

TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA - *Reg. Aprutini seu Piscarien.* - *Pinnen.* - Nullità del matrimonio - Errore sulla persona - Incapacità ad assumere gli oneri coniugali essenziali - Esclusione dell'indissolubilità - Esclusione della prole - Sentenza definitiva - 11 dicembre 2003 - Bottone, *Ponente* (*)

Matrimonio - Consenso - Errore (nozione) - Errore sulla persona - Concetto di persona nel can. 1097 § 1.

Matrimonio - Consenso - Incapacità ad assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio - gravità della causa psichica ostativa - criterio cronologico.

Matrimonio - Consenso - Esclusione dell'indissolubilità (diverse ipotesi) - Invalidità del consenso revocabile o temporaneo.

Matrimonio - Consenso - Significato dell'espressione «atto positivo di volontà» - Prova dell'esclusione.

Matrimonio - Consenso - Esclusione della prole - Oggetto della limitazione del consenso - Differenza tra «procreatio prolis» e «spes prolis».

L'errore, in senso canonico-matrimoniale, è un falso giudizio del contraente avente ad oggetto un «quid» riguardante il matrimonio che egli intende celebrare, accompagnato dalla convinzione che la realtà corrisponda all'immagine da lui percepita, mentre invece tale corrispondenza oggettivamente non esiste, il che è fonte di invalidità del consenso matrimoniale. In particolare, l'errore sulla persona, previsto dal can. 1097 § 1, più che viziare il consenso, ne impedisce in radice la formazione e l'esistenza, in quanto oggetto principale di quest'ultimo sono i contraenti considerati nella loro ben definita e circoscritta individualità ed identità. Per quanto concerne il significato da attribuire al termine «persona», va detto che la dottrina tradizionale ritiene che vada inteso in senso fisico, di modo che l'errore riguardi la mera identità dell'altro contraente, intesa fisicamente. Secondo un'altra parte della dottrina più recente, l'errore sulla persona

(*) Vedi alla fine della sentenza nota di CIRO TAMMARO, *Qualche breve osservazione storico-giuridica circa il significato dell'espressione «actus positivus voluntatis» nella simulazione del consenso matrimoniale.*

invalidante il matrimonio non potrebbe essere limitato all'errore circa l'identità fisica dell'altro nubente («error in corpore obiecti»), bensì dovrebbe essere esteso all'errore circa gli elementi essenziali che identificano la persona della controparte nella sua integrità. In altre parole, l'errore sulla persona andrebbe interpretato come errore sulle proprietà essenziali della persona nella sua dimensione globale — spirituale, morale, sociale — («error in substantia obiecti»). Ma quando si tratta dell'«error in persona» previsto dalla norma, non è consentito attribuire ai termini usati dal Legislatore un significato estraneo alla tradizione canonistica. Altrimenti, la distinzione tra i due paragrafi del can. 1097 sarebbe superflua.

Come è noto, l'incapacità ad assumere gli oneri essenziali del matrimonio consiste nell'impossibilità originaria di adempiere le obbligazioni fondamentali legate al consorzio coniugale. Tale incapacità trova la sua «ratio» in virtù del principio di diritto naturale, insito nella «6 Regula Iuris in VI^o» — «Nemo potest ad impossibile obligari» — che indica l'assoluta irrilevanza dell'impegno assunto dal soggetto che non sia in grado a priori di eseguirlo. Inoltre, l'incapacità deve derivare da anomalie psichiche, o, comunque, da cause ostative legate alla sfera psichica; ciò significa che le situazioni che possono provocare questo difetto nella capacità non si riducono alle cause, di natura psicopatologica (cioè alle infermità in senso tecnico), ma investono anche particolari stati della personalità e del suo sviluppo che turbano il grado di autodominio della propria libertà nel governo di se stessi, sebbene non meritino una diagnosi psichiatrica. Peraltro, nel processo esecutivo della volontà attuativa, è necessario un nesso di causalità tra la causa psichica e l'impossibilità di adempiere, di modo che questa risulti l'effetto di quella. Va tenuto presente che la norma canonica — il can. 1095 — menziona esplicitamente il termine «incapacità» a contrarre matrimonio, per cui la mera «difficoltà» a prestare il consenso coniugale ed a realizzare una vera comunione di vita e di amore, non rende nullo il matrimonio. Il fallimento dell'unione coniugale, in particolare, non è mai in sé una prova per dimostrare tale incapacità dei contraenti, i quali possono aver trascurato o usato male i mezzi sia naturali che sovranaturali a loro disposizione, oppure non aver accettato o sopportato i limiti inevitabili ed i pesi — ahimè, talvolta dolorosi — della vita coniugale, sia per mancanza di volontà, sia per lievi patologie che non intaccano la sostanziale libertà umana, sia, infine, per deficienze di ordine morale. Inoltre, anche l'eventuale — autentica — impossi-

bilità di adempiere, sopravvenuta alla celebrazione del matrimonio, non può in alcun modo incidere sulla capacità di assumere, dato che detta impossibilità deve verificarsi nel momento dello scambio del consenso da parte dei contraenti, per rendere le nozze invalide. In questo senso, il requisito dell'antecedenza, intesa come precedente biografico che perdura fino al momento dell'atto del contrarre, è requisito essenziale per la misura dell'incapacità contemplata nel can. 1095 n. 3.

L'esclusione dell'indissolubilità (« bonum sacramenti ») è una figura di simulazione parziale che, incidendo su una proprietà essenziale del matrimonio, ne elide l'essenza stessa, quindi rende nullo il consenso nuziale. I contraenti, infatti, per costituire un vincolo coniugale valido, devono dare ed accettare nella sua integrità e totalità l'oggetto del consenso matrimoniale. Di conseguenza, un consenso revocabile, o prestato solamente a tempo determinato o indeterminato, non è efficace a costituire un legame sponsale valido, in quanto ricusa la prerogativa imprescindibile della perpetuità del coniugio. D'altro canto, chi esclude condizionatamente l'indissolubilità, si propone di rescindere il vincolo coniugale al verificarsi ipotetico di un evento futuro ed incerto. In realtà, il nubente in questo caso intende contrarre effettivamente un vero matrimonio, tuttavia fa dipendere la propria permanenza in perpetuo insieme con la comparte da una determinata circostanza contingente ed eventuale. In questi casi, la dottrina talvolta parla di esclusione ipotetica, o di atto positivo ipotetico, ma in realtà si tratta di una definizione impropria, perché non è ipotetica l'esclusione, e dunque il consenso dal quale sorge il vincolo, bensì solo la decisione, eventualmente rinviata nel tempo, di risolvere tale vincolo. Colui che, dunque, nel momento di emettere il consenso, si propone con volontà positiva di sciogliere il vincolo immediatamente, dopo un certo tempo determinato o indeterminato, oppure nel caso in cui si avveri un concreto evento futuro, esclude sempre in modo assoluto l'indissolubilità. Infatti, chi vuole contrarre un matrimonio senza la proprietà dell'indissolubilità, non vuole un vero matrimonio, ma uno pseudo-matrimonio. Pertanto, l'oggetto della sua volontà — unico — è un vincolo dissolubile.

Si capisce, dunque, che l'atto positivo di volontà, in tale contesto, altro non è che un processo intenzionale attivo ed univoco, che riguarda l'esclusione della proprietà essenziale dell'indissolubilità, il che si oppone all'inerzia o passività della volontà. Non paiono fondate, perciò, quelle teorie che si appellano al concetto di « volontà

prevalente» per spiegare la dinamica interna dell'atto positivo di volontà, in quanto non si comprende come nel medesimo soggetto possano coesistere due volontà contrarie, dal concorso delle quali emerga con carattere prioritario e predominante una di esse. Ma la difficoltà reale sta nell'individuare l'atto positivo di volontà escludente: questo, ad esempio, differisce dall'atto dell'intelletto che si rappresenti la possibilità del divorzio. La semplice previsione razionale non basta per rendere irritato il matrimonio. L'espressione «positivo», riferita all'atto di volontà, indica che non invalidano il matrimonio la volontà abituale contraria all'indissolubilità, l'errore circa l'indissolubilità, la mera volontà interpretativa, la previsione delle difficoltà e del probabile insuccesso dell'unione coniugale, un desiderio vago ed incerto di un legame dissolubile, le idee divorzistiche, ecc. L'atto positivo di volontà, sotto l'aspetto probatorio, deve avere la sua fonte in una causa grave e proporzionata, che abbia indotto il nubente a contrarre un vincolo dissolubile, prevalendo così sulla causa che lo spinge a non mettere fine al rapporto con la comparte e a non evitare le nozze. Le circostanze antecedenti, concomitanti e susseguenti assumono un rilievo essenziale per individuare — valutate nel loro complesso — quale fosse la reale intenzione dei contraenti all'atto dell'emissione del consenso. Sono altresì molto importanti la confessione giudiziale delle parti; quella extragiudiziale unita alle dichiarazioni dei testimoni, fatte «tempore non suspecto».

Il consorzio di tutta la vita che viene costituito tra l'uomo e la donna in virtù del patto matrimoniale, nella sua dimensione ontologica si caratterizza per la «ordinatio ad prolem» (can. 1055 § 1), con inerenti i diritti-obblighi essenziali, i quali non solo incidono sullo stato di vita matrimoniale («matrimonium in facto esse»), ma già sono presenti dal principio nel costituirsi del matrimonio («matrimonium in fieri») in quanto entrano nell'oggetto formale del consenso, e quindi non possono essere esclusi sotto pena di nullità del vincolo nuziale. La costante tradizione canonica ha individuato, in tale contesto, il diritto-dovere essenziale «ad actus coniugales modo naturali ponendos», e, cioè, «ad actus aptos ad proles generationem» come coessenziale al «foedus matrimoniale». Tuttavia, tale diritto-dovere non si identifica in una «procreatio effectiva» (e cioè in uno «ius ad prolem»), bensì in una mera «spes prolis»: coincide, in definitiva, con il diritto «ad procreationem potentialem» (cd. «ius ad procreativitatem»), giacché il figlio non è qualcosa di dovuto — e non può essere considerato, dunque, un bene di proprietà dei

coniugi — ma è piuttosto un dono — il più grande e gratuito — del matrimonio, testimonianza vivente della donazione reciproca dei suoi genitori. La sterilità del contraente, perciò, non può mai limitare, sotto tale prospettiva, il consenso matrimoniale.

(*Omissis*). — FACTI SPECIES. — 1. Elisa et Maximus, ambo in familia solidis catholicis principiis educati, primo obviam venerunt anno 1978 in coetu iuvenum apud Piscariensem paroeciam quam frequentabant.

Sese placuerunt iuvenes et relationem instituerunt quae ad decem annos protracta est etiamsi, ex Elisae narratione, videretur potius illam interesse in relatione ducenda habuisse, quae alternis vicibus passa est quamquam iuvenes numquam matrimonium celebrandum excluserunt.

Corona doctorali in medicina adepta mulier matrimonium celebrare a viro petiit qui, interim, stabile munus exercendum inveniit.

Sic, mutua concordia, partes nuptias celebraverunt die 14 octobris 1989 in ecclesia paroeciali (*omissis*) in civitate atque dioecesi Piscariensi.

Convictus coniugalis, inde a nuptiali itinere, difficultatibus passus est atque infelicem habuit exitum de quo partes sibi invicem causam tribuunt.

Intolerabili facta vita communi atque nulla ex coniugio enata prole partes ad separationem pervenerunt anno 1993, quae a civili magistratu firmata est die 7 octobris 1994.

Divortium, expleto legali tempore, pronuntiatum est die 1 augusti 1997.

2. Iam die 10 octobris 1993 mulier Tribunali ecclesiastico Regionali Aprutino libellum direxerat ad petendam sui coniugii declarationem nullitatis ob errorem in persona viri atque ob exclusionem boni sacramenti ex parte suisipius.

Admisso libello, dubium iuxta petita ab actrice concordatum est die 1 decembris 1993 acriter sese opponente convento.

Instructoria inita est qua expleta, die 1 martii 1996, ex actricis petitione, additum est dubium de incapacitate conventi assumendi onera coniugalia, deinde nova instructoria facta est per auditionem novorum testium et acquisitionem relationis peritalis.

Conventus, qui numquam suam relaxavit oppositionem, etiam ad Rotam Romanam recursum interposuit per suum patronum adversus decretum Ponentis statuens in interrogatorio partium et testium tantummodo praesentem esse posse patronum partis deponentis vel quae testes induxit, minime patronum alterius partis.

Recursum iste reiectus fuit a Decano die 1 aprilis 1995 sicut petitio de avocatione causae ad Rotam Romanam inde a prima instantia, quae reiecta est decreto diei 29 aprilis 1996.

Tandem, omnibus expletis explendis, die 6 aprilis 2000, aditum Tribunal sententiam edidit votis actricis secundam ex omnibus allatis capitibus.

3. Appellavit vir ad Rotam Romanam apud quam Turnus Noster, decreto diei 18 ianuarii 2001, sententiam primae instantiae haud confirmavit pluribus in ipsa detectis defectibus, sed causam remisit ad ordinarium examen alterius gradus.

Accepto Decreto, pars actrix Nostro Apostolico Foro notum fecit se non amplius in iudicio intervenire velle.

Conventus, factus diligentior, causam prosequi decisis atque dubium concordatum est die 10 maii 2001.

Suppletiva instructio facta est per auditionem conventi diligentioris et quorundam testium, qua expleta, conventus diligentior per suum patronum petiit ut, tamquam in prima instantia, dubium adderetur de exclusione boni prolis ex parte mulieris, quod concessum est per Turni decretum diei 7 februarii 2002. Insuper peritia confici iussum est.

Nunc, omnibus expletis explendis et memoriis defensionalibus acceptis, Nobis decidendum est an constet de matrimonii nullitate, in casu, ob errorem in persona ex parte mulieris, ob exclusionem indissolubilitatis ex parte eiusdem, ob incapacitatem conventi assumendi onera coniugalia, in secunda instantia et, tamquam in prima instantia, ob exclusum bonum prolis ex parte mulieris.

IN IURE. — 4. *De errore in persona.* — Can. 1097 § 1 vigentis Codicis Iuris Canonici statuit: «Error in persona invalidum reddit matrimonium».

Error est falsum iudicium de aliqua re, seu prout scriptum legimus in Wernz-Vidal (*Ius Canonicum. T.V, Ius matrimoniale*, 1946, pag. 596, n. 464) «apprehensio rei falsa vel aestimatio unius pro alio, in quo non habetur conformitas intellectus cum re», at-

que « Nomine erroris venit falsa rei apprehensio. Addit ergo ignorantiae fallax iudicium de obiecto, in quo voluntas fertur ».

Error, qui intellectus respicit cum sit proprius illius facultatis, potest esse *iuris*, si versetur circa naturam, proprietates essentielles, bona matrimonii, *facti*, si respicit personam, qualitates, motiva.

Cum voluntas dirigi haud possit nisi in obiectum cognitum et prout est cognitum, error semper in eandem influit, attamen non omnes actus per errorem positi nulli dicendi sunt sed tantum illi in quibus ex iure naturae consensus deficit, vel positiva lege inefficax redditur.

Etenim erronea notio producere potest actum voluntatis in ipsa fundatum.

5. Quamquam quidam adsunt auctores qui tenent errorem de quo in can. 1097 § 1 sese referre ad ampliorem notionem personae desumendam a complexu qualitatum socialium et moralium praesertim quae ipsam identificare valeant, communi sententia tenet supradictum canonis paragrahum sese referre ad errorem circa identitatem physicam personae. Legimus in una coram Stankiewicz « conceptus personae, de qua in can. 1097 § 1 cavetur, videlicet in qua error cadere potest, aliud esse nequit nisi concretae personae humanae seu physicae » (*RRDec.*, vol. LXXXVI, pag. 59, n. 5). Consonat Pompedda « id clarissima luce patet, nempe verbum « persona » unam significationem in lege canonica, quod nostra interest in praesentiarum, necnon in doctrina praeseferre, nempe individuum physicum ab aliis distinctum » (*RRDec.*, vol. LXXXIV, pag. 53, n. 2).

Conceptus, enim, personae, non est confundendus cum personalitatis conceptu « Quin immo si conceptus personalitatis in locum personae physicae in can. 1097 § 1 substitueretur, talis interpretatio personae omnino superflua redderet legem firmatam nullitatis sanctione tum quoad errorem dantem causam contractui circa qualitatem personae directe et principaliter intentam (can. 1097 § 2), tum quoad deceptionem dolosam, errorem secumferentem, circa alterius partis aliquam qualitatem consortium vitae coniugalis suapte natura graviter perturbantem (can. 1098). In utroque enim casu, ad instar erroris in persona (can. 1097 § 1), omnino sufficeret simplex error in qualitate communi aliquo modo incidenti in quamdam personalitatis speciem, utpote qui exsereret discrepantiam inter voluntatem ex erroris influxu efformatam et

voluntatem hypotheticam seu interpretativam, quae scilicet haberetur si error non adesset, hoc est absque requisitis, de quibus in can. 1097 § 2 et 1098 nominatim cavetur» (c. Stankiewicz, *RRDec.* vol. LXXXVI, pag. 59, n. 7).

Auctoritative confirmatur a Romano Pontifice qui in allocutione Praelatis Auditoribus Rotae Romanae diei 30 ianuarii 1993 affirmavit «in materia dell'«error facti», specificatamente ove si tratta di «error in persona» ai termini usati dal Legislatore non è consentito attribuire un significato estraneo alla tradizione canonistica» (L'Osservatore Romano, 31 gennaio 1993).

Quoad probationem, haberi potest sive directe ex confessione errantis a testibus fide dignis confirmata, sive indirecte per criterium reactionis cum subiectus de errore certus factus sit.

6. *De incapacitate assumendi onera coniugalia.* Matrimonium facit partium consensus (can. 1057) ex divina voluntate irrevocabilis. Consensus est actus humanus ad quod eliciendum simul concurrant oportet sive intellectus, sive voluntas, sive alia psychica elementa, quae simul interagentes subiectum capacem eligendi reddere possint.

Ut patet, ad validum matrimonialem consensum praestandum in primis contrahens usu rationis pollere debet, sed profecto non sufficit. Requiritur ut in ipso capacitas adsit recte aestimandi obiectum matrimonialis contractus, una cum suis iuribus et officiis, non tantum intellectuali modo, sed etiam in concreto utpote bonum pro seipso persequendum, quae capacitas iudicii discretio constituit de qua in can. 1095, 2.

7. Attamen neque iudicii discretio sufficit. Ad validum, enim, matrimonium contrahendum etiam aliud elementum adsit oportet, id est capacitas contrahentis ad praxim deducendi onera suscepta (can. 1095, 3) seu facultas disponendi de obiecto mutuae traditionis-acceptationis per assumptionem obligationum matrimonialium essentialium. «Nemo est, enim, qui non videat non idem esse id quod requiritur et sufficit ad ponendum actum, etiam implexum, quale consensum matrimonialem ac id quod necesse est existere ut consecraria pacti in rem deducantur in perpetuo» (c. Serrano, *RRDec.*, vol. LXXXIII, pag., 415).

Incapacitas de qua in canone ex causis naturae psychicae originem ducat oportet, id est ab aliqua personalitatis perturbatione,

ab aliqua abnormi inclinatione vel deordinatione, quae non directe oritur ex aliquo gravi defectus actus humani, sed quia contrahens, integris manentibus iudicii discretione atque libertate interna, facultate caret disponendi de obiectu contractus. «È vero che il canone non ha usato il termine anomalia, ma non possiamo non riconoscere che la fattispecie implica una condizione ostativa (ob causas), sia perché ci troviamo di fronte ad un'ipotesi di eccezione alla regola generale comune a tutti gli uomini per diritto naturale abili al matrimonio, sia perché è richiesta una causa psichica impeditiva e quindi numericamente anomala» (M.F. POMPEDDA, *Annotazioni sul diritto matrimoniale nel nuovo Codice Canonico*, in *Studi di diritto matrimoniale canonico*, Milano 1995, pag. 318).

Haec causa naturae psychicae gravis esse debet et praesens momento quo nuptiae celebrantur. Non sufficiunt mala voluntas, laeves vitiositates quae vitam coniugum difficiliorem reddere possint, sed tales quae moraliter impossibilem vel intolerabilem illam reddere esse debent.

Adsit insuper oportet relatio causalis inter incapacitatem et causam naturae psychicae «Quae aequat affirmare nedum necessitatem existentiae verae comprobataeque causae naturae psychicae, sed etiam eiusdem indubium influxum capacitatem auferentem» (c. Funghini, *RRDec.*, vol. LXXXVIII, pag. 15, n. 7).

Clare ex verbis canonis patet quatenam sint obligationes quae contrahens momento quo nuptiae celebrantur capax assumendi sit oportet et qualificantur per verbum «essentiales». Plures enim matrimonium obligationes secumferre potest, sed non omnes de essentia sunt etiamsi inserviant ad pacificum et feliciorum convictum ducendum. Relevant tantum quae proprietates et bona matrimonii respiciunt, id est, «ea qua personarum atque operum coniunctio, qua coniuges adiutorium et servitium mutuum sibi praestant natura sua ordinantur» (cfr. Const. Gaudium et Spes, n. 48) impossibile reddere possunt. «Haec personarum et operum integratione deficiente, impossibile fit vitae communio seu consortium vitae conjugalis in quo matrimonium essentialiter consistit (cfr. can. 1055, § 1)» (c. Pinto, Hagulstaden et Novocastren, die 30 maii 1986).

8. *De exclusione boni sacramenti.* Matrimonium, qui unice per consensum perficitur, auctorem habet ipsum Deum a quo recipit sive fines essentialis qui sunt bonum coniugum et prolis generationem et educationem, sive proprietates essentialis quae sunt unitas

et indissolubilitas et ideo liberae pactioni contrahentium subtrahitur. Docet Constitutio «Gaudium et Spes»: «hoc vinculum sacrum, intuitu boni, tum coniugum tum prolis, tum societatis, non ex arbitrio humano pendet. Ipse vero Deus est auctor matrimonii, variis bonis ac finibus praediti» (n. 48).

Ut matrimonium valide celebrari possit contrahentium consensus extendatur oportet ad omnes et singulos fines matrimonii et omnes atque singulas eiusdem proprietates, prout a Deo statutum est, eo sensu quod omnes comprehendantur in voluntate contrahentis momento quo consensus traditur, nullo fine aut proprietate exclusis.

Qui in consensu tradendo aut non contrahendi, aut non sese obligandi voluntatem habet vel aliquem matrimonii finem excludit aut essentialem proprietatem, invalide contrahit simulationem patrans.

Attamen matrimonium est contractus praesumptionibus munitum et, adversus simulationem, stat praesumptio in can. 1101 § 1 statuta «Internus animi consensus praesumitur conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis». Ideo, cum constet de celebratione rite peracta, tenendum est contrahentes verum et validum matrimonium celebrasse.

Sicut in celebrando matrimonio positivus actus voluntatis requiritur quin sufficiat intentio habitualis, eo minus interpretativa, ita ad simulationem habendam positivus actus requiritur, quin sufficiat mens alicui fini vel proprietati essentiali contraria, vel carentia intentionis. Etenim «Ad hoc essenziale elementum significandum lex utuitur inaequivoco verbo «positivo voluntatis actu» quo radicitus removetur habitualis voluntas proprietatibus essentialibus matrimonii contraria, voluntas interpretativa, immo et praevisio difficultatis et probabilis infelicis exitus matrimonii, merae animi inclinationes, iterati sermones de fastidio vel intolerabilitate vinculi indissolubilis, ideae divortio faventes» (c. Funghini, *RRDec.*, vol. LXXXVII, pag. 77, n. 2).

9. Bonum sacramenti est indissolubilitas, ideo consensus revocabilis e solum ad tempus praestitus, haud validum est ad verum matrimonium constituendum quia ius perpetuitatis coniugii denegat. Indissolubilitas, suapte natura, distinctionem inter ius et exercitium iuris non admittit ideoque voluntas contrahentis tantum contra indissolubilitatis obligationem dirigi potest. Indissolubilitas tam

arcte connectitur cum matrimonio ut idem absque indissolubilitate concipi nequaerat atque, uti docemur ab adhortatione «Familiaris Consortio», n. 20, ipsam in personali plenaque donatione coniugum radicatus incidere.

10. Probatio simulationis facilis haud evadit quia agitur de probanda mente contrahentis contraria verbis et signis publice et coram testimoniis prolatis, attamen non impossibilis. Hoc efficitur si quaedam simul concurrant: confessio simulantis sive iudicialis, sive extraiudicialis tempore non suspecto facta, apta causa, gravis saltem pro simulante, sive proxima sive remota, confirmatio testium fide dignorum, circumstantiae antecedentes, concomitantes et subsequentes matrimonio ex quibus genuinae mentis contrahentis confirmatio haberi possit.

11. *De exclusione boni prolis.* «Indole sua naturali, ipsum institutum matrimonii amorque coniugalis ad procreationem et ad educationem prolis ordinatur iisque veluti suo fastigio coronatur» (Gaudium et Spes, n. 48). Haec doctrina, a Concilio Oecumenico Vaticano II aptioribus verbis disposita, nova non est sed continuo ab ecclesia declarata, et iam in Vetere Codice continebatur (can. 1013). Novus Codex Iuris Canonici, in can. 1055 statuit «Matrimoniale foedus quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatum, a Christo Domino ad sacramenti dignitatem inter baptizatos evecum est».

Qui, ergo, positivo voluntatis actu, prolis generationem e matrimonio in perpetuo excludit, validum matrimonium contrahi nequit.

12. Obiectum mutuae traditionis-acceptationis, quae ex can. 1057 § 2 foedus irrevocabile matrimonii constituit, aliud esse non potest nisi ius perpetuum et exclusivum in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem. Non datur, enim, ius ad prolem, sed ius ad actus, naturaliter positos ex quibus, naturali consecratio prolis generationem sequi possit. Ad rem monet Pompedda (*RRDec.*, vol. LXXVI, pag. 191, n. 5) «Per matrimonium non datur ius ad prolem, quae est finis matrimonii seu ad quam natura sua scilicet indole naturali ordinatur matrimonium, sed tantummodo ad actus per se aptos ad prolis generationem» quia «ordina-

tio rationem dicit cum abstracto instituto, idest cum fine generali a Creatore omnium rerum Ordinatore sive per sexum distinctionem sive per facturam organorum specificorum sive per instinctuum roborem rationabiliter et effective praestituto. Ex qua ordinatione speciem suam accipit actus coniugalis».

Consonat Instructio Congregationis pro Doctrina Fidei «Donum Vitae» diei 22 februarii 1987, (AAS 80, pag. 97), in qua legimus «Matrimonium tamen minime coniugibus confert ius ad filium habendum, sed ius dat dumtaxat ad actus naturales ponendos, qui per se ad procreandum ordinantur».

His attentis, habetur validum matrimonium etiam sine genita prole, cum matrimonium vitiet tantum positiva determinatio voluntatis ius ad actus coniugales naturali modo comparti non tradendi, quia hoc aequivalet matrimonium privandi elemento essentiali.

Ordinatio ad prolem implicat obligationem debitum reddendi et generationem non impediendi.

Si quis praesumat sibi reservandi, pro lubitu et arbitrio, si et quatenus et quando prolem forte generandi, iuribus compartis omnino neglectis et spretis, seipsum fontem iuris unicum in re coniugali tenens, irritum reddit matrimonium quia hoc genus agendi non solum denegationem iuris compartis constituit, sed etiam denegationem eidem iuris traditionis.

Quoad probationem sufficiat quae diximus de exclusionem boni sacramenti.

IN FACTO. — 13. *De errore actricis in persona viri.* De capite erroris in persona pauca. Remittimus ad ea quae in decreto remissionis causae ad ordinarium examen scripsimus quae clarissime demonstrant sententiam appellatam primae curae eaequivocis fundatam esse.

Adest enim in appellata sententia confusio magna inter errorem in persona (can. 1097 § 1) et errorem in qualitate personae directe et principaliter intenta (can. 1097 § 2). Dubium, enim, concordatum est de errore in persona, dum instructoria ducta est de errore in qualitate personae relate praesertim ad fidelitatem. Idem invenitur in pars iure sententiae.

Confusio ista, iam per se, sufficit ad fundamentum capitis destruendum.

Insuper sententia appellata affirmative edixit de errore mulieris in personalitate viri, sed «personalitas non est persona sed quid

personae quod qualitas adumbratur» ita ut duae notiones inter se confundi neque commutari possint.

«Etiam si», scribebamus «dubium vertisset in qualitate viri directe et principaliter intenta, minime ex actis apparet fidelitatem a muliere fuisse prae viro intentam». Ad hoc firmandum sufficiat prae oculis habere descriptionem indolis viri, praesertim sub negativa quam d.na Elisa de convento facit, ex quibus perfecte scatet illam virum, cum suis defectibus plene cognovisse.

Clare, e contra, apparet, mulierem virum voluisse quem optabat illa qualitate praeditum.

14. Quoad errorem in persona viri acta causae minime elementa continent e quibus probari possit eiusmodi error.

Declarationes, enim, mulieris actricis nullo modo demonstrant ipsam errore passam esse circa conventi identitatem. Ad hoc excludendum sufficiat memorare relationem inter partes per decem circiter annos ante matrimonium ductam esse et ideo, vix et ne vix quidem, sermo institui potest de errore in persona ad normam iuris intento.

Nec aliter deducitur ex declarationibus viri conventi, ex quibus patet partes ante nuptias bene sese cognovisse.

Ex depositionibus testium in causa inductorum neque quidquam innui potest quod, etsi a longe, referre possit ad hunc suppositum errorem in persona viri ex parte actricis.

Insuper ex actis percipere non datur quamdam reactionem mulieris actricis circa detectum errorem in persona conventi.

15. *De incapacitate viri assumendi onera coniugalia.* In primis, de hoc capite loquendo, prae oculis tenendum est conventum semper psychica et psychologica valetudine gavisum esse, praeter physicam. Numquam sub curationibus psychologorum vel psychiatrum fuit neque anomalia aliqua affectum fuisse praedicatur.

Circa peculiarem (strana) indolem viri, quae ab actrice eiusdem testium affirmatur, a convento et a testibus ab ipso inductis negatur, tantum actis prae oculis habitis nullum certum argumentum hauriri potest. Actrix, nempe, probabiliter exagerat quaedam elementa minus positiva indolis viri ad suam thesim firmandam amplificando, vir sese defendere vult. Hoc, tamen, non significat elementa omnino deesse ex quibus auxilium ad attingendam veritatem hauriri possit.

Nihil mirum, si a testibus a convento inducti optimam opinionem habemus de eiusdem intelligentia onerum matrimonialium atque de eiusdem capacitate illos assumendi.

His attentis deliberate omittimus hos testes citare, sed tantum depositiones testium ab actrice inductorum examini breviter submittimus, semper prae oculis habentes notulam gravitatis causae psychicae quae adsit oportet cum de incapacitate sermo est.

Ex depositionibus testium ab actrice inductorum nihil momentosum eruitur ex quo incapacitas viri assumendi onera coniugalia erui possit.

Maria, amica actricis a plurimis annis, varia enarrat de modo sese gerendi conventi, sed non de scientia propria deponit, quia omnia ab actrice audivit et, insuper, agitur de problematibus inter partes exortis tempore vitae communis quae potius denotant difficultatem initialem vitae communis quam incapacitatem ex parte conventi.

D.na Michaela fere eadem ac praecedens testis refert sed momentum maximum tribuit supposito viri adulterio, quod vera fuit causa ruinae matrimonii, minimum tribuens aliis circumstantiis et assertae incapacitatis viri.

De testimonio matris et patris actricis prae oculis tenendae sunt possibles exaggerationes intuitu filiam in causa adiuvandi, utcumque potius de difficultatibus ipsi loquuntur in mutua relatione ducenda.

Depositio R. d.ni Caroli est omnino generica et vaga, idem dicendum est de depositione testis Nicolaidis quae dicit conventum «certamente ha una personalità strana» quin quidquam addat ad suam affirmationem roborandam. Idem dicendum est de teste Armando qui nullum concretum elementum refert circa affirmatam immaturitatem conventi, dum Antonius nihil scit de quaestione hac.

16. Rebus sic stantibus ad relationes peritorum recurrendum est ad lucem habendam circa consistentiam capitis huius adducti de incapacitate viri assumendi onera coniugalia.

Duae in actis prostant relationes peritales, prima apud Tribunal Aprutinum confecta a doct. Brunone altera apud Nostrum Apostolicum Forum a claro Prof. Petro.

Doct. Bruno thesim sustinet conventum, tempore quo nuptiae celebratae sunt, tali immaturitate affectum fuisse quae ipsi praepe-

diverit capacitatem instaurandi « con sufficiente afflato il cosiddetto "bonum coniugum" ».

Peritus, tamen, admittere cogitur conventum bene apteque omnia cetera officia implevisse ita ut videatur agi de arbitraria conclusione ex infelici exitu matrimonii deprompta, quia communis opinio inter psychologos et psychiatras est severam anomaliam vel perturbationem, ad incapacitatem fundandam assumendi onera coniugalia aptam, etiam in aliis vitae humanae provinciis reflecti, etiamsi non pari severitate.

Ne obliviscatur oportet quod coram habemus virum qui semper bona valetudine psychica et psychiatrica gavisus est atque numquam sub curationibus psychologorum aut psychiatrum fuit.

Ulterius dubium de veritate conclusionum doct. Bruno oritur in conclusione n. 3 eiusdem periti cum affirmet « Tale condizione poteva influenzare la capacità intellettuale e/o volitiva in ordine al suo consenso matrimoniale ». Ex istis verbis etenim non intelligitur num, tempore quo nuptiae celebratae sunt, agebatur de structurali impossibilitate ad relationem nectendam an potius de difficultatibus post nuptias exortis ob partium diversam indolem.

Peritia dubium non solvit atque potius demonstrat eundem peritum certitudinem haud habuisse de ipsius conclusionibus.

17. Prof. Petrus, post inspectum conventum et acceptis « Tests » (Wais, Rorschach, Koch, Wartegg) a prof. S. convento administratis atque discussis, aliter concludit.

Affirmato quod conventus diligentior, praesenti tempore, « esente da patologia di ordine psicotico o francamente psicopatico ... » sese praeberet, quoad affectivitatem scribit « emergono elementi di immaturità che, pur connotandosi ai tests di personalità come particolarmente significativi, non assumono nel contesto complessivo del quadro clinico una rilevanza patologica ». Postquam peritus monuit de modo tests interpretandi qui « anche se possono offrire utili indicazioni relativamente alle dinamiche profonde dell'individuo ed ai meccanismi inconsci che consentono talvolta di meglio interpretarne i comportamenti, vanno sempre assunti e confrontati con i dati desunti dalla valutazione clinica globale » prosequitur « Il profilo personologico del convenuto pertanto non evidenzia, allo stato anomalie di natura ed entità tali da potersi prospettare la sussistenza di una patologia psichica e segnatamente di un Disturbo di Personalità ».

Ad tempus quo nuptiae partium celebratae sunt sese referens Peritus aperte affirmat « non emergono elementi concreti che possano indicare con certezza morale che il convenuto all'epoca del matrimonio presentava una immaturità affettiva di natura e gravità tali da impedirgli di assumere ed adempiere gli obblighi matrimoniali con grado di sufficiente libertà e responsabilità ».

Quamquam Peritus admittit quasdam difficultates in convento ad affectivitatem pertinentes, illas talis gravitatis haud fuisse affirmat ut eidem praepedirent capacitatem vitam coniugalem apto modo instaurandi et ducendi.

Concludere ergo Peritus potest in sede confirmationis peritiae « all'epoca del matrimonio l'immaturità affettiva del convenuto non era di gravità tale da impedirgli di esprimere un valido consenso e, pertanto, d'assumere ed adempiere, gli obblighi matrimoniali ».

Ex quibusdam elementis peritus conclusiones istas eruere potuerit claris verbis affirmat « Dal complesso degli elementi in atti e sulla base della visita effettuata, ritengo che non vi siano dati a favore dell'incapacità del convenuto di realizzare nel matrimonio, almeno in grado sufficiente, la comunione e l'integrazione con la consorte ».

Cum reapse peritia clari Prof. Petri plene cum actis causae cohaereat, nullum de re rationabile dubium superesse potest.

18. *De exclusione boni sacramenti ex parte mulieris.* Caput hoc eo minus fundatum videtur. Iam in libello actrix, postquam plura dixit de indole Maximi et de suis perplexitatibus, claris verbis affirmat « Di fatto non avevo dubbi, anche per le assicurazioni ricevute ripetutamente da Massimo ». Ubi dubia non sunt, sed magnus amor, perdifficile est de exclusione indissolubilitatis cogitare. Addit insuper actrix « Io ero contenta del matrimonio con Massimo perché ho sempre creduto che avrei sposato Massimo e che nel matrimonio mi sarei realizzata con lui e che lui avrebbe mantenuto le promesse del matrimonio » ita ut, ex istis claris verbis, neque credi potest ipsam dubia quaedam fovisse de bono matrimonii exitu, praetermittendo dubia ab actrice indicata valde generica esse nec apta ad fundandam tam gravem exclusionem.

Deficit ergo causa proxima simulandi.

Si ad causam remotam mentem ponimus, res non mutant. Actrix numquam fuit mulier agnostica, sed semper paroecias frequentavit, activa fuit in coetus iuvenum paroeciae atque dicit « io ho

frequentato più di un corso di preparazione al matrimonio, una volta un corso organizzato dai focolarini vicino a Roma di un giorno solo; poi nell'immediatezza del matrimonio dei colloqui col mio Parroco Bruno».

Ipsa bene cognoscebat doctrinam ecclesiae de matrimonio et acceptabat (ib) sed dicit «nel mio caso, vedendo il comportamento di Massimo che non mi dava sicurezza...». Attamen mulier sese contradicit quia paulo post affirmat Maximum ipsi certitudinem praebuisse se promissa matrimonialia servaturum.

Magnus amor duxit mulierem ad matrimonium.

19. In depositione conventi omnino excluditur intentio simulationis in muliere si res non bene cessissent. Ipse declarat «A me non risulta in alcun modo che Elisa nutrisse alcun dubbio sulla riuscita del nostro futuro matrimonio (...) nel modo più assoluto Elisa non ha mai fatto alcuna affermazione di rompere il vincolo matrimoniale se il matrimonio non fosse riuscito». Insuper addit «Per me se mi avesse espresso sia implicitamente che esplicitamente tali intenzioni, io non avrei mai accettato un matrimonio che sarebbe risultato a tempo se non addirittura da interrompersi come una bomba ad orologeria e non l'avrei mai sposata».

Affirmat insuper conventus quod omnes qui relationem partium sequebantur bene cognoscebant conventi mentem de hoc.

Haec omnia conventus confirmat in postrema depositione coram Rota Romana cum dicat «(Elisa) non mi ha mai esternato concezioni del matrimonio contrarie alla dottrina della Chiesa e posso affermare che non contemplava il divorzio come soluzione neppure per le convivenze infelici o difficili. Aggiungo che non voleva neppure sentir parlare di «periodo di prova» per vedere se le cose avessero funzionato» quod rationabiliter concordat cum educatione christiana a muliere in familia recepta et servata.

20. Testes ab actrice inducti voluntatem eiusdem indissolubilitatem excludendi si res male cessissent, non confirmant. Maria, amica actricis, simulationem excludit cum dicat «Elisa arrivò al matrimonio nella sicurezza che il marito sarebbe rimasto fedele e avrebbe dimostrato attaccamento alla famiglia». Quod addat testis actricem maritum dereliquisse cum noverit ipsum infidelem fuisse

non ex simulatione, quae numquam adfuit, pendet sed a circumstantiis postnuptialibus.

Omnia amica Michaela confirmat cum dicat actricem, remotis dubiis, statuisse convento nubere quia ipsa «aveva la fiducia che Massimo in base alle sue promesse avrebbe tentato di cambiare».

Quae deponunt parentes actricis ab ipsa actrice dementiuntur.

Nicolaidis nihil scit de eventualibus reservationibus actricis circa vitae communionem et matrimonium.

Idem dicendum de testibus Caroli, Antonius et Armandus.

Testes a convento inducti nihil referre valent de mulieris simulatione.

Apte ergo concludendum est nulla probatione de hoc capite ex actis erui posse.

21. *De exclusione boni prolis ex parte actricis.* Caput hoc nullitatis introductum est hac in iudicii instantia et respicit suppositam mulieris voluntatem prolem radicatus excludendi e matrimonio.

Attamen, actis attente consideratis, potius de temporanea exclusione agi videtur quae, post discidia et incomprehensiones inter coniuges, facta est definitiva. Si ad verba mulieris actricis in iudicio de re prolata respiciamus, nempe «I nostri rapporti erano cautelati sia con i profilattici da parte di Massimo sia con il calcolo dei giorni fertili che io facevo. Io non volevo aver figli senza aver verificato la stabilità del matrimonio» nihil certum de re eruere possumus, sed potius de temporanea exclusione agi videtur. In prima instantia, etenim, non agebatur de hoc capite, hac in instantia mulier comparere renuit. Quod sub fine suae depositionis mulier affirmet «Non sono nati figli da questo matrimonio perché non li volevo io, né lui li voleva», quoad saltem virum, mendacium sonat.

De re conventus loquens affirmat «...questa richiesta di rinviare la procreazione fu motivata da Elisa, inizialmente per il fisiologico ambientamento della coppia nascente. Successivamente Elisa espresse le sue riserve contro la maternità pensando agli impegni professionali: laurea e poi specializzazione in Neurologia nella quale temeva di contrarre malattie da soggetti di cura». Ut patet semper de dilatione prolis sub initio agebatur quae absoluta denegatio facta est anno 1993. Dicit actor «finché mi disse chiaramente nel periodo di Pasqua ad una mia domanda specifica “Te lo puoi scordare”».

22. Multi testes ex utraque parte nihil de re sciunt. Isti sunt Pater actricis, d.na Nicolaidis, R.D. Antonius, R.D. Armandus, R.D. Carolus, sicut et mater actoris Maria.

Alii de dilatione procreationis loquuntur. D.na Maria dicit «All'inizio del matrimonio entrambi rimandarono la prole perché non avevano una stabilità economica. Durante il matrimonio Elisa capì che non era il caso di avere figli con un marito che non le dava affidamento».

D.na Maria refert de intentione filiae subordinandi «la venuta dei figli alla conclusione dei suoi studi, alla specializzazione, poi resasi conto che la convivenza era impossibile con quel tipo di marito per l'eventuale futura famiglia non li ha più voluti».

Patet igitur exclusionis decisionem post matrimonium captam esse ex difficultatibus severis, saltem pro actrice, in vita coniugali ducenda.

D.nus Moreno loquitur de voluntate differendi prolem ex parte mulieris, sicut Franciscus.

23. Nec sufficit. Ex ipsissimis verbis conventi scimus sub initio 1992 Elisam voluisse filios generare et inde «avemmo il primo rapporto in modo naturale. In tale frangente Elisa risultava essere contenta e sperava di essere rimasta incinta».

Quidquid sit de cogitationibus quas conventus actrici tribuit post forte enatam prolem, clarissime apparet voluntatem actricis prolem generandi non defuisse. Etenim, prosequitur conventus diligentior, «Nell'agosto-settembre 1992 avemmo altri rapporti intimi in cui Elisa pur di essere «inseminata» accettava rapporti coniugali assumendo un atteggiamento puramente passivo che favorisse anche da parte sua al massimo la fecondazione».

Rebus sic stantibus, ab ipso convento diligentiore enarratis, attentis depositionibus testium qui de temporanea dilatione loquuntur additis aptis motivis, non intelligitur quomodo loqui possit de exclusione boni prolis ex parte mulieris.

24. Quibus omnibus tum in iure tum in facto perpensis, Nos infrascripti Praelati Auditores de Turno, pro Tribunali sedentes et solum Deum prae oculis habentes, Christi Nomine invocato, edicimus, declaramus ac definitive sententiamus propositis dubiis respondentibus: *Negative, seu non constare de matrimonii nullitate, in casu, ex ullo allato capite.*

Ita pronuntiamus atque committimus locorum Ordinariis et Tribunalium administris, ad quos spectat, ut hanc Nostram definitivam sententiam notificent omnibus quorum intersit ad omnes iuris effectus.

Romae, in Sede Tribunalis Apostolici Rotae Romanae, die 11 decembris 2003.

*Angelus Bruno Bottone, Ponens
Gregorius Erlebach
Americus Ciani*

Qualche breve osservazione storico-giuridica circa il significato dell'espressione «actus positivus voluntatis» nella simulazione del consenso matrimoniale

1. *Premessa introduttiva e rapido sguardo alle forme di estrinsecazione del proposito simulatorio nella tradizione canonica.*

Nella sentenza che precede — *Pars in facto* — e, precisamente, in ordine al capo dell'esclusione dell'indissolubilità, i Giudici sono pervenuti ad una decisione negativa perché hanno ritenuto che l'atto positivo di volontà escludente non fosse chiaramente e sufficientemente provato in giudizio; le motivazioni addotte ineriscono al difetto di *causa simulandi proxima e remota*, e qualificano la confessione giudiziale ed extragiudiziale come, talvolta, generica o contraddittoria.

Nel processo di nullità matrimoniale la prova della volontà escludente risulta, dunque, sicuramente non facile; va tuttavia osservato che il concetto tecnico di atto positivo di volontà — in senso canonico-matrimoniale — è stato creato in tempi relativamente recenti, e precisamente dalla dottrina del Card. Pietro Gasparri⁽¹⁾, che adattando il suo *Tractatus canonicus de matrimonio* al Codice del 1917, ne chiarì il senso in relazione al can. 1086 § 2, come contrasto voluto anche da uno solo dei contraenti tra le pa-

⁽¹⁾ P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, II, Paris, 1891, p. 23. Nella nota n. 1 l'Autore rinviava, infatti, all'opera del moralista D'Annibale, il quale si occupava della simulazione nei contratti.

role esteriormente proferite, e la carenza di effettiva volontà interna⁽²⁾.

Viceversa, nella disciplina della simulazione prevista dalla dottrina canonica medievale, la *fictio* unilaterale era frequentemente considerata influente, sul piano probatorio, nel foro giudiziario⁽³⁾, mentre produceva effetti nel solo foro della coscienza; tale teoria, attraverso il diritto comune, è confluita poi nel diritto civile, che, come è noto, non ammette alcuna ipotesi di simulazione unilaterale, la quale è denominata viceversa — sotto il profilo teorico-giuridico — *riserva mentale* e considerata irrilevante nella pratica negoziale⁽⁴⁾.

È chiara, in questo senso, la grande novità introdotta, in campo canonico, dall'interpretazione del Gasparri, secondo il quale la simulazione — pur concepita sempre, tradizionalmente, come divergenza tra dichiarazione esterna e volontà interna⁽⁵⁾ — consisteva nella limitazione del consenso nuziale all'atto dell'emissione, mediante l'esclusione del matrimonio stesso, o di un suo elemento o proprietà, limitazione che comportava l'invalidità del vincolo coniugale, rilevante sia nel foro esterno che interno. Peraltro, l'efficacia invalidante della simulazione, secondo tale accezione, si verificava a prescindere dall'eventuale *mendacium*, ossia indipendentemente dalla mala fede del simulante, ed, in questo senso, era in linea con il diritto romano che ammetteva anche la rilevanza giuridica della simulazione non dolosa⁽⁶⁾.

Di fronte alla necessità della prova giudiziaria dell'atto positivo di volontà escludente nella simulazione unilaterale, richiesta

(2) P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, II, Civitas Vaticana, 1932, p. 36: «Fictio seu simulatio consensus matrimonialis tunc verificatur, quando contrahens externe quidem verba consensum exprimentia serio et rite profert, sed interne illum non habet».

(3) Cfr., ad esempio PANORMITANUS, in X. 4,1,26, n. 8. Per quanto concerne la dottrina degli altri decretalisti e commentatori, cfr. P. HUIZING, *Actus excludens substantiale matrimonii. Crisis doctrinae et Codicis*, in «Gregorianum», 45 (1964), p. 784 ss.; C. SERRANO POSTIGO, *La causa típica en el derecho canónico matrimonial*, Leon, 1980, p. 93-98.

(4) Cfr. F. FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, p. 39; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1994, p. 900.

(5) Cfr. F. GIL DE LAS HERAS, *El concepto canónico de simulación*, in «Ius Canonicum», 65 (1993), p. 230.

(6) «posse et sine dolo malo aliud agi aliud simulari» (Ulp., D. 4,3,1,2).

anche oggi dal diritto canonico vigente — sulla scia dell'impostazione gasparriana — ai fini di una pronuncia di nullità⁽⁷⁾, ci si potrebbe chiedere quale fosse il senso della menzionata irrilevanza della *fictio* unilaterale in foro esterno, sostenuta dalla decretalistica medievale.

Come è noto, la decretale *Tua nos*, di Innocenzo III, sanciva infatti l'irrilevanza, per la validità del consenso matrimoniale, dell'intenzione unilaterale di non acconsentire alle nozze con una data comparte, sull'esempio della tradizione giuridica romana, che reputava inconsistente *in iure* la carenza di volontà interna di uno dei contraenti⁽⁸⁾ — definita più tardi, si è detto, *riserva mentale* — sebbene mitigando la stessa impostazione romana, giacché limitava detta inconsistenza al foro giudiziale, ossia in ambito probatorio, mentre nel foro interno richiedeva il rinnovo del consenso per adeguare il foro della coscienza a quello esterno⁽⁹⁾.

In questa direzione, si insisteva, invece, sulla prova del rifiuto della sostanza o della struttura costitutiva del matrimonio ai fini dell'invalidità del vincolo coniugale; non era tuttavia sufficiente una semplice intenzione interna in quanto tale — in linea con la tesi circa la menzionata irrilevanza della *fictio* unilaterale — ma una volontà contraria alla struttura essenziale del coniugio, che si manifestasse esteriormente con atti o comportamenti chiari e concludenti⁽¹⁰⁾. La dottrina medievale, in particolare, si soffermò sulla questione della necessità del *velle non habere* — che produceva effetto irritante —, piuttosto che del *non velle habere*⁽¹¹⁾; molto più diffusa fu, d'altra parte, l'opinione dell'esigenza di una vera e propria condizione contro la sostanza del matrimonio, e ciò sempre in linea con l'esperienza giuridica romana, che riteneva la condizione, come elemento accidentale del negozio giuridico, idonea per eccel-

(7) Cfr. CIC 1983, can. 1101 § 2.

(8) Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 228; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1988, p. 352-353.

(9) Cfr. PANORMITANUS, in X. 4,1,26, n. 6: «debet tamen sacerdos in foro animae illum inducere ut consentiat de novo, et sic ut purget dolum ab eo commissum, et ut aptet se foro judiciali».

(10) P. M. ABELLÁN, *El fin y la significación sacramental del matrimonio desde S. Anselmo hasta Guillermo de Auxerre*, Grenada, 1939, p. 22-23.

(11) Cfr., ad esempio, HUGUCCIO, *Summa*, in C. 32, q. 2, c. 4: «Et nota quod si qui contrahunt quod non habent voluntatem habendi prolem, non impeditur matrimonium; si vero sic quod habeant voluntatem non habendi, impeditur matrimonium».

lenza ad incidere sull'efficacia di qualunque contratto — e perciò anche di quello matrimoniale — limitandone l'operatività e quindi modificandone gli effetti⁽¹²⁾. In particolare, fu Gregorio IX, con la decretale *Si condiciones*, che affermò la rilevanza canonica della condizione — purché manifestata mediante testimoni — contraria alla sostanza del coniugio⁽¹³⁾.

Tuttavia, la semplice condizione unilaterale doveva essere agevolmente dimostrata in foro esterno, con prove, indizi o presunzioni; la difficoltà, talvolta, di pervenire a tale genere di dimostrazione condusse, in diversi casi, ad esigere l'esistenza di un *pactum* o di una *conventio*, e dunque a conferire rilevanza giuridica alla sola condizione bilaterale formulata dai contraenti mediante un accordo concluso tra loro. Tale indirizzo prendeva le mosse ancora una volta dall'opinione, diffusa tra i giureconsulti romani, secondo cui sia la condizione sospensiva che quella risolutiva avevano il loro senso e motivo di esistere in un'intesa bilaterale tra i contraenti, che si dimostrava l'unico strumento adatto a rendere rilevabile in maniera indiscutibile la limitazione dell'efficacia contrattuale nel foro giudiziario⁽¹⁴⁾.

Tale teoria divenne tanto condivisa dai canonisti, che Innocenzo IV la consacrò con la decretale *Habemus*, generalizzando la necessità della convenzione bilaterale come presupposto per la rilevanza giuridica della condizione⁽¹⁵⁾. Lo stesso Graziano, nel canone *Aliquando* del Decreto, recepiva tale indirizzo, asserendo: « Si ambo tales sint (non consenzienti), coniuges non sunt »⁽¹⁶⁾. Fino al CIC 1917, ed in ogni caso alla dottrina del Card. Gasparri, il dibattito canonistico si concentrò prevalentemente sulle forme della condizione nella limitazione del consenso matrimoniale, qualificando questa come *conditio mente radicata*, *conditio mente retenta*, *conditio in pactum deducta*, ecc., secondo che essa fosse formulata da uno solo dei contraenti, o d'accordo da entrambi⁽¹⁷⁾.

(12) A. GUARINO, *Diritto privato romano*, p. 364-366.

(13) Cfr. PANORMITANUS, in X.4.5.7.

(14) Cfr. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, p. 367.

(15) INNOCENTIUS IV, in X.4.5.7, Venetiis, 1570, p. 561-562: « nisi ambo consentiant non impeditur matrimonium ».

(16) C. 32, q. 2, c. 7.

(17) Cfr. P. SERAFINI, *Sull'esclusione dei beni essenziali del matrimonio canonico*, Roma, 1962, p. 11-12; P. HUIZING, *Actus excludens*, p. 762-763.

Tuttavia, già S. Tommaso d'Aquino, adoperando il termine *intentio* per indicare l'atto del soggetto di volere un determinato oggetto⁽¹⁸⁾, ossia l'impulso interno di conseguire fattualmente (*actus*) qualcosa che è esterno alla propria sfera di volontà, lasciava intravedere già con chiarezza — in senso teologico-morale — l'esistenza nella dinamica della condotta umana di due componenti non sempre coerenti ed univoche: un elemento soggettivo ed uno oggettivo (la volontà interna e l'azione esteriore).

Il Sánchez, secondo qualche autore⁽¹⁹⁾, avrebbe avuto il merito di attuare una sintesi che equiparava le due figure della *intentio* e della *conditio* (unilaterale), in quanto uguali nella sostanza (in ambedue i casi si trattava di un atto del volere da parte del contraente), ma con una forma giuridica diversa (reale, la prima; condizionale, la seconda) ed avrebbe coniato, in proposito, l'espressione *actus positivus voluntatis* per designare l'essenza comune delle due figure, terminologia ripresa, in seguito, dal Gasparri.

Non a caso, il Codice pio-benedettino, recependo accanto al concetto di simulazione del consenso mediante un atto positivo di volontà (can. 1086 § 2) l'istituto della condizione futura contro la sostanza del matrimonio (can. 1092, n. 2), mostrava di considerare le due ipotesi distinte, quanto meno sotto il profilo giuridico-formale⁽²⁰⁾.

2. *La sentenza coram Many del 1911 e gli sviluppi interpretativi successivi, con riferimento alla valenza del termine «atto positivo di volontà».*

Sul piano giurisprudenziale, l'utilizzazione del termine *actus positivus voluntatis* promossa dal Card. Gasparri ebbe importanti risvolti applicativi. La famosa sentenza rotale coram Many del 21 gennaio 1911, nella *Pars in iure*, faceva formalmente riferimento al

(18) S. THOMAS AQUINAS, *Summa Theologiae*, I-II, q. 12, a. 1.

(19) Cfr., ad esempio, P. FEDELE, *L'essenza del matrimonio canonico e la sua esclusione*, in IDEM, «Studi sul matrimonio canonico», Roma, 1982, p. 122.

(20) Fin dai primi schemi *De matrimonio*, tuttavia, fu sollevata da vari autori la richiesta di sopprimere la fattispecie configurata nel can. 1092, n. 2, perché come si era osservato «hic non agitur de condicionibus veri nominis, sed de actu positivo voluntatis quo elementum essenziale matrimonii excluditur» (*Communicationes*, 3 [1971], p. 78).

concetto di atto positivo di volontà espresso ed effettivo come fonte di invalidità del matrimonio, tanto nel caso della simulazione totale che di quella parziale, nelle loro diverse ipotesi concrete⁽²¹⁾. In particolare, essa sancì l'effetto irritante di tale atto della volontà, che non necessariamente doveva assumere la forma di un patto tra i contraenti, ma poteva anche essere meramente unilaterale, purché manifestato all'esterno in una qualche modalità che ne consentisse la prova in foro esterno giudiziario⁽²²⁾.

Secondo tale sentenza, la struttura essenziale dell'atto positivo del simulante non sarebbe stata costituita da due intenzioni discordi, delle quali l'una volesse un simulacro di fatto, ossia desiderasse un'apparenza di matrimonio «*quia illum celebrat*», mentre l'altra non volesse il vero matrimonio «*quia reicit eius substantiam*», intenzioni che, dunque, in quanto opposte, «*sese mutuo elidunt*»; bensì da due volontà, di cui la prima sarebbe stata di natura generale «*faciendi nempe contractum*», e la seconda di tipo speciale e con un oggetto preciso e particolare «*reiciendi nempe hanc vel illam obligationem*». Si concludeva, dunque, che «*posterior actus certo praevallet priori, eumque tollit, cum sit magis specificus*»⁽²³⁾, ricorrendo all'applicazione della 34 *Regula Iuris in VI^o*, che prevedeva il criterio di specialità, secondo il quale «*generi per speciem derogatur*», utilizzabile «*in toto iure et notanter in contractibus*»⁽²⁴⁾.

Da quel momento in poi, nelle sentenze che seguirono la *coram Many*, si dichiarò esplicitamente e con maggiore chiarezza che per invalidare il matrimonio era richiesto un atto positivo di volontà per mezzo del quale venissero ruscate le nozze in sé, ovvero tutte le obbligazioni relative al vincolo coniugale, oppure una sola di esse⁽²⁵⁾.

Dal 1917, anno della promulgazione del Codice pio-benedettino, le sentenze rotali presero a menzionare espressamente il can. 1086 § 2 come fondamento giuridico dell'atto positivo di volontà,

(21) Cfr. c. *Many*, diei 21 ianuarii 1911, in *RRDec.*, 3 (1911), p. 16 ss.

(22) Detta sentenza prendeva in esame una fattispecie di esclusione dell'indissolubilità, dichiarando esplicitamente che, ai fini della nullità del coniugio, bastava che il contraente che simulava «*actu voluntatis actuali vel virtuali, etiam in pactum non deducto, non intendit nisi solubile vinculum*» (c. *Many*, diei 21 ianuarii 1911, p. 17).

(23) *Ibid.*, p. 17.

(24) *Ibid.*, p. 17-18.

(25) Cfr., ad esempio, una c. *Sebastianelli*, diei 17 februarii 1914, in *RRDec.*, 6 (1914), p. 58.

del quale la condizione o il patto tra i contraenti erano considerate semplici forme di manifestazione, essendo sufficiente, ai fini della nullità del vincolo coniugale, l'*actus positivus* in quanto tale, diretto all'esclusione dell'intero matrimonio o di una o più proprietà o elementi essenziali, da provarsi ovviamente in foro esterno⁽²⁶⁾. Tale atto positivo di volontà previsto dal can. 1086 § 2 diveniva, dunque, insieme alla *condicio de futuro contra matrimonii substantiam*, contemplata nel can. 1092 n. 2, il presupposto per qualsiasi forma di simulazione del consenso matrimoniale.

Sotto l'imperio del CIC 1983, invece — ma anche vigente il CCEO — il solo concetto di atto positivo di volontà divenne il sinonimo di simulazione o esclusione del consenso (can. 1101 § 2; can. 824 § 2 CCEO), mentre con la condizione disciplinata dal can. 1102 (can. 826 CCEO) si introduceva una diversa tipologia — anche sotto il profilo sostanziale — di consenso matrimoniale viziato.

Il contenuto del termine normativo *positivus voluntatis actus* (menzionato adottando anche la costruzione latina appropriata) è caratterizzato dalla presenza di tre componenti, previste dalla normativa canonica (can. 1101 § 2 CIC; can. 824 § 2 CCEO) che possono sintetizzarsi in questa espressione giurisprudenziale: «tria una simul concurrant necesse est, ut exclusio vim irritantem praeseferat: voluntas, actus, positivus»⁽²⁷⁾.

La prima componente si riferisce alla causa efficiente dell'atto del volere, presupposto di qualsivoglia forma di simulazione, la quale si oppone all'atto dell'intelletto, che — in quanto mirante alla mera rappresentazione della realtà sul piano razionale — si pone su un livello dimensionale diverso da quello della dinamica della volontà, non potendo, perciò, fungere da motrice funzionale del fenomeno simulatorio⁽²⁸⁾.

Il secondo fattore, l'*actus*, conferisce alla *voluntas* un connotato empirico ed operativo, traslandola dal piano astratto a quello concreto e dalla prospettiva statica a quella dinamica⁽²⁹⁾; in defini-

(26) Cfr. O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano, 1973, p. 90.

(27) Cfr., ad esempio, c. Davino, diei 18 aprilis 1991, in *RRDec.*, 83 (1991), p. 269.

(28) Cfr. J. DE FINANCE, *Saggio sull'agire umano*, Città del Vaticano, 1992, p. 37-38.

(29) Così A. RONCO, *Introduzione alla psicologia*, I (*Psicologia dinamica*), Roma, 1987, p. 69.

tiva, si tratta di passare dall'ambito del conoscere a quello dell'agire mediante una deliberazione⁽³⁰⁾.

La volontarietà dell'atto del simulare implica l'ininfluenza di tutti quegli stati dell'intelletto contrari al matrimonio, o alle proprietà e finalità dello stesso, quali le idee, la mentalità, le opinioni, l'errore, il dubbio, le credenze, ecc., in modo da impedire agli stessi il conseguimento di una valenza autonoma; inoltre rende inconsistenti gli stati della volontà che non raggiungono lo spessore di un vero atto intenzionale, come le previsioni, i desideri, le aspirazioni, le prospettive, l'accondiscendenza, ecc., che possono, al più, assurgere al rango di *causa simulandi proxima seu remota*, e ciò per la natura indistinta e nebulosa che rivestono i moventi che ne costituiscono il fondamento⁽³¹⁾.

Per quanto riguarda l'ultimo carattere, cioè la *positivitas* dell'atto, va detto che si tratta della nota qualificante tipica dell'atto positivo, consistente nell'obiettivazione dell'effettiva volizione, tramite le dichiarazioni ed il comportamento inequivoco⁽³²⁾, o nell'attitudine alla prova dell'intenzione simulatoria nel foro giudiziario⁽³³⁾.

In realtà, in relazione alla sua essenza volitiva, l'atto positivo è quello realmente posto in essere (dal latino *ponere*)⁽³⁴⁾ o effettivamente espresso⁽³⁵⁾, o, infine, *elicitus* mediante una specifica determinazione del volere⁽³⁶⁾. In ogni caso, l'esigenza della positività nell'*actus voluntatis* induce ad estromettere dall'ipotesi simulatoria

⁽³⁰⁾ Ibid., p. 70.

⁽³¹⁾ S. PANIZO, *Exclusión de la indisolubilidad del matrimonio*, in «Ius Canonicum», 65 (1993), p. 265 ss.; P.J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio y simulación del consentimiento. Comentario exegético y técnicas de calificación de las causas de nulidad del c. 1101 del Código de Derecho Canónico*, Pamplona, 1997, p. 22-26.

⁽³²⁾ In tal senso E. GRAZIANI, *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, Milano, 1956, p. 168.

⁽³³⁾ P.J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio*, p. 22.

⁽³⁴⁾ Cfr. N. LÜDECKE, *Der Willenbestimmende Irrtum über das Wesen der Ehe nach c. 1099 CIC als eigenständiger Ehenichtigkeitsgrund*, in «Oesterreichisches Archiv für Kirchenrecht», 40 (1991), p. 51.

⁽³⁵⁾ Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *Positivo l'atto di volontà come causa di nullità del matrimonio secondo il can. 1101 par. 2 del nuovo Codice*, in «Questioni Canoniche», 22 (1984), p. 252.

⁽³⁶⁾ Cfr. S. VILLEGGIANTE, *L'esclusione del «bonum sacramenti»*, in «Monitor Ecclesiasticus», 115 (1990), p. 361 ss.

l'actus mere negativus⁽³⁷⁾, ossia l'atto che non è stato mai posto, in quanto inesistente. È chiaro, infatti, che l'atto positivo di volontà, proprio perché *positivo*, esiste nella dimensione spaziale e temporale e quindi si contrappone all'atto inesistente.

Inoltre, l'atto di volontà esclude ogni forma di inerzia o passività dell'atteggiamento umano, e quindi qualsiasi ipotesi di omissione intenzionale, venendo distinto, nelle svariate pronunce giudiziarie, dalla semplice *inertia voluntatis*⁽³⁸⁾, dalla *velleitas*⁽³⁹⁾, e dalla *intentio interpretativa*⁽⁴⁰⁾.

Vale la pena ricordare, infine, anche quegli orientamenti che evidenziano la fermezza dell'atto di volontà escludente, richiedendo ai fini dell'invalidità del matrimonio un *velle non* anziché un semplice *nolle*⁽⁴¹⁾; esigono la sua presenza attuale o virtuale, ma non abituale, al momento di emettere il consenso nuziale⁽⁴²⁾; escludono l'efficacia invalidante dell'*actus praesumptus*⁽⁴³⁾, o sottolineano la sufficienza sia della forma esplicita che di quella implicita per simulare: «Actus positivus potest esse sive explicitus sive implicitus: est explicitus si tamquam obiectum directum et immediatum intendit exclusionem essentiae vel proprietatis essentialis matrimonii; est implicitus si tamquam obiectum directum et immediatum aliquid habet, in quo exclusio matrimonii vel eius proprietatis continetur»⁽⁴⁴⁾.

3. *Brevi considerazioni in ordine alla struttura dell'«actus positivus voluntatis».*

È interessante, a mò di chiusura della presente esposizione, formulare un fugace rilievo circa la questione della struttura costi-

(37) Cfr. F.M. CAPPELLO, *De Sacramentis*, V, *De Matrimonio*, Taurini, 1961, p. 530.

(38) Cfr. c. Agustoni, diei 21 martii 1986, in *RRDec.*, 78 (1986), p. 410.

(39) Cfr. c. Stankiewicz, diei 17 decembris 1993, *ibid.*, 85 (1993), p. 782.

(40) Cfr. c. Funghini, diei 22 ianuarii 1986, *ibid.*, 78 (1986), p. 39.

(41) Cfr. c. De Jorio, diei 18 februarii 1970, *ibid.*, 62 (1970), p. 155.

(42) Cfr. A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem* (cc. 1101 § 2 CIC; 824 § 2 CCEO), in «Monitor Ecclesiasticus», 122 (1997), p. 221 ss.

(43) Cfr. *ibid.*, p. 219.

(44) Cfr. c. Staffa, diei 21 maii 1948, *RRDec.*, 60 (1948), p. 186.

tutiva dell'atto positivo di volontà simulatoria. Il problema che si pone è se l'atto di volontà si presenti come una realtà autonoma e perfetta, sul piano ontologico e/o dell'efficacia giuridica, oppure debba concorrere, ai fini della nullità del vincolo matrimoniale, con un secondo processo volitivo, di contenuto diverso.

Alcuni studiosi affermano che nel caso della simulazione parziale, l'atto — specifico — di esclusione di una prerogativa o di un elemento essenziale del coniugio debba necessariamente coesistere con un ulteriore conato della volontà — generale — parallelo al primo e di contenuto contrario, finalizzato a contrarre, in apparenza, il matrimonio stesso. Secondo tale teoria⁽⁴⁵⁾, essendo i due propositi della volontà concomitanti e di contenuto opposto, si neutralizzerebbero reciprocamente⁽⁴⁶⁾.

Nell'ambito di tale costruzione, si evidenzia lo specifico indirizzo dottrinale e giurisprudenziale per il quale, di fronte al presunto intento simulatorio, va individuata l'eventuale *voluntas praevalens*, ossia l'esistenza di una intenzione speciale, diretta ad escludere la *substantia matrimonii* — ossia uno o più elementi o proprietà essenziali del coniugio — prioritaria e derogatoria rispetto alla volontà generale di contrarre il vincolo sponsale, che produrrebbe un effetto invalidante del matrimonio, in base al principio di specialità previsto dalla surrichiamata 34 *Regola Iuris in VI^o*⁽⁴⁷⁾.

Ora, l'attendibilità della teoria della concomitanza delle due intenzioni parallele e contrastanti che si estinguono vicendevolmente è stata contestata da parte della dottrina, giacché, secondo quest'ultima, è una contraddizione in termini ipotizzare che il contraente voglia e non voglia contemporaneamente la stessa cosa⁽⁴⁸⁾. Questa conclusione è stata tratta, in particolare — si è detto —, per quanto concerne la simulazione parziale, nella quale, da un lato, esiste nel simulante la volontà di contrarre realmente il matrimonio, e dall'altra, l'intenzione positiva di escludere qualche com-

⁽⁴⁵⁾ Tale orientamento dottrinario si ricollega alla tesi elaborata da Benedetto XIV, relativa all'assorbimento dell'*error privatus* nella *voluntas generalis* di contrarre matrimonio secondo ciò che la Chiesa insegna (cfr. in merito BENEDICTUS XIV, *De synodo dioecessana*, lib. 13, cap. 22, n. 7).

⁽⁴⁶⁾ Cfr. F. AZNAR GIL, *El nuevo derecho matrimonial canónico*, Salamanca, 1985, p. 362.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *Positivo l'atto di volontà*, p. 255 ss.

⁽⁴⁸⁾ E. GRAZIANI, *Volontà attuale e volontà precettiva*, p. 163 ss.

ponente essenziale dello stesso, in maniera tale che la volizione matrimoniale non coincide più con quella contemplata nello schema statuito dalla legge canonica ⁽⁴⁹⁾.

Per quanto riguarda il caso della simulazione totale, invece, la tesi della doppia volontà riscuote maggiore consenso, perché in tale ipotesi le due intenzioni contemporanee non appaiono contrastanti, in quanto il contraente con la prima vuole un'immagine apparente di matrimonio, ossia una pura finzione, mentre con la seconda — l'atto positivo di volontà escludente — egli mira ad elidere gli effetti della celebrazione nuziale ⁽⁵⁰⁾.

Viceversa, la teoria della volontà prevalente è stata generalmente ritenuta verosimile ed accettabile, giacché in questo caso non si tratta di attribuire fondatezza logica ad una situazione di prevalenza tra autentiche volizioni confliggenti, bensì ad un'ipotesi di prevalenza tra meri interessi confliggenti, contemporaneamente degni di tutela, a parere del nubente, ma che inducono costui, in ogni caso, a dover scegliere necessariamente quello ritenuto prioritario, in modo che la decisione di simulare prende il sopravvento su quella astratta di contrarre ⁽⁵¹⁾.

Ma la tesi più accreditata in dottrina è, comunque, quella che sostiene l'univocità ed autonomia dell'atto di volontà nel processo simulatorio, consistente nell'esclusione del matrimonio stesso o di uno o più elementi costitutivi. Si afferma, infatti, che la volontà umana può essere protesa verso una pluralità di oggetti o di obiettivi, in quanto può aspirare a realizzarli contemporaneamente, ma qualora essi siano incompatibili — come nel caso della scelta tra un matrimonio perpetuo ed uno temporaneo — la decisione concreta potrà riferirsi ad uno solo di essi ⁽⁵²⁾.

Nella stessa direzione, si è peraltro argomentato che la pretesa doppia volontà nel proposito simulatorio altro non è che l'insieme di una rappresentazione razionale del matrimonio, e l'atto di volontà vero e proprio, e non già la somma di due volizioni distinte. Il contraente può decidere di adeguare la scelta nuziale concreta all'immagine intellettuale recepita dal diritto canonico, oppure a

⁽⁴⁹⁾ Così O. GIACCHI, *Il consenso*, p. 94.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. P.A. BONNET, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, Milano, 1985, p. 105.

⁽⁵¹⁾ Cfr. *ibid.*, p. 165.

⁽⁵²⁾ Cfr. P. HUIZING, *Actus excludens*, p. 763.

quella personale difforme da questo; nel primo caso, contrarrà validamente, mentre, nel secondo caso, il vincolo sarà nullo, ma la volizione effettiva rimarrà pur sempre unica⁽⁵³⁾.

Infine, nella medesima ottica, si è affermato che nella simulazione del consenso è rinvenibile un unico atto di volontà interno, contrario al matrimonio in sé, o allo schema matrimoniale previsto dalla dottrina della Chiesa; la manifestazione di volontà — il segno nuziale — in quanto tale, non contiene alcuna volontà propria ed indipendente, ma è solo la forma esteriore, *ore tantum seu verbis*⁽⁵⁴⁾, che assume quella precipua intenzione interna, con la quale detta forma si presume coerente, fino a prova contraria⁽⁵⁵⁾. È chiaro che la validità del vincolo coniugale esige la conformità tra l'intenzione interna e la manifestazione esterna (ossia le parole ed i segni adoperati durante la cerimonia), la quale rimarrà, invece, un'immagine falsa di quel proposito interiore nel caso che il contraente simuli il proprio consenso, interamente o parzialmente, rifiutando il matrimonio *in toto*, o ricusando qualche aspetto imprescindibile dello stesso.

4. *Conclusioni.*

Dall'analisi delle considerazioni che precedono, è possibile pervenire alle seguenti brevi conclusioni, che costituiscono la sintesi dell'*iter* storico-giuridico che si è tentato di delineare.

Il concetto tecnico di atto positivo di volontà — in senso canonico-matrimoniale — è stato creato in tempi relativamente recenti, e precisamente dalla dottrina del Card. Pietro Gasparri, che ne ammetteva la configurabilità come presupposto invalidante del matrimonio anche nel caso della simulazione unilaterale. Viceversa, nella disciplina prevista dalla dottrina canonica medievale, la *fictio* unilaterale era frequentemente considerata ininfluyente, sul piano probatorio, nel foro giudiziario, mentre produceva effetti nel solo foro della coscienza.

⁽⁵³⁾ Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Milano, 1981, p. 193-194.

⁽⁵⁴⁾ Così P.J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio*, p. 17.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. CIC 1983, can. 1101 § 1; CCEO, can. 824 § 1.

Fino al CIC 1917, ed in ogni caso alla dottrina del Card. Gasparri, il dibattito canonistico si concentrò prevalentemente sulle forme della condizione nella limitazione del consenso matrimoniale, qualificandola in maniera varia, secondo che essa fosse formulata da uno solo dei contraenti, o d'accordo da entrambi, tramite un patto.

La famosa sentenza rotale coram Many del 21 gennaio 1911, nella *Pars in iure*, faceva formalmente riferimento al concetto di atto positivo di volontà espresso e positivo come fonte di invalidità del matrimonio, tanto nel caso della simulazione totale che di quella parziale, nelle loro diverse ipotesi concrete. In particolare, essa sancì l'effetto irritante di tale atto della volontà, che non necessariamente doveva assumere la forma di un patto tra i contraenti, ma poteva anche essere meramente unilaterale, purché manifestato all'esterno in una qualche modalità che ne consentisse la prova in foro giudiziario.

Dal 1917, anno della promulgazione del Codice pio-benedettino, le sentenze rotali presero a menzionare espressamente il can. 1086 § 2 come fondamento giuridico dell'atto positivo di volontà, del quale la condizione o il patto tra i contraenti erano considerate semplici forme di manifestazione, essendo sufficiente, ai fini della nullità del vincolo coniugale, l'*actus positivus* in quanto tale, diretto all'esclusione dell'intero matrimonio o di una o più proprietà o elementi essenziali, da provarsi ovviamente in foro esterno. Tale atto positivo di volontà previsto dal can. 1086 § 2 diveniva, dunque, insieme alla *condicio de futuro contra matrimonii substantiam*, contemplata nel can. 1092 n. 2, il presupposto per qualsiasi forma di simulazione del consenso matrimoniale.

Sotto l'imperio del CIC 1983, invece — ma anche vigente il CCEO — il solo concetto di atto positivo di volontà divenne il sinonimo di simulazione o esclusione del consenso (can. 1101 § 2; can. 824 § 2 CCEO), mentre con la condizione disciplinata dal can. 1102 (can. 826 CCEO) si introduceva una diversa tipologia — anche sotto il profilo sostanziale — di consenso matrimoniale viziato.

Il contenuto del termine normativo *positivus voluntatis actus* è caratterizzato dalla presenza di tre componenti, previste dalla normativa canonica (can. 1101 § 2 CIC; can. 824 § 2 CCEO): la volontà, l'atto, la positività. Sono stati, dunque, esaminati tali elementi nel loro significato.

Successivamente è stata rapidamente analizzata la struttura costitutiva dell'atto positivo di volontà. Alcuni studiosi, come si è ricordato, affermano che, nel caso della simulazione, l'atto — specifico — di esclusione di una prerogativa o di un elemento essenziale del coniugio debba necessariamente coesistere con un ulteriore conato della volontà — generale — parallelo al primo e di contenuto contrario, finalizzato a contrarre, in apparenza, il matrimonio stesso. Distinguono, tuttavia, traendone implicazioni diverse, il caso della simulazione totale da quella parziale.

Ma la tesi più accreditata in dottrina è, comunque, quella che sostiene l'univocità ed autonomia dell'atto di volontà nel processo simulatorio, consistente nell'esclusione del matrimonio stesso o di uno o più elementi costitutivi. Si afferma, infatti, che la volontà umana può essere protesa verso una pluralità di oggetti o di obiettivi, in quanto può aspirare a realizzarli contemporaneamente, ma qualora essi siano incompatibili — come nel caso della scelta tra un matrimonio perpetuo ed uno temporaneo — la decisione concreta potrà riferirsi ad uno solo di essi.

Ciro Tammaro

