



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto Privato e Critica Del Diritto

Dipartimento Di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA**

A.A. 2023/2024

Tesi di Laurea

**LA FATTISPECIE SIMULATORIA, TRA MATRIMONIO  
CONCORDATARIO E MATRIMONIO CIVILE**

Relatore: Chiar.mo Prof. Manlio Miele

Laureanda: Anna Bottin

Matricola: 1143221



*A te nonno...  
come ci eravamo promessi.  
Oggi sei qui con me più che mai.*



# SOMMARIO

INTRODUZIONE	5
CAPITOLO I	9
<b>PREMESSA.</b>	<b>9</b>
<b>1. IL MATRIMONIO CONCORDATARIO.</b>	<b>10</b>
1.1. Fonti.	10
1.2. Significato del termine.	12
1.3. Il matrimonio come istituzione.	14
1.4. Il matrimonio come contratto.	15
1.5. Il matrimonio come negozio giuridico.	16
1.6. Lo snaturamento e la privatizzazione del matrimonio.	18
1.7. Matrimonio in fieri e matrimonio in facto esse.	20
1.8. Le finalità del matrimonio: il bonum coniugum.	21
<b>2. IL CONSENSO DELLE PARTI.</b>	<b>22</b>
2.1. Insostituibilità del consenso.	22
2.2. Oggetto del consenso.	24
2.3. La centralità del consenso.	26
2.4. La visione personalistica del matrimonio e del suo consenso.	28
2.5. La conoscenza necessaria e sufficiente.	31
<b>3. LA CAPACITÀ CONSENSUALE.</b>	<b>33</b>
3.1. Il canone 1095.	33
3.2. Mancanza di consenso per incapacità.	35
3.2.1. L'insufficiente uso della ragione.	36
3.2.2. Difetto di discrezione di giudizio.	39

3.2.3. Impossibilità di assumere i doveri essenziali del matrimonio.	42
<b>CAPITOLO II</b>	<b>45</b>
<b>PREMESSA.</b>	<b>45</b>
<b>1. LA SIMULAZIONE: DISCORDANZA TRA MANIFESTAZIONE DEL CONSENSO E VOLONTÀ DELLE PARTI.</b>	<b>45</b>
1.1. La simulazione nel diritto canonico.	45
1.2. La presunzione del canone 1101 § 1.	49
1.3. Gli elementi essenziali del consenso simulato.	51
<b>2. LA DISCIPLINA DELLE DUE FATTISPECIE SIMULATORIE: LA SIMULAZIONE TOTALE E LA SIMULAZIONE PARZIALE.</b>	<b>57</b>
2.1. La simulazione totale.	57
2.2. La simulazione parziale.	62
2.2.1. Intentio contra bonum prolis.	64
2.2.2. Intentio contra bonum coniugum.	67
2.2.3. Intentio contra bonum fidei.	69
2.2.4. Intentio contra bonum sacramenti.	71
<b>CAPITOLO III</b>	<b>77</b>
<b>PREMESSA.</b>	<b>77</b>
<b>1. L'ERRORE.</b>	<b>77</b>
1.1. L'errore di diritto sull'identità del negozio: l'analisi del canone 1096.	77
1.2. L'errore sulle qualità del negozio: il canone 1099.	81
1.2.1. La differenza con l'istituto della simulazione.	83
1.3. L'errore sulla persona: la disciplina attuale e il Codice del 1917.	84

1.4. L'errore sulle qualità della persona.	86
<b>2. IL DOLO.</b>	<b>89</b>
2.1. Il dolo come vizio del consenso.	89
2.2. L'irrelevanza del dolo prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice di diritto canonico.	90
2.3. Il dolo nel Codice del 1983.	91
2.4. I requisiti del dolo invalidante.	92
2.5. L'azione dolosa e l'inganno subito dal deceptus.	95
2.6. Differenza tra dolo ed errore.	95
<b>3. LA VIOLENZA MORALE E IL TIMORE.</b>	<b>96</b>
3.1. La violenza morale quale vizio del consenso tra la vecchia e la nuova disciplina canonistica.	96
3.2. L'origine ab extrinseco della vis.	98
3.3. Il requisito della gravitas.	99
3.4 Il timore reverenziale.	101
<b>4. LA DISCIPLINA DELLA CONDIZIONE.</b>	<b>102</b>
4.1. Il consenso matrimoniale condizionato e le due ipotesi di condizione.	102
4.2. Condizione ed esclusione dell'indissolubilità.	105
<b>CAPITOLO IV</b>	<b>107</b>
<b>PREMESSA.</b>	<b>107</b>
<b>1. L'ISTITUTO DELLA SIMULAZIONE DEL MATRIMONIO PRIMA E DOPO LA RIFORMA.</b>	<b>107</b>
1.1. Il periodo pre-riforma.	107
1.2. La legge 19 maggio 1975 n. 151.	112
1.2.1. Privatizzazione del diritto di famiglia.	114

1.2.2. L'atto costitutivo del vincolo matrimoniale.	118
<b>2. LA DISCIPLINA DELL'ARTICOLO 123 C.C.</b>	<b>123</b>
2.1. Il comma 1.	123
2.2. Il comma 2.	124
2.3. La simulazione relativa e parziale e la riserva mentale.	126
CONCLUSIONE	127
BIBLIOGRAFIA	129
RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE	137
RINGRAZIAMENTI ISTITUZIONALI	139



## INTRODUZIONE

Il presente elaborato è volto allo studio della fattispecie simulatoria del matrimonio disciplinata dal diritto canonico, in comparazione con quella presente nel diritto civile.

Ci si chiede che rilevanza abbia, ai fini matrimoniali, la simulazione posta in essere dai due sposi.

Per rispondere a tale quesito, si ritiene di dover cominciare inquadrando l'istituto del matrimonio concordatario, il quale, oggi, come anche in passato, rappresenta uno degli aspetti più importanti della vita di ogni uomo e una delle componenti principali della struttura socio-giuridica della società.

Risulta difficile dare una definizione unica e non equivoca al termine matrimonio, in quanto tale istituto ha subito numerose influenze nel corso della storia, con la conseguenza che gli sono state attribuite classificazioni diverse. Si può dire che il matrimonio costituisca l'alleanza tra un uomo e una donna, dalla quale nasce una comunità di vita e di amore, che si fonda sulla ricerca congiunta del bene coniugale, della procreazione ed educazione dei figli e che si caratterizza attraverso atti e comportamenti consuetudinari che costituiscono una dinamica di vita stabile, identificabile come coniugale.

La disciplina di tale istituto si ricava, *in primis*, dalla Sacra Scrittura e dal *Codex iuris canonici* del 1983, promulgato da Giovanni Paolo II, e, *in secundis*, dai documenti emanati dal Concilio Vaticano II.

Ai fini della validità del matrimonio è necessario il consenso delle parti, il quale deve rispettare i requisiti dettati dall'ordinamento canonico, pena l'invalidità dell'atto stesso.

Il consenso, ossia l'effettiva e reale volontà dei soggetti di unirsi, attraverso la quale danno e accettano reciprocamente se stessi, è necessario e centrale, ed è, di conseguenza, insostituibile, ossia non può essere prestato o supplito da nessuna potestà umana.

Si ritiene necessario, quindi, affermare e chiarire che il matrimonio nasce con la legittima manifestazione del consenso da parte di ciascun coniuge, con la conseguenza che il consenso è visto come l'elemento creatore dell'istituto matrimoniale, oltre a essere ritenuto la sua causa efficiente.

Esso, inoltre, per essere ritenuto valido e produttivo di effetti deve essersi formato in modo libero e consapevole all'interno dell'animo dei nubendi e deve, anche, essere libero da qualsiasi difetto o vizio che lo possa intaccare.

È, allo stesso tempo, un atto umano, che si distingue dagli altri atti appartenenti alla persona, per la compresenza in esso dell'intelligenza e della volontà, e un atto giuridico, il quale è diretto a produrre effetti giuridici.

Affinché il consenso sia valido è necessario che i soggetti abbiano almeno un livello di conoscenza minimo con riguardo al fatto che il matrimonio è possibile solo tra due persone di sesso diverso, che non può essere stipulato solo per un periodo di tempo, essendo perpetuo, che esso è finalizzato alla procreazione fisica e, infine, che la prole è il frutto di una cooperazione sessuale.

La capacità consensuale delle parti deve essere tale da non comportare un difetto. Il canone 1095 del vigente Codice regola i casi in cui la presenza di determinati disturbi psichici comporta l'incapacità a prestare un valido consenso, che può derivare dall'insufficiente uso della ragione, dal difetto di discrezione di giudizio e dall'impossibilità di assumere i doveri essenziali del matrimonio.

In seguito, si analizza in modo specifico e dettagliato la disciplina della simulazione, la quale è causata da una discordanza tra la manifestazione del consenso prestato dalle parti e la loro volontà interna. Tale istituto è classificato come un vizio del consenso matrimoniale e comporta la nullità del matrimonio, sia nel caso in cui la discordanza sia posta in essere da una sola delle parti, sia che essa sia dipendente da un accordo simulato tra entrambi i soggetti.

L'istituto in esame è disciplinato dal canone 1101 *Codex iuris canonici*, il quale al § 2 ne detta la definizione stabilendo che essa è formata da qualsiasi dichiarazione matrimoniale comportante un positivo atto di volontà diretto a escludere il matrimonio, un suo elemento o una sua proprietà essenziale. Secondo quanto sancito dalla presunzione riportata al § 1, affinché si abbia un valido matrimonio, la manifestazione esterna e il volere interno dovrebbero corrispondere, ma nel caso in esame tale corrispondenza non è presente.

Il consenso simulato, sia esso implicito o esplicito, è un atto di volontà che deve essere vero e interno, e si ritiene di poter dire che esso sia uguale e opposto al consenso vero, essendone, quindi, il contrario.

L'intenzione simulatoria si basa sulla volontarietà delle parti e contiene una falsificazione volontaria e oggettiva del vero contenuto coniugale, la quale sostituisce la vera volontà di sposarsi.

Si deve precisare che la simulazione può essere totale o parziale, la prima si avrà allorché l'atto positivo di volontà è diretto a escludere il matrimonio stesso, mentre si avrà simulazione parziale nel caso di esclusione di uno o più degli elementi essenziali o delle proprietà essenziali del matrimonio.

L'elaborato prosegue, poi, con lo studio dei tre vizi del consenso e del consenso condizionato.

Si vuole spiegare e chiarire come l'errore, il dolo e la violenza morale possano comportare un consenso non valido ed efficace. L'errore deriva da una situazione di ignoranza o di falsa apprensione della realtà dovuta a una conoscenza sbagliata di circostanze, qualità o rapporti e può essere suddiviso in tre categorie, ossia l'errore sull'identità del negozio, l'errore di diritto sulle proprietà e sulla sacramentalità del negozio e, infine, l'errore di fatto sull'identità dell'altro coniuge.

Il dolo, che si concreta in un raggirio per ottenere il consenso, riguarda una qualità della comparsa, tale da perturbare gravemente la comunità di vita coniugale. A tal fine, quindi, devono essere presenti l'inganno e l'intenzione del soggetto che inganna il contraente per indurlo a compiere un determinato atto giuridico. Prima dell'entrata in vigore del *Codex iuris canonici* del 1983, l'atto viziato da dolo era ritenuto valido, salvo che non fosse stato stabilito diversamente da una norma apposita; viene, quindi, preso in considerazione e disciplinato a partire dal vigente Codice.

A differenza del dolo, la violenza morale è sempre stata considerata dall'ordinamento canonico come un vizio invalidante il consenso. Il timore presente nel soggetto e causato dalla violenza deve nascere da un fatto esterno dovuto all'azione di un soggetto, il quale può essere uno dei due nubendi o un soggetto terzo. Affinché la violenza morale vizi il consenso, essa, così come il timore che subisce il soggetto, deve essere grave, ossia tale da indurre il soggetto a vedere il matrimonio come l'unica alternativa possibile.

Ci si chiede, attraverso il seguente elaborato, quale sia l'effetto della presenza di questi vizi del consenso sul matrimonio.

Si prosegue chiedendosi quale sia la rilevanza di un consenso condizionato ai fini della validità del vincolo matrimoniale. Per rispondere a tale quesito si approfondisce la disciplina canonica della condizione, la quale può essere propria o impropria e che comporta conseguenze ed effetti diversi in base a quale di esse venga posta in essere.

Infine, si vuole volgere lo sguardo all'ambito civile, così da poter mettere in comparazione la disciplina civilistica della simulazione del matrimonio con quella canonistica.

Ci si chiede quali siano le differenze in tale ambito prima e dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975, la quale ha sostituito l'originario articolo 123 c.c. con una norma disciplinante la simulazione. Il matrimonio simulato, a norma di detto articolo, può essere impugnato dai coniugi stessi, entro un anno dalla celebrazione del matrimonio o nel caso in cui i due soggetti non abbiano convissuto come coniugi a seguito della celebrazione.

## CAPITOLO I

### IL CONSENSO E LA VOLONTÀ NEL MATRIMONIO CONCORDATARIO

**SOMMARIO:** 1. Il matrimonio concordatario. – 1.1. Fonti. – 1.2. Significato del termine. – 1.3. Il matrimonio come istituzione. – 1.4. Il matrimonio come contratto. – 1.5. Il matrimonio come negozio giuridico. – 1.6. Lo snaturamento e la privatizzazione del matrimonio. – 1.7. Matrimonio in fieri e matrimonio in facto esse. – 1.8. Le finalità del matrimonio: il *bonum coniugum*. – 2. Il consenso delle parti. – 2.1. Il principio di insostituibilità del consenso. – 2.2. L'oggetto del consenso. – 2.3. La centralità del consenso. – 2.4. La visione personalistica del matrimonio e del suo consenso. – 2.5. La conoscenza necessaria e sufficiente. – 3. La capacità consensuale. – 3.1. Il canone 1095. – 3.2. Mancanza di consenso per incapacità. – 3.2.1. L'insufficiente uso della ragione. – 3.2.2. Difetto di discrezione di giudizio. – 3.2.3. Impossibilità di assumere i doveri essenziali del matrimonio.

#### **Premessa.**

Nel presente capitolo ci si pone il fine di presentare l'istituto del matrimonio concordatario esaminando le sue fonti, il suo significato, la sua evoluzione storica e i suoi elementi essenziali, determinanti per la sua validità, così da inquadrare l'istituto su cui si basa l'intero elaborato.

Si proseguirà ponendo l'attenzione sul consenso matrimoniale come requisito necessario e centrale dell'atto matrimoniale. Ci si pone il fine di approfondire i diversi aspetti che lo rendono valido ed efficace tra i contraenti, soffermandosi a capire quando e perché, invece, esso è invalido.

Infine, come ultimo passaggio del presente capitolo, si esaminerà il canone 1095 del *Codex iuris canonici* promulgato nel 1983 e tutt'ora in vigore, il quale disciplina la capacità consensuale e i casi di incapacità, soffermandosi ad approfondire, separatamente, le tre fattispecie disciplinate da detta norma, così da comprenderne gli effetti e le conseguenze.

## 1. Il matrimonio concordatario.

### 1.1. Fonti.

L'istituto del matrimonio concordatario trova le sue fonti nella Sacra Scrittura<sup>1</sup>, quindi nel diritto divino rivelato ed è disciplinato dal diritto positivo con il *Codex iuris canonici* promulgato da Giovanni Paolo II nel 1983<sup>2</sup> e tutt'ora in vigore. Per una corretta comprensione della normativa del Codice è necessario tener conto dei documenti emanati dall'ultimo concilio ecumenico celebrato nella Chiesa cattolica, il Concilio Vaticano II<sup>3</sup>, che, oltre ad aver avviato una profonda opera di riflessione e di revisione di molti aspetti della vita e del modo di operare della Chiesa, ha posto le basi e indicato le linee direttive lungo le quali si è mossa la riforma legislativa voluta da Giovanni Paolo II.

La legislazione del Codice va integrata con quella emanata dalle Conferenze episcopali nazionali<sup>4</sup>, anche se esse hanno facoltà di emanare soltanto disposizioni di carattere integrativo e applicativo delle norme del Codice e solo in quelle materie che il Codice demanda espressamente alla loro legislazione.

---

<sup>1</sup> Nella Sacra Scrittura i passi che rilevano ai fini dell'istituto del matrimonio concordatario sono: nel Vecchio Testamento, i libri della Genesi (1, 27-28; 2, 18; 24, 9, 1), del Levitico (20, 10), del Deuteronomio (5, 21; 22, 22-23) e del Cantico dei cantici; nel Nuovo Testamento i quattro Vangeli (Mt. 5, 32; 19, 9; Mc. 10, 2-12; Lc. 16-18; Gv. 2, 1) e alcune lettere di San Paolo (I Cor., 6, 12-19; 7, 1-39; 11, 3-10; Ef. 5, 21-33; Col. 3, 18). Cfr. DEL GIUDICE V., *Sommario di diritto matrimoniale canonico*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 5.

<sup>2</sup> Detto Codice ha interamente sostituito il precedente Codice del 1917. È redatto in lingua latina e risulta suddiviso in sette libri, ciascuno dei quali è dedicato a un particolare settore dell'ordinamento giuridico. Il matrimonio occupa il titolo VII del Libro IV e si sviluppa in 111 canoni (dal canone 1055 al 1165), delineando una disciplina legislativa di notevole ampiezza, ben superiore a quella riservata agli altri sacramenti. Tale Codice riguarda la Chiesa latina, ossia quella parte della comunità ecclesiale più strettamente legata alla tradizione romana, diffusa in tutti i Paesi di civiltà occidentale e nella gran parte dei Paesi di nuova evangelizzazione. Esso non riguarda, invece, le Chiese orientali, ossia quelle comunità ecclesiali che discendono da quelle originariamente insediate nella parte orientale dell'Impero romano e che continuano a caratterizzarsi per una particolare autonomia. Infatti, esse conservano alcune antichissime tradizioni di carattere liturgico, organizzativo e disciplinare, denominate riti o tradizioni rituali. Si tratta, perciò, di comunità in piena comunione con l'unica Chiesa cattolica che, pertanto, appartengono a pieno titolo a essa.

<sup>3</sup> Il concilio Vaticano II è avvenuto tra il 1962 e il 1965. Al matrimonio è specificamente dedicato un capitolo (n. 47-52) della costituzione conciliare *Gaudium et spes*, riguardante più in generale la Chiesa nel mondo contemporaneo. Quest'ultima è il documento che forse più di ogni altro dà la misura del profondo rinnovamento che il Concilio ha suscitato nell'atteggiamento della Chiesa di fronte alle realtà del mondo contemporaneo.

<sup>4</sup> Le Conferenze episcopali nazionali sono quegli organismi che riuniscono tutti i vescovi di una determinata nazione. Si deve rilevare, però, che nonostante la grande varietà di culture, usanze e tradizioni in cui il Codice è destinato a trovare applicazione ben poco spazio è lasciato alla normativa emanata a livello nazionale.

Per l'interpretazione e la corretta applicazione di tutto il sistema giuridico matrimoniale è indispensabile il riferimento alla giurisprudenza del Tribunale apostolico della Rota Romana.<sup>5</sup>

Secondo il diritto canonico il matrimonio è un istituto naturale, ossia comune a tutti gli uomini di ogni luogo e tempo e ha una struttura essenziale, non mutevole. Da ciò si trae che il mutare della storia e le diversità delle culture possono incidere solo sulla concreta configurazione socio-giuridica di questo istituto, nonché sugli elementi non essenziali e di contorno, ma non può intaccare le basi naturali, costituite dalla struttura naturale del matrimonio.

Con il termine matrimonio<sup>6</sup> si deve intendere l'alleanza fra un uomo e una donna dalla quale nasce una comunità di vita e di amore, ordinata al bene dei coniugi e alla procreazione ed educazione dei figli.

Nel previgente Codice del 1917 il legislatore dell'epoca non ha dettato una definizione di matrimonio, ritenendo che il vincolo coniugale, inteso come istituto del diritto naturale, fosse noto alla coscienza dei nubendi che lo contraevano. Il legislatore si limitava a caratterizzare il matrimonio per le sue proprietà essenziali, i suoi fini e l'essenza dell'atto di consenso<sup>7</sup>.

Il canone 1012 si limitava a identificare tale vincolo come un contratto-sacramento, stabilendo che senza il sacramento non vi potesse essere un valido contratto matrimoniale<sup>8</sup>. Contratto e sacramento sono così uniti tra di loro, nel matrimonio tra battezzati, da formare una cosa sola.

Il matrimonio, in quanto sacramento, è un mezzo di grazia: quando esso viene posto in essere tra soggetti battezzati, produce, per virtù propria, gli effetti della grazia sacramentale. Affinché sussista il sacramento nel matrimonio, deve esserci una completa coincidenza tra la volontà vera e la volontà manifestata, con la conseguenza che nel caso

---

<sup>5</sup> Il Tribunale apostolico della Rota Romana è il Tribunale di ultima istanza, costituito presso la Santa Sede ed esercita la propria giurisdizione su tutta la Chiesa cattolica.

<sup>6</sup> La dottrina conciliare ha riscoperto e rivalutato gli aspetti personalistici del matrimonio, dando risalto a quell'insieme di valori riguardanti la vita personale dei due sposi, alla ricchezza e potenzialità che il matrimonio contiene per la loro crescita umana e cristiana. Il matrimonio, quindi, è concepito essenzialmente come un rapporto interpersonale, come un'unione di amore tra uomo e donna che, pur inserendosi in un disegno divino che trascende le loro persone e che arriva a interessare tutta la società umana, trova il suo fondamento e la sua prima ragion d'essere negli stessi coniugi e nell'amore che li unisce.

<sup>7</sup> Cfr. VILADRICH P.J., *Il consenso matrimoniale*, Edusc, Roma, 2019, p. 53.

<sup>8</sup> Cfr. VITALI E., BERLINGÒ S., *Il matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 6.

in cui i consensi non si incontrino, il contratto non sarebbe posto in essere e così nemmeno il sacramento<sup>9</sup>. In questo modo si deduce che il vigente Codice al canone 1057 sancisce l'insostituibilità della volontà delle parti con altra volontà umana.

La visione del Codice del 1917, che privilegiava il momento tecnico-giuridico dell'istituto matrimoniale<sup>10</sup>, è stata superata dall'insegnamento del Concilio Vaticano II, il quale, invece, si concentrava sui valori fondamentali della persona umana e accentuava il momento spirituale del vincolo coniugale<sup>11</sup>. La costituzione pastorale *Gaudium et spes* del Concilio Vaticano II parla di consenso personale irrevocabile e di alleanza dei coniugi<sup>12</sup>. Per tali ragioni, non si fa più riferimento al matrimonio come contratto, ma ci si concentra sulla sostanza della relazione tra l'uomo e la donna.

### *1.2. Significato del termine.*

Il Canone 1055<sup>13</sup> del vigente Codice, stabilendo che il patto matrimoniale tra l'uomo e la donna battezzati è elevato da Cristo Signore alla dignità di sacramento, fornisce qualcosa di simile a una definizione di matrimonio, il quale non si può ritenere abbia un solo significato non equivoco.

Il matrimonio è una realtà umana che, nel corso della storia, ha ricevuto molte influenze. Tale istituto, che dovrebbe essere un percorso di amore compiuto da una coppia, è stato anche utilizzato per abusare della donna, per dominarla o per usufruire del suo patrimonio.<sup>14</sup>

All'epoca del giusnaturalismo classico, lo si chiamò "matrimonio naturale" in quanto si credeva nell'esistenza di una natura umana obiettiva e comune, nella quale erano iscritte

---

<sup>9</sup> Cfr. VITALI E., BERLINGÒ S., *Il matrimonio canonico*, cit., p. 9-10.

<sup>10</sup> Cfr. FINOCCHIARO F., *Profili del matrimonio canonico*, in *Il nuovo codice di diritto canonico*, a cura di FERRARI S., Il Mulino, Bologna, 1983, p. 151.

<sup>11</sup> Cfr. VITALI E., BERLINGÒ S., *Il matrimonio canonico*, cit., p. 6.

<sup>12</sup> GS 48: "L'intima comunità di vita e d'amore coniugale, fondata dal Creatore e strutturata con leggi proprie, è stabilita dall'alleanza dei coniugi, vale a dire dall'irrevocabile consenso personale."

<sup>13</sup> Il canone 1055 § 1 del vigente Codice sancisce: "Il patto matrimoniale con cui l'uomo e la donna stabiliscono tra loro la comunità di tutta la vita per sua natura ordinata al bene dei coniugi e alla generazione e educazione della prole, tra i battezzati è stato elevato da Cristo Signore alla dignità di sacramento."

<sup>14</sup> Cfr. VILADRICH P.J., *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 25.



delle regole obiettive e perché si credeva che si dovesse avere rispetto di una unione intima e feconda tra uomo e donna.

Con la modernità questa credenza è venuta a mancare e si è lasciato spazio a una mutante costruzione culturale.

Il matrimonio può essere visto come l'unione di un uomo e di una donna e l'essere sposi come un modo di essere uniti, anche nell'operare. La famiglia fondata sul matrimonio è una comunità formata da due persone legate da un amore incondizionato e basata nella comunicazione intima e procreatrice<sup>15</sup>. In questa unione sta la luce per comprendere il consenso tra gli sposi che la pongono in essere: l'unione esige un suo atto di fondazione, che è il consenso (di cui al canone 1057 del vigente Codice<sup>16</sup>).

Quando si parla di matrimonio vengono in rilievo due visioni: una visione "da fuori" e una visione "verso dentro"<sup>17</sup>. Secondo la visione "da fuori" il matrimonio e la famiglia sono visti come la parte di un tutto, in cui la parte è la cellula e il tutto è l'intera società. In questa prima accezione la società è la cosa principale. Nella visione "verso dentro" ciò che nell'altra visione era una parte, si trasforma in tutto: verso il suo interno, ogni nucleo familiare è una comunità di vincoli di intimità, di affetto e di sentimenti. In questa seconda accezione, perciò, la cosa più importante viene ad essere la singola persona.

Facendo riferimento a queste due accezioni, quella che viene in rilievo quando si cerca di definire il matrimonio è la visione "verso dentro"<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Cfr. VILADRICH P.J., *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 54-55.

<sup>16</sup> Il canone 1057 § 1 del vigente Codice sancisce: "L'atto che costituisce il matrimonio è il consenso delle parti manifestato legittimamente tra persone giuridicamente abili; esso non può essere supplito da nessuna potestà umana".

<sup>17</sup> Cfr. VILADRICH P.J., *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 28.

<sup>18</sup> In quanto il matrimonio, secondo questa accezione, viene visto come una unione amorosa coniugale.

### 1.3. Il matrimonio come istituzione.

Con l'espressione "istituzione matrimoniale" che cosa si intende?<sup>19</sup>

In primo luogo, istituire un matrimonio significa trasformare la tendenza sessuale e procreatrice presente nella natura umana in un vincolo di amore e procreazione<sup>20</sup>. Si tratta di un mutamento delle tendenze e delle pulsioni in un impegno personale degli sposi.

In secondo luogo, i poteri pubblici possono emanare leggi per riconoscere la valida costituzione delle unioni tra un uomo e una donna e determinare i loro diritti e doveri.

L'istituzionalizzazione del matrimonio trova tre fonti: la prima fonte "è la struttura e la dinamica oblativa della nostra stessa natura di persone umane in quanto maschi e femmine"<sup>21</sup>; la seconda fonte è la libera volontà degli sposi che pongono in essere il matrimonio mediante il loro consenso, senza il quale nessun uomo e nessuna donna possono essere uniti in matrimonio<sup>22</sup>; infine, la terza fonte è rappresentata dalla società organizzata in cui l'"istituzione matrimoniale" viene retta e regolata dai pubblici poteri<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Si può rilevare che l'espressione canonica del matrimonio vive un'antropologia soggiacente e che questa, a sua volta, si compone di proposte di intrecci o associazioni, che devono essere assunti intenzionalmente dalla libertà e dalla retta ragione e realizzati in ogni momento storico, poiché il matrimonio non è né un mero fatto biologico, né solo un fatto culturale, bensì un'articolazione nella vita singolare e concreta di un uomo e una donna tra natura e cultura, una formalizzazione della sessualità vissuta dallo spirito umano. Questa articolazione è un processo aperto e non concluso. Sotto questa prospettiva, vi è e vi deve essere una costante azione storica di formalizzazione della sessualità o di costruzione del matrimonio che si può definire con il verbo istituzionalizzare.

<sup>20</sup> Cfr. VILADRICH P.J., *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 70.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 72. Tale prima fonte è rappresentata dall'iscrizione nella natura umana e il significato sponsale della sua sessualità e la potenza di unione complementare che esiste, nel suo stesso *esse*, tra uomo e donna. Questo è un potere naturale in senso costituzionale; uomo e donna, per essere tali, hanno questo potere dentro se stessi. Le tendenze unitive naturali sono tendenze che hanno bisogno di un'assunzione, da parte delle stesse persone, che sia personale, ossia razionale, libera, gratuita e volontaria.

<sup>22</sup> Il secondo potere viene rappresentato dalla retta ragione e dalla volontà libera di ogni uomo e di ogni donna, tale ragione e volontà sono richieste in forma primaria e indissolubile affinché con il consenso pongano in essere la loro potenza di unione coniugale. Senza quel consenso sovrano, nessun uomo e nessuna donna possono essere uniti in matrimonio, possono solo esserlo per la loro stessa volontà congiunta.

<sup>23</sup> Il matrimonio è soggetto primario o cellula fondante di questa società. Gli sposi hanno il diritto fondamentale a unirsi in matrimonio e, successivamente, a essere riconosciuti dalla società come coniugi e a essere integrati nel modello sociale in forma adeguata alla natura e alle funzioni della famiglia fondata sul matrimonio. Anche in virtù della natura sociale del matrimonio, la società ha diritto a stabilire le regole del giusto riconoscimento del matrimonio, motivo per il quale disciplina la capacità di contrarlo, segnala i requisiti per riconoscere la validità del consenso matrimoniale e la sua manifestazione, stabilisce le regole per risolvere i conflitti, prevede il complesso insieme di effetti giuridici che ha la fondazione di una famiglia, rende più semplice tramite le diverse risorse dei poteri pubblici, il fatto che nelle diverse aree sociali il matrimonio e la famiglia possano essere riconosciuti e possano compiere le loro funzioni proprie. In quanto istituzione, il matrimonio non è solo la potenza dell'intima unione amorosa insita nella nostra natura, né l'inclinazione a tale unione che deriva dalla natura maschile e femminile.

Si può dedurre, quindi, che il matrimonio, in quanto istituzione, proviene dalla corretta articolazione di queste tre fonti istituzionalizzatrici: la natura umana, il consenso e il riconoscimento sociale.

#### 1.4. Il matrimonio come contratto.

Benché i popoli antichi non considerassero il matrimonio come un contratto, ma come un'istituzione<sup>24</sup>, si deve tenere presente che, nelle opere dei giureconsulti dell'epoca imperiale, viene utilizzata l'espressione *contrahere matrimonium* per definire il matrimonio *nudo consensu*<sup>25</sup>.

Basandosi su questa denominazione, alcuni commentatori<sup>26</sup> delle leggi romane intendono il matrimonio come un contratto, assimilandolo a un contratto consensuale.

Il concetto di *contractus* è applicato all'istituto del matrimonio a partire già dalla canonistica del secolo XI, nonostante ancora oggi non si convenga su chi sia stato il primo ad adoperare questa terminologia, se papa NICCOLÒ V o INCMARO DI REIMS.

A partire dal XIII secolo, il termine *contractus*<sup>27</sup> diventa la “quasi definizione” del matrimonio<sup>28</sup>; si inizia a comprendere che la correlazione matrimonio-contratto è necessaria per sottolineare come il matrimonio si fonda, in modo essenziale e insostituibile, nello scambio del consenso degli sposi.<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> Ciò era dato dal fatto che nel matrimonio gli interessi religiosi o sociali, come anche i costumi, tendono a sovrapporsi e a nascondere la volontà degli sposi e il loro impegno personale. Presso i popoli germanici, ad esempio, il diritto esige delle cerimonie solenni per la sua valida formazione, mentre per i romani dell'età classica è sufficiente la prova dell' *affectio maritalis* fra gli sposi. Cfr. ASTOLFI R., *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Cedam, Padova, 2006.

<sup>25</sup> Cfr. *Dig.* XX, 1, 4 e XXII, 4, 4.

<sup>26</sup> Cfr. *Patri Exceptiones legum romanarum*, App. I, c. 20: “Contractus id est ex eutraque parte simul consensus tractus, sicut nuptiae et emptio”. Nello stesso senso anche il *Libellus de verbis legalibus*, c. 6.

<sup>27</sup> Il diritto canonico intende per contratto un “duorum vel plurim in idem placitum consensus” e individua quattro elementi essenziali: la capacità naturale e giuridica dei contraenti, l'oggetto, il consenso delle parti e l'obbligazione. Di questi, il più importante è sicuramente il consenso che costituisce la causa efficiente e formale del contratto stesso.

<sup>28</sup> Cfr. CASTANO J.F., *Il sacramento del matrimonio*, Tipolitografia Pioda, Roma, 1991, p. 38. Nonostante secoli di tradizione, si potrebbe dire indiscussa, dopo la promulgazione del Codice del 1917 e, soprattutto, immediatamente prima del Concilio Vaticano II, la natura contrattuale del matrimonio è una questione molto controversa, sia tra i giuristi sia tra i teologi.

<sup>29</sup> Si ritiene opportuno ricordare la differenza, pur in una stretta correlazione, tra il principio contrattualista e quello consensualistico. Se quest'ultimo è presente e ben chiaro alla dottrina canonistica antica, il concetto di matrimonio come contratto è estraneo a essa e anche a quella romanistica. È stato puntualmente dimostrato, nel secolo scorso, che quando i giustiniani presero a modello i *libri digestorum*, composti sullo

Il Cardinale Gasparri, nell'edizione del 1932 del *Tractatus*<sup>30</sup>, scrive che quando alcuni tra gli scrittori più recenti manifestano, in tema di matrimonio, contrarietà al termine contratto, come se questo screditasse il matrimonio o ne comportasse un concetto meno corretto, in realtà essi si allontanano molto dalla verità, poiché il matrimonio è un vero contratto, sebbene di ordine molto superiore, soprattutto tra i cristiani.

### 1.5. Il matrimonio come negozio giuridico.

In tempi recenti è stato sottolineato che il matrimonio concordatario può rientrare nella categoria degli atti giuridici e, più precisamente, nel negozio giuridico<sup>31</sup>.

Il negozio giuridico è uno spazio di esercizio per l'autonomia della volontà privata<sup>32</sup> e si distingue dall'atto giuridico in senso stretto, il quale si ha quando l'esercizio della volontà è il presupposto degli effetti previsti dalla legge.

---

schema dell'editto pretorio, mal interpretarono il fatto che il *iudicium rei uxoriae* seguisse gli editti relativi a una serie di contratti consensuali ed è solo per questo che il matrimonio si trovò inserito tra i contratti e il *iudicium rei uxoriae*. “Quando i civilisti medievali si affacceranno al *Corpus Iuris* resteranno colpiti da questo ordine e da questa sequenza, particolarmente evidente del *Codex*, non avranno la coscienza di essere loro a creare il collegamento e l'inquadramento, ma crederanno di cogliere la vera “essenza” del pensiero romano” e “la giurisprudenza romana mai pensò di dovere o potere ascrivere il matrimonio tra i contratti e tanto meno in ragione della vicinanza di trattazione con essi nelle opere *ad edictum* o su queste modellate”. Dunque, “tra il principio *consensus facit nuptias*, nel modo nuovo in cui venne assunto dalla Chiesa e la teoria del matrimonio contratto vi è un rapporto, ma non così necessario e immediato, come si suole affermare. Ancorché il significato attribuito dalla Chiesa al *consensus* fosse quello di una volontà iniziale che creava effetti perenni, da ciò non scaturiva direttamente la ‘teoria del matrimonio contratto’”. Cit. ORESTANO R., *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* Vittorio Scialoja, 47 (1940), p. 162 ss.

<sup>30</sup> Nell'edizione del 1932 del *Tractatus*, il CARDINALE GASPARRI scrive: “Nonnulli recentiores scriptores de matrimonio disputantes a voce contractus veluti abhorrent, quasi tale nomen aut matrimonium dedecet aut matrimonii conceptum minus rectum ingerat. Horum assertores dum ex una parte magnam ostendunt temeritatem, ex alia longe a veritate aberrant, quippe quod matrimonium est verus contractus, licet ordinis longe superioris praesertim inter christianos.”

<sup>31</sup> Cfr. MIRABELLI G., *Negozio giuridico. Diritto privato b) teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 15-16. Anche la dottrina civilistica maggioritaria riconduce il matrimonio alla categoria del negozio giuridico, proprio in quanto atto di disposizione, al contrario, della promessa di matrimonio che, invece, sarebbe un atto giuridico in senso stretto e, in quanto tale, produrrebbe solo gli effetti previsti dalla legge.

<sup>32</sup> Cfr. BIANCHI P., *Il sistema matrimoniale delle nullità*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2002, p. 233. Per quanto sia una distinzione maggiormente utilizzata dalla dottrina civilistica, anche un'autorevole dottrina canonistica ha distinto tra fatti e atti giuridici, precisando che questi ultimi sono “facta voluntaria, ab ipsis personis voluntarie posita et ut talia efficacia juridica munita, quae propria vocantur actus juridici seu negotia juridica”. Inoltre, viene presa in considerazione anche la distinzione concettuale tra atti giuridici (genere) e negozi giuridici (specie): “quod “actus juridici”, in jure canonico non secus ac in iuribus civilibus odiernis, praeprimis intelliguntur actus, qui in doctrina civilistarum proprio nomine vocantur “negotia juridica”, actus scilicet, quibus personae privatae, intra fines ordine juridico

Nell'ordinamento canonico, il matrimonio può essere qualificato come negozio giuridico in quanto viene visto come espressione della volontà dei nubendi.

Si devono tenere presente due punti di vista: da un punto di vista soggettivo, questa manifestazione della volontà matrimoniale viene ad essere la causa produttiva del vincolo matrimoniale tra un uomo e una donna e un atto di disposizione di sé; mentre da un punto di vista oggettivo, i soggetti che contraggono il matrimonio hanno uno spazio di autonomia personale che può tradursi nel perseguimento dei *finis operantis* del soggetto contraente<sup>33</sup>.

Il matrimonio, in quanto patto o accordo, può essere identificato come negozio giuridico e come espressione dell'autonomia negoziale della persona, nonostante ci si possa riferire a esso in termini di atto giuridico, inteso in senso generico, ossia come genere e non come specie differenziale rispetto a quella del negozio<sup>34</sup>.

Parlare del matrimonio come negozio giuridico significa basare sempre l'attenzione sul matrimonio *in fieri*, ossia sul momento costitutivo del matrimonio.<sup>35</sup>

---

vigenti descriptos, libere contendunt ad causandos certos juris privati effectus, ad excitanda, mutanda vel extinguenda quaedam jura privata in ordine juridico vigenti definita et legis tutela munita". Cit. MICHELS G., *Principia generalia de personis in Ecclesia: commentarius libri II Codicis Juris Canonici canones praeliminares 87-106*, Universitas Catholica, Lublin, 1995, p. 567.

<sup>33</sup> Cfr. BIANCHI P., *Il sistema matrimoniale delle nullità*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2002, p. 234.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Questa è la prospettiva, di ieri come di oggi, dalla quale osservare il vincolo coniugale per verificare la sua validità o la sua nullità. Trattare del matrimonio *in fieri*, della *pactio coniugalis* in termini giuridici non significa negare tale realtà soprannaturale, ma è un modo per orientare questo istituto alle finalità etiche e religiose che gli sono proprie. Si deve sempre ritenere che la struttura giuridica, in un ordinamento come quello canonico che è a forte orientamento ideologico, sia in linea di principio coerente con i contenuti di tale orientamento. *Ibidem*, p. 232.

### *1.6. Lo snaturamento e la privatizzazione del matrimonio.*

La nostra è un'epoca di crisi della struttura dell'idea matrimoniale: si partecipa a un processo di snaturamento e di privatizzazione del matrimonio.

“È la crisi del modello antropologico, di radice cristiana, che ha ispirato la concezione del matrimonio e il suo processo di istituzionalizzazione giuridica in occidente”<sup>36</sup>.

Lo snaturamento è un processo graduale<sup>37</sup> di cui soffre la concezione del matrimonio<sup>38</sup> nel mondo occidentale: il matrimonio smette di essere un'istituzione naturale e comincia ad essere un'istituzione storica, cioè lo si concepisce come una semplice costruzione istituzionale della legge vigente<sup>39</sup>.

Due sono state le principali cause che hanno contribuito a questo processo di snaturamento del matrimonio: da un lato, la secolarizzazione del matrimonio, intesa come quel lungo processo storico durante il quale, nella società occidentale, la Chiesa cattolica e il suo diritto perdono, con l'apparizione del matrimonio civile, la giurisdizione esclusiva sulla regolamentazione del matrimonio. Con il matrimonio civile si cominciò a pensare che non esiste un'unica unione coniugale, bensì due distinte<sup>40</sup>.

Dall'altro lato, a questo processo di snaturamento ha contribuito anche l'introduzione, in ambito canonico, a partire dal Concilio di Trento, di una forma legale pubblica per la manifestazione del consenso degli sposi come requisito di validità del matrimonio, al fine di contrastare i matrimoni clandestini.

---

<sup>36</sup> Cit. VILADRICH P.J., *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 91.

<sup>37</sup> In questo processo, il punto di partenza, l'origine, la struttura e i fini essenziali, che permettono di riconoscere l'unione tra uomo e donna come matrimonio, si intendono basati su una stessa e immutabile natura umana; mentre nel punto di arrivo, quegli stessi elementi dell'istituzione matrimoniale sono considerati una struttura legale prodotta da un modello socioeconomico e ideologico, dominante in un determinato momento storico, al servizio e perpetuazione di un modello concreto di società e di alcuni valori in se stessi relativi e caduchi.

<sup>38</sup> Il matrimonio, basato sull'espressione istituzionale canonica, smette di essere un'istituzione naturale e passa a essere un'istituzione semplicemente storica. Smette di essere un'istituzione di diritto naturale e la si concepisce come un rapporto ideologico-religioso e una mera costruzione istituzionale della legge vigente.

<sup>39</sup> Cit. VILADRICH P.J., *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 92.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 93. Con il sorgere del matrimonio civile venne meno l'idea di un'unica unione coniugale, secondo la natura umana, tra gli sposi, riconosciuta dalla Chiesa e dallo Stato, quindi dal diritto canonico e dal diritto civile; ma si cominciò a pensare che ad ognuno di questi sistemi legali corrisponde un distinto matrimonio. Alla fine di questo processo, si affermò subdolamente l'idea che il matrimonio si confonde con le norme giuridiche che lo regolano, perdono di vista il suo carattere di realtà ancorata nella natura.

Con l'introduzione della forma *ad validitatem* ci si scontrò anche con degli effetti perversi per l'unione coniugale: l'essenza del matrimonio rischia di identificarsi con l'atto di contrarre, come se l'unione coniugale procedesse dall'accordo delle volontà invece che dalla natura; inoltre, il nucleo non è più la realtà coniugale, ma diventa il sistema di diritto matrimoniale, cioè un insieme di norme matrimoniali e di effetti giuridici. In questo modo il matrimonio appare come un'istituzione legale.

La privatizzazione del matrimonio è un processo attraverso il quale le norme che definiscono l'istituzione matrimoniale e che la regolano smettono di rispondere a valori morali pubblici, imparziali e cominciano a ispirarsi a criteri e valori dello stato reale del sentimento di affetto e di felicità soggettiva di ogni coniuge, considerato singolarmente e unilateralmente.

Questo processo si è radicalizzato in modo progressivo, fino ad arrivare a uno svuotamento del matrimonio: l'indissolubilità del vincolo è venuta a mancare, sostituita dal divorzio; la fedeltà, l'unità e l'esclusività degli sposi non si considerano più come aspetti propri del matrimonio, bensì come una situazione affettiva che appartiene alla coscienza privata dell'individuo e che, quindi, non può essere esigibile giuridicamente; la disposizione alla procreazione e all'educazione della prole è diventata una scelta privata e libera e non una componente definitrice del matrimonio rispetto ad altri tipi di unioni o di convivenze; infine lo stesso principio di eterosessualità come elemento essenziale del matrimonio viene attaccato, tanto che alcuni diritti positivi riconoscono le unioni omosessuali come matrimoni.

In questo modo si arriva a equiparare il matrimonio, nella sua struttura e regole giuridiche, a qualunque coppia di fatto, pretendendo di riconoscere legalmente come matrimonio qualunque forma di sessualità.

E quindi, alla fine del processo di privatizzazione, si arriva a chiamare matrimonio un semplice rito nuziale formale, che può essere effettuato da qualsiasi coppia, per ottenere quegli effetti giuridici che l'istituto del matrimonio ha conquistato nel corso dei secoli, come: benefici fiscali, lavorativi e prestazioni sociali; diritto di successione; rispettabilità di una forma di vita riconosciuta dal diritto; regime della patria potestà e adozione.

Il rito nuziale, quindi, viene trasformato in un mezzo soggettivo per la ricerca della felicità e soddisfazione di ogni coniuge considerato individualmente, in questo modo sparisce la realtà del noi come realtà profonda che si è costituita nel matrimonio.

La perdita principale causata dalla privatizzazione è quella della stessa idea dell'essere unione coniugale, sostituita dalla dualità irriducibile della coppia-strumento che si regge fin tanto che ognuno dei suoi componenti ritenga di ottenere la sua parte di soddisfazione individuale.

### 1.7. Matrimonio *in fieri* e matrimonio *in facto esse*.

Quando si parla di essenza del matrimonio ci si riferisce alla sua ragion d'essere, cioè il fine ultimo per cui è stato preso in considerazione dal diritto e disciplinato normativamente<sup>41</sup>.

I canonisti distinguono tra matrimonio *in fieri* e matrimonio *in facto esse*: il primo viene qualificato come *contractus* ed è il patto matrimoniale visto nel suo momento costitutivo; tale patto si rende concreto nello scambio del consenso espresso secondo una determinata forma. Il matrimonio *in facto esse*, invece, viene qualificato come *societas* ed è il rapporto costituito permanente, cioè lo *status* coniugale.

La distinzione tra matrimonio *in fieri* e matrimonio *in facto esse* indica la differenza tra l'atto dal quale origina il matrimonio e la *societas* che nasce da quell'atto iniziale.

Generalmente, la trattazione giuridica dell'istituto matrimoniale tiene presente il matrimonio *in fieri*, perché l'aspetto che maggiormente interessa l'indagine giuridica è quello della validità del matrimonio. Minore attenzione è, di solito, dedicata al matrimonio che, sorto come atto, si svolge nel rapporto<sup>42</sup>.

Volendo interpretare in modo esatto il matrimonio *in fieri*, è necessario esaminare anche le norme che regolano il matrimonio *in facto esse*.

Dunque, per comprendere l'essenza del matrimonio concordatario, non bisogna guardare al solo atto, il quale si perfeziona e si esaurisce nel momento della celebrazione, ma anche al rapporto, il quale costituisce la proiezione e lo svolgimento nel tempo dell'atto<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Cfr. VITALI E., BERLINGÒ S., *Il matrimonio canonico*, cit., p. 12-13.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> Cfr. GIACCHI O., *Il consenso nel matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 351.



### 1.8. Le finalità del matrimonio: il *bonum coniugum*.

Il matrimonio canonico, perfezionandosi con lo scambio dei consensi degli sposi, ha natura contrattuale. I requisiti necessari per contrarre un matrimonio valido sono tassativi e sono: la volontà piena e libera dei nubendi, la loro capacità e la forma stabilita per la celebrazione. In presenza di detti requisiti il matrimonio è valido e produttivo di effetti giuridici, in caso contrario, se manca anche uno solo di essi, il matrimonio può essere dichiarato nullo da una sentenza del Tribunale ecclesiastico.

Il matrimonio è caratterizzato da fini propri, al raggiungimento dei quali è diretto il contratto matrimoniale. Essi devono essere intesi come *finis ipsius operis*, cioè come fini dello stesso matrimonio e non come finalità che si pongono gli stessi contraenti nel contrarre matrimonio.

I nubendi non devono escludere intenzionalmente i fini propri del matrimonio sulla base di una loro concezione matrimoniale, perché in tal modo rifiuterebbero il modello matrimoniale stabilito dalla Chiesa<sup>44</sup>.

Il canone 1013 del Codice pianobenedettino<sup>45</sup> stabiliva tre fini del matrimonio, di cui uno primario e due secondari. Il primo fine, quello primario, consisteva nella *procreatio et educatio prolis*<sup>46</sup>; mentre il secondo e il terzo erano fini secondari ed erano il *mutuum adiutorium*, cioè il sostegno morale, che non riguarda l'intera società, ma la coppia<sup>47</sup>, e il *remedium concupiscentiae*, cioè l'appagamento della concupiscenza<sup>48</sup>.

Il Codice del 1917 prevedeva, quindi, una gerarchia tra i fini del matrimonio in favore della finalità procreativa.

---

<sup>44</sup> Cfr. FUMAGALLI CARULLI O., *Il matrimonio canonico dopo il Concilio. Capacità e consenso*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 110 ss.

<sup>45</sup> Il canone 1013 del Codice canonico del 1917 sanciva: “*Primario fine del matrimonio è la procreazione ed educazione della prole; secondario il mutuo aiuto e il rimedio della concupiscenza. Unità ed indissolubilità ne sono proprietà essenziale.*”

<sup>46</sup> Il fine primario del matrimonio era quello della procreazione della prole, al quale si integra quello di educazione della prole.

<sup>47</sup> Questo secondo fine afferma la parità tra uomo e donna e la reciproca interdipendenza che il matrimonio generale tra loro.

<sup>48</sup> Nel terzo fine si afferma un'esigenza né sociale né particolare della coppia, ma individuale, data la necessità di appagare l'istinto sessuale in modo lecito.

Con il canone 1055 § 1<sup>49</sup> del vigente Codice, la gerarchia tra i fini del matrimonio è venuta meno e vengono indicati i fini in posizione di parità: il *bonum coniugum*, la *generatio et educatio prolis*.

Ci si è posti il problema di quale sia la compatibilità tra detto canone, in particolare sul fine del *bonum prolis*, e il canone 1084 § 3<sup>50</sup>, il quale sancisce che la sterilità non proibisce né dirime il matrimonio.

Ci si chiede, perciò, come sia possibile considerare valido un matrimonio contratto da un nubente sterile, nonostante uno dei due fini del matrimonio sia la procreazione. La finalità a cui ci si riferiva va intesa come un diritto-dovere reciproco tra i coniugi di giungere a una unione sessuale che sia idonea alla procreazione, ma non ha rilevanza il fatto che poi essa sia conseguita o no.

## **2. Il consenso delle parti.**

### *2.1. Insostituibilità del consenso.*

Il canone 1057 § 1<sup>51</sup> del vigente Codice afferma la centralità e la necessità del consenso delle parti come requisito per far sorgere un valido matrimonio. Con il termine ‘consenso’ si intende l’effettiva e reale volontà delle parti di unirsi in matrimonio ed esso è, quindi, “la causa genetica propriamente intesa del matrimonio”<sup>52</sup> ed è insostituibile<sup>53</sup>.

Il consenso non è solo una *conditio sine qua non*, ma anche la causa efficiente del vincolo, quindi è l’elemento che dà origine al matrimonio. Non c’è matrimonio, perciò, senza consenso coniugale.

---

<sup>49</sup> Il canone 1055 § 1 sancisce: “*Il patto matrimoniale con cui l’uomo e la donna stabiliscono tra loro la comunità di tutta la vita, per sua natura ordinata al bene dei coniugi e alla loro generazione e educazione della prole, tra i battezzati è stato elevato da Cristo Signore alla dignità di sacramento.*”

<sup>50</sup> Il canone 1084 § 3 sancisce: “*La sterilità né proibisce né dirime il matrimonio, fermo restando il disposto del canone 1098.*”

<sup>51</sup> Il canone 1057 § 1 del vigente Codice sancisce: “*l’atto che costituisce il matrimonio è il consenso delle parti manifestato legittimamente tra persone giuridicamente abili; esso non può essere supplito da nessuna potestà umana*”.

<sup>52</sup> Cit. BIANCHI P., sub can. 1057, in *Codice di diritto canonico commentato*, p. 855.

<sup>53</sup> Cfr. BONNET P.A., *Introduzione*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 10

Al § 2<sup>54</sup> del canone in esame, il codice ci dà una chiara spiegazione di cosa si intende per consenso matrimoniale canonico, sancendo che è l'atto della volontà con cui l'uomo e la donna, con patto irrevocabile, danno e accettano reciprocamente se stessi per costruire il matrimonio.<sup>55</sup>

La conclusione naturale a cui si giunge è l'ultima parte del § 1: questo consenso non può essere supplito da nessuna potestà umana<sup>56</sup>. Il consenso matrimoniale, infatti, è un elemento che deriva direttamente dalla legge naturale e che la Chiesa cattolica ha sempre protetto da qualsiasi alienazione. È una realtà di grande importanza perché il matrimonio nasce con la legittima manifestazione del consenso da parte di ciascun coniuge. I consensualisti hanno sempre sostenuto che il consenso, una volta dato, rende i coniugi veri sposi.<sup>57</sup>

Con l'espressione "nessuna potestà umana", il legislatore fa riferimento all'insostituibilità totale<sup>58</sup>, anche da parte del potere costitutivo, del consenso delle parti interessate a contrarre matrimonio. Il consenso, quindi, può essere prestato solo dai futuri coniugi<sup>59</sup>.

Dal testo del canone 86<sup>60</sup> del vigente Codice ricaviamo che la legge o l'autorità non possono dispensare dal consenso delle parti. Il legislatore ecclesiastico non può integrare o supplire il consenso matrimoniale.

---

<sup>54</sup> Il canone 1057 § 2 sancisce: "*il consenso matrimoniale è l'atto della volontà con cui l'uomo e la donna, con patto irrevocabile, danno e accettano reciprocamente se stessi per costruire il matrimonio*".

<sup>55</sup> Il diritto canonico non si accontenta della mera dichiarazione o manifestazione di volontà, ma, in coerenza con la sua natura di diritto che cerca di penetrare nell'intimo della persona, esige una volontà interiore da parte di ambedue gli sposi che effettivamente sia indirizzata a porre in essere il matrimonio.

<sup>56</sup> Ciò significa che nel diritto canonico non possono trovare posto quegli strumenti giuridici con cui gli ordinamenti civili cercano di limitare il riconoscimento di un'interna volontà diversa da quella esteriormente dichiarata, come la fissazione di termini, più o meno stretti, di decadenza che impediscono di far valere tale volontà oltre un certo periodo di tempo o in presenza di certi comportamenti ritenuti non coerenti con tale volontà; o come l'attribuzione a uno soltanto dei coniugi, con esclusione dell'altro, della legittimazione ad impugnare la dichiarazione per far riconoscere la effettiva portata dell'interno volere. Sconosciuto all'ordinamento canonico è anche il principio dell'affidamento, che negli ordinamenti civili conduce spesso a rendere esclusivo rilievo, per un'esigenza di tutela dell'altro contraente, alla dichiarazione esteriore della volontà, senza consentire alcuna ricerca sulla effettiva esistenza di essa nell'animo del contraente.

<sup>57</sup> Cfr. CASTANO J.F., *Il sacramento del matrimonio*, cit., p. 117.

<sup>58</sup> Tale principio di insostituibilità del consenso matrimoniale ha avuto costante affermazione nel magistero sia pontificio che conciliare fino a essere riaffermato in modo autoritativo e assoluto dal Concilio Vaticano II; pertanto, esso oggi può dirsi del tutto indubitabile e certo.

<sup>59</sup> Cfr. SAMMASSIMO A., *Consenso, simulazione e atto implicito di volontà nel matrimonio canonico*, Vita e Pensiero, Milano, 2022, p. 35.

<sup>60</sup> Il canone 86 del vigente Codice sancisce: "*non sono suscettibili di dispensa le leggi in quanto definiscono quelle cose, che sono essenzialmente costitutive degli istituti o degli atti giuridici.*"

Nel Codice non è presente alcun canone che disciplini la possibilità di porre in essere un matrimonio valido in cui la volontà dei contraenti manchi o sia viziata.

Nessun soggetto, nemmeno i genitori o il tutore dei nubendi minorenni, può sostituirsi ai contraenti ed esprimere per essi una volontà matrimoniale.

Non deroga a quanto appena spiegato il canone 1105<sup>61</sup> che prevede il matrimonio per procura, in quanto il procuratore riceve il mandato dal nubente, qualora quest'ultimo sia impossibilitato a presenziare alla cerimonia di persona e manifesta il consenso del nubente, cioè si limita a trasmettere una volontà altrui agendo da semplice *nuncius* di quanto è stato deciso da altri.

Per accertare se la validità si sia formata correttamente, cioè senza cause invalidanti<sup>62</sup>, si deve guardare allo stato soggettivo del nubente che ha conferito il mandato al procuratore<sup>63</sup>, come si evince dal canone 1105 § 4<sup>64</sup>.

## 2.2. Oggetto del consenso.

Il consenso matrimoniale, così come ogni atto volitivo, si specifica per il suo oggetto.

Secondo un illustre autore il consenso è attuato dalla volontà della persona che acconsente all'oggetto del contratto in tutto ciò che riguarda la sua sostanza<sup>65</sup>.

Il consenso è attuato, in qualsiasi specie di contratto, dalla volontà dell'altra persona.

La disciplina canonica individua in modo puntuale l'oggetto del consenso matrimoniale, cioè determina che cosa si deve conoscere e che cosa si deve volere<sup>66</sup>.

---

<sup>61</sup> Il canone 1105 del vigente Codice al § 1 sancisce: “*per celebrare validamente il matrimonio tramite procuratore si richiede: 1) che vi sia un mandato speciale per contrarre con una persona determinata; 2) che il procuratore sia designato dallo stesso mandante e che egli adempia di persona il suo incarico.*”

<sup>62</sup> Il consenso assume un'enorme rilevanza ai fini della nullità del matrimonio; qualunque carenza o anomalia che incida su di esso, tanto da renderlo inidoneo a svolgere la sua funzione generatrice del matrimonio, non può che comportarne la nullità indipendentemente dalla presenza di posizioni o interessi che pur meriterebbero una qualche considerazione.

<sup>63</sup> Cfr. VITALI E., BERLINGÒ S., *Il matrimonio canonico*, cit., p. 61.

<sup>64</sup> Il canone 1105 § 4 sancisce: “*Se il mandante, prima che il procuratore contragga in suo nome, revoca il mandato o cade in pazzia, il matrimonio è invalido, anche se lo ignoravano sia il procuratore sia l'altra parte contraente*”.

<sup>65</sup> Cfr. GASPARRI P., *Tractatus Canonicus de matrimonio*, 1880, vol. II, pp. 2-3.

<sup>66</sup> Cfr. FINOCCHIARO F., *Il matrimonio nel diritto canonico*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 71.

Il Codice del 1917 al canone 1081§ 2<sup>67</sup> stabiliva che l'oggetto del consenso è il diritto, perpetuo ed esclusivo, di ciascun coniuge sul corpo dell'altro coniuge ai fini di atti idonei alla procreazione.

Già il Codice pianobenedettino distingueva tra oggetto materiale del matrimonio e oggetto formale: il primo si riduceva alla reciproca consegna e accettazione del diritto sul corpo dell'altro coniuge; mentre il secondo, consistente nella ragione per la quale questo diritto si scambiava, risiedeva nella consuetudine di vita e nella *traditio et acceptatio*.

Un'autorevole dottrina del tempo sosteneva che l'elemento necessario e sufficiente ad integrare il contenuto del matrimonio fosse soltanto il reciproco dovere sessuale, cioè la *traditio et acceptatio* del diritto sul corpo. L'oggetto del diritto sul corpo era la copula carnale.

Il codice del 1983, recependo l'aggiornamento del Concilio Vaticano II, al canone 1057 § 2<sup>68</sup> amplia la definizione di consenso matrimoniale e chiarisce il superamento della precedente visione sessuale con quella personalistica o unitiva. Si ha il superamento della *traditio atque acceptatio iuris in corpus* a cui precedentemente si era riferito l'oggetto del consenso matrimoniale.

L'attuale normativa stabilisce che l'oggetto formale del consenso matrimoniale, cioè la *ratio formalis* e giuridica con cui quella volontà è espressa dai due contraenti, è il matrimonio<sup>69</sup>. L'oggetto materiale, invece, è la persona dell'altro contraente<sup>70</sup> nella sua interezza.<sup>71</sup>

---

<sup>67</sup> Il canone 1081 § 2 del Codice canonico del 1917 sanciva che il consenso è *l'actus voluntatis quo utraque pars tradit et acceptat ius in corpus, perpetuum et exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem*.

<sup>68</sup> Il canone 1057 § 2 sancisce: "*il consenso matrimoniale è l'atto della volontà con cui l'uomo e la donna, con patto irrevocabile, danno e accettano reciprocamente se stessi per costruire il matrimonio*".

<sup>69</sup> Ci si riferisce al *foedus* irrevocabile di cui al canone 1057 § 2.

<sup>70</sup> Più di qualunque altro atto o contratto, nel matrimonio assume un'importanza determinante ed insostituibile la persona dell'altro contraente. Ciascun nubendo viene a essere non solo soggetto attivo del consenso matrimoniale, ma nel contempo anche oggetto e destinatario di tale consenso. Sul piano della nullità, ne deriva che anche un'alterazione sostanziale di questo oggetto personale si ripercuote inevitabilmente sulla valida costituzione del matrimonio, come nel caso di errore sulla persona o su una qualità della medesima.

<sup>71</sup> Il matrimonio, oggetto specifico del consenso, non può essere qualunque matrimonio, ma quel determinato matrimonio che, secondo la dottrina della Chiesa, è conforme al modello originario costituito dal Creatore per tutti gli uomini. Se la volontà di uno o di ambedue gli sposi si indirizza ad un oggetto sostanzialmente diverso da questo modello, essa non è una vera volontà matrimoniale e non può, quindi, costituire la base per un valido matrimonio.

Il canone in questione non propone un elenco degli elementi specifici affinché il consenso sia valido ed efficace; questi, però, possono essere ricavati dai canoni 1055 e 1057, dalle ipotesi stabilite dal diritto matrimoniale canonico e dalle norme sui vizi che lo rendono nullo.

### 2.3. *La centralità del consenso.*

Dal canone 1081 del Codice pianobenedettino e dal canone 1057 § 1 dell'attuale Codice si ricava che il consenso, oltre ad essere la causa efficiente del matrimonio, ne è l'elemento creatore<sup>72</sup>.

PAOLO VI, in un discorso ai componenti del Tribunale della Sacra Rota Romana, spiega che “si tratta di un principio di capitale importanza in tutta la tradizione canonistica e teologica”, “proposto dalla Chiesa come uno dei capisaldi del diritto naturale dell'istituto matrimoniale, nonché del precetto evangelico”<sup>73</sup>.

Il valore del consenso nella costituzione del vincolo matrimoniale è il solo a essere qualificabile come essenziale. Data tale qualificazione, affinché ci sia un matrimonio concordatario e, affinché esso sia valido, deve esserci il consenso.

Dalla centralità del consenso discende che senza di esso non può nascere il vincolo matrimoniale<sup>74</sup>. Tale affermazione ha un duplice significato: da una parte significa che il consenso, esprimendo l'accordo della volontà dei due nubendi, è assolutamente necessario a costituire un valido matrimonio; dall'altra parte si deduce che basta il

---

<sup>72</sup> Cfr. GIACCHI O., *Il consenso matrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 23. Il carattere essenzialmente autodonativo del patto coniugale delineato dal canone 1055 (“§ 1. *Il patto matrimoniale con cui l'uomo e la donna stabiliscono tra loro la comunità di tutta la vita, per sua natura ordinata al bene dei coniugi e alla generazione e educazione della prole, tra i battezzati è stato elevato da Cristo Signore alla dignità di sacramento. § 2. Pertanto, tra i battezzati non può sussistere un valido contratto matrimoniale, che non sia per ciò stesso sacramento*”), con il quale l'uomo e la donna costituiscono, tra loro, il *consortium totius vitae*, postula che detto patto coniugale non possa che sorgere da un libero atto di volontà cosciente e consapevole con il quale i nubendi stessi si impegnano personalmente compromettendo reciprocamente e totalmente se stessi.

<sup>73</sup> Vedi PAOLO VI, *Discorso ai componenti del Tribunale della Sacra Romana Rota*, 9 febbraio 1976.

<sup>74</sup> “Il consenso è sempre essenziale nella formazione del matrimonio, per cui senza di esso non può nascere il vincolo coniugale”. Cit. ERRÁZURIZ C.J., *Il matrimonio e la famiglia quale bene giuridico ecclesiale. Introduzione al diritto matrimoniale canonico*, Edusc, Roma, 2016, p. 116.

consenso affinché si abbia il matrimonio<sup>75</sup>, facendo così diventare la volontà dei nubendi non solo la condizione necessaria per contrarre un valido matrimonio, ma anche sufficiente.

Il consenso matrimoniale risponde al principio dell'effettività in quanto la volontà che viene manifestata all'esterno dai nubendi deve essersi formata in modo libero e consapevole all'interno del loro animo.

Il consenso, per essere considerato valido ed efficace al fine di contrarre validamente il matrimonio, deve essere libero da ogni difetto o vizio che lo possa intaccare<sup>76</sup>.

Il vigente canone 1057 § 1, sostenendo la centralità e la necessità del consenso delle parti affinché possa sorgere il matrimonio, ne decreta indirettamente anche la sufficienza per costruire un matrimonio valido. Esso afferma che il consenso delle parti non solo è necessario e sufficiente a costruire un matrimonio, ma che è anche insostituibile.<sup>77</sup> Infatti, in detto canone viene puntualizzato che nessun potere umano può supplirlo.

Ad oggi il matrimonio concordatario deve essere considerato un contratto ed è soggetto ai principi riguardanti i contratti<sup>78</sup>.

Si deve precisare che quando si parla di cause di nullità del matrimonio concordatario, si sta facendo riferimento esclusivamente al *matrimonium in fieri*, cioè al matrimonio come contratto o come atto giuridico, in quanto è in questo momento della realtà coniugale che i due contraenti esprimono le proprie volontà.

Verificare le cause di nullità ha una finalità garantistica duplice: da un lato, la certezza di verificare che gli effetti per cui l'atto viene posto in essere si siano prodotti e che siano

---

<sup>75</sup> Il canone 1057 del vigente Codice prevede che il consenso sia accompagnato dalla capacità delle parti e da una determinata forma per la sua manifestazione, ma questi sono elementi imposti dall'ordinamento per ragioni generali ed esterne ai soggetti. Il consenso, invece, è richiesto, prima che dall'ordinamento, dalla stessa natura sostanziale del matrimonio e interessa prima di tutto i due nubendi e il mondo interiore nel quale si costituiscono gli elementi sostanziali del negozio prima che essi diventino elementi formali e quindi giuridici.

<sup>76</sup> Cfr. GIACCHI O., *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 23. Tutte le altre condizioni che le norme canoniche prescrivono e che sono necessarie perché si possa parlare di matrimonio, agiscono come requisiti, presupposti o formalità, affinché il consenso esista e svolga la sua efficacia costitutiva del coniugio.

<sup>77</sup> Nessuno può trasferire ad altri la potestà sul proprio corpo se non attraverso un atto della propria volontà: con tale atto diventa padrone e smette di essere padrone e rende un altro padrone; conseguentemente la potestà che uno acquista sul corpo dell'altro è a lui trasferita attraverso un atto di volontà liberamente effettuato da chi la trasferisce.

<sup>78</sup> Cfr. JEMOLO A.C., *Il matrimonio*, Utet, Milano, 1952, p. 89.

validi; dall'altro lato, la corrispondenza tra le intenzioni individuali dei due nubendi e il modello normativo di matrimonio concordatario<sup>79</sup>.

La normativa canonica prende in considerazione e disciplina ogni fattispecie di vizio del consenso che si può verificare e sancisce, per ognuna, la nullità del patto matrimoniale<sup>80</sup>. Con il Codice di diritto canonico, a differenza del Codice civile, si stabilisce che qualunque vizio del consenso comporta sempre la nullità del matrimonio e che questa non può essere sanata in alcun modo. La *ratio* di questa disciplina così stringente la si deduce dal fatto che ciò che dà vita al negozio matrimoniale è il consenso dei nubendi, il quale è insostituibile e non si può supplire o sanare in caso di assenza o insufficienza.

A prescindere dalla presenza della buona fede dei nubendi o della validità del consenso di uno dei due contraenti, se il consenso di entrambe le parti manca o è viziato, il matrimonio sarà sempre nullo.

#### *2.4. La visione personalistica del matrimonio e del suo consenso.*

Il consenso, in quanto atto umano di scelta, deriva dall'interazione tra le facoltà intellettive e le facoltà volitive del soggetto.

Dal canone 1057<sup>81</sup> del vigente Codice si evince che il consenso è una manifestazione esterna di molteplici operazioni della psiche umana. Da ciò deriva che il diritto canonico, in tale ambito, si deve confrontare continuamente soprattutto con le materie umanistiche. Il consenso, prima di perfezionarsi come atto decisorio e intenzionale, è preceduto da una serie di atti parziali dell'intelletto come valutare, giudicare, considerare<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Cfr. BIANCHI P., *Il sistema matrimoniale delle nullità*, cit., p. 231-232.

<sup>80</sup> Cfr. DOSSETTI G., *La violenza nel matrimonio canonico*, Vita e Pensiero, Milano, 1943, pp. 7-10 e 13-19.

<sup>81</sup> Il canone 1057 § 1 del vigente Codice sancisce: “L'atto che costituisce il matrimonio è il consenso delle parti manifestato legittimamente tra persone giuridicamente abili; esso non può essere supplito da nessuna potestà umana”.

Al § 2 sancisce: “Il consenso matrimoniale è l'atto della volontà con cui l'uomo e la donna, con patto irrevocabile, danno e accettano reciprocamente se stessi per costituire il matrimonio.”

<sup>82</sup> *Nihil volitum quin praecognitum*.



La giurisprudenza della Sacra Rota distingue due tipologie di atti umani: i primi<sup>83</sup> sono atti volontari della persona che si fondano sull'uso della ragione, mentre i secondi<sup>84</sup> sono atti che le persone compiono in modo istintivo.

Il consenso matrimoniale è un atto umano che si distingue dagli altri per la compresenza di intelligenza e volontà ed è, inoltre, un atto giuridico, ossia un atto volontario posto in essere dalla persona che presuppone la sua libera e cosciente risoluzione e diretto alla produzione di effetti giuridici, in astratto definiti dalla legge ma in concreto dipendenti dalla volontà del soggetto che li pone in essere nei limiti stabiliti dalla legge stessa.

È l'unico atto oggetto di responsabilità morale e giuridica, in quanto scaturisce dalla volontà e dalla conoscenza del fine.

Dopo la libera valutazione dell'intelletto, si ha un giudizio della ragione pratico, basato sulla valutazione dei pro e dei contra delle diverse possibilità che si prospettano.

San Tommaso d'Aquino studia una prospettiva che deve da noi essere tenuta in considerazione, in quanto ritiene che l'essere umano sia capace di produrre diversi giudizi pratici e che operi su due livelli. Il primo livello è quello pratico, nel quale l'intelletto offre alla volontà un comando generale a cui essa consente. Per l'esecuzione di tale giudizio serve il secondo livello, in cui l'intelletto impone un comando specifico alla volontà, al quale segue un'azione. Da ciò si deduce che il consenso matrimoniale diventa un giudizio pratico al secondo livello<sup>85</sup>.

Quando i passaggi appena descritti avvengono correttamente, il consenso si forma validamente e corrisponde a una scelta derivante dalla cooperazione tra intelletto e volontà dell'uomo.

Il matrimonio è costituito da atti, abitudini e una co-identità biografica fra gli sposi<sup>86</sup>. Queste tre dimensioni del matrimonio sono contenute nella volontarietà del consenso espresso da ciascun contraente e indicano la sua capacità a porre in essere quell'atto umano nel momento di manifestazione del segno nuziale, la capacità a creare delle abitudini coniugali e la capacità a ricoprire l'identità di sposo. Dette dimensioni sono indispensabili, poiché ognuna di esse influenza tutta la struttura costitutiva del

---

<sup>83</sup> Detti atti sono gli *actus humanus et voluntarius*.

<sup>84</sup> Detti atti sono gli *actus hominis*.

<sup>85</sup> Cfr. SAMMASSIMO A., *Consenso, simulazione e atto implicito di volontà nel matrimonio canonico*, cit., p. 52.

<sup>86</sup> Cfr. VILADRICH P.J., *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 121.

matrimonio e, quindi, tutte e tre sono dimensioni dell'unica volontà propria del consenso, sebbene ciascuna di queste dimensioni della volontà sia imprescindibile e nel caso in cui dovesse mancare anche una sola di esse, ci troveremmo di fronte alla piena insufficienza del potere efficiente del soggetto a costruire il matrimonio.

Rilevano ai nostri fini delle precisazioni riguardanti la qualificazione del matrimonio. *In primis*, il matrimonio non è un'età biologica dell'essere umano e cioè non arriva e finisce in momenti definiti della vita; né è un fatto che capita o il risultato di un potere che viene esercitato sulla persona. Nessun potere umano estraneo ai due contraenti può farli diventare realmente sposi ed è per questo che la costituzione del matrimonio non può essere causata da qualcosa che si subisce, ma deve essere posta in essere attraverso un atto di quel potere della persona di originare in sé e per sé la propria realizzazione di vita. Ecco che il matrimonio non c'è senza l'atto che lo fonda ed è valido innanzitutto se la sua esistenza è volontariamente autobiografica ed è un atto libero e reciproco dei nubendi. Da qui ne deriva il principio secondo cui il matrimonio non esiste senza l'atto che lo fonda, ovvero senza il consenso prestato in modo libero dalle parti.

*In secundis*, l'essere coniugi è una co-identità umana molto profonda, la quale deve essere voluta dagli sposi ed è esclusiva fra gli sposi e duratura per tutta la vita.

Infine, il matrimonio deve essere visto come un progetto comune di vita degli sposi, che si fonda sulla ricerca congiunta del bene coniugale, della procreazione ed educazione dei figli e che si caratterizza attraverso atti e comportamenti consuetudinari che costituiscono una dinamica di vita stabile, identificabile come coniugale.

Il consenso, essendo la manifestazione di una legittima volontà, deve essere un atto umano configurante una libera volontà espressa in modo razionale dal contraente. Tale volontarietà deve essere tale da poter assumere i futuri atti e consuetudini coniugali.

## 2.5. La conoscenza necessaria e sufficiente.

La dottrina canonistica si è resa conto del fatto che richiedendo, *ad validitatem*, la conoscenza e la volontà dell'effetto finale del matrimonio, si rischia di impedire alla maggior parte delle persone di compiere un valido atto giuridico e, per questo, ha ammesso che è sufficiente un'intenzione indiretta, contenuta nella volontà che viene dichiarata dal soggetto, di perseguire il fine disciplinato dalla legge<sup>87</sup>.

La legislazione matrimoniale canonica ritiene indispensabile che la persona acquisisca una conoscenza veritiera e minimale del matrimonio che vuole costituire.<sup>88</sup>

Il canone 1096 § 1<sup>89</sup> chiarisce il concetto di identità del negozio matrimoniale e determina il contenuto minimo della conoscenza che il soggetto deve possedere per poter prestare un valido consenso.

Detto canone sancisce che è sufficiente che i nubendi non ignorino che l'unione coniugale, che si instaura tra un uomo e una donna, è dotata di una determinata stabilità, cioè non è necessario che sappiano che è indissolubile, ma è sufficiente che siano a conoscenza che non può essere stipulata solo *ad tempus*, e che si caratterizza per l'eterosessualità.

---

<sup>87</sup> Cfr. MICHELS G., *Principia generalia de personis in Ecclesia: commentarius libri II Codicis Juris Canonici canones praeliminares 87-106*, Universitas Catholica, Lublin, 1932, p. 589. "*Intentio indirecta seu mediata implicite contenta in voluntate declarata ponendi ipsum actum iuxta communem aestimationem hominum, vel intentione finis ad quem naturaliter tendit efficacia iuridica a lege concessa.*"

<sup>88</sup> In ogni persona che si accosta al matrimonio, anche senza una chiara visione di cosa esso significhi, si è ritenuto di individuare una *intentio generalis*, ossia una propensione di fondo indirizzata a porre in essere il matrimonio così com'è stato istituito da Dio e così com'è inteso e professato dalla Chiesa. Essendo il matrimonio profondamente inserito nell'originario ordinamento della società umana, vi è verso di esso una naturale inclinazione che porta ogni uomo a coglierne in modo intuitivo e spontaneo il nucleo essenziale e caratterizzante. Anche da parte di chi non arriva a conoscerlo in modo puntuale e specifico in tutti i suoi aspetti sostanziali, vi è, comunque, un'adesione di massima al matrimonio così com'è comunemente e generalmente inteso e accettato e così come viene percepito, anche se in forma embrionale.

L'*intentio generalis*, però, non può sorgere laddove manchi anche quel minimo di conoscenza intuitiva ed embrionale della sostanza del matrimonio, allorquando la naturale inclinazione dell'uomo risulti bloccata o deviata in considerazione di particolari circostanze ambientali o personali. È per questo che il diritto canonico richiede, ai fini della validità del matrimonio, che vi sia questo minimo di conoscenza, delineando una serie di elementi che identificano e individuano il matrimonio, distinguendolo e diversificandolo da ogni altra istituzione.

<sup>89</sup> Il canone 1096 § 1 sancisce: "*perché possa esserci il consenso matrimoniale, è necessario che i contraenti almeno non ignorino che il matrimonio è la comunità permanente tra l'uomo e la donna, ordinata alla procreazione della prole mediante una qualche cooperazione sessuale*".

Con l'espressione "è necessario che i contraenti non ignorino almeno" il legislatore si riferisce alla conoscenza minima del nucleo sostanziale del matrimonio che deve essere da loro posseduta.

Nella conoscenza minima indispensabile per un valido consenso non rientra la conoscenza degli elementi essenziali del patto irrevocabile posto in essere, in quanto questa rientra tra gli elementi formali del consenso.

Se il nubente non conosce questo nucleo minimo o se versa in errore su di esso, contrae invalidamente. Si tratta del caso, ad esempio, di chi ritiene che il matrimonio che vuole contrarre non si fonda sulla parità dei coniugi.

Dal canone in esame si evince che nella struttura del consenso deve esserci l'intervento dell'intelletto, affinché ci sia un apporto del presupposto conoscitivo necessario alla volontà di contrarre matrimonio.

"Appartiene alla scienza minimale richiesta per contrarre validamente matrimonio: 1) il fatto che il matrimonio è possibile solo tra due persone di sesso diverso; 2) il fatto che il matrimonio non può essere stipulato solo per un periodo o in modo da ritirare in seguito il proprio assenso, ma che, al contrario, esso è per tutta la vita; 3) che il matrimonio in quanto istituzione è finalizzato alla procreazione fisica, che perciò ogni matrimonio comporta il diritto e il dovere a quegli atti che di per sé sono causa di procreazione; 4) che la prole è frutto di una cooperazione sessuale.<sup>90</sup>"

I contraenti, quindi, devono sapere che il matrimonio è un consorzio, permanente, fra uomo e donna, ordinato alla procreazione dei figli mediante una certa cooperazione sessuale.

Il § 2<sup>91</sup> del citato canone stabilisce una presunzione rilevante ai nostri fini, secondo la quale il nucleo minimo di conoscenza si possiede a partire dalla pubertà. Attraverso questa presunzione, il legislatore vuole confermare la natura di tale conoscenza, la quale è insita in ciascun soggetto dal momento in cui diventa capace di procreare.

---

<sup>90</sup> Cfr. SEBOTT R. – MARUCCI C., *Il nuovo diritto matrimoniale della Chiesa: commento giuridico e teologico ai cann. 1055-1165 del nuovo CIC*, Edizioni Dehoniane, Napoli, 1985, p. 134

<sup>91</sup> Il canone 1096 al § 2 sancisce: "tale ignoranza non si presume dopo la pubertà".

### 3. La capacità consensuale.

#### 3.1. Il canone 1095.

Rileva ai nostri fini un principio di buon senso e di comune esperienza secondo il quale si può dare solo ciò che si possiede.

Il consenso di ciascun contraente consiste in un atto di volontà attraverso il quale l'uomo e la donna si donano e si accettano in modo reciproco<sup>92</sup>.

La capacità consensuale che il contraente deve avere per contrarre un valido matrimonio consiste in un sufficiente possesso di sé tale da riuscire a donarsi all'altro contraente e accogliere la donazione coniugale dell'altro.

Il canone 1095<sup>93</sup> del vigente Codice si pone il fine di regolare le conseguenze dei disturbi psichici che possono colpire un contraente, i quali interferiscono con la sua capacità a prestare un valido consenso matrimoniale.

Ogni caso di persona colpita da una anomalia psichica è diverso e ha bisogno di una valutazione medica individuale, in quanto tali anomalie sono diverse nella loro natura e nel grado di influenza che hanno nei diversi soggetti.

La presenza di un'anomalia psichica in un contraente non deve essere ricondotta automaticamente alla sua incapacità consensuale.

Detto canone definisce, in primo luogo, la capacità consensuale specifica del matrimonio e, in secondo luogo, i tre modi attraverso i quali si può e si deve valutare se la presenza di una anomalia psichica comporta anche l'incapacità a prestare un valido consenso. Secondo i tre criteri dettati dal legislatore, si è in presenza di un'anomalia che comporta incapacità quando essa priva il soggetto del sufficiente uso di ragione, quando causa un grave difetto di discrezione di giudizio e quando rende il soggetto incapace di assumere i doveri essenziali del matrimonio.

---

<sup>92</sup> Cfr. VILADRICH P.J., *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 111.

<sup>93</sup> Il canone 1095 sancisce: "sono incapaci a contrarre matrimonio:

- 1) coloro che mancano di sufficiente uso di ragione;
- 2) coloro che difettano gravemente di discrezione di giudizio circa i diritti e i doveri matrimoniali essenziali da dare e accettare reciprocamente;
- 3) coloro che per cause di natura psichica, non possono assumere gli obblighi essenziali del matrimonio".

Si vuole precisare che il difetto di anche una sola di queste dimensioni comporta il difetto pieno del consenso matrimoniale e, quindi, ciascun criterio normativo dettato dal canone in esame è uno specifico *caput nullitatis* avente un'autosufficiente efficacia invalidante<sup>94</sup>. Anomalia psichica e incapacità consensuale sono due realtà indipendenti tra di loro, che non sempre coincidono ma che sono compatibili. Quando viene in rilievo una anomalia o una malattia mentale, non è essa stessa la causa di nullità del consenso prestato dal contraente, ma è una circostanza di fatto riguardante il soggetto e si deve analizzare, caso per caso, se essa privi il soggetto, al momento di contrarre matrimonio, di uno dei tre criteri in precedenza esposti.

Può accadere che una persona sia affetta da una anomalia psichica ma che, al momento di prestare il consenso matrimoniale, questa non la privi della capacità richiesta e che, quindi, la persona possa validamente contrarre il matrimonio perché capace di assumersi ugualmente i suoi doveri coniugali e abbia sufficiente uso di ragione e di discrezione di giudizio. Infatti, molti soggetti affetti da disturbi o anomalie psichiche, presenti al momento del reciproco scambio di consenso, godono di piena capacità consensuale e possono, quindi, sposarsi validamente.

Nel testo del canone in esame troviamo quattro componenti fondamentali che rilevano dal punto di vista esegetico, ma bisogna prestare attenzione a non confonderle. In primo luogo, “il consenso matrimoniale come atto armonico dell'intelletto e della volontà proporzionato al suo oggetto, che è il matrimonio, e responsabile dell'assunzione delle sue conseguenze giuridiche essenziali”<sup>95</sup>. In secondo luogo, “l'oggetto del consenso è il matrimonio stesso, ossia costituirsi in sposi, in comunità coniugale”<sup>96</sup>. In terzo luogo, i dati di fatto o fattispecie<sup>97</sup> visti come atto umano con cui i contraenti dispongono in modo reciproco di se stessi. Infine, la causa di nullità può essere qualificata come insufficiente uso di ragione, difetto di discrezione di giudizio o impossibilità di assumere i doveri essenziali del matrimonio.

---

<sup>94</sup> Cfr. VILADRICH P.J., *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 113.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>96</sup> *Ibidem.*, p. 119.

<sup>97</sup> I dati di fatti sono composti da uno svariato e diverso ordine di anomalie e disfunzioni che potrebbero manifestarsi nella psiche umana e, pertanto, capaci di incidere in diversi modi e misure sul consenso.

### 3.2. Mancanza di consenso per incapacità.

I nubendi, per prestare un valido consenso matrimoniale, devono essere capaci di intendere e di volere, altrimenti viene meno il consenso da loro manifestato.

Non è un compito agevole determinare quando si sia in presenza di una tale incapacità in quanto è una materia delicata e complessa. Spesso ci si trova in presenza di interpretazioni contrastanti della giurisprudenza, sulla base delle perizie mediche, in quanto le scienze psicologiche e psichiatriche, per prime, non hanno raggiunto un risultato definitivo e preciso in tale ambito.

Sembra pacifico ritenere che una pronuncia di nullità per incapacità a prestare il consenso debba essere sorretta da una perizia psichiatrica.

Il Codice pianobenedettino, a differenza di quello in vigore, non aveva disciplinato tale incapacità, lasciandole all'interpretazione di dottrina e giurisprudenza.

La disciplina dell'incapacità a contrarre matrimonio si trova al canone 1095 del vigente Codice<sup>98</sup>, il quale regola tre diversi casi: la mancanza di un sufficiente uso di ragione; l'esistenza di un grave difetto di discrezione di giudizio circa i diritti e i doveri matrimoniali essenziali; l'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio. Nei primi due casi si prospetta un'inadeguatezza delle facoltà razionali a porsi in relazione con il proprio oggetto; in tali casi si ha la mancata formazione di un giudizio pratico che comporta un difetto di consenso come atto psicologico. La terza ipotesi riguarda l'impossibilità di realizzare il progetto matrimoniale, anche se voluto, per cause psichiche esterne al processo di formazione del consenso.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> Il canone 1095 del vigente Codice sancisce: *“sono incapaci a contrarre matrimonio:*

- 1) *coloro che mancano di sufficiente uso di ragione;*
- 2) *coloro che difettano gravemente di discrezione di giudizio circa i diritti e i doveri matrimoniali essenziali da dare e accettare reciprocamente;*
- 3) *coloro che per cause di natura psichica, non possono assumere gli obblighi essenziali del matrimonio.”*

<sup>99</sup> Cfr. VITALI E., BERLINGÒ S., *Il matrimonio canonico*, cit., p. 66

### 3.2.1. L'insufficiente uso della ragione.

Il canone 1095 n.1 sancisce che sono incapaci a contrarre matrimonio coloro che mancano di sufficiente uso di ragione.<sup>100</sup>

Detto canone punta direttamente e strettamente sul matrimonio *in fieri*, cioè sulla capacità necessaria all'atto di contrarre.

Si nota che tale norma parla di una mancanza di sufficiente uso di ragione, ma non specifica quale sia la causa di questa mancanza. Da ciò si può trarre che la mancanza di sufficiente uso di ragione sia presente quando il nubente non ha la minima facoltà razionale da consentirgli un elementare apprezzamento del patto nuziale. L'insufficienza deve essere tale "da non consentire al soggetto un adeguato uso delle facoltà intellettive e volitive" riguardo al matrimonio<sup>101</sup>.

La capacità consensuale, in questo primo caso, consiste nel possesso da parte del soggetto contraente della sufficiente volontà libera e razionale volta a far sì che l'atto di contrarre sia un atto umano. Per atto umano la tradizione canonica intende l'atto proprio dell'uomo, in quanto essere dotato di libero arbitrio razionale<sup>102</sup>. Di tale atto l'unico ad esserne padrone è il suo autore, attraverso la sua volontà e la sua ragione.

La padronanza volontaria e razionale dell'atto che si pone in essere è l'elemento essenziale dell'atto umano. Attraverso l'utilizzo del proprio intelletto razionale, il soggetto conosce il suo segno nuziale; mentre la libera volontà è il mezzo con il quale il contraente, al momento di realizzarlo, lo vuole come suo segno nuziale.

Ai nostri fini si può porre l'attenzione su una definizione di atto umano volontario molto chiara, secondo la quale "è quell'atto che procede dal principio intrinseco del soggetto, che questi origina in sé e per sé, ossia, per mezzo della sua libera volontà con una conoscenza sufficientemente reale del fine che persegue."<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> Con questa formula assai generica e indeterminata, che conferma la difficoltà di definizione propria di questa materia, si sono voluti designare i casi più gravi di alterazione delle facoltà psichiche, che rendono il soggetto incapace di intendere e di volere, ossia non in grado di autodeterminarsi in modo cosciente e libero nei confronti della normale attività richiesta dalla vita di relazione. Non occorre che tale incapacità sia assoluta e totale, ma soltanto insufficiente, cioè tale da non consentire al soggetto un adeguato uso delle facoltà intellettive e volitive.

<sup>101</sup> Cfr. MONETA P., *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Ecig, Genova, 1991, p. 105.

<sup>102</sup> Cfr. VILADRICH P.J., *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 127.

<sup>103</sup> *Ibidem*.



La maturità canonica, intesa come punto minimo di partenza per la validità del matrimonio, non va confusa con la maturità psichica, la quale consiste nel punto di arrivo dello sviluppo umano. Basandosi su tale distinzione, si deduce che l'incapacità a prestare un valido consenso non può essere generata da ogni psicopatologia.

Ai fini dell'incapacità a prestare un valido consenso per insufficiente uso della ragione, il soggetto può essere afflitto da tre patologie : da psicosi, cioè da schizofrenia, da affezioni maniaco-depressive, da scompensi psichici che derivino da un trauma con irreversibile danno celebrale; da turbamenti della psiche non irreversibili, ma tali da escludere la capacità di contrarre matrimonio all'atto della celebrazione; da concitazioni o ansietà momentanee tali da influire sul soggetto come cause di forza maggiore.<sup>104</sup>

Qualora al momento delle nozze, il soggetto abbia una sufficiente capacità di intendere e di volere, pur avendo un'anomalia psichica, rileva il principio secondo cui, in caso di dubbio, predomina la validità del matrimonio.<sup>105</sup>

Nel caso in cui, invece, l'infermità del soggetto non sia solo susseguente al matrimonio ma anche antecedente, predomina la nullità del coniugio, anche se il soggetto ha emesso il consenso in un momento di apparente lucidità mentale.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> Oltre che per malattia psichica, la mancanza di sufficiente uso di ragione può derivare da alterazioni delle facoltà mentali di carattere contingente e transitorio, presenti nel soggetto al momento della prestazione del consenso matrimoniale. Anche in quest'ultimo caso, pur in presenza di una precedente intenzione di celebrare il matrimonio, il consenso matrimoniale non si forma in quelle condizioni di lucidità mentale e di libertà volitiva che sole possono renderlo idoneo a far assumere al soggetto lo stato coniugale. In questi casi, naturalmente, non basta che il soggetto risulti essere stato altre volte affetto da episodi di alterazioni psichiche, ma occorre dimostrare che tale alterazione si è verificata proprio nel momento della celebrazione nuziale e ciò con argomenti molto concludenti, perché in mancanza di una malattia psichica abituale non può che valere una presunzione di sanità e quindi di normale capacità al matrimonio.

<sup>105</sup> Molto spesso i disturbi mentali si manifestano solo dopo le nozze, nel corso della vita matrimoniale. In questi casi vi è la tendenza, tra gli psichiatri, a individuare una prima fase latente della malattia che ha radici più lontane e che va fatta risalire a molto tempo prima che essa si manifesti in modo evidente e conclamato. La giurisprudenza, però, è molto prudente a questo proposito e piuttosto restia ad ammettere una retrodatazione della malattia, se non possono essere dimostrati i sintomi di anormalità mentale già prima del matrimonio. Se, infatti, può anche presumersi, dal punto di vista clinico, un periodo latente di malattia, non può ugualmente presumersi, dal punto di vista strettamente giuridico, che in tale periodo la malattia abbia avuto forza invalidante, ossia che abbia effettivamente inciso in modo determinante sulla capacità mentale del soggetto.

<sup>106</sup> Cfr. VITALI E., BERLINGÒ S., *Il matrimonio canonico*, cit., p. 68. La valutazione dello stato di incapacità va riferita al periodo di tempo in cui è stato celebrato il matrimonio. È principio acquisito in giurisprudenza che provata l'infermità mentale antecedente e susseguente al matrimonio, si deve presumere che essa fosse anche concomitante ad esso. È vero che anche in gravi malattie mentali, quali la schizofrenia, possono verificarsi dei periodi di remissioni, cd. lucidi intervalli, durante i quali il soggetto sembra riacquisire normali facoltà mentali; ma va tenuto presente che per lo più tali remissioni sono incomplete, nel senso che vengono meno le manifestazioni più eclatanti e allarmanti della malattia, ma continuano pur sempre a restare dei segni demenziali che non sfuggono a un osservatore competente. In ogni caso, anche quando il malato è soggetto a periodi alterni, va comunque ritenuto incapace agli atti più gravi della vita, ad assumere

Il punto nodale del canone preso in considerazione è il potere del soggetto di attribuire o no la volontarietà reale al consenso concreto. Da ciò si deduce lo stretto rapporto di tale norma con il canone 1057 § 2 e non con il canone 1096.

Quello che rileva è il consenso, visto come atto di volontà; l'intelletto razionale, ai nostri fini, rileva solo in quanto impossibilitato a svolgere il suo compito a causa di un disturbo psichico. L'impossibilità dell'intelletto razionale, a cui consegue l'incapacità di dare alla volontà una sufficiente conoscenza del suo oggetto, origina da una anomalia di natura psichica e non da ignoranza o errore.

“L'espressione “uso di ragione” comprende in modo completo la sequenza motiva, deliberativa, decisionale ed esecutiva, con il necessario consenso armonico dell'intelletto pratico e della volontà, che richiede la necessità di qualificare come atto umano l'atto di manifestare il consenso *de praesenti*, richiesto dal canone 1104 per riconoscere validità al matrimonio.<sup>107</sup>”

Che cosa significa sufficiente in relazione all'uso della ragione? Il termine sufficiente implica, innanzitutto, una carenza completa di uso di ragione: sicuramente sono incapaci i soggetti che non godono di alcun uso di ragione al momento e durante il tempo in cui contraggono matrimonio.

Il legislatore con detto termine ha indicato tre regole: *in primis*, che il contraente può avere un certo uso di ragione, ma che questo non possa essere ancora ritenuto sufficiente affinché il soggetto sia riconosciuto capace di contrarre un matrimonio valido.

*In secundis*, che il soggetto può avere un sufficiente uso di ragione tale da essere in grado di prestare un valido consenso, anche avendo un deficit nell'uso di ragione. Una tale situazione si può avere nel caso di un contraente che, pur avendo abusato di alcool, capisce chiaramente di trovarsi al suo matrimonio e possiede la volontà di prestare il consenso che manifesta. Da questa seconda regola, si può trarre che il canone in esame non richiede un uso di ragione che sia pieno e totale, ma anche in presenza di un certo livello di insufficienza è presente la capacità consensuale.

Infine, si deve trattare di un atto umano volto alla realizzazione del segno nuziale in quanto prestazione del consenso. Quello che, secondo il legislatore, deve essere un atto

---

quelle obbligazioni che si adempiono in successione di tempo, e, soprattutto, a vincolarsi con contratti di carattere perpetuo.

<sup>107</sup> Cit. VILADRIK P.J., *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 130.

umano è l'atto di contrarre, in quanto atto di manifestazione del consenso o segno nuziale<sup>108</sup>.

Se il legislatore avesse menzionato qualche disturbo o anomalia psichica nel testo del canone in esame, avrebbe vincolato l'origine dell'insufficienza di uso di ragione a un disturbo psichico o all'infermità di mente. Così facendo, invece, si può ricomprendere un ventaglio di presupposti di fatto molto vasto, come il ritardo mentale profondo, i disturbi mentali, di comportamento o di personalità, fino ad arrivare alla semplice intossicazione etilica acuta.

### 3.2.2. Difetto di discrezione di giudizio.

Nel n. 2 del canone 1095, il legislatore utilizza l'espressione "la discrezione del giudizio"<sup>109</sup>, la quale proviene da una lunga tradizione canonistica riguardo la capacità, ma le attribuisce aspetti importanti e nuovi rispetto al vecchio significato che le era stato attribuito, il quale era più generico e meno preciso.

Un tempo la discrezione del giudizio contemplava tutte le dimensioni di libera volontarietà razionale del consenso, mentre ora ne contempla solamente una più specifica. Detta norma si addentra nel cuore del consenso interno di ciascun contraente<sup>110</sup> e dà per certo che costui sia capace di intendere e di volere il segno nuziale, focalizzando l'oggetto dell'atto interno di volontà nel donarsi e accettarsi dell'uomo alla donna e viceversa. Tale

---

<sup>108</sup> *Ibidem*.

<sup>109</sup> A questa previsione vanno ricondotte anomalie psichiche o caratteriali che non sono considerate vere e proprie affezioni psicotiche e che non incidono in modo seriamente apprezzabile sulla più generale capacità di intendere e di volere del soggetto. Si tratta di persone che non presentano carenze particolarmente vistose nella normale attività di relazione, che risultano spesso normalmente inserite nella vita sociale e professionale, ma che non posseggono un grado sufficiente di consapevolezza e libertà di fronte agli obblighi fondamentali del matrimonio. Vengono, a questo proposito, in considerazione casi di personalità psicopatiche, nevrosi, psicastenia, isteria, immaturità psichica o affettiva, o anche situazioni contingenti che possono produrre nel soggetto stati di intima conflittualità, di grave indecisione, di estrema ansietà, che mal si conciliano con la responsabile consapevolezza, con l'equilibrio delle facoltà psichiche necessario per esprimere un consenso matrimoniale veramente idoneo a dar vita a un impegno destinato a durare tutta la vita e a coinvolgere tanto profondamente l'esistenza individuale.

<sup>110</sup> Cfr. VILADRICH P.J., *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 134.

dimensione ha l'obiettivo di fondare un vincolo coniugale concreto tra un uomo e una donna.<sup>111</sup>

Possiamo dedurre che si tratti del possesso della minima comprensione del vero significato della propria mascolinità o femminilità come dimensioni di sé che sono suscettibili di essere poste in dono e di accettazione reciproca.

“La discrezione di giudizio sarebbe il possesso da parte del contraente di quella dose di potere su di sé per trasformare la retta *inclinatio naturalis* tra i sessi in obbligo di giustizia.<sup>112</sup>”

Per riuscire a comprendere a pieno la discrezione di giudizio si deve prima spiegare la differenza tra *usus rationis* e *discretio iudicii*. Riguardo tale distinzione in dottrina si contrappongono due tesi: secondo la prima, più antica, l'*usus rationis* consiste in una condizione necessaria per il compimento di ogni atto. Se essa mancasse, non ci sarebbe alcun atto umano perché il soggetto si troverebbe in una situazione di demenza e, quindi, si prospetterebbe il caso analizzato in precedenza, e cioè l'insufficiente uso di ragione. La mancanza di *discretio iudicii* si avrebbe in un soggetto dotato di *usus rationis*, ma afflitto da un'anomalia psichica meno grave o almeno tale da non permettergli di comprendere solo i diritti e gli obblighi derivanti dal matrimonio<sup>113</sup>.

Secondo altra opinione dottrinale<sup>114</sup>, condivisa dalla giurisprudenza, la *discretio iudicii* è un concetto relativo, collegato alla *substantia matrimonii*<sup>115</sup>. Con l'*usus rationis* il soggetto percepisce il matrimonio in astratto, mentre la *discretio iudicii* viene vista come la capacità del soggetto di formulare un giudizio pratico sui doveri matrimoniali.

Si può concludere che il canone 1095 n. 1 si riferisce a una situazione di incapacità del soggetto a comprendere in astratto le linee essenziali del matrimonio; mentre il canone

---

<sup>111</sup> La giurisprudenza è solita fare riferimento al concetto di *facultas critica*, intesa quale facoltà di giudizio e di raziocinio, di affermazione o di negazione su di un fatto determinato, di deduzione logica da un giudizio ad un altro. Non basta, quindi, che il contraente abbia una conoscenza astratta o teorica degli obblighi essenziali del matrimonio, ma occorre che egli sia in grado di valutarli concretamente, di proiettare la propria mente nel futuro in modo da rendersi effettivamente conto del contenuto sostanziale di quella particolare relazione interpersonale che viene a instaurarsi tra i due coniugi.

<sup>112</sup> TOMÁS SÁNCHEZ.

<sup>113</sup> In questo caso “si parla di *dementia*, cioè di una situazione in cui la psiche è colpita in parte o l'insania lede soltanto determinate attività (*insania circa unum*)”. Cit. VITALI E., BERLINGÒ S., *Il matrimonio canonico*, cit., p. 69.

<sup>114</sup> Cfr. ABATE A., *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Paideia, Brescia, 1984, p. 42.

<sup>115</sup> Quando si parla di *substantia matrimonii* ci si riferisce ai diritti e agli obblighi essenziali derivanti dal matrimonio.

1095 n. 2 si occupa dell'incapacità del contraente che, pur avendo la capacità di conoscere astrattamente i diritti e doveri nascenti dal matrimonio che sta ponendo in essere, presenta delle insufficienze in ordine al momento intellettuale e al momento volitivo. Con riguardo al primo, il soggetto è incapace di valutare in modo concreto e pratico i diritti e i doveri che nascono dal matrimonio che sta ponendo in essere in relazione alla propria futura unione; mentre con riguardo al secondo momento, il soggetto non è in grado di decidere. La discrezione di giudizio può essere definita come “quella misura della maturità nel possesso libero e razionale di sé e dei propri atti proporzionata affinché l'uomo, come tale, possa darsi alla donna e accettarla in quanto tale, e perché la donna, come tale, possa darsi all'uomo e accettarlo in quanto tale, costituendo tra di loro un'unione alla quale hanno diritto e alla quale si devono reciprocamente in un mutuo rapporto di giustizia.”<sup>116</sup> Se il soggetto non possiede questo grado di sé e dei propri comportamenti in quanto uomo o in quanto donna, non può dare diritti coniugali su di sé, né riceverli dall'altro, in una forma efficiente e valida.

Nessun soggetto nasce con questo grado di maturità, in quanto tutti acquisiscono una maggiore capacità di intendere e di volere in modo progressivo e, inoltre, il possesso della propria condizione sessuale, ai fini del dono e dell'accettazione coniugale, è l'esito di un processo di crescita che si presume essere sufficiente dopo la pubertà.

La discrezione di giudizio, quindi, costituisce uno stato abituale o a base biografica che il soggetto ha acquisito e possiede nella sua vita.

La dottrina canonistica ha utilizzato tale espressione per accomunare e sviluppare tre idee contenute nella tesi di San Tommaso d'Aquino<sup>117</sup>. *In primis*, la discrezione di giudizio indica una specifica misura della maturità con riguardo alla coniugalità, che risulta dalla adeguata proporzionalità tra le obbligazioni coniugali e la capacità di capirle e di volerle da parte del soggetto<sup>118</sup>. *In secundis*, il termine “giudizio” si riferisce al momento culminante del processo di libera autodeterminazione razionale dell'essere umano, ossia

---

<sup>116</sup> Cfr. VILADRICH P.J., *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 135

<sup>117</sup> Secondo SAN TOMMASO D'AQUINO, per potersi obbligare validamente a comportamenti futuri o per tutta la vita, il soggetto deve godere di una capacità superiore all'uso di ragione richiesto per la volontarietà dell'atto morale che il soggetto realizza in un momento specifico del presente.

<sup>118</sup> Il soggetto che ha acquisito e possiede questo grado di maturità ha la discrezione. Tale discrezione ha come oggetto proporzionato il matrimonio nel momento fondazionale.

Si deve ricordare che validità equivale a esistenza minima vera e propria della struttura essenziale del matrimonio nel suo momento iniziale. Tale maturità matrimoniale la si acquisisce solo una volta sposato e svolgendo il ruolo di sposo, acquistato nel momento fondazionale del matrimonio.

il momento in cui la ragione pratica propone le opzioni e la volontà sceglie l'opzione contenuta nel suo volere. Perciò, tale termine implica il potere dell'intelletto di conoscere, deliberare e proporre il matrimonio come opzione e, inoltre, comprende la capacità del soggetto di scegliere tale matrimonio e di costituirlo qui e ora come azione propria.

Infine, il possesso della discrezione di giudizio è uno stato di autodominio del soggetto dotato di una certa stabilità, con la conseguenza che tale stato non si può acquisire in un solo giorno, ma serve un processo di formazione più lungo, e, allo stesso tempo, non si può perderlo il giorno seguente.

### *3.2.3. Impossibilità di assumere i doveri essenziali del matrimonio.*

I diritti e i doveri coniugali essenziali sono correlativi, cioè a ciascun diritto coniugale corrisponde uno specifico dovere non meno essenziale. Tali diritti e doveri sono: il diritto-dovere agli atti coniugali; il diritto-dovere di non ostacolare la procreazione della prole; il diritto-dovere di instaurare, conservare e ordinare l'intima comunità coniugale ai suoi fini oggettivi; il diritto-dovere di fedeltà; il diritto-dovere di mutuo aiuto in ordine agli atti e ai comportamenti in sé idonei e necessari al conseguimento dei fini essenziali del matrimonio; il diritto-dovere di accogliere e crescere i figli nell'ambito della comunità coniugale e il diritto-dovere di educarli.

Questi diritti-doveri sono paritariamente reciproci nella loro titolarità; il loro esercizio è congiunto, e sono permanenti, esclusivi e irrinunciabili. Queste caratteristiche dei diritti-doveri fanno parte del contenuto della capacità consensuale ad assumerli.

Il canone 1095 n. 3 si concentra sulla dinamica di sviluppo del vincolo coniugale, ordinato al raggiungimento dei fini del matrimonio.<sup>119</sup> Il futuro coniugale è l'oggetto specifico della capacità consensuale disciplinata in detto canone.

---

<sup>119</sup> La particolare incapacità in esame è emersa soprattutto nella trattazione di alcune ipotesi di ninfomania, una disfunzione che provoca nella donna una continua insoddisfazione sessuale, spingendola alla continua ricerca di nuove esperienze e non consentendole di osservare l'obbligo della fedeltà coniugale. Dopo alcune incertezze sull'inquadramento giuridico di tale anomalia, la giurisprudenza ha ritenuto di poter delimitare un capo di nullità in larga misura autonomo, consistente nella incapacità del soggetto ad assumere le obbligazioni fondamentali del matrimonio.

La concezione del matrimonio come comunità di vita tra i coniugi ha condotto ad applicare questa figura di incapacità anche alle ipotesi di omosessualità, che, prima di allora, non aveva trovato una soddisfacente collocazione nel quadro dei tradizionali capi di nullità. A ben vedere, la persona omosessuale non è in

La capacità di assumere i doveri essenziali derivanti dal matrimonio ha un'accezione positiva e una negativa. Nella sua accezione positiva, tale capacità prende in considerazione il sufficiente possesso del soggetto che gli conferisce il potere di responsabilizzarsi e che gli permette di porre in essere i comportamenti e gli atti del futuro. In quella negativa, invece, è incapace il soggetto che non possiede il sufficiente dominio di sé e dei suoi atti ritenuti necessari per potersi impegnare nel vincolo matrimoniale.<sup>120</sup> “Impegnarsi a questa ordinazione essenziale a titolo di debito è assumere qui e ora l'obbligo giuridico di realizzare quei comportamenti futuri che sono idonei e necessari per l'essenziale ordinazione del matrimonio al possibile ottenimento dei suoi fini oggettivi”<sup>121</sup>.

Il testo giuridico del canone in esame utilizza il verbo assumere, il significato specifico del quale fa riferimento all'aspetto della volontarietà del consenso consistente nell'accettare qui e ora la possibilità dei futuri atti, condotta e comportamenti che comporterà la vita coniugale.

L'intelletto pratico del soggetto che vuole contrarre il matrimonio deve avere un grado minimo sufficiente di percezione razionale di ciò che è il matrimonio. La capacità di assumere, inoltre, richiede al contraente quel grado di dominio di sé e dei suoi comportamenti coniugali essenziali necessari a prendere l'impegno di realizzarli in un dovere giuridico, ossia in qualcosa che è dovuto all'altro coniuge in quanto suo.

Assumere non significa che il contraente garantisce l'esito, ma che si impegna qui e ora con l'intenzione sincera di porre in essere gli atti e comportamenti vitali e di farlo come dovere coniugale.

---

grado di assumere l'obbligazione essenziale alla comunione di vita, alla cui costituzione concorrono non solo la comunione dei corpi, ma anche la comunione di animi, in virtù della quale si costituisce quella integrazione interpersonale, quell'intima unione che scaturisce dalla vicendevole donazione delle due persone. Si deve chiarire che non basta, per integrare un'incapacità al matrimonio, che l'uomo prima delle nozze e durante la convivenza coniugale abbia tenuto occasionalmente comportamenti omosessuali; ma si richiede che le tendenze omosessuali siano state a tal punto radicate nella persona, da comprometterla interamente e da renderla incapace di costituire una comunità di tutta la vita, orientata per sua stessa natura al bene dei coniugi e alla generazione ed educazione della prole.

<sup>120</sup> È stata la giurisprudenza della Rota Romana a delineare, nell'ambito della più generale incapacità al consenso matrimoniale, questa figura di difetto di consenso che presenta alcuni aspetti del tutto peculiari, tanto da apparire, almeno in certi casi, come un capo di nullità autonomo rispetto a quelli tradizionalmente individuati in questo campo.

<sup>121</sup> Cit. VILADRICH P.J., *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 143.

Il canone utilizza, inoltre, il termine “impossibilità” con riferimento all’assunzione di doveri essenziali del matrimonio. Si devono ricordare due principi cardine secondo cui “*nemo obligare se potest ad id quod non est in sua potestate*” e “*nemo ad impossibilia tenetur*”. L’impossibilità a cui si riferisce la norma è un’impossibilità di natura morale e fa riferimento a “quell’obbligarsi qui ed ora che va oltre il potere di governo attuale che il soggetto ha sulla proiezione obbligatoria di sé stesso e sui suoi atti nel futuro”<sup>122</sup>.

Detta impossibilità si configura come il difetto di sufficiente possesso che il soggetto ha su di sé, in conseguenza del quale non può impegnarsi all’obbligo di ordinare la propria vita nel modo consono alla condizione essenziale di sposo.

L’impossibilità, per definizione, non può essere sopravvenuta, ma deve essere una situazione anomala antecedente o concomitante al momento di contrarre il matrimonio.

I criteri di riferimento per misurare l’impossibilità di assumere non deve mai essere la personalità psicologica dell’altro coniuge, ma sono i contenuti dei doveri matrimoniali essenziali.

Infine, prima di concludere, ci si deve chiedere quale sia la causa che può provocare detta impossibilità di assumere. Questa causa deve essere di natura psichica, la quale non può essere lieve, ma deve avere una forza tale da non consentire a un soggetto di assumere i doveri matrimoniali essenziali.

---

<sup>122</sup> Cit. VILADRICH P.J., *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 146



## CAPITOLO II DISCIPLINA CANONICA DELLA SIMULAZIONE

**SOMMARIO:** 1. La simulazione: discordanza tra manifestazione del consenso e volontà delle parti. – 1.1. La simulazione nel diritto canonico. – 1.2. La presunzione del canone 1101 § 1. – 1.3. Gli elementi essenziali del consenso simulato. – 2. La disciplina delle due fattispecie simulatorie: la simulazione totale e la simulazione parziale. – 2.1. La simulazione totale. – 2.2. La simulazione parziale. – 2.2.1. *Intentio contra bonum prolis*. – 2.2.2. *Intentio contra bonum coniugum*. – 2.2.3. *Intentio contra bonum fidei*. – 2.2.4. *Intentio contra bonum sacramenti*.

### **Premessa.**

Il presente capitolo si pone il fine di esaminare la fattispecie simulatoria nel matrimonio concordatario, partendo dalla sua definizione per proseguire, poi, con l'analisi delle sue caratteristiche.

Si comincia, perciò, analizzando la disciplina della simulazione del diritto canonico, il canone 1101 e gli elementi essenziali affinché il consenso appaia come simulato e si procede volgendo lo sguardo alle due fattispecie simulatorie, la simulazione totale e la simulazione parziale, soffermandosi separatamente su entrambe.

### **1. La simulazione: discordanza tra manifestazione del consenso e volontà delle parti.**

#### *1.1. La simulazione nel diritto canonico.*

La simulazione quale vizio del consenso matrimoniale, come oggi viene intesa e disciplinata, è stata introdotta nel diritto canonico dal CARDINALE GASPARRI<sup>123</sup>, secondo il quale la simulazione di un accordo matrimoniale si verifica quando il contraente esprime all'esterno parole che comportano un accordo in modo serio e corretto, ma

---

<sup>123</sup> “*Fictio seu simulatio consensus matrimonialis tunc verificatur, quando contrahens externe quidem verba consensum exprimentia serio et rite profert, sed interne illum non habet*”. Cit. CARDINALE GASPARRI, *Tractatus de matrimonio*, 1891.

internamente non le pensa, non le ha. Un altro illustre autore<sup>124</sup> sottolinea come, al giorno d'oggi, la dottrina canonistica ritenga, quasi in modo unanime, che la paternità dell'istituto della simulazione e dell'espressione "*positivus actus voluntatis excludentis*" sia da attribuire al GASPARRI, che ha inteso e tratteggiato il consenso come atto giuridico, nel quale la volontà soggettiva e unilaterale dei nubendi è la volontà soggettiva e unilaterale.

In tale interpretazione, la simulazione<sup>125</sup> viene intesa come una divergenza tra la dichiarazione esterna e la volontà interna<sup>126</sup> del contraente e, perciò, si risolve in un vizio del consenso, il quale determina la nullità del matrimonio. La canonistica medievale ricopriva una posizione ben diversa; infatti, distingueva tra *intentio sola retenta* e condizione opposta al contratto, non contemplando in modo specifico l'ipotesi della simulazione unilaterale, se non solamente come conseguenza di una qualche forma di violenza o di inganno.<sup>127</sup>

Secondo l'autorevole dottrina gasparriana, la simulazione può assumere tre forme: la prima<sup>128</sup> è la simulazione *in strinctissimo sensu et totalis*, la quale rende nullo il matrimonio. La seconda<sup>129</sup> e la terza<sup>130</sup> forma, invece, sono ipotesi di simulazione *in sensu minus proprio ac partialis*.

---

<sup>124</sup> Cfr. BERTOLINI G., *La simulazione del "bonum coniugum" alla luce della giurisprudenza rotale*, Cedam, Padova, 2012, p. 244.

<sup>125</sup> La dottrina canonistica del XIX secolo parla indifferentemente di simulazione o finzione, facendo comunque riferimento al significato tradizionale e comune dei termini.

<sup>126</sup> Tale definizione viene ripresa sin dalle prime sentenze della Rota Restituta. In una coram LEGA del 30 agosto 1911 si legge che la "*ratio agendi simulationis nomen meretur, quia alios fallit dum externus actus ponitur quin internus sufficiens consensus interveniat*". Cfr. coram LEGA, diei 30 augusti 1911, in RRDec., vol. III, p. 463, n. 5.

<sup>127</sup> "*Si sponsi verbis explicant, quod tamen corde non volunt, si non sit coactio ibi vel dolus, obligatio illa verborum, quibus consentiunt dicentes: "accipio te in virum et ego te in uxorem", matrimonium facit*". Cit. LOMBARDO P., *Libri quattuor sententiarum*, 1150, 4 D. 27.

<sup>128</sup> Tale forma di simulazione si ha quando il nubente *non habet intentionem contrahendi*, ossia tale forma si ha quando il soggetto ha la radicale intenzione di non contrarre.

<sup>129</sup> La seconda forma di simulazione si ha quando il nubente ha intenzione di contrarre il matrimonio, ma non di impegnarsi. Tale forma invalida il consenso dal momento che il soggetto vuole il matrimonio, ma allo stesso tempo non lo vuole, poiché esclude o limita alcuni obblighi derivanti dal matrimonio. Ciò si ha attraverso un secondo atto successivo che distrugge il primo atto di volontà: i due atti della volontà si annullano a vicenda. È lo stesso contraente a non volere nulla, quindi è evidente la mancanza del consenso.

Cfr. GASPARRI P., *Tractatus canonicus de matrimonio*, Parigi, 1904, p. 41, n. 919.

<sup>130</sup> La terza forma di simulazione si ha quando il nubente ha intenzione di contrarre e di vincolarsi, ma "*non implendi*", ossia di non compiere l'atto. Tale forma è considerata irrilevante. La volontà di non adempiere, nell'impostazione contrattualistica condivisa dal Gasparri, non era considerata invalidante dal momento che "*intentio contrahendi et sese obligandi stare utique potest cum firmo proposito obligationem violandi*".

La soluzione adottata, in linea generale, dal diritto canonico in materia di contratti, la quale, però, non è applicabile al contratto matrimoniale, prevede che prevalga la volontà solo dopo aver verificato che la discrepanza fosse palese al momento della stipulazione e che fosse in mala fede chi sostiene, invece, che si sia concluso un contratto sapendo che in realtà non è così.

In materia matrimoniale, il diritto canonico prevede una disciplina del tutto singolare rispetto alle legislazioni statuali<sup>131</sup> e disciplina la simulazione ogniqualvolta ci sia discordanza tra la manifestazione del consenso e la volontà interna. Tale discordanza è rilevante, in quanto produce la nullità del matrimonio, sia se posta in essere da una sola delle parti, a prescindere dalla conoscenza dell'altra parte, sia se dipendente da un accordo simulato tra le parti stesse.<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> Nell'ordinamento civile, al contrario che nell'ordinamento canonico, si distingue tra simulazione e riserva mentale. Si considera simulato un contratto quando i contraenti pongono in essere l'esteriorità di una dichiarazione contrattuale, così da poterla opporre ai terzi, ma sono tra loro d'accordo che gli effetti previsti dall'atto simulato non sono voluti e non si devono verificare. I simulanti decidono, già prima della stipulazione del contratto fittizio, che non daranno esecuzione alle prestazioni derivanti da tale contratto, in quanto non dovute. La simulazione nel diritto civile è caratterizzata dall'accordo simulato, il quale è l'intesa tra i simulanti che il contratto ufficiale, il cd. contratto simulato, da essi stipulato è puramente fittizio e inidoneo agli effetti a cui sarebbe preordinato. Di conseguenza, la situazione giuridica che dovrebbe sorgere per effetto del contratto è solo apparente e la situazione giuridica reale rimane quella anteriore all'atto. La riserva mentale, invece, nel diritto civile, consiste nel dichiarare intenzionalmente una cosa diversa da ciò che si vuole veramente, senza intesa con l'altra parte e senza che questa possa scoprire la divergenza. Cfr. TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 634-635.

L'articolo 123 c.c. sancisce: “1. Il matrimonio può essere impugnato da ciascuno dei coniugi quando gli sposi abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti. 2. L'azione non può essere proposta decorso un anno dalla celebrazione del matrimonio ovvero nel caso in cui i contraenti abbiano vissuto come coniugi successivamente alla celebrazione medesima”. Tale norma mostra e riflette il contrasto che divideva dottrina e giurisprudenza prima della riforma del diritto di famiglia. Da una parte, l'opinione prevalente sosteneva la contrarietà ad ammettere l'efficacia invalidante della simulazione nel matrimonio per un ragione teorica e una pratica, argomentando, sotto il profilo ideologico e speculativo, che con riguardo al matrimonio (visto come atto dello Stato rispetto al quale il consenso dei soggetti ha il solo valore di presupposto o come negozio complesso a tre parti di cui una è l'ufficiale di stato civile) non sarebbe concepibile la simulazione, in quanto essa presuppone l'accordo simulatorio tra tutte le parti del negozio, il che non è possibile perché, per definizione, l'ufficiale di stato civile non vi partecipa. Sotto il profilo pratico, si negava rilevanza alla simulazione del matrimonio in quanto, altrimenti, sarebbe stato facile costruire false prove di essa o precostituirle per il caso in cui la convivenza si rivelasse non piacevole o non continuabile. Dall'altra parte, invece, si constatava che l'ordinamento giuridico non ha nessun interesse a mantenere dei vincoli coniugali che non sono stati voluti o che sono stati posti in essere solo in apparenza o per ottenere effetti del tutto estranei all'essenza del matrimonio.

<sup>132</sup> Cfr. DE LUCA L., *Simulazione del matrimonio, b) diritto canonico*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1990, XLII, p. 662.

Il consenso simulato<sup>133</sup> consiste nella sostituzione, cosciente e voluta, dell'unica volontà di sposarsi con un'altra volontà interna e prevalente, alla quale manca l'integra verità essenziale del matrimonio come stabilito dall'ordinamento<sup>134</sup>.

Dal canone 1101 § 2<sup>135</sup> del vigente Codice si ricava la definizione di simulazione, la quale è formata da qualsiasi dichiarazione matrimoniale unilateralmente o bilateralmente modificata in modo essenziale mediante un positivo atto di volontà diretto a escludere il matrimonio, un suo elemento o una sua proprietà essenziale. In entrambi i casi, la discrepanza<sup>136</sup> tra volontà esterna e volere interno manifestato dal nubente determina la nullità del matrimonio in quanto “viene intesa come distacco del volere del singolo dal volere dello stesso ordinamento canonico con la sostituzione della propria concezione del matrimonio a quella della Chiesa”<sup>137</sup>.

Ogni ipotesi di esclusione deve avere ad oggetto un tratto essenziale del matrimonio e non un elemento di mera convenienza per un'unione più integra.<sup>138</sup>

Dal testo del canone in esame si ricava che, ai fini della nullità del matrimonio, è indifferente se la volontà simulata sia o no concorde tra i contraenti e, inoltre, che non è richiesto lo scopo di inganno, né che la divergenza tra la volontà esterna e l'intento esterno sia intenzionale.<sup>139</sup>

---

<sup>133</sup> “*Fictio seu simulatio consensus matrimonialis tunc verificatur quando contrahens quidem verba consensum exprimenta er rite profert, sed interne illum non habet*”. Cit. GASPARRI P., *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. II, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 1932, p. 36, n. 814

<sup>134</sup> Cfr. VILADRICH P.J., *Il consenso matrimoniale. Tecniche di qualificazione e di esegesi delle cause canoniche di nullità*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 328.

<sup>135</sup> Il canone 1101 § 2 sancisce: “*Ma se una o entrambe le parti escludono con un positivo atto di volontà il matrimonio stesso, oppure un suo elemento essenziale o una sua proprietà essenziale, contraggono invalidamente.*”

<sup>136</sup> “La exclusión es una forma de discordancia intencionada entre voluntad y declaración que puede revestir diversas modalidades, todas las cuales tienen como denominador común el rechazo del objeto del consentimiento por parte del contrayente”. Cit. GUTIÉRREZ MARTIN L., *Voluntad y declaración en el matrimonio*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1990, p. 25.

<sup>137</sup> Cit. STANKIEWICZ A., *La simulazione del consenso in generale*, in “*Ius Ecclesiae*”, 14 (2002), pp. 649-650.

<sup>138</sup> Cfr. ERRÀZURIZ C.J., *Essenza del matrimonio e sistema giuridico matrimoniale*, in “*Apollinaris*”, Lateram University Press, 75 (2022), pp. 507-609.

<sup>139</sup> “*Animus non contrahendi seu internus dissensus in matrimonium contra id quod prodit externa manifestatio, quae est simulatio seu fictio seu stricto accepta, matrimonium reddit prorsus nullum, cum deficiat ipsa contractus substantia, quae in mutuo consensu circa obiectum contractus consistit, utique cum externa ipsius manifestatione*”. Cit. WERNZ F.X. – VIDAL P., *Ius matrimoniale*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1929, p. 593, n. 460.

## 1.2. La presunzione del canone 1101 § 1.

Il legislatore, prima di definire al canone 1101 § 2 le cause di nullità del matrimonio dovute alla simulazione, al § 1<sup>140</sup> stabilisce un'importante presunzione, secondo la quale il consenso manifestato nella celebrazione del matrimonio corrisponde all'interno volere.<sup>141</sup> È sancito che si presume una conformità tra il consenso formatosi nell'animo dei nubendi e le parole o i segni da loro utilizzati per esternarlo, quindi una coincidenza tra voluto e dichiarato.

Questa presunzione è la descrizione, in termini di presunzione, dell'unità che nella struttura interna del patto coniugale o consenso efficiente si ha tra due volontà interne di coniugarsi e il segno comunicativo.

La presunzione è *iuris tantum*<sup>142</sup> e ammette la prova contraria, in quanto il soggetto può falsare il segno nuziale e perché la cerimonia stessa manca di potere efficiente. È, però, una presunzione fortissima, le cui prove contrarie risultano molto difficili e sono da esperire con estremo rigore.

L'oggetto della presunzione in esame consiste nell'adesione, da parte della volontà dei contraenti, al modello matrimoniale posto dalla Chiesa, caratterizzato da una comunità perpetua tra un uomo e una donna, finalizzata alla procreazione. Tale *intentio generalis* può essere vanificata da un positivo atto di volontà contrario al modello matrimoniale proposto dalla Chiesa.

Una tale discordanza tra il modello matrimoniale e la volontà dei contraenti si ha quando uno o entrambi i soggetti, nel momento in cui manifestano il consenso, escludono per

---

<sup>140</sup> Il canone 1101 § 1 sancisce: “*Il consenso interno dell'animo si presume conforme alle parole o ai segni adoperati nel celebrare il matrimonio*”.

<sup>141</sup> Tale principio è di diritto naturale e inviolabile, così che la sua trasgressione comporta necessariamente la nullità dell'atto. A tale esigenza di diritto naturale si aggiungono quelle del diritto positivo e in particolare quella che configura la manifestazione del consenso come un atto formale; inoltre, quella, già enunciata nel diritto romano, per cui “*nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit*” e che attiene alla naturale *fides* che deve presiedere tutti i rapporti umani, in specie quelli di contenuto giuridico; quella, infine, del cd. *favor matrimonii* nuovamente confermato al canone 1060 del Codice canonico vigente, e della quale la specifica presunzione *de qua agitur* costituisce applicazione concreta. Si tratta, tuttavia, di una presunzione *iuris tantum* che ammette la prova contraria, com'è dimostrato dallo stesso fenomeno della simulazione. Cfr. VELA L., *Simulazione di matrimonio*, in “Nuovo Dizionario di diritto canonico”, San Paolo, Cinisello Balsamo, 1996, pp. 991-992.

<sup>142</sup> Non è canonicamente accettabile la proposta, pur autorevolmente sostenuta, di introdurre una limitazione al principio dell'insostituibilità del consenso trasformando, per un ventaglio più vasto di fattispecie, la norma di cui al canone in esame in una presunzione *iuris et de iure* non suscettibile di prova diretta contraria e quindi statuendo sostanzialmente una finzione giuridica.

propria volontà il matrimonio stesso o un suo elemento essenziale o una sua priorità. La conseguenza di tale discordanza è la non coincidenza tra voluto e dichiarato, la quale comporta la simulazione del matrimonio, in quanto causa una mancanza del consenso che, a norma del canone 1101 § 2, provoca la nullità delle nozze. Affinché ci sia simulazione, deve esserci una volontà, una concreta determinazione del volere giuridicamente riferibile al suo autore, che il Codice, al canone in esame, qualifica come un positivo atto di volontà, diretto a escludere il matrimonio stesso oppure un suo elemento o una sua proprietà essenziale.

Nel diritto canonico la dichiarazione ha una funzione meramente strumentale, un'efficacia rappresentativa probatoria dell'interno volere, in quanto serve solamente a esprimere il volere.

L'interno volere<sup>143</sup> non ha e non può avere nessuna rilevanza giuridica finché non trova un'espressione, grazie alla quale la volontà diventa un fenomeno giuridico. L'espressione dell'interno volere è data con la dichiarazione, con la quale la volontà negoziale viene presa in considerazione dall'ordinamento giuridico.

---

<sup>143</sup> L'interno volere non acquista rilevanza giuridica fintantoché non trova un'espressione, grazie alla quale la volontà, acquistando importanza sociale, diventa un fenomeno giuridico. Nel caso in esame, l'espressione è costituita dalla dichiarazione, con la quale la volontà negoziale viene presa in considerazione dall'ordinamento giuridico. Il problema della discordanza tra dichiarazione esterna e interno volere deve sempre essere affrontato basandosi sulle disposizioni del diritto positivo; e, per la soluzione del quale, vi sono due teorie che si contendono il campo: la teoria della volontà e la teoria della dichiarazione. La prima, accolta in materia matrimoniale, stabilisce che, per decidere la validità e l'efficacia del negozio, deve aversi riguardo alla sussistenza di una volontà corrispondente alla vera volontà, la quale può eventualmente essere diversa dalla volontà che si è concretamente determinata per effetto di un vizio del volere. Si deve notare come tale teoria non tenga conto del fatto che la volontà opera nello spazio e nel tempo solo grazie a una dichiarazione, la quale costituisce il momento culmine ed essenziale dell'autonomia privata. Una volontà concreta o ipotetica, quindi, senza un'adeguata dichiarazione non può produrre i suoi effetti e non può nemmeno bastare a privare la dichiarazione degli effetti di cui sembra capace. Secondo la teoria della dichiarazione, invece, proprio perché il negozio è un esercizio dell'autonomia privata, gli ordinamenti non possono prevedere che, per la validità e l'efficacia del negozio, sia sufficiente la dichiarazione, a prescindere se essa sia conforme alla volontà interna del soggetto. Anche tale teoria, però, è soggetta a critiche e presenta diversi punti deboli, in quanto rischia di ridurre il negozio giuridico a un "manichino senza vita" a dispetto della realtà, secondo la quale il negozio è un atto di volontà. Secondo la soluzione preferita dagli ordinamenti, si deve cercare un punto di equilibrio tra le due teorie descritte e far sì che la legge attenui le conseguenze della mancanza o del vizio della volontà, senza ignorarli.

### 1.3. Gli elementi essenziali del consenso simulato.

Il canone 1101 § 2<sup>144</sup> del vigente Codice, riprendendo il canone 1086 § 2 del Codice del 1917, afferma che *contrae invalidamente* quella parte che escluda, con un positivo atto di volontà, il patrimonio stesso oppure un suo elemento essenziale o una sua proprietà essenziale.

Da detto canone si trae che, allo stesso modo del consenso, anche il consenso simulato deve essere un atto di volontà.

“La comprensione del fenomeno simulato sottopone a esame la nostra comprensione del consenso matrimoniale vero e, in un certo senso, obbliga a ricordarla, perché la simulazione è una disintegrazione della complessa unità interna del consenso valido”<sup>145</sup>.

Il consenso simulato, sia esso esplicito o implicito, distrugge il consenso con le stesse modalità e con lo stesso meccanismo psicologico e giuridico con il quale quest’ultimo viene emesso; pertanto, si può dire che esso sia uguale e opposto al consenso vero, valido. È, quindi, il contrario di esso.

Si deve sottolineare che anche il consenso simulato è il frutto della cooperazione tra la funzione intellettuale e la funzione volitiva.

Si nota come detto canone è il “negativo di una fotografia” del canone 1057 e tra di essi vi è “una dipendenza essenziale: la struttura sistematica e il contenuto dei due paragrafi del canone 1101 dipendono dalla previa architettura del canone 1057. Mentre il canone 1057 definisce il vero consenso, il canone 1101 scopre il falso”<sup>146</sup>.

Così come il consenso deve essere vero e interno, non necessariamente esplicito essendo sufficiente anche un consenso implicito, ossia riferito all’insieme degli obblighi e dei diritti scaturenti dal matrimonio quali posti dalla Chiesa, senza escluderne alcuno<sup>147</sup>, allo

---

<sup>144</sup> Il canone 1101 § 2 sancisce: “*Ma se una o entrambe le parti escludono con un positivo atto di volontà il matrimonio stesso, oppure un suo elemento essenziale o una sua proprietà essenziale, contraggono invalidamente.*”

<sup>145</sup> Cit. VILADRICH P.J., *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 303-304.

<sup>146</sup> *Ibidem*.

<sup>147</sup> Cfr. GASPARRI P., *Tractatus canonicus de matrimonio*, cit., p. 36, n. 814, nt. 2: “*Qui consentit in ipsum contractum matrimonialem, eo ipso consentit in eius substantiam, seu in eius obligationis substantiales contractus enim concipi nequit sine eius obligationibus substantialibus et ideo, qui vult contractum, vult eius obligations substantiales. Non tamen requirit ut has velit expresse et explicite, sed sufficit ut velit implicite, v.g. volendo matrimonium quale Christus illud instituit, vel quale celebrari solet in Ecclesia, etc.*”.

stesso modo il consenso simulato deve essere vero e interno e può essere esplicito o implicito.<sup>148</sup>

Il giurista Gasparri, padre fondatore dell'odierna concezione della simulazione quale vizio del consenso, deriva il suo pensiero dall'originaria configurazione della *conditio contra matrimonii substantiam*<sup>149</sup>, la quale è un atto di volontà parallelo e contrario alla volontà coniugale, e dalla dottrina di San Tommaso d'Aquino sulla simulazione dei contratti in generale. Su ciò si fonda la sua concezione del consenso matrimoniale simulato come atto uguale e contrario all'atto positivo di volontà che è il consenso matrimoniale.

Il consenso simulato si compone di quattro elementi essenziali. In primo luogo, ogni intenzione simulatoria si poggia sulla propria volontarietà<sup>150</sup>. Per questo, la simulazione ha origine in uno specifico *actus positivus voluntatis* libero e cosciente del contraente.

In secondo luogo, l'intenzione simulatoria racchiude in sé una falsificazione volontaria e oggettiva del vero contenuto coniugale del segno nuziale, arrivando così ad essere la volontaria mancanza di verità matrimoniale oggettiva.

In terzo luogo, si tratta di una volontà che sostituisce la vera volontà di sposarsi.

Volontarietà, falsificazione e sostituzione sono, quindi, i tre elementi caratteristici del consenso simulato, ai quali, infine, se ne deve aggiungere un quarto, ossia l'intenzione di porre in essere un matrimonio simulato che deve essere suscettibile di prova nel foro esterno, per superare la presunzione di coincidenza tra la volontà interna e il consenso esposto all'esterno.<sup>151</sup>

Il consenso è nullo a causa della divergenza tra volere interno e manifestazione esterna della volontà quando quest'ultima coesista con un positivo atto di volontà escludente il

---

<sup>148</sup> “La versatilità dei modi con cui ogni contraente finisce per emettere il consenso vero e proprio del canone 1057 si riproduce nella miscellanea di strade che possono portare a simularlo nei termini del canone 1101”. Cit. *Ibidem*.

<sup>149</sup> Il Codice pianobenedettino dettava una disciplina articolata e composita della condizione al canone 1092 n. 2, prevedendo le condizioni *contra matrimonii substantiam*. Simulazione e condizione presentavano tali e tante analogie da rendere difficile, nella prassi, stabilire una netta demarcazione. Era diffusa, nel secolo scorso, l'opinione secondo cui non vi era ragione di continuare a mantenere la distinzione, dato che, almeno con riguardo agli effetti, le due fattispecie erano identiche.

<sup>150</sup> Cioè un atto che il soggetto origina volontariamente e con sufficiente conoscenza del suo fine. Si tratta di un atto volontario del soggetto, non determinato dalle sue emozioni o dall'errore.

<sup>151</sup> L'aggettivo *positivus* attribuito all'atto di volontà escludente significa anche che tale atto di volontà deve essere capace di essere provato, ossia che la sua esistenza deve essere suscettibile di essere riconosciuta con certezza.



matrimonio o un suo elemento sostanziale. L'oggetto dell'atto positivo di volontà deve essere il matrimonio stesso<sup>152</sup> o una sua proprietà o elemento essenziale<sup>153</sup>.

Nella simulazione totale manca proprio la volontà da parte del soggetto di compiere il matrimonio, mentre nella simulazione parziale essa è presente<sup>154</sup>, anche se è tale da essere contraddittoria con se stessa e finire per mancare come vera e propria volontà matrimoniale<sup>155</sup>.

Rileva precisare che solo la conoscenza di qualcosa permette di non volere quel qualcosa e, di conseguenza, di porre in essere un atto positivo di volontà escludente. “La divergenza come aspetto sostanziale della simulazione implica anche la conoscenza intellettuale del contenuto oggettivo del matrimonio, a cui viene contrapposta l'opzione concreta della volontà del simulante, incompatibile con il contenuto proposto dalla dottrina cattolica”<sup>156</sup>. Dottrina e giurisprudenza coprono molteplici posizioni, diverse tra loro, con riguardo a cosa debba essere precisamente conosciuto. La concezione tradizionale<sup>157</sup> di simulazione

---

<sup>152</sup> Nel caso in cui l'oggetto dell'atto positivo sia il matrimonio stesso si ha la simulazione totale del matrimonio.

<sup>153</sup> Nel caso in cui, invece, l'oggetto dell'atto positivo sia una proprietà o un elemento essenziale del matrimonio, si ha la simulazione parziale.

<sup>154</sup> A tal proposito, è stato sottolineato che, tecnicamente, solo la prima ipotesi potrebbe qualificarsi come simulazione, in quanto solo in essa sono presenti un inganno e la coscienza del medesimo. In tali ipotesi, la relazione che si crea tra i due nubendi non va oltre l'atto simulato, poiché si crea, in modo consapevole, una semplice apparenza di matrimonio, essendo la divergenza tra dichiarazione esterna e volere interno voluta dal soggetto per fini estranei al matrimonio, il quale risulta nullo per diritto naturale. Nella simulazione parziale, invece, si verifica una limitazione del consenso, in quanto il soggetto vuole celebrare il matrimonio ma, a causa dell'esclusione di un elemento o di una proprietà essenziale, lo configura a suo piacimento e in modo difforme rispetto al modello proposto dalla Chiesa, finendo per volere una realtà del matrimonio diversa da quella che si prevede nell'ordinamento canonico. In questo caso si sarebbe in presenza di “una volontà atipica quanto al suo oggetto, difforme precisamente dalla volontà precettiva dell'ordinamento, ossia da come questo disegna l'istituto matrimoniale nei suoi contenuti disponibili”. Cit. BIANCHI P., *L'esclusione dell'indissolubilità quale capo di nullità del matrimonio. Profili critici*, Ius Ecclesiae, 13, 2001, p. 644. Sotto questo profilo, non risulta esserci discrepanza solo tra la volontà esterna e quella interna del nubente, ma anche tra la volontà interna e ciò che è ed esige il matrimonio, tanto che la volontà matrimoniale interna del nubente e la verità del matrimonio non coincidono. Cfr. D'AURIA A., *Il consenso matrimoniale. Dottrina e giurisprudenza canonica*, Aracne, Roma, 2007, p. 40.

<sup>155</sup> Ancora oggi si conferma che “da un punto di vista contenutistico e oggettuale, la dottrina e la giurisprudenza canoniche distinguono tra simulazione totale, quando si esclude il matrimonio stesso (*matrimonium ipsum*), in modo che, nonostante la manifestazione esterna del consenso, predomina nel soggetto l'intenzione di non contrarre affatto (*animus non contrahendi*); e simulazione parziale, che si ha invece quando si esclude qualche elemento essenziale del matrimonio (*matrimonii essenziale aliquo elementum vel essentialem aliquam proprietatem*) in modo che, anche se non manca l'intenzione di sposarsi, prevale nei contraenti, o anche soltanto in uno di essi, l'intenzione di escludere qualcuno degli elementi che specificano il matrimonio in quanto tale e a cui non ci si vuole obbligare (*animus non se obligandi*)”. Cit. D'AURIA A., *Il consenso matrimoniale. Dottrina e giurisprudenza canonica*, cit., p. 408.

<sup>156</sup> Cit. STANKIEWICZ A., *La simulazione del consenso in generale*, Ius Ecclesiae, 14, 2002, pp. 649-650.

<sup>157</sup> Cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, II-II, q. 111, a. 1, Città Nuova, 2018.

necessita di una manifestazione esterna difforme rispetto all'intenzione interna, la coscienza di tale difformità e l'intenzionalità della divergenza, indipendentemente dal fatto che sia presente o meno un accordo o una volontà bilaterale e che vi sia un intento fraudolento<sup>158</sup>. In tale ottica, è necessaria la consapevolezza del nubente di porre in essere un matrimonio simulato. A tal fine è necessario che il nubente, oltre a conoscere, mediante il proprio intelletto, la proprietà o l'elemento che vuole escludere, sappia che si tratta di un'obbligazione giuridica essenziale del matrimonio. Tale soggetto, quindi, deve essere consapevole della nullità del consenso che sta prestando e, nonostante ciò, con la propria volontà, intenda escluderla dal suo consenso<sup>159</sup>.

All'interno di questo indirizzo interpretativo vi sono diverse posizioni che, ai nostri fini, si devono tenere in considerazione, come l'indirizzo di chi ritiene che la simulazione debba qualificarsi come "intento fraudolento, produttivo dell'inganno della Ecclesia, nonché della controparte ove trattasi di simulazione unilaterale"<sup>160</sup>; oppure l'opinione di chi sostiene che sia sufficiente la conoscenza dei *bona* esclusi come obbligazioni conseguenti il proprio consenso, non essendo necessaria la consapevolezza della loro essenzialità, ma, anzi, con la coscienza che la loro esclusione, comportando una negazione di elementi non essenziali, non rende nullo il consenso.<sup>161</sup>

---

<sup>158</sup> Un'autorevole dottrina del secolo scorso ha richiamato un'importante definizione civilistica di simulazione, secondo la quale si tratta di una "dichiarazione di un contenuto di volontà non reale emesso scientemente e concordemente dalle parti per produrre a scopo d'inganno l'apparenza di un negozio che non esiste e che è diverso da quello realmente compiuto". Cit. PEDRONI A., *Il consenso matrimoniale e la teoria della simulazione*, Roma, 1949, p. 9.

<sup>159</sup> Un illustre autore sottolinea l'esigenza che "l'autore dell'atto abbia non solo una percezione meramente istintiva e una consapevolezza puramente materiale dell'atto in sé e per sé considerato, ma una vera preveggenza logica e una piena coscienza consequenziale dell'atto stesso nei suoi motivi, nella sua essenza, nella sua importanza, nei suoi effetti". Cit. D'AVACK P.A., *Capacità canonica (di intendere e di volere)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano, 1960, p. 177. La stessa concezione tomistica richiedeva che l'atto umano venisse posto in essere dal soggetto agente "*cum plena mentis advertentia et perfecto voluntatis consensu*", o con la precisa *congnitio finis* del proprio comportamento. Cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, I-II, q. 74, a. 7, Città Nuova, 2018.

<sup>160</sup> Cit. GRAZIANI E., *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 173.

<sup>161</sup> Al proposito, si sottolinea come, di solito, chi contrae matrimonio è consapevole dell'illiceità di comportarsi in modo da non avere prole o di riservarsi di divorziare se le cose non vanno bene o di avere altri amanti. Il non avere coscienza dell'illiceità della cosa, però, non cambia la situazione giuridica. Mentre chi si sposa credendo che il matrimonio non sia indissolubile, ma anzi che esso, in dati casi, possa essere sciolto con il matrimonio, non appuntando però la sua volontà di riservarsi la facoltà di divorziare, si sposa validamente, poiché si ritiene che la sua volontà principale sia di contrarre il matrimonio cristiano quale esso è, tanto che lo avrebbe contratto anche se fosse stato consapevole del proprio errore. Chi, invece, con un atto positivo di volontà esclude il *bonum sacramenti* o *fidei* o uno degli altri elementi essenziali del matrimonio, contrae validamente.

Un secondo indirizzo interpretativo, invece, ritiene che sia sufficiente che il nubente abbia una sua concezione personale, secondo la quale il matrimonio stesso, una sua proprietà o elemento essenziale sono esclusi dalla struttura del negozio matrimoniale. Secondo tale indirizzo, la simulazione si avrebbe con la sostituzione di una propria concezione di matrimonio a quella dettata dalla Chiesa.

Si è sottolineato come bisogna prestare attenzione a evitare due eccessi opposti, ossia, da un lato, quello di considerare sufficiente, ai fini della nullità del vincolo, l'errore a causa del quale il soggetto creda che il matrimonio non implichi un elemento o una proprietà essenziale<sup>162</sup> e, dall'altro lato, quello di pretendere che il soggetto conosca esattamente la costruzione giuridica del matrimonio così come è dettata dalla Chiesa e voglia di proposito opporsi ad essa<sup>163</sup>.

L'elemento caratterizzante della simulazione risiede nella sostituzione della propria concezione di matrimonio a quella prospettata dalla Chiesa; da ciò consegue che si ha simulazione parziale nel caso in cui dietro al negozio apparente si celi un altro diverso negozio, come nel caso di un matrimonio in cui uno o entrambi i nubendi escludano uno dei tre *bona*, al negozio matrimoniale come disciplinato dalla Chiesa e quale appare

---

<sup>162</sup> La presenza di un errore porta a non pensare a un'esclusione dell'obbligo ignorato, in quanto il soggetto non può avere la volontà di escludere qualcosa di cui ignora l'esistenza. Quando il soggetto ha una propria visione del vincolo matrimoniale, egli non cade in errore, poiché egli sostituisce la propria concezione a quella della Chiesa e non ha un falso giudizio fondato sull'ignoranza o sull'incompleta conoscenza della realtà.

<sup>163</sup> Non è necessario che il soggetto conosca la costruzione matrimoniale prospettata dalla Chiesa, a cui egli intende sostituire la propria, nei suoi principi e nelle sue conseguenze giuridiche, e abbia come oggetto principale della sua volontà la contrapposizione cosciente e volontaria a tale impostazione. Nella maggior parte dei casi, il nubente sa, in modo confuso, che il matrimonio canonico impegna i soggetti all'onesto uso dell'atto coniugale e alla fedeltà, ma ciò di cui è a conoscenza gli è sufficiente per capire che c'è discordanza tra questa concezione del matrimonio e quella che si è creato lui. Di fronte a tale discordanza, egli esclude positivamente una o più proprietà del matrimonio che contrastano con la sua concezione. Rileva precisare che, quando ciò avviene, l'illustre autore ritiene che non rimanga il dubbio che si tratti di una semplice *intentio non adimplendi*, ossia di un'esclusione solo dell'*exercitium juris* e precisa che "tutto ciò che si svolgerà poi sul terreno dell'attuazione pratica e successivamente alla celebrazione del matrimonio è venuto in considerazione per il soggetto soltanto su di un piano accessorio e consequenziale. L'elemento decisivo è rimasto tutto sul terreno astratto, relativo alla costruzione dell'istituto matrimoniale con i suoi obblighi e i suoi diritti; là si è svolta nell'animo del nubente e di riflesso nel campo del diritto la lotta tra le due concezioni, anche se spesso entrambe siano soltanto confusamente percepite dal soggetto; e là all'una, la perenne luminosa concezione della Chiesa, si è sostituita l'altra, spesso attinta ai bassi istinti e alle volgari consuetudini dell'uomo e dell'ambiente". Cit. GIACCHI O., *Il consenso nel matrimonio canonico*, cit., pp. 104-106.

formalmente, si sostituisce, nella volontà interna del soggetto, un negozio diverso da lui formato<sup>164</sup>.

Analogamente, si ritiene che l'atto positivo di volontà possa derivare anche da uno stato di incertezza, da un errore circa l'essenza del *matrimonium in fieri*, nel momento in cui si contrae matrimonio senza la consapevolezza della sua indissolubilità ma riservandosi, a tutela della propria libertà, la facoltà di sciogliere il vincolo a proprio piacimento<sup>165</sup>.

Sempre nell'ambito di questo secondo indirizzo interpretativo, altri hanno sostenuto che, affinché si abbia l'atto positivo di volontà escludente, è sufficiente la consapevolezza della proprietà o dell'elemento che si esclude e non, per forza, quella delle conseguenze giuridiche che derivano dalla discrepanza tra la volontà esterna e la volontà interna, reale. Secondo questa impostazione, la simulazione non è sempre un mezzo che le parti utilizzano al fine di ottenere una dichiarazione giudiziale di nullità del matrimonio, ma è anche una fattispecie alla quale possono collegarsi diversi motivi, la cui configurazione è più ampia.

Lontano dai due indirizzi interpretativi esposti, infine, vi è chi non richiede la conoscenza della proprietà o dell'elemento essenziale del matrimonio che si esclude e ipotizza che sia sufficiente una *generalis intentio contra indissolubilitatem*. Secondo questa opinione, si deve ritenere assente l'*intentio faciendi id quod facit Ecclesia*<sup>166</sup> e invalido il consenso nel caso in cui il nubente abbia una sua specifica concezione di coniugio diversa e in contrapposizione con quella prospettata dalla Chiesa, e anche quando tale concezione personale è soltanto generica<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup> In tale ipotesi entrambi i negozi sono invalidi: il primo perché manca la volontà, il secondo perché difforme dal negozio cui l'ordinamento canonico ha dato la sua regolamentazione.

<sup>165</sup> Rileva ai nostri fini ricordare l'opinione a riguardo di un illustre autore, secondo il quale “delle due una: o il nubente sa questo (che il *bonum* che esclude è un principio costitutivo del matrimonio senza il quale esso non può giuridicamente esistere) e sa conseguentemente che contrae un matrimonio nullo e pertanto sa che egli commette un peccato, e in questo caso viene in considerazione l'*intentio contra substantiam*; o il nubente non sa quanto sopra, ma crede di poter sovrapporre all'insegnamento della Chiesa una propria costruzione e in questo caso viene in considerazione non già l'*intentio contra substantiam*, bensì l'*error iuris*”. Cit. FEDELE P., *Intorno ad un novissimo manuale di diritto matrimoniale canonico*, in “Archivio di diritto ecclesiastico”, Cedam, Padova, 3 (1941), pp. 215-216.

<sup>166</sup> L'*intentio faciendi id quod facit Ecclesia* si basa sulla presunzione che il soggetto voglia dar luogo ad un vincolo indissolubile; mentre nel caso della *generalis intentio contra indissolubilitatem* si ha una volontà a ciò contraria, anche se espressa in modo generico.

<sup>167</sup> Il fatto che sia generica non significa che non sia una positiva esclusione. Rileva a questo fine ricordare la coram SABATTANI, diei 29 octobris 1964, in RRDec., vol. LVI, p. 398, n. 4: “*Actus implicitus (actualis vel virtualis) remanet in ordine positivo, quamvis eius substantia appareat directe et non praesumptive, positive et on interpretative, quamvis velut implicite in sinu eiusdem manifestationis*”.

Con riguardo alla questione della conoscenza necessaria e sufficiente affinché si configuri l'atto positivo di volontà escludente, il dato normativo non fornisce esplicite indicazioni e la dottrina non ha preso una posizione chiara, mentre la giurisprudenza ammette la possibilità di una volontà contraria positivamente ai *bona matrimonii* in un soggetto che non conosce tali *bona* come essenziali e nelle persone appartenenti all'ateismo, al paganesimo o a qualche religione in cui il matrimonio non è considerato come costituito dagli elementi che ne formano l'essenza secondo la dottrina cristiana.

## **2. La disciplina delle due fattispecie simulatorie: la simulazione totale e la simulazione parziale.**

### *2.1. La simulazione totale.*

In base a quanto sancito dal canone 1101 § 2, si ha simulazione totale ogni qualvolta uno o entrambi i coniugi escludano, con atto positivo, il matrimonio stesso. Viene, quindi, escluso il *matrimonium ipsum*. Il nubente, con detta simulazione, intende porre in essere un mero simulacro e considera la celebrazione del matrimonio un rito vuoto di ogni valore e senza legame produttivo.

La simulazione totale, perciò, consiste nell'esclusione della totalità del matrimonio, nella sua realtà naturale di patto "con cui l'uomo e la donna stabiliscono tra loro il consorzio di tutta la vita, per sua natura ordinato al bene dei coniugi e alla generazione ed educazione della prole"<sup>168</sup>.

Il riferimento al *matrimonium ipsum*<sup>169</sup> deve essere inteso nel senso che la simulazione totale consiste nell'esclusione del matrimonio stesso e non della somma dei *bona*

---

<sup>168</sup> Il canone 1055 del vigente Codice sancisce: "Il patto matrimoniale con cui l'uomo e la donna stabiliscono tra loro la comunità di vita, per sua natura ordinata al bene dei coniugi e alla generazione e educazione della prole, tra i battezzati è stato elevato da Cristo Signore alla dignità di sacramento".

<sup>169</sup> Con l'espressione *matrimonium ipsum* "il legislatore si riferisce al vincolo coniugale perché questo è il principio sostanziale del matrimonio. Il vincolo è posto in essere dai contraenti, nel darsi ed accettarsi fra di loro in senso reale, non simbolico o metaforico, mediante il consenso matrimoniale. Il vincolo coniugale è propriamente la coppia in quanto unita". Cit. VILADRICH P.J., *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 335. In caso di esclusione del *matrimonium ipsum* è possibile distinguere "due profili o aspetti strettamente connessi ed egualmente essenziali. Da un lato il profilo istituzionale, in virtù del quale il matrimonio si pone come vincolo giuridico tra le parti, che fa sorgere in capo a ciascuna di esse un complesso di diritti e di doveri reciproci, impegnandole ad una serie di comportamenti non solo sul piano interpersonale ma anche sul piano sociale e comunitario. D'altro lato il profilo esistenziale, quello riguardante i contenuti

*matrimonii*<sup>170</sup>. Dunque, si ha simulazione totale se vi è l'esclusione del matrimonio stesso, mentre se si ha l'esclusione, contemporaneamente, di più *bona matrimonii* o anche di tutti, singolarmente considerati, si ha sempre simulazione parziale.

È sempre necessaria la presenza di un atto positivo di volontà da parte del nubente di voler escludere il matrimonio. Essendo l'animo del contraente dominato da una volontà contraria alla realtà o alla sostanza del matrimonio, si è in presenza di un *velle non* più che di un *nolle*, a cui consegue la presenza di una *intentio non contrahendi matrimonium*. Si vuole far presente una diffusa corrente ritenuta non tecnicamente corretta, secondo la quale si ha simulazione totale quando manca solo l'*intentio contrahendi*<sup>171</sup>, ma si deve, invece, pretendere un'*intentio non contrahendi*, ossia un atto positivo di volontà.

È il requisito dell'esistenza del *positivus voluntatis actus* che determina in modo netto l'essenza e i limiti di ogni forma di simulazione.

Con riguardo alle modalità con cui deve configurarsi l'atto di volontà, si condivide la corrente dottrinale e giurisprudenziale secondo la quale, per aversi simulazione totale, è necessario che il nubente nel momento del consenso abbia avuto due volontà contemporanee<sup>172</sup>: la prima volta a dar vita all'apparenza del matrimonio compiendone la celebrazione, e la seconda volta a escludere che dalla celebrazione del matrimonio nascano delle conseguenze<sup>173</sup>. Tali volontà sono entrambe positive e non sono contraddittorie tra loro, come invece ritiene una parte della dottrina, in quanto si riferiscono a oggetti diversi.

---

umani e personali del rapporto matrimoniale". Cit. MONETA P., *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, cit, p.p. 120-121.

<sup>170</sup> In tal caso vi sarebbe simulazione parziale.

<sup>171</sup> L'espressione "mancanza di *intentio contrahendi*" potrebbe riferirsi alle ipotesi di violenza assoluta, di *iocus* e di simulazione. La dottrina canonistica del secolo scorso ha sollevato il problema della sua riferibilità alla fattispecie della simulazione totale in tutti i casi in cui manca una vera e propria volontà matrimoniale, in quanto nell'animo interno del nubente l'oggetto del volere non è il matrimonio per se stesso ma il fine che con esso si vuole raggiungere, ossia la soddisfazione del desiderio sessuale, l'acquisizione di ricchezze, la salvezza da una situazione rovinosa o mal sopportabile dal soggetto.

<sup>172</sup> La recente dottrina sottolinea a questo proposito che possono coesistere nell'animo del nubente due impulsi tra di loro contraddittori, ossia la *causa contrahendi* e la *causa simulandi*. La prima è volta a dar vita all'apparenza del matrimonio, ossia alla celebrazione; mentre la seconda è volta ad escludere che dalla celebrazione derivino le conseguenze e gli effetti tipicamente previsti.

<sup>173</sup> La conseguenza di questo principio è che, nell'accertamento giudiziale della simulazione totale, bisognerà dimostrare che il nubente, al momento della celebrazione del matrimonio, disponeva di tutto ciò che era in suo potere per escludere gli effetti della celebrazione, per far rimanere mera finzione la manifestazione del consenso.

La necessità della compresenza di entrambe le volontà suddette, comporta che esse devono essere chiare al nubente, in modo che egli ne sia pienamente consapevole<sup>174</sup>. Da ciò consegue che il soggetto sa di volere l'apparenza del matrimonio e, quindi, la divergenza tra la volontà interna e la dichiarazione esterna è da lui coscientemente voluta e percepita.

La simulazione totale rende il matrimonio nullo sia che essa sia oggetto di riserva mentale da parte di uno solo dei due nubendi, sia che essa derivi da un accordo tra i due; l'atto positivo di volontà che esclude il matrimonio stesso può essere esplicito o implicito.

Una prima ipotesi di simulazione totale implicita del consenso matrimoniale si ha nel caso in cui uno o entrambi i soggetti abbiano un fine soggettivo che vogliono raggiungere con la celebrazione del matrimonio, il quale prevale sul fine di costituire il consorzio di vita coniugale.

Rileva ai nostri fini un'autorevole sentenza<sup>175</sup>, la quale si sofferma a individuare gli elementi specifici della simulazione totale esplicita e di quella totale implicita e, soprattutto, ne spiega le differenze in modo chiaro e preciso. Nell'ipotesi di simulazione totale esplicita il contraente intende direttamente respingere il contratto matrimoniale; mentre si ha simulazione totale implicita quando l'esclusione dell'intenzione del matrimonio è causata dal fine soggettivo verso il quale è direzionata la volontà dello sposo.

Si ha, quindi, simulazione totale implicita quando uno o entrambi i nubendi, nel momento in cui prestano il consenso, facciano prevalere sul vero fine matrimoniale il proprio fine soggettivo<sup>176</sup>, come nell'ipotesi di chi si sposa esclusivamente per ottenere la cittadinanza

---

<sup>174</sup> Un illustre autore ritiene che la simulazione totale contenga “varie fattispecie fra le quali: 1) generalmente simula totalmente il matrimonio colui che su di esso non pone alcun consenso, cioè colui che ha la volontà di non contrarre; 2) parimenti si ha simulazione totale quando il nubente esclude l'altra parte, naturalmente quale coniuge da prendere come tale; 3) talvolta la simulazione totale è intesa quale esclusione assoluta dei diritti-doveri matrimoniali; 4) si riconosce aversi esclusione dello stesso matrimonio ove il contraente con atto positivo di volontà esclude la società permanente fra l'uomo e la donna per la procreazione della prole, cioè l'intima comunione di tutta la vita ordinata al bene dei coniugi e della prole; 5) da ultimo si attua una simulazione totale non soltanto con l'esclusione dello stesso matrimonio o del contraente ma anche con l'inclusione di un elemento che sostituisce totalmente l'intima comunità di vita e di amore coniugale, fondata dal Creatore e dotata di proprie leggi”. Cit. POMPEDDA M.F., *Annotazioni sul diritto matrimoniale nel nuovo codice canonico*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 240.

<sup>175</sup> Coram FERREIRA PENA, diei 18 maii 2012, in RRDec., vol. CIV, pp. 150 ss.

<sup>176</sup> Si rileva un'opinione contraria, in base alla quale ritenere che chi si sposi per motivi puramente sensuali o soltanto per conseguire attraverso le nozze la ricchezza o un titolo nobiliare, senza che il suo pensiero e la sua volontà si fermino sul sacro vincolo del matrimonio che sta per contrarre e sui valori religiosi che

o un titolo nobiliare o per raggiungere una tranquillità economica o, ancora, per poter avere rapporti intimi con una donna che altrimenti non si concederebbe. Nell'ipotesi in esame, vi è una palese divergenza tra il *finis operis* e il *finis operantis*, il quale prevale sul primo, da cui deriva che l'unico fine del nubente è estrinseco al matrimonio<sup>177</sup>. La dichiarazione matrimoniale del nubente assume una rilevanza estrinseca rispetto alle finalità proprie del matrimonio, il quale viene visto come mezzo per poter conseguire determinati risultati di carattere pratico e contingente. Il consenso, perciò, non è diretto alla creazione della società coniugale, ma al raggiungimento di uno scopo ulteriore.<sup>178</sup>

Una seconda ipotesi di simulazione totale implicita si ha a causa dell'inserimento, all'interno del consenso che viene prestato, di un elemento contraddittorio e incompatibile con l'essenza del matrimonio, come nel caso di colui che nega la persona del coniuge in quanto tale o che intende ridurlo in schiavitù; o di chi si sposa solo per acquisire le ricchezze della moglie; oppure del playboy che sposa una moglie ricca e resta con lei vari anni consumandole il patrimonio, continuando, contemporaneamente, a condurre la sua vita in modo libero, senza impegno e responsabilità. Anche rifiutare l'altra persona come coniuge comporta un caso di simulazione totale implicita in quanto significa che il soggetto non vuole realizzare con il suo coniuge alcun *consortium totius vitae*.

La finalità soggettiva che, nella fattispecie in esame, il contraente vuole raggiungere deve essere specifica ed esclusiva, deve costituire la causa principale e finale del contratto, alla quale la parte mira; quando il fine che il contraente vuole raggiungere è diverso e contrario

---

esso comporta, contrae un matrimonio invalido. Cfr. GIACCHI O., *Il consenso nel matrimonio canonico*, cit., p. 92.

<sup>177</sup> “*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 primum, sine quo consistere nequit matrimonium, excludit*”. Cit. GARCIA FAILDE J.J., *Simulatio totalis matrimonii canonici et metus*, in “*Periodica de re canonica*”, 72 (1983), pp. 252-253.

<sup>178</sup> La possibilità della sostituzione totale del *finis operis* con il *finis operantis* è una questione ben conosciuta dalla dottrina canonistica sin dall'epoca medievale, in quanto già San Bonaventura aveva sentenziato che chi si sposa unicamente per ottenere il possesso del corpo della donna e sfogarvi le proprie passioni libidinose, non vuole il matrimonio “*quia talis consensus nihil quaerit nisi corporalem copulam extorquere, non uxorem ducere*”. Cfr. BONAVENTURA S., *Commentaria in quattuor libros Sententiarum Magistri Petri Lombardi: in librum IV*, dist. XXX, art. un., q. 111.

La giurisprudenza della Rota Romana ha ripreso tale insegnamento e sostenuto che l'ipotesi costituisce un caso di simulazione totale implicita.



alla naturale ordinazione del matrimonio, proporsi di conseguire tale fine e volerlo realizzare con volontà primaria e prevalente, rende nullo il matrimonio<sup>179</sup>.

Secondo l'opinione della Sacra Rota e della dottrina, simula totalmente e implicitamente il proprio consenso colui che contrae matrimonio escludendo la causa del contratto, identificabile nella reciproca donazione e accettazione perpetua ed esclusiva<sup>180</sup>; colui che partecipa alla celebrazione del matrimonio per mera finzione e, inoltre, colui che si sposa mostrando un totale disinteresse per alcuni elementi essenziali del matrimonio<sup>181</sup>.

Infine, si ha simulazione totale implicita nel caso in cui venga esclusa la dignità sacramentale del matrimonio<sup>182</sup>. L'applicazione del principio della volontà prevalente nella valutazione giudiziale dell'efficacia invalidante il consenso nell'esclusione della dignità sacramentale e la dottrina dell'inseparabilità tra il contratto di matrimonio e il sacramento, portano la giurisprudenza della Sacra Rota, nel periodo antecedente la promulgazione del vigente Codice, a collocare la fattispecie di esclusione in esame nella simulazione totale.

Rientrano all'interno di questa ipotesi i casi di chi celebra il matrimonio per mera formalità, senza attribuirvi alcun significato e non riconoscendovi effetto<sup>183</sup>, o di chi

---

<sup>179</sup> Cfr. coram Funghini, diei 24 maii 1995, vol. LXXXVII, p. 314, n. 5.

<sup>180</sup> “*Tunc enim verificatur totalis incompatibilitas inter intentionem practicam nupturientis et functionem typicam et ecclesiam foederis matrimonialis, quae phaenomenon simulationis totalis ingreditur. Nam in tali casu deficit quivis concursus voluntatis contrahentis cum finalitate ecclesiali foederis coniugalis. Eapropter totalis matrimonii simulatio efficit prorsus inexistenciam matrimonii propter defectum causae foederis matrimonialis quae nihil aliud habenda est quam mutual traditio et acceptatio viri et muliebri ad totius vitae consortium, permanens et ordinatum ad prolem*”. Cit. STANKIEWICZ A., *De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem*, in “*Ius Ecclesiae*”, p. 212.

<sup>181</sup> Cfr. BENIGNI S., *La simulazione implicita: aspetti sostanziali e processuali*, Pontificia Università Lateranense, Roma, 1999, pp. 147 ss.

<sup>182</sup> La dottrina tradizionale si era basata su una posizione ben sintetizzata dal Gasparri: “*Quod si pars mentali intentione excludat tantum rationem Sacramenti, dicens positive in mente sua: volo matrimonium sed nolo Sacramentum, valet matrimonium et est verum Sacramentum. Ratio est quia intentio ministri est necessaria ad ritum matrimoniale ponendum (in casu nostro contractum matrimoniale): sed hoc posito, quos ille ritus habeat Sacramenti rationem et effectus sacramentales producat, non pendet ad intentionem ministri, sed ab institutione Christi*”. Soltanto se l'intenzione del nubente si fosse specificata (“*contrahe tecum, sed nolo Sacramentum et, si Sacramentum fieret, tunc nolo matrimonium*”) in modo ulteriore, allora il matrimonio sarebbe escluso e si avrebbe un difetto radicale di consenso. Cfr. GASPARRI P., *Tractatus canonicus de matrimonio*, cit., p. 46, n. 827 e p. 86, n. 907.

<sup>183</sup> Ad esempio, si ha simulazione totale implicita quando il contraente vuole qualcosa che comporti l'esclusione della volontà interna di sposarsi, la quale è la causa per cui il vincolo nasce. Si può pensare ai casi in cui la volontà del soggetto si limita a realizzare solamente la cerimonia nuziale *ore tantum seu verbis*, concependo la parola nuziale come vuota e falsa. Si tratta, in questo caso, di una volontaria trasformazione delle nozze in una mera cerimonia esterna e senza contenuto reale, che costituisce un'esclusione del matrimonio *in fieri*. Cfr. coram STANKIEWICZ, diei 29 aprilis 1982, in RRDec., vol. LXXIV, p. 247, n. 4.

intende sostituire alla nozione di matrimonio dettata dalla Chiesa un concetto che lo escluda o che escluda il *consortium permanens* per la procreazione.

## 2.2. La simulazione parziale.

La compresenza di due volontà tra loro contraddittorie si rileva anche nella simulazione parziale, essendo entrambe le fattispecie di simulazione caratterizzate da un positivo atto di volontà escludente che si trova a essere contemporaneo nel nubente con la volontà di celebrare il matrimonio.

Nel caso della simulazione in esame si ha l'esclusione, per volontà di uno o di entrambi i coniugi, di un elemento<sup>184</sup> essenziale o di una proprietà<sup>185</sup> essenziale del matrimonio, in quanto il nubente vuole il matrimonio e, allo stesso tempo, vuole escludere uno dei *bona matrimonii*, riconducendo così il matrimonio a uno schema diverso da quello proposto dalla Chiesa. In questo caso il nubente spera di dar vita a un *consortium*, conforme ai propri desideri, vanificando la presunzione di conformità all'*intentio generalis facendi id quod facit Ecclesia*.

Sotto la vigenza del Codice pianobenedettino, l'oggetto dell'esclusione voluta dai contraenti era identificato dalla dottrina nella *substantia matrimonii*, ossia nei *bona matrimonii*. Escludendo anche solo uno dei *bona* si escludeva, quindi, la *substantia*

---

<sup>184</sup> L'enucleazione delle figure riconducibili agli elementi essenziali è meno immediata perché, a differenza delle proprietà, di esse non c'è una definizione legislativa. Gran parte della giurisprudenza e della dottrina li identifica nelle due ordinazioni del matrimonio ricordate dal canone 1055, ossia il bene dei coniugi e la procreazione ed educazione della prole, nonché la dignità sacramentale. Altri, arrivando comunque alle stesse conclusioni, sottolineano che la nozione di elemento essenziale del matrimonio si desuma dai canoni 1055 § 1, 1057 § 2 e 1095 nn. 2 e 3. Cfr. D'AURIA A., *Il consenso matrimoniale. Dottrina e giurisprudenza canonica*, cit., pp. 456 ss.

<sup>185</sup> Il canone 1086 § 2 del Codice pianobenedettino parlava esplicitamente di atto di volontà posto contro "*omne ius ad coniugalem actum*" o contro "*essentialem aliqua proprietatem*", in coerenza con l'oggetto del consenso che era allora circoscritto allo "*ius in corpus perpetuum et exclusivum in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem*" dal canone 1081 § 2. Rifacendosi alla dottrina agostiniana, dottrina e giurisprudenza distinguevano tre figure di simulazione parziale: esclusione del diritto alla prole (*bonum prolis*), alla fedeltà (*bonum fidei*) e all'indissolubilità (*bonum sacramenti*). Il Codice del 1983 non tipicizza espressamente le singole ipotesi di simulazione parziale ma si limita a parlare in termini generali di esclusione di una proprietà o di un elemento essenziale, rimettendo all'interprete l'enucleazione delle singole figure riconducibili alle due categorie. Cfr. FUMAGALLI CARULLI O., *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici con cinque sentenze rotali commentate a cura di Anna Sammassimo*, Vita e Pensiero, Milano, 2008, p. 145.

*matrimonii* e, perciò, il matrimonio non era valido. Identificando i *bona* nelle proprietà<sup>186</sup> essenziali del matrimonio e nel suo fine<sup>187</sup> primario, si hanno: il *bonum fidei*, il *bonum sacramenti* e il *bonum prolis*.

Nel Codice vigente, il matrimonio è ordinato<sup>188</sup> anche *ad bonum coniugum*, risultando anche quest'ultimo compreso tra gli elementi essenziali; esso rileva, inoltre, la dignità sacramentale delle nozze<sup>189</sup>.

Da quanto appena illustrato deriva che possono ricorrere cinque ipotesi di simulazione parziale, a seconda che l'*intentio* del soggetto, contraria allo schema matrimoniale indicato dalla Chiesa, abbia ad oggetto l'esclusione del *bonum prolis*, del *bonum coniugum*, del *bonum fidei*, del *bonum sacramenti* e della dignità sacramentale delle nozze.

L'esclusione di uno o più elementi essenziali o proprietà essenziali del matrimonio passa attraverso due fasi: la prima intellettuale e la seconda volitiva, in quanto nel soggetto vi deve essere una conoscenza, anche generica, dello schema matrimoniale richiesto dalla Chiesa e una contrapposizione ad esso con un suo schema personale. L'*intentio* del contraente, ossia il suo positivo atto di volontà, può essere attuale, quando è presente nel suo animo al momento della celebrazione, quindi quando esprime il consenso; oppure può essere virtuale, quando si sia formata precedentemente alla celebrazione e non sia venuta meno, pur non essendo presente nell'animo del soggetto al momento della celebrazione nuziale. In questi due casi di *intentio*, il matrimonio è invalido; mentre, se si verifica un caso di *intentio habitualis*<sup>190</sup>, non c'è efficacia invalidante perché essa non si è concretata nel positivo atto di volontà.

Si deve tenere presente che, al momento della celebrazione, solo chi esclude il diritto agli atti propriamente coniugali o il diritto alla fedeltà o non assume le relative obbligazioni

---

<sup>186</sup> Le proprietà essenziali del matrimonio sono l'unità e l'indissolubilità.

<sup>187</sup> Il fine primario del matrimonio è la *procreatio prolis*.

<sup>188</sup> Oltre ad essere sempre ordinato *ad prolis generationem ed educationem*.

<sup>189</sup> Si ricava dal canone 1099 del vigente Codice, il quale sancisce: "L'errore circa l'unità o l'indissolubilità o la dignità sacramentale del matrimonio non vizia il consenso matrimoniale, purché non determini la volontà"

<sup>190</sup> L'*intentio habitualis* costituisce solo un modo di pensare, un *habitus* mentale, che riguarda l'istituto matrimoniale in modo generico e la sfera intellettuale, senza investire il momento della determinazione di volontà del contraente. Anche nel caso in cui l'*habitus* mentale sia talmente radicato da dar vita a una seconda natura del soggetto e da investire qualsiasi atto da lui posto in essere, non sempre ciò implica una consapevole e positiva disposizione contraria allo schema matrimoniale imposto dalla Chiesa, versandosi spesso in una situazione di errore di diritto.

contrae un matrimonio invalido; mentre chi esclude l'esercizio di questi diritti o il compimento di queste obbligazioni, celebra un valido matrimonio. Ciò perché risulta compatibile l'intenzione simultanea, interna ai nubendi, di contrarre matrimonio e quella di non compiere l'obbligazione assunta o di non abusare di un determinato diritto; per la ragione che i beni della prole e della fedeltà non appartengono all'essenza del matrimonio, ma all'uso o all'esercizio di esso. L'oggetto formale del matrimonio non è l'atto coniugale, ma il reciproco dono del diritto ad esso, a cui è annessa la rispettiva obbligazione<sup>191</sup>.

### 2.2.1. *Intentio contra bonum prolis.*

L'esclusione del *bonum prolis* si identifica nella positiva intenzione del soggetto di realizzare un matrimonio infecondo, facendo venire meno il conseguimento dell'ordinazione *sua naturali* del matrimonio alla procreazione della prole<sup>192</sup>. Tale riserva escludente posta dal nubente, per avere un'efficacia tale da invalidare il consenso matrimoniale, deve escludere lo *ius-officium*<sup>193</sup> con riguardo agli atti coniugali da porre in essere, finalizzati alla generazione della prole.

All'epoca in cui era in vigore il Codice pianobenedettino, la dottrina individuava il *bonum prolis* nello *ius in corpus ad coniugalem actum*, ossia nel diritto ad esigere dalla controparte, in qualsiasi momento della vita in comune, il compimento dell'atto coniugale. Sulla base di questa interpretazione, era nullo il matrimonio quando venisse escluso il diritto di ogni copula rettamente ordinata o il diritto alla unione fisica naturale e, almeno in astratto, procreativa, e quindi il compimento di atti idonei alla procreazione della prole. Ciò poteva avvenire nel caso in cui il nubente concedesse il diritto a compiere

---

<sup>191</sup> Cfr. D'AURIA A., *Il consenso matrimoniale. Dottrina e giurisprudenza canonica*, cit., p. 457.

<sup>192</sup> Una coram COLAGIOVANNI, diei 28 aprilis 1992, in RRDec, vol. LXXXIV, p. 197, n. 10, precisa: "*Cum eadem ordinatio ad prolem sit de essentia matrimonii, ipsa exclusa, matrimonium orbatum in sua natura de elemento substantiali configuratur, atque ideo ipsum matrimonium, si contractum, fucatur*".

<sup>193</sup> Sulla distinzione tra *ius* ed *exercitium iuris* rileva, ai nostri fini, la coram YAACOUB, *Taurinen*, diei 30 novembris 2011, in A., 166/2011, n. 12, nella quale si sottolinea che: "*Iurisprudencia Tribunalis Rotae Romanae distinguit exclusionem iuris ab exclusionem eiusdem iuris exercitii necnon a iuris abusu. Si nubens, positivo voluntatis actu, explicito aut implicito, vel saltem virtuali numquam revocato, absolute excludit ius ad huiusmodi actus vel sibi reservat ius determinandi, pro suo libito, utrum et quando illud tradat, invalide contrahit. Valide vero si agatur de exercitii iuris detrectatione, quae supponit abusum iuris concessi, ideoque non evincit simulationem consensus*".

atti coniugali solo per un periodo di tempo determinato, o solo con l'impiego di contraccettivi o di tecniche contra natura, oppure escludesse di concedere il diritto a compiere del tutto atti coniugali in perpetuo.

Oggi giorno, la dottrina, alla luce dell'odierno dato normativo, ritiene che l'esclusione del *bonum proles* abbia luogo quando un nubente rifiuti la prole in sé e quando tale rifiuto sia perpetuo. Quando l'atto di negarsi ad atti coniugali fecondi è inteso in modo assoluto e irrevocabile, comporta la nullità del matrimonio.

Giurisprudenza e dottrina dominanti, basandosi sul canone 1057 § 2 del Codice vigente, ritengono che i diritti-doveri del matrimonio sorgano come conseguenza della donazione personale oggetto del consenso matrimoniale, pertanto non vi sarebbe donazione se venisse esclusa la reciprocità dei diritti-doveri.

La giurisprudenza canonica fa una distinzione tra esclusione assoluta e perpetua, che rende nullo il matrimonio, ed esclusione *ad tempus*, la quale non sempre<sup>194</sup> invalida il consenso matrimoniale<sup>195</sup>. Quest'ultima può, a sua volta, declinarsi in tre sottospecie

---

<sup>194</sup> In tal caso, "l'*ordinatio ad prolem* del rapporto coniugale, sia pure limitata o impoverita, non resta del tutto pregiudicata e non si ha un'alterazione della fisionomia sostanziale del matrimonio tale da comportare l'invalidità. Quest'ultima è, però, una regola valida soltanto in linea di massima, una presunzione che è pur sempre suscettibile di prova contraria: anche la limitazione temporanea della generazione della prole può, infatti, in certi casi, comportare l'esclusione dello stesso diritto ed incidere sulla validità del matrimonio". Cit. MONETA P., *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, cit., p. 133.

La conseguenza della complessità casistica dell'esclusione del bene della prole è la classica distinzione, dettata da giurisprudenza e dottrina, tra esclusione del diritto ed esclusione dell'esercizio del diritto, la quale ricopre un ruolo molto importante ai fini pratici con riferimento all'esclusione *ad tempus* e ha portato a individuare alcuni criteri probatori presuntivi per comprendere la vera *intentio nubentis*. Grazie a ciò, si presume che vi sia esclusione del diritto quando la prole sia stata esclusa per patto o per condizione; oppure quando il motivo dell'esclusione sia perpetuo e grave; o quando il proposito antiprocreativo sia posto in essere mediante un costante utilizzo di metodi contraccettivi. Cfr. D'AURIA A., *Il consenso matrimoniale. Dottrina e giurisprudenza canonica*, cit., pp. 527-528.

<sup>195</sup> Cfr. coram DE LANVERSIN, diei 5 aorilis 1995, in RRDec., vol. LXXXVII, pp. 254-255, n.8. "A. *Exclusio absoluta et perpetua, illius scilicet qui dum verba consensum exprimentia profert, firmum gerit propositum in perpetuum excludendi proles generationem. Hoc sane in casu invalide contrahit, et morali cum certitudine teneri potest ius ad prolem a contrahente exclusisse, si ex actis saltem constet: a) procreationem eventum futuro absolute alligatam esse, cuius verificatio determinatum vel indeterminatum tempus implicat; b) simultanem per totum tempus vitae coniugalis, saltem ad aliquo annos protractae, pervicaciter et sine interruptione usum contraceptivorum sollicitasse ac adhibuisse; c) problem, ab altera parte sollicitatam, mordicus denegata fuit. B. Exclusio ad tempus habetur, cum, ob causas natura sua transeuntes, per definitum tempus proles excludatur, quo in casu contrahens validum profert consensum mera procrastinatio procreationis, seu proles "ad tempus" exclusio intentionem in toto non subvertit, ideo illa exclusio cum iure coniugali recte tradito et acceptato componi potest et matrimonium invalidum non reddit*".

consistenti nella esclusione *ad tempus determinatum*<sup>196</sup>, l'esclusione in forma condizionata<sup>197</sup> e l'esclusione *ad libitum prolis*<sup>198</sup>.

L'esclusione assoluta e perpetua può avvenire attraverso metodi diversi, come mediante un patto tra i contraenti o attraverso la apposizione di una condizione, oppure subordinando la generazione della prole al verificarsi o non di un evento futuro e incerto in un momento determinato o indeterminato. Se durante la vita coniugale uno dei due sposi fa sempre ricorso, senza nessuna interruzione, a mezzi contraccettivi, richiedendo tali cautele anche all'altra parte, per la quale la prole è rifiutata a fronte delle richieste della comparte, si ha la nullità delle nozze, in quanto il soggetto non si è donato e ha, inoltre, impedito la donazione anche all'altro soggetto.

L'esclusione *ad tempus determinatum* si identifica in un rimando per motivi transeunti e non rende nullo il matrimonio, in quanto il soggetto o i soggetti hanno l'*intentio prolis*, ma la procrastinano. In tale ipotesi può essere fatto rientrare anche il caso in cui un soggetto abbia usato le cautele per sé, ma senza impedire alla comparte atti aperti alla procreazione non ricorrendo ad alcuna precauzione.

L'esclusione *ad libitum prolis*, infine, si ha quando la generazione della prole è fatta dipendere da un evento futuro e incerto che potrebbe anche non verificarsi. Si deve tenere presente che in questi casi il criterio che distingue tra nullità e validità è dato dal fatto che se il soggetto ricorrente alle cautele ha consentito alla comparte atti aperti alla prole, il matrimonio è valido; se, invece, non lo ha consentito, significa che la donazione interpersonale non c'è stata e, quindi, il matrimonio è nullo.

Si ritiene, inoltre, che ci sia la nullità del matrimonio anche nel caso di coniugi che rifiutano il momento unitivo della coppia, ricorrendo a forme di procreazione artificiale, alle quali la dottrina della Chiesa si oppone ritenendole contrarie all'unità del matrimonio,

---

<sup>196</sup> L'esclusione *ad tempus determinatum* non inficia la validità del matrimonio, in quanto nel nubente vi è un'*intentio prolis*, la quale è compatibile con la validità del consenso.

<sup>197</sup> L'esclusione in forma condizionata diventa assoluta e invalidante nel caso in cui la nascita dei figli venga subordinata al verificarsi di un evento impossibile o di circostanze imprevedibili, indeterminate o pretestuose, tali da far risultare il rifiuto della prole come aleatorio e indefinito nel tempo. "*Si quis reservat in contrahendo, iuris traditionem si et quatenus certa adveniant adiuncta in futuro, is procul dubio non tradit in actu celebrationis, ac proinde consensum obiectum coarctat*" Cit. coram BRENNAN, diei 24 octobris 1996, in RRDec. Vo. LVIII, p. 724, n.5.

<sup>198</sup> Nell'esclusione *ab libitum prolis* si è in presenza di una *limitatio absoluta et hoc quia deest commutatio iuris in prolem*.

alla dignità degli sposi e al diritto del figlio di essere concepito e messo al mondo nel matrimonio e dal matrimonio<sup>199</sup>.

### 2.2.2. *Intentio contra bonum coniugum.*

La fattispecie in esame è una novità del Codice vigente in quanto nella normativa pianobenedettina c'era una disparità tra i fini del matrimonio, in conseguenza della quale la dottrina includeva tra i *bona* il fine primario della *procreatio prolis* ed escludeva i fini secondari del *mutuum adiutorium* e del *remedium concupiscentiae*.

Ad opera del Concilio Vaticano II si è affermata una dimensione più personale del matrimonio e si è diffusa la tesi secondo la quale nei *bona matrimonii* dovesse essere ricompreso anche il *bonum coniugum*.

Alla luce del quadro appena descritto, si è sostenuto come il *bonum coniugum* fosse lo *ius ad vitae communionem* mostrato da ciascun coniuge nei confronti dell'altro, ossia il diritto di ciascuno all'integrazione reciproca, sul piano fisico, morale e intellettuale.

Nella prassi giudiziaria della Chiesa si deve constatare una scarsa applicazione di questa fattispecie di simulazione parziale per la difficoltà di identificare cosa si intenda per *bonum coniugum* e anche per la tendenza a riportare tale fattispecie nell'alveo della simulazione totale<sup>200</sup>.

La dottrina più recente ritiene superata l'impostazione secondo la quale i nubendi sono titolari di uno *ius* e preferisce identificare l'elemento in esame con l'integrità della comunione di vita e di amore fra i coniugi, intesa come profondo sentimento che porta l'uomo e la donna a donarsi reciprocamente e a desiderare il bene e la felicità dell'altro.

---

<sup>199</sup> Cfr. STANKIEWICZ A., *L'esclusione*, Ius Ecclesiae, p. 160 ss.

<sup>200</sup> Al proposito si legge in una coram FERREIRA PENA, diei 26 martii 2010, in A., 57/2010, pp. 142 ss: “*Pariter actum positivum voluntatis minime aequant velleitates, tendentiae, opiniones, erroneae, animi desidia et similia; non confundendus est cum positiva contra bonum coniugum intentione merus defectus flagrantis amoris in partem, qui etiam ex peculiari psychologica personae structura pendere potest. Attamen admittendum est simulationem perfici posse non tantum explicitate, sed etiam implicitate; implicita exclusio; ex. gr., scaterere posset ex fine subiectivo in quem nubentis intentio dirigitur. Si enim praevalens nubentis voluntas vergit in finem quendam bono coniugum irreductibiliter contrarium, implicitate huiusmodi matrimonii essenziale elementum excluditur. Haud secus implicita exclusio haberetur cum finis subiectivus contrahentis, exclusive intentus, nullum spatium in intentione nubentis relinqueret fini matrimonii institutionalis, nempe bono coniugum; etsi admittendum est huiusmodi in casu difficile exstare discrimen cum totalis simulationis figura”.*

La nullità derivante da tale fattispecie si ha nel caso in cui i comportamenti funzionali al *bonum coniugum* siano stati negati dal nubente, al momento della celebrazione del matrimonio, con una consapevole volontà contraria a qualsiasi impegno a favore del bene e del perfezionamento dell'altro soggetto come coniuge.

Si deve notare anche la difficoltà della formazione stessa, nell'animo interno del soggetto, di un tale atto positivo di volontà escludente, salvo il caso, di scuola, del soggetto che contrae matrimonio con il solo intento di far soffrire l'altra persona<sup>201</sup>.

Nella maggior parte dei casi portati all'attenzione della giurisprudenza si riscontra una costante mancanza della prova diretta, in quanto nelle cause diffuse per esclusione del *bonum coniugum* da parte di uno o di entrambi i contraenti difetta, quasi sempre, la confessione giudiziale o stragiudiziale del presunto simulante. A ciò consegue che il sillogismo probatorio tende ad appoggiarsi prevalentemente sulla prova indiretta, con il rischio, però, di valorizzare eccessivamente gli indizi da cui dedurre presunzioni<sup>202</sup> o di desumere troppo dal comportamento concludente<sup>203</sup>.

Tale difficoltà fa sì che la maggior parte dei casi di esclusione del *bonum coniugum* rientri nella simulazione implicita e non in quella esplicita, per avere la quale ci dovrebbe essere un esplicito atto di volontà del nubente diretto a costituire “una unione coniugale senza che ci sia la disponibilità di sé e quella propensione alla crescita del rapporto maritale, indispensabili perché venga mosso quel processo fisico, psichico, volitivo-affettivo”<sup>204</sup>

---

<sup>201</sup> Cfr. BERTOLINI G., *La simulazione del bonum coniugum*, Cedam, Padova, 2012, p. 260.

<sup>202</sup> Ad esempio, facendo elevare a *causa simulandi proxima* l'assenza di amore oblativo e sponsale, in vicende coniugali caratterizzate da una veloce relazione prenuziale, pronunciate differenze di età e breve convivenza coniugale. Oppure ritenendo *causa simulandi remota* l'indole violenta o anaffettiva del coniuge, caratterizzata da perfidia e del tutto carente di capacità di amare. Cfr. coram PINTO, diei 9 iunii 2000, in RRDec., vol. XCII, n. 12, p. 466 e coram Ferreira Pena, diei 9 iunii 2006, cit., p. 245, n. 10.

<sup>203</sup> In tal senso, alcune sentenze fanno riferimento al concetto di prova equipollente ritenendo che, come il consenso interno si manifesta attraverso parole e segni, allo stesso modo l'esclusione del *bonum coniugum* può manifestarsi attraverso parole e segni equipollenti. A tal proposito si veda una coram Turnaturi, diei 13 maii 2004, in A., 51/04, n. 9: “*Atqui, sicut internus animi consensus manifestari potest verbis vel signis, ita et ordinatio ad bonum coniugum verbis vel signis aequipollentibus excludi potest quia “Expressit tacitque vim eandem ac potestatem est”, et proinde, cum sat difficile sit concipere “melius esse” inde ad initio contrarium “esse” ad quod “melius” suapte natura tendere debet, nulla superveniente causa ab alienationis animorum coniugum ex qua finis consortii coniugalis sequatur, ita ab alienatus et inde ad initio immutatus perseverans modus sese gerendi unius coniugis erga alterum, aequipollenter probationem constituit pro admittenda, salva hypothesis incapacitatis, exclusionem naturalis ordinationis consortii ad bonum coniugum”*”.

<sup>204</sup> Cit. Tribunal Ecclesiasticum Regionale Campanum, coram SCANCAMARRA, 10 marzo 1992, in “Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale”, 104 (1993/II), Giuffrè, Milano, 1975, p. 30.



che deve connotare la dimensione matrimoniale. Sembra raffigurarsi come più plausibile l'ipotesi in cui il soggetto simulante si accosti alla celebrazione del matrimonio escludendo positivamente e in modo implicito il *bonum coniugum* proponendosi di usare l'altro coniuge per scopi egoistici e unicamente per il proprio tornaconto personale.<sup>205</sup>

### 2.2.3. *Intentio contra bonum fidei.*

L'esclusione del *bonum fidei* costituisce un capo di nullità del matrimonio difficile da dimostrare, in quanto la sua delicatezza e specificità fanno sì che, nel sillogismo probatorio, spesso manchi la dichiarazione giudiziale dell'atto positivo della volontà del soggetto che si presume essere il simulante<sup>206</sup>. In tal caso bisognerà procedere attraverso una valutazione del dato testimoniale e della sua congruenza estrinseca con la dichiarazione giudiziale e stragiudiziale dell'altro coniuge e attraverso, inoltre, una valutazione dei fatti oggettivi dai quali si deve desumere l'avvenuta esclusione della fedeltà coniugale.

Una tale *intentio* si verifica quando il nubente non intende riservare solo all'altra parte il diritto agli atti coniugali, ossia quando il nubente rifiuti il vincolo di fedeltà reciproca che deriva dal matrimonio e in forza del quale non sono permesse relazioni extra-coniugali.

---

<sup>205</sup> “Sul piano pratico tale esclusione può configurarsi in vari modi, per esempio chi, sposandosi, ricerca unicamente ed egoisticamente di avere a propria disposizione una persona per disbrigare le faccende domestiche; chi rifiuta di fatto di convivere in una medesima casa; chi nega all'altro l'integrazione affettiva anche sul piano fisico e sessuale, o ricerca soltanto egoisticamente una mera soddisfazione dei suoi istinti; chi, pur legandosi a un'altra persona con il vincolo matrimoniale, non vuole staccarsi con il pensiero e con l'affetto da altre e pregresse esperienze affettive. In tutti questi casi si vuole il matrimonio, ma di fatto non se ne accettano le esigenze e in particolare quella finalizzazione essenziale che è connaturale alla *substantia matrimonii*” cit. Tribunal Ecclesiasticum Regionale Etruscum, coram VIANI, diei 9 martii 1994, in “Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale”, 106 (1995/II), pp. 77-78.

<sup>206</sup> “Si deve tener presente che esiste la possibilità di arrivare alla certezza morale circa l'avvenuta esclusione del “*bonum fidei*” anche nel caso della mancata confessione del simulante o delle sue dichiarazioni extragiudiziali. In questa fattispecie la prova diretta diventa ovviamente più difficile ma è tuttavia ottenibile tramite l'attenta analisi degli altri fatti univoci riportati nel giudizio insieme con la valutazione della personalità dell'asserito simulante. Nello stesso modo si deve procedere per superare le difficoltà di valutare la vera intenzione dell'accusato quando colui nega ostinatamente di aver escluso il “*bonum fidei*” le dichiarazioni della parte che nega l'asserita esclusione devono essere misurate nelle inequivocabili fattispecie del caso concreto senza le generalizzazioni acquisite *ex auditu*”. Cit. PAWLOWSKI A., *Il “bonum fidei” nella tradizione canonica e la sua esclusione nella recente giurisprudenza rotale*, Libreria Editrice Vaticana, Roma, 2002, p. 336

Deve ritenersi che il comportamento post nuziale del soggetto, anche se scandalosamente infedele, non è di per sé sufficiente a provare la fattispecie in esame ma può valere come mero indizio di una certa volontà, precedente al matrimonio, di escludere la fedeltà; allo stesso modo non è sufficiente nemmeno un atteggiamento, al momento del matrimonio, di leggerezza o di scarso impegno e serietà circa eventuali possibili infedeltà<sup>207</sup>.

Giurisprudenza e dottrina, nonostante le difficoltà illustrate, sono riuscite a individuare una casistica puntuale e meticolosa nella quale si possono identificare le ipotesi di simulazione implicita ed esplicita, potendosi operare tale distinzione con riferimento al capo *de quo agitur*.

Si ritiene che tra le ipotesi della fattispecie in esame, costituiscano casi di simulazione esplicita quelle di colui che escluda la fedeltà con formale atto bilaterale o con una condizione *sine qua non* e quelle di colui che è convinto che sia impossibile osservare la fedeltà richiesta dalla Chiesa o che si riservi di avere rapporti sessuali con altre persone in dispregio della dottrina canonica.

Tra le ipotesi di simulazione implicita, invece, rientrano i casi di chi, al momento di contrarre matrimonio, è legato ad altre relazioni, di chi è costretto a sposare una persona che non ama o di chi si sposa con l'intenzione di non lasciare l'amante o di assumere l'obbligo di rapporto con altre persone. Rientra tra queste ipotesi anche il caso di chi, immediatamente prima e dopo il matrimonio, coltivi relazioni intime con altre persone e di chi consideri il libertinaggio come un diritto inalienabile<sup>208</sup>.

Aderendo alla tradizionale impostazione, si deve fare presente che non si ha una *intentio contra bonum fidei*, ma solo un'esclusione dell'esercizio del diritto, nel caso in cui il soggetto si riservi di violare occasionalmente, anche se in modo frequente, il dovere di fedeltà coniugale, perché in tali casi alla condotta in esame corrisponde solo una volontà di non adempiere all'obbligo e non una volontà diretta ad escluderlo. Nel caso in cui,

---

<sup>207</sup> In questo caso si potrebbe trattare di esclusione o abuso dell'esercizio del diritto e non di esclusione del diritto alla fedeltà dell'altro coniuge e del relativo obbligo del soggetto alla fedeltà stessa. Dopo aver sottolineato che esclude il *bonum fidei* "chi nega alla comparte il diritto esclusivo atti coniugali" e cioè "chi si riserva il diritto ai rapporti intimi con altre persone ed esclude il dovere dei soli rapporti con la comparte", l'autore sottolinea che non rientra in tale fattispecie la condotta di "chi, pur concedendo il diritto, prevede che per propria debolezza o per deliberata volontà, potrà avere delle relazioni extraconiugali". Cit. BERSINI F., *Il diritto matrimoniale canonico. Commento giuridico-teologico-pastorale*, Elledici, Torino, p. 122.

<sup>208</sup> "Sotto questo profilo è pure invalido il matrimonio dell'uomo che si sposa con il proposito o con la condizione che la moglie si prostituisca a scopo di guadagno". Cit. BERSINI F., *Il diritto matrimoniale canonico. Commento giuridico-teologico-pastorale*, cit., p. 123.

invece, sia escluso l'obbligo alla fedeltà e il soggetto si riservi la facoltà e la libertà di compiere gli atti coniugali, o di condividere la propria vita con una persona diversa dal suo coniuge, o se il soggetto si impegni a non lasciare o a ricongiungersi con una persona a cui era precedentemente legato e diversa da quella con cui contrae il matrimonio e quindi non si concede in modo esclusivo al futuro coniuge, si ha la nullità del matrimonio per esclusione del diritto e non solamente dell'esercizio del diritto.

#### *2.2.4. Intentio contra bonum sacramenti.*

Il termine sacramento, nel caso in esame, significa giuramento, ossia impegno solenne, dedizione perpetua, rafforzata dalla sacralità del vincolo.

La fattispecie di esclusione in esame ha luogo quando uno dei due nubendi contrae il matrimonio rifiutando la sua proprietà essenziale dell'indissolubilità, e questo accade quando il soggetto, al momento della celebrazione del matrimonio, si sposa con l'intenzione di far uso del divorzio in sede civile o con il fine di ottenere, attraverso l'uso di mezzi fraudolentemente precostituiti prima delle nozze, la dichiarazione di nullità del matrimonio canonico, qualora si accorga che la sua unione è infelice.

La volontà del nubente, in alcuni casi, è diretta a escludere il valore sacramentale del matrimonio celebrato tra battezzati. Sotto la vigenza del Codice pianobenedettino non si riteneva configurabile una simulazione parziale avente ad oggetto la dignità sacramentale, in quanto si vedeva la sacramentalità come una qualificazione operata dall'ordinamento a prescindere dalla volontà dei soggetti; il canone 1012 § 2<sup>209</sup> di detto Codice sanciva che non poteva esistere un valido contratto matrimoniale tra due soggetti battezzati che non fosse perciò stesso sacramento e, perciò, si riteneva che si potesse provare l'esclusione della sacramentalità solo provando l'esclusione del matrimonio stesso e, quindi, una simulazione totale. La dottrina attuale, invece, ritiene che possa esserci una volontà diretta a escludere anche solo la sacramentalità del matrimonio; infatti, il canone 1055 § 2<sup>210</sup> ribadisce il principio sancito dal canone 1012 dell'abrogato Codice. In base all'attuale

---

<sup>209</sup> Il canone 1012 del Codice pianobenedettino sanciva: “*Gesù Cristo elevò a sacramento il contratto matrimoniale fra i battezzati e perciò fra questi non si dà contratto matrimoniale che non sia sacramento*”.

<sup>210</sup> Il canone 1055 § 2 del vigente Codice sancisce: “*Pertanto tra i battezzati non può sussistere un valido contratto matrimoniale, che non sia per ciò stesso sacramento*”.

Codice, si ritiene possibile che un errore sulla dignità sacramentale del contratto comporti l'invalidità del matrimonio<sup>211</sup> e, quindi, si deve ritenere ammissibile che gli sposi possano escludere, con un atto positivo di volontà, la sacramentalità del vincolo, con la conseguenza della nullità del matrimonio.

L'esclusione dell'indissolubilità del vincolo può realizzarsi secondo diverse modalità, infatti giurisprudenza e dottrina distinguono l'esclusione in forma assoluta<sup>212</sup> dall'esclusione in forma ipotetica o condizionata<sup>213</sup>, la quale può a sua volta distinguersi in esclusione della stabilità del matrimonio, della perpetuità del vincolo matrimoniale e dell'indissolubilità in senso stretto, attuata mediante la positiva riserva di divorziare al fine di recuperare la libertà personale. Tutte le ipotesi ora descritte costituiscono anche ipotesi di simulazione implicita.

Si deve chiarire che si tratta di tre ipotesi distinte tra di loro dal punto di vista teorico, ma che, nella prassi giudiziaria, possono sovrapporsi e confondersi<sup>214</sup>. Deve essere tenuto presente che in dette ipotesi non basta la generica intenzione<sup>215</sup> o il proposito di rompere

---

<sup>211</sup> Ciò ai sensi del canone 1099 del vigente Codice, il quale sancisce: “*L'errore circa l'unità o l'indissolubilità o la dignità sacramentale del matrimonio non vizia il consenso matrimoniale, purché non determini la volontà*”.

<sup>212</sup> L'esclusione in forma assoluta si ha nel caso in cui il nubente “*bonum sacramenti ad obiecto consensus omnino reicit, quamlibet circumstantiam praetermittens*”. Cfr. coram CABERLETTI, diei 23 maii 1997, in RRDec., vol. LXXXIX, n. 3, p. 439.

<sup>213</sup> L'esclusione in forma ipotetica o condizionata non è condizionata dall'indissolubilità, ma si tratta di una vera e propria esclusione positiva dal momento che l'indissolubilità del vincolo è comunque esclusa ma si fa dipendere la rottura da una certa circostanza. A tal proposito è stato sottolineato che “*in conditionali exclusione indissolubilitatis utiliter distingui potest voluntas sensu psychologico considerata a voluntate intenta sensu iuridico seu normativo. Iamvero, conditionalis seu hypothetica voluntas indissolubilitatem excludens, licet sub aspectu psychologico firma ac definitiva sit, quia revocationem et modificationem non patitur, sub aspectu iuridico seu normativo incerta manet donec praeventus eventus verificetur, quia tunc tantum significationem definitivae exclusionis consequetur*”. Cit. VILLEGGIANTE S., *L'esclusione del “bonum sacramenti”*, in AA.VV., *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 1990, pp. 212-213

<sup>214</sup> “*At invaliditas consensus consequitur quoque si contrahens implicite matrimonium dissolubile intendat, verbi gratia, si matrimonium ad tempus tantum inire velit, vel ad experimentum, donec scilicet comprobet initi connubii felicem exitum. His in casibus, enim, tempore commutati consensus nubens perpetuitatem vinculi implicite excludit. Exclusion indissolubilitatis matrimonii, seu, ut fateri assuevit, boni sacramenti, aliquando absolute fit, saepius vero condionate. Contrahens, scilicet, non absoluta ratione sibi reservat libertatem se a vinculo exuendi, sed tantummodo certis forte evenientibus adiunctis, quod de more expressione si casus ferat indicatur; idque significare potest: si amor refrigescat. Alia ex parte, sicut supra innuimus, haud necessario actus positivus voluntatis explicitus requiritur vel actualis; sufficit etiam implicitus – seu contentus in alia firma volitione, quae matrimonium dissolubile necessario praesupponat – et virtualis – idest, antea elicitus sed nunquam efficaciter revocatus et virtute nempe vigens tempore celebrati matrimonii*”. Cit. coram FERREIRA PENA, diei 8 iulii 2011, in A., 122/2011.

<sup>215</sup> A tal proposito è stato precisato che “*... intentio abrumpendi vinculum non sufficit quia haec intentio, quae in intellectu tantum sistit, confundenda non est cum voluntatis intentione qui subiectum movet ad agendum*”. Cit. coram MONIER, diei 1 martii 2022, in A., 25/02, n. 5.

il vincolo che resta nell'intelletto, ma serve un atto positivo di volontà; infatti, ad esempio, nel caso in cui un nubente abbia idee marxiste favorevoli al divorzio e alla facoltà di abortire, ciò non è sufficiente, ma deve provarsi anche la riserva, anche se implicita, di ricorrere al divorzio e allo scioglimento del matrimonio con la comparte se le cose vanno male.

In alcune sentenze la simulazione implicita dell'indissolubilità è stata desunta dalla filosofia di vita del nubente, come nel caso di una donna che attribuiva, prima delle nozze, enorme e fondamentale importanza al fatto che il matrimonio fosse una vera comunione di vita e che aveva lasciato il marito perché questa comunione non si era realizzata<sup>216</sup>; oppure nel caso di un uomo che aveva lasciato la moglie infedele in quanto, prima del matrimonio, si era espresso più volte e in maniera decisa a favore della necessità della fedeltà da parte della donna.<sup>217</sup>

Si vuole ora esaminare un primo modo di esclusione dell'indissolubilità del matrimonio, ossia quello di chi contrae un matrimonio *ad tempus*; ipotesi che si verifica nel caso in cui i nubendi vogliono dar vita a un consorzio stabile, ma temporale. Tale fattispecie può manifestarsi con l'intenzione di rifiutare totalmente o in blocco la perpetuità, venendo così in essere una simulazione esplicita; o con l'intenzione di voler riconoscere l'esistenza del vincolo o di alcuni suoi aspetti solo per un determinato periodo di tempo, dipendente da delle condizioni, come il verificarsi di qualche circostanza prevista, o dallo stesso

---

<sup>216</sup> Una *Basileen.*, coram ERLEBACH, 20 decembris 2012, in A., 195/2012 ritiene che le testimonianze provino che l'attrice intendesse contrarre e rimanere nel vincolo matrimoniale "...si directum sit ad veram communionem vitae" e da esse trae la certezza morale della tesi "*implicitae et hypotheticae exclusionis indissolubilitatis matrimonii ratione magni momenti quod Actrix tribuebat bonae qualitatis vitae communis, intentae uti "echte Partnerschaft": et quidem non sensu mere conceptuali, sed etiam re vera persecuto cum Actrix "stets eine echte Partnerschaft anstrebt"*". Dunque, "*difficultatem ergo non constituunt paucae et non explicatae confessiones extraiudiciales collectae in prima instantia; agitur enim de exclusione implicita, innixa in singulari philosophia vitae mulieris actricis 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 persequatur tempore nuptiarum – exclusit implicite et quidem hypothetice indissolubilitatem cuiuslibet sui matrimonii, independenter a persona contrahentis. Causa simulandi proxima et debilis seu debii valoris causa contrahendi uti effectum habuerunt solummodo quod firmiter reddita est iam prae habita intentio Actricis. Aliis verbis, singularis omnino casus prae manibus, pari ratione singularem requirit applicationem sueti schematis probatorii*".

<sup>217</sup> Un ulteriore esempio, tra gli innumerevoli possibili, è il caso del nubente che lascia il coniuge perché non ricambia i propri sentimenti. Il collegio, nel caso di specie, ha stabilito che "*amor per se nullatenus confligit cum intentione vinculi solvendi, si altera pars amori non respondeat vel immo ipsum prodat*", ritenendo nullo il matrimonio per esclusione implicita da parte dell'attore dell'indissolubilità del matrimonio, nonostante forti contraddizioni nelle testimonianze e l'opposizione della convenuta.

arbitrio del nubente<sup>218</sup>. In queste ipotesi, il volere un'unione per un determinato periodo di tempo o fino a quando le cose vanno bene, sono esempi di volontà volta a escludere l'indissolubilità del matrimonio che si contrae. L'esempio più comune che si può fare è quello di colui che intende restare sposato con la comparte fino a quando dura il sentimento amoroso o l'attrazione sessuale, o fino a quando non riuscirà ad avere figli.

Il secondo caso di esclusione implicita dell'indissolubilità è rappresentato dal matrimonio per prova o per esperimento, il quale respinge la stessa stabilità del vincolo. Tale fattispecie si basa sulla volontà di porre in essere un tentativo di vita coniugale, riservandosi la facoltà di approvare o rifiutare il risultato, supponendo nel presente una futura volontà di convertire la convivenza in matrimonio nel caso di valutazione positiva o terminandola, nel caso di valutazione negativa.<sup>219</sup>

Un esempio di esclusione con la modalità appena esposta si ha nei casi di chi intende instaurare solo una convivenza sessuale transitoria, episodica e temporanea, senza alcun impegno ai fini della stabilità e della permanenza di tale relazione e della sua apertura alla comunità familiare.<sup>220</sup>

Infine, il terzo caso è rappresentato dall'esclusione diretta o in senso stretto dell'indissolubilità, la quale avviene nel caso in cui il nubente, pur avendo la positiva intenzione di celebrare il matrimonio, si riserva il potere di sciogliere il vincolo giuridico valido al verificarsi di determinate circostanze<sup>221</sup>. Il soggetto, in questo caso, quindi, intende l'istituto matrimoniale come dissolubile e percepisce il vincolo matrimoniale come rescindibile.

---

<sup>218</sup> L'esempio più comune di quest'ultima fattispecie è quello di colui che intende rimanere sposato fino a quanto dura il sentimento amoroso o l'attrazione sessuale, oppure fino a quando non riuscirà ad avere figli o i figli non diventeranno maggiorenni, così in tutte le ipotesi in cui il soggetto rimane legato alla comparte fino a quando non ottiene un fine soggettivo e non oltre.

<sup>219</sup> Si tratta di una *condicio resolutoria de futuro*, la quale si raffigura in una 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.

<sup>220</sup> Cfr. STANKIEWICZ A., *La simulazione del consenso per l'esclusione dell'indissolubilità*, Ius Ecclesiae, 2001, pp. 662-663.

<sup>221</sup> *“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 limitatione celebratum tamquam non existens atque semetipsum veluti numquam vinculo ullo copulatum”*. Cit. STANKIEWICZ A., *De iurisprudencia rotali recentiori circa simulationem totalem et partialem*, Ius Ecclesiae, p. 445.

Si deve precisare e chiarire che l'atto positivo di volontà non deve essere confuso con la volontà ipotetica, in quanto l'ipoteticità deve essere riferita all'evento, il quale è ipotetico, futuro e incerto; mentre, ai fini della simulazione, la volontà di procedere con la rescissione del vincolo al verificarsi dell'evento deve essere assoluta o certa.





## CAPITOLO III

### I VIZI DEL CONSENSO E IL CONSENSO CONDIZIONATO

SOMMARIO: 1. L'errore – 1.1. L'errore di diritto sull'identità del negozio: l'analisi del canone 1096. – 1.2. L'errore sulle qualità del negozio: il canone 1099. – 1.2.1. La differenza con l'istituto della simulazione. – 1.3. L'errore sulla persona: disciplina attuale e il Codice del 1917. – 1.4. L'errore sulle qualità della persona. – 2. Il dolo. – 2.1. Il dolo come vizio del consenso. – 2.2. L'irrelevanza del dolo prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice di diritto canonico. – 2.3. Il dolo nel Codice del 1983. – 2.4. I requisiti del dolo invalidante. – 2.5. L'azione dolosa e l'inganno subito dal *deceptus*. – 2.6. Differenza tra dolo ed errore. – 3. La violenza morale e il timore. – 3.1. La violenza morale quale vizio del consenso tra la vecchia e la nuova disciplina canonistica. – 3.2. L'origine *ab extrinseco* della *vis*. – 3.3. Il requisito della *gravitas*. – 3.4. Il timore reverenziale. – 4. La disciplina della condizione. – 4.1. Il consenso matrimoniale condizionato e le due ipotesi di condizione. – 4.2. Condizione ed esclusione dell'indissolubilità.

#### **Premessa.**

Nel presente capitolo si analizza la disciplina dei tre vizi del consenso, ossia l'errore, il dolo e la violenza morale, con il fine di chiarire quali conseguenze ed effetti essi producano.

Si ritiene di dover svolgere tale studio esaminando separatamente le tre fattispecie, così da riuscire a soffermarsi sulla loro disciplina canonistica, prima e dopo l'entrata in vigore dell'attuale Codice, e sui loro requisiti ed elementi essenziali.

#### **1. L'errore.**

##### *1.1. L'errore di diritto sull'identità del negozio: l'analisi del canone 1096.*

L'errore ostativo cade sulla dichiarazione e forma un ostacolo alla formazione del consenso, determinandone il difetto. Ciò può conseguire all'errore sull'identità del negozio, all'errore di diritto sulle proprietà e sulla sacramentalità del negozio e all'errore di fatto sull'identità del coniuge.

Rileva precisare, ai nostri fini, che l'errore deriva da una situazione di ignoranza o di falsa apprensione della realtà, consistendo, quindi, in una conoscenza sbagliata di circostanze, qualità o rapporti.

Si deve chiarire un'importante distinzione, posta dall'ordinamento canonico, tra due tipologie di errori, quali l'errore di fatto<sup>222</sup> e l'errore di diritto<sup>223</sup>; si deve precisare, inoltre, che l'errore sulla identità del soggetto o del negozio è un errore ostativo che invalida il matrimonio, mentre l'errore sulle qualità, definito errore motivo, non comporta la nullità del matrimonio.

Il canone 1096<sup>224</sup> § 1 del vigente Codice disciplina l'errore di diritto sull'identità del negozio e sancisce che, affinché vi sia consenso matrimoniale, è necessario che i contraenti almeno non ignorino che il matrimonio è la comunità permanente tra l'uomo e la donna, ordinata alla procreazione della prole mediante una qualche cooperazione sessuale. Dal testo normativo si ricava che ciò che i nubendi devono conoscere, per contrarre un valido matrimonio, è qualcosa di inferiore rispetto a quanto richiesto dalla nozione di matrimonio<sup>225</sup> e dalla *substantia matrimonii*.

Nel canone in esame si riconosce l'intervento dell'intelletto nella struttura del consenso, il quale consiste nell'ausilio del presupposto conoscitivo necessario alla volontarietà dell'atto di contrarre matrimonio. La conseguenza della mancanza di questa minima conoscenza del matrimonio è l'impossibilità dell'esistenza del consenso, dovuta all'assenza totale del suo oggetto matrimoniale. Tale impossibilità può derivare da ignoranza o da un errore sostanziale di diritto o di fatto; essi sono disciplinati dal canone 1096, il quale al § 1 tratta dei primi due, mentre l'errore di fatto è disciplinato al canone 1097 § 1.<sup>226</sup>

---

<sup>222</sup> L'errore di fatto ha ad oggetto le circostanze relative alla persona dell'altro contraente.

<sup>223</sup> L'errore di diritto riguarda la struttura del negozio o i suoi elementi essenziali.

<sup>224</sup> Il canone 1096 del vigente Codice sancisce: “§ 1. Perché possa esserci il consenso matrimoniale, è necessario che i contraenti almeno non ignorino che il matrimonio è la comunità permanente tra l'uomo e la donna, ordinata alla procreazione della prole mediante una qualche cooperazione sessuale. § 2. Tale ignoranza non si presume dopo la pubertà.”

<sup>225</sup> La nozione di matrimonio è dettata dal canone 1055 del vigente Codice, il quale sancisce: “§ 1. Il patto matrimoniale con cui l'uomo e la donna stabiliscono tra loro la comunità di tutta la vita, per sua natura ordinata al bene dei coniugi e alla generazione e educazione della prole, tra i battezzati è stato elevato da Cristo Signore alla dignità di sacramento. § 2. Pertanto, tra i battezzati non può sussistere un valido contratto matrimoniale, che non sia per ciò stesso sacramento.”

<sup>226</sup> Ignoranza ed errore sono due tipologie diverse di anomalie della funzione conoscitiva dell'intelletto, anche se i loro effetti invalidanti sono i medesimi. L'ignoranza consiste nell'inesistenza assoluta di conoscenza o nella mancanza del minimo necessario perché la volontarietà del consenso abbia un oggetto;

Essendo il matrimonio un istituto che deve essere alla portata di tutti (canone 1058<sup>227</sup>), l'ordinamento canonico richiede, però, che i nubendi non ignorino almeno due cose, ossia che il matrimonio è un *consortium* permanente tra uomo e donna e che esso è finalizzato alla procreazione dei figli mediante una qualche cooperazione sessuale.

A riguardo, il Codice pianobenedettino parlava di *societas*, ed è solo con l'attuale Codice che viene usata l'espressione *consortium*<sup>228</sup>, volta a indicare in modo netto l'unione delle *sortes* dei due coniugi, l'intimo legame che si crea tra di loro.

Il canone in esame si propone di definire il nucleo minimo di conoscenza<sup>229</sup>, il quale non deve essere confuso con quello richiesto dai canoni 1055 e 1057.<sup>230</sup>

L'espressione "è necessario che i contraenti non ignorino almeno" del canone 1096 § 1 allude a un minimo di conoscenza che non è discorsiva o concettuale, né tecnica e che non si può confondere con la qualità culturale, linguistica o sintattica della manifestazione.<sup>231</sup>

Tre sono i punti richiesti dalla scienza minimale agli sposi, ossia che il matrimonio è possibile solo tra un uomo e una donna; che esso è permanente, duraturo e, quindi, che non può essere stipulato solo per un dato periodo di tempo; che esso è finalizzato alla procreazione della prole.

Si vuole ora prendere in esame il profilo della procreazione della prole e si deve subito chiarire che non è necessaria una conoscenza precisa della struttura fisiologica dell'atto sessuale e, di conseguenza, della procreazione; ma è richiesto ed è ritenuto necessario sapere che occorre una cooperazione sessuale. Da ciò si trae che è condizione necessaria e sufficiente che i soggetti non ignorino che il matrimonio è ordinato alla procreazione

---

il soggetto ignorante può essere consapevole della sua ignoranza o arrivare ad esserlo. L'errore, invece, presuppone un contenuto conoscitivo che è un falso giudizio o una valutazione inesatta dell'istituto matrimoniale; il soggetto che versa in stato di errore non è cosciente di esso, ma è, invece, convinto di essere nel giusto.

<sup>227</sup> Il canone 1058 del vigente Codice sancisce: "*Tutti possono contrarre il matrimonio, se non ne hanno la proibizione dal diritto*".

<sup>228</sup> L'espressione deriva da MODESTINO, *Digestum*, 23, 2, De ritu nuptiarum, I.

<sup>229</sup> Si deve chiarire che quando si parla di conoscenza minima non si intende una conoscenza vaga e confusa.

<sup>230</sup> Tra le definizioni di nucleo minimo di conoscenza dettate dai citati canoni, non c'è contraddizione, in quanto hanno oggetti diversi.

<sup>231</sup> Il miglior modo per accertare questo minimo di conoscenza richiesto è osservare le opere che il nubente compie prima, durante e dopo il matrimonio. Da ciò si può ricavare che la conoscenza minima corrisponde al possesso minimo, ma lucido e preciso, del nucleo sostanziale del matrimonio. Tale conoscenza può essere migliorata nel corso della vita coniugale, ma, essendo sostanziale, il minimo richiesto permette l'esistenza iniziale del vincolo. Tale nucleo necessario è il minimo sia per l'ignoranza, sia per l'errore sostanziale di diritto.

della prole, il vincolo sarà comunque valido anche se essi ignorano gli altri fini<sup>232</sup> del matrimonio.

Nel Codice abrogato non si faceva alcun cenno alla necessità della consapevolezza del ricorso a una cooperazione sessuale; la dottrina, commentando il canone 1082 del Codice pianobenedettino, il quale è omologo all'attuale canone 1096<sup>233</sup>, sosteneva la necessità che i nubendi sapessero che l'atto procreativo è la conseguenza di un'attività con la quale si realizza l'istinto sessuale.<sup>234</sup>

Si deve prendere in considerazione anche il § 2 del canone 1096, il quale stabilisce una presunzione *iuris tantum*, secondo la quale l'ignoranza circa la conoscenza minima del matrimonio non si presume dopo la pubertà, quindi si può dire che superata la pubertà si presume la conoscenza. Tale presunzione può essere superata dalla prova contraria, la quale deve dimostrare l'errore del contraente, quando costui è convinto che il matrimonio dia luogo a un legame diverso, come ad esempio a un legame di amicizia.<sup>235</sup>

Si vuole concludere precisando che l'errore sull'identità del negozio ha efficacia invalidante del matrimonio anche nel caso in cui non sia stato determinante per il consenso e sia rimasto nella sfera intellettuale del soggetto<sup>236</sup>.

---

<sup>232</sup> Sono fini del matrimonio il *bonum coniugum* e il *bonum prolis*, il quale ricomprende al suo interno la *procreatio* e l'*educatio prolis*. Il dettato normativo di riferimento è il canone 1055 del vigente Codice.

<sup>233</sup> Si concorda con chi ritiene che le modifiche che sono state attuate e introdotte con il canone 1096 del vigente Codice sono solo dichiarative e non innovative rispetto a quanto sancito dal testo del canone 1082 del codice del 1917. Il legislatore del 1983, redigendo il nuovo canone, ha compiuto un'interpretazione autentica della vecchia norma, quindi esplicitiva di un testo che era già operante e certo, la quale ha, di conseguenza, valore retroattivo. Il canone 1096, perciò, può essere applicato anche ai matrimoni celebrati prima dell'entrata in vigore dell'attuale Codice, ossia avvenuti prima del 27 novembre 1983.

<sup>234</sup> In questo modo si aprì la strada che portò alla riforma avvenuta nel 1983.

<sup>235</sup> Con tale presunzione, il legislatore conferma la natura della conoscenza minima, la quale, per natura, è acquisita da ciascun soggetto su se stesso nel momento in cui diventa capace di procreare.

<sup>236</sup> Cfr. BONNET P.A., *L'errore di diritto giuridicamente rilevante nel consenso matrimoniale canonico*, in La nuova legislazione, pp. 40 ss.

## 1.2. L'errore sulle qualità del negozio: il canone 1099.

A norma del canone 1099<sup>237</sup> del vigente Codice, la fattispecie di errore in esame non ha effetti invalidanti, salvo che non sia stato determinante per il consenso al punto da alterarne l'oggetto tipico. Sulla base di ciò, se un nubente, per errore, ritiene che il matrimonio sia dissolubile o compatibile con la poligamia o che non abbia natura sacramentale, tale errore comporterebbe l'invalidità del matrimonio, qualora la convinzione del soggetto fosse radicata al punto che se egli conoscesse la vera sostanza dell'atto che pone in essere non darebbe il proprio consenso. Perché tale errore comporti l'invalidità del matrimonio deve estendersi anche alla sfera volitiva e non rimanere solo nella sfera intellettuale.<sup>238</sup>

Il canone in esame non può stabilire un principio di assoluta invalidità per tutti i casi in cui un soggetto versi in uno stato di errore riguardante le qualità del matrimonio.<sup>239</sup>

Tale fattispecie, nel Codice pianobenedettino, era disciplinata dal canone 1084, secondo il quale l'errore sulle proprietà o sulla dignità sacramentale non doveva essere considerato invalidante, anche quando configurava la causa del consenso. Con il Codice vigente, invece, è stato chiarito che l'errore di cui parlava il codice precedente era quello che, anche dando causa al contratto, restava circoscritto alla sfera intellettuale o costituiva uno degli errori della motivazione, ma non influiva in modo determinante sulla configurazione del consenso.

Il legislatore, con il canone in esame, distingue un effetto invalidante da un effetto irrilevante dell'errore sulle qualità del matrimonio, a seconda che esso abbia determinato o meno la falsità dell'oggetto voluto dalla volontà.

Con l'attuale Codice sono state apportate delle modifiche significative al canone del previgente Codice, in quanto è stata soppressa la qualificazione di *simplex* per l'errore; non è presente la connessione tra errore e motivazione, da cui consegue la scomparsa

---

<sup>237</sup> Il canone 1099 sancisce: “L'errore circa l'unità o l'indissolubilità o la dignità sacramentale del matrimonio non vizia il consenso matrimoniale, purché non determini la volontà”.

<sup>238</sup> Il legislatore riconosce che può essere individuato un capo autonomo di errore dirimente, ossia un modo specifico attraverso il quale il consenso risulta viziato nel suo oggetto, in quanto il vincolo matrimoniale risulta falso.

<sup>239</sup> Il legislatore, nel canone in esame, distingue un effetto invalidante da un effetto irrilevante dell'errore sulle qualità del matrimonio, a seconda che esso abbia determinato o no la falsità dell'oggetto voluto dalla volontà.

della menzione dell'errore *causam dans contractui*; infine, è stato espressamente aggiunto al testo della norma l'errore determinante<sup>240</sup> della volontà come causa di nullità.<sup>241</sup>

L'esclusione dell'errore *causam dans contractui* sulle proprietà o sulle dignità sacramentali non significa identificare l'errore che motiva con l'errore che determina; anzi, così facendo, il legislatore chiarisce che il fondamento dell'effetto dirimente dell'errore determinante della volontà non è né in rapporto, né in contrapposizione con le cause costituenti i motivi della volontà. La motivazione e l'autodeterminazione sono meccanismi diversi, entrambi appartenenti al processo di formazione del consenso; non si possono confondere gli effetti di un errore nella motivazione con quelli prodottisi nell'autodeterminazione della volontà. L'errore che determina la volontà può essere, anche, un errore che la motiva; mentre l'errore che motiva non si trasforma in un errore che determina la volontà e che è dirimente della validità.<sup>242</sup>

Quando, per errore, ciò che porta il soggetto a contrarre il matrimonio sono la mancanza di indissolubilità, unità o sacramentalità, il processo decisorio può essere duplice. Il soggetto, in primo luogo, può agire contro la sua stessa motivazione, accettando la proposta di sposarsi perché intende il matrimonio come un istituto dissolubile, senza fedeltà esclusiva e non crede nella sacramentalità; tale errore del soggetto consiste nella motivazione dell'accettazione delle nozze.<sup>243</sup>

---

<sup>240</sup> Sopprimendo la qualificazione dell'errore come *simplex* e aggiungendo espressamente al testo l'errore determinante, il legislatore ha voluto evitare un pregiudizio nell'interpretazione di quest'ultimo, in virtù del quale questa causa di nullità è stata accolta *expresis verbis* solo per la necessità di migliorare una duplice simmetria logica: da una parte, per contrapposizione all'errore semplice si deve valutare la possibilità di un errore qualificato; dall'altra parte, deve contemplarsi la possibilità di un errore dirimente sulle qualità del negozio matrimoniale. Giustificata l'apparizione *expresis verbis* dell'errore determinante per la duplice esigenza di simmetria appena descritta, esso verrebbe ad essere una fattispecie staticamente difficile, molto rara e di applicazione eccezionale, rispetto all'errore semplice.

<sup>241</sup> L'onere della prova di un errore determinante ha come contrappeso il principio del *favor iuris matrimonii*, il quale tutela la apparente validità *iuris tantum* della celebrazione formale delle nozze davanti alla Chiesa e non una presunzione legale a favore dell'errore semplice. Nell'esame del singolo caso, l'errore semplice è un'altra possibilità rispetto all'errore determinante; quindi, il principio appena ricordato non deve essere confuso con un principio, inesistente, del *favor erroris simplicis*.

<sup>242</sup> Una motivazione inclina o favorisce l'azione, ma la sua influenza non può essere confusa con l'autodeterminazione della volontà, la quale è il potere di generare in sé e per sé l'implicazione del soggetto come autore della propria azione. La volontarietà dell'azione vitale del soggetto è un automovimento della propria volontà. La determinazione della volontà personale del soggetto deve essere un'autodeterminazione; non può accettarsi una determinazione *ab extrinseco* che sia allo stesso tempo volontaria.

<sup>243</sup> Il soggetto, però, può comunque volere che l'uomo o la donna con cui si sposa gli sia fedele per tutta la vita e la sua volontà è disposta ad esserlo; in questo caso, l'errore sulle proprietà o sulla sacramentalità, pur

Un caso diverso è quello del soggetto che, oltre ad essere motivato a sposarsi da un errore sulle proprietà o sulla sacramentalità, vuole che la sua unione coniugale con la comparsa si fondi e si svolga come la concepisce lui stesso; costui sa che la Chiesa concepisce il matrimonio come un istituto indissolubile, unico e come un sacramento, ma crede che ciò sia errato o che queste siano altre forme ideologiche e religiose con le quali non è d'accordo.<sup>244</sup> Questa scelta sbagliata è fatta con la consapevolezza e la certezza di chi sceglie quello che ritiene conveniente per sé.<sup>245</sup>

Chi fa un errore senza saperlo, agisce con la certezza di chi possiede la verità; mentre, nel caso del contraente che sbaglia non è l'errore che determina la scelta del falso vincolo, ma è la sua volontà.

### *1.2.1. La differenza con l'istituto della simulazione.*

Si possono ravvisare dei punti di contatto tra la fattispecie di errore in esame con la simulazione parziale, la quale ha ad oggetto gli elementi e le proprietà essenziali del matrimonio.

Per trovare le differenze tra queste due fattispecie si deve guardare alla diversa situazione psicologica del soggetto che manifesta il consenso, in quanto in entrambi i casi costui non vuole lo schema matrimoniale disposto dalla Chiesa ma, in caso di errore, tale schema è dal nubente mal conosciuto o ignoto; mentre, nel caso di simulazione parziale, egli conosce lo schema richiesto dall'ordinamento canonico, ma lo rifiuta.

Nel caso di un soggetto che si sposi con un errore sulle proprietà o sulla sacramentalità dell'istituto matrimoniale, costui apporta alla sua volontà un oggetto matrimoniale

---

essendo una presenza motiva, risulta essere irrilevante perché non costituisce la concreta unione voluta e fondata da lui (consenso) per se stesso (oggetto reale del consenso reale).

<sup>244</sup> La concreta volontà di tale soggetto, al momento di contrarre matrimonio, è motivata da errore e, inoltre, costui sceglie una concezione errata che lo motiva e che rappresenta la sua visione dell'istituto matrimoniale.

<sup>245</sup> Il meccanismo di autodeterminazione della volontà è lo stesso nel contraente che sbaglia e in quello che sceglie il vincolo coniugale come concepito dalla Chiesa. Quando il contraente "normale" sceglie, fra le opzioni che conosce, la concezione disciplinata dal diritto canonico, non si sostiene che a determinare la sua volontà sia stata la verità della sua motivazione, in quanto la verità è una proprietà predicale dell'oggetto in quanto conosciuto, ma non è la volontà con la quale si consente. Non si può dire che il contraente normale si sposa con la conoscenza, in quanto possiede la verità e per il fatto che la possiede, né con la motivazione, in quanto lo inclina o influisce, ma con la volontà, che prende ciò che è vero e influente come oggetto voluto perché lo vuole.

sufficiente, in quanto sa che il matrimonio è un consorzio permanente tra un uomo e una donna ordinato alla procreazione dei figli.<sup>246</sup> Colui che, invece, pone in essere la fattispecie simulatoria lo fa attraverso la sua volontà, in quanto pone in essere una divergenza tra la sua dichiarazione esterna e la sua volontà interna.

### 1.3. *L'errore sulla persona: la disciplina attuale e il Codice del 1917.*

L'errore sulla persona consiste in un errore di fatto, quindi in una falsa rappresentazione della realtà avente ad oggetto la persona dell'altro contraente.<sup>247</sup>

La persona del contraente, nell'ambito del consenso, riveste un ruolo duplice, in quanto è il soggetto che manifesta la volontà ed è, anche, l'oggetto del negozio matrimoniale sul quale cade tale volontà.

Il canone 1097 § 1<sup>248</sup> del vigente Codice stabilisce che l'errore sulla persona rende nullo il matrimonio<sup>249</sup>, il che accade qualora il contraente, pur volendo sposarsi con una persona certa e determinata, si sposa per errore con un'altra persona. Un errore sull'identità<sup>250</sup> della persona con la quale ci si vuole sposare compromette l'oggetto del consenso in un modo talmente sostanziale che questo non può nemmeno esistere, per cui non c'è neanche matrimonio.<sup>251</sup>

---

<sup>246</sup> Secondo la dottrina, colui che si sposa con un errore sulle proprietà o sulla sacramentalità, si vuole sposare.

<sup>247</sup> Questa fattispecie di errore può verificarsi solo in circostanze particolari, che non consentono di identificare l'altro contraente o nel caso di matrimonio celebrato per procura. Si tratta di ipotesi di scuola, anche se questa fattispecie di errore vanta un illustre precedente nella storia biblica degli antichi patriarchi, in quanto Giacobbe, a cui era stata promessa in sposa Rachele che egli amava, si ritrovò senza accorgersi, con la complicità delle tenebre, sposato alla sorella di questa, Lia.

<sup>248</sup> Il canone 1097 § 1 del vigente Codice sancisce: "*L'errore di persona rende invalido il matrimonio*".

<sup>249</sup> È evidente che il matrimonio così celebrato non può che essere nullo, poiché non si è in realtà formato alcun consenso matrimoniale, inteso quale incontro della volontà di due determinate persone. Si tratta di un caso di errore ostativo, che interferisce sulla dichiarazione di volontà e non, invece, di un errore-vizio che influisce, alterandola nella sua normale formazione, sulla volontà interna del contraente.

<sup>250</sup> L'identità fisica è una conoscenza sostanziale di una persona che non si conosce *vis a vis*, ma attraverso le sue manifestazioni, la prima delle quali è il suo corpo, il quale contiene ed esprime l'identità personale e sessuale ed è, anche, fonte di conoscenza diretta e oggettiva da parte del contraente. L'identità fisica contiene il significato del corpo inteso come la prima e la più specifica manifestazione della singolarità di ciascuna persona.

<sup>251</sup> La tradizione canonica crede che la conoscenza certa dell'identità fisica sia il nucleo minimo della conoscenza affinché il consenso abbia un oggetto matrimoniale sufficiente. Di conseguenza, c'è un errore di persona quando c'è errore sulla sua identità fisica.



L'errore sulla persona dell'altro contraente è sempre stato ammesso in termini molto ristretti nel diritto canonico; infatti, è prevalsa la realistica considerazione che difficilmente la conoscenza di due persone che vogliono contrarre il matrimonio arriva a un livello tale da non lasciare zone d'ombra. Dare un eccessivo rilievo a questo errore, ai fini della nullità del matrimonio, comporterebbe un pericolo per la stabilità del vincolo coniugale e introdurrebbe un potenziale di incertezza difficilmente tollerabile.

Al giorno d'oggi la decisione matrimoniale risponde in modo quasi esclusivo a desideri, esigenze e aspirazioni personali; perciò, da un lato, la maggiore conoscenza reciproca rende difficile che si verifichino errori così rilevanti sulle caratteristiche della comparte e, dall'altro lato, si è fatta strada l'esigenza che la volontà matrimoniale sia sempre più personalizzata, ossia indirizzata a una precisa e determinata persona con la quale il soggetto pensa e intende instaurare l'unione coniugale.

Ci si deve chiedere che cosa il diritto intenda per persona e, per rispondere a tale domanda, bisogna volgere lo sguardo al Codice pianobenedettino, da cui il legislatore del 1983 ha tratto spunto. Il canone 1083<sup>252</sup> del Codice del 1917, il quale è l'omologo dell'attuale canone 1097 § 1, attribuiva rilevanza solo all'errore sull'identità dell'altro nubente, senza disciplinare l'errore sulle qualità del medesimo, il quale non rendeva invalido il matrimonio, salvo che si risolvesse in errore sulla persona<sup>253</sup> oppure cadesse sulla condizione servile del soggetto<sup>254</sup>.

Per persona non si deve intendere solo la persona fisica ma ci si deve riferire a un'accezione più ampia, la quale coincide con la personalità; si deve, quindi, intendere la risultante di una serie di connotazioni e attributi che concorrono a delineare un certo soggetto, a conferirgli una sua specifica individualità che lo differenzia da qualsiasi altro soggetto.<sup>255</sup>

---

<sup>252</sup> Il canone 1083 del Codice del 1917 sanciva: “*L'errore della persona rende invalido il matrimonio. Se poi è sulla qualità, sebbene causa del contratto, lo irrita se si rifonde sulla persona o se questa credesi libera mentre è schiava. Il semplice errore sulla unità, indissolubilità, dignità sacramentale non vizia mai il consenso matrimoniale*”.

<sup>253</sup> L'*error qualitatis redundans in errorem personae* cadeva su una qualità identificante l'altro contraente ed era idoneo a invalidare il matrimonio.

<sup>254</sup> Con riguardo all'*error condicionis servilis* non sorgevano problemi, in quanto, ad esempio, se uno dei due contraenti era convinto che l'altro coniuge godesse dello *status libertatis* mentre, invece, era in condizione di schiavitù, il matrimonio era invalido.

<sup>255</sup> L'errore sulla persona non indica solo l'ipotesi romanzesca del soggetto che dichiara il proprio consenso matrimoniale nei confronti di Dorabella, ma voleva in realtà sposare la sorella gemella Fiordiligi, ossia quando si verifica un vero e proprio scambio di persona; ma ricomprende anche l'errore sulle connotazioni

#### 1.4. L'errore sulle qualità della persona.

Il canone 1097 § 2<sup>256</sup> del vigente Codice disciplina l'errore di fatto circa una qualità<sup>257</sup> personale, il quale è irrilevante, salvo che la qualità sia stata dal nubente voluta come oggetto primario del consenso. La qualità deve, quindi, essere voluta in modo diretto e principalmente. In questo caso, a differenza di quanto detto prima, non si tratta di un errore ostativo, ma di un errore-vizio. L'errore su una qualità oggettivamente non identificante invalida il consenso, quando esso risulta qualificato dalla circostanza che l'attenzione del soggetto si è concentrata in maniera specifica su una determinata qualità, e ciò ha costituito la principale motivazione a contrarre.<sup>258</sup>

Il legislatore, in detto canone, si avvale delle espressioni utilizzate nella terza regola di Sant'Alfonso, il quale sostiene che "*tertia regula est quod: si consensus fertur directe et principaliter in qualitatem et minus principaliter in personam, tunc error in qualitate redundat in substantiam*". Si deve precisare, quindi, che, affinché la qualità comporti un errore invalidante, deve essere assimilata dal nubente all'oggetto del consenso, ossia deve essere da lui soggettivamente ritenuta essenziale ai fini della determinazione della sua volontà indotta a porre in primo piano la qualità e in secondo piano la persona.

Le qualità disciplinate dal canone in esame sono qualità accidentali<sup>259</sup> e caratterizzate dalla circostanza che il soggetto errante rivolge la propria attenzione direttamente e

---

che concorrono in maniera determinata a caratterizzare un soggetto, così da renderlo una specifica e concreta persona.

<sup>256</sup> Il canone 1097 § 2 sancisce: "*L'errore circa la qualità della persona, quantunque sia causa del contratto, non rende nullo il matrimonio, eccetto che tale qualità sia intesa direttamente e principalmente*".

<sup>257</sup> È sufficiente che la qualità costituisca oggetto di una particolare predilezione del contraente, che egli la ritenga un attributo di cui deve essere necessariamente dotata la persona destinata a essere la sua compagna di vita. Se questa qualità manca, viene a cadere un elemento determinante per la decisione matrimoniale e che aveva avuto un ruolo primario nella scelta della persona, tale da lasciare in secondo piano ogni altra qualità della persona stessa.

<sup>258</sup> Non è necessario che la qualità venga assunta come *condicio sine qua non* per la conclusione del matrimonio e nemmeno che essa risulti oggettivamente identificante o indispensabile per l'adempimento degli oneri coniugali. Basta che essa sia oggetto di una motivazione specifica e prevalente da parte del soggetto che contrae il matrimonio.

<sup>259</sup> Ogni errore riguardante una qualità non è un errore sostanziale sull'identità della persona; sono gli stessi contraenti, in quanto uomo e donna, a essere l'oggetto del consenso. Nei casi disciplinati dal canone 1097 § 2, il soggetto, durante il processo di scelta coniugale, ha già appreso il presupposto conoscitivo minimo della comparsa, come imprescindibile, specifico e minimo apporto dell'intelletto per la volontarietà del consenso e la natura interpersonale del vincolo coniugale. Dalla naturale sfera di autonomia della volontà rispetto all'intelletto consegue il fatto che un soggetto può, con volontarietà piena, amare qualcuno che conosce in modo incompleto e molto deficitario. Da ciò deriva che una certa dose di errore su alcune qualità può essere una situazione comune dell'atto dell'intelletto con il quale i contraenti si conoscono; tale atto, pur essendo imperfetto a causa dell'errore o dell'ignoranza, non impedisce la piena volontarietà di contrarre

principalmente sulle medesime, tanto che la presenza della qualità voluta o la sua mancanza sono circostanze che influiscono in modo rilevante e specifico sulla decisione del soggetto di contrarre o no il matrimonio.<sup>260</sup>

In dottrina si sono successe tre tesi volte a spiegare quando una qualità di un soggetto possa essere considerata identificante. Ciascuna di queste teorie partiva da un concetto proprio di identità e arrivava a trarre conclusioni diverse rispetto alle altre. Il primo orientamento sosteneva che la qualità rilevante, ai fini del canone in esame, era solo quella fisica, in quanto ogni persona si distingue dalle altre ed è colta nella sua individualità grazie al suo aspetto fisico<sup>261</sup>. Identificando il contraente nella sua fisicità, l'unico errore possibile e invalidante si sostanzierebbe nella sostituzione di persona al momento della celebrazione, cosa che si può verificare solo se il sostituto ha un aspetto fisico molto simile a quello del sostituito o se il matrimonio è stato celebrato per procura. Se, invece, non c'è stata identificazione fisica della persona, ossia il nubendo non ha avuto una conoscenza diretta della persona dell'altro contraente, si prospetta l'ipotesi in cui uno sposo sia conosciuto dall'altro indirettamente, solo tramite una qualità propria esclusivamente di tale soggetto e di nessun altro, idonea a identificare fisicamente costui. L'errore su questa qualità è un errore sull'identità, il quale comporta l'invalidità del matrimonio, mentre l'errore su una qualsiasi altra qualità è irrilevante.<sup>262</sup>

Un secondo orientamento sosteneva che la persona umana non coincideva solo con la dimensione materiale dell'individuo, ma comprendeva anche le qualità tali da identificare moralmente e socialmente la comparte; quindi, per stabilire l'identità della persona con cui ci si voleva sposare, bisognava considerarla nella sua integrità e completezza, ossia

---

perché la conoscenza, vertendo sulle qualità e non sulla persona in sé, non priva il consenso dell'oggetto matrimoniale sostanziale.

<sup>260</sup> Volendo fare un esempio, si pensi al soggetto che ci tenga a sposare una ragazza nobile e che, per errore, considera tale Tizia, che appena conosce. Costui commette un errore invalidante. Invece, se il soggetto vuole sposare Tizia come persona ben individuata e ritiene, per errore, che sia nobile, senza dare eccessivo peso a tale qualità, allora non c'è errore invalidante perché l'attenzione del soggetto è volta principalmente alla persona in quanto tale e non alla qualità.

<sup>261</sup> Cfr. SÁNCHEZ T., *De sancto matrimonii sacramento*, lib. VII, disp. XVII, n. 27, Pezzana, Venetiis, 1693.

<sup>262</sup> Volendo fare un esempio, ci sarebbe *error redundans* nel caso in cui il nubente affermi di voler sposare la primogenita del Re di Francia, che era una soltanto; mentre non ci sarebbe tale errore nel caso il cui il nubente affermi di voler sposare una nobile, in quanto ci sono più persone dotate di titoli nobiliari e non è possibile stabilire con certezza, solo sulla base di questa qualità, a quale persona si voglia riferire con precisione il nubente.

anche nella sua consistenza etico-sociale e non solo nella sua identità fisica.<sup>263</sup> Le qualità rilevanti secondo l'orientamento in esame non sono proprie di una sola persona, ma comuni a più individui; si tratta, perciò, di qualità oggettivamente di rilievo e idonee a identificare l'altro contraente, anche se non in base alla sua identità fisica, ma sulla base di una sua peculiare fisionomia morale e sociale. In questo modo la persona veniva equiparata alla personalità.

Infine, il terzo orientamento<sup>264</sup> affermava che ci sarebbe *error redundans* qualora il consenso si rivolga in modo diretto e principale verso una qualità della comparte, e in modo meno principale verso la sua persona fisica.<sup>265</sup> In questo caso, il consenso prestato del contraente avrebbe ad oggetto la qualità in sé considerata e non la persona fisica dell'altro contraente; dovendosi, quindi, qualificare l'errore che cade su detta qualità come errore ostativo e non semplicemente come errore-vizio.<sup>266</sup> Secondo questa tesi, il nubente che si ritrovava a cadere in questa tipologia di errore, individuava la comparte solo attraverso la qualità in parola; per questa ragione, la qualità viene definita come identificante. Detta qualità, però, non identificava la persona in modo obiettivo, ma attraverso l'intento del nubente, essendo sufficiente che si trattasse di una qualità identificante per il nubente e non per l'opinione comune.<sup>267</sup>

Nell'attuale Codice è scomparso ogni accenno all'*error condicionis servilis* e all'*error redundans*; e il canone 1097 distingue tra due tipologie di errori, disciplinando al § 1 l'errore sulla persona, il cui oggetto è l'identità fisica dell'altro nubente, e al § 2 l'errore su una qualità della persona, specificando che il primo rende sempre invalido il

---

<sup>263</sup> Fermo restando che l'errore di persona disciplinato dal canone 1083 del Codice del 1917 dovrebbe considerarsi solo l'errore sull'identità fisica della persona dell'altro contraente, sarebbe stato *error redundans* quello che cade sulle condizioni religiose o sulla nazionalità o sulla situazione familiare o su abitudini personali dell'altro contraente.

<sup>264</sup> Detto orientamento si richiamava alla dottrina di Sant'Alfonso de' Liguori. Cfr. SANT'ALFONSO DE' LIGUORI, *Theologia moralis*, Bassani, 1832, lib. VI, tratt. VI, cap. III, nn. 1014-1016.

<sup>265</sup> Cfr. GIACCHI O., *Il consenso*, p. 71; FUMAGALLI CARULLI O., *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Vita e Pensiero, Milano, 1974, pp. 251-260, pp. 433-438.

<sup>266</sup> In quanto non si tratta di un'anomalia nella formazione della volontà, ma si tratta, invece, di un vero e proprio errore sull'identità della comparte; la volontà reale del soggetto contraente si sarebbe diretta su un oggetto completamente diverso da quello individuato dalla dichiarazione e si sarebbe determinato un difetto di consenso, per mancanza dell'oggetto.

<sup>267</sup> Poteva trattarsi di una qualità qualsiasi in quanto ciò che importava era che il nubente volesse contrarre matrimonio con la qualità presa in considerazione, ossia con una persona nella quale fosse presente quella qualità. Sarebbe stato *error redundans* quello di colui che afferma di voler sposare un musicista, e solo un musicista, quale ritiene essere Tizio, ma invece costui non lo era.

matrimonio, mentre il secondo, anche quando rappresenta la causa del contratto, non ha efficacia invalidante, salvo che tale qualità sia intesa direttamente e principalmente.

Il canone in esame, nella seconda parte del § 2, stabilisce che l'errore sulla qualità della persona irrita il matrimonio quando questa qualità è stata direttamente e principalmente<sup>268</sup> intesa all'interno dell'oggetto stesso del consenso; detto errore presuppone la conoscenza dell'identità personale della comparte. Si deve chiarire che si tratta di un errore sostanziale di fatto, in quanto la qualità così voluta occupa, nell'oggetto del consenso, il posto sostanziale proprio dell'identità personale del contraente, la quale diventa secondaria e indiretta, anche se conosciuta.<sup>269</sup>

## 2. Il dolo.

### 2.1. Il dolo come vizio del consenso.

Il canone 1098<sup>270</sup> del vigente Codice delinea, per la prima volta, la figura dell'errore sulle qualità provocato dal dolo come causa di nullità del matrimonio e sancisce che contrae invalidamente colui che celebra il matrimonio raggirato con dolo<sup>271</sup> ordito per ottenere il consenso, circa una qualità dell'altra parte, che per sua natura può perturbare gravemente la comunità di vita coniugale. Da detta norma si ricava che gli elementi caratterizzanti tale figura sono l'inganno, visto come la causa dell'errore, e l'intenzione di colui che inganna, volta a indurre l'ingannato a compiere un determinato atto giuridico.

---

<sup>268</sup> Si deve sottolineare che il carattere della qualità come diretta e principale non significa ridondante, perché, altrimenti, il suo effetto dirimente sarebbe contemplato al § 1 e sarebbe un assurdo pleonasma inserirlo anche nel § 2. In questa fattispecie di errore non c'è un errore sulla persona, né diretto né indiretto, ed esiste la conoscenza della identità della persona o il presupposto conoscitivo minimo.

<sup>269</sup> Essendo che la sostanziazione della qualità della persona scelta è tale da rendere accidentale il ruolo della sua identità personale nell'oggetto matrimoniale, quando questa qualità sostanzializzata è stata sbagliata, la figura di errore che emerge è un vero errore sostanziale di fatto e non un semplice errore accidentale. Tale sostanzializzazione di una qualità non può essere prodotta in modo spontaneo al di fuori del normale processo di motivazione della volontà, in quanto il soggetto la vuole con la sua volontà durante il processo di formazione del suo consenso e la mantiene nel momento in cui contrae il matrimonio, sostanzializzandola come l'oggetto diretto e principale del suo atto di volontà. L'errore su questa qualità provoca l'assenza della parte diretta e principale dell'oggetto matrimoniale voluto dal soggetto nell'atto di contrarre.

<sup>270</sup> Il canone 1098 del vigente Codice sancisce: “*Chi celebra il matrimonio, raggirato con dolo, ordito per ottenere il consenso, circa una qualità dell'altra parte, che per sua natura può perturbare gravemente la comunità di vita coniugale, contrae invalidamente*”.

<sup>271</sup> Gli antichi giuristi romani definivano il dolo come una qualsiasi astuzia, inganno, artificio o macchinazione, posti in essere al fine di raggirare e trarre in errore il soggetto contraente.

Il dolo<sup>272</sup> rientra nei vizi del consenso in quanto influisce sull'intelletto del soggetto ingannato e sulla sua volontà, portando il nubente a volere un determinato atto perché si è rappresentata male la realtà a causa dell'inganno subito.

La dottrina distingue tra *dolus determinans* e *dolus incidens*; il primo si realizza nell'ipotesi in cui, senza inganno, il soggetto non compia l'atto, mentre il secondo nel caso in cui il soggetto ponga in essere il negozio ma a condizioni diverse.

La dottrina distingue un semplice dolo incidente, ossia quello che, qualora il soggetto conosca la verità, non avrebbe provocato la sospensione dell'atto, dal dolo determinante, il quale è causa motivante del consenso al punto che, senza il suo intervento, il soggetto non avrebbe contratto.

## *2.2. L'irrelevanza del dolo prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice di diritto canonico.*

Nel Codice pianobenedettino, il dolo era disciplinato dal canone 103 § 2 quale vizio del negozio giuridico ed era sancito che l'atto viziato da dolo era valido se non fosse stato stabilito diversamente da un'apposita norma. Detto canone non faceva riferimento, però, all'ambito matrimoniale, per il quale non c'era una disciplina specifica, con la conseguenza che i matrimoni nei quali il consenso di un soggetto fosse stato viziato da dolo, erano ritenuti validi.

La *ratio* di questa scelta del legislatore dell'epoca veniva individuata dalla dottrina nell'esigenza di evitare che numerosi matrimoni venissero impugnati dai coniugi, dal momento in cui il ricorso a qualche piccolo inganno era da considerare fisiologico nel corso dei contatti che preludono alle scelte relative alla vita coniugale. Di contro, si denunciavano casi di inganno così intollerabili da perturbare in modo grave la vita coniugale, in quanto incompatibili con la fiducia che ciascuno sposo deve nutrire verso la comparte affinché nasca un'autentica comunione di vita.

---

<sup>272</sup> Il dolo è ogni genere di astuzia, menzogna, frode, occultamento o macchinazione intenzionalmente ordita e diretta da un soggetto al fine di imbrogliare, confondere, ingannare o far cadere in errore una parte circa una qualità dell'altro contraente.

### 2.3. Il dolo nel Codice del 1983.

Il dolo non è mai stato considerato, prima del vigente Codice, come vizio invalidante il matrimonio.<sup>273</sup>

La Commissione Pontificia<sup>274</sup>, incaricata dal Concilio di redigere lo schema di riforma del nuovo Codice, ha introdotto il dolo al canone 1098.

Ci si è chiesti, discutendo se il dolo dovesse essere applicato solo ai matrimoni celebrati dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice o anche a quelli celebrati precedentemente, se tale norma sia di diritto divino naturale<sup>275</sup> o di diritto umano ecclesiastico<sup>276</sup>; e, a tal fine, rileva l'opinione della giurisprudenza dominante, secondo la quale il canone in esame detta una norma di diritto positivo ecclesiastico e ne ha sancito l'irretroattività. A conferma di questa tesi vi è un argomento storico desumibile dal fatto che, per molti secoli, il dolo è sempre stato considerato irrilevante, il che sarebbe inconciliabile se tale norma facesse parte del diritto divino. Di contro, invece, si è osservato che il dolo, nell'attuale canone, è legato in modo così intimo al turbamento del *consortium vitae coniugalis* che è difficile renderlo soltanto un vizio sancito da una norma umana; per questo, tale disposizione dovrebbe essere dichiarata un principio di diritto divino e dovrebbe essere considerata retroattiva.

---

<sup>273</sup> La Chiesa ha sempre dichiarato valido il matrimonio anche in caso di dolo “*ne innumera coniuga evaderent dubia et litibus exposita*”. Cit. GASPARRI P., *Tractatus canonicus de matrimonio*, cit. p. 21. Questo pensiero, oggi, è troppo pessimistico, quasi come se gli inganni vicendevoli siano il normale ingrediente di ogni patto coniugale; esso si rapporta a un concetto di matrimonio che raramente scaturiva dalla libera e consapevole scelta personale dei due sposi e che trovava la sua fonte in un incrocio di interessi e di valutazioni di altra natura. Sulla base di ciò si comprende la proposta, quando si cominciò a parlare di una riforma dei *Codex iuris canonici* nel 1917, di introdurre il dolo come nuovo vizio di nullità del consenso matrimoniale; infatti, si stava sempre più imponendo il convincimento che, essendo il matrimonio una comunione di vita, questa non si realizza nei casi in cui si nasconde una qualità negativa grave, fisica o morale che sia.

<sup>274</sup> La Commissione Pontificia è un comitato di esperti cattolici convocati dal Papa per uno scopo specifico ed è l'organismo che esercita la funzione legislativa nello Stato della Città del Vaticano, per l'elaborazione dei relativi progetti; essa si avvale della collaborazione dei Consiglieri dello Stato, dell'Ufficio Giuridico del Governatorato o di altri esperti. Il Presidente della Commissione è il Presidente del Governatorato, il quale esercita anche la funzione esecutiva.

<sup>275</sup> In questo caso il legislatore avrebbe interpretato una norma già esistente, anche se non esplicita; con la conseguenza che tale normativa si potrebbe applicare anche in matrimoni celebrati prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice, in quanto dotata di efficacia retroattiva.

<sup>276</sup> In tal caso, invece, il legislatore avrebbe dettato *ex novo* una disciplina prima non esistente; con la conseguenza che essa non sarebbe applicabile ai matrimoni celebrati prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice data l'irretroattività delle norme di origine umana, com'è regola generale nell'ordinamento canonico (canone 9).

La disposizione del canone in esame, toccando l'essenza originaria del matrimonio, non costituisce una determinazione positiva del legislatore umano, ma un intervento diretto a dichiarare autenticamente un principio di diritto divino naturale; pur formalmente nuova, quindi, tale disposizione deve trovare applicazione nei confronti di ogni matrimonio, celebrato in qualunque tempo, sottoposto al giudizio dei Tribunali della Chiesa.

#### 2.4. I requisiti del dolo invalidante.

I requisiti del dolo, affinché esso abbia efficacia invalidante, sono tre, ossia l'esistenza di un inganno per ottenere il consenso dell'altro nubente; il fatto che l'errore del nubente ingannato cada sopra una qualità dell'altra parte e, infine, il fatto che la mancanza della qualità possa, per sua natura, perturbare gravemente il consorzio di vita coniugale.

Ai fini di comprendere i requisiti appena elencati, si deve chiarire la *ratio* che ha ispirato il legislatore nella formulazione del canone in esame. Costui si sarebbe posto il fine di reprimere l'illecito commesso dal *deceptor*, ossia di sanzionare la macchinazione ordita per ottenere dal nubente ingannato il consenso alle nozze. La dottrina più recente, invece, ritiene che il legislatore, con detto canone, abbia un fine diverso, ossia lo scopo di tutelare la libertà di formazione del consenso.<sup>277</sup>

Si vuole, ora, passare all'analisi dei requisiti: il primo è rappresentato dall'esistenza di un dolo ordito<sup>278</sup> per carpire la volontà matrimoniale del nubente ingannato; con riguardo alla condotta idonea ad ingannare<sup>279</sup> si deve chiarire che rilevano gli artifici e i raggiri,

---

<sup>277</sup> Tale dottrina ritiene che il legislatore voglia tutelare la buona fede di chi esprime la propria volontà matrimoniale e che, quindi, la lettura di questo canone vada condotta dal punto di vista di chi è stato ingannato.

<sup>278</sup> Ci deve essere un elemento intenzionale, il quale deve presentare due componenti strettamente correlate l'una all'altra: l'*animus decipiendi* e l'*intuitus matrimonii*; occorre, quindi, che il soggetto ponga in essere un determinato comportamento con il proposito di ingannare l'altro contraente e di indurlo a prestare il consenso matrimoniale.

<sup>279</sup> Si deve distinguere tra un dolo positivo e un dolo omissivo; nel primo caso si ha un contraente che cerca di far credere all'altra parte di avere una determinata qualità, della quale in realtà non è in possesso, ponendo in essere un'azione basata su sotterfugi, raggiri e finzioni atti a ingannare; nel secondo caso, invece, il dolo è omissivo e si verifica quando il contraente nasconde o non rivela all'altra parte una sua qualità negativa di cui, in realtà, è affetto. Il soggetto ha un obbligo morale e giuridico di rivelare alla controparte le sue qualità personali che possono influire negativamente sulla futura vita coniugale; infatti, si ritiene che anche il semplice silenzio con riguardo a una qualità negativa sia sufficiente a integrare l'elemento dell'inganno, anche in assenza di azioni fraudolente più evidenti.



ma anche le semplici menzogne e i silenzi, quando il *deceptor* si sia reso conto dell'errore in cui è incorsa l'altra parte e, nonostante ciò, ne abbia approfittato tacendo.<sup>280</sup> Ciò che rileva è che il nubente sia caduto in errore in conseguenza del raggirio subito, ma a prescindere dal fatto che si trattasse di un raggirio astrattamente inidoneo a indurre in errore.<sup>281</sup>

In molti casi le parti sono già orientate a contrarre matrimonio e il dolo viene posto in essere solo per il timore che la comparte receda dal progetto matrimoniale già in atto se avesse un'esatta cognizione della realtà delle cose. In questo caso, l'autore del dolo si propone, più che di ottenere il consenso, di non indurre l'altra parte a revocarlo; in situazioni di questo tipo l'*intuitus matrimonii* si esclude solo nel caso in cui si possa dimostrare, in modo chiaro, che il soggetto ingannato avrebbe ugualmente celebrato il matrimonio anche se fosse stato a conoscenza delle connotazioni personali presentate dal futuro sposo.

Il testo e la ratio del canone in esame escludono il dolo indiretto, ossia l'azione di un terzo che, mancando del proposito di ingannare per ottenere il consenso, è interpretata dal contraente in modo da indurlo a errare su una qualità che lo motiva a prestare il consenso.<sup>282</sup>

Con riferimento al secondo requisito, invece, si deve precisare che la qualità della comparte<sup>283</sup> può essere la più svariata, una qualità fisica, morale, sociale o di tutt'altra natura<sup>284</sup>; essa va intesa in senso ampio, ossia ricomprendendo qualunque attributo o modo di essere che riguardi la persona del contraente e che concorra a delineare la sua personalità.

---

<sup>280</sup> La norma non chiarisce chi deve essere l'autore del dolo, quindi si ritiene che possa esserlo uno dei nubendi ai danni della comparte oppure, anche, un terzo.

<sup>281</sup> La norma in esame tutela la libera formazione del consenso del nubente, quindi bisogna guardare al suo stato psicologico e alle sue condizioni personali per verificare se il raggirio sia stato idoneo a trarre in errore.

<sup>282</sup> Non è ammissibile traslare all'errore sulla qualità causato con dolo l'effetto dirimente del timore indiretto, in quanto non c'è un parallelismo tra quest'ultimo e il dolo indiretto.

<sup>283</sup> La qualità su cui il soggetto viene tratto in inganno deve essere una qualità propria dell'altra parte; non si possono, perciò, prendere in considerazione qualità, attributi o circostanze che non riguardino direttamente l'altro contraente.

<sup>284</sup> Deve trattarsi di una qualità positiva che sia ritenuta presente o di una qualità negativa creduta assente dal *deceptus* con riferimento al momento del matrimonio e non, invece, di semplici speranze future. Possono essere rilevanti, ai fini del dolo, lo stato di gravidanza o di verginità; o una malattia contagiosa o ereditaria, l'aver riportato condanne per delitti contro la morale o contro la famiglia; o abitudini moralmente riprovevoli; oppure la sterilità.

L'ultimo requisito, infine, è che la qualità deve, per sua natura, essere tale da perturbare gravemente la comunione di vita coniugale e va valutata con un metro oggettivo<sup>285</sup>. La norma sottolinea che l'assenza o la ricorrenza della qualità debba influire negativamente sull'andamento della vita coniugale, ma non stabilisce che detta qualità debba essere identificante dell'altro nubente.<sup>286</sup>

La qualità su cui ricade l'errore deve avere una specifica attitudine a pregiudicare l'armonia della vita coniugale, ossia una potenzialità dirompente sul normale svolgersi dell'esistenza coniugale. La valutazione di queste caratteristiche della qualità può essere condotta con due diversi criteri; il primo<sup>287</sup> di questi privilegia una considerazione di carattere oggettivo, secondo la quale si avrebbe un vizio del consenso quando la qualità è idonea a turbare gravemente la vita e l'unione coniugale, ossia quando viene considerata come un elemento disgregatore della vita matrimoniale; il secondo<sup>288</sup> criterio, invece, dà maggiore rilievo al modo di intendere e di pensare proprio del soggetto ingannato.

---

<sup>285</sup> Una dottrina sostiene che vada aggiunto, al parametro oggettivo, anche un parametro soggettivo, il quale tenga conto del modo di intendere e di pensare del soggetto ingannato, ai fini, soprattutto, di valutare gli esiti del dolo. La qualità, quindi, dovrà essere tale da perturbare gravemente la comunione di vita coniugale non solo per sua natura, ma anche nell'opinione del *deceptus*.

<sup>286</sup> Il *deceptus* viene ingannato su una qualità ritenuta essenziale per il buon andamento della vita coniugale, la quale, però, non è identificante l'altro soggetto; in tal senso l'errore doloso si differenzia dall'errore spontaneo disciplinato al canone 1097 § 1.

<sup>287</sup> A favore di detto criterio può essere portato l'argomento tratto dall'espressione "per sua natura" utilizzata nello stesso canone 1098 con riferimento alla *qualitas*: tale espressione sembra richiedere un carattere oggettivo, capace di rendere la qualità rilevante al punto da sconvolgere la convivenza coniugale. Un'ulteriore conferma a questo orientamento si ricava dal canone 1084 § 3, il quale sancisce che la sterilità non costituisce un impedimento invalidante il matrimonio, salvo il caso in cui essa sia stata oggetto di dolo; in questo modo, il legislatore fa intendere che tale qualità è, per sua natura, tale da turbare gravemente la vita coniugale.

<sup>288</sup> A favore del secondo criterio rileva uno dei principi fondamentali e caratteristici dell'ordinamento matrimoniale canonico, ossia quello del ruolo preminente svolto dal consenso personale delle parti "*qui nulla humana potestate suppleri valet*"; tale principio dà esclusivo rilievo all'effettiva volontà delle parti, la quale si è formata nelle concrete circostanze storiche e umane che hanno portato a quel determinato matrimonio.

### 2.5. *L'azione dolosa e l'inganno subito dal deceptus.*

Il soggetto passivo del dolo può essere una o entrambe le persone che contraggono il matrimonio.

Si deve chiarire e ricordare che il soggetto passivo, ai fini della nullità del matrimonio a causa del dolo come vizio del consenso, deve aver subito un errore su una qualità della comparte, colui che, nonostante le astuzie e le macchinazioni compiute nei suoi confronti al fine di ingannarlo, non cade in errore e conosce la vera realtà, non può invocare il dolo come un'attività unilaterale del soggetto attivo, in quanto nel prestare il suo consenso non è stato vittima dell'errore in cui lo si voleva far cadere per mezzo dell'inganno o della menzogna.

### 2.6. *Differenza tra dolo ed errore.*

Sebbene il soggetto che viene ingannato cada in errore, il dolo e l'errore non devono essere confusi. Mentre l'errore provoca nel soggetto un giudizio falso dell'oggetto, ma è lui stesso a essere l'autore e il responsabile della mancanza di conformità tra la sua idea e la realtà; nel dolo, invece, è un altro soggetto che crea, attraverso l'inganno, una falsa realtà, con il fine di produrre nella *pars decepta* la percezione in apparenza vera di un oggetto in se stesso falso.

Il dolo può essere definito come un inganno<sup>289</sup> esercitato contro un soggetto per indurlo a concludere un contratto; l'errore, invece, quale vizio autonomo della volontà, si differenzia dal dolo in quanto esso può formarsi in modo spontaneo all'interno dell'animo del contraente, indipendentemente dalla presenza di un inganno diretto a provocarlo.

È la presenza dell'inganno che differenzia queste due figure; il dolo può essere visto come un "allargamento dei casi di efficacia dell'errore, in quanto causa di annullamento del negozio, cioè per effetto del dolo vengono in considerazione anche ipotesi di errore che

---

<sup>289</sup> L'inganno induce il soggetto a stipulare il contratto in quanto comporta in costui una falsa rappresentazione della realtà, un errore sulla presenza o assenza di un determinato elemento, tale da influire in modo determinante sulla sua volontà.

altrimenti non avrebbero di per sé normalmente rilevanza come vizio della volontà negoziale”<sup>290</sup>.

Sulla base di quanto appena detto, si può rilevare che il legislatore canonico avrebbe potuto, anziché introdurre un nuovo vizio del consenso matrimoniale a titolo di dolo, allargare la figura dell’errore; invece, ha preferito creare una nuova via, in quanto la presenza dell’inganno si pone in contrasto con l’intima *communitas vitae et amoris coniugalis*, la quale costituisce la più vera sostanza del matrimonio.

Il soggetto che cade in errore, rendendosene conto dopo le nozze, può imputare solo a sé stesso tale fatto; mentre colui che è stato tratto in inganno, quando se ne accorge, non può più considerare la comparsa come una persona con la quale possa instaurare un vero *consortium vitae*.<sup>291</sup>

### 3. La violenza morale e il timore.

#### *3.1. La violenza morale quale vizio del consenso tra la vecchia e la nuova disciplina canonistica.*

Contrariamente al dolo, la violenza morale esercitata in ordine al matrimonio è sempre stata considerata, in presenza di determinati requisiti, come vizio invalidante il consenso.<sup>292</sup>

Il canone 1103<sup>293</sup> del vigente Codice stabilisce che il matrimonio celebrato per violenza o timore grave incusso dall’esterno, per liberarsi dal quale un soggetto sia costretto a scegliere il matrimonio, è invalido.

Nel Codice abrogato la violenza morale era regolata al canone 1097, il quale richiedeva quattro requisiti affinché la stessa avesse efficacia invalidante, ossia l’origine esterna, la coazione diretta, la gravità e la ingiustizia.

---

<sup>290</sup> Cit. FUNAIOLI C.A., *Dolo*, in Enciclopedia del diritto, XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 744.

<sup>291</sup> Cfr. GIACCHI O., *Schema di riforma del matrimonio canonico*, in Ephem. Iur. Can., 1975, p. 34.

<sup>292</sup> Si è da sempre ritenuto che il nubente debba avere l’ultima parola in ordine al matrimonio e avere la possibilità di sottrarsi a una scelta matrimoniale che, per quanto sia legittima e giustificata alla luce delle leggi e dei costumi, sia in contrasto con il suo effettivo volere.

<sup>293</sup> Il canone 1103 del vigente Codice sancisce: “È invalido il matrimonio celebrato per violenza o timore grave incusso dall’esterno, anche non intenzionalmente, per liberarsi dal quale uno sia costretto a scegliere il matrimonio”.

Da ciò si ricava che la violenza morale vizia la volontà anche se non è diretta allo scopo di estorcere il consenso, ossia anche se non è *consulto illata*, e pure se non è *iniuste incussa*, ovvero inferta ingiustamente. È sufficiente, perciò, che la violenza sia grave e con origine esterna al soggetto che la subisce.

Il vizio è tradizionalmente designato come *vis vel metus*; da questa denominazione si traggono i due elementi costitutivi della violenza morale, ossia, da un lato, la violenza<sup>294</sup> e, dall'altro lato, il timore<sup>295</sup>.

La dottrina si è posta il problema del fondamento della *vis vel metus* nel diritto naturale o in quello promulgato dal legislatore umano, al fine di stabilire se tale vizio sia applicabile a qualunque matrimonio oppure, in quanto disposizione di diritto ecclesiastico, soltanto a quelli contratti da persone battezzate e appartenenti alla Chiesa. Pur con autorevoli dissensi, è prevalsa la tesi che vedeva nel consenso estorto con la forza una sostanziale inidoneità a porsi come base per qualunque tipo di matrimonio.

La qualificazione naturalistica di questo vizio ha trovato un avvallo ufficiale da parte della Pontifica Commissione, secondo la quale la *vis vel metus* può essere applicata anche ai matrimoni dei non cattolici<sup>296</sup>; così si lascia intendere che tale vizio abbia fondamento nel diritto naturale, perché altrimenti dovrebbe valere soltanto per gli appartenenti alla Chiesa cattolica, secondo la regola generale che limita ai soli battezzati cattolici l'applicabilità del diritto canonico.

---

<sup>294</sup> La violenza è l'azione di forza che viene esercitata sul nubente.

<sup>295</sup> Il timore è la situazione di paura e trepidazione che l'azione violenta provoca nell'animo del nubente e che lo porta, contro il suo volere, a contrarre il matrimonio.

<sup>296</sup> L'importanza di questa dichiarazione è data dal fatto che sembra confermare la tendenza a ricondurre tutta la materia dei difetti e dei vizi del consenso nell'ambito del diritto naturale; essa può essere vista a favore della tesi che considera di diritto naturale anche il dolo.

### 3.2. L'origine *ab extrinseco* della *vis*.

La *vis* ha origine *ab extrinseco* se il timore subito dal nubente è causato dall'azione di un soggetto umano diverso dal *metum patiens*; devono, quindi, concorrere due fattori, ossia che il timore nasca in conseguenza di un fatto esterno e che tale fatto sia dovuto all'azione dell'uomo. Non hanno, perciò, rilevanza i rimorsi o le suggestioni che si formano in modo spontaneo all'interno dell'animo del nubente, né il timore che deriva da un evento naturale<sup>297</sup>.

Il *metum incutiens*<sup>298</sup> può essere uno dei due nubendi nei confronti dell'altro, oppure un soggetto terzo, il quale agisca d'accordo con il nubente che ne approfitta, o di sua iniziativa. Chi sia l'autore della violenza è irrilevante, in quanto il canone in esame ha lo scopo di tutelare la libera formazione del consenso. Il pericolo indotto da costui non deve essere necessariamente attuale al momento in cui il *metum patiens* si determina alle nozze; può accadere che detto male non venga prospettato nell'atto in cui manifesta la volontà, ma è sufficiente il sospetto fondato che, pur non essendogli stata rivolta alcuna minaccia esplicita in quel momento, il suo eventuale rifiuto lo porterebbe a esporsi ad un male futuro. Poiché la situazione contiene una minaccia implicita, se il nubente basa il matrimonio in conseguenza di tale minaccia, anche la semplice *suspicio metus* ha efficacia invalidante.

Può accadere che la minaccia sia stata formulata in un momento precedente rispetto a quello della celebrazione delle nozze, ma continuino a perdurarne le conseguenze, e che il *metus patiens* decida di contrarre matrimonio solo per rimuovere una situazione dannosa provocata da queste conseguenze.

Si deve chiarire che il vizio di nullità non ha un prevalente carattere di sanzione nei confronti di colui che ha esercitato la violenza, in quanto l'ordinamento intende essenzialmente tutelare la libertà matrimoniale dei contraenti e quello che produce la nullità è il vizio del consenso, l'alterazione subita dalla volontà di colui che si accosta al matrimonio.<sup>299</sup>

---

<sup>297</sup> Quale può essere un naufragio, un terremoto o un incendio, quindi uno stato di necessità o di forza maggiore.

<sup>298</sup> Il *metum incutiens* è il soggetto che compie l'azione violenta.

<sup>299</sup> Se non si tiene conto del *metus ad intrinseco*, del timore che sorge nell'intimo dell'individuo, indipendentemente da una specifica azione di terze persone, è perché non ci si vuole addentrare nel difficile e spesso insondabile campo delle motivazioni interiori che conducono al matrimonio.

Pur dovendo provenire *ab extrinseco*, non occorre, ai fini della nullità del matrimonio, che il timore sia stato provocato al fine specifico di indurre al matrimonio.<sup>300</sup>

### 3.3. Il requisito della gravitas.

La *gravitas*<sup>301</sup> è il secondo dei requisiti necessari affinché la *vis ac metus* vizi il consenso.<sup>302</sup> Si deve precisare che non si ha una *vis* se essa non dà luogo ad un *metus gravis*, e non c'è *metus* se esso non derivi da una *vis gravis*; da ciò deriva che grave deve essere sia l'azione violenta, sia il timore che subisce il soggetto.

Una grave violenza ricorre quando la condotta dell'agente è idonea, per se stessa, a costringere il *metum patiens* a scegliere il matrimonio come unica via d'uscita<sup>303</sup> per sfuggire al male minacciato; perciò, la gravità della *vis* è valutata oggettivamente sulla base dell'*id quod plerumque accidit*.<sup>304</sup> La condotta del soggetto che incute il timore può consistere in una violenza materiale o, semplicemente, in una minaccia di un male futuro, basta che il *metum patiens* scelga il matrimonio perché si sente costretto a farlo. Non è necessario che il *metum incutiens* eserciti la violenza allo scopo di costringere il nubente a contrarre il matrimonio, ma è sufficiente che quest'ultimo sia convinto che la violenza

---

<sup>300</sup> L'attuale Codice ha espressamente precisato che costituisce vizio invalidante anche il *metus haud consulto incussus*, ossia il timore che viene originato da un'intimidazione proveniente da una terza persona, ma non intenzionalmente provocato per ottenere il matrimonio. Si può fare un esempio di questa situazione riferendosi al caso di una paziente che si offre di sposare un medico per ottenere da questo una cura che altrimenti, per odio, ignavia o negligenza del medico stesso, non le sarebbe stata prestata; oppure il caso di una ragazza che si sposa con un uomo per sottrarsi alle continue percosse, minacce, sevizie da parte di un suo genitore. In questi casi la *mentis trepidatio* del nubente proviene dall'attività di un individuo estraneo e il matrimonio è scelto per sottrarsi a un male proveniente da questo soggetto; la volontà, dunque, risulta viziata nei termini richiesti dal legislatore ed è tale da risultare inadeguata a costituire un valido matrimonio.

<sup>301</sup> Tale requisito va considerato tenendo presente l'importanza data all'effettivo consenso delle parti, quale unica e insostituibile causa *efficiens* del matrimonio.

<sup>302</sup> Tale gravità deve essere riferita al *metus*, ossia allo stato d'animo che si forma nel soggetto che si accosta al matrimonio coartato nella propria libertà, anche se viene sempre a toccare, per naturale correlazione, la *vis*, ossia l'azione di forza che provoca l'intimidazione.

<sup>303</sup> Il canone in esame richiede che il nubente sia costretto a scegliere il matrimonio come unica strada per liberarsi dal timore, perciò il matrimonio deve essere visto dal soggetto come l'unica via d'uscita che ha per sottrarsi all'intimidazione esercitata nei suoi confronti. L'impostazione personalistica conduce a valutare anche questo requisito facendo riferimento alle particolari caratteristiche della vicenda umana che viene in considerazione.

<sup>304</sup> Volendo fare un esempio di violenza grave, è tale la minaccia di uccidere o ferire il nubente o i suoi cari, o di distruggere i suoi beni.

è compiuta allo scopo di estorcergli il consenso, anche se ciò non rientra, in realtà, nelle intenzioni del *metum incutiens*.

Il timore è grave se, tenuto conto delle condizioni fisiche e intellettuali, del sesso, dell'età, delle doti caratteriali e temperamentali del soggetto, costui, dopo un raffronto tra il male minacciato e l'accettazione del matrimonio, arrivi al punto di scegliere il matrimonio come unica via d'uscita per sfuggire al male minacciato.

Quindi, la gravità del timore va valutata sulla base di parametri oggettivi e della pericolosità del minacciante e, anche, con riferimento alla personalità del soggetto minacciato<sup>305</sup>.

La valutazione di questo requisito non può essere condotta solo in base a criteri di carattere generale, ossia a modelli usuali e oggettivi di comportamento, ma va calata all'interno delle concrete vicende umane in cui nasce il matrimonio.<sup>306</sup>

---

<sup>305</sup> Un forte elemento indiziario a riguardo può essere offerto dall'*aversio*, ossia dalla contrarietà con cui il nubente procede alla celebrazione delle nozze. Quanto più questa avversione risulterà grave e irriducibile, tanto più apparirà plausibile che essa sia stata superata soltanto per una grave intimidazione che ha coartato la volontà del soggetto, inducendolo al matrimonio. L'*aversio* non deve, per forza, riguardare la persona con cui è stato celebrato il matrimonio, ma il matrimonio con questa persona; si possono nutrire sentimenti di stima, amicizia e affetto verso una certa persona, provare verso di essa una particolare attrattiva erotica che può condurre anche a rapporti intimi o a relazioni amorose, ma essere, al contempo, assolutamente contrari a instaurare con la stessa un rapporto matrimoniale.

<sup>306</sup> In attenta considerazione devono essere tenute le condizioni personali del soggetto che subisce il timore, quali l'età, il sesso, l'indole e tutte quelle altre circostanze che possono rendere l'individuo più impressionabile e più facilmente esposto all'intimidazione o alla paura, meno capace di reazione autonoma.



### 3.4 Il timore reverenziale.

All'interno del vizio del consenso per violenza morale la giurisprudenza ha delineato una figura più specifica, il *metum reverentialis*, che ha efficacia invalidante quando risulta *qualificatus*, ossia quando assume, con particolari caratteristiche, quei requisiti propri della violenza morale.<sup>307</sup>

Elementi identificanti il timore reverenziale sono la speciale relazione che lega il *metum incutiens* al *metum patiens* e le peculiarità dell'azione violenta e del *metum* suscitato nel nubente. Tra i due soggetti deve sussistere un vincolo di dipendenza affettiva e psicologica, chiamata *reverentia*, che si instaura tra genitore e figlio, tra tutore e pupillo, tra fratello e sorella.

L'azione violenta non si realizza sotto forma di minacce o violenze materiali, ma attraverso qualsiasi atteggiamento o comportamento idoneo a prospettare la rottura del rapporto affettivo per il caso di non celebrazione delle nozze. In questo modo il rapporto di *reverentia*, unito al comportamento tenuto dall'altro soggetto del medesimo rapporto, causa nel nubente<sup>308</sup> un senso di colpa e di rimorso nei confronti del *metum incutiens*. Tale comportamento può assumere la forma della *indignatio ostensa* oppure può concretizzarsi in una preghiera vessatoria tale da far venire meno la libertà del nubente. Il *metus* che ne deriva consiste in questo senso di colpa, nella paura di dare un dispiacere alla persona che preme per il matrimonio e di provocare in lei un'*indignatio*, ossia un risentimento tale da incrinare definitivamente la relazione di affetto e stima che lega il *metum patiens* al *metum incutiens*.

---

<sup>307</sup> Il timore reverenziale si differenzia dalla violenza per il particolare rapporto che intercorre tra il nubente e il soggetto che incute il timore: tale rapporto è caratterizzato da dipendenza affettiva e psicologica, quale può aversi tra genitore e figlio, tra tutore e persona sotto tutela, tra maestro e discepolo. Dato questo particolare rapporto, l'azione posta in essere per indurre al matrimonio non assume connotati violenti di particolare evidenza, ma si limita a insistenze, preghiere, lamentele, recriminazioni, manifestazioni di dolore, disappunto, delusione per le resistenze manifestate nei confronti delle nozze.

<sup>308</sup> Il *metus* che viene suscitato nel nubente presenta una natura particolare, in quanto l'animo di questo soggetto è angosciato e assillato non dal timore di un male fisico o materiale, ma dalla paura di recare un dolore, un dispiacere, una disillusione alla persona che insiste a che venga celebrato il matrimonio e di provocare in lei una *diuturna indignatio*, ossia un risentimento e un rancore tali da rovinare per sempre quel particolare rapporto di affetto, di stima e di comune sentimento che unisce questi due soggetti. Le insistenze di un genitore provocano, nel figlio, uno stato di turbamento, di senso di colpa, di rimorso che arriva a coartare in modo decisivo la sua volontà, non consentendogli realmente di prendere una decisione diversa da quella che gli viene insistentemente e accoratamente prospettata.

## 4. La disciplina della condizione.

### 4.1. Il consenso matrimoniale condizionato e le due ipotesi di condizione.

Per il diritto canonico<sup>309</sup> non è possibile configurare l'ipotesi di un matrimonio valido ma inefficace, in quanto il sacramento del matrimonio o è valido ed efficace o non è neppure valido; per questo, l'attuale disciplina codicistica fa dipendere dalla condizione la validità o la invalidità del vincolo, non l'efficacia.

Il canone 1102<sup>310</sup> del vigente Codice contempla due tipi di condizione: al § 1 è considerata la condizione *de futuro*<sup>311</sup>, mentre al § 2 si disciplina la condizione *de praeterito vel de praesenti*<sup>312</sup>.

La condizione è l'atteggiamento che porta il soggetto a subordinare la volontà di contrarre matrimonio a una particolare circostanza, quindi a volere il matrimonio solo al verificarsi o in presenza di un certo evento che gli sta a cuore più dello stesso matrimonio.<sup>313</sup>

La condizione può essere stabilita in varie forme, ossia con l'accettazione dell'altro contraente, quindi con un patto, o con una semplice comunicazione all'altra parte, oppure unilateralmente, quindi senza farlo sapere alla controparte.

Il § 1 del canone in esame disciplina la condizione sospensiva, detta anche propria, la quale si ha quando il contraente subordina l'efficacia del matrimonio al verificarsi di un avvenimento futuro e incerto<sup>314</sup>. Se quest'ultimo non avviene, il matrimonio, pur

---

<sup>309</sup> Nel diritto civile, invece, l'articolo 108 c.c. sancisce che la condizione si ha per non apposta, quindi rimane senza rilievo.

<sup>310</sup> Il canone 1102 del vigente Codice sancisce: “§ 1. *Non si può contrarre validamente matrimonio sotto condizione futura. § 2. Il matrimonio celebrato sotto condizione passata o presente è valido o no, a seconda che esista o no ciò su cui si fonda la condizione*”.

<sup>311</sup> La condizione *de futuro* si ha quando il nubente subordina il sorgere del vincolo e la sua validità al verificarsi di un evento futuro e incerto, esterno a esso. In questo caso la condizione rende nullo il matrimonio.

<sup>312</sup> La condizione *de praeterito vel de praesenti*, concernente il passato o il presente, opera nel senso di rendere nullo il matrimonio se non esista il fatto o la qualità o l'oggetto dedotto in condizione.

<sup>313</sup> Si tratta di un atteggiamento non certo meritevole di apprezzamento e poco compatibile con la stessa natura assoluta e totalizzante dell'impegno matrimoniale. La volontà condizionata, però, non può essere ignorata, in quanto essa può risultare non indirizzata al matrimonio, allorché venga a mancare quella particolare circostanza fatta oggetto di condizione. Essa assume nelle intenzioni del nubente importanza prevalente rispetto allo stesso matrimonio; la sua mancanza fa venire meno ogni volontà matrimoniale e, con essa, la possibilità che possa sorgere un valido matrimonio.

<sup>314</sup> In tal caso, nelle intenzioni del contraente, l'efficacia del negozio giuridico, che viene regolarmente posto in essere, deve restare sospesa fino a quando non si verifichi l'evento dedotto in condizione.

regolarmente celebrato, non è stato in realtà voluto e non potrà che risultare invalido per radicale mancanza di volontà matrimoniale.<sup>315</sup>

Il vecchio Codice canonico dava pieno rilievo giuridico alla volontà condizionata del nubente, prevedendo che la condizione *de futuro licita* sospendesse il valore del matrimonio in attesa del verificarsi o meno della condizione.<sup>316</sup> Tale condizione produce la nullità del matrimonio per il solo fatto di essere stata apposta al consenso matrimoniale, indipendentemente dal successivo verificarsi dell'evento o circostanza cui essa si riferisce.<sup>317</sup>

Una particolare forma di condizione *de futuro* è quella della condizione potestativa, ossia la condizione avente a oggetto un fatto la cui realizzazione è rimessa alla volontà della controparte.<sup>318</sup>

Per evitare che il matrimonio restasse in sospeso fino alla morte di uno dei due coniugi, senza arrivare mai ad acquisire piena efficacia, la giurisprudenza si era indotta a considerare queste particolari condizioni non come condizioni *de futuro*, ma come condizioni riferite a un fatto presente, consistente nell'impegno e nella promessa di tenere quel certo comportamento. Si riteneva, quindi, che quello che veramente interessava al nubente e a cui egli subordinava la piena realizzazione del matrimonio, fosse solo il fatto che l'altra parte si impegnasse in modo serio e responsabile, al momento della prestazione del consenso matrimoniale, a comportarsi nel modo da lui desiderato. Intesa in questo modo, oggi, la condizione potestativa non può essere inquadrata nella condizione *de*

---

<sup>315</sup> Poiché il consenso è un atto personalissimo degli sposi e nessuna potestà umana si può sostituire a loro nell'esprimerlo, il consenso va preso in considerazione dall'ordinamento canonico per quello che è, ossia condizionato e immediatamente non efficace.

<sup>316</sup> Questa soluzione presenta un grosso inconveniente, dovuto all'incertezza che caratterizza il periodo di pendenza della condizione, ossia il periodo che intercorre tra la prestazione del consenso e il verificarsi o meno dell'evento dedotto in condizione. In questo periodo non si sa bene fino a che punto i due sposi siano già effettivamente marito e moglie, se siano legittimati a porre in essere la convivenza coniugale, se prima del verificarsi della condizione possano recedere dall'impegno matrimoniale assunto e celebrare matrimonio con un'altra persona.

<sup>317</sup> Una soluzione diversa, analoga a quella adottata dagli ordinamenti civili, non era praticabile nell'ordinamento canonico, perché avrebbe contrastato con il principio dell'indissolubilità del consenso matrimoniale; considerare la condizione come non apposta e valido il matrimonio avrebbe significato conferire validità a matrimoni anche nel caso in cui non si era in realtà formata alcuna effettiva volontà matrimoniale.

<sup>318</sup> Questi tipi di condizioni aggravano l'incertezza propria del periodo di pendenza e tendono a prolungarlo indefinitamente, perché la loro realizzazione, oltre a dipendere dalla volontà dell'altra parte, in molti casi non è data da un'unica azione, ma da un comportamento continuativo, talora di carattere omissivo, che dovrebbe essere tenuto fino alla fine della vita matrimoniale.

*futuro*, ma dovrebbe essere soggetta alla diversa disciplina giuridica prevista, al § 2 del citato canone, per la condizione presente o passata.

Il § 2 del canone in esame disciplina la condizione *de praeterito vel de praesenti*, detta anche condizione impropria<sup>319</sup>, la quale rende valido o meno il matrimonio a seconda che esista o no ciò su cui si fonda la condizione.<sup>320</sup> Il matrimonio, in questo caso, sarà valido o nullo fin dal primo momento, ma la consapevolezza del contraente riguardo la condizione interviene successivamente, anche a distanza di molto tempo. In questa tipologia di condizione manca il periodo di tempo oggetto di pendenza, di attesa del verificarsi o meno della condizione; ed è questa, forse, la ragione che ha indotto il legislatore a differenziare<sup>321</sup> il regime giuridico dei due tipi di condizione, lasciando la possibilità di poter celebrare validamente un matrimonio condizionato a un evento presente o passato.

Anche in questa ipotesi, però, c'è uno stato di incertezza soggettiva, il quale dura fino a quando il nubente non venga a conoscenza della effettiva esistenza o meno della circostanza dedotta in condizione.<sup>322</sup> Lo stato psicologico del soggetto che si spinge a porre una condizione presente o passata, è caratterizzato dal desiderio particolarmente intenso verso una determinata circostanza, unito a un dubbio<sup>323</sup> sulla sua effettiva esistenza.<sup>324</sup> Quindi, si può dire che la condizione consente la realizzazione di un particolare intento del nubente e assume una funzione cautelativa, diretta a garantire al soggetto che ci sarà un vero matrimonio solo in presenza di quella circostanza a cui egli tiene in modo particolare.

---

<sup>319</sup> In quanto non ha ad oggetto un evento futuro.

<sup>320</sup> La circostanza oggetto di questa condizione è, quindi, già accaduta o è in atto; il nubente non ne è, però, a conoscenza e ciò la rende incerta e deducibile come condizione al matrimonio.

<sup>321</sup> Un regime giuridico uniforme per qualunque tipo di condizione è stato adottato dal Codice per le Chiese orientali, promulgato nel 1990; per i fedeli di rito orientale il matrimonio sottoposto a condizione, qualunque essa sia, è sempre invalido.

<sup>322</sup> Fino al momento in cui egli non chiarirà questo punto, la condizione non può per lui dirsi verificata e il matrimonio rimarrà in uno stato, anche se solo soggettivo, di pendenza.

<sup>323</sup> Senza questo dubbio è difficile concepire il sorgere di una vera e propria condizione

<sup>324</sup> Volendo fare un esempio, si pensi al caso del nubente che desidera più di ogni altra cosa avere figli e sposare una persona che sia dotata di normali capacità alla generazione, ma in costui si è instaurato il dubbio che il futuro coniuge non abbia tale capacità. Non riuscendo o non potendo sciogliere questo dubbio prima delle nozze, egli accetta di celebrare il matrimonio, solo a condizione che l'altra parte sia effettivamente dotata di normale attitudine alla generazione. In mancanza di tale qualità, egli non si riterrà vincolato da un valido matrimonio.

#### 4.2. Condizione ed esclusione dell'indissolubilità.

Il Codice del 1917 prevedeva in modo espresso la figura della condizione *contra matrimonii substantiam*, ossia della condizione che si risolveva in un rifiuto di un elemento essenziale del matrimonio; ma la figura di condizione non è stata riproposta nell'attuale Codice<sup>325</sup>.

Il regime delineato dal Codice in vigore riguarda propriamente la condizione sospensiva, ossia quella condizione che subordina l'efficacia del negozio giuridico al verificarsi di un certo evento; tale efficacia è destinata a rimanere sospesa fino alla realizzazione di questo evento.

Con riguardo al matrimonio, i suoi effetti dovrebbero rimanere sospesi ed essere rimandati fino al momento del verificarsi dell'evento dedotto in condizione. Ma gli effetti di tale istituto sono costituiti dalla vita coniugale, con tutti i diritti, doveri e contenuti specifici propri di essa; colui che appone una condizione sospensiva, perciò, dovrebbe astenersi dal porre in essere la convivenza coniugale sino a quando non abbia accertato l'avvenuto verificarsi di essa.

Un tale modo di agire aveva un certo riscontro nei secoli passati, nei casi in cui si riteneva opportuno celebrare subito le nozze, rimandando il perfezionamento del matrimonio e l'instaurazione della vita coniugale al verificarsi di un certo evento. Ma oggi, l'apposizione di una condizione non distoglie gli sposi dalla convivenza coniugale e dal dare immediata attuazione agli effetti propri del matrimonio fin dalla prestazione del consenso.<sup>326</sup>

La condizione, quindi, non è sospensiva, ma risolutiva e comporta l'esclusione di una proprietà essenziale del matrimonio, ossia dell'indissolubilità, venendo a tradursi in una fattispecie di simulazione parziale. Il nubente, perciò, intende dar vita al matrimonio,

---

<sup>325</sup> Tale figura non è stata riproposta nell'attuale codice a causa dell'introduzione della regola generale che conferisce efficacia invalidante a qualunque condizione *de futuro*, ma anche perché essa viene sostanzialmente a coincidere con la figura della simulazione parziale, ossia della positiva esclusione di una proprietà o di un elemento essenziale del matrimonio.

<sup>326</sup> Ciò a cui mira il nubente non è, quindi, la sospensione e il rinvio degli effetti del matrimonio, ma la loro eventuale cessazione o risoluzione nell'ipotesi che l'evento dedotto in condizione non si verifichi.

riservandosi di non considerarlo più vincolante e di riprendersi la propria libertà nel caso di non sussistenza dell'evento da lui dedotto in condizione.

Il fatto di considerare la condizione come avente natura risolutiva non comporta alcuna differenza ai fini della nullità del matrimonio quando essa è rivolta al futuro, in quanto il matrimonio sarà in ogni caso nullo perché l'apposizione di questo tipo di condizione comporta, di per se stessa, l'invalidità del matrimonio. Le cose cambiano, però, nel caso di una condizione *de praesenti vel de praeterito* perché se si riconosce a questa condizione valore risolutivo, essa produrrà, in ogni caso e indipendentemente dal verificarsi della condizione, la nullità del matrimonio, traducendosi in un'esclusione dell'indissolubilità.<sup>327</sup>

---

<sup>327</sup> Ad esempio, colui che si sposa a condizione che l'altra parte posseda una normale attitudine alla generazione contrae quindi un matrimonio nullo anche se tale attitudine dovesse risultare esistente, perché la sua effettiva intenzione era quella di porre fine alla vita coniugale se non avesse ritrovato nel proprio coniuge la capacità a procreare.

## CAPITOLO IV

### LA SIMULAZIONE DEL MATRIMONIO NEL DIRITTO CIVILE

**Sommario:** 1. L'istituto della simulazione del matrimonio prima e dopo la riforma. – 1.1. Il periodo pre-riforma. – 1.2. La legge 19 maggio 1975 n. 151. – 1.2.1. Privatizzazione del diritto di famiglia. – 1.2.2. L'atto costitutivo del vincolo matrimoniale. – 2. Disciplina dell'articolo 123 c.c. – 2.1. Il comma 1. – 2.2. Il comma 2. – 2.3. La simulazione relativa e parziale e la riserva mentale.

#### **Premessa.**

Nel presente capitolo si vuole esaminare la fattispecie simulatoria dal punto di vista del diritto civile, soffermandosi sulla diversa disciplina della materia prima e dopo la riforma del diritto di famiglia avvenuta con la legge del 19 maggio 1975 n. 151.

Si vuole, inoltre, mettere in evidenza le perplessità derivanti dalla riforma in questione, la quale ha apportato modifiche non indifferenti nel campo civilistico, introducendo un istituto che prima non era disciplinato.

Si prosegue analizzando l'articolo 123 c.c., approfondendo la disciplina dettata dai suoi due commi, con il fine di chiarire l'odierna disciplina dell'istituto.

#### **1. L'istituto della simulazione del matrimonio prima e dopo la riforma.**

##### *1.1. Il periodo pre-riforma.*

La dottrina si era interrogata con riguardo alla simulazione prima dell'intervento della riforma del 1975.

Nel periodo a cavallo tra la Prima e la Seconda Guerra Mondiale molte persone utilizzarono lo strumento del matrimonio per poter sfuggire a persecuzioni politiche, razziali e religiose<sup>328</sup>, in quanto acquisire la cittadinanza del proprio coniuge era l'unico modo che le persone avevano per potersi salvare la vita. Oltre a queste ragioni, le persone potevano servirsi del matrimonio per creare una mera apparenza agli occhi dei terzi<sup>329</sup>.

---

<sup>328</sup> Cfr. CONTE G., *La simulazione del matrimonio nella teoria del negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1999.

<sup>329</sup> Ciò può avvenire nel caso in cui una coppia decida di sposarsi solo per esaudire il desiderio di un'anziana parente moribonda di uno dei due, mantenendo però l'intenzione di tornare liberi e separati non appena la

Si succedettero vari orientamenti teorici nel periodo precedente alla riforma del 1975. Si deve rilevare che uno dei primi ostacoli all'ammissibilità della simulazione nel matrimonio era individuato nell'intervento dell'ufficiale di stato civile nella celebrazione del matrimonio, in quanto, costui, se informato della simulazione, non avrebbe celebrato il matrimonio; se, invece, il medesimo fosse stato tenuto all'oscuro di tutto, la simulazione non sarebbe stata possibile, in quanto non conosciuta da tutte le parti del negozio giuridico. Qualora si ritenga che nella formazione dell'atto di matrimonio il pubblico ufficiale entri come parte attiva, completando e perfezionando con la sua dichiarazione di volontà l'atto stesso, non si potrà parlare di simulazione nel caso in cui l'accordo simulatorio sia stato a lui tenuto nascosto<sup>330</sup>, ma, al massimo, la fattispecie sarebbe vista come un'ipotesi di "doppia riserva mentale". Con questa visione vengono poste le basi per dare all'intervento del pubblico ufficiale un rilievo maggiore e diverso rispetto a quello che spetterebbe a una semplice parte.<sup>331</sup>

Le riflessioni riguardanti il ruolo del pubblico ufficiale sin qui riportate acquistarono una fisionomia diversa quando furono riportate in un'opera<sup>332</sup> avente un netto indirizzo ideologico-politico<sup>333</sup>; così, a tale figura venne riconosciuto un ruolo attivo, attribuendo

---

stessa fosse deceduta. Cfr. PEREGO E., *La simulazione nel matrimonio civile*, Giuffrè, Milano, 1980. Ai nostri fini rileva ricordare l'opinione dell'autore a riguardo, il quale ritiene che "è possibile distinguere, nell'ambito della simulazione matrimoniale, fra due ipotesi: nella prima il matrimonio è lo strumento con il quale le parti si propongono di conseguire un effetto giuridico dipendente dallo status di coniuge; nella seconda questo intento fa difetto e il matrimonio è celebrato al solo fine di creare un'apparenza, anche senza scopo di frode, circa lo status di persona coniugata". L'autore ritiene, ancora, che tale distinzione sarebbe una prerogativa del solo diritto civile perché, in quello canonico, "questa distinzione certamente non ha rilievo perché si tratta sempre di ipotesi di simulazione assoluta di matrimonio, in quanto gli sposi escludono il vincolo o la sua sostanza, cioè tutte le obbligazioni matrimoniali: l'intenzione di non contrarre e quella di non assumere alcuna delle obbligazioni o *bona matrimonii* coincidono perché il matrimonio è svuotato delle sue proprietà essenziali".

<sup>330</sup> Questa posizione teorica viene sviluppata in Italia da FERRARA F., secondo il quale quando il pubblico ufficiale risulti ignaro ed estraneo ai segreti divisamenti degli sposi, "la simulazione è impossibile, quindi l'atto ha piena efficacia, avendosi solo una doppia riserva mentale". Rileva ai nostri fini precisare che il diritto civile tradizionalmente non dà alcuna rilevanza alla riserva mentale.

<sup>331</sup> Quando si cominciò ad attribuire particolare valore alla formula utilizzata dall'articolo 94 c.c. secondo cui l'ufficiale di stato civile "pronuncia in nome della legge" che gli sposi sono uniti in matrimonio, ritenendo il suo intervento integrativo e perfezionativo dell'atto, si iniziò a creare lo squilibrio a vantaggio della dichiarazione del pubblico ufficiale nell'atto. "È questa dichiarazione solenne che parte dall'autorità pubblica che perfeziona il contratto, la volontà degli sposi è solo un presupposto di questo". Cit. FERRARA F., *Della simulazione nei negozi giuridici*, Società Editrice Libreria, Milano, 1913, p. 96.

<sup>332</sup> Si vuole fare riferimento all'opera di CICU A., *Il diritto di famiglia – Teoria generale*, Athenaeum, Roma, 1914.

<sup>333</sup> Questa dottrina si basa su una concezione che vede il diritto di famiglia non tanto nell'ambito del diritto privato, ma in quello del diritto pubblico, visti i rilevanti interessi collettivi che la celebrazione del



alla sua pronuncia il valore di consenso prestato al matrimonio.<sup>334</sup> La pronuncia dell'ufficiale di stato civile, in questo modo, non è più solamente un elemento integrativo e di perfezionamento della volontà dei due futuri sposi, ma diventa l'elemento costitutivo dell'atto<sup>335</sup>; perciò, la simulazione non poteva essere ammessa. Dato che all'epoca non esisteva ancora la legge sul divorzio ed era particolarmente sentita la necessità di tutelare la stabilità e l'indissolubilità del vincolo matrimoniale, non si permetteva agli sposi di preconstituirsì, con la simulazione, uno strumento per eliminare il vincolo nel caso in cui in costoro non ci fosse più stata la volontà di vivere da marito e moglie.<sup>336</sup>

L'autore si rese conto che giustificare l'inammissibilità della simulazione nel matrimonio solamente con l'intervento del pubblico ufficiale non era più sufficiente e che se si fosse continuato a rimanere nell'ambito dell'autonomia privata, persistendo a ritenere che l'ufficiale di stato civile intervenga "come estraneo a integrare, completare, perfezionare, nell'interesse della generalità, un consenso che sarebbe potenzialmente capace di produrre effetti giuridici", si sarebbe potuto salvare, sulla base del principio di responsabilità, l'efficacia dell'atto di fronte ai terzi, ma sarebbe stato problematico pretendere che l'atto simulato producesse i suoi effetti anche tra le parti, sostituendo coattivamente la loro contraria volontà<sup>337</sup>.

Il principio di certezza e stabilità del vincolo esige che non può essere consentito agli sposi di preconstituirsì il mezzo per eliminarlo.

---

matrimonio può concernere. Tra i maggiori sostenitori di questa dottrina si possono ricordare FERRARA F. e CICU A.

<sup>334</sup> Si può dire, sulla base di questo pensiero, che è lo Stato che unisce due soggetti in matrimonio, il quale acquisisce valore giuridico per il tramite di un atto del pubblico potere in cui la concorde volontà degli sposi degrada a semplice condizione per la pronuncia. Cfr. RANIERI E., *Il concetto del matrimonio come negozio giuridico di diritto pubblico*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1920, I, p. 25 ss.

<sup>335</sup> In questo modo si perfeziona un itinerario ricostruttivo che spinge il matrimonio fuori dai confini tradizionali dell'autonomia privata e colloca la famiglia accanto agli enti pubblici, chiamata a svolgere una funzione sussidiaria e attinente alle funzioni dello Stato. L'autore stesso si rese conto e lamentò che il suo pensiero fosse stato frainteso, in quanto nella vulgata corrente gli veniva attribuito il proposito di includere il diritto di famiglia nel diritto pubblico, mentre, in realtà, il suo intento era di evidenziare che il rapporto giuridico familiare non potesse essere ricondotto e assimilato agli altri rapporti di diritto privato. Si deve notare che, in verità, affermazioni come "il diritto di famiglia va separato dal diritto privato e avvicinato al diritto pubblico" (Cit. CICU A., *Il diritto di famiglia – Teoria generale*, cit., p. 236) aprivano a uno sviluppo nella direzione di una subordinazione degli interessi dei singoli componenti del nucleo familiare a quelli superindividuali della famiglia, e degli interessi della famiglia a quelli superiori dello Stato.

<sup>336</sup> Cfr. CICU A., *Il diritto di famiglia – Teoria generale*, cit., p. 219.

<sup>337</sup> Cit. *Ibidem*, p. 237

Si deve aggiungere che vi erano altri autori<sup>338</sup> che giungevano a identiche conclusioni, ma attraverso un itinerario diverso, i quali consideravano l'atto matrimoniale un negozio giuridico complesso. Anche in questa prospettiva, la simulazione risulta poco più di una riserva mentale e, quindi, senza rilevanza giuridica, quando non vi abbia partecipato e aderito l'ufficiale di stato civile.

Rileva, ai nostri fini, ricordare e soffermarsi su un avvenimento importante avvenuto a quel tempo, ossia l'approvazione del Libro I del Codice Civile<sup>339</sup>, intitolato "Delle persone e della famiglia", il quale, con riguardo alla pronuncia dell'ufficiale di stato civile ai fini della celebrazione del matrimonio, aveva avuto una gestazione sofferta. In questa sede prese piede un forte orientamento volto a considerare l'intervento dell'ufficiale di stato civile come puramente dichiarativo<sup>340</sup>; in un primo progetto veniva sancito che l'ufficiale dà atto che le parti sono unite in matrimonio. Alla fine, si trovò un accordo dal quale venne emanato il testo dell'articolo 107, comma 1, c.c. vigente, secondo il quale l'ufficiale di stato civile "di seguito dichiara che esse sono unite in matrimonio"; dell'orientamento<sup>341</sup> della Commissione parlamentare, però, rimane traccia nella

---

<sup>338</sup> Cfr. VASSALLI F., *Lezioni di diritto matrimoniale*, I, Cedam, Padova, 1932, p. 84. In quest'opera l'autore definisce il matrimonio giuridico come un "negozio giuridico complesso", con l'intento di sottolineare come la concorde dichiarazione di volontà degli sposi e la pronuncia dell'ufficiale di stato civile siano momenti necessari che conservano ciascuno la loro specifica natura; la dichiarazione degli sposi, quindi, conserva natura negoziale, mentre l'intervento dell'ufficiale di stato civile, in un primo momento, è diretto a constatare se ricorrono le condizioni volute dalla legge e, in un secondo momento, egli pronuncia l'unione delle parti in matrimonio. L'autore, in questo modo, prende le distanze da CICU, in quanto secondo lui la pronuncia dell'ufficiale di stato civile non vale come dichiarazione di volontà del potere pubblico poiché corrisponde a un diritto subiettivo delle parti private. Cfr. *Ibidem*, p. 93.

Della stessa opinione è anche CARIOTA – FERRARA L., in *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano Editore, Napoli, 1948, p. 166 s. Tale autore riconosce che l'impostazione del precedente autore ha il vantaggio di non violentare la natura dei singoli elementi che concorrono nel costituire il vincolo, ma, tuttavia, suggerisce l'adozione di una formula diversa, come "fattispecie complessa" o "complesso di atti", in quanto la nozione di atto giuridico complesso veniva già utilizzata dalla dottrina italiana con un'accezione diversa.

<sup>339</sup> L'elaborazione di esso prende avvio con il Progetto preliminare predisposto dalla Commissione Reale per la riforma dei codici. Su tale progetto furono chiamati a partecipare ed esprimersi le magistrature superiori, le facoltà giuridiche universitarie, il Consiglio Superiore forense e i consigli locali degli avvocati e dei procuratori. Il regio decreto di definitiva approvazione del I Libro fu firmato da Vittorio Emanuele III il 12 dicembre 1938 e, in esso, veniva disposto che il nuovo testo normativo, preceduto dalle "Disposizioni sull'applicazione delle leggi in generale", entrasse in vigore dal 1° luglio 1939.

<sup>340</sup> Già la legge 1159/1929 aveva puntualizzato in modo chiaro la funzione puramente accertativa svolta dall'intervento del ministro del culto con riferimento alla celebrazione di un matrimonio religioso non cattolico, ma di culto ammesso nel territorio dello Stato italiano. In base all'articolo 9 di tale legge, il ministro di culto doveva "ricevere, alla presenza di due testimoni idonei, la dichiarazione espressa di entrambi gli sposi, l'uno dopo l'altro, di volersi prendere rispettivamente in marito e moglie".

<sup>341</sup> "Circa il carattere della partecipazione dell'ufficiale di stato civile alla celebrazione del matrimonio, la Commissione parlamentare, pur approvando il testo del progetto, ha raccomandato che venisse chiarito

Relazione presentata al Re dal Ministro Guardasigilli Solmi, la quale precisa che l'intervento dell'ufficiale di stato civile, pur costituendo elemento indispensabile al perfezionamento del matrimonio, non ha carattere costitutivo, ma ricognitivo della manifestazione di volontà degli sposi.

Il nuovo testo normativo rafforza la dottrina volta a limitare la pronuncia del pubblico ufficiale al valore di un accertamento, in quanto costui “non dà alcun impulso alla creazione del rapporto, e non esercita alcun controllo sul suo contenuto”<sup>342</sup>. Confinando il suo intervento nell'ambito della forma richiesta *ad substantiam*, la sua pronuncia non può più essere volta a sostituire o integrare in alcun modo la volontà degli sposi.

Alcuni autori<sup>343</sup> ritengono, invece, che sia più corretto parlare di accertamento costitutivo e di dichiarazione formativa del vincolo. Sulla base di questa prospettiva, per i giuristi viene a mancare l'ostacolo all'ammissibilità e alla rilevanza della simulazione del matrimonio, il quale era costituito dalla presenza del pubblico ufficiale; ma, questi non può sostituirsi a una volontà viziata dei soggetti privati di unirsi in matrimonio.

---

nella relazione il concetto che non si attribuisce valore costitutivo alla dichiarazione dell'ufficiale di stato civile richiesta dall'articolo in esame. In proposito non ho difficoltà a precisare che il carattere costitutivo della dichiarazione, nel senso che le attribuiscono alcune correnti dottrinali, è certamente da escludere, in quanto essa è essenzialmente ricognitiva della manifestazione di volontà degli sposi, ma in pari tempo è da riaffermare che l'intervento dell'ufficiale dello stato civile costituisce un elemento indispensabile per il perfezionamento del matrimonio”. Cit. *Relazione a S.M. il Re Imperatore Guardasigilli (Solmi)* presentata nell'udienza del 12 dicembre 1938-XVII per l'approvazione del testo delle Disposizioni sull'applicazione delle leggi in generale e del Libro Primo del Codice Civile, in *Codice civile-Libro Primo con la relazione ministeriale a Sua Maestà il Re Imperatore*, I edizione stereotipa dal testo ufficiale, Ist. Poligr. Dello Stato, Roma, 1938, n. 76, p. 44.

<sup>342</sup> Cit. JEMOLO A.C., *Il matrimonio*, cit., p. 146.

<sup>343</sup> La teoria della funzione di accertamento costitutivo svolta dall'ufficiale di stato civile con la pronuncia di matrimonio venne prospettata da CARNELUTTI F., *Accertamento del matrimonio*, in *Foro italiano*, Milano, 1942, IV, p. 41 s. e poi ripresa e sviluppata da JEMOLO A.C., *Il matrimonio*, cit., p.148.

## 1.2. La legge 19 maggio 1975 n. 151.

Il diritto di famiglia è stato innovato dall'intervento del legislatore attraverso la legge del 19 maggio 1975, n. 151, la quale è intervenuta in una materia ritenuta molto delicata e sensibile, nell'ambito della quale c'erano forti spinte innovatrici da parte della società civile, ma altrettanto forti erano gli interessi a mantenere invariata la situazione.

Tale legge ha sostituito l'originario articolo 123 c.c. riguardante l'invalidità del matrimonio per impotenza, con una norma sulla simulazione<sup>344</sup>. Una parte della dottrina ha fin da subito criticato detta previsione legislativa, arrivando a negare che la disciplina di tale norma non si riferisse alla simulazione, ma ad altre figure giuridiche, con la conseguenza, quindi, che anche la rubrica dello stesso articolo fosse errata.<sup>345</sup> L'unico punto pacifico è l'esclusione che tale norma contempri un'ipotesi di riserva mentale, dato che per l'impugnazione è necessaria l'esistenza di un accordo tra gli sposi e quindi la volontà, comune a entrambi i soggetti, di non voler dare attuazione al matrimonio.

Si deve rilevare la convinzione che accomuna alcuni studiosi, secondo la quale non c'è corrispondenza tra la rubrica e il testo normativo dell'articolo 123 c.c.<sup>346</sup> Fu il testo

---

<sup>344</sup> In assemblea, il senatore ARENA propose di sostituire nella rubrica dell'articolo la parola 'Simulazione' con l'espressione 'Inattuazione concordata del rapporto coniugale'. A sostegno di ciò, il proponente spiegava che "qui non di simulazione è proprio parlare" perché mentre l'atto simulato non produce effetti fra le parti, come dice l'articolo 1414 c.c., "nel caso nostro gli effetti si producono"; ad avviso di quel senatore, gli effetti in questione non sarebbero stati quelli previsti dal nuovo articolo 143 c.c.; ma quelli perseguiti dagli sposi. D'altra parte, il senatore aggiungeva che "questo matrimonio che si dice simulato non solo produce quegli effetti che i coniugi si siano proposti, ma in sé e per sé è perfetto ed è produttivo degli altri effetti giuridici; prova ne sia il fatto che, qualora dopo la celebrazione del matrimonio i contraenti abbiano vissuto come coniugi, manifestando con ciò la loro volontà di non considerare più operante la convenzione, sono gli effetti dell'originario e unico atto matrimoniale che vengono portati a esecuzione". Il relatore AGRIMI, pur riconoscendo "una qualche differenza tra questa particolare fattispecie e l'istituto, se possiamo chiamarlo così, generale della simulazione", preferì il termine simulazione, anche se "non è perfettamente appropriato" e definì "poco elegante" la rubrica proposta dal senatore ARENA.

<sup>345</sup> Cfr. IRTI N., *Simulazione o annullabilità del matrimonio civile?*, Jovene Editore, Napoli, 1976, p. 481. L'autore ritiene che "da un lato, la simulazione dell'articolo 123 niente ha a che vedere con la simulazione degli articoli 1414 e seguenti; e, dall'altro, che essa, invece, rivela tratti di affinità con la disciplina dell'annullabilità". Per cui, secondo lui, si apre una alternativa dogmatica, nel senso che "o la simulazione dell'articolo 123 non è che una sottospecie dell'annullabilità, cioè una forma di questa propria del matrimonio, ed allora il legislatore ha collocato la norma sotto una rubrica erronea; o l'articolo 123 delinea la singolare figura della 'simulazione del matrimonio', diversa dalla figura del 'matrimonio simulato', ed allora il tenore della rubrica risulta perfettamente adeguata al contenuto della norma".

<sup>346</sup> Cfr. NICOLÒ R., *La simulazione nel matrimonio nel quadro della nuova legge sul diritto di famiglia*, in *Rivista di giurisprudenza*, p. 57. L'autore osserva che "l'articolo 123 nel testo modificato dalla riforma, è stato intitolato coraggiosamente simulazione" e, rilevando la contrapposizione tra rubrica e testo normativo, considera come "nei testi legislativi occorre dare maggiore importanza al contenuto dispositivo rispetto a quello meramente definitorio".

normativo a suscitare perplessità maggiori rispetto alla rubrica, in quanto, dopo una prima formulazione che sembrava voler riprodurre il riconoscimento del fenomeno della simulazione nella sua accezione più estesa, propria dell'ordinamento canonico<sup>347</sup>, raggruppò su di sé più ampi consensi.

L'*iter* legislativo che porta all'approvazione del progetto di riforma del diritto di famiglia e la discussione che lo accompagna offrono una precisa testimonianza della volontà di dettare una regolamentazione più generale del fenomeno, la quale non si limitava solo ai casi sui quali, sotto l'urgenza delle avversità del periodo bellico, si era posta attenzione e che richiedevano adeguate soluzioni.

Anche se con qualche indecisione, si sviluppa la convinzione che la disciplina vada imposta in termini di nullità originaria e che, quindi, il vero problema sia quello di consentire agli sposi, che abbiano celebrato il matrimonio senza accettare gli obblighi e i diritti conseguenti, di agire per fare dichiarare l'invalidità di un vincolo che è tale solo in teoria.

La regolamentazione che risulta dalla riforma mostra, da un lato, di riuscire a liberarsi da quella prospettiva angusta che originariamente rischiava di ridurre la portata alla sola disciplina delle fattispecie derivanti dal periodo bellico; dall'altro lato, in particolare con la previsione dei limiti posti dal secondo comma, riduce la portata pratica della norma. Dalla disposizione normativa in esame nascono due ordini di problemi: da una parte, sorge la necessità di individuare il luogo concettuale dove collocare la fattispecie descritta dal primo comma della norma, mentre, dall'altra parte, bisogna risolvere i risvolti applicativi che la norma porta con sé.

---

<sup>347</sup> Il progetto di iniziativa parlamentare Ruffini-Martini, all'articolo 9, disponeva che "il matrimonio può essere impugnato quando uno o entrambi i coniugi abbiano simulato il consenso, o quando abbiano positivamente rifiutato di assumere uno o più degli obblighi fissati dall'articolo 78-bis".

### *1.2.1. Privatizzazione del diritto di famiglia.*

Nel corso degli anni Settanta inizia a circolare, con insistenza, l'affermazione secondo la quale la riforma in questione avrebbe comportato la privatizzazione del matrimonio e del diritto di famiglia; di conseguenza si pensa che siano state privilegiate soprattutto le ragioni di protezione e promozione del singolo membro della famiglia rispetto a quello di unità e di superiorità del gruppo familiare.<sup>348</sup>

Rileva ai nostri fini ricordare che un fine studioso annotava che la politica del legislatore sembra voglia privilegiare la progressiva de-giuridicizzazione del diritto di famiglia, la quale indebolisce le prerogative giuridiche del matrimonio nei confronti dell'unione libera e, inoltre, rende disponibili gli obblighi derivanti dal matrimonio.<sup>349</sup>

Questo processo sembra risolversi in una "sconcertante ibridazione" che, lungi dal segnare "il superamento dell'opposizione antinomica di pubblico e privato in una sintesi armoniosa", dà testimonianza della "loro contaminazione che conserva di entrambi l'arroganza e solleva entrambi da ogni responsabilità".<sup>350</sup>

Si deve notare che in epoca moderna, la distinzione tra pubblico e privato non può essere riproposta senza tenere conto del processo di accentramento e accrescimento delle funzioni dello Stato, il quale ha portato a una statualizzazione delle fonti di produzione giuridica e, inoltre, ha prodotto una sorta di pubblicizzazione del diritto civile.<sup>351</sup>

Il diritto di famiglia si presenta, a un esame storico, con segni evidenti di discontinuità. Nel modello di matrimonio e di famiglia presente nel Codice Civile del 1865 sono presenti alcuni dei principi cardine del liberalismo ottocentesco, come quello secondo il

---

<sup>348</sup> Le manifestazioni più evidenti di questa convinzione sono date dalla restituzione del vincolo matrimoniale alla disponibilità delle parti e dall'affermazione del principio di corrispondenza tra la realtà formale e la realtà sostanziale dei rapporti tra i coniugi. Dalle norme a tutela della libertà e spontaneità, della consapevolezza e responsabilità del consenso, tra cui anche quella sulla manifestazione, si ricavano i segni più evidenti di questa rivoluzione copernicana che pone al centro del rapporto i protagonisti veri dell'atto e del relativo rapporto, non più sacrificati, perciò, a un interesse superiore, familiare o statale che sia.

<sup>349</sup> Cfr. MENGONI L., *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, Vita e Pensiero, Milano, 1979, p. 276.

<sup>350</sup> Cit. COTTA S., *La dimensione sociale nell'alternativa tra il pubblico e il privato*, in *Rivista di diritto civile*, 1980, I, p. 134. L'autore continua affermando che "non si sa oggi se lamentare di più l'arroganza di un pubblico apparato, che impone a tutto e a tutti il proprio soffocante dominio e tuttavia non risponde a nessuno dei suoi atti e delle sue inefficienze; oppure l'arroganza del privato che tutto pretende e tuttavia nulla vuol dare, esigendo di essere liberato da ogni responsabilità".

<sup>351</sup> Cfr. GALGANO F., *Il diritto privato tra codice e Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1978, p. 12 ss.

quale il matrimonio civile costituisce l'unico vincolo rilevante per lo Stato, ma la disciplina si impone di rispettare la libertà delle coscienze e il libero esercizio dei culti.<sup>352</sup> Se, da un lato, la disciplina legislativa del matrimonio, la quale è ispirata a un equilibrato individualismo, sembra privilegiare il modello contrattualistico, dall'altro lato, la doverosità morale fa da contrappeso ai rischi di una *deminutio* dell'importanza dell'istituto, ponendone in risalto le funzioni pubbliche.

È la dottrina nazionalsocialista del Terzo Reich che vuole una precisa riforma del diritto privato in grado di recuperare i territori fino ad allora rimessi al conflitto di interessi tra privati, alla superiore unità della *Volksgemeinschaft*<sup>353</sup>. Il diritto di famiglia finisce per porsi come il luogo privilegiato di traduzione dei nuovi ideali politici e legislativi.

Per l'ordinamento italiano, invece, il discorso è diverso, in quanto il Codice civile del 1942 esprime un impianto normativo di eccezionale tenuta, infatti i compilatori mostrano attenzione maggiore alle ragioni tecnico-giuridiche rispetto a quelle politiche.<sup>354</sup> La disciplina contenuta nel Libro primo<sup>355</sup> non contiene radicali stravolgimenti della materia rispetto al diritto di famiglia delineato nella codificazione post-unitaria e risorgimentale del 1865. Gli aspetti veramente nuovi della disciplina in questa materia sono tre, ossia

---

<sup>352</sup> In particolare, non si cede alla tentazione di punire i cittadini che celebrano il proprio matrimonio con il rito religioso prima che con quello civile. Cfr. VISMARA G., *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 72.

<sup>353</sup> Il regime nazista sostenne di essere riuscito a conseguire uno dei suoi obiettivi fondamentali in politica interna cancellando la divisione per classi della società tedesca e creando in sua vece una compatta *Volksgemeinschaft*, ossia una comunità popolare stretta attorno ai valori proposti dal nazionalsocialismo. Il singolo è chiamato a essere, allo stesso tempo, veicolo e artefice del benessere della collettività; questa responsabilità di costui di fronte alla collettività comporta una progressiva pubblicizzazione dei rapporti privati.

<sup>354</sup> Gli ideali politici del tempo vengono assorbiti mediante specifiche e ridotte iniezioni corporative; ciò consentirà, di conseguenza, all'indomani della caduta del regime, di adottare alcuni decreti e depurare la disciplina civile dei segni del tempo.

<sup>355</sup> La relazione che accompagna il Codice Civile precisa le conseguenze che la nuova concezione tra Stato e cittadino produce sulla distinzione tradizionale tra pubblico e privato. "Soltanto le ideologie a cui si ispirò la Rivoluzione francese pretesero di staccare l'individuo dall'organismo sociale nel quale egli vive e opera. Esse fecero dell'interesse privato e dell'interesse pubblico due campi diversi e opposti, spesso inconciliabili tra loro, e parlarono di diritti individuali naturali, anteriori allo Stato, dimenticando il carattere eminentemente sociale del diritto. Non vi è diritto che non sia attribuito al singolo con finalità sociale, e la tutela che la legge appresta all'interesse del singolo non è tutela di un interesse egoistico, ma è tutela diretta o indiretta dell'interesse nazionale. Non vi è dunque contratto, ma armonia fra l'interesse privato e l'interesse pubblico". Cit. *Relazione al codice civile*, n. 6. "L'esigenza di subordinare all'interesse pubblico gli interessi particolari dei singoli e di attuare un'armonica coordinazione fra loro ha posto in rilievo gli aspetti pubblicistici degli istituti del diritto civile e ha orientato la proprietà e l'autonomia privata verso la solidarietà corporativa, sottoponendo così rapporti eminentemente privatistici a una disciplina ispirata all'interesse pubblico, che sempre predomina nel nuovo codice". Cit. *Relazione al codice civile*, n. 8.

l'introduzione dell'istituto del patrimonio familiare, un mutato atteggiamento verso i figli naturali e una disciplina della dote diversa rispetto alla precedente.

I segni che danno veste normativa agli ideali del tempo in modo più immediato sono i divieti della libertà di contrarre il vincolo matrimoniale in ragione della diversità di razza e della diversa nazionalità; i provvedimenti in ordine al trattamento di carriera dei pubblici impiegati o delle assunzioni al lavoro; infine, la norma che dispone che la condizione e il termine apposti al consenso matrimoniale non hanno effetto.

Si comprende, quindi, come il criterio discretivo tra pubblico e privato non sia di facile individuazione, ma sia ancora più difficile ragionarne con riguardo al diritto di famiglia, in quanto il matrimonio e la famiglia sono due istituti che hanno una rilevanza sociale tale per cui è davvero difficile che una legislazione si premuri di non tradurre le influenze politiche che la materia evoca.

Se si vuole essere coerenti, non è difficile ammettere che tutti gli istituti, quindi anche quelli di impronta patrimonialistica, realizzano anche interessi di natura pubblica, in quanto, dietro al riconoscimento di un potere ai singoli da parte del diritto vi è sempre una implicita valutazione con esito positivo di un interesse pubblico.<sup>356</sup> Tuttavia, fino al momento in cui un determinato settore di disciplina rimette ai soggetti privati l'attuazione dei relativi interessi individuati e protetti dalle norme di diritto positivo, è difficile ritenere che non si versi nel campo dell'autonomia privata; mentre, nel caso in cui l'attuazione degli interessi presi in considerazione sia assunta direttamente dal potere pubblico, allora può essere fondata la convinzione di essere nel campo del diritto pubblico.

Si vuole ora tornare alla privatizzazione introdotta con la riforma del 1975; tale formula va usata con prudenza<sup>357</sup> in quanto con questa denominazione si indica che prima il diritto

---

<sup>356</sup> Una giuspublicizzazione è stata attuata con riferimento alla proprietà privata, la quale a norma della nostra Costituzione è chiamata a svolgere una funzione sociale, e, inoltre, con riferimento a tutte le forme di potere che l'ordinamento riconosce ai privati, per il fatto stesso che queste posizioni attive sono state fatte oggetto di una disciplina giuridica e quindi sono state riconosciute.

<sup>357</sup> Con riguardo alla disciplina dell'istituto del matrimonio, le principali modifiche che confermano questa caratterizzazione della riforma vertono sul principio del consenso degli sposi, che è reso più pieno ed effettivo; ne sono testimonianza il fatto che l'età per contrarre il matrimonio è stata elevata a diciotto anni, ossia all'età in cui nel nostro ordinamento opera la presunzione di piena maturità psico-intellettuale del soggetto tale da renderlo idoneo a tutelare i propri interessi e il fatto che l'ammissione del minore, che abbia compiuto diciassette anni, a contrarre matrimonio è subordinata al previo accertamento da parte del tribunale della sua concreta maturità psico-fisica necessaria a questi fini. Lo sono anche la previsione del timore di eccezionale gravità derivante per cause esterne allo sposo; la disciplina dell'errore che contempla anche la possibilità di impugnare il matrimonio quando il consenso sia stato dato per effetto di errore essenziale su qualità personali dell'altro coniuge; la disciplina dell'impotenza assunta nell'ottica di un



di famiglia era pubblicizzato; ma dovrebbe essere chiaro che se è avvenuta, in Italia, si è verificata nel periodo tra la Prima e la Seconda Guerra mondiale, quindi in un dato momento della nostra storia politica e giuridica e in massima parte con la legislazione penale e speciale.

Grazie all'autorità e al prestigio dell'illustre autore A. CICU, si diffuse una concezione di famiglia che contribuì a rompere con quella tradizionale e si privilegiarono le ragioni dell'istituzione rispetto a quelle dei singoli soggetti, ritenendo che l'istituto del matrimonio non era stato creato a beneficio dei coniugi. In questo modo, diventò irresistibile la tentazione di vedere nella famiglia un ente che supera i singoli membri, che è organizzato sulla base di schemi gerarchici e relativo a una realtà sociale organizzata in modo gerarchico.

Alla luce di queste considerazioni, si può dire che non ha molto senso parlare di un processo di privatizzazione attuato con la riforma del diritto di famiglia del 1975, in quanto la normativa precedente non si collocava nel campo del diritto pubblico; ed è, pure, stato rilevato che la privatizzazione trova la sua origine nella legge sul divorzio. Anche quest'ultima opinione, però, andrebbe riconsiderata; l'intervento normativo volto all'introduzione della legge sul divorzio del 1970 è molto rilevante, in quanto incrina in modo irreparabile le ricostruzioni esegetico-sistematiche che si erano fino a quel momento prodotte.<sup>358</sup> Il venir meno del principio dell'indissolubilità del vincolo coniugale obbliga, perciò, a formulare in modo diverso i principi di certezza e di stabilità e a dare a essi un contenuto in parte nuovo. Si deve chiarire che è sicuramente un intervento normativo che agevola un processo di privatizzazione, però non del Codice, ma piuttosto di talune concezioni teoriche che al Codice pretendevano di richiamarsi.

In un'altra accezione, la nozione di privatizzazione potrebbe essere intesa come riduzione del matrimonio a fatto privato e personale tra due coniugi; il matrimonio, però, non si presta a una sua lettura così superficiale, e, in quanto è il fondamento della *naturalis*

---

errore sulle qualità personali dell'altro coniuge; la previsione, per determinate invalidità, di un lasso di tempo più lungo affinché scatti il meccanismo sanante collegato alla coabitazione; e, infine, la disciplina della simulazione di cui all'articolo 123 c.c.

<sup>358</sup> Il principio di perpetuità costituiva il perno del sistema di stabilità e certezza dell'istituto matrimoniale e dei rapporti familiari che ne discendono. L'indissolubilità del vincolo è l'elemento che più consacra la natura istituzionale dell'unione coniugale: è la prova più evidente che la *societas* familiare si pone oltre i singoli soggetti che la pongono in essere, che trascende dai loro interessi al punto che ad essi è vietato revocare, anche se di comune accordo, il consenso da loro prestato. Cfr. CICU A., *Il matrimonio e la famiglia nello Stato italiano*, 1933, p. 230.

*societas* che è la famiglia, ciò impedisce di pensare che sia riconducibile a un mero affare privato tra due soggetti. Il nostro sistema ripone nella famiglia una notevole rilevanza sociale<sup>359</sup>, la quale non passa attraverso una pubblicizzazione della disciplina dell'atto del matrimonio, né attraverso la erezione di un ente giuridico sovraordinato ai singoli, ma si realizza attraverso un rafforzamento delle norme a tutela della pienezza e dell'effettività del consenso, il quale rimane l'unica garanzia della costruzione di uno stabile *consortium vitae*.

### 1.2.2. L'atto costitutivo del vincolo matrimoniale.

In passato, la dottrina riteneva che l'atto di matrimonio avesse natura negoziale; a partire dalla speculazione di Cicu iniziò ad esserci qualche disorientamento, in quanto costui riteneva che l'atto dovesse essere considerato come un'espressione di un potere dello Stato, poiché l'ufficiale di stato civile, in qualità di parte, interveniva nell'accordo ed esprimeva una volontà pubblica e non sua personale.<sup>360</sup>

Si deve chiarire che rilevano a questi fini tre argomenti presentati dall'autore, ossia un primo argomento riguardante il ruolo del pubblico ufficiale e altri due con riguardo al rilievo riconosciuto alla volontà dei coniugi. L'antico Maestro sottolinea che se quest'ultima fosse efficiente, “non si comprenderebbe perché non sarebbe capace di sciogliere il vincolo costituito” e non si comprenderebbe nemmeno perché essa non si dimostri capace “di regolarlo in modo diverso da quella che ne è la disciplina legale”.<sup>361</sup> Si deve precisare, quindi, che l'intervento dell'ufficiale di stato civile nella celebrazione del matrimonio ha funzione meramente certificativa; costui, perciò, si limita a certificare la dichiarazione degli sposi di prendersi rispettivamente in marito e moglie. Si può dire, pertanto, che sia chiamato a svolgere una funzione di pubblica certificazione; non

---

<sup>359</sup> Tale rilevanza sociale riposta sulla famiglia si trae dalle stesse norme del nostro ordinamento, in quanto ce ne sono alcune che menzionano in modo esplicito gli interessi della famiglia, altre che richiamano direttamente in gioco le esigenze o i bisogni della famiglia; ma, anche, le stesse previsioni di intervento dell'autorità giudiziaria sono tutte previsioni che testimoniano un ruolo e un'importanza che il nostro legislatore riconosce alla famiglia come *naturali societas*.

<sup>360</sup> Secondo l'autorevole autore la volontà degli sposi non ha alcun valore costitutivo e il matrimonio si trova al di fuori dell'ambito dell'autonomia privata; la disciplina del matrimonio rimane attratta nella sfera del diritto pubblico.

<sup>361</sup> Cit. Cicu A., *Lo spirito del diritto familiare*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 4.

comporta alcuna manifestazione di volontà e non ha nemmeno valore costitutivo degli effetti giuridici. Anche se si può ritenere che la dichiarazione del pubblico ufficiale intervenga a perfezionare la fattispecie<sup>362</sup>, non si può, però, dire che essa comporti consenso all'atto, è un atto dovuto<sup>363</sup>. Si deve concludere, quindi, che l'intervento di costui è da considerarsi alla stregua di un requisito di forma, con la conseguenza che, realizzando un presupposto di validità, completa la fattispecie dell'atto matrimoniale.

Alla riflessione giuridica è stato consegnato anche l'argomento relativo all'impossibilità per i soggetti di sottrarsi al vincolo matrimoniale, ma nella sostanza lo si ritiene superato, in quanto l'introduzione della legge sul divorzio ha reso di poco momento il rilievo che se il matrimonio fosse un vero negozio, i coniugi dovrebbero essere liberi di esprimere il loro dissenso; non è detto, perciò, che la dissolubilità debba caratterizzare sempre e allo stesso modo tutti i negozi giuridici.<sup>364</sup>

Rileva, inoltre, un altro argomento, secondo il quale viene imposta alle parti la limitazione di non regolare il contenuto dell'atto di matrimonio diversamente da quanto sia normativamente disposto.

L'atto di autonomia privata si presenta come espressione della piena libertà che viene riconosciuta ai soggetti privati di dare ai loro interessi la forma che ritengano più soddisfacente e di assumere impegni con il fine di ottenerli. Tale libertà può articolarsi in

---

<sup>362</sup> La dichiarazione del pubblico ufficiale è necessaria per la perfezione dell'atto; essa non ha modo di incidere sul consenso più di quanto non vi si rifletta in un negozio solenne la prescrizione *ad substantiam* di determinati requisiti di forma. Cfr. SCALISI V., *Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, in *Rivista di diritto civile*, Cedam, Padova, 1990, p. 157.

<sup>363</sup> In base all'articolo 107, comma 1, c.c., le parti sono chiamate a dichiarare "che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e moglie" e, di contro, l'ufficiale di stato civile riceve tali dichiarazioni di volontà personalmente da ciascuna delle parti e attesta che l'accordo si è perfezionato. A norma dell'articolo 112 c.c., sono esclusi margini di apprezzamento discrezionale da parte del pubblico ufficiale e il rifiuto della celebrazione è ammesso solo per una causa prevista dalla legge.

La legge, però, non esclude che la volontà delle parti possa conseguire gli effetti che si proponeva anche quando non siano esattamente osservate le prescrizioni relative al ricevimento della dichiarazione degli sposi da parte del pubblico ufficiale. L'articolo 113 c.c. sancisce che il matrimonio celebrato davanti all'ufficiale di stato civile apparente, ossia colui che senza avere la qualità di ufficiale di stato civile ne esercita pubblicamente le funzioni, è valido; e alla stessa soluzione arriva l'articolo 137 c.c. per l'ipotesi di pubblico ufficiale incompetente.

<sup>364</sup> "Anche ammesso che il matrimonio sia un contratto, è, però, di natura particolare e l'interesse generale può stabilire che di questo contratto non si ammetta la revocabilità o dissolubilità". Cit. BONFANTE P., *Lezioni di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 142. Sicuramente il mutuo dissenso è espressione dell'autonomia privata e, inoltre, il potere di porre in essere atti dispositivi della propria sfera giuridica dovrebbe comportare anche il potere di disvolere tali atti, nel rispetto dei diritti altrui. Tuttavia, bisogna tenere conto che l'autonomia privata può essere compressa in alcune sue caratteristiche manifestazioni, senza, per questo, venire negata.

un ampio ventaglio di manifestazioni specifiche, ma, allo stesso tempo, essa può, in determinate circostanze, venire compromessa in alcune delle sue articolazioni senza che, per questo, l'atto perda la sua natura negoziale.<sup>365</sup>

Secondo quanto previsto dal Codice Civile, gli sposi sono chiamati a rendere vincolante per le rispettive sfere giuridiche un regolamento già predeterminato nel suo contenuto dall'ordinamento, e sono chiamati a farlo esprimendosi con un semplice monosillabo; ma, non si crede che l'atto matrimoniale, solo per questa ragione, si collochi al di fuori dell'autonomia privata<sup>366</sup>, in quanto, se gli sposi devono limitarsi ad aderire a un programma di vita che a essi non è dato definire secondo le proprie personali specifiche esigenze, non può dirsi esclusa una loro cosciente e libera autodeterminazione dei propri interessi<sup>367</sup>.

Il nostro Codice civile pone la patrimonialità al centro della definizione di contratto<sup>368</sup>, ma si deve chiarire che il matrimonio rimane fuori da questa definizione, in quanto non vi sono espedienti che tengano al fine di riconoscergli il requisito della patrimonialità.<sup>369</sup>

In sede di redazione del progetto di riforma del Codice civile, quest'ultimo punto aveva suscitato diverse perplessità tra i membri della commissione di riforma; l'illustre FILIPPO VASSALLI<sup>370</sup>, infatti, era fermamente contrario a che la categoria del contratto fosse così delimitata.

---

<sup>365</sup> Cfr. RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1997, p. 289.

<sup>366</sup> "Finché lo Stato lascerà liberi i cittadini di contrarre o non contrarre matrimonio, e di contrarlo con chi preferiscano, all'età che preferiscano, non risponderà al diritto positivo il dire che è escluso ogni riconoscimento dell'interesse individuale". Cit. JEMOLO A.C., *Il matrimonio*, cit., p. 112.

<sup>367</sup> Cfr. FINOCCHIARO F., *Del matrimonio, Art. 79-83*, in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA A. e BRANCA G., *Libro primo-Delle persone e della famiglia*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1971, p. 34.

<sup>368</sup> L'articolo 1321 c.c. sancisce: "Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale".

<sup>369</sup> Una classificazione stabilmente acquisita alla teoria generale del negozio, riportata nelle opere generali più accreditate, contrapponeva i negozi familiari a quelli patrimoniali. Cfr. DUSI B., *Istituzioni di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 1930, p. 207.

<sup>370</sup> In un progetto del libro delle obbligazioni, datato aprile 1941, VASSALLI suggerisce di eliminare il riferimento alla patrimonialità e annota a margine dell'articolo 154 che già riportava la definizione di contratto poi definitivamente trapassata nel vigente articolo 1321 c.c.: "La sede in cui la nozione è posta è sufficiente a stabilire che qui si tratta di rapporti patrimoniali. Ma la limitazione non è da porre nella sola definizione del contratto contenuta nel codice, poiché il legislatore non può assumersi di restringere l'ambito di una categoria concettuale tradizionalmente più ampia e di porre delle barriere all'ufficio della dottrina: alla quale spetta utilizzare le categorie". La ragione che spinge VASSALLI a criticare la formula espressiva adoperata nella citata disposizione normativa non è da ricondurre alla specifica preoccupazione di lasciare fuori dalla categoria dei contratti il matrimonio. Cfr. VASSALLI F., *Lezioni di diritto matrimoniale*, cit., p. 83 s.

Diversi autori sottolineano il carattere non esaustivo della definizione posta dall'articolo 1321 c.c.<sup>371</sup>, anche se, il vocabolo "accordo" ha ottenuto una certa fortuna, in quanto depone a suo favore la considerazione che nel contratto gli interessi delle parti sono contrapposti, invece nel matrimonio sono convergenti<sup>372</sup>. Secondo questa prospettiva, la categoria dell'accordo non si pone come più ampio *genus* rispetto alla specifica categoria del contratto.

L'articolo in esame definisce il contratto come un accordo di due o più parti; il criterio di distinzione tra un contratto e un accordo è, allo stesso tempo, relativo<sup>373</sup> e ambiguo<sup>374</sup>.

Un ulteriore tentativo di rimarcare la differenza tra il matrimonio e gli altri contratti, senza distanziarlo troppo da questi ultimi, si è avuto con la proposta concettuale contenuta nella nozione di convenzione<sup>375</sup>; ma, anche prima dell'entrata in vigore del Codice civile del 1942, diversi studiosi hanno valutato in modo sfavorevole una contrattualizzazione del matrimonio, a causa di una preoccupazione data dal fatto che ciò potesse comportare l'applicazione di tutti i principi del contratto, compreso quello dello scioglimento per mutuo dissenso. Oggi, si continuano a temere le potenzialità espansive che possono seguire alla nozione di contratto, sulla base di motivazione più tecniche rispetto al passato; si vuole tenere separata la disciplina degli atti patrimoniali da quella degli atti non patrimoniali.<sup>376</sup>

Si deve notare, però, che non tutti i contratti tesi a regolamentare interessi patrimoniali hanno rilievo nella sfera patrimoniale dei soggetti coinvolti. Di contro, se si valutano in modo attento i riflessi economici che l'unione matrimoniale dispiega sulla vita di ciascun coniuge, ci si rende conto che i processi di astrazione che presiedono alla disciplina dei

---

<sup>371</sup> Cfr. BARASSI L., *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, Giuffrè, Milano, 1940, p. 93. Secondo l'autore, il nuovo Codice accoglie perfettamente il carattere contrattuale del matrimonio e l'articolo 1321 c.c. non costituisce un ostacolo. Sottolinea che, secondo lui, detto articolo non si riferisce al contratto nella totale ampiezza delle sue applicazioni.

<sup>372</sup> Cfr. CARNELUTTI F., *Accertamento del matrimonio*, cit., p. 41.

<sup>373</sup> È relativo in quanto trascura come, anche in campo contrattuale, si possa avere una uguale ripartizione di obblighi e diritti tra le parti, come normalmente avviene con lo schema dei contratti associativi.

<sup>374</sup> È ambiguo perché pretende di derivare una rigorosa distinzione sulla base della direzione tipica che gli interessi delle parti negoziali assumono, trascurando le semplificazioni e le forzature che porta con sé una tale considerazione tipizzata.

<sup>375</sup> Cfr. POLACCO V., *Contro il divorzio*, Cedam, Padova, 1892, p. 41.

<sup>376</sup> Un autorevole giurista, fermandosi a considerare con un'ottica comparatistica il problema del contratto e della sua nozione, aveva deplorato come talvolta "si dimentica che non tutti i contratti hanno per oggetto interessi economici. È una tendenza all'economismo propria dei nostri giuristi, per la quale il contratto a interessi economici si presenta come il contratto *par excellence*, sul cui tipo si tende a modellare la teoria del contratto". Cit. GORLA G., *Il contratto, I, Lineamenti generali*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 225.

concetti, rischiano di mortificare in modo intollerabile la complessità dei fenomeni che sono chiamati a riassumere.<sup>377</sup>

Nella materia dei negozi familiari e, in particolare, del matrimonio, confluiscono motivi che sono in parte estranei alle ragioni della tecnica legislativa<sup>378</sup>; altrimenti, non si riuscirebbe a comprendere perché a individuare un atto non sia sufficiente la sua configurazione strutturale e la sua natura, ma sia necessario anche il contenuto del rapporto a cui esso dà luogo. Dal momento in cui l'analisi si spinge fino a considerare il contenuto dell'atto e la natura dei conseguenti effetti prodotti, il piano della tecnica dei concetti ne esce sicuramente arricchito; ma un principio tassonomico così generale come lo è quello desumibile dall'articolo 1321 c.c.<sup>379</sup>, viene soddisfatto in modo pieno appena ci si ferma a considerare l'aspetto della bilateralità e l'effetto sostanziale auto-regolamentativo degli interessi.

Si può dire che il contratto è una formula lessicale da riservare, in ossequio alla grammatica legislativa stabilita dall'articolo 1321 c.c., all'accordo bilaterale o plurilaterale a contenuto patrimoniale; ma resta comunque il fatto che la figura del contratto assume un ruolo centrale nell'ambito dell'autonomia negoziale, e ciò in attuazione dello stesso disegno che il legislatore del 1942 ha ricamato.<sup>380</sup>

---

<sup>377</sup> A ciò si potrebbe obiettare che, nella valutazione fatta dal legislatore, i riflessi d'indole patrimoniale della determinazione degli sposi di prendersi rispettivamente in marito e moglie, non risultano suscettibili di tradursi in una connotazione essenziale dell'atto di matrimonio, il quale si ritiene che incida in modo molto più profondo sugli aspetti di indole personale. In segno eloquente di questo pensiero è stato individuato nel fatto che il ricorso al vocabolo 'contratto', in materia di convenzioni matrimoniali, viene evitato nello stesso linguaggio legislativo. Cfr. RESCIGNO P., *Consenso, accordo, convenzione, patto (la terminologia legislativa nella materia dei contratti)*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1988, I, p. 16.

<sup>378</sup> Cfr. SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Jovene, Napoli, 1986, p. 231.

<sup>379</sup> Il quale opera la classificazione di una categoria di atti in base a criteri logici, che tradizionalmente si articola sulla natura degli atti e sulla loro configurazione morfologica.

<sup>380</sup> L'articolo 1324 c.c. e il relativo commento contenuto nella Relazione al Codice civile offrono salde basi alle mire espansionistiche della figura del contratto. A norma dell'articolo ivi citato, "*salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale*". La Relazione al Codice civile si spinge oltre, osservando che: "nella redazione del nuovo codice, in conformità della nuova tradizione giuridica, non si sono dettate norme per disciplinare il negozio giuridico; si è, invece, regolato quel negozio giuridico, centro della vita degli affari, che si chiama contratto e, con una disposizione generale (art. 1324), si sono dichiarate applicabili le norme dettate per i contratti agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale". Si aggiunge poi che rimane aperta "la possibilità di un'estensione analoga delle norme applicate, anche ad atti unilaterali di natura non patrimoniale". Il relatore osserva, ancora, che "le norme stabilite per i contratti hanno una portata espansiva, come si desume dalla disposizione dell'art. 1324, che porgerà sicuramente alla dottrina lo strumento e lo spunto legislativo per una compiuta elaborazione scientifica del negozio giuridico. Analogamente la disciplina sostanziale del contratto si estende agli accordi, salvo per ciò che concerne le particolarità che questi presentano". Cit. *Relazione al codice civile*, n. 602.

Si vuole concludere osservando che la questione non è di sole parole<sup>381</sup>; gli accordi lessicali arrivano a definire scelte importanti quanto alle norme da applicare. Sembra che il matrimonio abbia un regime di disciplina completamente autonomo, quasi come se fosse un microsistema autointegrantesi, ispirato a logiche e principi normativi chiusi al loro interno, e ciò porta a una rappresentazione non esattamente corrispondente al vero.

## 2. La disciplina dell'articolo 123 c.c.

### 2.1. Il comma 1.

La fattispecie simulatoria del matrimonio è disciplinata nel nostro Codice Civile all'articolo 123<sup>382</sup>, secondo il quale il matrimonio simulato può essere impugnato dai coniugi stessi, entro un anno dalla celebrazione del matrimonio o nel caso in cui i due soggetti non abbiano convissuto come coniugi a seguito della celebrazione.

Un fine esegeta ha osservato che, al primo comma dell'articolo in esame, la simulazione dell'istituto matrimoniale viene definita come una “figura binaria, che risulta dalla sintesi del matrimonio e dell'accordo con cui gli sposi abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti”<sup>383</sup>. Da detta intuizione deriva una conferma dell'essenza del fenomeno simulatorio, il quale è caratterizzato dall'esistenza di una complessa determinazione negoziale che prevede la posizione, da parte dei due soggetti contraenti, di un duplice binario di regolamentazione dei loro rapporti, ossia esterno, rivolto ai terzi, e interno, destinato a valere tra loro stessi.

L'accordo simulatorio<sup>384</sup> rappresenta il momento più importante dell'intero processo simulatorio ed è il patto con cui gli sposi stabiliscono di non dare esecuzione agli effetti tipici del matrimonio.

---

<sup>381</sup> Cfr. MESSINEO F., *manuale di diritti civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1947, p. 568.

<sup>382</sup> L'articolo 123 c.c., rubricato “simulazione”, sancisce al comma 1: “*Il matrimonio può essere impugnato da ciascuno dei coniugi quando gli sposi abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti*”. Comma 2: “*L'azione non può essere proposta decorso un anno dalla celebrazione del matrimonio ovvero nel caso in cui i contraenti abbiano convissuto come coniugi successivamente alla celebrazione medesima*”.

<sup>383</sup> Cit. IRTI N., *Simulazione o annullabilità del matrimonio civile?*, cit., p. 482.

<sup>384</sup> L'uso del termine ‘sposi’ anziché ‘coniugi’ e l'espressione ‘abbiano convenuto’ al posto di ‘convengono’, presenti nella norma in esame, fanno presumere che l'accordo simulatorio sia avvenuto in precedenza rispetto al momento della celebrazione del matrimonio.

Di conseguenza, si pone il problema dell'efficacia dell'atto di matrimonio simulato e si nota che la fattispecie descritta sembra porsi in modo non compatibile con l'efficacia del matrimonio, tanto che l'essere simulato sembra inteso quale fenomeno di relazione tra due decisioni delle medesime parti e non una proprietà intrinseca del matrimonio. Il matrimonio celebrato in tal modo sarà, quindi, efficace nella cerchia d'azione esterna; mentre, sarà inefficace nei rapporti interni tra le parti, in quanto la non esecuzione riguarda solamente il mancato adempimento degli obblighi e dei diritti che nascono dal matrimonio.<sup>385</sup>

Tale accordo è un fatto interno alle parti, il quale preordina “una situazione di incompatibilità tra il prossimo stato di fatto, determinabile dalla futura condotta negativa di non attuazione del rapporto coniugale, e la conservazione dell'assetto strutturale-funzionale del negozio matrimoniale apparente”.<sup>386</sup>

## 2.2. Il comma 2.

La vera singolarità della disciplina della norma in esame risiede nel fatto che sottopone a un certo limite l'autonomia dei privati, in quanto l'ordinamento consente un lasso di tempo affinché le parti decidano se dare la prevalenza all'uno o all'altro profilo regolamentare, ossia a quello rivolto all'esterno o a quello predisposto da loro a fini interni.

Il secondo comma dell'articolo in commento prevede i casi nei quali non può essere proposta l'azione per il riconoscimento della simulazione, i quali sono due, ossia un fattore temporale, visto nel decorso di un anno dalla celebrazione del matrimonio, e una situazione di fatto, individuata nella convivenza come coniugi da parte dei contraenti successivamente alla celebrazione del matrimonio.

---

<sup>385</sup> L'inefficacia *inter partes* del matrimonio intesa con riguardo al complesso di diritti e di doveri che si producono ex art. 143 c.c. è una soluzione che si impone per ragioni di ordine sistematico. Se così non fosse, si dovrebbe ammettere una strana soluzione, secondo la quale le parti che hanno predisposto un tale duplice regolamento, conservano reciprocamente l'obbligo di coabitare, di fedeltà, di assistenza morale e spirituale. Adempiendo a tali obblighi, e quindi realizzando una convivenza come coniugi, le parti farebbero scattare la preclusione all'impugnazione prevista dal secondo comma dell'articolo 123 c.c.

<sup>386</sup> Cit. PUCCINI L., *Contributo allo studio della simulazione nel matrimonio civile*, Firenze, 1979.



Si deve chiarire, quindi, che gli sposi che hanno concluso un matrimonio simulato sono chiamati a prendere una decisione e ad agire entro un anno dalla celebrazione del matrimonio, termine<sup>387</sup> entro il quale essi potranno impugnare l'atto di matrimonio e imporre il regolamento da loro predisposto ai fini interni anche nella cerchia esterna.

Sul punto non sono sicuramente mancate le polemiche e i rilievi critici, in quanto il termine annuale è lo stesso di quello previsto per il matrimonio annullabile per vizio del consenso, per incapacità del coniuge o per violenza ed errore. In questo modo il legislatore confonde ipotesi concettuali ben distinte ed eterogenee tra di loro. Una critica più rilevante riguarda l'eccessiva brevità del termine in quanto rende molto rara l'impugnativa dell'accordo simulatorio.<sup>388</sup>

Con riguardo alla situazione di fatto che comporta l'inammissibilità della proposizione dell'azione per il riconoscimento della simulazione, si deve capire che cosa si intenda con l'espressione 'convivenza come coniugi'.<sup>389</sup> Le parti, con un tale comportamento, mostrano di preferire la parte del regolamento negoziale originariamente predisposta in vista della definizione dei rapporti esterni.

Il legislatore non utilizza la solita formula 'coabitazione'<sup>390</sup>; si ritiene, perciò, che rientrino nella convivenza sanante solo quelle situazioni in cui venga istituita tra le parti una autentica comunione di vita spirituale e materiale, in quanto solo questa dà la chiara indicazione della volontà delle parti di dare preferenza alla volontà indirizzata all'esterno. Si deve, quindi, verificare che le parti abbiano realmente voluto, con un chiaro e inequivocabile comportamento, superare il disegno iniziale, intendendo, così, rinunciare

---

<sup>387</sup> Decorso inutilmente il termine, a differenza di quanto accade nei negozi patrimoniali, i soggetti non potranno più agire per l'accertamento della inefficacia del matrimonio. Trascorso tale termine, senza esservi stata impugnativa, il matrimonio viene assorbito definitivamente nella sfera della legittimità, indipendentemente dall'attuazione o meno dell'accordo simulato. Cfr. PUCCINI L., *Contributo allo studio della simulazione nel matrimonio civile*, cit.

<sup>388</sup> Il fatto di dover impugnare l'accordo simulatorio entro un anno rende impossibile alle parti il conseguimento di quegli effetti ulteriori che sono alla base della decisione di celebrare un matrimonio fittizio; con la conseguenza che i due soggetti preferiscono ricorrere ad altri strumenti previsti dall'ordinamento, come la separazione e il divorzio. Per tali motivi sarebbe opportuno un intervento da parte del legislatore al fine di ampliare il termine annuale.

<sup>389</sup> La 'convivenza come coniugi' viene letta come un'ipotesi di convalida, ma si deve rilevare che si è lontani da questo istituto, in quanto quest'ultimo è ricostruito come un negozio unilaterale e come un meccanismo rimesso all'operare di una sola parte, mentre la convivenza *more uxorio* costituisce una ipotesi sanante a struttura bilaterale.

<sup>390</sup> La convivenza è caratterizzata dalla comunione materiale e spirituale di vita, dalla volontà di vivere come marito e moglie, le quali sono circostanze che mancano nella mera coabitazione.

alla determinazione negoziale che avevano in precedenza predisposto regolamentando i loro rapporti interni.<sup>391</sup>

### *2.3. La simulazione relativa e parziale e la riserva mentale.*

Il matrimonio è un atto che si presta a dissimulare la regolamentazione di un diverso negozio destinato ad avere piena efficacia tra gli stipulanti. Per questo non si crede che possa porsi un problema di simulazione relativa.<sup>392</sup>

Il problema della simulazione parziale<sup>393</sup>, invece, trova riscontro nella dottrina, la quale vuole cercare di addivenire a una soluzione sicura e convincente. L'articolo in esame non sembra di grande ausilio, in quanto in esso si parla di una convenzione di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti discendenti dal matrimonio, ma non specifica quali essi siano, né consente all'interprete di escludere che una convenzione relativa possa dare rilevanza normativa solo ad alcuni di essi.<sup>394</sup>

Si ritiene, dunque, che sia necessaria un'interpretazione sistematica; in tal senso è stato stabilito un nesso tra la previsione del primo comma della norma in commento e il secondo comma, in quanto, con la previsione di una convalida tacita mediante la convivenza come coniugi, si è stabilita una simmetria tra la possibilità di convalida e i diritti e obblighi del primo comma, con l'effetto di restringere gli uni e gli altri a quelli indissociabili della convivenza.

Infine, si deve chiarire che la riserva mentale non ha nessuna rilevanza, in quanto la norma in esame presuppone un accordo tra i nubendi e la riserva mentale, unilaterale o bilaterale che sia, non rientra in questa previsione.

---

<sup>391</sup> Qualche dubbio fa sorgere il problema della natura, negoziale o meno che sia, del comportamento delle parti volto a stabilire una "convivenza coniugale". Da un lato, vi sono motivi per ritenere che si tratti di un mero comportamento esecutivo di natura non negoziale; in questo modo, si sarebbe di fronte a un atto giuridico in senso stretto, assunto dall'ordinamento legislativo quale mero presupposto di un effetto preventivamente e rigidamente tipizzato dalla legge. Dall'altro lato, si potrebbe ipotizzarne la natura negoziale, considerando il comportamento delle parti quale segno dell'intenzione di dettare un definitivo e vincolante regolamento ai propri interessi, con preferenza per la regola predisposta in precedenza per l'esterno e rinunciando ad avvalersi del regolamento dettato ai fini interni.

<sup>392</sup> Cfr. GRASSETTI C., *Il matrimonio fiduciario*, in Temi, 1951, p. 331, nota 26.

<sup>393</sup> Ossia il problema dell'ammissibilità del fatto che i nubendi possano disporre, ai fini del loro rapporto interno, di non adempiere e di non esercitare solo alcuni degli obblighi o dei diritti derivanti dal matrimonio.

<sup>394</sup> Cfr. IRTI N., *Simulazione o annullabilità del matrimonio civile?*, cit., p. 480, nota 1.

## CONCLUSIONE

Giunti al termine della trattazione, pare opportuno svolgere un'ultima riflessione, per cercare di rispondere all'interrogativo del capitolo introduttivo in merito alla rilevanza, ai fini matrimoniali, della simulazione posta in essere dai due sposi.

Ebbene, a detta di chi scrive, si deve, *in primis*, precisare che la simulazione dell'accordo matrimoniale tra i due soggetti, un uomo e una donna, si verifica quando un contraente esprime all'esterno un accordo in modo serio e corretto, ma internamente non lo pensa; in questo modo, si pone in essere una divergenza tra la volontà esterna e quella interna del soggetto che si risolve in un vizio del consenso, il quale comporta la nullità del matrimonio.

Tale discordanza risulta rilevante sia se posta in essere da una sola delle parti, a prescindere dalla conoscenza dell'altra parte, sia se dipendente da un accordo simulato tra le parti stesse.

La simulazione posta in essere da una o entrambe le parti può essere totale, allorquando esse escludano, con un atto positivo di volontà, il matrimonio stesso, ossia nel caso in cui l'animo del contraente sia dominato da una volontà contraria alla realtà o alla sostanza del matrimonio. Chi scrive ritiene di poter affermare che, in questo caso, il nubente, nel momento del consenso, ha due volontà contemporanee, la prima volta a compiere la celebrazione, così da poter dare vita all'apparenza di matrimonio e la seconda volta a escludere che da tale celebrazione nascano degli effetti e delle conseguenze.

Dalla considerazione appena fatta, si deduce che il soggetto che vuole l'apparenza di matrimonio sa di volerla e, quindi, la discordanza tra la sua volontà interna e la manifestazione da lui posta all'esterno è da lui voluta in modo cosciente.

La simulazione totale si può distinguere, a sua volta, in simulazione esplicita, che si ha quando il soggetto respinge direttamente il contratto matrimoniale, e in simulazione implicita, la quale viene posta in essere nel caso in cui l'esclusione dell'intenzione del matrimonio è causata dal fine soggettivo verso il quale è direzionata la volontà dello sposo, il quale prevale sul vero fine matrimoniale imposto dal diritto canonico.

Come risulta dall'elaborato, la simulazione può essere anche parziale, nel caso in cui vi sia l'esclusione, per volontà di uno o di entrambi i coniugi, di un elemento o di una proprietà essenziali del matrimonio. In questo caso il nubente ha la volontà di contrarre il

matrimonio, ma vuole escludere uno dei *bona matrimonii*, riconducendo, in questo modo, tale istituto a uno schema diverso da quello proposto dalla Chiesa.

Il secondo interrogativo posto nel capitolo introduttivo ha riguardo alla simulazione del matrimonio in ambito civile e, precisamente, chi scrive si è chiesto quali fossero le differenze tra le due discipline esaminate. Per rispondere a tale quesito si ritiene di dover precisare che l'istituto in esame è stato oggetto di riforma nell'ambito civilistico, in particolare ci si riferisce alla riforma del diritto di famiglia avvenuta nel 1975.

Nel periodo a cavallo tra la Prima e la Seconda Guerra Mondiale, molte persone utilizzarono il matrimonio come uno strumento per poter sfuggire alle persecuzioni politiche, razziali e religiose del tempo, in quanto acquisire con tale istituto la cittadinanza del proprio coniuge era l'unico modo a disposizione delle persone per potersi salvare la vita.

La legge di riforma del diritto di famiglia ha sostituito l'originario articolo 123 c.c. riguardante l'invalidità del matrimonio per impotenza, con una norma sulla simulazione, la quale sancisce che il matrimonio può essere impugnato da ciascuno dei coniugi quando essi abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti, entro un anno dalla celebrazione del matrimonio e non nel caso in cui i due soggetti abbiano convissuto come coniugi a seguito della celebrazione. Tale accordo è un fatto interno alle parti, perciò ne consegue che esso è inefficace nei loro rapporti interni, ed è, invece, efficace nella cerchia d'azione esterna.

## BIBLIOGRAFIA

- ABATE A., *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Paideia, Brescia, 1984.
- ASTOLFI R., *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Cedam, Padova, 2006.
- BARASSI L., *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, Giuffrè, Milano, 1940.
- BENIGNI S., *La simulazione implicita: aspetti sostanziali e processuali*, Pontificia Università Lateranense, Roma, 1999.
- BERSINI F., *Il diritto matrimoniale canonico. Commento giuridico-teologico-pastorale*, Elledici, Torino.
- BERTOLINI G., *La simulazione del "bonum coniugum" alla luce della giurisprudenza rotale*, Cedam, Padova, 2012
- BERTOLINI G., *La simulazione del bonum coniugum*, Cedam, Padova, 2012.
- BIANCHI P., *Il sistema matrimoniale delle nullità*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2002.
- BIANCHI P., *L'esclusione dell'indissolubilità quale capo di nullità del matrimonio. Profili critici*, *Ius Ecclesiae*, 13, 2001.
- BIANCHI P., sub can. 1057, in *Codice di diritto canonico commentato*.
- BONAVENTURA S., *Commentaria in quattuor libros Sententiarum Magistri Petri Lombardi: in librum IV*, dist. XXX, art. un., q. 111.
- BONFANTE P., *Lezioni di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1986.
- BONNET P.A., *Introduzione*, Giuffrè, Milano, 1985.
- BONNET P.A., *L'errore di diritto giuridicamente rilevante nel consenso matrimoniale canonico*, in *La nuova legislazione*.
- CARIOTA – FERRARA L., in *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano Editore, Napoli, 1948.

- CARNELUTTI F., *Accertamento del matrimonio*, in Foro italiano, Milano, 1942, IV.
- CASTANO J.F., *Il sacramento del matrimonio*, Tipolitografia Pioda, Roma, 1991.
- CICU A., *Il diritto di famiglia – Teoria generale*, Athenaeum, Roma, 1914.
- CICU A., *Lo spirito del diritto familiare*, Giuffrè, Milano, 1965.
- CONTE G., *La simulazione del matrimonio nella teoria del negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1999.
- COTTA S., *La dimensione sociale nell’alternativa tra il pubblico e il privato*, in Rivista di diritto civile, 1980, I.
- D’AURIA A., *Il consenso matrimoniale. Dottrina e giurisprudenza canonica*, Aracne, Roma, 2007.
- D’AVACK P.A., *Capacità canonica (di intendere e di volere)*, in Enciclopedia del diritto, vol. VI, Milano, 1960.
- DE LUCA L., *Simulazione del matrimonio, b) diritto canonico*, in Enciclopedia del diritto, Giuffrè, Milano, 1990, XLII.
- DEL GIUDICE V., *Sommario di diritto matrimoniale canonico*, Giuffrè, Milano, 1973.
- DOSSETTI G., *La violenza nel matrimonio canonico*, Vita e Pensiero, Milano, 1943.
- DUSI B., *Istituzioni di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 1930.
- ERRÁZURIZ C.J., *Essenza del matrimonio e sistema giuridico matrimoniale*, in “Apollinaris”, Lateram University Press, 75 (2022).
- ERRÁZURIZ C.J., *Il matrimonio e la famiglia quale bene giuridico ecclesiale. Introduzione al diritto matrimoniale canonico*, Edusc, Roma, 2016.
- FEDELE P., *Intorno ad un novissimo manuale di diritto matrimoniale canonico*, in “Archivio di diritto ecclesiastico”, Cedam, Padova, 3 (1941).

- FERRARA F., *Della simulazione nei negozi giuridici*, Società Editrice Libreria, Milano, 1913.
- FINOCCHIARO F., *Del matrimonio, Art. 79-83*, in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA A. e BRANCA G., *Libro primo-Delle persone e della famiglia*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1971.
- FINOCCHIARO F., *Il matrimonio nel diritto canonico*, Il Mulino, Bologna, 2001.
- FINOCCHIARO F., *Profili del matrimonio canonico*, in *Il nuovo codice di diritto canonico*, a cura di FERRARI S., Il Mulino, Bologna, 1983.
- FUMAGALLI CARULLI O., *Il matrimonio canonico dopo il Concilio. Capacità e consenso*, Giuffrè, Milano, 1978.
- FUMAGALLI CARULLI O., *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici con cinque sentenze rotali commentate a cura di Anna Sammassimo*, Vita e Pensiero, Milano, 2008.
- FUMAGALLI CARULLI O., *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Vita e Pensiero, Milano, 1974.
- FUNAIOLI C.A., *Dolo*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964.
- GALGANO F., *Il diritto privato tra codice e Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1978.
- GARCIA FAILDE J.J., *Simulatio totalis matrimonii canonici et metus*, in “*Periodica de re canonica*”, 72 (1983).
- GASPARRI P., *Tractatus Canonicus de matrimonio*, 1880, vol. II.
- GASPARRI P., *Tractatus canonicus de matrimonio*, Parigi, 1904.
- GASPARRI P., *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. II, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 1932.
- GASPARRI P., *Tractatus de matrimonio*, 1891.

- GIACCHI O., *Il consenso matrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1950.
- GIACCHI O., *Il consenso nel matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 1972.
- GIACCHI O., *Schema di riforma del matrimonio canonico*, in *Ephem. Iur. Can.*, 1975.
- GORLA G., *Il contratto, I, Lineamenti generali*, Giuffrè, Milano, 1955.
- GRASSETTI C., *Il matrimonio fiduciario*, in *Temi*, 1951.
- GRAZIANI E., *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, Giuffrè, Milano, 1956.
- GUTIÉRREZ MARTIN L., *Voluntad y declaración en el matrimonio*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1990.
- IRTI N., *Simulazione o annullabilità del matrimonio civile?*, Jovene Editore, Napoli, 1976.
- JEMOLO A.C., *Il matrimonio*, Utet, Milano, 1952.
- LOMBARDO P., *Libri quattuor sententiarum*, 1150, 4 D. 27.
- MENGONI L., *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, Vita e Pensiero, Milano, 1979.
- MESSINEO F., *manuale di diritti civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1947.
- MICHIELS G., *Principia generalia de personiis in Ecclesia: commentarius libri II Codicis Juris Canonici canones praeliminares 87-106*, Universitas Catholica, Lublin, 1995.
- MICHIELS G., *Principia generalia de personis in Ecclesia: commentarius libri II Codicis Juris Canonici canones praeliminares 87-106*, Universitas Catholica, Lublin, 1932.
- MIRABELLI G., *Negozio giuridico. Diritto privato b) teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1978.
- MONETA P., *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Ecig, Genova, 1991.
- NICOLÒ R., *La simulazione nel matrimonio nel quadro della nuova legge sul diritto di famiglia*, in *Rivista di giurisprudenza*.



ORESTANO R., *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, 47 (1940).

PAOLO VI, *Discorso ai componenti del Tribunale della Sacra Romana Rota*, 9 febbraio 1976.

PAWLOWSKI A., *Il "bonum fidei" nella tradizione canonica e la sua esclusione nella recente giurisprudenza rotale*, Libreria Editrice Vaticana, Roma, 2002.

PAWLOWSKI A., *Il "bonum fidei" nella tradizione canonica e la sua esclusione nella recente giurisprudenza rotale*, Libreria Editrice Vaticana, Roma, 2002.

PEDRONI A., *Il consenso matrimoniale e la teoria della simulazione*, Roma, 1949.

PEREGO E., *La simulazione nel matrimonio civile*, Giuffrè, Milano, 1980.

POLACCO V., *Contro il divorzio*, Cedam, Padova, 1892.

POMPEDDA M.F., *Annotazioni sul diritto matrimoniale nel nuovo codice canonico*, Giuffrè, Milano, 1993.

PUCCINI L., *Contributo allo studio della simulazione nel matrimonio civile*, Firenze, 1979.

RANIERI E., *Il concetto del matrimonio come negozio giuridico di diritto pubblico*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1920, I.

RESCIGNO P., *Consenso, accordo, convenzione, patto (la terminologia legislativa nella materia dei contratti)*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1988, I.

RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1997.

SAMMASSIMO A., *Consenso, simulazione e atto implicito di volontà nel matrimonio canonico*, Vita e Pensiero, Milano, 2022.

SÁNCHEZ T., *De sancto matrimonii sacramento*, lib. VII, disp. XVII, n. 27, Pezzana, Venetiis, 1693.

- SANT'ALFONSO DE' LIGUORI, *Theologia moralis*, Bassani, 1832, lib. VI, tratt. VI, cap. III, nn. 1014-1016.
- SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Jovene, Napoli, 1986.
- SCALISI V., *Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, in *Rivista di diritto civile*, Cedam, Padova, 1990.
- SEBOTT R. – MARUCCI C., *Il nuovo diritto matrimoniale della Chiesa: commento giuridico e teologico ai cann. 1055-1165 del nuovo CIC*, Edizioni Dehoniane, Napoli, 1985.
- STANKIEWICZ A., *De iurisprudencia rotali recenti ore circa simulationem totalem et partialem*, *Ius Ecclesiae*.
- STANKIEWICZ A., *De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem*, in “*Ius Ecclesiae*”.
- STANKIEWICZ A., *L'esclusione*, *Ius Ecclesiae*.
- STANKIEWICZ A., *La simulazione del consenso in generale*, *Ius Ecclesiae*, 14, 2002.
- STANKIEWICZ A., *La simulazione del consenso per l'esclusione dell'indissolubilità*, *Ius Ecclesiae*, 2001.
- TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, I-II, q. 74, a. 7, Città Nuova, 2018.
- TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, II-II, q. 111, a. 1, Città Nuova, 2018.
- TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2015.
- Tribunal Ecclesiasticum Regionale Campanum, coram SCANCAMARRA, 10 marzo 1992, in “*Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale*”, 104 (1993/II), Giuffrè, Milano, 1975.

Tribunal Ecclesisticum Regionale Etruscum, coram VIANI, diei 9 martii 1994, in “Il diritto ecclesiastico e rassegna di diritto matrimoniale”, 106 (1995/II).

VASSALLI F., *Lezioni di diritto matrimoniale*, I, Cedam, Padova, 1932.

VELA L., *Simulazione di matrimonio*, in “Nuovo Dizionario di diritto canonico”, San Paolo, Cinisello Balsamo, 1996.

VILADRICH P.J., *Il consenso matrimoniale*, Edusc, Roma, 2019.

VILADRICH P.J., *Il consenso matrimoniale. Tecniche di qualificazione e di esegesi delle cause canoniche di nullità*, Giuffrè, Milano, 2001.

VILLEGGIANTE S., *L'esclusione del “bonum sacramenti”*, in AA.VV., *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 1990.

VISMARA G., *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici*, Giuffrè, Milano, 1978.

VITALI E., BERLINGÒ S., *Il matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 2012.

WERNZ F.X. – VIDAL P., *Ius matrimoniale*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1929.



## RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE

- Coram BRENNAN, diei 24 octobris 1996, in RRDec. Vo. LVIII, p. 724, n.5.
- Coram CABERLETTI, diei 23 maii 1997, in RRDec., vol. LXXXIX, n. 3, p. 439.
- Coram COLAGIOVANNI, diei 28 aprilis 1992, in RRDec, vol. LXXXIV, p. 197, n. 10.
- Coram DE LANVERSIN, diei 5 aorilis 1995, in RRDec., vol. LXXXVII, pp. 254-255, n.8.
- Coram ERLEBACH, 20 decembris 2012, in A., 195/2012.
- Coram FERREIRA PENA, diei 18 maii 2012, in RRDec., vol. CIV, pp. 150 ss.
- Coram FERREIRA PENA, diei 26 martii 2010, in A., 57/2010.
- Coram FERREIRA PENA, diei 8 iulii 2011, in A., 122/2011.
- Coram Ferreira Pena, diei 9 iunii 2006, cit., p. 245, n. 10.
- Coram Funghini, diei 24 maii 1995, vol. LXXXVII, p. 314, n. 5.
- Coram LEGA del 30 agosto 1911.
- Coram LEGA, diei 30 augusti 1911, in RRDec., vol, III, p. 463, n. 5.
- Coram MONIER, diei 1 martii 2022, in A., 25/02, n. 5.
- Coram PINTO, diei 9 iunii 2000, in RRDec., vol. XCII, n. 12.
- Coram SABATTANI, diei 29 octobris 1964, in RRDec., vol. LVI, p. 398, n. 4.
- Coram STANKIEWICZ, diei 29 aprilis 1982, in RRDec., vol. LXXIV, p. 247, n. 4.
- Coram Turnaturi, diei 13 maii 2004, in A., 51/04, n. 9.
- Coram YAACOUB, *Taurinen*, diei 30 novembris 2011, in A., 166/2011, n. 12.



## RINGRAZIAMENTI ISTITUZIONALI

Desidero ringraziare il mio relatore, il Professor Manlio Miele, per la dedizione, la cura e la passione verso la materia che trasmette durante il Suo insegnamento e per avermi accompagnata e seguita in questa fase finale e conclusiva del mio percorso.

Desidero rivolgere un ringraziamento anche al Dottor Edoardo Pinna per la disponibilità, puntualità e correttezza con le quali mi ha seguita nella stesura di questo elaborato.