se si resta all'interno dell'impostazione delle «due volontà contrapposte». In ambito giurisprudenziale tre sono i requisiti per provare la verifica della positività dell'atto: a) volontarietà (*voluntas*); b) transito all'azione (*actus*); c) positività di tale atto (*positivus, non negativus*): «*velle non*», *non vero* «*nolle*»⁽³⁰⁾. Con simili espressioni si riportano nella sentenza: «dicendus est "positivus" ille actus voluntatis, quando est revera positus, et quidem utpote "actus humanus", seu deliberate procedens ab intellectu et voluntate; positus modo "actuali" vel saltem "virtuali" tempore nuptiarum, ita ut efficaciter conexus sit cum consensu, cuius obiectum substantialiter determinat; et "firmus", ita ut matrimonium contrahatur iuxta illam determinationem et non aliter»⁽³¹⁾. Il vero problema non è tanto quello di definire l'intensità dell'atto di volontà in quanto «positivo», ma piuttosto capire il suo rapporto con l'atto del consenso matrimoniale.

⁽³⁰⁾ Cf. A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia recentiore circa simulationem totalem et partialem*, (cc. 1101, § 2 CIC; 824, § 2 CCEO), in «Monitor Ecclesiasticus», 122 (1997), pp. 218-219.

⁽³¹⁾ E prosegue: «Aliis verbis, "è imprescindibile l'esistenza di un 'actus elicitus', cioè uscito, per così dire, dalla sfera meramente intellettuale per farsi volizione e concretarsi nel fatto" (E. GRAZIANI, *Mentalità divorzistica ed esclusione dell'indissolubilità del matrimonio*, Ephem. Iuris Canonici, XXXIV [1978], I-II, p. 26)». Sent. c. Defilippi, 25 luglio 2002, n. 7. Questa dimensione dell'atto di volontà escludente, sulla quale non ci intrattiamo in questa sede, è stata studiata in modo esauriente da Z. Grocholewski, in due suoi scritti: la monografia, *De exclusione indissolubilitatis ex consensu matrimoniali eiusque probatione. Considerationes super recentiores sententias rotales*, Napoli, 1973, pp. 55-100 e l'articolo *Positivo l'atto di volontà come causa di nullità del matrimonio secondo il can. 1101 § 2 del nuovo Codice*, in AA.VV., *Questioni canoniche. Miscellanea in onore del Professore P. Esteban Gomez*, O.P., Milano, 1984, pp. 251-266.

Come abbiamo accennato dall'inizio, va ricordato innanzitutto la stretta correlazione esistente tra i cann. 1057 e 1101 del CIC, e pertanto la necessità di misurare la fattispecie della simulazione d'accordo con la definizione del consenso, come giustamente è stato indicato da diversi autori⁽³²⁾, poiché «mentre il c. 1057 definisce il vero consenso, il can. 1101 scopre il falso. L'esegeta deve muovere da questa intima simmetria tra i due precetti e risolvere i problemi di interpretazione del can. 1101 sempre alla luce del can. 1057»⁽³³⁾. Perciò nel consenso valido, così come viene delineato dal can. 1057 § 2, non vi sono due atti di volontà, uno di sposarsi e un altro di compiere il rito, ma un unico atto di volontà che *si manifesta esternamente* mediante il segno nuziale⁽³⁴⁾. Nel consenso simulato c'è una divergenza, una vera scissione, tra realtà e apparenza che non si verifica tra due volontà che si trovano allo stesso livello, e si annullano a vicenda, ma tra la realizzazione del segno nuziale esterno e una volontà interna che non è la donazione coniugale. Si rompe quell'unitarietà tra volontà interna e dichiarazione esterna che è propria del patto nuziale⁽³⁵⁾. Quando la simulazione è totale, manca completamente la *voluntas contrahendi*, mentre il soggetto ha come unica ed esclusiva volontà quella di porre in atto il segno esterno, che rimane proprio pura esteriorità (e pertanto falsità), qualcosa di vuoto poiché non veicola il consenso matrimoniale⁽³⁶⁾.

(32) J. HERVADA, *La simulación total*, cit., p. 239; P.-J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale. Tecniche di qualificazione e di esegesi delle cause canoniche di nullità (cc. 1095-1107 CIC)*, Milano 2000, p. 298 e ss.

(33) P.-J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 298.

(34) Sulla teoria dei segni e la funzione del segno nella costituzione del matrimonio, cf. J. HERVADA, *La simulación total*, cit., pp. 246-248. Nello stesso senso, cf. M.A. ORTIZ, *En torno al acto positivo de voluntad y la simulación total del consentimiento*, cit., pp. 1162-1163.

(35) Unitarietà che viene chiaramente ribadita nella sentenza c. Defilippi, 25-VII-2002, n. 6: «Ad matrimonium contrahendum tamen non sufficit mera interna voluntas uniuscuiusque ex contrahentibus, sed requiritur "pactum nuptiale", seu realitas consensualis unitaria. Scilicet: ut nubentium auto-donatio mutua sit, seu inter hunc virum et hanc mulierem, necesse est ut eorum voluntas coniugalis iuxta legitimam formam manifestetur per verba vel externa signa».

(36) Anche nella sentenza si parla della simulazione totale come quell'atto di volontà che consiste nella semplice adesione alla cerimonia esterna senza alcuna intenzione interna di vincolarsi coniugalmente: cf. sent. c. Defilippi, 25-VII-2002, n. 9.

Nel caso riportato poc'anzi, il soggetto vorrebbe solo ed esclusivamente la celebrazione del rito per compiacere l'altro. Non pone un atto di volontà diverso e contrario al matrimonio, ma piuttosto la sua volontà è di porre solo un rito privo di alcun contenuto matrimoniale e perciò *escludente* dello stesso matrimonio: voglio costituire il segno esterno nuziale per unirmi a Tizia, ma solo come segno esterno, *proprio perché* ho una volontà ben determinata di non vincolarmi come sposo⁽³⁷⁾. La sola volontà di porre il segno esterno priva di *voluntas contrahendi* non può in alcun modo costituire il vincolo matrimoniale. Il consenso simulato consiste per l'appunto nel sostituire la vera intenzione sponsale per un'altra volontà, che è sempre positiva: nel caso che commentiamo, quella di produrre un semplice atto esterno e vuoto. Nella simulazione del consenso si verifica una falsificazione del segno nuziale: tale falsità proviene dalla mancata corrispondenza tra la volontà manifestata e quella interna, che è inesistente. Nella fattispecie che diede luogo alla celebre Decretale *Tua nos*, di Innocenzo III, si considera nulla una celebrazione matrimoniale in cui «defuit omnino consensus, sine quo cetera nequeunt foedus perficere coniugale»⁽³⁸⁾.

L'atto positivo di volontà è l'atto di volontà effettivamente manifestato al momento delle nozze: atto che nella simulazione totale è vuoto di ogni contenuto coniugale, vale a dire, è diretto solo ed esclusivamente alla formalità esterna del segno nuziale, senza che esista un contenuto di volontà matrimoniale. È un atto *positivo*, cioè effettivamente posto in essere (non atto dell'intelletto,

⁽³⁷⁾ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 21-I-1999, n. 4, in AAS, vol. 91 (1999), pp. 624-625: «In definitiva, la simulazione 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. Come meravigliarsi che un simile matrimonio sia votato al naufragio? Una volta cessato il sentimento o l'attrazione, esso risulta privo di ogni elemento di coesione interna. Manca, infatti, quel reciproco impegno oblativo che, solo, potrebbe assicurarne il perdurare».

⁽³⁸⁾ Tale Decretale, raccolta nel libro delle *Decretali di Gregorio IX* è riportata dal Gasparri come la prima tra le fonti del canone sull'esclusione: si veda nota 17. Nella fattispecie risolta così dal Pontefice uno dei nubenti non ha *animus contrahendi*, ma *animus fornicarius*. Tale *sostituzione* produce di per sé la falsità del segno nuziale, e pertanto la nullità del matrimonio. Non c'è necessità di un atto diverso, di esclusione del connubio. Cf. J. HERVADA, *La simulación total*, cit., p. 266 ss.

desiderio, mera velleità, ecc.)⁽³⁹⁾ ed è inoltre un atto *escludente* il matrimonio essendo diretto solo ed esclusivamente alla produzione del segno esterno, non contenendo alcun elemento della volontà di coniugarsi (manca assolutamente la *voluntas contrahendi*)⁽⁴⁰⁾. L'atto positivo di volontà è perciò un atto *positus* che non differisce formalmente dell'atto del consenso; in altre parole, fa parte dello stesso atto di volontà nel quale si esprime il consenso matrimoniale (autentico o, come in questo caso, difettoso).

Questo ci pare che sia il modo realistico di valutare la simulazione totale alla luce di ciò che è il consenso secondo il can. 1057 § 2. Accettare questo approccio non significa peraltro valutare certi formalismi in cui talvolta si può cadere se non si presta attenzione al fatto veramente importante, cioè che ci sia la *intentio contrahendi*, oppure che ci sia una volontà positiva di produrre l'apparenza di una volontà coniugale che in realtà non esiste. Quando esiste, ad esempio, l'obbligo di celebrare il matrimonio in un doppio rito (civile e canonico), non sembra accettabile valutare come consenso simulato quello di chi, avendo una vera volontà di coniugarsi (*intentio contrahendi*), si considera vincolato dal momento del rito civile, e vede nella celebrazione canonica un semplice atto formale⁽⁴¹⁾.

3. *Atto positivo di esclusione e capacità.*

D'altra parte, il cosiddetto atto positivo di volontà non è semplicemente un ordinario «volere», nel senso che si applica ad un semplice atto umano; non è solo *actus voluntatis*, ma *actus positivus*

⁽³⁹⁾ Secondo le caratteristiche di questo atto ricordate precedentemente in nota 31.

⁽⁴⁰⁾ Cf. P.-J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 331.

⁽⁴¹⁾ Una c. Filipiak, 14-VI-1957, in SRRDec., vol. XLIX, pp. 490-494 si pronuncia *pro nullitate*, per simulazione totale, poiché il contraente si considerava vincolato in virtù della cerimonia civile celebrata in precedenza, considerando così vuota di contenuto la cerimonia *in facie Ecclesiae*. Analoga è la decisione c. Rogers, 8-XI-1962, n. 4, SRRDec., vol. LIV, 570-571, nella quale la parte convenuta considerava come unico matrimonio valido quello contratto davanti al ministro anglicano, giudicando vacua la celebrazione canonica. Cf. in questo senso anche una c. Brennan, 26-IV-1965, nn. 6 y 7, SRRDec., vol. LVII, pp. 369-370. Più recentemente, una c. Jarawan, 16-X-1991, si esprimeva in questo senso: «Indubie, totaliter consensum simulat qui tantum externae ceremoniae adhaerit, nullam tamen intentionem habens matrimonium canonicum contrahendi, quia matrimonii valorem tantum recognoscit nuptiis sic dictis civilibus, quae

voluntatis a norma del can. 1101 § 2, il quale va interpretato d'accordo con il can. 1057 § 2. Proprio perché l'atto di volontà nel matrimonio deve essere proporzionato al suo oggetto, vale a dire, quel «*foedere irrevocabili*» tramite il quale «*sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium*», così anche l'atto positivo di volontà escludente il consenso deve essere un atto qualificato.

Se l'atto positivo di volontà del simulante non è semplicemente un atto umano, ma piuttosto un atto umano qualificato, cioè proporzionato all'oggetto matrimoniale, è possibile un efficace *atto positivo di volontà* nel soggetto che è incapace al consenso? Occorre considerare che essendo la simulazione per atto positivo di volontà un difetto cosciente e volontario del consenso matrimoniale, questo atto positivo come tale non può essere espresso che da un soggetto di per sé capace di esprimere il consenso, proprio perché la mancanza del consenso (can. 1101 § 2) va riferita a ciò che il consenso è (can. 1057 § 2)⁽⁴²⁾.

Nella sfera pratica, la questione attinge la possibilità di cumulare i due capi di nullità e trattarli come *aeque principales* all'interno del processo. La giurisprudenza ha tradizionalmente considerato incompatibili questi due capi⁽⁴³⁾. Alcune sentenze, seguendo questa stessa linea, hanno riconosciuto la possibilità di proporli tutti e due, ma in modo subordinato⁽⁴⁴⁾. In qualche sentenza più recente si sostiene invece che solo la mancanza dell'uso di ragione

iam forte contrahere voluerat». Sent. c. Jarawan, 16-X-1991, n. 2, in RRDec., vol. LXXXIII, p. 549.

⁽⁴²⁾ Parallelamente a come la stessa nozione di incapacità, come per altro ogni difetto e vizio del consenso deve essere riferito al concetto di capacità e più a monte, al concetto stesso di matrimonio. Su questo argomento se vedano le considerazioni di C.J. ERRÁZURIZ M., *La capacità matrimoniale vista alla luce dell'essenza del matrimonio*, in «*Ius Ecclesiae*», 14 (2002), pp. 623-638.

⁽⁴³⁾ Cf. sent. Colagiovanni, 20-VII-1984, RRDec., vol. LXXVI, pp. 485-498; c. Civili, 16-XII-1993, RRDec., vol. LXXXV, pp. 763-772.

⁽⁴⁴⁾ Si usano spesso i seguenti termini: «*subordinate*», «*necnon subordinate*», «*sin minus*» oppure «*quatenus*». c. Funghini, 16-IV-1986, RRDec., vol. LXXVIII, pp. 254-281; c. Colagiovanni, 18-X-1986, RRDec., vol. LXXVIII, pp. 538-550; c. Palestro, 28-VI-1989, RRDec., vol. LXXXI, pp. 444-461; c. Jarawan, 15-XI-1989, RRDec., vol. LXXXI, p. 681; c. Stankiewicz, 26-III-1990, RRDec., vol. LXXXII, pp. 223-238; c. Faltin, 24-V-1991, RRDec., vol. LXXXIII, pp. 331-341; c. Stankiewicz, 28-V-1991, RRDec., vol. LXXXIII, pp. 342-362; c. Funghini, 18-XII-1991, RRDec., vol. LXXXIII, pp. 788-805; c. Palestro, 19-V-1993, RRDec., vol. LXXXV, pp. 380-401; c. Bruno., 17-

esclude la possibilità di esprimere un consenso difettoso, mentre le forme di incapacità del can. 1095, nn. 2-3, non escludono tale capacità: si tratta della sentenza c. Stankiewicz, 24-VII-1997⁽⁴⁵⁾, e di poche altre⁽⁴⁶⁾. Eppure occorre segnalare che tale affermazione è stata fatta *in iure*, mentre nessuna delle sentenze ha dichiarato la nullità del matrimonio per entrambi i capi⁽⁴⁷⁾.

In ambito dottrinale si continua a ribadire la necessità di considerare l'atto positivo di volontà non solo come atto umano, ma come atto umano qualificato⁽⁴⁸⁾. Se per l'atto di consenso matrimoniale di cui al can. 1057 § 2 non basta l'uso di ragione, né la capacità di porre un atto umano generico, la medesima capacità va richiesta anche per porre efficacemente l'atto di esclusione. È necessario infatti, riferire tutto (atto di consenso e atto escludente) al contenuto matrimoniale di quell'atto⁽⁴⁹⁾.

V-1996, RRDec., vol. LXXXVIII, pp. 387-395. Cf. E.J. BALAGAPO, *Lack of Internal Freedom and its Relations with Simulation and Force & Fear*, cit., p. 253.

(45) Sent. c. Stankiewicz del 24-7-1997, n. 16, in RRDec., vol. LXXXIX, p. 644: «vigente nova lege matrimoniali, quae incapacitatem psychicam pressius determinat (can. 1095, nn. 1-3), sustineri potest non omnem speciem incapacitatis eliciendi consensum matrimonialem secumferre incapacitatem simulandi, nisi agatur de incapacitate ex defectu sufficientis usu rationis proveniente (can. 1095, n. 1), quae tantum personam reddit incapacem ponendi actum manum, videlicet conscium et liberum. (...) Attamen sive gravis defectus discretionis iudicii (can. 1095, n. 2), sive incapacitas assumendi essentialia matrimonii obligationes (can. 1095, n. 3), sufficientem usum rationis in subiecto plerumque praesupponunt, seu capacitatem ponendi actum humanum, ideoque haec capita etiam aequo principaliter cum simulatione pertractari ac definiti possunt».

(46) Citate in I. BRIONES, *La simulación parcial: conexión y diferencias con la incapacidad psíquica consensual*, in AA.VV., *Escritos en honor de Javier Hervada*, «Ius Canonicum», vol. especial, 1999, pp. 817-828.

(47) Cf. P. GEFAELL, *Sulla cumulabilità dei capitoli d'incapacità ed esclusione*, cit., p. 132.

(48) Cf. *Ibidem*, p. 133.

(49) In questo senso va sottolineato il modo di definire tale atto positivo nel n. 7 della sentenza commentata: «dicendus est "positivus" ille actus voluntatis, quando est revera positus, et quidem utpote "actus humanus", seu deliberate procedens ab intellectu et voluntate; positus modo "actuali" vel saltem "virtuali" tempore nuptiarum, ita ut efficaciter conexus sit cum consensu, cuius obiectum substantialiter determinat». A nostro avviso, il Ponente nel mettere giustamente in rapporto l'atto positivo escludente con l'atto del consenso, esprime per l'appunto la necessità di riferire l'atto escludente al contenuto matrimoniale dell'atto: ci sembra infatti che solo può *substantialiter determinare* l'oggetto del consenso l'atto di un soggetto capace di emettere l'atto consensuale.

Non intendiamo approfondire ora una questione così complessa, ma piuttosto mostrare come la nozione di atto escludente del matrimonio a partire della nozione di ciò che è il consenso, sia la chiave per riconoscere e qualificare giuridicamente le diverse fattispecie della mancanza di consenso matrimoniale. Se l'esclusione di un elemento essenziale del matrimonio è portata a termine mediante un atto positivo di volontà libera e conscia, ciò presuppone ed esige la correlativa capacità di emettere il consenso (che volontariamente si esclude)⁽⁵⁰⁾. L'incapacità consensuale rende il soggetto *incapace* di prestare un consenso valido, e il consenso simulato presuppone che la persona è capace di modificare volontariamente, tramite l'atto positivo di volontà, l'oggetto proprio del consenso.

Non appare perciò plausibile una sentenza affermativa per entrambi i capi (incapacità e simulazione), perché non sembrerebbe giustificata dal punto di vista antropologico⁽⁵¹⁾. Altrimenti, si confonderebbe il *volitum* (ciò che è desiderato) con il *voluntarium* (ciò che è efficacemente voluto): il volere della persona incapace non trapassa i confini del *volitum*, e non può raggiungere la qualità di *voluntarium*: il consenso matrimoniale non è un atto di desiderio, non è un volere inefficace, ma un atto volontario (*voluntarium*), un volere efficace ed operativo⁽⁵²⁾.

In altre parole, l'aggettivo «positivo» che descrive l'atto di esclusione invalidante nel can. 1101 § 2 viene tra l'altro a specificare che non si tratta di un qualsiasi atto di volontà. Al contrario, si tratta di un atto interno di volontà specifico, cioè «positivo». E questo ci conduce all'atto di volontà proporzionato all'oggetto del consenso matrimoniale che è richiesto nel consenso matrimoniale valido. L'aggettivo «proporzionato» viene di solito applicato nel qualificare la minima discrezione di giudizio della capacità matrimoniale. Chi è incapace di produrre un atto di volontà proporzionato ai diritti ed obblighi che scaturiscono del patto coniugale è altrettanto incapace di realizzare l'atto positivo di volontà che

⁽⁵⁰⁾ Cf. P. GEFAELL, *Sulla cumulabilità dei capitoli d'incapacità ed esclusione*, cit., pp. 133-134.

⁽⁵¹⁾ Cf. *Ibidem*, p. 134.

⁽⁵²⁾ Cf. J. HERVADA, *Studi sull'essenza del matrimonio*, Milano, 2000, p. 300. L'autore lo applica all'adempimento degli obblighi matrimoniali, nel senso che chi è incapace potrebbe eventualmente desiderarli, ma non volerli efficacemente.

escluda lo stesso matrimonio oppure una delle proprietà o uno degli elementi essenziali⁽⁵³⁾. Potrebbe verificarsi il fatto che una persona psichicamente incapace di porre il consenso possa pretendere di simulare il consenso matrimoniale, escludendo un suo contenuto sostanziale. Ciò nonostante, se è veramente incapace, questo rimarrà una mera apparenza⁽⁵⁴⁾.

4. *Le soluzioni offerte dalla giurisprudenza rotale.*

Nella fattispecie in epigrafe, l'attore dopo aver passato l'esperienza di almeno tre convivenze con donne diverse, contrae matrimonio canonico con la convenuta a richiesta di lei. Si cerca di provare la sua mancata intenzione di instaurare un legame matrimoniale, e quindi la verifica della simulazione. Nell'*in iure* della sentenza, vengono specificate le diverse figure in cui si potrebbe ammettere il manifestarsi della simulazione totale del consenso, citando testualmente una conosciuta decisione c. Stankiewicz, del 29 gennaio 1981, e più volte riportata successivamente dalla giurisprudenza rotale⁽⁵⁵⁾. Tali forme o figure sono state oggetto di un ampio studio condotto dallo stesso Stankiewicz⁽⁵⁶⁾. L'attuale Decano della Rota Romana distingue assai chiaramente fra la figura denominata *simulatio voluntatis* e le altre forme della simulazione totale alle quali applica piuttosto il termine *voluntas simulandi*: mentre nella prima ipotesi si collocano i supposti di totale assenza del con-

⁽⁵³⁾ Cf. E.J. BALAGAPO, *Lack of Internal Freedom and its Relations with Simulation and Force & Fear*, cit., p. 382.

⁽⁵⁴⁾ Cf. P. GEFAELL, *Sulla cumulabilità dei capitoli d'incapacità ed esclusione*, cit., p. 134.

⁽⁵⁵⁾ «Qui nullum in matrimonium consensum praestat», «qui animum habet non contrahendi», «qui comoediam agere vult», «qui excludit ipsum matrimonium aut nupturientem», «qui excludit societatem permanentem inter virum et mulierem ad filios procreandos seu intimam totius vitae communionem», «qui absolute vult exclusionem sacramenti ita ut sub hypothesis veri sacramenti nolit contrahere», «qui pro forma celebrat», «qui ritum nuptialem unice et exclusive celebrat tamquam medium ad finem operantis consequendum qui non est ipsum matrimonium» (c. Stankiewicz, RRDec., vol. LXXIII, p. 47, nn. 6-7). Cf. sent. c. Defilippi, 25-VII-2002, n. 9.

⁽⁵⁶⁾ Cf. A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia recentiore circa simulationem totalem et partialem*, cit., pp. 189-234. Nello stesso senso anche M.F. POMPEDDA, *Annotazioni sul diritto matrimoniale nel nuovo Codice canonico*, in *Studi di diritto matrimoniale*, cit., pp. 243-244.

senso per mancanza della *intentio contrahendi*⁽⁵⁷⁾, nelle altre si verifica una sostituzione del consenso matrimoniale per un'altra volontà che non si può considerare matrimoniale⁽⁵⁸⁾. Si deve ammettere che vi sono diversi *modelli* di simulazione: può darsi che chi esclude *non voglia positivamente* il vincolo, e pertanto aderisca alla sola celebrazione esterna; oppure può verificarsi che il simulante intenda *positivamente* qualcosa di assolutamente incompatibile con il vincolo matrimoniale. In entrambi i casi si dà una positiva volontà escludente⁽⁵⁹⁾.

La cosiddetta *simulatio voluntatis matrimonialis* («*qui nullum in matrimonium consensum praestat*»), si prende in considerazione proprio in riferimento a quei casi in cui il soggetto vuole unicamente ed esclusivamente la celebrazione senza alcun consenso interno (*animus contrahendi*)⁽⁶⁰⁾. La forma di simulazione totale che si verifica in questo caso, si spiega a nostro avviso proprio a partire da un concetto di *atto positivo di volontà* inteso, non come atto parallelo e di senso opposto ad un atto di vera volontà matrimoniale, che ne esclude gli effetti, ma come *atto positivo* di porre in atto solo una mera apparenza di matrimonio, il quale è per se stesso *escludente* della volontà matrimoniale, poiché si sostituisce ad essa. Questa soluzione offerta dalla giurisprudenza rotale si colloca in piena coerenza con la concezione unitaria dell'atto positivo di volontà, venendo a confermare quanto è stato detto sopra. Non oc-

(57) A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia recentiore circa simulationem totalem et partialem*, cit., pp. 210-211: «Itaque per simulationem voluntatis matrimonialis "is matrimonium totaliter simulat, qui nullum in idem consensum praestat", cum "noluerit positive, dum posset, consensum prestare", seu cum "animum habet non contrahendi", sed, ut dici solet, "comoediam agere vult"; vel pressius "si quis positive excludit animum contrahendi", seu "reiiicit intentionem contrahendi", aut cui omnino "deest matrimonialis voluntas"».

(58) Cf. *Ibidem*, pp. 211-218.

(59) Cf. M.A. ORTIZ, *En torno al acto positivo de voluntad y la simulación total del consentimiento*, cit., p. 1164.

(60) L'*in iure* della sentenza si trattiene soprattutto nella distinzione giurisprudenziale tra «*finis operis*» e «*finis operantis*», vale a dire nella ricerca di un fine straneo al consorzio coniugale, che è uno dei fenomeni più caratterizzanti della simulazione totale, mentre non entra nell'analisi della *simulatio voluntatis*, che sarebbe la forma di simulazione più aderente alla fattispecie considerata. Cf. sent. c. Defilippi, 25-VII-2002, n. 9. Su tale aspetto caratteristico di molte fattispecie della simulazione totale si veda P. MONETA, *La simulazione totale*, in *Diritto canonico matrimoniale*, vol. II, Città del Vaticano 2003, pp. 254-255.

corre un atto intenzionale diverso e opposto perché la volontà sia positivamente diretta ad un segno vuoto. Il soggetto capace che volutamente non emette un atto interno di consenso, sta simulando tale volontà matrimoniale, e non celebra un valido connubio.

Quando invece manca la capacità proporzionata all'atto di volontà matrimoniale, non ci può essere quell'atto positivo di volontà escludente il matrimonio; e, se apparentemente ci fosse, questo resterebbe inefficace. Nella prassi giudiziaria rotale, tutte le forme di mancanza di consenso dovute alla mancanza di volontà sufficiente da parte di un soggetto di per sé capace, sono da includere sotto il capo della simulazione totale. Ricorrere al can. 1057 § 2 per dichiarare la nullità a motivo della mancanza del consenso, non sarebbe coerente con l'impianto legale del consenso matrimoniale, così come è stato impostato nel CIC 1983. Il can. 1057 § 2 dichiara in modo positivo il contenuto dell'atto del consenso. I cann. 1095 e 1101 ci dicono invece quando esso viene a mancare, sia perché il soggetto non è capace di emettere il consenso, sia perché volutamente non lo presta.

È bene in ogni caso distinguere tra la *figura* della nullità, la quale è la specie di nullità di un atto giuridico e appartiene propriamente al diritto sostanziale (in questo caso si tratta dell'assenza del consenso matrimoniale) e il *capo* di nullità sotto il quale si profila tale figura dal punto di vista del processo (cioè la *causa petendi* della pretesa nullità). La *figura* della mancanza del consenso, secondo la prassi giurisprudenziale, va collocata, nel soggetto capace, sotto il *capo* della simulazione totale; nel soggetto che non è capace di emettere l'atto di volontà proporzionato al matrimonio, va invece collocata sotto il *capo* della grave mancanza di discrezione di giudizio⁽⁶¹⁾. E questo in coerenza a ciò che è il contenuto e la natura dell'atto di volontà e, parallelamente, dell'atto positivo escludente.

Non ci pare perciò necessario ricorrere ad una norma diversa da quella sulla simulazione per giudicare le fattispecie di assenza della volontà matrimoniale, proprio perché il Legislatore, nello stabilire il can. 1101 ha preso come misura il can. 1057: il vero pro-

⁽⁶¹⁾ Come abbiamo accennato sopra (cf. nota 13), la giurisprudenza rotale considera la mancanza di libertà interna sotto il capo del grave difetto di discrezione di giudizio.

blema, come abbiamo potuto vedere, rimane quello di interpretare l'atto positivo di volontà secondo questa logica interna dei canoni e non partendo da altri schemi. Il concetto di atto positivo come atto unico di volontà, sembra oggi prevalere sia in ambito giurisprudenziale che dottrinale⁽⁶²⁾. Esso getta luce anche sul modo di risolvere quelle situazioni in cui non c'è una vera incapacità per grave mancanza di discrezione di giudizio e non si riscontra una volontà matrimoniale. Non c'è bisogno neanche in questo caso di cercare la soluzione nel can. 1057 § 2, proprio perché il can. 1101 è stato pensato e deve essere interpretato — come un negativo — alla luce di esso.

Montserrat Gas i Aixendri

⁽⁶²⁾ A. STANKIEWICZ, *Concretizzazione del fatto simulatorio nel «positivus voluntatis actus»*, cit., p. 277.

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA - *Pragen.* - Nullità del matrimonio - *Error qualitatis* - Sentenza definitiva - 25 ottobre 2002 - Caberletti, Ponente (*).

Matrimonio - Consenso - *Error facti* - Errore nelle qualità - Concetto giuridico di persona - Determinazione della persona attraverso le qualità.

Matrimonio - Consenso - Forza invalidante dell'errore su qualità « comuni » della persona - Rilevanza dell'intenzione del soggetto.

Matrimonio - Consenso - *Error redundans* ed errore su una qualità intesa *directe et principaliter* - Rapporto tra il can. 1097 § 2 CIC 83 e il can. 1083 § 2 CIC 17.

L'errore circa la persona — che costituisce l'oggetto del consenso — o su una qualità che identifica la persona costituisce un errore sostanziale che invalida il matrimonio, ai sensi del can. 126 CIC 83 (e non diversamente il can. 104 CIC 17). La riordinazione effettuata dal Legislatore del 1983 in tema di « error facti » implica che il can. 1097 non può non seguire lo stesso concetto di persona adoperato dal Legislatore in altri luoghi del Codice: come il soggetto di diritti e doveri nella sua identità individuale, indipendentemente dalle qualità di cui è in possesso « in sua exsistentia reali ».

Il canone 1097 § 2 non costituisce un'interpretazione del can. 1083 CIC 17, perché la materia è stata completamente riordinata « ex integro », sebbene di fatto la formula scelta dal Legislatore adoperi le parole che esprimevano una delle interpretazioni del vecchio canone.

*Il matrimonio era stato celebrato nel 1978, sotto la vigenza del CIC 17. Il turno stabilì il *dubium* « an constet de matrimoniis nullitate, in casu, ob errorem viri actoris circa qualitatem conventae redundantem in errorem personae ». La trattazione della causa ha seguito i presupposti dell'errore in qualità intesa « *directe et principaliter* » del can. 1097 § 2.*

(*) Vedi, alla fine della sentenza, nota di MIGUEL ÁNGEL ORTIZ.