

CONCRETIZZAZIONE DEL FATTO SIMULATORIO NEL «POSITIVUS VOLUNTATIS ACTUS»

1. Legittimità dell'uso del termine *simulatio* nel campo matrimoniale canonico

L'esplicito riferimento al fatto simulatorio da parte di Giovanni Paolo II nella sua annuale allocuzione alla Rota del 1993 con il richiamo al dettame del c. 1101 §2 del Codice Latino (cf. c. 824 §2 CCEO), cioè che «sarebbe grave ferita inferta alla stabilità del matrimonio e quindi alla sacralità di esso, se il fatto simulatorio non fosse sempre concretizzato da parte dell'asserito simulante in un "actus positivus voluntatis"»¹, ci rafforza nel convincimento sulla correttezza dell'uso del termine *simulatio* nell'ambito dottrinale e giurisprudenziale canonico nonostante che la legge matrimoniale già a partire dal Codice Piano-Benedettino preferisce adoperare il termine *exclusio* come il punto finale del complesso procedimento simulatorio nei confronti del suo specifico oggetto, ossia del suo *volitum*².

¹ GIOVANNI PAOLO II, «Alloc. ai Prelati della Rota Romana», 29 gen. 1993, AAS 85 (1993) 1259.

² Cf. P.J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio y simulación del consentimiento. Commentario exegético y técnicas de calificación de las causas de nulidad del c. 1101 del Código de Derecho Canónico*, Pamplona 1997, 43.

Esiste però una corrente dottrinale che già a partire dall'entrata in vigore del Codice precedente avverte una insofferenza verso l'impiego del termine «simulazione» nel campo del consenso matrimoniale, specialmente in riferimento alla sua accezione di «simulazione parziale». Viene pertanto suggerita la rimozione di questo termine dall'uso dottrinale e giurisprudenziale, ingombrante il campo della realtà matrimoniale canonica, poiché, secondo tale veduta, l'esclusione di una proprietà essenziale o di un elemento essenziale del matrimonio, si effettua anche al di fuori dello schema simulatorio, in buona fede, senza il verificarsi del *mendacium*, della *voluntas decipiendi* e della coscienza di *aliud velle aliud declarare*, cioè senza gli elementi che sono considerati essenziali nel fenomeno della simulazione³.

Prescindendo dall'inesattezza dell'opinione secondo la quale non può essere la simulazione se non dolosa⁴, si deve tener presente che il concetto tecnico della simulazione, ovviamente nel senso canonistico, è stato introdotto nella dottrina matrimoniale dal card. Gasparri⁵, il quale, adattando il suo *Tractatus canonicus de matrimonio* al Codice Piano-Benedettino, ne ha precisato il significato in riferimento al c. 1086 §2, come divergenza voluta da uno solo dei contraenti tra le

³ Cf. P. HUIZING, «Actus excludens substantiale matrimonii. Crisis doctrinae et Codicis», *Gregorianum* 45 (1964) 789; E. OLIVARES D'ANGELO, «La exclusión de la indisolubilidad», in *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, XI, Salamanca 1994, 168.

⁴ Cf. G.A. NUTI, *La simulazione del contratto nel sistema del diritto civile*, Milano 1986, 15.

⁵ P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, II, Paris 1891, 23. Nella nota 1 l'Autore rimanda all'opera del moralista D'Annibale, il quale trattava proprio la simulazione nei contratti.

sue parole, esprimenti il consenso, e il difetto di volontà interna⁶.

Diversamente quindi dall'impostazione della simulazione unilaterale già stabilita nella dottrina medievale canonica, quando essa a seconda dell'opinione dominante era considerata irrilevante nel foro giudiziale⁷, per l'aspetto probatorio, anche se come *fallax declaratio* espletava la sua efficacia nel foro interno o di coscienza, la simulazione nell'accezione Gasparriana si risolve nell'esclusione del consenso con la conseguente nullità del matrimonio rilevante *in utroque foro*, si tratti o no di simulazione «sive dolosa, sive non». Sotto l'aspetto quindi dell'inganno l'affermazione del card. Gasparri rimane del tutto conforme al consolidato principio dell'antica esperienza giuridica romana secondo cui «posse et sine dolo malo aliud agi aliud simulari» (Ulp. D.4,3,1,2)⁸.

In questo modo la simulazione assume la funzione pratica del tutto sinonimica all'*exclusio* del matrimonio

⁶ P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, II, Città del Vaticano 1932, 36: «Fictio seu simulatio consensus matrimonialis tunc verificatur, quando contrahens externe quidem verba consensum exprimentia serio et rite profert, sed interne illum non habet».

⁷ Cf. PANORMITANUS, in X.4,1,26, n.8. Riguardo alla dottrina degli altri decretalisti e commentatori, secondo la quale «simulatae nuptiae tenent in foro iudiciali, non in foro poenitentiali», in quanto «in foro interno ei (cioè al simulante) creditur, non in externo» — cf. P. HUIZING, «Actus excludens» (cf. nt. 3), 784-785; C. SERRANO POSTIGO, *La causa típica en el derecho canónico matrimonial*, Leon 1980, 93-98.

⁸ P. GASPARRI, *Tractatus* (cf. nt. 6), 38. Su diverse teorie canoniche attorno alla simulazione — cf. C. SERRANO POSTIGO, *La causa típica* (cf. nt.7), 113-151.

⁹ Cf. L. FASCIONE, *Fraus legi. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano 1983, 208.

o delle sue proprietà ed elementi essenziali, che si può effettuare con l'atto positivo di volontà sia unilaterale che bilaterale.

La simulazione canonica intesa in questi termini ovviamente si distacca dal concetto della simulazione civile, la quale, come è noto, non ammette alcuna specie unilaterale, denominata già a partire dal diritto intermedio «riserva mentale», ed in seguito considerata talvolta come «scherzo o dolo»¹⁰, benché condivida con essa un aspetto essenziale, cioè la divergenza tra volontà interna e l'esterna dichiarazione¹¹.

Tale divergenza infatti si verifica in ogni tipo di simulazione canonica nel momento della celebrazione del matrimonio, ossia nella manifestazione del segno nuziale, quando il simulante con la dichiarazione apparente del suo consenso sembra agli altri di voler concludere il matrimonio secondo le norme canoniche, accettando tutta la sua struttura essenziale, ma con l'atto positivo di volontà interna esclude il matrimonio stesso o almeno qualche sua proprietà o qualche suo elemento essenziale. Tale divergenza non deve essere necessariamente accompagnata dalla consapevolezza degli effetti giuridici da essa derivanti, cioè della nullità del consenso, specie nella simulazione parziale.

2. Breve cenno sulle forme rilevanti della volontà simulatoria nella tradizione canonica

Dinanzi all'effetto di nullità del matrimonio nella simulazione unilaterale da attribuire al diritto naturale

¹⁰ Cf. F. FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma 1922³, 39.

¹¹ Cf. F. GIL DE LAS HERAS, «El concepto canónico de simulación», *Ius Canonicum* 65 (1993) 230.

a causa della insostituibilità della volontà matrimoniale o del consenso da qualsiasi potere umano (c. 1057 §1), può sorprendere la sua irrilevanza in foro esterno o giudiziale, nell'ambito cioè della prova giudiziale, sostenuta già dalla dottrina decretalistica posteriore, di cui anche un brevissimo cenno permetterà di individuare il motivo per cui si richiedeva la condizione e i patto per superare il limite del foro penitenziale entro cui veniva circoscritta la volontà interna antimatrimoniale, divergente dalla dichiarazione del consenso.

Infatti anche se il tenore della decretale *Tua nos* di Innocenzo III (X.4,1,26) avvalorava il proposito unilaterale di non consentire *illam ducere in uxorem* ai fini del difetto di consenso, tuttavia nel campo di diritto canonico sulla scia dell'esperienza giuridica romana, dove la mancanza di volontà di un solo paciscente, chiamata nel medioevo «riserva mentale», fu giuridicamente irrilevante¹², tale irrilevanza è stata circoscritta soltanto al foro giudiziale, sotto l'aspetto probatorio, mentre nel foro di penitenza o interno si è dovuto tentare il rinnovo del consenso per conformare il foro interno a quello giudiziale¹³.

Tuttavia accanto allo schema della simulazione che primariamente veniva considerato con riferimento alla questione di necessità del consenso interno, l'attenzione dottrinale e legislativa di allora si è concentrata sull'impostazione dell'atto di volontà contrario all'accettazione della sostanza o della struttura essenziale del matrimonio.

¹² Cf. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 228.

¹³ Cf. 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». Per gli altri decretalisti cf. P. HUIZING, «Actus excludens» (cf. nt. 3), 785.

In proposito è interessante notare il passaggio dalla riaffermata rilevanza dell'*intentio* contro la sostanza del matrimonio, insita anche nel semplice *velle non habere*¹⁴, all'esigenza della *condicio contra substantiam coniugii*, sancita dalla decretale *Si conditiones* (X.4,5,7) di Gregorio IX, sulla base del principio della tradizione romana che solo attraverso la condizione le parti possano limitare gli effetti del negozio, e perciò anche del contratto matrimoniale.

Nella riflessione dottrinale però non è apparsa sufficiente la forma unilaterale della *condicio*, tenuto conto che nell'esperienza giuridica romana l'operatività pratica di ogni condizione, secondo alcuni, aveva in origine il senso di un *pactum*¹⁵, e, secondo altri, quando si trattava della soluzione corrispondente a quella della condizione risolutiva, in cui era necessario il patto di risoluzione sottoposto alla condizione¹⁶, considerato come una *conventio* bilaterale a se stante. Pertanto alla luce di tali principi a partire da Sinibaldo Fieschi, futuro Innocenzo IV, per l'efficacia della condizione contro la sostanza del matrimonio si è cominciato a richiedere il patto bilaterale, e precisamente la *condicio in pactum deducta*. In altre parole, come si affermava, «nisi ambo consentiant non impeditur matrimonium»: e ciò anche in base all'autorità di un testo di S. Agosti-

¹⁴ HUGUCCIO, *Summa*, in C.32, q.2, c.4 (ms. Vat. lat. 2280, f. 281^{rb}): «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» — cf. P.M. ABELLÁN, *El fin y la significación sacramental del matrimonio desde S. Anselmo hasta Guillermo de Auxerre*, Granada 1939, 22.

¹⁵ Cf. M. TALAMANCA, *Istituzioni* (cf. nt. 12), 249.

¹⁶ Cf. G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1991³, 250.

no, incluso da Graziano nel canone *Aliquando* (C. 32, q.2, c.7), secondo cui «Si ambo tales sint, conjuges non sunt»¹⁷.

La tradizione canonica, come è noto, fino al Codice Piano-Benedettino non si è potuta svincolare, almeno formalmente, né dal requisito della condizione né da quello del patto, anche se nella dottrina canonistica, di impronta prevalentemente morale, si avvertiva un vivo dibattito sulle forme equivalenti della *condicio* e sul significato da attribuire all'espressione della *deductio in pactum*.

Infatti nelle diverse opinioni in quel periodo, accanto al termine tradizionale e giuridico della *condicio*, sia *mente retenta* che *in pactum deducta*, viene adoperato anche il termine teologico-morale dell'*intentio*, nel senso dell'atto di volontà diretto verso il suo oggetto¹⁸, e cioè sia si trattasse di quella *simplex*, *mente* ossia *corde retenta*, o di quella *praevalens*, come anche dell'*intentio in pactum* o *in condicionem deducta*. Inoltre era coniata perfino un'espressione sull'*erronea opinio* che veniva *in pactum* o *condicionem deducta*¹⁹.

¹⁷ INNOCENTIUS IV, in X.4,5,7, Venetiis 1570, 562. Riguardo agli altri decretalisti — cf. P. SERAFINI, *Sull'esclusione dei beni essenziali del matrimonio canonico*, Romae 1963, 10-11.

¹⁸ S. THOMAS AQ., *Summa theol.*, I-II^{ae}, q. 12, a. 1. Cf. PHUZZING, «Actus excludens» (cf. nt. 3), 761.

Anche sotto l'aspetto psicologico «il concetto di intenzione non può essere spiegato se non in rapporto con il concetto di azione», per cui «un'intenzione infatti può essere soltanto un'intenzione di agire» — cf. A. GAULD — J. SHOTTER, *L'azione umana. Una prospettiva di psicologia ermeneutica* (tr. it.), Roma 1983, 76.

¹⁹ Cf. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, lib. 2, disp. 29, nn. 9-11; lib. 5, disp. 13, n. 1; BENEDICTUS XIV, *De synodo dioecesana*, lib. 13, cap. 22, n. 7. Al riguardo cf. H. SERAFINI, *Sull'esclusione* (cf. nt. 17), 13-27.

Questa terminologia era seguita anche dalle pronunce del S. Uffizio in quell'epoca²⁰.

Contemporaneamente alla diversificazione terminologica d'impronta teologico-morale, anche il termine *pactum* assunse un significato differente da quello giuridico tradizionale, consistente in una aggiunta stipulazione bilaterale, posta in essere per rendere nullo il matrimonio. Infatti con la *deductio in pactum* della condizione o dell'intenzione si è venuti ad intenderla, da una parte, come esteriormente *expressa*, in contrapposizione a quella soltanto *mente retenta*, dall'altra invece come componente dello stesso contratto matrimoniale, considerato per questo in termini del *pactum*. La condizione *deducta in pactum* significava quindi che «cum ista conditione sint contracta matrimonia»²¹, per cui essa diventava parte o elemento costitutivo del contratto matrimoniale, anche quando era apposta unilateralmente. Non era però necessario che la *deductio in pactum* avvenisse durante la celebrazione del matrimonio secondo la forma canonica introdotta dal Concilio di Trento, perché anche quella effettuata in precedenza poteva esercitare virtualmente il suo influsso sul consenso matrimoniale²².

Tale accezione di patto, accanto a quella tradizionale, era sostenuta ancora da una parte della dottrina e

²⁰ Cf. S.C.S. OFFICII, instr. (ad Vic. Ap. Oceaniae), 6 apr. 1843, in GASPARRI, *CICFontes*, IV, n. 894, p. 170-171; instr. (pro Vic. Ap. ad Gallas), 20 iun. 1866, IV, n. 994, p. 286; instr. (ad Vic. Ap. Oceaniae Central.), 18 dec. 1872, IV, n. 1024, p. 332; instr. (ad Ep. S. Alberti), 9 dec. 1874, IV, n. 1036, p. 346; instr. (ad Ep. Ne-squallien.), 24 ian. 1877, IV, n. 1050, p. 371.

²¹ Cf. S.C.S. OFFICII, (Bosniae), 2 dec. 1680. in GASPARRI, *CICFontes*, IV, n. 755, p. 35.

²² Cf. S.C. CONCILII, Ulixbonen., 8 iul 1724, in GASPARRI, *CICFontes*, V, n. 3278, p. 724.

della giurisprudenza nel periodo di vigenza del Codice Piano-Benedettino, benché il c. 1092, n. 2 non facesse alcun cenno alla necessità della *deductio in pactum* della condizione contro la sostanza del matrimonio²³.

Invece la *conditio de futuro contra substantiam matrimonii*, come è noto, fu conservata ancora dal Codice Piano-Benedettino nel c. 1092, n. 2, probabilmente in omaggio al precedente storico della celebre decretale di Gregorio IX²⁴. Nondimeno durante il periodo della sua vigenza questa condizione era soggetta a critiche sia sul senso del suo impiego, poiché secondo la dottrina prevalente si trattava di condizione impropria, analogica, non del futuro in quanto la sua apposizione, e non il suo verificarsi, rendeva nullo il consenso, sia sulla sua autonomia giuridica, poiché in realtà tale condizione secondo l'opinione prevalente non si differenziava sostanzialmente, bensì soltanto riguardo alla forma condizionale, dall'atto positivo di volontà contenuto nel c. 1086 §2²⁵.

Non desta quindi alcuna meraviglia l'avvenuta soppressione di tale norma a partire dai primi schemi *De matrimonio* in quanto, come aveva giustificato il Relatore, «hic non agitur de condicionibus veri nominis, sed de actu positivo voluntatis quo elementum essenziale matrimonii excluditur»²⁶.

²³ Cf. P. HUIZING, «Actus excludens» (cf. nt. 3), 783.

²⁴ Cf. per es. le fonti al c. 1092 del Codice Piano-Benedettino (nt. 1); P. FEDELE, «L'essenza del matrimonio canonico e la sua esclusione», in *Studi sul matrimonio canonico*, Roma 1982, 122.

²⁵ Cf. D. STAFFA, *De conditione contra matrimonii substantiam*, Romae 1955², 31. Sulla diversità delle opinioni in proposito cf. P. HUIZING, «Actus excludens» (cf. nt. 3), 790-794.

²⁶ P. HUIZING, Relator, «De matrimonio», *Communicationes* 3 (1971) 78.

3. Concretizzazione dell'intento simulatorio con l'atto positivo di volontà nei precedenti della normativa codiciale

Tra le varie forme dell'estrinsecazione della volontà simulatoria negli anni precedenti alla promulgazione del Codice Piano-Benedettino nella dottrina e nella giurisprudenza rotale emerse il termine del *positivus voluntatis actus*, il quale ebbe grande diffusione entrando nella fattispecie normativa della simulazione o dell'esclusione sancita dal c. 1086 §2 del medesimo Codice. Successivamente questo termine entrò anche nel testo del c. 77 §2 della Legge Matrimoniale Orientale del 1949²⁷, ed in seguito in ambedue i nuovi Codici, Latino (c. 1101 §2) e Orientale (c. 824 §2) senza che fossero state mosse obiezioni contro di esso nel periodo di codificazione.

Conviene ricordare che questo termine fu adoperato dal card. Gasparri già nella prima edizione del suo *Tractatus canonicus de matrimonio* del 1891 nel contesto dell'irrelevanza dell'errore di diritto, quando cioè l'errante, come egli scrisse allora, «positivo voluntatis actu non excludit proprietatem matrimonio essentialem, licet excluderet si de ea cogitaret»²⁸.

La formulazione di questo termine ebbe seguito nelle decisioni della Rota dopo la sua restaurazione nel 1908, probabilmente non senza l'influsso degli schemi della nuova codificazione allora in corso.

²⁷ PIUS XII, m.p. *Crebrae allatae sunt*, 22 febr. 1949, c. 77 §2, AAS 41 (1949) 106.

²⁸ P. GASPARRI, *Tractatus* (cf. nt. 5), 23. La paternità del termine *positivus voluntatis actus* viene attribuita alla dottrina Sancheziana (lib. 1 disp. 9, nn. 1,2,5) da P. FEDELE, «L'essenza del matrimonio canonico» (cf. nt. 24), 122.

Così la celebre sentenza coram Many del 21 gennaio 1911, esponendo i principi *quoad ius spectat*, diede piena rilevanza all'*actus voluntatis expressus et positivus*, come invalidante il matrimonio, sia nel caso della simulazione totale per il rigetto (non viene adoperato ancora il verbo *excludere*) dello stesso contratto matrimoniale, sia nel caso della simulazione parziale per il rigetto degli obblighi sostanziali del matrimonio o almeno di uno di essi²⁹. È importante constatare che la menzionata sentenza, seguendo la distinzione tra simulazione totale e parziale, attribuiva l'effetto invalidante il matrimonio all'atto positivo ed espresso di volontà unilaterale perfino nella simulazione parziale, e ciò, come leggiamo nella sua motivazione, «licet aliqui contradicere videantur». La sentenza quindi non avvertiva la necessità che l'*actus voluntatis* dovesse essere *deductus in pactum* almeno per il rigetto dei beni della fedeltà e della prole *quoad obligationem* come richiedeva la dottrina Sancheziana³⁰, anche se la fattispecie contemplata dalla sentenza riguardava soltanto l'esclusione dell'indissolubilità in cui secondo la dottrina comune era sufficiente che il simulante «actu voluntatis actuali vel virtuali, etiam in pactum non deducto, non intendit nisi solubile vinculum»³¹.

Secondo il ragionamento della menzionata sentenza l'efficacia giuridica dell'atto positivo di volontà nella simulazione totale e parziale è fondata non tanto da due atti di volontà contraddittori tra di loro, presenti in ogni simulazione, di cui uno vuole il contratto «quia il-

²⁹ Sent. coram Many, 21 gen. 1911, in RRD 3, 16-17.

³⁰ SANCHEZ, *De matrimonii sacramento* (cf. nt. 19), lib. 2, disp. 29, n. 12; lib. 5, disp. 12, n. 5.

³¹ Sent. coram Many, 21 gen. 1911 (cf. nt. 29), 17.

lum celebrat» e l'altro non vuole «quia reicit eius substantiam», i quali «sese mutuo elidunt», quanto piuttosto da due atti di volontà di cui uno è generale «faciendi nempe contractum», e l'altro speciale, preciso e determinato «reiciendi nempe hanc vel illam obligationem». Di conseguenza quindi l'analizzata sentenza, rifacendosi alla «34 Regula Juris in VI^o» secondo la quale «generi per speciem derogatur», valevole «in toto iure et notanter in contractibus», conclude che «posterior actus certo praevalet priori, eumque tollit, cum sit magis specificus»³².

Giova però ricordare che la sentenza coram Lega del 30 agosto 1911, confirmatoria di quella coram Many, pur approvando l'impostazione giuridica della precedente sulla simulazione totale e parziale, non usa il termine *actus voluntatis positivus*, bensì lo sostituisce con il termine tradizionale dell'*intentio*, e in tal modo dà rilevanza all'«*intentio explicita et positiva corde re-tenta sed non deducta in pactum et conditionem*»³³.

Ciò nonostante nelle sentenze successive si sostiene con maggiore persuasione che agli effetti di nullità del matrimonio è sufficiente l'*actus positivus* con il quale vengono rigettati tutti gli obblighi matrimoniali o un obbligo solo³⁴.

A partire dal 1917 le sentenze rotali cominciano a riportare il testo del c. 1086 §2, evidenziando quindi il termine dell'atto positivo di volontà, per cui la condi-

³² *Ibid.*, 17.

³³ Sent. coram Lega, 30 aug. 1911, in RRD 3, 463-464.

Riguardo alla *positiva intentio* — cf. la sent. coram Mori, 24 lug. 1909, in RRD 1, 108: «cum haec positiva intentio destruat matrimonium ob defectum animi matrimonialis in suum verum obiectum, seu matrimonium indissolubile».

³⁴ Cf. sent. coram Sebastianelli, 17 febr. 1914, in RRD 6, 58.

zione o il patto vengono considerati alla stregua della manifestazione esterna dell'*actus voluntatis*, di per sé sufficiente per l'esclusione del matrimonio e delle sue proprietà o elementi essenziali³⁵.

Ovviamente con la promulgazione del Codice Piano-Benedettino l'atto positivo di volontà in virtù del menzionato canone diventa il fondamento giuridico per ogni esclusione o simulazione del consenso matrimoniale, accanto alla condizione *de futuro* contro la sostanza del matrimonio (c. 1092, 2°). Invece con la promulgazione dei nuovi Codici Latino e Orientale questo termine assume il ruolo di unico fondamento legale di tale esclusione o simulazione. Pertanto non è di poca importanza per la dottrina, ma in modo particolare per la giurisprudenza canonica, il problema dell'interpretazione di questo termine legale.

4. Valutazione critica del termine *positivus voluntatis actus* e suo significato nell'impostazione soggettivistica

Non si può negare che il termine codiciale dell'*actus positivus voluntatis*, nonostante la sua persistenza nella legislazione matrimoniale canonica a partire dal Codice Piano-Benedettino, non apporti qualche difficoltà interpretativa³⁶, e che nella sua quasi ottantenne esistenza finora rare volte abbia ottenuto il riconoscimento da parte dei canonisti. Difatti non si riscontrano molti apprezzamenti favorevoli nei confronti di tale formulazione, come ad esempio da parte di alcuni che

³⁵ Cf. sent. coram Sebastianelli, 27 lug. 1917, in RRD 11, 162.

³⁶ Cf. K.MÖRSDORF, *Die Rechtssprache des Codex Juris Canonici*, Paderborn 1967 (rist. 1937), 39.

la preggiavano come «una delle più felici del Codex»³⁷, per «il valore espressivo della formula» e perché «tale felice espressione» rende meglio nell'esclusione necessaria «l'esistenza di un *actus elicitus*, cioè uscito, per così dire, fuori della matrice teoretica, per farsi libera volizione e concretarsi nel fatto»³⁸.

Con il giudizio favorevole o meno del termine di positivo atto di volontà, si pone il problema di fondo, cioè «in che debba consistere»³⁹ tale atto.

In proposito il termine talvolta viene amplificato ancora con l'aggiunta di un altro aggettivo, cioè *simplex*, per distinguere il semplice atto positivo di volontà, ossia l'*intentio*, dalla *conditio*, benché non si intuisca nessuna differenza sostanziale tra loro, per cui si afferma che l'atto positivo di volontà ha la forza e l'effetto della condizione⁴⁰. Inoltre tale formulazione ampliata distingue l'atto positivo di volontà da quello che è dedotto nel *pactum*⁴¹, sebbene l'effetto invalidante il matrimonio anche nel caso di deduzione nel patto sia da attribuire allo stesso atto positivo dell'esclusione⁴².

³⁷ O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano 1973⁴, 90.

³⁸ E. GRAZIANI, «L'esclusione dello *ius ad coniugalem actum*. L'esclusione di una proprietà essenziale del matrimonio», in *Quaderni romani di diritto canonico*, 1, Roma 1977, 29. In modo simile anche P.A. BONNET, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, Milano 1985, 109-110.

³⁹ V. DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico*, Milano 1970¹², 360; cf. O. DI JORIO, «Causae nullitatis matrimonii secundum novissimam iurisprudentiam rotalem», in *Il dolo nel consenso matrimoniale*, Città del Vaticano 1972, 176.

⁴⁰ D. STAFFA, «De actu positivo voluntatis quo bonum essentielle matrimonii excluditur», *Monitor Ecclesiasticus* 74 (1949) 165.

⁴¹ Cf. Z. GROCHOLEWSKI, *De exclusione indissolubilitatis ex consensu matrimoniali eiusque probatione*, Napoli 1973, 119.

⁴² *Ibid.*, 137.

Alle volte l'atto positivo di volontà viene considerato «finezza psicologica non molto facile ad individuare nello stato d'animo di chi presta il consenso matrimoniale in condizioni abnormi, o meditando un'inganno, o dovendo sposare per coercizione o per sfuggire ad un male»⁴³.

Passando alle critiche sulla formulazione del termine qui analizzato, si può constatare che alcune ritengono essenziale in essa soltanto il verbo *excludat*, mentre appare del tutto superflua l'addizione «positivo voluntatis actu», perché è ovvia per se stessa e non aggiunge alcun elemento sostanziale all'esclusione⁴⁴. In realtà era del tutto sufficiente che la legge disponesse soltanto sull'esclusione, rimettendo alla dottrina e alla giurisprudenza di precisare i modi con cui tale esclusione potesse compiersi in concreto⁴⁵.

Anzi la specificazione dell'atto di volontà con l'attributo *positivus* viene percepita da alcuni come pura tautologia, poiché, secondo tale veduta, ogni atto deliberato di volontà è sempre un atto positivo. Pertanto l'atto o esiste o non esiste, e se esiste è sempre un atto positivo⁴⁶.

⁴³ C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Bologna 1993 (rist. 1941), 264.

⁴⁴ P. HUIZING, «Actus excludens» (cf. nt. 3), 794.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ In questo senso si pronunciano alcuni Autori, rifacendosi all'affermazione di una sentenza del Vicariato di Roma del 1976 c. Gangoi: «Insuper, actum voluntatis dicere et adiectivum "positivum" annectere est pura tautologia, cum actus deliberatus voluntatis, cum sit actus voluntatis, sit iam positivus», come per es.: J.F. CASTAÑO, *Il Sacramento del matrimonio*, Roma 1994³, 406; J.M. SERRANO RUIZ, «El acto de voluntad por el que se crea o frustra el consentimiento matrimonial», *Revista Española de Derecho Canónico* 51 (1994) 567.

Questa asserzione però è in contrasto con le regole della logica, poiché una tautologia può essere riscontrata in una definizione o in un ragionamento⁴⁷, non invece nella formulazione di un termine, in cui al massimo si può parlare di sovrabbondanza di un attributo sotto forma di un pleonasmo. Difatti alcuni ritengono che si tratti di un termine pleonastico, in cui l'aggiunta di un aggettivo in funzione attributiva è del tutto superflua⁴⁸.

Le critiche più recenti, apparse dopo la promulgazione del nuovo Codice, prendono lo spunto dalla persistenza della formulazione tradizionale del «positivo atto di volontà» nella nuova legislazione matrimoniale per rivolgere obiezioni contro la concezione pessimistica dell'uomo e del cristiano, insita in essa, a loro giudizio.

Infatti secondo questa opinione di «approccio personalista», come essa suole definirsi, marcata dal frequente uso dei vocaboli «personale», «interpersonale», ecc.⁴⁹, senza però un'adeguata integrazione di elementi psicologici, filosofici e antropologici del personalismo⁵⁰, la «positività» dell'atto di volontà, del contenu-

⁴⁷ Cf. K. AJDUKIEWICZ, *Logika pragmatyczna*, Warszawa 1965, 75-79; 99-103.

⁴⁸ Cf. M. PASTUSZKO, «Positivus actus voluntatis excludens matrimonium (c. 1086 §2 CIC)», *Prawo Kanoniczne* 18 (1975) 96; N. LÜDECKE, «Der willensbestimmende Irrtum über das Wesen der Ehe nach c. 1099 CIC als eigenständiger Ehenichtigkeitssgrund», *Oesterreichisches Archiv für Kirchenrecht* 40 (1991) 52.

⁴⁹ Cf. per es. G. ZANNONI, *Matrimonio e antropologia nella giurisprudenza rotale. Presupposti e orizzonte dell'approccio personalista*, Roma 1995, 79 ss.

⁵⁰ Sul tipo personalistico di concezione dell'uomo e sul valore personalistico di una azione — cf. L.M. RULLA, *Antropologia della vocazione cristiana. 1. Basi interdisciplinari*, Casale Monferrato 1988, 38 ss.

to ovviamente negativo, non solo è tautologica, ma anche paradossale, in quanto si basa sulla concezione eccessivamente pessimistica e del tutto negativa dell'uomo e del cristiano⁵¹. Tale concezione, a seconda della menzionata «ottica personalistica» è dovuta al fatto che la norma codiciale accorda un maggior valore all'atto illegittimo dell'*exclusio* che non all'atto conforme alla legge, cioè al consenso matrimoniale, poiché il primo deve assumere la qualità di un atto positivo di volontà, mentre per l'altro è sufficiente anche un semplice atto volitivo. Inoltre la concezione negativa dell'uomo sarebbe favorita perfino dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che richiedono per l'effettiva esclusione un doppio atto di volontà e una doppia causa di simulazione⁵².

Questa opinione attraverso una particolare valorizzazione del consenso matrimoniale mette in giusto rilievo una auspicabile parità dei requisiti volitivi sia per consentire validamente al matrimonio, che per escluderlo, la quale del resto già in precedenza era avvertita da altri. Tuttavia le sue conclusioni, tendenti ad assorbire dall'atteggiamento personale dell'agente, «slegato» da lui l'astratto atto di volontà previsto dalla norma canonica⁵³, certamente portano al disfacimento del dettato normativo sulla necessità dell'atto positivo di volontà nel fenomeno simulatorio. Infatti, secondo questa opinione, l'atteggiamento di densità personale globalizzante, presente almeno in modo implicito nell'atto personale del consenso coniugale, pur dal contenuto diametralmente opposto, dovrebbe essere sufficiente

⁵¹ J.M. SERRANO RUIZ, «El acto de voluntad» (cf. nt. 46), 568.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*, 576.

sia per la costituzione del patto coniugale sia per il suo fallimento o nullità⁵⁴.

In questo modo si dovrebbe passare dalla concezione dell'atto (positivo) di volontà, considerato come effetto dell'attività intellettuale e volitiva, nei termini del razionalismo e volontarismo, all'atteggiamento personale per valutare meglio la «personalità» dell'atto, la sua serietà ed intensità, alla luce della sua totalità, autonomia, irripetibilità, storicità e apertura alla comunicazione⁵⁵.

Benché nella concezione «personalistica» dell'uomo la persona venga considerata come totalità⁵⁶, nondimeno gli atteggiamenti, le attitudini e le tendenze del soggetto nel campo giuridico non possono soppiantare il requisito dell'atto positivo di volontà per l'effettiva esclusione dell'oggetto essenziale del consenso matrimoniale. Infatti gli atteggiamenti intellettuali e affettivi, generali e specifici, come anche le funzioni che svolgono hanno soltanto forza motivazionale⁵⁷, e neanche tutti gli psicologi ammettono che la decisione volontaria «sia l'esito di una lotta fra motivi, in cui vincerebbe il più forte», ma piuttosto che sia «un atto sovrano della volontà o dell'io»⁵⁸. Infine, nella relazione «tra tendenze e volontà», essa rimane sempre «categorialmente superiore», per cui «malgrado la sua dipendenza

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*, 581; 572: «Reconocía no ha mucho como elementales características de la personalidad (personalidad) del acto consensual de voluntad, la totalidad, autonomía, irripetibilidad, historicidad y apertura a la comunicación».

⁵⁶ Cf. R. ZAVALLONI, *Le strutture umane della vita spirituale*, Brescia 1971, 13.

⁵⁷ L.M. RULLA, *Antropologia* (cf. nt. 50), 115.

⁵⁸ A. RONCO, *Introduzione alla psicologia*. 1. *Psicologia dinamica*, Roma 1987⁴, 69.

dal gioco delle tendenze, la volontà è, di fronte a queste, libera»⁵⁹.

Ciò premesso, rimane del tutto fondata la posizione normativa che in modo chiaro ed espresso richiede l'atto positivo di volontà come una vera e reale concretizzazione del fatto simulatorio.

5. Atto positivo di volontà nell'accezione duale e unitaria del volere

Sorge però la questione, se tale atto positivo di volontà diretto ad escludere il matrimonio o le sue proprietà o gli elementi essenziali sia del tutto autonomo e giuridicamente efficace, oppure debba concorrere con un altro atto di volontà, parallelo all'atto positivo dell'esclusione.

Non pochi canonisti infatti seguendo la dottrina di Benedetto XIV intorno all'assorbimento dell'*error privatus* dalla *voluntas generalis* di contrarre il matrimonio secondo l'istituzione voluta da Cristo⁶⁰, sostenevano e ancora sostengono la tesi secondo cui l'intenzione o la condizione contro la sostanza del matrimonio, ossia la simulazione parziale, implica «due atti di volontà» contrari o contraddittori tra loro, uno generale diretto a celebrare un matrimonio, e l'altro specifico diretto ad escludere una componente essenziale di esso, i quali di conseguenza si annullano a vicenda⁶¹.

⁵⁹ K. SCHNEIDER, *Psicopatologia clinica* (trad. it.), Roma 1983, 193-194.

⁶⁰ BENEDICTUS XIV, *De synodo dioecessana* (cf. nt. 19), lib. 13, cap. 22, n. 7.

⁶¹ Cf. P. GASPARRI, *Tractatus* (cf. nt. 6), 45. Riguardo alla dottrina precedente cf. P. HUIZING, «Actus excludens» (cf. nt. 3), 762, per quella recente cf. F.R. AZNAR GIL, *El nuevo derecho matrimonial canónico*, Salamanca 1985², 362.

In questa prospettiva va collocata la corrente dottrinale e giurisprudenziale, specie diffusa sotto la vigenza del Codice Piano-Benedettino, riguardo alla *voluntas* o all'*intentio praevalens*, ossia sulla prevalenza di volontà specifica, escludente la sostanza del matrimonio, su quella generale a contrarre il matrimonio, derogante ad essa con effetto di nullità del matrimonio⁶².

Senonché la menzionata tesi del «neutralizzamento» di due volontà contraddittorie è stata giudicata dal alcuni come «una vera e propria mostruosità psicologica, addirittura inconcepibile, giacché volere e non volere» non possono stare insieme⁶³.

Meno severamente è stato valutato il paradigma di prevalenza tra due volizioni. Si ritiene che lo schema esprima un vero «illogismo» in quanto non si tratta di prevalenza di volizioni, bensì di prevalenza di interessi «con la prevalenza della deliberazione di simulare sulla ipotetica volontà di negoziare che non ha preso corpo»⁶⁴. Per di più la prevalenza di una volontà sull'altra fa supporre «un rapporto di specialità del tutto inaccettabile» il quale dovrebbe attribuire il valore matrimoniale ad uno schema in contrasto con il matrimonio canonico⁶⁵.

⁶² Cf. F. BERSINI, *Il nuovo diritto canonico matrimoniale. Commento giuridico - teologico - pastorale*, Torino 1983, 93.

Riguardo alla normativa precedente ed attuale — cf. E. GRAZIANI, *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, Milano 1956, 163-164; P. HUIZING, «Actus excludens» (cf. nt. 3), 762-764; P.A. BONNET, *Introduzione* (cf. nt. 38), 104-105; Z. GROCHOLEWSKI, «Positivo l'atto di volontà come causa di nullità del matrimonio secondo il can. 1101 par. 2 del nuovo Codice», *Questioni Canoniche* 22 (1984) 255-256.

⁶³ E. GRAZIANI, *Volontà attuale* (cf. nt. 62), 163.

⁶⁴ *Ibid.*, 163-164.

⁶⁵ P.A. BONNET, *Introduzione* (cf. nt. 38), 105.

Ciò nonostante la tesi di due volontà contemporanee nel fenomeno simulatorio è sostenuta ancora, sebbene tenga conto della differenziazione nella simulazione totale e parziale e della presenza in entrambe del requisito dell'atto positivo di volontà, fissato dalla legge.

Infatti nella simulazione totale due volontà contemporanee non sono tra loro contraddittorie, poiché l'una di esse tende all'apparenza della celebrazione del matrimonio, mentre l'altra con l'atto positivo esclude gli effetti di tale celebrazione. Invece nella simulazione parziale esiste la volontà di contrarre effettivamente il matrimonio, benché la celebrazione diventi apparente a causa dell'esclusione con l'atto positivo di volontà di qualche elemento dalla sua struttura essenziale, in modo che la volontà matrimoniale non corrisponda più a quella dell'ordinamento canonico⁶⁶.

Al riguardo si parla anche di due volontà «che coesistono e si combinano, che operano entrambe e danno luogo a quel risultato che può dirsi finzione o apparenza»⁶⁷, cioè di una «volontà simulata diretta alla dichiarazione matrimoniale» e di altra volontà dissimulata diretta a «togliere ogni contenuto a quella manifestazione consensuale o comunque di modificarla essenzialmente»⁶⁸.

Sembra però prevalere l'opinione sull'unico atto di volontà nel fenomeno simulatorio, concretizzato nell'atto dell'esclusione, e di conseguenza sull'autonomia

⁶⁶ O. GIACCHI, *Il consenso* (cf. nt. 37), 94-96; M.F. POMPEDDA, «Il consenso matrimoniale», in *Il matrimonio del nuovo Codice di Diritto Canonico*, Padova 1984, 74; S. GHERRO, *Diritto matrimoniale canonico*, Padova 1985, 192.

⁶⁷ P.A. BONNET, *Introduzione* (cf. nt. 38), 105.

⁶⁸ *Ibid.*, 106; cf. ID., *L'essenza del matrimonio canonico. Contributo allo studio dell'amore coniugale. 1. Il momento costitutivo del matrimonio*, Padova 1976, 497.

ed efficacia dell'unico atto positivo di volontà escludente il matrimonio o le sue componenti essenziali. La volontà infatti può essere attratta da due oggetti contrari con una inclinazione o velleità verso ambedue, ad esempio verso il matrimonio puro e quello solubile, ma la scelta può riguardare soltanto uno di loro⁶⁹.

Pur non insistendo nel concetto di doppia volontà nell'intento simulatorio, talvolta giustamente si mette in luce che il contrasto, a cui spesso si fa riferimento nella discussione sulla simulazione del consenso matrimoniale, non si verifica tra due atti volitivi, bensì tra percezione intellettuale dell'istituto matrimoniale da parte del nubente e la sua attività volitiva.

Se infatti il contrasto tra concezione personale del matrimonio e concezione dell'ordinamento canonico viene risolto dal nubente in favore della concezione personale in modo che essa diventi la volontà o l'*intentio contraria* alla concezione legislativa, sostituendola a quella della Chiesa, si ha un atto di volontà di rifiuto, di esclusione dell'istituto matrimoniale interamente o parzialmente⁷⁰. In tal caso quindi la percezione intellettuale del matrimonio canonico nella sua struttura essenziale da parte del nubente contrasta con la sua attività volitiva, escludente il matrimonio, contraria quindi all'atto di adesione alla concezione dell'ordinamento canonico, nel quale si risolve l'*intentio generalis*⁷¹.

Si può quindi concludere in favore della tesi sull'unico atto del volere, autonomo ed efficace, nella simulazione del consenso, operante attraverso l'atto positivo di volontà.

⁶⁹ Cf. P. HUIZING, «Actus excludens» (cf. nt. 3), 763.

⁷⁰ O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Milano 1981², 193-196.

⁷¹ *Ibid.*, 197.

In verità se nella simulazione del consenso accettiamo il concetto di divergenza tra l'atto di volontà interna contraria al matrimonio e la manifestazione o l'esternazione della volizione⁷² matrimoniale secondo le esigenze del rito nuziale, in qualsiasi modo non si tratta di due volontà distinte. Il segno nuziale, come giustamente viene affermato, non contiene nessuna volontà propria e autonoma, nessun nuovo e distinto *voluntarium*, ma soltanto la manifestazione esterna, percepibile, *ore tantum seu verbis*, che diventa «legittima» (c. 1057 §1) nel contesto di conformità con la volontà interna matrimoniale, vuota invece ed apparente nel caso di mancata volontà interna veramente matrimoniale a causa della sua esclusione⁷³.

Non sembra pertanto che sia necessario ricorrere alla impostazione di volontà simulatoria come soppiantatrice di volontà matrimoniale con l'effetto necessario e automatico dell'*exclusio*⁷⁴, poiché anche conservando l'integrità della formula normativa del «positivus voluntatis actus excludens» può essere conservata l'unità della volizione nel fenomeno simulatorio.

6. Contenuto del *positivus voluntatis actus* nell'ambito del fenomeno simulatorio

L'individuazione del contenuto del termine normativo *positivus voluntatis actus*, nel contesto del fatto simulatorio matrimoniale, non apporta insormontabili

⁷² Sulla corrispondenza della parola con la volontà interna — cf. S. AUGUSTINUS, *De magistro*, 1, 2 (ed. Mursia, Milano 1993, 48): «Qui enim loquitur, suae voluntatis signum foras dat per articulum sonum».

⁷³ Cf. P.J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio* (cf. nt. 2), 17.

⁷⁴ *Ibid.*, 43.

difficoltà interpretative. Si tratta infatti di una formulazione dell'uso molto frequente nelle cause matrimoniali, discusse dai tribunali ecclesiastici sia sotto vigenza del Codice Piano-Benedettino, sia attualmente, almeno per quanto riguarda molte regioni ecclesiastiche. Anche le decisioni rotali nella definizione delle cause di nullità per la simulazione del consenso, di solito non tralasciano rilevare il ruolo insostituibile in esse dell'atto positivo di volontà.

Il contenuto del termine qui discusso è caratterizzato dalla presenza di tre elementi, fissati dalla norma canonica (c. 1101 §2), i quali vengono così presentati da questa espressione giurisprudenziale: «tria una simul concurrant necesse est, ut exclusio vim irritantem praeferat», cioè «voluntas, actus, positivus»⁷⁵.

Il primo elemento riguarda la *voluntas*, poiché solo essa è la causa efficiente, motrice e fonte primaria di ogni simulazione od esclusione nei confronti dell'oggetto stabilito dal c. 1101 §2.

Prescindendo dal modo in cui può essere intesa la volontà, e cioè sia come «appetito razionale» secondo la dottrina scolastica, oppure come «l'intenzionalità del volere», che mira «alla realizzazione attiva dell'oggetto»⁷⁶, o come «prontezza a rispondere» (*willingness*)⁷⁷, essa viene qui opposta all'intelletto, il quale non può raggiungere la struttura della causalità efficiente dell'intento simulatorio.

Il secondo elemento, cioè l'*actus*, attribuisce alla volontà la forma di *operatio*, di attività volitiva, per cui

⁷⁵ Cf. sent. coram Ferraro, 16 ott. 1984, in RRD 76, 520; sent. coram Davino, 18 apr. 1991, in RRD 83, 269.

⁷⁶ J. DE FINANCE, *Saggio sull'agire umano* (trad. it.), Città del Vaticano 1992, 37.

⁷⁷ Cf. L.M. RULLA, *Antropologia* (cf. nt. 50), 121.

essa si trasforma nell'«atto di volere (*willing*)»⁷⁸, il quale nel campo psicologico può corrispondere alla «decisione», segnata dal passaggio «dal conoscere all'agire per mezzo di una deliberazione»⁷⁹, o alla «decisione volontaria», concepita «come un atto sovrano della volontà o dell'io»⁸⁰.

La volontarietà dell'atto dell'*exclusio* nel fenomeno simulatorio non solo rende irrilevanti, come le entità autonome, gli stati o gli atti intellettivi contro il matrimonio o contro le sue proprietà ed elementi essenziali, come ad esempio le idee, le credenze, la mentalità, il dubbio, l'ignoranza, l'opinione, l'errore, ma anche gli stati volitivi che non raggiungono la consistenza di un atto di volontà, come ad esempio la previsione, le aspirazioni, il desiderio⁸¹ che si apre

⁷⁸ *Ibid.*, 121.

⁷⁹ *Ibid.*, 103.

⁸⁰ A. RONCO, *Introduzione alla psicologia* (cf. nt. 58), 69. Sulla decisione come concetto globale — cf. H. THOMAE, *Conflitto decisionale responsabilità* (trad. it.), Roma 1978, 28-33.

Riguardo alle decisioni nell'ambito del matrimonio l'Autore sostiene «che non tutti i matrimoni siano riconducibili a "decisioni"». Al contrario, la maggior parte degli enunciati a questo ambito fanno apparire la storia preliminare del matrimonio piuttosto come una reazione a una comune esperienza umana, sviluppantesi progressivamente e in modo più spontaneo (non conflittuale). Ciò non esclude che in determinati casi particolari (nel caso ad es. di forti differenze di età o di stato sociale, o nel caso di appartenenti a diverse confessioni) siano osservabili delle decisioni autentiche» (*ibid.*, 199-200).

⁸¹ Cf. S. PANIZO, «Exclusión de la indisolubilidad del matrimonio», *Ius Canonicum* 65 (1993) 265-266: «Desear (secondo E. Rojas) significa pretender algo, pero desde un punto de vista afectivo y sentimental: es como una ráfaga que se enciende en nuestros escenarios mentales y que pasa sin dejar rastro [...] en muchas ocasiones eso es sólo un pensamiento pasajero, que no se traduce en nada. Querer es buscar algo y poner toda la voluntad en ese empeño, dejándose uno la piel en la empresa».

soltanto alla realizzazione del progetto, l'interessamento, la compiacenza, le tendenze e gli atteggiamenti che possono ammontare soltanto al grado di *causa simulandi proxima et remota*, o alla *causa contrahendi*, data l'ambiguità insita nella natura stessa delle motivazioni⁸².

Infine il terzo elemento, cioè la «positività» dell'atto, compie la funzione di un fattore qualificante nei confronti dello stesso atto di volontà, il quale pertanto deve essere presente in ogni interpretazione che intende dare dovuta rilevanza all'aggettivo attributivo *positivus*.

La necessità della positività nell'atto di volontà fa certamente escludere dal fenomeno simulatorio l'*actus mere negativus*⁸³. Questo in realtà non esiste. Tuttavia l'atto negativo nel senso proprio, cioè come inesistente, si contrappone a quello esistente, non invece all'atto positivo; la sua irrilevanza dovrebbe essere segnalata già nella fattispecie del requisito dell'*actus voluntatis*.

D'altra parte, l'atto di volontà, inteso in senso puramente positivo, supera ogni forma di estrinsecazione volitiva dell'omissione, che consiste nel comportamento volontariamente inerte⁸⁴, e perciò viene distinto, a seconda delle asserzioni giurisprudenziali, sia dall'*inertia voluntatis*⁸⁵, dall'*animi dispositio*⁸⁶, sia

⁸² Cf. P.J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio* (cf. nt. 2), 22-26.

⁸³ Cf. F.M. CAPPELLO, *De Sacramentis*, V. *De Matrimonio*, Torino 1961⁷, 530; sent. coram Corso, 30 maggio 1990, in RRD 82, 410.

⁸⁴ Cf. sent. coram Stankiewicz, 14 ott. 1978, in RRD 70, 438.

⁸⁵ Cf. sent. coram Agustoni, 21 marzo 1986, in RRD 78, 410.

⁸⁶ Cf. sent. coram De Jorio, 18 febr. 1970, in RRD 62, 155; sent. coram De Lanversin, 5 ott. 1994, in RRD 86, 439.

dalla *velleitas*⁸⁷ e dalla *voluntas* o dall'*intentio interpretativa*⁸⁸.

Tenuto conto quindi della consistenza volitiva, l'atto positivo di volontà viene definito come veramente posto in essere⁸⁹, realmente espresso⁹⁰ o *elicitus* con una concreta deliberazione⁹¹.

Tuttavia non è facile percepire in un modo del tutto univoco il contenuto dell'atto di volontà, caratterizzato dalla *nota positivitatis*.

Infatti la positività dell'atto, come si ritiene, lo rende identico con la volontà simulatoria⁹², o con la volontà dissimulata⁹³, cioè tendente ad annullare l'intento tipico del patto matrimoniale attraverso una finzione della dichiarazione.

Si insiste anche sull'«aggettivo chiarificatore di *positivus*» per indicare l'«obiettivazione» della volizione effettiva, mediante le dichiarazioni e il non equivoco comportamento⁹⁴, o la suscettibilità dell'intento simulatorio alla prova nel foro esterno e all'acquisizione della certezza morale sull'esistenza della

⁸⁷ Cf. sent. coram Stankiewicz, 17 dic. 1993, in RRD 85, 782.

⁸⁸ Cf. sent. coram Funghini, 22 genn. 1986, in RRD 78, 39; sent. coram Boccafolo, 8 ott. 1992, in RRD LXXXIV, 445.

Alcuni preferiscono il termine l'*actus interpretativus* — cf. Z. GROCHOLEWSKI, *De exclusione* (cf. nt. 41), 83.

⁸⁹ Di qui il *positivus* da *ponere* — cf. N. LÜDECKE, «Der Willenbestimmende Irrtum» (cf. nt. 48), 51.

⁹⁰ Cf. Z. GROCHOLEWSKI, «Positivo l'atto di volontà» (cf. nt. 62), 252.

⁹¹ S. VILLEGIANTE, «L'esclusione del *bonum sacramenti*», *Monitor Ecclesiasticus* 115 (1990) 361-362.

⁹² Cf. J.P. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio* (cf. nt. 2), 43.

⁹³ Cf. P.A. BONNET, *Introduzione* (cf. nt. 38), 105-106.

⁹⁴ Cf. E. GRAZIANI, *Volontà attuale* (cf. nt. 62), 168.

simulazione nell'ordinamento giuridico intersoggettivo o esterno⁹⁵.

Queste accezioni, benché apportino elementi utili alla pratica giudiziale, contengono però il pericolo di negare la rilevanza giuridica nel foro giudiziale all'atto interno simulatorio, ciò che non può essere ammesso, tenuto conto della insostituibilità del consenso matrimoniale⁹⁶.

Pertanto appaiono più costruttivi quei suggerimenti che mettono in luce l'intensità o la fermezza dello stesso atto di volontà escludente, come ad esempio «un *velle non* piuttosto che un *nolle*»⁹⁷, o il *voluntarium positivum* in ontrapposizione a quello negativo⁹⁸, o l'aspetto imperativo del volere, ossia la *cathegoricitas voluntatis*. Quest'ultima categoria, infatti, considera l'atto positivo di volontà nell'ambito della scelta, mediante la quale, come si afferma seguendo il pensiero filosofico di Ricoeur, «le tre dimensioni della decisione — il triplice rapporto al progetto, a sé, ai motivi — appaio-

⁹⁵ P.J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio* (cf. nt. 2), 22.

⁹⁶ Infatti l'opinione di Graziani sotto questo aspetto distingue la simulazione unilaterale, cioè obiettivata, dalla riserva mentale (l.c.).

Sulla possibilità della prova con la confessione giudiziale del simulante (cc. 1536 §2; 1679) — cf. M.P. HILBERT, «Le dichiarazioni delle parti nel processo patrimoniale», *Periodica* 84 (1995) 735-755.

⁹⁷ O. GIACCHI, *Il consenso* (cf. nt. 37), 92. Cf. sent. coram De Jorio, 18 febr. 1970, in RRD 62, 155; sent. coram Ferraro, 16 ott. 1984, in RRD 76, 520.

⁹⁸ Cf. sent. coram Stankiewicz, 20 ott. 1981, Romana, 4; sent. 27 magg. 1982, Romana, 5 (non pubbl.).

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

no nel modo categorico», per cui la persona stessa si costituisce «in unità attuale e vivente» con suo atto⁹⁹. In tal senso quindi si conclude che la «positivitas actus indicat cathegoricitatem voluntatis quae vult, absolute quidem vel hypothetice, in actum deducere suum propositum»¹⁰⁰.

Anche se la positività dell'atto di volontà simulatoria è aperta ad ulteriori approfondimenti, ciò nonostante in questo campo sono già acquisite alcune certezze, ad esempio circa la sufficienza sia della forma esplicita ed implicita dell'atto positivo (*actus explicitus vel implicitus*)¹⁰¹, ovviamente eccetto quella presunta (*actus praesumptus*), sia della sua presenza attuale o virtuale (*actus actualis vel virtualis*), non invece abituale (*actus*

⁹⁹ P. RICOEUR, *Philosophie de la volonté: Le volontaire e l'involontaire*, Aubier Montaigne 1988, 163: «le triple rapport au projet, à soi, aux motifs, surgissant sur le mode catégorique, le projet devient un authentique impératif (...) en même temps que le projet devient catégorique, je me détermine catégoriquement; je me choisis en déterminant quel je serai en faisant: le moi projeté me donne consistance à moi qui maintenant suis projet (...). Je me fais unité actuelle et vivante comme mon acte».

¹⁰⁰ Sent. coram Colagiovanni, 18 ott. 1986, in RRD 78, 543; 15 dic. 1993, in RRD 85, 757. Cf. F. MORLOT, «Vices du consentement matrimonial relatifs à l'indissolubilité», *Revue de Droit Canonique* 43 (1993) 50.

¹⁰¹ Riguardo al concetto dell'*actus positivus explicitus e implicitus* — cf. sent. coram Staffa, 21 magg. 1948, in RRD 40, 186: «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». Cf. A. STANKIEWICZ, «De iurisprudencia rotali recentiore» (cf. nt. 98), 220; J.H. PROVOST, «Simulated Consent: A New Way of Looking at an Old Way of Thinking, Part I», *The Jurist* 55 (1995) 706.

habitualis) nel segno nuziale¹⁰². Rimane anche la certezza riguardo alla necessità della concretizzazione del fatto simulatorio nell'atto positivo di volontà secondo la norma canonica e il magistero pontificio.

ANTONI STANKIEWICZ

¹⁰² Cf. A. STANKIEWICZ, «De iurisprudentia rotali recentiore» (cf. nt. 98), 221-222.