



Anna Sammassimo

(professore associato di Diritto canonico ed ecclesiastico nell'Università degli Studi di Padova, Dipartimento di Diritto privato e critica del diritto)

L'efficacia invalidante dell'atto implicito di volontà ex can. 1101, § 2

The Nullifying Legal Effect of the Implicit Act of Will under Canon 1101 §2

ABSTRACT: L'articolo esamina il concetto di atto implicito di volontà ex can. 1101, § 2, secondo il quale un'intenzione positiva che esclude una proprietà essenziale del matrimonio - manifestata sia esplicitamente sia implicitamente - rende nullo il consenso. Dopo aver ancorato tale ricostruzione a due istruzioni del XIX secolo della Congregazione del Sant'Uffizio, si analizzano cinque modelli giurisprudenziali elaborati dalla Rota Romana: (i) *Actus in alio contentus*: vera e propria riserva (ad esempio, "Potrò divorziare in caso di infedeltà") che contiene l'esclusione dell'indissolubilità; (ii) *Actus suis placitis accommodatus*: inclusione nel consenso di un elemento confligente (es. negazione della procreazione); (iii) *Actus praesumptus*: presunzione, ormai superata, secondo cui un'esclusione ne comporta automaticamente un'altra; (iv) *Actus negativus*: teoria errata che equipara omissione di elementi essenziali a un'esclusione positiva; (v) *Comportamento concludente*: deduzione dell'intento implicito dal comportamento e dalle circostanze. I primi due modelli sono ritenuti validi sul piano sostanziale ed equipollenti, nell'effetto, all'esclusione esplicita, mentre gli ultimi tre hanno rilievo solo sul piano probatorio. Si conclude che atto implicito e atto esplicito di volontà sono entrambe manifestazioni positive ex can. 1101, § 2, con identica efficacia invalidante.

ABSTRACT: The article examines the concept of an implicit act of will under Canon 1101 § 2, which holds that a positive intent excluding an essential property of marriage - whether expressed explicity or implicitly -renders consent null. After tracing the doctrine's roots in pre-1917 canon law and in two 19th-century instructions of the Congregation of the Holy Office, it analyzes five jurisprudential models developed by the Roman Rota: (i) *Actus in alio contentus*, a direct reservation (e.g., "I may divorce if unfaithful") that genuinely contains exclusion of indissolubility; (ii) *Actus suis placitis accommodatus*: inclusion in consent of a conflicting element (e.g., denial of procreation); (iii) *Actus praesumptus*: discredited presumption that one exclusion automatically implies another; (iv) *Actus negativus*: flawed theory equating omission of essential elements with positive exclusion; (v) *Concludent behavior*: inferring hidden intent from conduct and circumstances. The first two models are upheld as substantively valid and equivalent in effect to explicit exclusion, while the latter three are valuable only as evidentiary tools. The



article concludes that implicit and explicit acts of will are both positive manifestations under Canon 1101 § 2, sharing the same invalidating force.

SOMMARIO: 1- Introduzione - 2. Rilevanza sul piano sostanziale - 3. Configurazioni giurisprudenziali dell'atto implicito di volontà: a) *Actus in alio contentus* - b) *Actus suis placitis accommodatus* - c) *Actus praesumptus* - d) *Actus negativus* - e) *Comportamento concludente* - 4. Conclusioni.

1 - Introduzione

Già prima dell'entrata in vigore del Codice di diritto canonico del 1917 si riteneva che la *condicio contraria perpetuitati et indissolubilitati vinculi coniugalis* (oggi assimilabile all'atto positivo di volontà escludente - ex can. 1101, § 2 - l'indissolubilità del vincolo coniugale) rendesse nullo il consenso matrimoniale sia nella sua forma esplicita sia nella sua forma implicita¹.

Anzi, tale opinione era stata in qualche modo "ufficializzata" da almeno due istruzioni della Congregazione del Sant'Uffizio, rispettivamente del 6 aprile 1843² e del 24 gennaio 1877³. Entrambe le istruzioni sono riportate dal Gasparri nei volumi delle Fonti dello stesso Codice di diritto canonico e sono spesso citate, ancora oggi, dalle sentenze del Tribunale Apostolico della Rota Romana proprio a supportare l'efficacia invalidante della così detta Simulazione, o esclusione, implicita.

La prima Istruzione, quella del 1843, era stata inviata in risposta ad alcune richieste di delucidazioni del Vicario Apostolico dell'Oceania in merito alla nullità di matrimoni celebrati utilizzando "formulae a protestantibus adhibitae [cioè: contro l'indissolubilità] conditione irritante contaminatae": essa chiarisce e ribadisce che l'errore sulla indissolubilità non rende nullo il matrimonio al contrario di quanto avviene in presenza di una *condicio contra substantiam*, sia essa posta in maniera esplicita ovvero implicita⁴.

¹ Cfr. Z. GROCHOLEWSKY, *De exclusione indissolubilitatis ex consensu matrimonialis eiusque probatione. Considerationes super recentiores sententias rotales*, D'Auria, Napoli, 1973, pp. 104 ss.

² S. CONGREGATIO S. OFFICII, *Instructio 6 aprilis 1843 pro Vicario Apostolico Oceaniae, in Codicis luris Canonici Fontes*, vol. IV, pp. 170-172.

³ S. CONGREGATIO S. OFFICII, *Instructio diei 24 ianuarii 1877, ivi*, p. 373.

⁴ Recita puntualmente l'Istruzione: "matrimonium contractum cum conditione ipsius substantiae, et nominatim ipsius indissolubilitati repugnante, nullum esse, ut



La seconda, del 1877, è indirizzata al Vescovo di Nesqually (attuale diocesi di Seattle) e ribadisce lo stesso concetto aggiungendo che la condizione contraria all'indissolubilità del matrimonio deve essere accertata caso per caso vagliando non solo le parole e le formule utilizzate dai contraenti ma anche i fatti e le circostanze concrete in cui quel matrimonio è stato contratto⁵.

Nonostante la chiarezza e l'autorevolezza delle citate Istruzioni e nonostante esse siano continuamente citate dalle sentenze del Tribunale della Rota Romana, il fenomeno dell'atto implicito di volontà ha continuato, vigente il Codice piano-benedettino, e continua ancora oggi, vigente il codice giovanneo-paolino, a essere guardato con sospetto sia dalla giurisprudenza ecclesiastica sia dalla dottrina canonistica. Se la *crux interpretum* ruota, in particolare, intorno alla sua sovrapposizione, o confusione, con altri istituti e forme di espressione della volontà, quali, ad esempio, l'atto presunto o la volontà abituale o il comportamento

habetur ex can. *Si conditiones, De conditionibus appositis*". In particolare si fa riferimento a espressioni rituali comunemente utilizzate dai protestanti e inserite a "contaminare" la formula del consenso, come quella - ad esempio - per cui uno si sposa a condizione che l'altro gli resterà fedele, e si aggiunge che "immo etiam voluntas aliquando satis aperte factis exprimitur, vel verbis simul et factis, dum verba, vel facta interpretantur ipse usus et consuetudo illorum locorum, ita ut abfuisse intelligatur consensus in contractum perpetuum et indissolubilem". Quindi, si delinea con nettezza e precisione la differenza tra il vizio dell'errore e quello della condizione contro la sostanza del matrimonio per ribadire che solo quest'ultimo, sia esso posto in forma esplicita che implicita, rende nullo il matrimonio: "Tametsi autem dubitandum non sit quin validum matrimonium contrahi possit can errore mere concomitante circa eius indissolubilitatem, quin tunc praevalat generalis voluntas contrahendi matrimonium l'urta institutionem Christi, et ubi adhibetur formula cum esplicita, vel implicita illo conditione, iam fieri nequit ut particularis error absorptus maneat a generali voluntate contrahendi iuxta institutionem Christi"; **S. CONGREGATIO S. OFFICII, Instructio 6 aprilis 1843 pro Vicario Apostolico Oceaniae**, cit., p. 171.

⁵ Il passaggio dell'Istruzione è molto preciso: "Quoad ultimum denique dubitandi caput, omni diligentia et solertia investigandum erit, utrum conditio contraria perpetuitati et indissolubilitati vinculi coniugalnis aliqua ratione, directe vel indirecte, esplicite vel implicite, in pactum fuerit a contrahentibus deducta, seu utrum matrimonium fuerit contractum cum prava voluntate non consentiendi in vinculum perpetuum. Ad hoc cognoscendum non solum consideranda erunt verba, quibus consensus fuit expressus, sed etiam ponderanda erunt facta, quae ipsam consensus expressionem, vel modum eiusdem expressionis respicere possunt: quae, si talia fuerint ut usus et consuetudo istorum locorum ea interpretentur tamquam praedictae conditionis irritantis inductiva, primum erit inferre abfuisse consensum in contractum perpetuum et omnino indissolubilem"; **S. CONGREGATIO S. OFFICII, Instructio diei 24 ianuarii 1877**, cit., p. 373.



concludente⁶, discussa è anche la sua stessa configurazione o configurabilità.

Si pensi, infatti, che un ben noto Prelato Uditore della Rota Romana, quale Mons. De Jorio, in molte sue decisioni ripropone i canoni classici della positività dell'atto di volontà arrivando a negare la possibilità stessa di un atto implicito di volontà⁷. Così, ad esempio, in una decisione del 13 giugno 1973⁸, esprime apertamente il suo profondo disagio nei confronti di quella giurisprudenza, soprattutto anglosassone, che cominciava a introdurre dei "nuovi" *capita nullitatis* di derivazione conciliare quasi ritenendosi, vanamente, "intrepida rivoluzionaria" del diritto canonico matrimoniale⁹ senza accorgersi, invece, di avere una mentalità falsamente e insensatamente moderna: di credere di "essere

⁶ Z. GROCHOLEWSKY, *De exclusione indissolubilitatis*, cit., p. 104.

⁷ Si veda, per una esauriente esposizione del punto di vista del Ponente, la coram DE JORIO, diei 27 octobris 1971, in *RRDec.*, vol. LXIII, p. 503, n. 5, nella quale, tra l'altro, il Ponente offre una significativa carrellata di sue precedenti sentenze: "In una Chicagiensi diei 14 decembris 1966, a Patrono atricis citata, scribebamus: "Ex praescripto ac ditione canonis 1086, 2, cogitur ad matrimonium valide ineundum non requiri positivum voluntatis actum, quo indissolubilitas contrahendi vinculi acceptetur. Nam hoc ex capite invalide contrahit tantum qui positivo voluntatis actu excludat essentiali aliquam matrimonii proprietatem, seu unitatem vel indissolubilitatem (can. 1013, 2), minime vero qui non acceptet positivo voluntatis actu unitatem vel indissolubilitatem". In una recentissima (Taurinensis.), diei 13 iulii 1960, infrascripti Patres conati sunt certam praebere notam, qua positivus voluntatis actus discerni valeat ab animi dispositione: "qui animi dispositione est adversus indissolubilitati pronior est ad positivum voluntatis actum eliciendum, quo eam excludat. At plerumque abstinet ab eo eliciendo, quia religione retinetur ne id praestet, vel quia solutionem ineundi vinculi se perficere haud posse providet. Tunc vel acceptat indissolubilitatem, etsi sibi summe molestam, ne obsistat voluntati Dei eam sancientis, vel passive se habet, vel positive statuit vinculum infringere absolute vel hypothetice seu si quaedam contingant. Si primum praestet, elicit positivum voluntatis actum, quo indissolubilitatem acceptat, si alterum manet in animi dispositione indissolubilitati adversa, si tertium positivo voluntatis actu indissolubilitatem excludit. Itaque qui ad matrimonium accedit sola animi dispositione indissolubilitati aduersa, valide contrahit, quia bonum sacramenti non excludit positivo voluntatis actu, quamvis neque acceptet positivo voluntatis actu". In alia Liverpolitana, diei 30 decembris 1969, institimus in nota positivitatis actus voluntatis, essentiali matrimonii proprietatem excludentis, ut nuptiae invalide ineantur: voluntatis actus non datur, nisi haec aliquid velit. Itaque nec actus voluntatis excludens matrimonium ipsum aut ius ad coniugalem actum vel essentiali aliquam matrimonii proprietatem potest in mera inertia, in non-velle, consistere. Contra consistit in velle non".

⁸ Cfr. coram DE JORIO, diei 13 iunii 1973, in *RRDec.*, vol. LXV, p. 502, n. 3.

⁹ Cfr. S. BENIGNI, *La simulazione implicita: aspetti sostanziali e processuali*, cit., pp. 120-121. Lamenta, infatti, che non pochi giudici ecclesiastici, "ut occurrerent affectantibus declarationem nullitatis initi matrimonii" fanno ricorso ("provocarunt") all'atto implicito di volontà.



all'avanguardia" e invece "interserunt quae iidem minus quam veteres intelligere valent". Con tono fortemente polemico, quindi, denuncia che "Iuris peritis et Iudicibus italicis vero, qui nondum concoquere valuerunt bufonem nullitatis matrimonii ex simulatione totali vel partiali, hic gravior cibus apponitur"¹⁰. Dunque, tali giudici compiono un'operazione del tutto strumentale al fine che vogliono ottenere, forzando i termini della questione e confondendo l'atto presunto con l'atto implicito¹¹. Invece l'uditore ribadisce quali sono, e devono essere, i caratteri dell'atto positivo di volontà escludente, e *in primis* il fatto che non può e non deve essere presunto (in particolare, nel caso di specie, non può e non deve essere desunto "in eo, qui secum minime quaerit utrum in matrimonio ineundo obligationem contrahat servandi fidem")¹².

Orbene, le considerazioni di Mons. De Jorio sono certamente puntuali e condivisibili ma devono anche essere contestualizzate e specificate con riferimento al caso concreto al quale si riferiscono e che - giustamente - escludono dall'ambito della così detta simulazione implicita.

Per cercare, però, di inquadrare correttamente e sistematicamente la questione si ritiene opportuno muovere da alcune considerazioni di carattere generale in merito alla distinzione tra piano sostanziale e profili probatori.

¹⁰ Quindi De Jorio richiama due proprie precedenti decisioni per ricordare di avere già ribadito "in una Vashingtonensi, diei 24 ianuarii 1973, eiusmodi iurisprudentiam esse antiquandam. Nam, uti scite ac merito animadvertebat peritus Vincentius Lezzi in una Chicagiensi coram Nobis, diei 20 decembris 1967, "perché un atto di volontà sia realizzato, è necessario che l'inclinazione, dalla quale essa nasce, incontri una resistenza, interna o esterna, e la superi"; coram DE JORIO, diei 13 iunii 1973, cit., p. 502, n. 3.

¹¹ *Contra, S. BENIGNI, La simulazione implicita*, cit., p. 121, ritiene che sia De Jorio a fare una confusione concettuale tra atto presunto e atto implicito.

¹² Nel caso di specie, infatti, si indaga della nullità di un matrimonio per esclusione della fedeltà e De Jorio spiega che chi non si pone minimamente il problema di dover restare fedele nel matrimonio che sta per contrarre "obligationem servandi fidem neque suscipit neque excludit positivo voluntatis actu. Is suo consilio utitur (segue la propria inclinazione) absque ulla interna vel externa obsistentia". Se, però, sempre nell'ipotesi della esclusione della fedeltà, i parenti o gli amici del nubente, conoscendo la di lui inclinazione all'infedeltà, lo ammoniscono espressamente e chiaramente sugli obblighi che sta assumendo con le nozze e quest'ultimo persiste nel proprio proposito "violandi fidem seu explendi libidines suas non modo in corpore uxoris sed etiam aliarum mulierum", allora in questo caso (e solo in esso) il nubente potrebbe effettivamente aver posto in essere un atto positivo di volontà escludente il *bonum fidei*; cfr. coram DE JORIO, diei 13 iunii 1973, cit., p. 502, n. 3.



2 - Rilevanza sul piano sostanziale

Come spiega una coram Palestro del 18 maggio 1988,

"expressum et implicitum non sunt opposita inter se: expressa est voluntas quae signo aliquo manifestatur; manifestari autem potest sive explicite sive implicite: explicite, quando ex ipsis verbis directe et immediate appareat (quia nempe iam explicata est, id est ex plico verborum eruta ostenditur); implicite, quando in verbis adhibitis absconditur (quia nempe in plico verborum continetur et occultatur, tamquam effectus in causa, conclusio in principio, pars in toto, species in genere (e. g. actus positivus voluntatis quo quis divertere intendit, explicite dirigitur contra bonum Sacramenti, implicite contra bonum fidei; item probata potentia, implicite probata est inconsu-matio matrimonii)"¹³.

Dunque, l'atto implicito non si contrappone, non è l'antitesi dell'atto espresso ma anzi di quest'ultimo costituisce una sottocategoria assieme all'atto esplicito di cui, specificamente, costituisce l'opposto. In altri termini, l'atto implicito e l'atto esplicito di volontà sono entrambi atti espressi, come sono entrambi atti positivi¹⁴.

Tali considerazioni portano ad affrontare e a prendere posizione su un primo aspetto problematico della questione che in questa sede si intende affrontare: quello della rilevanza dell'atto implicito di volontà sul piano sostanziale o su quello processuale-probatorio.

Infatti, per inquadrare sistematicamente l'atto implicito di volontà il primo problema da affrontare è quello della sua collocazione sul piano sostanziale o sul piano più specificamente processuale. Ci si deve cioè

¹³ Da questa premessa la citata sentenza trae due importanti conseguenze. Innanzitutto, essa ritiene non potersi dubitare del fatto che la positiva esclusione di un elemento essenziale del matrimonio renda sempre nullo il matrimonio, anche nella sua forma implicita. In secondo luogo, riallacciandosi alla tradizione e a quelle che si è visto essere le origini della costruzione dell'atto positivo di volontà, sottolinea come essa operi allo stesso modo della condizione expressa: infatti, ""etiam conditio tacita respiciens substantiam censem adiecta obligationi, et impedit illius nativitatem, sicut expressa" (S. Rotae Romanae, Decisiones Recentiores, pars III, dec. DLVII, n. 4, Votum Auditoris Buratto), item et actus positivus quo consensus matrimonialis ex integro vel ex parte excludatur, quamvis eius manifestatio necessaria sit ut probari valeat (cf. can. 1086, § 1)"; coram PALESTRO, diei 18 maii 1988, in RRDec., vol. LXXX, pp. 299-300, n. 8, che riprende e cita letteralmente quanto afferma D. STAFFA, *De conditione contra matrimonii substantiam*, Librarium Pont. Instituti Utrisque Iuris, Città del Vaticano, 1955, p. 19, nota 27.

¹⁴ Per una più ampia trattazione sia permesso rinviare a A. SAMMASSIMO, *Consenso, simulazione e atto implicito di volontà nel matrimonio canonico*, Vita&Pensiero, Milano, p. 196.



chiedere se l'atto implicito sia, al pari dell'atto esplicito, una sottocategoria di tipo sostanziale dell'atto escludente di volontà ovvero una modalità dello stesso rilevante esclusivamente sotto il profilo probatorio.

La questione non è pacifica, né in dottrina né in giurisprudenza. Infatti, nello sforzo di descrizione e di classificazione dell'atto implicito escludente, alcuni utilizzano il piano sostanziale in funzione di interpretazione restrittiva di eventuali scorciatoie probatorie¹⁵, altri pensano che la differenza tra l'ipotesi della simulazione-esclusione esplicita e quella della simulazione-esclusione implicita si muova su di un piano squisitamente ed esclusivamente processuale (ossia probatorio) e consista nel fatto che nei casi di simulazione-esclusione "esplicita", l'oggetto di parte della testimonianza dei vari testi sarebbe il riferire la confessione proferita dal soggetto escludente, mentre nei casi di simulazione-esclusione "implicita" i testi riferirebbero o comunque sarebbero in grado di riferire unicamente i comportamenti posti in essere dal soggetto escludente o le dichiarazioni di quest'ultimo comprovanti in maniera inequivocabile tale volontà positiva (fatti che devono essere provati, a supporto delle dichiarazioni della volontà dissimulata, anche nei casi in cui questa sia stata in qualche modo dichiarata dal soggetto)¹⁶.

Una coram Staffa del 21 maggio 1948 ci dice che la differenza tra le due modalità consiste nel fatto che l'atto positivo esplicito ha per oggetto diretto e immediato l'esclusione dell'essenza o di una proprietà essenziale del matrimonio, l'atto positivo implicito ha come oggetto qualcosa in cui è contenuta l'esclusione dell'essenza o di una proprietà essenziale del matrimonio¹⁷. Più recentemente, poi una coram Arokiaraj del 15 marzo 2012 avverte che

¹⁵ Al proposito Bertolini, trattando delle cause inerenti all'esclusione del *bonum coniugum*, rileva che nel momento in cui la teorizzazione astratta non è stata più adatta a interpretare le fattispecie, si è iniziato un percorso interpretativo di ridefinizione sia dell'istituto della simulazione (tanto quella esplicita quanto, principalmente, quella implicita), sia dell'atto sovrano dell'io (che è l'atto umano del consenso e non solo l'atto escludente), sia del valore da attribuire a talune presunzioni; cfr. **G. BERTOLINI**, *La simulazione del "bonum coniugum" alla luce della giurisprudenza rotale*, Cedam, Padova, 2012, p. 259.

¹⁶ **S. BENIGNI**, *La simulazione implicita*, cit., pp. 108-109. Al proposito si vedano anche **P. BEAL**, *The substance of things hoped for: proving simulation of matrimonial consent*, in *The Jurist* 55 (1995), pp. 745-793; **B. BOCCARDELLI**, *La prova della simulazione del consenso matrimoniale*, in **AA. VV.**, *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1990, pp. 221- 236.

¹⁷ Cfr. coram STAFFA, diei 21 maii 1949, cit., p. 186, n. 2.



“Minus autem refert utrum actus positivus explicitus an implicitus sit, actualis an virtualis, externe manifestatus an non; id quod essentialiter refert est ut reapse in contrahentis animo sit conceptus et consensui tamquam limitatio seu coarctatio appositus”¹⁸.

Dovrebbe dunque ritenersi ben chiaro che la esclusione cosiddetta implicita si differenzi da quella esplicita solamente per il fatto che il bene protetto dall’ordinamento giuridico (ad esempio, la proprietà dell’indissolubilità del matrimonio) è in essa colpito solo mediamente e non invece direttamente come nella esclusione esplicita.

Come pure dovrebbe ritenersi assodato che nel momento in cui si afferma essere l’atto implicito di volontà a fianco dell’atto esplicito e all’interno dell’atto positivo di volontà escludente, non può non concludersi che essi costituiscono due mere specificazioni del modo di porsi dello stesso atto positivo di volontà. Tanto più che l’atto implicito si differenzia dall’atto esplicito per antico insegnamento dottrinale e per una non meno antica pratica giurisprudenziale e costituisce una speciale categoria dell’atto positivo di volontà con speciali caratteri.

Per questo appare e anzi è molto importante chiarire il possibile equivoco fra il piano concettuale e quello probatorio e riaffermare che parlare di esclusione implicita significa rimanere sul piano propriamente concettuale e riferirsi, come detto, all’oggetto dell’atto di volontà, nel quale solo mediamente è contenuta l’esclusione della indissolubilità (come, ad esempio, nel caso ben comune di chi progettasse che “se il matrimonio andrà male, farò ricorso al divorzio”).

3 - Configurazioni giurisprudenziali dell’atto implicito di volontà

A questo punto sarà utile scandagliare le ricostruzioni effettuate dalla giurisprudenza e dalla dottrina dell’atto implicito di volontà, verificando di ciascuna la tenuta rispetto al dato normativo e ai principi generali in materia di consenso matrimoniale canonico. Se ne contano almeno cinque.

3.a - *Actus in alio contentus*

Un primo indirizzo giurisprudenziale e dottrinale parte proprio dal presupposto che l’atto implicito di volontà “no se contrapone a positivo, sino a esplícito”, per sottolineare che è specifico di esso “el que su objeto,

¹⁸ Coram AROKIAJARAJ, diei 15 martii 2012, in A. 48/2012.



si bien no aparece directa e inmediatamente en la voluntad del agente, está contenido real y positivamente y no como simple presunción o interpretación dentro de otra manifestación de voluntad”¹⁹.

Tale definizione, oltre a ribadire che l’atto implicito deve sempre essere un atto positivo, lo descrive come atto contenuto realmente e positivamente in un’altra manifestazione di volontà e lo differenzia nettamente dall’atto presunto e dall’atto interpretativo. Essa inserisce, dunque, l’atto implicito di volontà in un contesto articolato, quasi complesso, in cui si ha una manifestazione di volontà dentro la quale è contenuta l’esclusione positiva del matrimonio o di una sua proprietà o elemento essenziale.

Il suddetto indirizzo trova la sua più autorevole (e remota) affermazione giurisprudenziale in una sentenza coram Staffa del 21 maggio 1948²⁰, la quale aveva affermato che mentre l’atto esplicito di volontà escludente (nel caso concreto) l’indissolubilità, si ha “si tamquam obiectum directum et immediatum intendit exclusionem essentiae vel proprietatis essentialis matrimonii”, l’atto implicito è quello in cui “tamquam obiectum directum et immediatum aliquid habet, in quo exclusio matrimonii vel eius proprietatis essentialis continetur”²¹.

Nel caso specifico gli Uditori avevano ritenuto che fosse da considerarsi atto implicito di volontà (e quindi determinasse la nullità del vincolo matrimoniale) non la semplice previsione di divorziare ma la riserva (atto positivo) della facoltà o della possibilità di farlo (atto positivo implicito: nella riserva di divorziare è, infatti, contenuta, realmente e positivamente, l’esclusione della indissolubilità), non essendo invece necessaria anche la volontà assoluta di procedere in tal senso²². Su queste premesse, la sentenza aveva dichiarato nullo il

¹⁹ L. GUTIERREZ MARTIN, *Voluntad y declaración en el matrimonio*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1990, p. 39.

²⁰ Grocholowsky, nella sua tesi sulla esclusione dell’indissolubilità, afferma che “definitio haec optima esse videtur” essendo perfettamente “concors” sia al senso proprio (oggi si direbbe anche “tecnico” o “tecnico-giuridico”) dei termini sia al senso comune con cui tali termini vengono intesi. Egli sottolinea, inoltre, che spesso il termine “implicito” crea molta confusione e invece deve essere ricondotto al participio del verbo latino “implico”, che propriamente significa *involutus, innexus*, cioè contenuto; cfr. Z. GROCHOLEWSKY, *De exclusione indissolubilitatis*, cit., p. 106. Al proposito l’A. richiama E. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, vol. 3, Prati, 1865, pp. 404-405.

²¹ Coram STAFFA, diei 21 maii 1948, in *RRDec.*, vol. XL, p. 186, n. 2.

²² Si legge nella sentenza: “Simplex praevisio divertendi, quia actus positivus voluntatis non est, bonum Sacramenti non aufert; ad hoc tamen auferendum non requiritur voluta absoluta divertendi, sed sufficit sibi id faciendi facultatem seu possibilitatem reservare”; ibidem.

matrimonio di due coniugi anglicani per la esclusione “implicita” della indissolubilità da parte della donna, la quale non solo era convolata a nozze ritenendo erroneamente che il matrimonio potesse essere sciolto con il divorzio ma aveva posto in essere una vera e propria simulazione parziale implicita, essendosi riservata di divorziare nel caso in cui l'uomo le fosse stato infedele²³.

Non mancano gli esempi, a cominciare dalle ipotesi di esclusione della indissolubilità del vincolo coniugale. Si pensi, infatti, a quei nubenti che pur volendo dar vita a un consorzio stabile, positivamente lo vogliono in qualche modo “temporale”²⁴. Tale forma di simulazione parziale può esplicitarsi con l'intenzione di rifiutare totalmente o in blocco la perpetuità e allora si avrebbe in realtà una simulazione esplicita; oppure può realizzarsi con l'intenzione di voler riconoscere l'esistenza del vincolo o di alcuni suoi aspetti solo per un determinato periodo di tempo, sia esso definito (ad esempio: per cinque anni) sia esso indefinito ma dipendente dal verificarsi di qualche prevista circostanza o dallo stesso arbitrio del nubente²⁵. In tali ultime ipotesi il volere un'unione per un determinato periodo di tempo come pure il volere un'unione - ad esempio - fino a quando le cose andranno bene sono esempi di volontà (positive implicite) che contengono in sé la volontà (pure positiva) di escludere l'indissolubilità del matrimonio che ci si accinge a contrarre.

L'esempio più comune è quello di chi intenda rimanere sposato fino a quando dura il sentimento amoroso o l'attrazione sessuale, oppure fino a quando non riuscirà ad avere figli o i figli non diventeranno maggiorenni, fino a quando sarà felice in coppia e così via in tutte quelle ipotesi in cui il contraente è deciso a rimanere legato fino a quando non ottiene un fine soggettivo e non oltre.

²³ Chiarisce infatti la sentenza: “Uxor enim quae ab omnibus fide digna dicitur, quaeque iuxta sacerdotem qui eiusdem conversionem curavit, potius mallet causam suam naufragium pati, quam eius felicem exitum mendaciis obtinere, sub iurisiurandi sanctitate depositus: “Gli dissi appunto che se egli mi fosse stato infedele avrei divorziato da lui” [...] Probatum ergo in casu censuerunt Patres actu positivo voluntatis bonum sacramenti fuisse exclusum”; coram STAFFA, diei 21 maii 1948, cit., nn. 3 e 5.

²⁴ Si legge in una coram CABERLETTI del 14 febbraio 2012 che “Perpetuitatis ligaminis matrimonialis temporis terminum pati nequit, ideoque qui matrimonium ad tempus praedefinitum contrahere vult, proprietate essentiali indissolubilitatis obiectum sui consensus implicite spoliat [...]. E aggiunge che “Praeterquam absolute, indissolubilitas sub forma hypothetica excludi potest, seu “si casus ferat”, “si quaedam contingant”: trattandosi per il Ponente, in entrambe le ipotesi, di una *conditio contra matrimonium substantiam*; cfr. A23/2012 *Salernitana-Campanien. -Acernen.* coram CABERLETTI, diei 14 februarii 2012.

²⁵ Cfr. A. STANKIEWICZ, *La simulazione del consenso per l'esclusione dell'indissolubilità*, in *Ius Ecclesiae*, 13 (2001), p. 665.



Il secondo esempio di esclusione implicita dell'indissolubilità può ritenersi quello del così detto matrimonio per prova o per esperimento. Esso infatti si basa sulla volontà di cominciare, sotto il segno nuziale, un "tentativo" su certi aspetti della vita matrimoniale riservandosi il diritto di approvare o rifiutare il risultato e supponendo dunque nel presente una futura volontà di riconvertire tale convivenza sperimentale in matrimonio nel caso di valutazione positiva o terminandola nel caso di valutazione negativa.

Si tratta di una "condicio resolutoria de futuro", ossia della riserva di respingere il risultato della prova o dell'esperimento negativo mediante l'interruzione o lo scioglimento della stessa convivenza con l'effetto liberatorio da qualsiasi impegno e da qualsiasi vincolo.

Così, tale modalità di esclusione si ravviserebbe nei casi di chi, ad esempio, intende instaurare soltanto "una convivenza sessuale di carattere transitorio, episodico e temporaneo, senza alcun impegno vincolante per la stabilità e la permanenza di tale relazione e della sua apertura alla comunità familiare (can. 1055 § 1)"²⁶.

Infine, un terzo esempio di simulazione parziale implicita è quello di chi non ha una volontà contraria alla stabilità del vincolo e in effetti fonda un consorzio perché duri ma riservandosi il potere di sciogliere il vincolo giuridico valido al verificarsi di determinate circostanze (che possono anche essere le stesse che si sono elencate a titolo di esempio per il matrimonio ad tempus: ciò che cambia è l'atteggiamento mentale del nubente)²⁷. Si tratta, in altri termini, della positiva intenzione del nubente

²⁶ A. STANKIEWICZ, *La simulazione del consenso*, cit., pp. 662-663.

²⁷ Cfr. A. STANKIEWICZ, *La simulazione del consenso*, cit., p. 665; ID., *De iurisprudentia rotali recenti ore circa simulationem totalem et partialem*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 122 (1997), p. 445: "Itemque exclusio boni sacramenti seu indissolubilitatis intentione solvendi seu rescindendi vinculum matrimoniale interdum perficitur. Idque fit, si contrahens sibi ius reservat solvendo aliquando omne vinculum quin positive intendat vinculum de facto esse soluturum, neque requiritur ut contrahens intendat divortium civile petere vel causam nullitatis matrimonii instaurare ita ut novas possit inire nuptias, cum satis sit ut consideret matrimonium tali positiva limitazione celebratum tamquam non existens atque semetipsum veluti numquam vinculo ullo copulatum". Lo stesso Autore si è occupato dell'argomento anche in varie sentenze di cui è stato Ponente. Tra queste, si legge in una sentenza diei 23 octobris 1997, in *RRDec.*, vol. 89 (2002), pp. 767-768: "Intentio autem contra matrimonii indissolubilitatem deversari potest etiam in proposito faciendi divortium civile, potissimum vero qui usum talis remedii ad instar iuris subiective positive sibi servare statuit, vide licet ad omne vinculum rescindendum plenamque libertatem cursus recipiendam in foro civili et canonico, indipendentemente a voluntate sese ligandi novo vinculo cum persona tertia. Hatch tamen reservatio iuris divertendi omnino necessaria est ad effectum nullitatis matrimonii, quia civile divortium non nisi vinculum civile tangit, non autem vinculum



di celebrare il matrimonio intendendolo istituto dissolubile come anche di percepire il vincolo matrimoniale come rescindibile²⁸.

Il menzionato indirizzo, che ancora oggi è probabilmente il più sostenuto²⁹, si ritiene essere quello più rigorosamente corretto.

3.b - *Actus suis placitis accommodatus*

Un secondo orientamento, strettamente connesso con il primo di cui anzi costituisce una sorta di "sviluppo" o forse, meglio, di "completamento" se non di vero e proprio "perfezionamento", ritiene invece che l'esclusione implicita si realizzzi "attraverso l'inclusione, nel consenso, di un elemento che configge con un aspetto essenziale del matrimonio, e quindi implicitamente lo elimina"³⁰. Si pensi, ad esempio, alla esclusione della prole. Spiega al proposito una coram Caberletti del 10 luglio 2012 che essa

"multimodis fieri potest; indirecte aut implicite ordinatio ad prolis generationem recusatur a nupturiente per absolutam negationem debiti coniugalnis vel per copulam solummodo modo innaturali semper consummandam; directe seu explicite bonum prolis detruditur per perpetuam aut ad tempus exclusionem prolis"³¹.

canonicum natura sua perpetuum. Quamquam igitur civile divortium canonice validum destruit matrimonium [...] certum est tamen etiam tunc perstare non desinint vinculum canonicum valide ortum". In giurisprudenza, *ex multis*, cfr. anche una coram Monier, diei 21 iunii 1996, in *RRDec.*, vol. 88 (1999), p. 481, n. 4: "Iuxta constantem iurisprudentiam Nostri Fori, videtur indissolubilitatem excludere sive qui sibi retinet uti suum ligamen matrimonii dissolvendi absolute, sive qui sibi proponit id facere modo hypothetico tantum. In utroque casu exclusio est absoluta. A suo consensu indissolubilitatem excludit qui existentiam vinculi perpetui ab aliqua circumstantia dependere facit".

²⁸ Cfr. A. D'AURIA, *Il consenso matrimoniale. Dottrina e giurisprudenza canonica*, Aracne, Ariccia, 2007, p. 571.

²⁹ Così una recente coram Ferreira dell'8 luglio 2011 sulla esclusione della indissolubilità, la quale, dopo aver ricordato che "haud necessario actus positivus voluntatis explicitus requiritur" ma è sufficiente che esso sia implicito, spiega che quest'ultimo è quello "contentus in alia firma volitione, quae matrimonium dissolubile necessario praesupponat ..."; coram FERREIRA PENA, sent. diei 8 iulii 2011, in A. 122/2011, n. 6.

³⁰ M. MINGARDI, *L'esclusione della dignità sacramentale dal consenso matrimoniale nella dottrina e nella giurisprudenza recenti*, 2^a ed., Pontificia Univ. Gregoriana; Roma, 2001, p. 63.

³¹ Coram CABERLETTI, diei 10 iulii 2012, in A. 111/2012. Il Ponente si è pronunciato in molte decisioni sulla questione dell'esclusione implicita e, in particolare, dell'esclusione implicita della prole. In una sentenza del 15 ottobre 2009, in A. 124/2009, puntualizza che "directa prolis exclusio, ut consensum invalidet, ipsum ius ad actus per



L'uditore della Rota Romana ribadisce che l'esclusione della prole per sempre o *ad tempus*³² integra gli estremi della simulazione esplicita mentre si avrebbe atto implicito o indiretto escludente la prole quando il coniuge nega gli atti coniugali oppure copula sempre in modo innaturale: in tali casi, infatti, la volontà positiva di non avere rapporti intimi con il proprio coniuge come pure la volontà positiva di avere rapporti intimi sempre protetti conterrebbe in sé la volontà positiva di non avere figli nel proprio matrimonio e cioè un elemento che configge con un aspetto essenziale del matrimonio, e quindi implicitamente lo elimina.

Rientra nel suddetto orientamento pure l'ipotesi di simulazione totale nel caso in cui uno o entrambi i nubenti abbiano un fine soggettivo che intendono raggiungere con le nozze e che, in qualche modo, "prevale" sul fine di costituire il consorzio di vita coniugale. La giurisprudenza della Rota Romana ha ripreso tale insegnamento e puntualizzato che l'ipotesi costituisce un caso di simulazione totale implicita. Così, ad esempio, già negli anni '60 una coram Filipiak si sofferma sulla distinzione tra *finem operis* e *finem operantis* ma puntualizza che per aversi simulazione non è sufficiente

"quod ab operante, seu a nupturiente finis extraneus attendatur et optetur, ut consensus simulatus dici possit. Hoc pacificum est. At, si nupturiens unice, ideo exclusive, finem extraneum persequatur, eo ipso, saltem implicite, sed positive excludit ceteros quoscumque fines. Ideo matrimonii simulacro, non matrimonio dat locum"³³.

È, questa, l'ipotesi di chi si sposi per avere la cittadinanza³⁴ o per ottenere un titolo nobiliare o per raggiungere un obiettivo o una tranquillità economica: la stessa sentenza citata esemplifica una serie di motivazioni

se aptos ad prolis generationem (cf. can. 1061, § 1) attingere ac limitare debet. Idque obvenire potest sive implicite, si procreatio absolute excludatur, ex quo limitatio iuris ad actus coniugales procreativos rite praesumitur; sive explicite, si exclusio procreationis in se contineat reservationem firmi arbitratus disponendi de iure ad actus coniugales integros, seu libere statuendi ac decernendi in matrimonio de iure coniugali ad naturales facultates procreativas".

³² Quanto all'esclusione della prole *ad tempus*, si legge in una coram STANKIEWICZ, diei 28 februarii 1989, in *RRDec.*, vol. LXXXI, p. 166, n. 10: "Item dicendum, si voluntas firma et absoluta vitandi ad tempus actus procreativus, in pactum deducatur aut induat formam actus positivi. Nam firma et absoluta voluntas non aliter contrahendi, nisi prole ad aliquod tempus exclusa, vim condicionis implicitae retinet, quae eosdem gignit effectus ac condicio explicita".

³³ Coram FILIPAK, 16 dicembre 1966, in *RRDec.*, vol. LVIII, p. 938, n. 4.

³⁴ Cfr, *ex multis*, coram FUNGHINI, diei 14 octobris 1992, in *RRDec.*, vol. LXXXIV, p. 471, n. 11.



che possono determinare il soggetto a contrarre le nozze in vista dell'esclusivo raggiungimento del proprio scopo e precisa che tali motivazioni non devono essere necessariamente illecite ma è necessario, perché si abbia efficacia escludente, che prevalgano sulla volontà matrimoniale annullando quest'ultima³⁵.

La nota specifica di questa ipotesi di simulazione totale implicita consiste dunque nella palese discrasia tra il *finis operis* e il *finis operantis*³⁶

³⁵ "Quod accidit, verbi gratia, cum nuptiae celebrantur tantummodo ad aliquod commodum - per se minime in honestum - consequendum: ut puta familiarum concordiam, rei oeconomicae tranquillitatem, civitatis acquisitionem, prolis legitimatem et ita porro". Per questo motivo la sentenza richiama l'importanza di valutare sempre e con attenzione l'oggetto cui è diretta la volontà del nubente: "si in casu contendatur intentionem nupturientis minime ad matrimonium in se sed potius ad finem specificum directam fuisse, distinctio sedulo recolenda est inter fines proprios matrimonii seu fines operis sive primarios, nempe procreationem et educationem prolis, sice secundarios, i.e. mutuum adiutoriorum remediumque concupiscentiae et fines extraneos seu operantis. Si, excluso fine proprio matrimonii, i.e. exculsa essentia, extranei fines essent causa principalis et finalis contrahendi, irritum evaderet coniugium, quod reduceretur ad vanam caeremoniam, sua essentia defraudatum. Sin autem fines extranei essent causa secundaria et velut ratio applicationis ad contrahendum, licet essent causa sine qua non iniretur matrimonium, eiusmodi voluntas consequendi finem istum extraneum, etiam dantem causam contractui, minime excluderet finem essentialiem. Maneret enim semper finis matrimonii debitus, etiamsi de illo nihil cogitarent nupturientes, quia eo ipso quod matrimonium contrahere intendunt, nisi debitum finem expresse excludant, illum virtute et implicite intendunt (cf. coram Jullien, sent. diei 23 iunii 1938, in *RRDec.*, vol. XXX, p. 344, n. 2)"; coram Ferreira Pena, diei 18 maii 2012, cit., pp. 159-160, n. 10-12; cfr. anche, nello stesso senso, la coram Boccafola, diei 28 iunii 2001, in *RRDec.*, vol. XCIII, p. 443, n. 9.

³⁶ "Quis [...] nuptias celebrat tantum ad finem a se intentum consequendum (qui nuncupatur: *finis operantis*), omnino diversum a finibus naturalibus instituti matrimonialis (qui vocantur: *finis operis*)"; coram DEFILIPPI, diei 25 iulii 2002, in *Ius Ecclesiae* 16 (2004), p. 146 n. 9. Quanto al concetto di *finis operis* e *finis operantis*: "Verum huiusmodi fines extranei matrimonio possunt in animo nupturientis dupliciter reperiri: 1) Finis extrinsecus habetur ut causa secundaria et velut ratio applicationis ad contrahendum, quamvis sine eo matrimonium ineretur. Quo in casu voluntas consequendi finem illum extraneum [...] non excludit substantiam matrimonii [...] 2) Finis extrinsecus matrimonii habetur ut causa principalis et finalis contrahendi ad quam pars principaliter et exclusive tendit ac respicit; ideoque excludit intentionem contrahendi, seu matrimonium ipsum [...] Cum gravissima deordinatione praeponitur fini essentiali *finis* prorsus extraneus, ac deficit consensus in matrimonium ipsum, quod igitur existere equità [...] et casus simulationis totalis"; coram SERRANO, diei 11 decembris 1981, in *RRDec.*, vol. 73 (1988), p. 625, n. 4. Cfr. anche coram Bruno, diei 29 octobris 1976, in *RRDec.*, vol. 68 (1987), p. 394, n. 7. In altri termini si può definire il *finis operis* come "Bonum ad quod actio sua indole tendit quoque sua natura producit, utpote: "inerente all'essenza stessa dell'atto che si compie". Quapropter, matrimonio applicando, *finis operis* est matrimonio essentialis et necessario adhaerens, cum ad illud matrimoniale institutum ex sua indole ordinatum sit"; e il *finis operantis* "Bonum quod



e nella prevalenza di quest'ultimo sul primo. In altri termini, si avrebbe simulazione totale del consenso proprio quando "l'unico fine del contraente è assolutamente estrinseco al matrimonio"³⁷. In tale ipotesi, la dichiarazione matrimoniale del nubente assumerebbe

"una rilevanza meramente estrinseca rispetto alle finalità proprie del matrimonio, quale mezzo per conseguire in via riflessa e del

agens sua ratione intendit seu sibi consequi proponit. Consequenter in contractu matrimoniali finis operantis est illud bonum, ad quod consequendum tendit contrahentium voluntas"; coram DE LANVERSIN, diei 17 martii 1993, in *RRDec.*, vol. 85 (1996), p. 154, n. 7. Nello stesso senso: "Quod propositum inest in eo qui per externam celebrationem ritus nuptialis exclusive dirigitur ad assequendum finem omnino diversum a matrimonio, quem et unice paciscendum sibi proponit, exclusio igitur omnibus coniugii effectus [...] tali in casu deficit quivis con cursus voluntatis contrahentis cum finalitate ecclesiali foederis coniugalnis"; coram STANKIEWICZ, diei 26 iunii 1986, in *RRDec.*, vol. LXXVIII, p. 401, n. 7.

³⁷ P. GEFAELL, *Nota alla decisio c. Funghini 14.10.1992*, in *Ius Ecclesiae*, 5 (1993), p. 593; nello stesso senso cfr. J.G. JOHNSON, *Total simulation in Recent Rotal Jurisprudence*, in *Studia canonica*, 24 (1990), pp. 394-396; J.J. GARCIA FAILDE, *Simulatio totalis matrimonii canonici et metus*, in *Periodica de re canonica*, 72 (1983), pp. 252-253, per il quale "Matrimonium potest etiam alio modo totaliter simulari: quando contrahens accedit ad ritum nuptialem non quidem rendendo actu positivo voluntatis consensum interdum elicere sed proseguendo unice alium finem a matrimonio omnino alienum tamquam obiectum exclusivum consensus nam tali modo saltem implicite et aequivalenter ceteros et ipsum primarium, sine quo consistere equità matrimonium, excludit". Ancora: "Finis operis est finis obiectivus et intrinsecus, scilicet procreatio et educatio proles necnon mutuum bonum et adiutorium coniugum, non requiritur ut nubentes expresse vel explicite illum intendant; talis finis praesumitur, ac re vera intendatur ac complectitur in ipsa manifestazione consensus: ad validum constituendum matrimonium sufficit, proinde, quin nupturientes ipsum positiva voluntate excludant. Finis operantis concorrere et convenire posse cum fine operis evidentissimum est. Non semper autem iidem convenient, cum finis operantis omnino extraneus esse possit fini operis, ut v.g. cum quis per nuptias contrahendas sibi proponit divitias acquirere, nobiliare titulus consegui, pacem inter familias restituire, bonam famam servare, paternam domum deserere [...] Qui mere diversum fini operis finem consequendum sibi proponit consensum non vitiat, ideoque matrimonium irritum non reddit, nisi simul positiva intentione finem operis absolute excludat. Legitimi sunt enim fines operantis diversi a fine operis, dummodo huic non adversentur. Qui nedum diversum, sed et contrarium ac naturali et essentiali ordinazioni matrimonii adversum finem primario ac prevalentí intentione consequendum sibi proponit, matrimonium irritum reddit. Etenim finis operis equità excludi fine operantis quin corrut eo ipso contractus essentia, si quidem contrahentis voluntas non intendit omnino finem operis, sed tantum modo finem operantis, primum implicite excludens. Finis operantis per se matrimonii ineundi causa et ratio est, minime simulandi"; coram BOCCAFOLA, diei 25 februarii 1993, in *RRDec.*, vol. LXXXV, p. 49, n. 5. Cfr. anche una coram LEFEBVRE, diei 12 martii 1960, in *RRDec.*, vol. LII, p. 171, n. 2; coram FUNGHINI, diei 14 octobris 1992, in *Ius Ecclesiae*, 5 (1993), p. 585, nn. 7-8.



tutto accidentale, certi risultati di carattere pratico e contingente [...]

Il consenso matrimoniale non è quindi diretto alla creazione della società coniugale ma al raggiungimento di uno scopo ulteriore, non in relazione causale con il matrimonio in sé ma come effetto accessorio, indiretto, riflesso, di uno *status*³⁸.

Rientra pure nell'indirizzo *de quo* un'altra ipotesi di simulazione totale implicita che si ha, secondo la giurisprudenza e la dottrina canonica, "per inclusionem elementorum quae radicitus contradicunt illi comunitati vitae et amoris quae firmatur a lege Creatoris [...] opus quod operans consequutum est omnino diversum ab opere operis a Creatore instituti", come spiega con chiarezza una coram de Lanversin del 1990³⁹. In tale ipotesi non si ha una sostituzione del fine personale o individuale al fine *operis* ma l'inserimento, nel proprio consenso, di un elemento che contraddice, che è incompatibile con la stessa essenza della comunità di vita e amore che è il matrimonio. Si pensi, ad esempio, al caso di chi neghi la persona del coniuge in quanto tale⁴⁰ o intenda ridurlo in schiavitù, obbligandolo a sottostare a tutte le proprie esigenze e a tutti i propri desideri: anche in tali ipotesi si avrebbe simulazione totale implicita dal momento che rifiutare l'altra persona come coniuge significa non voler realizzare con essa alcun *consortium totius vitae*⁴¹.

Anche questo secondo orientamento si ritiene perfettamente compatibile con la costruzione dell'atto隐含的 di volontà ex can. 1101 § 2 e con i principi generali in materia di consenso matrimoniale.

3.c - *Actus praesumptus*

³⁸ P. MONETA, *La simulazione totale*, in AA. VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. II, *Il consenso*, a cura di P.A. BONNET e C. GULLO, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2003, p. 250.

³⁹ Coram DE LANVERSIN, diei 31 iulii 1990, in *RRDec.*, vol. LXXXII, p. 678, n. 5.

⁴⁰ Cfr. coram FERRARO, diei 26 aprilis 1978, in *RRDec.*, vol. LXX, p. 232, n. 8.

⁴¹ A. D'AURIA, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 434. Certo in tali ipotesi - come sempre ma ancora di più in questo ambito - si dovrà valutare con particolare attenzione tutti i dettagli e le circostanze del caso concreto che potrebbe essere sussunto anche sotto una ipotesi di simulazione sempre implicita ma parziale, come, ad esempio, nel caso di un'esclusione del *bonum coniugum*; A. SAMMASSIMO, *Consenso, simulazione e atto implicito di volontà nel matrimonio canonico*, cit., p. 166. Cfr., al proposito, la coram CABERLETTI, sent. diei 21 martii 2013, in AA. VV., *Il bonum coniugum. Rilevanza e attualità nel diritto matrimoniale canonico*, a cura di M.C. BRESCIANI, F. CATOZZELLA, A. GULLO, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2016, p. 465. Nel caso di specie l'attore si era sposato con la convenuta "*solummodo motus desiderio explendi cum conventa activitatem sexualem anormalem*" (p. 478).



In alcune sentenze della Rota Romana emerge, poi, come l'atto positivo di volontà possa essere al tempo stesso esplicito, indicando l'esclusione di un bene come suo oggetto diretto, e implicito, indicando appunto contemporaneamente e indirettamente un altro oggetto di esclusione⁴². Questo anzi sarebbe un esempio classico di esclusione implicita, quando vi è cioè una concorrenza di cause di esclusione: a volte infatti, viene espressa una volontà allo scopo di raggiungere lo stesso effetto per altra via, non potendo la parte, per una serie di motivi, esprimere il vero intendimento.

Al proposito una coram Staffa del 5 agosto 1949 recita che "exclusa perpetuitate, fides quoque, implicite saltem et indirecte, semper erit exclusa, etsi explicite et directe tunc tantum haec reiciatur cum voluntas contra bonum istud dirigitur"⁴³, in realtà affermando un automatismo che, alla luce di quanto si è venuto dicendo sino a ora, non può che suscitare diverse perplessità. La sentenza, infatti, sembra piuttosto presumere l'esclusione del "bonum fidei" nelle ipotesi in cui un nubente escluda l'indissolubilità del matrimonio e quindi cadere nella categoria dell'atto presunto che mai e poi mai può essere considerato un atto positivo di volontà che è sempre un atto positivo ed espresso. Al proposito ribadisce, *ex multis*, una coram Corso del 30 maggio 1990 che l'atto implicito

"aequiparari non potest ad actum praesumptum, quia etiam actus implicitus remanet in ordine positivo, quia, quamvis eius substantia non appareat directe et immediate in manifestatione agentis, tamen, ibidem identidem continetur, realiter et non praesumptive, positive et non interpretative, quamvis veluti in plicis, seu in sinu eiusdem manifestationis. Ceterum, expressum et implicitum non sunt opposita inter se: expressa est voluntas quae signo aliquo manifestatur; manifestari autem potest sive explicite sive implicite; - explicite quando ex ipsis verbis adhibitis absconditur [...]

⁴² Cfr. Z. GROCHOLEWSKY, *De exclusione indissolubilitatis*, cit., p. 108.

⁴³ "Voluntas, e contra, qua bonum fidei excluditur necessario bonum sacramenti non ferit, nisi eo sensu quod, contractus matrimonialis essentia mutata ob recusationem unius boni, corruunt omnia bona cum contractu ipso. Qui enim ius exclusivum in corpus suum alteri nupturienti tradere nolit, potest quidem traditionem perpetuam, etsi partiale, intendere. Dum ergo boni sacramenti recusatio necessario secumfert boni fidei exclusionem, saltem implicite et indirecte, sempre tamen in suo principio, voluntas, qua bonum fidei excluditur, vel in ius vel in usum dirigi potest, et in hunc, non in illud ferri praesumitur"; coram STAFFA, diei 5 augusti 1949, in *RRDec.*, vol. XLI, p. 469, n. 4.



"tamquam effectus in causa, conclusio in principio, pars in toto,
species in genere"⁴⁴.

Inoltre la suddetta decisione coram Staffa del 1949, piuttosto stranamente a dire il vero, a chiosa (e quasi a conferma) del ragionamento anzi riportato, ritiene più difficile l'ipotesi opposta, ossia di (quanto meno) probabilità dell'esclusione dell'indissolubilità da parte di chi escluda la fedeltà. Invero, deve rilevarsi che la prassi sembra confermare proprio il contrario di quanto sostiene l'autorevole Ponente: infatti, sembra che chi escluda l'unità o la fedeltà sia in qualche modo portato a escludere anche l'indissolubilità, vuoi perché mette in conto di potersi innamorare di un'altra persona o vuoi semplicemente perché mette in conto il rischio che il coniuge possa scoprire i suoi tradimenti e, di conseguenza, lo lasci. Invece, non tutti coloro che escludono la indissolubilità sembrano voler escludere anche la unità dal proprio matrimonio.

In altri casi, si è poi ritenuto, in maniera forse più convincente ma comunque sempre poco rispettosa del dato normativo e dei principi in materia di consenso matrimoniale, che una esclusione diretta ed esplicita del *bonum sacramenti* determini anche una esclusione implicita del *bonum prolis*, come si legge in una coram de Lanversin del 24 febbraio 1988:

"Matrimonium velle dissolubile saepe saepius deviationem procreationis implicat, cum filii arctius coniuges obstringant et libertatem minuent divertendi. Denegari profecto nequit inter exclusiones indissolubilitatis et prolis saepe arctam interesse psychologicam et logicam, nisi prorsus interdependentiam, eo quidem sensu quod exclusio indissolubilitatis etiam exclusionem prolis provocet. Ita denotetur sat arcta relatio inter indissolubilitatis exclusionem et prolis reiectionem, siquidem, ut patet, onus procreandae prolis saepe respuatur, si reiiciatur matrimonii perpetuitas, data intima et moraliter necessaria connexione communis vitae perseverantis cum prolis existentia. Unde indissolubilitatis exclusio generatim secumfert boni prolis exclusionem. Quare firmitas prioris capitis adiumento esse potest alteri, quod graviter non claudicet"⁴⁵.

Vero è, certamente, che nella prassi molto spesso l'esclusione della indissolubilità del matrimonio si accompagna, nella mente del simulante, alla esclusione della prole ma tali considerazioni, come pure quelle anzi riferite circa l'esclusione dell'indissolubilità concomitante all'esclusione della unità del matrimonio, non possono avere valore o quanto meno un

⁴⁴ Coram CORSO, diei 30 maii 1990, in *RRDec.*, vol. LXXXII, pp. 411-412, n. 8.

⁴⁵ Coram DE LANVERSIN, del 24 febbraio 1988, in *RRDec.*, vol. 80, n. 4.



senso solo all'interno di una corretta impostazione del sillogismo probatorio in materia di simulazione. In altri termini, mai e poi mai si potrà desumere o "presumere" l'esclusione di una proprietà o elemento essenziale del matrimonio dalla mera prova della esclusione di un'altra proprietà o elemento essenziale del matrimonio. Si potrà, invece, valutare l'esclusione della indissolubilità, ad esempio, quale "causa simulandi" della esclusione della prole, potendo sicuramente accadere che chi abbia dubbi sulla riuscita del proprio matrimonio e si riservi, quindi, di divorziare se le cose non dovessero andare come spera, possa proprio per questo escludere anche la prole dal proprio matrimonio. Ciò vale ovviamente per tutte le ipotesi di simulazione parziale, non ritenendo che la questione possa porsi, per ovvi motivi di subordinazione, con riferimento alla simulazione totale.

3.d - *Actus negativus*

Un quarto orientamento si spinge ben oltre i precedenti e ritiene aversi simulazione implicita non con l'inclusione, nel consenso, di un elemento confligente con il matrimonio o con le sue proprietà o elementi essenziali quanto, piuttosto, con la non inclusione, in esso, di elementi propri dell'istituto matrimoniale: secondo tale prospettiva, in altri termini, non sarebbe l'inclusione (positiva) di elementi contrari all'istituto matrimoniale o alle sue proprietà o elementi essenziali a costituire una riserva implicita in grado di invalidare il consenso del nubente ma la non inclusione (e, dunque, a tutti gli effetti, un atto negativo) di tali elementi o proprietà⁴⁶. Sarebbe questo il caso, ad esempio, di chi abbia una concezione errata del matrimonio, che cioè non includa cioè alcuni dei suoi elementi essenziali⁴⁷.

⁴⁶ Cfr. in tal senso, tra gli altri, **A. D'AURIA**, *Il consenso matrimoniale*, cit. p. 422; **B. RODRICKS**, *The invalidating exclusion of "Bonum Coniugum" in matrimonial consent*, Pontifical Urban University, Roma, 1989, p. 95; **R. SANSON**, *Implied Simulation: ground for annulment?*, in *The Jurist*, 48 (1988), p. 764, per il quale "a person could will something which is opposed to the essential content (object) of marriage, be unaware of its invalidating potential, and vitiate consent without even realizing that the substantial object was not present. Such persons do not include something essential. More correctly, the object that was willed, by its nature excluded the possibility of the correct object. This is the category we would specify as implicit simulation, or "simulation (implied exclusion)".

⁴⁷ "[...] ac in genere, de exclusione implicita dici potest solummodo si contrahens aliquo saltem modo percipit indissolubilitatem ad matrimonium pertinere (si scit, ad minimum, perpetuitatem iuxta opinionem aliorum, etsi non propriam, cum matrimonio concordari), etsi eam non necessario agnoscat formaliter ut elementum



Alcuni autori, però, temendo di sconfinare al di fuori dell'ambito dell'atto positivo di volontà di cui al § 2 del can. 1101 (e di cadere in quello del can. 1099), precisano che la suddetta non inclusione, per poter avere forza positiva escludente, deve essere radicata nella *forma mentis* del nubende e dedotta dal suo atteggiamento nei confronti del matrimonio in se stesso considerato, nei confronti delle finalità e delle proprietà essenziali e nella valutazione concreta della relazione matrimoniale duale con il coniuge⁴⁸.

Orbene, non può non sottolinearsi, al proposito, che la non inclusione di un elemento o di una proprietà essenziale del matrimonio potrebbe anche essere involontaria e, pertanto, riconducibile non tanto al fenomeno simulatorio *tout court* quanto, proprio, a un difetto di discrezione di giudizio ex can. 1095 n. 2 CIC. Infatti, una particolare condizione psichica del nubente (a prescindere dalla sua gravità), unitamente alla presenza di motivi concreti e contingenti, presenti nell'imminenza della decisione nuziale, ben potrebbe palesare una impossibilità a percepire e a scegliere la dimensione matrimoniale coniugale: detta impossibilità del nubente comporterebbe, concretamente, una riserva positiva o comunque una mancata interiorizzazione e accettazione delle proprietà o delle finalità essenziali del matrimonio. In questa ipotesi, quindi, la distorsione del processo deliberativo si ripercuoterebbe sulla intenzionalità della scelta nuziale e impedisce al nubente di valutare in concreto quelli che sono i diritti e doveri matrimoniali⁴⁹.

Ciò premesso, deve - sempre - ribadirsi che perché si abbia simulazione deve avversi un atto positivo di volontà, pur nella sua forma implicita, non essendo sufficiente un atto meramente negativo, come

essentiale. Tantummodo enim tali in casu defectus consensus est libere electus, seu positive volutus. Si enim contrahens percipiens stabilitatem matrimonii elaborat sibi propriam doctrinam in qua abest notio huius stabilitatis ac tantum ita et non aliter coniugium celebreare vult, intendit pseudo matrimonium non tantum in suis notis positivis a se determinatus, sed etiam quatenus aliquod elementum perceptum ex eo exclusum manet. Ideo de exclusione positiva, etsi implicita, in casu dici potest"; **Z. GROCHOLEWSKY**, *De exclusione indissolubilitatis*, cit., p. 109-110. Va fatto notare che, piuttosto stranamente, Grocholewsky afferma di seguire al riguardo le tesi di Huizing, ma costui, nel testo citato, afferma: "Exclusio implicita potest etiam adesse in declarationibus et actionibus, quae [...] demonstrant [...] talem voluntatem in ipso contractu adesse debuisse, etsi forte non reflexam nec consciam": cfr. **P. HUIZING**, *Actus excludens substantiae matrimonii: Crisis doctrinae et Codicis (Pars I)*, in *Gregorianum*, 45 n. 3 (1964), p. 505.

⁴⁸ Cfr. **J.M. SERRANO RUIZ**, *El acto de voluntad por que se crea o frustra el consentimiento matrimonial*, in *Revista Española de Derecho Canónico*, 51 (1994), p. 572.

⁴⁹ Cfr. **A. D'AURIA**, *Il consenso matrimoniale*, cit., pp. 422-423.



nelle ipotesi *de quibus agitur*. Per questo motivo non solo non si condivide ma si ritene giuridicamente e logicamente errata quella impostazione, perfettamente aderente all'orientamento in questione, per cui nel *caput* della simulazione totale implicita rientrerebbero pure le ipotesi di colui che positivamente persegue una ideologia di vita negante il matrimonio⁵⁰ o di chi segua una ideologia di vita negante uno o più elementi essenziali del matrimonio (ad esempio, i marxisti)⁵¹. Se, infatti, è indubbio che tali

⁵⁰ Questo sarebbe il caso dei sessantottini o degli hippy, di coloro i quali cioè hanno una ferma e pervicace volontà di rompere ogni vincolo con il passato, e pertanto rigettano le tradizioni e tutte le qualità umane incarnate nella società, fra le quali l'istituto matrimoniale, mentre hanno una nuova serie di valori, e rigettando ogni attività umana duratura, con ciò rigettano ogni obbligazione che possa in qualche maniera estendersi nel futuro, come il rapporto matrimoniale; cfr. coram DE LANVERSIN, diei 5 octobris 1995, in *Monitor Ecclesiasticus*, 1996, pp. 59-71, e coram STANKIEWICZ, diei 23 iulii 1982, in *RRDec.*, vol. LXXIV, pp. 422-427, n. 5.

⁵¹ Una coram DE LANVERSIN del 1982 è al proposito molto illuminante. Infatti l'illustre Ponente, noto anche per la portata esplicativa e didattica delle sue decisioni, scrive che: "Pernotum est etiam in doctrinis a marxistis professis matrimonium habendum esse uti institutum mere morale, minime autem religiosum vel ecclesiale. Isti etenim agnoscent naturam matrimonii uti mere temporalem, cum: "L'idea guida dell'etica marxiana è costituita dalla concezione dell'uomo come concreta totalità di relazioni... l'idea di uomo come totalità, mai compiuta e sempre da promuovere grazie a un processo di autocreazione. La dialettica, come espressione di costante crescita della storia, ha senso nella misura in cui contribuisce a fare dell'uomo la sintesi sempre dilatantesi delle conquiste scientifiche e lotte sociali" (O. TODISCO, *Dizionario encyclopedico di Teologia Morale*, supp. 4^a ediz., art.: "Marxismo", coll. 1357-1366, Roma 1976). Quapropter," prosegue la coram De Lanversin, "in ambito institutionis matrimonialis in quantum pertinet ad relationem hominis et feminae, ipsi contendunt: "Il velo che la religione getta sulla realtà del matrimonio coniugale e borghese, nasconde le cose che lo viziano, lo giustifica facendo appello a un Essere trascendente e impedisce, qui come altrove, in un dominio particolarmente importante, la trasparenza di rapporti puramente umani verso i quali l'uomo deve tendere [...]. Se è vero che il rapporto uomo donna è il rapporto immediato naturale necessario dell'uomo all'uomo. Allora questo rapporto non potrà essere vero che nella misura in cui, fra l'uomo e la donna, è soppressa la mediazione illusoria e mistificatrice di Dio, frutto ideologico della miseria" (*Bücherei der Marxismus-Leninismus*, Band 42, p. 126, Berlin-Dietz 1955). Immo, institutum matrimoniale, in quantum est institutum permanens et indissolubile ab iisdem resupitum et absque omni valore religioso consideratur. "Il diritto matrimoniale non ha dunque che una esistenza provvisoria e si comprende come Engels abbia potuto parlare di una nuova generazione di uomini e di donne che si forgerà liberamente la sua propria patria" [...]. Quandoque nonnulli qui iam antea formationem materialisticam marxistam receperant et ad praecepta doctrinae adhaeserant, postea, ope studiorum, ad pervestigationes scientificas se dedicaverunt atque plus minusve praecepta rationalismi biologici, uti a Prof J. Monod exposita, in ductu propriae vitae amplexaverunt; quae praecepta in s. d. cognitione scientifica fondata sunt: "Le postulat d'objectivité, pour établir la norme de connaissance, définit une valeur qui est la connaissance objective elle-même (puta cognitio scientifica rerum). Accepter le postulat d'objectivité, c'est donc



circostanze possano rilevare, anche in maniera determinante, nel sillogismo probatorio di eventuali cause di nullità, come *causa simulandi remota* e dunque come sicuramente importante elemento di prova indiretta, è pur sempre l'atto positivo di volontà dell'hippy o del sostenitore del marxismo che è e rimane il fondamento della ipotesi simulatoria e che deve sempre essere provato in giudizio. Atto positivo di volontà che nei casi appena delineati è completamente assente.

Non si può presumere un atto positivo di volontà né desumerlo dalla ideologia del nubente contraria alla dottrina della Chiesa Cattolica sul matrimonio pur vigorosamente sostenuta né da un comportamento in tal senso pur coerente e costante. Tanto più che persino un convinto divorzista o un marxista o un così detto hippy potrebbe, nel caso in cui ritenga, ad esempio, di aver trovato "la persona giusta", voler contrarre un matrimonio così come la Chiesa lo intende.

È pure da non condividersi quell'opinione⁵² per cui simula totalmente e implicitamente chi si sposi mostrando un totale disinteresse per alcuni degli elementi essenziali del matrimonio (come, ad esempio, quando vi è un morboso legame materno o un atteggiamento costantemente contrario a tali elementi essenziali del coniugio: si pensi al caso del così detto "scapolone impenitente", dagli inglesi, con efficace espressione, chiamato il *married single*), o di chi si sposi senza volere alcuni elementi essenziali o senza minimamente prenderli in considerazione, per una serie diversissima di motivi, ignoranza, errore, leggerezza, per il fatto di avere voluto un matrimonio con un altro oggetto in mente o addirittura senza alcun motivo.

Anche in tali casi, infatti, si ha un atto di volontà negativo mentre, per avere forza invalidante il consenso, esso deve essere positivo.

énoncer la proposition de base d'une éthique: l'Ethique de la Connaissance (scientifica). [...] Où donc retrouver la source de vérité et l'inspiration morale d'un humanisme socialiste réellement scientifique, sinon aux sources de la science elle-même, dans l'éthique qui fonde la connaissance en faisant d'elle, par libre choix, la valeur suprême, mesure et garant de toutes les autres valeurs? Ethique qui fonde la responsabilité morale sur la liberté même de ce choix axiomatique. Acceptée comme base des institutions morales et politiques, donc comme mesure de leur authenticité, de leur valeur, seule l'Ethique de la connaissance pourrait mener au socialisme" (J. MONOD, *Le Hasard et sa nécessité*, pp. 191 ss.)". Quocirca iidem *talia praecepta profitentes, libera electione, absque quovis fundamento religioso vel supernaturali, valorem supremum tribuunt in cognitione scientifica* (quae, uti scimus, semper perscrutanda atque mutanda est), *quae habetur ut fundamentum et mensura omnium actionum in ductu vitae*"; coram DE LANVERSIN, diei 3 aprilis 1982, in *RRDec.*, vol. LXXIV, p. 325, nn. 4-5.

⁵² Cfr. S. BENIGNI, *La simulazione implicita*, cit., p. 147 ss.



Orbene, deve sempre aversi a mente la differenza, giuridica ma anche e ancora prima logica, tra atto negativo e atto positivo, nonché la considerazione che solo quest'ultimo e cioè l'atto positivo di volontà rende nullo un matrimonio, essendo il primo, e cioè l'atto negativo, del tutto irrilevante ai fini di una fattispecie simulatoria⁵³.

3.e - Comportamento concludente

Un ultimo orientamento che si è ritenuto di individuare è quello di quanti ritengono che l'atto implicito di volontà sia quello emesso mediante comportamenti concludenti del presunto simulante o mediante l'insieme di circostanze della vita del medesimo⁵⁴.

Così una coram Sable del 9 maggio 2012 dichiara la nullità di un matrimonio per esclusione positiva, implicita e virtuale dell'indissolubilità da parte della convenuta sul presupposto che "facta, potiora quam verba [sunt]". Tali fatti, secondo il Ponente,

"roborant firmam mulieris voluntatem divertendi ab unione tantummodo solubili, et in facto soluta", e quindi, "cum facta potiora verbis sint, nullo dubio exstante, ex actis et probatis morali cum certitudine probatus exstat actus positivus voluntatis ex parte Conventae in actu matrimonii positus, in forma saltem implicita et virtuali, adversus proprietatem essentialiem indissolubilitatis inituri vinculi cum Actore"⁵⁵.

⁵³ *Contra*, Benigni ritiene invece che in questi casi quello che conta, e che certamente si denota nel rapporto interpersonale instaurato, è che la parte non ha voluto (=atto negativo) porre in essere il *consortium totius vitae* che è il matrimonio (*ibidem*).

⁵⁴ "Todavía una observación que no parece fundamental. No poco autores - y a veces las misma Sentencias Rotales - identifican el "acto positivo de voluntad" (= presencia de intención) con la intención explícita. Nosotros, en cambio, creemos que la intención positiva que exige el canon, puede ser también intención implícita, es decir, el comportamiento, el conjunto de circunstancias en la vida del sujeto, puede expresar la positiva intención de excluir uno de los elementos del canon": J.F. CASTAÑO, *Vicios del consentimiento matrimonial*, in AA. VV., *Raccolta di scritti in onore di Pio Fedele*, a cura di G. BERBERINI, vol. II, Università degli Studi di Perugia, Perugia, 1984, p. 665; ID., *Il sacramento del matrimonio*, Topolitografia Pioda, Roma, 1994, pp. 406-407. Al proposito cfr. anche S. BENIGNI, *La simulazione implicita*, cit., p. 96, il quale, però, non sembra distinguere i diversi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, anzi, considerandoli unitariamente, sottolinea che "l'atto implicito (contenuto) deve sgorgare dall'atto esplicito (contenente) in maniera necessaria, così che da quell'atto, in quella concreta situazione, l'atto implicito sia una conseguenza logica. È quello che con altri termini viene definito un comportamento inequivocabile, dimostrante una certa e precedente volontà".

⁵⁵ Coram SABLE, diei 9 mai 2012, in A. 73/2012.



Ancora, una coram Pinto del 27 marzo 2009, dopo aver ribadito che “non est qui dubitare queat actum positivum voluntatis a can. 1101 requisitum ut matrimonium irritetur, posse sive explicitum sive etiam implicitum esse”, puntualizza, coerentemente anche con quanto sino a ora si è cercato di evidenziare, che

“dummodo implicitum voluntarium non genericam vel interpretativam voluntatem contrahentis significet, sed intentionem saltem virtuale matrimonium ipsum aut proprietatem aliquam vel essentiale elementum coniugii, excludendi, in agendi habituali ratione excludentis vel in circumstantiarum eiusdem vitae coacervo innixam”.

Poi, però, abbraccia l’orientamento in questione sottolineando che

“in utraque figura actus voluntatis simulantis, nempe expliciti et impliciti, unum idemque essentialiter fit seu voluntas simpliciter excludens, quae autem in uno, nempe explicito actu, ab expressis verbis signisque palam exprimitur, in altero, idest implicito, e circumstantiis rationeque vivendi contrahentis eruenda est, cum sit in illis quodammodo occultatam, et tamen efficacem”.

Dunque, anche in questa sentenza l’atto implicito di volontà (escludente, nel caso, l’indissolubilità e il bene della prole) viene desunto dalle circostanze e dal modo di vivere del presunto simulante e anzi si aggiunge che, in tali casi, “adiuncta et adminicula praecipuum possunt constituere argumentum pro matrimonii nullitate declaranda et aliquando etiam concludens (cf can. 1679), licet non autonomum”⁵⁶.

Nello stesso senso, pure una coram Arellano Cedillo del 20 dicembre 2012, dopo la puntuale citazione della decisione coram Staffa del 21 maggio 1948, e la precisazione per cui «actus voluntatis ergo non simplici "volitione" efficitur positivus, sed "intentione", per quam voluntas in obiectum efficaciter fertur»⁵⁷, desume “implicitamente” l’esclusione della indissolubilità dal comportamento dell’Attore il quale, come risulta sia dalla sua deposizione che dalle testimonianze, prima del matrimonio e in prossimità delle nozze aveva chiesto con particolare insistenza all’allora fidanzata di impegnarsi a restargli fedele. Il Turno, infatti, ritiene che se l’attore aveva chiesto con tanta fermezza rassicurazioni in tal senso vuol dire che non era disposto a tollerare un comportamento contrario della convenuta e quindi che, in questo caso, avrebbe sciolto il matrimonio⁵⁸.

⁵⁶ Coram PINTO, diei 27 martii 2009, in *RRDec.*, vol. CI, p. 49, n. 4.

⁵⁷ Coram ARELLANO CEDILLO, diei 20 decembris 2012, in *A.*, 193/2012, n. 4.

⁵⁸ Si legge infatti: “Cum Mauritius tam firmiter radicatus fuisset in necessitate



Orbene, in tutti gli esempi anzi riportati, non sembra potersi correttamente parlare di simulazione, dovendosi ritenere assente proprio l'atto di volontà del presunto simulante: in essi, infatti, si desume l'esclusione da un comportamento concludente del soggetto (a volte) unito a una radicata convinzione presente in lui prima del matrimonio, con il rischio di confondere e anzi con la effettiva confusione tra piano sostanziale e piano probatorio, facendo assurgere un mezzo di prova (il comportamento concludente) a oggetto della prova (che invece è e deve rimanere l'atto positivo di volontà come vuole il can. 1101, § 2). Questo non vuol dire che il così detto comportamento concludente o l'insieme delle circostanze della vita del nubente non possano essere in qualche modo rilevanti per provare una simulazione implicita come, del resto, per provare una simulazione esplicita. Esso certamente ha la sua funzione nel sillogismo probatorio e, in ambito squisitamente processuale, potrà sicuramente costituire un utile elemento di prova. Del resto al proposito, la stessa coram Pinto del 27 marzo 2009 sopra citata, dopo quanto esposto, sembra riprendere i binari ortodossi nel puntualizzare che per aversi un consenso simulato o nullo è richiesta sempre la "voluntas [...] directe excludens" ma il modo in cui può manifestarsi tale volontà è duplice: "directus seu explicitus" oppure "indirectus seu implicitus", non essendo le circostanze o il modo di agire del nubente la causa determinante la sua volontà bensì "tum signa hanc voluntatem revelantia et in aperto exprimentia"⁵⁹.

Nell'ambito di questo orientamento si inserisce pure Problemi si pongono con l'interpretazione della così detta volontà implicita ipotetica.

In una coram Erlebach del 20 dicembre 2012⁶⁰ il Collegio desume dalle testimonianze raccolte la prova

«implicitae et hypotheticae exclusionis indissolubilitatis matrimonii ratione magni momenti quod Actrix tribuebat bonae qualitatibus vitae communis, intentae uti "echte Partnerschaft": et quidem non sensu mere conceptuali, sed etiam re vera persecuto cum Actrix "stets eine echte Partnerschaft anstrehte"»⁶¹.

I testi, infatti, secondo il Ponente, aiutano a chiarire la «declaratio

mulieris fidelitatis, implicite ipse intendebat se matrimonio valedictorum esse in casu haud impletae huiusmodi suae voluntatis, etsi quandam securitatem in mulieris fidelitatem animadvertebat; si vero Actori ne ulla quidem certitudo fuisset, ipse matrimonium minime celebravisset. In ipse enim fidelitatem mulieris superius locum semper sevabat quam vinculum iugale"; *ivi*, n. 7.

⁵⁹ Coram PINTO, diei 27 martii 2009, cit., p. 49, n. 4.

⁶⁰ Cfr. coram ERLEBACH, diei 20 decembis 2012, in A., 195/2012.

⁶¹ *Ivi*, n. 11.



eiusdem mulieris de exclusione indissolubilitatis si res male cesserint suo in matrimonio et quidem ob rationes in religione fundatas ("Meine religiöse Haltung war damals so")»⁶² superando la difficoltà delle poche e non esplicite confessioni extragiudiziali raccolte in prima istanza.

Il problema è risolto proprio perché nel caso di specie si ritiene trattarsi di una esclusione implicita, "innixa in singulari philosophia vitae mulieris actricis". La sentenza ha così modo di ribadire, anche contrapponendosi alla sentenza appellata, che

"positivus voluntatis actus restringi nequit ad solam intentionem explicite patefactam. In casu agitur de exclusione implicita, quae alia ex parte aequivocanda non est cum quadam intentione generica [...]. Insuper, in casu prae manibus Actrix - ratione suae philosophiae vitae quam persequebatur tempore nuptiarum - exclusit implicite et quidem hypothetice indissolubilitatem cuiuslibet sui matrimonii, independenter a persona contrahentis. Causa simulandi proxima et debilis seu dubii valoris causa contrahendi uti effectum habuerunt solummodo quod firmior reddita est iam praehabita intentio Actricis. Aliis verbis, singularis omnino casus prae manibus, pari ratione singularem requirit applicationem sueti schematis probatorii"⁶³.

Dunque, si ritiene provata l'esclusione dell'indissolubilità per la filosofia di vita e per le idee dell'Attrice, sembra quasi a prescindere da un preciso atto di volontà nei confronti del matrimonio concreto che si accingeva a contrarre. Su questa base, stante la prova della fermezza delle convinzioni attoree, identifica l'atto implicito con l'atto ipotetico, con una operazione che però sembra un po' troppo ardita: non si può infatti escludere che una persona, pur convinta assertrice e sostenitrice del divorzio o dalla mentalità particolarmente "libertina", nel momento in cui trovi la persona che ritiene "giusta" voglia sposarsi per sempre. Per questo il Legislatore canonico richiede l'atto positivo di volontà e dunque la intenzione, anche come mera previsione nel caso in cui ad esempio la convivenza coniugale non dovesse essere soddisfacente o semplicemente come la si aspettava, di sciogliere quel matrimonio con quella determinata persona. Si ritiene pertanto importante la distinzione tra atto di volontà ipotetico, di cui alla sentenza e per il quale se Caia è convinta sostenitrice del divorzio (e ciò traspare dal suo comportamento e dalla sua condotta di vita) si può ipotizzare che abbia escluso l'indissolubilità del suo matrimonio, e volontà o intenzione implicita ipotetica, che si ha invece quando Caia si riserva ad esempio di divorziare nel caso in cui le

⁶² *Ivi*, n. 12.

⁶³ *Ibidem*.



cose con il marito non vadano bene.

4 - Conclusioni

Poste le premesse anzidette, analizzati - pur sommariamente - i vari modi in cui la dottrina canonistica e soprattutto la giurisprudenza della Rota Romana configura l'atto implicito di volontà, ritenute conformi alle premesse solo le prime due ricostruzioni, si vorrebbe ora cercare di desumere da tutto quanto esposto alcune conclusioni quanto all'autonomia e all'efficacia dell'atto implicito di volontà.

Se, come si è detto, l'atto implicito di volontà si pone come sottocategoria dell'atto positivo di volontà nell'ambito sostanziale accanto all'atto esplicito, sorge, infatti, il problema della sua effettiva autonomia rispetto a quest'ultimo, sia pure nell'ambito della figura più generale appunto dell'atto positivo quale stabilità e determinata dal § 2 del can. 1101. Ci si deve cioè domandare se si tratti di una semplice applicazione dei caratteri generali dell'atto positivo di volontà escludente in circostanze speciali o se, invece, i particolari elementi che si trovano a base di questo tipo di atto lo trasformino in modo tale da formare una figura autonoma. Quest'ultima ipotesi non vorrebbe presupporre una diversità radicale (il che lo porterebbe a non essere causa di nullità) ma una distinzione dall'atto esplicito per i suoi elementi costitutivi. Tale distinzione porterebbe a impostare le soluzioni che lo riguardano in modo assai diverso da quello nel quale debbono essere impostate le soluzioni riguardanti l'atto esplicito⁶⁴.

Partendo, sempre, dal dato normativo, deve anzitutto ribadirsi che il § 2 del canone 1101 (come del resto faceva il precedente § 2 del can. 1086 del Codice del 1917) parla di atto positivo senza specificare "esplicito", e che da ciò giurisprudenza e dottrina correttamente desumono che esso debba essere positivo e, allo stesso tempo, espresso ma possa essere sia, appunto, esplicito che implicito.

Atto implicito, dunque, si è già detto e si ripete, non si contrappone ad atto "positivo" ma, logicamente ancora prima che giuridicamente, ad atto esplicito. Orbene, tale contrapposizione implica necessariamente una differenziazione e anzi una opposta configurazione cui non può non conseguire una certa indipendenza concettuale della prima figura rispetto all'altra e quindi, ovviamente, una qualche forma

⁶⁴ *Mutatis mutandis* valgano le osservazioni svolte da Orio Giacchi circa il rapporto tra *metus reverentialis* e *metus communis*: cfr. O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 243 ss.



di autonomia della stessa. Del resto, anche semanticamente, dire che una cosa è esplicita è ben altra cosa che dire che essa è implicita, e lascia intendere che trattasi di due realtà quantomeno diverse nella loro modalità di porsi.

Sembra però che l'autonomia da riconoscersi all'atto implicito di volontà rispetto all'atto esplicito debba essere intesa in un'accezione quasi impropria e atecnica: infatti, dietro tale locuzione non si nasconde il proposito di rimarcare una divaricazione totale, una difformità radicale dell'atto implicito rispetto all'atto esplicito proprio perché entrambi rientrano nella nozione generale di atto positivo di volontà. Dunque, mai potrebbe pensarsi che si tratti di due *capita nullitatis* rigorosamente separati (cosa che, comunque, non potrebbe essere non prevedendolo la norma). L'atto implicito è allora da confermarsi quale peculiare fattispecie o modalità dell'atto positivo di volontà, con un proprio ambito di autonomia concettuale e, consequenzialmente, con un proprio standard probatorio rispetto all'atto esplicito⁶⁵.

Verificato, allora, che l'atto implicito di volontà si pone come sottocategoria dell'atto positivo di volontà nell'ambito sostanziale accanto all'atto esplicito, verificato pure che l'atto implicito è peculiare fattispecie o modalità dell'atto positivo di volontà, con una propria fetta di autonomia concettuale e, consequenzialmente, con un proprio standard probatorio rispetto all'atto esplicito, resta da individuare quale efficacia giuridica abbia.

Atto implicito e atto esplicito hanno la stessa efficacia giuridica⁶⁶. Tale principio è non solo fedele alla tradizione giuridica e teologica in materia, tanto che già lo troviamo espresso dal Sanchez⁶⁷, e successivamente, tra gli altri, dal Cappello⁶⁸, ma perfettamente conforme a tutta la dottrina in materia, nonché alla giurisprudenza, che in moltissime cause di esclusione lo ribadisce con fermezza.

Anche Grocholewski sottolinea lo stesso concetto nel suo lavoro monografico precisando che l'atto positivo di volontà, esplicitamente o

⁶⁵ A. SAMMASSIMO, *Consenso, simulazione e atto implicito di volontà nel matrimonio canonico*, cit., p. 227.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ T. SÁNCHEZ, *De Sancto Matrimonii Sacramento Disputationum*, t. I, Apud Iuntas, Venetiis, 1612, lib. I, dis. IX, fol. 33.

⁶⁸ “Nihil refert utrum explicite an implicite, positive an negative exprimatur huiusmodi actus [simulationis]”; F.M. CAPPELLO S.I., *Tractatus canonico-moralis de Sacramentis*, vol. V, *De matrimonio*, Marietti, Roma, 1947, p. 531, n. 598; D. STAFFA, *De actu positivo voluntatis quo bonum essentiale matrimonii excluditur*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 1 (1949), p. 166.

implicitamente manifestato, “est semper eadem res, etsi alio modo contenta”⁶⁹.



⁶⁹ Cfr. Z. GROCHOLEWSKY, *De exclusione indissolubilitatis*, cit., p. 106.