



diritto & religioni

Semestrale
Anno IV - n. 2-2009
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

8



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno IV - n. 2-2009
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, S. Ferlito, M. C. Folliero, G. Fubini, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali
Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci
A. Bettetini, G. Lo Castro
G. Fubini, A. Vincenzo
S. Ferlito, L. Musselli
G. J. Kaczyński
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile
Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefani
A. Fuccillo
F. De Gregorio
S. Testa Bappenheim
G. Schiano
A. Guarino

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

F. Petroncelli Hübler, M. Tedeschi

Le proprietà essenziali del matrimonio e l'esclusione della indissolubilità

PIERO PELLEGRINO

1. Secondo il can. 1056 le proprietà essenziali del matrimonio sono l'unità e l'indissolubilità e conseguono nel matrimonio canonico una peculiare stabilità in ragione del sacramento.

L'unità è nient'altro che la monogamia cui si oppone la poligamia, cioè la congiunzione sia dell'uomo con più donne (poligamia) sia della donna con più uomini (poliandria) e, comportando che per una stessa persona non possono esistere in atto più vincoli matrimoniali contemporanei, la presenza di questa proprietà essenziale consente di differenziare e anzi contrapporre il matrimonio canonico a quei modelli, tuttora praticati da altri popoli, che consentono la presenza di più mogli o di più mariti, con la conseguenza che, non consentendo a nessun'altra persona di partecipare a quel particolare rapporto che unisce quel solo uomo e quella sola donna, l'unità diventa sinonimo di fedeltà¹. La ragione dell'unità del matrimonio (monogamia) è l'uguaglianza della dignità che esiste tra l'uomo e la donna, nel senso che la poligamia comporta una situazione di disuguaglianza, in quanto l'uomo riceve totalmente da ciascuna delle sue donne, mentre le donne non ricevono totalmente l'uomo, e viceversa nel caso della poliandria².

Secondo gli scolastici, la poliandria sarebbe contraria ai fini del matrimonio, ma la poligamia non contrasta al fine della procreazione, bensì al fine del *mutuum auditorium*, con la conseguenza che essa contrasta ai precetti *secundae tabulae*, diretti a fissare le relazioni degli uomini tra loro³. Si spiega così la

¹ OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Milano, 2003, p. 211.

² JAVIER HERVADA, *Reflexiones en torno a la unidad e indisolubilidad del matrimonio*, in *Studi in onore di Pietro A. D'avack*, Milano, 1976 p. 746.

³ ARTURO CARLO JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, ristampa Bologna, 1993, p. 120.

dispensa di cui fruiro i patriarchi nel vecchio testamento in via eccezionale, per cui, pur essendo l'unità di diritto divino naturale, in quanto conforme all'ordine stabilito da Dio, nell'istituire il matrimonio, sarebbe stato derogato da Dio stesso a tale principio per gli Ebrei e per gli altri popoli dell'antichità, consentendo loro la poligamia nella forma poliginica⁴. Si specifica però che tale concessione sarebbe cessata con la pubblicazione del Vangelo, in quanto, avendo il Cristo richiamato il matrimonio alla sua primitiva purezza ed avendone fatto l'immagine della sua unione mistica con la Chiesa, il matrimonio da allora sarebbe per tutti essenzialmente monogamico⁵. Insomma, per il matrimonio-sacramento, la monogamia è essenziale perché essa è simbolo dell'unione di Cristo con la Chiesa, e c'è una sola Chiesa cui Cristo aderisce come a sposa⁶.

È stato affermato che, se da una parte è vero che le proprietà essenziali del matrimonio appartengono al diritto naturale, è anche vero che esse appartengono al diritto naturale secondario, con la conseguenza che in alcuni casi eccezionali, in base all'intervento di Dio autore della natura, o del suo vicario, la legge dell'unità può venire meno e tale intervento costituisce una vera dispensa, nel senso che la legge dell'unità (o dell'indissolubilità) rimane come esigenza generale, ma viene *relaxata* in un caso concreto⁷.

L'unità invero qualifica il rapporto coniugale come strettamente monogamico, che unisce un solo uomo e una sola donna, con esclusione di qualsiasi altra persona, con la conseguenza che l'unità viene ad abbracciare non solo il divieto assoluto di contrarre nuove nozze durante il primo matrimonio, ma anche di violare la fedeltà coniugale, commettendo adulterio⁸. L'unità diventa così sinonimo di fedeltà coniugale e si contrappone all'adulterio, a qualunque relazione extraconiugale che porti l'uomo o la donna ad avere con un'altra persona quel rapporto fisico che deve essere riservato al solo coniuge⁹. Si afferma in conseguenza che il legame che esiste tra i coniugi attribuisce agli sposi il diritto esclusivo a diventare padre e madre soltanto l'uno attraverso l'altra, per cui il ricorso ad una terza persona al fine di avere a disposizione lo sperma o l'ovulo, costituisce una violazione dell'impegno reciproco degli sposi

⁴PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, Firenze, 1952, p. 48.

⁵PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *op. cit.*, p. 48.

⁶ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 120.

⁷JOSE F. CASTANO, *Il sacramento del matrimonio*, Roma, 1994, p. 90.

⁸PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *op. cit.*, pp. 48-49.

⁹PAOLO MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova, 1998, pp. 35-36.

e una grave mancanza nei riguardi della proprietà essenziale dell'unità¹⁰.

Invero, la dottrina tradizionale cattolica suole affermare che la poliandria si oppone al diritto naturale primario, perché si oppone direttamente al fine della generazione e procreazione, mentre la poligamia si contrappone al diritto naturale secondario, giacché non appare direttamente contrastante con il fine della procreazione¹¹. Si ribadisce in conseguenza che qualsiasi forma di poligamia implica dominio e appropriazione di un sesso sull'altro, consacrazione di una disuguaglianza e discriminazione in dignità e valore tra il sesso che domina e appropria e quelli che sono dominati e soggiogati, nel senso che i molti uomini e le molte donne sono utilizzati dal sesso dominante per servire a diverse funzioni, utili nel modello socio-economico e culturale, ma inevitabilmente spersonalizzanti¹². È pur vero, infatti, che la fedeltà è l'espressione in termini di diritto e dovere coniugale, della piena e mutua appartenenza in esclusiva fra gli sposi, in virtù della quale questi si impoveriscono del proprio essere se condividono con un terzo la mascolinità personale o la femminilità personale che si donarono ed accettarono per intero fra di loro a titolo di giustizia¹³. D'altra parte si suole ricorrere frequentemente, per fondare questa proprietà dell'unità, anzi alla stessa volontà divina rivelata¹⁴ o al costante insegnamento della tradizionale dottrina della Chiesa, che insiste sul carattere monogamico del matrimonio (un solo uomo, una sola donna)¹⁵. Del resto il Concilio di Trento¹⁶ riaffermò questa dottrina della Chiesa punendo con censure quanti sostenevano che la poligamia non era proibita da nessuna legge¹⁷.

È vero, quindi, che la proprietà dell'unità fu definita vero dogma di fede dal Concilio di Trento, il quale espressamente dichiarava: "*Si quis dixerit licere christianis plures simul habere uxores et hoc nulla lege divina esse prohibitum, anathema sit*" (can. 2). Trattandosi anzi di una proprietà fissata dal diritto divino naturale, essa non sussiste per il solo matrimonio dei battezzati, ma si estende anche a quello degli infedeli, in guisa che neppure essi possono condurre validamente in sposa più donne, ragion per cui quando la Chiesa tutte le volte che un infedele poligamo si converte alla fede cristiana, gli ordina di

¹⁰ PAOLO MONETA, *op. cit.*, p. 36.

¹¹ FEDERICO R. AZNAR GIL, *Derecho matrimonial canónico*, Vol. I, Salamanca, 2001, p. 62.

¹² PEDRO JUAN VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, Milano, 2001, p. 390.

¹³ PEDRO JUAN VILADRICH, *op. cit.*, p. 391.

¹⁴ Gen. 1, 27; 2, 24; 1 Cor. 7, 2-4; Ef. 5,32.

¹⁵ OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *op. cit.*, p. 211.

¹⁶ Conc. Di Trento, Sess. XXIV, 11 nov. 1563, can. 2.

¹⁷ FEDERICO R. AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 64.

abbandonare tutte le sue varie mogli ad eccezione della prima¹⁸.

2. L'indissolubilità qualifica il rapporto matrimoniale come perpetuo e si contrappone pertanto al divorzio, rendendo il reciproco impegno, assunto con lo scambio dei consensi, irrevocabile fino alla morte di uno dei coniugi, qualunque sia la vicenda della vita del matrimonio¹⁹. In altri termini, la indissolubilità consiste nella perpetuità del rapporto matrimoniale, nel divieto cioè che esso, una volta validamente contratto, si possa sciogliere sia per la sua stessa natura, sia per la volontà dei contraenti, sia per un atto di qualunque autorità umana²⁰. Stando alla dottrina cristiana, Dio stesso ha istituito il matrimonio come vincolo indissolubile e fu solo *ob duritiam cordis* che fu permesso agli Ebrei di dare alle loro mogli il *libellum ripudii* in casi determinati, ma Cristo, nella sua qualità di legislatore supremo, revocò tale permesso, riportando in vigore la legge primitiva con le sue famose parole “*Quod Deus coniunxit homo non separet*” (Matteo 19,6)²¹. Questo principio, affermato dalla Chiesa fin dai primi secoli, fu formalmente sancito come dogma di fede dal Concilio di Trento, il quale stabilisce: “*Si quis dixerit propter haeresim aut molestam cohabitacionem aut affectatam absentiam a coniuge dissolvi posse matrimonii vinculum, anathema sit*”²² e inoltre: “*Si quis dixerit Ecclesiam errare, cum docuit et docet, iuxta evangelicam et apostolicam doctrinam propter adulterium alterius coniugum matrimonii vinculum non posse dissolvi et utrumque, vel etiam innocentem, qui causam adulterio non dedit, non posse, altero coniuge vivente, aliud matrimonium contrahere, anathema sit*”²³.

Conseguentemente, sia per diritto naturale sia per diritto divino positivo qualunque matrimonio, e quindi anche quello tra gli infedeli, è di per sé indissolubile e non può essere sciolto con il divorzio, come regola generale²⁴. Infatti, va rilevato che, in quanto derivante dal diritto naturale, l'indissolubilità è caratteristica di ogni matrimonio valido, anche non sacramentale, per cui sorge in riferimento anche a matrimoni misti²⁵.

¹⁸ PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *op. cit.*, p. 48.

¹⁹ OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *op. cit.*, p. 211.

²⁰ PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *op. cit.*, p. 49.

²¹ PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *op. cit.*, p. 49.

²² Conc. Di Trento, Sess. XXIV, can. 5.

²³ Conc. Di Trento, Sess. XXIV, can. 7.

²⁴ PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *op. cit.*, p. 50.

²⁵ OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, Milano, 2008, p. 147.

In conseguenza, la Chiesa considera indissolubile in modo assoluto il matrimonio dei battezzati nel senso che il matrimonio dei battezzati inconsumato e quello degli infedeli, anche se consumato, può essere sciolto, quando ricorrano determinate condizioni, dall'autorità ecclesiastica²⁶. Pertanto la Chiesa considera suscettibili di essere sciolti i matrimoni degli infedeli nel caso del privilegio paolino e non ha mai sciolto matrimoni contratti tra un infedele e un battezzato con la dispensa dall'impedimento della *disparitas cultus*²⁷.

Vero è che l'indissolubilità non appartiene ai principi inderogabili del diritto naturale primario, ma ai principi secondari che sono sempre modificabili per ragioni esterne al nubente²⁸. Ma è pur certo che l'indissolubilità sia stata pensata e voluta da Dio per ogni tempo e per ogni uomo, cosicché, in linea di principio, soltanto la morte può vanificare il rapporto coniugale rendendo valide e lecite le seconde nozze senza distinzione, in proposito tra il matrimonium sacramentum dei Christifideles e il matrimonium legitimum delle altre creature di Dio²⁹.

Certo è che in casi determinati il papa scioglie il matrimonio, per cui la dottrina distingue tra la indissolubilità intrinseca e la indissolubilità estrinseca. Si attesta che la indissolubilità intrinseca non altro vuoi significare se non che il matrimonio non può essere sciolto per se stesso, cioè perché venga a mancare il vincolo, oppure per iniziativa degli sposi o di qualsiasi altra autorità privata, con la conseguenza che tale indissolubilità intrinseca è assoluta; che la indissolubilità estrinseca significa che il matrimonio non può essere sciolto da una autorità inferiore al papa, ma può essere sciolto in seguito ad un intervento di Dio, autore del diritto naturale e del diritto divino positivo, intervento che può essere attuato anche per mezzo del Vicario di Dio, il quale in tal caso conceda una vera dispensa, una grazia³⁰.

Su questa distinzione la dottrina è d'accordo, ma vi è discordanza sui termini del problema se è vero che da un autore si afferma che l'indissolubilità intrinseca, detta anche relativa, rende impossibile lo scioglimento del matrimonio da parte dei coniugi che lo hanno contratto, ma non esclude per sé che ciò possa avvenire per l'intervento dell'autorità pubblica, laddove la indissolubilità estrinseca, detta anche assoluta, esclude invece la possibilità

²⁶ PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *op. cit.*, p. 50.

²⁷ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 121.

²⁸ M. ELISABETTA CASELLATI ALBERTI, *Indissolubilità e unità nell'istituto naturale del matrimonio canonico*, Padova, 1984, p. 96.

²⁹ SANDRO GHERRO, *Diritto matrimoniale canonico*, Padova, 1985, p. 98.

³⁰ JOSE F. CASTANO, *op. cit.*, pp. 112-113.

dello scioglimento del vincolo matrimoniale anche da parte della pubblica autorità³¹. Da un altro autore si conferma che l'indissolubilità intrinseca consiste nell'impossibilità dello scioglimento del vincolo coniugale per volontà dei coniugi, che furono la causa costituente il matrimonio, e si definisce relativa, poiché non esclude che il vincolo coniugale possa essere sciolto da una causa esterna ai nubenti, per esempio dalla autorità pubblica ecclesiastica o secolare, laddove, al contrario, la indissolubilità estrinseca, che viene denominata assoluta, comporta l'impossibilità dello scioglimento del vincolo coniugale da parte di qualsiasi autorità pubblica umana³².

Vero è che la dottrina più accorta sostiene la distinzione tra indissolubilità intrinseca e indissolubilità estrinseca, indissolubilità assoluta e indissolubilità relativa, nel senso che la indissolubilità intrinseca esclude la possibilità di scioglimento del matrimonio natura sua o per mutuo consenso delle parti, laddove la indissolubilità estrinseca implica che il matrimonio possa essere sciolto per l'intervento di una autorità superiore³³, con la conseguenza che solo il matrimonio dei battezzati rato e consumato è intrinsecamente ed estrinsecamente indissolubile, mentre il matrimonio rato e quello contratto dagli infedeli è dotato di indissolubilità estrinseca relativa, potendo essere sciolto grazie alla potestà vicaria del papa³⁴.

Si afferma in dottrina che il fondamento della proprietà essenziale della indissolubilità è duplice, in quanto, da un lato, tale proprietà viene esigita dal diritto naturale secondario, nel senso che la stessa istituzione matrimoniale ritiene che il vincolo coniugale sia perpetuo e stabile per l'educazione dei figli e la realizzazione personale dei coniugi, i quali più difficilmente possono essere conseguiti in una unione meramente temporale, dall'altro lato, la proprietà della indissolubilità trova il suo fondamento nella legge divina positivamente rivelata sul progetto instaurato dal Creatore, e confermata da Cristo e approfondita dall'apostolo Paolo in relazione con il mistero della Chiesa e la sua unione con Cristo³⁵.

³¹ LUIGI CHIAPPETTA, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Roma, 1990, p. 25, il quale peraltro rileva che, secondo la dottrina cattolica, il matrimonio è intrinsecamente indissolubile, in quanto il consenso prestato dai nubenti è irrevocabile da parte degli stessi sposi, ed è anche estrinsecamente indissolubile, potendosi ammettere lo scioglimento solo in casi eccezionali.

³² FEDERICO R. AZNAR GIL, *op. cit.*, pp. 65-66.

³³ A. VERMEERSCH I. GREUSEN, *Epitome iuris canonici*, Mecliniæ-Romæ I, p. 169.

³⁴ M. ELISABETTA CASELLATI ALBERTI, *op. cit.*, p. 98.

³⁵ FEDERICO R. AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 56, il quale rileva che il codice del 1917 ricordava l'insegnamento dei papi degli ultimi secoli, per i quali l'indissolubilità del matrimonio è esigita non solo per la sua sacramentalità, ma anche per la sua necessaria relazione con i fini propri dell'istituzione matrimoniale.

Prendendo lo spunto da quanto affermato da illustri autori (Lombardia - Hervada), un autore ritiene che l'indissolubilità appare come la pienezza vitale della forza con cui il vincolo unisce gli sposi, accumulando tre livelli di energia vincolante, cioè la stabilità, la perpetuità e l'indissolubilità in senso stretto³⁶. Si osserva che la stabilità si fonda sui fini propri del matrimonio, specialmente la procreazione e l'educazione dei figli, la cui realizzazione congiunta necessita non solo di un lungo spazio di tempo nella vita degli sposi, ma anche nella creazione e conservazione fra di loro di un ambito di convivenza e di educazione non episodico, ma permanente, come risulta dal can. 1096, che con l'espressione "consorzio permanente" si riferisce a questo livello di stabilità del vincolo³⁷. Si rileva che la perpetuità, da parte sua, trova il suo fondamento nella complementarità tra femminilità e mascolinità, in quanto natura umana sessuata, con la conseguenza che il vincolo coniugale è perpetuo, perché si alimenta su una complementarità naturale tra uomo e donna la cui capacità di unirsi si va attualizzando, senza soluzione di continuità, lungo tutta la vita e non solo per un dato periodo o in una specifica età, o in modo statico ed intermittente³⁸. Si conclude, ritenendo che l'indissolubilità in senso stretto, come culmine della stabilità e della perpetuità del vincolo, è alla base della natura del matrimonio come unione tra le persone ed evidenzia il reale e irreversibile potere generatore della mutua identità e reciproca autodeterminazione personale dato alla libertà quando assume, mediante il dono e l'accettazione di sé, la *una caro* o capacità di unità contenuta nella complementare dualità sessuale umana³⁹.

Secondo una tesi avanzata da una voce della dottrina canonistica francese, l'indissolubilità del matrimonio si verificherebbe solo dopo la consumazione esistenziale e nella fede del matrimonio, dato che il simbolo dell'alleanza nuziale tra Cristo e la Chiesa si identifica nella piena intesa anche spirituale, con la conseguenza che fino a quando questa intesa spirituale non sia di fatto

³⁶ PEDRO JUAN VILADRICH, *op. cit.*, pp. 407-408, il quale ritiene che, quantunque questi livelli esistano inseparabilmente nella forza unitiva del vincolo valido, è utile distinguerli concettualmente per due motivi: primo, perché a volte gli argomenti che sono alla base di questa proprietà in realtà chiariscono la sua stabilità e la sua perpetuità più che la indissolubilità in senso stretto, e secondo, perché, agli effetti dell'intenzione simulatoria, ha radici diverse a seconda che si attenti alla stabilità, alla perpetuità o all'indissolubilità.

³⁷ PEDRO JUAN VILADRICH, *op. cit.*, p. 408.

³⁸ PEDRO JUAN VILADRICH, *op. cit.*, p. 409.

³⁹ PEDRO JUAN VILADRICH, *op. cit.*, p. 410, il quale osserva anche che, in realtà, si denomina indissolubilità del matrimonio in senso stretto la qualità del potere di co-generare indelebile e irreversibile fra gli sposi e fra questi e i loro figli, potere contenuto dal vincolo coniugale, una volta consumato il libero dono ed accettazione reciproca della condizione di uomo e donna.

realizzata, il matrimonio dovrebbe poter essere sciolto come avviene nella dispensa *super rato et non consummato*⁴⁰. Secondo questa dottrina, una prima tappa del matrimonio sarebbe costituita dal matrimonio semplicemente “instaurato” dalle parole di impegno, intrinsecamente indissolubile, ma suscettibile di essere sciolto dalla misericordia della Chiesa, anche se sia seguito dal fatto materiale della copula, e una seconda e decisiva tappa del matrimonio “consacrato” dalla vita comune, assolutamente indissolubile, perché sino a quando gli sposi non hanno fatto giungere il loro matrimonio alla pienezza umana e cristiana, costituendo una profonda comunità di vita e di amore, il matrimonio è suscettibile di soluzione⁴¹. Che anzi, da tale dottrina si fissano degli indici presuntivi della non consumazione esistenziale, cioè infedeltà messe in atto sin dall’inizio e durante tutta la comunione di vita, assenza di ogni testimonianza di impegno coniugale o familiare, difficoltà a stabilire col coniuge una relazione autentica da persona a persona, intolleranza alla vita comune⁴².

Si obietta da una accorta dottrina che la tesi della inconsumazione esistenziale, che scuota la indissolubilità, comporta un duplice rischio, perché, in primo luogo, richiedendo che ogni matrimonio, perché sia da considerarsi indissolubile, realizzi la pienezza del significato, anche teologico, delinea un tipo di matrimonio percepibile e vivibile da una cerchia assai ristretta di cristiani e introduce una profonda discriminazione tra coloro che possono giungere a una comprensione e vivificazione prima del vincolo matrimoniale, e coloro che per indifferenza morale o per aridità di cuore mai potranno giungere a

⁴⁰ JEAN BERNHARD, *A proos de l'indissolubilità du manage chretien* in *Revue des sciences religieuses*, 1970, pp. 49 ss.; IDEM, *Reinterpretation existentielle et dans la foi de la legislation canonique concernant l'indissolubilità du manage chretien* in *Revue De Droit Canonique* 1971, pp. 243 Ss.; IDEM, *Reflexion critique sur l'incapacità morale incapicò de non-consumation existentielle du manage?*, in *Revue de droit canonique*, 1976, p. 97; IDEM, *L'exclusion de l'indissolubilità du mariage dans la tradition canonique de l'Eglise*, in *Revue de droit canonique*, 1997, pp. 159 ss.

⁴¹ Per questa inaccettabile e assurda teoria si vedano le chiare pagine di OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico dono il Concilio Capacità e consenso*, Milano, 1978, pp. 13 ss., la quale rileva che la tesi della inconsumazione esistenziale e nella fede, “ravvisando l'esplicito simbolo dell'Alleanza nuziale tra Cristo e la Chiesa soltanto nella piena intesa anche spirituale, porta a concludere che, fino a che questa non sia di fatto realizzata, il matrimonio dovrebbe poter essere sciolto – in analogia a quanto avviene nelle dispense, *super rato et non consummato* – così che completa indissolubilità si avrebbe soltanto quando gli sposi abbiano raggiunto una completa integrazione esistenziale ed inoltre abbiano acquisito coscienza piena che l'indissolubilità del loro matrimonio si radica nella loro fede e nella fedeltà al Cristo” (p. 15). Vedi della stessa autrice *Il governo universale della Chiesa, cit.*, pp. 216ss. cfr. anche GIUSEPPE CAPUTO, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno*. T. II, *Il matrimonio e le sessualità diverse tra istituzione e trasgressione*, Padova, 1984, pp. 284 ss.

⁴² Sul punto cfr. GIUSEPPE CAPUTO, *op. cit.*, p. 285.

simili altezze⁴³. Si ribadisce che, oltre al rischio di fare del matrimonio un istituto di élite, vi è l'altro rischio di costituire una apertura al "matrimonio di prova" ed in definitiva un così radicale rovesciamento dei principi in materia di divorzio, da indurre a dubitare della fedeltà di questa tendenza alla valutazione conciliare del matrimonio⁴⁴.

3. L'esclusione della indissolubilità (*bonum sacramenti*) è la riserva di rompere il vincolo, riacquistando la piena libertà di passare a nuove nozze. Si afferma che di solito la parte saprà benissimo che per la Chiesa non c'è possibilità di divorzio, che la sua esclusione dell'obbligo dell'indissolubilità presupporrà quindi l'assumere una posizione di ribellione verso la Chiesa, voler sovrapporre all'insegnamento divino una pretesa voce della propria coscienza, con la conseguenza che, se la volontà della parte ha escluso il bene dell'indissolubilità, la sua posizione psicologica sarà stata quella di voler divenire coniuge, ma con un regime di matrimonio che non è quello della Chiesa, perché respinge la qualità essenziale dell'indissolubilità⁴⁵. Si sostiene opportunamente che questo requisito dell'indissolubilità, oltre a costituire un effetto del negozio giuridico matrimoniale, figura anche ed innanzi tutto quale una sua proprietà essenziale, per cui quante volte uno dei contraenti contragga matrimonio con l'intenzione positiva di escludere tale requisito e di riservarsi la possibilità di scioglimento del vincolo, egli pone necessariamente in essere un matrimonio nullo, non potendosi concepire l'esistenza di un negozio privo di una sua proprietà essenziale⁴⁶.

Si è affermato più di recente che, soprattutto nelle regioni in cui la prassi o la piaga del divorzio è assai diffusa, accade con frequenza che le parti, anche se cattoliche, pensano che il matrimonio sia solubile e che, qualora la situazione

⁴³ OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico dopo il Concilio*, cit. pp. 16-17; IDEM, *Il governo universale della Chiesa*, cit., p. 217, dove si afferma che questa tesi, oltre a violare il diritto naturale alle nozze qual è stato sempre riconosciuto anche ai tiepidi nella fede o agli aridi nel rapporto interpersonale, configura un diritto del singolo a rompere unilateralmente un vincolo ogni qualvolta si profili la possibilità di una migliore intesa con altre persone più comprensive o più profondamente religiose.

⁴⁴ OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico dopo il Concilio*, cit., p. 20; IDEM, *Il governo universale della Chiesa*, cit., p. 218. Giuseppe Caputo, critica le obiezioni mosse dalla Fumagalli Carulli alla tesi dell'inconsumazione esistenziale, affermando che esse peccano di astrazione concettuale (*op. cit.*, p. 285). Sul punto vedi anche PAOLO MONETA, *Riflessioni critiche e spunti innovatori in tema di matrimonio non consumato*, in *Studi per Ermanno Graziani*, Pisa, 1973.

⁴⁵ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 289, il quale continua, affermando che l'esclusione sarà quasi sempre condizionata all'esito non felice delle nozze, nel senso che la parte si riserva la facoltà di divorziare se le nozze non abbiano esito lieto (p. 291).

⁴⁶ PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *op. cit.*, p. 51.

coniugale lo richieda, possono recuperare la libertà dal vincolo precedente, con la facoltà di passare ad altre nozze⁴⁷.

Si rileva che, poiché la indissolubilità del vincolo va considerata proprietà fondamentale del matrimonio cristiano, risulta evidente che ogni volontà contraria ad essa non possa far sorgere un rapporto coniugale; che, se bisogna circoscrivere l'esclusione dell'indissolubilità nella determinazione che il nubente elabora di liberare se medesimo dal rapporto, cioè dalle conseguenze giuridiche che ne derivano, bisogna riconoscere che il ricorso al divorzio concretizza un modo per annichilire il fondamento di quei diritti-doveri senza i quali il *consortium vitae* non ha significato; che, secondo la giurisprudenza, si ha esclusione dell'indissolubilità se la definitività della scelta venga pensata tramite la programmazione di un possibile ritorno alla libertà personale, ad una vita cioè individuale rispetto al coniuge e perciò incompatibile con quella consortile del matrimonio⁴⁸.

Non si esita ad ammettere che, essendo la indissolubilità una proprietà essenziale del matrimonio, questo è invalido se nel momento di contrarlo viene esclusa tale proprietà e che l'esclusione della indissolubilità deve essere fatta con atto positivo di volontà, anche se non è necessario che l'esclusione sia formulata esplicitamente, con la conseguenza che si considera vera esclusione dell'indissolubilità se il matrimonio viene contratto "fino a che mi conviene", oppure temporalmente, sia che il tempo venga determinato sia che non venga determinato⁴⁹. Ne consegue che non si ritiene vera esclusione dell'indissolubilità l'atteggiamento di colui che accetti l'opportunità della legge del divorzio, non perché sia convinto che la realtà sia così, e meno per il proprio matrimonio, ma come strumento giuridico e sociale per sanare la situazione di fatto di coloro che sono divisi e che vivono un matrimonio parallelo⁵⁰.

Si è ancora ribadito che, essendo la indissolubilità una proprietà essenziale del matrimonio, a norma del can. 1056, proclamata dalla Chiesa sin dagli inizi del suo magistero, è naturale che chi escluda una tale proprietà contrae invalidamente, con la conseguenza che chi si riserva la facoltà di rescindere il matrimonio in determinate circostanze per recuperare la sua piena libertà, contrae un matrimonio invalido⁵¹.

Si è poi acutamente fatto presente che nel caso i due matrimoni, quello

⁴⁷ ANTONINO ABATE, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Brescia, 1985, p. 65.

⁴⁸ SANDRO GHERRO, *Diritto matrimoniale canonico*, Padova, 1985, pp. 207-210.

⁴⁹ JOSE F. CASTANO, *op. cit.*, pp. 111-112.

⁵⁰ JOSE F. CASTANO, *op. cit.*, pp. 112.

⁵¹ LUIGI DE LUCA, voce *Matrimonio canonico* in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, Roma, 1990, p. 25.

religioso e quello civile, siano celebrati pressoché contemporaneamente – ed è il caso di gran lunga più frequente – se il soggetto esclude con un atto positivo di volontà la indissolubilità del vincolo civile, è pressoché impossibile pensare che egli non abbia investito, con questa sua esclusione, anche la perpetuità del vincolo canonico⁵².

L'intenzione di compiere il matrimonio come dissolubile può realizzarsi mediante la riserva di rescindere il vincolo coniugale in determinate circostanze per riacquistare la piena libertà dal legame coniugale, cioè di ottenere il divorzio civile al fine di sciogliere il vincolo matrimoniale sia civile che canonico; e, quantunque una parte della vecchia giurisprudenza fosse dell'opinione che la volontà di ottenere il divorzio non implica la nullità del matrimonio, perché il divorzio civile non intacca il vincolo matrimoniale che si fonde sul diritto divino⁵³, la successiva giurisprudenza rotale non esita ad osservare che la riserva del ricorso al divorzio civile implica gioco forza l'esclusione della proprietà essenziale dell'indissolubilità⁵⁴.

Certo è che questo capo di nullità, particolarmente frequente, quello che viene invocato più spesso dinanzi ai tribunali ecclesiastici, ricorre quando uno o ambedue i contraenti si accostano al matrimonio rifiutando la proprietà essenziale dell'indissolubilità, non accettando di porre in essere un vincolo perpetuo che deve tenerli uniti tutta la vita⁵⁵. L'esclusione dell'indissolubilità ricorre quando nei nubenti c'è la volontà di accedere ad un normale matrimonio ed impegnarsi a pieno nella vita matrimoniale, ma quest'impegno, anziché essere preso in perpetuo, senza alcuna limitazione temporale, viene inteso come destinato a cadere al verificarsi di certi eventi o al venir meno di certe aspettative⁵⁶. È evidente che anche qui non basta la previsione o una certa propensione verso il divorzio, né la ritrosia o il timore che uno possa provare nell'assumere un impegno davvero irrevocabile, ma occorre una volontà positiva diretta ad un matrimonio dissolubile, un effettivo proposito di riprendersi la libertà, sia

⁵² ORIO GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano, 1968, p. 137.

⁵³ Cfr. dec. *coram* Solieri del 16 luglio 1927, in *S.R.R. Decis.*, vol. XIX, n. 3, p. 306; *coram* Pecorari del 21 dicembre 1937, in *S.R.R. Decis.*, vol. XXIX, n. 3, p. 774.

⁵⁴ Dec. *coram* Di Felice del 13 novembre 1982, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXIV, n. 2, p. 530; *coram* Jarawan dell'11 maggio 1985, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXVII, n. 2, p. 238; *coram* Palestro del 25 gennaio 1989, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXXI, n. 7, p. 44; *coram* civili del 23 ottobre 1991, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXXIII, n. 9, p. 586; *coram* Stankiewicz, del 25 giugno 1993, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXXV, n. 9, p. 50.

⁵⁵ PAOLO MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova 1998, p. 136; IDEM, *Il matrimonio nullo. Diritto civile canonico e concordatario*, Piacenza, 2005, p. 172.

⁵⁶ PAOLO MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, cit., p. 136; IDEM, *Il matrimonio nullo*, cit., p. 173.

pure al verificarsi di certe circostanze⁵⁷. A tal proposito si ricorda che l'atteggiamento di esclusione di indissolubilità può sorgere in conseguenza di un radicato convincimento contrario a tale proprietà, purché tale convincimento non sia rimasto a livello meramente intellettuale e teorico, ma sia stato tradotto in pratica ed applicato concretamente al matrimonio celebrato dal soggetto; che tale atteggiamento emerge frequentemente anche in chi si avvia al matrimonio in uno stato di perplessità, di incertezza verso il futuro, di timore per un esito infelice dell'unione coniugale, con la conseguenza che si crea in tal modo un conflitto interiore, perché il nubente, per un insieme di circostanze interne ed esterne, non può o non vuole sottrarsi ad un matrimonio, di cui peraltro avverte la difficoltà e l'elevato rischio di fallimento, per cui, per placare questo senso di incertezza, finisce per accettare una specie di matrimonio di prova e di proporsi di ricorrere al divorzio se i timori e le perplessità per un esito infausto dovessero effettivamente realizzarsi⁵⁸.

La dottrina che individua tre tipi di indissolubilità, vale a dire la stabilità o permanenza, la perpetuità del matrimonio e l'indissolubilità in senso stretto del vincolo matrimoniale, ritiene, in primo luogo, che quando uno o entrambi i contraenti vogliono una relazione in se stessa transitoria ed episodica, senza la volontà di fondare un consorzio che duri tra loro, il matrimonio è nullo per l'esclusione di quella componente dell'indissolubilità che è la stabilità del vincolo matrimoniale, nel senso che il "matrimonio a prova" attenta direttamente a questa stabilità, in quanto tale matrimonio è caratterizzato dal fatto che esso si basa su una volontà il cui oggetto è iniziare un esperimento su certi aspetti della vita matrimoniale con riserva del diritto di approvare o rifiutare il risultato, supponendo nel presente una futura volontà di riconvertire tale convivenza sperimentale in matrimonio, nel caso di valutazione positiva, o terminandola nel caso di valutazione negativa⁵⁹. Si afferma, in secondo luogo, che, ad un secondo livello, sebbene esista nel nubente la volontà di fondare un consorzio stabile, egli può far valere positivamente un consorzio coniugale non perpetuo, ma temporale (*ad tempus*), ad es. finché dura l'amore o l'attrazione sessuale, finché i figli sono maggiorenni, finché si è felici, ecc., nel qual caso si vuole un matrimonio temporale, la cui durata dipende dal conseguimento di certi fini soggettivi, ma al cui venir meno subito scompare

⁵⁷ PAOLO MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, cit., p. 136; IDEM, *Il matrimonio nullo*, cit., p. 173.

⁵⁸ PAOLO MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, cit., p. 137; IDEM, *Il matrimonio nullo*, cit., p. 174.

⁵⁹ PEDRO JUAN VILADRICH, *op. cit.*, p. 415.

il vincolo, ed allora la perpetuità del rapporto matrimoniale è sostituita dalla temporalità indefinita di un consenso continuato, ma reversibile⁶⁰. Si ritiene, in terzo e ultimo luogo, che l'indissolubilità può essere esclusa direttamente o in senso stretto, e in questo caso il contraente non ha una volontà contraria alla stabilità e non pretende neanche una temporalità dell'unione matrimoniale, poiché vuole e spera una unione per tutta la vita, anche se si riserva un potere giuridico radicale, che eserciterà da sé o ricorrendo al potere di una autorità competente, cioè il potere di sciogliere il vincolo giuridico valido⁶¹.

4. La esclusione dell'indissolubilità può essere esplicita o implicita.

La esclusione esplicita della indissolubilità si ha nel caso di simulazione del matrimonio, prevista nel can.1101 c.i.c. Nella simulazione, infatti, si verifica una divergenza tra la manifestazione esterna del consenso matrimoniale e la volontà interna del soggetto, che rifiuta una qualche componente essenziale del matrimonio. È stato affermato che, poiché il diritto canonico dà rilievo assolutamente prevalente alla effettiva volontà delle parti e considera questa sola volontà essenziale e necessaria per il sorgere di un valido vincolo coniugale, il matrimonio così celebrato non potrà che essere nullo per mancanza di un vero consenso, non potendosi considerare idonea a costituirlo la volontà del soggetto diretta ad un istituto che differisce sostanzialmente da ciò che la Chiesa considera vero matrimonio⁶².

In realtà, la esclusione esplicita dell'indissolubilità si ha in forza di un atto positivo di volontà, che può essere attuale, se presente nell'animo del soggetto nel momento stesso della celebrazione, quando cioè viene espresso il consenso, oppure virtuale, quando la volontà si sia formata in epoca anteriore a quella della celebrazione e non sia venuta meno, né sia stata ritrattata, pur non essendo presente nell'animo del nubente all'atto dello scambio del

⁶⁰ PEDRO JUAN VILADRICH, *op. cit.*, pp. 415-417.

⁶¹ PEDRO JUAN VILADRICH, *op. cit.*, p. 417, il quale osserva che la differenza tra la componente della perpetuità del vincolo e la indissolubilità in senso stretto di esso sta nel fatto che, mentre la volontà che esclude la perpetuità vuole fin dall'inizio un matrimonio temporale, al contrario, la volontà che esclude l'indissolubilità è la riserva di un diritto a sciogliere un vincolo che è valido o esistente, la cui cancellazione richiede, proprio per questo l'intervento di un potere giuridico la cui forza di sciogliere prevale giuridicamente e socialmente sulla forza di unione del vincolo matrimoniale valido (p. 418).

⁶² PAOLO MONETA, *Il matrimonio nullo*, cit., p. 163, il quale continua dicendo che certamente la volontà interna del soggetto non può che presumersi conforme a quella che è stata espressa al momento della celebrazione nuziale, così come di norma avviene nella generalità dei casi, ma che il rilievo assolutamente preminente che il diritto canonico riconosce all'interno volere delle parti rende sempre possibile senza alcuna preclusione, limitazione o decadenza, l'accertamento di questo effettivo volere, che è l'unico a contare veramente ai fini della costituzione di un valido vincolo coniugale.

consenso matrimoniale⁶³. Se invece l'intenzione è *habitualis*, ossia costituisce solo un *habitus mentale*, un modo di pensare che riguarda genericamente l'istituto matrimoniale e la sfera intellettuale, senza investire propriamente il momento della determinazione di volontà in ordine al matrimonio del nubente, allora, non essendosi concretata nel positivo atto di volontà, non ha efficacia invalidante⁶⁴.

Si rileva che, come per ogni fenomeno simulatorio, anche per l'esclusione dell'indissolubilità occorre nel nubente un atto positivo di volontà; cioè una vera e propria decisione anche solo implicita di escludere dal proprio matrimonio la perpetuità, con la conseguenza che non basta provare che il soggetto riteneva in caso di fallimento del matrimonio sia giusto ricorrere al divorzio, ma occorre che alla mentalità divorzistica abbia fatto seguito la volontà di escludere dal proprio matrimonio la indissolubilità⁶⁵. L'atto positivo di volontà deve essere tale da superare la presunzione di cui al can. 1101 par. 1, secondo cui il consenso interno della volontà si ritiene conforme alle parole o ai segni usati nella celebrazione del matrimonio. Tale presunzione, peraltro, nella dottrina e nella giurisprudenza ha finito per rivelare la sua fragilità, specie se si considera che essa a sua volta si basa sulla presunzione della *generalis intentio*, con la conseguenza che, a poco a poco, ci si è resi conto che un'applicazione incondizionata della presunzione dell'*intentio generalis faciendi id quod facit Ecclesia* a tutti coloro che celebrano il matrimonio canonico, non era sostenibile in un diverso ambiente culturale e spirituale o per coloro che appartengono a certi contesti sociali⁶⁶. Ed in effetti, la diffusione della mentalità divorzistica in gran parte della nostra società occidentale ha fatto sorgere in dottrina la proposta di interpretare questo caso di nullità, capovolgendo la presunzione di validità fissata come regola generale nel can. 1060, nel senso che, in caso di esclusione dell'indissolubilità, anziché presumersi la validità del matrimonio, e la corrispondenza tra dichiarazione e volontà (can. 1101 par. 1), si dovrebbe presumere l'invalidità per cui tutti i contraenti oggi dovrebbero considerarsi presumibili autori dell'atto di esclusione dell'indissolubilità e non invece della *intentio generalis faciendi id quod facit Ecclesia*⁶⁷. Indirizzò, questo, la cui applicazione da parte di alcuni tribunali ecclesiastici è stata riprovata da Giovanni Paolo II nell'allocuzione

⁶³ ENRICO VITALI-SALVATORE BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, Milano, 2007, p. 85.

⁶⁴ ENRICO VITALI-SALVATORE BERLINGÒ, *op. cit.*, pp. 85-86.

⁶⁵ OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, cit., p. 147.

⁶⁶ LUIGI DE LUCA, *op. cit.*, loc. cit., p. 26.

alla Rota romana del 21 gennaio 2000, anche se in dottrina si è rilevato che sempre più frequente è stata la presa di coscienza dello scarso valore che in certi casi può avere una tale presunzione⁶⁸. Conseguentemente si è di recente concluso che comunemente l'agire matrimoniale abbia contenuti cristianamente alienanti così che ordinariamente dalla dichiarazione nuziale non può farsi deduttivamente derivare un significato rispondente al senso cattolico usualmente proprio alle parole, per lo più ritualmente predeterminate, con le quali viene esteriorizzata dai nubenti la loro intenzionalità matrimoniale, con la conseguenza che in questo contesto il ragionamento congetturale legislativamente stabilito nel can. 1101 par. 1 c.i.c., nell'odierno orizzonte culturale occidentale e con le idee matrimoniali ordinariamente derivate dallo stesso, in parecchie fattispecie non può più ritenersi credibile⁶⁹.

È da osservare, peraltro, che il criterio del *positivus voluntatis actus* che comporta la esclusione esplicita della indissolubilità e che attiene alla così detta simulazione del matrimonio, si riferisce ad un fenomeno, qual è quello simulatorio, che è indicato con un termine, quello di simulazione, che non è usato dalla legge e che, a parere di un autore, dovrebbe essere abbandonato, in primo luogo, perché non c'è necessariamente il dolo in chi esclude l'indissolubilità, se si intenda il dolo nel senso di deliberata e consapevole tenuta di una condotta antiggiuridica, in secondo luogo, perché non c'è nel cosiddetto simulatore una volontà totalmente e consapevolmente contraria alla posizione di un atto giuridico e, infine, in terzo luogo, perché non ci sono nell'intenzione del cosiddetto simulatore un negozio simulato, del quale si vuole la mera apparenza, e uno dissimulato, del quale invece si vuole la sostanza⁷⁰. Conseguentemente, tali ragioni inducono a ritenere come sia più opportuno ricorrere al termine legale di esclusione, che rende meglio la natura del fenomeno, senza complicarne la comprensione con una implicita analogia con istituti di diversi ordinamenti giuridici⁷¹.

⁶⁷ OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico*, cit., p. 146. Si era già affermato dalla stessa autrice che vi è nella realtà odierna un dato sociologico che impone di considerare l'*intentio generalis* come più ferma forse di un tempo, dal momento che, proprio perché è penetrato nel costume sociale l'uso di contrarre matrimonio civile, è da presumersi che coloro i quali si rivolgono all'ordinamento della Chiesa facciano ciò proprio in adesione alla sua dottrina, presumendosi dunque che essi vogliono fare ciò che la Chiesa fa (*Il matrimonio canonico dopo il Concilio cit.*, pp. 122-123).

⁶⁸ LUIGI DE LUCA, *op. cit.*, loc. cit., p. 26.

⁶⁹ PIERO ANTONIO BONNET, *Le presunzioni legali del consenso matrimoniale canonico in un occidentale cristianizzato*, Milano, 2006, p. 83.

⁷⁰ PAOLO BIANCHI, *L'esclusione dell'indissolubilità quale caso di nullità del matrimonio*, in *Jus Ecclesiae XIII* (2001), pp. 632-633.

⁷¹ PAOLO BIANCHI, *L'esclusione dell'indissolubilità*, cit., loc. cit., p. 633.

La così detta esclusione della indissolubilità deve avvenire, come già scritto, con un atto positivo di volontà, attuale o virtuale, tale da superare la presunzione di cui al can. 1101 par. 1, la cui sensatezza deve essere confermata⁷².

Senonchè a partire dall'anno 1954 la giurisdizione rotale viene a configurare un tipo di errore che si contrappone al semplice errore e che finisce per incidere sulla volontà. Si afferma, infatti, da una sentenza che, se l'errore " *eius naturam sit ita in animo contrahentis radicans ut novam veluti constituat, difficilis admittitur dissentio*"⁷³ e per la prima volta si riconosce che le idee della persona incidono sulla condotta della stessa, quando si tratta di idee profondamente radicate, con la conseguenza che in contrapposto all'atto positivo di volontà, formale ed esplicito di esclusione dell'indissolubilità, si profila nettamente un tipo di esclusione implicita della perpetuità del matrimonio⁷⁴. Conseguentemente, quanto più tenace è l'errore, tanto più debole è la presunzione che esista una volontà di fare ciò che fa la Chiesa, e quanto più tenace è l'errore tanto più facilmente si deve ritenere l'esistenza dell'atto di volontà⁷⁵.

Una autorevole dottrina, contemporanea al profilarsi di un simile intendimento giurisprudenziale, confermato da un'altra sentenza della Rota Romana⁷⁶, aveva finito per affermare che tale indirizzo innovatore, che prescindeva completamente dal testo legislativo, di cui al can. 1086 del vecchio codice, nel quale erano fissati i termini di rilevanza giuridica dell'*intentio contra matrimonii substantiam*, finiva per aprire la via ad una illimitata investigazione psicologica che procurava ben note incertezze e un gravissimo rischio di conclusioni avventate e arbitrarie⁷⁷. Invero, tale atteggiamento giurisprudenziale, insieme alla mentalità divorzistica, sempre più dilagante, ha abbandonato il criterio del *positivus voluntatis actus*, rendendo meno ardua la prova della positiva esclusione dell'indissolubilità⁷⁸. Si ribadiva da tale dottrina che, prima

⁷² PAOLO BIANCHI, *L'esclusione dell'indissolubilità*, cit., loc. cit., p. 637.

⁷³ Dec. coram Felici del 13 luglio 1954, in *S.R.R. Decis.*, 1954, pp. 614-622.

⁷⁴ SANTIAGO PANIZO, *Exclusión de la indisolubilidad del matrimonio* in *Jus canonicum XXIII* (1993), p. 279, il quale rileva anche che, a partire da questa sentenza *coram Felici*, si insinua la presunzione dell'esclusione positiva allorché nel nubente si abbiano idee contrarie all'indissolubilità del matrimonio e si provi l'esistenza di un errore pervicace e radicato fermamente nella mente del contraente (p. 282).

⁷⁵ SANTIAGO PANIZO, *Exclusión de la indisolubilidad*, cit., loc. cit., p. 282.

⁷⁶ Dec. *coram Felici* del 17 dicembre 1957, in *S.R.R. Decis.*, vol. XLIX, p. 844.

⁷⁷ ERMANNO GRAZIANI, *Mentalità divorzistica ed esclusione della indissolubilità del matrimonio*, in *Studi in onore di Pietro Agostino D'avack*, vol. II, Milano 1976, p. 698.

⁷⁸ ERMANNO GRAZIANI, *Mentalità divorzistica*, cit., loc. cit., p. 682.

del formarsi della volizione, *dispositio voluntatis*, in ordine ad un determinato oggetto, l'elemento teoretico resta semplicemente una *dispositio animi*, trattandosi di velleità, opinioni, convinzioni, che, se pure radicate nell'animo del nubente, non sono abiti volitivi, bensì abiti mentali (*voluntas habitualis*)⁷⁹. Si osservava che la *generalis intentio* non è volontà effettiva e reale, ma è atto meramente teoretico, e che le opinioni, le convinzioni, gli atteggiamenti e gli orientamenti teoretici, cioè le mentalità del nubente, hanno non scarso rilievo sul piano della prova, ma non costituiscono quell'atto positivo di volontà richiesto dalla legge al fine di escludere l'indissolubilità del vincolo⁸⁰.

Tali acute osservazioni e conclusioni effettuate sotto la vigenza del Codice piano-benedettino del 1917, non hanno impedito al nuovo legislatore del 1983 di stabilire la disposizione di cui al can.1099 che prevede l'*error determinans voluntatem*. E a tal proposito si precisa che il principio affermato nel detto canone sancisce l'irrelevanza dell'errore sulle proprietà essenziali ogniqualvolta questo non coinvolge la volontà⁸¹. In effetti, l'errore può essere concomitante, quando il nubente contrae il matrimonio con un'idea erronea relativa alle proprietà essenziali, che però non è così decisiva per lo stesso nubente, che avrebbe contratto anche se avesse saputo del suo errore; può essere antecedente, quando la conoscenza erronea circa la proprietà sia talmente importante che il contraente non avrebbe posto in essere l'atto se fosse stato al corrente del proprio sbaglio; può essere *error dans causam contractui*, quando l'errore induce all'atto il nubente, che contrae perché ritiene il matrimonio dissolubile o poligamico, ma tuttavia non verte sull'essenza e non entra nell'atto in quanto tale, limitandosi a costituirne una motivazione anche di grandissima importanza⁸². Peraltro, non può non considerarsi rilevante canonicamente l'errore sulle proprietà essenziali o sulla dignità sacramentale del matrimonio quando sia tale da determinare la volontà, investendo non solo l'elemento intellettuale, ma anche quello volitivo dell'atto, con la conseguenza che ne consegue una modificazione essenziale di quest'ultimo⁸³.

⁷⁹ ERMANNIO GRAZIANI, *Mentalità divorzistica*, cit., loc. cit., p. 687.

⁸⁰ ERMANNIO GRAZIANI, *Mentalità divorzistica*, cit., loc. cit., p. 688.

⁸¹ PIERO ANTONIO BONNET, *L'errore di diritto sulle proprietà essenziali e sulla sacramentalità* (can. 1099 c.i.c.), in *Error determinano voluntatem*, Città del Vaticano, 1995, p. 46. Cfr. anche MONTSERRAT GAS I AIXENDRI, *El error determinante sobre la dignidad sacramental del matrimonio y su relevancia jurídica*. In *Jus canonicum* 43 (2003), p. 201.

⁸² PIERO ANTONIO BONNET, *L'errore di diritto sulle proprietà essenziali*, cit., loc. cit., pp. 44-45.

⁸³ PIERO ANTONIO BONNET, *L'errore di diritto*, cit., loc. cit., pp. 52-53. Sul punto cfr. ELOY TEJERO, *La ignorancia y el error sobre la identidad del matrimonio*, in *Error, icinorancia y dolo en el consentimiento matrimonial* (a cura di JUAN IGNACIO BANARES), Pamplona, 1996, pp. 115 ss.

Dalla dottrina si è ricondotta la fattispecie di cui al can. 1099 c.i.c. ad altre ipotesi normative previste dal Codice e, in particolare, si è ricondotta la fattispecie esaminata all'errore che *recidit in condicionem sine qua non*, di cui al can. 126 c.i.c.⁸⁴. Si è, tuttavia, osservato che applicare un tale disposto normativo alla fattispecie del can. 1099 c.i.c. non sembra del tutto perspicuo se non altro per il fatto che una volontà la quale si plasmi per effetto di un errore su uno dei principi dai quali scaturiscono le proprietà essenziali del matrimonio, e di quello sulla natura sacramentale del matrimonio, si caratterizza necessariamente come non matrimoniale; il che però non a motivo di una componente soltanto soggettivamente divenuta essenziale, ma a causa di un elemento voluto che è oggettivamente incompatibile con la stessa essenza dell'atto, in ragione della capacità identificativa determinata dal legame insuperabile con l'essenza⁸⁵. Conseguentemente, si precisa che la fattispecie esaminata rientra non nella seconda ipotesi sancita dal can. 126 c.i.c., ma invece proprio nella prima ipotesi relativa all'*error qui versetur circa id quod substantiam actus constituit*, per cui l'errore sulle proprietà essenziali del matrimonio, quando investe la volontà, impedendo un valido conformarsi dell'atto, costituisce un fenomeno a sé stante e quindi una fattispecie autonoma⁸⁶. E allora si pone la questione relativa alla necessità di distinguere la figura dell'errore che determina la volontà dalla fattispecie della simulazione. All'uopo si afferma che la distinzione consiste nel fatto che la simulazione richiede un atto specifico di volontà che ricada sulle proprietà, laddove l'errore non richiede un tale atto di volontà, anche se in entrambi i casi si verifica una esclusione, dal momento che si desidera un matrimonio privato di una proprietà essenziale⁸⁷. Pertanto può dirsi che ciò che può essere oggetto di simulazione può essere anche oggetto di errore ostativo, con la conseguenza che, se si ammette che può aversi simulazione implicita, sempre si richiede un atto specifico, quantunque implicito, di escludere e, mentre nella simulazione parziale vi è un desiderio di

⁸⁴ URBANO NAVARRETE, *De sensu clausulae "dummodo non determinet voluntatem" can. 1099*, in *Periodica de re canonica*, 81 (1992), pp. 486-491.

⁸⁵ PIERO ANTONIO BONNET, *L'errore di diritto*, cit., *loc. cit.*, p. 62.

⁸⁶ PIERO ANTONIO BONNET, *L'errore di diritto*, cit., *loc. cit.*, pp. 62-63. Sul punto vedi anche ANTONI STANKIEWICZ, *L'errore di diritto nel consenso matrimoniale e la sua autonomia giuridica*, in *Error determinans voluntatem*, cit., pp. 79 Ss., il quale osserva che indipendentemente dallo schema concettuale, cui viene inquadrato l'errore determinante la volontà, è da ritenere che tale errore di diritto debba essere considerato come capo autonomo di nullità matrimoniale, formalmente distinto dalla simulazione (pp. 84-85). Solo un accenno da parte di ZENON GROCHOLEWSKI, *L'errore come l'unità l'indissolubilità e la sacramentalità del matrimonio*, in *Error determinans voluntatem*, cit., p. 11.

⁸⁷ JOSÉ T. MARTIN DE AGAR, *El error sobre las propiedades esenciales del matrimonio*, in AA. VV., *Error, ignorancia y dolo en el consentimiento matrimonial*, cit., p. 204.

sposarsi e un desiderio di escludere la proprietà essenziale, nell'errore ostativo, al contrario, vi è un solo desiderio, quello di sposarsi secondo il modello falso che il nubente si rappresenta del matrimonio⁸⁸. La natura ostativa dell'errore determinante la volontà avvicina questa figura al fenomeno simulatorio, tanto che si ritiene che tale errore viene a confluire e a costituire una particolare ipotesi della più generale figura dell'esclusione volontaria del contenuto sostanziale del matrimonio, cioè di *intentio contra matrimonii substantiam*⁸⁹. Non si esita ad affermare, peraltro, che sotto il profilo della interazione tra elementi, intellettivi ed elementi volitivi del consenso, esiste una differenza tra *error determinans voluntatem* e simulazione, perché nel caso di *error* il nubente ritiene erroneamente che il modello voluto dalla Chiesa sia quello di un matrimonio dissolubile, laddove nel caso di simulazione, il nubente sa che la Chiesa pretende l'indissolubilità e proprio sulla base di quell'elemento intellettivo lo esclude dal proprio matrimonio⁹⁰. La verità è che, come si affermava da una vecchia e autorevole dottrina, la esclusione esplicita, cioè la simulazione, presuppone la conoscenza della proprietà essenziale, laddove la esclusione implicita non richiede ciò e produce gli stessi effetti che produce la esclusione implicita⁹¹.

5. La esclusione dell'indissolubilità può essere poi assoluta o ipotetica (condizionata).

La dottrina e la giurisprudenza sono unanimi nell'affermare che l'esclusione dell'indissolubilità può aversi non soltanto in forma assoluta, ma anche in forma ipotetica, verificandosi, cioè, determinate condizioni. Nella simulazione o esclusione parziale il soggetto non soltanto non esclude il contenuto e gli effetti della manifestazione, ma vuole fare un matrimonio riducendolo ad uno schema diverso da quello proposto dalla Chiesa, nel senso che nella simulazione parziale si ha sempre mancanza di corrispondenza tra la volontà matrimoniale del soggetto e quella dell'ordinamento giuridico canonico⁹².

⁸⁸ JOSÉ I. MARTIN DE AGAR, *El error sobre las propiedades esenciales del matrimonio*, cit., loc. cit., pp. 204-205. Cfr. anche PIOTR MAJER, *El error ciue determina la voluntad can. 1099 nel cic de 1983*, Pamplona, 1997, pp. 160 ss.

⁸⁹ PAOLO MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, cit., p. 123.

⁹⁰ OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, cit., p. 139.

⁹¹ FELICE MARIA CAPPELLO, *Tractatus canonicomoralis de sacramentis*, V, *De matrimonio*, Taurini, 1950, p. 576.

⁹² MARIO F. POMPEDDA, *Studi di diritto matrimoniale canonico*, Milano, 1993, p. 241, il quale rileva che la simulazione invero può riguardare non solo la totalità del negozio, ma anche unicamente

E ciò, nel caso dell'esclusione dell'indissolubilità, a prescindere se l'esclusione risulti essere assoluta o ipotetica. Si dice in dottrina: "Se suele distinguir entre una exclusiòn absoluta, quando el simulante excluye en todos los supuestos la indisolubilidad y una exclusion hipòtetica, la cual se da en el caso de que quien simula quiera contraer un matrimoniù que pueda disolver cuando suceda una determinada circunstancia"⁹³.

Si afferma che si ha una riserva contro la indissolubilità del matrimonio quando chi si sposa ha la volontà di stipulare un matrimonio solubile, oppure, cosa che porta agli stessi risultati, se vuole scindere il proprio vincolo coniugale, alla quale fattispecie è indifferente se egli intenda il divorzio in sé e per sé oppure nel caso che si realizzi una determinata condizione, per es. nel caso che il ménage coniugale non funzioni⁹⁴. Vi è insomma nelle parti l'intento di ricorrere al divorzio o di riacquistare la propria libertà nei confronti del coniuge in modo ipotetico, cioè nel caso che l'unione coniugale si riveli infelice o non sortisca l'esito sperato⁹⁵. Dalla giurisprudenza più recente si afferma, infatti, che "*matrimonium nullum evadit sive pars contrahens velit indissolubilitatem absolute excludere vel hypothetice tantum, ex gr. si res male in futuro coniugio cesserint*"⁹⁶; che "*iuxta constantem et unanimem iurisprudentiam nostri fori habetur indissolubilitatis exclusio sive quis decernit se vinculum dissolvere absolute, sive sibi proponit id facere hypothetice tantum*"⁹⁷; che "*Intentio contra bonum sacramenti seu indissolubilis, non parum saepe proditur sub forma propositi descendendi a comparte, sed absolute concepit sive conditionate, id est si quaedam contingant, ut puta si vita coniugalis impossibilis evadat*"⁹⁸.

un suo elemento e che chi simula totalmente, è ben consapevole del suo atto generatore di nullità, mentre chi compie una simulazione parziale, può pensare di contrarre un matrimonio in quanto la sua volontà è in qualche modo indirizzata ad essa (pp. 239-240).

⁹³ IGNAZIO MARTIN SANCHEZ, *Causa error y simulaciòn en el matrimonio canonico*, in *Studi in onore di Pietro Agostino D'avack*, vol. III, Milano, 1976, p. 117.

⁹⁴ REINHOLD SEBOTT-CORRADO MARUCCI, *Il nuovo diritto matrimoniale della Chiesa*, Napoli, 1985, p. 147.

⁹⁵ PAOLO MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, cit., p. 136; IDEM, *Il matrimonio nullo*, cit., pp. 172-173; il quale rileva che c'è nel nubente la volontà di accedere ad un normale matrimonio e di impegnarsi a pieno nella vita matrimoniale, ma tale impegno, anziché essere preso in perpetuo, senza alcuna limitazione temporale, viene inteso come destinato a cadere, per lo meno al verificarsi di certi eventi o al venir meno di certe aspettative (p. 173).

⁹⁶ Dec. *coram Laurentio civili*, del 22 marzo 1995, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXXVII, p. 212.

⁹⁷ Dec. *coram Huber*, del 28 settembre 1995, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXXVII, p. 527.

⁹⁸ *Coram Shankievicz* del 27 ottobre 1995, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXXVII, p. 599; *coram Shankievicz* del 22 febbraio 1996, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXXVIII, p. 119. Vedi inoltre dec. *coram Huber* del 1 dicembre 1999, in *Ius ecclesiae*, 2001, p. 722; *coram Bottone* dell'8 giugno 2000, in *Jus Ecclesiae*, cit., p. 739.

Si afferma, peraltro, da un autorevole scrittore, che vi sono sentenze le quali prendono in considerazione come *intentio contra bonum sacramenti* invalidante il matrimonio l'intenzione di procedere al divorzio civile *si casus eveniat*, cioè quando si abbia il caso di incompatibilità di carattere, di malattia sopravvenuta, di mancanza di prole, di particolari difficoltà economiche, ecc., e che questa opinione appare tale da non offrire neppure un minimo di plausibilità, perché, accogliendola, si giunge a dare rilievo ad un istituto, quale il divorzio civile, che per l'ordinamento della Chiesa, è assolutamente inesistente e non può costituire neppure un fatto giuridico, ma è semplicemente un fatto materiale, tale perciò da non poter essere preso, in alcun modo, in considerazione⁹⁹.

Si osserva, in senso contrario, che è giurisprudenza consolidata che anche la riserva di far ricorso al divorzio civile "*si casus ferat*" implica l'esclusione del "*bonum sacramenti*" e quindi nullità del matrimonio; che, con adesione alla psicologia dell'uomo medio, coloro che si propongono il divorzio civile evidentemente si propongono di ricavare *ex hoc facto* la maggiore utilità ed evitare l'onere dell'indissolubilità¹⁰⁰. È evidente che l'esclusione dell'indissolubilità, anche in questa ipotesi, debba avvenire con atto positivo di volontà, con la conseguenza che sarebbe inesatto, ogni volta che ci si trovasse di fronte ad un convinto e pervicace divorzista trarre la conseguenza che il suo atto di volontà sia viziato dall'errore e perciò il matrimonio sia nullo, perché può accadere che anche un convinto divorzista voglia per il proprio matrimonio legarsi per sempre all'altra persona per grande amore¹⁰¹.

A proposito della esclusione ipotetica o condizionata della indissolubilità è stato rilevato che la esclusione della indissolubilità è *negatio indissolubilitatis in consensu*, la quale negazione, se è compiuta con atto positivo di volontà, è assoluta, sia che il nubente si riservi il diritto di rompere il vincolo assolutamente, sia che lo stesso nubente si riservi tale diritto al verificarsi di una circostanza, nel senso che nell'uno e nell'altro caso manca l'accettazione dell'indissolubilità, secondo la genuina nozione del consenso, e nell'uno e nell'altro caso il nubente vuole un matrimonio dissolubile¹⁰². Si afferma, in sostanza, che in tutti i casi in cui l'atto positivo di volontà viene formulato in

⁹⁹ ORIO GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, cit., p. 141. In senso contrario, cfr. PASQUALE SILVESTRI, *Esclusione del bonum sacramenti*, in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. II, *Il consenso*, Città del Vaticano, 2003, pp. 359 ss.

¹⁰⁰ LUIGI DE LUCA, voce *Matrimonio canonico*, cit., loc. cit., p. 25.

¹⁰¹ OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi concreti*, cit., p. 139.

¹⁰² ZENON GROCHOLEWSKI, *De exclusione indissolubilitatis ex consensu matrimoniali eiusque probatione*, Napoli, 1973, p. 116.

modo ipotetico, *si casus ferat*, non si tratta in realtà di una esclusione condizionata dell'indissolubilità, cioè di una esclusione dipendente da una circostanza esterna, bensì di una esclusione che, se vera, è assoluta nel momento stesso in cui viene concepito l'atto positivo di volontà, proprio perché l'indissolubilità appartiene all'oggetto del consenso, nel senso che è la rottura dell'unione coniugale cioè del matrimonio *in facto esse* che si fa dipendere da una certa circostanza, non l'esclusione dell'indissolubilità in quanto tale, poiché è ipotetica la rottura, non la esclusione¹⁰³. In effetti, ciò che dà corpo all'atto positivo di volontà è soltanto la *reservatio iuris sen facultatis solvendi vinculum si casus ferat*, non la volontà di celebrare il matrimonio e poi di scioglierlo con il divorzio, la quale ultima ipotesi si può senza dubbio verificare, soprattutto nei casi di matrimonio a termine, ma anche in siffatta ipotesi si tratta pur sempre della riserva del diritto o facoltà di chiedere il divorzio e basta questa riserva ad escludere la indissolubilità come oggetto del consenso ed, anche se il divorzio non verrà mai chiesto, il consenso, invalido fin dall'inizio, resta tale per sempre¹⁰⁴.

Nell'ipotesi dell'indissolubilità formulata in modo ipotetico, condizionato o relativo, l'esclusione dell'indissolubilità da parte del nubente viene collegata al verificarsi di un evento futuro, ad esempio al fallimento della vita coniugale, sebbene a titolo quasi cautelativo nei confronti di tale eventualità per non privarsi del beneficio del divorzio e l'opinione prevalente ritiene che nell'ipotesi menzionata si verifichi soltanto la rottura ipotetica o condizionata del matrimonio, non l'esclusione della indissolubilità¹⁰⁵. Che l'esclusione della indissolubilità possa essere anche ipotetica o condizionata, è stato di recente ribadito da chi sostiene che è rilevante anche un'esclusione dell'indissolubilità formulata in modo ipotetico, *si casus ferat*¹⁰⁶ e da tutta la giurisprudenza rotale, la quale non esita ad affermare che "*ne quo necesse est ut adsit intentio absoluta quomodocumque vinculum solvendi, cum exclusio boni sacramenti, quae matrimonium irritat, habeatur etiam per conditionatam voluntatem rescindendi vinculum si quaedam contingant, uti, v. gr., si amor vel concordia deficiat, si coniugalis convictus infelix evadatet ita porro*"¹⁰⁷; che "*matrimonium*

¹⁰³ SEBASTIANO VILLEGGIANTE, *L'Esclusione del "bonum sacramenti"*, in AA.VV. *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 1990, p. 213.

¹⁰⁴ SEBASTIANO VILLEGGIANTE, *L'Esclusione del "bonum sacramenti"* cit., loc. cit., pp. 214-215.

¹⁰⁵ ANTONI STANKIEWICZ, *La simulazione del consenso per l'esclusione dell'indissolubilità in Jus Ecclesiae XIII* (2001), pp. 670671.

¹⁰⁶ ENRICO VITALI-SALVATORE BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, cit., p. 92.

¹⁰⁷ Dec. *coram* Palestro dei 24 marzo 1993, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXXV, p. 214; *coram* Sable dei 24 febbraio 1995, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXXVII, p. 167.

*igitur consensus evacuatur et matrimonium nullum evadit sive pars contrahens velit indissolubilitatem absolute excludere vel hypothetice tantum, ex gr., si res male in futuro coniugio cesserint*¹⁰⁸; che “*intentio contra bonum sacramenti, seu exclusio indissolubilitatis, non parum saepe proditur sub forma propositi discedendi a comparte, sive absolute concepti, sive condionate, id est si quaedam contingant, ut puta si vita coniugalis impossibilis evadat*”¹⁰⁹.

In dottrina poi si parla indifferentemente di matrimonio a termine, *ad tempus*, e di matrimonio a prova, *ad experimentum*, senza peraltro ben mettere a fuoco la distinzione in parola, se è vero che la dottrina ora afferma che l'esclusione dell'indissolubilità esiste quando almeno uno dei contraenti manifesta la positiva intenzione di contrarre un matrimonio temporale, un matrimonio a prova o di esigere il divorzio, dovendosi, peraltro, ricordare che l'esclusione dell'indissolubilità può aversi in forma assoluta o in forma ipotetica¹¹⁰, ora ribadisce che escludono la proprietà essenziale dell'indissolubilità coloro che pretendono di contrarre un matrimonio dissolubile, un matrimonio a prova o un matrimonio temporale e che la indissolubilità si esclude quando un contraente si riserva il diritto di esigere il divorzio civile, senza che sia necessaria la decisione assoluta di esigerlo, essendo sufficiente la intenzione ipotetica, come per es. se cesserà l'amore, se sarà infelice la vita coniugale¹¹¹.

La verità è che l'esclusione assoluta dell'indissolubilità si ha nel matrimonio a termine, *ad tempus*, ad esempio, “chiederò il divorzio dopo cinque anni, oppure dopo la morte del suocero, ecc.”, laddove l'esclusione ipotetica o condizionata dell'indissolubilità si ha nel matrimonio a prova, *ad experimentum*, nel senso che, chi esclude l'indissolubilità del matrimonio *si casus ferat* è colui che contrae il matrimonio sotto condizione risolutiva¹¹². E invero l'esclusione dell'indissolubilità formulata in modo ipotetico viene collegata ad un evento futuro e non si è mai dubitato che sia nullo il matrimonio nel caso in cui l'esclusione sia formulata in modo ipotetico, dal momento che *quoad bonum sacramenti* non si può distinguere tra l'esclusione del diritto e l'esclusione dell'esercizio del diritto, per cui in tal caso vengono a configurarsi due

¹⁰⁸ Dec. *coram* Civili del 22 marzo 1995, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXXVII, p. 212.

¹⁰⁹ Dec. *coram* Stankiewicz, del 27 ottobre 1995, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXXVII, p. 599.

¹¹⁰ FEDERICO R. AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 226.

¹¹¹ MARIANO LO'PEZ ALARCON-RAFAEL NAVARRO VALLS, *Curso de derecho matrimonial canonico y concordado*, Madrid, 2001, p. 242.

¹¹² ERMANNO GRAZIANI, *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, Milano, 1956, p. 199.

fattispecie distinte, l'esclusione dell'obbligazione, cioè l'esclusione assoluta dell'indissolubilità e l'esclusione dell'adempimento dell'obbligazione equivalente all'esclusione ipotetica dell'indissolubilità: fattispecie che convergono entrambe nell'unico effetto, cioè l'invalidità nel consenso¹¹³. Distinzione, questa, che è stata, più di recente confermata da chi afferma che l'esclusione dell'indissolubilità può aversi in forma assoluta, quando il contraente, al momento di manifestare il consenso, opta per un matrimonio temporale, o in forma ipotetica, nel caso cioè in cui il matrimonio sarà invalido, se cesserà l'amore fra i coniugi o se uno dei due incontrerà un compagno più adatto (matrimonio a prova)¹¹⁴.

¹¹³ ERMANNO GRAZIANI, *Volontà attuale e volontà precettiva*, cit., p. 198.

¹¹⁴ ANTONIO MOLINA MELIA-M. ELENA OLMOS ORTEGA, *Derecho matrimonial canónico sustantivo y procesal*, Madrid, 1992, pp. 237-238.