

ANTONI STANKIEWICZ

LA SIMULAZIONE DEL CONSENSO PER L'ESCLUSIONE DELL'INDISSOLUBILITÀ

1. L'esclusione dell'indissolubilità o del « bonum sacramenti »? — 2. Il fondamento teologico-giuridico di nullità del matrimonio per l'esclusione dell'indissolubilità. — 3. I livelli e le modalità nell'esclusione dell'indissolubilità. — 3.1. La stabilità. — 3.2. La perpetuità. — 3.3. L'indissolubilità in senso stretto. — 3.4. La riserva del « ius divertendi ». — 3.5. Il diritto e l'obbligo all'indissolubilità. — 3.6. L'esclusione ipotetica dell'indissolubilità.

1. *L'esclusione dell'indissolubilità o del « bonum sacramenti »?*

All'inizio di questa riflessione sull'esclusione della indissolubilità si deve osservare che almeno una parte della recente dottrina canonistica manifesta qualche perplessità o insofferenza verso l'equivalenza del termine « bonum sacramenti » con l'indissolubilità, nonostante che tale termine conservi finora la predominanza nella recente giurisprudenza rotale sostanziale e processuale⁽¹⁾.

Si obietta anche dal lato teologico che nel campo canonistico del periodo intercodiciale si è aderito alla visione troppo riduttiva dei tre beni tradizionali del matrimonio, e in modo particolare nei confronti del « bonum sacramenti », identificandolo nell'aspetto essenziale con l'indissolubilità, e trascurando così la ricchezza dottrinale apportata in questa materia da sant'Agostino e san Tommaso⁽²⁾.

(1) Cfr. in proposito l'*Index Analyticus*: RRDec., vol. LXXXVIII (1996), p. 857: « exclusio boni sacramenti », « exclusio indissolubilitatis »; RRDecr., vol. VII (1989), p. 222: « exclusio boni sacramenti ».

(2) Cfr. F. GIL HELLÍN, *Il matrimonio e la vita coniugale*, Città del Vaticano 1996, p. 84.

Al riguardo viene ricordato che anche la Commissione Codificatrice non ha accolto il suggerimento di servirsi dello schema dei « tria bona quae in traditione semper admissa sunt (prolis, fidei et sacramenti) » quale oggetto dell'esclusione nel progettato allora disposto dell'attuale can. 1101, § 2⁽³⁾.

Riprendendo quindi tale argomento, si afferma che l'accettazione della terminologia dei beni potrebbe far pensare al loro carattere prettamente giustificativo del matrimonio e del suo uso rispetto agli atti coniugali⁽⁴⁾, i quali però, secondo la dottrina del Concilio Vaticano II, « sono onorevoli e degni », anzi, « compiuti in modo veramente umano, favoriscono la mutua donazione » ed « arricchiscono vicendevolmente in gioiosa gratitudine gli sposi stessi » (GS, 49).

Tuttavia la terminologia dei beni non necessariamente deve essere giustificativa del matrimonio o del suo uso. Infatti nei Documenti del Magistero la terminologia dei « bona », anche se spesso adoperata deliberatamente senza il significato tecnico-giuridico⁽⁵⁾, non pretende di essere giustificativa del matrimonio o del suo uso, in quanto tali beni vengono proposti come valenti già in sé stessi e che non hanno bisogno di essere giustificati da altri valori esterni⁽⁶⁾.

Per quanto concerne la giurisprudenza rotale, questa nel periodo intercodiciale in modo costante ha seguito lo schema dei beni essenziali nella simulazione parziale nonostante che il Codice del 1917 si sia servito dello schema delle proprietà essenziali e dei fini del matrimonio (cann. 1013, § 1; 1086, § 2; 1084). Tale indirizzo giurisprudenziale rimane ancora dominante, benché seguendo la nuova legislazione (cann. 1056; 1099; 1125, n. 3) ai tre beni tradi-

⁽³⁾ Cfr. can. 303, § 2 (CIC 1086); *Schema Documenti Pontificii quo Disciplina Canonica de Sacramentis recognoscitur* (Reservatum), Typis Polyglottis Vaticanis 1975, p. 83; « Communicationes », 9 (1977), p. 375: « Alter Consultor censet difficultates solvi posse si in canone indicentur tria bona quae in traditione semper admissa sunt (prolis, fidei et sacramenti), ita ut relinquatur iurisprudentiae munus ulterius determinandi singula bona secundum progressum doctrinae ».

⁽⁴⁾ Cfr. E. OLIVARES D'ANGELO, *La exclusión de la indisolubilidad*, in AA.VV., *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, XI, Salamanca 1994, p. 166.

⁽⁵⁾ Cfr. v. *bonum* e *bona* nella cost. *Gaudium et spes*, nn. 48; 51; v. *indissolubilitatis bonum* nell'esort. apost. *Familiaris consortio*, n. 20; v. *amoris coniugalibus bona* nel *Catechismus Catholicae Ecclesiae* (1997) al tit. V, p. 438.

⁽⁶⁾ Cfr. U. NAVARRETE, *Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II. Momentum iuridicum amoris coniugalibus*, Roma 1988², pp. 49; 59.

zionali venga accostato, come quarto, il «*bonum coniugum*» (can. 1055, § 1).

Tuttavia l'uso formale del termine «*bonum sacramenti*» nella giurisprudenza rotale per indicare in modo esclusivo l'indissolubilità del vincolo può richiamarsi al fatto, che la menzionata espressione agostiniana⁽⁷⁾ non comprende ancora la sacramentalità del matrimonio nel senso stretto, ma soltanto nel senso ampio e generico⁽⁸⁾.

Infatti la parola «*sacramentum*» presso sant'Agostino non si identifica con il termine attuale di sacramento⁽⁹⁾, ma indica un segno sacro dell'impegno coniugale per tutta la vita, e precisamente denota l'indissolubilità del legame che unisce i coniugi cristiani tra loro: «*per quam nefas est etiam repudio discendentem alteri nubere, dum vir eius vivit, nec saltem ipsa causa pariendi*», in quanto «*solvitur vinculum nuptiale nisi coniugis morte*»⁽¹⁰⁾.

Ciò premesso, si deve constatare che a tale accezione agostiniana del «*bonum sacramenti*» si sta rifacendo in modo costante la giurisprudenza rotale, sebbene il menzionato termine possa includere, accanto alla indissolubilità, anche la sacramentalità del matrimonio tra i battezzati, conformemente all'insegnamento del Pio XI nell'enciclica *Casti connubii*, dove sotto l'espressione del «*bonum sacramenti*» vengono comprese «*et vinculi indissolubilitas et contrac-*

(7) S. AGOSTINO, *De Genesi ad litteram*, IX, c.7, n. 12 (PL 34, 397): «*In sacramento autem, ut coniugium non separetur, et dimissus aut dimissa, nec causa prolis, alteri coniungatur*». Cfr. P. LANGA, *San Agustín y el progreso de la teología matrimonial*, Toledo 1984, pp. 212-213: «*Radical enemigo suyo, el divorcio: sacramentum, quia nulum divortium. Divorcio es vocablo genérico que, en principio, abarca a toda clase de separación conyugal*».

(8) Cfr. U. NAVARRETE, *De iure ad vitae communionem: observationes ad novum Schema canonis 1086 § 2*, in «*Periodica*», 66 (1977) p. 256. Riguardo alla sacramentalità del matrimonio si sostiene che «*le mariage chrétien est un sacrement au double sens de «*signe efficace*» de la grâce du Christ et d'insertion spécifique dans le *mysterion* du salut*» - Ph. DELHAYE, *Commentaire*, in Commission Théologique Internationale, *Textes et documents* (1969-1985), Paris 1988, p. 193.

(9) Cfr. E. SCHILLEBEECKX, *Il matrimonio. Realtà terrena e mistero di salvezza* (tr. it.), Roma 1980³, p. 258; J.M. MILLÁS, *Penitenza, matrimonio, unzione degli infermi*, Roma 1991², p. 162; A. MIRALLES, *Matrimonio. Teologia e vita*, Cinisello Balsamo 1996, p. 124.

(10) S. AGOSTINO, *De bono coniugali*, 24,32 (PL 40, 394). Cfr. T. MACKIN, *Ephesians 5:21-33 and Radical Indissolubility*, in *Marriage Studies. Reflections in Canon Law and Theology* (ed.T.P. Doyle), III, Washington 1985, p. 10.

tus in efficax gratiae signum per Christum facta elatio atque consecratio»⁽¹¹⁾.

Tale posizione del magistero non pone alcun ostacolo che nell'ambito specifico giurisprudenziale si continui ad impiegare il termine « bonum sacramenti » nel senso agostiniano, ossia con il significato dell'indissolubilità del vincolo matrimoniale. Talvolta però la formula rituale del dubbio concordato fa cenno anche all'indissolubilità, precisando così il significato del bene del sacramento⁽¹²⁾.

Questa prassi continua, poiché, come si argomenta, « indissolubilitatem huic sacro foederi attributam canonistae, duce S. Augustino, vocare solent simpliciter bonum sacramenti », in quanto « in matrimoniis fidelium, actu coniugali completo, maior est eorum firmitas quam in matrimoniis consummatis non baptizatorum »⁽¹³⁾.

Certamente alla luce del menzionato principio magisteriale si potrebbe impostare l'esclusione della dignità sacramentale anche nei termini della « exclusio boni sacramenti seu dignitatis sacramentalis », ma tale tendenza non si avverte nella prassi rotale.

2. *Il fondamento teologico-giuridico della nullità del matrimonio per l'esclusione dell'indissolubilità.*

La sanzione di nullità per l'esclusione della indissolubilità del matrimonio con l'atto positivo di volontà, di cui al can. 1101, § 2, non è certamente di diritto meramente positivo canonico, ma ha sue radici più profonde, tenuto conto sia dei dati della creazione sia quelli della rivelazione riguardo all'istituto matrimoniale e alla sua indissolubilità.

⁽¹¹⁾ Pio XI, Litt. Enc. *Casti connubii*, 31 dic. 1930; in AAS 22 (1930) p. 550. Al riguardo giustamente osserva P. NAVARRETE (*De iure ad vitae communionem*, p. 257) che con l'accettazione della proposta di considerare la sacramentalità « uti bonae per se stans », il « tripartitum bonum augustinianum, tota traditione sancitum, mutaretur ».

⁽¹²⁾ Cfr. c. Stankiewicz, 25 iunii 1993, in RRDec., vol. LXXXV, p. 497, n. 3: « An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusionem boni sacramenti seu indissolubilitatis ex parte viri »; c. Huber, 29 octobris 1996, RRDec., vol. LXXXVIII, p. 660, n. 7: « Exclusio indissolubilitatis seu boni sacramenti ».

⁽¹³⁾ Cfr. c. Wynen, 31 iunii 1944, RRDec., vol. XXXII, p. 568, n. 2; C. HOLBÖCK, *Tractatus de jurisprudentia Sacrae Romanae Rotae, Graetiae - Vindobonae - Coloniae* 1957, p. 133. Cfr. A. MENDONÇA, *Exclusion of the Essential Properties of Marriage*, in AA.VV., *Simulation of Marriage Consent. Doctrine, Jurisprudence, Questionnaires*, Ottawa 2000, p. 107.

Infatti già nell'ordine creaturale il matrimonio è stato voluto da Dio come una realtà indissolubile, ossia indisponibile al potere di scioglimento da parte dell'uomo (Mt 19,6), per cui l'indissolubilità di ogni matrimonio gode «di fondamenti di diritto (divino) naturale»⁽¹⁴⁾, anche se «secondario»⁽¹⁵⁾. Ma lo è prima di tutto di diritto divino positivo, espresso nell'insegnamento di Gesù Cristo (Mt 19,3-9; 5,31-32; Mc 10, 11-12; Lc 16,18; cfr. Rm 7,2-3; 1 Cor 7,10-11,39), che comprende sia «l'obbligo esterno della legge formulata da Lui» da osservare, sia la proprietà intrinseca del matrimonio, elevato da Lui al rango del sacramento (matrimonio-sacramento) e «portato a perfezione e pienezza dalla consumazione»⁽¹⁶⁾.

Per questo motivo il matrimonio-sacramento conferma e ratifica la stessa naturalezza dell'indissolubilità, le dà un fondamento sacramentale, introducendola nel mistero dell'alleanza sponsale definitiva ed indissolubile di Cristo con la Chiesa⁽¹⁷⁾. E proprio «dall'inserzione ontologica degli sposi nel *mysterion* (inserzione radicata nel battesimo e attuata con lo sposarsi nel Signore), che sgorga la sua indissolubilità non come qualcosa che si aggiunge al matrimonio dall'esterno, ma come esigenza interna e sua forma di realizzazione», per cui «il sacramento del matrimonio si costituisce per sua natura come un evento indissolubile»⁽¹⁸⁾.

Alla luce di queste brevi considerazioni emerge in modo assai evidente l'incompatibilità genetica tra l'esclusione dell'indissolubilità e la validità del matrimonio sia naturale, cioè «ut institutum natu-

(14) L. LIGIER, *Il matrimonio: questioni teologiche e pastorali*, Roma 1988, p. 179. Cfr. C. ROCCHETTA, *Il sacramento della coppia. Saggio di teologia del matrimonio cristiano*, Bologna 1997, p. 184.

(15) Cfr. J.F. CASTAÑO, *Il sacramento del matrimonio*, Roma 1992², p. 83. PIO IX, *Propositiones Syllabi*, § VIII. *Errores de matrimonio christiano*, 67: «Iure naturae matrimonii vinculum non est indissolubile, et in variis casibus divortium proprie dictum auctoritate civili sanciri potest» (DS 2967).

(16) L. LIGIER, *Il matrimonio*, p. 179.

(17) C. ROCCHETTA, *Il sacramento della coppia*, p. 184. Nondimeno, secondo la dichiarazione della Commissione Teologica Internazionale «sacramentalitas constituit theologice fundamentum ultimum, etsi non unicum, indissolubilitatis matrimonii» (*Sessio 1977, Propositiones de quibusdam quaestionibus doctrinalibus ad matrimonium christianum pertinentibus*, 2.2.; in «Gregorianum», 59 [1978] p. 458). Infatti «cette indissolubilité est la conclusion des exigences de l'union conjugal, de la volonté du Dieu créateur, de l'amour rédempteur, comme des considérations prises dans le bien de la société et des enfants» - Ph. DELHAYE, *Commentaire*, p. 201.

(18) C. ROCCHETTA, *Il sacramento della coppia*, p. 185.

rae» che sacramentale, poiché tale esclusione impedisce che nasca il vincolo matrimoniale valido dal segno nuziale, ossia dalla manifestazione del patto matrimoniale degli sposi.

Il fondamento della nullità, pertanto, è da ricercare nello stesso diritto divino naturale e positivo e, in modo particolare, nella riaffermata dal magistero pontificio, indissolubilità intrinseca di ogni matrimonio, naturale e sacramentale, e l'indissolubilità estrinseca assoluta del matrimonio rato e consumato⁽¹⁹⁾, il quale non può essere sciolto da nessuna potestà umana, e «neppure dalla potestà del Romano Pontefice», come ha sottolineato in modo esplicito Giovanni Paolo II nel suo discorso alla Rota Romana del 21 gennaio 2000, precisando che l'espressione «potestà umana» (can. 1118 CIC 1917; can. 1141 CIC 1983; can. 853 CCEO) include anche «la potestà ministeriale o vicaria del Papa»⁽²⁰⁾.

Invece non sembra che possa apportare dei risultati auspicabili la ricerca del fondamento dell'indissolubilità e, di conseguenza, della nullità per la sua esclusione, nella comprensione esclusivamente personalistica o personalista del matrimonio, sostanziata «di puro soggettivismo», senza «una visione integrale dell'uomo» e senza «l'apertura alla trascendenza»⁽²¹⁾. In proposito non senza ragione si afferma che «moltissime obiezioni contro la dottrina ecclesiastica dell'indissolubilità del matrimonio derivano proprio dalla moderna comprensione personalistica del matrimonio», poiché nella assolutizzazione di tale visione la permanenza del vincolo dopo il pieno fallimento della comunione di vita coniugale non trova più una evidente spiegazione. Anzi, si ritiene che in tal caso il vincolo ipostatizzato, metafisico, assieme con la stessa insensibilità istituzionale e normativa in materia dell'indissolubilità stiano al di sopra delle persone e del loro bene⁽²²⁾.

⁽¹⁹⁾ PIO XII, *Allocuzione alla Rota Romana*, 3 ottobre 1941, in *AAS* 33 (1941) p. 424. Cfr. A. CARRILLO AGUILAR, *Disolución del vínculo y potestad de la Iglesia*, Córdoba 1976, p. 67. Riguardo alla qualificazione teologica della dottrina sulla indissolubilità del matrimonio (*de fide catholica, theologice certa, doctrina catholica, proxima fidei*) - cfr. U. NAVARRETE, *Indissolubilitas matrimonii rati et consummati: Opiniones recentiores et observationes*, in «Periodica», 58 (1969) pp. 448-450.

⁽²⁰⁾ GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 21 gennaio 2000, nn. 6-7, in *AAS* 92 (2000) pp. 353-354.

⁽²¹⁾ GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 27 gennaio 1997, nn. 4-5, in *AAS* 89 (1997) p. 488.

⁽²²⁾ H. JEDIN - K. REINHARDT, *Il matrimonio. Una ricerca storica e teologica* (tr. it.), Brescia 1981, pp. 112-113.

Ci sembra, quindi, che il tentativo della visione prettamente personalistica di ritrovare l'ultimo fondamento dell'indissolubilità soltanto nelle stesse persone degli sposi, e precisamente nella loro sensibilità o percezione di essere uniti stabilmente, tende a relativizzare anche la stessa indissolubilità del vincolo matrimoniale. Si suppone, infatti, che il legame personale ed interpersonale tra gli sposi in ordine ontologico, logico e cronologico preesiste alle proprietà essenziali, le quali soltanto in un secondo momento vengono attribuite alla loro unione interpersonale⁽²³⁾.

In realtà tale visione di stampo immanentistico sembra scostarsi dal ragionamento insito nell'insegnamento del magistero secondo cui gli sposi « cum liberum praestant consensum, non aliud faciunt, quam ingrediuntur et inseruntur in ordinem obiectivum, seu « institutum » quod eos superat ex eis que minime pendet nec quoad naturam suam, nec quoad leges sibi proprias », in quanto « matrimonium non a libera hominum voluntate suam repetit originem, sed institutum est a Deo, qui illud voluit suis legibus praeditum atque instructum ». Agli sposi, pertanto, spetta solo riconoscere queste leggi ed accettarle « in suum ipsorum bonum atque in bonum filiorum et societatis »⁽²⁴⁾.

Certamente l'indissolubilità è radicata « nella personale e totale donazione dei coniugi », ma essa « trova la sua verità ultima nel disegno che Dio ha manifestato nella sua Rivelazione », in quanto « Egli vuole e dona l'indissolubilità matrimoniale come frutto, segno ed esigenza dell'amore assolutamente fedele che Dio ha per l'uomo e che il Signor Gesù vive verso la sua Chiesa »⁽²⁵⁾. In questo senso, quindi, con il principio dell'indissolubilità non possono contrastare « le di-

(23) Cfr. J.M. SERRANO RUIZ, *Visión personal del matrimonio: cuestiones de terminología y de fondo para una relectura de las causas canónicas de nulidad*, in *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, XI, Salamanca 1994, p. 26. Al riguardo si obietta che la « ratio indissolubilitatis non habetur neque in consensu, neque in sacramento, neque in consummatione. Non in consensu, quia matrimonium sive ratum et non consummatum sive non ratum etsi consummatum, positus ponendis dissolvi potest; non in sacramento, quia matrimonium ratum et non consummatum est solubile; non in consummatione, quia matrimonium naturale consummatum potest quoque dissolvi » - U. NAVARRETE, *Indissolubilitas matrimonii*, p. 464.

(24) PAOLO VI, *Allocuzione alla Rota Romana*, 9 febbraio 1976, in *AAS* 68 (1976) p. 207.

(25) GIOVANNI PAOLO II, *Adh. Ap. Familiaris consortio* (22 novembre 1981), n. 20; *AAS* 74 (1982) p. 103.

chiarazioni di nullità per i motivi stabiliti dalle norme canoniche»⁽²⁶⁾.

3. *I livelli e le modalità nell'esclusione dell'indissolubilità.*

Tenuto conto dei coefficienti stabilizzanti il vincolo che concorrono alla denotazione del contenuto dell'indissolubilità matrimoniale, come l'inseparabilità⁽²⁷⁾, l'indivisibilità⁽²⁸⁾, l'inviolabile fermezza⁽²⁹⁾, la perpetuità⁽³⁰⁾, l'indistruttibilità⁽³¹⁾, l'irrevocabilità⁽³²⁾, la permanenza e la stabilità⁽³³⁾, c'è chi giustamente intravede in essa una forza specifica del potere unitivo (o di unire), propria del vin-

⁽²⁶⁾ GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 21 gennaio 2001, n.4, p. 352.

⁽²⁷⁾ S. THOMAS, *Commentum in lib. IV Sententiarum*, d.31, q.1, a.2, ad 5: «in tertio bono matrimonii, scilicet sacramento, non solum intelligitur inseparabilitas, sed etiam omnia quae ad significationem ipsius pertinent». *Ibid.*, d.31, q.1, a.3, sol. 1: «... et inde est quod matrimonium numquam invenitur sine inseparabilitate; invenitur autem sine fide et prole, quia esse rei non dependet ab usu suo». Cfr. c. Jullien, 27 novembris 1943, in RRDec., vol. XXXV, p. 851, n. 2.

⁽²⁸⁾ S. THOMAS, *In lib. IV Sententiarum*, d.31, q.1, a.2, 4: «sicut in matrimonio, in quantum significat coniunctionem Christi et Ecclesiae, requiritur indivisibilitas; ita et unitas, ut sit una unius». Cfr. CONC. FLORENT., *Decr. pro Armenis*: «Assignatur autem triplex bonum matrimonii (...). Tertium indivisibilitas matrimonii, propter hoc quod significat indivisibilem coniunctionem Christi et Ecclesiae» (DS 1327). Cfr. c. Jullien, 16 octobris 1944, in RRDec., vol. XXXVI, p. 619, n. 2.

⁽²⁹⁾ Pio XI, Litt. Enc. *Casti connubii*, p. 551: «Atque haec inviolabilis firmitas, quamquam non eadem perfectissimaque mensura ad singula, ad omnia tamen vera coniugia pertinet».

⁽³⁰⁾ S. THOMAS, *In lib. IV Sententiarum*, d.31, q.1, a.3, ad 4: «quamvis consensus, qui facit matrimonium, non sit perpetuus materialiter..., tamen, formaliter loquendo, est perpetuus; quia est de perpetuitate vinculi, alias non faceret matrimonium: non enim consensus ad tempus ad aliquam matrimonium facit. Et dico 'formaliter', secundum quod actus accipit speciem ab obiecto; et secundum hoc matrimonium ex consensu inseparabilitatem accipit».

⁽³¹⁾ Sulla distinzione tra indissolubilità e indistruttibilità - cfr. A. CARRILLO AGUILAR, *Disolución del vínculo*, pp. 74-77.

⁽³²⁾ GIOVANNI PAOLO II, Adh. Ap. *Familiaris consortio*, n. 20, p. 103: «eodem modo christiani coniuges vocantur ut reapse consortes sint irrevocabilis indissolubilitatis, qua Christus coniungitur Ecclesiae, sponsae suae, a Se dilectae usque in finem».

⁽³³⁾ Cfr. L. GUTTIERREZ MARTIN, *Voluntad y declaración en el matrimonio*, Salamanca 1990, p. 85; L.G. WRENN, *The Invalid Marriage*, Washington 1998, p. 137; c. Burke, 13 iunii 1988, RRDec., vol. LXXX, pp. 380-381, nn. 4-7.

colo matrimoniale, in virtù della quale nessun'altra forza o autorità umana può scioglierlo o sopprimerlo (can. 1141) ⁽³⁴⁾.

In realtà si tratta di una proprietà del vincolo coniugale avente la forza di unire gli sposi nel corso di tutta la loro vita terrena nell'intima identità e inscindibile appartenenza che supera i legami parentali e fa sì che i due diventino « una carne sola » (Mt 19,5; can. 1061, § 1). Da questa angolazione l'indissolubilità si manifesta come la pienezza dell'unità del matrimonio, talvolta indicata nei testi del magistero coi termini dell'unità indissolubile (« indissolubilis unitas ») ⁽³⁵⁾ e perpetua (« perpetua unitas ») ⁽³⁶⁾, o della fedeltà indissolubile (« indissolubilis fidelitas ») ⁽³⁷⁾ e perpetua (« perpetua fidelitas ») ⁽³⁸⁾.

Proprio nella determinazione della portata dell'indissolubilità nel suo aspetto concettuale, ma con la prospettiva dell'utilizzo pratico, la recente canonistica mette in evidenza i tre livelli o componenti, in cui essa espleta la sua forza vincolante, ossia a livello della stabilità del vincolo, della sua perpetuità e dell'indissolubilità, intesa in senso stretto ⁽³⁹⁾.

La connotazione di ogni livello dell'indissolubilità viene stabilita in base agli elementi specifici che lo compongono.

⁽³⁴⁾ P.J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio y simulación del consentimiento*, Pamplona 1997, p. 96; ID., *Il consenso matrimoniale. Tecniche di qualificazione e di esegesi delle cause canoniche di nullità (cc. 1095-1107 CIC)* (tr. it.), Milano 2001, p. 407.

⁽³⁵⁾ Conc. Vat. II, Const. past. *Gaudium et spes*, 48; *Catechismus Catholicae Ecclesiae*, Città del Vaticano 1997, n. 1646, p. 439.

⁽³⁶⁾ GIOVANNI PAOLO II, Adh. Ap. *Familiaris consortio*, n. 14, p. 96.

⁽³⁷⁾ Const. past. *Gaudium et spes*, 49.

⁽³⁸⁾ *Ibid.*, 49; Adh. Ap. *Familiaris consortio*, n. 56, p. 148.

⁽³⁹⁾ Cfr. J. HERVADA - P. LOMBARDIA, *El Derecho del Pueblo di Dios, III, Derecho matrimonial* (1), Pamplona 1973, pp. 70-80; P.J. VILADRICH, *Estructura esencial*, pp. 97-101; ID., *Il consenso matrimoniale*, pp. 408-414. Riguardo alla giurisprudenza rotale - cfr. c. Stankiewicz, 26 novembris 1998, Reg. Latii seu Romana, n. 10; c. Defilippi, 17 maii 2001, Reg. Siculi seu Syracusana, n. 7. I tre « livelli » di indissolubilità devono essere distinti dai tre « gradi » di indissolubilità in relazione allo scioglimento del matrimonio, cioè: « a » quello proprio del patto naturale che si verifica nel matrimonio dei non battezzati; « b » quello che ha come fondamento il battesimo dei due coniugi ed è proprio del matrimonio *ratum tantum* (matrimonio-sacramento non consumato); « c » quello che corrisponde al matrimonio rato e in quanto rato consumato (*matrimonium ratum et consummatum*) » - U. NAVARRETE, *Matrimonio, contratto e sacramento*, in « Monitor Ecclesiasticus », 117 (1993) pp. 111-112. Cfr. anche M.E. CASELLATI ALBERTI, *Indissolubilità e unità nell'istituto naturale del matrimonio canonico*, Padova 1984, p. 98; c. Stankiewicz, 25 iunii 1993, RRDec., vol. LXXXV, pp. 497-499, nn. 4-8.

Così, riguardo alla stabilità del vincolo, si ritiene che essa si fondi sui fini propri del matrimonio (la procreazione ed educazione dei figli), la realizzazione dei quali esige necessariamente l'esistenza tra i coniugi di una società di vita di carattere primario, stabile, non episodico e transitorio, ma che si concretizza nel consorzio permanente.

La perpetuità del vincolo, invece, secondo questa opinione, trova il suo fondamento nella struttura naturale e complementare dell'uomo e della donna, ossia nel loro essere maschile e femminile (struttura naturale della complementarità), di natura immutabile e permanente che di conseguenza richiede anche la perpetuità del vincolo matrimoniale per mantenere l'unione tra gli sposi, senza alcuna interruzione, durante tutta la loro vita terrena.

L'indissolubilità in senso stretto, infine, appare come l'apice della stabilità e della perpetuità del vincolo. Essa si poggia sulla realtà naturale del matrimonio quale unione tra le persone (dualità sessuale umana) ed evidenzia la qualità del potere generatore della mutua identità personale, indelebile e irreversibile, tra gli sposi, il potere cioè che rende fermo ed immutabile il vincolo coniugale, una volta compiuta con atto di libera volontà la mutua donazione ed accettazione con cui i contraenti si costituiscono come coniugi.

Questa indissolubilità naturale, come è noto, acquista la fermezza speciale nel matrimonio-sacramento (can. 1056) quale segno efficace dell'unione di Cristo con la sua Chiesa, e raggiunge la sua assolutezza con la consumazione del matrimonio.

3.1. *La stabilità.*

La sistemazione dei livelli o componenti dell'indissolubilità, considerati finora in modo autonomo, benché entro i limiti della stessa proprietà essenziale del matrimonio, ossia del bene del sacramento, certamente arricchisce la valutazione delle fattispecie concrete, originate dalle anomalie simulatorie del consenso, in base al dettame normativo, di carattere dichiarativo, sull'esclusione di questa proprietà essenziale dal consenso matrimoniale (can. 1101, § 2).

All'inizio, cominciando dalla stabilità o permanenza del vincolo, la sua esclusione operante sotto l'apparenza del segno nuziale può esplicitarsi mediante l'intenzione di effettuare soltanto una convivenza sessuale di carattere transitorio, episodico e temporaneo, senza alcun impegno vincolante per la stabilità e la permanenza di tale re-

lazione e della sua apertura alla comunità familiare (can. 1096, § 1)⁽⁴⁰⁾.

Nella realtà fattuale la stabilità del vincolo viene pregiudicata sovente dall'intenzione di stabilire il cosiddetto «matrimonio a prova», o «per esperimento»⁽⁴¹⁾, che necessariamente comporta la riserva di respingere il risultato della prova negativa, o dell'esperimento negativo (*condicio resolutoria de futuro*) mediante l'interruzione o lo scioglimento della medesima convivenza con l'effetto liberatorio da qualsiasi impegno e da qualsiasi vincolazione.

A maggior ragione, però, l'intenzione contro la stabilità del vincolo è da riconoscere nella volontà di istituire, sotto l'apparenza del matrimonio, una mera «unione di fatto»⁽⁴²⁾, senza che essa implichi alcun vincolo o impegno di carattere stabile e con la rivendicazione di interromperla in qualsiasi momento della sua durata.

Nella valutazione di simili fattispecie ho manifestato in alcune decisioni rotali qualche perplessità nei confronti della sussunzione della permanenza o della stabilità nell'ambito della indissolubilità, tenuto presente che il *consortium permanens* (cfr. can. 1096, § 1) caratterizza il *matrimonium ipsum* (can. 1101, § 2), per cui potrebbe far parte della simulazione totale⁽⁴³⁾.

Infatti, in una causa è stata dichiarata la nullità del matrimonio per l'esclusione della indissolubilità del vincolo da parte del convenuto, il quale, però, nel processetto prematrimoniale ha dichiarato di accettare soltanto la stabilità del matrimonio⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. c. Burke, 13 iunii 1988, in RRDec., vol. LXXX, p. 380, n. 6: «Proinde, relatio coniugalis, ex natura sua, permanens est. Relatio quae non est permanens, coniugalis esse non potest». P.J. VILADRICH, *Estructura esencial*, p. 102. Riguardo all'equivalenza tra l'indissolubilità e la permanenza o la stabilità - cfr. A. STANKIEWICZ, *De iurisprudentia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem* (cc. 1101, § 2 CIC; 824, § 2 CCEO), in «Monitor Ecclesiasticus», 122 (1997) p. 439.

⁽⁴¹⁾ Cfr. Adh. Ap. *Familiaris consortio*, n. 80, pp. 180-181.

⁽⁴²⁾ *Ibid.*, n. 81, pp. 181-182. Cfr. PONTIFICIO CONSIGLIO PER LA FAMIGLIA, *Famiglia, matrimonio e «unioni di fatto»*, 26 luglio 2000, Città del Vaticano 2000, n. 5, p. 12: «L'unione di fatto «ad esperimento» è frequente tra coloro che progettano di sposarsi nel futuro, ma condizionano il loro matrimonio all'esperienza di un'unione senza vincolo matrimoniale».

⁽⁴³⁾ Cfr. c. Stankiewicz, 28 februarii 1989, RRDec., vol. LXXXI, p. 162, n. 4. S. SIPOS - L. GÁLOS, *Enchiridion iuris canonici*, Romae-Friburgi Brig.-Barcinone 1960⁷, p. 406: «Ad fines enim matrimonii plenius obtinendos non sufficit stabilitas, sed indissolubilitas requiritur, et quidem ex praeceptis legis naturae secundariis».

⁽⁴⁴⁾ Cfr. c. Stankiewicz, 14 octobris 1978, RRDec., vol. LXX, p. 442, n. 12: «Iu-

Ritornando, quindi, alle due fattispecie iniziali, si può concludere che nell'intenzione di contrarre un matrimonio « ad esperimento » si può intravedere la *voluntas rescindendi vinculum*, mentre nell'intenzione di costituire l'« unione di fatto », sotto l'apparenza del segno nuziale, manca del tutto la volontà di assoggetarsi a qualsiasi impegno stabile e al vincolo matrimoniale, per cui quest'ultima fattispecie potrebbe essere annoverata tra le modalità dell'esclusione dello stesso matrimonio (« matrimonium ipsum »), ossia della simulazione totale.

3.2. *La perpetuità.*

Per quanto concerne l'esclusione della perpetuità del vincolo matrimoniale, questa sulla scia dalla giurisprudenza rotale del periodo intercodiciale viene considerata come equivalente all'esclusione dell'indissolubilità⁽⁴⁵⁾. Del resto, anche secondo la dottrina canonistica di allora, l'indissolubilità « consistit in perpetuitate vinculi matrimonialis »⁽⁴⁶⁾ e viene chiamata la « perpetuitas proprie dicta »⁽⁴⁷⁾.

Prescindendo dalla questione sulla doppia origine della perpetuità, ossia dal *ius in corpus perpetuum* (can. 1081, § 2 CIC 1917) o dal *vinculum perpetuum* (can. 1110 CIC 1917), non più in auge per la soppressione della norma circa il « ius in corpus perpetuum », nondimeno già da allora si avverte la relazione tra la perpetuità e il consenso che comporta l'inenzionalità illimitata per la durata del vincolo, ossia della sua perpetuità, la cui conseguenza costituisce l'indissolubilità intrinseca⁽⁴⁸⁾. Infatti già secondo la dottrina di S. Tom-

dici autem percontanti de verborum significatione, quae scripta sunt ipsius manu, id est "accetta la stabilità del matrimonio", testis respondit "che detta formula significa che lo sposo non ha affermato chiaramente che accettava la indissolubilità, ma almeno una certa stabilità che gli avrebbe permesso di non rifiutare la celebrazione del matrimonio"».

⁽⁴⁵⁾ Cfr. A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore*, p. 438.

⁽⁴⁶⁾ E.F. REGATILLO, *Ius sacramentarium*, Santander 1964⁴, p. 594. Cfr. J.F. CASTAÑO, *Il sacramento del matrimonio*, p. 103: «L'indissolubilità è lo stesso che il vincolo perpetuo e perciò si oppone direttamente al divorzio». In conformità a tale dottrina veniva proposta anche la nuova formula del can. 1086, § 3: «Invalidum quoque est matrimonium in quo alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludit: 3° indissolubilitatem vinculi cum nupturiens excludat perpetuitatem consortii omnis vitae» - «Communications», 33 (2001) p. 114.

⁽⁴⁷⁾ F.M. CAPPELLO, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis*, vol. V, *De matrimonio*, Romae 19617, p. 38.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. A. CARRILLO AGUILAR, *Disolución del vinculo*, p. 74.

maso il consenso matrimoniale « formaliter loquendo est perpetuus, quia est de perpetuitate vinculi », poiché altrimenti « non faceret matrimonium: non enim consensus ad tempus ad aliquam matrimonium facit »⁽⁴⁹⁾.

L'esclusione della perpetuità può esplicitarsi con l'intenzione di rifiutarla totalmente, in blocco, o di voler riconoscere l'esistenza del vincolo, o di alcuni suoi aspetti, soltanto per un periodo di tempo (*ad tempus*), sia definito, ad esempio per cinque anni, sia indefinito, ma in tal caso in dipendenza dal verificarsi di qualche prevista circostanza, o addirittura dall'arbitrio proprio del contraente, quando cioè viene inteso un consenso « continuato ma reversibile »⁽⁵⁰⁾.

Tuttavia anche in questa dimensione talvolta può sorgere il dubbio sull'esattezza dell'impostazione, specialmente quando si tratta dell'intenzione di impegnarsi nel « consorzio matrimoniale » per un determinato tempo di breve durata, ad esempio per un anno. Infatti il matrimonio al tempo così ristretto può oltrepassare i limiti dell'esclusione della perpetuità per la mancanza della stabilità del vincolo, per cui anche questa fattispecie potrebbe essere qualificata come la simulazione totale⁽⁵¹⁾.

3.3. *L'indissolubilità in senso stretto.*

I casi più frequenti nella questione qui affrontata riguardano l'esclusione dell'indissolubilità in senso stretto che si esplicita sotto la forma dell'intenzione di compiere (contrarre) il matrimonio come dissolubile, fondato sul vincolo matrimoniale rescindibile. Questa intenzione può concretizzarsi con varie modalità esecutive, ad esempio mediante la riserva di rescindere *proprio Marte* il vincolo coniugale in determinate circostanze per riacquistare la piena libertà dal legame coniugale, di ottenere il divorzio civile per sciogliere il vincolo coniugale sia civile che canonico, perfino di carpire lo scioglimento canonico o la dichiarazione di nullità del matrimoniale con mezzi legali o anche fraudolenti, o precostituiti con frode, ecc⁽⁵²⁾.

Cio nonostante l'intenzione di sciogliere il vincolo matrimoniale può sembrare giuridicamente irrilevante in quanto l'indissolubilità co-

(49) S. THOMAS, *In lib. IV Sententiarum*, d.31, q.1, a.3, ad 4.

(50) P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, p. 417.

(51) Cfr. c. Stankiewicz, 29 ianuarii 1981, RRDec., vol. LXXIII, p. 47, n. 6c.

(52) Cfr. A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore*, pp. 439-448.

stituisce un bene indisponibile ad ogni potere umano (can. 1141), e di conseguenza ad ogni volontà humana, per cui non può essere direttamente intaccata con effetto invalidante il matrimonio. Anzi sembra che si tratti dell'oggetto impossibile, poiché nessun nubente può distruggere il vincolo matrimoniale. Per questo motivo nel periodo intercodiciale qualche corrente dottrinale preferiva vedere la rilevanza dell'esclusione dell'indissolubilità nel rifiuto della perpetuità del *consortium omnis vitae*, fondata sulla perpetuità del vincolo matrimoniale⁽⁵³⁾.

In base a tali premesse anche una parte della giurisprudenza era dell'opinione che la «voluntas faciendi divortium non reddit nullum matrimonium, quia civile divortium vinculum matrimoniale, quod iure divino innitur, non tangit»⁽⁵⁴⁾.

Nondimeno ha prevalso l'opinione che la volontà di servirsi del divorzio può contenere già la riserva di sciogliere il vincolo, o almeno la presunzione della sua apposizione.

Infatti, come viene disposto dalle rispettive decisioni: «qui positivo voluntatis actu divortium intendit, praesumendum est facultatem sibi reservare vinculum omne frangendi, nedum civile, sed et religiosum, ita ut omnino liber sit aliud matrimonium ineundi»⁽⁵⁵⁾; oppure: «pacificum est in iurisprudencia nostra contrahentem qui intentionem in nuptiis foverit petendi divortium, si male res cesserint, indissolubilitatem vinculi eo ipso exclusisse praesumi»⁽⁵⁶⁾. Ma anche in modo più categorico si afferma che la riserva del ricorso al divorzio civile contiene già l'esclusione dell'indissolubilità⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵³⁾ O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano 1973⁴, pp. 147-148.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. c. Solieri, 16 iulii 1927, RRDec., vol. XIX, p. 306, n. 3; c. Pecorari, 21 decembris 1937, RRDec., vol. XXIX, p. 774, n. 3; C. HOLBÖCK, *Tractatus de jurisprudentia*, pp. 134-137.

⁽⁵⁵⁾ C. Staffa, 6 octobris 1950, RRDec., vol. XLII, p. 567, n. 2; cfr. anche c. Canestri, 31 iulii 1943, RRDec., vol. XXXV, p. 674, n. 5; c. Rogers, 25 novembris 1969, RRDec., vol. LXI, p. 1043, n. 4; c. Palazzini, 2 iunii 1971, RRDec., vol. LXIII, p. 473, n. 16.

⁽⁵⁶⁾ C. Fiore, 26 februarii 1973, RRDec., vol. LXV, p. 149, n. 4; c. Colagiovanni, 17 ianuarii 1984, RRDec., vol. LXXVI, p. 19, n. 5.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. c. Filipiak, 23 martii 1956, RRDec., vol. XLVIII, p. 256, n. 2: «Sane dicendus est indissolubilitatem excludere ille, qui, licet verum et proprium dicat matrimonium catholicum contrahere velle, simul tamen statuit, positivo voluntatis actu (absolute vel hypothetice non refert), recursum facere ad divortium civile». Cfr. anche c. Di Felice, 13 novembris 1982, RRDec., vol. LXXXIV, p. 530, n. 2; c. Jarawan, 11 maii 1985, RRDec., vol. LXXXVII, p. 238, n. 2; c. Palestro, 25 ianuarii 1989, RRDec., vol.

Tale posizione sulla rilevanza della riserva del divorzio sembra che sia conforme all'insegnamento del magistero secondo cui « il divorzio è una grave offesa alla legge naturale », poiché « esso pretende di sciogliere il patto liberamente stipulato dagli sposi, di vivere l'uno con l'altro fino alla morte » e « offende l'Alleanza della salvezza, di cui il matrimonio sacramento è segno »⁽⁵⁸⁾.

3.4. La riserva del « ius divertendi ».

Per quanto riguarda il valore di tale riserva a sciogliere il matrimonio, secondo la dottrina e la prevalente giurisprudenza rotale essa deve avere la forza della facoltà di sciogliere il vincolo (« facultas solvendi vinculum ») o del diritto di chiedere il divorzio civile (« ius divertendi - divortandi »)⁽⁵⁹⁾. Tale facoltà o diritto può essere esercitato dal simulante sia in modo diretto, come avviene nel divorzio consensuale, sia mediante il ricorso all'autorità competente per ottenere lo scioglimento del legame matrimoniale.

In questo modo la riserva del potere dissolutorio del vincolo in ambedue i casi prevale sul potere unitivo del vincolo coniugale.

Tuttavia la riaffermata esigenza della riserva del « ius evadendi » o « rescindendi vinculum » nell'ambito dell'esclusione dell'indissolubilità non sembra che sia conforme al principio tomistico, generalmente

LXXXI, p. 44, n. 7; c. Civili, 23 octobris 1991, RRDec., vol. LXXXIII, p. 586, n. 9; c. Stankiewicz, 25 iunii 1993, RRDec., vol. LXXXV, p. 500, n. 9. Cfr. S. PANIZO, *Exclusión de la indisolubilidad del matrimonio*, in « Ius Canonicum », 65 (1993) p. 285.

⁽⁵⁸⁾ *Catechismus Catholicae Ecclesiae*, n. 2384, p. 604.

⁽⁵⁹⁾ Riguardo alla dottrina - cfr. A.M. ABATE, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Roma 1985, p. 66; S. VILLEGGIANTE, *L'esclusione del « bonum sacramenti »*, in AA.VV., *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1990, p. 201; F. MORLOT, *Vices du consentement matrimonial relatifs à l'indissolubilité*, in « Revue de Droit Canonique », 43 (1993) p. 56; P.J. VILADRICH, *Estructura esencial*, pp. 104-105; ID., *Il consenso matrimoniale*, pp. 418-419. Riguardo alla giurisprudenza, cfr. c. Grazioli, 29 ianuarii 1940, RRDec., vol. XXXII, p. 94, n. 2: « Invalide contrahit qui divortium ut aiunt civile sibi petendum reservet, etiamsi non absolute hoc ius sibi reservet, sed conditionate tantum »; c. Funghini, 22 ianuarii 1986, RRDec., vol. LXXVIII, p. 39, n. 2: « Nonnisi proinde qui sibi in celebrando matrimonio servat ius, quamvis hypothetice, vinculum abruptum et plenam libertatem recuperandi, indissolubilitatem positive respuisse dicendus est »; c. Palestro, 5 aprilis 1989, RRDec., vol. LXXXI, p. 237, n. 5: « Sufficit, tamen, ut contrahens sibi ius reservet solvendi aliquando omne vinculum »; c. Huber, 16 iunii 1994, RRDec., vol. LXXXVI, p. 325, n. 4: « Indissolubilitatem excludit, qui in contrahendo positivo voluntatis actu sibi reservat ius, absolute vel hypothetice, recuperandi plenam libertatem a vinculo ».

ammesso dalla canonistica e dalla giurisprudenza rotale, secondo cui l'indissolubilità (« indivisibilitas ») appartiene all'essenza del matrimonio « secundum se » o « in seipsa », e non soltanto « in suis principiis » come la « proles » e la « fides »⁽⁶⁰⁾, cioè « quoad ius et obligationem » e non « quoad exercitium » o « quoad exsecutionem »⁽⁶¹⁾.

Per questo motivo si può sostenere che nell'esclusione della indissolubilità, rilevante nel foro canonico, non sia necessaria la riserva della facoltà o del diritto di sciogliere il vincolo, ma sia sufficiente anche la volontà contraria ad essa, cioè « non servandi seu non exsequendi talem obligationem »⁽⁶²⁾.

Con altre parole, in questa materia il « ius vindicatum » o la « facultas requisita divertendi » viene intesa « pro reservatione possibilitatis solvendi vinculum »⁽⁶³⁾, in modo che si tratti della riserva della possibilità di sciogliere il legame matrimoniale⁽⁶⁴⁾.

Infatti chi esclude l'esercizio di questo diritto (« ius ad indissolubilitatem ») o l'esecuzione di questo obbligo (« obligatio quoad indissolubilitatem ») nel momento costitutivo del matrimonio, vuole solo il matrimonio solubile.

In questo senso, quindi, si può intendere o interpretare il principio dell'inammissibilità della distinzione tra l'obbligo e il suo adempimento, tra il diritto e l'uso del medesimo, nei confronti dell'esclusione dell'indissolubilità, poiché « consensum matrimonialem irritum facit non solum voluntas non sese obligandi quoad indissolubilitatem, sed etiam non servandi seu non exsequendi talem obligationem »⁽⁶⁵⁾.

(60) S. THOMAS, *In lib. IV Sententiarum*, d.31, q.1, a.3, in c.

(61) T. SANCHEZ, *Disputationum de sancto matrimonii sacramento* (t. I, Venetiis 1693), lib.2, disp.29, n. 12.

(62) Cfr. c. Stankiewicz, 17 decembris 1993, RRDec., vol. LXXXV, p. 777, n. 8; c. Masala, 27 ianuarii 1977, RRDec., vol. LXIX, p.25, n. 5: « His in adiunctis inutile est inquirere utrum obligatio indissolubilitatis, an obligationis ipsius exsecutio limitata sit, cum in hoc bono adimpletio obligationis demi nequeat quin et ipsa obligatio respuat ».

(63) Cfr. c. Stankiewicz, 27 octobis 1995, RRDec., vol. LXXXVII, p. 599, n. 7.

(64) Cfr. c. Ewers, 22 iulii 1981, RRDec., vol. LXXIII, pp. 363-364, n. 6: « Sane haud oportet ad matrimonium dirimendum ut contrahens absolute et pro omni casu sibi proponat solubile matrimonium contrahere, sed sufficit ut sibi reserret *facultatem seu possibilitatem* divertendi, si casus ferat »; c. Ragni, 16 decembris 1986, RRDec., vol. LXXVIII, p. 715, n. 4. Cfr. anche P. BIANCHI, *Quando il matrimonio è nullo*, Milano 1998, p. 106.

(65) Cfr. c. Stankiewicz, 17 decembris 1993, cit., p. 777, n. 8; 27 maii 1994, RRDec., vol. LXXXVI, p. 247, n. 13.

3.5. *Il diritto e l'obbligo all'indissolubilità.*

Sorge tuttavia il problema se in materia dell'indissolubilità si possa parlare dell'esclusione di un diritto o di un obbligo.

Infatti un'autorevole opinione sostiene che non ci sia il « ius » o l'« obligatio » alla indissolubilità, ma soltanto la non-rescindibilità del vincolo, intesa come principio basilare, o l'indissolubilità in se stessa, poiché il bene del sacramento « non entra nella categoria dei diritti e degli obblighi »⁽⁶⁶⁾.

Ma esiste anche un'opinione contraria secondo cui l'indissolubilità può essere considerata anche come un obbligo, ossia una « norma agendi », che proibisce divorzio, attentato di un secondo vincolo e ogni altra interruzione del legame coniugale⁽⁶⁷⁾, sebbene si tratti dello stesso effetto invalidante il consenso per l'esclusione dell'indissolubilità⁽⁶⁸⁾.

Infatti, all'esistenza dell'obbligo di conservare intatto il vincolo matrimoniale induce già la qualità di *sacramentum* adoperata nell'espressione agostiniana del « bonum sacramenti », che riflette ancora il significato antico di un impegno per la vita o di un giuramento di fedeltà⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁶⁾ U. NAVARRETE, *Problemi sull'autonomia dei capi di nullità del matrimonio per difetto di consenso causato da perturbazioni della personalità*, in AA.VV., *Perturbazioni psichiche e consenso matrimoniale nel diritto canonico*, Roma 1976, p. 131. Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *De exclusione indissolubilitatis ex consensu matrimoniali eiusque probatione*, Neapoli 1973, p. 46; E. OLIVARES D'ANGELO, *La exclusión de la indisolubilidad*, pp. 172-173.

⁽⁶⁷⁾ A. VAN KOL, *Theologia moralis*, II, Barcinone 1968, p. 442: « Potest tamen, et forte rectius, etiam indissolubilitas considerari ut norma, quae sc. prohibet divortium et attentionem secundi vinculi successivi, necnon interruptionem temporariam executionis obligationum coniugialium: iamvero huius normae observantia est perpetuitas materialiter sumpta ». P. HUIZING, *Schema structurae iuris canonici latini de matrimonio*, Romae 1963, p. 45.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. c. Stankiewicz, 28 februarii 1989, RRDDec., vol. LXXXI, p.163, n. 5: « Sive enim intentio contra bonum sacramenti afficiat indissolubilitatem tamquam normam agendi (seu qua ius et obligationem)..., sive inficiat ipsum principium vinculi indissolubilis, in utraque specie nullitatem consensus haud dubie producit propter exclusam proprietatem essentialem ipsius matrimonii, quae est indissolubilitas ».

⁽⁶⁹⁾ Cfr. E. SCHILLEBEECKX, *Il matrimonio*, p. 153. Riguardo al « sacramentum militare » S. ISIDORUS, *Etymologiarum sive originum libri XX*, (ed. W.M. Lindsay, 1985), lib. IX,3,53: « *Sacramentum*, in quo post electionem iurat unusquisque miles se non recedere a militia, nisi post completa stipendia, id est, militiae tempora; et hi sunt qui habent plenam militiam. Nam et viginti et quinque annis tenentur ».

Inoltre questa opinione trova il suo riscontro nell'insegnamento del Catechismo della Chiesa Cattolica, secondo cui «l'alleanza stipulata liberamente dai coniugi impone loro l'obbligo di conservarne l'unità e l'indissolubilità» (n. 2364).

Non desta quindi meraviglia che recente giurisprudenza rotale con esplicite parole talvolta faccia riferimento a tale obbligo: «qui contrahendo reicit ipsam obligationem indissolubilitatis vel eam adimplere recusat, in utroque casu ad tempus vel dissolubile intendit inire matrimonium, quod semper nullum est»⁽⁷⁰⁾.

Non si tratta però di una «norma agendi» prettamente morale, bensì giuridica, cioè di giustizia, intimamente congiunta con il vincolo matrimoniale, di carattere giuridico, e fondata sulla legge divina naturale e positiva⁽⁷¹⁾.

3.6. *L'esclusione ipotetica dell'indissolubilità.*

Infine qualche cenno sull'esclusione dell'indissolubilità formulata in modo ipotetico, condizionato o «relativo»⁽⁷²⁾, ossia *si casus ferat*, che è la più frequente a presentarsi nella prassi giudiziale canonica⁽⁷³⁾. In questa ipotesi 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»⁽⁷⁴⁾.

Ci si chiede talvolta, se in tal caso si tratti della volontà ipotetica o condizionata contro l'indissolubilità del vincolo matrimoniale, o piuttosto della ipotetica rottura dell'unione matrimoniale.

⁽⁷⁰⁾ C. Jarawan, 17 aprilis 1991, RRDec., vol. LXXXIII, p.265, n. 2; c. Stankiewicz, 27 octobris 1995, cit., p.598, n. 5.

⁽⁷¹⁾ Cfr. J. HUBER, *Indissolubilitas matrimonii estne norma iuridica an praeceptum morale*, in «Periodica», 79 (1990) p. 115: «Indissolubilitas non est tantum praeceptum morale, sed etiam norma iuridica».

⁽⁷²⁾ Cfr. c. Stankiewicz, 17 decembris 1993, RRDec., vol. LXXXV, p. 777, n. 7.

⁽⁷³⁾ Cfr. S. VILLEGIANTE, *L'esclusione del « bonum sacramenti »*, p. 212; G. AGUSTONI, *L'esclusione ipotetica dell'indissolubilità del vincolo matrimoniale*, in AA.VV., *Il consenso matrimoniale canonico*, Roma 1988, p. 65; E.G. PENASCH, *Simulated Consent: A New Way of Looking at and Old Way of Thinking. Part II*, in «The Jurist», 55 (1995) pp. 733-734.

⁽⁷⁴⁾ G. AGUSTONI, *L'esclusione ipotetica*, p. 66. Cfr. c. Fiore, 18 octobris 1965, RRDec., vol. LVII, p. 679, n. 6.

L'opinione, ci sembra prevalente, ritiene che nell'ipotesi menzionata si verifichi soltanto la rottura ipotetica o condizionata del matrimonio, non l'esclusione dell'indissolubilità.

Infatti, secondo questa opinione, « una esclusione che, se vera, è assoluta nel momento stesso in cui viene concepito l'atto positivo di volontà », invece « 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: è ipotetica la rottura, non la esclusione »⁽⁷⁵⁾.

Non potendo entrare in questa sede in un dibattito più approfondito della menzionata questione, di carattere piuttosto teorico, vorrei far presente che la volontà condizionata può essere intesa soltanto in funzione normativa, e non in funzione psicologica, in cui la volizione, come « fatto psicologico », rimane già dall'inizio ferma, definitiva e assoluta.

La volontà condizionata nel senso normativo è legata originariamente all'avvenimento futuro ed incerto che la limita e subordina⁽⁷⁶⁾. Tale volontà, infatti, di sciogliere il vincolo *si quaedam contingant*, a causa del principio dell'indissolubilità che non ammette nessuna intenzione contraria, « iam in radice destruit consensum momento celebrationis nuptiarum, id est ante verificationem praevisi eventus »⁽⁷⁷⁾. In tal senso, quindi, la volontà condizionata⁽⁷⁸⁾ contro l'indissolubilità rimane definitiva già dall'inizio in quanto produce la nullità del consenso già nel momento della sua manifestazione.

⁽⁷⁵⁾ S. VILLEGGIANTE, *L'esclusione del « bonum sacramenti »*, p. 213. Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *De exclusione indissolubilitatis*, p. 116; F. MORLOT, *Vices du consentement*, p. 61. Riguardo alla giurisprudenza, cfr. c. Colagiovanni, 9 aprilis 1991, RRDec., vol. LXXXIII, p. 229, n. 8: « non agitur de hypothetico actu voluntatis, qui absolute e contra, uti actus positivus, esse debet, sed de hypothetico eventu futuro, quo verificato, contrahens intendit, et quidem absolute, solvere vinculum ». In questo senso anche: c. Gianecchini, 10 aprilis 1992, RRDec., vol. LXXXIV, p. 184, n. 2; c. De Lanversin, 15 iunii 1992, RRDec., vol. LXXXIV, p. 351, n. 8; c. Defilippi, 22 novembris 1996, RRDec., vol. LXXXVIII, p. 749, n. 6.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1960², p. 517.

⁽⁷⁷⁾ A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore*, pp. 449-450; c. Stankiewicz, 30 aprilis 1981, Romana, n. 4; 21 iulii 1987, Romana, n. 5.

⁽⁷⁸⁾ Sul significato della volontà condizionata nella dottrina pandettistica - cfr. G. PETRELLI, *La condizione « elemento essenziale » del negozio giuridico. Teoria generale e profili applicativi*, Milano 2000, pp. 23ss.

