



## TESTO PROVVISORIO

### ***Error determinans ed esclusione implicita***

*Rev. Prof. Miguel Á. Ortiz, Pontificia Università della Santa Croce*

#### *1. Premessa sulla centralità del consenso*

Alla base del sistema matrimoniale canonico si trova il principio secondo il quale il matrimonio ha origine esclusivamente nel consenso degli sposi; la Chiesa infatti ha accolto e purificato il principio consensuale romano: «*Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit*»<sup>1</sup>. Solo i coniugi possono decidere su sé stessi, solo loro hanno il potere di costituire il matrimonio. Il can. 1057 sottolinea che quest'atto della volontà – “con cui l'uomo e la donna, con patto irrevocabile, danno e accettano reciprocamente se stessi per costituire il matrimonio” – “non può essere supplito da nessuna potestà umana”.

Di conseguenza, l'ordinamento canonico pretende proteggere la verità del matrimonio; il che, dal punto di vista delle cause di nullità comporta che prevale la verità sostanziale su quella formale. Il giudice deve indagare nella biografia delle persone per discernere, nella misura del possibile, la vera volontà presente al momento delle nozze. I sistemi giuridici secolari tendono invece a un maggior formalismo, dando rilevanza ad un consenso solo apparente ma non realmente presente nei contraenti. Per la maggior parte degli ordinamenti infatti l'eventuale contrapposizione tra manifestazione e realtà si “risolve” con ricorso all'istituto del divorzio. Il sistema matrimoniale canonico invece attribuisce la massima rilevanza ai possibili vizi del consenso, a causa dell'indissolubilità del matrimonio. Questo principio è di una portata tale da poter esigerlo solo in caso di matrimonio valido, il che comporta la necessità di appurare al massimo la verità del consenso prestato e la realtà del matrimonio celebrato.

Non ci soffermiamo qui sull'evoluzione della normativa canonica che ha cercato di proteggere la vera volontà interna, la cui mancanza impedisce la costituzione del vincolo perché manca del presupposto essenziale: la mutua donazione degli sposi<sup>2</sup>. Il consenso ha bisogno di essere esteriorizzato in un segno che rende conoscibile la volontà interna. I due elementi sono necessari: “*consensus sine signis vel signa sine consensu nihil operari ad constituendum matrimonium*”<sup>3</sup>.

San Tommaso interpretò la normativa canonica che riteneva inefficace la volontà di produrre un segno nuziale senza l'*animus contrahendi*, considerando nullo non solo il consenso dato con una condizione contraria alla sostanza del matrimonio *in pactum deducta*, ma ritenendo che l'espressione esterna del segno senza un consenso interno non può costituire il matrimonio. Basta che manchi il

<sup>1</sup> D.35.1.15 e D.50.17.30. Anche D.24.1.32.13: «*non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio*».

<sup>2</sup> Sulla questione cfr. l'ottima sintesi di M. GAS, *La formulación del concepto “acto positivo de voluntad” contrario al matrimonio hasta el CIC 1983*, in J. KOWAL-J. LLOBELL (eds.), *Iustitia et iudicium. Studi di Diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di A. Stankiewicz*, Vol. II, Città del Vaticano 2010, 753-779.

<sup>3</sup> T. SÁNCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento disputationum*, I, lib. II, disp. 29, n. 13, Venetiis 1625, 166.



### TESTO PROVVISORIO

consenso interno di uno dei contraenti per ritenere nulla la celebrazione<sup>4</sup>; se uno dei nubendi è contrario a uno degli elementi che costituiscono il vincolo, non c'è vero matrimonio. Similmente se uno dei nubendi pone una condizione contraria ai beni del matrimonio lo rende nullo<sup>5</sup>.

La mancanza di una volontà veramente matrimoniale rende nullo il matrimonio perché senza tale volontà non si può realizzare la mutua donazione-accettazione in cui consiste il consenso. Il legislatore ha approfondito e delineato sempre con più precisione i diversi scenari – i capi di nullità – in cui si può riscontrare detta anomalia consensuale: sostanzialmente, per incapacità a dare il consenso, per mancanza di vera volontà di donazione o per la presenza di un vizio che incide sulla minima libertà con cui i coniugi si donano vicendevolmente.

Per quanto attiene all'argomento che adesso ci interessa, la dottrina canonistica ritenne che chi dice le parole del consenso si considera che vuole ciò che il matrimonio comporta a meno che non abbia una intenzione contraria – con una difformità tra ciò che si manifesta e ciò che si vuole, difformità della quale il nubente può essere più o meno consapevole.

Il can. 1101 § 1 esprime in questi termini la presunzione di conformità tra volontà e manifestazione: “Il consenso interno dell'animo si presume conforme alle parole o ai segni adoperati nel celebrare il matrimonio”. Il § 2 contempla la possibilità che la manifestazione non si corrisponda con la “volontà interna” perché è stato posto un atto positivo di esclusione, del matrimonio stesso o di una proprietà o elemento essenziale.

Il canone risponde al proposito di conoscere quale è l'intenzione reale dei contraenti, dimodoché la mancanza della volontà di celebrare renda nullo il matrimonio malgrado le parole espresse. Infatti il can. 1101 § 2 prevede che la presunzione di conformità tra volontà e manifestazione può venir meno. Ciò può avvenire in due modi: per via di un errore particolarmente qualificato (nel senso che dopo meglio preciseremo) oppure per via di una volontà che il soggetto ha voluto non matrimoniale.

#### *2. Il consenso è un atto di volontà che richiede di una conoscenza minima. La conoscenza per connaturalità*

Il consenso matrimoniale è un atto della volontà che ha come oggetto la persona specifica con la quale si desidera costituire il vincolo matrimoniale. In realtà il consenso è un atto semplice: *voglio sposare te*. Tale atto richiede di una conoscenza minima, sia del matrimonio che della persona dell'altro coniuge. Quando manca questa conoscenza minima, l'atto di volontà non ha un oggetto sufficiente, per cui non può essere dato un consenso valido, perché, come insegna la massima “*nihil volitum quin praecognitum*”<sup>6</sup>. Il diritto prende in considerazione in che modo un difetto di conoscenza

<sup>4</sup> *Summa Theologiae*, Suppl., q. 45, a. 4 ad 2: “si desit consensus mentalis ex aprte unius, ex neutra parte est matrimonium: quia matrimonium consistit in mutua coniunctione”.

<sup>5</sup> *Summa Theologiae*, Suppl., q. 49, a. 5, c: “si [conditio] contraria sit bonis matrimonii, non efficitur matrimonium”.

<sup>6</sup> Cfr. J.I. BAÑARES, *La relación intelecto-voluntad en el consentimiento matrimonial. Notas sobre los cc. 1096-1099 del CIC de 1983*, in *Ius Canonicum* 33 (1993) 553-606; E. TEJERO, *La ignorancia y el error sobre la identidad del matrimonio*, in *Ius Canonicum* 69 (1995) 13-101; P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, Roma 2019; più



### **TESTO PROVVISORIO**

possa invalidare il consenso (a parte il caso della mancanza di conoscenza derivante da una situazione anomala o patologica delle condizioni psichiche della persona, come prevede il c. 1095).

Non tutte le limitazioni della conoscenza sono rilevanti per la validità del consenso; lo sono soltanto quelle che influenzano così gravemente la volontà che l'atto di volontà non è veramente matrimoniale. I cann. 1096-1099 stabiliscono i criteri di questa gravità che esplicano il principio formulato nel can. 126: l'errore sostanziale invalida, quello accidentale no, ammettendo la possibilità che un errore di per sé accidentale possa invalidare in forza del modo come la volontà si rivolge – errando – riguardo una qualità della persona o una proprietà del matrimonio<sup>7</sup>.

Bisogna comunque tenere presente che, come nella maggior parte delle decisioni che prendiamo, nel consenso è usuale che l'atto di volontà non segua una conoscenza piena e perfetta del matrimonio o della persona dell'altro contraente, il che non impedisce che l'atto sia pienamente volontario. In effetti, in ogni scelta matrimoniale ci sono valutazioni errate, piccole esagerazioni, ecc. Ma, in ogni caso, esiste una conoscenza che, pur essendo imperfetta, è di solito sufficiente per dare un consenso valido. Visto da un altro punto di vista: mentre l'atto della volontà deve essere sempre pieno (senza restrizioni o esclusioni), l'atto dell'intelletto non è mai perfetto, proprio perché si può volere pienamente (matrimonialmente) ciò che si conosce solo imperfettamente o parzialmente.

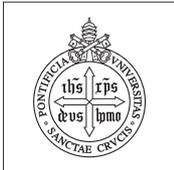
In altre parole, mentre una volontà non completa, se contiene una riserva o è diretta a un oggetto sostanzialmente distorto, non dà luogo al matrimonio, una conoscenza non completa può essere sufficiente, purché contenga un minimo di informazioni veritiere perché il soggetto possa volere la persona dell'altro come coniuge. Come abbiamo detto, questo accade regolarmente in tutti gli ambiti della vita, anche al di fuori del matrimonio, perché facciamo continuamente numerose scelte, avendo una nozione incompleta di ciò che vogliamo.

Nell'ambito del matrimonio, inoltre, dobbiamo tenere conto dell'inclinazione naturale verso il bene e la verità del matrimonio. Questa inclinazione naturale fa sì che si voglia ciò che si conosce – con una volontà implicita – per connaturalità, o solo genericamente, o addirittura sbagliando su aspetti non essenziali. “Non è necessario che il nubendo conosca in modo analitico e preciso tutti gli elementi o qualità del matrimonio, ma è sufficiente una conoscenza anche sintetica o imperfetta della

---

recentemente, I. ZUANAZZI, *Riflessioni sull'ignorantia in re matrimoniale: un canone ancora attuale?*, in Aa.Vv. (a cura di R. Palombi), *La sessualità nella riflessione teologica, nella prospettiva medica e nella dimensione giuridica*, Città del Vaticano 2021, 775-800.

<sup>7</sup> Rimandiamo agli studi di M. MINGARDI, *L'errore di diritto (can. 1099)*, in *Quaderni di diritto ecclesiale* 31 (2018) 364-383; A. GONZÁLEZ ALONSO, *Error determinans voluntatem: errore, volontà e proprietà essenziali del matrimonio*, in *Ius Ecclesiae* 29 (2017) 135-158.; J.T. MARTÍN DE AGAR, *El error sobre las propiedades esenciales del matrimonio*, in *Ius Canonicum* 35 (1995) 117-141; M. GAS AIXENDRI, *Error determinante de la voluntad (c. 1099 CIC) y simulación (c. 1101 § 2 CIC)*. Criterios de delimitación y prueba, con especial referencia a la sacramentalidad del matrimonio, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 18 (2008) 1-18; M.A. Ortiz, *El error y la ignorancia*, in D. García-Hervá (ed.), *Manual de Derecho Matrimonial Canónico*, Madrid 2002, 187-208; V. De Paolis *L'errore che determina la volontà (cf. can. 1099)*, in Aa.Vv., *Errore e dolo nel consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1995, 69-98. Cfr. anche le riflessioni, centrate primariamente sulla dignità sacramentale del matrimonio, di M. GAS, *El error determinante sobre la dignidad sacramental del matrimonio y su relevancia jurídica: algunas reflexiones acerca de la jurisprudencia reciente*, in *Ius Canonicum* 43 (2003) 185-221.



### TESTO PROVVISORIO

sua essenza perché la volontà di contrarre matrimonio comprend[er]e in modo virtuale anche tutto ciò che ad esso sia intrinsecamente connesso”<sup>8</sup>. D’altra parte l’indisponibilità del contenuto del negozio matrimoniale comporta che – senza sostituirsi al consenso degli sposi, gli unici che possono creare diritto su sé stessi – la volontà di celebrare il matrimonio come è stato istituito da Dio comprende anche l’adesione a tutti gli effetti che secondo l’ordine divino sono propri del coniugio. “La *ratio* comune a entrambe le spiegazioni è comunque la stessa: in definitiva, si imputano agli sposi le conseguenze giuridiche del vincolo matrimoniale (indissolubilità, esclusività e dignità sacramentale) indipendentemente dalla loro reale conoscenza ed effettiva intenzione di assumerli”<sup>9</sup>.

Questa conoscenza per connaturalità, manifesta infatti l’*inclinatio naturalis* al matrimonio: “è attraverso tale inclinazione, la quale indubbiamente attinge alle umane passioni, che i coniugi *conoscono connaturalmente* ma razionalmente il matrimonio e rendono così possibile la successiva elezione costituita dal *consenso* che è atto di *libero arbitrio*”<sup>10</sup>. Vi è un passaggio armonico dalla *recta inclinatio naturae* al *consensus*, illuminato dalla conoscenza per connaturalità<sup>11</sup>.

Anche a ragione di questa connaturalità, per il valido consenso non è necessario che la volontà si rivolga specificamente verso ogni elemento e proprietà essenziali del matrimonio; basta che non vengano rifiutati, esclusi o sostituiti. Qui radica anche la possibilità che un errore pur radicato riguardo le proprietà del matrimonio sia compatibile con un vero consenso, tale è la forza integratrice dell’amore sponsale<sup>12</sup>.

Questa conoscenza “per connaturalità” esprime la presunzione di conformità dell’*intentio contrahendi* con la volontà divina sul matrimonio; una presunzione che prevale anche in presenza di un errore privato sul matrimonio. Come segnala Martín de Agar, «non che debbano essere esplicitamente accettate (con un atto specifico della volontà), ma sì che, in quanto identificano il negozio matrimoniale, devono *in qualche modo* essere conosciute o accettate (includere) nel vincolo

---

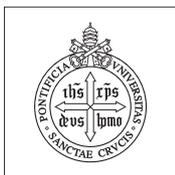
<sup>8</sup> I. ZUANAZZI, *Riflessioni sull’ignorantia in re matrimoniale* cit., 784

<sup>9</sup> *Ibid.*, 784-785.

<sup>10</sup> G. BERTOLINI, *Intenzione coniugale e sacramentalità del matrimonio*, II, Padova 2008, 224. «La conoscenza per *connaturalità* vede in dottrina interpretazioni talora anche dissimili, ma il nucleo concettuale risiede nell’ammettere che esista una conoscenza per appetizione che sostituisce la cognitio per *rationis inquisitionem*, attraverso un giudizio esperienziale prodotto dalla relazione affettiva con l’oggetto del giudizio stesso» (G. BERTOLINI, *Recenti tensioni in ordine alla natura del matrimonio ed al rapporto tra la fede e l’intenzione coniugale*, in *Ius Ecclesiae* 28 (2016) 548).

<sup>11</sup> Cfr. P.-J. Viladrich, *El amor conyugal entre la vida y la muerte. La cuestión de las tres grandes estancias de la unión*, in *Ius Canonicum* 44 (2004) 66; J. Hervada, *Esencia del matrimonio y consentimiento matrimonial*, in *Persona y Derecho* 9 (1982) 149-179. Una acuta esposizione, a proposito della fede richiesta per formare l’intenzione matrimoniale necessaria, in J. Castro Capote, *Ausencia de fe y validez del matrimonio: Fundamentación*, in *Ius Canonicum* 61 (2021) 670-675. Sulla questione in generale cfr. M. D’Avenia, *La conoscenza per connaturalità in san Tommaso d’Aquino*, Roma 1992.

<sup>12</sup> Cfr. U. NAVARRETE, *Sentido de la cláusula ‘con tal de que no determine la voluntad’ del c.1099*, in *Derecho matrimonial canónico*, Madrid 2018, 764-765.



### TESTO PROVVISORIO

che si desidera contrarre. E se si dimostra che questo non è stato così per ignoranza o errore non sembra ci possa essere stato un vero consenso<sup>13</sup>».

La dottrina e la giurisprudenza distinguono infatti tra le proprietà e la sostanza o essenza del matrimonio: basta conoscere e volere la sostanza per contrarre validamente, pur incorrendo in errore riguardo alle proprietà, perché le proprietà sono conseguenza necessaria del patto nuziale: derivano dalla volontà del Signore, non dalle parti. Di conseguenza l'errore sulle proprietà si ritiene accidentale<sup>14</sup>.

Questa presunzione di conformità oggi è messa in discussione – o, meglio, è più facile che venga meno – nel contesto secolarizzato in cui, come segnalava il papa nel Discorso alla Rota del 2015, molti fedeli “sulla cui storia ha avuto un forte influsso la diffusa mentalità mondana” possono trovarsi in una situazione in cui “la non conoscenza dei contenuti della fede potrebbe portare a quello che il Codice chiama *errore determinante la volontà* (cfr can. 1099)”. E aggiungeva il Papa che «questa eventualità non va più ritenuta eccezionale come in passato, data appunto la frequente prevalenza del pensiero mondana sul Magistero della Chiesa. Tale errore non minaccia solo la stabilità del matrimonio, la sua esclusività e fecondità, ma anche l'ordinazione del matrimonio al bene dell'altro, l'amore coniugale come “principio vitale” del consenso, la reciproca donazione per costituire il consorzio di tutta la vita»<sup>15</sup>.

Certamente esiste – oggi più che decenni addietro – la possibilità che la presunzione di validità venga meno per influsso di una mentalità lontana dalla fede e si renda più difficile la possibilità di donarsi coniugalmente. La questione però si sposta sul campo della prova, perché in un contesto lontano dalla fede sarà più facile rimanere imprigionati in una visione chiusa alla trascendenza inerente al matrimonio, e scegliere un'unione che matrimoniale non è, perché manca del segno nuziale (l'unione fedele, indissolubile e aperta alla vita)<sup>16</sup>.

### 3. *L'influsso dell'errore sulla volontà*

L'influsso dell'errore sulla volontà poggia su alcune distinzioni. Innanzitutto tra i motivi per cui si decide di celebrare il matrimonio e il consenso matrimoniale; i motivi possono essere svariati

---

<sup>13</sup> J.T. MARTÍN DE AGAR, *El error sobre las propiedades esenciales del matrimonio* cit., 135.

<sup>14</sup> Martin de Agar esprime delle riserve su un'applicazione superficiale della conoscenza e volontà per connaturalità, se si separano troppo le proprietà essenziali dall'essenza: «Come dice Bonnet, la distinzione tra sostanza e proprietà essenziali “non può spingersi fino al disconoscimento del valore identificante delle proprietà” (*L'errore di diritto giuridicamente rilevante nel consenso matrimoniale canonico*, in AA. VV., «La nuova legislazione...» cit., p. 45). Concretamente, riguardo al *bonum sacramenti*, il Sánchez è dell'opinione che “*contrahentem matrimonium debere saltem impliciter intendere, bonum sacramenti, quod evenit, quando non habet intentionem contrariam... ergo qui intendit matrimonium inire dissolubile, et ad tempus, vere non intendit matrimonium, cum intentio adversetur essentiali*” (*De sancto matrimonii sacramento*, cit., lib. II, disp. XXIX, 11)” (J.T. Martín de Agar, *El error sobre las propiedades esenciales del matrimonio* cit., 135, nota 32).

<sup>15</sup> FRANCESCO, *Discorso alla Rota Romana*, 23 gennaio 2015.

<sup>16</sup> Cfr. M.A. ORTIZ, *Fede e consenso matrimoniale*, in H. FRANCESCHI (ed.), *Matrimonio e famiglia. La questione antropologica*, Roma 2015, 115-142.



### TESTO PROVVISORIO

e di diversa natura, corrispondono al processo di formazione del consenso, ma si distinguono dal consenso stesso. D'altra parte, tra le idee e le opinioni riguardo al matrimonio e il progetto concreto di vita matrimoniale che si intende realizzare quando si dà il consenso.

La dottrina e la giurisprudenza adoperano altre distinzioni o classifiche degli errori<sup>17</sup>. In primo luogo, l'errore *semplice*, che rimane nell'area della conoscenza senza invadere l'ambito della volontà; "non versatur circa substantiam matrimonii sed circa aliquam eius qualitatem vel proprietatem"<sup>18</sup>.

Detto errore semplice è *concomitante* in chi si sposa essendo certo che il matrimonio manca di una qualità (per esempio l'indissolubilità), ma che si sarebbe sposato ugualmente se avesse saputo che è indissolubile. In ogni caso la proprietà in questione non è presa direttamente in considerazione né nella decisione di sposarsi né nell'atto di consentire in questo matrimonio concreto che sto celebrando, anche se potrebbe essere oggetto di un desiderio generico sul matrimonio (come mi piacerebbe che fosse il matrimonio).

Invece l'errore *antecedente* o *causam dans* riguarda i motivi per cui si contrae. È il caso di chi si sposa perché ritiene il matrimonio dissolubile, e mosso dal convincimento che se le cose vanno male potrebbe divorziare e addirittura non si sarebbe sposato se avesse saputo che il matrimonio è indissolubile. L'interpretazione data all'irrelevanza di questo errore radica nel fatto che non riguarda direttamente l'oggetto della volontà: si può volere veramente una cosa per un motivo falso. Anzi, qualora si fosse conosciuta la falsità del motivo, non avrebbe dato il consenso. Questa volontà, detta interpretativa, esprime ciò che si sarebbe voluto, ma non ciò che realmente ha voluto; per questo si ritiene che tale errore è semplice e accidentale.

Infine c'è l'errore che inficia la volontà, chiamato *ostativo* perché incompatibile con un vero consenso. Qui l'errore incide non soltanto sulla decisione di sposarsi ma direttamente sullo stesso consenso: su ciò che si vuole qui e adesso nel momento di contrarre. Si tratta di una fattispecie diversa dall'errore *causam dans*, perché "aliud est enim velle contrahere matrimonium quia existimatur solubile; aliud velle contrahere quatenus solubile et non alias, seu nolle contrahere nisi solubile"<sup>19</sup>. In questo caso contrae matrimonio solo se e in quanto dissolubile; siccome così non è, non c'è vero consenso, perché si è voluto qualcosa che non è il matrimonio.

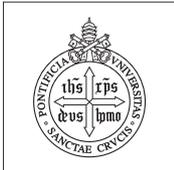
La dottrina sotto il CIC17 qualificava questo errore radicato come *pervicax*, che porta ad accettare il matrimonio "ut solubile et non aliter". Non è l'*error pervicax* propriamente una categoria giuridica, ma piuttosto una costruzione giurisprudenziale, che gode di una certa autonomia concettuale e a cui viene riconosciuta un'efficacia indiretta sulla validità del matrimonio come possibile causa di simulazione o come argomento di prova del passaggio dall'errore dell'intelletto alla volontà nell'*error determinans*<sup>20</sup>. Infatti, questa pervicacia – che si ritiene più facilmente riscontrabile nei non cattolici – comporterebbe un vizio del consenso se "actu positivo voluntatis indissolubilitatem

<sup>17</sup> Cfr. per tutti M. MINGARDI, *L'errore di diritto (can. 1099)* cit., 366-370; M.A. ORTIZ, *El error y la ignorancia*, in D. GARCÍA-HERVÁS (ed.), *Manual de Derecho Matrimonial Canónico*, Madrid 2002, 187-208.

<sup>18</sup> U. NAVARRETE, *De sensu clausulae 'Dummodo non determinet voluntatem' can. 1099*, in *Periodica* 81 (1992) 473.

<sup>19</sup> Sent. C. Parrillo, 9 agosto 1933, in RRD 25, 542, n. 2.

<sup>20</sup> Cfr. M. Gas, *Error determinante de la voluntad* cit., 4-5



### TESTO PROVVISORIO

respuant”. In questo modo si presuppone che tale errore non muove necessariamente la volontà a volere il matrimonio *ut solubile et non aliter*, ma attraverso un atto positivo di volontà escludente.

Il legislatore del 1983 riformulò il contenuto del can. 1084 CIC 17 sopprimendo da una parte la qualifica di simplex all’errore non invalidante e l’affermazione dell’irrelevanza dell’errore causam dans; e dall’altra aggiungendo che l’errore sulle proprietà essenziali e la dignità sacramentale può provocare a nullità del matrimonio se determina la volontà, come ricorderemo in seguito.

#### 4. *L’esclusione (implicita)*

La difformità tra volontà e manifestazione può ubbidire, oltre che ad un errore sulla natura del matrimonio o delle sue proprietà, anche a una positiva volontà di escludere il matrimonio stesso o un elemento o proprietà essenziale, a norma del can. 1101. L’atto positivo di volontà escludente non può limitarsi alla semplice previsione che si sarà infedele né, tanto meno, il solo fatto che esistano delle frequenti infedeltà matrimoniali, o la paura di avere dei figli, o la previsione che forse non si terrà parola all’impegno matrimoniale. Queste previsioni, predisposizioni, desideri ecc., affinché incidano sulla validità del matrimonio devono provocare questo “atto positivo”.

Viladrich segnala quattro elementi dell’atto positivo di esclusione, che mettono in evidenza appunto la volontarietà del soggetto, che ha concretizzato le idee, desideri, predisposizioni ecc. nel contenuto (non matrimoniale) della sua volontà al momento di dare il consenso. Il primo è proprio la volontarietà, cioè “è un atto che il soggetto origina volontariamente e con sufficiente conoscenza del suo fine. Si tratta di un atto volontario, che non è determinato dalle sue motivazioni, nemmeno dall’errore, sebbene queste possano renderlo spiegabile o “verosimile” principalmente ai fini della prova”<sup>21</sup>.

In secondo luogo, la falsificazione del segno nuziale, poiché nessuno esclude, spezzando l’unità tra la volontà interna e il segno nuziale, tra il significato e il segno, senza una volontà ben determinata di farlo. Nel momento di esprimere le parole di consenso, vi è una volontà falsificatrice del segno nuziale, nella misura in cui si vuole positivamente qualcosa che non è il matrimonio. Non è necessario che ciò avvenga con un atteggiamento doloso, ma deve esserci una certa consapevolezza dello sdoppiamento tra manifestazione e volontà reale.

In terzo luogo, la volontà simulatoria è una volontà che soppianta, cioè comporta una specifica sostituzione della vera volontà di sposarsi. Per questo motivo – e anche perché, come dicevamo, la vera volontà coniugale non deve volere positivamente le proprietà essenziali – la giurisprudenza ribadisce che non è sufficiente “non volere” (*nolle*), ma è necessario “volere non...” (*velle non*), cioè, volere positivamente qualcosa che non è il matrimonio. Proprio per la sua dimensione falsificatrice del segno nuziale, colui che esclude sostituisce la volontà matrimoniale, nel senso che vuole positivamente “qualcosa” che non è il matrimonio.

Infine, l’intenzione simulatoria deve essere suscettibile di prova nel foro esterno, in modo tale da poter superare la presunzione di conformità tra il segno nuziale e la volontà interna dei contraenti

---

<sup>21</sup> P.J. Viladrich, *Il consenso matrimoniale* cit., 313.



### TESTO PROVVISORIO

di cui al canone 1101 § 1. È necessario che la volontà interna (l'unica volontà esistente, quella reale) abbia delle manifestazioni esterne, in modo tale da poter esserne provata nel foro esterno.

La manifestazione esterna dell'atto positivo si produce innanzitutto – ed è il punto di partenza della prova – con la cosiddetta confessione (giudiziale ed extragiudiziale) del simulante, spiegabile per la presenza di forti e credibili cause simulandi, confermata dalle circostanze pre e post matrimoniali<sup>22</sup>. Ma la volontà simulatoria si deve manifestare soprattutto in azioni e comportamenti concreti coerenti con quella volontà.

L'atto escludente deve essere sempre positivo, realmente posto, un altro conto è come si riconosce. Deve essere attuale o, almeno, virtuale e non revocato. La giurisprudenza specifica che non è necessario che sia esplicito, può essere anche implicito, cioè riconoscibile attraverso altri atti posti dal soggetto<sup>23</sup>.

Nelle fattispecie di simulazione implicita infatti<sup>24</sup>, il giudice cerca di riconoscere la volontà del soggetto non solo facendo attenzione alle manifestazioni esterne ed esplicite ma anche alle manifestazioni – spesso più affidabili – riscontrate nei comportamenti. È un principio basilare tra i criteri per valutare le dichiarazioni delle parti e la loro credibilità, che proviene dall'analisi delle affermazioni delle parti in relazione con i fatti comprovati: le parole diventano fatti in sé stessi irrefutabili, ai quali si può applicare la massima che ricorda che i fatti sono più eloquenti delle parole: “facta enim aliquando potiora sunt verbis, dumodo tamen adducta facta sint plura, univoca et certa”<sup>25</sup>. Da lì che buona parte del lavoro del giudice è incentrato nello studio delle circostanze precedenti, concomitanti e successive al matrimonio, facendo uno sforzo per determinare se la “biografia della persona” permette di riconoscere o meno l'esistenza di una volontà escludente.

Benigni definisce la simulazione implicita come “quell'atto di volontà diretta ad escludere il matrimonio stesso, un suo elemento o proprietà essenziale, che non viene espresso dal soggetto direttamente, ma è compreso in un altro atto, diretto principalmente a un fine diverso. Nel caso di simulazione implicita, infatti, l'oggetto dell'atto esplicitante, cioè quello immediatamente percepibile, non è l'esclusione del matrimonio, del suo elemento o proprietà essenziale, ma un fatto

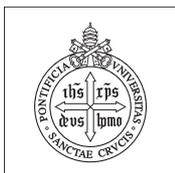
---

<sup>22</sup> Cfr. P.J. Viladrich, *Il consenso matrimoniale*, 386-400; I. ZUANAZZI, *La prova della simulazione del matrimonio canonico con particolare riferimento all'esclusione del bonum prolis e del bonum coniugum*, in ASSOCIAZIONE CANONISTICA ITALIANA (ed.), *La prova della nullità matrimoniale secondo la giurisprudenza della Rota Romana*, Città del Vaticano 2011, 197-228; A. ZAMBON, *L'atto positivo di volontà e la prova della simulazione*, in *Quaderni di diritto ecclesiale* 20 (2007) 199-217.; P. LOBIATI, *La prova dell'esclusione implicita del bonum fidei: note a margine di una sentenza coram Salvatore*, in *Ius-online* (2-2018) 116-156.

<sup>23</sup> “Ad simulationem perficiendam requiritur a Lege actus positivus voluntatis. Actus de quo agitur elicitus esse debet et non revocatus, explicitus vel implicitus, actualis vel saltem virtualis, qui de obiecto formandi consensus indissolubilitatis proprietatem detrahit” (sent. c. Monier 23 novembre 2012).

<sup>24</sup> Si veda l'approfondito studio di S. BENIGNI, *La simulazione implicita: aspetti sostanziali e processuali*, Roma 1999.

<sup>25</sup> Cfr. c. Bejan del 19 gennaio 1966, in *SRRDec* 58 (1966) 15. “Maxime attendenda est cohaerentia (vel incongruentia) inter «facta» et «dicta». «Facta» enim possunt magis explanare «dicta» illaque univoca reddere; sed illa quoque reapse refellere valent, ita ut habenda sint tamquam meri inanes flatus vocis, vel vaniloquentiae” (C. Defilippi, *Aemiliani seu Carpen.*, 7 luglio 2005, n. 13).



### **TESTO PROVVISORIO**

dal quale, mediante l'applicazione di attività mentali, è possibile derivarne in maniera necessaria l'atto implicito<sup>26</sup>.

L'atto implicito non viene manifestato esplicitamente ma è contenuto virtualmente in un concetto, un giudizio o un comportamento: per essere riconosciuto (in quanto è compreso in un altro atto) ha bisogno di essere esplicitato<sup>27</sup>. Per esempio, la volontà di conservare una relazione con una persona diversa di quella che si sta per sposare, oppure di porre tutti i mezzi per non mettere a rischio la carriera professionale, comprese tutte le precauzioni per evitare una gravidanza che comprometterebbe la disponibilità professionale, ecc.

Troviamo un atto implicito che manifesta una volontà espressa e non presunta né tacita nel comportamento con cui viene concessa la delega per assistere al matrimonio. Infatti, la delega speciale può essere concessa oralmente oppure con segni esterni equivalenti: con dei fatti o comportamenti *concludenti* della volontà (implicita) di delegare, il che accade per esempio se il parroco aiuta il delegato a preparare quanto necessario per la celebrazione, con delle azioni con le quali si esplica la concessione della delega<sup>28</sup>.

La forza espressiva dei comportamenti – *facta eloquentiora sunt verbis* – permette di contestare le diverse presunzioni a favore del matrimonio (tra cui quelle attinenti alla preparazione e la manifestazione del consenso e la stessa *inclinatio naturae*). Si può conoscere così la vera volontà del contraente, anche in assenza di una sua dichiarazione o confessione<sup>29</sup>. Benigni riporta un testo di Gangotti, dove si riferisce alla volontà come una facoltà poliglotta, che può esternarsi con molteplici linguaggi: “unde clare et distinte notandum est quod voluntas loquitur et quidem libere interveniendo proprias linguas diversarum potentiarum. Est in sua potestate exprimi cum una vel alia locutione, cum una potentia vel alia”<sup>30</sup>.

L'esclusione implicita “presuppone un atto della volontà, che solo si differenzia sotto il profilo dell'oggetto, nel senso che il bene protetto dall'ordinamento giuridico (...) è in essa colpito solo mediatamente e non invece direttamente come nella esclusione esplicita”<sup>31</sup>. Nell'esclusione implicita vi è un atto positivo, come in quella esplicita, solo che va riconosciuto in altri atti posti dal soggetto.

Certamente difficilmente si potrà cogliere la rilevanza di un atto implicito di esclusione se si considera il fenomeno simulatorio nella prospettiva dei due atti di volontà, uno rivolto a contrarre il

---

<sup>26</sup> S. Benigni, *La simulazione implicita cit.*, 95.

<sup>27</sup> “Dal punto di vista poi rigorosamente giuridico, si considera normalmente come atto implicito l'atto (normalmente il negozio giuridico) che viene posto in essere mediante un comportamento concludente” (*Ibid.*).

<sup>28</sup> Cfr. una c. Mattioli del 21 giugno 1966, in RRDec. 58 (1966) 647, n. 2. Anche c. Raad del 25 marzo 1974, in RRDec., vol. LXVI, p. 222, n. 4: “Delegatio expressis verbis, aut signis aequipollentibus dari debet. Inter signa aequipollentia, certo ad censentur praesentia ipsius parochi celebrationi nuptiarum, vel commissio ex parte eius librorum et aliorum instrumentorum delegando ut matrimonio adsistat”.

<sup>29</sup> Così nella c. Salvatori del 24 gennaio 2018; si veda il commento di P. LOBIATI, *La prova dell'esclusione implicita cit.*

<sup>30</sup> Sentenza del Vicariato di Roma coram Gangotti, citata da J.F. Castaño, *I sacramenti del matrimonio*, 385; cfr. S. Benigni 96 nota 13.

<sup>31</sup> P. Bianchi, *L'esclusione dell'indissolubilità*



### TESTO PROVVISORIO

matrimonio e l'altro ad escludere il matrimonio stesso o una proprietà o elemento essenziale. Vi è piuttosto un solo atto di volontà, similmente a come nel consenso matrimoniale vero non ci sono due atti (uno rivolto alla donazione coniugale e un altro a la posizione del segno nuziale)<sup>32</sup>.

Non si può confondere l'atto implicito con l'atto presunto. Mentre quello presunto "è un fatto, più o meno probabile (e più o meno provabile), di cui si ignori l'esistenza" che viene dedotta con un giudizio probabilistico, "l'atto implicito invece, è un atto esistente, che è certo, con la stessa valenza giuridica e logica di un fatto esplicito, la sua stessa positività (anche dal punto di vista della consapevolezza del soggetto) e la cui esistenza non è in dubbio; unicamente perché siete compreso, esso deve essere tradotto in una *lingua* comprensibile"<sup>33</sup>. Per Grocholewski, "differentia est essentialis inter positivam assertionem existentiae actus (actus implicitus) et assertionem probabilitatis existentiae huius actus (actus praesumptus)"<sup>34</sup>.

D'altra parte, la presunzione è essenzialmente un mezzo di prova, utile a dimostrare l'esistenza di un atto altrimenti non conoscibile: un atto positivo (esplicito o implicito che sia) può essere conosciuto anche attraverso le presunzioni<sup>35</sup>.

In una decisione c. Sabattani si ribadisce che l'atto implicito rimane nell'ordine positivo, perché, sebbene la sua sostanza non appaia direttamente e immediatamente nella manifestazione dell'agente, la sua identità tuttavia è contenuta, realmente e non in modo presuntivo, positivamente e non in modo interpretativo, quasi come all'interno di un plico, ossia all'interno della sua manifestazione: «Actus implicitus remanet in ordine positivo, quia, quamvis eius substantia non appareat directe et immediate in manifestatione agentis, tamen ibidem identidem continetur, realiter et non praesumptive, positive et non interpretative, quamvis veluti in plicis, seu in sinu eiusdem manifestationis»<sup>36</sup>.

La differenza tra l'atto esplicito ed implicito non sta nella positività (tutti e due sono stati realmente posti) ma nella conoscibilità. Così Staffa: «expressa est voluntas quae signo aliquo manifestatur, manifestari autem potest sive explicitae sive implicitae: "explicitae" quando ex ipsis verbis directe et immediate apparet (quia nempe iam explicata est, id est ex plico verborum eruta ostenditur);

---

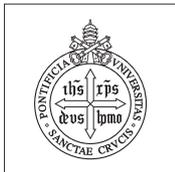
<sup>32</sup> Sulla questione, cfr. il nostro *En torno al acto positivo de voluntad y la simulación total del consentimiento*, in Aa.Vv., *El matrimonio y su expresión canónica ante el III Milenio. X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona 2000, 1159-1174.

<sup>33</sup> S. Benigni 103. "In praesumption autem non asseritur positiva existentia obiecti praesumptionis, sed haec existentia pro plus minusve probabili habeatur" (Z. Grocholewski, *De exclusione indissolubilitatis ex consensu matrimoniali eiusque probatione*, Napoli 1973, 106).

<sup>34</sup> Z. Grocholewski, *De exclusione indissolubilitatis cit.*, 107, cit. da Benigni.

<sup>35</sup> Come nella c. Salvatori del 24 gennaio 2018; si veda il commento di P. LOBIATI, *La prova dell'esclusione implicita cit.*, 138-140.

<sup>36</sup> Sent. c. Sabattani, 29 ottobre 1963



### **TESTO PROVVISORIO**

"implicite" quando in verbis adhibitis absconditur (quia, nempe, in plico verborum continetur et occultatur) tamquam effectus in causa, conclusio in principio, pars in toto, species in genere»<sup>37</sup>.

La simulazione implicita del resto si avvicina alla cosiddetta esclusione ipotetica, particolarmente rilevante per quanto riguarda l'esclusione dell'indissolubilità<sup>38</sup>. In un certo senso, la simulazione ipotetica mette in evidenza il fatto che l'atto positivo di esclusione è il "negativo" del consenso. Come scrive Viladrich, «nello stesso modo in cui, nel consenso valido, la volontà del soggetto assume in atto tutto il suo futuro e lo impegna nel matrimonio, è necessario anche, nell'atto simulatorio, che il soggetto contragga riservandosi ora, in atto, un aspetto essenziale del matrimonio la cui esclusione eserciterà secondo certe circostanze sconosciute per il fatto che sono future: "divorzierò se smetterò di amarvi"»<sup>39</sup>.

Nella esclusione ipotetica infatti, il simulante fa dipendere lo scioglimento del vincolo al verificarsi o meno di una circostanza o di un evento determinato. Chi esclude ipoteticamente l'indissolubilità, si propone di rompere il vincolo "se accade un evento". In realtà, il nubente vorrebbe contrarre un vero matrimonio, rimanendo per sempre unito alla comparte, ma fa dipendere quella permanenza da una circostanza o evento futuro concreto. In questi casi bisogna fare molta attenzione al contenuto della volontà: se il nubente decide, nel momento di prestare il consenso, di "recuperare la libertà" nel caso si produca un evento (e non solo di "prendere in considerazione" la possibilità di farlo), allora ci troveremo di fronte a un'esclusione assoluta. In quel caso è ipotetico soltanto che si verifichi in futuro o meno e si attui la rottura di fatto. L'esclusione invece di chi ragiona così è sempre assoluta<sup>40</sup>. Chi, nel momento di emettere il consenso, si propone con volontà positiva di sciogliere il vincolo, sia subito, sia dopo un certo tempo sia, infine, nel caso in cui si avveri un fatto o evento determinato, esclude assolutamente il "bonum sacramenti".

La volontà ipotetica non può essere confusa con lo stato di dubbio o incertezza sulla riuscita del matrimonio e sulle risposte che verranno date (per esempio l'eventuale ricorso al divorzio o una infedeltà coniugale) se si presenteranno tali situazioni. Chi esclude ipoteticamente in realtà prende adesso la decisione di rompere il matrimonio se accadrà l'evento prospettato (e temuto, perché può desiderare che non accada mai): « non so se divorzierò un giorno, cosa che ora non "desidero", ma in ogni caso già ora, al momento di sposarmi, "prendo la decisione" di contrarre con diritto a divorziare se la convivenza sarà infelice, nel caso in cui la mia consorte non abbia figli o sia malata

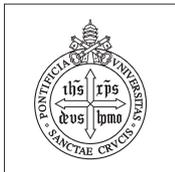
---

<sup>37</sup> D. Staffa, *De conditione contra matrimonii substantiam*, Romae 1955, 19. Anche in una sua sent. 21 maggio 1948: "Actus positivus potest esse sive explicitus sive implicitus: est explicitus si tamquam obiectum directum et immediatum intendit exclusionem essentialis vel proprietatis essentialis matrimonii; est implicitus si tamquam obiectum directum et immediatum aliquid habet, in quo exclusio matrimonii vel eius proprietatis continetur".

<sup>38</sup> Cfr. G. AGUSTONI, *L'esclusione ipotetica dell'indissolubilità del vincolo matrimoniale*, in *Ephemerides Iuris Canonici* 43/44 (1987) 45-76

<sup>39</sup> P.J. Viladrich, *Il consenso matrimoniale* cit., 389-390.

<sup>40</sup> Cfr. P. Bianchi, *L'esclusione della indissolubilità quale capo di nullità del matrimonio. Profili critici*, in *Ius Ecclesiae* 13 (2001) 629-651, dove aggiunge che ciò "deriva dal fatto che, nel caso della indissolubilità, non si può distinguere accettazione del principio di diritto ed esercizio/ osservanza dello stesso, per cui ogni riserva in merito – anche in forma condizionata o eventuale – incide sulla struttura giuridica dell'atto e quindi sulla integrità del consenso".



### TESTO PROVVISORIO

psichicamente come accadde a sua madre, ecc. »<sup>41</sup>. Insomma: se il matrimonio si vuole far *nascere* dissolubile, sebbene la realizzazione del suo scioglimento si posponga a un futuro oggi “ipotetico”, l’atto è positivamente escludente di questa proprietà del vincolo. Lo stesso si deve dire quando l’oggetto escluso di questo modo “ipotetico” sono gli altri oggetti matrimoniali essenziali descritti nel § 2 del can. 1101.

#### 5. *Errore e/o esclusione. Autonomia e interattività*

I due istituti (e i corrispettivi capi di nullità) sono concettualmente diversi: nella loro “purezza metodologica” uno esclude l’altro: nella simulazione il soggetto sceglie, nell’errore non ha la possibilità di scelta, può solo aderire al modello errato offerto dall’intelletto. Ma nella realtà non è sempre così semplice.

Si dà anche una incompatibilità concettuale tra incapacità e simulazione: in un approccio rigoroso (o forse astratto), tenendo presente che l’atto positivo di esclusione è il “negativo” dell’atto di consentire, si suol dire che chi è incapace di dare il consenso non potrebbe neanche escluderlo, per cui le cause non possono essere definite né potrebbero essere dichiarate conformi per i cann. 1095 e 1101: se poteva escludere poteva anche consentire e se era incapace non potrebbe simulare. Ma l’esperienza dice che la reale situazione psichica di un soggetto è più complessa: le sue carenze – psicologiche, affettive, caratteriali – a volte possono costituire una vera e propria causa psichica che priva della discrezione di giudizio o della capacità di assumere, a volte invece possono fungere da cause simulandi<sup>42</sup>.

Per non parlare di altre situazioni in cui non è chiaro se il soggetto ha una volontà determinata verso un modello di matrimonio, se positivamente ha voluto escludere l’indissolubilità o l’apertura alla prole o a qualsiasi impegno serio, o piuttosto se più che scegliere un modello matrimoniale – ammesso che ce l’abbia – si è lasciato trascinare senza porsi particolari domande sulla scelta fatta o assecondata<sup>43</sup>.

La dottrina è divisa a proposito dell’autonomia o meno dell’*error determinans* rispetto alla simulazione, cioè se l’errore si debba ricondurre all’esclusione (come causa simulandi)<sup>44</sup>. Per alcuni autori **non vi è autonomia**: quando l’errore incide efficacemente sulla volontà portando il soggetto a

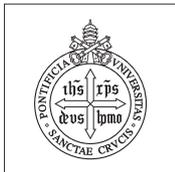
---

<sup>41</sup> P.J. Viladrich, *Il consenso matrimoniale* cit., 390.

<sup>42</sup> Cfr. sulla questione H. FRANCESCHI, *La relazione tra incapacità ed esclusione nelle cause di nullità matrimoniale*, in H. FRANCESCHI-M.Á. ORTIZ (a cura di), *Ius et matrimonium III: Temi di Diritto matrimoniale e processuale canonico*, Edusc, Roma 2020, 139-175.

<sup>43</sup> Si vedano le considerazioni di Versaldi, a proposito della capacità consensuale, ma rilevanti per la nostra questione, in G. VERSALDI, *L'uomo debole e la capacità di autodonarsi: quale capacità per il matrimonio?*, in H. FRANCESCHI-M.Á. ORTIZ (a cura di), *Verità del consenso e capacità di donazione. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico*, Roma 2009, 131-156.

<sup>44</sup> Seguo l’esposizione di P. Bianchi, L’esclusione della indissolubilità quale capo di nullità del matrimonio. Profili critici, in *Ius Ecclesiae* 13 (2001) 629-651.



### TESTO PROVVISORIO

volere positivamente un oggetto non matrimoniale, ci troviamo davanti a una esclusione positiva<sup>45</sup>. In questo modo si salverebbe il principio che non è l'errore (intellettuale) a rendere nullo il matrimonio, ma la volontà che aderisce a un oggetto positivamente privo di un elemento essenziale.

Del resto, il can. 1099 afferma soltanto che l'errore – detto semplice nella formulazione del CIC 17 – non incide sulla validità a meno che ci sia la *determinatio voluntatis*. Ma il canone non specifica ulteriormente come si concretizza tale eccezione, tale *determinatio*, cosa che potrebbe essere definita nel can. 1101 § 2 nei termini di un esercizio deliberato della volontà, motivato appunto dall'errore. Per cui, per questi autori quando l'errore radicato influisce sulla volontà, lo fa determinando una delle fattispecie di «simulazione», ricomprese nel can. 1101 § 2<sup>46</sup>.

D'altra parte, la grande sproporzione tra le cause di simulazione e quelle di *error iuris* ubbidisce al fatto che l'esistenza di un errore radicato in uno dei contraenti è abitualmente utilizzato come un comune elemento indiziario della prova della simulazione. E nel caso che il dubbio venga fissato sul can. 1099, la prova dell'esistenza dell'error determinans, segue uno schema simile a quello della simulazione: prova diretta e indiretta, cause prossime e remote, circostanze<sup>47</sup>.

Altri autori preferiscono spiegare la portata dell'eccezione rappresentata dall'*error determinans* come **specificazione del can. 126** che sancisce la nullità dell'atto giuridico che ricade in un *error recidens in condicionem sine qua non*. Il can. 126 infatti – sulla scia del 104 CIC 17<sup>48</sup> – stabilisce che “l'atto posto per ignoranza o per errore, che verta intorno a ciò che ne costituisce la sostanza, o che ricada nella condizione *sine qua non*, è nullo; altrimenti vale, se dal diritto non è disposto altro, ma l'atto compiuto per ignoranza o per errore può dar luogo all'azione rescissoria a norma del diritto”.

Per questi autori – che si rifanno al pensiero di Navarrete<sup>49</sup> – il can. 126 contempla tre categorie di errore: l'errore oggettivamente sostanziale, l'errore soggettivamente sostanziale e

---

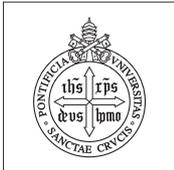
<sup>45</sup> Per esempio M. MINGARDI, *L'errore di diritto (can. 1099)*, in *Quaderni di diritto ecclesiale* 31 (2018) 364-383; Id., *Mentalità divorzistica ed esclusione dell'indissolubilità*, in H. FRANCESCHI-M.A. ORTIZ (eds.) *Ius et matrimonium*, Roma 2015, 163-184. Gas segnala la mancata operatività, soprattutto nell'ambito dell'errore sulla dignità sacramentale: M. GAS I AIXENDRI, *Errore determinante della volontà (can. 1099 CIC) e simulazione (can. 1101 CIC)*, in H. FRANCESCHI - M.A. ORTIZ (a cura di), *Verità del consenso e capacità di donazione. Temi di diritto canonico matrimoniale e processuale cit.*, 273-291. Anche per Franceschi “è quasi impossibile che si resti entro la fattispecie del canone 1099 inteso come capo autonomo di nullità” (H. FRANCESCHI, *La relazione tra l'errore sull'indissolubilità e l'esclusione mediante un positivo atto di volontà*, in *Ius Ecclesiae* 18 (2006) 184).

<sup>46</sup> Anche sotto la vigenza del CIC 17 l'error radicatus o pervicax era preso in considerazione nell'ambito delle cause simulandi.

<sup>47</sup> Cfr. J.T. Martín de Agar, *El error sobre las propiedades esenciales del matrimonio*, in *Ius Canonicum* 35 (1995) 139-141.

<sup>48</sup> “Error actum irritum reddit, si versetur circa id quod constituit substantiam actus vel recidat in conditionem sine qua non; secus actus valet, nisi aliud iure caveatur; sed in contractibus error locum dare potest actioni rescissoriae ad normam iuris”.

<sup>49</sup> Cfr. U. NAVARRETE, *De sensu clausulae “dummodo non determinet voluntatem” can. 1099*, in «Periodica» 81 (1992) 469-520; J. KOWAL, *L'errore circa le proprietà essenziali o la dignità sacramentale del matrimonio (can. 1099)*, in «Periodica» 87 (1998) 287-327; Id., *L'errore di diritto (can. 1096, 1099)*, in *Aa.Vv.*, *La giurisprudenza della Rota romana*



### TESTO PROVVISORIO

l'errore irrilevante<sup>50</sup>. La seconda categoria (alla quale risponde l'*error determinans*) si riferisce a quei casi in cui, pur riguardando un elemento oggettivamente non sostanziale, per la persona che pone l'atto giuridico però ha un valore sostanziale in quanto in nessun modo vuole l'oggetto se manca quell'elemento di per sé accidentale da lui trasformato in sostanziale<sup>51</sup>.

Anche questa prospettiva mette in evidenza che “la nullità non proviene dall'errore come tale, che, trattandosi di un errore su una qualità della persona è oggettivamente accidentale, ma (...) dalla volontà implicitamente condizionata all'esistenza o all'assenza di quella qualità”<sup>52</sup>.

In un certo senso questa impostazione è avvalorata da un criterio di interpretazione offerto da Giovanni Paolo II nel Discorso alla Rota Romana del 29 gennaio 1993, dove il Pontefice ribadisce l'irrelevanza dell'errore di diritto accidentale circa l'istituto matrimoniale a meno che «il cosiddetto *error iuris* [...] non assurgesse a tale intensità da condizionare l'atto di volontà, determinando così la nullità del consenso»<sup>53</sup>.

Per altri autori e una linea giurisprudenziale qualificata – debitrice del pensiero Stankiewicz – si difende l'**autonomia** del capo di nullità. Anche Viladrich e Bañares sostengono con forza l'autonomia della figura, sulla base del diverso presupposto dei due fenomeni: chi erra non può scegliere diversamente, chi simula è consapevole della divergenza tra la vera volontà e la manifestazione<sup>54</sup>. L'*error determinans* si verifica quando il contraente è a conoscenza di un'unica offerta di vincolo, che ha erroneamente formato intellettualmente e che la sua ragione pratica percepisce, delibera e propone come unico contenuto adeguato dell'azione che vuole compiere, perché il soggetto non è a conoscenza di altri possibili tipi di unione matrimoniale. In questo caso, conoscendo una sola proposta di legame coniugale, è necessariamente autodeterminato e la vuole con la certezza dell'unica cosa vera. Cioè, non potendo scegliere selettivamente, l'unico tipo di legame

---

sul consenso matrimoniale, Città del Vaticano 2009, 37-60; R. SERRES, “Error recidens in condicionem sine qua non” (can. 126). Studio storico-giuridico, in *Periodica* 87 (1998) 329-349.

<sup>50</sup> Per questi autori, sia il can. 1097 § 2 che il 1099 applicano nell'ambito matrimoniale l'*error recidens in condicionem*.

<sup>51</sup> “L'effetto dell'errore in sé stesso accidentale viene a far parte dell'oggetto sostanziale della volontà del contraente a seguito di una decisione di questi, ipotesi che parte della dottrina spiega nei termini appunto del fenomeno condizionale, ancorché implicito” (P. Bianchi, *Il sistema matrimoniale delle nullità*, in Aa.Vv., *L'atto giuridico nel diritto canonico*, Città del Vaticano 2002, 243).

<sup>52</sup> R. SERRES, “Error recidens in condicionem sine qua non” (can. 126) cit., 345.

<sup>53</sup> AAS 85 (1993) 1259.

<sup>54</sup> Cfr. A. STANKIEWICZ, *L'errore di diritto nel consenso matrimoniale e la sua autonomia*, in Aa.Vv., *Error determinans voluntatem*, Città del Vaticano 1995, 69-74; Id., *Errore circa le proprietà e la dignità sacramentale del matrimonio*, in Aa.Vv., *La nuova legislazione del matrimonio canonico*, Città del Vaticano 1986, 117-132; P.J. VILADRICH, *Comentario al canon 1099*, in Aa.Vv., *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, Pamplona 1996; Id., *Il consenso matrimoniale*, Roma 2019, 256-275; J.I. BAÑARES, *La relación intelecto-voluntad en el consentimiento matrimonial*, in *Ius Canonicum* 66 (1993) 559-567.; J. HERVADA, *Relección sobre la esencia del matrimonio y el consentimiento matrimonial*, in *Vetera et Nova* II, Pamplona 1991, 940; anche in *Diritto, persona e vita sociale. Scritti in memoria di Orio Giacchi*, Milano 1984, 480-488.



### TESTO PROVVISORIO

coniugale che è oggetto della sua comprensione determina l'unico tipo di legame che è oggetto del suo volere<sup>55</sup>.

Ma se invece c'è una scelta selettiva del falso legame, se il soggetto opta per esso scartando altri possibili modelli, si produce un atto positivo della volontà che contiene la corrispondente esclusione del legame vero. In questo modo, l'errore è la causa di tale esclusione: agisce come *causa simulandi*. La differenza – a livello concettuale – è chiara: nell'errore determinante, il soggetto è certo di volere l'unico legame coniugale che comprende e l'unico che considera vero e adatto a sé. Non ne seleziona uno e ne esclude un altro; è autodeterminato a volere quello che pensa sia un matrimonio, con una volontà che manca dell'oggetto necessario e contrae invalidamente senza necessità di un atto positivo di esclusione.

Sarà un errore determinante – e invalidante – se non conosce altri progetti oltre a quello che ha erroneamente forgiato per sé. La concezione erronea dunque è l'unica ipotesi presente e presa in considerazione dalla ragione pratica del nubente, a cui manca la conoscenza corretta dell'istituto matrimoniale. È la tesi dell'errore denominato *operativus* o *specificans obiectum* in cui la volontà si dirige *tantummodo* verso l'oggetto difformato dall'errore<sup>56</sup>.

Altri autori in parte cercando di superare gli schematismi troppo chiusi, suggeriscono ricondurre la determinazione della volontà presa in considerazione dal can. 1099 alla simulazione “**implicita**”. Riprendendo quanto dicevamo precedentemente, la simulazione implicita si produce perché la volontà si è indirizzata verso un oggetto incompatibile con il matrimonio cristiano e le sue caratteristiche: quando il nubente inserisce, nell'unione che sta realizzando, un elemento (la dissolubilità, la chiusura alla vita, la possibilità di essere infedele) che contesta la visione di matrimonio prevista dall'ordinamento<sup>57</sup>.

Questa impostazione si avvicina a quella precedente, poiché mette in evidenza come la nullità deriva da una trasformazione dell'oggetto essenziale del patto nuziale. Il punto discriminante, come vedremo nell'ultima parte della nostra esposizione, sta nella consapevolezza che ha il soggetto riguardo la diversità tra ciò che vuole realmente e il contenuto oggettivo dell'istituto matrimoniale.

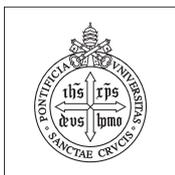
Probabilmente l'utilizzo del termine *simulazione* al posto dell'esclusione non giova alla chiarezza. Il termine “esclusione” (preferito dal Legislatore) è più largo e include il concetto di simulazione. Quest'ultimo, in senso stretto, sarebbe uno dei modi di escludere, ma non l'unico. Il

---

<sup>55</sup> Cfr. P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale* cit., 269.

<sup>56</sup> Cfr. A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem*, in *Monitor Ecclesiasticus* 122 (1997) 451-561.

<sup>57</sup> Cfr. P. Bianchi, *L'esclusione dell'indissolubilità* cit., con riferimento a una c. Defilippi 22 novembre 1996, in *ARRT* Dec. LXXXVIII, 748-750/6-8: «nullitas matrimonii ob exclusum bonum sacramenti habetur quando quis proprium matrimonium vult dissolubile, seu servans sibi facultatem recuperandi plenam libertatem erga alterum nubentem, seu positive intendens inire matrimonium suo lubitu solubile»; e inoltre, riprendendo in parte una c. Pompedda del 17 luglio 1989: «Aut enim contrahens positive et directe excludit perpetuitatem, etsi vult matrimonium contrahere; aut contrahens positive et directe sibi prospicit et intendit matrimonium absque indissolubilitate, cum illud tantummodo agnoscat utpote institutum matrimoniale aut idipsum tantummodo admittat». [...] Proprie de prima hypothesis agit commemoratus can. 1101 § 2; dum de altera cavet can. 1099».



### **TESTO PROVVISORIO**

termine simulazione porta a pensare nell'inganno, il dolo, il raggiro, ma non si può affermare che in ogni volontà di escludere ci sia una volontà positiva di trarre in inganno, di nascondere la volontà reale, di "simulare" una volontà dinanzi all'altro contraente o alla comunità.

Si potrebbe sostenere che qualunque simulazione rientra nella categoria dell'esclusione — sempre che ci siano i requisiti previsti nel can. 1101 — ma non si può dire la stessa cosa al contrario: non ogni esclusione implica una simulazione in senso stretto. Probabilmente per questo motivo il legislatore ha scelto il termine esclusione, in modo tale da evitare che "uno dei modi di escludere" diventasse l'unica fattispecie stabilita dalla norma codiciale.

Comunque, al centro del fenomeno simulatorio sta l'impossibilità di una esclusione inconscia<sup>58</sup>. Il simulante non deve conoscere le conseguenze riguardo la validità del consenso, ma non può trattarsi di una decisione "inconsapevole", non deliberata e quindi non imputabile al soggetto: non può essere in altre parole una non-decisione, una volontà solo presuntiva.

Ma se questo è vero (non si può simulare senza rendersi conto), bisognerà fare molta attenzione ad un'interpretazione della simulazione implicita che la scambi per una simulazione presuntiva, laddove il soggetto sia imbuito da una mentalità secolarizzata che propone un modello matrimoniale sbiadito come purtroppo è sempre più frequente<sup>59</sup>.

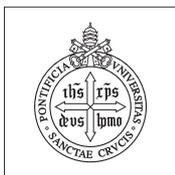
Nei lavori di codificazione venne respinta una proposta che avrebbe comportato il capovolgimento dello stesso *favor matrimonii*: *si habeatur error circa unitatem vel indissolubilitatem, praesumitur vitiatum fuisse consensum matrimonialem*<sup>60</sup>. Come ricordavamo precedentemente, nel Discorso alla Rota del 2015 papa Francesco segnalò che l'operatività del can.

---

<sup>58</sup> Così in una c. Burke 18 maggio 1995, in ARRT Dec. LXXXVII, 295-296/9-12, che si pone la domanda «Daturne "inconscia" simulatio?» e risponde che anche nella esclusione implicita «hoc nec cancellat requisitum quod actus positive fuisset formulatus, nec consentit quod probatio huiusmodi actus in meris coniecturis stare possit» (296/11), per concludere che «transitus a (possibili) generali actitudine mentali ad positivum actum reapse applicatum, semper clare probandus est» (296/12).

<sup>59</sup> «Comunque non si può stabilire una presunzione di nullità del consenso davanti alla presenza di un errore radicato, pervicace; bisogna sempre verificare l'esistenza del nesso tra l'errore e la volontà, e anche l'intensità del menzionato nesso, cioè, provare che aveva forza determinante» (A. GONZÁLEZ ALONSO, *Error determinans voluntatem*, 153).

<sup>60</sup> *Communicationes* 9 (1977) 373. Cfr. L. ROBITAILLE *Reflections on the implicit positive act of the will*, in J. Kowal-J. Llobell, eds., *Iustitia et Iudicium. Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, vol. II, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2010, pp. 781-805. A p. 804 cita A. MENDONÇA, *Exclusion of the Essential Properties of Marriage*, in William H. Woestman ed., *Simulation of Marriage Consent*, Ottawa 2000, 108-109: "Canonical jurisprudence, therefore, admits that an erroneous concept about indissolubility or divorce mentality could constitute a valid basis for presuming the exclusion of indissolubility. This admission is based on the psychological fact that, because of the unity of the human spirit, a person normally wishes that which he/she truly believes. Therefore, even if the external words seem contrary to such an inner disposition of the mind, the content of his/her will be marriage as he conceives it. In this situation, the concept of marriage in the mind of the spouse would be the content of his or her intent. Many cases of truly conscientious adherence to a religious belief, philosophy of life (as in the case of hippies) cultural values etc., which are contrary to the Christian concept of marriage, and especially of indissolubility, would fall under this category".



### **TESTO PROVVISORIO**

1099 può essere oggi più frequente che in passato, ma ciò non giustifica che si possa trasformare in una presunzione di nullità in presenza di un errore radicato<sup>61</sup>.

Per concludere questo punto, riteniamo che la scelta tra *error determinans* o simulazione implicita non pone problemi di incompatibilità. Senza alcun dubbio i due capi sarebbero stati dichiarati compatibilità agli effetti di una conformità equivalente. Se si fissa lo sguardo sul l'effetto prodotto – la natura non matrimoniale della volontà, per assenza del matrimonio o di un suo elemento o proprietà – risulta secondario il modo come tale esclusione è stata prodotta. Possono esserci dei casi in cui lo svuotamento del contenuto matrimoniale ubbidisca a un errore che ha influito sulla scelta matrimoniale, manifestandosi in un comportamento che esprime.

Così anche De Paolis, che invitava a ridimensionare la disputa sull'autonomia del canone 1099 rispetto al 1101: “Di fatto tale tipo di errore, pur senza chiamarlo tale, la giurisprudenza, almeno nei primi tempi, non ha avuto difficoltà a farlo rientrare nell'ipotesi della simulazione, cioè nell'atto positivo di volontà, dando una interpretazione ampia del canone relativo; oggi sembra che preferisca considerarlo come capo autonomo e nuovo di nullità, sottolineando più l'errore che ha spinto la volontà ad emettere un consenso, con contenuto non idoneo al matrimonio, piuttosto che il consenso viziato. Un problema di logica giuridica, che può essere superato, purché non si voglia giustificare tale strada con una ipotetica nuova dottrina introdotta nel codice con il can. 1099: in realtà nessun errore, per quanto pervicace e radicato esso possa essere, può essere scambiato in quanto tale con un consenso viziato”<sup>62</sup>.

#### *6. E la giurisprudenza, come risolve le fattispecie di errore determinante?*

Possiamo dire che le cause – decisamente scarse – che rispondono alle fattispecie in cui si riscontra passaggio dell'errore alla volontà, scelgono una o l'altra via (l'*error determinans* o l'esclusione implicita) dipendendo della consapevolezza che ha il soggetto della divergenza tra volontà reale e manifestazione.

Qui mi servirò dell'esposizione fatta qualche settimana fa da mons. Francesco Viscome al convegno dell'Ascai, che ha trattato del nostro argomento dalla prospettiva della recente

---

<sup>61</sup> Bianchi segnala alcune impostazioni che portano al menzionato capovolgimento del favor matrimonii. Per esempio, una c. Pinto del 9 giugno 2000 secondo la quale in molti giovani vi sarebbero delle perturbazioni interiori per cui “ne vix quidem loquimur de recepto (...) principio non indispensabilis unionis” e per cui “hodie loqui fas sit de simulatione e voluntate disordinata promanante, distinctis manentibus provinciis incapacitatis et simulationis capitum nullitatis, cum in prima deficiat omnino voluntarium, in altera vero adsit sed contractum, seu interna animi anxietate deminutum”. Si riferisce anche alla simulazione inconscia (contestata dalla c. Burke del 18 maggio 1995) che consisterebbe in niente altro che la cosiddetta volontà interpretativa, ricostruita in meris coniecturis da parte dell'interprete. Anche la c. Stankiewicz 27 ottobre 1995 contesta la simulazione inconscia. Cfr. P. Bianchi, L'esclusione dell'indissolubilità cit., 229.

<sup>62</sup> V. De Paolis L'errore che determina la volontà (cf. can. 1099) cit., 97-98.



### TESTO PROVVISORIO

giurisprudenza rotale e al quale ringrazio per la disponibilità a servirmi della sua ricerca<sup>63</sup>. L'autore mette in evidenza che le cause sul 1099 sono veramente scarse – “il materiale giurisprudenziale riguardante il tema appare veramente esiguo” – e che perlopiù la riflessione sull'errore viene fatta in modo per così dire sovrapposto a quella sulla simulazione: “l'interpretazione dottrinale e l'applicazione giurisprudenziale sull'errore di diritto si trova espressa soprattutto in decisioni su casi di simulazione”<sup>64</sup>. Anzi, le considerazioni in iure sull'errore si trovano spesso nelle cause di esclusione, forse perché così era stato fissato il dubbio nelle istanze inferiori.

Viscome riporta 17 sentenze sull'errore circa l'indissolubilità del matrimonio; 4 sull'unità (di cui 3 col *dubium* formulato anche per errore sull'indissolubilità) e 6 sulla dignità sacramentale (di cui 4 col *dubium* formulato anche per errore sull'indissolubilità), oltre una sull'errore circa il *bonum coniugum* risolta sancendo la mancanza di fondamento di tale capo: “iuxta ius quo utimur caput erroris circa bonum coniugum simpliciter non existit”<sup>65</sup>. Delle 20 sentenze (tolta quella sul *bonum coniugum*, decisa anche pro vinculo), hanno avuto esito affermativo 8 cause, tutte per errore sull'indissolubilità, di cui 4 riguardavano una parte convenuta acattolica o educata lontana dalla fede.

Nell'esposizione della dottrina giurisprudenziale, Viscome prende spunto da una sentenza di simulazione c. Defilippi del 10 giugno 2009 decisa *pro vinculo*, dove vengono messi in relazione l'*error determinans* e l'esclusione implicita. Il ponente afferma che “quod attinet ad matrimonii proprietates essentielles, positiva exclusio haberi potest non solum si contrahens illas directe excludat, sed etiam si id faciat indirecte, quatenus ipse «positive et directe sibi prospicit et intendit matrimonium» absque illis proprietatibus, «cum illud tantummodo agnoscat utpote institutum matrimoniale aut idipsum tantummodo admittat» (coram Pompedda, sent. diei 17 iulii 1989, RRDec., vol. LXXXI, pp. 508, n. 4)”.

L'esclusione implicita si verifica quando la volontà, mossa dall'errore, si rivolge verso un oggetto incompatibile con il matrimonio (verso un matrimonio solubile), pur avendo una conoscenza di quanto propone come matrimonio l'ordinamento della Chiesa.

In attenzione al diverso modo come agisce l'errore<sup>66</sup>, per Defilippi i due capi dovrebbero ritenersi incompatibili (theoretice): “hypotheses nullitatis matrimonii ex can. 1099 et ex can. 1101, § 2 «ad duo capita nullitatis inter se incompatibilia» pertinent, «ideoque subordinate tractari atque definiri» deberent”. Ma nella pratica sono talmente sovrapponibili che “inter se iunguntur”: “Immo fieri potest ut ille «qui in errore determinante voluntatem versatur», perspecta aliquo modo doctrina

---

<sup>63</sup> Cfr. F. Viscome, Il rapporto tra “esclusione implicita” ed “errore determinante la volontà” nella recente giurisprudenza rotale, Relazione tenuta a Sanremo, al 52 Congresso dell'Ascai, 7 settembre 2022, pro manuscripto.

<sup>64</sup> F. Viscome cit.

<sup>65</sup> Sent. c. Arokiaraj 17 ottobre 2012 (A. 138/2012), n. 4.

<sup>66</sup> “Nam simulatio, de qua agitur in can. 1101, § 2 habetur quando contrahens sibi constituit ut externe voluntatem significet celebrandi verum matrimonium, cui tamen interno actu voluntatis scienter admittit proprietatem essentialem: scil.: conscia discrepantia habetur inter id quod nubens significat et id quod ipse reapse vult. In hypothesi autem can. 1099, contrahens, saltem donec permaneat in errore invincibili, cum certus sit et firmiter adhaereat propriae falsae doctrinae, utique voluntate persequitur speciem matrimonii absque proprietate essentiali, quae ideo non aequat id quod Ecclesia habet tamquam matrimonium: attamen haec discrepantia omnino inscia est, quia errore inducta est”.



### TESTO PROVVISORIO

catholica de matrimonio, iam ad directam et consciam exclusionem proprietatis deveniat (coram Stankiewicz, sent. diei 25 aprilis 1991, RRDec., vol. LXXXIII, p. 285, n. 10)”.

Il discrimine tra i due capi allora è realmente sottile. Per Stankiewicz – fautore dell’autonomia del 1099 – il criterio per seguire un capo o l’altro si trova nella consapevolezza e l’invincibilità dell’errore: *l’errore determinante la volontà opera quale capitolo autonomo di nullità nella misura in cui rimane errore invincibile, vale a dire in quanto è assunto con tale fermezza della mente che non vi è spazio per un timore dell’opposto, in modo che il soggetto non percepisce in modo conscio la divergenza rispetto alla realtà oggettiva dell’ordine matrimoniale canonico, cui si riferisce la dichiarazione esterna da esprimere al momento delle nozze. Se invece, si diventa consapevole di tale divergenza, l’errore determinante può operare quale causa proporzionale e grave, prossima o remota, di una esclusione riflessa o esplicita dell’indissolubilità per un atto positivo della volontà (cf. can. 1101, § 2)<sup>67</sup>.*

Se l’errore risulta invincibile, viene posto un atto di volontà erroneo riguardo all’oggetto del matrimonio. Se però la parte ha una consapevolezza della opposizione tra quanto ritiene vero e la verità proclamata dalla Chiesa sul matrimonio, allora l’errore si tramuta in simulazione e le convinzioni erranee diventano la *causa simulandi*. In questo caso, infatti, può essere presentata alla volontà la possibilità di scelta, e pertanto essa può essere “positivamente” accettata o esclusa, esplicitamente o implicitamente<sup>68</sup>.

In altre sentenze nelle quali il dubbio era stato formulato per esclusione (dell’indissolubilità), la causa simulandi si riconosce in un radicato errore che non rimane solo speculativo ma diventa pratico o operativo, attraverso l’esclusione di detta proprietà<sup>69</sup>: “Asseverationes iudiciales de exclusa indissolubilitate a d.na (...), quae praebitae sunt tantum a partibus, indirecte et efficaciter confirmantur et demonstrantur ex constanti agendi ratione mulieris, et nituntur tamquam in "causa simulandi" (tum "remota" tum "proxima") sive in eius radicata adhaesione erroneae doctrinae respuenti (che non ammette) vinculi indissolubilitatem, sive in ipsius defectu sensus religiosi, sive in levitate qua susceperit vinculum conubiale”.

Le sentenze che trattano dell’errore come capo autonomo infine sottolineano da una parte la singolarità della fattispecie in quanto il “no matrimonio” è l’unica ipotesi presa in considerazione dalla ragione pratica del contraente, che, allo stesso tempo, resta ignaro della conoscenza corretta dell’istituto matrimoniale canonico.

Le due figure, errore ed esclusione, rimangono vicinissime. La differenza radicherebbe nell’assenza di conoscenza corretta del matrimonio canonico nel 1099; e nell’intervento “più

---

<sup>67</sup> “Sed positivus assensus erroneus, voluntatem determinans iuxta specificatum ab errore obiectum, autonome operatur donec error invincibilis permaneat. Si enim firmitas mentis circa unicam pseudo-coniugii solubilis speciem inficiatur percepta a contrahente formidine oppositi, tunc status certitudinis amissio inducit iam consciam divergentiam inter voluntatem internam et realitatem obiectivam ordinis matrimonialis canonici, in declaratione externa tempore contractus exprimenda, ob quam placita divortii in contrahentis mente funditus radicata fieri possunt causa proportionata et gravis, proxima vel remota, reflexae exclusionis indissolubilitatis per actum positivum voluntatis, quae pariter invalidum reddit matrimonium (can.1101, § 2)” (coram Stankiewicz, sent. diei 25 aprilis 1991, RRDec., vol.,LXXXIII, p. 284, n. 9).

<sup>68</sup> F. Viscome, Il rapporto tra esclusione implicita ed errore determinante la volontà cit.

<sup>69</sup> Sent. coram Defilippi del 22 novembre 1996; c. Salvatori del 25 novembre 2019.



### TESTO PROVVISORIO

accentuato”, tramite un atto specifico (implicito) di escludere, nel 1101. Nell’error determinans vi è un’unica scelta, quella di sposarsi secondo il falso modello che si possiede: “Deest insuper in voluntate errore determinata verus actus *exclusionis* seu *simulationis*, pressius quia errans nullam exercet optionem, nulla nempe ei datur alterna facultas eligendi, vi cuius *alterum* eligat *alterum* excludens; voluntas eius simpliciter determinata est intellectu erroneo, ideo nullum is elicit actum voluntatis quo excludat id, quod ne quidem cognoscit: *unum* nempe eligit sibi uti verum notum. Actus voluntatis quidem positivus esse debet – secus maneremus in re merarum opinionum seu tendentiarum – ast agitur de simplici volitione obiecti falsi, quin simul intercedat exclusio obiecti veri, reapse nequaquam cogniti”<sup>70</sup>.

Anche in una c. Arellano del 24 aprile 2014 in cui venne dichiarata la nullità per errore sull’indissolubilità, il ponente difende l’autonomia della figura dell’errore, che invalida il matrimonio non se si tratta di un “error speculativus unius vel utriusque contrahentium, qui autumant matrimonii vinculum solvi posse, sed error in ratione practica innixus, cui contrahentes etiam voluntatem suam sub erroris influxu in vinculum dissolubile alligant” (n. 8).

Allo steso tempo, il ponente ribadisce la prossimità con l’esclusione anche perché lo schema probatorio è simile: “Pressius autem obiectum huius probationis sive error voluntatem contrahentis afficiens constituit, sive intentio voluntatis, quae sub erroris influxu vinculum dumtaxat dissolubile seligit illudque prosequitur. Probationes erroris determinantis quod attinet, iuxta probatam iurisprudentiam rotalem, cum vero de positivo voluntatis actu agatur, haec potissimum ex confessione iudiciali et extraiudiciali errantis colliguntur, deinde e causa proxima et remota transitus erroris in voluntatem, atque ex circumstantiis antecedentibus, concomitantibus ac subsequentibus, quae internam voluntatem contrahentis eiusque determinationem factis certis collustrant” (n. 10).

Si dovrà provare che l’errante non solo riteneva (con un radicato convincimento) fattibile il ricorso al divorzio in generale, ma che applicava indubbiamente tale principio al matrimonio che sta per celebrare<sup>71</sup>, come dimostrerà il modo di comportarsi lungo la vita matrimoniale (che ben potrebbe essere espressione dell’esclusione realizzata in modo implicito): “Haec sane convictio vel persuasio, menti conventae radicitus defixa, non solum ex divortii civilis constanti usu in ambitu familiae suae et propriae communitatis religiosiae intrinsecam iustificationem et redintegrationem hausit, verum etiam in ipsius agendi ratione in re matrimoniali realem quoque consecuta est applicationem” (n. 17).

#### 8. Conclusiones

<sup>70</sup> Sent. coram Ferrerira Pena, decisione del 22 gennaio 2019.

<sup>71</sup> “Tandem, ad individuandam naturam erroris voluntatem determinantis atque moventis in praesentatum ei obiectum, haec duo requiruntur, uti in parte in iure videtur: "a) ut nupturiens censeat matrimonii vinculum solvi debere saltem ubi coniugum naufragium fecerit (causa remota simulationis); b) ut ipse persuasum sibi habeat matrimonii vinculum solvendum esse in casu concreto matrimonii a se hic et nunc contrahendi, saltem in casu probabilis naufragii (simulationis causa proxima)" (coram Pinto, sent. diei 14 novembris 1986, RRDec., vol. LXXVIII, p. 626). (n. 19).



### TESTO PROVVISORIO

La prima conclusione a cui possiamo giungere è in realtà una constatazione: la scarsità delle cause i cui è stato invocato il can. 1099. In secondo luogo, che la fattispecie che questo canone prende in considerazione – la mancanza di un vero consenso per influsso di un errore sulle proprietà del matrimonio o la sua dignità sacramentale – può essere affrontato anche invocando l'esclusione, sia esplicita sia implicita, riconoscendo nell'errore del soggetto la *causa simulandi* che ha spinto a porre l'atto positivo di esclusione.

Ovviamente, il problema è ridimensionato qualora la formula del dubbio venga formulata in modo generico “an constet de nullitate matrimonii in casu”<sup>72</sup>. Questione questa che ovviamente non intendiamo affrontare qui.

La giurisprudenza rotale ritiene applicabile uno o l'altro canone (1099 o 1101) a seconda della consapevolezza che ha il soggetto riguardo la divergenza che si produce tra la volontà reale del soggetto e la sua manifestazione, così come viene percepita dagli altri.

Tenendo presente che ciò che conta è rispondere al fatto giuridico – che venga dichiarata la nullità perché realmente il consenso non è matrimoniale, a causa dell'avvenuta volontaria privazione di un elemento essenziale – la scelta per un capo o un altro spesso costituisce una disputa sulle parole, anche perché la consapevolezza dell'accennata divergenza deve fare i conti con le informazioni che i contraenti ricevono durante la preparazione al matrimonio.

Infatti, il can. 1099 risponde alla fattispecie del soggetto che è autodeterminato a volere quello che pensa (erroneamente) sia un matrimonio. Sarà un errore determinante – e invalidante – se non conosce altri progetti oltre a quello che ha erroneamente falsificato. Certamente, nella maggior parte dei casi, saprà che esistono altri progetti alternativi a quello che sceglie nonostante tutto, per cui la sua decisione potrà costituire un'esclusione di tali progetti.

Ma è possibile che queste informazioni – fornite in preparazione al matrimonio, appunto – siano ricevute in modo spersonalizzato, senza operare come una vera opzione nel giudizio della sua ragione pratica<sup>73</sup>. È teoricamente possibile che ciò avvenga, e può effettivamente avvenire nell'esperienza concreta di una parte contraente: sarà necessario avvicinarsi a tale biografia per confermarlo.

“Nel caso in cui un soggetto, caduto nell'errore determinante, prima di sposarsi venga informato sulla verità delle proprietà o della sacramentalità del vincolo, come potrebbe essere, ad esempio, nello svolgimento delle formalità prematrimoniali o anche partecipando ad un

---

<sup>72</sup> Com'è previsto nel Rescritto pontificio del 7 dicembre 2015: “Nelle cause di nullità del matrimonio davanti alla Rota Romana il dubbio sia fissato secondo l'antica formula: An constet de matrimonii nullitate, in casu”. Sulla questione, si veda lo sguardo critico di G. P. Montini, *De iudicio contentioso ordinario. De processibus matrimonialibus*, 72; Id., *La funzione processuale del capo di nullità matrimoniale*, in EIC 51 (2011) 468-46.

<sup>73</sup> “Pienso que el criterio de discernimiento no debe ser si creyó o no la noticia recibida sobre el verdadero matrimonio, sino simplemente si entendió que existía otro modelo, es decir que el matrimonio – al menos para el ordenamiento jurídico – era otra cosa distinta de lo que quería. Si se dio ese paso, entonces se fue consciente de otra alternativa posible, y en consecuencia no cupo ya la determinación *ad falsum*, sino que se hizo necesaria una opción, y – por tanto – se asumió conscientemente al menos la posibilidad de divergencia objetiva” (J.I. BAÑARES, *La relación intelecto-voluntad en el consentimiento matrimonial* cit., 576).



### TESTO PROVVISORIO

corso di preparazione al matrimonio, non deve interpretarsi questa “conoscenza vera sopravvenuta” come una scomparsa automatica dell’errore che occupa, come un’alluvione, il giudizio della sua ragione pratica. A volte, questo tipo di conoscenze sopravvenute, a causa della natura vitale e biografica dell’errore determinante, vengono acquisite in modo spersonalizzato come una informazione rutinaria nella conoscenza speculativa, ma non operano come opzioni reali nel giudizio della ragione pratica. Se questo succede, il soggetto può rimanere ancora in uno stato di errore determinante. E se, invece, il soggetto prende in considerazione l’informazione ricevuta sulle vere proprietà o sulla sacramentalità del matrimonio come una nuova alternativa della sua ragione pratica, in tal caso la scelta ratificata a favore di un vincolo dissolubile, o privo di unità o di sacramentalità, si risolve tecnicamente con la figura dell’esclusione (can. 1101, § 2) con l’errore come *causa simulandi*<sup>74</sup>.

Il che sposta l’attenzione sulla serietà della preparazione, che è la vera sfida della pastorale matrimoniale. E qui vorrei accennare a due questioni, in apparenza contraddittorie: chi prepara al matrimonio deve accertarsi che i contraenti conoscono – non solo teoricamente ma anche praticamente – la natura e le implicazioni del matrimonio. Ma allo stesso tempo dovrà evitare un’insistenza oltremisura su possibili “soluzioni” che magari il soggetto non si era posto (del tipo “se sperimenta delle difficoltà nella vita familiare, intende ricorrere al divorzio?”) che potrebbero trasformare una volontà magari non troppo ferma in un vero e proprio atto positivo di esclusione.

Il canone 1099 può dare risposta alle situazioni di scristianizzazione e di mancanza di conoscenza e volontà per conoscere e volere il matrimonio? Può darsi, ma riteniamo che operativamente sembra più percorribile la via dell’influsso sulla volontà attraverso una positiva esclusione delle dimensioni naturali della coniugalità, come concludeva Giovanni Paolo II nel segnalare un criterio per riconoscere i casi in cui la mancanza di fede può incidere sulla validità del matrimonio, “al momento di delimitare l’esclusione della sacramentalità (cfr can. 1101 § 2) e l’errore determinante circa la dignità sacramentale (cfr can. 1099) come eventuali capi di nullità”. In particolare, “per le due figure è decisivo tener presente che un atteggiamento dei *nubendi* che non tenga conto della dimensione soprannaturale nel matrimonio, può renderlo nullo solo se ne intacca la validità sul piano naturale nel quale è posto lo stesso segno sacramentale”<sup>75</sup>.

E in ogni caso, come ricordavamo precedentemente, la scristianizzazione e la presenza sempre più diffusa di modelli “non matrimoniali” (precari, promiscui, senza apertura alla prole, senza una consapevolezza della dignità sacramentale ecc.) non può capovolgere la presunzione di validità del matrimonio. Papa Francesco segnalò che l’operatività del can. 1099 può essere oggi meno eccezionale che in passato, ma deve essere comunque provata, rimanendo comunque – anche in presenza di errori sulle proprietà o la dignità sacramentale – una presunzione di validità magari più indebolita ma comunque espressione del *favor matrimonii* e dell’inclinazione a realizzare il dono di sé che definisce la più radicale vocazione dell’uomo.

<sup>74</sup> P.J. Viladrich, *Il consenso matrimoniale...* cit., 271.

<sup>75</sup> GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 30 gennaio 2003, n. 8. Sulla questione, cfr. M. GAS, *El error determinante sobre la dignidad sacramental del matrimonio y su relevancia jurídica: algunas reflexiones acerca de la jurisprudencia reciente*, in *Ius Canonicum* 43 (2003) 185-221.