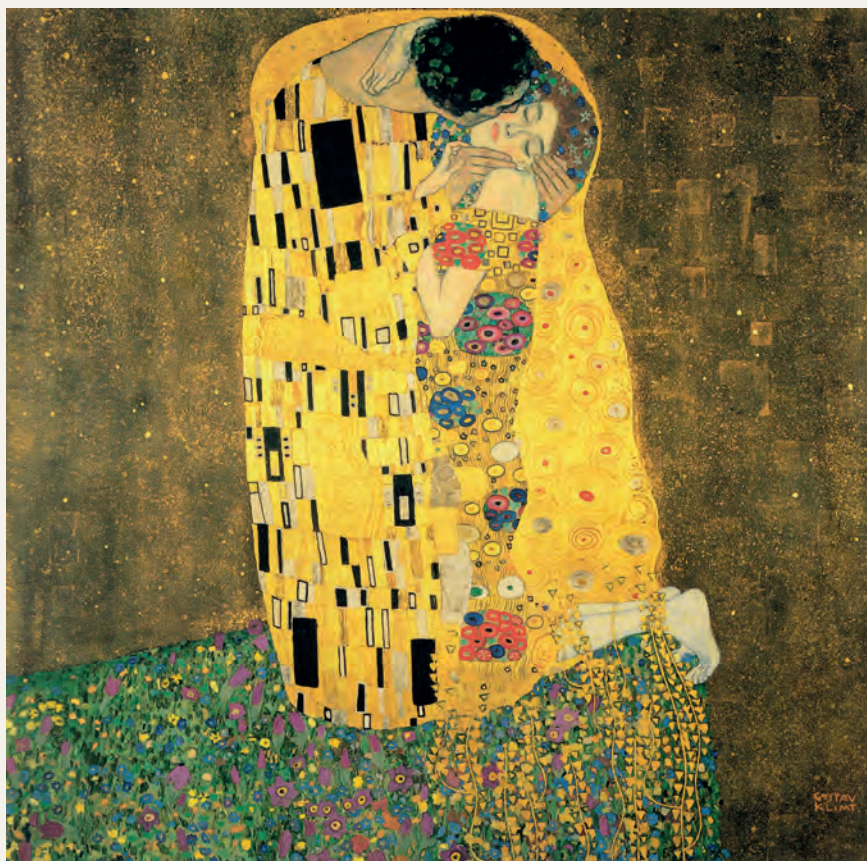


PONTIFICIA UNIVERSITÀ DELLA SANTA CROCE
FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO

Héctor Franceschi - Miguel A. Ortiz

a cura di

IUS ET MATRIMONIUM IV



SUBSIDIA CANONICA

ATTI

Héctor Franceschi – Miguel Angel Ortiz
(a cura di)

IUS ET MATRIMONIUM IV

Atti dell'VIII Corso di aggiornamento in diritto
matrimoniale e processuale canonico, settembre 2022

PONTIFICIA UNIVERSITÀ DELLA SANTA CROCE
FACOLTÀ DI DIRITTO CANONICO
SUBSIDIA CANONICA 43

ATTI

EDUSC

Prima edizione 2023

In copertina:

Gustav Klimt, *Der Kuss*, 1907, Österreichische Galerie Belvedere

© Copyright 2023 – Edizioni Santa Croce s.r.l.

Via Sabotino 2/A – 00195 Roma

Tel. (39) 06 45493637

info@edusc.it

www.edizionisantacroce.it

ISBN 979-12-5482-174-9

INDICE

<i>S.E.R. Mons. Alejandro Arellano Cedillo</i> IL MINISTERIUM IUSTITIAE NEL TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA	7
<i>Paolo Bianchi</i> LA QUALITÀ DELLA SENTENZA DI NULLITÀ DEL MATRIMONIO	23
<i>Petar Popović</i> LA GIUSTIZIA INTRAECCLISIALE	39
<i>Davide Salvatori</i> ERRORE DOLOSO: RAPPORTO TRA QUALITÀ E CIRCOSTANZE	55
<i>Miguel A. Ortiz</i> “ERROR DETERMINANS” ED ESCLUSIONE IMPLICITA	97
<i>Héctor Franceschi</i> LA RELAZIONE TRA L’ESCLUSIONE DELL’INDISSOLUBILITÀ E DELLA PROLE NELLA GIURISPRUDENZA ROTALE. FONDAMENTI ANTROPOLOGICI	131
<i>Carmen Peña</i> OMOSESSUALITÀ E CAPACITÀ CONSENSUALE NELLA GIURISPRUDENZA CANONICA	171
<i>Cristiano Barbieri</i> IL DSM 5 E IL MODELLO DI DIAGNOSI DEI DISTURBI DI PERSONALITÀ	207
<i>Gianpaolo Montini</i> ASPETTI PROBLEMATICI E PUNTI CRITICI DELL’APPLICAZIONE DEL PROCESSUS BREVIOR	221

INDICE

<i>Adriana Neri</i> LE DICHIARAZIONI DELLE PARTI NELL'EVOLUZIONE DOTTRINALE E GIURISPRUDENZIALE	257
<i>Marc Teixidor</i> L'APPELLO MERAMENTE DILATORIO	289
<i>Massimo del Pozzo</i> STATISTICHE E RISCONTRI DELLA RICEZIONE DEL MIDI	367
TAVOLA ROTONDA SULL'APPLICAZIONE DEL M.P. <i>MITIS IUDEX DOMINUS IESUS</i>	
<i>Adolfo Zambon</i> L'INDAGINE PREGIUDIZIALE	415
<i>Jerzy Więcek</i> LA CELERITÀ E IL DIRITTO DI DIFESA	429
<i>Ernest B. O. Okonkwo</i> FORMAZIONE DEI MINISTRI	445
<i>Federico Marti</i> IL CONTRIBUTO DELL'AVVOCATO AI FINI DEL <i>PROCESSUS BREVIOR</i>	461

“ERROR DETERMINANS” ED ESCLUSIONE IMPLICITA

MIGUEL A. 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*»¹. 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”.

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. Per il sistema matrimoniale canonico invece, la rilevanza dell'indissolubilità ha una portata tale da giustificare la necessità di appurare al massimo la verità del consenso prestato e la realtà del matrimonio celebrato. Infatti, la normativa canonica ha cercato di proteggere la vera volontà interna, la cui mancanza impedisce la costituzione del vincolo perché manca del presupposto essenziale: la mutua

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

donazione degli sposi². 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*”³. San Tommaso interpretò il principio canonico 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 consenso interno di uno dei contraenti per ritenere nulla la celebrazione⁴; 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 nullo⁵.

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 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

² Sulla questione riprendiamo 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 (ed.), *Iustitia et iudicium. Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di A. Stankiewicz*, Vol. II, Città del Vaticano 2010, 753-779.

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

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

⁵ *Summa Theologiae*, Suppl., q. 47, a. 5: “si [conditio de praesenti] contraria sit bonis matrimonii, non efficitur matrimonium”.

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. 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 (“positivamente”) non matrimoniale.

2. IL CONSENSO È UN ATTO DI VOLONTÀ CHE RICHIEDE 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 coniuge⁶. Quando manca questa conoscenza minima, l’atto di volontà non ha un oggetto sufficiente, per cui non può essere dato un consenso valido, perché “*nihil volitum quin praecognitum*”.

Non tutte le limitazioni della conoscenza sono rilevanti per la validità del consenso; lo sono soltanto quelle che intaccano così gravemente la volontà che l’atto 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 matrimonio⁷.

⁶ 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, 223-238; I. ZUANAZZI, *Riflessioni sull’ignoranza 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.

⁷ 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, *Error determinante de la voluntad (c. 1099 CIC) y simulación*

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 sua essenza perché la volontà di contrarre matrimonio comprenda in modo virtuale anche tutto ciò che ad esso sia intrinsecamente connesso”⁸. D'altra parte l'indisponibilità del contenuto del negozio matrimoniale comporta che – senza sostituirsi al consenso degli sposi,

(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-HERVÁS (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.

⁸ I. ZUANAZZI, *Riflessioni sull'ignorantia in re matrimoniale cit.*, 784.

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. In questo modo, “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”⁹.

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 *consensus* che è atto di *libero arbitrio*”¹⁰. Vi è un passaggio armonico dalla *recta inclinatio naturae* al *consensus*, illuminato dalla conoscenza per connaturalità¹¹. Da qui 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.

Il rapporto tra conoscenza e volontà ha delle conseguenze particolari rispetto alla sostanza o essenza del matrimonio e alle proprietà di esso: basta conoscere e volere la sostanza per contrarre validamente, pur incorrendo in qualche errore riguardo le proprietà, perché le proprietà sono conseguenza necessaria del patto nuziale: derivano dalla natura (dalla volontà del Signore), non dalle parti. Di conseguenza l’errore sulle proprietà si ritiene di per sé accidentale¹².

⁹ *Ibid.*, 784-785.

¹⁰ 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).

¹¹ 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.

¹² Martin de Agar esprime delle riserve su un’applicazione troppo superficiale della conoscenza e volontà per connaturalità, se si separano troppo le proprietà

Per il valido consenso non è necessario che la volontà si rivolga specificamente verso ogni elemento e proprietà essenziale del matrimonio; basta che non vengono 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 sponsale¹³. 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 (incluse) nel vincolo 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»¹⁴.

Questa presunzione di conformità oggi è messa in discussione 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 dove “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»¹⁵.

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 matrimoniale canonica*, Città del Vaticano 1986, 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).

¹³ 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.

¹⁴ J.T. MARTÍN DE AGAR, *El error sobre las propiedades esenciales del matrimonio* cit., 135.

¹⁵ FRANCESCO, *Discorso alla Rota Romana*, 23 gennaio 2015.

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)¹⁶.

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; i motivi possono essere svariati e di diversa natura, corrispondono al processo di formazione del consenso, ma si distinguono dal consenso stesso. D’altra parte, bisogna distinguere anche le idee e le opinioni riguardo al matrimonio dal progetto concreto di vita matrimoniale che si intende realizzare quando si dà il consenso. Ciò che penso sia il matrimonio e ciò che voglio qui e ora.

La dottrina e la giurisprudenza adoperano diverse distinzioni o classifiche degli errori¹⁷. In primo luogo, l’errore *semplice*, che rimane nell’area della conoscenza senza intaccare la sostanza dell’oggetto della volontà e per questo non invalida il consenso: “non versatur circa substantiam matrimonii sed circa aliquam eius qualitatem vel proprietatem”¹⁸.

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).

¹⁶ Cfr. C. CAFFARRA, *Fede e cultura di fronte al matrimonio*, in H. FRANCESCHI (ed.), *Matrimonio e famiglia. La questione antropologica*, Roma 2015, 21-28; M.A. ORTIZ, *Fede e consenso matrimoniale*, in *Ibid.*, 115-142.

¹⁷ 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.

¹⁸ U. NAVARRETE, *De sensu clausulae ‘Dummodo non determinet voluntatem’ can. 1099*, in *Periodica* 81 (1992) 473.

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. Sia per il c. 1084 CIC 17 che per il c. 1097 CIC 83 questo errore è ritenuto irrilevante, perché non riguarda direttamente l'oggetto della volontà: si può volere veramente una cosa per un motivo falso. Questa volontà, detta interpretativa, esprime ciò che si si sarebbe voluto (se avesse saputo), 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"¹⁹. 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 e la giurisprudenza sotto il CIC17 parlavano di un 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*²⁰. Più radicato è l'errore, più facile sarà che condizioni o determini la volontà. Questa pervicacia – che si ritiene più facilmente riscontrabile nei non cattolici – comporterebbe un vizio del consenso se "actu positivo voluntatis indissolubilitatem respuant"²¹. 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.

¹⁹ Sent. c. Parrillo, 9 agosto 1933, in RRD 25, 542, n. 2; cfr. I. ZUANAZZI, *Riflessioni sull'ignorantia in re matrimoniale* cit., 785.

²⁰ Cfr. M. GAS, *Error determinante de la voluntad* cit., 4-5.

²¹ Sent. c. Heard, 26 febbraio 1944, in RRD 36, 112; cfr. J.T. MARTÍN DE AGAR, *El error sobre las propiedades esenciales del matrimonio* cit., 126.

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.

Ribadiamo comunque un principio basilare di interpretazione del canone: non è l'errore (intellettuale) a rendere nullo il matrimonio, ma la volontà che aderisce a un oggetto positivamente privo di un elemento essenziale. Non è l'errore a invalidare, ma il passaggio alla volontà. Un altro conto è come si produce detto passaggio dall'intelletto alla volontà.

4. L'ESCLUSIONE, IN PARTICOLARE QUELLA 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, al 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 un "atto positivo" di esclusione.

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 elemento 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"²².

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

²² P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale* cit., 313.

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 per forza 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 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 matrimoniali²³. 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 soggetto²⁴.

²³ 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 proles 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.

²⁴ “Ad simulationem perficiendam requiritur a Lege actus positivus voluntatis. Actus de quo agitur elicitus esse debet et non revocatus, explicitus vel implicitus,

4.1. L'atto positivo di esclusione riconoscibile dagli atti posti dal simulante

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 dal quale, mediante l’applicazione di attività mentali, è possibile derivarne in maniera necessaria l’atto implicito”²⁵.

Nelle fattispecie di simulazione implicita infatti, 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 alquando potiora sunt verbis, dumodo tamen adducta facta sint plura, univoca et certa”²⁶. Da lì che buona parte del lavoro del giudice è incentrato sullo studio delle circostanze antecedenti, 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.

L’atto implicito non viene manifestato esplicitamente ma è contenuto virtualmente in un concetto, un giudizio o un comportamento: per essere riconosciuto ha bisogno di essere spiegato, poiché ricono-

actualis vel saltem virtualis, qui de obiecto formandi consensus indissolubilitatis proprietatem detrahit” (sent. c. Monier 23 novembre 2012, in RRDec 104, 344, n. 5).

²⁵ S. BENIGNI, *La simulazione implicita: aspetti sostanziali e processuali*, Roma 1999, 95. Sull’argomento si veda la recente monografia di A. SAMMASSIMO, *Consenso, simulazione e atto implicito di volontà nel matrimonio canonico*, Milano 2022.

²⁶ 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).

scibile da un comportamento concludente²⁷. 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.

In un altro contesto, troviamo anche un atto implicito – che manifesta una volontà espressa e non presunta né tacita – nel comportamento con cui può essere 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 che manifestano la concessione della delega²⁸.

La forza espressiva dei comportamenti comunica la vera volontà del contraente, anche in assenza di una sua dichiarazione o confessione²⁹. 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”³⁰.

L’esclusione implicita presuppone un atto della volontà, che solo si differenzia da quella esplicita “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

²⁷ “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” (S. BENIGNI, *La simulazione implicita* op. et loc. cit.).

²⁸ 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 adensentur praesentia ipsius parochi celebrationi nuptiarum, vel commissio ex parte eius librorum et aliorum instrumentorum delegando ut matrimonio adsistat”.

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

³⁰ Sentenza del Vicariato di Roma coram Gangotti, citata da J.F. CASTAÑO, *I sacramenti del matrimonio*, 385, in S. BENIGNI, *La simulazione implicita* cit., 96 nota 13.

esplicita”³¹. Nell’esclusione implicita vi è un atto positivo, come in quella esplicita, solo che va riconosciuto in altri atti posti dal soggetto.

4.2. *L’atto di esclusione è positivo, non presunto*

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, per essere compreso, esso deve essere tradotto in una *lingua* comprensibile”³². Per Grocholewski, “differentia est essentialis inter positivam assertionem existentiae actus (actus implicitus) et assertionem probabilitatis existentiae huius actus (actus praesumptus)”³³. 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 presunzioni³⁴.

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»³⁵.

³¹ P. BIANCHI, *L’esclusione dell’indissolubilità. Status quaestionis e profili critici*, in *Ius Ecclesiae* 13 (2001) 631.

³² S. BENIGNI, *La simulazione implicita* cit., 103. “In praesumptione 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. Considerationes super recentiores sententias rotales*, Napoli 1973, 106).

³³ Z. GROCHOLEWSKI, *De exclusione indissolubilitatis* cit., 107.

³⁴ Come nella c. Salvatori del 24 gennaio 2018, cit.

³⁵ Sent. c. Sabattani, 29 ottobre 1963, in RRDec 55, 706 n. 3.

La differenza tra l'atto esplicito ed implicito non sta nella positività (tutti e due sono stati realmente posti) ma nella conoscibilità. Così si esprime Staffa: «*expressa est voluntas quae signo aliquo manifestatur, manifestari autem potest sive explicite sive implicite: "explicite" quando ex ipsis verbis directe et immediate apparet (quia nempe iam explicata est, id est ex plico verborum eruta ostenditur); "implicita" 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*»³⁶.

La simulazione implicita del resto si avvicina alla cosiddetta esclusione ipotetica, particolarmente rilevante per quanto riguarda l'esclusione dell'indissolubilità³⁷. Nell'esclusione ipotetica, 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. Qui è ipotetico soltanto che si verifichi in futuro o meno e si attui la rottura di fatto. L'esclusione di chi ragiona così è sempre assoluta, perché si vuole positivamente un'unione dissolubile.

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*. Come sottolinea Bianchi, bisogna ben distinguere "il piano concettuale e quello probatorio: parlare di esclusione implicita, significa rimanere sul piano propriamente

³⁶ 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 essentiae vel proprietatis essentialis matrimonii; est implicitus si tamquam obiectum directum et immediatum aliquid habet, in quo exclusio matrimonii vel eius proprietatis continetur".

³⁷ Cfr. G. AGUSTONI, *L'esclusione ipotetica dell'indissolubilità del vincolo matrimoniale*, in *Ephemerides Iuris Canonici* 43/44 (1987) 45-76.

concettuale e riferirsi come detto all’oggetto dell’atto di volontà, nel quale solo mediatamente è contenuta l’esclusione della indissolubilità (come ad esempio nel caso di chi progettasse che «se il matrimonio andrà male, farò ricorso al divorzio»). Talvolta, invece, sembra che, postulando l’essersi verificato di una esclusione implicita, si utilizzi tale concetto in modo equivoco e riferendosi piuttosto agli elementi di prova presuntiva (moventi, condotte, circostanze) dai quali l’atto di volontà può essere desunto sotto il profilo probatorio. Si assiste, in altre parole, a un non tematizzato scivolamento dal piano concettuale / sostanziale a quello probatorio”. Se detta distinzione viene meno si rischia di “confondere l’atto positivo (comunque dimostrato, anche solo per indizi, presuntivamente) con un atto invece solo presunto ma questa volta nel senso di una ricostruzione solo “interpretativa” o ipotetica di esso”³⁸.

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, e neanche sulla possibilità di venir meno all’impegno realmente preso (“si casus ferat”). Chi esclude ipoteticamente in realtà prende adesso la decisione di rompere il matrimonio se accadrà l’evento prospettato (e forse 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 psichicamente come accadde a sua madre, ecc. »³⁹. 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 e assolutamente escludente di questa proprietà del vincolo. Lo stesso si deve dire quando l’oggetto escluso in questo modo “ipotetico” sono gli altri oggetti matrimoniali essenziali previsti nel § 2 del can. 1101.

In conclusione, l’esclusione implicita comporta uno svuotamento reale del contenuto coniugale espresso con le parole del consenso. Tale esclusione va riconosciuta in due modi: sia perché il soggetto ha rivolto la volontà verso un oggetto radicalmente incompatibile con la

³⁸ P. BIANCHI, *L’esclusione della indissolubilità quale capo di nullità del matrimonio* cit., 631.

³⁹ P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale* cit., 390.

realtà matrimoniale (voler conservare una vita sessualmente promiscua, per esempio⁴⁰), sia perché il comportamento – in assenza di una confessione vera e propria – esprime la volontà positiva di escludere l'elemento o proprietà essenziale.

5. ERRORE E/O ESCLUSIONE

5.1. *Sull'errore come capo autonomo o come "causa simulandi".*

La consapevolezza della divergenza tra volontà e manifestazione

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*⁴¹.

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 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 assecondata⁴².

⁴⁰ Così in una c. Caberletti del 22 giugno 2006, con un nostro commento M. A. ORTIZ, *La valutazione delle dichiarazioni delle parti e della loro credibilità*, in *Ius Ecclesiae* 19 (2007) 157-175.

⁴¹ Cfr. sulla questione H. FRANCESCHI, *La relazione tra incapacità ed esclusione nelle cause di nullità matrimoniale*, in H. FRANCESCHI-M.A. ORTIZ (a cura di), *Ius et matrimonium III. Temi di Diritto matrimoniale e processuale canonico*, Roma 2020, 139-175.

⁴² 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*

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*)⁴³. Per alcuni autori non vi è autonomia: quando l'errore incide efficacemente sulla volontà portando il soggetto a volere positivamente un oggetto non matrimoniale, ci troviamo davanti a una esclusione positiva⁴⁴. 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 di per se non incide sulla validità a meno che ci sia la *determinatio voluntatis*. Ma il canone non specifica come si concretizza tale eccezione, tale *determinatio*, che potrebbe essere ricondotta al can. 1101 § 2 nei termini di un esercizio deliberato della volontà, motivato appunto dall'errore che funge da *causa simulandi*. Per cui, per questi autori quando l'errore radicato influisce sulla volontà, lo fa determinando una delle fattispecie di «simulazione», ricomprese nel can. 1101 § 2⁴⁵.

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

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.

⁴³ 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.

⁴⁴ Per esempio M. MINGARDI, *L'errore di diritto (can. 1099)*, in *Quaderni di diritto ecclesiale* 31 (2018) 364-383. 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). Cfr. anche A. GONZÁLEZ ALONSO, *Error determinans voluntatem cit.*, 156-157.

⁴⁵ Anche sotto la vigenza del CIC 17 l'*error radicans* o *pervicax* era preso in considerazione in relazione alle cause *simulandi*.

diretta e indiretta, cause prossime e remote, circostanze⁴⁶. Mingardi fa notare infatti come i requisiti probatori appaiono essere del tutto sovrapponibili tra 1099 e 1101; in un caso si cerca la *causa simulandi* prossima e remota dell'atto positivo di esclusione, nell'altro la causa prossima e remota del *transitus erroris in voluntatem*⁴⁷.

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 17⁴⁸ – 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 Navarrete⁴⁹ – il can. 126 contempla tre categorie di errore: l'errore oggettivamente sostanziale, l'errore soggettivamente sostanziale e l'errore irrilevante⁵⁰. La seconda categoria (nella quale rientra l'*error determinans*) corrisponde a quei casi in cui, pur riguardando un elemento oggettivamente non sostanziale, per la persona che pone l'atto giuridico ha un valore sostanziale in quanto in nessun modo vuole l'oggetto se manca quell'elemento di per sé accidentale ma da lui trasformato in sostanziale⁵¹.

⁴⁶ Cfr. J.T. MARTÍN DE AGAR, *El error sobre las propiedades esenciales del matrimonio* cit., 139-141.

⁴⁷ Cfr. M. MINGARDI, *L'errore di diritto (can. 1099)* cit., 374.

⁴⁸ “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”.

⁴⁹ 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 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.

⁵⁰ Per questi autori, sia il can. il 1097 § 2 che il 1099 applicano nell'ambito matrimoniale l'*error recidens in condicionem* del can. 126. Si veda sull'argomento A. D'AURIA, *Tra error qualitatis e condizione implicita*, in H. FRANCESCHI-M.A. ORTIZ (a cura di), *Ius et matrimonium III*, cit., 177-227.

⁵¹ “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

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”⁵². 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 ribadiva 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»⁵³.

Per altri autori e una linea giurisprudenziale qualificata – debitrice del pensiero di Stankiewicz – si difende l’autonomia del capo di nullità. 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 manifestazione⁵⁴. L’*error determinans* si verifica quando il contraente è a conoscenza di un’unica offerta di vincolo, che ha erroneamente formato intellettualmente come matrimoniale, e non è a conoscenza di altri possibili tipi di unione. 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 coniugale che è oggetto della sua comprensione determina l’unico tipo di legame che è oggetto del suo volere⁵⁵.

implicito” (P. BIANCHI, *Il sistema matrimoniale delle nullità*, in Aa.Vv., *L’atto giuridico nel diritto canonico*, Città del Vaticano 2002, 243).

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

⁵³ S. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 1993, in AAS 85 (1993) 1259.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Cfr. P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale* cit., 269.

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, per cui 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'errore⁵⁶.

5.2. La volontà rivolta verso un oggetto incompatibile con il matrimonio

Altri autori – cercando in parte di superare gli schematismi troppo rigidi – suggeriscono ricondurre la determinazione della volontà 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 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'ordinamento⁵⁷.

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

⁵⁷ Cfr. P. BIANCHI, *L'esclusione dell'indissolubilità* cit., 636, con riferimento a una c. Defilippi 22 novembre 1996: «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. Pompèdda 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» (in RRDec. 88, 748-750/6-8).

Questa impostazione potrebbe aiutare a superare le incompatibilità teoriche, 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 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 comunità⁵⁸. 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 predilige 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 inconscia⁵⁹. 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.

5.3. Il rischio di ammettere una presunzione “pro nullitate” e il necessario passaggio dall’intelletto alla volontà

E qui bisogna riprendere quanto segnalava mons. Arellano: proprio perché non si può simulare senza rendersi conto, bisognerà fare

⁵⁸ Cfr. P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale* cit., 303.

⁵⁹ Così in una c. Burke 18 maggio 1995, in RRDec 87, 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).

molta attenzione ad un'interpretazione della simulazione implicita che la scambi per una simulazione presuntiva, laddove il soggetto sia impregnato di una mentalità secolarizzata che propone un modello matrimoniale sbiadito come purtroppo è sempre più frequente⁶⁰.

Nei lavori di codificazione venne respinta una proposta che avrebbe comportato il capovolgimento dello stesso *favor matrimonii*, proponendo l'introduzione di una presunzione *pro nullitate*: "Aliqui (paucissimi tamen) negant substantiam huius canonis et petunt ut statuatur norma contraria, scilicet *si habeatur error circa unitatem vel indissolubilitatem, praesumitur vitiatum fuisse consensum matrimonialem*"⁶¹. Come ricordavamo precedentemente, nel Discorso alla Rota del 2015 papa Francesco segnalò che l'operatività del can. 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 radicato⁶². Riteniamo

⁶⁰ Cfr. A. ARELLANO, *Il "ministerium iustitiae" nel Tribunale Apostolico della Rota Romana*, in questo volume. Cfr. M. MINGARDI., *Mentalità divorzistica ed esclusione dell'indissolubilità*, in H. FRANCESCHI-M.A. ORTIZ (a cura di) *Ius et matrimonium*, Roma 2015, 163-184. "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* cit., 153).

⁶¹ *Communicationes* 9 (1977) 373. Anche in F. CATOZZELLA-L. SABBARESE, *Il matrimonio nell'iter di revisione del Codice di diritto canonico. Atti editi e inediti*, Roma 2021, 559. Cfr. L. ROBITAILLE *Reflections on the implicit positive act of the will*, in J. KOWAL-J. LLOBELL (ed.), *Iustitia et Iudicium. Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, vol. II, Città del Vaticano, 2010, pp. 781-805. A p. 804 cita A. MENDONÇA, *Exclusion of the Essential Properties of Marriage*, in W.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 fail under this category".

⁶² 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

che la scelta tra *error determinans* o simulazione implicita non pone problemi di incompatibilità. Senza alcun dubbio i due capi sarebbero stati dichiarati compatibili agli effetti di una conformità equivalente. Se si fissa lo sguardo sull'effetto prodotto – la natura non matrimoniale della volontà, per assenza del matrimonio o di un suo elemento o proprietà essenziali – risulta secondario il modo come tale svuotamento è stato causato. 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 la mancata volontà.

Anche De Paolis invitava a ridimensionare la disputa sull'autonomia del canone 1099 rispetto al 1101, a patto che ci sia stato il passaggio dall'intelletto alla volontà: “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”⁶³.

Navarrete si era mostrato ancora più scettico riguardo l'autonomia del can. 1099: se la persona “è certa che le proprietà non appartengono al matrimonio, non si vede come possa efficacemente determinare la sua volontà di non volerle nel suo matrimonio”. Ma “noi canonisti siamo partiti dalla ragionevole presunzione che l'inciso *dummodo non determinet voluntatem*, introdotto nel canone, deve essere operativo; e

“*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.

⁶³ V. DE PAOLIS, *L'errore che determina la volontà* (cf. can. 1099) cit., 97-98.

ciascuno ha fatto tutto il possibile per dare una spiegazione nel senso di concedergli operatività invalidante. Oggi, dopo vent'anni di esperienza, nonostante si sia scritto molto sull'inciso innovatore, oserei dire che il progresso speculativo in questo campo è stato piuttosto scarso e probabilmente l'inciso si è dimostrato di scarsa utilità pratica. Né sembra che potrà dare di sé molto di più nel futuro"⁶⁴.

Sembrerebbe che spesso si tratta su una disputa sulle parole o di una presa di posizione dogmatica. Come dicevamo, sono scarse le cause risolte per il can. 1099: "forse non è casuale che, tra tutte le sentenze che affrontano direttamente o indirettamente questa tematica, le uniche due che arrivano a sentenza affermativa, riconoscono la nullità non a motivo dell'errore bensì per la corrispondente esclusione (can. 1101 § 2). Le sentenze appaiono normalmente poco interessate alle questioni più squisitamente teoriche; nella maggior parte dei casi si dichiara l'autonomia giuridica del capo di nullità, ma senza approfondire in base a quali presupposti lo si sostenga; talvolta viene evidenziata la diversità con l'esclusione ai sensi del can. 1101 § 2 in termini di consapevolezza della difformità tra quanto proposto dall'ordinamento e la configurazione del proprio consenso, anche se si può facilmente obiettare a questo criterio con la constatazione che nelle cause per esclusione ci si astiene di fatto dal verificare se la consapevolezza era presente oppure no"⁶⁵.

E in ogni caso, va sottolineato che non basta verificare l'esistenza di una concezione erronea: è necessario provare con chiarezza l'atto di volontà che si dirige a quell'oggetto del consenso così come viene delineato dall'errore.

6. E LA GIURISPRUDENZA, COME RISOLVE LE FATTISPECIE TRA ERRORE DETERMINANTE ED ESCLUSIONE?

6.1. La consapevolezza o invincibilità dell'errore

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

⁶⁴ U. NAVARRETE, *El matrimonio canónico a la luz del Concilio Vaticano II: cuestiones fundamentales y desarrollos doctrinales*, in *Ius communionis* 1 (2013) 60.

⁶⁵ M. MINGARDI, *L'errore di diritto (can. 1099) cit.*, 380-381.

Qui mi servirò dell’esposizione fatta da mons. Francesco Viscome al recente convegno dell’Ascai, che ha trattato del nostro argomento dalla prospettiva della giurisprudenza rotale e al quale ringrazio per la disponibilità di servirmi della sua ricerca. 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”⁶⁶. Anzi, le stesse considerazioni *in iure* sull’errore si trovano spesso nelle cause di esclusione.

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”⁶⁷.

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 acatolica 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)”⁶⁸.

⁶⁶ 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, in corso di stampa.

⁶⁷ Sent. c. Arokiaraj, Baltimoren., 17 ottobre 2012, n. 4, non pubblicata, 138/2012.

⁶⁸ Sent. c. Defilippi, Pisana, 10 giugno 2009, n. 9, non pubblicata, 75/2009.

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'errore⁶⁹, 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 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)"⁷⁰.

Il discrimine tra i due capi 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)*⁷¹. Se l'errore risulta invincibile, viene posto un atto di volontà

⁶⁹ "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 adimit 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" (*Ibidem.*).

⁷⁰ *Ibidem.*

⁷¹ "Sed positivus assensus erroneus, voluntatem determinans iuxta specificatum ab errore obiectum, autonome operatur donec error invincibilis permaneat. Si enim firmitas mentis circa unicum pseudo-coniugii solubilis speciem inficiatur

erroneo riguardo l’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 erronee 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”⁷².

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 proprietà⁷³: “*Asseverationes iudiciales de exclusa indissolubilitate a (...), 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 respicienti vinculi indissolubilitatem, sive in ipsius defectu sensus religiosi, sive in levitate qua susceperit vinculum conubiale*”⁷⁴.

Le sentenze che trattano l’errore come capo autonomo infine sottolineano 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 “qualificato”, 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*

*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). Cfr. F. VISCOME, *Il rapporto tra “esclusione implicita” ed “errore determinante la volontà” cit.**

⁷² F. VISCOME, *Il rapporto tra “esclusione implicita” ed “errore determinante la volontà” cit.*

⁷³ Sent. c. Defilippi del 22 novembre 1996; c. Salvatori del 25 novembre 2019.

⁷⁴ Sent. c. Defilippi, 22 novembre 1996, in RRDec 88, 759.

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”⁷⁵.

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 errore speculativo di uno o entrambi i contraenti che ritengono che il matrimonio può essere sciolto, ma di un errore talmente radicato nella ragione pratica che i contraenti “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, con il ricorso alla confessione, la causa prossima e remota del transito dell’errore alla volontà, e le circostanze corroborative⁷⁶. Si dovrà provare che l’errante non solo ritiene (con un radicato convincimento) fattibile il ricorso al divorzio in generale, ma che applica indubbiamente tale principio al matrimonio che sta per celebrare⁷⁷, come dimostrerà il modo di comportarsi lungo la vita matrimoniale (che ben potrebbe essere

⁷⁵ Sent. c. Ferrerira Pena, decisione del 22 gennaio 2019.

⁷⁶ “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” (Sent. c. Arellano, 24 aprile 2014, n. 10).

⁷⁷ “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).

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 religiosae intrinsecam iustificationem et redintegrationem hausit, verum etiam in ipsius agendi ratione in re matrimoniali realem quoque consecuta est applicationem” (n. 17).

6.2. *La prova dell’esclusione implicita. La certezza indiziaria*

Mi riferirò per concludere ad alcune recenti sentenze rotali nelle quali è stata dichiarata la nullità del matrimonio per simulazione implicita. In una di esse, coram Salvatori del 24 gennaio 2018, in mancanza della confessione giudiziale il turno ha ritenuto provata la simulazione sulla base delle circostanze che mostrano una volontà positiva della donna contraria alla fedeltà. Per riconoscere l’atto positivo di volontà, si dice, non è necessario che l’esclusione si esprima esplicitamente, “sed sufficit exclusio implicita, ex circumstantiarum complexu clare percepta”⁷⁸. Tali circostanze sono principalmente la relazione extraconiugale precedente e concomitante al matrimonio e le difficoltà di una convivenza durata appena sette mesi.

La prova, in assenza della confessione, poggia sulla lettura unitaria di tutti gli indizi e circostanze presenti: “Solam probationem indirectam iudici, ad iudicium ferendum cum morali certitudine, sufficere animadvertendum est, si facta probata et irrefragabilia sint e quibus deducitur actus positivus voluntatis clare et invicte demonstratus”. Infatti, il ponente fa ricorso alla certezza indiziaria prevista da Pio XII⁷⁹

⁷⁸ “In huius generis causis, saepe intricatis, iudex sollicitus esse debet dignoscendi, ex foro externo, praevaletent nubentis voluntatem. Ut actus positivus habeatur, non necessario requiritur ut boni fidei exclusio sit in pactum deducta aut explicitè manifesta, sed sufficit exclusio implicita, ex circumstantiarum complexu clare percepta». Concessio iuris enim non mere theorica sed realis esse debet. Si mulier ante et post matrimonium intimam relationem quodam cum determinato iuvene aut cum pluribus viris absque interruptione coluerit, fortissima exurgit praesumptio ius exclusum fuisse. Et ideo si peculiaria adiuncta post nuptias non supervenerint, quae prosecutionem aut novarum relationum instaurationem explicare valeant, pro certo haberi debet simulatum consensum intercessisse» (coram Bruno, sent. diei 24 iulii 1985, RRDec. vol. LXXVII, p. 406, n. 4). Hae vero adnotationes magni fiunt ponderis in hodierna factispecie dimetienda sicut melius in sequenti numero dilucidatae sunt” (Sent. c. Salvatori, Vianensis Castelli, 24 gennaio 2018, n. 6).

⁷⁹ Cfr. Pio XII, *Discorso alla Rota Romana* del 1° ottobre 1942, n. 2, in AAS 34 (1942) 338-343. «Tantus enim potest esse cumulus indiciorum ut *sufficienter explicari non possit*,

sulla scia della giurisprudenza del Sant'Uffizio⁸⁰. Certezza indiziaria che non significa che un cumulo di probabilità equivalga sempre alla certezza morale richiesta dal legislatore, ma che il cumulo e l'insieme di indizi «*de una eademque re*» soltanto trova giustificazione nella verità della cosa alla quale gli indizi si riferiscono⁸¹.

La valutazione d'insieme permette di cogliere, dietro la "quantità di indizi e di prove, che, presi singolarmente, non valgono a fondare una vera certezza", una ragionevole spiegazione sulla nullità allontanando da "un uomo di sano giudizio alcun ragionevole dubbio"⁸². In tal caso, "la simultanea presenza di tutti questi singoli indizi e prove può avere un sufficiente fondamento soltanto nell'esistenza di una comune sorgente o base, dalla quale derivano: cioè nella obiettiva verità e realtà" a cui si riferiscono gli indizi e prove. "La certezza promana quindi in questo caso dalla saggia applicazione di un principio di assoluta sicurezza e di universale valore, vale a dire del principio della ragione sufficiente"⁸³.

Così, il turno può riconoscere l'atto di esclusione non nelle parole del simulante ma nei fatti provati, nella sua biografia: "Quapropter iudici illud verbis facta sunt potiora, ad iudicium ferendum, ob oculos semper habendum est et in casu modus agendi viri implicite denuntiat virum bonum fidei exclusisse, cum matrimonium celebraverit"⁸⁴.

nisi supposita veritate facti, de quo quaeritur. Totum autem pendet a prudenti aestimatione et persuasione iudicis» (F.X. WERNZ – P. VIDAL – F. CAPPELLO, *Ius canonicum, De processibus*, vol. VI, Romae 1949, 485, n. 520).

⁸⁰ «Facta enim duplici ratione ostendi possunt, vel per testes aut documenta fide digna, quae facta directe et immediate demonstrant; quae probatio legitima dicitur; vel per cumulum, maiorem vel minorem, indiciorum, coniecturarum et praesumptio-num, qui cumulus explicari prudenter non posset, si non supponatur factum de quo quaeritur: haec secunda factorum probatio, quamquam non stricto sensu legitima, sed aequipollens appellatur, deficiente prima legitimaque probatione, in iudiciis cum quodam prudenti Iudicis arbitrio admitti solet» (S. OFFICIUM, *Instructio ad probandum obitum alicuius coniugis «Matrimonii vinculo»*, 13 martii 1868, in ASS 6 [1870] p. 442).

⁸¹ Cfr. J. LOBEL, *La certezza morale nel processo canonico matrimoniale*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 109-1 (1998) 770; M.A. ORTIZ, *Le dichiarazioni delle parti e la prudente valutazione della loro forza probatoria*, in H. FRANCESCHI-M.A. ORTIZ (a cura di), *Ius et matrimonium II. Temi processuali e sostanziali alla luce del Motu proprio "Mitis Iudex Dominus Iesus"*, Roma 2017, 268-277.

⁸² PIO XII, *Discorso alla Rota Romana* del 1° ottobre 1942, n. 2, cit.

⁸³ *Ibidem*,

⁸⁴ Sent. c. Salvatori cit., n. 13.

In un'altra sentenza, coram Defilippi del 11 gennaio 2013⁸⁵, si risolve un singolare caso di un medico e una sua paziente, battezzati, che frequentano la religione buddista. Dopo un tempo di convivenza *more uxorio* e assecondando le pressioni familiari, accedono a sposarsi col beneplacito del “maestro” buddista. Dopo otto anni si separano e il marito, una volta rientrato nella Chiesa, chiede la nullità del suo matrimonio. Ai capi iniziali di esclusione del matrimonio stesso e della fedeltà, in Rota viene aggiunta l'esclusione dell'indissolubilità. Il turno rotale ritiene non fondata l'esclusione del matrimonio stesso – provocata dalla mancanza di fede – perché manca il criterio della prevalenza nel rifiuto della sacramentalità: non si trova il classico “non voglio il sacramento e se dovesse esserlo preferisco non sposarmi”⁸⁶.

Invece il ponente ritiene fondata l'esclusione *saltem* implicita dell'indissolubilità, riscontrabile nell'intenzione dell'attore di diventare in futuro monaco buddista. Siccome i monaci buddisti vivono in castità, il proposito di diventarlo contiene la volontà positiva di porre fine al matrimonio quando ciò accadrà: “ob suam radicatam adhaesionem buddismo tibetano, aliquibus annis transactis post matrimonii celebrationem, fieri intendebat ‘monachus buddista’ et ideo, iuxta votum perfectae castitatis, finem ponere volebat cuilibet coniugali consuetudini cum Conventa, sicut aliquo modo iam innuerant Iudices Tribunalis Appellationis”. Per l'attore, “lo stesso matrimonio non è uno stato di vita definitivo, ma un passaggio verso uno stato di vita superiore. Io consideravo il matrimonio secondo la visione del buddismo tibetano, e cioè soltanto come un momento transitorio della mia vita, nella prospettiva di diventare monaco”. Sia la convivenza *more ux-*

⁸⁵ Sent. Patavina c. Defilippi, 11 gennaio 2013, in RRDec 105, 1-19.

⁸⁶ “Versa vice, iuxta idem principium, pariter declaratur: «Irritum est matrimonium si quis voluntate positiva ita rationem sacramenti recuset ut ipsum matrimonium nolit si hoc sine sacramento consistere nequeat: ut cum e. g. quis diceret: “contraho tecum, sed nolo sacramentum, et si sacramentum fieret, tunc nolo matrimonium”. Hoc in casu matrimonium nullum est ex defectu consensus „tunc nolo matrimonium“, ratione sacramenti esclusa per conditionem appositam „et si sacramentum fieret“» (coram Masala, sent. diei 20 novembris 1969, RRDec., vol. LXI, p. 1034, n. 4; cf. Card. Gasparri, op. cit., l. cit.). Ideo, iuxta principium nuper commemoratum, pro baptizatis non credentibus quaestio esset de „praevalentia“ intentionis; scil.: si praevalet intentio perficiendi contractum nuptialem, valide matrimonium contrahitur etiam tamquam sacramentum; si vero praevalet intentio excludendi sacramentalem dignitatem, invalide matrimonium contrahitur etiam tamquam contractus. Consequenter: exclusio sacramentalitatis idem esset ac exclusio ipsius matrimonii; seu esset simulatio totalis » (Sent. c. Defilippi, 11 gennaio 2013 cit., n. 8).

rio che il matrimonio sono rapporti instabili, che si interromperanno quando il maestro li riterrà degni di diventare monaci: “il matrimonio era un momento temporaneo di passaggio prima che diventassimo monaci buddisti”⁸⁷. Il turno rotale dunque vede in questa volontà di celebrare un matrimonio temporaneo in attesa del passaggio a monaco, un’esclusione implicita del *bonum sacramenti*.

7. CONCLUSIONE. L’ERRORE SUL MATRIMONIO E LA PREPARAZIONE ALLE NOZZE

La prima conclusione a cui possiamo giungere è in realtà una constatazione: la scarsità delle cause in 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.

Il fatto giuridico può essere colto da diverse prospettive (l’errore, la simulazione), che sono da ritenere sostanzialmente conformi. Ovviamente, il problema è ridimensionato qualora la formula del dubbio venga formulata in modo generico, come 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 matrimoniis nullitate, in casu*”⁸⁸. Questione questa che certamente 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 e la sua manifestazione. 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.

⁸⁷ Sent. c. Defilippi cit., 18.

⁸⁸ Sulla questione, cfr. F. HEREDIA, *La reintroduzione del dubbio generico nel Tribunale della Rota Romana. Aspetti storici e prassi attuale*, in *Ius Ecclesiae* (2021) 37-66; R. BAZÁN, *La fórmula de las dudas en el sistema del M.p. “Mitis Iudex Dominus Iesus”*, in *Ibid.*, 11-36.

Tenendo presente che ciò che conta è la risposta data 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, errore o esclusione, 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.

È possibile che queste informazioni – fornite durante la preparazione – siano ricevute in modo spersonalizzato, senza operare come una vera opzione nel giudizio della sua ragione pratica⁸⁹. È teoricamente possibile che ciò avvenga, e può effettivamente avvenire nell’esperienza concreta di uno o entrambi i coniugi: sarà necessario avvicinarsi alla loro biografia per confermarlo, con parole di Viladrich:

“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 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 routinaria 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*”⁹⁰.

⁸⁹ “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).

⁹⁰ P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale* cit., 271.

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 soprattutto praticamente – la natura e le implicazioni del matrimonio. Ma allo stesso tempo deve evitare di indagare oltremisura su possibili “soluzioni” che forse il soggetto non si era posto (con domande 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”. Concretamente quando affermava che “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”⁹¹.

Ma 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 possono 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 in ogni caso – 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 esprime la più radicale vocazione dell'uomo.

⁹¹ 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.