

NIKOLAUS SCHÖCH

L'ESCLUSIONE DELL'INDISSOLUBILITÀ  
NELLE FONTI DEL DIRITTO CANONICO  
ANTECEDENTI AL CODICE DEL 1917

1. Introduzione. — 2. L'esclusione dell'indissolubilità concepita come condizione contro la sostanza del matrimonio. — 3. La condizione contro la sostanza del matrimonio non condivisa dall'altra parte. — 4. La condizione contro l'indissolubilità espressa ed accettata dall'altra parte. — 5. Il passaggio dalla condizione contro la sostanza concordata tra le parti all'esclusione con atto positivo unilaterale. — 6. L'irrelevanza di un *modus* contro l'indissolubilità. — 7. L'inapplicabilità della distinzione tra assunzione di un obbligo essenziale e il suo adempimento. — 8. L'irrelevanza dell'*error simplex* per la validità del consenso. — 9. L'uso di formule contrarie alla sostanza del matrimonio. — 10. I matrimoni dei pagani. — 11. I matrimoni degli ebrei. — 12. I matrimoni degli orientali. — 13. I matrimoni dei calvinisti. — 14. Conclusione.

1. *Introduzione.*

Nei tempi recenti, assistiamo ad una inversione di tendenza, rispetto ai tempi antichi, per ciò che concerne le dichiarazioni di nullità matrimoniali nei tribunali della Chiesa.

Attualmente, infatti, la maggior parte dei processi matrimoniali, mirano a provare la nullità del vincolo matrimoniale. Nel medioevo, invece, i coniugi, in special modo le donne, desideravano dai vescovi e dai loro tribunali la dichiarazione della validità delle nozze e della legittimità della prole. Solo nel 10 % dei processi matrimoniali l'attore chiedeva la dichiarazione della nullità del vincolo<sup>(1)</sup>.

---

(1) Cf. R. WEIGAND, *Zur mittelalterlichen kirchlichen Ehegerichtsbarkeit. Rechtsvergleichende Untersuchung*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Kanonistische Abteilung* 67 (1981), 230.

Nei processi, il capo accusato più frequente era la condizione, in genere *de praesenti* o *de futuro* non adempiuta dall'altra parte. La *conditio contra substantiam* era, invece, rarissima. I coniugi accusavano, in genere, il mancato adempimento di uno dei seguenti oggetti della condizione: accettazione del coniuge da parte dei genitori, verginità della sposa o la disponibilità a continuare i rapporti intimi anche dopo la fine del concubinato<sup>(2)</sup>.

Nell'alto medioevo, i Papi, nella maggior parte dei casi, difendevano la validità del vincolo matrimoniale, anche se le circostanze avrebbero fatto pensare, ad una persona dei tempi nostri, ad una condizione contro la sostanza: Papa Clemente III raccomandava al Vescovo di Melfi di obbligare un certo *Thomasius* a separarsi dalla concubina e fare penitenza. Non poteva tornare neanche dalla legittima consorte perché nel frattempo era morta. La fattispecie, invece, avrebbe permesso un processo di nullità per l'esclusione dell'indissolubilità, da parte dell'attore, secondo i concetti canonici odierni, perché *Thomasius* si era già separato di fatto dalla moglie e vissuto per ben 12 anni *more uxorio* con un'altra donna prima di accusare la moglie di adulterio. La legittima moglie morì, il Papa chiese ugualmente che si separasse dalla convivente e facesse penitenza, in quanto non metteva minimamente in dubbio la validità del precedente vincolo<sup>(3)</sup>.

Per rendere più agevole il ragionamento, è opportuno riportare un fatto accaduto nel medioevo.

Se una stessa persona aveva contratto più matrimoni si iniziava un processo di nullità, o al contrario un processo per dichiarare valido uno dei matrimoni celebrati anche se nei casi concreti non mancavano elementi dai quali risulterebbe, applicando i principi della giurisprudenza canonica odierna, la nullità per esclusione della fedeltà o dell'indissolubilità. Alessandro III mandò tra il 1175 e il 1181 una decretale ai vescovi di Winchester, Bath e Hereford in Inghilterra, con la quale li nominò giudici delegati in una causa delicata. Un nobile normanno promise sua figlia Maria al giovane Ro-

(2) Cf. R. WEIGAND, *Zur mittelalterlichen kirchlichen Ehegerichtsbarkeit*, 239.

(3) Cf. Lib. Extra, lib. 4, tit. 7, cap. 4 (CLEMENS PAPA III, Decr. *Ex litterarum tuarum*, 1187-1191 [data precisa sconosciuta], ex Palatio Laterani, Abbati S. Thomae [al. Episcopo Meldensi], de matrimonio Thomasii, in Ph. JAFFÉ, *Regesta Pontificum Romanorum*, ed. secunda corr. et aucta, 2 voll., Lipsiae 1888, vol. I, n. 16602 [nella prima edizione n. 10232 e 10247]).

berto. Essi si scambiarono una promessa di fedeltà in presenza di alcuni parenti, ma non *in facie Ecclesiae*. L'Arcivescovo di Canterbury temendo la celebrazione di un secondo matrimonio *in facie Ecclesiae*, iniziò una causa per provare che la promessa di fedeltà da loro scambiata era un vero contratto matrimoniale. Risultava impossibile chiarire il significato della promessa scambiata tra i coniugi. Per tale motivo vietò provvisoriamente nuove nozze alle parti. Successivamente Roberto violò il divieto e sposò Matilde di Polstead *in facie Ecclesiae*. Maria insisteva nel considerarlo un semplice fidanzamento, ma Matilde obbligò il marito ad abitare con lei. Maria ricorse al Papa, ma senza aspettare le disposizioni del Pontefice sposò un altro uomo. Il Pontefice per tutta risposta deliberò che il secondo matrimonio era valido se le parti avevano celebrato prima un mero fidanzamento. Il divieto dell'Arcivescovo non produsse la nullità del secondo matrimonio, ma soltanto un interdetto con il quale fu punita Maria<sup>(4)</sup>.

Il presente studio si concentra sulle fonti del can. 1086, § 2 del CIC 1917 e le interpreta alla luce della scienza canonica e della prassi della Curia Romana. Si cerca di approfondire, nelle linee essenziali, lo sviluppo concettuale dalla condizione *contra substantiam* all'esclusione con atto positivo di volontà, termine sviluppato soprattutto nella giurisprudenza, entrato poi nel CIC 1917.

## 2. *L'esclusione dell'indissolubilità concepita come condizione contro la sostanza del matrimonio.*

La simulazione del consenso matrimoniale compare nelle fonti come una condizione contro la sostanza del matrimonio. La simulazione con atto positivo, come capo di nullità distinto dalla condizione, è frutto di un successivo sviluppo della scienza e soprattutto della giurisprudenza, che ha cominciato a ridurre poco a poco la condizione contro la sostanza sin dalla fine del settecento al mero atto positivo di volontà unilaterale e anche tacito, con il quale viene escluso un elemento o una proprietà essenziale del matrimonio.

---

(4) Appendice al cosiddetto manoscritto di Lincoln conservato nell'archivio del *Cathedral Chapter* Libr. 121, 6.28, fol. 9v; la Decretale di ALESSANDRO III viene riportato da P. LANDAU, *Rechtsfortbildung im Dekretalenrecht. Typen und Funktionen der Dekretalen im 12. Jahrhundert*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Kanonistische Abteilung* 86 (2000), 114-116.

La condizione contro la sostanza si distingue dalla condizione turpe e dalla condizione impossibile. Solo la prima categoria irrita il consenso, mentre le altre due lo rendono soltanto illecito e sono da ritenersi non apposte<sup>(5)</sup>. Una condizione contro la sostanza potrebbe essere, secondo il gesuita Tommaso Tamburini (1591-1675), ad esempio: «*Contraho tecum donec, seu, si non inveniam pulchriorem*»<sup>(6)</sup>.

Il testo più citato nell'ambito dell'esclusione dell'indissolubilità concepita nelle fonti e nella dottrina come condizione contro la sostanza è la celebre Decretale di Gregorio IX *Si conditiones*: «*Si conditiones contra substantiam coniugii inserantur, puta, si alter dicat alteri: 'contraho tecum, si generationem prolis evites', vel: 'donec inveniam aliam honore vel facultatibus digniorem', aut: 'si pro quaestu adulterandam te tradas', matrimonialis contractus, quantumcunque sit favorabilis, caret effectu; licet aliae conditiones appositae in matrimonio, si turpes aut impossibiles fuerint, debeant propter eius favorem pro non adiectis haberi*»<sup>(7)</sup>. Bernardo Balbi, chiamato anche Bernardus Papiensis (+ 1213), vescovo di Pavia e canonista famoso per la *compilatio antiqua I* delle decretali *extra decretum vagantes* e per le sue glosse al *Decretum Gratiani*, ha equiparato la condizione contro la sostanza alla condizione di qualsiasi natura.

L'effetto era in tutti i casi la nullità del contratto stipulato<sup>(8)</sup>. L'effetto irritante attribuito alla condizione contro il *bonum sacramenti*, trova il suo fondamento nel diritto naturale secondo l'opinione comune dei maestri della scienza canonica.

### 3. *La condizione contro la sostanza del matrimonio non condivisa dall'altra parte.*

I canonisti distinguevano sin dal Decreto di Graziano comunemente tra la condizione condivisa ed accettata espressamente dall'al-

<sup>(5)</sup> Cf. HENRICUS DE SEGUSIO (Hostiensis), *In quinque Decretalium libros Commentaria*, 5 tom., Venetiis 1581, tom. 4, lib. 4, tit. 5, c. 7.

<sup>(6)</sup> Th. TAMBURINI, *Iuris Divini, naturalis et ecclesiastici expedita moralis explicatio*, 3 tom., Lugduni 1665, tom. 2, lib. 8, tract. 4, cap. 5.

<sup>(7)</sup> Lib. Extra, lib. 4, tit. 5, cap. 7.

<sup>(8)</sup> Cf. BERNARDO BALBI (BERNARDUS PAPIENSIS), *Summa de matrimonio*, in *Bernardi Papiensi Summa Decretalium* (ed. E.T. Laspeyres), Ratisbonae 1860, ristampa Graz 1956, lib. 4, tit. 5.

tra parte e la condizione respinta o accettata soltanto tacitamente. Se un uomo e una donna non sposati instaurano una relazione intima, non per procreare, ma per libidine con l'impegno che nessuno dei due avrà rapporti intimi con altri, si potrebbe forse considerare matrimonio, purché desiderino di vivere insieme stabilmente fino alla morte senza evitare la possibilità di mettere al mondo dei figli. Diversamente non sarebbe matrimonio. È invalido il consenso di colui che contrae matrimonio solo nella speranza futura che la moglie risulti ricca o si comporti in maniera onesta. Tale uomo è già adultero con la donna che ha sposato invalidamente, non, invece, con la donna che desidera sposare in futuro<sup>(9)</sup>.

Un uomo desiderava unirsi intimamente ad una donna senza sposarla. Finse soltanto di sposarla in presenza di testimoni con il falso nome di Giovanni, con lo scopo di avere solo rapporti carnali. Era convinto che tale finta unione non poteva essere ritenuta matrimonio ed escludeva categoricamente il proposito di celebrarlo in futuro. Il rapporto intimo eventualmente avvenuto, non produce alcun effetto giuridico, anche se la moglie aveva prestato il consenso in passato o lo presterà in futuro e lo sposo non aveva consentito o non consentirà. Siccome l'uomo si era sposato con tale donna con un nome fittizio, e si erano uniti carnalmente, tutto farebbe presumere ad un vero matrimonio. In realtà se non ha dato il consenso, non ha mai voluto sposarla, manca sia la forma del contratto sia la sua sostanza e il consenso è insufficiente e, di conseguenza, non nasce il patto coniugale<sup>(10)</sup>.

La scienza canonica ha sviluppato ulteriormente il motivo per cui tale condizione irrita il consenso anche senza la necessità che entrambe le parti abbiano posto la condizione di comune accordo. Secondo Diego de Covarruvias y Leyva (1512-1577), Vescovo di Segovia, non può sussistere nulla senza la sostanza. La sostanza che consiste nel consenso alla società coniugale («societas coniugalis»),

---

(9) «Etenim si aliquam sibi ad tempus adhibuerit, donec aliam dignam honoribus, vel suis facultatibus inveniatur, quam in coniugio ducat, animo ipso adulter est, nec cum illa, quam cupit invenire, sed cum ista, cum qua sic cubat, ut cum ea non habeat maritale consortium» (Decr. Grat., pars 2, causa 32, qu. 2, can. 6).

(10) Cf. Lib. Extra, lib. 4, tit. 1, cap. 26 (INNOCENTIUS PAPA III, Decr. *Tua nos duxit*, 13 feb. 1212, ex Palatio Laterani, Bernardo Gebennensi episcopo, de quibusdam iuris ecclesiastici quaestionibus, in A. POTTHAST, *Regesta Pontificum Romanorum inde ab a post Christum natum 1198-1304*, 3 voll., Berolini 1874-1875, vol. I, n. 4379, p. 378).

viene meno se non s'includono, almeno tacitamente, le finalità della perpetuità del vincolo, della fedeltà e della prole<sup>(11)</sup>. Se entrambi i coniugi acconsentano nella condizione, il matrimonio è nullo. Questo non si verifica se una parte contraddice. Allora si tratta semplicemente di *sponsalia de futuro*, di un fidanzamento che diventa un matrimonio con la copula carnale<sup>(12)</sup>. Colui che pone una condizione che non è recepita dall'altra parte, non ha ancora consentito. Un tale consenso condizionato ha un vizio manifesto, cioè la condizione contro la sostanza dell'atto: «*unus etenim contrahit sub conditione alter pure: diversitas ergo in substantia irritam facit ipsam obligationem*»<sup>(13)</sup>.

Tomas Sánchez (1551-1610) famoso per il suo trattato *De sancto matrimonii sacramento* ha approfondito il concetto della condizione posta di comune accordo («*in pactum deducta*»). Chi intende celebrare un matrimonio solubile o un matrimonio limitato nel tempo, non intende il matrimonio<sup>(14)</sup>. Tale affermazione vale solo per l'indissolubilità per cui la riserva mentale di un infedele di sposarsi soltanto per un tempo limitato rende già nullo il matrimonio anche all'insaputa dell'altra parte: «*Ergo intendit matrimonium inire dissolubile et ad tempus, vere non intendit matrimonium, cum intentio adversetur essentiae*»<sup>(15)</sup>. Se uno ha l'intenzione contraria agli altri due beni, non accettata espressamente dall'altra parte, intendendo di non avere la prole o di non educarla, di commettere adulterio ecc., non fa venir meno la sostanza del contratto, perché se uno vuole contrarre in senso assoluto, viene obbligato in forza del contratto a non agire contro i predetti beni, nonostante la sua intenzione<sup>(16)</sup>. Pur affermando il principio che una condizione contraria alla sostanza e

(11) «*Substantia autem deficit, cum ea consistat in consensu ad societatem coniugalem, sub quo includitur tacite consensus mutuus ad vinculum perpetuum coniugii, ad fidem servandam, ad prolem suscipiendam, quem quidem tria sunt cona matrimonii*» (D. COVARRUVIAS, *In quinque Decretalium libros Epitome*, Venetiis 1568, pars 2, cap. 3, n. 1).

(12) Cf. D. COVARRUVIAS, *In quinque Decretalium libros Epitome*, pars 2, cap. 3, n. 11.

(13) D. COVARRUVIAS, *In quinque Decretalium libros Epitome*, pars 2, cap. 3, n. 11.

(14) Cf. T. SÁNCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, 3 tom., Lugduni 1739, tom. 2, disp. 29, n. 11.

(15) T. SÁNCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, tom. 2, disp. 29, n. 11.

(16) Cf. T. SÁNCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, tom. 2, disp. 29, n. 11.

non accettata dall'altra parte non ha effetto irritante, Sánchez ammette l'eccezione per l'infedele che si sposa con l'intenzione di fare un libello di ripudio lecito secondo la sua religione. Anche se la condizione non è stata accettata dall'altra parte e persino se non ne è stata informata, un tale matrimonio è nullo per un ragionamento che di per sé è applicabile a qualsiasi matrimonio: «Quia intentio non servandi perpetuitatem matrimonii illud annullat»<sup>(17)</sup>. Non basta, però, una mera riserva mentale mai espressa. Come ogni consenso non produce un effetto giuridico se non è stato manifestato con segni esterni così la condizione contraria all'indissolubilità non espressa non consegue un effetto irritante<sup>(18)</sup>. Una condizione contraria al *bonum fidei* o al *bonum prolis*, invece, non rende nullo il matrimonio anche se è stata espressa: «Si tamen haberet intentionem adversam aliis duobus matrimonii bonis corde solo retentam nec in pactum deductam, valeret utique, ut si intenderet vitare prolem et habitam non educare, debitum negare»<sup>(19)</sup>.

La dottrina di Sánchez, è stata decisamente estesa da Petrus de Ledesma (+ 1616), Domenicano e Professore a Salamanca, a tutti cristiani, perché nega la validità di qualsiasi matrimonio nel caso di una condizione posta da una parte alla quale l'altra parte ha risposto con il rifiuto esplicito o semplicemente con il silenzio: «...et conditio contro substantiam matrimonii a quocunque ponatur, etiam si non ponatur ab utroque, vitiat matrimonium et reddit illud nullum»<sup>(20)</sup>. L'effetto irritante è dovuto proprio al requisito della mutua donazione dei corpi perché non basta una donazione effettuata da una sola parte. Se uno degli sposi non trasferisce, per condizione, il dominio sul suo corpo all'altra parte il consenso è nullo. Tale ragionamento risulta convincente e toglie alle opinioni contrarie ogni probabilità. Petrus de Ledesma condivide la necessità affermata dal Sánchez che non basta la mera riserva mentale. Se la condizione, invece,

(17) T. SÁNCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, tom. 2, disp. 12, n. 5.

(18) «... ut si quis intendat tantum ad tempus inire matrimonium. Probatio quia ad matrimonium consensus internus, et signa externa desiderantur, nec consensus sine signis, nec signa sine consensu aliquid operantur: ergo quaecumque conditio nullo signo expressa, sed sola mente retenta, nihil operatur ad irritandum» (T. Sánchez, *De sancto matrimonii sacramento*, tom. 2, disp. 29, n. 11).

(19) T. SÁNCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, tom. 2, disp. 1, n. 1.

(20) PETRUS DE LEDESMA, *De magno matrimonii sacramento super doctrinam angelici doctoris in aliquibus quaestionibus*, Venetiis 1595, qu. 47, art. 5, p. 254.

non è mai stata manifestata, il matrimonio sarà ritenuto valido in foro esterno perché dopo la copula si presume che sia cessata la condizione<sup>(21)</sup>. Per consolidare ulteriormente la sua teoria Petrus de Ledesma ha attinto dalla dottrina comune riguardante gli altri contratti consensuali, dove ogni condizione contraria alla sostanza o la buona fede dell'altra parte produce la nullità del contratto. La compravendita stipulata sotto la condizione, anche unilaterale, di non trasferire la proprietà è nulla, il contratto è valido se c'è il trasferimento della proprietà. Un contratto di società che prevede la partecipazione del socio solo al danno e non al lucro è nullo perché la condizione è contraria alla sostanza del contratto di società. Tali principi valgono a maggior ragione per il matrimonio<sup>(22)</sup>.

Ponce de León (1570-1629), professore di teologia morale a Salamanca, non considerava l'opinione dell'invalidità anche nel caso della condizione non pattuita l'unica ragionevole e non soltanto più probabile, come ritenevano Sánchez e Ledesma, giacché il consenso matrimoniale non ammette la limitazione ad una sola persona. Il matrimonio risulta necessariamente dal consenso di entrambi. Il consenso di colui che contrae sotto una condizione contro la sostanza è insufficiente per le nozze: «Ergo ex illo et altero pure contrahente non potest oriri vinculum matrimonii»<sup>(23)</sup>. Tale ragionamento è applicabile non soltanto al matrimonio, ma vale per qualsiasi altro contratto. Ogni contratto è invalido sebbene la condizione fosse stata espressa soltanto da uno dei contraenti. Il ragionamento è basato sul diritto naturale perché occorre il mutuo consenso per qualsiasi contratto bilaterale: «Quod si quis dicat, si unus tantum apponit conditionem, et alter contradicit, conditio illa non videtur apposta contractui, atque adeo erat validus. Respondetur ex hoc tantum,

---

(21) Cf. PETRUS DE LEDESMA, *De magno matrimonii sacramento*, qu. 47, art. 5, pp. 254-255.

(22) «Alii contractus in quibus ponitur conditio contra substantiam vel fidem contractus nulli sunt, ut patet in emptione, et venditione, nam si quis contrahat hac lege, et conditione quod non transferatur dominium rei venditae nulla est venditio: quoniam talis conditio adversatur substantiae venditionis, de cuius sententia est, quod transferatur dominium rei venditae. Item in contractu societatis quod socius fit particeps damni, non tamen lucri, contractus est nullus, quoniam illa conditio contrariatur fini: ergo multo magis matrimonium...» (PETRUS DE LEDESMA, *De magno matrimonii sacramento*, qu. 47, art. 5, pp. 247-248).

(23) B. PONCE DE LEÓN, *De Sacramento matrimonii tractatus*, Lugduni 1640, lib. 3, cap. 12, n. 8.

quod alter contradicit, non posse colligi validum fuisse contractum, sed unum ex eis voluisse contrahere cum ea conditione, cumque alius nolit ea conditione apposita contractum celebrare, constat fuisse nullum»<sup>(24)</sup>. Il gesuita spagnolo Castro Palao (1583-1633) si muove sulla stessa scia riferendosi esplicitamente a Sánchez<sup>(25)</sup>. Colui che pone una condizione e desidera consentire soltanto sotto la condizione, non è disposto a conferire il dominio sul suo corpo e contrae, di conseguenza, invalidamente<sup>(26)</sup>.

Il gesuita Kugler (1654-1721), professore a Praga, pur non allontanandosi dai principi di fondo, ha distinto ulteriormente. L'effetto irritante presuppone che la condizione è stata percepita dall'altra parte indipendentemente da un eventuale assenso o un rifiuto. Il contratto nuziale è già viziato se una sola parte consente pienamente mentre l'altra parte ha prestato un consenso condizionato<sup>(27)</sup>. L'effetto irritante di tale condizione rimane, però, limitato al foro interno e si estende al foro esterno soltanto se si raggiunge la prova<sup>(28)</sup>.

Cristoforo Cosci, nel settecento Vicario generale di Chiusi in Toscana, il cui trattato *De separatione tori coniugalis* è uscito per la prima volta nel 1763, ha presentato la seguente considerazione: siccome l'intenzione limitata da una condizione contro la sua sostanza non si dirige verso un matrimonio vero, ma verso un matrimonio finto, il suo valore è nullo indipendentemente se l'altro ne è a conoscenza oppure no. Non importa se la condizione è stata posta da una sola parte, purché si possa dimostrare che sia antecedente alle nozze<sup>(29)</sup>.

(24) B. PONCE DE LEÓN, *De Sacramento matrimonii tractatus*, lib. 3, cap. 12, n. 8.

(25) Cf. T. SÁNCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, tom. 2, disp. 3, n. 5.

(26) Cf. F. CASTRO PALAO, *Opera moralia de virtutibus, et vitiis contrariis in varios Tractatus et Disputationes Theologicas distributa*, 5 tom., Lugduni 1682, tom. 5, pars 5, disp. 1, § 4, n. 9.

(27) Cf. J. KUGLER, *Tractatus theologico-canonicus de matrimonio*, Nürnberg 1713, pars 1, cap. 3, n. 178.

(28) «Conditio resolutive contraria substantiae: circa conditiones substantiae matrimonii contrarias notant Authores, ut Matrimonium irritent, eas debere in pactum deduci; sed haec adnotatio intelligenda est de foro externo: Nam in interno conscientiae etiam invalidus contractus est, si pars contrahens serio intendat aliquid substantiae Matrimonii, et bonis eius commemorationis contrarium, v.g. si intendat se tantum obligare ad tempus» (J. KUGLER, *Tractatus theologico-canonicus de matrimonio*, pars 1, cap. 3, n. 177).

(29) Cf. C. COSCI, *De separatione tori coniugalis tam nullo existente seu soluto, quam salvo vinculo matrimonii, eiusque effectibus*, Florentiae 1856, 238-239.

Anche secondo Rosset (1830-1902), Vescovo francese, basta una intenzione virtuale o implicita contro la sostanza del matrimonio «etsi non deducatur in pactum» per produrre il suo effetto irritante poiché occorre un consenso almeno implicito nei beni essenziali del matrimonio: «Porro consensus implicitus in bona matrimonii consistere nequit cum intentione talia bona excludente»<sup>(30)</sup>.

4. *La condizione contro l'indissolubilità espressa ed accettata dall'altra parte.*

La dottrina prevalente dei canonisti e la prassi della Curia Romana hanno ristretto l'effetto irritante alla condizione contro la sostanza espressa ed accettata da entrambi le parti. Una Palea autentica<sup>(31)</sup> al Decreto di Graziano ribadisce una specie di principio di affidamento. Se una sola parte pone una condizione contraria alla sostanza delle nozze, le nozze sono valide e la condizione è priva di effetti nell'ordinamento giuridico: «Quicumque sub condicionis nomine aliquam desponsaverit, et eam postea relinquere voluerit, dicimus quod condicio frangatur, et desponsatio irrefragabiliter teneatur»<sup>(32)</sup>.

Papa Innocenzo IV (Sinibaldo Fieschi, 1180-1254) concesse effetti giuridici unicamente alla condizione pattuita tra le parti: «Nisi ambo consentiant, non impeditur matrimonium. Si unus dicat contrahe tecum si generationem prolis vites, vel quousque pulchriorem aliam inveniam, sed aliis contradicat, matrimonium est ... sed si taceat, idem, quia praesumitur contradicere in favorem matrimonii»<sup>(33)</sup>. Tale opinione si fonda sul principio del *favor matrimonii* che presume la validità e non ritiene possibile provare che una condizione posta unilateralmente e non condivisa dall'altra parte sia stata conservata e non revocata fino alle nozze.

<sup>(30)</sup> M. ROSSET, *De sacramento matrimonii. Tractatus dogmaticus, moralis, canonicus, liturgicus et iudiciarius*, 8 tom., Sabaudia 1895, tom. 1, 163.

<sup>(31)</sup> Cf. J. BUCHNER, *Die Paleae im Dekret Gratians. Untersuchung ihrer Echtheit*, Pontificium Athenaeum Antonianum: *Theses ad Lauream in Iure Canonico*, n. 127, Romae 2000, 323.

<sup>(32)</sup> Decr. Grat., pars 2, causa 27, qu. 2, can. 8 (Palea).

<sup>(33)</sup> INNOCENTIUS PAPA IV, *In quinque libros Decretalium commentaria, a Paulo Rosello adnotationibus summarisque, quibusdam in locis ab hinc multos annos ornata*, Venetiis 1570, lib. 4, tit. 5, cap. 7.

Il famoso Cardinale di Ostia, Henricus de Segusio (chiamato anche «Hostiensis», 1200-1271), seguì e diffuse la dottrina di Innocenzo IV: «... pactum igitur habitum, contra substantiam contractus vitiatur contractum: quia substantialia immutari non possunt»<sup>(34)</sup>. Per evitare matrimoni celebrati con una certa leggerezza, con la convinzione della loro nullità, ma in realtà validi, il Cardinale chiese ai predicatori di informare specialmente le donne e di divulgare tale principio dal pulpito<sup>(35)</sup>.

Nicolaus de Tudeschis (1386-1445), soprannominato «Abbas Panormitanus», menzionò la condizione risolutiva per il caso di adulterio e ribadito la dottrina ormai prevalente: «Si autem alter contradixit, tenet matrimonium, si fuit processum ad consummationem ipsius, idem dicit favore matrimonii, si alter tacuit, et sic tacendo habetur pro contradicente»<sup>(36)</sup>. Nicolaus de Tudeschis capovolese il principio: «Qui tacet consentire videtur», più tardi entrato nelle *Regulae iuris* del *Liber Sextus*<sup>(37)</sup>. In mancanza di un'accettazione espressa della condizione si presume un rifiuto poiché la condizione contro la sostanza è ritenuta odiosa ed onerosa<sup>(38)</sup>.

Secondo Antonio De Butrio (1338-1408), laico e professore a Bologna, la condizione unilaterale contro la sostanza non toglie la forza vincolante alla dichiarazione della volontà: «... conditio adiecta contra substantiam eius quod agitur vitiatur et non vitiatur... protestatio contra factum detrahens aliquod vel aliquam partem substantialem facti tollit factum et non vitiatur protestatio»<sup>(39)</sup>.

Anche secondo il Covarruvias chiede il consenso di entrambe le parti alla condizione per produrre l'effetto irritante<sup>(40)</sup> e prende

<sup>(34)</sup> HENRICUS DE SEGUSIO (Hostiensis), *In quinque Decretalium libros Commentaria*, tom. 4, lib. 4, tit. 5, cap. 7, n. 2.

<sup>(35)</sup> HENRICUS DE SEGUSIO (Hostiensis), *In quinque Decretalium libros Commentaria*, tom. 4, lib. 4, tit. 5, cap. 7, n. 1.

<sup>(36)</sup> NICOLAUS DE TUDESCHIS (Abbas Panormitanus), *Commentaria in quinque libros Decretalium. Quamplurimum Iurisconsultorum, qui probe hucusque iis addidisse apparuerunt, adnotationibus illustrata*, 7 tom., Venetiis 1578, tom. 7, lib. 4, tit. 5, cap. 7, n. 6.

<sup>(37)</sup> Lib. Sextus, lib. 5, tit. 12, *De regulis iuris*, n. 34.

<sup>(38)</sup> Cf. NICOLAUS DE TUDESCHIS (Abbas Panormitanus), *Commentaria in quinque libros Decretalium*, tom. 7, lib. 4, tit. 5, cap. 7, n. 6.

<sup>(39)</sup> A. DE BUTRIO, *Super quinque libros Decretalium*, Lugduni 1532, tom. 6, lib. 4, tit. 5, cap. 7, nn. 2-3.

<sup>(40)</sup> Cf. D. COVARRUVIAS, *In quinque Decretalium libros Epitome*, pars 2, cap. 3, n. 11.

spunto da un brano del Decreto di Graziano<sup>(41)</sup> che non si riferisce alla condizione contraria all'indissolubilità, ma alla condizione contraria alla procreazione. Solo se entrambi gli sposi hanno rifiutato la procreazione già al momento delle nozze il matrimonio è nullo e l'atto coniugale stupro. Se tale condizione è stata posta unilateralmente, la parte innocente è veramente sposo o sposa e soltanto la parte colpevole adultero o prostituta. Covarruvias applica quindi il principio della tutela della parte innocente prevista dal Decreto di Graziano per l'esclusione della prole alla condizione contraria all'indissolubilità. Il ragionamento del Covarruvias rivela chiarissimamente il tentativo di salvaguardare i diritti e la buona fama del coniuge innocente. Sánchez, invece, ha ristretto il principio invocato alla condizione contraria al *bonum fidei* ed al *bonum prolis*<sup>(42)</sup>.

González Tellez (+ 1649), Professore a Salamanca, ricordava l'importanza del tempo per la valutazione delle conseguenze di una condizione che cambia la natura del contratto e produce un contratto diverso perché una condizione o un patto contrario non sono compatibili. Se, però, dopo la stipulazione del contratto viene aggiunto un accordo contro la natura del contratto, esso vale<sup>(43)</sup>. Se il patto contro la sostanza viene accordato prima delle nozze irrita le nozze; altrimenti il matrimonio vale<sup>(44)</sup>. Il matrimonio è nullo nel caso di una condizione risolutiva, valido, invece, nel caso di una condizione sospensiva. Il matrimonio non può essere valido salvo che qualcuno esprima con parole e segni esterni sufficiente-

---

(41) « Aliquando eo usque pervenit haec libidiosa crudelitas, vel libido crudelis, ut etiam sterilitatis venena procuret, et, si nihil valuerit, conceptos fetus aliquo modo intra viscera exstinguat aut fundat, volendo suam prolem prius interire quam vivere; aut, si in utero vivebat, occidi ante, quam nasci. Prorsus, si ambo tales sint, coniuges non sunt, et, si ab initio tales fuerunt, non sibi connubium, sed per stuprum pocius convenerunt. Si autem ambo tales non sunt, audeo dicere, aut illa quoddammodo est mariti meretrix, aut ille adulter uxoris » (Decr. Grat., pars 2, causa 32, qu. 2, can. 7).

(42) « Ecce qualiter tantum intentionem contrariam bono fidei, et prolis dicunt annullare matrimonium, quando deducitur in pactum » (T. SÁNCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, tom. 2, disp. 29, n. 11).

(43) « Si enim conditio vel pactum apponatur contra substantialia actus, ipse vitatur, aut transit in alium contractum, cum non possit stare simul cum ipsa conditione seu pacto contrario: si vero conditio, pactumve adiciatur contra ea, quae sunt et prove-niunt ex natura actus, ipse contractus subsistit » (E. GONZÁLEZ TELLEZ, *Commentaria perpetua in singulos Textus quinque Librorum Decretalium Gregorii IX*, Lugduni 1673, 123).

(44) Cf. E. GONZÁLEZ TELLEZ, *Commentaria perpetua*, 124.

mente il consenso interno. Nel caso di una condizione contro la sostanza non sembra che venga espresso un consenso esterno per un vincolo perpetuo, piuttosto il contrario<sup>(45)</sup>.

Prosper Fagnani (1588-1678), Segretario della Congregazione del Concilio, diventò, il canonista più considerato presso i Dicasteri della Curia Romana nell'ambito della condizione contraria alla sostanza del matrimonio. Le sue teorie furono determinanti per l'orientamento giurisprudenziale della Congregazione del Sant'Ufficio e della Congregazione per la Propaganda della Fede. Egli è, senz'altro, l'autore più citato a riguardo. Riconosce l'effetto irritante soltanto alla condizione stipulata con il consenso di entrambi i coniugi. Se una parte era contraria alla condizione, essa viene considerata non aggiunta. La ragione è la mera presunzione che le parti non sembrano consentire in un atto giuridico privo della sua sostanza. Se una sola parte intende togliere un elemento sostanziale del consenso e non lo comunica all'altra parte, si presume che la parte che ha posto la condizione l'abbia ritirata e che il matrimonio fosse stato celebrato con il mutuo consenso e consumato con il primo atto coniugale. Fagnani raccomandava ai pastori d'anime di ammonire le giovani donne di tacere semplicemente e di non rispondere nulla quando intendevano sposare il proprio fidanzato che poneva una condizione contro la sostanza, perché se seguiva la copula erano validamente sposati<sup>(46)</sup>.

Tale dottrina restrittiva circa gli effetti della condizione è stata accolta dal Sant'Ufficio nel 1680 con una risposta indirizzata ai Vescovi della Bosnia a quel tempo occupata dai Turchi. La condizione di una sola parte non irrita il consenso, anche se è stata manifestata

---

<sup>(45)</sup> Cf. J. Card. DE LUGO, *Disputationes scholasticae de sacramentis in genere*, Venetiis 1751, disp. 8, sect. 8, n. 130.

<sup>(46)</sup> « Ratio est, quia protestatio huiusmodi, vel conditio, idcirco vitiat actum, quia partes, quae intendunt detrahare substantiae actus, non videntur consentire in actum, qui sine substantia esse non potest... At haec consideratio cessat, quando unus tantum intendit detrahare, et aliis non exprimit, quia tunc descendendo postea ad actum, qui mutuo consensu perficitur, et matrimonium consummando ex quo utraque pars non consentit turpitudini contra substantiam actus, censetur recessum a conditione, seu protestatione... mulieres, et crebro etiam moneantur, ut quando viri ad eas alliciendas ostendunt, se velle cum eis matrimonium contrahere, et apponunt huiusmodi conditiones contra substantiam matrimonii, taceant, et nihil respondeant, nam sequuta copula erit matrimonium » (P. FAGNANI, *Commentarii in quinque libros Decretalium*, 3 tom., Coloniae Agrippinae 1682, tom. 3, lib. 4, tit. 5, c. 7, n. 4).

esternamente: «Si ista sint deducta in pactum seu cum ista conditione sint contracta, matrimonia sunt nulla; sin aliter, sunt valida»<sup>(47)</sup>.

Il grande canonista Papa Benedetto XIV faceva scattare per ogni matrimonio la presunzione che si sposavano nonostante l'errore secondo la volontà di Cristo<sup>(48)</sup>. Fagnani e Benedetto XIV avevano sicuramente contribuito a rinsaldare ed approfondire la dottrina prevalente sin da Innocenzo IV che è stata seguita rigidamente da tutte le risposte dei dicasteri della Curia Romana fino alla fine dell'ottocento. Il motivo per tale restrizione era la certezza del diritto e la salvaguardia della validità dei matrimoni degli acattolici. Il Sant'Uffizio non vietava in alcun modo la discussione della problematica e non esprimeva un giudizio speculativo, ma ha ritenuto semplicemente irraggiungibile la prova di una condizione contro la sostanza se non è stata espressa ed accettata dall'altra parte<sup>(49)</sup>. La Congregazione ha presunto la validità di nozze celebrate con una condizione contro la sostanza non accettata dall'altra parte con una *praesumptio iuris et de iure* che non ammette la prova diretta contraria.

Nella riposta per Marysville del 1861 si ribadisce esplicitamente l'irrelevanza di leggi permissive o costumi immorali perché non fanno venire meno di per se la validità dei matrimoni purché non produca una condizione contro la sostanza concordata tra le parti al momento della celebrazione delle nozze<sup>(50)</sup>. Occorre studiare ogni singolo

---

(47) S. Congr. S. OFFICII, *Responsum*, 2 dec. 1680, Romae, ex Aed. Congr., Bosniae, in *Codicis Iuris Canonici Fontes* (cura P. Gasparri - I. Serédi ed., 9 voll., Romae - Civitas Vaticana 1923-1939), vol. 4, 35.

(48) Cf. BENEDICTUS PAPA XIV, *De synodo dioeciesana*, idem, *Opera omnia*, in tomos XVII distributa (Prati 1832-1844), tom. 11, lib. 13, cap. 22, n. 7.

(49) «Quoties in foro externo rite constet coniuges animo ac voluntate solvendi vinculum contraxisse, aut cum expressa repudii conditione in pactum deducta, matrimonium est nullum. Si vero expressa illa conditio, de matrimonio pro aliquo casu dissolvendo, apposita minime fuerit, et aliunde nullum praecesserit impedimentum, standum pro valore contractus: exceptio enim intentionis in foro externo non admittitur nisi probetur, et probari nequit nisi per externam declarationem» (S. Congr. S. OFFICII, *Responsum*, 19 aug. 1857, ex Aed. Congr., Tahiti, in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 4, 220).

(50) «... pravam contrahentium opinionem, licet patriis legibus sive moribus confirmatam, quod nimirum matrimonii vinculum dissolvi possit, nequaquam per se officere matrimonii validitati, nisi haec opinio deducatur in pactum tamquam conditio in actu ineundi matrimonii; tunc enim matrimonium nullum irritumque evadit, uti semper accidit cum matrimonio est apposita conditio substantiae ipsius repugnans» (S. CONGR.

caso: «... utrum praesertim aliqua conditio contra matrimonii substantiam fuerit expresse in pactum inter contrahentes deducta: vel saltem emergant indicia, argumenta et praesumptiones, habito quoque respectu moribus regionis, et coram ministro protestante contrahant ea praecipue voluntate, ut dissoluto iuxta protestantium praxim matrimonio, ad alia vota transeant»<sup>(51)</sup>.

De Angelis (1824-1881), canonico di S. Maria Maggiore, ribadiva la presunzione tradizionale della cessazione della condizione proposta, ma non accettata dall'altra parte. Di fronte all'ignoranza o il rifiuto della consorte si presume la revoca della condizione da parte del nubente<sup>(52)</sup>. De Angelis estende tale principio, oltre al matrimonio, a tutti i contratti<sup>(53)</sup>.

5. *Il passaggio dalla condizione contro la sostanza concordata tra le parti all'esclusione con atto positivo unilaterale.*

Un cattolico di nome Antonio della diocesi di Eichstätt in Germania, durante un soggiorno in Sassonia, ebbe una relazione con una ragazza protestante, dalla quale ebbe un figlio. L'uomo asseriva di essere stato costretto a sposarla davanti al ministro acattolico per cui poneva espressamente la condizione: «Si Christina mecum se contulerit ad meam patriam catholicam». Trascorso un anno di matrimonio nacque un secondo figlio. Antonio fece una causa per dichiarare nullo il matrimonio, perché, a suo dire, la donna non voleva soddisfare la condizione di seguirlo in un paese cattolico. Antonio disse a Cristina di non sentirsi più obbligato a vivere con lei. Si separarono. Alla donna in seguito ad una sentenza del tribunale protestante fu concesso il divorzio. L'uomo aveva cominciato una rela-

---

S. OFFICII, *Instructio*, 20 iun. 1866, Romae, ex Aed. Congr., pro Vic. Ap. ad Gallas, in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 4, 287).

<sup>(51)</sup> S. CONGR. S. OFFICII, *Instructio*, 24 ian. 1877, ad Episcopum Nesquallien., in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 4, 374; per la dottrina espressa nelle Istruzioni della Sede Apostolica, vedi anche: A. SCASSO, *La 'conditio contra substantiam' nelle Istruzioni dei Dicasteri Pontifici*, Angelicum 78 (2001), 311-341.

<sup>(52)</sup> «Si enim ab uno tantum fuerit adiecta altero contradicente aut saltem tacente, matrimonium valet, cum censeatur ab ea conditione recessisse, posita contradictione aut taciturnitate alterius, atque matrimonium simpliciter vel absolute contrahere» (F. DE ANGELIS, *Praelectiones iuris canonici ad methodum Decretalium Gregorii IX exactae*, 4 tom., Parisiis 1877-1891, tom. 3, 149).

<sup>(53)</sup> Cf. F. DE ANGELIS, *Praelectiones iuris canonici*, tom. 3, 150.

zione con un'altra ragazza protestante. Negata la dispensa per la celebrazione del matrimonio misto dall'ordinario cattolico, si sposò con la ragazza, oltretutto anche cugina, davanti al pastore protestante. Allora Antonio chiese alla Penitenzieria Apostolica la dispensa dall'impedimento di consanguineità e la convalida del secondo matrimonio<sup>(54)</sup>. Iniziata la causa furono interrogati tre testimoni di fede protestante, i quali confermarono che Cristina non aveva adempiuto alla condizione del marito<sup>(55)</sup>.

Nella città della Sassonia dove Antonio aveva sposato Cristina, la forma canonica non era obbligatoria. Esclusa quindi la nullità per difetto di forma, occorreva vedere se costava della nullità per una condizione aggiunta o se quella era da considerare piuttosto come modo che poteva essere aggiunto pure da entrambe le parti al consenso senza che la sua violazione potesse provocare l'irritazione del matrimonio. Se, però, si fosse trattato di una vera e propria condizione de futuro contingente che sospende il valore del matrimonio, si dovrebbe appurare se il matrimonio fu consumato, perché si poteva presumere che l'uomo poteva aver rinunciato alla condizione e le parti prestato un consenso incondizionato. Per chiarire tali questioni la Congregazione del Concilio ha rimandò la decisione<sup>(56)</sup>.

Nelle sedute del 9 febbraio e dell'8 marzo 1732 la Congregazione del Concilio pronunciò le seguenti osservazioni: 1) siccome nella parrocchia di origine dell'attore il decreto *Tametsi* era obbligatorio, l'attore non poteva sottrarsi all'obbligo della forma canonica con il semplice trasferimento in Sassonia dove il Decreto non obbligava. 2) I luterani della Sassonia ritengono valido il matrimonio civile che è dissolubile non solo per adulterio, ma anche per altri motivi. Si sposarono con l'intenzione che il matrimonio poteva durare finché non fossero sorti problemi coniugali. Cristina celebrò le nozze con tali limitazioni di conseguenza divorziò per poi sposare un altro uomo. Risultava chiaro che i due si sposarono senza una forte vo-

---

(54) Cf. S. CONGR. CONCILII, *Nullitatis matrimonii, Eystadiensis*, 17 nov. 1731, in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 5, 815.

(55) S. CONGR. CONCILII, *Eystadiensis*, 17 nov. 1731, 816.

(56) «Praeterea si etiam ageretur de vera et propria conditione, quae ubi sit de futuro contingente, Matrimonii valorem suspendit, videndum esset an consummato ante eventum conditionis matrimonio, censerit debeat, fuisse recessum a conditione, et virum absolute in matrimonium consensisse...» (S. CONGR. CONCILII, *Eystadiensis*, 17 nov. 1731, 816).

lontà di cogliere il vero significato della sostanza del matrimonio, in quanto la donna negò con la scelta del matrimonio civile ogni aspetto sacramentale delle nozze: «... iam consequens est, quod unum atque idem Matrimonium uniformem utriusque contrahentis consensum exigens, et par utrumque vinculum inducere debens, cum ex parte mulieris non valuerit, subsistere nec etiam possit ex parte viri, iterum proponatur »<sup>(57)</sup>.

Infine, il 21 giugno 1732 la Congregazione decise il delicato caso con l'affirmative ponendo la seguente motivazione: la questione è se il matrimonio è stato realmente contratto con la condizione risolutiva espressa per il caso che Cristina non lo accompagnasse al ritorno nella sua patria cattolica e di convertirsi alla fede cattolica: «... ita quidem, ut conditioni huic affixus fuerit utriusque contrahentis vel saltem viri consensus, proindeque eadem conditio, utpote naturae matrimonii repugnans, illud omnino vitiaverit irritumque effecerit »<sup>(58)</sup>.

In una causa parigina decisa nel 1885 dalla Congregazione del Concilio, un americano decise di non lasciarsi sfuggire la somma di denaro che la madre gli aveva promesso in occasione del fidanzamento. Sposò solo apparentemente la giovane Maddalena, fingendo e simulando, rifiutando, in cuor suo, l'indissolubilità del vincolo, e con il fermo proposito di fuggire con l'amante non appena avuto il denaro. Aperta la causa, la Congregazione ebbe la prova dei fatti e dichiarò nullo il matrimonio per difetto del consenso da parte dell'uomo<sup>(59)</sup>.

Un'altra causa avvenuta a Parigi nel 1891 riguardava di un matrimonio stipulato il 12 aprile 1887 tra una semplice ragazza di campagna e un professore di lettere. Il matrimonio fu consumato, ma dopo otto giorni, l'uomo lasciò improvvisamente la moglie dicendo a tutti che la donna lo aveva stancato. A causa delle minacce dei parenti tornò alcuni giorni dopo con il proposito di renderle la vita matrimoniale impossibile per indurla ad abbandonarlo. Due mesi più tardi l'uomo abbandonò definitivamente la donna. La donna presentò il libello presso il Tribunale ecclesiastico di Parigi che decise

---

<sup>(57)</sup> S. CONGR. CONCILII, *Eystadiensis*, 9 feb. 8 mar. 1732, in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 5, 825.

<sup>(58)</sup> S. CONGR. CONCILII, *Eystadiensis*, 21 giugno 1732, in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 5, 832.

<sup>(59)</sup> Cf. S. CONGR. CONCILII, *Nullitatis matrimonii, Parisien.*, 7 mart 1885, in *ASS* 23 (1891), 14-31.

la causa il 26 giugno 1888 a suo favore: «... qua nullum atque irritum matrimonium dicebat ob deficientiam veri consensus ex parte viri, seu potius ob evidenter intellectam conditionem contrahendi matrimonium dissolubile contro bonum Sacramenti»<sup>(60)</sup>. Il voto dei canonisti era favorevole all'attrice: 1) perché l'uomo ha prestato certamente il consenso per un vincolo solubile come si evince dalle sue dichiarazioni in Tribunale, e dalle lettere scritte *tempore non suspecto*. 2) Dalle testimonianze si ricava che l'uomo disse più di una volta di non voler celebrare un matrimonio se non con la possibilità del divorzio. 3) Risulta, inoltre, provato che l'uomo è rimasto fermo in tale proposito sia davanti al pubblico ufficiale sia davanti al parroco. Lo sposo considerava il matrimonio civile, con la possibilità del divorzio, l'unico vero matrimonio. 4) Il Tribunale sottolineò la perfetta concordanza tra ciò che disse e ciò che fece l'uomo, prima e dopo la celebrazione delle nozze insieme alle circostanze antecedenti, concomitanti e susseguenti che dimostrano l'intenzione di celebrare soltanto un matrimonio solubile<sup>(61)</sup>.

La congregazione rispose riconoscendo la possibilità di condizioni anche non espresse se qualcuno ha consentito soltanto in un matrimonio limitato nel tempo. Tale condizione si può concepire, però, in due modi: «1) alia mente reposita unius ex contrahentibus, quo casu invalidum foret matrimonium in foro interno, sed non in foro externo ob defectum totalem probationis; vel 2) in pactum deducta a duobus contrahentibus: et tunc matrimonium invalidum in foro etiam externo». Se il contraente ha manifestato di porre la condizione e l'altra parte ha contraddetto o taciuto, il matrimonio vale secondo Fagnani<sup>(62)</sup>: «... quod tenendum puto contro ponentem conditionem, et in favorem innocentis»<sup>(63)</sup>. Il nucleo della questione non è la condizione in se stessa, se era unilaterale o meno, ma la sua manifestazione avvenuta con un patto tra le parti<sup>(64)</sup>. La Congrega-

---

<sup>(60)</sup> S. CONGR. CONCILII, *Nullitatis matrimonii, Parisien.*, 31 ian. 1891, in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 6, 708.

<sup>(61)</sup> Cf. S. CONGR. CONCILII, *Parisien.*, 31 ian. 1891, 708-709.

<sup>(62)</sup> P. FAGNANI, *Commentarij in quinque libros Decretalium*, tom. 3, lib. 4, tit. 5, c. 7, n. 24.

<sup>(63)</sup> S. CONGR. CONCILII, *Parisien.*, 31 ian. 1891, 709.

<sup>(64)</sup> Cf. S. CONGR. CONCILII, *Parisien.*, 31 ian. 1891, 709.

zione ha cassato la sentenza di nullità emanata dal Tribunale di Parigi<sup>(65)</sup> e deciso negativamente.

Già pochi anni più tardi l'interpretazione strettissima dell'esclusione dell'indissolubilità tra cattolici è stata superata. La Rota Romana ha ammesso, sin dalla ripresa del suo funzionamento, nel 1909, la condizione unilaterale contro la sostanza anche senza nessun accordo tra le parti e, persino, l'esclusione dell'indissolubilità con un mero atto positivo da una sola parte. Tale interpretazione è stata applicata, ad esempio, in una causa rotale *coram* Sebastianelli, dove risultava dagli atti che Emilio non volle contrarre un vero matrimonio, ma ingannare una ragazza con lo scopo di impossessarsi delle sue ricchezze. Utilizzò il matrimonio per il solo fine di ricavarne un profitto economico, rifiutando espressamente e positivamente di legarsi in modo perpetuo alla moglie, ma soltanto per il tempo necessario ad ottenere il denaro. Manifestò espressamente l'intenzione di rubare e vendere i gioielli della moglie nonché di fuggire con l'amante appena possibile. Tale intenzione non fu provata esplicitamente dalle sue parole, ma con massima evidenza dal suo comportamento, in quanto fuggì dopo essersi impossessato dei gioielli e del denaro. Tale atteggiamento non è frutto di un atto di volontà posto dopo le nozze, ma di una volontà prenuziale, perché ritenne il matrimonio un'unione limitata al tempo necessario per appropriarsi dei beni della consorte<sup>(66)</sup>.

#### 6. *L'irrelevanza di un modus contro l'indissolubilità.*

I canonisti prendevano in considerazione non soltanto la condizione contro la sostanza ma anche il semplice *modus*. Rosset era dell'opinione di ritenere un solo *modus* contro la sostanza già sufficiente per irritare il consenso. A differenza della condizione il nubente che pone un *modus* non fa dipendere il suo consenso dalla verifica della circostanza desiderata. Obbligarsi ad un *modus* contro la sostanza toglie l'essenza del matrimonio perché qualcuno si è obbligato a qualcosa contrario all'essenza<sup>(67)</sup>. Tale opinione, bensì ammissibile, è poco convincente. Più probabile è l'opinione contraria che riteneva

(65) Cf. S. CONGR. CONCILII, *Parisien.*, 31 ian. 1891, 712.

(66) Cf. C. SEBASTIANELLI, *Massilien.*, 1 iul. 1911, in *RRDec* 3 (1911), 330, n. 9.

(67) Cf. M. ROSSET, *De sacramento matrimonii*, tom. 1, 168.

il *modus* per sua natura irrilevante per la sostanza del consenso: «... nam ipso posterior est ratiōne, cum sit finis quem procurare intendit per matrimonium»<sup>(68)</sup>.

7. *L'inapplicabilità della distinzione tra assunzione di un obbligo essenziale e il suo adempimento.*

Secondo S. Tommaso d'Aquino il *bonum sacramenti* è indivisibile. L'indissolubilità, proprietà essenziale del matrimonio, nella scienza canonistica moderna, è una conseguenza della sacramentalità. Essa non ammette la distinzione tra l'intenzione al *bonum sacramenti*, concepito come obbligo giuridico e l'intenzione di osservare realmente l'indissolubilità: «Sed indivisibilitas, quam sacramentum importat, pertinet ad ipsum matrimonium secundum se: quia ex hoc ipso quod per pactionem coniugalem sui potestatem sibi invicem in perpetuum coniuges tradunt, sequitur quod separari non possunt»<sup>(69)</sup>. Un matrimonio se non è indissolubile non può concepirsi. È però concepibile in matrimonio senza fedeltà e senza prole: «... quia esse rei non dependet ab uso suo». In questo senso il *bonum sacramenti* è più essenziale del *bonum fidei* e del *bonum prolis*<sup>(70)</sup>. Una condizione contraria alla prole o alla fedeltà come tale rende nullo il matrimonio. Non invece una condizione contraria all'uso.

Tale dottrina, di S. Tommaso, è stata recepita e interpretata magistralmente dal Sánchez<sup>(71)</sup>. L'indissolubilità del vincolo appartiene al matrimonio e non ammette la distinzione tra l'obbligo assunto e il suo adempimento. L'intenzione contraria all'indissolubilità è *eo ipso* contraria alla sostanza del matrimonio. Una persona può obbligarsi ad una cosa determinata, ma avere il proposito di non adempiere l'obbligo, può paragonarsi a colui che giura con l'intenzione di vio-

<sup>(68)</sup> M. ROSSET, *De sacramento matrimonii*, tom. 1, 168.

<sup>(69)</sup> THOMAS AB AQUINO, *Summa Theologiae: Supplementum tertiae partis*, in IDEM, *Opera omnia*, iussu impensaue Leonis XIII ed., tom. 1 ss., Romae, 1882 ss., tom. 12, qu. 49, art. 3, resp.

<sup>(70)</sup> Cf. THOMAS AB AQUINO, *Summa Theologiae: Supplementum tertiae partis*, tom. 13, qu. 49, art. 3, resp.

<sup>(71)</sup> Cf. T. SÁNCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, tom. 2, disp. 29, n. 12; E. OLIVARES D'ANGELO, *La exclusión de la indisolubilidad*, in *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro* (XI), 170.

lare il giuramento<sup>(72)</sup>. L'obbligo di non separarsi dalla consorte per quanto riguarda il talamo, non appartiene al *bonum sacramenti*, ma soltanto l'indissolubilità del vincolo. Il *bonum fidei et prolis* comprende, invece, non soltanto l'obbligo di osservarli, ma anche di metterli in pratica<sup>(73)</sup>, soltanto che il rifiuto di realizzarli non fa venir meno la forza vincolante del contratto matrimoniale. Di conseguenza, è valido il matrimonio celebrato con la volontà di non adempiere l'obbligo della procreazione, vale a dire l'aver tale bene<sup>(74)</sup>. La condizione anche solo implicita contro il *bonum sacramenti*: «ut si quis matrimonium nisi ad tempus intendat» rende nullo il matrimonio secondo González Tellez. Un matrimonio se non è indissolubile è inconcepibile mentre potrebbe concepirsi un matrimonio senza prole e senza fedeltà<sup>(75)</sup>. Se una persona intende un matrimonio limitato nel tempo, celebra invalidamente, poiché il matrimonio è *per definitionem* perpetuo e indissolubile<sup>(76)</sup>.

Nell'analisi concreta del matrimonio bisogna badare alla volontà prevalente. Il matrimonio è valido se i coniugi vogliono prevalentemente un matrimonio com'è stato istituito da Cristo. Il matrimonio è, invece, invalido se i coniugi desiderano prevalentemente un matrimonio dissolubile<sup>(77)</sup>. Se la volontà per l'uno e per l'altro è ugualmente forte, bisogna badare al tempo, perché l'atto di volontà posteriore prevale sull'atto precedente come ad esempio per il testamento. Frequentemente i coniugi non ricordano nemmeno l'intenzione precedente. L'intenzione posteriore è preferibile, perché la prima continua al limite abitualmente<sup>(78)</sup>.

<sup>(72)</sup> Cf. T. SÁNCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, tom. 2, disp. 29, n. 11.

<sup>(73)</sup> «... ad bonum sacramenti minime pertinere, non separari ab uxore quoad torum, sed tantum, ut vinculum sit indissolubile: ad bonum autem fidei, et prolis pertinere, non tantum obligationem ad ea servanda, sed etiam ipsorum bonorum exequutionem» (T. SÁNCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, tom. 2, disp. 29, n. 12).

<sup>(74)</sup> Cf. E. GONZÁLEZ TELLEZ, *Commentaria perpetua*, 123.

<sup>(75)</sup> Cf. E. GONZÁLEZ TELLEZ, *Commentaria perpetua*, 124.

<sup>(76)</sup> «Si vero celebratum fuisset matrimonium implicite usque ad certum tempus, sive intervenisset consensus quoad eius obligationem, sive contra executionem, utroque casu est nullum, quia talis intentio repugnat bono sacramenti quod perpetuum et indissolubile est» (E. GONZÁLEZ TELLEZ, *Commentaria perpetua*, 124).

<sup>(77)</sup> Cf. J. Card. DE LUGO, *Disputationes scholasticae*, disp. 8, sect. 8, n. 120.

<sup>(78)</sup> «Petes: quid si utraque voluntas esset aequalis? Respondeo, praevaleret posterior nam sicut posterius testamentum semper praevalet priori, etiamsi, quando sit posterius, non recordetur homo prioris se facti, sic si heri applicasti sacrum hodiernum pro

Nel caso dell'ignoranza il matrimonio è valido purché il consenso non sia stato limitato da una condizione contro la sostanza<sup>(79)</sup>. Chi contrae con una mentalità divorzista o pensando che il patto matrimoniale è rescindibile, celebra un matrimonio nullo indipendentemente da un eventuale accordo con l'altra parte<sup>(80)</sup>. Chi pensa che il matrimonio è solubile e altrimenti non avrebbe celebrato, ha stipulato un matrimonio nullo perché implicitamente non voleva obbligarsi.

Il gesuita tedesco Pirhing (1606-1679) trattava allo stesso modo tutti e tre i beni e non condivideva l'eccezione concessa dal Sánchez all'indissolubilità. Ignorando il ragionamento del Sánchez Pirhing riteneva valido anche il matrimonio celebrato da colui che si proponeva di non adempiere l'obbligo dell'indissolubilità perché nemmeno l'esecuzione di tale principio apparteneva all'essenza del matrimonio<sup>(81)</sup>. Giustamente l'opinione di Pirhing rimaneva piuttosto isolata e lo stesso Kugler ribadiva che non era concepibile un matrimonio con il proposito di non osservare il principio dell'indissolubilità, mentre era bensì concepibile un matrimonio valido senza disponibilità di osservare la fedeltà e la procreazione<sup>(82)</sup>. De Angelis ha formulato concisamente: «Si autem quis contraheret cum intentione contrahendi duntaxat ad tempus, invalide contraheret, sive contro executionem, quia talis intentio repugnat bono sacramenti, quod perpetuum et indissolubile est»<sup>(83)</sup>.

---

Petro, et hodie immemor illius voluntatis, applices pro Paulo per voluntatem aequae absolutam, efficacem, videtur praeferenda haec posterior... tunc ergo posterior voluntas praevalet, quando prior solum manebat habitualiter» (J. Card. DE LUGO, *Disputationes scholasticae*, disp. 8, sect. 8, n. 122-124).

<sup>(79)</sup> Cf. J. Card. DE LUGO, *Disputationes scholasticae*, disp. 8, sect. 8, n. 132.

<sup>(80)</sup> Cf. J. Card. DE LUGO, *Disputationes scholasticae*, disp. 8, sect. 8, n. 130.

<sup>(81)</sup> «... quamvis valide contrahatur matrimonium cum intentione non servandi fidem, aut perpetuitatem coniugii, aut non procurandi generationem et educationem prolis, sed potius impediendi, quia haec quoad actum, seu executionem non pertinent ad substantiam matrimonii... non tamen valide contrahitur, si talia in pactum deducantur, quae substantiale obligationi essentialiter in matrimonio inclusae directe adversantur, eamque elidunt, et infirmant» (E. PIRHING, *Jus Canonicum in quinque libris decretalium distributum*, 5 tom. [Dilingae, 1674-1678], tom. 4, Lib. 4, tit. 3, n. 13).

<sup>(82)</sup> «Matrimonium numquam invenitur sine inseparabilitate, invenitur autem sine fide et prole; quia esse rei non dependet ab usu suo» (J. KUGLER, *Tractatus theologico-canonicus de matrimonio*, pars 1, cap. 3, n. 177).

<sup>(83)</sup> M. ROSSET, *De sacramento matrimonii*, tom. 1, 164.

La giurisprudenza rotale precodificiale ha recepito la distinzione di Sánchez<sup>(84)</sup>. Many ribadisce che la distinzione tra assunzione dell'obbligo e il suo adempimento non vale *per il bonum sacramenti*. Chi ha il proposito di celebrare un matrimonio solubile con atto positivo espresso con parole e segni esterni celebra invalidamente purché ci si riesca a provarlo in foro esterno. Se rimane un dubbio circa tale intenzione il matrimonio è valido<sup>(85)</sup> secondo il principio del *favor matrimonii*<sup>(86)</sup>, perché la volontà contraria all'indissolubilità non va presunta, ma provata<sup>(87)</sup>. La giurisprudenza Rotale antecedente al CIC del 1917 ha recepito la dottrina di Sánchez e riteneva sufficiente che fosse inteso soltanto implicitamente il *bonum sacramenti*, cioè il vincolo indissolubile. Non occorre, invece intendere implicitamente gli altri due beni del matrimonio, cioè il *bonum fidei* e il *bonum prolis*: «Ratio est, quia, ut superius notatum est, in contrahendo matrimonio non est necessarium, ut quis singulas obligationes ex eo fluentes cognoscat, sed sufficit ut consensus feratur in contractum matrimonii in genere, seu sufficit contractus matrimonii rudimentalis notio: quia secus rudes ad matrimonium non possent admitti»<sup>(88)</sup>.

#### 8. *L'irrelevanza dell'error simplex per la validità del consenso.*

L'errore del singolo non toglie la sua volontà generale di celebrare un matrimonio legittimo. Nel dubbio se una parte ha la volontà generale ed efficace di celebrare un matrimonio valido, bisogna decidere a favore del matrimonio<sup>(89)</sup> come anche in tutti gli altri contratti nei quali prevale la dichiarazione, se non si è riusciti a provare il contrario. L'errore concomitante non produce nessun effetto irritante. L'atto di volontà attuale con la quale qualcuno intende celebrare un matrimonio valido con tutti gli obblighi connessi, è suffi-

<sup>(84)</sup> Cf. c. MANY, 22 ian. 1914, in *RRDec* 6 (1914), 13, n. 7.

<sup>(85)</sup> Cf. c. MANY, 22 ian. 1914, in *RRDec* 6 (1914), 14-15, n. 11.

<sup>(86)</sup> «In dubio an aliquis habuerit illam voluntatem generalem et efficacem faciendi matrimonium omnino validum, iudicandum est in favorem contractus, ut valeat» (J. Card. DE LUGO, *Disputationes scholasticae*, disp. 8, sect. 8, n. 136).

<sup>(87)</sup> Cf. C. CATTANI, *Neo-Eboracen.*, 1 mar. 1913, in *RRDec* 5 (1913), 191, n. 17.

<sup>(88)</sup> C. MORI, 17 mar. 1910, in *RRDec* 2 (1910), 120, n. 8.

<sup>(89)</sup> Cf. J. Card. DE LUGO, *Disputationes scholasticae*, disp. 8, sect. 8, n. 135.

ciente per il consenso anche se qualcuno vuole conservare, in base ad un errore privato, il diritto al ripudio<sup>(90)</sup>.

Nella celebrazione del matrimonio si distinguono due atti di volontà: uno generale, di fare ciò che fa la Chiesa, e uno speciale preciso e determinato, con il quale, nel caso della simulazione, si respingono uno o più obblighi essenziali. La Chiesa presume per ogni matrimonio che questi due atti di volontà coincidono. L'atto posteriore prevale il precedente e lo sostituisce perché è più specifico e la specie deroga al più generico secondo la *regula iuris*, applicabile a tutti i contratti: «Generi per speciem derogatur»<sup>(91)</sup>.

Sánchez ha precisato che la volontà generale deve contenere almeno implicitamente l'indissolubilità. Per l'intenzione generale implicita è sufficiente volere il matrimonio come tale senza ulteriore specificazione, purché non ci sia una intenzione speciale contraria: «...contrahentem matrimonium debere saltem implicite intendere bonum sacramenti, quod evenit quando non habet intentionem contrariam»<sup>(92)</sup>.

Un eventuale errore di per sé non ostacola la presunzione che gli sposi hanno celebrato il matrimonio come Gesù Cristo lo ha voluto in perpetuo. La volontà generale prevalente di celebrare il matrimonio com'è stato istituito da Cristo conta più di un eventuale errore privato. Tale volontà generale viene a mancare secondo Benedetto XIV, se è stata posta la condizione o il patto in foro esterno, di sciogliere il matrimonio a causa di un adulterio<sup>(93)</sup>. Un patto contrario all'indissolubilità si deve stipulare con la consapevolezza ed il consenso dell'altra parte. Benedetto XIV ha confermato esplicitamente la presunzione di Fagnani che è stata recepita come base delle decisioni della S. Congregazione del Concilio. In teoria non sembra convincente attribuire la condizione di una sola parte all'errore sem-

---

<sup>(90)</sup> «... error concomitans et impertinens ad operandum. Requiritur ergo voluntas actualis, qua velit contrahere matrimonium validum omnibus modis, et cum omnibus obligationibus illi adnexis, quaecumque illae sint. Haec voluntas si adsit, adest consensus sufficiens, licet ex privato errore velit retinere ius ad repudium, quia illa prima voluntas, si est efficax, destruit secundam, quae est minus efficax, et subordinatur illi. Si autem desit illa voluntas generalis, et efficax, tunc secunda voluntas limitat contractum ad matrimonium dissolubile quod eo ipso est invalidum» (J. Card. DE LUGO, *Disputationes scholasticae*, disp. 8, sect. 8, n. 136).

<sup>(91)</sup> Lib. Sextus, lib. 5, tit. 12, *De regulis iuris*, n. 34.

<sup>(92)</sup> T. SÁNCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento*, tom. 2, disp. 29, n. 11.

<sup>(93)</sup> Cf. BENEDICTUS PAPA XIV, *De synodo dioeclesiana*, lib. 13, cap. 22, n. 7.

plice, ma s'intravede piuttosto il tentativo di restringere le possibili invalidità dei matrimoni, specialmente dei pagani e dei non-cattolici<sup>(94)</sup>.

Pio VI ha ricordato ai vescovi l'intima ragione per cui l'intenzione di celebrare secondo la disciplina della comunità acattolica o della legge civile che permette lo scioglimento del matrimonio, non osta al suo valore, purché non sia stata pattuita una condizione contraria: «Etenim hoc ipso quod acatholici vano errore decepti existimant, solutionem matrimonii iis de causis minime repugnare legi Christi, hinc fit ut in eorum mente, propter falsam illam existimationem, intentio contrahendi iuxta huiusmodi leges aut sectae placita minime excludat primariam intentionem contrahendi iuxta divinam legem per Christum confirmatam. Permanet proinde haec voluntas in actu contrahendi, ex eaque fluit ac determinatur ratio consensus, qui actu praestatur»<sup>(95)</sup>. Se non è stata apposta espressamente la condizione di sciogliere il matrimonio a causa dell'adulterio, si dà luogo, nonostante l'errore dei contraenti circa l'indissolubilità, alla presunzione che gli acattolici intendevano il matrimonio com'è stato istituito da Cristo, vale a dire con vincolo perpetuo. Prevale l'intenzione generale di celebrare un matrimonio secondo l'istituzione di Cristo che dissolve il loro errore privato. Là dove, però, le parti hanno posto al momento della celebrazione stessa una condizione di sciogliere il vincolo matrimoniale in caso d'adulterio, non è possibile che l'errore particolare sia dissolto dalla volontà generale di celebrare il matrimonio com'è stato istituito da Cristo, ma piuttosto è sostituita la volontà generale dall'errore particolare che prevale<sup>(96)</sup>.

---

<sup>(94)</sup> «... praevalente nimirum generali, quam diximus, voluntate de matrimonio iuxta Christi institutionem ineundo, eaque privatum illum errorem quodammodo absorbente: quo fit, ut matrimonium ita contractum, validum firmumque maneat. At, ubi contrahentes in ipso matrimonii contractu expressam apposuerunt conditionem de dissolvendo quoad vinculum matrimonio in casu adulterii; iam fieri nequit, ut error particularis absorptus maneat a generali voluntate contrahendi matrimonioium, prout a Christo Domino institutum fuit: sed potius voluntas generalis eiusmodi extinguitur et suffocatur ab errore particulari, qui manifeste praevalet et dominatur; atque hinc oritur nullitas matrimonii, in quo contrahendo apposita fuit conditio ipsius substantiae contraria» (BENEDICTUS PAPA XIV, *De synodo dioecesana*, lib. 13, cap. 22, n. 7).

<sup>(95)</sup> PIUS PAPA VI, Ep *Gravissimam matrimonii*, 11 iul. 1789, Romae, apud S. Petrum, Antonio Archiepiscopo Pragensi, in *Ius Pontificium de Propaganda Fide* (ed. R. DE MARTINIS), 8 tom., Romae 1888-1909, tom. 4, 340, § 5.

<sup>(96)</sup> Cf. PIUS PAPA VI, Litt. ap. *Litteris tuis*, 11 iul. 1789, Romae, apud S. Petrum,

La Chiesa universale, non ha errato nei secoli, ritenendo i matrimoni degli acattolici convertiti al cattolicesimo, veri matrimoni, anche se al momento delle loro nozze versavano in un errore circa l'indissolubilità. La Chiesa li ha riconosciuti « nisi deducta fuisset in pactum expressum conditio repugnans substantiae matrimonii »<sup>(97)</sup>. Il solo fatto che gli eretici rescindono frequentemente i matrimoni per adulterio non fa venir meno la validità delle nozze<sup>(98)</sup>.

Varie istruzioni del Sant'Uffizio si riferiscono alla comunità metodista che insegnava sia ai cristiani sia ai pagani esplicitamente la legittimità del divorzio per adulterio, anche per cause minori. I loro pastori si comportavano con la massima leggerezza e frequentemente univano in matrimonio persone già legate da un precedente vincolo. Perciò è sorta la comune opinione, tra i neofiti della diocesi di Seattle, negli Stati Uniti, che tali matrimoni non erano perpetui. Erano persino convinti che celebrando davanti a loro il matrimonio, non nasca il vincolo. La Congregazione ha ricordato al Vescovo di Seattle la Decretale *Si conditiones* e la dottrina tradizionale circa la condizione pattuita<sup>(99)</sup>. Il Vicario apostolico dell'Oceania centrale credeva di poter dichiarare nulli i matrimoni contratti sia da battezzati sia da non battezzati se avevano ricevuto tale insegnamento. Il Sant'Uffizio gli ha fatto notare che il mero errore speculativo rimanendo chiuso nell'intelletto non ostacolava la validità<sup>(100)</sup>.

De Angelis ha ammesso un possibile contrasto tra il foro interno e il foro esterno. L'errore circa l'indissolubilità non concomitante, ma antecedente, rende invalido un tale matrimonio *in foro conscientiae*. Se si prova, in foro esterno, che l'errore abbia portato ad una condizione contraria alla sostanza anche unilaterale, cosa molto difficile, il matrimonio non sussiste nemmeno in foro esterno<sup>(101)</sup>.

---

Carolo Episcopo Agriensi, in *Ius Pontificium de Propaganda Fide* (ed. R. DE MARTINIS), 8 tom., Romae 1888-1909, tom. 4, 337, § 6.

<sup>(97)</sup> PIUS PAPA VI, Ep. *Gravissimam matrimonii*, 11 iul. 1789, § 5.

<sup>(98)</sup> Cf. S. CONGR. S. OFFICII, *Instructio*, 24 ian. 1877, ad Ep. Nesquallien., in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 4, 373.

<sup>(99)</sup> Cf. S. CONGR. S. OFFICII, *Responsum*, 24 ian. 1877, Seattle, in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 4, 371.

<sup>(100)</sup> Cf. S. CONGR. S. OFFICII, *Instructio*, 18 dec. 1872, ad Vic. Ap. Oceaniae Central., in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 4, 332-333.

<sup>(101)</sup> Cf. F. DE ANGELIS, *Praelectiones iuris canonici*, tom. 3, 154.

La giurisprudenza rotale non ha tenuto conto di tale sottile distinzione poco utile a livello pratico ed ha sostituito la condizione pattuita contro la sostanza con l'atto positivo di volontà già prima del CIC 1917. Se una persona vuole celebrare un matrimonio solubile, desidera qualcosa che non esiste, quindi, qualcosa d'inverosimile. Se qualcuno erra, cioè pensa erroneamente che il matrimonio è solubile per natura sua può celebrarlo validamente se ha la volontà, almeno implicita, di celebrare il matrimonio com'è stato voluto da Cristo. L'ignoranza e l'errore riguardano l'intelletto, mentre il matrimonio viene celebrato con un atto di volontà. Non può esistere un matrimonio contemporaneamente alla volontà anche solo di uno dei contraenti, positivamente contraria alla sua indissolubilità, perché mancherebbe il consenso, cioè il consenso sarebbe soltanto fittizio e simulato: «Et hoc verum est, quocumque modo haec voluntas exprimatur, sive per modum conditionis, sive per simplicem intentionem vel propositum, sive sub modo vel causa, cui alligetur consensus; quin necesse sit, ut deducatur in pactum; semper enim verum est, voluntatem deesse»<sup>(102)</sup>. Tale dottrina sul consenso è di diritto naturale per cui va applicata anche ai matrimoni degli infedeli<sup>(103)</sup>.

L'indissolubilità appartiene al patto matrimoniale sin dall'inizio ed è inclusa nella volontà generale di sposarsi senza la necessità di un'intenzione speciale da parte del contraente che include esplicitamente l'indissolubilità. Se uno respinge, invece, la perpetuità come elemento costitutivo del contratto impedisce il sorgere del vincolo<sup>(104)</sup>.

### 9. *L'uso di formule contrarie alla sostanza del matrimonio.*

Alcune confessioni protestanti nonché religioni non cristiane usavano formule per la celebrazione del matrimonio contrarie all'indissolubilità. Si prometteva la fedeltà finché l'altra parte non avesse commesso adulterio. Tale formula conteneva una condizione risolutiva e, quindi, contraria alla sostanza del matrimonio, come ad esempio: «... contraho tecum donec in fidelitate permanseris»<sup>(105)</sup>. Im-

<sup>(102)</sup> C. CATTANI, *Neo-Eboracen.*, 1 mar. 1913, in *RRDec* 5 (1913), 191, n. 17.

<sup>(103)</sup> Cf. C. CATTANI, *Parisien.*, 17 apr. 1915, 170, n. 8.

<sup>(104)</sup> Cf. C. PRIOR, *Neo-Eboracen.*, in *RRDec* 7 (1915), 22, n. 5.

<sup>(105)</sup> S. CONGR. S. OFFICII, *Responsum*, 6 apr. 1843, Vic. Ap. Oceaniae, in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 4, 171.

portante non era la predica del ministro acattolico durante il matrimonio degli acattolici, ma la formula del consenso. Se il consenso è stato scambiato con una formula contraria all'indissolubilità, il matrimonio è nullo. Se la formula della celebrazione del loro matrimonio civile o del loro matrimonio presso il ministro protestante non conteneva niente contro l'indissolubilità, il matrimonio è valido<sup>(106)</sup>. Il Sant'Uffizio, interpellato circa gli effetti giuridici di tali formule con la condizione implicitamente o esplicitamente contraria all'indissolubilità, ha ammesso che in tale caso l'errore particolare non rimaneva assorbito dalla volontà generale di celebrare secondo l'istituzione di Cristo<sup>(107)</sup>.

Una risposta del Sant'Uffizio, al Vicariato Apostolico dell'Oceania, ha specificato nel 1872 l'effetto irritante dell'uso di formule che prevedevano la facoltà di sciogliere il matrimonio per adulterio o per altri motivi purché tali clausole sono state collegate al consenso con l'avverbio «hic, id est in hoc loco, in his casibus», e quindi, espressamente condivise da entrambe le parti. Con tale affermazione il dicastero ha applicato la dottrina circa la necessità di un patto contrario all'indissolubilità anche all'errore<sup>(108)</sup>.

Il Sant'Uffizio rimaneva molto cauto e cercava di impedire una serie di matrimoni validi presso gli infedeli e gli acattolici. Non era ammissibile dedurre la nullità di tutti i matrimoni celebrati in una comunità acattolica solamente in base all'uso di formule contrarie all'indissolubilità. La congregazione ricordava ai missionari il dovere di indagare caso per caso, se la condizione era: «... aliqua ratione, directe vel indirecte, explicite vel implicite, in pactum fuerit a contractantibus deducta, seu utrum matrimonium fuerit contractum cum prava voluntate non consentiendi in vinculum perpetuum»<sup>(109)</sup>. Per l'interpretare correttamente le formule usate occorreva tener conto delle consuetudini del luogo nonché del contenuto della predica del pastore acattolico. Un giuramento di fedeltà condizionata o mutue promesse che seguono lo scambio del consenso possono

<sup>(106)</sup> Cf. c. MANY, 22 ian. 1914, in *RRDec* 6 (1914), 18, n. 14.

<sup>(107)</sup> Cf. S. CONGR. S. OFFICII, *Responsum*, 6 apr. 1843, Vic. Ap. Oceaniae, in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 4, 171.

<sup>(108)</sup> Cf. S. CONGR. S. OFFICII, *Instructio*, 18 dec. 1872, ad Vic. Ap. Oceaniae Central., in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 4, 333.

<sup>(109)</sup> S. CONGR. S. OFFICII, *Instructio*, 24 ian. 1877, ad Episcopum Nesquallien., in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 4, 373.

equivalere un patto risolutivo e irritare le nozze se le circostanze del singolo caso lo suggeriscono <sup>(110)</sup>.

#### 10. *I matrimoni dei pagani.*

Il Sant'Uffizio ha applicato la dottrina di Innocenzo IV <sup>(111)</sup> senza ulteriore approfondimento ai matrimoni dei pagani e dei non-cattolici. Una dichiarazione del Sant'Uffizio del 1698 ha ribadito la validità dei matrimoni dei battezzati apostati che hanno celebrato pubblicamente il matrimonio musulmano con l'eccezione: «*Si adsit pactum dissolubilitatis, non esse matrimonium neque sacramentum; si vero non adsit, esse matrimonium et sacramentum*» <sup>(112)</sup>.

Succedeva, però, in alcune regioni che non si poteva evincere nulla dalla formula del consenso perché non era determinata dalla consuetudine o perché le parti non si ricordavano della formula usata. Nelle regioni dove il matrimonio è stato stipulato semplicemente con il pagamento di una somma di denaro al padre della sposa, non si poteva ricavare alcun elemento utile per provare la presenza o meno di un errore. Restavano soltanto le circostanze remote che nel caso non lasciavano dubbi circa la nullità delle nozze <sup>(113)</sup>.

Gli uomini di una popolazione pagana avevano la consuetudine di scambiarsi le mogli in occasione di una festa dedicata ad una particolare divinità pagana. Sussiste una gravissima *causa simulationis remota*, dalla quale si poteva dedurre una condizione per lo meno tacita contro la sostanza. Il rifiuto, invece, della parte pagana di rinnovare il consenso ossia al consentire ad un matrimonio indissolubile costituisce un indizio per l'invalidità delle nozze pagane, ma non la prova <sup>(114)</sup>.

<sup>(110)</sup> Cf. S. CONGR. S. OFFICII, *Instructio*, 24 ian. 1877, ad Episcopum Nesqualien., in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 4, 373.

<sup>(111)</sup> INNOCENTIUS PAPA IV, *In quinque libros Decretalium commentaria*, lib. 4, tit. 5, cap. 7.

<sup>(112)</sup> S. CONGR. S. OFFICII, *Responsum*, 23 iul. 1698, Mission. Capuccin., in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 4, 40.

<sup>(113)</sup> S. CONGR. S. OFFICII, *Instructio*, 9 dec. 1874, ad Ep. S. Alberti, in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 4, 346.

<sup>(114)</sup> S. CONGR. S. OFFICII, *Instructio*, 9 dec. 1874, ad Ep. S. Alberti, in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 4, 347.

I nomadi della Mongolia divorziavano per i motivi più futili. Era frequente trovare donne che erano giunte al loro terzo o quarto matrimonio al momento della conversione al cattolicesimo. Gli uomini catecumeni si trovavano nella stessa situazione. Per la facilità con cui si scioglievano i matrimoni, i missionari dubitavano della loro validità<sup>(115)</sup>. Anche in Giappone i pagani celebravano frequentissimamente le nozze versando in un errore circa l'indissolubilità. Sia in Mongolia che in Giappone il matrimonio era nullo solo se tale opinione erronea ha spinto le parti a porre una condizione contro la sostanza di comune accordo. Tale patto deve risultare dalle parole con le quali il consenso è stato espresso<sup>(116)</sup>. A Zanzibar gli schiavi si univano in matrimonio secondo il volere dei propri padroni. Queste unioni non godevano di nessuna stabilità perché l'uomo e la donna potevano essere venduti a padroni diversi, quindi separati. Se uno veniva liberato, mentre l'altra rimaneva nello stato di schiavitù si produceva sempre una separazione. Anche coloro che riuscivano a fuggire di fatto si erano separati dalle loro mogli, soprattutto perché non potevano più tornare da loro per paura di essere uccisi o puniti brutalmente<sup>(117)</sup>. Nemmeno in questo caso particolare il Sant'Uffizio ha considerato tutti i matrimoni degli infedeli, ed allo stesso modo, anche dei cattolici ignoranti, semplici concubinati<sup>(118)</sup>. Per quanto riguarda la prova dello stato libero, però, la Congregazione era decisamente più generosa con i pagani. Per loro bastava il giuramento di non essere mai stati sposati in modo indissolubile, se tale giuramento risultava credibile, dopo un attento esame delle circostanze, da parte del missionario e non rimaneva neanche un lieve dubbio. Per quanto riguarda invece l'ammissione dei cattolici a nuove nozze, occorreva la certezza morale raggiunta con le prove in un procedimento giudiziale<sup>(119)</sup>.

---

<sup>(115)</sup> S. CONGR. S. OFFICII, *Responsum*, 29 nov. 1882, *Mongoliae*, in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 4, 391.

<sup>(116)</sup> S. CONGR. S. OFFICII, *Responsum*, 4 feb. 1891, ad Vic. Ap. Iaponiae Merid., in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 4, 457.

<sup>(117)</sup> Cf. S. CONGR. S. OFFICII, *Instructio*, 18 maii 1892, in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 4, 477-478.

<sup>(118)</sup> Cf. S. CONGR. S. OFFICII, *Instructio*, 18 maii 1892, in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 4, 477-478.

<sup>(119)</sup> S. CONGR. S. OFFICII, 18 maii 1892, *Siouxormen*, in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 4, 476.

11. *I matrimoni degli ebrei.*

Innocenzo III ha ricordato nella Decretale *De infidelibus* l'indissolubilità del matrimonio pagano e l'illegittimità del ripudio anche tra i non battezzati. Si è riferito esplicitamente all'insegnamento di Gesù che ha rimproverato la disciplina della lettera di ripudio. Il non battezzato che aveva ripudiato sua moglie non potrà sposare un'altra donna nemmeno dopo la conversione al cristianesimo e ricorda due eccezioni: 1) il rifiuto della donna di convivere con lui senza « contumelia Creatoris »; 2) la seduzione ad un peccato mortale, come, ad esempio, il ritorno al paganesimo. Se la moglie lo segue nella conversione è obbligata a mantenere il vincolo coniugale. Di conseguenza, commette adulterio chi sposa una ripudiata e colui che l'ha respinta non potrà accusarla di adulterio in quanto si è anch'essa risposata<sup>(120)</sup>. Tale Decretale non è stata interpretata in modo univoco: alcuni giuristi, tra i quali eccelle Giovanni Andrea, hanno riconosciuto la validità del matrimonio degli ebrei anche nel caso avessero stipulato una condizione contraria alla sostanza perché tale condizione era lecita solo secondo la loro legislazione.

Altri, invece, hanno applicato la Decretale dello stesso Innocenzo III « *Gaudemus in Domino* » al matrimonio ebreo e né hanno dedotto l'effetto irritante della condizione contraria alla sostanza, indipendentemente della legittimità secondo la legislazione ebraica<sup>(121)</sup>. Non di-

---

<sup>(120)</sup> « *De infidelibus ad fidem conversis nos consulere voluisti, utrum, si ante conversionem suam secundum legis veteris instituto vel traditiones suas circa gradus consanguineitatis, a canone denotatos, coniuncti fuerint, separari debeant post baptismum. Super hoc igitur Consultationi tuae duximus respondendum, quod matrimonium, sic ante conversionem contractum, non est post baptismi lavacrum separandum, quum a Judaeis Dominus requisitus, si liceret uxorem ex quacunque causa dimittere, ispis respondit: "Quos Deus coniunxit, homo non separet, per hoc innuens, esse matrimonium inter eos" » (Lib. Extra, lib. 4, tit. 14, cap. 4 [INNOCENTIUS PAPA III, *De infidelibus*, 30 dec. 1198, ex Palatio Laterani, ad Archiepiscopo et capitulo Tirenibus, quod matrimonium citra gradus consanguineitatis ante conversionem ad fidem contractum non est post baptismi lavacrum separandum, in A. POTTHAST, *Regesta Pontificum Romanorum inde ab a post Christum natum 1198-1304*, 3 voll., Berolini 1874-1875, vol. I, n. 507, p. 48]).*

<sup>(121)</sup> « ... Qui autem secundum ritum suum legitimam repudiavit uxorem, quum tale repudium veritas in evangelio reprobaverit, nunquam ea vivente licite poterit aliam, etiam ad fidem Christi conversus, habere, nisi post conversionem ipsius illa renuat cohabitare cum ipso, aut etiamsi consentiat, non tamen absque contumelia creatoris, vel ut eum pertrahat ad mortale peccatum. In quo casu restitutionem petenti, quamvis de

stinguono, per quanto riguarda la condizione contraria all'indissolubilità, tra il matrimonio degli ebrei e il matrimonio cristiano. Tale dottrina viene seguita soprattutto dai canonisti post-tridentini, come osserva il gesuita Schmalzgrueber, rettore dell'Università di Dillingen<sup>(122)</sup>. Il fatto che la legge ebraica ammette il ripudio e considera valido un matrimonio celebrato con la condizione contraria all'indissolubilità non toglie l'effetto irritante previsto nel foro canonico<sup>(123)</sup>.

## 12. *I matrimoni degli orientali.*

Tra i cristiani in oriente era diffuso il divorzio pronunziato dai vescovi. Di conseguenza i fedeli versavano generalmente nell'errore speculativo circa l'indissolubilità. Nonostante tale errore, i loro matrimoni, sono in linea di principio da considerare validi<sup>(124)</sup>. Il Cardinale De Lugo (1583-1660), professore al Collegio Romano, osservava che tra gli orientali il divorzio era ammesso nel caso di maltrattamenti o di adulterio di una parte<sup>(125)</sup>. Si riferisce concretamente agli Abissini: «... immo maiori ex parte quando matrimonium contrahunt, solent dare quosdam fidejussores, ad quos pertineat uxorem, si forte male a viro tractetur, ex viri potestate educere, alteri viro in matrimonium dare»<sup>(126)</sup>. Il problema si pose ai missionari quando alcuni si convertirono alla fede cattolica. I missionari dovevano raccomandare ai convertiti divorziati e risposati, di tornare al precedente coniuge, eccetto il caso di una condizione contraria alla

---

iniusta spoliatio constaret, restitutio negaretur, quia secundum Apostolum frater aut soror non est in huiusmodi subiectus servituti. Quodsi conversum ad fidem et illa conversa sequatur, antequam propter causas praedictas legitimam ille ducat uxorem, eam recipere compelletur. Quamvis quoque secundum evangelicam veritatem qui duxerit dimissam moechatur, non tamen dimissor poterit obicere fornicationem dimissae pro eo, quod nupsit alii post repudium, nisi alias fuerit fornicata» (Lib. Extra, lib. 4, tit. 19, cap. 8 [Innocentius papa III, *Gaudemus in Domino*, 22 apr. 1201, ex Palatio Laterani, Tiberiadensi Episcopo, in A. POTTHAST, *Regesta Pontificum Romanorum inde ab a post Christum natum 1198-1304*, 3 voll., Berolini 1874-1875, vol. I, n. 1325, p. 121]).

<sup>(122)</sup> Cf. F. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum universum brevi methodo ad discentium utilitatem explicatum seu lucubrationes canonicae in quinque libros Decretalium Gregorii IX Pontifici Maximi*, 12 tom., Romae 1844-1845, tom. 8, 442.

<sup>(123)</sup> Cf. M. ROSSET, *De sacramento matrimonii*, tom. 1, 162

<sup>(124)</sup> Cf. J. Card. DE LUGO, *Disputationes scholasticae*, disp. 8, sect. 8, n. 133.

<sup>(125)</sup> Cf. J. Card. DE LUGO, *Disputationes scholasticae*, disp. 8, sect. 8, n. 130.

<sup>(126)</sup> J. Card. DE LUGO, *Disputationes scholasticae*, disp. 8, sect. 8, n. 125-126.

sostanza posta di comune accordo: «Quando hi Schismatici contrahunt cum pacto expresso, ut possint uti repudio in casibus sibi permissis, matrimonium est nullum»<sup>(127)</sup>. Se le parti hanno rifiutato esplicitamente o implicitamente un matrimonio indissolubile, le loro nozze sono nulle<sup>(128)</sup>. Il Sant'Uffizio ha applicato tale disciplina in una risposta del 1680, nella regione bosniaca, al matrimonio tra due scismatici nonché al matrimonio celebrato da un cattolico ed un acattolico orientale: «Si ista sint deducta in pactum, seu cum ista conditione sint contracta, matrimonia sunt nulla; sin aliter, sunt valida»<sup>(129)</sup>. Non si fa nessuna differenza tra i cattolici e gli acattolici. In entrambi i casi bisogna provare la condizione «in pactum deducta», soltanto che la prova risulta più facile per gli scismatici per il fatto che essi ammettono il divorzio.

### 13. *I matrimoni dei calvinisti.*

Il problema della condizione contro la sostanza si poneva oltre che per gli ebrei e gli orientali, anche per i cattolici e i calvinisti, sia per il caso della celebrazione del matrimonio di due cattolici o il matrimonio misto nelle parrocchie non tridentine, sia nel caso della conversione di un calvinista sposato. Il canonista francescano Anacleto Reiffenstuel (1642-1703), lettore a Freising in Baviera, menziona la formula contenente la condizione risolutiva nelle regioni dell'Ungheria, della Transilvania e in alcuni cantoni della Svizzera. Con tale formula si concedeva a vicenda la facoltà di risposarsi nel caso dell'adulterio di una parte o della sua conversione alla Chiesa cattolica<sup>(130)</sup>. In Transilvania il ministro calvinista, ricordava agli sposi prima delle nozze, che non era lecito lasciare la propria moglie eccetto il caso di adulterio. Li ammoniva quasi a voler restringere il loro consenso ponendo una condizione contro la sostanza. Ricordava loro, nell'omelia, il diritto di risposarsi in caso di adulterio di una

<sup>(127)</sup> J. Card. DE LUGO, *Disputationes scholasticae*, disp. 8, sect. 8, n. 125-126.

<sup>(128)</sup> Cf. J. Card. DE LUGO, *Disputationes scholasticae*, disp. 8, sect. 8, n. 127-128.

<sup>(129)</sup> S. CONGR. S. OFFICII, *Responsum*, 2 dec. 1680, Bosniae, in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 4, 35.

<sup>(130)</sup> Cf. A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum clara methodo iuxta titulos quinque librorum Decretalium in quaestiones distributum, solidisque responsionibus, et obiectionum solutionibus dilucidatum*, Venetiis 1760, tom. 4, lib. 4, tit. 5, cap. 7, n. 48.

delle parti. Anche in altre regioni lo scambio del consenso era seguito dal giuramento di fedeltà finché l'altra parte si comportava in maniera irreprensibile. Venivano letti dei brani del Nuovo Testamento che sono stati interpretati come concessioni al divorzio e non solo di separazione<sup>(131)</sup>. Le parti giuravano davanti al pastore calvinista: « Accipio te, et iuro, quod non deseram, donec in honestate permanseris ». Anche se il giuramento era fatto immediatamente dopo lo scambio del consenso, esso non può essere separato dal consenso, da non formare più la sua parte costitutiva, ma soltanto un'appendice. Per interpretare il significato del giuramento, Benedetto XIV ha studiato le consuetudini dei giudici acattolici che permettevano al coniuge innocente nuove nozze in caso di adulterio<sup>(132)</sup>.

Benedetto XIV aveva la preoccupazione di dare la possibilità, agli adepti della setta ereticale, così chiamava la comunità calvinista, di celebrare delle nozze valide nonostante il loro diffuso errore dottrinale circa la dissolubilità condizionata del matrimonio. I Calvinisti si sposano, in linea di principio, con l'intenzione, in genere, di celebrare un matrimonio valido secondo la legge di Cristo anche davanti all'assistente acattolico. Visto che la legge di Cristo non ammette lo scioglimento del vincolo neanche nel caso di adulterio, intendono implicitamente un matrimonio indissolubile. L'errore privato non deve essere considerato prevalente per cui la validità del matrimonio e la sua perpetuità dipendono dalla volontà generale. Di conseguenza, è da ritenersi nullo il secondo matrimonio celebrato dopo la conversione al cattolicesimo di una delle parti, mentre era ancora in vita il coniuge precedente<sup>(133)</sup>. Non basta, quindi, il solo fatto che i due Calvinisti avevano contratto il matrimonio con la convinzione che esso si poteva sciogliere in caso di adulterio<sup>(134)</sup>. Papa Benedetto XIV ha risolto la questione riportando la famosa Decretale « Gaude-

---

<sup>(131)</sup> Cf. S. CONGR. S. OFFICII, *Responsum*, 6 apr. 1843, Vic. Ap. Oceaniae, in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 4, 171.

<sup>(132)</sup> Cf. BENEDICTUS PAPA XIV, *De synodo dioecesana*, lib. 13, cap. 22, n. 9.

<sup>(133)</sup> « Privatus enim error nec anteponi debet, nec praejudicium afferre potest generali, quam diximus, voluntati, ex qua contracti matrimonii validitas, et perpetuitas pendet, et consequenter inducitur nullitas secundi matrimonii, quo femina, post susceptam Catholicam Fidem, primo adhuc vivente marito, alteri se conjunxit » (BENEDICTUS PAPA XIV, *De synodo dioecesana*, lib. 13, cap. 22, n. 3).

<sup>(134)</sup> Cf. BENEDICTUS PAPA XIV, *De synodo dioecesana*, lib. 13, cap. 22, n. 5.

mus in Domino» di Innocenzo III<sup>(135)</sup>, citata frequentemente dai canonisti riguardo ai matrimoni dei cattolici che dei non cattolici.

Per il Sudafrica il Sant'Uffizio ha fatto riferimento ad una sua assemblea plenaria del 20 maggio 1754, che ha riconosciuto la nullità dei matrimoni dei calvinisti nei quali il consenso era seguito da un giuramento di fedeltà che conteneva una condizione risolutiva. Nel 1840 ha dato una risposta con riferimento al matrimonio dei cattolici celebrato davanti al pastore calvinista. Se entrambi i coniugi sono cattolici, contraggono *sensu Ecclesiae*, nonostante la formula contraria all'indissolubilità. Il matrimonio misto è nullo se la parte acattolica dichiara espressamente di contrarre il «matrimonium de praesenti» con una formula contraria alla perpetuità. Se la parte cattolica dichiara, invece, espressamente di celebrare «sensu Ecclesiae» e la parte non cattolica accetta tale dichiarazione il loro matrimonio è valido<sup>(136)</sup>. La formula usata dai Calvinisti, comunque, non impediva neanche tra di loro, la validità del vincolo matrimoniale<sup>(137)</sup>.

#### 14. *Conclusiones.*

Il Decreto di Graziano e le Decretali di Innocenzo III hanno ispirato la discussione in dottrina circa l'effetto irritante della condizione contro la perpetuità del vincolo. Tali testi erano destinati innanzitutto alla soluzione dei casi concreti e non in un processo di nullità, ma dal punto di vista di un processo per la dichiarazione della validità, questione frequentemente problematica perché la registrazione era carente. Inoltre, nel caso del matrimonio clandestino contratto con parole spesso non ricordate risultava quasi impossibile la prova di una riserva mentale o condizione ricordata da una sola parte. In genere si riconosceva la validità delle nozze clandestine se entrambi le parti confermavano di averlo celebrato e si imponeva loro una penitenza. Solo se entrambi le parti asserivano la condizione

---

<sup>(135)</sup> Lib. Extra, lib. 4, tit. 14, cap. 4 (INNOCENTIUS PAPA III, *De infidelibus*, 30 dec. 1198, ex Palatio Laterani, ad Archiepiscopo et capitulo Tirenibus, in A. POTTHAST, *Regesta Pontificum Romanorum inde ab a post Christum natum 1198-1304*, 3 voll., Berolini 1874-1875, vol. I, n. 507, p. 48); cf. BENEDICTUS PAPA XIV, *De synodo dioecessana*, lib. 13, cap. 22, n. 4.

<sup>(136)</sup> Cf. S. CONGR. S. OFFICII, 22 iul. 1840, Promont. Bonae Spei, in *Codicis Iuris Canonici Fontes*, vol. 4, 163.

<sup>(137)</sup> Cf. F. DE ANGELIS, *Praelectiones iuris canonici*, tom. 3, 154.

contraria alla sostanza nel primo matrimonio si riconosceva la sua invalidità. Altrimenti valeva il secondo matrimonio, l'unico celebrato *in facie Ecclesiae*.

Nonostante la difficoltà di prova si discuteva in dottrina circa l'effetto della condizione posta da una sola parte, mentre l'altra taceva o si opponeva. La dottrina prevalente non riconosceva l'effetto irritante della condizione unilaterale non perché si negava in teoria la necessità di un consenso integro da entrambi le parti, ma perché si sottolineava, con una presunzione *iuris et de iure*, che il nubente era receduto dalla condizione dopo il silenzio o la contraddizione dell'altra parte.

Il Sant'Uffizio e la Congregazione del Concilio hanno seguito rigidamente tale impostazione, ma non hanno impedito la discussione dottrinale. La continua applicazione in foro esterno del principio della condizione pattuita era motivata da una parte dal rispetto per la validità dei matrimoni degli acattolici e dall'altra parte dalla reale difficoltà di provare che una condizione sia stata conservata nonostante il silenzio o la contraddizione dall'altra parte. Un'ulteriore difficoltà viene costituita dalla mancanza di una forma determinata di celebrazione presso alcuni popoli pagani o da una forma acattolica che si presta ad interpretazioni contrastanti.

Riguardo all'*error iuris* circa l'indissolubilità si ribadiva l'irrelevanza dell'errore speculativo. Soltanto se l'errore aveva portato ad una condizione contro la sostanza conseguiva l'effetto irritante. Nella prova assumeva centrale importanza la questione della formula usata al momento della celebrazione.

Mentre le Congregazioni hanno seguito rigidamente tale disciplina prevalente sino alla fine dell'Ottocento, la Rota Romana ha perfezionato la dottrina di quegli autori che riconoscevano l'effetto irritante della condizione contro la sostanza anche da una sola parte, purché provata con certezza morale. È giunta al superamento dell'interpretazione restrittiva del Decreto di Graziano e delle Decretali di Innocenzo III accolte nel *Liber extra* presupponendo l'accettazione esplicita della condizione da entrambe le parti per viziare il consenso anche in foro esterno. Il concetto dell'atto positivo è stato sviluppato in dottrina dopo le decisioni del Sant'Uffizio del 1872 e del 1874 come ricorda una sentenza *coram* Many del 1914<sup>(138)</sup>. Tale passo è

---

(138) Cf. c. MANY, 22 ian. 1914, in *RRDec* 6 (1914), 12-13, n. 5.

diventato centrale per lo sviluppo della giurisprudenza di tutti i Tribunali cattolici. Basta l'intenzione positiva ed espressa di una sola delle parti di sciogliere il matrimonio in caso di adulterio per produrre la nullità perché non è possibile concepire un matrimonio senza i suoi obblighi sostanziali<sup>(139)</sup>. Una sentenza *coram* Prior interpreta le risposte della Congregazione del Sant'Uffizio ricordando che il dicastero non era contrario all'opinione degli autori che trattavano la questione speculativa. Il dicastero riteneva soltanto che senza patto non si otteneva la prova in foro esterno. È molto improbabile una intenzione di celebrare un matrimonio solubile sufficientemente salda da superare la volontà di celebrare il matrimonio come istituito da Cristo o, tra i non battezzati, dall'Autore della natura<sup>(140)</sup>.

I documenti del Sant'Uffizio dimostrano secondo Prior che: 1) è possibile avere un'intenzione contraria all'indissolubilità senza che risulti un matrimonio invalido; 2) il matrimonio è solo nullo se si riusciva a dimostrare che l'intenzione di contrarre un vincolo solubile era la condizione *sine qua non* per la prestazione del consenso<sup>(141)</sup>. Dal contesto dei documenti del Sant'Uffizio si evince che la Congregazione voleva distinguere meno tra il contraente con l'intenzione di celebrare un matrimonio solubile ed il contraente che aveva posto una condizione dedotta in un patto, ma piuttosto distinguere tra colui che ha celebrato con l'errore concomitante circa l'indissolubilità e colui che ha celebrato un matrimonio solubile con atto positivo. La disciplina della Rota Romana non sarebbe altro che l'esplicitazione e il perfezionamento terminologica di un nucleo dottrinale già presente nelle decisioni del Sant'Uffizio.

Una sentenza *coram* Cattani ha ribadito chiaramente che tutte le dichiarazioni o istruzioni date dalla Sede Apostolica nei vari tempi sono da intendere secondo l'interpretazione data dal Tribunale della Rota Romana fin dalla sua restaurazione con la Costituzione apostolica «*Sapienti consilio*» di Pio X nel 1908<sup>(142)</sup>. Per Cattani si è trattato di una visione solo apparentemente restrittiva a causa della difficoltà della prova dell'atto positivo contro la sostanza da parte di uno solo dei coniugi. Le istruzioni e risposte avrebbero, comunque,

<sup>(139)</sup> Cf. c. MANY, 22 ian. 1914, in *RRDec* 6 (1914), 10-11, n. 4.

<sup>(140)</sup> Cf. c. PRIOR, *Neo Eboracen.*, in *RRDec* 7 (1915), 25, n. 7.

<sup>(141)</sup> Cf. c. PRIOR, *Neo Eboracen.*, in *RRDec* 7 (1915), 27, n. 12.

<sup>(142)</sup> Cf. PIUS PAPA X, Const. ap. *Sapienti Consilio*, 29 iun. 1908, Romae, apud S. Petrum: De Romana Curia, in *AAS* 1 (1909), 15.

solo ritenuto difficilissima la prova senza accordo simulatorio o senza condizione pattuita<sup>(143)</sup>. Tale giustificazione di Cattani forse corrisponderà alla *mens legislatoris*. Non si evince, però, con sufficiente chiarezza dalla *significatio verborum* per cui, a nostro modesto avviso, non si può negare un'ulteriore sviluppo prodotto dalla giurisprudenza rotale sulla solida base di quella corrente della scienza canonica, con in testa Sánchez, che aveva riconosciuto il valore irritante dell'esclusione unilaterale dell'indissolubilità.

---

(143) Cf. C. CATTANI, *Parisien.*, 17 apr. 1915, in *RRDec* 170-171, n. 10.