

L'INTENTIO SIMULATORIA NELLA TRADIZIONE CANONICO-MATRIMONIALE: BREVI CENNI SULLA FATTISPECIE REALE E CONDIZIONALE NELLA FORMAZIONE DEL *VOLITUM* ESCLUDENTE

RESUMEN

El artículo tiene como objetivo ofrecer una panorámica de las formas de manifestación de la «intentio simulatoria» en la tradición canónico-matrimonial. Inicialmente el artículo se centra en la doctrina canónica medieval, con el examen de las decretales de Inocencio III *Tua Nos*, de Gregorio IX *Si condiciones*, Inocencio IV *Habemus* y del canon *Aliquando* contenido en el Decreto de Graciano. Posteriormente se analiza la doctrina del cardenal Gasparri que individuó por primera vez el concepto de «acto positivo de la voluntad», adaptando su *Tractatus canonicus de matrimonio* al Código de Derecho Canónico de 1917. Al final del artículo se cita la sentencia *coram Many* de 1911 y se describen los desarrollos interpretativos sucesivos, con una referencia especial a la estructura y características del acto positivo de la voluntad.

SUMMARY

The article aims to provide an overview of the manifestation forms of the «intentio simulatoria» in the canonical tradition of marriage. Initially, the article focuses on the medieval canonical doctrine, with an examination of the decrees of Innocent III *Tua Nos*, Gregory IX *Si condiciones*, Innocent IV *Habemus* and the canon *Aliquando* contained in Gratian Decree. Finally, we examine the doctrine of Cardinal Gasparri that for the first time individualized the term «positive act of will», adapting his *Tractatus Canonicus de matrimonio* to the Code of Canon Law of 1917. The end of the article quotes the sentence *coram Many* in 1911 and describes the subsequent interpretative developments, with particular reference to the structure and characteristics of the «positive act of will».

1. PREMESSA INTRODUTTIVA E RAPIDO SGUARDO ALLE FORME DI ESTRINSECAZIONE DELL'INTENTIO SIMULATORIA NELLA TRADIZIONE CANONICO-MATRIMONIALE

Nel processo di nullità matrimoniale, com'è noto, la prova della volontà escludente risulta sicuramente non facile. Con le presenti considerazioni, si intende prestare un rapido sguardo alle diverse modalità —reale e condizionale— di estrinsecazione dell'*intentio* simulatoria nella tradizione canonico-matrimoniale.

Va innanzitutto 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 Gasparri¹, 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 parole esteriormente proferite, e la carenza di effettiva volontà interna².

Viceversa, nella disciplina della simulazione prevista dalla dottrina canonica medievale, la *fictio* unilaterale era frequentemente considerata ininfluenta, sul piano probatorio, nel foro giudiziario³, 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 negoziale⁴.

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 interna⁵— consisteva nella limitazione del consenso nuziale all'atto dell'emissione, mediante l'esclusione del matrimonio stesso,

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.

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.

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 dolosa⁶.

Di fronte alla necessità della prova giudiziaria dell'atto positivo di volontà escludente nella simulazione unilaterale, richiesta anche oggi dal diritto canonico vigente —sulla scia dell'impostazione gasparriana— ai fini di una pronuncia di nullità⁷, 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 contraenti⁸ —definita più tardi, si è detto, *riserva mentale*— sebbene mitigando la stessa impostazione romana, giacchè 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 esterno⁹.

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 concludenti¹⁰. 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,

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

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, pp. 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, pp. 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».

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 eccellenza ad incidere sull'efficacia di qualunque contratto —e perciò anche di quello matrimoniale— limitandone l'operatività e quindi modificandone gli effetti¹². In particolare, fu Gregorio IX, con la decretale *Si condiciones*, che affermò la rilevanza canonica della condizione —purchè manifestata mediante testimoni— contraria alla sostanza del coniugio¹³.

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 giudiziario¹⁴.

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 condizione¹⁵. 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 radicita*, *conditio mente retenta*, *conditio in pactum deducta*, ecc., secondo che essa fosse formulata da uno solo dei contraenti, o d'accordo da entrambi¹⁷.

Tuttavia, già S. Tommaso d'Aquino, adoperando il termine *intentio* per indicare l'atto del soggetto di volere un determinato oggetto¹⁸, ossia l'impul-

12 A. Guarino, *Diritto privato romano*, pp. 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, pp. 561-562: «nisi ambo consentiant non impletur matrimonium».

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

17 Cfr. P. Serafini, *Sull'esclusione dei beni essenziali del matrimonio canonico*, Roma, 1962, pp. 11-12; P. Huizing, *Actus excludens*, p. 762-763.

18 S. Thomas Aquinas, *Summa Theologiae*, I-II, q. 12, a. 1.

so 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 autore¹⁹, 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-formale²⁰.

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 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 concrete²¹. 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, purchè manifestato all'esterno in una qualche modalità che ne consentisse la prova in foro esterno²².

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).

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

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 praevalet 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 esse²⁵.

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 esterno²⁶. 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.

«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., pp. 17-18.

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

²⁶ Cfr. O. Giacchi, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano, 1973, p. 90.

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 concurrentes 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 simulatorio²⁸.

Il secondo fattore, l'*actus*, conferisce alla *voluntas* un connotato empirico ed operativo, trasladandola dal piano astratto a quello concreto e dalla prospettiva statica a quella dinamica²⁹; in definitiva, si tratta di passare dall'ambito del conoscere a quello dell'agire mediante una deliberazione³⁰.

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 fondamento³¹.

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 inequivoco³², o nell'attitudine alla prova dell'intenzione simulatoria nel foro giudiziario³³.

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, pp. 37-38.

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

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, pp. 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.

In realtà, in relazione alla sua essenza volitiva, l'atto positivo è quello realmente posto in essere (dal latino *ponere*)³⁴ o effettivamente espresso³⁵, o, infine, *elicitus* mediante una specifica determinazione del volere³⁶. In ogni caso, l'esigenza della positività nell'*actus voluntatis* induce ad estromettere dall'ipotesi simulatoria 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 nuziale⁴²; 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.

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

35 Cfr. Z. Grochowski, *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. Villegiante, *L'esclusione del «bonum sacramenti»*, in «Monitor Ecclesiasticus», 115 (1990), p. 361 ss.

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), pp. 221 ss.

43 Cfr. ibid., p. 219.

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

3. BREVI CONSIDERAZIONI IN ORDINE ALLA STRUTTURA DELL' «ACTUS POSITIVUS VOLUNTATIS»

È interessante, a mo' di chiusura della presente esposizione, formulare un fugace rilievo circa la questione della struttura costitutiva 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 teoria⁴⁵, essendo i due propositi della volontà concomitanti e di contenuto opposto, si neutralizzerebbero reciprocamente⁴⁶.

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, giacchè, secondo quest'ultima, è una contraddizione in termini ipotizzare che il contraente voglia e non voglia contemporaneamente la stessa cosa⁴⁸. 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 componente essenziale dello stesso, in maniera tale che la volizione matri-

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*, pp. 255 ss.

⁴⁸ E. Graziani, *Volontà attuale e volontà precettiva*, pp. 163 ss.

moniale non coincide più con quella contemplata nello schema statuito dalla legge canonica⁴⁹.

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 nuziale⁵⁰.

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 contrarre⁵¹.

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 essi⁵².

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 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 unica⁵³.

Infine, nella medesima ottica, si è affermato che nella simulazione del consenso è rinvenibile un unico atto di volontà interno, contrario al matrimonio in sè, o allo schema matrimoniale previsto dalla dottrina della Chie-

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.

53 Cfr. O. Fumagalli Carulli, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Milano, 1981, pp. 193-194.

sa; 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 contraria⁵⁵. 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. CONCLUSIONE

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.

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 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, purchè manifestato all'esterno in una qualche modalità che ne consentisse la prova in foro esterno.

54 Così P. J. Viladrich, *Estructura esencial del matrimonio*, p. 17.

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

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

Studio Teologico Francescano di Nola (NA)