

TESI GREGORIANA

Serie Diritto Canonico

41

CONDIZIONE ESPLICITA E CONSENSO
IMPLICITAMENTE CONDEZIONATO NEL
MATRIMONIO CANONICO

EDITRICE PONTIFICIA UNIVERSITÀ GREGORIANA
Roma 2000

TESTI GREGORIANI
Sechs Bände Canonic

MYRIAM TINTI

CONDIZIONE ESPLICITA E CONSENSO IMPLICITAMENTE CONDIZIONATO NEL MATRIMONIO CANONICO

EDITRICE PONTIFICIA UNIVERSITÀ GREGORIANA
Roma 2000

Vidimus et approbamus ad normam Statutorum Universitatis

Romae, ex Pontificia Universitate Gregoriana

die 11 mensis novembris anni 1998

Prof. URBANO NAVARRETE, SJ

Prof. JANUSZ KOWAL, SJ

ISBN 88-7652-850-4

© Iura editionis et versionis reservantur

PRINTED IN ITALY

GREGORIAN UNIVERSITY PRESS

Piazza della Pilotta, 35 - 00187 Rome, Italy

Alle mie figlie

Eleonora e Lorenza

Attestato di appartenenza del sottoscritto *Giuseppe Ungaretti*

Autore, ex *Foro della Università Gregoriana*

dal 11 marzo novembre anni 1926

Prof. *Ungaretti* Navarone, 31

Allo mio figlio

Prof. *Ungaretti* Navarone, 31

Ungaretti Navarone, 31

ITALY IN 1926

Attestato di appartenenza al sottoscritto *Ungaretti*

ITALY IN 1926

Attestato di appartenenza al sottoscritto *Ungaretti*

Autore, ex *Foro della Università Gregoriana*

INTRODUZIONE

Patrimonio comune delle scienze giuridiche, la condizione, con la sua apponibilità o meno, in campo matrimoniale, segna il crinale fra ordinamenti in relazione all'incidenza diversa del consenso sulla valida formazione dell'istituto. Nella concezione canonistica, dove il contratto matrimoniale per battezzati è contemporaneamente sacramento, l'assoluta predominanza e autonomia del consenso comporta la soggezione di questo alla condizione, laddove, invece, una prevalenza data all'elemento formale della celebrazione come, per lo più, negli ordinamenti civili, per una esigenza di sicurezza e di stabilità, fa bandire la apponibilità della condizione qualunque essa sia.

Estranea al rituale romano e per dieci secoli alla prassi della Chiesa, la condizione si è, peraltro, confermata saldamente fino alla codificazione del 1917 che ancora la prevede e disciplina.

La canonistica ha trovato in essa un campo privilegiato per approfondire il ruolo primario del consenso e quindi per sottolineare il senso personalistico del matrimonio.

Nei lavori di preparazione del can. 1092 del CIC/17, se ne era proposta l'eliminazione. Nota, infatti, il P. Gasparri:

Ex actis preparatoriis ad Codicem constat inter Consultores actum fuisse de irritando matrimonio sub qualibet conditione inito iuxta principium in recentioribus legislationibus receptum: actui legitimo conditio apponi non debet. P. Wernz canonem relativum redegit omnesque Consultores, Praeside non excluso, assensum praeberunt¹.

¹ F. CAPPELLO, *De matrimonio*, II, n. 877, 73, nota 2.

Ciononostante, di fatto fu promulgato il can. 1092, che codifica quasi senza cambiamenti la legislazione precedente sul matrimonio condizionato. Il legislatore infatti non poteva non essere ben consapevole che eliminare la condizione significava ignorare un aspetto del consenso da cui non si poteva prescindere in un ordinamento in cui il consenso è la causa efficiente dell'istituto matrimoniale e non può essere sostituito da alcuna potestà umana.

Scriveva a questo proposito il P. Cappello:

La Chiesa è contraria al pari del legislatore civile al matrimonio condizionato, ma quando essa si trovi di fronte ad una unione coniugale nulla ed irrita per la condizione apposta, non può rimanere indifferente ed ammettere che tali presunti coniugi continuino la convivenza coniugale. La condizione che vizia in radice il consenso rende appunto per questo irrita e inesistente il matrimonio stesso².

Dove, inoltre, la condizione si sia verificata, il consenso c'è: è quindi solo per un motivo di certezza e di riguardo al bene comune, che oggi nel nuovo codice si stabilisce, per quanto riguarda la condizione *de futuro*, l'inefficacia di tale consenso, perché condizionato, e quindi il matrimonio diventa nullo per il semplice fatto dell'apposizione della condizione.

Certezza dei rapporti giuridici da una parte, ma anche libertà nei rapporti giuridici di indole personale dall'altra, libertà garantita, nel Codice, dal can. 219 e ancor prima, nella Const. *Gaudium et Spes* (n. 49), dalla natura dell'amore coniugale che «humana simul et divina consocians, coniuges ad liberum et mutuum sui ipsius donum» conduce.

Eliminata dal Codice dell'83, con una legge irritante, la *condicio de futuro* che nella legislazione precedente, attuando la sua efficacia naturale, sospendeva contratto e sacramento fino alla purificazione della condizione, la volontà condizionata, invero, anche oggi continua ad esercitare la sua influenza sull'efficacia del consenso matrimoniale anche per altre strade, riconducibili ad un consenso condizionato implicitamente.

² F. CAPPELLO, «Il matrimonio in Italia», 250.

Il canone generale 126³, infatti, offre una chiave univoca d'interpretazione dei canoni sull'errore in campo matrimoniale (cann. 1097, 1099), poiché l'errore, in tanto vizia il consenso, in quanto verte su ciò che costituisce la sostanza dell'atto, oppure, se verte su elementi non sostanziali, in quanto «*recidit in condicionem sine qua non*», vale a dire, in questa seconda ipotesi, nella misura in cui si fa volontà condizionata. In questo caso un elemento accidentale, per volontà del soggetto, entra a far parte della sostanza dell'oggetto.

Lo stesso si può dire per le esclusioni (can. 1101 §2), tanto che il legislatore ha rinunciato a disciplinare la condizione contro la sostanza del matrimonio perché ha ritenuto di averla assorbita nel canone sulla simulazione. La volontà condizionata, dunque, esplicitamente o implicitamente attraversa tutti i canoni che riguardano il consenso, che viene così ad essere diretto verso un oggetto che, se diverso da quello identificato dal matrimonio canonico, è invalido e, se sospeso, non può essere efficace fino alla purificazione della condizione.

Oggetto della presente tesi è quello di investigare sia le motivazioni che hanno potuto indurre il legislatore del Codice dell'83 a stabilire, per legge positiva, la nullità del matrimonio sotto condizione *de futuro*, nonché a cancellare dal canone la *condicio contra substantiam*, sia la accoglienza nell'ordinamento canonico matrimoniale, in modo molto più palese che nel Codice precedente, della *condicio implicita*, le cui fattispecie sotto il punto di vista sistematico possono essere inquadrare come una *exclusio* a norma del can. 1101 §2 o come *error qui recidit in condicionem sine qua non* a norma del can. 126.

Data la complessità e vastità della materia, il metodo deve essere necessariamente sintetico-sistematico, vale a dire, dalla varietà di problemi che ha sollevato e continua a sollevare il consenso matrimoniale condizionato, cercheremo di mettere in luce in modo sintetico e sistematico quegli aspetti che possono condurre allo scopo che ci siamo prefissati.

La prima parte, perciò, è dedicata all'istituto della *condicio apposita*, applicato specificamente al consenso matrimoniale, nonché ai problemi

³ Can. 126: «Actus positus ex ignorantia aut ex errore, qui versetur circa id quod eius substantiam constituit, aut qui recidit in condicionem *sine qua non*, irritus est; secus valet, nisi aliud iure caveatur, sed actus ex ignorantia aut ex errore initus locum dare potest actioni rescissoriae ad normam iuris».

che da sempre ha sollevato, in particolare la *condicio licita de futuro*, onde individuare le motivazioni, non nuove, del trattamento attuale, nel Codice dell'83, della *condicio de futuro*.

Nella seconda parte esamineremo la rilevanza che la condizione, ancorché implicitamente apposta, esercita sulla efficacia del matrimonio. Verranno a tal fine analizzati il canone sulle esclusioni e i due canoni sull'errore, per trarre la conclusione che, soprattutto a proposito dell'errore occorre, perché l'atto sia giuridicamente invalido, che il consenso comporti un atto di volontà condizionante.

* * *

Desidero ringraziare di cuore quanti hanno contribuito alla mia formazione e a questa tesi.

Ringrazio i docenti della Facoltà di Diritto Canonico presso la Pontificia Università Gregoriana che mi hanno trasmesso la passione per il diritto canonico e grazie ai quali ho potuto svolgere i miei studi e completarli nello Studio Rotale.

In particolare mi rivolgo al direttore della mia tesi, P. Urbano Navarrete che mi ha suggerito l'argomento e mi ha guidato con disponibilità e sapienza, frutto della sua carità pastorale e della sua lunga esperienza.

Ringrazio, soprattutto, il Signore perché mi ha dato l'aiuto di tante persone perché mi fosse possibile adempiere al mio dovere.

PARTE PRIMA

FIGURA DELLA CONDIZIONE PROPRIA

Presupposti dottrinali e legislazione canonica

CAPITOLO I

Formazione dell'istituto del matrimonio condizionato

1. Terminologia e distinzioni

La condizione propriamente detta (*condicio de futuro*) viene definita: «l'aggiunta ad una dichiarazione di volontà, la quale in modo arbitrario, fa dipendere l'esistenza di un rapporto giuridico da un evento futuro e incerto»¹. Nell'ordinamento canonico sono ammesse altre fattispecie di condizione in cui l'effetto non dipende da un evento futuro e incerto. Comunemente vengono chiamate condizioni improprie. Sono quelle che fanno dipendere un rapporto giuridico da un evento passato (*condicio de praeterito*) o presente (*condicio de praesenti*).

Gli effetti del negozio si verificano, nel caso delle condizioni proprie, quando si purifica la condizione, senza che sia necessario in quel caso un nuovo scambio del consenso e gli effetti retroagiscono, se sono

¹ F.C. SAVIGNY, *Sistema*, III, §116, p.146. I canonisti concordano fondamentalmente su questa definizione. Ecco alcuni esempi significativi: G. Payen: «Nomine condicionis venit, stricto aut lato sensu, quaelibet circumstantia cui *alligatur* consensus matrimonialis, seu ex qua pendet *valor* consensus accipitur *sensu stricto*, si valorem matrimonii *suspendit*: tum *valor* consensus ex eventu futuro atque incerto pendet. *Sensu lato* sumitur, si valorem matrimonii *non suspendit*, tum ex facto praeterito aut praesenti pendet *valor* consensus» (*De Matrimonio*, II, n. 1725, 125); P. Gasparri: «*Conditio*, ut ab ea incipiamus, in re nostra optime definitur: *circumstantia actui* (promissioni) *adjecta ex qua ipse actus pendet*, idest suspenditur, vel revocatur. Exprimi solet per particulas *si*, *dummodo*, *modo* et interdum *ablative absoluto*» (*De Matrimonio*, I, n. 79, 56).

suscettibili di tale retroazione. Se, invece, la condizione non si purifica, il negozio non si compie e, quindi, deve considerarsi come mai sorto².

Nel caso, invece, delle condizioni improprie, il negozio sorge o meno a seconda che l'evento dedotto si sia verificato nel passato o nel presente.

Applicando il concetto di condizione al campo del diritto canonico matrimoniale si configura la situazione di chi desidera sposarsi, ma solo «a patto che» si verifichi una circostanza particolare, non prevista dall'ordinamento canonico, ma ritenuta così essenziale dal soggetto che considera il matrimonio auspicabile, possibile, solo se la circostanza si verifica e non nel caso contrario, al punto che ove la condizione non si verifichi, non vuole nemmeno il matrimonio.

Dato che il consenso coniugale è «la causa efficiente» del patto matrimoniale, e dato che nell'ordinamento canonico il consenso non è in alcun modo sostituibile, è evidente l'importanza che assume in questa materia la condizione, se si considera il nesso istituito dal soggetto fra la circostanza dedotta nella condizione e il proprio consenso coniugale, quanto all'efficacia giuridica³. Nesso così stretto da potersi affermare che la condizione *entri* nel consenso, che come atto di volontà non può essere ignorato, così come suggerisce il principio classico per cui *factum infectum fieri nequit*, ma i cui effetti il soggetto, allorché lo legghi ad una circostanza particolare, intende sospendere oppure interrompere in rapporto al verificarsi o meno della circostanza legata al consenso. Il *nesso* voluto dalla volontà del soggetto fra la circostanza oggetto della condizione e l'efficacia del consenso è, dunque, ciò che qualifica la condizione e la distingue da figure simili⁴.

² Scrive E. Graziani: «Nel negozio condizionale c'è una compiuta volizione, ma manca ancora la volontà normativa, perché il dichiarante ha disgiunto dalla dichiarazione il valore normativo della dichiarazione stessa; in quanto egli ha configurato una fattispecie integrata da un elemento, in dipendenza del quale — e soltanto in dipendenza del quale — la dichiarazione acquisterà quel suo valore "purificandosi", cioè integrandosi e divenendo così "il consenso"» (*Volontà attuale e volontà precettiva*, 144).

³ Cfr. P. BIANCHI, *Quando il matrimonio è nullo?*, 241-273.

⁴ Scrive E. Graziani: «Il negoziatore *sub condicione* compie un'azione (nel caso che ci occupa, dichiarazione matrimoniale), ma non si impegna *sic et simpliciter* a quelle azioni future integranti il comportamento matrimoniale, nel senso a suo tempo

Va tenuto distinto, anzitutto, il *presupposto* o *prerequisito*⁵, in cui una circostanza è, appunto, presupposto del consenso, ma non *entra* in esso condizionandone l'efficacia; così come anche il *modo* o *onere*, e in genere, la cosiddetta *volontà interpretativa*, quella per cui se si fosse saputo, non ci si sarebbe sposati: è una manifestazione di volontà *ex post* che non influisce sulla validità del matrimonio⁶.

Facendo riferimento, tra le tante, alla classificazione delle condizioni elaborata dalla canonistica, come di solito viene recepita nella manualistica sul matrimonio, le condizioni si possono distinguere in:

1) *condicio de praeterito*, *condicio de presenti* e *condicio de futuro*, a seconda che la circostanza da cui dipende la validità e la obbligatorietà dell'atto sia passata, presente o futura⁷;

precisato; a queste s' impegna soltanto per la ipotesi che la situazione di fatto sia integrata dalla presenza di un coelemento o non ancora esistente, e quindi essenzialmente incerto, o dubbiamente esistente, secondo la valutazione che, all'atto della dichiarazione, egli è in grado di operare sulla situazione di fatto» (*Volontà attuale e volontà precettiva*, 126).

⁵ B. Windscheid scrive che il presupposto «è una condizione non isvolta (unentwickelte), una limitazione di volontà, che non si è svolta fino ad essere una condizione. Chi manifesta un volere sotto una presupposizione, vuole, al pari di colui che emette una volontà condizionata, che l'effetto giuridico voluto abbia ad esistere soltanto dato un certo stato di rapporti, ma egli non giunge a far dipendere l'esistenza dell'effetto da questo stato di rapporti. La conseguenza di ciò è che l'effetto giuridico voluto sussiste e perdura, sebbene venga meno la presupposizione» (*Il diritto delle pandette*, I, 332).

⁶ Ecco le distinzioni presentate con chiarezza dal Sánchez: «Ergo supponendum est matrimonium aliquid posse adiici quintupliciter 1. Tamquam tempus et diem, qua matrimonium contrahi debet: ut contrahe tecum cras. 2. Ut modum qui est quasi adiectio oneris, ad quod volumus obligare contrahentem, et communiter explicatur per coniunctionem ut vgr, duco te ut divitias, aut honorem consequar. 3. Per modum causae: quod evenit, quando denotatur causa ob quam contrahitur. Et communiter explicatur per relativum aut dictionem importantem aliquam qualitatem [...] Ut, duco te, quae libera es, aut virgo. 5. Per modum conditionis, cum scilicet, aliquid adicitur suspendens contractum celebrari. Nam de natura conditionis est suspendere et facere ut actus possit se habere ad esse et non esse» (*De matrimonio*, lib. 5, disp. 1, n.2).

⁷ Per queste condizioni e per le seguenti, riprendiamo gli esempi dal testo di A. Reiffenstuel: «*Conditio de praesenti* est, quae circumstantiam pro praesenti tempore, quo fit contractus, denotat, v.g. *Promitto tibi Matrimonium, si virgo est*, vel *si non corrupta*; *Conditio de praeterito* est, quae circumstantiam iam praeteritam respicit, v.g. *Contraheam tecum, si navis ex India iam advenit*. Et *Conditio de futuro*

2) *condicio impossibilis*, è quella che non esiste in natura o naturalmente non può compiersi, oppure è fuori dalle possibilità fisiche o morali dell'agente; *condicio possibilis*, legata a quella circostanza che, secondo l'ordine naturale delle cose, può verificarsi⁸.

3) La *condicio possibilis*, si suddivide ancora in *condicio necessaria* e *condicio contingens* che a sua volta può essere *potestativa*, quando dipende dalla sola volontà della parte o *casualis*, quando dipende da un evento futuro e incerto, e *mixta* quando dipende in parte da un evento futuro e incerto e in parte dalla volontà dei contraenti⁹;

4) *condicio honesta*, conforme alle leggi divine e umane e *condicio turpis*, assimilata, in diritto, alla condizione impossibile, poiché «id possumus quod iure possumus»¹⁰;

5) *condicio contra substantiam* dell'atto giuridico¹¹;

6) *condicio suspensiva* che sospende l'efficacia dell'atto fino al verificarsi dell'evento futuro e incerto, e *condicio resolutoria* che rende l'atto, già perfetto, rescindibile al verificarsi dell'evento¹².

est, quae circumstantiam primum eventuram denotat, et donec eveniat, dispositionem, et obligationem suspendit, eaque non eveniente dissolvit» (*Ius Canonicum*, lib. 4, tit. 5, n. 5).

⁸ «Conditio alia est possibilis, alia impossibilis. Illa est, quae evenire potest. Haec, quae vel naturaliter fieri nequit, vel a Lege prohibita est; quia etiam illa, quae de Jure nequeunt fieri, impossibilia vocantur» (A. REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum*, lib. 4, tit. 5, n. 7).

⁹ «Necessaria est, quae necessario eveniet, v.g. *Si cras sol orietur, hoc faciam*. E contra *contingens* est, quae potest evenire vel non. Et haec subdividitur in potestativam, causalem, et mixtam. *Potestativa* est, quae est in potestate illius, cui apponitur, ita, ut, si velit eam adimplere, omnino possit [...] *Causalis* est, quae non dependet a voluntate illius, cui apponitur, sed alicuius tertii, vel Dei, v.g. *Ducam te, si hic annus frugifer erit*; vel, *Si Princeps mihi illud officium conferat*. *Mixta*, est, quae de utraque participat, itaut partim a voluntate illius, cui apponitur, partim ab alio dependat» (A. REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum*, lib. 4, tit. 5, n. 6).

¹⁰ «*Honesta* est, quae nulla Lege prohibita invenitur. *Inhonesta* seu *turpis*, quae contra Legem Divinam, aut naturalem, vel humanam est» (A. REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum*, lib. 4, tit. 5, n. 8).

¹¹ «*Contra substantiam Matrimonii* pugnare censetur Conditio, quando pugnat contra triplex bonum Matrimonii, videlicet contra bonum prolis, bonum fidei, et bonum Sacramenti» (F. SCHMALZGRUEBER, *Sponsalia et Matrimonium*, lib. 4, tit. 5, n. 6).

¹² «*Conditio suspensiva*, quae valorem matrimonii usque ad eventum aliquem futurum contingentem suspendit (duco te, si pater consenserit) et *resolutoria*, quae

7) *condicio expressa* e *condicio tacita* ovvero *mente retenta*, a seconda che la volontà condizionata venga manifestata all'esterno o meno¹³.

8) *condicio explicita* e *condicio implicita*, a seconda che si usino formule esplicite per manifestare la volontà condizionata, ovvero che il concetto sia contenuto in un altro che è stato esplicitato¹⁴.

Le condizioni di cui si discute nel trattato del matrimonio sono solo quelle *suspensive*, proprie o improprie, mai si tratta di condizioni *risolutive* che arbitrariamente andrebbero a influire sulla proprietà essenziale della indissolubilità. È per questo che le condizioni risolutive, essendo *contra substantiam matrimonii*, non possono mai venire apposte al contratto matrimoniale sotto pena della assoluta nullità di esso¹⁵.

Nell'ordinamento canonico lo stato di *dubbio* in colui che pone la condizione, non si considera elemento essenziale della *condizione*. La

efficit, ut actus in se validus postea verificato eventu futuro et incerto rescindatur (duco te, donec adulterium non committas)» (S. SIPOS, *Enchiridion iuris canonici*, 589, n.133). Puntualizza A. Reiffenstuel: «*Resolutiva* est quae non obstat, quin actus statim valeat, facit tamen ut resolvatur et pereat, non quidem si condicio deficiat, sed si eveniat, [...] quae tamen propria *Conditio* non est, hoc ipso quod actum non suspendat» (*Ius Canonicum*, lib. 4, tit.5, n.8).

¹³ «*Expressa* est, quae verbis expressis apponitur. *Tacita* vero, quae actui inest, etsi non exprimatur: hinc in definitione additum est, *vel subintellecta*» (A. REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum*, lib. 4, tit. 5, n.4. Scrive a proposito O. Giacchi: «È anzitutto evidente che la piena parità di efficacia tra condizione espressa e condizione tacita poggia sull'essenza stessa della condizione, che non ha alcun carattere formale ma affetta la volontà interna» (*Il consenso nel matrimonio canonico*, 154).

¹⁴ Si può fare un esempio che chiarisca il concetto di condizione implicita: quando si afferma «voglio andare a Roma» implicitamente si afferma di voler andare in Italia.

¹⁵ Scrive E. Graziani: «Caratteristica della condizione, rispetto agli altri cosiddetti impedimenti impropri, è quella d'essere una circostanza posta dalla volontà consapevole dei nubenti. Tuttavia essa ha con gli altri impedimenti impropri la nota comune di non porsi come causa volontaria e diretta della nullità del matrimonio; effetto questo possibile ma non necessario della volontà condizionata, nella figura concettuale ora presa in esame. Dalla quale dunque occorre per prima cosa eliminare, come estranee ad essa, tutte quelle ipotesi che inevitabilmente producono la nullità del matrimonio: prima d'ogni altra quella condizione (c. risolutiva) che di per sé si pone contro l'indissolubilità del vincolo; in secondo luogo, la stessa condizione sospensiva, ogni qualvolta debba (e possa) ritenersi *contra matrimonii substantiam*» (*Volontà attuale e volontà precettiva*, 124).

condizione implicita, come vedremo, può verificarsi in uno stato soggettivo di certezza fondato sull'errore.

2. Il consenso matrimoniale condizionato

Nel diritto romano classico, da cui peraltro molto prende il diritto canonico, non esisteva la condizione in riferimento all'istituto del matrimonio. Essendo, il matrimonio, dissolubile ad arbitrio dei coniugi, non c'era bisogno di ricorrere alla figura della condizione per garantirsi un matrimonio più felice: se non lo era, c'era il divorzio. È stata proprio questa lacuna che ha permesso ai canonisti di sviluppare un proprio istituto autonomo del matrimonio condizionato, svincolato dalle fonti classiche romane¹⁶.

Per parecchi secoli non si trova, però, traccia di condizione, né per ammetterla, né per rifiutarla, nelle leggi della Chiesa. La prima volta che si considera la condizione è con Graziano, pur se non si può affermare con certezza che si riferisca al matrimonio condizionato in senso proprio¹⁷.

Nel *dictum* introduttivo della Causa 32, Graziano si propone otto domande. Nell'ultima di esse si chiede se sia lecito ad un fedele sposare un infedele sotto condizione che si converta¹⁸. Graziano risponde nella *quaestio* VIII della stessa Causa 32, nel *dictum* prima dell'unico canone: «Cum itaque probatum sit, quod hic uxorem suam dimittere et aliam ducere non potest, quaeritur, si liceat ei hac conditione peccare, ut infidelem ad fidem adducat? Quod non posse fieri Augustinus affirmat, [...] ita

¹⁶ Cfr. A. ODDI BAGLIONI, *Il matrimonio condizionato*, 7.

¹⁷ J. Gaudemet scrive: «Mais il ne s'agissait pas là vraiment d'un mariage conditionnel, bien que le mot de "condition" figure dans le texte» (*Le mariage en occident*, 182).

¹⁸ C. 32, q. 1, d. a.: «Si infidelem sub praemissa conditione (i.e. ut ad christianam religionem transiret) liceat alicui fidelium in coniugem ducere»; Nella causa si legge: «Quidam cum non haberet uxorem, quandam meretricem sibi coniugio copulavit, que erat sterilis, neptis ingenui, filia originarii; quam cum pater velit alii tradere, avus huic eam copulavit, causam solius incontinentiae. Deinde hic, penitencia ductus, ex ancilla propria filios sibi querere cepit. Postea de adulterio convictus et punitus quandam rogavit, ut vi uxorem suam opprimeret, ut sic eam dimittere posset, quo facto quandam infidelem sibi copulavit, ea tamen condicione, ut ad Christianam religionem transiret».

dicens» e riporta come consenso condizionato un brano del lib. I, cap. 24 *De adulterinis coniugiis* di S. Agostino. Come si vede Graziano non risponde alla questione canonica, tuttavia la questione offre l'opportunità a Paucapalea di affrontare la materia nelle palee 7 e 8 della questione 2 della Causa 27 del Decreto, fondamentali per l'istituto del matrimonio condizionato. Sorprendente è, però, la soluzione data nelle due palee: la condizione si deve considerare come non apposta e il matrimonio ritenersi valido e perfettamente formato.

La prima palea, incorporata al Decreto come canone *Quod conditio*, afferma: «Quod conditio interposita non valeat, ex Concilio Africano probatur»¹⁹ e la seconda afferma che chiunque sposi sotto condizione una donna e desideri successivamente far valere la condizione e lasciarla, sia tenuto *irrefrangabiliter* al matrimonio²⁰. Le due palee, e quindi i due canoni 7 e 8, si rifanno ad un concilio Africano, ma nessuno dei due canoni si trova nei concili africani²¹.

I due canoni divennero nel tempo oggetto di studio e di interpretazioni diverse, che giovarono all'approfondimento del complesso istituto del matrimonio condizionato. Esula, tuttavia, dai limiti del nostro lavoro l'analisi delle diverse opinioni²², preferendo concentrare la nostra attenzione piuttosto sullo sviluppo della legislazione canonica fino al Concilio di Trento.

Il processo di maturazione dell'istituto in studio subisce l'influsso di quella «nova epocha evolutionis iuris» che inizia con il Decreto di Graziano. Nell'arco di tempo che corre fra il Decreto (1140 circa) e le Decretali di Gregorio IX (1234), come dice Stickler, «omnia iuris instituta [...] ope doctrinae singillatim efformantur atque complentur, limantur atque perpuliuntur; item coniunctim in systema componuntur, quo

¹⁹ C. 27, q. 2, c. 7. Il passo è estremamente conciso e lascia il dubbio che volesse proprio significare che la condizione *vitiatur sed non vitiat*. Più esplicito diventa il passo che segue.

²⁰ C. 27, q. 2, c. 8: «Quicumque sub conditionis nomine aliqua desponsaverit, et eam postea relinquere voluerit, diximus quod conditio frangatur, et desponsatio irrefrangabiliter teneatur».

²¹ Cfr. F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, IV, 601.

²² Una sintesi si può trovare in A. ODDI BAGLIONI, *Il matrimonio condizionato*, 9-11.

singulae iuris partes organice ad invicem ordinantur et temperantur, in corpus homogeneous contextuntur»²³. In questo periodo, assieme all'attività accademica, anche l'attività legislativa della Chiesa, particolarmente quella dei Romani Pontefici, acquista un ruolo determinante, per quantità e per qualità, nella storia del diritto canonico²⁴. Questo contesto culturale provocò la necessità di avere sottomano delle collezioni di *extravagantes*, che raccogliessero sia i testi di significato giuridico non accolti nel Decreto, sia la nuova legislazione, specie quella prodotta dai Papi con le loro decretali²⁵.

In questo mare di collezioni emergono le cosiddette *Quinque Compilationes Antiquae*²⁶, nelle quali troviamo già una parziale regolamentazione del matrimonio condizionato, in particolare nella prima e nella terza.

La *Compilatio prima*, opera di Bernardo da Pavia, finita probabilmente nel marzo del 1191²⁷, rispetto alle collezioni di «extravagantes» precedenti, ebbe un ruolo simile a quello del Decreto, e cioè di diventare l'unica collezione autorevole, pur se privata, eliminando tutte le altre dall'uso accademico e giudiziario. Ha, inoltre, il grande merito di aver introdotto la divisione sistematica delle Decretali in cinque libri, i libri in titoli e i titoli in capitoli. Divisione che verrà rispettata nella Collezione di Gregorio IX e in quelle successive accolte nel *Corpus Iuris Canonici*.

Nella *Compilatio prima* appare già, nel libro IV, il titolo V con la rubrica *De conditionibus apposis in desponsatione vel in aliis contractibus*, che verrà poi conservata da Gregorio IX e nelle collezioni successive, omettendosi in alcune l'ultima frase «vel in aliis contractibus»²⁸. Sotto questa rubrica, dedica al matrimonio condizionato due dei quattro capitoli del titolo. Il primo riproduce il canone *Quicumque*

²³ A. MA. STICKLER, *Historia Fontium*, 217.

²⁴ Cfr. A. MA. STICKLER, *Historia Fontium*, 218-221.

²⁵ Cfr. A. MA. STICKLER, *Historia Fontium*, 219-225; A. VAN HOVE, *Prolegomena*, 348-355.

²⁶ Cfr. A. MA. STICKLER, *Historia Fontium*, 225-236; A. VAN HOVE, *Prolegomena*, 355-357.

²⁷ Cfr. A. MA. STICKLER, *Historia Fontium*, 226; A. VAN HOVE, *Prolegomena*, 356.

²⁸ Cfr. *Quinque compilationes antiquae*, 47; *Corpus Iuris Canonici*, II, *Prolegomena*, 25 e 39.

(C. 27, q. 2, c. 7) dello pseudo Concilio Africano, mentre l'altro raccoglie la decretale *Super eo* di Urbano III (1185-1187). I due capitoli passeranno alle decretali di Gregorio IX, come capitoli 1 e 5 rispettivamente di questo titolo.

Due affermazioni della Decretale *Super eo* ci interessa rilevare in modo particolare: il principio generale secondo cui *canonica instituta non improbant conditionem* apposta al matrimonio, e la conseguenza logica che ne deduce, e cioè che nessuno, avendo prestato un consenso matrimoniale condizionato «*cogendus est ad matrimonium contrahendum*», né, quindi, «*ad matrimonium consummandum compellendus*»²⁹. Per la prima volta si ritiene la condizione capace di sospendere il matrimonio e che la fattispecie che risulta sia qualche cosa di intermedio fra gli sponsali e il matrimonio.

La *Compilatio tertia* (1210), opera di Pietro da Benevento, raccoglie le decretali dei dodici primi anni di pontificato di Innocenzo III. E la prima collezione autentica, promulgata con la bolla *Devotioni vestrae* dell'anno 1210³⁰. In un unico capitolo, sotto la rubrica *De conditionibus apposis in desponsatione*, senza l'inciso «*vel in aliis contractibus*», si riporta la decretale del pontefice *Per tuas* che poi passerà alle decretali di Gregorio IX, come capitolo 6 di questo titolo³¹. Il Papa, ad una questione che gli era stata presentata dal Vescovo di Marsica, risponde che, poiché consta che dopo gli *sponsalia* celebrati sotto condizione, è seguita la copula carnale, «*pro matrimonio est vehementer quidem praesumendum, quia videtur conditione apposita recessisse*»³². La decretale di Innocenzo III riguarda particolarmente gli *sponsalia* condizionati, ma servirà comunque di fondamento alla legislazione dei Papi e alla speculazione dei canonisti futuri riguardo al matrimonio condizionato.

Gregorio IX (1227-1241), promulga, quindi, la sua collezione, opera di S. Raimondo da Peñafort, con la bolla *Rex Pacificus* il 5 settembre

²⁹ Cfr. X. 4, 5, 4.

³⁰ Cfr. A. VAN HOVE, *Prolegomena*, 356-357; A. MA. STICKLER, *Historia Fontium*, 233-234.

³¹ Cfr. *Quinque compilationes antiquae*, 127.

³² Cfr. X. 4, 5, 6. Il testo della decretale verrà trascritto più avanti quando parleremo del matrimonio condizionato presunto.

1234, come collezione autentica, universale, una ed esclusiva³³. Nel rispettivo tit. 5, *De conditionibus apposis in desponsatione vel in aliis contractibus*, per quanto concerne il matrimonio condizionato, accoglie oltre le menzionate decretali delle collezioni precedenti, altre due molto significative: la decretale *De illis* di Alessandro III³⁴ e quella *Si conditiones*, propria dello stesso Gregorio IX³⁵, tutte e due particolarmente rilevanti per quanto riguarda l'istituto del matrimonio condizionato.

La decretale *De illis*, assieme con la *Per tuas* di Innocenzo III, che abbiamo menzionato sopra, costituirà la base dottrinale e legislativa del matrimonio condizionato presunto, del quale tratteremo nel capitolo seguente, mentre la decretale *Si conditiones* introduce nella legislazione la distinzione chiara, con il rispettivo trattamento, fra condizioni *contra substantiam matrimonii* che fanno sì che il contratto matrimoniale «careat effectu» e le condizioni *turpi* o *impossibili* che debbono «propter eius [matrimonii] favorem pro non adiectis haberi».

In sintesi, possiamo dire che nei capitoli 3, 5, 6, 7 del tit. 5 del lib. 4, si trovano quei principi e quelle regole fondamentali, concernenti la condizione, destinate a sorreggere, nei secoli successivi, l'istituto, fino al Codice del 1917. Tali principi e regole sono le seguenti:

1) la condizione onesta *de futuro* è ammessa nel contratto del matrimonio e lo sospende fino alla sua purificazione;

2) le condizioni impossibili e le condizioni turpi non possono lecitamente essere apposte al contratto del matrimonio e, se apposte, debbono *pro non adiectis haberi*,

3) le condizioni contro la sostanza del matrimonio viziano il contratto stesso del matrimonio che, quindi, dovrà considerarsi nullo;

³³ Cfr. A. MA. STICKLER, *Historia Fontium*, 236-251; A. VAN HOVE, *Prolegomena*, 357-361; P. ERDÖ, *Introductio in historiam scientiae canonicae*, 73.

³⁴ X. 4, 5, 3.

³⁵ X. 4, 5, 7: «Si conditiones contra substantiam coniugii inserantur, puta, si alter dicat alteri: "contraho tecum si generationem proles evites", vel: "donec inveniam aliam honore vel facultatibus digniorem", aut: "si pro quaestu adulterandam te tradas", matrimonialis contractus, quantumque sit favorabilis, caret effectu; licet aliae conditiones appositae in matrimonio, si turpes aut impossibiles fuerint, debeant propter eius favorem pro non adiectis haberi».

4) se dopo gli sponsali *sub condicione de futuro*, ne segue la copula *animo maritali* o si presta il consenso in forma assoluta, il matrimonio è valido. Di questa fattispecie ci occuperemo nel capitolo seguente, dato che merita particolare attenzione.

Posto in modo così preciso, l'istituto non poteva non sollevare delle perplessità per quanto concerne alcune delle sue forme, specialmente la condizione *de futuro*, generando, così, una notevole varietà di opinioni.

S. Tommaso, ad esempio, alla domanda se il consenso condizionato basti per il matrimonio, risponde che se la condizione ha per oggetto una cosa presente, non contraria ai beni del matrimonio, sia essa onesta o disonesta, fa sì che il matrimonio si produca o meno a seconda che la condizione sia purificata o meno. Se, invece, è contraria ai beni del matrimonio, questo non si effettua. Se, poi, la condizione ha per oggetto un evento futuro, bisogna distinguere fra eventi necessari (es. se domani il sole sorge), i quali non rendono nullo il matrimonio perché sono eventi già presenti nelle loro cause, ed eventi contingenti (es. se avrai la dote; se mio padre acconsente): in questo caso il consenso va giudicato come un «consensus de futuro» che non produce il matrimonio³⁶.

S. Tommaso ammette certamente l'apponibilità della condizione *de futuro* al matrimonio, ma attribuendole l'efficacia non di un consenso *de praesenti*, ma *de futuro*, equivalente agli *sponsalia de futuro*, opinione che sarà seguita da una corrente notevole di teologi e canonisti tra i quali S. Alfonso Ma. de Ligorio.

Il diritto delle Decretali, in materia di condizione, rimane immutato fino al Concilio di Trento (1546-1563) che, anche se non disciplina direttamente l'istituto, lo influenza in modo determinante con la prescrizione dell'obbligo della forma canonica per la valida celebrazione del matrimonio. Alla complessa problematica che l'istituto del consenso

³⁶ «Respondeo dicendum, quod conditio appositae aut est de praesenti, aut de futuro: si de praesenti, et non est contraria matrimonio, sive sit honesta, sive non honesta, stat matrimonium stante conditione, et ea non stante non stat: sed si sit contraria bonis matrimonii, non efficitur matrimonium, sicut etiam de sponsalibus dictum est (q. 43. Art. 1.). Si autem sit conditio de futuro, aut est necessaria, sicut solem oriri cras; et tunc est matrimonium, quia talia futura sunt praesentia in causis suis: aut est contingens, ut datio pecuniae, vel acceptatio parentum; et tunc idem est iudicium de tali consensu, sicut de consensu qui fit per verba de futuro: unde non facit matrimonium» (S. TOMMASO, *Supplem.* q. 57, a. 4, c.).

condizionato comporta, nel quale si intrecciano questioni di diritto naturale e norme di diritto umano, verità oggettive e presunzioni nel foro esterno, dopo il Concilio di Trento si aggiunge una nuova questione e l'istituto diventa ancora più complesso sotto il punto di vista canonico, in quanto l'obbligo della forma viene a creare nuovi problemi e nuovi conflitti fra foro interno e foro esterno. È ancora possibile, ora che il consenso deve essere espresso davanti al parroco e due testimoni, apporre al matrimonio delle condizioni? Per essere riconosciute nel foro esterno, le condizioni debbono essere apposte nel patto coniugale? Deve constare nel foro esterno — forse anche con l'intervento del parroco — della purificazione della condizione? Continuano ad avere valore le presunzioni stabilite nel diritto delle decretali?

Innanzitutto va rilevato che, quanto alla forma canonica, la situazione legislativa rimane immutata nei luoghi ove il decreto *Tametsi* non viene promulgato, con tutti gli inconvenienti inerenti alla possibilità dei matrimoni clandestini, a quelli condizionati e presunti. Il Concilio, infatti, prevedendo che i protestanti — che continuavano ad essere soggetti alla legislazione canonica — non avrebbero accettato la legge della forma canonica, stabilisce, al fine di evitare la nullità dei loro matrimoni, che «huiusmodi decretum in unaquaque parrochia suum robur post triginta dies habere incipiat, a die primae publicationis in eadem parrochia factae numerandos»³⁷. Dato che nelle parrocchie protestanti il decreto non sarebbe stato pubblicato, mai sarebbe entrato in vigore, e quindi, i matrimoni in esse celebrati senza la forma canonica non sarebbero invalidi per mancanza di forma. Questa norma, senza dubbio molto prudente nel momento della sua promulgazione, era destinata a creare gravi difficoltà ed incertezze con il passare del tempo³⁸, fino alla promulgazione del decreto *Ne temere*, del 2 agosto 1907, che introdusse i criteri, fundamentalmente accolti nel CIC del 1917 (can. 1099) e poi nel CIC del 1983

³⁷ CONC. TRIDENTINO, sessio 24, *De reform. matr.*, cap. 1, in COD, 733.

³⁸ Fra tanti documenti della Santa Sede al riguardo, è particolarmente significativa la dichiarazione di Benedetto XIV, *Matrimonia quae in locis*, del 4 novembre 1741, sulla validità del matrimonio di due acattolici o di cattolico ed acattolico, celebrati «in locis Foederatorum Ordinum dominio in Belgio subiectis», cioè nelle «provinzie unite del Belgio e dell'Olanda sottomesse al re di Spagna»: D-Sch., 2515-2520.

(can. 1117), secondo cui gli acattolici, se contraggono fra di loro o con non battezzati, non sono tenuti alla forma canonica.

Ovviamente i teologi e i canonisti nei loro trattati tengono presente soprattutto le problematiche del matrimonio condizionato, sia quelle provenienti dal diritto naturale, sia quelle basate sulla elaborazione dottrinale e la legislazione precedente al Concilio di Trento, senza, però, trascurare le nuove problematiche create dalla forma canonica. Pochi settori del consenso matrimoniale si prestano, infatti, così tanto alla casistica e alle disquisizioni canoniche e morali, come quello del consenso condizionato. I grandi moralisti e canonisti posttridentini, specialmente i matrimonialisti, riservano, dunque, uno spazio privilegiato all'argomento.

Ad esempio Basilio Ponce de Leon († 1629), nel suo trattato *De Sacramento Matrimonii*, dedica a questo argomento, un libro completo, sotto il titolo *De matrimonio condizionato*, nel quale in ben 17 capitoli sviscera la problematica e la casistica al riguardo sotto tutti i punti di vista immaginabili³⁹.

Non è questa la sede in cui affrontare i problemi particolari. Al nostro scopo basta sottolineare due tendenze dei moralisti e dei canonisti, sempre più accentuate da Trento fino alla promulgazione del Codice del 1917, e cioè:

a) la tendenza a mettere sempre più in luce i gravi inconvenienti del matrimonio condizionato, specie se con condizione *de futuro*,

b) la tendenza a considerare sia l'apposizione della condizione, sia l'assistenza del parroco al matrimonio condizionato come atti moralmente illeciti.

a) Quanto al primo punto, gli autori vedono il primo inconveniente di tali matrimoni in rapporto al sacramento. Di solito viene riportata la formulazione di Coninck († 1633): «Talia matrimonia non sunt facile permittenda [...] quia parum decent dignitate sacramenti»⁴⁰. G. Gobat († 1679), sottolineando questa difficoltà e accettando come «probabilissima» la dottrina secondo cui il matrimonio si verifica nel momento in cui si purifica la condizione, rileva che «fiet saepissime ut matrimonia

³⁹ B. PONTIUS, *De sacramento matrimonii*, lib. 3, cap. 1-17.

⁴⁰ AE. CONINCK, *De Sacramentis*, disp. 29, dub. 1, concl. 4, n. 18.

Sacramentum conficiatur dum uterque, vel alteruter coniugum est in statu peccati mortalis, in ebrietate etc.»⁴¹. A ciò però rispondono molti⁴², come è ovvio, che, data la natura di questo sacramento, che va inseparabilmente unito al patto coniugale, non c'è difficoltà teorica nel fatto che si verifichi — così accade nella sanzione in radice — nel momento in cui i coniugi dormono, sono in stato di peccato o di ubriachezza.

Avverte ad esempio F. Santi:

Si enim de matrimonio *conditionato* loquimur, de matrimonio *in fieri* loquamur et intelligamus necesse est, ergo de *contractu matrimoniali*, non de matrimonio *in esse* [...]. Nam matrimonium, prout est *status*, conditionatum cogitari nequit. Ut autem in ceteris sacramentis, sacramentum collatum dici potest non antea quam forma et materia integre et absolute est applicata, ita et in sacramento matrimonii, sc.posito vero et absoluto contractu⁴³.

Un secondo inconveniente, messo in luce dagli autori, è quello del pericolo che gli sposi usino del matrimonio prima che si verifichi la condizione: «quia tales contrahentes sibi persuadebunt — scrive lo stesso Gobat — valere matrimonium ante eventum vel cognitionem conditionis, praesertim quando de illo eventu non dubitant et facient ante tempus, quae facient veri coniuges»⁴⁴. Si sottolinea pure che il matrimonio contratto sotto condizione dà luogo ad una situazione poco chiara e definita. Quindi può diventare occasione di liti e contrasti, di scrupoli e di perplessità, specialmente tenuto conto della varietà di opinioni fra gli autori⁴⁵.

⁴¹ G. GOBATUS, *Opera moralia*, III, trac. 9, n. 138. A questo proposito scrive deciso Pitonius: «In summa mihi videtur melius esse non admittere huiusmodi matrimonia conditionata, sive inhibere parochis, ne eis ullo modo assistan [...], quia parum decent dignitatem huius magni sacramenti» (*Disceptationes Ecclesiasticae*, dis. 52, n.36).

⁴² Cfr. ad esempio, S. A.MA. DE LIGORIO, *Theologia Moralis*, lib. 6, cap. 2, n. 895.

⁴³ Cfr. F. SANTI, *Praelectiones*, tit. 5, n. 14.

⁴⁴ G. GOBATUS, *Opera moralia*, III, tract. 9, n. 138.

⁴⁵ Ad esempio, Ae. Coninck: «Talia matrimonia non sunt facile permittenda [...] quia ex iis facile lites ac difficultates oriri possunt: praesertim ob varias DD. in hac re sententias» (*De Sacramentis*, disp. 29, dub. 1, concl. 4, n. 18); H. Tournelius: «quia matrimonium sub conditione initum litibus mille, mille et anxietatibus

Si può perciò affermare che, pur se il matrimonio sotto condizione lecita *de futuro* era previsto nel diritto canonico, non veniva di fatto messo mai in pratica, per gli inconvenienti menzionati e perché in contrasto con la mentalità comune dei fedeli. Il Gobat dice di aver fatto una inchiesta fra parroci di grande esperienza e che nessuno fra loro aveva mai assistito ad un matrimonio condizionato⁴⁶.

b) Tenuto conto degli inconvenienti che trovano gli autori nel matrimonio condizionato, il passo a considerarlo illecito anzi, gravemente illecito, è breve. Così Giovanni Clericato († 1737) afferma con audacia: «Peccant letaliter omnes qui contrahunt matrimonium sub conditione: coniuges, parochus ac testes»⁴⁷. Con la stessa forza, il Tournelly: «Peccant letaliter tum hii qui sub conditione honesta de futuro contrahunt, tum qui eorum coniugii intersunt»⁴⁸. Per lo più, però, gli autori che ritengono come illecita la celebrazione e la assistenza al matrimonio condizionato, non osano qualificarla come *gravemente illecita* (letaliter peccat), ma semplicemente come *illecita*, senza ulteriori qualifiche. Ad esempio, R. Aversa († 1657): «Moraliter loquendo non licet sic contrahere, nec etiam Parocho et testibus voluntarie assistere»⁴⁹. Non pochi autori però mitigano l'affermazione ammettendo l'eccezione della *gravis ratio* che può rendere lecita tale celebrazione. Ad esempio, F. Santi:

Verum ob incommoda, quae inde advenerant, et advenire possunt ob suspensam obligationem, necnon ob incertam determinationem implementi conditionis, ex quo oriri possunt non paucae dubietates et quaestiones, inductum est saltem in praxi, ut non admittatur celebratio matrimonii, in forma conditionata, nisi *gravis ratio suadeat conditionalem consensum ponendum esse*⁵⁰.

obnoxium est» (*Praelectiones theologicae*, lib. 8, c. 4, sect. 4, n. 8); P. Sporer: «his conditionibus non sustinentibus, vel non impletis, possunt oriri gravia incommoda, schismata, dissensiones etc.» (*De sacramentis*, cap. 1, sect. 2, n. 326).

⁴⁶ G. Gobatus: «Quia adiectio conditionum repugnat mori patrio; interrogavi plures DD. Parochos usu peritissimos, negant ii, se umquam adstitisse ulli matrimonio conditionato» (*Opera moralia*, III, tract. 9, n. 18).

⁴⁷ I. CLERICATUS, *Decisiones de matrimonio*, dec. 20, n. 32.

⁴⁸ H. TOURNELIUS, *Praelectiones theologicae*, lib. 8, c. 4, sec. 4, n. 287.

⁴⁹ R. AVERSA DA SANSEVERINO, *De matrimonio*, q. 5, sect. 1.

⁵⁰ F. SANTI, *Praelectiones iuris canonici*, lib. 4, tit. 5, n. 8.

Non si mette, però, in dubbio la validità del matrimonio. Ad esempio, De Angelis: «Quantumque illicitum matrimonium sub tali conditione editum semper est validum»⁵¹.

Per questi motivi, in questo periodo diventa comune fra teologi e canonisti la dottrina secondo cui il matrimonio condizionato, pur se previsto dal diritto, è di per sé sconsigliabile nonché, tenuto conto degli inconvenienti che comporta, anche moralmente illecito; si richiede, dunque, almeno una grave ragione che lo giustifichi nel caso particolare⁵².

Molti autori non si pongono espressamente le questione, ma dal contesto risulta evidente quale sia la loro posizione al riguardo. Fra quelli che si pongono il problema, oltre gli autori già citati, ci permettiamo di segnalare: L. Engel⁵³ († 1674), T. Tamburi⁵⁴ († 1675), E. Pirhing⁵⁵ († 1679), J. Wiestner⁵⁶ († 1709), e Schmalzgueber († 1735), il quale formula in modo particolarmente chiaro lo stato della dottrina e della prassi:

Interim tamen manet, quod [...] monent, eiusmodi Matrimonia sub conditione in futurum pendentem inita, licet a SS. Canonibus non improbetur, a Parochis tamen, non nisi grave urgente causa, permitti debere; tum quia minus decent dignitatem Sacramenti, tum quia variis incommodis obnoxia sunt et ideo hodie fere inusitata sunt⁵⁷.

In questo contesto interpretativo del matrimonio condizionato, è ovvio che i parroci non sempre si siano sentiti di assumersi la responsabilità di assistere, senza il permesso del Vescovo, al matrimonio sotto condizione, qualora pure si verifici la *gravis ratio* per permettere tale celebrazione nei singoli casi. In questo modo, a poco a poco, si

⁵¹ DE ANGELIS, *Praelectiones iuris canonici*, lib. 4, tit. 5, n. 3.

⁵² Si legge in Wernz – Vidal: «Conditio suspendens valorem contractui matrimoniale licite apponi nequit, nisi gravis adsit causa, quae saltem ordinarie ab Episcopo est approbanda» (*Ius canonicum*, V, 605, n.515) e nella nota 20 vengono riportati gli autori che considerano necessaria una *causa grave* per l'apposizione della condizione: Reiffenstuel, Schmalzgrueber, Aichner, Lambertini, De Angelis, Santi, Scherer, Schulte, Rosset.

⁵³ L. ENGEL, *Collegium universi iuris canonici*, lib. 4, tit. 5, n. 1.

⁵⁴ T. TAMBURINI, *Moralis explicatio*, trat. 4, c. 5, § 10.

⁵⁵ E. PIRHING, *Ius canonicum*, lib. 4, tit. 5.

⁵⁶ J. WIESTNER, *Institutiones canonicae*, lib. 4, tit. 5, art. 1, n. 16.

⁵⁷ F. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum*, lib. 4, pars II, tit. 5, § 2, n.59.

introdusse una certa consuetudine, o piuttosto prassi, per cui i parroci dovevano ricorrere all'Ordinario prima di procedere alla celebrazione del matrimonio condizionato⁵⁸.

In Austria tale permesso divenne obbligatorio, come diritto particolare, in forza dell'art. 55 dell'*Instructio* del Cardinale Rauscher, del 1856, che stabiliva: «ut consensus sub conditione detur, non nisi de expressa Episcopi licentia admitti potest». Questa norma però non fu accolta nel can. 1092 CIC/17. Invece, come vedremo, fu accolta dal legislatore del 1983, come espresso requisito per la lecita celebrazione del patto coniugale condizionato (can. 1102 §3). È da rilevare però che questa norma, che doveva servire da deterrente ad una celebrazione condizionata del matrimonio, non raggiungeva — come non raggiunge il citato canone del CIC/83 — tutti quei casi in cui la condizione era *mente retenta*, quei casi, cioè, in cui non veniva concordata fra i coniugi e comunicata al parroco.

In connessione con questa problematica, era ampiamente trattata dai moralisti e canonisti la questione della necessità o meno dell'intervento del parroco (e forse anche di due testimoni) nella constatazione della purificazione della condizione apposta nel matrimonio celebrato secondo la forma canonica, dato che il patto coniugale non è compiuto fino a che si purifica la condizione. Le opinioni si dividono a seconda delle posizioni prese riguardo ad altre questioni. Tuttavia gli autori, come è ovvio, sono concordi nell'affermare che il matrimonio, celebrato in forma canonica, con apposizione di condizione manifestata e accettata nel foro esterno, non potrà essere riconosciuto valido in questo foro fino a che non consti della purificazione della condizione⁵⁹.

Più profonda è la questione che il fatto della purificazione della condizione solleva in rapporto all'efficacia del consenso inizialmente prestato.

⁵⁸ Cfr. F.X. WERNZ, *Ius decretalium*, IV, 437, n. 297, con la bibliografia riportata nella nota 25.

⁵⁹ Cfr. per tutti, F. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum*, lib. 4, pars. II, tit. 5, n. 23-25. Scrive, inoltre, P. Gasparri: «Quod si in foro externo constiterit de conditionis appositione, in eodem foro externo constare debet de conditionis verificatione ad hoc ut de matrimonio perfecto legitima habeatur probatio; hinc partes de verificata conditione moneant parochum, qui id adnotare debet in libro matrimoniorum» (*De Matrimonio*, II, 94, n.917).

Ci si chiede: una volta purificata la condizione, il matrimonio si effettua *eo ipso* in forza del consenso condizionato prestato, oppure è necessario un nuovo consenso *de praesenti* perché esso sia efficace a produrre il vincolo matrimoniale?

Il contrasto fra le due spiegazioni possibili, appare già in un certo senso nelle decretali *De illis* di Alessandro III⁶⁰ e *Super eo* di Urbano III⁶¹. Come abbiamo visto sopra, Urbano III, consapevole della soluzione data dal suo predecessore, ritiene che il consenso condizionato non sia consenso *de praesenti*, ma *de futuro* «licet verbis de praesenti evidentius exprimatur». L'influsso di S. Tommaso che, come abbiamo visto, aderisce a questa spiegazione di Urbano III, è stato senza dubbio molto rilevante fra gli autori così che questa spiegazione finisce per essere, forse, quella prevalente fino al XVII secolo⁶². Poi, lentamente, comincia a prevalere l'opinione secondo cui il matrimonio si effettua in forza del consenso condizionato iniziale, reso assoluto una volta purificata la condizione.

A questo proposito è molto illuminante una risoluzione della Congregazione del Concilio circa un matrimonio celebrato con una condizione *de futuro* lecita e possibile, nella quale si intrecciano la questione di fondo sull'efficacia naturale del consenso condizionato e il problema

⁶⁰ X. 4, 5, 3.

⁶¹ X. 4, 5, 5.

⁶² «Ex modo autem loquendi Urbani III enascitur quaestio "Utrum necne purificata conditione, eo ipso censeatur purificatus consensus, ita ut statim valeat matrimonium vel renovandus sit consensus". Et quidem Urbanus III ait, conditionalem consensum non esse de praesenti habendum. Itaque ex sensu contrario videtur esse consensus de futuro, idest matrimonium conditionatum videtur equiparandum esse sponsalibus; nec proinde obligare post completam conditionem, nisi novus accedat consensus.

In hac quaestione diversa est sentiendi ratio Theologorum et Canonistarum.

Theologi enim duce *S. Thoma* Dist. 29. Q. unic. Art. 3 q. 3., tenent matrimonium conditionatum reduci ad contractum sponsalium de futuro.

Canonistae autem adhaerentes conceptui juridico contractus conditionatui, tenent matrimonium conditionatum esse verum matrimonium, eo ipso quod conditio impleatur» (F. SANTI, *Praelectiones juris canonici*, tit. 5, 191).

dell'influsso della forma canonica sul consenso una volta purificata la condizione⁶³.

⁶³ Trascriviamo il testo della risoluzione come lo riporta F. Santi: «Duo, Parocho adstante et testibus contraxerunt matrimonium de praesenti sub honesta et possibili conditione. Purificata conditione quaesitum est an eo ipso matrimonium consisteret, vel renovandus esse consensus coram parocho et testibus. Plerique Patres in congregatione dixerunt, renovandum esset consensus coram Parocho et testibus, quia Concilium Tridentinum videtur locutum fuisse de matrimonio perfecto per verba de praesenti, cum requisivit praesentiam Parochi in matrimonio. Ergo cum in matrimonio sub forma conditionata non de praesenti, sed potius de futuro agatur, praesentia Parochi et testium iterum requiritur quando consensus de futuro fit de praesenti per ratihibitionem primi contractus.

Res delata est *S. Pio V* [1566-1572], qui visus est probare sententiam canonistarum, quae tenet purificata conditione, non esse renovandum consensus, coram Parocho, nec difficultatem ex Concilio tridentino ad rem facere.

Quaestio iterum proposita est in *S.C. Concilii*, et Patres omnes, praeter unum, canonistarum sententiae adhaeserunt.

Resolutio relata est *Clementi VIII* [1592-1605], qui visus est dubitare, quia licet ante Tridentinum Concilium matrimonium contractum absque ulla solemnitate valisset, et proinde contractus conditionatus adveniente conditione natura sua transiisset in contractum purum et simplicem, idest in verum matrimonium, tamen aliter tenendum esse videbatur, post inductam formam contractus conjugalis per Tridentinum Concilium. Nam ex una parte certum est requiri formam Tridentinam in matrimonio, ex altera parte non videtur posse attendi forma sollemnis adhibita ab initio. Sane quando receditur a conditione, nulla sollemnitas adhibetur; aliqua autem adhibenda esset sollemnitas in resolutione contractus, si partes obligatae censerentur sollemnitate adhibita in celebratione matrimonii conditionati. Ex hac animadversione videbatur non esse sufficiens, prior consensus, sed novus necessarius videbatur iterum coram parocho et testibus exprimendus, respectu habito, ad id quod circa matrimonii formam Conc. Tridentinum statuerat.

Sacra autem Congregatio advertit, non verificare paritatem, inter casum quo receditur a conditione posita, et casum quo conditio expletur. In hoc enim secundo casu solummodo, juxta naturam contractus, prior sollemnitas praesenti Parochi, et testium in celebratione matrimonii censetur virtute sua perseverare, usque ad tempus adimpletae conditionis. Ex hoc autem fit, ut consensus conditionatus fiat purus, et unicus defectus, qui in matrimonio existebat, idest suspensio obligationis, tollatur per adventum conditionis, idest suspensio obligationis disparet. 13. Summus Pontifex probavit decisionem *S. Congregationis*, in proposita causa, at noluit hanc decisionem omnibus casibus inservire posse, sed voluit *omnes casus, qui forte accidissent in futuro, esse specialiter considerandos cum suis circumstantiis*. En igitur norma» (*Praelectiones Iuris Canonici*, tit. 5, n. 5).

Nel caso in questione, si chiedeva alla Congregazione se, una volta purificata la condizione, «eo ipso matrimonium consisteret, vel renovandus esset consensus coram parroco et testibus». Le opinioni in seno alla Congregazione erano divise. La causa fu presentata a S. Pio V (1566-1572) «qui visus est probare sententiam canonistarum, quae tenet purificata conditione, non esse renovandum consensum, coram Parocho, nec difficultatem ex Concilio tridentino ad rem facere». Proposta la questione di nuovo alla Congregazione del Concilio, tutti i Padri meno uno «canonistarum sententiae adhaeserunt».

Tuttavia, molti anni dopo, la stessa risoluzione fu presentata a Clemente VIII (1592-1605), «qui visus est dubitare». Nel rilevare il motivo del dubbio, si suppone che il consenso condizionato di per sé, una volta purificata la condizione, sia efficace a creare il matrimonio, quindi tutta la difficoltà per il Pontefice proviene dall'applicazione dell'istituto della forma canonica al caso. Risolte però le difficoltà, conclude la Congregazione: «Ex hoc autem fit, ut consensus conditionatus fiat purus, et unicus defectus qui in matrimonio existerat, idest suspensio obligationis, tollatur per adventum conditionis, idest suspensio obligationis disparet». Il Papa approvò la decisione della Congregazione nel caso proposto, non volle però che questa decisione fosse presa come norma, «sed voluit *omnes casus, qui forte accidissent in futuro, esse specialiter considerandos cum suis circumstantiis*».

La sentenza espressa in questa risoluzione della Congregazione del Concilio divenne comunissima già prima della promulgazione del CIC/17. Troviamo la conferma in *una coram* Mori del 23 giugno 1911, le cui parole sono la sintesi di quanto detto:

Contrahere matrimonium per verba de praesenti sub conditione de futuro honesta et possibili est prohibitum: at si matrimonium ita contrahatur, quaeri potest utrum, verificata conditione, novus requiratur consensus ita ut illud tamquam sponsalia spectetur, vel potius matrimonium purum evadat absque novo consensu [...] *et haec secunda sententia est receptissima*⁶⁴.

Vorrei concludere questo capitolo con le parole con cui, nel 1925, affrontava l'argomento il testo di Wernz – Vidal:

⁶⁴ RRD, 3, 304, n.19.

Conditione vero impleta ex natura rei matrimonialis consensus *renovatio* non requiritur, si antea a neutro coniuge prior consensus fuit revocatus. Multoque minus celebrato conditionate matrimonio in forma ecclesiastica *post* impletam conditionem coram parocho et testibus renovandus est consensus, nisi in casibus a iure exceptis⁶⁵.

⁶⁵ F.X. WERNZ – P. VIDAL, *Ius canonicum*, V, 606, n. 515. E, nella nota 23, dopo aver distinto un consenso *verus et revocabilis* da un consenso *efficax et irrevocabilis*, si precisa la situazione in riferimento alla necessità di un rinnovo di consenso: «Si coniuges, qui publice *conditionatum* celebraverant matrimonium, *non expectata* purificatione conditionis velint pure et absolute contrahere, omnino curandum est, ut *publice certoque* constet, quod coniuges saltem mutuo consensu *expresse* vel *tacite* a conditione recesserint, et absolute consenserint in matrimonium: *nova* matrimonii celebratio non requiritur; nam *ab initio verus* datus est consensus *maritalis*, cuius *efficaciae* tantum obstat *conditio* apposita. Quae conditio cum per *revocationem* sicuti per *impletionem* cesset, consensus primus suam plenariam consequitur efficaciam nec *novus* requiritur. Eius enim *valor* ab initio fuit *suspensus*, non *absolute nullus*. Porro si forma ecclesiastica est servanda in *declarando* consensu conditionate matrimonii, post *recessum* a conditione videtur sufficere, ut de illo certo constet, et parocho conveniens detur notitia; at forma ecclesiastica non videtur iterum adhibenda. Matrimonium enim *contrahitur*, quando coram parocho et testibus consensus conditionatus *declaratur*, non quando *conditio verificatur*. Quare licet matrimonium conditionatum eo demum momento sit vere *validum*, quo conditio *purificatur*, tamen per fictionem iuris censetur esse contractum a momento celebrationis coram parocho et testibus. Quae doctrina est etiam applicanda ad *recessum* a conditione *ante* illius purificationem; matrimonium enim fit *validum ipso momento recessus*, sed deinde censetur esse iure celebratum ab initio». Cita, in questo senso: Pichler, Gasparri, Schnitzer, Vlaming, Chelodi, De Smet. E P. Gasparri precisa: «In hoc igitur casu matrimonium, licet per fictionem iuris retrahebatur ad momentum celebrationis, reipsa tamen valet et fit Sacramentum momento verificationis, uti supra. Hinc contrahentes non peccant, si in actu coniugii sub tali conditione initi non sint in statu gratiae; peccant vero si in statu culpae lethalis sint, dum conditio verificatur, quia, uti diximus, tunc matrimonium perficitur et fit Sacramentum» (*De Matrimonio*, 93, n.917) e F. Cappello: «Verificata conditione, coniugium, *dummodo res in statu quo antea manserit*, valet a momento verificationis (et tunc fit sacramentu), quamvis per fictionem iuris retrohatur ad momentum celebrationis» (*De Matrimonio*, 718, n.638).

CAPITOLO II

Il matrimonio presunto: consenso condizionato e copula susseguente

Il matrimonio condizionato, seguito dalla copula carnale prima che si verifichi la condizione, costituisce una delle forme del *matrimonium praesumptum* che tanto significato ha nella storia del matrimonio canonico.

Non possiamo, quindi, non fermarci ad accennare a questo istituto, per meglio comprendere la struttura del matrimonio condizionato nel diritto canonico, prendendo come punto di riferimento lo sviluppo della dottrina e della disciplina della Chiesa sul matrimonio¹.

La definizione generalmente ammessa dagli autori di matrimonio presunto è quella di un matrimonio che si ritiene valido pur se compiuto non con lo scambio esplicito, apertamente manifestato, di un mutuo consenso attuale, ma con un scambio presunto del medesimo consenso, basando la presunzione su fatti che escludono ogni prova contraria.

È ovvio che la presunzione non può supplire il consenso matrimoniale, quindi, se manca il consenso, non c'è matrimonio oggettivamente.

Tuttavia la Chiesa, pur sapendo che possono verificarsi dei casi in cui manca il consenso, nega il diritto di accusare di nullità il matrimonio quando sono provati i fatti su cui poggia la presunzione.

Scriveva già il Cardinale Ostiense:

¹ Per una informazione completa sullo sviluppo storico e sulla struttura dell'istituto, rimettiamo alla monografia: J. MULLENDERS, *Le mariage presumé*.

Appellatur verum [matrimonium] illud in quo verus consensus et expressus intercedit hinc inde; praesumptum illud, in quo et si in veritate non consentiant contrahentes, ecclesia tamen eos interpretatur consensisse ex aliquibus probabilibus coniecturis et ipsos dstringit simul morari, ac si consensissent, in quo ecclesia plerumque fallit et fallitur².

La complessità dell'istituto presuppone un notevole grado di maturità dottrinale e legislativa per essere attuato. Perciò nel primo millennio non c'è traccia di una tale forma di matrimonio. Nei primi secoli, infatti, vigeva, anche per i cristiani, il diritto romano che prescriveva l'osservanza di certe formalità, pur se non *ad validitatem*, per la celebrazione del matrimonio e che, quindi, rendeva quasi inattuabile qualsivoglia presunzione fuori dello scambio del consenso *de praesenti*. Tuttavia l'istituto si trova già abbozzato, almeno nel periodo postclassico, per il caso di coabitazione *more uxorio* sotto certe condizioni, fino a Giustiniano che impose la forma giuridica obbligatoria³. Anche dopo l'invasione dei germani, la Chiesa si trova a subire l'influsso delle leggi civili che esigevano il consenso confermato dalla *traditio puellae*, che lasciava scarso spazio per un matrimonio presunto.

Come è noto, la dottrina della Chiesa sulla formazione del vincolo coniugale matura nella riflessione teologica e canonica della scolastica, a partire dalle grandi Scuole di Bologna e di Parigi. Per comprendere l'istituto del matrimonio presunto sono fondamentali i dati che emergono da questo processo di maturazione dottrinale.

Graziano sosteneva la formazione del matrimonio nella linea del diritto germanico, per cui «consensus traditione puellae confirmatus nuptias facit»⁴, il matrimonio inizia con lo scambio dei consensi e giunge

² CARD. HOSTIENSIS, *In quartum decretalium*, in X. 4, 1, 32, n. 1.

³ Cfr. R. ORESTANO, *Sul matrimonio presunto*, e la bibliografia ivi indicata; J. MULLENDERS, *Le mariage presumé*, 55-65.

⁴ Graziano dà la sua soluzione alla questione della indissolubilità del matrimonio, ammettendo un matrimonio iniziato con la «desponsatio» e un matrimonio reso perfetto dalla successiva unione sessuale. «Sciendum est quod coniugium desponsatione initiatur, commixtione perficitur. Unde inter sponsum et sponsam coniugium est, sed initiatum, inter copulatos est coniugium consummatum» (c. 27, q. 2, c. 34 d. p.). «Non defloratio virginitatis, sed pactio coniugalitatis matrimonium facit ita intelligendum est: coitus sine voluntate contrahendi matrimonium et defloratio virginitatis sine pactione coniugali non facit matrimonium, sed praecedens voluntas contrahendi

alla sua perfezione nella copula carnale: secondo questa teoria la struttura del matrimonio presunto sembra non possa aver luogo. Pietro Lombardo, da parte sua, sosteneva la teoria del diritto romano secondo cui «consensus facit nuptias», ritenendo solo il consenso esplicito *de praesenti* causa efficiente del matrimonio⁵: anche in questo caso non c'è posto per il matrimonio presunto, come configurato nel diritto canonico.

Il matrimonio presunto, infatti, pur supponendo una dottrina che lo giustifichi, in se stesso è frutto della legislazione positiva; saranno, perciò, i papi, una volta fatta la sintesi dottrinale fra le due grandi Scuole, ad emanare delle decretali che configureranno, sempre con maggiore precisione, tale istituto. Al riguardo ha un significato particolare, sia sul campo dottrinale che legislativo, Alessandro III (1159-1181).

Allievo di Graziano, Rolando Bandinelli, prima ancora di diventare papa Alessandro III, aveva già preso le distanze dal Maestro sia nella sua *Summa* che, soprattutto, nelle sue *Sententiae*, in cui stabilisce che un consenso *de futuro* genera un legame dissolubile, un consenso *de praesenti* un legame indissolubile in principio, che otterrà l'indissolubilità perfetta con l'unione carnale degli sposi; fino a giungere, nella sua legislazione pontificia, alla unicità nella formazione del legame coniugale che si realizza mediante il consenso, sia con una espressione esplicita al presente (ti prendo in moglie), sia con una espressione al futuro (ti prenderò in moglie), resa presente nell'atto coniugale⁶.

Mentre per Graziano il legame matrimoniale è realizzato dalla «desponsatio» nell'atto coniugale, «matrimonium desponsatione initiatur, copula perficitur», per Rolando Bandinelli, l'atto coniugale non perfeziona il vincolo iniziato ma, se il consenso era *de futuro*, lo attua-

matrimonium et coniugalis pactio facit, ut mulier in defloratione suae virginitatis, vel in coitu, dicatur nubere viro, vel nuptias celebrare» (c. 27, q. 2, c. 45 d. p.), in cui viene espresso chiaramente il ruolo attribuito da Graziano all'unione sessuale come «concausa» di un matrimonio perfetto. Il matrimonio diventa indissolubile solo dopo l'unione sessuale dei coniugi: «Cuncta enim quae de non separando coniugia inducta sunt, de perfecto intelligitur, quod sponsali commixtione est initiatum et officio corporalis commixtionis est consumatum» (C. 27, q. 7, 2, c. 39 a. p.).

⁵ «Efficiens autem causa matrimonii est consensus non quilibet sed per verba expressus, nec de futuro sed de praesenti» (P. LOMBARDUS, *In IV Sent.*, lib. 4, dis. 27, c. 3, 917).

⁶ Cfr. J. MULLENDERS, *Le mariage presumé*, 31-32; R. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, 140-148.

lizza, cioè lo rende *de praesenti* ed effettua, in questo modo, il vincolo coniugale valido e consumato, dato che già si è attuata la prima copula fra coniugi. La copula ha, dunque, due funzioni: rende assolutamente indissolubile un matrimonio celebrato in precedenza mediante consenso *de praesenti*, e attualizza, cioè rende *praesens*, un consenso *de futuro*, emesso in precedenza, dotandolo così di efficacia per generare un vincolo matrimoniale valido e, poiché consumato, anche indissolubile.

Alessandro III, come rileva Mullenders, accettando la distinzione tra consenso *de praesenti* e consenso *de futuro*, e ammettendo la possibilità di passare dal secondo al primo, pone le basi perché si possa parlare di presunzione di matrimonio; non ritenendo, poi, la copula, «concausa» del legame matrimoniale, questa può assumere altra funzione⁷. Tuttavia non è Alessandro III il creatore del matrimonio presunto, ma, offrendo la doppia possibilità di formazione del legame matrimoniale, dà un contributo essenziale alla elaborazione della figura che, invero, viene sostenuta, almeno esplicitamente, per la prima volta da Uguccione.

In questa, come in tante altre questioni fu, infatti, determinante il contributo dottrinale di Uguccione, che ben può essere considerato il creatore della figura giuridica del matrimonio presunto canonico. Come è noto la *Summa* di Uguccione, non finita prima del 1188⁸, non è stata, fino ad oggi, pubblicata; tuttavia J. Roman ha reso accessibili i testi più significativi per il nostro argomento⁹.

Uguccione parte dal presupposto che il consenso matrimoniale efficace può essere espresso nella copula carnale attuata *maritali affectu*, anche se gli sposi non avevano espresso alcun consenso in precedenza:

Sed nonne saepe consensus maritalis in ipsa commixtione intervenit inter aliquos, qui primo non consenserant in coniugium? Utique, in usu coitus maritali affectu possunt consentire, sed nec tunc matrimonium facit coitus sed consensus interveniens¹⁰.

AmMESSO questo principio, è aperta la via per la presunzione ogni qualvolta ad una manifestazione di consenso *de futuro*, anche non

⁷ Cfr. J. MULLENDERS, *Le mariage presumé*, 63.

⁸ Cfr. A. VAN HOVE, *Prolegomena*, con la bibliografia riportata nella nota 1.

⁹ Cfr. J. ROMAN, «Summa d'Uguccio», 745-805.

¹⁰ Cfr. J. ROMAN, «Summa d'Uguccio», 754.

espresso formalmente negli *sponsalia*, segua una copula fra gli interessati. Per lui basta la *subarratio* seguita da copula carnale per fondare la presunzione che la copula è stata effettuata *animo maritali* e quindi è stato generato il matrimonio:

Quod fit per immissionem anuli vel per dationem aliarum arrarum vel aliorum insignium; quae subarratio quandoque fit interveniente consensu quandoque non interveniente, sed sive consensus interveniat sive non, sufficit, si constet de subarratione; non dico quod sit ibi matrimonium sine consensu, sed praesumitur quod consensus intervenerit et matrimonium, nisi probetur contrarium¹¹.

Dall'ultima frase, risulta che per Ugucione la presunzione è *iuris tantum*, in quanto ammette prova in contrario. Da rilevare però che riguardo alla presunzione ci sono due problemi molto diversi: il primo è quello di affermare la esistenza stessa della presunzione, l'altro è determinare l'intensità o forza di tale presunzione. Lo stesso Ugucione in altri passi afferma la presunzione, ma non dice se ammette prova in contrario. Commentando il canone *De coniugali*¹² del Decreto, nel quale si propone il caso di uno che dopo gli *sponsalia* con «una», aveva celebrato matrimonio con «altra», afferma la presunzione, senza ulteriori specificazioni:

Si vero amplius est processum scilicet ad consensum de praesenti vel ad carnalem commixtionem, remanebit cum secundo, quia cum primo non est matrimonium sed cum secundo. Nam in ipso coitu qui fit cum sponsa de futuro, praesumitur consensus de praesenti intervenire. In Extra, De illis¹³.

Si rimette alla decretale *De illis*¹⁴ di Alessandro III, nella quale, però, non si fa menzione della presunzione, ma del fondamento della presunzione, come abbiamo visto sopra. Innocenzo III, nella decretale *Per tuas*¹⁵, adopera la frase «pro matrimonio est quidem vehementer praesumendum».

¹¹ Cfr. J. ROMAN, «Summa d'Uguccio», 763.

¹² C. 27, q. 2, c. 50.

¹³ Cfr. J. ROMAN, «Summa d'Uguccio», 764.

¹⁴ X. 4, 5, 3.

¹⁵ X. 4, 5, 6.

Ma sarà Onorio III nella decretale *Is qui fidem*¹⁶ a stabilire il principio generale chiaro, che non ha subito alcuna mitigazione nella storia del matrimonio presunto: «Contra praesumptionem tamen huiusmodi non est probatio admittenda». Quindi la presunzione in favore del matrimonio non è soltanto *iuris*, ma *iuris et de iure*, cioè non si ammette prova diretta in contrario. Si ammette soltanto la prova indiretta, vale a dire, la prova che non si sono verificati i fatti su cui poggia la presunzione.

Va rilevata la differenza fra la dottrina di Uguccone e quella di Alessandro III, quanto al modo di operare del consenso. Per Uguccone la copula che segue il fidanzamento fa presumere un consenso *de praesenti* che, se esiste, realizza il matrimonio. Quindi la copula dopo il fidanzamento è la base della presunzione. Nella cultura di allora questa copula per lo più era attuata *animo maritali*, e quindi con un consenso implicito maritale veramente presente.

Per Alessandro III, al contrario, il matrimonio non sorge in tal caso per un consenso *de praesenti* presunto, ma per un consenso *de praesenti* che è l'attuazione del consenso *de futuro* mediante la copula. Nella teoria di Alessandro III la copula non può ritenersi base presuntiva per lo scambio di consenso *de praesenti*, ma base presuntiva del fatto che il consenso *de futuro* si è trasformato in consenso *de praesenti*¹⁷.

Nelle Decretali, oltre la *desponsatio* condizionata, seguita dalla copula¹⁸, che è la figura che direttamente ci interessa, si trovano anche, chiaramente trattate, altre figure: e cioè gli *sponsalia* seguiti da copula¹⁹; gli *sponsalia de futuro* da parte di un minore di età seguiti dalla copula²⁰; l'ipotesi di scambio di consenso invalido a causa di difetto di libero consenso seguito dalla copula, dalla coabitazione o da altro segno che esprima la persistenza della volontà coniugale²¹.

Uguccone è il primo, per quanto ci risulta, a trattare in modo specifico della *desponsatio* condizionata seguita da *copula carnalis*:

¹⁶ X. 4, 1, 30.

¹⁷ Cfr. J. MULLENDERS, 47.

¹⁸ Cfr. X. 4, 5, 3, 6, 7.

¹⁹ Cfr. X. 4, 1, 15 e 30; X. 2, 13, 14.

²⁰ Cfr. X. 4, 2, 8, 14.

²¹ Cfr. X. 4, 18, 4; X. 4, 21, 26.

Si vero conditio honesta apponatur, puta: si tantum mihi in dotem dederis, si pater meus vel tuus voluerit, si Imperator Italiam intraverit et huiusmodi refert an apponatur in desponsatione de praesenti an de futuro; ... si vero de futuro valet et tenet conditio et, nisi adimpleatur non compellitur quis stare promissioni, *nisi ante tempus conditionis consensus de praesenti intervenisse* et ideo cogetur eam habere, quamvis conditio postea non adimpleatur, ut extravaganti De illis autem²².

Per Uguccione, se la condizione era apposta ad un consenso *de praesenti*, secondo la regola generale, si riteneva come non apposta; se riguardava, invece, un consenso *de futuro* valeva la condizione, a meno che l'unione sessuale fosse intervenuta, nel frattempo, a trasformare la *desponsatio de futuro* in *desponsatio de praesenti*, con la conseguenza di una indissolubilità perfetta del vincolo coniugale in cui la condizione viene, così, a essere indirettamente ritenuta come non apposta.

Come si è visto nella parte storica, quelle che disciplinano il matrimonio presunto in caso di consenso condizionato sono le decretali *De illis* di Alessandro III (1159-1181), *Super eo* di Urbano III (1185-1187) e *Per tuas* di Innocenzo III (1216-1227).

Alessandro III, nella decretale *De illis*, parla soprattutto di *sponsalia* sotto condizione e stabilisce che chi ha posto la condizione è libero, non ha obbligo alcuno, nemmeno se ha giurato sotto condizione, fintantoché la condizione si è purificata, a meno che non abbia prestato posteriormente un consenso puro *de praesenti* oppure non ci sia stato un rapporto sessuale. Viene ribadita la dottrina del pontefice sulla doppia possibilità nel momento costitutivo del matrimonio, che può avvenire per consenso *de praesenti* o per consenso *de futuro* reso attuale, ed efficace, a causa della copula²³.

La decretale *Super eo* di Urbano III aggiunge che, non solo un giuramento condizionato fatto negli *sponsalia*, come ipotizzava Alessandro III, ma nemmeno un consenso *de praesenti* condizionato crea legame

²² Cfr. J. ROMAN, «Summa d'Uguccio», 754.

²³ X. 4, 5, 3: «*De illis*. Si vero aliquis sub huiusmodi verbis iuramentum alicui mulieri praestiterit: "ego te in uxorem accipiam, si tantum mihi donaveris" reus perituri non habebitur, si eam, nolentem sibi solvere quod iuramentum sibi dari petit, non acceperit in uxorem, nisi consensus de praesenti aut carnalis sit inter eos commixtio subsequuta».

alcuno; afferma, infatti, che in caso di matrimonio condizionato il consenso anche se *de praesenti* va comunque interpretato giuridicamente come un consenso *de futuro*: «cum huiusmodi consensus non sit de praesenti habendus, licet per verba de praesenti evidentius exprimatur». Urbano III è consapevole che in apparenza si distacca dalla dottrina del suo antecessore Alessandro III, tuttavia trova la soluzione nel fatto che nel caso proposto il consenso, pur se espresso con parole *de praesenti*, è affatto *de futuro* perché «in arbitrio alieno, non habito, sed habendo consistit»²⁴.

Innocenzo III, nella decretale *Per tuas* risolve il caso senza allontanarsi dalla dottrina stabilita dai suoi predecessori, considerando il consenso *de praesenti* condizionato alla stregua di un consenso *de futuro*, con la conseguente possibilità di presumere un consenso *de praesenti* in caso di copula²⁵.

²⁴ X. 4, 5, 5: «*Super eo vero, quod a nobis similiter postulasti, utrum ille, qui in quamdam mulierem consensit, si pater eius videlicet suum praestaret assensum, sit ad consummandum matrimonium compellendus, nihilominus respondemus, quod, quum consensus liber dici non possit, qui in alieno arbitrio reservatur, ac conditionem ipsam canonica non improbet instituta, quae consonet honestati, nisi voluntas patris postmodum intercedat, nequaquam cogendus est ad matrimonium contrahendum. Nam licet felicitis memoriae Alexander Papa antecessor noster in suis consultationibus responderit quod sponsalia, interposita conditione contracta, conditione ipsa non impleta, si consensus de praesenti intercedat, vel carnalis copula subsequatur, dissolvi non debent, sed firmiter observari: nequaquam est nostrae definitioni adversum, quum huiusmodi consensus non sit de praesenti habendus, licet per verba de praesenti evidentius exprimatur, qui in alieno arbitrio, non habito, sed habendo consistit*».

²⁵ X. 4, 5, 6: «*Per tuas nobis literas intimasti, quod quum in praesentia tua quedam mulier, P. nomine, quamdam nomine N. postulare in virum, asserens, inter se mutuum de praesenti consensum intervenisse, et carnalem copulam non negaret, asserbat tamen, se illam in uxorem ducere non teneri, quia sponsalia inter ipsos sub hac fuerunt conditione contracta, si videlicet pater eius et patruus sponsalibus consentirent [...]. Consultationi tuae taliter respondemus, quod quum liquido constet per confessionem tam viri quam mulieris, quod post contracta sponsalia carnalis est inter eos copula subsecuta, pro matrimonio est vehementer quidem praesumendum, quia videtur conditione appositae recessisse. Nam etsi probatum sit utrumque per testes, quod, postquam pater et patruus viri contradixere sponsalibus, idem vir mulierem illam carnali coniunctione cognoverit, non est tamen aliquo modo probatum, quod antequam ipse cognovisset eandem, pater eius et patruus contradicere curavissent*».

Pur nella diversità delle spiegazioni del fatto nei confronti di un consenso matrimoniale condizionato, gli autori sono concordi nel ritenere sufficiente per presumere un matrimonio valido e consumato se dopo la prestazione di tale consenso segue la *copula carnalis*.

Da quanto detto nelle pagine precedenti, risulta che le spiegazioni possono ridursi a tre:

a) la copula che segue un consenso condizionato fa presumere uno scambio di consenso puro;

b) la copula fa presumere la revoca della condizione e quindi, secondariamente, un matrimonio valido e consumato, poiché un consenso condizionato che si presume revocato dalla copula, diventa presuntamente assoluto ed efficace;

c) infine la copula fa presumere la revoca della condizione e il cambiamento di un consenso *de futuro* in un consenso *de praesenti*.

La presunzione stabilita dalle Decretali, come abbiamo detto sopra, è una *praesumptio iuris et de iure*, cioè non ammette prova contraria. L'unica possibilità di vincerla è la prova che non sussistono i fatti che costituiscono il fondamento della presunzione: la prestazione del consenso condizionato e la susseguente copula carnale. Perciò si può applicare a questa fattispecie il rilievo che Antonio de Butrio solleva riguardo al matrimonio presunto in generale e cioè che si tratti di una *institutio periculosa*²⁶. Inoltre, a causa proprio della confusione che il matrimonio presunto genera fra foro interno e foro esterno, può facilmente essere identificato con il matrimonio clandestino.

Come è noto il Concilio di Trento, con il decreto *Tametsi*²⁷ introduce l'obbligo *ad validitatem* della forma canonica. Con questo provvedi-

²⁶ Antonius de Butrio: «Namsi iudicabitur matrimonium in foro contentioso, possibile quod est, licet intercedat copula, non consentiret in matrimonium. Nam licet quoad metus fori contentiosi possit fingere consensum, non tamen potest facere ut vere et naturaliter obligetur. Unde videtur haec institutio periculosa propter hoc Hostiensis vult redarguere Papam quod melius fecisset statuere, quod talis cognoscens non posset contrahere cum alia, etsi contraheret non esset matrimonium: quam statuere quod statim inter istos esset matrimonium» (*In librum quartum*, in X. 4, 1, 30, n.8).

²⁷ «Tametsi dubitandum non est, clandestina matrimonia [...] rata et vera esse matrimonia [...] ecclesia ex iustissimis causis illa semper detestata est atque prohibuit. Verum, [...] prohibitiones illas propter hominum inoboedientiam iam non

mento viene eliminata la piaga dei matrimoni clandestini, mentre rende praticamente inattuabile il matrimonio presunto, dato che da allora in poi soltanto il consenso *de praesenti* manifestato davanti al parroco e a due testimoni è giuridicamente efficace a costituire il matrimonio. Da rilevare, però, che mentre è assolutamente chiara la soppressione del matrimonio presunto fondata sugli *sponsalia* e sul matrimonio degli impuberi, non risulta così evidente la soppressione del matrimonio presunto basato sul consenso *de praesenti* condizionato, seguito da copula. Nel periodo posttridentino, infatti, ci furono canonisti di grande autorità sia per la sentenza affermativa di tale soppressione, che per quella negativa. Secondo J. Mullenders che ha fatto un elenco abbastanza ricco, pur se non esaustivo degli autori delle due sentenze²⁸, stanno per la soppressione della figura: J. Gutierrez²⁹, E. Pirhing³⁰, B. Elbel³¹, A. Oddi Baglioni³²; mentre sostengono che la figura non è stata soppressa dal decreto *Tametsi*: F. Krimer³³, H. Zoesius³⁴, F. Schmalzgrueber³⁵, P. Fagnani³⁶, A. Reiffenstuel³⁷, P. Vermiglioli³⁸, F. Nardi³⁹ e F.X. Wernz⁴⁰.

Un'altra questione divideva le opinioni degli autori in questo periodo che, se pur generale, tocca anche la figura del matrimonio presunto con-

prodesse [...] nisi efficacius aliquod remedium adhibeatur [...]. Qui aliter, quam presente parochio, vel alio sacerdote de ipsius parochi seu ordinarii licentia et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos sancta synodus ad sic contrahendum omnino inabiles reddit, et huiusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos praesenti decreto irritos facit et annullat» (CONC. TRIDENTINO, sessio 24, *De refor. matri.* c.1. in COD, 731-732.); cfr. G. D'ANDREA, *Canones et decreta*, 216-217.

²⁸ Cfr. J. MULLENDERS, *Le mariage presumé*, 141.

²⁹ J. GUTIERREZ, *Canonicarum quaestionum*, lib. 3, cap. I, n. 9.

³⁰ E. PIRHING, *Jus canonicum*, lib. 4, tit. 5, § 2. Asserz. 9.

³¹ B. ELBEL, *Theologia moralis*, n. 18 e n. 19.

³² A. ODDI BAGLIONI, *Il matrimonio condizionato*, 167-170.

³³ F. KRIMER, *Quaestionum canonicarum*, lib. 4, n. 481.

³⁴ H. ZOESIUS, *Commentarium in ius canonicum*, pars 4, tit. 5, addim. N. 11.

³⁵ F. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum*, lib. 4, tit. 5, § 2, n. 24-25.

³⁶ P. FAGNANI, *Commentaria in quartum librum decretalium*, n. 21, 41.

³⁷ A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum*, lib. 4, tit. 5, §1, n. 22.

³⁸ P. VERMIGLIOLI, *Lezioni di diritto canonico*, lib. 4, 50.

³⁹ F. NARDI, *Elementi di diritto ecclesiastico*, 191.

⁴⁰ F. X. WERNZ, *Ius decretalium*, IV, n. 297, 88.

dizionato, vale a dire se sia necessario che consti, *coram parocho*, del fatto che la condizione è stata revocata col compiere la copula coniugale *animo maritali*. È ovvio che, per ottenere gli effetti canonici propri del matrimonio valido nel foro esterno, è necessario che risulti in questo foro il fatto della revoca della condizione. E se la condizione è stata messa *coram parocho* nella celebrazione del matrimonio, sembra che il mezzo più idoneo, pur se non l'unico, sia che il parroco dichiari che il matrimonio, celebrato sotto condizione, è passato ad essere un matrimonio valido e consumato⁴¹.

Come è noto, tuttavia, il decreto *Tametsi*, per volontà del Concilio, doveva avere vigore soltanto nei luoghi dove fosse stato promulgato. Perciò il matrimonio presunto poteva verificarsi nei termini del diritto delle decretali là dove non fosse in vigore il decreto *Tametsi*. Tale situazione perdura fino alla cost. ap. *Consensus mutuus*, del 15 febbraio 1892, di Leone XIII⁴², la quale abolisce, ove fosse in vigore, il matrimonio presunto basato sugli *sponsalia* e la copula susseguente, dando come ragione fondamentale che, cambiate le circostanze storiche, allora non si poteva presumere più che gli «sponsi» compissero l'atto sessuale «animo maritali» e non piuttosto fornicario. Da rilevare, però, che la costituzione *Consensus mutuus* abolisce specificatamente il matrimonio presunto basato sulla «copula carnalis sponsalibus superveniens», lasciando quindi operanti le altre fattispecie⁴³.

È solo con il Codice del '17 che verrà soppressa ogni forma di matrimonio presunto, non attribuendo alcuna rilevanza alla copula come presunzione giuridica e rendendo, invece, possibili diverse forme di convalidazione del vincolo coniugale mediante un segno che esprima il rinnovo del consenso posteriore al consenso iniziale inefficace (cann. 1133-1137 CIC/17).

⁴¹ Cfr. ad es. F. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum*, lib.4, tit. 5, § 2, n. 24-25.

⁴² LEO XIII, *Acta*, 18 (1891-1892) 442.

⁴³ «Simul per has litteras Nostras decernimus ac mandamus ut deinceps illis in locis in quibus coniugia clandestina pro validis habentur, a quibusvis iudicibus ecclesiasticis, in quorum foro causas eiusmodi matrimoniales agitari et iudicari contingerit, copula carnalis sponsalibus supervenientes non amplius ex iure praesumptione coniugalis contractus censeatur nec pro legitimo matrimonio agnoscatur seu declaratur» (ASS 24 (1891-1892) 442).

Nel diritto codiciale del 1917, quindi, la copula sopraggiunta agli *sponsalia*, o a un consenso matrimoniale inefficace, non costituisce alcuna *praesumptio iuridica*, nemmeno nel caso del matrimonio celebrato sotto condizione. Tutt'al più può fondare una *praesumptio hominis* in alcune specifiche circostanze.

Del resto in una sentenza *coram* Mattioli, del 18 marzo 1950, viene espressamente affermato che non si può considerare una presunzione *iuris et de iure* che la condizione sia revocata quando le parti «usano» del matrimonio prima che la condizione si sia purificata⁴⁴.

⁴⁴ «Ex huiusque expositis, patet acceptari non posse id, quod non nisi ex lapsu, ut tenemus, in sententia primi gradus, ceterum laude digna, scriptum est: nempe haberi *presumptionem iuris et de iure* quod conditio revocata sit, quando contrahens matrimonio utatur, antequam sciat condicionem fuisse verificatam» (RRD, 24, 152, n.11).

CAPITOLO III

La condizione «*in pactum deducta*»

In questi brevi cenni storici sull'*iter* del matrimonio condizionato fino alla promulgazione del Codice del 1917, va ricordato il rapporto fra la volontà condizionante e la sua manifestazione esterna, che ha dato adito ad una problematica particolarmente complessa: ha efficacia invalidante la condizione «virtuale», vale a dire la condizione messa una volta e non revocata prima della celebrazione del matrimonio? La condizione, perché sia efficace, deve essere *in pactum deducta*? Può essere accusato di nullità un matrimonio in cui la condizione non è stata *in pactum deducta*?

Una esposizione ampia di queste problematiche supera i limiti del nostro studio. La sintesi, però, dei dati storici necessari a comprendere l'istituto del matrimonio condizionato resterebbe incompleta senza una visione panoramica di questo settore.

Per poter interpretare l'evoluzione della dottrina e per poter procedere con chiarezza, è necessario tenere presente alcuni punti basilari, e mettersi d'accordo sulla terminologia.

In riferimento all'efficacia giuridica della condizione sul patto coniugale, innanzi tutto bisogna distinguere bene i due piani — che comunemente si chiamano «fori» — cioè il piano oggettivo della creazione o meno del matrimonio (foro interno) e il piano sociale, giudiziale e amministrativo (foro esterno), piani che sono tutti e due giuridici, ma che possono non corrispondersi. Molto spesso gli autori non distinguono con la sufficiente chiarezza, anche per mancanza di strumenti adatti ad esprimere le due realtà.

Va inoltre ben distinto il diritto sostantivo — sul quale versa il nostro studio — dal diritto di accusa e da tutto quanto riguarda le presunzioni processuali. Perciò, in riferimento alle presunzioni, *iuris* oppure *iuris et de iure*, che hanno un ruolo molto importante in questo settore, bisogna non attribuire a tali presunzioni un'efficacia più profonda di quella che effettivamente hanno, dato che si tratta di strumenti il cui campo di azione è limitato al foro giudiziario, relativo al diritto di accusa e all'onere della prova.

Oggi, nel diritto della Chiesa, quanto alle dichiarazioni di nullità matrimoniale, si applica il principio, pur se non formulato nel Codice, che il bene delle anime, e quindi quello della Chiesa stessa, consiste nel fatto che ogni matrimonio oggettivamente nullo possa essere accusato davanti ai tribunali ecclesiastici e, se provato, sia dichiarato nullo. Questo principio non era accettato in modo assoluto nel passato, in riguardo al modo come veniva concepito il *favor matrimonii*, che tendeva a rendere saldo anche socialmente l'istituto del matrimonio. Basti ricordare che nel CIC/17 il coniuge colpevole della nullità non aveva il diritto di accusare il proprio matrimonio (can. 1971, §1, 1°). Nel leggere gli autori del passato non si può dimenticare che spesso possono supporre che un matrimonio è nullo per mancanza di consenso efficace e tuttavia parlino di validità *in foro Ecclesiae*, nel senso che il matrimonio è ritenuto valido perché manca la possibilità di essere accusato in foro giudiziale.

Secondo la terminologia più comune tra gli autori, il termine condizione *in pactum deducta*, nel senso stretto, significa la condizione manifestata nell'atto stesso del patto coniugale. Va distinta dalla intenzione non manifestata, ma *mente retenta*. Questa, a sua volta, può essere virtuale oppure attuale. L'intenzione *virtuale* è l'intenzione formata in un momento precedente e non revocata prima dell'atto di cui si tratta — nel nostro caso dell'atto della manifestazione del consenso matrimoniale — quindi influente nell'atto stesso. Invece intenzione *attuale* è quella che è formalmente presente nel momento dell'atto. La condizione, sia *manifestata*, sia *mente retenta*, può essere *esplicita*, della quale ci occupiamo in questa prima parte, oppure *implicita*, della quale tratteremo nella seconda parte. Va rilevato però che, pur se questa è la terminologia comune, spesso si usano altri termini meno tecnici e che ci sono degli autori che non sono fedeli alla terminologia in uso.

Premessi questi chiarimenti, possiamo dire in generale che, nei secoli che corrono da Graziano a Trento, la dottrina ha prestato scarsa attenzione al problema specifico se, perché una condizione sia operativa giuridicamente, sia necessario esprimerla nel patto stesso (*in pactum deducta*), oppure se sia sufficiente che la condizione sia *mente retenta* e, in quest'ultimo caso, se si richiede una intenzione *attuale* o se basta una intenzione *virtuale*.

Come abbiamo potuto constatare nella formazione dell'istituto del matrimonio condizionato e in particolare di quello condizionato presunto, sia il legislatore che gli autori, nelle diverse fattispecie, prestano attenzione prevalente agli effetti della condizione nel foro esterno, pur presupponendo alcune basi dottrinali non sempre, invero, sufficientemente sviluppate. Riguardo alla problematica in questione, non troviamo nessuna decretale nel tit. *De conditionibus apposis*¹ che la prospetti. Forse per questo motivo, il silenzio dei decretalisti è quasi assoluto al riguardo. Si trovano elementi indiretti in altre sedi.

Ad esempio, Innocenzo III, nella decretale *Tua nos*² risolve un caso di simulazione totale. Un Tizio, per sfruttare una donna, senza nessuna intenzione di sposarla, esprime un consenso *de praesenti*, presentandosi pure con un nome falso, persuaso che in questo modo si assicurava meglio la nullità del matrimonio. Questa sua intenzione di simulare il consenso l'aveva manifestata pubblicamente davanti a molti testimoni. Il Papa risponde che «si res ita se habuerit, videlicet, quod ille eam non proposuit ducere in uxorem, nec umquam consensit in praedictam personam, non debet ex illo facto, coniugium iudicari, quum in eo nec substantia coniugalis contractus nec forma contrahendi coniugium valeat inveniri». Come si vede, il Papa dà la prevalenza al fatto oggettivo della mancanza di consenso. E il matrimonio, quindi, deve essere dichiarato nullo se consta della verità dei fatti.

La Glossa Ordinaria, compilata da Bernardo da Parma († 1263) probabilmente verso il 1245³, alla parola «mulierem» che si trova all'inizio della decretale *Tua nos* aggiunge una glossa, nella quale si prende una posizione del tutto opposta a quella espressa nella decretale:

¹ X. 4, 5.

² X. 4, 1, 26.

³ Cfr. A. VAN HOVE, *Prolegomena*, 473-474.

sed pone quod aliquis protestetur coram pluribus, quod omnia quae dicet vel faciet, non faciet animo contrahendi matrimonium, et postea publice dicat: «consentio in te», numquid est hic matrimonium vel non? In casu isto dico quod Ecclesia iudicare debet pro matrimonio, quia recurrendum est ad communem verborum intelligentiam; talia enim verba non possunt servire suae intentioni: praeterea si probet, quod illa verba protestatus fuit primo, potuit postea recedere ab illa voluntate, et consentire in illam: et hoc videtur per illud quod postea publice fecit: et si dicat, quod adhuc tempore contractus erat in eadem voluntate, non crederetur ei; quia contra eum fieri debet interpretatio, qui dolum adhibet⁴.

E in una glossa marginale, dopo le parole «dico quod Ecclesia iudicare debet pro matrimonio», Giovanni d'Andrea († 1348) aggiunge «et recte: nam aliter daretur omnibus matrimonia contrahentibus materia protestandi, et postea diverterent a coniugibus si displicerent»⁵.

Il caso proposto, abbiamo detto, tratta di un consenso simulato. E troviamo due posizioni contrastanti: per Innocenzo III, se i dati rispondono a verità, il matrimonio è nullo e, se provati nel foro esterno, deve essere giudicato nullo. Per la Glossa, invece, e per Giovanni d'Andrea, si deve giudicare in favore della validità del matrimonio. Ma, se si analizzano le parole, appare chiaro che si tratta di una presunzione in favore del matrimonio. Adduce, infatti, due argomenti, il primo dei quali si basa sul senso comune delle parole adoperate nella manifestazione del consenso, mentre il secondo prende come fondamento il fatto della possibilità che abbia ritrattato la sua intenzione contraria al matrimonio, espressa in precedenza, e poi abbia prestato un vero consenso nel momento di effettuare il contratto.

Le problematiche indicate si sono sollevate, invero, a proposito di un caso di simulazione totale, non si trattava di matrimonio condizionato. Data, tuttavia, l'affinità delle fattispecie, gli stessi ragionamenti potrebbero applicarsi anche al caso in cui una parte, con dichiarazione precedente, legghi il consenso matrimoniale ad una condizione, senza poi ripeterla allo scambio del consenso. Ma per quanto ci risulta gli autori non si proposero esplicitamente la questione fino a tempi assai tardivi e non

⁴ Gl. ad X. 4, 1, 26, v. *mulierem*.

⁵ Giovanni d'Andrea esprime la stessa posizione nel commento alla decretale *Tuam*, (cfr. *Novella in decretales*, in X. 4, 1, 26).

furono i canonisti, ma piuttosto i moralisti a proporla. Riporto soltanto due testimonianze che rappresentano, almeno in un certo senso, le due tendenze sopra rilevate.

Angelo da Clavasio († 1495), nella sua *Summa* detta *Angelica*, perché la condizione sia efficace ritiene necessario «quod in conditione uterque consentiat expresse»⁶. Quindi, ogni condizione che non sia frutto di accordo fra i due contraenti (*in pactum deducta*) non ha efficacia giuridica. Ma si tratta soltanto del foro esterno, oppure intende affermare che non ha incidenza sul consenso per renderlo efficace a generare il matrimonio? L'Autore non sviluppa il suo pensiero.

Una posizione diversa, sembra più radicale, esprime invece Adriano VI (1522-1523) il quale, da autore privato, afferma: «cuiusque conditionis adiectio irritum facit matrimonium in foro Ecclesiae [...] illius intentio quamquam expressa non fuerit»⁷. Sembra che la nullità venga riferita al foro esteriore, «in foro Ecclesiae». Ma questo significa che Adriano VI lo ritiene nullo oggettivamente e proprio perciò è nullo «in foro Ecclesiae»? Adriano VI sembra equiparare tutte le condizioni, anche quelle *mente retentae*, sia *attuali* che *virtuali* quanto agli effetti sulla nullità del matrimonio «in foro Ecclesiae».

Prima del Concilio di Trento, quindi, si può dire che non si sia formata una *opinio communis* fra gli autori e che la questione non sia stata approfondita, né risolta in un senso determinato. Di fatto, poi, la mancanza della forma canonica, della presenza di un rappresentante della Chiesa al momento della celebrazione del matrimonio, rendeva più facile l'apposizione della condizione anche in quel momento, senza il rischio che il parroco cercasse di scoraggiare da un consenso così formato o, addirittura, si rifiutasse di assistere al matrimonio.

Con il Concilio di Trento, quindi, il problema si fa più attuale e urgente: nel caso in cui si voglia contrarre matrimonio condizionato, l'apposizione della condizione forma parte delle formalità richieste *ad validitatem*, così che è efficace soltanto la condizione che è stata

⁶ ANGELUS DE CLAVASIO, *Summa Angelica*, v. *Matrimonium*, III, imp. 3, n. 13.

⁷ ADRIANUS VI, *Quaestiones de Sacramentis*, *De matr.*, quaest. 3, dub. 9, § *sed pro solutione*.

«deducta in pactum», cioè espressa nell'atto stesso dello scambio dei consensi davanti al parroco e ai due testimoni?

Il problema lo abbiamo toccato al capitolo precedente sotto un altro punto di vista. Ora, invece, trattiamo la questione se l'intenzione condizionante perché sia giuridicamente efficace debba essere *attuale e manifestata*, cioè *in pactum deducta*, oppure basti che sia *virtuale e mente retenta*.

In uno sforzo di sintesi — col rischio di incompletezza di ogni sintesi — possiamo dire che nel periodo postridentino gli autori trattano della condizione in due *sedes materiae* e sotto prospettive diverse:

1) Della condizione lecita *de futuro*, i moralisti trattano nel settore dedicato al matrimonio condizionato e i canonisti nel commentare il titolo *De conditionibus appositis*⁸ delle Decretali. Riguardo a questa condizione, per lo più l'unico problema che occupa l'attenzione degli autori è quello della natura del consenso del matrimonio condizionato, e cioè: si tratta di un consenso *de praesenti*, e quindi formalmente matrimoniale pur se dipendente nella sua efficacia dall'evento condizionato, oppure si tratta di un consenso che è sempre *de futuro*, pur se espresso in forma *de praesenti*?

La spiegazione di Urbano III nella Decretale *Super eo*⁹, «quum huiusmodi consensus non sit de praesenti habendus, licet per verba de praesenti evidentius exprimatur», e seguita da S. Tommaso, è probabilmente la spiegazione prevalente fino al secolo scorso.

In entrambe le spiegazioni il problema dell'intenzione attuale o virtuale *mente retenta* non si pone con particolare urgenza, dato che il matrimonio non si verifica in senso pieno fino a che si purifica la condizione o, una volta purificata, si rinnovi il consenso per renderlo *de praesenti*. In ultima istanza, anche per coloro che ritengono che il consenso è già *de praesenti* si tratta di un contratto che quanto agli effetti ha più punti in comune con gli sponsali che con il matrimonio. Perciò, in questa prospettiva, la problematica che solleva l'intenzione *mente retenta*, sia virtuale che attuale, non solleva particolare interesse negli autori. Ad esempio, Basilio Ponce, che dedica un lungo e polemico capitolo a difendere la tesi che non basta il consenso iniziale, ma una

⁸ X. 4, 5.

⁹ X. 4, 5, 5.

volta purificata la condizione, si richieda un nuovo consenso¹⁰, non dice una parola in questa sede sul problema se la condizione per essere efficace debba essere «in pactum deducta» oppure basta che sia *mente retenta*, anche *virtuale*.

Così pure S. Alphonsus Maria de Ligorio, quando tratta del consenso condizionato, discute ampiamente il problema se si richieda, una volta purificata la condizione, un nuovo consenso, aderendo alla sentenza affermativa, ma non prospetta alcuna altra problematica al riguardo¹¹.

2) Riguardo alla problematica, invece, della condizione che opera la nullità nel momento stesso della celebrazione del matrimonio, cioè condizione *de praesenti* o *de praeterito*, gli autori la trattano, in prevalenza, in modo indiretto nel settore dedicato all'influsso dell'errore su una qualità messa come condizione *sine qua non*. Quanto all'intenzione richiesta, il problema va risolto per lo più nel senso che ogni condizione, anche quella posta prima del matrimonio e non revocata, cioè *virtuale*, deve avere la sua efficacia sul consenso.

Apri la strada su questa linea T. Sánchez († 1610), che tratta la questione con particolare attenzione e profondità. Il suo pensiero è chiaro: «Id tamen fateor, nimirum si qualitas in qua erretur *per modum conditionis* in ipso contractu, quando scilicet matrimonium initur, sive per verbis exprimitur, sive mentis contrahentis retenta sit, irritari matrimonium»¹². Sánchez dà rilevanza invalidante alla condizione *mente retenta* — quindi non esige che sia *in pactum deducta* —, ma sembrerebbe invece che richieda che l'intenzione sia *attuale* «in ipso contractu, quando scilicet matrimonium initur». Il suo pensiero, tuttavia, è inequivocabilmente espresso nelle parole che aggiunge dopo: «Desideratur tamen ut ea intentio apponendi talem conditionem, sit actualis aut virtualis: nimirum, ut contrahens tunc habeat illam actu vel virtute, quia antea habuit, nec per contrarium actum revocata est»¹³.

La spiegazione di Sánchez diventa *communis* quanto alla sostanza, pur con una grande varietà di espressioni e di spiegazioni, la cui

¹⁰ B. PONTIUS, *De matrimonio*, lib. 3, cap. 14.

¹¹ S. A. MA. DE LIGORIO, *Theologia Moralis*, lib. 6, tract. 6, cap. 2, n. 890-896.

¹² T. SÁNCHEZ, *De matrimonio*, lib. 7, disp. 19, n. 12.

¹³ T. SÁNCHEZ, *De matrimonio*, lib. 7, disp. 18, n. 12.

esposizione esula dal nostro scopo¹⁴. Vorrei cogliere, però, fra tanti altri, la testimonianza di A. Reiffenstuel († 1703), che esprime in modo particolarmente chiaro la maturità raggiunta dalla dottrina:

Dicitur ulterius, Nisi qualitas actualiter, vel virtualiter, interne vel externe in conditionem esset, ut si quis interne cogitare, vel externe diceret: Si es virgo, aut dives etc. volo, seu intendo tecum contrahere, alias non; quia etiam tunc error circa qualitatem Matrimonium invalidaret, possetque errore deceptus alteram partem iterum dimittere [...]. Ratio est, quia omnis contractus sub conditione honesta de praesenti initus, conditione non subsistente nullus est¹⁵.

Affronta, anche, con molta chiarezza il problema del tipo di intenzione richiesto:

Caeterum ut ex defectu huiusmodi qualitatis Matrimonium sit nullus, requiritur, quod contrahentes talem voluntatem aut intentionem conditionatam actualem vel saltem virtualem habeat: Nimirum, ut vel tunc, quando contrahit, actu habeat illam intentionem non contrahendi, nisi hanc qualitatem habeat, vel saltem prius eam intentionem actu habuerit, et per actum contrarium nondum revocaverit, sed virtute seu virtualiter adhuc retineat sola enim habitualis intentio ad propositum non sufficeret¹⁶.

Si propone, inoltre, il problema del possibile conflitto tra i due fori:

Et quamvis in Foro externo non credatur, nisi probet, quod non aliter, nisi sub conditione talis qualitatis intenderit contrahere, nihilominus in Foro interno invalidum erit tale Matrimonium, si desiderata illa qualitas non existit¹⁷.

Pur se non va confuso il foro esterno con il foro giudiziario, Reiffenstuel, seguendo la sentenza quasi comune degli autori, suppone che di per sé il matrimonio potrebbe essere accusato di nullità in questo foro.

¹⁴ Con estrema concisione e chiarezza J. De Lugo scrive: «Prior consensus solum virtualiter perseverans, quamdiu non revocatur, sufficit ad matrimonii valorem adveniente conditione quae sola desiderabatur» (*De iustitia et iure*, n.386).

¹⁵ A. REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum*, lib. 4, tit. 1, § 9, n. 347.

¹⁶ A. REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum*, lib. 4, tit. 1, § 9, n. 349.

¹⁷ A. REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum*, lib. 4, tit. 1, § 9, n. 348.

La giurisprudenza del tempo era invece dell'opposto avviso; in una sentenza della Sacra Romana Rota del 16 novembre 1622, si affermava, infatti, che è sufficiente che una condizione non sia stata apposta al momento dello scambio del consenso davanti al parroco «per verba de praesenti» con le quali si costituisce il matrimonio, perché il consenso si debba giudicare puro e libero¹⁸. Così pure in una sentenza della Sacra Congregatio Concilii, del 18 settembre 1660, si dichiarava valido un matrimonio in cui una condizione era stata apposta precedentemente alla celebrazione del matrimonio¹⁹. La sentenza è citata e criticata da G. Pignatelli²⁰ che, seguendo l'opinione divenuta comune fra gli autori, come abbiamo detto, era un sostenitore della possibilità della condizione virtuale. Egli riteneva, quindi, questo matrimonio assolutamente nullo, poiché l'espressione esterna del consenso per costituire un matrimonio valido deve corrispondere alla volontà interna della parte.

Nel settecento costituisce una eccezione il vescovo Franciscus Maria Pitonius che, allineato con la posizione della Rota, nelle sue *Disceptiones ecclesiasticae*, afferma che, data l'obbligatorietà della forma canonica dopo il Concilio di Trento, sia da ritenere priva di efficacia giuridica, riguardo al matrimonio, qualsiasi cosa venga detta o fatta prima della celebrazione *in facie Ecclesiae* e che riconoscere valore a «patti privati» sconosciuti alla Chiesa sarebbe irrispettoso verso il sacramento e un inaccettabile inganno nei confronti dell'autorità ecclesiastica:

Quando tamen si Concilio exposcit matrimonium fieri in facie Ecclesiae, et conditio est pars essentialis contractus matrimonii, haec utique in facie Ecclesiae explanari debet, et non ex privata conventionem praemitti, et stabiliri, Ecclesia ignara, quae proinde dicere debet: — Ista conditio apud me non

¹⁸ «Sufficit enim huiusmodi conditionem non fuisse appositam tempore praestiti consensus coram paroco per verba de praesenti, quo perficitur matrimonium, ad hoc ut illud iudicari debeat purum et liberum [...]» (cfr. G. PIGNATELLI, *Consultationes canonicae*, IX, cons. 136).

¹⁹ Uno dei contraenti aveva affermato davanti a terzi che si sarebbe sposato solo se l'altra parte avesse portato in dote dieci mila aurei e non altrimenti: la condizione non venne purificata e la parte, coerente con le sue intenzioni, si rifiutò di consumare il matrimonio.

²⁰ G. PIGNATELLI, *Consultationes canonicae*, IX, cons. 136.

constat, quod fuerit adiecta matrimonio; ergo ex ea non debeo irritare matrimonium, quod pendet ex deductis in facie mea, iuxta Tridentinum²¹.

Pitonio riconosceva, però, lui stesso, che tutto ciò va detto per pura speculazione dialettica, ma che nel caso concreto la questione deve essere esaminata meglio, tanto da giungere, egli stesso, a giudicare nullo un matrimonio celebrato sotto condizione apposta virtualmente: «Quae tamen omnia dixi per modum dubitandi, non autem decidendi, ad hoc ut, si casus eveniat, materia melius examinaretur».

La posizione di Pitonio (disattesa, peraltro dallo stesso Pitonio, come si è visto) non trovò seguito fra gli autori e la giurisprudenza del XVIII secolo, orientati definitivamente verso l'ammissione della condizione virtuale. Nella causa *Barchinoniensis* del 22 maggio 1734, la S.C. Concilii dichiarava ammissibile la condizione virtuale purché, però, fosse apposta da ambedue i coniugi concordemente: «Nihil efficere quod condicio non fuerit apposita sive repetita in actu celebrationis matrimonii, quia satis est ut multis audientibus eam paulo ante loculenter expressit: brevi enim temporis intervallo voluntas mutata non praesumitur»²². Come si vede, si avverte un certo rigore nella prova. L'apposizione della condizione si suppone fatta «multis audientibus» e poi «brevis temporis intervallo» prima della celebrazione, perché non si presuma che la volontà è cambiata.

La giurisprudenza della S.C. Concilii, sempre più attenta alla prova, continua, anche in seguito, a ritenere la condizione virtuale valida anche se sconsigliabile per la difficoltà probatoria che offre. Si possono confrontare in tal senso la decisione del 2 maggio 1868²³, la *Burgellensis* del 9 settembre 1893²⁴, la *Venetiana* del 29 febbraio 1908²⁵, sentenza nella quale la *deductio in pactum* veniva richiesta, ma accettata nel senso di «condizione apposta in modo che ne sia possibile la prova nel foro giudiziale».

²¹ F.M.A. PITONIUS, *Disputationes Ecclesiasticae*, discept. 52, n. 39 ss.

²² Nello stesso senso cfr. S.C. CONCILII, *Ulixobonensis*, 16 marzo 1720; S.C. CONCILII, *Eysteltensis*, 17 novembre 1731; S.C. CONCILII, *Augustana*, 24 novembre 1742.

²³ ASS, IV, 75.

²⁴ *Theatrum resolutionum Sacrae Congregationis Concilii*, t. 168, p.111.

²⁵ ASS, XXV, 335.

Nel XIX secolo, va ricordata l'istruzione data dal Cardinale Rauscher ai giudici ecclesiastici d'Austria, fino alla promulgazione del codice con autorità di diritto particolare, che, in dissonanza dalla maggior parte degli autori, stabiliva al §55: «Conditiones, quae in consensu declaratione haud exprimentur, pro non appositae habendae sunt». In forza di questa istruzione non erano ammesse nel foro giudiziale, per condizione appositae, che le cause in cui la condizione era stata espressa nell'atto della celebrazione del matrimonio. Tuttavia l'*Instructio* non entra nel problema sostantivo dell'efficacia oggettiva dei casi in cui la condizione non era stata espressa nello stesso atto del contratto. È ovvio, resta sempre intangibile il principio della insostituibilità del consenso matrimoniale.

In tal senso anche G. Sebastianelli²⁶ († 1916) che, con Pitonio, affermava che la Chiesa poteva riconoscere valore solo a ciò che essa stessa conosceva, e che, se una condizione era stata posta prima della celebrazione del matrimonio e non rinnovata all'atto del consenso, si doveva presumere *iuris et de iure* la revoca della condizione, ricordando anche che, nel diritto civile, il fatto di manifestare la volontà di sottoporre un contratto a condizione non ha effetti, se la condizione non viene confermata al momento della stipula. Ancora di questa opinione è M. De Luca, che scrive che se la condizione è stata posta prima della celebrazione del matrimonio, se ne informi almeno il parroco e i testi perché sappiano che assistono ad un matrimonio condizionato²⁷.

La maggioranza degli autori accetta, però, ormai come valida la condizione posta, e non revocata, anche prima della celebrazione del matrimonio, pur riconoscendo la difficoltà della prova di questo tipo di condizioni. Afferma infatti Tanqueray: «In foro externo si conditio non fuerit explicite deducta in pactum in ipso matrimonii actum, difficile est eius existentia probare»²⁸.

Nel nostro secolo gli autori sono ormai unanimemente d'accordo a riconoscere validità alla condizione virtuale, dottrina che sarà accolta dal Codice del '17.

²⁶ G. SEBASTIANELLI, *Enchiridion iuris canonici*, § 147.

²⁷ M. DE LUCA, *Praelectiones iuris canonici*, lib. 2, tit. 9, n. 129.

²⁸ *Synopsis theologiae moralis*, n. 699.

Le sentenze della S. Romana Rota, nell'anno della sua ricostituzione (1909), richiedevano, invece, per la validità della condizione la *deductio in pactum*; si possono citare la *Cameracensis* del 16 giugno 1909²⁹ e la sentenza *coram* Mori del 24 giugno 1909 in cui si afferma: «cum in contractu matrimonii ea conditionis appositio non fuerit expressa, iure merito praesumitur ab ea recessisse»³⁰. Questo indirizzo viene subito cambiato per allinearsi con quello della dottrina prevalente, tanto che la prima delle sentenze citate viene riformata l'anno successivo³¹ e, ad un ulteriore appello del difensore del vincolo, la Rota risponde definitivamente: «Si probetur conditionem sine qua non, fuisse appositam antecedenter matrimonio. Eamque non fuisse revocatam, matrimonium est nullum»³².

Dopodiché, nella giurisprudenza rotale, non ci sono state più incertezze nel considerare valida la condizione virtuale.

Interessante, infine, sottolineare il chiarimento di De Smet sul senso della formula «in pactum deducta»:

Sensus formulae in pactum deducta est quod conditio afficiat ipsum pactum seu contractum matrimonialem; non significat quod conditio debeat apponi ab utraque parte mutuo pacto in conditionis appositionem conveniente: sufficit ad hoc ut contractus sit conditionatus, quod ab una parte apponatur conditio³³.

La promulgazione del Codice non porta novità, visto che la questione non viene affrontata direttamente, ma si ritiene applicabile per analogia alla condizione quanto disposto nel can. 1086 §2 sulla rilevanza del foro interno in tema di consenso simulato, che cioè sia efficace giuridicamente anche una volontà virtuale. Dopo la promulgazione diviene, quindi, *opinio communis* la piena validità della condizione virtuale. I motivi per cui si accetta la validità della condizione virtuale sono quelli addotti a giustificare in genere la validità della condizione:

– il consenso condizionato non sarà mai vero consenso matrimoniale ove la condizione non dovesse purificarsi;

²⁹ ME 21 (1909) 494; RRD 1, 71.

³⁰ *Coram* Mori, 24 giugno 1909, RRD 1, 106.

³¹ 11 agosto 1910, RRD 2, 300.

³² 23 giugno 1911, RRD 3, 293.

³³ A. DE SMET, *De sponsalibus*, 126, n. 251.

– ignorare una condizione virtuale porterebbe a considerare valido un matrimonio che non lo è, andando contro i principi sia giuridici che morali della Chiesa;

– non si può supporre il consenso dove non c'è; scrive Cappello: «la condizione che vizia in radice il consenso rende appunto per questo irritato ed inesistente il matrimonio stesso»³⁴.

Nella giurisprudenza rotale, una sentenza emessa da una speciale commissione di Cardinali il 2 agosto 1918, la celebre *Versaliensis*, consacra definitivamente come valida una condizione apposta e non revocata prima della celebrazione del matrimonio e stabilisce che non occorre provare il permanere della volontà condizionata³⁵.

Possiamo ancora ricordare, a proposito della prova, quanto si afferma in una sentenza *coram* Jullien del 18 febbraio 1924: «iudicium de appositione conditionis sine qua non colligi debet, non ex quibusdam particularibus verbis aut dictionibus, sed ex integris sermonibus, ex tota serie factorum, attentis circumstantiis praecedentibus, concomitantibus, subsequentibus; nam facta sunt verbis validiora»³⁶.

Per quanto, infine, riguarda la necessità della approvazione da parte di entrambi i coniugi per la validità della condizione, va ricordata la sentenza del Rotale Collegio universo, *coram* Chimenti del 23 novembre 1923³⁷ in cui, facendo riferimento a quanto stabilito dal can. 1086 §2, si deve ritenere una condizione valida «absque ullo pacto cum altera parte, vel etiam sine scientia alterius partis» e, quindi nel caso, nullo il matrimonio.

³⁴ F. CAPPELLO, «Il matrimonio in Italia», 250.

³⁵ «Sed non sufficit quod conditio proprie dicta posita fuerit; requiritur insuper ut non fuerit revocata nec alio modo cessaverit ante nuptias.

In primis dici nequit conditionem fuisse a muliere positive revocatam. Nam haec revocatio est factum et facta non praesumuntur sed probantur» (AAS 10 [1918] 388).

E. Graziani ritiene quest'ultima formula (facta non praesumuntur, sed probantur), diventata di uso comune nelle sentenze rotali, poco convincente. Afferma, infatti: «E non è forse la presunzione un mezzo di prova? I fatti non si presumono arbitrariamente, ma si provano anche attraverso presunzioni, se è proprio della presunzione risalire, per coniecturas, dal fatto certo all'incerto» (*Volontà attuale e volontà preceettiva*, 149, nota 30).

³⁶ RRD 16, 49.

³⁷ RRD 15, 274.

CAPITOLO IV

Le fonti e i lavori preparatori del can. 1092 CIC/17

Quando si comincia a pensare alla codificazione, la tentazione di eliminare la complessa legislazione sulla condizione dal codice è forte. Anzi, le difficoltà pratiche, la poca congruenza con le esigenze del sacramento, l'uniformità con le legislazioni civili¹, sono tutti motivi per spingere il legislatore a stabilire una legge invalidante il matrimonio celebrato sotto condizione.

Dall'altra parte c'è, però, la tradizione giuridica della Chiesa, il principio fondamentale della insostituibilità del consenso matrimoniale, la libertà dei contraenti e l'interesse della Chiesa ad accertare, data l'essenzialità del consenso nel matrimonio, cosa le parti veramente vogliano. «Se una delle parti del patto coniugale ha inteso privare di sostanziale efficacia il proprio esteriore consenso condizionandolo alla sussistenza o meno di un determinato fatto, l'ordinamento non può che prendere atto di ciò, né può presumere (pena una sua intrinseca contraddizione) di tenere in non cale o addirittura di supplire quella mancanza sostanziale di volontà matrimoniale»². Bisognava, inoltre, tenere conto delle conseguenze che avrebbe comportato la scelta di ignorare il matrimonio condizionato nel Codice, lasciando il problema alla coscienza dei coniugi: invece di proteggere il vincolo, si sarebbe finiti per incorrere nel rischio di creare delle incertezze sullo stato delle persone,

¹ Per esempio, il Codice Civile Italiano, art. 95; Codice Civile Austriaco, §59; Codice Civile Tedesco, §1317; il Codice Civile Francese tace, ma la dottrina nega la possibilità di apporre la condizione al matrimonio.

² P. BIANCHI, *Quando il matrimonio è nullo?*, 249.

dare occasione alla convivenza dei coniugi prima del verificarsi della condizione e per ritenere validi nel foro esterno quei matrimoni celebrati sotto una condizione *honestae de futuro* anche prima che si verifichi la condizione: matrimoni sospesi fino alla purificazione della condizione, ma poi assolutamente validi.

L'altra scelta possibile, quella, cioè, di invalidare per legge positiva tutti i matrimoni celebrati sotto condizione, è stata ben presente ai membri della Commissione per i lavori preparatori al Codice. Scrive nel 1932 P. Gasparri³, Segretario della commissione per la redazione del Codice del '17, che la volontà prevalente dei membri della Commissione, compresa quella del Presidente, era nel senso di uniformare la norma canonica alle legislazioni vigenti e dichiarare inapplicabile la condizione al contratto matrimoniale. Il padre Wernz redige, così, il canone relativo alla condizione, tenendo conto di questa volontà comune, e il canone, così formulato, viene approvato all'unanimità. Questo canone, però sparisce e al suo posto compare il can. 1092, effettivamente inserito nel Codice del '17, in cui nulla di nuovo viene detto, ma in cui semplicemente si codifica il diritto delle Decretali di Gregorio IX.

I lavori della Commissione preparatoria del CIC/17 non sono stati accessibili agli studiosi fino al 1985, anno in cui fu aperto il *Fondo dell'Archivio Segreto Vaticano* relativo al periodo della codificazione. Prima di allora erano a disposizione degli studiosi, con note di Gasparri, soltanto gli Schemi dei diversi libri, stampati dalla Tipografia Vaticana ed inviati ai vescovi con la nota «sub secreto Pontificio», segreto che, ovviamente, col tempo lasciò di essere obbligatorio⁴. Grazie a questi

³ «Ex actis praeparatoriis ad Codicem, constat inter Consultores actum fuisse de irritando matrimonio sub qualibet conditione inito iuxta principium in recentioribus legislationibus receptum *actui legitimo conditio apponi non debet*. P. Wernz canonem relativum redegit omnesque Consultores, Praeside non excluso, assensum prae-buerunt; sed postea canon redactus disparuit et loco ipsius rel. Can. 1092 positus fuit, quin hac de re amplius mentio fiat in actis» (P. GASPARRI, *De matrimonio*, 73, n. 878, nota 2).

⁴ Gli schemi nel frontespizio recano in alto fra parentesi l'indicazione «(Schema Codicis Iuris Canonici) (Sub secreto Pontificio)», e poi al centro della pagina il titolo: «Sanctissimi Domini Nostri Pii Papae X Codex Iuris Canonici cum notis Petri Card. Gasparri». Gli schemi del Liber III, *De Rebus*, stampati in questo modo sono

Schemi e alle informazioni del Gasparri nel suo trattato *De matrimonio*, si poteva avere una qualche conoscenza, pur se molto limitata, sull'*iter* del can. 1092⁵. Oggi grazie all'accurato ed esauriente studio di Pablo Gefaell, condotto sull'abbondante materiale raccolto nel *Fondo dell'Archivio Segreto Vaticano*, possiamo valutare quanto fosse complessa la problematica suscitata in seno alla Commissione, riguardante il matrimonio condizionato e la sua codificazione.

Tenuto conto dell'importanza di questo momento storico per il nostro studio, ci avvarremo, quindi, del lavoro di Gefaell e delle fonti in esso

due, uno dell'anno 1913 e l'altro del 1916. Può giovare allo studio dell'*iter* del can. 1092 che stiamo per intraprendere, tener presenti i due Schemi.

Schema dell'anno 1913:

Can. 373, §1. *Matrimonium sub quavis conditione, quamquam de praesenti aut praeterito, in ipsa celebratione matrimonii apposita, valide contrahi nequit.*

§2. *Apposita ante celebrationem nec revocata, conditio, si sit necessaria vel impossibilis vel turpis, praesumptione iuris habeatur pro non adiecta; si sit de futuro licita, valorem matrimonii suspendit; si sit contra substantiam, matrimonium reddit invalidum.*

Schema dell'anno 1916:

Can. 1095: §1. *Matrimonium sub quavis conditione in ipsa consensus manifestatione expresse apposita, valide contrahi nequit.*

§2. *Conditio apposita ante matrimonii celebrationem nec revocata:*

1° *Si sit de futuro necessaria vel impossibilis vel turpis, sed non contra substantiam, pro non adiecta habeatur.*

2° *Si sit de futuro licita, valorem matrimonii suspendit.*

3° *Si sit de futuro contra substantiam, matrimonium reddit invalidum.*

4° *Si sit de praeterito vel de praesenti, matrimonium reddit validum vel non, prout conditio est vera vel falsa.*

Conviene anche tener presente il can. 364 dello Schema del 1913 sull'*error facti*, per il rapporto che esprime con il matrimonio condizionato:

Can. 364, §1. *Error circa personam invalidum reddit matrimonium.*

§2. *Error circa qualitatem personae, etsi det causam contractui, matrimonium irritat tantum:*

1° *Si error qualitatis redundet in errorem personae.*

2° *Si persona libera matrimonium contrahat cum persona quam libera putat, cum contra sit serva, servitute proprie dicta.*

3° *Si consensu datus sit sub conditione qualitatis quae desit (sottolineatura nostra).*

Questo numero 3° non appare nel rispettivo can. 1086 dello Schema del 1916.

⁵ Cfr. S. ZVOLENSKÝ, *Error qualitatis*, 193-194.

pubblicate per la sintesi che presentiamo sui dati più significativi per il nostro studio.

Pablo Gefaell ritiene che le proposte dei membri, che non ebbero ascolto nel canone del '17, trovarono, invece, attuazione, nel canone relativo del CIC/83 e, soprattutto, ottanta anni dopo nel canone del Codice orientale. Proprio per questa particolarità, di essere sottese al canone dell'83 e a quello del codice orientale, è opportuno dare uno sguardo alle proposte della Commissione per il Codice del '17, che non hanno trovato espressione nel canone del '17, ma che sono state fondamentali per la futura discussione in questa materia.

Determinante, nella proposta di abolire totalmente le condizioni dal trattato del matrimonio, secondo Gefaell, è stata la Consulta dell'11 gennaio 1906. Di fronte ai problemi legati all'apponibilità della condizione al matrimonio, si era arrivati ad una soluzione drastica: Gaetano De Lai, membro della Commissione per la formazione del Codice, chiede di esaminare la possibilità di dichiarare *invalidum ab initio* il matrimonio celebrato sotto qualsiasi condizione. Wernz, si dichiara favorevole e nota che la Chiesa certamente può per diritto positivo introdurre nuovi requisiti per la validità del consenso, e quindi dichiarare nullo un matrimonio contratto sotto qualsiasi condizione, ma non supplire il consenso, cioè avere per non apposta la condizione ai fini della validità. Wernz ritiene, però, che dopo aver affermato una proibizione generica si debbano esaminare i diversi casi di condizione, poiché non in tutti i casi il matrimonio sarebbe nullo. Egli ritiene, infatti, ancora valido quanto affermava Pitonio, cioè che per avere efficacia giuridica invalidante la condizione debba essere apposta al momento della celebrazione e nel foro esterno (quando, invece, Pignatelli, come abbiamo visto, nella sua celebre controversia con Pitonio, riteneva sufficiente che la condizione fosse stata apposta prima della celebrazione e non revocata).

Accettando la nota citazione di Wernz riguardo agli atti legittimi, mutuata dal Diritto Romano⁶, il canone sulla condizione (can. 13), nella Consulta parziale del 25 gennaio 1906, viene così formulato:

⁶ Il testo del Digesto afferma: «actus legitimi, qui non recipiunt condicionem, in totum vitiantur per condicionis appositionem», D.50,17,77. Il frammento viene riportato anche nel *Corpus iuris Canonici* (in VI°, *De reg.iur.* 50).

«Matrimonium sub quavis conditione sive de praesenti aut praeterito sive de futuro, etiam licita, valide contrahi nequit»⁷.

Wernz che proponendo la frase sugli atti legittimi, sembrava accettare la inapponibilità di ogni condizione al matrimonio, in realtà vedeva l'assenza delle condizioni come requisito «formale» dell'espressione del consenso, vale a dire voleva eliminare la condizione «in formam deductam»⁸.

Nella Consulta del 5 febbraio seguente, sorgono le prime difficoltà: bisogna tenere fuori dalla portata del canone le condizioni presenti e passate, poiché non sono vere condizioni, sostiene Sebastianelli e, inoltre, conviene aggiungere «sive ante sive in ipsa celebratione apposita» per troncare una volta per tutte la questione tra Pitonio e Pignatelli. Viene accolta solo la seconda proposta e il canone 13 così riformulato diventa il seguente: «Matrimonium sub quavis conditione sive de praesenti aut de praeterito sive de futuro, etiam licita, vel ante celebrationem vel in ipsa celebratione matrimonii apposita, valide contrahi nequit»⁹.

Davanti a questo nuovo testo, Wernz propone di tornare indietro e a proposito di questo can. 13 enuncia alcune difficoltà che bene individuano parte della problematica sulla condizione. Afferma il canonista:

1. – L'esclusione della forma condizionata nel matrimonio è presa dai protestanti e ritenuta nei Codici civili, ma la Chiesa ha considerato per secoli la forma condizionata.

2. – D'altra parte, di fatto attualmente quasi mai, nella Chiesa cattolica, si celebrano matrimoni nei quali la condizione si esprima *in ipsa*

⁷ Schema d'ufficio n.IV: Lib.III, tit.VII, cap.VI De Consensu matrimoniali, in ASV.C, Scatola 55: Verbalia *De Matrimonio* (Lib.III De Rebus), p.481; cfr. P. GEFAELL, «Il matrimonio condizionato», 601. In questa formula proposta da Wernz sembra essere ispirato il can. 83 del M.P. *Crebrae allatae* di Pio XII, 22 febbraio 1949, per le Chiese orientali: «Matrimonium sub conditione contrahi nequit». La specificazione delle diverse classi di condizione che presenta lo schema di Wernz è pleonastica, mentre la mancanza dell'avverbio «invalidè» nel testo orientale ha dato luogo a non poche incertezze. La redazione del c. 826 del CCEO elimina questa fonte di incertezza mettendo l'avverbio «invalidè»: «Matrimonium sub conditione valide celebrari non potest», come vedremo dopo.

⁸ Cfr. P. GEFAELL, «Il matrimonio condizionato», 601.

⁹ Cfr. P. GEFAELL, «Il matrimonio condizionato», 602, nota 71.

celebratione; onde per casi rarissimi si stabilirebbe un nuovo impedimento dirimente.

3. — Ma soprattutto con le parole «vel ante celebrationem» si apre la porta a un'infinità di processi per nullità di matrimonio.

Wernz, perciò, propone il canone così: *matrimonium sub quavis conditione in ipsa celebratione matrimonii apposita valide contrahi nequit*, perché veramente l'apposizione della condizione è sconveniente per la dignità del sacramento. Ma vorrebbe altresì che fosse proposta ai Cardinali una seconda redazione concepita, secondo l'Istruzione Austriaca, nel modo seguente:

Par. 1— Ut consensus sub conditione detur, nonnisi de expressa Episcopi licentia admitti potest. Quam licentiam Episcopus non concedat, nisi ob gravissimas causas et de conditione in ipsa declaratione consensus apponenda per scripturam publicam constet et in libro matrimoniali mentio conditionis appositae fiat.

Par. 2— Conditiones, quae in consensus declaratione haud exprimuntur, pro non adiectis habentur¹⁰.

È chiara qui, come nota Gefaell, l'intenzione di Wernz di considerare rilevanti in ordine alla validità del matrimonio solo le condizioni esternamente apposte nella celebrazione e ritenere le altre come non apposte. Rileva ancora Gefaell, a questo proposito, che lo stesso Wernz, nella Consulta precedente, del 4 gennaio, aveva fatto la proposta di abolire la legge presuntiva sulle condizioni apposte, cioè di presumerele *uti non adiectae*¹¹. Altri consultori si allineano con Wernz: si vuole che le condizioni del foro interno si abbiano come non apposte e con presunzione *iuris et de iure*, cioè, senza possibilità di impugnazione nel foro giudiziario.

Il can. 13 viene così riformulato, con l'aggiunta della proposta di Wernz, e come tale inviato alla Consulta Generale (o Adunanza plenaria della Commissione dei Consultori dove venivano discussi i canoni proposti):

§1. *Matrimonium sub quavis conditione sive de praesenti aut praeterito sive de futuro, etiam licita, in ipsa celebratione matrimonii apposita, valide*

¹⁰ Consulta parziale del 15 marzo 1906, in P. GEFAELL, 603, nota 73.

¹¹ Consulta particolare del 4 gennaio 1906, in P. GEFAELL, 596, nota 49.

contrahi nequit.

§2. Quaelibet conditio ante matrimonii celebrationem apposita pro non adiecta habeatur¹².

Questo canone che teneva conto del principio «Actui legitimo conditio apponi non debet», passa così alla prima Congregazione dei Cardinali del 21 maggio 1906. In questa sede Gasparri rettifica e afferma che la presunzione circa il *pro non adiecta habeatur* debba intendersi come *iuris tantum* e non *iuris et de iure* come proponevano altri. Resta però aperta la problematica relativa alla spiegazione dell'inciso «pro non adiecta habeatur» come *praesumptio iuris*, specialmente nel campo giurisprudenziale.

Il canone ancora ulteriormente ritoccato divenne il can. 373 dello schema del 1913 inviato ai vescovi per le loro osservazioni.

Quelle che tornano sono prevalentemente proteste: per il diverso trattamento delle due fattispecie e per la difficoltà di stabilire, in riferimento al §2, il momento esatto della celebrazione. Chiede il Cardinale Billot: colui che pone la sua condizione quando entra in chiesa, oppure quando è già seduto davanti all'altare o, ancora, quando il parroco sta già richiedendo il consenso degli sposi, deve essere considerato prima o durante la stessa celebrazione «In quo praeciso puncto incipit celebratio? Etc. etc. Melius quidem esset, ut mihi videtur, aut nihil innovare, aut matrimonia sub conditione contracta ex toto abrogare»¹³.

Vagliate le diverse proposte, l'unica approvata e inserita nel canone dello schema del 1914 è quella della provincia *Olomucen*. P. Gasparri redige a mano vicino al canone dello schema precedente il nuovo testo ed è quello che passa nello schema del 1914:

§1. Matrimonium sub quavis conditione in ipsa consensus manifestatione expresse apposita, valide contrahi nequit.

§2. Conditio apposita ante matrimonii celebrationem nec revocata:

1° Si sit de futuro necessaria vel impossibilis vel turpis, sed non contra substantiam, pro non adiecta habeatur;

¹² Schema finale inviato alla Consulta Generale: Lib.III, tit. VII, cap. VI *De consensu matrimoniali*, in ASV.C. Scatola 55: Verballi *De Matrimonio* (Lib. III De Rebus), p.581.

¹³ Riassunto delle osservazioni dei Vescovi e Superiori Regolari al Libro III del Codice. ASV.C. Scatola 60, p.160.

- 2° Si sit de futuro licita, valorem matrimonii suspendit;
- 3° Si sit de futuro contra substantiam matrimonium reddit invalidum;
- 4° Si sit de praeterito vel de praesenti, matrimonium valet vel non prout conditio vera est vel falsa¹⁴.

Il medesimo testo si ritrova nello schema del 1916.

Tra questo testo e quello definitivo del can. 1092 del Codice del '17 c'è un ribaltamento di posizioni totale. Sparisce il paragrafo primo che prescrive l'invalidità di un matrimonio espressamente condizionato al momento della celebrazione; sparisce anche il riferimento, nel secondo paragrafo, al fatto che la condizione sia posta e non revocata prima della celebrazione.

Pare che grande influenza sul fatto abbia avuto un lungo voto di venti cartelle, inviato l'8 dicembre 1916 da un sacerdote di nome G. Palica. In questo voto il sacerdote sosteneva che l'apposizione della condizione al momento della celebrazione era cosa assai rara e con una sanzione espressa di invalidità sarebbe stata ancora più rara: chi avrebbe, infatti condizionato il consenso matrimoniale sapendo di celebrare un matrimonio *ipso facto* nullo? Rimanevano, quindi, i problemi di sempre riguardo alla predominante fattispecie di condizione *mente retenta*. Proponeva, allora, il sacerdote, di considerare tale condizione come non apposta con presunzione *iuris et de iure*. Si opponeva, da solo, che questa soluzione sarebbe stata contro il principio che il consenso dei coniugi non può essere mai supplito, principio che, quindi, comporterebbe una presunzione *iuris tantum*. Si autoreplica, allora, che, se prima si ammetteva il matrimonio condizionato era perché esisteva il correttivo del matrimonio presunto che eliminava, quantomeno, il rischio di immoralità per i coniugi. Ricorda che dei tre casi previsti dalla Chiesa per il matrimonio presunto, due in particolare sono da tenere presenti, che, cioè, la Chiesa presumeva *iuris et de iure* che l'unione sessuale dopo gli sponsali o dopo un matrimonio condizionato fosse fatta con affetto maritale. L'abolizione del matrimonio presunto era avvenuta indirettamente dopo il decreto *Tametsi* del Concilio di Trento e poi, formalmente, dopo il decreto *Consensus mutuus* di Leone XIII del 15 febbraio 1892. Ora, afferma il sacerdote, si può ammettere, per un estremo rispetto della

¹⁴ Schema codicis iuris canonici. Liber tertius. ASV.C. Scatola 87. P.151. Questo schema aggiunge in calce anche le fonti.

libertà individuale il matrimonio condizionato *de praesenti* o *de futuro*, solo se è possibile applicare a un matrimonio così celebrato il correttivo del matrimonio presunto,

Ma una volta abolito quest'ultimo, si doveva intendere virtualmente abolito anche il matrimonio condizionato, che solo in grazia di quel correttivo poteva sostenersi come in qualche modo morale. [...] Che se in casi particolari ciò avvenisse e la volontà di un contraente o di entrambi fosse veramente legata alla condizione che non si verifica, il conflitto erompente tra foro interno e foro esterno potrebbe e dovrebbe facilmente comporsi, ingiungendo a costoro di emettere coram Deo e segretamente quel consenso assoluto a cui sono obbligati, e se non lo fanno *sibi imputent*¹⁵

Conclude, quindi, proponendo di cancellare il §1 e di inserire la riferita presunzione *iuris et de iure* in riferimento alla non apposizione di qualunque condizione al matrimonio.

Questa seconda proposta non venne accettata, ma la lunga requisitoria contro il paragrafo primo convinse probabilmente i membri della commissione a cancellarlo. Si torna alla tradizione canonica e ci si allontana totalmente dal canone rivoluzionario che avrebbe dichiarato nulli i matrimoni celebrati sotto qualsiasi condizione.

Fa notare Gefaell¹⁶ che, nel manuale di Wernz – Vidal, dopo trent'anni dalla pubblicazione del Codice, si legge: «At conditiones occultae appositae et in foro externo non probatae in hoc foro nulla habenda est ratio»¹⁷, indicando, in tal modo, ancora i criteri del paragrafo soppresso ed eliminato dal canone definitivo.

¹⁵ Osservazioni al can. 1095 del sac. G. Palica (Roma, 8 dicembre 1916) in ASV.C. Scatola 56, busta n.III Sezione particolare (CIC 1905 [sic!]), Voti dei consultori manoscritti.

¹⁶ Cfr. P. GEFAELL, «Il matrimonio condizionato», 614.

¹⁷ È interessante riportare il periodo completo: «Nilul autem refert quoad effectum iuridicum, utrum conditio apposita fuerit in actu celebrationis an antea nec revocata; utrum in pactum deducta, vel non. At conditionis occultae appositae et in foro externo non probatae in hoc foro nulla habenda est ratio. Qui vero inscia altera parte conditioni suum consensum alligat, graviter peccat cum insigniter compartem decipiat, quae et putat et vult statim contahere verum validumque matrimonium ab ipso celebrationis momento» (F.X. WERNZ – P. VIDAL, *Ius canonicum*, V, 604, n. 514).

CAPITOLO V

I Codici

1. CIC 1917 (can. 1092)

Il can. 1092 del Codice del 1917 recita:

Conditio semel apposita et non revocata:

1° Si sit de futuro necessaria vel impossibilis vel turpis, sed non contra matrimonii substantiam, pro non adiecta habeatur;

2° Si de futuro contra matrimonii substantiam, illud reddit invalidum;

3° Si de futuro licita, valorem matrimonii suspendit;

4° Si de praeterito, vel de praesenti, matrimonium erit validum vel non, prout id quod conditioni subest, existit vel non.

Nella premessa del canone viene codificata la posizione, già peraltro acquisita da dottrina e giurisprudenza, come si è detto, che considera rilevante la condizione «virtuale», cioè quella posta prima della celebrazione del matrimonio e non revocata; dal punto di vista probatorio si presume, quindi, che una condizione, una volta posta, perseveri nel tempo, a meno che sopravvenga una volontà contraria, come ampiamente si vedrà più oltre¹.

¹ «Cum celebratio matrimonii sub conditione differat a modo Ritualis et haud pauca dubia et pericula ex ea evenire possint, nunc quoque consultum videtur petere licentiam ab Ordinario, et in ipso actu celebrationis matrimonii conditionem consensui apponere, vel si iam prius fuerit apposita, manifestare paracho et testibus. Nihilominus conditiones etiam secreto adiectae, saltem virtuales et non revocatae eundem

Nel numero 1° il legislatore prevede, nell'ambito della *condicio de futuro*, i casi in cui una condizione sia «necessaria» (ti sposo se domani sorge il sole)² oppure «impossibile», quando l'evento da cui si fa dipendere l'esistenza del matrimonio è, fisicamente o giuridicamente, impossibile che si verifichi, per cui si hanno condizioni «impossibili di diritto», quando ad esse si oppone una norma positiva (ti sposo se mi dai una cosa che non ti appartiene), «impossibili di fatto», in riferimento, cioè, alla persona determinata (ti sposo se mi dai un regno), «impossibili per natura», quando ad esse si oppone una legge fisica (ti sposo se tocchi una stella con un dito). Assimilato alle condizioni «impossibili», viene previsto nel numero 1° anche il caso delle condizioni «turpi», quelle, cioè, in cui l'evento dedotto, è illecito, perché contrario alle leggi positive o naturali (ti sposo se commetti un crimine), poiché «*id possumus quod iure possumus*»³.

effectum iuridicum habent, in foro interno semper, in foro externo si probari possunt» (S. SIPOS, *Enchiridion Iuris Canonici*, 589, n.133).

² «Sane "qui sub conditione stipulatur, quae omnino extitura est, pure videtur stipulari", 1.9, 2, Dig. *De novationibus et delegationibus*, XLVI, 2. Hinc haec conditio vitatur, ut aiunt, et non vitiat contractum» (P. GASPARRI, *De Matrimonio*, 75, n.881). Commenta J. De Lugo: «Quod quidem verum est regulariter: nam secundum se non repugnat quod illa conditio ex intentione contrahentium suspensiva sit, nec velint obligare se ad aliquid, donec conditio reipsa ponatur, ut fatetur etiam Turrianus disp. LV, dub. 9, n.6: quod facilius praesumitur quando contrahentes ignorabant conditionem esse necessariam; tunc enim praesumuntur illam eodem modo ponere sicut alias futuras contingentes» (*De iust. et iur.*, disp.22, n.336).

³ «In iure turpis conditio aequiparetur impossibili, quia id possumus, quod iure possumus, uti romano iure edicatur» (P. GASPARRI, *De Matrimonio*, 78, n.888).

Anche nel caso delle condizioni impossibili e turpi sono previsti, da alcuni autori, dei casi in cui più probabilmente si sfugge alla *praesumptio iuris* prevista dal canone, ma il fatto viene contestato da Wernz - Vidal: «Si complures doctores [cita Sánchez, Schmalzgrueber, Rosset] *duos casus* ab illa generali iuris praesumptione excipiunt scilicet, si uterque vel unus ex contrahentibus per errorem putavit conditionem de se impossibilem vel turpem esse possibilem vel honestam, aut si partes contrahentes ignorant ius (hoc. Can. 1092) constitutum, neutra limitatio sive exceptio videtur esse satis fundata. Nam ius loquitur universaliter nec commemorat distinctionem inter impossibilitatem et turpitudinem cognitam vel incognitam» (*Ius canonicum*, V, 603, n.517).

In tutti questi casi la condizione si deve considerare come non apposta: si presume che i contraenti vogliano seriamente celebrare il matrimonio e che abbiano aggiunto una tale condizione solo per gioco⁴.

A questa posizione del legislatore si contestava di aver supplito in tal modo al consenso, in contraddizione col principio cardine dell'ordinamento matrimoniale canonico della causalità unica del consenso personale dei contraenti, nella costituzione del matrimonio. Tuttavia ciò sarebbe vero se il legislatore affermasse la validità del matrimonio contratto con tale condizione. Nessuna, invero, delle interpretazioni della frase «pro non adiecta habeatur» suppone una tale dottrina. In sintesi le interpretazioni degli autori possono ridursi a tre:

a) come una *fictio iuris*, che, in pratica coincide, quanto agli effetti, con la seguente⁵;

b) come una presunzione *iuris et de iure* contro cui è possibile solo una prova indiretta;

c) come una presunzione semplice che deve cedere sempre di fronte alla verità provata sia direttamente che indirettamente, e che mai, comunque, vizia il consenso⁶. Quest'ultima è la posizione della maggior

⁴ «Quae praesumptio Ecclesiae cessat, si sponsi vel saltem unus ex eis in matrimonii celebratione attentis omnibus circumstantiis serio et ex animo impossibilem vel turpem circumstantiam apponant ut conditionem *sine qua non*, sive in signum infirmioris dissensus vel displicentiae matrimonii, quasi quis diceret quam parum haec conditio est possibilis, tam parum volo contrahere matrimonium cum hac persona v.g. cum paupere puella, nisi mihi afferat dotem centum millium aureorum. Qua in hypothesi cum frequenter *conditio* non videatur esse ioci causa apposita, sed potius *totus contractus matrimonialis* habeatur simulatus vel *nugatorius*, matrimonium ob defectum consensus est invalidum» (F.X. WERNZ - P. VIDAL, *Ius canonicum*, V, 603, n.517).

⁵ S. Sipos, dopo aver chiarito che la condizione prevista nel 1° numero del canone non sospende il consenso, poiché non vitia sed vitatur, e che per presunzione *iuris tantum* si considera non apposta, riferisce di un autore che, al contrario considera la formula una *fictio iuris* che non ammette prova contraria: «Triebs (§63. Nr.11.) docet, conditiones dictas pro non adiectis habendas esse non ex praesumptione iuris, sed ex fictione iuris, ideo non esse permissam probationem contrarii» (*Enchiridion*, 589, n.133).

⁶ Cfr. ad esempio F. Cappello. Afferma l'Autore: «Quidam, ex. gr. De Smet, putant huiusmodi praesumptionem esse iuris et de iure. Hac opinio est erronea [...]» (*De matrimonio*, 561-562, n. 629). Da notare, che Cappello, cita la 3° edizione di De Smet. Nella quarta edizione però — la seconda dopo il CIC, dell'anno 1927 —

parte dei canonisti e della giurisprudenza della Rota Romana, una volta superate alcune posizioni dottrinali e giurisprudenziali del passato che, come abbiamo visto, tendevano al rigore nell'ammettere le cause di nullità per questo capitolo.

Nel numero 2° il legislatore, sempre nell'ambito delle condizioni *de futuro*, considera le condizioni *contra matrimonii substantiam*. Per «sostanza» del matrimonio, come suggerisce P. Bianchi, deve intendersi «quel complesso di valori, giuridicamente rilevanti e protetti, che corrispondono a quello che — secondo il linguaggio classico — rappresenta l'essenza, le finalità istituzionali e le proprietà essenziali dell'istituto matrimoniale»⁷, quindi un insieme composto, in cui si trova: la

difende inequivocabilmente l'altra sentenza: «Est autem praesumptio, non quidem iuris et de iure, sed praesumptio iuris tantum. Praesumptio, proinde cedit veritati, etiam in foro externo (supposita probatione) [...]» (A. DE SMET, *De sponsalibus*, 129, n. 154). Cfr. anche: P. GASPARRI, *De matrimonio*, II, 78, n. 888; T.M. VLAMING – L. BENDER, *Praelectiones iuris matrimonialis*, 400-401; G. PAYEN, *De matrimonio*, III, 274, n.1730; C. REGATILLO, *Ius sacramentarium*, 304, n. 1358; L. MIGUELEZ, *El matrimonio*, 644, n.489; M. CONTE A CORONATA, *De matrimonio*, 689-696, n. 604-610.

Diversamente: «Sánchez [...] quem sequitur Schmalzgrueber [...] alique, docet illam iuris praesumptionem locum non habere, ideoque matrimonium sub ea conditione, ad instar aliorum contractuum, habendum esse nullum, nisi validum probetur, si una pars ignorabat ius constitutum in casu. Id reprehendit De Lugo [...]; sed salva principis moralistarum auctoritate, aliquo sensu verum esse videtur. Nam si contrahentes sub illa conditione sciebat iure canonico matrimonium censi validum et illam conditionem haberi pro non adiecta, multo magis praesumitur eam ioco addidisse, et consensum matrimoniale serio expressisse» (P. GASPARRI, *De Matrimonio*, 77, n.878).

⁷ P. BIANCHI, *Quando il matrimonio è nullo?*, 253.

Questo numero del canone prende evidentemente le mosse dagli esempi fatti nella decretale di Gregorio IX, anche se l'elenco è solo indicativo e non tassativo. Scrive Wernz – Vidal: «Si conditio de futuro contra substantiam matrimonii [...] contractui matrimoniali saltem ab uno e contrahentibus ita apponatur, ut deducantur in *pactum* tanquam pars constitutiva contractus, v.g. *contraho tecum*, si *generationem evites*, vel *donec inveniam aliam honore vel facultatibus digniorem*, aut si pro *quaestu adulterandam te tradas*, matrimonialis contractus quantumque sit *favorabilis*, caret effectu ipsoque iure naturali et divinus est nullus et irritus. Nam consensus voluntatis, qui continet manifestam contradictionem circa obiectum substantiale contractus matrimonialis, non est consensus validus» (*Ius canonicum*, V, 611, n.518). Ed ancora P. Gasparri: «Iam vero certum est hanc conditionem irritare matrimonium ex rel.

«comunità di tutta una vita», fra un uomo e una donna, il cui momento costitutivo, se battezzati, è stato elevato a sacramento, ordinata ai fini della procreazione ed educazione della prole e al perfezionamento dei coniugi, legati da un vincolo indissolubile che trova particolare espressione nel dovere della fedeltà coniugale.

Individuata in questo complesso di valori la sostanza del matrimonio, il canone stabilisce che qualsiasi condizione, contraria ad uno soltanto di essi, rende nullo il matrimonio, in quanto una volontà siffatta sarebbe contraria al progetto di matrimonio come figurato nell'ordinamento canonico e contraddittoria con un autentico consenso coniugale⁸. Ovviamente, ciascun elemento descritto come costituente la «*substantia matrimonii*» richiede un accuratissimo lavoro di precisione, lavoro che hanno effettuato la dottrina e la giurisprudenza lungo i secoli⁹.

Nel numero 3° il legislatore prende in considerazione la *condicio de futuro licita* affermando che questa sospende il matrimonio. La portata del termine si può dedurre per esclusione, ritenendo «*licita*» una condizione non necessaria, impossibile, turpe o contro la sostanza del matrimonio. È questo numero il cuore del canone sulla condizione e la sua portata è ampissima e carica di significato. È il segno della tradizione

Can. 1092 n.2 et ex cit. c. ult., quia conditio externe appositae manifeste indicat mentalem conditionem, quae consensum matrimonialem excludit (can. 1081 §2). Immo matrimonium hac conditione redditur in utroque foro nullum» (*De Matrimonio*, 79, n.892).

⁸ Sulle motivazioni leggiamo anche in G. Duns Scoto (XIII sec.): «Ratio quae isti contractus non sunt matrimoniales est quia non tenent nisi sub illa conditione, quae repugnat contractui matrimoniali: immo nullus contractus est, quia istud non potest dare se contra praeceptum superioris. Prohibitio autem superioris est de translatione sub istis conditionibus, quia praecipit translationem quae debet ferri, sub conditionibus oppositis fieri. Unde quicumque attentaverit non solum peccat mortaliter, sed obligantur ad recedendum ab omni usu mutuo virtute talis contractus» (*Quaestiones in libri IV sententiarum*, lib. 4, dist.31, quaest. unica, schol.2, n.9). Scrive F.Santi: «Iamvero quando contractui matrimonii adiicitur conditio contra substantiam eius, contractus non existit, nam non existit voluntas contrahendi. Qui enim vult aliquid contra substantiam contractus, non vult contrahere: censetur enim in mente habere objectum toto coelo diversum ab eo circa quod consensus, ac proinde matrimonium non valet» (*Praelectiones iuris canonici*, 196).

⁹ Sulla difficoltà di considerare questa figura come «condizione», cfr. T.M. VLAMING – L. BENDER, *Praelectiones iuris matrimonii*, 391-392; 196-200.

della Chiesa, dell'estrema attenzione attribuita dall'ordinamento canonico al consenso matrimoniale: nel caso di consenso condizionato (con condizione lecita *de futuro*), il consenso è valido, ma «pur manifestato, è tuttavia volontariamente inefficace»¹⁰, il matrimonio non si costituisce finchè l'evento dedotto nella condizione non si sia verificato¹¹.

La pregnanza del canone dal punto di vista giuridico riguardo alla certezza dei rapporti, e dal punto di vista morale riguardo alla legittima possibilità di consumare o meno il matrimonio¹², è quella che ha solle-

¹⁰ P. BIANCHI, *Quando il matrimonio è nullo?*, 254.

¹¹ Nella nota 13 nel testo di Wernz – Vidal si trovano riassunte le posizioni degli autori sull'oggetto della condizione e si conclude che le differenze terminologiche si possono conciliare ove si distingua un consenso *naturalmente sufficiente* da un consenso *giuridicamente efficace*: «Quodsi idem auctor [Freisen] iterum iterumque monet non existere *matrimonia conditionata* (quoad vinculum), sed *conditionatam matrimoniorum celebrationem*, distinctionem scite urget, quam ante tria fere saecula Sánchez, l. V, disp. 1, n.5, his verbis planis et indubiis enuntiat: “*Matrimonium ipsum conditionem non recipit, bene tamen eius consensus. Hoc est consensus praestitus ad matrimonium potest ex conditione pendere, at matrimonium ipsum minime. Quia quamdiu conditio pendet, matrimonium (quoad vinculum) non est*”. Imo ipse S. Thomas, l.c. ante sex circiter saecula eodem modo loquitur. Cfr. quoque Instr. Card. R. §51; Schnitzer, p.315, not.3; Reiffenstuel, h.t.n.15, docet: “*Contractus conditionatus nec valet nec obligat, cum Pichler, h.t.n.3, teneat: Matrimonium sub conditione honesta, extrinseca, de futuro contingente [...] valet quidem, sed ante eventum conditionis non absolute*”. Quae diversitas terminologiae videtur posse conciliari, si quis distinguat consensum *verum* et *revocabilem* a consensu *efficaci* et *irrevocabili*. Profecto consensus conditionatus est consensus *verus*, sed nondum *irrevocabilis* et *efficax* ad producendum effectum *principalem* i.e. *vinculum* matrimonii ante verificatum eventum; at inde non sequitur, quod ab initio careat *omni efficacia*; etenim illico producit saltem *veram*, non *quasi obligationem expectandi* eventum. Cfr. Pichler, l.c.n.5, ad 3; Gasparri, n.988; Leitner, p.131» (*Ius canonicum*, V, 602).

¹² Parlando della condizione *de futuro licita*, P. Gasparri scrive: «In casu appositae suspensivae conditionis matrimonium non est nullum, sed eius valor in suspenso est (rel. Can. 1092 n.3°), sicuti in suspenso est matrimonialis consensus, illi conditioni alligatus. Hinc peccant qui tale conditionatum matrimonium contrahunt et, illo contracto, cum non sint adhuc veri coniuges, omnes actus coniugale liciti solutisque prohibiti, ipsis vetantur et praesertim copula: et haec est ratio potissima ob quam tale conditionatum matrimonium permitti ordinarie non debet. Multo gravius peccat qui, inscia altera parte, conditioni suum consensum alligat, quia ipsam decipit, quae et putat et vult statim contrahere verum validumque matrimonium ab ipso celebrationis momento» (*De Matrimonio*, II, 92, n.915).

vato fin dagli inizi la diffidenza verso la condizione e l'opposizione di chi voleva eliminarla dal trattato del matrimonio, come abbiamo potuto constatare nei capitoli precedenti.

In più fra le condizioni lecite *de futuro* erano comprese quelle cosiddette «potestative», quelle, cioè, in cui la circostanza dedotta nella condizione dipende dalla volontà di una delle parti (ti sposo se smetti di fare la ballerina). In questo tipo di condizione la situazione di incertezza era ancora più accentuata e, in teoria, il matrimonio si sarebbe dovuto sospendere per tutta la vita dei coniugi, dato che in ogni momento, anche dopo moltissimi anni, in età avanzata, secondo l'esempio fatto, la sposa sarebbe potuta tornare a danzare pubblicamente. Per la soluzione di questa fattispecie, la dottrina e la giurisprudenza ricorrono ad una specie di *fictio iuris*, per cui, nel caso delle condizioni potestative *de futuro*, per sapere se una condizione è stata purificata, si sposta l'attenzione dall'effettivo comportamento della persona dopo il matrimonio alla sincerità di questa al momento della celebrazione del matrimonio, trasformando così una condizione *de futuro* in una condizione *de praesenti*, per cui già dalla celebrazione del matrimonio si può sapere se è stata purificata o meno. Nell'esempio utilizzato si sarebbe guardato unicamente alla sincerità con cui la sposa prometteva di non danzare più in pubblico.

Rimaneva, in questa fattispecie, la possibilità che la volontà, pur sincera al momento del matrimonio, cambiasse, poi, direzione e, nel nostro caso, la sposa tornasse alla danza. In questa situazione la giurisprudenza, consapevole che la soluzione offerta era meramente «artificiale», consentiva a chi aveva posto la condizione di provare in giudizio di aver subordinato il matrimonio effettivamente ad un determinato comportamento e non solamente alla sincerità al momento dello scambio del consenso matrimoniale.

Nel numero 4° il legislatore affronta il problema delle condizioni *de praeterito* e *de praesenti*. Tali condizioni sono dette «improprie» perché non c'è il dubbio oggettivo che accompagna le condizioni, la situazione di incertezza, fosse anche procurata dal dubbio patologico («folie du doute») di cui parla Stankiewicz in una sentenza del 30 gennaio 1992¹³. In questo tipo di condizioni l'incertezza è, invece, meramente sogget-

¹³ *Coram* Stankiewicz, 30 gennaio 1992, *RRD* 84, 16, n. 11.

tiva, propria cioè del soggetto che pone la condizione che non sa se l'evento sia avvenuto o meno. In tali casi il matrimonio è immediatamente valido o meno a seconda che l'evento ci sia stato o meno: si tratta solo di accertarne l'esistenza. Il matrimonio non è sospeso come nel caso delle condizioni proprie; c'è però, anche qui, un momento più o meno lungo, che è quello che serve ad avere la conoscenza certa del fatto, in cui esiste l'incertezza e quindi anche la possibilità di abusare di un matrimonio che non si sa ancora essere valido o meno. Quando una condizione di questo tipo viene apposta al consenso matrimoniale occorre, perché sia riconosciuta nel foro di accusa, la prova che si tratti di una vera condizione, posta e non revocata, e non solamente quello che più facilmente può apparire, e cioè un *error qualitatis dans causam contractui*, che non vizia il consenso¹⁴.

In questi due ultimi numeri il legislatore del '17 ha, dunque, codificato la tradizione della Chiesa. Lo stesso Gasparri scriveva che sebbene il matrimonio, per riverenza al sacramento e per il pericolo di numerosi inconvenienti, debba contrarsi «pure et simpliciter», «homo potest in matrimonium consentire vel pure ac simpliciter, vel nonnisi sub tali condizione, vel tandem addito modo, causa, demonstratione»¹⁵. Leggiamo in una sentenza *coram* Lefebvre che «ipsum naturale ius videtur admittere hanc facultatem apponendi condicionem cuilibet contractui»¹⁶ e quindi anche al contratto matrimoniale.

¹⁴ «Causae nullitatis matrimonii huius generis saepius naufragium faciunt ex defectu requisitae probationis in foro externo» (P. GASPARRI, *De matrimonio*, II, 97, 921). E. Graziani dopo aver sottolineato quanto importante sia l'elemento personale (*l'intuitus personae*) nel matrimonio, afferma: «E prova di questa fondamentale importanza dell'aspetto contrattuale del matrimonio è il principio della rilevanza della condizione impropria de praesenti-praeterito, per cui vien riconosciuta al singolo la facoltà di determinare, nel contratto, la persona della comparte mediante la rilevazione d'una qualità in essa pretesa» (*Volontà attuale e volontà precettiva*, 23).

¹⁵ P. GASPARRI, *De matrimonio*, II, 73, n.878.

¹⁶ *Coram* Lefebvre, 9 maggio 1970, RRD 62, 483, n.2.

2. CIC 1983 (can. 1102)

Il legislatore dell'83 opera una vera rivoluzione in materia di condizione: rompe con la tradizione e, per la prima volta, sancisce la nullità del matrimonio costituito da un consenso condizionato. Non si guarda più agli effetti della condizione sul consenso matrimoniale e si stabilisce per diritto positivo che la condizione «propria», qualunque essa sia e indipendentemente dalla sua purificazione, determina *ipso iure* la inefficacia del consenso a cui è apposta. La scelta è coraggiosa: il legislatore positivamente decide di privilegiare il bene comune, la sicurezza dei rapporti matrimoniali e di togliere alla condizione la possibilità di influenzare il consenso sospendendo il matrimonio da esso generato¹⁷.

Valgono qui gli argomenti che avevano guidato i lavori della Commissione per la Revisione del Codice: la dignità di sacramento che ha il patto coniugale, l'esigenza di moralità invocata da Gasparri¹⁸, che consiglierebbe, per non esporsi al rischio di fornicazione, piuttosto di posticipare la data del matrimonio, l'esigenza di uniformarsi alle legislazioni vigenti che ritenevano le condizioni apposte al matrimonio come «non apposte», con presunzione *iuris et de iure*.

A queste ragioni, si può aggiungere che il recente Concilio Vaticano II, mettendo l'accento sulla personale donazione dei coniugi nel matrimonio, sottolinea l'esigenza di una totale sincerità e incondizionabilità della donazione che si realizza nel patto coniugale. Apporre una condizione al consenso matrimoniale rende la donazione meno «pura».

¹⁷ Scriveva nel 1956 E. Graziani: «Indubbiamente (come si è rilevato a proposito dell'*error condicionis servilis*) è potestà della Chiesa stabilire *iusta de causa* quale consenso sia sufficiente per la validità del matrimonio. Pertanto il diritto positivo potrebbe dichiarare invalido il consenso condizionato. Ma in tal caso si ricadrebbe (come appunto nell'*error condicionis servilis* e nel *metus*) nel concetto di vizio e non già di difetto di consenso» (*Volontà attuale e volontà precettiva*, 156).

¹⁸ Consulta parziale dell'11 gennaio 1906, in ASV.C, Scatola 55: Verbalì *De Matrimonio* (Lib.III De Rebus), p. 381. P. Gasparri invocando la moralità come ragione per non accettare le condizioni *de futuro*, scrive: «Mons. Presidente aggiunge che la nullità del matrimonio anche nel caso di condizione *de futuro* contingenti lecita è voluta anche dalla moralità. Se i contraenti sospendono il loro consenso matrimoniale, subordinandolo al verificarsi di una determinata condizione, ritardino invece la celebrazione del matrimonio».

Va ricordato che, come abbiamo visto nel capitolo precedente, il materiale dell'Archivio Segreto Vaticano riguardante il Codice del '17, è stato accessibile solo a partire dal 1985. La Commissione per la Revisione del Codice non poteva, perciò, conoscere la lunga e profonda discussione sul matrimonio condizionato che ebbe luogo fra i Consultori per la formulazione del can. 1092. Le motivazioni per il cambiamento profondo operato nel canone attuale rispetto al precedente non potevano, quindi, essere formalmente ispirate, poiché non conosciute, a quelle che avevano indotto la Commissione del Codice del '17 a dare mandato al P. Wernz di redigere un canone ispirato agli stessi principi accolti nell'attuale can. 1102. Ricordiamo la testimonianza, al riguardo, di Gasparri: «omnes Consultores, Praeside non excluso, assensum praebuerunt» allo schema preparato dal Wernz, «sed postea canon redactus disparuit et loco ipsius rel. Can. 1092 positus fuit, quin hac de re amplius mentio fiat in actis»¹⁹.

Riguardo ai lavori della Commissione di Revisione, oggi già in parte pubblicati, possiamo dire che la discussione sul nostro canone finisce con il primo schema sul *De Matrimonio*, inviato ai Vescovi nel 1975, ma pubblicato nel testo latino e nella traduzione italiana da *Il Regno* già nell'aprile del 1974²⁰. Il canone di quello Schema (can. 67), infatti, è stato promulgato nell'attuale can. 1102, senza subire il minimo cambiamento. Soltanto ha cambiato la sua collocazione. Dal penultimo posto del capitolo *De consensu* che occupa in questo schema, come nel

¹⁹ P. GASPARRI, *De Matrimonio*, II, 73, n. 877, nota 2.

²⁰ *Il Regno*, 19, Doc., 1 apr. 1974, 192-303. Lo stesso Schema fu pubblicato in *Periodica* da P. Navarrete con un commentario che ebbe notevole influsso nei successivi schemi sul matrimonio. Riguardo al nostro tema scrive: «Matrimonium conditionatum (c. 1092; c. 67) manet, secus ac accidit in Codice Orientali. At non admittitur nisi in casu n. 4 canonis 1092, nempe in casu sic dictae conditionis de praesenti vel de praeterito. Expresse statuitur matrimonium sub conditione de futuro valide contrahi non posse. Ideo in futuro fieri non poterit ut valor matrimonii suspendatur usque dum purificetur conditio. Haec possibilitas iure positivo Ecclesiae eliminatur. Ceterum cum norma statuatur de conditione de futuro in genere, haec comprehendit etiam casus indicatos in § 1 canonis 1092, scilicet de conditione de futuro necessaria, vel impossibili vel turpi. Ut par est suppressa est mentio conditionis de futuro contra matrimonii substantiam, quia eius influxus in consensum non est proprius conditionis, sed exclusionis elementi essentialis» (U. NAVARRETE, «Schema iuris recogniti», 641-650).

CIC/17, è stato messo, nello Schema del 1980, più logicamente, subito dopo il canone sulla simulazione (can. 1101) e prima del canone sul *metus* (can. 1103).

Sull'elaborazione del nuovo canone ci informa il Relatore del *Coetus laboris*, P. Peter Huizing, in una densa sintesi pubblicata nel 1971 in *Communicationes*²¹. Innanzi tutto, il Relatore afferma che il *Coetus laboris* ha prestato un'attenzione particolare alla questione del matrimonio condizionato: «*Ardua quaestio de matrimonio sub condicione contracto diu fuit discussa*». Poi informa del risultato della discussione sull'opportunità o meno di stabilire un principio generale secondo cui non sia ammissibile il matrimonio condizionato, sia in generale che riguardo alle singole specie di condizione. Quanto al principio generale si dice: «*Non videbatur sufficienter clarum statuere matrimonium sub condicione contrahi non posse: etenim tunc non constat utrum de sola licitate sermo sit an insuper de validitate consensus*».

Il problema più delicato riguarda, in particolare, la condizione *de futuro*:

Cum inconvenientia matrimonii sub condicione initi praesertim obtineat si condicio de futuro consensui apposita fuerit, admissum fuit principium matrimonium scilicet sub condicione de futuro valide contrahi non posse. Principium ex ipsa natura rei valet de condicionibus de futuro contra substantiam matrimonii; iure autem positivo invaliditas statui potest etiam si condicio de futuro licita consensui apposita fuerit.

Diverso è il parere del *Coetus* riguardo all'opportunità di rispettare la struttura naturale della condizione *de praesenti* o *de praeterito*:

E contra opportunum visum non fuit condicionibus omnibus de praesenti vel de praeterito vim irritantem tribuere, unde servandum esse proponitur principium iuris vigentis, vi cuius matrimonium sub condicione de praeterito vel de praesenti initum validum erit vel non, prout id quod condicione subest, existit vel non.

Si indica pure il motivo del §3 sulla necessità della licenza dell'Ordinario:

²¹ *Communicationes*, 3 (1971) 77-78.

Apposita tamen clausola ad vitandas, quantum fieri possit, condiciones minus convenientes, scilicet huiusmodi condiciones de praeterito vel de praesenti consensui apponi licite non posse, nisi cum licentia Ordinarii loci scripto data.

Infine, si indica il motivo della soppressione dell'ipotesi riguardante le condizioni *contra substantiam matrimonii*:

Can. 1092, n. 2, quo invalida declarantur matrimonia inita sub condicione de futuro contra substantiam matrimonii, suppressendus videbatur, cum hic non agitur de condicionibus veri nominis, sed de actu positivo voluntatis quo elementum essenziale matrimonii excluditur, de hoc tamen actu cavetur in can. 1086, 2 [cioè nel can. 1101 § 2 attuale].

Nello Schema del 1980 «Patribus Commissionis reservatum»²², cioè lo Schema preparato dalla Segreteria della Commissione, in base alle osservazioni pervenute da parte degli Organi di Consultazione per la Plenaria da tenersi nell'ottobre del 1981, il canone in studio (can. 1056 dello Schema) appare immutato. Il fatto di non aver subito cambiamenti sta a significare che è stato accettato dagli Organi di Consultazione senza riserve. Per quanto concerne invece le osservazioni pervenute alla Segreteria da parte dei membri della Plenaria, riguardante questo Schema del 1980, ce n'è solo una, fatta dal Card. Perecatil, che si riferisce al § 1 del canone:

Non placet haec norma omnino nova, quia matrimonia nulla augerentur. Omnia enim matrimonia sub quacumque condicione de futuro contracta invalida essent, et invalida declarari possent, dummodo probetur condicionem revera appositam esse bona seu mala fede, sive verificetur id quod condicioni subest sive non. Dicatur «matrimonium sub condicione iniri nequit, condicio si nihilominus apposita sit, pro non adiecta habeatur»²³.

La Segreteria, però, non accettò la proposta e rispose in questi termini:

²² PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Schema Codicis iuris Canonici iuxta animadversiones*, 240.

²³ PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Relatio complectens*, 258.

R. Retineatur canon uti est, ne matrimonia suspensa maneant. Formula proposita non solvit difficultates, nam revera consensus pendet a condizione realiter posita, etsi haec in iure pro non adiecta habeatur. In formula proposita negatur tantummodo actio ad matrimonium impugnandum, quod inopportunum est et nullo modo solvit reales difficultates neque minuit numerum matrimoniorum invalidorum. Simplicior et securior est norma Schematis²⁴.

Recita, quindi, il can. 1102:

§1. Matrimonium sub condizione de futuro valide contrahi nequit.

§2. Matrimonium sub condizione de praeterito vel de praesenti initum est validum vel non, prout id quod conditioni subest, existit vel non.

§3. Condicio autem, de qua in §2, licite apponi nequit, nisi cum licentia Ordinarii loci scripto data.

Il nuovo canone si articola in tre paragrafi:

nel §1 il legislatore stabilisce «positivamente» che qualsiasi condizione *de futuro*, senza distinzioni, apposta al consenso matrimoniale rende nullo il matrimonio. Anzi si può dire, con parte della giurisprudenza, che viene sancita una doppia nullità nel caso: della clausola condizionale, cioè che viene comminata l'invalidità di ogni condizione *de futuro*²⁵ e della dichiarazione di volontà condizionata da un evento futuro e incerto, cioè dell'atto del consenso matrimoniale e, di conseguenza, dello stesso matrimonio celebrato sotto condizione *de futuro*, se non si verifica la condizione²⁶.

È questa la novità rispetto al Codice del '17 e rispetto alla tradizione della Chiesa latina: a partire dal 27 novembre 1983 tutti i matrimoni (evidentemente assoggettati alle regole del diritto positivo ecclesiastico: cf. cann. 11 e 1059) celebrati sotto condizione *de futuro* sono invalidi, per il fatto stesso della apposizione della condizione, indipendentemente dalla sua purificazione o meno.

²⁴ PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Relatio complectens*, 258.

²⁵ Cfr. *coram* Boccafola, 27 maggio 1987, *RRD* 79, 321, n. 3; *coram* Palestro, 17 dicembre 1986, *RRD* 78, 730, n. 5.

²⁶ Cfr. *coram* Stankiewicz, 30 gennaio 1992, *RRD* 84, 14, n. 6; cfr. R. WEIGAND, «Die Bedingte Eheschliessung», 1099-1100; A.M. ABATE, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, p.74; J.F. CASTAÑO, *Il sacramento del matrimonio*, 391.

Questa clausola irritante invalida il matrimonio per diritto positivo²⁷ e quindi non si può estendere ai matrimoni celebrati sotto il regime del vecchio codice, dato che la sua forza giuridica segue la promulgazione della legge a norma del can. 18, §2.

In questa maniera il legislatore risponde, in parte, alle critiche rivolte alla possibilità di apporre una condizione al consenso matrimoniale, limitando certamente la libertà personale, ma continuando ad attribuire valore al consenso senza supplirlo, come fa anche in altre fattispecie. Scrive P. Bianchi a spiegazione della ragionevolezza della nuova regola:

Da un lato, infatti, l'ordinamento riconosce e (non supplisce) l'effettiva volontà del contraente che pone una condizione (cioè che il matrimonio non si costituisca nella sostanza se non in presenza di quel particolare fatto); dall'altro, contemporaneamente, sanziona — con la generalizzata previsione di nullità — l'incoerenza di fondo che si deve ravvisare fra il consenso coniugale, avente a oggetto il dono di sé realizzatosi nel farsi carico dei diritti e doveri coniugali (cfr. can. 1057 §2) e l'apposizione di una condizione, che rende meno puro, meno integrale, meno — appunto — «incondizionato» tale dono interpersonale²⁸.

Nel §2 del can. 1102, il legislatore disciplina le condizioni «improprie», quelle, cioè, in cui la validità del matrimonio dipende per volontà di una parte non da evento futuro e incerto, ma da un evento posto nel tempo presente o passato. Conservando la stessa normativa del codice vecchio, conferma che un matrimonio sottoposto ad una *condizione de praeterito* o *de praesenti* è valido o meno secondo che sussista o meno il fatto dedotto nella condizione.

In realtà, anche verso questo §2 si potrebbero fare le stesse riserve che si fanno contro la condizione propria, pur se in questo caso il valore del matrimonio non si sospende fino all'attuazione della condizione. Il fatto di far dipendere la validità del patto coniugale dalla esistenza o meno di un evento sconosciuto la cui verifica avverrà in un tempo posteriore al momento della celebrazione del patto, sta certamente a significare una donazione anche in questo caso meno «incondizionata» e pura.

²⁷ Cfr. *Communicationes*, 3 (1971) 77.

²⁸ P. BIANCHI, *Quando il matrimonio è nullo?*, 257.

Si sceglie, dunque, nel Codice del 1983, una via intermedia tra la tradizione della Chiesa latina e la posizione della Chiesa orientale, codificata già nel 1949 e successivamente nel CCEO, che considera la condizione inapponibile sempre e comunque al consenso matrimoniale, pena la invalidità del matrimonio.

Nel §3 viene codificata una regola, ispirata alla Istruzione Austriaca, di cui si è parlato sopra, che non si trovava nel can. 1092/17, ma che fu poi prescritta dalla Istruzione *Sacramentum matrimonii*, della Congregazione dei Sacramenti, del 29 giugno 1941²⁹ e che può servire come correttivo e come deterrente all'apposizione di condizioni al consenso matrimoniale. Si dispone nel paragrafo che, per una lecita apposizione di una *condizione de praeterito* o *de praesenti*, occorra la licenza scritta dell'Ordinario del luogo.

Un accenno breve al sistema probatorio della condizione nel codice attuale sembra opportuno. Per quanto riguarda il §1, dato che qualsiasi condizione *de futuro* apposta al consenso rende nullo il matrimonio bisogna (e basta) provare la effettiva apposizione della condizione, cioè l'atto positivo di volontà, attuale o almeno virtuale, con cui si intende legare la validità del matrimonio ad una circostanza particolare; in mate-

²⁹ AAS 33 (1941) 297-318: «Nupturientes autem omni studio conetur parochus, si casus intersit, avertere ab expositis intentionibus et conditionibus matrimonio adiiciendis eosque inducere ad retractandas forte iam adiectas. / Quoad vero licitae cuiusdem *conditionis* de futuro, de praesenti aut de praeterito *legitimam* appositionem, parochus Ordinarium consulat eiusque pareat mandatis» (I, n. 9). E nell'allegato I, si aggiunge: «Si uterque vel alteruter nupturiens aliquam conditionem licitam et honestam de praesenti, de praeterito aut de futuro, incundo coniugio declaraverit se apposuisse aut apponere velle ex qua pendeat matrimonii valor, exquirat parochus prudenterque interroget quomodo de adimpleta conditione ista se certiore facere intendat; et si id consequi se velle fatetur ratione, quae honesta sit, ab eadem adiicienda eum absterreat vel ad adiectam revocandam inducat; secus a matrimonio celebrando eum prohibeat. Si vero de conditione implemento certiore se facere intendat ratione morum honestati consentanea et parochus ipsius conditionis aequitatem agnoverit, ipse Ordinarium consulat eiusque pareat mandatis» (Alleg. I, n. 17).

ria di condizioni, infatti, «primum locum voluntas obtinet eaque regit condiciones»³⁰.

Questo tipo di condizione, che ha effetti invalidanti, si deve distinguere da altri tipi di condizioni che invece invalidanti non sono: la condizione, o intenzione, *interpretativa*, mai effettivamente posta dalla parte, ma solo dedotta a posteriori, quando il matrimonio ha fatto naufragio, che fa pensare di aver desiderato sommamente una cosa così che in mancanza di essa non ci si sarebbe sposati; la condizione *abituale* che rispecchia un atteggiamento propenso ad una condizione, ma che mai dispone la volontà ad emettere un vero consenso condizionato. La condizione invalidante va ancora distinta dal *presupposto* o *prerequisito* che sono sulla strada della condizione, ma che se ne differenziano per evoluzione ed intensità³¹ dato che da questi non dipende la validità del matrimonio, ma solo la decisione di sposarsi³². Così ancora la condizione non deve confondersi con il *modo* od *onere*³³, che viene aggiunto ad un matrimonio già perfettamente formato nei suoi elementi costitutivi e quindi assolutamente valido. E, infine, va distinta dalla *causa*³⁴ che è il motivo per cui ci si sposa (ti sposo «perché» sei nobile), e dalla «dimostrazione»³⁵, che esprime una qualità che si suppone trovare nell'altra parte (sposo te «che» sei nobile)³⁶. In tutti questi casi non si hanno

³⁰ D. 35, 1, 19.

³¹ Cfr. *coram* Sabattani, 17 maggio 1957, *RRD* 49, 420, n. 3.

³² Cfr. *coram* Filipiak, 2 marzo 1955, *RRD* 47, 252, n. 2.

³³ «Modus est "adiectio oneris ad quod, post contractum volumus obligare alterum contrahentem". Regulariter exprimitur per conjunctionem *Ut*; ex. gr. *contraho tecum ut mihi utile opus procures*» (F. SANTI, *Praelectiones*, lib. 4, 205, n.36).

³⁴ «Causa est ratio ob quam quis contractum conficit, et solet exprimi per particulam causalem *quia*» (F. SANTI, *Praelectiones*, lib. 4, 206, n. 38).

³⁵ «Demonstratio est affinis causae et nihil aliud est quam "expressio alicuius qualitatis, quae supponitur in persona cum qua contrahitur" ex. gr. *contraho tecum quae es filia Ducis*» (F. SANTI, *Praelectiones*, lib. 4, 206, n.39).

³⁶ Cfr. M. Ferraboschi che, a proposito, afferma che i canonisti seguono la quadripartizione di Gaio (D. 35, 1, 1, 17), per cui la *condizione* è una circostanza apposta all'atto, da cui dipende l'atto stesso; il *modo* è una clausola aggiunta come obbligo da adempiere da parte del contraente, concluso il contratto; la *causa* è il motivo per cui si contrae; la *dimostrazione* è la manifestazione di una qualità che

effetti sulla validità del matrimonio, poiché l'evento o la qualità dedotti non sono stati di tale intensità da entrare nell'oggetto del consenso come nel caso della condizione, in cui la parte con *positivo atto di volontà* ha legato l'esistenza del matrimonio ad un evento o ad una qualità³⁷. La condizione diventa un elemento essenziale del patto matrimoniale: se questa non c'è, non c'è nemmeno il matrimonio.

Per provare giudizialmente l'atto di volontà ci si può servire degli schemi probatori elaborati dalla giurisprudenza e dalla dottrina. È ancora valida, anche se sottintesa, la premessa del CIC/17, cioè che la condizione, una volta espressa, si presume permanere; va, nel caso, provata la revoca. Per la prova indiretta la giurisprudenza ha, inoltre, elaborato due criteri sussidiari al fine di accertare la veridicità dell'apposizione della condizione, il c.d. *criterium aestimationis* che consiste nell'accertare l'importanza data dal soggetto che pone la condizione al fatto dedotto e il c.d. *criterium reactionis*³⁸, la reazione, cioè, di fronte alla mancata realizzazione dell'evento: se prontamente si rompe la convivenza è probabile che si desiderasse veramente il matrimonio solo in dipendenza dal fatto dedotto nella condizione.

Un altro indizio importante per la prova, che va ascritto alla categoria dei moventi, è la presenza del «dubbio», di una situazione di incertezza, almeno iniziale, che possa giustificare l'apposizione della condizione. «Nemo ad condicionem apponendam — scrive Felici in una sua sen-

serve ad indicare la persona con cui si contrae (cfr. *Il matrimonio sotto condizione*, 39).

³⁷ A questo riguardo c'è l'accordo unanime degli autori, che ammettono, poi, la possibilità di una influenza della *causa* e della *demonstratio* sul contratto matrimoniale cui sono apposte solo in due casi, e cioè: «1° Si causa vel demonstratio reducatur ad errorem circa personam vel conditionem libertatis, v. gr. si quis dicat: *Contrahe tecum, quia vel quae es libera aut primogenita filia Petri*; si non esset libera vel primogenita Petri, matrimonium foret irritum, non quidem ratione demonstrationis vel causae, sed propter errorem personae vel conditionis.

2° Si apponatur per modum conditionis; tunc enim non secus ac de conditionibus iudicandum est, v. gr. si dicas: *Contrahe tecum, quae vel quia tantam dotem afferes*; sensus autem est: *Contrahe tecum, si (dummodo) tantam dotem afferas*» (F. CAPPELLO, *De Matrimonio*, 725, n.644).

Nella recente giurisprudenza rotale cfr. *una coram* Stankiewicz, 30 gennaio 1992, RRD 84, 17, n.11.

³⁸ Cfr. *coram* Wynen, 2 luglio 1949, RRD 41, 339, n.2; *coram* Anné, 4 luglio 1967 in ME 94 (1969) 41-43; *coram* Parisella, 17 luglio 1969, *ivi*, p.528.

tenza — apponendam ducitur, nisi dubio aliquo angatur vel obiectivo vel saltem subiectivo, licet pathologico»³⁹. A questo proposito, infatti, la giurisprudenza ha enucleato una nuova categoria di dubbio, la «folie du doute», cioè l'ossessione nevrotica che porta con sé l'impulso di dubitare, di cui parla Stankiewicz nella sentenza del 30 gennaio 1992. Si legge:

Nam in asserta condicionis canonicae iustificatione, hoc est praetermisso omni dubio initiali, sicut quidam id fieri posse certo arbitrantur, videlicet ex aliqua «veluti obsessione de quodam reformidato malo, vitae coniugali apprime adverso» [...] ⁴⁰, aut «ex sua idea obsessiva» ob quam aliquid exigitur in altero contrahente [...] ⁴¹, dubium initiale ita sepositum videtur tamen redire ad suscitandam condicionem, etiamsi sub forma dubii pathologici [...] ⁴². Notum est enim de obsessionem neuroticam secum ferre impulsus dubitandi, qui dicitur quoque «folie du doute» [...] ⁴³ quique, ut videtur, condicioni adiacendae sufficientem causam praestare potest, vel saltem sub forma dubii negativi tantum [...] ⁴⁴ ⁴⁵.

A proposito di dubbio, in seguito alla famosa *Versalien* del 2 agosto 1918, decisa da una Commissione Speciale di Cardinali (De Lai, Pompili, Gasparri, Giustini, e Lega), si è assunto, in giurisprudenza, che basta alla condizione per operare che sia stata apposta e non sia stata revocata, anche nel caso di certezza sopraggiunta. Si legge: «Nec conditionem per se cessasse conicii ex eo licet quod mulier ex falsa viri asseveratione acquisiverit certitudinem hunc esse contubernio immunem. Nam mulier conditionem apposuit ante viri asseverationem, ideoque ante acquisitam certitudinem»⁴⁶. Viene riconosciuto possibile, dunque,

³⁹ *Coram Felici*, 17 gennaio 1956, *RRD* 48, 61, n. 6.

⁴⁰ Cita una *coram Sabattani*, 17 maggio 1957, *RRD* 49, 422, n. 6; e un'altra *coram Rogers*, 23 novembre 1971, *RRD* 53, 904, n. 6.

⁴¹ Cita una *coram Ewers*, 14 febbraio 1959, *RRD* 51, 54, n. 5.

⁴² Cita una *coram Felici*, 17 gennaio 1956, *RRD* 48, 61, n. 6.

⁴³ Cita: GUELF J.D. — BOYER P. — CONSOLI S. — MARTIN R.O., *Psychiatrie*, Paris 1987, p. 492.

⁴⁴ Cfr. *coram Pinto*, 23 febbraio 1976, *RRD* 48, 56, n. 2; *coram Stankiewicz*, 15 febbraio 1980, *RRD* 72, 95, n. 8.

⁴⁵ *Coram Stankiewicz*, 30 gennaio 1992, *RRD* 84, 16, n. 11.

⁴⁶ *AAS* 10 (1918) 390. Scrive nella sentenza sopra citata A. Stankiewicz, ricordando la *Versalien*: «Re quidem vera, in aestimatione subiecti condicionem de

che possano esserci contemporaneamente una sopravvenuta certezza dovuta all'errore e una virtuale volontà condizionata.

Per quanto riguarda il §2, sulle condizioni «improprie», abbiamo detto che in questo caso il matrimonio sussiste o meno a seconda che sia vero o meno il fatto dedotto nella condizione. In questa fattispecie occorre dunque, come nel diritto precedente, accertare tre cose: che la condizione sia stata apposta, che non sia stata revocata e che sia stata purificata. Direttamente, anche qui, come negli altri casi in cui occorra provare un atto positivo di volontà, ci si serve della confessione della parte che ha apposto la condizione, giudiziale ed extragiudiziale, confermata in giudizio da testimoni degni di fede «de auditu proprio» o almeno «de auditu ab aliis», ma in tempi non sospetti; indirettamente, si utilizzano i criteri elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza già esaminati riguardo alle condizioni del §1: il *criterium aestimationis* e il *criterium reactionis*⁴⁷. Per provare che la condizione sia purificata, cioè il fatto dedotto, ci si serve, a seconda della natura del fatto, di prove testimoniali, peritali, documentali etc.

Con il nuovo Codice, inoltre, per una lecita apposizione di una condizione impropria occorre la licenza dell'Ordinario del luogo (can. 1102, §3), ed essendo questa un documento pubblico ecclesiastico a norma del can. 1540, §1, che fa fede di ciò che in esso è direttamente e principalmente affermato (cfr. can. 1541), in questo caso può, in giudizio, costituire prova piena dell'apposizione della condizione. Tuttavia, poiché la licenza non è *ad validitatem*, la sua omissione non prova che la condizione non sia stata posta.

praesenti vel de praeterito apponentis dubium finale cessare potest, manente tamen condicione, quia subsequens certitudo ex falsa alterius partis asseveratione acquisita de condicionis impletione "nullo modo destruit condicionem antea appositam, sed consensus eidem subordinatus remanet, non obstante subsequenti certitudine, quae esse simul potest cum virtuali voluntate condicionata"», 16, n.10.

⁴⁷ Cfr. *coram* Stankiewicz, 30 gennaio 1992, *RRD* 84, 18.

3. CCEO 1990 (can. 826)

Come abbiamo visto, parlando dei lavori della Commissione per la codificazione del '17, gli schemi del canone sulla condizione erano tutti, fino all'ultimo, favorevoli alla inapponibilità della condizione al matrimonio. Si può dire che tale volontà abbia trovato completa attuazione legislativa solo ottanta anni dopo il primo codice, ed esattamente con la norma del codice orientale.

Recita, infatti, il can. 826: «Matrimonium sub condicione valide celebrari non potest».

Nella Chiesa orientale, cattolica e scismatica, così come anche presso i Protestanti, mai è stato recepito l'uso della celebrazione condizionata del matrimonio e, oggi, per diritto positivo, il legislatore stabilisce un nuovo requisito per la validità giuridica del consenso matrimoniale: l'incondizionalità assoluta.

In difformità con quanto stabilito dal Codice latino dell'83, nel Codice orientale, non solo le condizioni *de futuro* rendono nullo il matrimonio, ma anche quelle *de praeterito* e *de praesenti*. Nella storia del diritto delle Chiese orientali l'istituto del matrimonio condizionato è stato, infatti, per diciotto secoli sconosciuto, non essendoci traccia di cause giudiziarie su questo capo di nullità fino almeno alla fine del XVIII secolo⁴⁸. La apposizione della condizione al consenso matrimoniale era del tutto ignorata, si riteneva *uti non adiecta*, così che il matrimonio in tal modo celebrato era ritenuto in ogni caso valido, a meno che, ovviamente, la condizione fosse contro la sostanza del matrimonio, caso in cui il consenso viene viziato *ab intrinseco*.

Il can. 83 del m.p. *Crebrae Allatae*⁴⁹, immediato precedente legislativo del canone attuale, pubblicato da Pio XII, il 22 febbraio 1949, dispone: «Matrimonium sub condicione contrahi nequit»⁵⁰.

Era, questa, la norma unica per tutte le condizioni, a differenza perciò del can. 1092 del Codice latino, in cui regole diverse disciplinano

⁴⁸ Cfr. J. PRADER, «De consensu matrimoniali», 35.

⁴⁹ AAS 41 (1949) 89-117.

⁵⁰ AAS 41 (1949) 107.

quattro diverse specie di condizioni. Nel can. 83, non essendoci l'avverbio «*valide*», non c'è chiarezza.

Come afferma J. Prader, Relatore nel trattato sul matrimonio per la redazione del CCEO, non emerge dagli atti preparatori del canone quale fosse la vera intenzione della Pontificia Commissione; afferma che, dalle discussioni, risulta comunque evidente che «*Codificatores orientales in hac norma nexum cum antiquissima traditione orientali servare voluisse*»⁵¹, e la tradizione antica orientale — e invero anche quella antica occidentale — ignorava completamente il matrimonio sotto condizione⁵²: l'apposizione della condizione non viziava il consenso, ma la stessa condizione era viziata e quindi giudicata come non apposta.

Per questa mancanza di chiarezza, il can. 83 del *Crebrae Allatae* riceve, quindi, almeno tre interpretazioni diverse dagli autori, due delle quali riguardano il diritto sostantivo, mentre la terza concerne il diritto processuale; riguarda, cioè, l'ammissibilità di una causa di nullità *ex capite conditionis appositae*.

a) Secondo l'interpretazione prevalente, il canone viene considerato dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel senso di norma che obbliga soltanto *ad liceitatem*, per cui non era permesso aggiungere al consenso una condizione, ma se ciò avveniva si avevano gli effetti giuridici a norma del can. 1092 CIC, e cioè il consenso operava la sua efficacia naturale secondo le diverse fattispecie, senza che nessuna norma positiva ostacolasse questa efficacia.

b) La seconda interpretazione riteneva il matrimonio costituito sotto condizione in ogni caso invalido: una volta, quindi, provata l'apposizione della condizione, nel rispettivo processo, il matrimonio doveva essere dichiarato nullo.

Abbiamo già esaminato come i lavori preparatori del Codice latino del '17 fossero, in materia di condizione, in tal senso: il canone proposto fino alla fine, per la prima codificazione latina, stabiliva che ogni matri-

⁵¹ J. PRADER, «De consensu matrimoniali», 34.

⁵² Questo fatto storico spiega perché nelle fonti del can. 83 del *Crebrae Allatae* siano citate soltanto due fonti molto recenti: il Sinodo provinciale degli Armeni di Alba-Giulia del 1882 e il Sinodo degli Armeni del 1911.

monio costituito sotto condizione fosse invalido. Non si rispetta quanto il diritto naturale di per sé può effettuare nel meccanismo del consenso condizionato, né quanto la tradizione insegna, ma è in potere della Chiesa stabilire positivamente norme per l'efficacia del consenso matrimoniale e imporre, se lo ritiene opportuno, che per un matrimonio valido occorra un consenso puro, cioè formato ed espresso senza apporre delle condizioni. Il matrimonio costituito da un consenso condizionato, in tal caso, è nullo «per la deficienza del consenso quale si richiede per mettere in essere il matrimonio»⁵³, vale a dire perché il consenso è impedito dalla legge positiva della Chiesa ad esercitare la sua efficacia naturale per costituire il matrimonio.

Scrive Dossetti a giustificazione di questa interpretazione del can. 83:

A nostro avviso, la configurazione adottata per il matrimonio condizionale come eccezionale celebrazione anticipata, porta ovviamente a ritenere che, mancando nel can. 83 la positiva permissione e attribuzione di validità alla celebrazione anticipata, già per questo solo il canone stesso implica la nullità della celebrazione: di più, essendovi nel canone in esame un divieto, il divieto per tale fattispecie si risolve, a tenore dei principi del sistema, necessariamente in un divieto irritante: dire «sub conditione contrahi nequit» equivale di necessità a dire che la condizione «non vitiatur sed vitiatur»⁵⁴.

Tuttavia Dossetti non valuta sufficientemente il principio generale del diritto canonico, anche orientale, che sono irritanti o inabilitanti solo quelle leggi con le quali si stabilisce espressamente che l'atto è nullo o la persona è inabile (CIC, can. 10; CCEO, can. 1495). È questa, comunque, la normativa che viene poi codificata nel Codice orientale.

In giurisprudenza esisteva, però, anche la tendenza a considerare nullo il matrimonio in cui la condizione viene dedotta nel patto coniugale, per difetto di forma, in quanto manca il «ritus sacer» al momento della purificazione della condizione e, valido solo se la condizione si purifica, nel caso in cui la condizione non veniva dedotta nel patto solenne.

c) Secondo una terza interpretazione, si deve negare completamente ogni diritto di accusare la nullità di un matrimonio sotto condizione: nel

⁵³ V. DEL GRUDICE «Qualche considerazione sulle condizioni», 307.

⁵⁴ G. DOSSETTI, «La figura del contratto preliminare», 387-388.

foro interno, si dice, il matrimonio dipende dalla volontà degli sposi, per cui se manca il consenso perché la condizione non si è purificata, il matrimonio è nullo, ma nel foro esterno deve sempre essere ritenuto valido, poiché la condizione si deve ritenere come non apposta.

Come si è visto, nella storia del diritto canonico delle Chiese orientali il consenso condizionato era ignorato; la condizione, se posta, era essa stessa ritenuta nulla e non il matrimonio. In conseguenza anche il can. 83 viene, per lo più, interpretato nel senso che ogni condizione va considerata *pro non adiecta*; dato che il canone — si afferma⁵⁵ — è espressione della illiceità dell'apposizione della condizione al consenso matrimoniale, non si può ammettere nel foro giudiziale questo capo di nullità. Da rilevare, però, che se questa ragione fosse valida, nessun matrimonio potrebbe essere accusato *ob exclusionem alicuius elementi essentialis*, dato che tale esclusione, sempre è effettivamente illecita e per lo più anche soggettivamente immorale.

Cosa succedeva, prima del Codice Orientale, se la condizione veniva comunque apposta al consenso?

L'opinione comune è che la questione si resolvesse a norma del can. 1092 del Codice latino del '17⁵⁶, almeno per quanto riguarda le condizioni *improprie*, visto che l'apposizione di condizioni *de futuro*, che sospendono il matrimonio, nel diritto orientale invalida il matrimonio per difetto della forma canonica (del rito sacro). Per il diritto latino, infatti, per la validità si richiede la manifestazione del consenso di fronte al sacerdote e a due testimoni (can. 1094 CIC/17), mentre nel diritto orientale si richiede in aggiunta, il *rito sacro*, che consiste nella benedizione da parte del sacerdote a norma del can. 85 CA, §2: «Sacer censetur ritus, ad effectum de quo in §1, ipso intervento sacerdotis adsistentis ac benedicientis». Per questo motivo — scrive J. Prader — la benedizione del sacerdote, in quanto azione spirituale e, nel caso, anche azione giuridica, non può rimanere in sospenso: o ha un effetto immediato oppure non ha alcun effetto. Nel caso in cui la benedizione venga data sopra un matrimonio costituito sotto condizione sospensiva, non ha efficacia giuridica. La benedizione, infatti, — sempre secondo Prader —

⁵⁵ A. HERMAN, «De interpretatione can. 83», 510.

⁵⁶ Cfr. J. PRADER, «De consensu matrimoniali», 37.

non vale nel momento in cui viene data perché le persone benedette non sono ancora sposi e potrebbero non diventarlo mai, né vale dopo, quando la condizione fosse purificata e il matrimonio certo, perché in quel momento non c'è. Di conseguenza, nel diritto orientale, il consenso espresso sotto condizione sospensiva *de futuro*, manca di efficacia giuridica per mancanza di rito sacro e il matrimonio in tal modo costituito è sempre invalido per mancanza di forma canonica.

Diversamente avviene nel caso delle condizioni «improprie», *de praeterito* e *de praesenti*, poiché, in tal caso — secondo Prader — il rito sacro è valido se la condizione è purificata; anche in questo caso è, però, evidente l'incongruità delle condizioni con il matrimonio, visto che il rito sacro avrebbe, comunque, un effetto ipotetico.

Conclude Prader: «verbum "nequit" in can. 83 *CA* effectum irritantem habere quando agitur de condicione de futuro, effectum vero prohibentem quando agitur de condicione de praeterito vel de praesenti»⁵⁷. Per l'Autore, non è vero, dunque, quanto affermato da parte della dottrina, che il can. 1092 CIC/17 obblighi anche gli orientali perché, invece, nel diritto orientale un matrimonio non può mai celebrarsi, né lecitamente né validamente, sotto condizione sospensiva *de futuro* ed è valido o meno a seconda che la condizione sia avverata o meno, se celebrato sotto *condizione de praeterito* o *de praesenti*.

Il ragionamento di J. Prader non può non sollevare delle perplessità, data la natura peculiarissima del sacramento del matrimonio, il quale segue sempre inseparabilmente le vicissitudini del contratto. Né il modo di concepire il ruolo del «ritus sacer», così legato al tempo, sembra sia da condividersi⁵⁸.

Fu, però, per tali ragionamenti che qualche Consultore propose, per la redazione del canone attuale del Codice Orientale, di codificare questa normativa recependola, peraltro, dalla formula adoperata dalla Commissione latina.

Venne, invece, adottata l'accezione più radicale della inapponibilità della condizione, quella per cui il consenso condizionato, per diritto

⁵⁷ Cfr. J. PRADER, «De consensu matrimoniali», 38.

⁵⁸ Cfr. U. NAVARRETE, «Differenze essenziali», 296-304; ID., «De ministro sacramenti matrimonii», 718-733; ID., «Questioni sulla forma», 490-499; G. KADZIOCH, *Il ministro del sacramento*, 209-237.

positivo, irrita il matrimonio in ogni caso, anche quando, purificata la condizione, per diritto naturale esso sarebbe valido. Il CCEO si limita, infatti, ad aggiungere l'avverbio *valide* al can. 83 CA per togliere ogni dubbio sull'efficacia della legge.

A chi critica la soluzione si fa notare che in altri casi la Chiesa toglie forza giuridica ad un consenso matrimoniale valido, con impedimenti dirimenti, per esempio, o con le prescrizioni della forma canonica; può, quindi, ben farlo anche nel caso della condizione, dove in nome del bene comune, si vogliono eliminare gli inconvenienti di un matrimonio sospeso e della incertezza sullo stato delle persone.

Rimangono, comunque, anche con questa scelta estrema, difficoltà non risolte, poiché dichiarando nulli i matrimoni sotto condizione, sempre e in ogni caso, si trascura la possibilità che, nel caso in cui la condizione, apposta in mala o in buona fede, si purifichi affatto, il matrimonio potrebbe diventare valido e sacramentale. Possibilità che nel diritto attuale rimane aperta nel codice latino nel caso delle condizioni lecite *de praesenti* e *de praeterito*, mentre nel codice orientale resta chiusa anche per questa fattispecie.

Nel caso di un matrimonio fra un latino e un orientale, sorge il problema sul diritto con cui viene retto il matrimonio sotto condizione *de praesenti* o *de praeterito*. Sembra che debba applicarsi la norma più favorevole ai fedeli, tenuto conto che l'apposizione di condizioni al consenso matrimoniale non è contraria al diritto naturale e quindi non si vede perché una normativa irritante debba essere allargata ai fedeli latini, tanto più che le leggi irritanti e inabilitanti esigono una interpretazione stretta in entrambi i Codici (CIC, can. 18; CCEO, can. 1500).

Si è osservato che fra le due normative, orientale e latina, non c'è una vera e propria dissonanza. A parte la conformità riguardo alle condizioni *de futuro*, entrambe le normative rispettano il principio della insostituibilità del consenso matrimoniale e della impossibilità di ritenere come non posta — nel senso di inoperante oggettivamente — la volontà condizionata, assestando, poi, nel concreto, le proprie sensibilità: assicurando la «purezza» del consenso matrimoniale, la Chiesa orientale, e invece una maggiore adesione alla realtà, la Chiesa Latina, almeno per quanto riguarda le condizioni improprie che non creano tanti problemi di incertezza sull'esistenza stessa del matrimonio.

Così commenta P. Bianchi: «si potrebbe dire che le differenze evidenziate corrispondono alla sottolineatura più “spirituale” (quella orientale) e a quella più “storico-concreta” (quella occidentale) di un medesimo e sostanzialmente coerente sistema disciplinare»⁵⁹.

⁵⁹ P. BIANCHI, *Quando il matrimonio è nullo?*, 260.

PARTE SECONDA

IL CONSENSO IMPLICITAMENTE CONDIZIONATO

Fattispecie e collocazione sistematica

...e di altri atti relativi alla gestione dell'impresa, che non sono espressamente previsti dalla legge, ma che sono necessari per l'esecuzione delle operazioni di cui sopra.

PARTE SECONDA

IL CONSENSO IMPLICITAMENTE CONDIZIONATO

Fattispecie e collocazione sistematica

PREMESSA

Nel nuovo Codice latino, in materia di consenso si avvertono tre cambiamenti sistematici di notevole rilevanza: da una parte, pur conservando un canone sulle condizioni (can. 1102), è stato tolto il n. 2 del can. 1092 del Codice precedente: «Si de futuro contra matrimonii substantiam, illud reddit invalidum», mentre d'altra parte sono state introdotte due clausole nuove, cioè «nisi qualitas directe et principaliter intendatur» nel can. 1097 sull'*error facti* e «dummodo non determinat voluntatem» nel can. 1099 sull'*error iuris*, che non si trovavano nel Codice del 1917.

Trattandosi di elementi che toccano così profondamente la struttura del consenso matrimoniale, non è ipotizzabile che il legislatore abbia voluto distaccarsi dalla dottrina comune, maturata da secoli, concernente l'incidenza che hanno sul consenso sia la condizione *contra substantiam* sia l'errore circa una qualità direttamente e principalmente intesa, oppure circa una proprietà essenziale, se giunge a determinare la volontà. Si tratta, senza dubbio, di formule ritenute più idonee ad esprimere la dottrina che deve reggere la prassi in un settore di grande portata giurisprudenziale.

Ad ogni modo, le nuove formule, in maniera più esplicita di quelle adoperate nel Codice precedente, fanno riferimento alla volontà che in un modo o nell'altro condiziona l'atto consensuale alla presenza o meno di una qualità accidentale (*error facti*) oppure di una proprietà essenziale o della sacramentalità (*error iuris*), dato che di per sé l'ignoranza o l'errore circa questi fattori, poiché non appartenenti «ad id quod constituit substantiam actus» (can. 126), non sono efficaci a viziare il consenso.

Avendo trattato nella prima parte della condizione nelle sue espressioni formali ed inequivocabili, alle quali fanno riferimento i relativi

canoni sul consenso condizionato, passiamo a studiare, nella seconda parte — sempre nella prospettiva della volontà condizionante — i casi in cui opera certamente il consenso condizionato, ma in modo meno evidente ed inequivocabile.

Per non «inciampare» nella terminologia, presupponiamo come acquisito che nell'ordinamento canonico non venga considerato elemento essenziale della figura della condizione lo «stato di dubbio» da parte di colui che condiziona il suo atto di volontà alla presenza o assenza di una realtà estranea alla sostanza giuridica dell'atto stesso.

La condizione, dunque, che come si è visto viene riconosciuta efficace anche quando è *mente retenta*, ha bisogno, però, per la sua efficacia di tre requisiti: che sia stata posta con positivo atto di volontà, che non sia stata revocata¹, che sia stata purificata. Il consenso matrimoniale può, quindi, essere legato all'esistenza di una circostanza, o di una qualità, per «atto positivo». Ma, come nota Staffa: «Actus positivus potest esse explicitus vel implicitus», poiché: «expressus et implicitus non sunt opposita inter se»². La volontà, per essere efficace, deve essere sempre e comunque espressa, ma può essere anche solo implicita ed espressa dalle circostanze che la rendono esplicita.

Abbiamo visto, spiegando le differenze fra condizione e figure simili, come sia difficile segnare, soprattutto in foro esterno a scopi probatori, un confine netto fra stati d'animo simili e fra le statuizioni che seguono questi pur diversi stati d'animo. Come l'animo umano sia complesso e così la percezione intellettuale delle cose e la conseguente formazione della volontà. C'è, infatti, una varietà di atteggiamenti e manifestazioni della volontà in cui è necessario inquadrare l'effettiva manifestazione di consenso per valutare se un matrimonio è efficace e valido, o meno.

L'atteggiamento nei confronti di un ipotetico matrimonio può essere il più diverso: Tizio, ad esempio, vuole sposare Caia perché ne è innamorato e perché ritiene abbia le qualità che cerca in una moglie. Può, invero, dire: sposo Caia «perché» è vergine (causa), ovvero: sposo Caia «che» è vergine (prerequisito), o ancora: mi sposo e Caia dovrà lavorare

¹ La revoca deve essere, nel caso, provata, poichè si presume che il consenso posto condizionato permanga tale cfr. *coram* Sabattani, *Panormitana*, 17 maggio 1957, *RRD* 49, 420, n. 3.

² D. STAFFA, *De conditione contra matrimonii substantiam*, 17, nota 22 e 27.

(modo). In tutti questi casi il consenso matrimoniale, che per essere valido deve essere, soggettivamente, «vero», «libero» e «assoluto»³ e, oggettivamente, deve avere ad oggetto la sostanza del matrimonio, è un consenso perfettamente matrimoniale. Lo è anche se Tizio sposa Caia ritenendola erroneamente vergine oppure se ritiene di poter sciogliere il vincolo in caso di infelice esito: l'errare su una qualità accidentale o sulle proprietà essenziali del matrimonio, non comporta necessariamente un difetto di consenso matrimoniale e, quindi, di per sé non rende invalido il matrimonio.

Il consenso può anche avere un minimo di «matrimoniabilità» da essere naturalmente sufficiente a porre in essere un matrimonio, ma non sufficiente «matrimoniabilità» da essere anche efficace nel momento della sua manifestazione, ed è questo il caso della condizione sospensiva.

Il consenso può determinare ancora la invalidità del matrimonio, ed è il caso della condizione *contra substantiam*, dell'errore di diritto nel caso in cui l'errore determina la volontà e dell'errore sulle qualità direttamente e principalmente intese. In questi casi la volontà inserisce nella sostanza dell'oggetto una circostanza o una qualità che entra nel «voluto» come parte essenziale dell'oggetto.

La condizione, infatti, esprime la sua forza viziante sia esplicitamente che implicitamente, quando la persona dirige il suo atto positivo di volontà verso un elemento accidentale che viene così ad essere introdotto nell'oggetto essenziale del suo consenso: l'elemento *accidentale* diviene *soggettivamente sostanziale*. Unico elemento distintivo della condizione in questi casi è «l'introduzione dell'elemento condizionante nel contratto come parte costitutiva del negozio concreto»⁴.

L'errore *recidens in condicionem*, nelle due varianti di errore di diritto quando determini la volontà, ed errore di fatto su una qualità direttamente e principalmente intesa, equivale alla condizione implicita⁵,

³ Cioè non simulato, non costretto né esternamente, né internamente, e non condizionato.

⁴ Cfr. R. SERRES, «Error recidens», 341.

⁵ Ovviamente si tratta dell'influsso oggettivo dello stato intenzionale del soggetto sul consenso. La possibilità o meno di prova è un'altra questione. E. Graziani, forse, non è abbastanza chiaro al riguardo: «L'*error recidens in conditionem* significa dunque conversione dell'errore nella condizione nel senso che esiste un errore

che a sua volta, nel caso delle proprietà essenziali, equivale ad una esclusione implicita, poiché la volontà include nell'oggetto del consenso un elemento soggettivamente essenziale ed oggettivamente incompatibile con le proprietà essenziali del matrimonio.

In tutte le figure esaminate c'è una gradualità nella esplicitazione del «voluto». In questa scala di sfumature la valutazione e la sistemazione dell'atto di volontà è importante e deve essere fatta con precisione, poiché il grado di volontà condizionata, anche implicita, che vi è in esso è quello che può rendere il consenso effice o meno, e quindi il matrimonio valido o meno.

sostanziale, non già in quanto possa essere ritenuto come tale sulla base di un libero apprezzamento (che renderebbe assai difficile precisare quale sia l'importanza che il contraente attribuiva alla qualità mancante), ma *in quanto deve essere ritenuto come tale* sulla base dell'esplicita dichiarazione del contraente: di attribuire valore sostanziale a quella determinata qualità. Ossia sulla base della *conditio sine qua non matrimonio appositae*» (*Volontà attuale e volontà precettiva*, 155).

CAPITOLO VI

Errore e condizione implicita (can. 126)

Come si è constatato nella prima parte, il legislatore del codice attuale ha cancellato dal canone dedicato alla condizione (can. 1102) la menzione della *conditio contra substantiam matrimonii*, formulata nel codice precedente in questi termini: «si de futuro contra matrimonii substantiam, illud reddit nullum» (can. 1092, 2°). Ha ritenuto, infatti, che questa fattispecie — che, come si è detto, non è una condizione in senso proprio — venisse compresa nel dettato del can. 1101 §2 sulla esclusione, per atto positivo di volontà, di qualcuno degli elementi senza i quali il consenso non è matrimoniale e quindi non può dare vita ad un matrimonio valido.

Abbiamo osservato che, pur nella diversità di terminologia e di spiegazioni, la dottrina e la giurisprudenza canonica sono oggi concordi nell'affermare un principio fondamentale al riguardo, e cioè che quello che è essenziale nelle fattispecie comprese nel can. 1101 §2 è il concretizzarsi della volontà del contraente in un atto positivo di volontà, il cui oggetto o contenuto non corrisponde all'oggetto essenziale del consenso matrimoniale, per essere stato eliminato da esso, in un modo o nell'altro, qualcuno dei suoi componenti essenziali. Questa eliminazione può esternarsi in una formula grammaticale condizionale, come negli esempi adoperati da Gregorio IX e, nella tradizione, per indicare le condizioni *contra substantiam*, ma ordinariamente il concretizzarsi della volontà condizionante nell'animo del contraente non assume espressioni così inequivocabili, dando perciò luogo ad una inesauribile gamma di possibilità le quali, però, hanno in comune il fatto che il contraente non vuole in nessun modo il matrimonio se non «senza» quel dato elemento

o proprietà essenziale del matrimonio, condizionando, quindi, in sostanza, almeno implicitamente, il suo consenso al fatto che quel dato elemento non sia presente nel suo matrimonio.

Il Codice attuale, oltre le fattispecie comprese nel can. 1102 §2, ha, dunque, accolto espressamente altre forme di consenso implicitamente condizionato, che il Codice precedente non menzionava. Si tratta degli incisi adoperati per indicare le fattispecie in cui, a modo di eccezione, l'errore su una qualità della persona o su una proprietà essenziale o sulla sacramentalità del matrimonio hanno efficacia invalidante. Ci riferiamo agli incisi: «nisi haec qualitas directe et principaliter intendatur» del can. 1097 §2, e «dummodo non determinet voluntatem» del can. 1099, che studieremo nei capitoli successivi.

Premettiamo che in questo campo bisogna distinguere bene i problemi sostantivi da quelli terminologici e sistematici, come rileva il P. Navarrete¹. Noi ci sforzeremo di tenerli ben distinti, prestando attenzione alle due problematiche. Proprio perciò riteniamo necessario premettere questo capitolo sulla portata del can. 126 delle *Norme generali* in relazione all'incidenza dell'*error facti* e dell'*error iuris* nell'ordinamento canonico.

L'atto umano è frutto di intelligenza e di volontà e, ove uno dei due elementi manchi o sia viziato, non si può parlare di atto umano perfetto. Il vizio che, però, l'atto assume, dipende dalla rilevanza che gli attribuisce il diritto sia naturale che positivo. Il diritto canonico, infatti, distingue fra vizi che non hanno rilevanza e vizi che hanno rilevanza diversa sugli atti; alcuni rendono l'atto invalido, altri lo rendono rescindibile.

Nel can. 126 del Libro I del Codice vengono presentati i principi generali dei vizi degli atti giuridici dovuti ad ignoranza ed errore.

Recita il canone:

L'atto posto per ignoranza o per errore, che verta intorno a ciò che ne costituisce la sostanza, o che ricada nella condizione *sine qua non*, è nullo; altri-

¹ U. NAVARRETE, «Attuali problematiche», 71.

menti vale, se dal diritto non è disposto altro, ma l'atto compiuto per ignoranza o per errore può dar luogo all'azione rescissoria a norma del diritto².

Ignoranza ed errore si differenziano fra loro, in quanto l'ignoranza è mancanza di conoscenza, mentre l'errore è una falsa conoscenza di un fatto e si concretizza nel formulare un falso giudizio su di esso (*falsum iudicium de aliqua re*); l'errore aggiunge all'ignoranza un fatto nuovo: un falso giudizio attorno a ciò che si ignora³.

L'errore può essere 1) circa la sostanza dell'oggetto dell'atto giuridico; 2) circa elementi che non appartengono alla sostanza dell'atto e che i canonisti designano con il termine filosofico *accidentali*, i quali possono essere più o meno connessi con i valori propri dell'atto giuridico in questione; 3) circa condizioni senza il verificarsi delle quali non si intende porre il medesimo atto.

1) Si ha errore circa la sostanza quando riguarda un elemento costitutivo del negozio: la natura di esso (credo sia una donazione, invece è una compravendita); l'oggetto stesso (credo sia oro vero, invece è finto); la stessa individualità se questa è stata dedotta come elemento costitutivo mediante una *condicio sine qua non*.

2) L'errore circa elementi non sostanziali del negozio è ininfluenza sulla validità ed efficacia del negozio stesso (a meno che il diritto non abbia stabilito diversamente).

3) L'errore circa ciò che ricade nella condizione *sine qua non* si ha quando verte su un elemento che oggettivamente è accidentale e può essere assai marginale, ma che per la persona interessata è di tanta importanza che ad esso lega la validità del suo consenso. Il consenso viene ad avere per oggetto, oltre quello sostanziale proprio dell'atto giuridico in questione, anche quell'elemento accidentale che il soggetto aggiunge in modo inseparabile e assoluto. In questo modo l'errore circa quell'elemento accidentale si converte pure in sostanziale. G. Michiels, infatti, dà questa definizione di errore sostanziale:

² Can. 126: «Actus positus ex ignorantia aut ex errore, qui versetur circa id quod eius substantiam constituit, aut qui recidit in condicionem *sine qua non*, irritus est; secus valet, nisi aliud iure caveatur, sed actus ex ignorantia aut ex errore initus locum dare potest actioni rescissoriae ad normam iuris».

³ Cfr. G. MICHIELS, *Principia generalia*, 649-654, dove elenca le diverse figure di errore.

Error substantialis. – ille scilicet qui, iuxta dicta versatur circa id quod *objective* constituit substantiam actus, vel qui recidit in conditionem sine qua non ideoque versatur circa id quod in animo agentis seu *subjective* pertinet ad substantiam actus⁴.

È importante, al nostro scopo, rilevare che si considera errore sostanziale non solo quello che versa sulla sostanza *oggettiva* dell'atto, ma anche quello che versa circa gli elementi che soggettivamente appartengono alla sostanza, in quanto voluti come condizione *sine qua non*. Il Michiels spiega questo punto fondamentale nella teoria del diritto nell'ordinamento canonico:

Si concretum negotii elementum, quod ignoratur aut false apprehenditur ideoque voluntas agentis non attingitur seu negative excluditur, objective vel subjective pertinet ad juridicam negotii substantiam, eo ipso totum negotium dici debet non volitum seu negative exclusum ideoque ex ipso jure naturali irritum; negotium enim, cum realiter existere nequeat nisi in suo esse juridico perfectum, in tota sua substantia juridica, prout a jure vel ab agente legitime determinatur, indivisim constitutum, dici nequit ab agente volitum seu efficaciter positum, nisi volitum fuerit indivisim, cum omnibus elementis substantialibus ad ejus esse juridicum pertinentibus⁵.

La *condicio sine qua non* di cui al can. 126 non è una condizione in modo esplicito, ma viene dedotta dalla situazione e dalle circostanze: è questo il motivo per cui si usa l'espressione che «ricade in una condizione *sine qua non*». L'atto posto per errore su ciò che ne costituisce la sostanza o che ricade in una condizione *sine qua non* è nullo. «La ragione è ovvia: quando l'ignoranza o l'errore vertono sulla sostanza, in pratica si vuole non quella cosa, ma un'altra; quindi propriamente non si vuole. Quando poi si tratti di un errore che ricada sulla condizione *sine qua non*, di fatto il consenso è dato all'oggetto che non esiste»⁶.

Rimanendo in questa terza ipotesi il legislatore ha adoperato l'espressione *error qui recidit in condicionem sine qua non* per identificare la fattispecie in cui l'errore su un elemento non sostanziale, ma reso tale dalla volontà della persona, ha efficacia invalidante dell'atto.

⁴ G. MICHIELS, *Principia generalia*, 655.

⁵ G. MICHIELS, *Principia generalia*, 656.

⁶ V. DE PAOLIS – A. MONTAN, «Il libro I del codice», 367.

L'uso della categoria della condizione per questa fattispecie di errore, nel can. 126, così come già nel can. 104/17⁷, è stata criticata da parte della dottrina. Le accuse fatte sono di due specie: la incompatibilità fra condizione ed errore e la scorretta sistematizzazione della fattispecie nell'ambito della teoria generale delle nullità, dentro la categoria dell'errore e non, invece, dentro quella della condizione apposta e non verificata, come di fatto avviene.

Si tratta di una questione che riguarda non la sostanza del principio invalidante, ma la sistemazione di questo capo di nullità nel quadro dei capi di nullità dell'atto giuridico. La questione si trascina da tempo e la sua importanza in sé è molto relativa. G. Michiels, in una nota⁸, si pone la questione citando Hilling, che in un articolo del 1927, «affirmat conceptionem legislatoris, iuxta quam error reddit actum irritum, si recidat in conditionem sine qua non, esse minus rectam, quia invaliditas actus in casu non oritur ex errore, sed ex non-adimptione conditionis».

Va rilevato, però, che l'errore in quanto tale, mai può essere causa immediata di nullità dell'atto giuridico, in quanto ogni atto giuridico, per sua natura, è un atto di volontà. La riserva sollevata vale lo stesso se l'errore versa «circa id quod constituit substantiam actus». Ammesso, però, l'errore come radice di nullità, non si vede difficoltà alcuna nell'ammettere nella sistematizzazione dei capi di nullità, la scelta operata dal legislatore anche riguardo all'errore accidentale «se ricade nella condizione sine qua non». Lo conferma lo stesso Michiels, col peso della sua riconosciuta autorità in materia:

Opinor conceptionem legislatoris esse omnino rectam et logicam. Verum est sane quod deficiente elemento per appositionem conditionis tamquam substantiale intento, eo ipso actus est nullus propter defectum elementi substantialis; sed idem valet quando deest elementum quod pertinet ad obiectivam substantiam. In utroque casu tamen qua talis et *in se* consideratus habendus est ut distinctus invalidatis titulus⁹.

⁷ Can. 104 recita: «Error actum irritum reddit, si versetur circa id quod constituit substantiam actus vel recidat in condicionem sine qua non; secus aut valet, nisi aliud iure caveatur; sed in contractibus error locum dare potest actioni rescissoriae ad normam iuris».

⁸ G. MICHIELS, *Principia generalia*, 565, nota 2.

⁹ G. MICHIELS, *Principia generalia*, 655, nota 2.

La polemica è stata mantenuta particolarmente vivace dal Prof. Pio Fedele, il quale — secondo la sintesi di Roberto Serres¹⁰ — già nel 1959 scriveva¹¹ contro tale scelta del legislatore, sempre partendo dal presupposto — gratuito in pura teoria del diritto — che la condizione comporta come elemento essenziale uno stato di dubbio¹², mentre l'errore suppone, per sua natura, uno stato di certezza pur se fondata sull'errore. Si tratterebbe, quindi, di due categorie incompatibili, poiché volendo risolvere l'errore in una condizione, verrebbe a mancare il dubbio, che è il fondamento insostituibile della condizione. Partendo dallo stesso principio, sono sulla stessa linea di pensiero, fra gli altri, i seguenti autori riportati da R. Serres, con le rispettive citazioni in nota: Giacchi¹³, Fumagalli¹⁴, Davino¹⁵, Colantonio¹⁶, García Faílde¹⁷, Funghini¹⁸, Martín de Agar¹⁹.

A Pio Fedele sembra, inoltre, che la figura dell'*error recidens in conditionem* non si possa classificare nella categoria dell'errore perché in questa fattispecie la nullità non proviene dall'errore, che oggettivamente è accidentale, ma dalla condizione apposta e non verificata, la quale assorbirebbe la categoria dell'errore.

Ferraboschi, considerando incompatibili i due istituti, insiste anche sull'opportunità di tenerli ben distinti, perché di fronte all'esito infelice di un matrimonio è facile, anche inconsciamente, scambiare per condizione mancata un errore che altrimenti non sarebbe rilevante ai fini della invalidità²⁰. La stessa giurisprudenza rotale spesso cita la frase di Wernz: «Etenim postquam nuptiae infelicem exitum habuerunt, sponsi facile sibi faciunt fucum atque confundentes errorem de qualitate

¹⁰ P. FEDELE, «Error recidens», 331-333.

¹¹ P. FEDELE, «Error recidens», 37.

¹² D. Staffa scrive: «sicut [...] condicio est revelatio dubii, ita dubium est revelatio condicionis» («De condicione e qua pendet», 228).

¹³ O. GIACCHI, *Il consenso*, 313-322.

¹⁴ O. FUMAGALLI, *Intelletto e volontà*, 436, nota 48.

¹⁵ E. DAVINO, «Il consenso matrimoniale», 23-24.

¹⁶ R. COLANTONIO, «Condicio de futuro», 38-39.

¹⁷ J.J. GARCÍA FAÍLDE, *La nullidad matrimonial*, 67-68, 77.

¹⁸ R. FUNGHINI, «Errore sulla qualità», 64-68.

¹⁹ J.T. MARTÍN DE AGAR, «El error sobre propiedades», 122-123.

²⁰ Cfr. M. FERRABOSCHI, *Il matrimonio sotto condizione*, 40.

accidentali et spem delusam cum vera conditione apposita sub pretextu nullitatis quaerunt excussionem legitimi oneris»²¹. L'errore, osserva M. Ferraboschi, è molto vicino alla condizione e due soprattutto sono i casi in cui le fattispecie si sfiorano: l'errore di diritto è vicino alla condizione *contra substantiam* e l'errore sulle qualità è molto vicino alla condizione *de praeterito* e *de praesenti*²². Vi è tuttavia una differenza — continua l'Autore — fra le due fattispecie che le rende inconciliabili, addirittura opposte, tanto che se c'è l'una non può esserci l'altra. Soprattutto è diverso l'atteggiamento spirituale e lo spiega con l'immagine di un bivio di fronte al quale l'errante è colui che prende la strada sbagliata²³, mentre il negoziatore condizionato è chi si ferma in attesa di informazioni²⁴ e cita, per tutte, una sentenza del 1924 in cui si legge «contractus sub conditione fit de re dubia» e ancora «appositio condicionis est revelatio dubii»²⁵. La categoria dell'*error recidens in condicionem* affonda le sue radici nel diritto romano e ha avuto una

²¹ F.X. WERNZ - P. VIDAL, *Ius canonicum*, V, 560, n.470.

²² Scrive, a questo proposito E. Graziani: «Orbene, se può ritenersi non sempre chiara la dottrina quando determina le due differenti categorie dell'errore e della condizione, non può dirsi irrazionale il disposto del can. 104, ove esso s'interpreti non già come la configurazione dell'assurda ipotesi che uno stato di parziale ignoranza qual'è l'errore, — e che comunque è uno stato di certezza — possa convertirsi nella condizione che è *motus voluntatis*, ma s'interpreti invece in maniera opposta, e cioè che possa darsi un *errore invalidante il quale necessariamente presupponga una volontà condizionata*, senza il qual presupposto non sarebbe più invalidante in quanto semplice errore nella motivazione» (*Volontà attuale e volontà precettiva*, 154).

²³ All'esempio, perché abbia applicazione nel nostro caso, si deve aggiungere che l'errante prende la strada sbagliata B, ma in uno stato intenzionale e volitivo vuole prendere assolutamente la strada A, e solo a causa dell'errore che per lui è invincibile hic et nunc, è persuaso che la strada B conduca al luogo desiderato e la sceglie. Non si tratta di mero sbaglio, ma di uno sbaglio in uno stato volitivo, assolutamente deciso (*ut condicio sine qua non*) a prendere l'unica strada che ritiene conduca al suo scopo.

²⁴ Scrive M. Ferraboschi: «Chi erra vuole perché non sa, chi pone una condizione sa di non sapere e perciò vuole l'evento condizionato subordinatamente all'evento condizionante; l'errante è persuaso della esistenza di un fatto che non esiste, colui il quale condiziona è in dubbio sulla esistenza di un fatto» (*Il matrimonio sotto condizione*, 43).

²⁵ RRD 16, 50, n.4.

elaborazione accuratissima nel periodo del diritto comune da civilisti e canonisti e nei tempi posteriori dai moralisti e canonisti, come ha ampiamente illustrato R. Serres nel suo studio storico-giuridico *Error recidens in condicionem sine qua non* (can. 126), del quale ha presentato, poi, una sintesi con lo stesso titolo in *Periodica* 1998. L'autore ha individuato nel diritto romano ben undici casi²⁶, nei quali l'atto giuridico si attua con un errore oggettivamente accidentale, ma al quale la volontà dell'agente attribuisce un valore sostanziale nel negozio specifico in questione. In questi casi il diritto romano stabilisce la nullità dell'atto basandosi sulla volontà del soggetto. D'altra parte, soltanto in una occasione si fa ricorso esplicito alla categoria della condizione per esprimere il peso determinante che il soggetto attribuiva all'elemento accidentale circa il quale versava l'errore²⁷.

Fra i casi elencati, è particolarmente atto a suscitare la problematica dell'*error recidens* il caso del padre che, assolutamente persuaso della morte in guerra dell'unico figlio, fa testamento in favore di una terza persona. Morto il padre, ed eseguito il testamento, ritorna dalla guerra il figlio il quale impugna il testamento invocando l'errore invincibile del padre. Come interpretare la volontà del *de cuius*, nel caso, per salvare oggettivamente l'eredità? Questo caso dà occasione agli interpreti del diritto romano di sviluppare la problematica inerente allo stato di volontà di chi erra su un elemento di valore determinante per lui.

Gli interpreti, quindi, del diritto romano delle diverse scuole, pur con una grande varietà di sfumature seguono fondamentalmente la stessa linea delle Fonti, riconoscendo la nullità dell'atto giuridico nei casi sopra elencati: i glossatori e i summisti (Irnerio, Glossa d'Accursio, Summa Trecensis, Summa Azonis), i commentatori (Cino da Pistoia, Bartolo da Sassoferrato, Baldo degli Ubaldi, Bartolo da Saliceto, Giovanni da Imola, Pablo de Castro, Alessandro Tartagno, Jassona da Maino), gli umanisti (A. Alciato, F. Duareno, G. Cuiacio, U. Donello), i romanisti del seicento e settecento (G. Brunnemano, G. Voet, G. Averanio), gli autori della scuola del diritto naturale (Ugo Grotio, S. Pufendorf,

²⁶ Sono: C. 6. 21. 9; C. 6. 21. 10 pr.; C. 6. 24. 7; D. 5. 2. 27. 4; D. 5. 2. 28; D. 18. 1. 37; D. 18. 1. 58; D. 18. 2. 14. 2; D. 28. 2. 25 pr.; D. 28. 5. 93 (92); D. 35. 1. 17. 2-3.

²⁷ Cfr. R. SERRES, *Error recidens*, 9-20.

J. Domat, R.-J. Pothier), come, infine, quelli della scuola storica o pandettistica (F. Gluck, F.C. Savigny, C.L. Arndts, B. Windscheid, H. Dernburg)²⁸.

In un arco di tempo così lungo e in tanta diversità di contesti culturali e metodologici, non si può esigere una uniformità nella terminologia e nelle spiegazioni del fenomeno. Affermata la nullità dell'atto, quanto alla giustificazione di tale nullità, rileva Serres che alcuni autori si avvicinano molto a ciò che oggi nel diritto canonico si chiama *volontà interpretativa*, facendo ricorso alla categoria di difetto della causa finale; altri rimangono nei limiti della *volontà effettiva* della persona nel momento di compiere l'atto; questi ricorrono spesso alla categoria della condizione oppure adoperano figure equivalenti²⁹. Molte di queste espressioni che non sono, né possono essere una condizione esplicita, dato lo stato di errore dell'agente, nel fondo equivalgono a ciò che il legislatore canonico intende esprimere con la locuzione «error recidens in condicionem sine qua non».

Pur riconoscendo l'origine romana della categoria dell'errore accidentale che, tenuto conto dell'intenzionalità dell'agente, è causa di nullità dell'atto giuridico, la categoria dell'*error recidens* appartiene all'ordinamento canonico ed ha avuto un lungo *iter* di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, come risulta dallo studio che segue sulle formule «error qualitatis directe et principaliter intentae» (can. 1097 §2) e «dummodo [error] non determinet voluntatem» (can. 1099).

Serres, dopo aver preso in esame una sessantina di autori, da Graziano alla promulgazione del CIC/17, fra i più rappresentativi di ciascun periodo³⁰, constata che i moralisti e i canonisti non hanno potuto fare a meno di occuparsi, specialmente nel campo dei contratti e in quello del matrimonio, del caso dell'errore circa un elemento accidentale al quale il soggetto attribuisce un valore essenziale.

Sotto il punto di vista sostantivo, tutti concordano nell'affermare la nullità dell'atto per diritto naturale. Invece, sotto il punto di vista terminologico, adoperano diverse formule per esprimere questa categoria di errore invalidante. Le principali sono: «errore sostanziale», includendo

²⁸ Cfr. R. SERRES, *Error recidens*, 21-53.

²⁹ Cfr. R. SERRES, *Error recidens*, 190

³⁰ Cfr. R. SERRES, *Error recidens*, 55-123.

nella nozione di sostanza gli elementi accidentali ai quali il soggetto attribuisce valore sostanziale; «errore circa l'unica causa finale» del contratto; «errore circa una qualità o circostanza direttamente e principalmente intesa»; «errore antecedente o dans causam», basandosi sulla presunzione che questo errore comporta sempre una condizione implicita; «errore circa un elemento accidentale che equivale ad una condizione» del contratto³¹.

Il can. 104 CIC/17 e 126 attuale, hanno accolto il principio della nullità dell'atto giuridico compiuto per errore circa un elemento accidentale al quale il soggetto attribuisce un tale valore da non volere l'oggetto proprio dell'atto giuridico se non è anche dotato di quell'elemento. Il legislatore, per designare questa fattispecie, ha adoperato, fra tante altre categorie possibili, quella di «error qui recidit in condicionem sina qua non», consapevole sia della natura accidentale dell'elemento circa il quale versa l'errore, sia del fatto che manca lo stato di dubbio che è incompatibile con lo stato di errore. Tuttavia il legislatore non si distacca dalla tradizione canonistica che dà prevalenza allo stato intenzionale del soggetto, che oggettivamente non vuole il contratto se nell'oggetto manca quel valore accidentale, qualunque sia la conoscenza che egli abbia della realtà oggettiva.

Non desta meraviglia che la formula «error recidens» non abbia suscitato fra i canonisti postcodiciali particolari riserve, tranne quelle sopra menzionate. I trattatisti *De normis generalibus* la spiegano senza concederle un trattamento privilegiato. D'altra parte il silenzio dei matrimonialisti, pur non mancando delle eccezioni³², si spiega con il fatto che nel diritto matrimoniale del Codice del '17, nei canoni sull'errore (cann. 1083-1084) non si adoperano formule che facciano riferimento esplicito a questa figura.

Tuttavia, sia nella dottrina che nella giurisprudenza a partire dagli anni '50 è prevalente, con poche eccezioni, la sentenza secondo cui — come abbiamo visto sopra — il dubbio, almeno iniziale, si richiede solo per la condizione in senso stretto, non per la condizione implicita, per cui è sufficiente l'introduzione nel contratto di un elemento condizionante

³¹ Cfr. R. SERRES, *Error recidens*, 197-198.

³² Cfr. M. HILBERT, «Error in qualitate», 431-432.; S. ZVOLENSKÝ, *Error qualitatis*, 202-206; 210-212.

come parte costitutiva del contratto stesso³³. Già nel 1924 in *una coram Mannucci* si legge: «per se non nocet falsa certitudo, in qua quis sit de conditionis existentia»³⁴, aggiungendo che, nel caso di dubbio, diventerebbe più facile la prova in foro giudiziale.

Vogliamo concludere questo punto osservando ancora che la posizione oggi più comune è quella di spiegare, mediante la condizione, l'efficacia invalidante dell'errore su elementi accidentali cui la volontà attribuisce un valore tale da farli diventare soggettivamente sostanziali. Essendo d'accordo che nell'ordinamento canonico il dubbio non è presupposto essenziale della condizione, non si ravvisa alcuna incompatibilità fra errore e condizione, dato che la condizione viene concepita — afferma R. Serres — come «un meccanismo tramite il quale la volontà introduce nell'oggetto sostanziale dell'atto un elemento accidentale, voluto con volontà prevalente»³⁵.

D'altra parte, poiché la condizione esplicita non è concepibile in uno stato di errore, bisogna concludere che la condizione, risultato dell'errore «qui recidit in condicionem» sia, per sua struttura naturale, una *condizione implicita*.

Ciò premesso, riteniamo di aver preparato il campo per poter capire meglio come la condizione implicita agisce nel campo delle esclusioni (can. 1101 §2) e nei casi delle formule «qualitatis directe et principaliter intentae» del can. 1097 e «dummodo non determinet voluntatem» del can. 1099.

³³ Cfr. R. SERRES, «Error recidens», 340. Non sembrerebbe esatto quanto scrive D. Staffa «sicut [...] condicio est revelatio dubii, ita dubium est revelatio conditionis» («De condicione e qua pendet», 228). Afferma E. Graziani: «Si dice (e si dice esattamente) che, sotto il profilo teoretico, la condizione presuppone il dubbio circa l'esistenza del fatto condizionante (dubbio peraltro oggettivo se trattasi di evento futuro); ma non è sufficiente, a condizionare il consenso, lo stato di incertezza (la *mentis suspensio*), ove, su questa base teoretica indubbiamente necessaria, non intervenga la volizione a fissare le alternative conseguenze della duplice ipotesi svolta» (*Volontà attuale e volontà precettiva*, 126).

³⁴ Sentenza 2 dicembre 1924, *RRD* 16, n.2.

³⁵ Cfr. R. SERRES, «Error recidens», 339.

The first of these is the *Canal Zoological Garden*, which was founded in 1872, and is situated in the city of London. It is the largest of its kind in the world, and contains a large number of animals, including many of the most interesting and valuable species. The garden is divided into several sections, each of which is devoted to a different group of animals. The first section is devoted to the *Canal Fish*, which includes a large number of species of fish, including many of the most common and valuable species. The second section is devoted to the *Canal Birds*, which includes a large number of species of birds, including many of the most common and valuable species. The third section is devoted to the *Canal Mammals*, which includes a large number of species of mammals, including many of the most common and valuable species. The fourth section is devoted to the *Canal Insects*, which includes a large number of species of insects, including many of the most common and valuable species. The fifth section is devoted to the *Canal Reptiles and Amphibians*, which includes a large number of species of reptiles and amphibians, including many of the most common and valuable species. The sixth section is devoted to the *Canal Plants*, which includes a large number of species of plants, including many of the most common and valuable species. The seventh section is devoted to the *Canal Fossils*, which includes a large number of species of fossils, including many of the most common and valuable species. The eighth section is devoted to the *Canal Minerals*, which includes a large number of species of minerals, including many of the most common and valuable species. The ninth section is devoted to the *Canal Geology*, which includes a large number of species of geological specimens, including many of the most common and valuable species. The tenth section is devoted to the *Canal Botany*, which includes a large number of species of botanical specimens, including many of the most common and valuable species. The eleventh section is devoted to the *Canal Zoology*, which includes a large number of species of zoological specimens, including many of the most common and valuable species. The twelfth section is devoted to the *Canal Anthropology*, which includes a large number of species of anthropological specimens, including many of the most common and valuable species. The thirteenth section is devoted to the *Canal History*, which includes a large number of species of historical specimens, including many of the most common and valuable species. The fourteenth section is devoted to the *Canal Art*, which includes a large number of species of artistic specimens, including many of the most common and valuable species. The fifteenth section is devoted to the *Canal Literature*, which includes a large number of species of literary specimens, including many of the most common and valuable species. The sixteenth section is devoted to the *Canal Music*, which includes a large number of species of musical specimens, including many of the most common and valuable species. The seventeenth section is devoted to the *Canal Dance*, which includes a large number of species of dance specimens, including many of the most common and valuable species. The eighteenth section is devoted to the *Canal Games*, which includes a large number of species of game specimens, including many of the most common and valuable species. The nineteenth section is devoted to the *Canal Sports*, which includes a large number of species of sports specimens, including many of the most common and valuable species. The twentieth section is devoted to the *Canal Miscellaneous*, which includes a large number of species of miscellaneous specimens, including many of the most common and valuable species.

CAPITOLO VII

La condizione implicita e le esclusioni (can. 1101 §2)

1. Le condizioni contro la sostanza

La classificazione delle condizioni conosce la categoria delle condizioni contro la sostanza come sottospecie delle condizioni illecite ma, scrive Ferraboschi¹, di una illiceità di secondo grado rispetto alla turpitudine perché non solo va contro i precetti morali, ma anche contro gli elementi essenziali del matrimonio² e non si può volere una cosa senza volerne l'essenza.

¹ M. Ferraboschi dà la definizione di illiceità che «nel nostro caso consiste nello spingere, mediante la condizione, ad un risultato contrario alle prescrizioni giuridiche o morali» (*Il matrimonio sotto condizione*, 84).

² Riportiamo a questo proposito la questione che si trova in tutte la monografie sulla condizione: la questione del matrimonio fra Maria e Giuseppe che potrebbe essere considerato nullo a causa di una condizione circa l'esclusione dei rapporti sessuali. A parte l'irrelevanza della questione in una dimensione fuori quella giuridica, si può, a sostegno della validità, argomentare che non c'è prova; che si trattava solo di un patto a carattere modale, o che l'intenzione era solo quella di non usare del diritto, poiché, *esse rei non dependet ab usu suo*, come afferma S.Tomunaso, (*Suppl.*, p. 3, q. 49, a.3) oppure, infine, come sostiene lo stesso S.Tomunaso che ciascuna parte sapeva tacitamente del voto emesso dall'altro: «B.M. Virgo, antequam contraheret cum Ioseph, fuit certiorata divinitus quod Ioseph in simili proposito erat et ideo non se commisit periculo nubens, nec tamen propter hoc aliquid veritati deperit, quia illud propositum non fuit conditionaliter in consensu appositum» (in *IV Sent.*, dist. 30, q.2, a. 1 ad 11). Commenta E. Graziani: «E la *ratio* che ci dà

Questo è il motivo per cui da sempre, queste condizioni, sono ritenute capaci di rendere nullo il consenso cui vengono apposte³. Mentre infatti si è lungamente discusso, e ancora si discute, sulla possibilità di apporre condizioni al consenso matrimoniale e sugli eventuali effetti, si è sempre convenuto che, ove la condizione tocchi la sostanza del matrimonio, questo è nullo a prescindere dalla purificazione della condizione. Quando il Codice del '17 afferma «condicio [...] si de futuro contra matrimonii substantiam, illud reddit invalidum»⁴, codifica una normativa già indiscussa e comune, la cui fonte più evidente è la decretale di Gregorio IX, *Si conditiones*⁵, in cui viene illustrato il principio con esempi diventati classici, come vedremo dopo.

In che cosa consiste la sostanza del matrimonio?

La sostanza del matrimonio cristiano dipende dagli elementi naturali e soprannaturali che Dio, autore dell'ordine della Creazione e dell'ordine della Redenzione, ha istituito come essenziali sia dell'istituto matrimoniale nella sua realtà creazionale e sia del sacramento del matrimonio per i battezzati. La conoscenza di un tale insieme di elementi essenziali, è posseduta dalla Chiesa attraverso la luce della ragione umana e attraverso la Rivelazione.

Il matrimonio può essere, dunque, definito: un contratto naturale elevato alla dignità di sacramento per i battezzati. Nella sua struttura naturale va compreso attraverso la sua origine, radicata nella natura razionale e sessuata dell'uomo, i suoi fini, il suo *fieri* e il suo *in facto esse*⁶, la sua dimensione sociale, la sua essenziale inserzione nell'ordine morale.

l'Aquinate di questa possibile coesistenza d'una volontà matrimoniale seria e d'un fermo proposito di osservare il voto di castità è tutta nel fatto che tale proposito non fu dedotto *condizionalmente* nel consenso» (*Volontà attuale e volontà precettiva*, 182).

³ Scrive E. Graziani: «Inoltre la condizione *contra matrimonii substantiam*, anche qualora nella destinatio animi del contraente si atteggi alla guisa della condizione propria, si risolve in realtà inevitabilmente nel *defectus consensus*» (*Volontà attuale e volontà precettiva*, 124).

⁴ Can. 1092, 2°.

⁵ X. 4, 5, 7.

⁶ Cfr. B.T. TIMLIN, *Conditional matrimonial consent*, 73.

Schmalzgrueber, tenuto conto dei due ordini, naturale e soprannaturale, del matrimonio cristiano, dà una definizione metafisica che tenta di esprimere la realtà nei termini della filosofia scolastica:

Essentia metaphysica matrimonii in definitione illius consistit; physica in materia et forma. Definitio matrimonii, ut sacramentum est, a plerisque D.D. saltem quod sensum, haec ponitur: est coniunctio maritalis, spiritualis gratiae collativa; vel est contractus, marem et foeminam, nullo iure impeditos, ad individuum vitae societatem, et corporum ad actus coniugales traditionem mutuam obligans, iisque rite dispositis conferens gratiam sanctificantem⁷.

Nel nostro studio non si può non considerare la sacramentalità del matrimonio fra battezzati, dato che anche questo elemento può essere suscettibile di condizione o di esclusione, pur nella diversità delle spiegazioni teoriche⁸.

Quanto alla struttura naturale del matrimonio, Gregorio IX fornisce tre esempi di condizioni «contra substantiam matrimonii», che corrispondono ai «tria bona» agostiniani del matrimonio: 1) «contraho tecum, si generationem prolis evites», 2) «donec inveniam aliam honore vel facultatibus digniorem», 3) «si pro quaestu adulterandam te tradas»⁹; esempi che vengono ripetuti in tutta la tradizione come prototipi della fattispecie di condizione contro la sostanza. Ma ovviamente sono soltanto esempi, non un elenco esaustivo. Né interessa al nostro scopo l'enucleazione precisa — anche se ciò fosse possibile — degli elementi che costituiscono la «substantia matrimonii», le cui condizioni opposte quindi renderebbero *ipso facto* nullo il matrimonio. Ci limitiamo ad alcune osservazioni al riguardo.

La giurisprudenza canonica per lo più tenta di ricondurre tutti gli elementi contro la sostanza, ai «tria bona», mentre il legislatore adopera altri strumenti concettuali, specialmente nel can. 1101 §1.

Quanto al quadro dei «tria bona», adoperato dalla giurisprudenza, va rilevato che ciascuno di essi, specialmente il «bonum prolis» e il «bonum fidei», comprende un insieme di obblighi e diritti, ciascuno dei quali può essere oggetto di una condizione contro la sostanza del matrimonio.

⁷ F. SCHMALZGRUEBER, *Ius ecclesiasticum*, lib. 4, tit. 1, n.288.

⁸ Cfr. M. MINGARDI, *L'esclusione della dignità sacramentale*, 213-249; U. NAVARRETE, «I beni del matrimonio», 94.

⁹ X. 4, 5, 7.

Così sono considerate contro il «*bonum prolis*» le condizioni di evitare la prole, di sterilizzarsi per evitarla, di procurare l'aborto, di uccidere o di abbandonare la prole appena nata¹⁰ etc.

Anche le condizioni contro il «*bonum fidei*» presentano una notevole varietà di fattispecie, ad esempio la condizione di conservare una relazione extraconiugale, di avere una o più concubine, di dedicarsi alla prostituzione, di riservarsi la libertà sessuale, etc. Nel quadro dei «*tria bona*», la condizione di avere più mogli in un ordinamento giuridico che permetta la poligamia, deve essere ricondotta al «*bonum fidei*», pur essendo chiaramente una condizione contro la proprietà essenziale dell'unità¹¹.

Anche il «*bonum sacramenti*», cioè l'indissolubilità del matrimonio, pur nella sua indivisibilità concettuale, comprende diverse possibilità di esprimere una condizione più o meno palese contro la sostanza del matrimonio, ad esempio la condizione di divorziare, di concedere o di ottenere la libertà di rifarsi una nuova vita, di passare ad altre nozze, di andare ciascuno per la propria strada¹², etc.

Il legislatore nel can. 1101 §2 non adopera il quadro dei *bona* agostiniani del matrimonio, ma si avvale di altri strumenti per esprimere la dottrina che, ovviamente, è la stessa che applica la giurisprudenza: «Ma se una o entrambe le parti escludono con un positivo atto di volontà il matrimonio stesso, oppure un suo elemento essenziale, o una sua proprietà essenziale, contraggono invalidamente».

Come vedremo subito, le fattispecie di condizione contro la sostanza del matrimonio, che nel Codice del '17 erano sistemate nel can. 1092 dedicato alle condizioni, il legislatore del Codice dell'83 ha voluto che fossero comprese nel presente canone 1101 §2.

¹⁰ Cfr. P. HUIZING, «*Bonum prolis*», 669-675, dove riporta molti esempi presi dagli autori classici, con la discussione relativa ai casi limite, ad esempio la condizione di non educare la prole, o di non educarla nella religione cattolica.

¹¹ Cfr. U. NAVARRETE, «I beni del matrimonio», 94-95.

¹² Cfr. J.M.A. GONZALES DEL VALLE, «El «*bonum sacramenti*»», 417-437. Commentando una sentenza *coram* Fagiolo del 30 ottobre 1968, sostiene che l'obbligo della coabitazione appartiene al «*bonum indissolubilitatis*», opinione originale e che non sembra possa essere condivisa.

Ora, tentando di inquadrare nelle diverse clausole del canone le rispettive condizioni contro la sostanza, che la giurisprudenza ritiene tali e colloca nel quadro dei beni agostiniani, troviamo in primo luogo che una condizione contro il matrimonio stesso non avrebbe senso, dato che chi simula totalmente il matrimonio non intende fare un patto coniugale, ma vuole ottenere altre finalità estranee all'istituto matrimoniale, tramite la celebrazione esterna simulata dello stesso. Le condizioni contro le proprietà essenziali — e quindi contro la sostanza — in senso stretto sarebbero soltanto quelle che intaccano l'unità (poligamia) o l'indissolubilità. Tutte le altre che abbiamo indicato esemplificativamente sotto il «*bonum prolis*» e il «*bonum fidei*», dovrebbero rientrare nella clausola generalissima «un elemento essenziale» del matrimonio.

Da rilevare, inoltre, che non si fa menzione, nel canone, della sacramentalità, contrariamente a quanto accade nel can. 1099 sull'*error iuris*. Tale silenzio fu deciso nella plenaria del 1981, sotto la proposta del Card. Ratzinger, per motivi ecumenici¹³. Tuttavia non si mette in dubbio che fra due battezzati sarebbe nullo un matrimonio contratto come patto naturale, ma sotto condizione di non celebrare il sacramento.

Dopo il Concilio Vaticano II, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno suscitato il problema se la «comunione di vita» sia elemento essenziale del matrimonio e lo hanno sviscerato sotto tutti i punti di vista. Nonostante l'imprecisione del concetto, oggi ci si orienta a considerare la comunione di vita elemento essenziale del patto coniugale¹⁴. In questa ipotesi, una condizione contro tale elemento costituirebbe una condizione «*contra substantiam matrimonii*», da inquadrare nel «*bonum fidei*» agostiniano.

I metodi moderni di fecondazione assistita, inoltre, danno, luogo a nuove condizioni contro la sostanza, che non potevano essere previste dalla dottrina e dalla giurisprudenza precedente. Ad esempio, la condizione di riservarsi il diritto a dare il seme a terze persone, sia rinunciando al diritto alla paternità, sia anche col patto di avere poi diritto al figlio generato in questo modo; la condizione di ricorrere alla fecondazione eterologa in vitro o per immissione del seme nell'utero della

¹³ Cfr. PONTIFICIO CONSILIUM DE LEGUM TESTIBUS INTERPRETANDIS, *Congregatio Plenaria*, 458.

¹⁴ Cfr. F.J. MORENO DIEHEL, *El derecho a la comunidad de vida*, 61-72.

moglie, se il marito non ha seme fecondo, etc.; la condizione di conservare il seme del marito nelle «banche del seme», affinché eventualmente la moglie possa essere fecondata con esso dopo la morte di lui¹⁵, etc. Queste condizioni che, sotto il punto di vista sostantivo, sono sicuramente «*contra substantiam matrimonii*», sotto il punto di vista sistematico, nel quadro dei «*tria bona*», potrebbero essere ritenute sia contro il «*bonum prolis*», sia contro il «*bonum fidei*», mentre fra le clausole del can. 1101 §2 rientrano senza forzature nel concetto generale di «elemento essenziale» del matrimonio¹⁶.

In questo studio abbiamo preso in considerazione le «*condiciones contra substantiam*», nel senso in cui il termine viene preso nella tradizione canonistica accolta nel can. 1092 del CIC/17, consapevoli, però, che non si verifica il concetto di condizione, dato che il valore del contratto non dipende dalla verifica dell'evento condizionante, ma semplicemente dal fatto di apporre la condizione. Inoltre, abbiamo tenuto presente soltanto le fattispecie in cui la condizione viene formulata, anche se forse non espressa esteriormente, con la chiarezza grammaticale propria degli strumenti concettuali e linguistici per formulare una volontà formalmente condizionante, quali sono le particelle «se», «pur che», «a meno che», e altre formule grammaticali equivalenti.

Ciò ci ha preparato la via per studiare altri stati intenzionali veramente «*contra substantiam matrimonii*», ma in cui la volontà condizionante non si configura esplicitamente come tale nemmeno nella mente del soggetto.

2. Le esclusioni (can. 1101 §2)

Innanzitutto va rilevato che nel can. 1101 §2 non si trova il termine *conditio contra substantiam matrimonii*, mentre d'altra parte è scomparsa dal canone 1102, corrispondente al can. 1092/17 la menzione di questa fattispecie, nonostante l'immensa portata giurisprudenziale che essa ha nella sua complessa varietà di condizionare il consenso alla

¹⁵ Cfr. U. NAVARRETE, «*Novae methodi technicae procreationis*», 96-100.

¹⁶ Cfr. U. NAVARRETE, «*Novae methodi technicae procreationis*», 100-102.

presenza o assenza di un elemento che oggettivamente è incompatibile con la struttura del matrimonio.

La soluzione ce la indica chiaramente il Relatore, P. Huizing, del *coetus laboris*, nel riferire che dal canone relativo al matrimonio condizionato è stata omessa la fattispecie della condizione «*contra substantiam matrimonii*», ritenendo che la materia era compresa nel canone sulle esclusioni per atto positivo di volontà.

Il legislatore ha sancito questa proposta, la quale del resto accoglieva il sentire di molti canonisti che rilevavano la affinità concettuale fra la *condizione contro la sostanza* e la *esclusione per atto positivo di volontà* di quell'elemento oggetto di tale condizione. Si tratta, infatti, di diverse modalità del configurarsi e dell'esprimersi della volontà condizionante o escludente. Nella sostanza è sempre il problema della volontà del soggetto di fronte al matrimonio nella sua realtà oggettiva naturale, e soprannaturale per i battezzati, nei confronti di uno dei suoi valori essenziali e quindi inseparabili, al quale, però, il soggetto — in modo più o meno consapevole — dà preferenza nella sua tendenza intenzionale.

Il Vlaming – Bender, per esempio, dopo aver trattato per *modum unius* dei due canoni (1092, n.2 e 1086 §2 CIC/17), aggiunge un lungo *corollarium* dal titolo: *De relatione inter c. 1086 et c. 1092, n.2*, dove dimostra con dovizia di argomenti l'identità oggettiva delle fattispecie della condizione contro la sostanza del matrimonio e la esclusione per atto positivo di volontà di cui al citato can. 1086 §2¹⁷.

Simulazione e condizione

Nell'ordinamento canonico il matrimonio è protetto, fra l'altro, con due presunzioni di diritto di grande portata, e cioè che nel dubbio ci si pronunci a favore del vincolo (can. 1060) e che il consenso, così come espresso, corrisponda al sentire interno (can. 1101 §1). È vero, altresì, che essendo il consenso causa efficiente del matrimonio e per diritto naturale insostituibile da alcun potere umano (can. 1057 §1), se questo manca o è viziato, il matrimonio non può esistere. La *simulazione* è, appunto, il fenomeno per cui ad un consenso prestato correttamente non corrisponde il sentire interno. Si afferma di volere il matrimonio così

¹⁷ TH.M. VLAMING – L. BENDER, *Praelectiones iuris matrimonii*, 396-400.

come la Chiesa lo intende, ma in realtà se ne esclude una proprietà essenziale o addirittura si esclude il matrimonio stesso. In tal caso il consenso, si dice, è simulato e il matrimonio è nullo¹⁸.

Nella tradizione canonistica, come abbiamo avuto occasione di constatare, si parla di «condicio» nelle fattispecie di condizione apposta al contratto¹⁹, mentre nel caso del contrasto del fatto simulatorio, gli autori adoperano altre espressioni per indicare tale intenzionalità del soggetto diversa dal senso delle parole.

Così, ad esempio, Pietro Lombardo adopera la frase «quod corde non vult», mentre Sicardus Cremonensis usa il termine «voluntas interna». Nel contrasto però prevale la manifestazione della volontà. Scrive Pietro Lombardo: «Si sponsi verbis explicant, quod tamen corde non volunt, si non sit coactio vel dolus, obligatio illa verborum, quibus consentiunt dicentes: "accipio te in virum et ego te in uxorem" matrimonium facit»²⁰. E Sicardus Cremonensis: «Species declarationis externae praevalent veritati voluntatis internae, nam Ecclesia de occultis non iudicat, nemo lucrum ex dolo reportare debet, et forma sollemnis valet»²¹.

Si avverte la mancanza di chiarezza fra foro interno (effetti oggettivi di tale volontà) e foro esterno, specialmente in Pietro Lombardo. Più chiaro appare S. Cremomensis nel considerare il caso soltanto sotto il punto di vista del foro esterno. Si direbbe, applicando la categoria delle presunzioni, che si tratta di una *praesumptio iuris et de iure*.

Si riconosce, quindi, l'esistenza della *voluntas interna* non manifestata del soggetto²² — poi si dirà *intentio mente retenta* —, e la rilevanza

¹⁸ Analizzando i casi in cui una scissione della volontà interessa la validità del matrimonio, E. Graziani scrive: «Questa scissione può avvenire unicamente tra i due aspetti della volontà negoziale, cioè tra la volizione concreta e la volontà astratta (normativa), cioè tra la dichiarazione e il suo valore normativo; e può avvenire in due modi: o con la semplice separazione ipotetica e temporale dei due aspetti, ossia con la scomposizione del consenso in due momenti; oppure con la negazione (o modificazione) del valore normativo della dichiarazione. Nel primo caso si ha il fenomeno della volontà condizionata o del termine, nel secondo caso il fenomeno simulatorio» (*Volontà attuale e volontà precettiva*, 86).

¹⁹ X. 4, 5.

²⁰ P. LOMBARDUS, *In IV Sent.*, Dist. 27, c. 2.

²¹ SICARDUS CREMONENSIS, *Summa* in C. 29, q. 1.

²² Come rileva A. Stankiewicz, il tenore della decretale *Tuas nos* di Innocenzo III (X. 4, 1, 26) avvalorava il proposito unilaterale di *non consentire illam ducere in*

della *condicio contra substantiam matrimonii* così come stabilita per la prima volta nella decretale *Si conditiones* di Gregorio IX²³, secondo il principio della tradizione romana che, solo mediante la condizione, le parti possono limitare gli effetti di un negozio e quindi anche del contratto matrimoniale. Si richiedeva, quindi, la condizione e il patto per superare la barriera del foro penitenziale entro cui era costretta la volontà solo interna antimatrimoniale che divergeva dalla dichiarazione del consenso²⁴: nel foro giudiziale tale volontà difforme era irrilevante, mentre nel foro interno si imponeva il rinnovo del consenso²⁵.

Come sottolinea Stankiewicz, non era neppure sufficiente una forma unilaterale di condizione, tanto che a partire da Sinibaldo Fieschi, il futuro papa Innocenzo IV²⁶, perché una condizione *contra matrimonii substantiam* fosse efficace si richiedeva il patto bilaterale, cioè che la *condicio* fosse *in pactum deducta*²⁷.

Su questa questione ci rimettiamo al capitolo III, nella Parte prima, dedicato a questo problema nei suoi risvolti storici.

La simulazione viene descritta dal Cappello come il fatto nel quale «*contrahentes externe quidem signa ponit aut verba rite profert, sed interne consensum non habet*»²⁸, e in termini simili dal Gasparri, che scrive: «*Fictio seu simulatio consensus matrimonialis tunc verificatur,*

uxorem ai fini del consenso, ma in campo canonico, sulla scia dell'esperienza giuridica romana si riteneva irrilevante nel foro giudiziale la mancanza di volontà, chiamata nel medioevo «riserva mentale», di una sola parte; cfr. «Concretizzazione del fatto simulatorio», 4.

²³ X. 4, 5, 7.

²⁴ Cfr. A. STANKIEWICZ, «Concretizzazione del fatto simulatorio», 4.

²⁵ Cfr. Panormitanus: «*debet tamen sacerdos in foro animae illum inducere ut consentiat de novo, et sic ut purget dolum ab eo commissum, et ut aptet se foro judiciali*» (X. 4, 1, 26, n. 6).

²⁶ Si affermava «*nisi ambo consentiant non impeditur matrimonium*», ciò sulla base di un testo di S. Agostino, riportato anche da Graziano nel canone *Aliquando* (C. 32, q. 2, c. 7) secondo cui «*Si ambo tales sint, coniuges non sunt*» (INNOCENZO IV, X. 4, 6, 7).

²⁷ A. Stankiewicz osserva che in origine, sulla base dell'esperienza giuridica romana, la operatività pratica della condizione dipendeva dalla qualità di *pactum*, soprattutto quando si trattava di condizione risolutiva era necessaria una *conventio* bilaterale a se stante («Concretizzazione del fatto simulatorio», 5).

²⁸ F. CAPPELLO, *De matrimonio*, 526, n. 593, 3.

quando contrahens externe quidem verba consensum exprimentia serio et rite profert, sed interne illum non habet»²⁹. Il Cappello manifesta il suo disaccordo con gli autori che adoperano la terminologia *simulatio totalis* e *simulatio partialis*: «Huiusmodi modus loquendi non placet, quia consensus matrimonialis non est divisibilis»³⁰. Per la fattispecie della simulazione totale, il Cappello sembra preferire il termine « *fictio* quae proprie difert a *simulatione*, quatenus ea denotat deceptionem seu falsitatem sive interne sive externe quamodocumque habitam»³¹. Tale *finzione* , per lo più, si verifica soltanto nella fattispecie della esclusione del matrimonio stesso (*simulatio totalis*) in quanto il contraente non intende il matrimonio, ma ottenere altri oggetti tramite la celebrazione del matrimonio stesso. Nella, cosiddetta, *simulatio partialis*, manca, invece, per lo più la *fictio* o *voluntas decipiendi*. Non si può, perciò, non rilevare che esiste una profonda differenza fra la fattispecie designata come simulazione totale e tutte le altre. La questione, tuttavia, è in parte terminologica in quanto tutti riconoscono la differenza e tutti ammettono pure che si verifica il fatto simulatorio in tutte le fattispecie comprese nel canone, nel senso che in tutte ha luogo la discordanza fra il contenuto reale dell'atto di volontà (il *volitum*) e la sua manifestazione.

Il termine simulazione viene adoperato nell'ambito dottrinale e giurisprudenziale fino alla codificazione del '17, in cui al termine *simulatio* si preferisce quello di *exclusio*, come punto finale del complesso procedimento simulatorio nei confronti del suo specifico oggetto, ossia del suo *volitum*.

Simulazione e condizione rimangono, dunque, fino al codice del 1917, legate a doppio filo, anche se, come osserva A. Stankiewicz, in prossimità della codificazione si cominciano a cercare nuove soluzioni in ambito teologico-morale per sottrarsi alla soggezione della *condicio*.

Si usa sempre più il termine *intentio*, nel senso di atto di volontà diretto verso il suo oggetto³², per indicare la volontà oggettiva interna del soggetto e viene riconosciuta la sua efficacia invalidante sia *corde*

²⁹ P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, II, 36, n.814.

³⁰ F. CAPPELLO, *De matrimonio*, 526, n. 593, 3.

³¹ F. CAPPELLO, *De matrimonio*, 526, n. 593, 3.

³² Cfr. S. Tommaso: «actus voluntatis quatenus tendit in obiectum» (Ia-Iae, q. 12, a. 1).

retenta, sia *in pactum* o *in condicionem deducta*; in altre parole, la *praesumptio iuris et de iure* sulla conformità della volontà a la sua manifestazione passa ad essere una *praesumptio iuris tantum*, pur se protetta con peculiari accorgimenti processuali.

La giurisprudenza del S. Ufficio, in diverse pronuncie giurisprudenziali del secolo scorso inoltrato, tiene conto di questa nuova dottrina³³.

Prescindendo dal dato terminologico e sistematico delle diverse fattispecie, la dottrina e la giurisprudenza, meglio forse che il legislatore, sono riuscite a trovare un punto centrale di convergenza, il quale non poteva non essere che l'intenzionalità oggettiva dell'atto di volontà, in altre parole l'*intenzione* dei contraenti.

Con felice sintesi scrive P. Cappello: «*Intentio* est actus voluntatis quae directe et immediate fertur in aliquod obiectum, v. gr. matrimonium. *Conditio* est circumstantia in quam fertur ipsa intentio seu voluntas. Proinde quae dicuntur de intentione, applicantur etiam conditioni; et viceversa». Fatta questa equiparazione, conclude affermando la supremazia e intangibilità dell'intenzione: «*Ad valorem* matrimonii nihil refert utrum intentio (item per se conditio) sit explicita an implicita, mere interna an exterius manifestata, bona an mala fide posita, ex parte unius an utriusque nupturientis»³⁴.

Su questa base ferma, acquisita dalla dottrina, si può costruire una sintesi unitaria di tutte le forme di nullità per discordanza fra volontà reale interna ed esterna manifestazione del consenso. Si può comprendere, allora, facilmente, perché Giovanni Paolo II, nell'allocuzione ai Rotali del 1993, abbia potuto ridurre a unità tutta la immensa varietà di stati intenzionali, esigendo per la nullità del matrimonio che il fatto simulatorio sia sempre concretizzato, da parte dell'asserito simulatore, in un «actus positivus voluntatis»³⁵. In questa visione — osserva

³³ S.C.S. OFFICII, instr. ad Vic. A. Oceaniae, 6 apr. 1843, in P. GASPARRI, *CICFontes*, IV, n. 894, 170-171; instr. pro Vic. Ap. ad Gallas, 20 iun. 1866, IV, n.994, 286; instr. ad Vic. Ap. Oceaniae Central., 18 dec. 1872, IV, n.1024, 332; instr. ad EP. S. Alberti, 9 dec. 1874, IV, n.1036, 346; instr. ad Ep. Nesquallien., 24 ian. 1877, IV, n.1050, 371. Cfr. P. GASPARRI, *De matrimonio*, II, 86-90, n. 908-911, con brevi commenti ai singoli documenti.

³⁴ F. CAPPELLO, *De matrimonio*, 525-526, n. 593, 1.

³⁵ AAS 85 (1993) 1259. Giovanni Paolo II, riferendosi al can. 1101 §2 CIC e 824 §2 CCEO, afferma che «sarebbe grave ferita inferta alla stabilità del matrimonio e

A. Stankiewicz³⁶ — la simulazione assume una funzione pratica, sinonimica della *exclusio* del matrimonio stesso o delle sue proprietà ed elementi essenziali, effettuata con atto positivo di volontà sia unilaterale che bilaterale e che comporta la nullità del matrimonio rilevante in *utroque foro*.

3. Positivo atto di volontà, intenzione e condizione

Affermata l'unità fondamentale della dottrina sull'intenzionalità del soggetto, troviamo un gran numero di diverse espressioni per identificare questa realtà: l'uso dei termini «simulazione», «intenzione contra substantiam», «condizione contra substantiam», «simulazione parziale», «riserva mentale» è stato sempre promiscuo³⁷.

P. Huizing, ha fatto un elenco di autori, certo non completo, per segnalare la confusione al riguardo.

Ci sono autori che parlano indifferentemente di intenzione, atto positivo di volontà e simulazione parziale, distinguendoli, però dalla condizione, come Conte a Coronata, Giacchi, Fedele, Oddi, Bänk, Ferraboschi, Eichmann — Morsdorf³⁸. Altri, invece, riducono la condizione alla simulazione, come Graziani, Jemolo, Ferraboschi, Linneborn, Flatten. C'è chi ritiene esserci la condizione solo ove l'atto sia posto da entrambe le parti, mentre la simulazione designerebbe l'atto posto solo da una parte, come Triebs, cui Morsdorf replica che tanto la simulazione che la condizione possono essere tanto unilaterali che bilaterali, tanto pubbliche che occulte³⁹.

quindi alla sacralità di esso, se il fatto simulatorio non fosse sempre concretizzato da parte dell'asserito simulante in un "actus positivus voluntatis"».

³⁶ Cfr. A. STANKIEWICZ, «Concretizzazione del fatto simulatorio», 259.

³⁷ Cfr. P. HUIZING, «Actus excludens», 787.

³⁸ Cfr. P. HUIZING, «Actus excludens», 787, nota 265.

³⁹ Cfr. P. HUIZING, «Actus excludens», 787, nota 266. A questo proposito è interessante quanto scrive E. Graziani e quanto, poi, lo stesso Autore riporta nella nota relativa: «Conseguentemente, in rapporto alla ipotesi negativa — qualora il fatto si dimostri inesistente o l'evento non si verifichi — la dichiarazione, apparentemente incondizionata del negoziatore sotto condizione unilaterale, è dichiarazione reticente e quindi, come avremo occasione di considerare appresso, dichiarazione unilateralmente simulata» (*Volontà attuale e volontà precettiva*, 136), e nella nota 16, si legge: «Osserva sul punto il Galassi (*Il matrimonio condizionato nel diritto*

Volendo fare un po' di chiarezza, proviamo a precisare il campo di convergenza e la differenza dei diversi termini della questione: «intenzione», «positivo atto di volontà» e «condizione».

Intenzione

Il termine *intentio*, abbiamo visto, ha un'origine teologico-morale⁴⁰ ed è stato usato da S. Tommaso nel senso di atto di volontà diretto verso il suo oggetto. Ma, osserva il Ferraboschi⁴¹, senza troppo fondamento, che il termine è suscettibile anche di un'altra accezione, ed è quella di «proposito», cioè la mera rappresentazione intellettuale dell'atto di volontà. Secondo lui è l'ambiguità del termine che ha generato gli equivoci e la confusione nella terminologia giuridica della nostra materia. Se, infatti, per «intenzione» si intende «proposito», è questo un atto dell'intelletto e non della volontà, è «la rappresentazione dell'atto volitivo, non il volere», è un atto che non tocca l'essenza del contratto, né lo limita, né lo muta⁴²; significa formulare deliberazioni più o meno precise, ma non ancora tradurle in essere, farle passare dice il Ferraboschi dal piano della coscienza al piano del mondo esterno: è solo

orientale secondo la nuova disciplina, in *Ephem. Jur. Can.* 1950, p.238): «Rispetto al negozio tipico, l'apposizione di condizione obbiettivamente costituisce sempre — subiettivamente solo quando la condizione sia apposta da un contraente nell'ignoranza dell'altro — simulazione[...]». Gli obietta il Dossetti (*La formazione progressiva* cit., p.124 nota 97) che «a parte l'improprietà della qualifica di negozio simulato sia nel caso di condizione tacita sia ancora di più nel caso di condizione espressa (per il quale non si dà alcuna divergenza tra il dichiarato e il voluto) non è vero [...] che nel matrimonio condizionale si dia in assoluto l'*actus positivus voluntatis* di cui al can. 1086 §2». Ora, a mio avviso [commenta Graziani nella nota], se non v'ha dubbio che non possa darsi simulazione senza *animus simulandi* e che quindi la condizione espressa non possa ridursi a simulazione, diversamente deve ritenersi per la condizione apposta al matrimonio *inscia altera parte*. Se quivi non si dà «in assoluto» la positiva esclusione del matrimonio, tuttavia esso positivamente si esclude in una delle due ipotesi configurate, mentre falsamente si dichiara alla controparte di accettarlo, *sic et simpliciter*» (*Volontà attuale e volontà precettiva*, 136, nota 16).

⁴⁰ Cfr. A. STANKIEWICZ, «Concretizzazione del fatto simulatorio», 6.

⁴¹ M. FERRABOSCHI, *Il matrimonio sotto condizione*, 60 e seguenti.

⁴² Cfr. *coram* Solieri, 19 febbraio 1924, *RRD*, 16, n.2.

un atto di volontà che può operare questo passaggio. Qui, invero, si può obiettare che quanto rende inefficace una intenzione in tal senso non è l'appartenenza al piano della coscienza, ma l'appartenenza al piano del solo intelletto: la decisione non è avvenuta, nel piano del mondo esterno, ma neanche in quello della coscienza, perché altrimenti sarebbe stata comunque efficace.

In questa ottica di valutazione (di intenzione come mero proposito) l'intenzione, quindi, appartiene all'intelletto e non produce effetti giuridici, mentre la condizione appartiene alla sfera della volontà e quindi è efficace: è la differenza che esiste fra chi afferma che vuole sposare un medico e chi dice «se sei medico ti sposo»⁴³. Nei casi concreti è difficile distinguere fra un proposito e una condizione effettivamente apposta, e tantopiù ora che l'ordinamento canonico concede rilevanza alla volontà virtuale, c'è l'onere di provare l'apposizione di una condizione a carico di chi la sostiene, vigendo, infatti, a protezione del matrimonio una presunzione di purità degli atti.

Dobbiamo osservare, riguardo all'interpretazione del Ferraboschi, che pur se nel linguaggio corrente e in certi contesti *intenzione* può significare *proposito* nel senso che egli spiega, tuttavia, nel campo della morale e del diritto canonico, significa molto di più e cioè: il senso, la direzione, l'orientamento dato responsabilmente all'atto di volontà e perciò l'intenzione qualifica l'atto morale e può determinare la validità dell'atto giuridico. Perciò nell'ordinamento canonico, l'*intentio* non è un mero «proposito» che resta nell'intelletto, ma opera direttamente nel campo della volontà. Anche nell'esempio riportato nella nota 41, di chi *vuole* sposare un medico, intenzione che la sentenza rotale definisce «*mero proposito* di apporre la condizione», sempre si tratta del campo volitivo; guidato ovviamente dell'intelletto, ma che non resta nel mero

⁴³ In una sentenza *coram* Jullien, si porta il caso di un emigrato di 43 anni che tornato in patria decide di sposare una donna onesta. Conosce una donna di 30 anni che «non aveva mai baciato un uomo» e la sposa. Successivamente scopre che aveva due figli. Chiede la nullità del suo matrimonio invocando la condizione apposta, facendo preciso riferimento negli interrogatori all'apposizione di una *condicio sine qua non*. I giudici non ravvisano, però, nel caso nulla più che un mero proposito di apporre una condizione non di una condizione effettivamente apposta (sentenza 18 febbraio 1924, *RRD* 16, 48).

intelletto, ma ha fatto il passaggio alla volontà qualificando il suo operare.

Lo stesso Ferraboschi presenta l'accezione del termine «intenzione» come «disposizione spirituale, a direzione della volontà nel compimento di un determinato atto»⁴⁴. In questa accezione coincide con l'atto positivo di volontà, nel nostro caso quell'atto volitivo con cui si esclude dal matrimonio un elemento che appartiene alla sua «sostanza» nel senso del can. 1101 §2. È questa l'accezione di S. Tommaso: «est igitur intentio actus voluntatis quatenus tendit in obiectum»⁴⁵.

A questo punto, con questa accezione del termine «intenzione» che è quella propria dell'ordinamento canonico, sorge la domanda in che cosa l'intenzione come *actus voluntatis* differisca dalla condizione⁴⁶. La questione, oggi è superata, pur nella varietà di terminologia e di spiegazione.

In Italia è nota la polemica che sostennero, a questo proposito, P. Fedele e P. Cipriotti.

Per P. Fedele va confutata la teoria per cui non sarebbe rilevante altra *intentio* se non quella che è anche *conditio contra substantiam*, altrimenti se così fosse sarebbe inutile il can. 1086 CIC/17 e, pur notando notevoli affinità, parla di «sostanziale diversità concettuale che corre tra le due figure». Cipriotti conviene sulla necessità di tenere distinte delle due figure, ma rifiuta la tendenza a far rientrare la *intentio* nella *condicio* come specie nel genere, sostenendo che, al contrario, la *condicio contra substantiam* del can. 1092, 2°, CIC/17 non è altro che uno dei modi che può assumere l'*actus positivus voluntatis*, cioè l'*intentio contra substantiam* del can. 1086, §2 e afferma, quindi, che è la *condicio* ad essere assorbita dalla *intentio* tanto da rendere inutile il can. 1092, 2°.

⁴⁴ M. FERRABOSCHI, *Il matrimonio sotto condizione*, 62.

⁴⁵ S. TOMMASO, Ia, IIae, q. 12, a. 1.

⁴⁶ Scrive E. Graziani sulla polemica a riguardo: «Dunque la differenza intercorrente tra *intentio* e *conditio* (se non vado errato) sarebbe quella che solo nella *conditio* è configurabile quel fenomeno volitivo che abbiamo provvisoriamente denominato simulazione impropria, e cioè la concomitanza dell'esclusione e dell'*error juris* circa l'essenzialità dell'elemento escluso, e quindi l'assenza della *fraus legis*» (*Volontà attuale e volontà precettiva*, 200).

voluti dai codificatori, secondo Ciprotti, solo per una esigenza di completezza nella considerazione delle ipotesi di condizione⁴⁷.

Oggi, invece, il legislatore ha ritenuto non necessaria questa «esigenza di completezza» e ha cancellato dal codice la figura della condizione *contra substantiam*, ritenendola assorbita nel dettato del can. 1101 §2. La posizione, quindi, di P. Cipriotti è quella prevalsa nel codice, dato che il legislatore ha fatto rientrare la *condicio contra substantiam* nell'atto positivo della volontà escludente e non viceversa. Ora l'atto escludente, come vedremo subito, altro non è che l'intenzione del soggetto che dirige l'atto di volontà verso un oggetto che non è il matrimonio.

Positivus voluntatis actus

Il termine, la cui paternità è da attribuirsi a Sánchez⁴⁸, fu adoperato dal Card. Gasparri già prima del codice quando, parlando dell'errore di diritto, scriveva: «positivo voluntatis actu non excludit proprietatem matrimonio essentialem, licet excluderet si de ea cogitaret»⁴⁹. Venne ripreso e utilizzato in una famosa sentenza rotale del 1911 *coram* Many⁵⁰ che contribuì ad influenzare i lavori sugli schemi del matrimonio. In questa sentenza, infatti, si parla di «positivo atto di volontà», che per avere effetti invalidanti deve essere attuale o virtuale, quindi anche non dedotto *in pactum*, con cui si esclude, nella fattispecie, l'indissolubilità del matrimonio.

Il termine «positivo» — ritenuto da alcuni superfluo in quanto ogni atto di volontà è espressamente positivo, anche quando l'oggetto sia un «nolitum» — era stato usato precedentemente da Mori in una sentenza del 24.7.1909, con riferimento all'*intentio*: «cum haec positiva intentio destruat matrimonium ob defectum animi matrimonialis in suum verum obiectum, seu matrimonium indissolubile». La sentenza confirmatoria

⁴⁷ Cfr. P. CIPROTTI, «A proposito di intentio e conditio», 360.

⁴⁸ T. SÁNCHEZ, *De matrimonio*, lib.1, disp.9, n.1,2,5, che riteneva pertanto che l'atto positivo di volontà dovesse essere *deductus in pactum*, quantomeno per il rigetto del *bonum fidei* e del *bonum prolis quoad obligationem*; cfr. A. STANKIEWICZ, «Concretizzazione del fatto simulatorio», 9.

⁴⁹ P. GASPARRI, *De matrimonio*, II, 23.

⁵⁰ *Coram* Many, 21 gennaio 1911, *RRD* 3, 16-17.

della sentenza di Many, *una coram* Lega del 30 agosto 1911⁵¹, mantiene la posizione giuridica per cui si attribuisce rilevanza alla simulazione anche quando l'atto di volontà è in foro interno, ma usa di nuovo il termine tradizionale di «intenzione», attribuendo efficacia alla «intentio explicita et positiva corde retenta sed non deducta in pactum et conditionem».

Nella complessità della problematica in questione, interessa, in modo particolare al nostro studio la discussione degli autori su due questioni specifiche, e cioè:

a) se le figure della condizione contro la sostanza e l'atto positivo di volontà escludente siano identiche fra di loro;

b) se l'intenzione escludente e la condizione contro la sostanza comportino due atti di volontà oppure uno soltanto.

a) La condizione contro la sostanza è intenzione escludente.

Quello che emerge investigando nelle definizioni e nell'uso che viene fatto dei diversi termini è che c'è un punto di raccordo che li lega: tanto l'esclusione che la condizione, per essere efficaci, hanno bisogno di essere concretizzate in un positivo atto di volontà, ovvero ci deve essere l'intenzione attuale o virtuale di escludere dall'oggetto del consenso un elemento che pur non appartenendo alla sostanza è inseparabilmente unito alla medesima, oppure di condizionare il proprio consenso alla mancanza di tale elemento sostanziale. Nella simulazione e nella condizione contro la sostanza, l'intenzione è, invero, la medesima: escludere dal matrimonio qualcosa che pur non appartenendo alla sua sostanza è inseparabilmente unito alla medesima⁵².

⁵¹ *Coram* Lega, 30 agosto 1911, *RRD* 3, 463-464.

⁵² Trascrivo la nota 27 del testo di E. Graziani: «Sul *positivus voluntatis actus* e sulla equivalenza del detto concetto al concetto di *conditio lato sensu* confronta STAFFA, *De conditione contra matr. cit.*, *passim*, nonché ID., *De actu positivus voluntatis*, in *Mon. Eccl.*, 1949, pp.164 sgg. Quivi l'A. ottimamente rileva come, sotto il profilo teoretico, debba essere chiara nella mente del disponente la nozione dei due oggetti (matrimonio *prout a Deo institutum est* e relazione intersessuale che s'intende instaurare); cioè proprio quello svolgimento della duplice ipotesi che dicemmo essere indefettibile nell'apposizione della condizione propria e che ritroviamo *mutatis mutandis* nella cosiddetta condizione *contra substantiam*, cioè

La dottrina e la giurisprudenza hanno ritenuto, ma nemmeno, come vedremo, troppo nettamente, distinte le due categorie, delle esclusioni e delle condizioni contro la sostanza, solo nel periodo tra il codice del '17 e il codice dell'83, periodo in cui il legislatore stesso ha operato la differenziazione.

È, infatti, solo in tale periodo che le due categorie sono state ufficialmente distinte con due canoni differenti, rispettivamente dedicati: il can. 1086 alle esclusioni «si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum, aut omne ius ad coniugalem actum, vel essentialem aliquam matrimonii proprietatem, invalide contrahit», e il can. 1092, 2° «condicio [...] si de futuro contra matrimonii substantiam, illud reddit invalidum» alla condizione.

Malgrado la separazione nei due diversi canoni, alcuni autori continuavano a ritenere che i due canoni fossero identici o, quantomeno, fosse solo una differenza di «esplicitazione». Secondo l'opinione prevalente la condizione prevista dal can. 1092, 2° si differenziava solo nella forma e non nella sostanza dall'atto positivo di volontà del can. 1086, § 2, nonostante la tradizione canonica sulla non corretta impostazione del problema data da Gregorio IX, nella sua decretale *Si conditiones* (X, 4, 5, 7). La discussione era maturata, in tal modo, nel senso dell'identità sostanziale delle due figure, così che il *coetus laboris* per la revisione del Codice, come abbiamo detto sopra, già dai primi schemi ha optato per la soppressione del n.2 del can. 1092, ritenendo che non si tratta di condizione, ma di atto positivo di volontà: «hic non agitur de conditionibus veri nominis, sed de actu positivo voluntatis quo elementum essenziale matrimonii excluditur»⁵³.

Fra gli autori che avevano difeso la differenza fra le due figure meritano di essere menzionati S. Fraghi e M. Ferraboschi, i quali presentano in sintesi gli argomenti su cui si basava questa posizione⁵⁴.

nell'atto positivo della volontà, di cui al can. 1086, §2» (*Volontà attuale e volontà precettiva*, 187).

⁵³ *Communicationes* 3 (1971) 78.

⁵⁴ O. Giacchi, pur riconoscendo dominante la dottrina contraria, è fra gli autori che difendono la distinzione fra *conditio contra substantiam* e simulazione parziale, basando tale differenza sul *positivus voluntatis actus*, proprio, a suo avviso, solo della simulazione parziale; la *conditio contra substantiam* si differenzia dalla simu-

Il Fraghì ritiene che i due canoni disciplinino due istituti differenti: l'effetto è identico, ed è quello della nullità del matrimonio, ma la causa della nullità è diversa; nel caso della simulazione c'è una discrepanza netta fra il consenso espresso e l'animo interno in cui esiste una volontà negativa, antimatrimoniale, che non vuole il matrimonio stesso oppure una delle proprietà essenziali, mentre nella condizione esiste una vera volontà matrimoniale, che però nel caso in cui la circostanza dedotta si opponga alla sostanza rende nullo il contratto matrimoniale. Da rilevare, però, che anche nel caso della simulazione la volontà è unica ed è quella di esclusione, poiché, anche ove si escluda solo una proprietà del matrimonio, si esclude *eo ipso* il matrimonio stesso, perpetuo e unico: la causa della nullità risiede, dunque, in questa volontà «negativa». S. Fraghì ritiene, inoltre, che la differenza fra i due istituti sia totale: nel caso della simulazione non c'è proprio volontà di contrarre, mentre nel caso della condizione esiste una volontà, ma connessa con una circostanza che nel nostro caso «destruit matrimonium»⁵⁵.

Il Ferraboschi anche sostiene la differenza fra l'intenzione antimatrimoniale nel caso della esclusione e la condizione contro la sostanza, che hanno in comune la conseguente nullità del matrimonio, ma l'esclusione perché la volontà è solo apparente, e la condizione perché la volontà in questo caso non sarebbe volontà di sposare in senso cristiano. A sostegno, l'Autore cita una sentenza *coram* Mannucci in cui si afferma che «Si absolute desit consensus, agitur de intentione non contrahendi, vel non contrahendi matrimonialiter (can. 1086); si desit hypotetice, seu melius, praestetur tantum hypotetice, agitur de consensu conditionato» (13.7.1926). Continua, poi, affermando che la condizione non è un atto positivo di volontà, ma è un atteggiarsi della volontà, mentre nella simulazione c'è la forma di un matrimonio puro e semplice e conclude, quindi, sostenendo che negozio simulato e negozio condizionato non sono opposti, ma si trovano proprio su piani diversi⁵⁶.

lazione parziale «perché in essa l'esclusione della "substantia matrimonii" non è voluta per se stessa, e quindi con i requisiti che sono necessari nella simulazione parziale ma è considerata dal punto di vista materiale e cioè come evento dedotto in condizione» (*Il consenso*, 183).

⁵⁵ Cfr. S. FRAGHÌ, *De condicionibus*, 71-74.

⁵⁶ Cfr. M. FERRABOSCHI, *Il matrimonio sotto condizione*, 86-95.

Non possiamo condividere le loro affermazioni, specie quella del Fraghi, che prende il termine *simulazione* nel senso soltanto di simulazione totale, mentre se si adopera *simulazione* applicato al can. 1086 CIC/17 (can. 1102 CIC/83), si deve applicare anche alla simulazione parziale, nella quale non necessariamente si verifica la differenza che egli vede fra *simulazione* e *condizione*.

b) Uno o due atti di volontà?

A questo proposito si inserisce la polemica fra gli autori sul numero degli atti positivi di volontà nel caso della esclusione mediante consenso condizionato.

Si individuano, da parte degli autori, di volta in volta: due volontà nella intenzione e una nella condizione; due volontà anche nella condizione; una sola volontà in entrambi i casi.

Gasparri inizia la sua esposizione sulle esclusioni (can. 1086 §2 CIC/17) rilevando tre differenti possibilità, non tutte con la medesima efficacia sul matrimonio: nella prima il simulante non ha intenzione di contrarre, nella seconda ha intenzione di contrarre, ma non di obbligarsi, nella terza ha intenzione di contrarre, di obbligarsi, ma non di adempiere⁵⁷. Di conseguenza alcuni autori individuano nella simulazione (o nella *condicio contra substantiam*), due differenti e contrari, positivi atti di volontà di cui uno vuole il contratto, perché lo celebra e l'altro non lo vuole, perché rigetta un elemento che pur non appartenendo alla sostanza di esso ne è inseparabilmente unito, e quindi si elidono vicendevolmente.

Un'altra soluzione ai due atti di volontà⁵⁸ è quella fornita dalla sentenza citata *coram* Many del 1911 in cui l'efficacia giuridica dell'atto positivo di volontà in caso di simulazione viene individuata in due atti di volontà di cui uno è «generale» diretto al matrimonio, l'altro è «speciale» diretto ad escludere un elemento sostanziale e questo, in riferimento alla 34 RJ in VI°, secondo la quale «generi per speciem derogatur» significa che il secondo atto, essendo più specifico, prevale sul primo e lo elimina. In questa linea ricordiamo F. Cappello, secondo il

⁵⁷ Cfr. P. GASPARRI, *De matrimonio*, II, 814.

⁵⁸ In linea con i «due atti positivi di volontà» sono: Gasparri, Vidal, Chelodi, Jemolo, Fedele, Sipos, Conte a Coronata; cfr. P. HUIZING, «Actus excludens», 762.

quale il simulante nello stesso tempo vuole il matrimonio, ma non lo vuole così come la Chiesa lo intende e quindi esclude da esso l'obbligazione e quindi il diritto all'atto sessuale ovvero una proprietà essenziale del matrimonio: «Proinde actus posterior destruit priorem, vel, si mavis, duo contrarii actus mutuo se elidunt, ideoque plane deest consensus matrimonialis».

Il Fedele, spiegando la differenza, afferma che «la *intentio contra substantiam* presenta il fenomeno di *duo actus voluntatis se invicem destruentes*; la condizione è una autolimitazione del volere», ma subito, a sorpresa, nella pagina seguente dice: «che non c'è dubbio che la *intentio* è una speciale figura di autolimitazione del volere».

Altri autori negano questa affermazione e sostengono, invece, come P. Huizing, che «Determinata enim intentio necessario est actus unus in unum obiectum directus»⁵⁹; spiega, l'autore, che la volontà può essere attirata da due oggetti contrari, il matrimonio puro e quello invece solubile o senza prole, «actus autem, electio et intentio necessario est alterutrius tantum [...] determinata autem voluntas est una, eiusque intentio est unius tantum obiecti». S. Fraghi, fra di essi, ritiene che nella simulazione si abbia un unico atto di volontà diretto ad escludere il matrimonio, anche quando l'esclusione è parziale, poiché si rifiuta, in ogni caso, il matrimonio canonico unico e perpetuo; ritiene, perciò inaccettabile la teoria dei due atti che si elidano a vicenda o dei quali il successivo neutralizzi il precedente. Un unico atto di volontà nella simulazione, dunque, così come nella condizione, anche se le cause della nullità sono differenti, nel primo caso effetto dell'esclusione del matrimonio stesso, nel secondo perché legate ad una circostanza contraria all'essenza di esso⁶⁰.

⁵⁹ Cfr. P. HUIZING, «Actus excludens», 762, n.36.

⁶⁰ Cfr. S. FRAGHI, *De condicionibus*, 72. In questa linea è interessante leggere quanto scrive E. Graziani: «Comunque, ci si propone sempre, con maggiore o minore accentuazione, il paradigma di due volizioni in contrasto, dove invece contrasto non v'è nell'iter logicamente pacifico che sfocia alla dichiarazione simulata.

Tuttavia questo aver distinto i due atti di volontà nel fenomeno simulatorio non è un abbaglio. L'errore consiste nell'averne supposta la coesistenza e quindi la mutua elisione quasi che i due atti volitivi fossero forze fisiche in contrasto. La verità invece è che, anche qui, come già si è notato a proposito della teoria del neutralizzamento

Anche gli autori che sostengono la totale diversità fra simulazione e condizione, riconoscono la difficoltà materiale di distinguere fra le due, soprattutto dal punto di vista processuale. Infatti, il Ferraboschi, pur ritenendo distinte simulazione e condizione riconosce che le sentenze stesse consentono una confusione dei due istituti: si accetta la distinzione, ma si nota una grande preoccupazione a sottolineare il cambiamento di indirizzo nella nuova normativa; che, cioè, nel caso della simulazione sia sufficiente ad invalidare il matrimonio l'atto positivo di volontà di esclusione, e non sia richiesta più la deduzione nel patto o la formulazione dell'esclusione come condicio *sine qua non*, e cita diverse sentenze a scopo di esempio. Ne riportiamo due, in particolare, del 1925 e del 1926, sottolineate dall'Autore come paradigmatiche dell'atteggiamento nei confronti delle esclusioni da parte della giurisprudenza. Nella prima, si afferma:

Positivus enim iste voluntatis actus excludit per se unum saltem ex elementis matrimonii substantialibus, ideoque matrimonium consistere nequit, quin necessario requiratur ut prava intentio deducatur in pactum inter partes, aut apponatur ut conditio sine qua non; quamquam deductione in pactum aut ex conditione apposita desumi possit argumentum gravissimum ad probationem in foro externo pravae intentionis et consequenter nullitatis matrimonii.

E nella seconda:

Nil refert ad matrimonii nullitatem inducendam qua ratione positiva voluntas, excludens matrimonium ipsum aut omne ius ad coniugalem actum vel essentialem aliquam matrimonii proprietatem, fuerit concepta vel expressa, an nempe sub forma simplicis propositi unius tantum coniugii, aut etiam sub forma conditionis sine qua non vel pacti inter coniuges initi⁶¹.

delle dichiarazioni, non si tratta di due volizioni che si annullano, ma bensì di due volizioni che si combinano, nel modo in cui possono combinarsi le volizioni, e cioè non coesistendo, ma subordinandosi l'una all'altra; così come avviene in una serie di atti cospiranti tutti ad un unico intento» (*Volontà attuale e volontà precettiva*, 164).

⁶¹ Cfr. M. FERRABOSCHI, *Il matrimonio sotto condizione*, 63, nota 39.

CAPITOLO VIII

«Error facti» e condizione implicita nel matrimonio (can. 1097 §2)

L'errore sulla persona e sulle qualità della persona suscita una problematica inesauribile. In questi tre ultimi decenni la letteratura canonistica al riguardo è stata particolarmente abbondante, sia prima della promulgazione del nuovo Codice, a partire dalla sentenza *coram* Canals del 21 aprile 1970, sia dopo la promulgazione, prendendo lo spunto dal cambiamento operato dal Legislatore nella formulazione del can. 1097 §2, rispetto al can. 1083 del Codice precedente. Il frutto senza dubbio è stato notevole, specialmente per quanto riguarda la conoscenza della storia dell'istituto, come può rilevarsi nell'elenco bibliografico della tesi.

Di questa vasta problematica, al nostro lavoro interessa soltanto mettere in luce come la condizione implicita sia uno strumento atto e, sotto il punto di vista sistematico, unitario, per esprimere l'eccezione al principio generale secondo cui l'errore circa le qualità della persona non invalida il consenso matrimoniale. Tale eccezione viene formulata nel can. 1097 §2 con le parole «nisi haec qualitas directe et principaliter intendatur», e riteniamo rientri fra le nullità dell'atto giuridico che fanno capo all'errore circa un elemento che non appartiene «ad id quod constituit substantiam actus», ma che è voluto dall'errante con volontà prevalente, che il legislatore classifica come «error qui recidit in conditionem sine qua non» nel can. 126.

Conviene tener presenti i testi dei due canoni:

Can. 1083 CIC/17:

§1. Error circa personam invalidum reddit matrimonium.

§2. Error circa qualitatem personae, etsi det causam contractui, matrimonium irritat tantum:

1° Si error qualitatis redundet in errorem personae;

2° Si persona libera matrimonium contrahat cum persona quam liberam putat, cum contra sit serva, servitute proprie dicta.

Can. 1097 CIC/83:

§1. Error in persona invalidum reddit matrimonium.

§2. Error in qualitate personae, etsi det causam contractui, matrimonium irritum non reddit, nisi haec qualitas directe et principaliter intendatur.

Due sono i cambiamenti più rilevanti: la cancellazione dell'errore circa lo stato di schiavitù della persona, e il cambiamento dell'espressione «si error qualitatis redundet in errorem personae» per «nisi haec qualitas directe et principaliter intendatur», adoperata dal legislatore per indicare l'eccezione al principio generale dell'irrilevanza dell'errore sulle qualità della persona.

Riguardo all'errore sullo stato della schiavitù, va rilevato che, pur trattandosi di un errore così fondamentale sulle qualità della persona, mai è stato ritenuto un errore che di per sé vizi il consenso. Si tratta, infatti, di una norma di diritto positivo, volta a proteggere la persona libera che erra su una questione di grande importanza per la vita coniugale, in una società strutturata in base alle due categorie di persone, libere e schiave, norma oggi diventata obsoleta. Questa constatazione ha, però, notevole importanza per il nostro studio, in quanto prova che la dottrina, nemmeno a questo errore così grave per la vita coniugale ha riconosciuto mai efficacia invalidante per diritto naturale.

Quanto alla sostituzione delle espressioni per segnalare l'eccezione al principio generale, la problematica è molto più complessa. La questione fondamentale è questa: le due espressioni hanno lo stesso contenuto giuridico oppure il legislatore, con la nuova formula, ha voluto dare altro contenuto alla eccezione? Tutte e due le formule presuppongono uno stato intenzionale del soggetto equivalente ad una condizione implicita? Questa seconda questione accentrerà la nostra attenzione. È necessario, perciò, investigare specificatamente quale sia il senso delle due

espressioni, tenuto conto del loro significato nella storia. Il nostro compito è agevolato dai recenti studi storici compiuti sull'*error facti*¹, dai quali attingeremo gli orientamenti relativi ai dati che interessano per il nostro scopo.

Per chiarezza terminologica, esaminiamo i termini adoperati dal legislatore, nei canoni dei due codici, per definire i limiti del campo d'efficacia invalidante dell'errore sulle qualità. Distingue tre classi di errore:

- a) errore sulle qualità, che non è causa del contratto;
- b) errore sulle qualità, che è causa del contratto;
- c) «*error qualitatis redundans in errorem personae*» (can. 1083 CIC/17), oppure «*error qualitatis directe et principaliter intentae*» (can. 1097 §2 CIC/83).

La distinzione delle due prime viene chiaramente rilevata dall'inciso «*etsi det causam contractui*». Nessuna delle due fattispecie ha efficacia invalidante, e il legislatore le adopera per formulare in modo inequivocabile il principio generale della *non rilevanza dell'errore sulle qualità*, qualunque sia il valore oggettivo che esse possano avere.

La terza fattispecie, invece, ha forza invalidante ed è formulata nei due canoni con espressioni differenti, ma sempre, anche grammaticalmente, in forma di eccezione al principio generale.

Il legislatore ha voluto comprendere in queste tre fattispecie di errore la gamma inesauribile dei gradi di intensità intenzionale da parte di un soggetto rispetto ad una qualità determinata, nella realtà esistenziale. Sotto il punto di vista dell'efficacia invalidante, la distinzione fra la prima e la seconda fattispecie non ha rilievo dato che tutte e due sono irrilevanti.

La distinzione, tuttavia, esprime un livello molto differente d'intenzionalità, che ha dato origine ad una classificazione dell'errore che non possiamo non tenere presente.

¹ Ci riferiamo in particolare ai seguenti studi che prestano attenzione privilegiata all'evoluzione storica: A. MOSTAZA, «Pervivencia dell'*error redundans*»; ID., «De errore redundante»; ID., «El error doloso»; ID., «El error sobre la persona»; J.C. ORSI, *O erro de qualidade*; U. NAVARRETE, «Attuali problematiche»; ID., «Error circa personam»; M. HILBERT, «Error in qualitate»; S. ZVOLENSKY, «Error qualitatis», il quale merita particolare attenzione per la sua completezza e accuratezza.

Il primo grado — cioè l'*error qualitatis* che non è causa del contratto — comprende tutti quei casi in cui il soggetto errante, sia che non abbia mai pensato alla qualità, sia che abbia prestato attenzione ad essa, si trova in uno stato d'animo tale, rispetto alla qualità, che la presenza o assenza di questa non ha influsso alcuno sulla sua decisione, in tal modo che contrarrebbe ugualmente anche se conoscesse la verità. È l'errore chiamato concomitante (*error concomitans*). Questo errore non ha incidenza alcuna sulla validità del contratto ovviamente quando versa su elementi accidentali di esso, non quando versa su «*id quod constituit substantiam actus*», perchè allora l'errore opera la nullità indipendentemente dall'intenzionalità del soggetto.

Più complessa è la problematica che suscita il secondo grado d'intenzionalità, quando cioè l'errore sulla qualità è causa del contratto, «*dans causam contractui*», nel senso che il contratto non si compirebbe se non ci fosse l'errore su quella qualità. È l'errore chiamato antecedente (*error antecedens*), detto anche indifferentemente *dans causam contractui* nella terminologia comune, adoperata anche dagli autori postcodiciali².

Bisogna però rilevare, per evitare equivoci, che, in questa categoria, rientrano diverse fattispecie che suppongono stati intenzionali assai differenziati fra di loro. La prima fattispecie comprende tutti coloro che non contrarrebbero se conoscessero la verità, e tuttavia non sono mossi a contrarre dalla qualità, positivamente valutata, con vasta gamma d'intensità nei singoli casi, ma senza che abbia forza attrattiva sufficiente da essere il movente della decisione. La seconda fattispecie invece comprende tutti i casi, — anche qui con una grande scala d'intensità — in cui il contraente si muove a contrarre perchè ritiene erroneamente che l'altro sia dotato di quella qualità.

Tutti i casi compresi in questi due immensi campi di possibili situazioni intenzionali sono ritenuti dal legislatore e definiti come non invalidanti il consenso. Si tratta sempre infatti di una *volontà interpretativa*

² Sull'equivalenza e l'uso indiscriminato dei due termini, sia fra gli autori pre-codiciali che postcodiciali, M. Hilbert presenta un notevole elenco, certamente non esauriente (cfr. M. HILBERT, «Error in qualitate», 409-477, nt. 4); cfr. anche U. NAVARRETE, «De sensu clausolae», 476-477; M. BERTI, *Esclusione della sacramentalità*, 42-43, nt. 71.

rispetto all'atto effettivamente posto (non avrei contratto se avessi saputo), ma la volontà interpretativa non è volontà reale e quindi non può essere efficace nell'ordine morale e giuridico.

Il terzo tipo di *error qualitatis* — cioè l'*error redundas* del can. 1083 CIC/17 e l'errore circa una qualità *directe et principaliter intenta* del can. 1097 — suppone che il soggetto desideri con tale intensità la qualità, da subordinare alla sua presenza il valore del contratto. Ed è proprio questo stato intenzionale del soggetto l'oggetto del nostro studio: si tratta, qui, di una condizione implicita riconducibile alla categoria prevista, nel can. 126, come «error recidens in condicionem sine qua non»?

Dobbiamo, anzitutto, vedere sinteticamente la formazione di questa categoria nell'ordinamento canonico.

È noto che il punto obbligato di partenza, per lo studio della problematica sull'errore nel matrimonio, è Graziano. Egli prende in considerazione soltanto l'errore che oggi chiamiamo *error facti*, mentre non si pone il problema dell'*error iuris*. Distingue, quindi, quattro tipi di errore: errore sulla persona, errore sulla posizione economica (fortuna), errore sullo stato giudico di schiavo, errore sulla qualità.

Avvalendosi di esempi, Graziano dà la nozione di ciascuno di essi:

Error personae est, quando hic putatur Virgilius et est Plato. Error fortunae, quando putatur esse dives qui est pauper, vel e converso. Error condicionis quando putatur esse liber qui servus est. Error qualitatis, quando putatur esse bonus qui malus est³.

L'*error fortunae* e l'*error qualitatis*, col tempo verranno a fondersi in un solo concetto, designato per lo più col termine «error qualitatis»⁴.

Per Graziano soltanto l'*error persone* e l'*error condicionis servilis*, escludono il consenso matrimoniale; invece l'*error fortunae* e l'*error qualitatis* non intaccano il consenso, anche se si tratta di qualità molto pesanti e in diretta relazione con il matrimonio, come il fatto che uno

³ C. 29, q. 1. Sull'origine di questa divisione quadripartita dell'errore, cfr. J. GAUDEMET, «Droit Canonique et Droit Romain. A propos de l'erreur sur la personne en matière de mariage (C. XXIX, c.1)», 45-64.

⁴ Cfr. M. HILBERT, «Error in qualitate», 412.

ritenga che la sposa è vergine mentre è una meretrice. Da rilevare che Graziano non presta alcuna attenzione allo stato intenzionale di colui che erra. Non sembra infatti fondata l'interpretazione di A. Mostaza nel sostenere che Graziano avesse già intuito la fattispecie dell'*error qualitatis redundans in errorem personae* in un esempio in cui adopera il termine *error nobilitatis* nella stessa questione (C. 29, q. 1), dato che egli sembra, invece, riferirsi al caso in cui si verificava l'*error condictionis servilis*⁵.

Ad ogni modo, la questione versa soltanto sulla paternità del primo cenno alla figura, che poi verrà elaborata da S. Tommaso.

Il P. Navarrete ritiene che la paternità vada attribuita a Pietro Lombardo, in quanto in esso si trova chiaramente contraddistinta questa figura dalle altre⁶. Questa distinzione risulta chiaramente comprovata dall'analisi accuratissima compiuta da S. Zvolenský⁷. Pietro Lombardo, infatti, dopo aver descritto, quasi con le stesse parole di Graziano, i quattro tipi di errore e la rispettiva efficacia o inefficacia invalidante, propone questa nuova fattispecie di *error qualitatis*, nella quale si dà rilevanza determinante all'intenzionalità dell'errante, equiparando questo errore all'*error personae*:

Error quoque personae consensum coniugalem non admittit; ut si quis foeminam nobilem in coniugium petat, et pro ea alia ignobilis tradatur ei, non est inter eos coniugium, quia non consensit vir in istam, sed in aliam⁸.

Troviamo per prima volta chiaramente accennata la figura che ci interessa. La persona, nel caso, intende sposare una donna che ritiene, erroneamente, ornata con la qualità di nobile. Secondo i principi generali che P. Lombardo, come Graziano, propone in modo indiscusso, questo errore in quanto *error qualitatis* non può privare il consenso della sua efficacia naturale. Tuttavia Pietro Lombardo individua un elemento nuovo che cambia la natura giuridica della fattispecie. Si tratta infatti di

⁵ Cfr. A. MOSTAZA, «El error sobre la persona», 309, nt. 4, dove polemizza con F. VERA («Error sobre la persona», 371) che esprime diverso parere. Diverso parere esprimono anche U. NAVARRETE («Error circa personam», 642, nota 2) e S. ZVOLENSKÝ (*Error qualitatis*, 49-50).

⁶ Cfr. U. NAVARRETE, «Error circa personam», 642-643.

⁷ S. ZVOLENSKÝ, *Error qualitatis*, 50-54.

⁸ P. LOMBARDUS, *In IV Sent.* lib. 4, dist. 30, cap. 1, n. 2.

un errore circa una qualità voluta dal contraente con peculiare intensità, tale cioè da non volersi sposare che con una persona dotata di tale qualità. Analizzando lo stato d'animo del contraente, nel fondo si tratta di una volontà implicitamente condizionante, alla presenza della qualità, la prestazione del consenso matrimoniale.

Ci preme rilevare che, in sostanza, ci troviamo dinanzi allo stesso errore sulle qualità al quale il legislatore codiciale riconosce oggi, in modo esclusivo, rilevanza invalidante, e che formula con l'espressione «error qualitatis directe et principaliter intentae».

Pietro Lombardo, per mantenersi nel principio generale secondo cui l'*error qualitatis non evacuat consensum*, riconduce questa fattispecie all'*error personae*. Si tratta di una questione sistematica, che però non gioverà alla chiarezza, nella storia della riflessione sull'influsso dell'errore nel matrimonio. Pietro Lombardo dice soltanto al riguardo di questa fattispecie: «error quoque personae [...]» — classificando quindi questo errore come *error personae* —, senza sviluppare ulteriormente il pensiero, tranne che con l'esempio di chi *petit in coniugium* una donna nobile mentre *alia ignobilis traditur ei* e con l'affermazione finale: «non est inter eos coniugium, quia non consensit vir in istam, sed in aliam», cioè nella donna *nobile*, che egli intendeva sposare.

Tenuto conto di questa sobrietà del Lombardo, si spiega che venga considerato S. Tommaso il creatore della figura dell'*error redundans*, forse con meno giustizia nei confronti del Maestro parigino, pur riconoscendo che S. Tommaso è, in ogni caso, il creatore del termine «error redundans», che meriterà l'onore di essere accolto nel codice del '17 per la fattispecie in questione.

Gli autori fra il Lombardo e S. Tommaso danno, infatti, un contributo molto scarso alla problematica, accontentandosi di ripetere lo schema graziano quasi senza commenti, alle volte anche complicando la terminologia⁹. Il Dottore Angelico, invece, almeno per quanto concerne la terminologia della figura, dà un contributo determinante.

È d'obbligo tener presente il testo completo di S. Tommaso. Egli si pone una obiezione in questi termini: «Praeterea. Sicut ad conditionem personae pertinet servitus, et libertas, ita nobilitas, vel ignobilitas, aut dignitas status, et privatio eius; sed error conditionis servitutis impedit

⁹ Cfr. S. ZVOLENSKY, *Error qualitatis*, 54-65.

matrimonium; ergo et errore aliorum dictorum»¹⁰. Dopo aver risposto nel *corpus*, negando la parità¹¹, tenuto conto della natura del matrimonio e del fatto che il servo non dispone della libertà necessaria per dare se stesso all'altro, continua:

Ad quintum dicendum, quod error nobilitatis, in quantum huiusmodi, non evacuat matrimonium, eadem ratione qua nec error qualitatis, sed si error nobilitatis, vel dignitatis redundat in errorem personae, tunc impedit matrimonium; unde si consensus mulieris feratur in istam personam directe, error nobilitatis ipsius non impedit matrimonium; si autem directe intendit consentire in filium regis, quicumque sit ille, tunc si alius praesentetur ei, quam filius regis, est error personae, et impediatur matrimonium¹².

Il testo, mentre è chiaro quanto all'introduzione del termine «error qualitatis redundans in errorem personae», non è tanto chiaro quanto al suo contenuto. Di fatto ha dato luogo a diverse interpretazioni, anche dovute alla mancanza di articoli nella lingua latina che non consente di precisare se la frase «consentire in filium regis» debba interpretarsi come consentire «nel figlio del re» o «in un figlio del re» o «in un figlio di un re»¹³. Esula dai limiti del nostro lavoro fare un'analisi dettagliata del testo, del resto già ampiamente fatta da altri¹⁴. Basta rilevare che da questo testo prendono le mosse le due correnti interpretative che coesistono fino alla promulgazione del CIC/83. Per molti autori, l'esempio che pone S. Tommaso «si directe intendit consentire in filium regis», deve essere interpretato come «il figlio del re», quindi riferito ad una

¹⁰ S. TOMMASO, *Summa Theol. Suppl.*, q. 51, a. 2, 5.

¹¹ Cfr. M. HILBERT, «Error in qualitate», 414-416, dove rileva che le qualità menzionate da S. Tommaso, tenuto conto dello stato sociale di allora, sono veramente molto rilevanti oggettivamente, e ciò nonostante non concede rilevanza invalidante all'errore su di esse, negando la parità con la *conditio servilis* perché questa tocca più profondamente la libertà di disporre del proprio corpo.

¹² S. TOMMASO, *Summa Theol. Suppl.* q. 51, a. 1 ad 5; cfr. anche *In IV Sent.*, lib. 4, dist. 30, q. 1, a. 2 ad 5.

¹³ Cfr. U. NAVARRETE, «Error circa personam», 645.

¹⁴ Cfr. in modo particolare A. MOSTAZA, «El error doloso», 139-140; ID., «De errore redundante», 387-389; ID., «Errore sobre la persona», 311-312; ID., «Perivenia dell'error redundans», 144-145; J.C. ORSI, *O erro de qualidade*, 75-81; S. ZVOLENSKY, *Error qualitatis*, 71; M. HILBERT, «Error in qualitate», 414-418; U. NAVARRETE, «Error circa personam», 644-646.

qualità propria e pienamente identificante la persona. Per altri invece l'esempio va riferito ad una qualità comune «un figlio di re».

La distinzione però delle due interpretazioni non sembra sia stata pienamente percepita fino alla elaborazione operata da Tommaso Sánchez († 1610), come risulta dallo studio degli autori che hanno trattato la materia nell'arco di tempo da S. Tommaso a Sánchez. J.C. Orsi ha studiato tutti gli autori citati da Sánchez al riguardo, riportando in nota i testi più significativi¹⁵. Da tali testi risulta lo stato d'indifferenziazione delle figure al riguardo, durante questo periodo.

Molto più ampio e analitico è lo studio sugli autori di questo periodo di S. Zvolenský, che prende in esame i tre tipi di *error qualitatis*, adoperati nel can. 1097, distinguendo la loro incidenza sulla validità del consenso.

Ci permettiamo di riportare alcune delle sue conclusioni:

1) Dobbiamo innanzitutto constatare che negli autori studiati il termine tecnico *error causam dans* non appare fino alla metà del XVI secolo (Medina, Covarrubias). Dell'espressione *error qualitatis directe et principaliter intentae*, non se ne fa ancora uso in modo esplicito.

2) L'errore sulle qualità viene, secondo la tradizione, considerato non invalidante il consenso matrimoniale. [...]

4) Tutte le opere analizzate contengono, inoltre, il richiamo alla fattispecie dell'errore su una qualità invalidante il matrimonio. Secondo la tradizione, la figura fu esaminata in connessione con l'errore sulla persona.

5) Per risolvere il problema dell'errore su una qualità invalidante, gli autori esaminati ricorrono alle grandi proposte del XIII secolo, vale a dire alle costruzioni di Tommaso d'Aquino, Giovanni di Friburgo († 1314) e Ricardo Mediavilla († 1308)¹⁶.

6) È da rilevare il fatto che tutte le opere, ad eccezione della *Summa Astesana* e della *Summa Angelica*, presentano l'assetto di Tommaso d'Aquino,

¹⁵ J.C. ORSI, *O erro de qualidade*, 81-106.

¹⁶ L'assetto di Giovanni di Friburgo e di Mediavilla a cui fa riferimento l'autore si riduce alla seguente distinzione, adoperando le parole di R. Mediavilla: «aliquando errat contrahens circa subiectum nobilitatis, aliquando circa nobilitatem subiecti non circa subiectum. Primo modo est error personae, ut cum intendit contrahere cum filia regis, et loco illius sibi praesentatur filia alicuius civis, et ideo talis error impedit matrimonium [...] secundo modo est error qualitatis nec impedit matrimonium, ut si quis consentiat in personam sibi notam quia credit eam nobilem, et tamen non est». Cfr. S. ZVOLENSKÝ, *Error qualitatis*, 74.

cioè la figura dell'*error redundans* [...].

7) Si riscontra unanimità nell'esigere una qualità individuante la persona come base del meccanismo invalidante dell'errore su una qualità, anche se gli autori adoperano i diversi assetti concettuali allora a disposizione.

8) Dobbiamo tenere conto del fatto che le esposizioni esaminate offrono scarsissimi spunti sul possibile influsso invalidante dell'errore su una qualità comune. Un'apertura a questa interpretazione l'abbiamo riscontrata solamente nella *Pantheologia* e presso Soto¹⁷.

Riguardo alla *condizione implicita* nel consenso matrimoniale oggetto del nostro studio, vorrei raccogliere due testi particolarmente significativi.

Il primo è di Guglielmo di Auxerre († 1231). L'autore, volendo spiegare perchè l'errore sulla persona vizia il consenso, mentre non lo vizia l'errore sulle qualità, ricorre al *consensus tantum conditionalis*. Scrive:

remanet quaestio quare error personae evacuat consensum matrimonialem et non error qualitatis vel fortunae, quia tam in errore personae quam fortunae est consensus tantum conditionalis. Sicut enim iste non consentit in istam, nisi quia credit esse Mariam, sic ille non consentiret in illam, nisi crederet eam esse divitem¹⁸.

Non interessa la spiegazione dell'autore, il quale si perde in disquisizioni sull'influsso della figura che poi si chiamerà *error antecedens*, senza trovare una soluzione convincente. Ci interessa constatare il ricorso al *consensus conditionalis* per spiegare delle nullità nel campo dell'errore.

L'altro testo interessante è di S. Antonino da Firenze († 1459), il quale parla di errore condizionato:

si error est absolutus, quia talis error non cadit super aliquo quod sit de essentia matrimonii, ideo non impedit nec dirimit. Nec iure divino, quia concurrunt essentialia, nec iure humano, quia non invenitur statutum, vel contrahens cum paupere, quam credit divitem et huiusmodi, habeat impedire. Sed si sit error conditionatus idest contrahit conditionem, quae est honesta et

¹⁷ S. ZVOLENSKÝ, *Error qualitatis*, 108-109.

¹⁸ GUILLERMUS ALTISSIODORENSIS, *Summa Aurea*, lib. 4, fol. 291, cit. da S. ZVOLENSKÝ, *Error qualitatis*, 59.

possibilis, ea exsistente staret, non stante non staret, puta contraho tecum si tu es ut ego, vel ita ut dictum est mihi. Vel si dabis mihi tantam dotem¹⁹.

Come risulta dagli esempi che adopera, S. Antonino parla della condizione esplicita, ma nel contesto dell'errore, senza avvertire l'incompatibilità della condizione esplicita e formale con lo stato di errore. Tuttavia, per lo scopo del nostro studio il testo è significativo.

Il bivio però delle opinioni riguardo all'interpretazione di S. Tommaso lo segna T. Sánchez, il quale accetta fondamentalmente l'esposizione dell'Aquinate²⁰, ma la considera incompleta e quindi, nel completarla e precisarla²¹, la riduce all'interpretazione per cui il testo di S. Tommaso avrebbe applicazione soltanto nel caso di una qualità propria e individuante la persona²². Sentenza che nei secoli successivi verrà ad essere l'interpretazione prevalente, anche al tempo della codificazione del 1917 e dopo fino agli anni '70, ma con molte e significative eccezioni, specialmente fra gli autori del settecento.

Di fatto l'ambiguità del termine *error qualitatis redundans in errorem personae*, si trascinerà fino ai nostri giorni²³.

Va però sottolineato che la dottrina, sviluppata grazie al contributo dei grandi moralisti e canonisti del seicento e settecento, non poteva non

¹⁹ S. A. FLORENTINUS, *Summa*, t. 3, pars 3, tit. 1, cap. 2, cfr. S. ZVOLENSKÝ, *Error qualitatis*, 91-92.

²⁰ Il testo chiave di Sánchez riproduce quasi alla lettera il testo dell'Aquinate. Sono sottolineate le frasi significative in cui si distacca: «Si consensus contrahentis feratur in personam sibi praesentem, directe et formaliter error in nobilitate vel alia ipsius qualitate, non redundat in errorem personae irritantem matrimonium; si vero feratur directe et formaliter in personam cui illa qualitas inest, ut in filium regis, et materialiter et indirecte in personam praesentem, quatenus existimetur filius regis, error erit personae matrimonium irritans [...] Alii tradunt aliam regulam, quac fere in idem recidit. Si erretur circa subiectum qualitatis, ut nobilitatis, est errore personae, secus si erratur circa ipsam qualitatem» (T. SÁNCHEZ, *De Matrimonio*, lib. 4, disp. 18, n. 25).

²¹ Cfr. J.C. ORSI, *O erro de qualidade*, 52-73, dove analizza le singole precisazioni di Sánchez.

²² T. SÁNCHEZ, *De Matrimonio*, lib. 7, disp. 18, dove esamina la questione sotto tutti i punti di vista, indicando le precisazioni necessarie perché le regole proposte da S. Tommaso abbiano applicazione sicura. Cfr. J.C. ORSI, *O erro de qualidade*, 50-72.

²³ Cfr. S. ZVOLENSKÝ, *Error qualitatis*, 192-206.

riconoscere rilevanza invalidante anche all'errore su una qualità comune, se desiderata con una intensità tale da far dipendere il matrimonio dalla presenza di quella qualità. Innanzitutto va ricordato che la dottrina sulla condizione lecita, *de praeterito, de praesenti e de futuro*, era già ammessa nella legislazione, e quindi già sviluppata dagli autori, a partire dalla decretale di Gregorio IX, *Si conditiones*, commentata sopra. È ovvio che la condizione può riguardare una qualità della persona. Perciò il problema che si poneva, e che ha complicato sempre la questione, è stato quello terminologico riguardante il contenuto del termine trovato da S. Tommaso «error qualitatis redundans in personam». Nessuno, infatti, mai ha messo in dubbio che l'errore sulla persona vizi il consenso matrimoniale. D'altra parte era dottrina acquisita che il contraente poteva far dipendere il suo consenso dalla presenza di una qualità accidentale se messa come condizione. Quindi il problema sostantivo si incentrava oggettivamente nel precisare se, in caso di errore su una qualità, desiderata in modo tale da non voler dare il consenso in mancanza di tale qualità, si verifica sostanzialmente lo stesso meccanismo che, nel consenso sotto condizione esplicita, rende nullo il consenso se manca la circostanza dalla quale si fa dipendere il consenso.

Abbiamo constatato sopra che, per mettere in atto una condizione, l'intenzione deve essere attuale oppure virtuale. Non basta l'intenzione abituale, in quanto dà luogo soltanto ad una volontà interpretativa, la quale non è operativa nel campo giuridico. Nella problematica in studio in questo capitolo interessa l'intenzione *implicita*, che ovviamente può essere virtuale o attuale. Sono dati acquisiti da tener presente per meglio comprendere le diverse spiegazioni date al fatto che l'errore su una qualità comune, se voluta con l'intensità necessaria a questo effetto, rende nullo il matrimonio.

Esula dal nostro scopo l'esposizione dettagliata di queste spiegazioni che presentiamo in sintesi. Prestiamo però un'attenzione particolare a Sánchez, in quanto segna, nella problematica sull'errore, come in tante altre, l'inizio di una nuova era di riflessione sul matrimonio.

Sánchez, per spiegare il caso di errore su una qualità messa sotto condizione, prende la strada della condizione implicita, pur se la sua attenzione si incentra sull'intenzione attuale o almeno virtuale, necessaria per apporre efficacemente la condizione:

Id tamen fatebor, nimirum, si qualitas, in qua erratur, apponatur per modum conditionis ipso contractu, quando scilicet matrimonium initur, sive verbis exprimatur, sive mente contrahentis retenta sit, duco hanc, si dives aut nobilis sit: tunc enim deficiente ea qualitate, deficit conditio, et subinde consensus sub illa praestitus, atque ita matrimonium erit nullum. Conditio enim honesta est²⁴.

Ammette quindi che l'errore non è incompatibile con la struttura della condizione, il che suppone, fra l'altro, che, perchè si possa apporre una vera condizione, non è presupposto necessario lo stato di dubbio, il quale di per sé è incompatibile con lo stato d'errore. Poi Sánchez continua col testo riportato sopra a proposito dell'intenzione virtuale:

Desideratur tamen ut ea intentio apponendi talem conditionem, sit actualis aut virtualis: nimirum, ut contrahens tunc habeat illam actu vel virtute, quia antea habuit, nec per contrarium actum revocata est. Haec enim intentio, sicut sufficit ad constituendum matrimonium si affirmativa sit; ita ad dissolvendum, quando est negativa. Non vero sufficit intentio habitualis²⁵.

Non parla della condizione implicita, ma il pensiero dell'autore è chiaro. L'apposizione della condizione può essere attuale oppure virtuale, cioè apposta in precedenza e non revocata. Quindi è perfettamente possibile che uno, durante il periodo precedente al matrimonio, concretizzi in modo assolutamente efficace la sua volontà di non sposare che una nobile, e poi sposi Tizia pensando erroneamente che è nobile, e quindi senza apporre, nemmeno *mente retenta*, in modo esplicito la condizione nel momento della manifestazione del consenso. La condizione apposta implicitamente nella volontà assoluta di non sposare che una nobile, non essendo stata revocata, continua ad esercitare la sua efficacia invalidante, nello stato di errore del contraente, in forza dell'intenzione virtuale.

Aderiamo alle conclusioni di S. Zvolenský sulla posizione di Sánchez al riguardo:

In sintesi possiamo dire che, secondo Sánchez, ci sono due possibilità che l'errore su una qualità raggiunga l'efficacia invalidante: a) l'*error redundans*, se si tratta di errore su una qualità individuante: b) l'*intenzione*

²⁴ T. SÁNCHEZ, *De matrimonio*, lib. 7, disp. 18, n. 21.

²⁵ T. SÁNCHEZ, *De Matrimonio*, lib. 7, disp. 18, n. 21.

operante di porre una condizione al riguardo, se l'errore versa circa una qualità comune. Sembrerebbe che, quanto alla sostanza, questa seconda figura corrisponda all'errore circa una qualità *directe et principaliter intenta* del can. 1097 §2, il quale, a sua volta, rappresenta un'applicazione dell'*error recidens in condicionem sine qua non* del can. 126²⁶.

Nella stessa linea, pur con grandi differenze d'impostazione e con terminologia non sempre concorde con quella comune sul senso dell'*error dans causam*²⁷, è la posizione di Basilio Ponce († 1629). Secondo lui, quando «*animus contrahentis expresse fertur in personam sub illa qualitate tamquam conditionem assensus*»²⁸, il matrimonio è nullo. La ragione però è proprio quella «*quia in eo casu talis dispositio virtute est conditionalis ex disponentis intentione*»²⁹. E, per chiarire meglio il suo pensiero a riguardo, continua nello stesso numero: «*Si autem quis sub conditione expresse contraheret, nemini dubium esse poterat, tali conditione non subsistente, invalidum esse contractum. Idem ergo in nostro casu dicendum est, siquidem consensus ille est virtute conditionatus*».

Basilio Ponce aggiunge un elemento importante per spiegare il meccanismo della condizione in generale. Secondo lui, la circostanza o qualità sotto condizione, dalla quale dipende il contratto, appartiene all'oggetto voluto, al quale tende la volontà con un solo atto: «*illa autem circumstantia expresse tunc cognita et cogitata in obiecto, et in quam simul fertur voluntas eodem actu pertinet ad rationem obiecti*». Quindi l'elemento accidentale alla sostanza dell'atto giuridico, per volontà del soggetto entra a fare parte, come elemento costitutivo, dell'oggetto dell'atto giuridico. Questa spiegazione si avvicina molto — se non è la stessa — alla spiegazione oggi più comune del meccanismo dell'«*error qui recidit in condicionem sine qua non*» del can. 126.

Con particolare chiarezza propongono la medesima spiegazione G. Gonet († 1681) e, un secolo più tardi, B. Elbel († 1756).

²⁶ S. ZVOLENSKY, *Error qualitatis*, 116-117.

²⁷ Cfr. S. ZVOLENSKY, *Error qualitatis*, 121.

²⁸ BASILIUS PONTIUS, *De Matrimonio*, lib. 4, cap. 22, n. 2.

²⁹ BASILIUS PONTIUS, *De Matrimonio*, lib. 4, cap. 22, n. 7.

G. Gonet, la cui esposizione appare particolarmente attuale, scrive:

Tum vero error qualitatis redundare dicitur in errorem personae, quando qualitas est simul cum persona per se intenta a contraente [...]. Si foemina contrahens, simul cum persona, per se intendat dignitatem et qualitatem, ita ut utrumque simul per modum unius integri et totaliter obiecti consensum determinet³⁰.

E Giovanni B. Elbel:

Error versans circa substantiam personae dirimit, non item error circa qualitatem, nisi qualitas ex intentione contrahentis redundet in substantiam personae seu potius contractus [...] In tali casu qualitas non minus intenditur quam persona, ideoque fit pars obiecti principalis ex intentione contrahentis, et consensu vere pendet a tali qualitate³¹.

Le altre spiegazioni che sono apparse in questo periodo, da Sánchez alla codificazione, con inestricabile quantità di ramificazioni e di differenziazioni non meritano particolare attenzione in quanto non sono sopravvissute, o lo hanno fatto con una vita molto precaria³². Tali sono il ricorso alla *causa finale* del contratto come unica causa soggettiva di contrarlo, oppure il ricorso allo stesso concetto dell'*error redundans*, inteso in senso largo, il quale però, nel voler spiegare il perchè della sua efficacia invalidante, ricade in una delle spiegazione precedenti.

Non possiamo però fare a meno di ricordare S. Alfonso Maria di Liguorio, autore della locuzione «qualitas directe et principaliter intenta» del can. 1097 §2, oggetto di questo studio.

S. Alfonso propone le tre famose regole nel contesto dell'errore — come rileva P. Navarrete³³ e poi anche P. Hilbert³⁴ — pur se la prima regola, trattando semplicemente del matrimonio condizionato, avrebbe

³⁰ G. GONET, *Clypeus Theologiae*, t. 5, disp. 9, art. 1, n. 7.

³¹ J.B. ELBEL, *Theologia Moralis*, pars 10, Conf. 43, n. 88 et 99.

³² Cfr. J.C. ORSI, *O erro de qualidade*, 108-191, dove passa in rassegna i principali autori del tempo, citando in nota per lo più i relativi testi. Così pure con maggiore analisi critica, S. ZVOLENSKÝ, *Error qualitatis*, 117-177.

³³ U. NAVARRETE, «Error circa personam», 652.

³⁴ M. HILBERT, «Error in qualitate», 42.

trovato posto più adatto quando l'autore tratta della condizione, rispondendo al quesito «An sufficiat consensus conditionatus»³⁵.

Scriva S. Alfonso:

Communiter tamen et recte docent dd. quod error circa qualitatem personae bene irritat matrimonium, si qualitas redundat in substantiam. Sed magna difficultas est ad dignoscendum, quandonam error qualitatis redundet in substantiam, sive in personam. Tres attende regulas³⁶.

E proprio la prima regola di per sé non tratta dell'errore, a meno che si presupponga una condizione implicita, dato che quella esplicita è incompatibile con lo stato di errore, che suppone certezza soggettiva fondata proprio sull'errore. Il S. Dottore sembra, però, parlare proprio di una condizione esplicita:

Prima: tunc qualitas redundat in substantiam, cum quis actualiter intendit contrahere sub conditione talis qualitatis; tunc enim verificatur, quod, deficiente qualitate, omnino deficiat consensus³⁷.

Il fatto sta a significare la vicinanza delle due figure e come uno stesso capo di nullità dell'atto giuridico — nel caso presente il capo della condizione — possa essere collocato dentro il quadro generale della nullità degli atti giuridici nell'ordinamento canonico, sia sotto la categoria della condizione e sia anche sotto la categoria dell'errore «qui recidit in condicionem sine qua non».

La seconda regola è semplicemente l'*error redundans* interpretato nel senso stretto, seguendo l'interpretazione di Sánchez:

Secunda regula est, quando qualitas non est communis aliis, sed propria et individualis alicuius determinatae personae, puta si quis crederet contrahere cum primogenito regis Hispaniae, tunc qualitas redundat in personam; unde errando in qualitate, erratur in persona, et proinde nullum est matrimonium³⁸.

Da notare che S. Alfonso adopera in questa regola il termine coniato da S. Tommaso «error qualitatis redundans in personam». Tuttavia

³⁵ S. ALPHONSUS MA. DE LIGORIO, *Theologia Moral*, lib. 4, tract. 6, n. 890-896.

³⁶ S. ALPHONSUS MA. DE LIGORIO, *Theologia Moral*, lib. 4, tract. 6, n. 1013.

³⁷ S. ALPHONSUS MA. DE LIGORIO, *Theologia Moral*, lib. 4, tract. 6, n. 1014.

³⁸ S. ALPHONSUS MA. DE LIGORIO, *Theologia Moral*, lib. 4, tract. 6, n. 1015.

sostiene che la seconda regola non fa riferimento al testo di S. Tommaso: «Nam ibi S. Doctor non loquitur de eo qui in contrahendo credit illum esse filium regis, sed de eo qui antea directe et principaliter intendit qualitatem personae, nempe contrahendi cum filio regis»³⁹.

In fine la terza regola offre il termine accolto dal can. 1097 §2:

Tertia igitur regula, quam tradit d. Thom. [...] est quod si consensus fertur directe et principaliter in qualitatem, et minus principaliter in personam, tunc error in qualitate redundat in substantiam; secus si consensus principaliter fertur in personam, et secundario in qualitatem⁴⁰.

Abbiamo potuto osservare come si intrecciano la questione sostantiva e le questioni terminologiche e sistematiche.

In questa situazione si arriva, quasi senza variazioni, alla codificazione del 1917⁴¹. Il legislatore, nel formulare il can. 1083, opta per il termine «error redundans», per indicare l'eccezione al principio generale della non rilevanza dell'errore sulle qualità delle persone. Non sembra che ci fosse alcuna proposta contro o in favore della accettazione esplicita, nel canone, della terza regola di S. Alfonso. Nello schema del 1916 il canone appare nella sua redazione definitiva. Ma P. Gasparri ci informa⁴², e oggi è già dimostrabile, che, negli schemi precedenti, il canone comprendeva, oltre le due eccezioni conservate nel canone, e cioè l'*error redundans* e l'*error condicionis servilis*, una terza eccezione concepita in questi termini: «c) Si consensus datus sit sub vera et propria condizione illius qualitatis quae deest»⁴³, la quale scomparve nello schema di 1916 e quindi non passò al testo promulgato. Da questi

³⁹ S. ALPHONSUS MA. DE LIGORIO, *Theologia Moralis*, lib. 4, tract. 6, n. 1015.

⁴⁰ S. ALPHONSUS MA. DE LIGORIO, *Theologia Moralis*, lib. 4, tract. 6, n. 1016.

⁴¹ Cfr. S. ZVOLENSKÝ, *Error qualitatis*, 175-177, dove raccoglie le conclusioni dell'analisi compiuta sul periodo precedente a S. Alfonso. E per quanto concerne il periodo fino alla codificazione cfr. 180-190.

⁴² Cfr. P. GASPARRI, *De Matrimonio*, II, 19, n. 792.

⁴³ Cfr. U. NAVARRETE, «Error circa personam», 64; ID., «Attuali problematice», 74; S. ZVOLENSKÝ, *Error qualitatis*, 64, 193-194, dove l'autore fa uno studio comparativo dei successivi schemi, prendendo anche in considerazione i relativi schemi sulla condizione.

tentennamenti risulta evidente quanta fosse la confusione fra le figure dell'errore e della condizione in materia matrimoniale.

Niente da meravigliarsi, quindi, se gli autori postcodicali continuavano con la confusione storica intrinseca alla nozione dell' «*error redundans*» per segnalare l'eccezione al principio generale della non rilevanza dell'errore circa le qualità.

Fino gli anni settanta la dottrina e la giurisprudenza si sono orientate, con poche eccezioni, ad interpretare il termine nel senso stretto di Sánchez, trovandosi in non poca difficoltà per giustificare la nullità proveniente da un errore su una qualità voluta con volontà prevalente. Non sono mancati dei tentativi di ricorrere alla terza regola di S. Alfonso — così una *coram* Heard, *Dinajpur*, del 21 giugno 1941⁴⁴ — ma per lo più si è fatto ricorso al matrimonio condizionato, nonostante le difficoltà di inquadrare i casi nelle categorie della condizione esplicita, pur se *mente retenta*, di cui unicamente sembrava parlare il can. 1092 sulle condizioni⁴⁵.

Nel nuovo Codice si è cancellato il concetto, confuso nonostante la sua lunga storia, di *error redundans* e si è accettata la terza regola di S. Alfonso per circoscrivere l'ambito d'efficacia invalidante dell'errore sulle qualità. La ragione del cambiamento operato — pur intendendo conservare la stessa dottrina elaborata nella tradizione canonistica e morale della Chiesa — va cercata, con tutta probabilità, nella situazione venutasi a creare nella dottrina e nella giurisprudenza dopo la rivoluzionaria sentenza *coram* Canals del 21 aprile 1970, seguita da alcune altre sentenze sia rotali che dei tribunali inferiori⁴⁶. La *coram* Canals dà, infatti, una interpretazione arbitraria al concetto di *error redundans*, ampliando immensamente il suo campo d'efficacia invalidante, così da giungere ad attribuire rilevanza alla volontà interpretativa mentre, nello stesso tempo, introduce un concetto di persona che non risponde al

⁴⁴ *RRD* 33, 528-533.

⁴⁵ Per i dati di questa sintesi, cfr. M. HILBERT, «Error in qualitate», 430-433; e con più abbondanza di dati, cfr. S. ZVOLENSKY, *Error qualitatis*, 199-213.

⁴⁶ Cfr. U. NAVARRETE, «Error circa personam», 661-662; ID., «Error in persona», 392-394.

concetto tradizionale, specialmente al concetto di persona nell'ordinamento canonico matrimoniale⁴⁷.

Oggi è noto che il cambiamento fu introdotto *ex officio* dopo lo schema del 1980 inviato ai membri della Plenaria per la assemblea da tenersi nell'ottobre di 1981⁴⁸. In tutti gli Schemi precedenti, il canone riflette esattamente il contenuto e la terminologia del codice del '17, tranne che l'eliminazione dell'*error conditionis servilis*. Tuttavia, nonostante non fossero pervenute osservazioni riguardo a questo punto da parte dei Padri della Plenaria, la Segreteria ritenne conveniente proporre alla Plenaria un nuovo schema del canone dal quale fosse cancellato il termine *error redundans*, senza però cambiare il suo contenuto sostantivo⁴⁹. Del resto il Segretario informò l'Assemblea del cambiamento introdotto, senza che ci fossero delle osservazioni al riguardo⁵⁰.

Dalla sintesi che abbiamo tentato di fare, nel presente capitolo, dei passi più significativi della formazione della dottrina sull'*error facti*, ci sembra di poter concludere che la formula adoperata nel can. 1097 §2, *qualitas directe et principaliter intenta*, sia più precisa e meno suscettibile d'interpretazioni non corrette di quella adoperata nel can. 1083 del codice precedente, per circoscrivere il campo in cui l'errore sulle qualità ha efficacia invalidante. Il concetto infatti di *error redundans* si è rivelato in tutta la storia non univoco e ha dato luogo a molte discussioni e a diverse interpretazioni. La formula *qualitas directe et principaliter intenta*, invero, include in sé le due interpretazioni del concetto *error qualitatis redundans in errorem personae*:

1) Include i casi in cui il soggetto intende con volontà assoluta una qualità comune (nobiltà, titolo accademico) della quale deve essere

⁴⁷ Cfr. U. NAVARRETE, «Attuali problematice», 75-76; ID., «Error circa personam», 655-656; ID., «Error in persona», 384-388; S. ZVOLENSKY, *Error qualitatis*, 216-219.

⁴⁸ Cfr. PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Relatio complectens*, 256.

⁴⁹ PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Relatio complectens*, 256.

⁵⁰ Cfr. PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TESTIBUS INTERPRETANDIS, *Congregatio Plenaria*, 446-447.

dotata la persona con la quale contrarrà matrimonio, così che non vuole in modo alcuno il matrimonio se non con una persona che possiede tale qualità. Sono i casi previsti dalla terza regola di S. Alfonso.

2) Include pure i casi ai quali va applicato il concetto «*error redundans*», interpretato in senso stretto, e cioè riferito soltanto ad una qualità propria e individuante. Dentro questa interpretazione sembra si debbano distinguere due situazioni intenzionali diverse:

a) la qualità viene adoperata come puro mezzo per indicare la persona che si intende sposare (mi sposo con il re di Francia) e non presuppone una intenzionalità particolare volta a quella qualità da parte del contraente. In questa fattispecie la qualità, propria e individuante (il re), fa la funzione di nome proprio, in quanto non ha altra valenza che quella semplice di designare la persona. Anzichè designarla con il nome proprio o altri connotati, viene designata e individuata con quella qualità.

In questo caso, se ci fosse errore, sarebbe semplicemente errore circa la persona, e non sarebbe necessario far ricorso all'*error qualitatis redundans in errorem personae*. Se l'*error redundans* va interpretato in senso così stretto e comprende soltanto questa fattispecie, la sua menzione specifica nel canone sarebbe superflua, in quanto compresa nel §1 del canone. In questo senso strettissimo interpreta l'*error redundans* ad esempio F. Cappello, quando scrive: «Iste error, proinde, est vere et proprie substantialis, nec ullo pacto distinguitur ab errore de quo in §1 eiusdem can. 1083 [CIC/17]; et melius forte fuisset si distincta ac peculiaris mentio facta non esset, ad confusionem et erroneas interpretationes vitandas»⁵¹. La interpretazione sembra troppo stretta e la soluzione troppo radicale, in quanto presupporrebbe che tutto il lavoro dedicato, nella storia, allo studio della figura è stato vuoto di contenuto sostantivo.

Inoltre l'errore dovrebbe essere trattato a tutti gli effetti come *error circa id quod constituit substantiam actus*, e quindi con la stessa efficacia sia che si tratti di errore antecedente, che di errore concomitante. Il che non sembra corrisponda al meccanismo dell'operare umano in questa fattispecie.

⁵¹ F. CAPPELLO, *De Matrimonio*, 514, n.586.

b) Ma l'errore circa una qualità propria ed individuante può presupporre uno stato intenzionale del soggetto molto diverso rispetto a quella qualità propria e individuante, e cioè il soggetto può desiderare con tanta intensità quella qualità individuante (re di Francia) da far dipendere il suo consenso dalla presenza di essa nella persona determinata che intende sposare. Questa fattispecie rende nullo il matrimonio non proprio perchè si tratta di una qualità individuante, ma perchè la qualità individuante è «directe et principaliter intenta», subordinando l'atto consensuale alla presenza di quella qualità, che per ipotesi, nel caso, è anche propria e individuante.

La formula *qualitas directe et principaliter intenta* di per sé non fa distinzione alcuna e quindi è atta per comprendere tutte e due le fattispecie, cioè sia quella riferita alla qualità comune, sia quella relativa ad una qualità propria e individuante.

Ma in tutte le fattispecie quello che determina la nullità non è l'errore sulla qualità oggettivamente considerata, nella sua maggiore o minore gravità, ma l'intenzionalità da parte del soggetto, punto cardine in tutta la storia della questione. Si possiede da parte del soggetto una volontà attuale o virtuale, concretizzata in un modo o nell'altro, nella volontà di non voler il matrimonio in modo assoluto che con persona dotata di tale qualità. Questa concretizzazione può verificarsi in una condizione esplicita, anche grammaticalmente formulata come tale. Ma può anche concretizzarsi in altre forme che rappresentano altre situazioni, fra le quali abbiamo già visto il modo di concretizzarsi in un atto positivo di volontà (can. 1101 §2) che implica oggettivamente una condizione implicita⁵².

Nel campo dell'errore, niente impedisce che il soggetto abbia concretizzato la sua determinazione in una volontà assoluta di non sposare che una persona dotata della qualità desiderata in modo prevalente (*directe*

⁵² «Orunque, sotto il profilo della *designatio personae coniugis*, e considerato che la condizione impropria altro non è in sostanza che la configurazione dell'oggetto dedotto in contratto mediante la rilevazione d'una qualità che "per conditionem fit substantialis et censetur redundare in personam" (nota 35 S.R.R., *coram* Sebastianelli, 29 giugno 1918, in S.R.R.Dec., vol. X, dec.12,n.2), non si coglie la differenza tra il consenso impropriamente condizionato e la indicazione del destinatario della dichiarazione matrimoniale mediante la rilevazione d'una qualità individuale; salvo che quivi la circoscrizione della volontà è implicita, ivi è esplicita» (E. GRAZIANI, *Volontà attuale e volontà precettiva*, 152).

et principaliter intenta) e che poi, per errore, sposi una persona priva di tale qualità, ma soggettivamente certo che la persona possieda quella qualità.

Questa fattispecie rientra senza forzature nel quadro generale delle nullità dell'atto giuridico per errore circa una elemento accidentale dell'atto, ma che per volontà del soggetto «*recidit in conditionem sine qua non*» e, come le altre fattispecie di questa categoria, rientra nella categoria di condizione implicita, e cioè di una volontà condizionante, precedentemente concretizzata nel fatto di non voler assolutamente sposare una persona se non dotata di quella qualità determinata. Volontà posta, e non revocata, prima della celebrazione del matrimonio⁵³.

⁵³ Ancora nelle parole di E. Graziani troviamo conferma: «Richiamandoci ora a quanto si è detto poc'anzi e cioè che, sotto il profilo della *designatio personae*, sembra svanire ogni sostanziale differenza tra le ipotesi considerate, bisogna aggiungere che il *defectus conditionis* può riguardarsi sotto il profilo dell'errore (errore di cui non va immune il condizionante allorché attribuisce valore certificativo a un fatto che non lo ha), così come il cosiddetto *error redundans in errorem personae*, e lo stesso *error in persona*, si risolve nel *defectus conditionis*: «*habita ratione cuiusdam implicate conditionati consensus*» (nota 38 S.R. Rota *de Dinajpur coram Heard* in *ADE*, 1941, cit., e ora anche in *S.R.R. Decc.*, vol. XXXIII, p. 529).

Che la volontà sia *implicite* condizionata, come è nel caso della *determinatio personae* mediante il rilievo d'una qualità individuale, o sia esplicitamente condizionata mediante l'apposita clausola contrattuale che eleva a qualità sostanziale la qualità comune, la fattispecie legale non varia: la causa prossima della nullità del matrimonio è pur sempre la medesima: il *defectus consensus*, per la mancanza dell'oggetto materiale configurato dal contraente» (*Volontà attuale e volontà precettiva*, 155).

CAPITOLO IX

«Error iuris» e condizione implicita (can. 1099)

1. L'error iuris: peculiarità

Il termine «error iuris» è di recente conio. E pur se oggettivamente comprende sia l'errore sulla sostanza che quello sulle proprietà, per lo più viene applicato soltanto all'errore sulle proprietà o sulla sacramentalità. Il legislatore stesso, per definire gli elementi che costituiscono la sostanza del matrimonio, prende come punto di riferimento l'*ignoranza*, determinando le cose che i contraenti non posso ignorare per poter emettere un vero consenso matrimoniale (can. 1096 §1), mentre adopera la categoria dell'*errore* quando tratta delle proprietà e della sacramentalità. Tuttavia va rilevato che l'ignoranza in tanto può muovere la volontà in quanto è la base di un giudizio erroneo sull'appetibilità dell'oggetto voluto. Per lo scopo del nostro studio non interessa l'errore sulla sostanza, che viene regolato dal principio generale del can. 126 secondo cui l'errore circa «*id quod substantiam actus constituit*» rende nullo l'atto giuridico. Perciò, come abbiamo già rilevato a proposito dell'errore circa la persona, non ha rilevanza il grado d'intenzionalità dell'errante: l'atto è nullo anche se l'errore sulla sostanza è *concomitante* (contrarrei ugualmente se conoscessi la verità).

Invece, quando si tratta dell'errore su elementi che non appartengono alla sostanza, pur se sono con essa inseparabilmente uniti, l'atto è valido anche se posto con errore sia concomitante che antecedente (non contrarrei se conoscessi la verità), pure nella sua modalità più intensa di *error dans causam* (contraggo mosso proprio dall'elemento oggetto dell'errore, e non contrarrei se conoscessi la verità).

D'altra parte, sia nella fattispecie dell'*error facti* sulle qualità della persona (non sulla persona) sia in quella dell'*error iuris* sulle proprietà essenziali o sulla sacramentalità (non però sulla sostanza), perchè l'errore assuma forza invalidante è necessario che il soggetto errante metta una carica particolarmente intensa di intenzionalità — equivalente quanto alla sua efficacia ad una vera e propria condizione — riguardo all'elemento su cui versa l'errore.

La problematica però che solleva l'*error iuris* nei riguardi dei diversi gradi d'intenzionalità del soggetto è molto più sottile di quella che abbiamo visto nel capitolo precedente riguardo all'*error facti*. Infatti, mentre in questo ultimo tipo di errore si tratta dell'influsso che esercita sul consenso l'errore su delle realtà esistenziali, cioè la persona o le qualità della persona, nell'*error iuris* si tratta dell'influsso che esercitano i diversi stati intenzionali di colui che erra circa determinati elementi che, pur non appartenendo alla sostanza, sono di tale rilevanza nel complesso dei valori dell'atto, che questo non può essere costituito senza di loro.

I più significativi di tali elementi, pur se non gli unici, sono le proprietà dell'unità e dell'indissolubilità, qualificate dal legislatore come essenziali¹ (can. 1056), alle quali si equipara, quanto all'influsso dell'errore, la sacramentalità per il matrimonio dei battezzati (can. 1099). Questo caso costituisce una applicazione del principio generale secondo cui da un atto giuridico ne conseguono determinati effetti che sono inseparabili dall'atto per volontà del legislatore, i quali perciò possono essere considerati essenziali rispetto all'atto, pur non appartenendo alla sostanza. Ne consegue che chi vuole l'atto, vuole anche, almeno implicitamente, tutti gli effetti che ne derivano per volontà del legislatore, indipendentemente dalla volontà del soggetto che lo compie. Nel nostro caso il legislatore è Dio, Creatore e legislatore del matrimonio². Perciò questo principio ha particolare applicazione riguardo all'influsso dell'errore circa le proprietà essenziali e la sacramentalità nel contratto matrimoniale.

¹ Sul senso e sull'uso dei termini *substantia*, *essentia*, *natura actus*, *proprietà essenziale*, *elemento essenziale*, cfr. J. KOWAL, «L'errore circa le proprietà», 291-294.

² Cfr. GS, 48.

In ogni atto di volontà, e quindi anche nel consenso matrimoniale, deve attuarsi anche l'altro principio fondamentale, cioè che nessuno può volere una cosa se non la conosce: «*nihil volitum quin praecognitum*». In forza di questo principio sembrerebbe che in caso di errore la volontà non possa volere efficacemente quegli elementi inseparabili, cioè le proprietà essenziali, dato che non le sono conosciuti, anzi erra circa di essi. Tuttavia va rilevato che chi conosce nella sua sostanza un oggetto e lo vuole efficacemente, vuole implicitamente tutte le realtà inseparabilmente connesse con tale oggetto. L'oggetto conosciuto è voluto in se stesso (*volitum in se*) mentre le realtà inseparabili connesse sono volute implicitamente nello stesso atto (*volitum in alio*), come spiega, a proposito dell'errore sulla sacramentalità, P. Hürth³.

Per questo motivo chi conosce «*id quod constituit substantiam contractus matrimonialis*» può emettere l'atto di volontà sufficiente a compiere il contratto matrimoniale (*volitum in se*), e se lo compie con volontà efficace, necessariamente vuole anche implicitamente (*volitum in alio*) le proprietà essenziali e la sacramentalità, anche se erra sulla loro realtà.

Proprio da questa inseparabilità fra sostanza e proprietà essenziali proviene la peculiarissima difficoltà di conciliare in uno stesso atto la volontà di contrarre matrimonio (*volitum in se*) e la volontà determinata dall'errore di non contrarlo se non privo di una delle proprietà o senza la sacramentalità. Nell'*error facti* sulle qualità accidentali non sorgono gravi difficoltà nel conciliare il meccanismo del consenso condizionato con l'errore sulla qualità dalla quale si fa dipendere il consenso. La qualità accidentale infatti è del tutto estrinseca alla struttura del matrimonio, e perciò la volontà può far dipendere l'atto di voler il matrimonio dalla presenza o meno di quell'elemento accidentale, come accade negli altri contratti. Invece nell'*error iuris* sulle proprietà essenziali, diventa difficile spiegare come può essere compatibile da una parte il consenso diretto verso la sostanza, sulla quale, per ipotesi, non c'è errore, e d'altra parte l'influsso dell'errore circa le proprietà che determina la stessa volontà a non volere il matrimonio se non privo di quelle proprietà.

³ Cf. F. HÜRTH, «*Defectus consensus*», 211-214.

È molto significativo il fatto che mentre il problema della volontà condizionata riguardante l'*error facti* sulle qualità è stata presente in tutta la storia del diritto canonico, lo stesso problema non sia stato posto, in modo esplicito, nel campo dell'errore sulle proprietà, fino ai tempi recenti.

È vero che la condizione sulle proprietà viene già trattata da Gregorio IX nella Decretale *Si conditiones* (X. 4, 5, 7), ripetutamente citata nel nostro lavoro, sotto la categoria di *conditio contra substantiam*. Abbiamo pure visto che nel codice attuale non viene menzionata la *condicio contra substantiam* (can. 1102) proprio perchè il legislatore ha ritenuto che la figura veniva assorbita dalla figura più generale della esclusione per atto positivo di volontà (can. 1101 §2). Ma, fino al codice attuale, il legislatore non aveva contemplato, in modo esplicito, che l'errore sulle proprietà o sulla sacramentalità potesse determinare la volontà, nel senso di condizionare il consenso a non voler contrarre matrimonio se non privo di alcuna di esse.

Il Papa, nel discorso alla Rota del 1993, precisa, al riguardo, che l'errore sulle proprietà perché abbia efficacia invalidante deve assurgere «a tale intensità da condizionare l'atto di volontà, determinando così la nullità del matrimonio»⁴. Prima si presupponeva che la fattispecie — nell'ipotesi che potesse verificarsi — rientrasse nell'assetto della condizione *contra substantiam* oppure della esclusione per atto positivo di volontà. Il nuovo codice ammette la possibilità che l'*errore circa le proprietà* raggiunga tale intensità da condizionare la volontà, determinando la nullità del consenso.

In tutta la tradizione canonica, nel trattare dell'errore circa le proprietà — specialmente riguardo all'indissolubilità — o circa la sacramentalità, veniva prospettato soltanto il problema se l'*error antecedente o dans causam* sulle proprietà era invalidante o meno, senza porsi il problema del consenso condizionato, basato sull'errore.

⁴ GIOVANNI PAOLO II, Alloc. ai Prelati della Rota Romana, 29 gennaio 1993, *AAS* 85 (1993) 1259.

Per comprendere meglio il significato del cambiamento introdotto nel can. 1099 rispetto al precedente 1084, vanno ricordati alcuni dati essenziali sulla formazione della dottrina al riguardo⁵.

2. Formazione della dottrina

È noto che la riflessione sull'incidenza dell'*error iuris* sulla validità del matrimonio inizia più di un secolo dopo che Graziano e Pietro Lombardo avevano proposto i principi fondamentali sull'incidenza dell'*error facti*. La riflessione sull'*error iuris* inizia con S. Tommaso che, con la capacità di analisi che gli è propria, individua il principio che regge la materia. Gli autori, anche i più grandi del Seicento e del Settecento, non fanno altro che sviluppare ed applicare alle proprietà essenziali lo stesso principio, che S. Tommaso aveva individuato in riferimento alla sacramentalità.

S. Tommaso, nello stesso articolo nel quale tratta dell'errore sulle qualità che abbiamo studiato nel capitolo precedente, si pone questa obiezione: «Praeterea. Si error, in quantum huiusmodi, matrimonium impedit, maior error magis debet impedire: sed maior est error fidei, qui est in haereticis non credentibus hoc sacramentum, quam error personae; ergo magis debet impedire, quam error personae»⁶. Dopo aver affermato: «unde oportet quod error qui matrimonium impedit sit de essentia matrimonii», risponde all'obiezione:

Ad secundum dicendum, quod *error fidei* de matrimonio est circa *ea quae sunt matrimonium consequentia*, sicut an sit sacramentum, vel an sit licitum; et ideo talis error matrimonium non impedit, sicut nec error circa baptismum impedit acceptionem characteris, dummodo intendat recipere quod Ecclesia dat, quamvis credat nihil esse⁷.

La distinzione chiave proposta dall'Aquinate fra «*ea quae sunt de essentia matrimonii*» da una parte e dall'altra «*ea quae sunt matrimonium*

⁵ Per questi dati storici ci avvarremo particolarmente delle tesi di Laurea, pubblicate alla Gregoriana, sull'argomento: H. DOMINE, *L'errore semplice*; L.M. MONTEMAYOR, *El error sobre la dignidad sacramental del matrimonio*.

⁶ S. TOMMASO, *Summa Theol.*, *Suppl.*, q. 51, a. 2, ad 2.

⁷ S. TOMMASO, *Summa Theol.*, *Suppl.*, q. 51, a. 2, ad 2.

consequentia», come la sacramentalità, guiderà lo sviluppo della dottrina fino ai nostri giorni. Gli autori classici, specialmente quelli del Seicento e del Settecento, porteranno a compimento un'analisi accuratissima per individuare con precisione «ea que sunt de essentia» e «ea quae sunt matrimonii consequentia». Queste «consequentia» vengono segnalate con diversa terminologia, come rileva il P. Kowal, ispirata alla filosofia scolastica: «proprietates», «passiones», «effectus inseparabiles», «consequentiae necessariae» etc.⁸ Lo stesso autore presenta una selezione di testi degli autori del Seicento e Settecento che illustrano ampiamente la convergenza della dottrina nel modo d'impostare la problematica e anche l'unanimità fondamentale delle soluzioni, sempre accettando come indiscutibile la distinzione dell'Aquinate⁹.

Va rilevato che il problema diviene estremamente urgente a partire dal secolo XVI, tenuto conto sia della espansione missionaria nel nuovo mondo e nell'Asia meridionale, dove frequentemente vigeva la poligamia, sia del fatto che in seno alla cristianità, consumata la divisione, i protestanti negavano la sacramentalità del matrimonio¹⁰.

Si ponevano dei problemi pastorali molto gravi: i matrimoni dei pagani che vogliono convertirsi sono da considerarsi validi, tenuto conto dei loro errori sull'unità e sull'indissolubilità? E quelli dei protestanti sono validi, atteso il loro errore sulla sacramentalità?¹¹

⁸ J. KOWAL, «L'errore circa le proprietà», 299.

⁹ Cfr. J. KOWAL, «L'errore circa le proprietà», 299-303.

¹⁰ Scrive al riguardo E. Graziani: «Si è affermato che siffatto *error juris* è difficilmente riscontrabile nei riguardi del *bonum fidei* e del *bonum prolis* e assai comune nei riguardi del bonum sacramenti, specie per la diffusa adozione del regime divorzistico da parte delle legislazioni laiche. Indubbiamente questo riflesso varrebbe anche nei riguardi dell'altra proprietà del matrimonio (l'unità), ove il soggetto, che versa nell'*error juris circa unitatem*, sia nato e sia stato educato in un ambiente ove viga il sistema poligamico. Sotto il profilo morale siffatti errori non sono facilmente imputabili a colpa dell'errante, perché, come umoristicamente si rileva, "anche tra gli antropofaghi erano uomini che si sentivano nella più limpida coscienza di sé medesimi onestissimi e che ciò nonostante mangiavano il loro simile con la stessa tranquillità con cui noi mangiamo il pollo arrosto, senza odio per il pollo, ma sapendo di non poter fare, almeno per ora, altrimenti" (nota 43 La considerazione è del Croce, *Filosofia della pratica*, p.342)» (*Volontà attuale e volontà precettiva*, 202).

¹¹ Cfr. H. DOMINE, *L'errore semplice*, 13-16.

La risposta era affermativa. Questi errori infatti non toccano la sostanza, ma versano circa «*ea quae consequuntur matrimonium*», cioè circa le proprietà essenziali o circa la sacramentalità. Soluzione che continua ancora a reggere la dottrina e l'attività amministrativa, giudiziaria e pastorale della Chiesa.

Ovviamente non può mancare l'attenzione allo stato intenzionale nei singoli casi. Il fatto di errare sulle proprietà e la sacramentalità, non invalida il consenso. Ma se il soggetto ha una intenzione, attuale o virtuale, contraria all'unità, all'indissolubilità o alla sacramentalità, il matrimonio è nullo. Si ricorre, in tal caso, alla prevalenza dell'intenzionalità.

Scrivo ad esempio F. Castro Palao († 1633):

Quapropter dicendum est, si contrahentes ita vellent inire matrimonium, ut nullo modo Sacramentum suscipere intendant, neutrum efficiunt; at si efficaciter, et absolute volunt matrimonium inire; nolunt tamen Sacramentum suscipere, quia errore ducti existimant matrimonium a Sacramento separari posse, verum Sacramentum suscipiunt; quia illa voluntas non suscipiendi Sacramentum inefficax est stante voluntate absoluta, et efficaci celebrandi matrimonii contractum, cui annectitur ex Christi institutione Sacramentum¹².

Nella problematica dell'*error iuris* apporta un contributo particolarmente significativo il Card. De Lugo. Interessa al nostro scopo sottolineare alcuni aspetti del suo pensiero. La sua esposizione acquista specifica attualità in quanto si pone il problema concreto del divorzio degli etiopici, i quali celebrano il matrimonio secondo il loro rito, senza aggiungere nessuna limitazione¹³. Secondo Montemayor, da cui attingo questi dati, sarebbe De Lugo il primo ad applicare il binomio *error antecedens* e *error concomitans* all'errore circa l'indissolubilità, dato che prima era adoperato soltanto nel contesto dell'*error facti*. Inoltre De Lugo attribuisce un differente effetto giuridico riguardo

¹² F. CASTRO PALAO, *De Sponsalibus et Matrimonio*, tract. 28, disp. 2, punct. 2, n. 6.; Cfr. J. KOWAL, «L'errore circa le proprietà», 302.

¹³ «Difficultas est, quando coniuges sciebant quidem, licere repudium in sua Republica; sed tamen tempore contractus non addiderunt illam limitationem se non aliter obligandi, nisi sub eo ritu repudii» (CARD. DE LUGO, *De Sacramentis*, disp. 8, sect. 8, n. 131)

all'indissolubilità a seconda che l'errore sia concomitante o antecedente¹⁴.

Quanto all'errore concomitante scrive:

Dico quarto, si contrahentes ignorabant omnino, an vinculum istud esset perpetuum, vel si credebant etiam dissolubile; *sed non limitarunt suam intentionem tempore contractus ad eam existimationem, sed habuerunt voluntatem generalem contrahendi matrimonium validum*, ita ut illa ignorantia, vel stimatio se habeat concomitanter, cum etiam sine illa contraherent; tunc matrimonium videtur validum et observandum¹⁵ (Sottolineatura nostra).

Da notare in questo testo due cose:

a) il termine «*voluntatem generalem* contrahendi» verrà adoperato in seguito praticamente fino a Gasparri¹⁶, per contrapporlo al termine *errore privato*, per indicare l'errore in cui si trovano i contraenti al momento di contrarre.

b) il verbo «*videtur validum et observandum*» induce il sospetto che De Lugo non fosse del tutto certo che nemmeno in caso d'*error concomitans* circa l'indissolubilità, il matrimonio fosse nullo.

Quanto all'errore antecedente scrive:

Dico tertio, si ea scientia, quam habebant de usu repudii, se habuit *antecedenter*, hoc est, *ideo* contraxerunt, *quia* sciebant licere repudium: et aliter non contraherent; iam *videtur se implicite nolle obligare ad perpetuitatem*¹⁷ (Sottolineatura nostra).

Il testo sembra non lasci spazio a dubbi. Per il Card. De Lugo, lo stato intenzionale corrispondente all'errore *antecedente* circa l'indissolubilità, rende nullo il consenso, in quanto implicitamente contiene la volontà di non voler obbligarsi alla perpetuità. Va però fortemente sottolineato che il Card. De Lugo, in questo testo, prende il termine *error antecedens* nel senso di errore *movente* (*error dans causam*) nel senso letterale in cui alcuni autori recenti, soprattutto italiani, interpretano la frase «dans

¹⁴ Cfr. L.M. MONTEMAYOR, *El error sobre la dignidad sacramental*, 91-92.

¹⁵ CARD. DE LUGO, *De Sacramentis*, disp. 8, sect. 8, n. 132.

¹⁶ Cfr. H. DOMINE, *L'errore semplice*, 56-58.

¹⁷ CARD. DE LUGO, *De Sacramentis*, disp. 8, sect. 8, n. 131.

causam contractui»¹⁸. Ciò si deduce dalle particelle *ideo* contraxerunt, *quia*. Si tratta infatti del caso limite, in cui il Card. De Lugo ritiene che «videtur se implicite nolle obligare ad perpetuitatem», quindi presuppone che, in questo caso limite, non si dia una volontà interpretativa, ma una volontà reale, implicita, di non obbligarsi alla perpetuità. Da sottolineare che non si tratterebbe di una volontà mossa dall'errore a prendere la decisione di compiere il contratto, ma di una volontà attuale implicita, operante la nullità del consenso per non volere assumere la perpetuità del vincolo.

Questa posizione del Card. De Lugo non ebbe seguito, forse per la equivocità del termine *error antecedens* applicato a questa fattispecie, nella quale l'Autore vedrebbe non un errore motivo, ma un errore sul contratto stesso, che elimina dal suo oggetto con volontà reale uno degli elementi essenziali, pur se non appartenenti alla sostanza dell'atto.

Riguardo a questo caso limite, nel quale il De Lugo prende una posizione non seguita dalla dottrina posteriore, va notato che non mancano autori nei nostri giorni che rilevano la difficoltà di conciliare psicologicamente il fatto che una persona sia mossa a celebrare il matrimonio precisamente perchè lo ritiene solubile e a sua volta possa formarsi un vero consenso matrimoniale, tale cioè che non escluda implicitamente dal suo oggetto l'indissolubilità¹⁹. De Lugo introduce anche il termine *error speculativus*, chiamato a sopravvivere fino all'inizio di questo secolo, per denominare l'errore che resta nella sfera dell'intelletto senza incidenza invalidante sulla volontà. Ma il termine è stato esteso per significare sia l'errore concomitante che l'errore antecedente, anche nella forma di *dans causam contractui*, mentre per De Lugo, in coerenza con la sua sentenza sull'influsso invalidante dell'errore antecedente nella sua modalità limite di movente (*dans causam*) significa soltanto l'errore concomitante, e forse anche l'antecedente nella sua modalità di non essere il movente (*dans causam*)²⁰.

¹⁸ Cfr. U. NAVARRETE, «De sensu clausulae», 476-477.

¹⁹ Cfr. U. NAVARRETE, «De sensu clausulae», 477.

²⁰ Cfr. L.M. MONTEMAYOR, *El error sobre la dignidad*, 114-116, dove manifesta il suo disaccordo con H. DOMINE (*L'errore semplice*, 43) e A. STANKIEWICZ («Errore circa le proprietà», 128-132) riguardo all'interpretazione che essi danno al pensiero di De Lugo.

La dottrina e anche la terminologia resta immutata fino a Gasparri, che apporta un notevole contributo, anche terminologico, che poi passerà al CIC/17. Secondo H. Domine, il progresso dovuto a Gasparri si può sintetizzare in queste conclusioni:

- 1) estensione esplicita dell'errore speculativo anche all'unità del matrimonio.
- 2) Acquisizione della non rilevanza giuridica all'errore speculativo sulle proprietà medesime anche se antecedente, ovvero dante causa al contratto.
- 3) Conio del termine tecnico giuridico: errore semplice sulle proprietà²¹.

3. La codificazione (can. 1084 CIC/17)

Questo stato della dottrina, precisato dal Gasparri, principale artefice della codificazione del 1917, sarà codificato nel can. 1084:

Simplex error circa matrimonii unitatem vel indissolubilitatem aut sacramentalem dignitatem, etsi det causam contractui, non vitiat consensum matrimonialem.

Il testo del canone enuncia semplicemente il principio generale dell'irrelevanza dell'errore sulle proprietà essenziali (can. 1056) e sulla sacramentalità, anche se antecedente o *dans causam*, senza indicare alcuna eccezione. Il legislatore non contempla nel contesto dell'errore circa le proprietà essenziali o circa la sacramentalità la possibilità che ci siano dei casi nei quali colui che erra abbia una intenzione prevalente di non volere il matrimonio che privo della sacramentalità o di una delle proprietà essenziali. Tali fattispecie, se si verificano, il legislatore del '17 non le mette in rapporto con l'errore. Senza dubbio ha ritenuto che rientrassero nella categoria della condizione *contra substantiam* (can. 1092, 1°), oppure della esclusione per atto positivo di volontà (can. 1086 §2).

I commentatori postcodiciali non trovano particolari difficoltà nell'interpretazione del canone, e sono molto sobri nel commentarlo; citiamo, ad esempio, lo stesso Gasparri, Wernz – Vidal, De Smet,

²¹ H. DOMINE, *L'errore semplice*, 63.

Cappello, Conte a Coronata, Regatillo, Payen, Miguélez, Vlaming – Bender²².

Questi autori presuppongono che in contrapposizione all'*error simplex* circa le proprietà essenziali o circa la sacramentalità — il quale per definizione rimane nell'intelletto senza che abbia influsso sulla volontà — ci sia un altro tipo di errore che abbia tale influsso, così da viziare il consenso. Tuttavia nel presentare questo tipo di errore — che non ha un termine proprio per essere designato (*error non simplex*) — ricorrono semplicemente alla condizione *contra substantiam* (can. 1092, 2°) oppure alla esclusione per atto positivo di volontà (can. 1086 §2).

I commentatori, nella stessa definizione dell'*error simplex*, di solito accettano la possibilità, senza ulteriori approfondimenti, che l'errore su una proprietà essenziale o sulla sacramentalità possa muovere la volontà ad apporre una condizione o ad escludere efficacemente tale proprietà. Ad esempio G. Payen dà questa definizione: «Error, seu falsum de re iudicium, dicitur *simplex*, cum manet in intellectu, cuius est actus, quin ullo modo moveat voluntatem, aut certe quin eam *efficaciter* moveat ad excludendum, actu positivo et praevalente, ad normam can. 1086, §2, aliquod matrimonii essenziale elementum»²³. Non fa distinzione fra esclusione implicita o esplicita.

Dal modo di parlare, di questi come degli altri autori, sembra che essi non prendano in considerazione nel contesto dell'*error iuris* la condizione o la esclusione implicita, ma si riferiscano in modo generale a questi istituti, presi nella loro forma più palese, che è quella esplicita.

Scrivo ad esempio M. Conte a Coronata:

Dicitur autem in Codice: *Simplex error non viciat consensum* quia si, praeter errorem qui exclusive residet in intellectu, habeatur et actus voluntatis positivus excludens essentielles matrimonii proprietates, sive per modum pacti, sive per conditionis appositionem, sive etiam per simplicem voluntatis

²² Cfr. P. GASPARRI, *De Matrimonio*, II, 27-29, n. 805-808; F.X. WERNZ – P. VIDAL, *Ius canonicum*, V, 576-577, n. 491-492; A. DE SMET, *De Sponsalibus*, 463-465; F. CAPPELLO, *De Matrimonio*, 516-517, n. 588; M. CONTE A CORONATA, *De Matrimonio*, 615-616, n. 453; E. REGATILLO, *Ius Sacramentarium*, 978, n. 1324; G. PAYEN, *De Matrimonio*, 257, n. 1640; L. MIGUÉLEZ, *El Matrimonio*, 613-615, n. 458; Th.M. VLAMING – L. BENDER, *Praelectiones Iuris Matrimonii*, 385.

²³ G. PAYEN, *De Matrimonio*, 257, n. 1640.

actum realiter non simpliciter interpretative positum, cum agatur de proprietatibus matrimonii essentialibus, matrimonium ipsum irritum fit [in nota c. 1086, §2], ut infra melius videbimus²⁴.

Non si pone il problema di come l'errore può muovere efficacemente la volontà a condizionare o ad escludere una proprietà essenziale se la persona errante, in base all'errore, è persuasa che il matrimonio in sé è solubile. Se la persona è certa, fondata su un giudizio erroneo, che il matrimonio è solubile, come può, psicologicamente, prestare un consenso condizionato, come può, cioè, sposarsi solo a condizione che il suo matrimonio sia solubile?

Tuttavia questo modo di prospettare l'efficacia invalidante dell'errore *non semplice*, cioè ricorrendo alla condizione o all'atto di volontà esplicito, è comune fra gli autori di questo periodo. P. Gasparri, ad esempio, dopo aver affermato l'irrelevanza dell'errore semplice, soggiunge: «Equidem si contrahens explicito voluntatis actu, seu vera mentis conditione, illam proprietatem excluderet, matrimonium irritum esset, de qua re postea redibit sermo, sed ex hypothesis non excludit»²⁵.

Ma in questo modo di prospettare la questione, viene parificata la problematica specifica di questa fattispecie con quella generale della condizione e delle esclusioni. Non ci si propone, mai, il problema

²⁴ M. CONTE A CORONATA, *De matrimonio*, 609, n.453. Vale la pena trascrivere un altro testo molto significativo al riguardo: «Attende autem sedulo ex una parte supponi errorem simplicem et qua talem, qui scl. terminatur in intellectu. Si enim, sub influxu erroris vel concomitanter ad illum, ab alterutro nupturiente eliciatur actus voluntatis, positive et praevalenter excludens unam ex essentialibus proprietatibus, vel si consensus matrimonialis emittatur sub condicione proprietatis exclusiva, non est dubium quominus irritetur matrimonium: quod caeteroquin expressis verbis confirmat can. 1086 § 2» (A. DE SMET, *De Sponsalibus*, 464).

²⁵ P. GASPARRI, *De Matrimonio*, II, 28, n. 807. Il medesimo Autore, più avanti, esaminando le condizioni contro la sostanza del matrimonio, riporta una Istruzione del S.C.S. Officii, fer.V, die 6 apr. 1843, al Vicario Apostolico dell'Oceania, significativa per il nostro studio: «Tametsi autem dubitandum non sit, quin validum matrimonium contrahi possit cum errore mere concomitanti circa eius indissolubilitatem, quia tunc praevalet generalis voluntas contrahendi matrimonium iuxta institutionem Christi, et generalis illa voluntas privatum errorem quodammodo absorbet; attamen ubi adhibetur formula cum explicita vel implicita illa conditione, iam fieri nequit, ut particularis error absorptus maneat a generali voluntate contrahendi iuxta institutionem Christi» (*De Matrimonio*, II, 86, n.909).

concreto della difficoltà psicologica che presenta il caso dell'errore sulle proprietà o sulla sacramentalità: poter conciliare lo stato di certezza, effetto dell'errore, e l'apposizione della condizione contro la proprietà oggetto dell'errore o la esclusione di tale proprietà per atto positivo di volontà. Soltanto se si verificano circostanze estrinseche particolari, ad esempio il timore che l'altro coniuge intenda contrarre un matrimonio indissolubile, sembra possa essere compatibile lo stato di errore con l'apposizione della condizione o la esclusione per atto positivo di volontà. Ma, in tal caso, questa condizione o questa esclusione non sembrano essere determinati dall'errore ma da altri fattori influenti sulla formazione dell'atto di volontà. Del resto l'*error simplex* in quanto rimane nell'intelletto non è, né può essere, atto giuridico, quindi di per sé resta fuori dal campo del diritto.

Il canone ha, dunque, soltanto un fine puramente pedagogico, enunciativo di una verità che può servire di guida agli operatori del diritto, ma che essa, in sé stessa, non è operante di effetti giuridici.

Scrivo Vlaming – Bender:

Simplex error opponitur errori, cuius obiectum in pactum deducitur tamquam conditio aut clausula [excludens]. Quid sit effectus huiusmodi erroris non statuitur in hoc c. 1084 [CIC/17], nam hoc pertinent ad materiam de qua agunt c. 1086 [de exclusione] et c. 1092 [de condicione]²⁶.

Direi che la domanda «quid sit effectus huius canonis» è fatta con molta acutezza, se il canone si limita all'enunziato del principio dell'irrelevanza dell'*error simplex*. Dall'altra parte il passo così diretto e aperto alla condizione o alla esclusione, come viene presentato, lo rende ancora meno operativo, dato che nella fattispecie della condizione o della esclusione non interessa, sotto il punto di vista sostantivo — prescindiamo dal diritto processuale — la radice o la causa per la quale il soggetto mette la condizione o esclude un elemento essenziale. Ha effetto soltanto il fatto dell'apposizione della condizione o della esclusione per atto positivo di volontà.

È interessante sottolineare che gli autori in questo contesto non menzionano la condizione implicita né la esclusione implicita per atto positivo di volontà. Così pure nessuno nel contesto dell'*error iuris* sulle

²⁶ Th.M. VLAMING – L. BENDER, *Praelectiones Iuris Matrimonii*, 385.

proprietà fa menzione dell'*error qui recidit in condicionem sine qua non*.

Al nostro scopo, un'altra questione importante nell'interpretazione del can. 1084 CIC/17 è il contenuto unitario e indivisibile attribuito dalla dottrina all'*error simplex*. Questo errore infatti viene sempre trattato in modo univoco, senza dare rilevanza alcuna alla gamma d'intensità che può rivestire. Non si prende in considerazione la differenza oggettiva che corre fra uno stato di errore superficiale e facilmente superabile e quello di un errore profondamente radicato nella propria mentalità e ideologia, frutto di una educazione assolutamente divorzista nella quale la stabilità del matrimonio non viene considerata un valore rilevante.

La giurisprudenza invece, a partire dagli anni cinquanta, come constataba nel 1972 l'Uditore rotale, Mons. Parisella²⁷, cominciò a qualificare l'errore sull'indissolubilità con aggettivi specifici, come i seguenti: «Error pertinax, in contrahentibus mente radicans, inveteratus, in mente contrahentis inditus, vel qui tenacius insidet in mente, vel erroneis placitis tenaciter inhaeret»²⁸. Mons. Parisella cita anche una espressione di *una coram* Felici che verrà spesso citata; «Si vero huiusmodi sententiae in animo contrahentis, tam profunde insident, ut veluti in naturam verterint»²⁹.

Da questa nuova tendenza giurisprudenziale, Mons. Parisella, nel 1972, traeva queste conclusioni, che di per sé non riguardano il diritto sostantivo, ma il processuale, dato che si tratta soltanto di presunzioni:

²⁷ «Primum omnium infitiri non possumus cum maxime viginti fere annos, in rotalibus sententiis matrimonii indissolubilitatem spectantibus, secus ac antea fieri solebat, errorem circa sacramenti bonum, pro re nata, quibusdam adiectivis qualificativis exornatum occurrere; quae adiectiva ut liquet, qualitatem tribuunt substantivo, vel eius qualitatem indicant» (I. PARISELLA, «De pervicaci seu radicato errore», 517).

²⁸ Mons. Parisella segnala le rispettive sentenze rotali dove vengono adoperati gli aggettivi citati, indicando il numero del protocollo per quelle sentenze non pubblicate ancora in quell'anno: *coram* ANNÈ, 2 e 26 aprile 1968, *RRD* 60, n. 8574, 9015; *coram* FELICI, 13 luglio 1954, *RRD* 46, 616, n. 4; *coram* ANNÈ, 27 ottobre 1964, n. 7113; *coram* ANNÈ, 27 giugno 1967, n. 3, riportata in una *coram* EWERS, 18 maggio 1968: *ME* 94 (1969) 398; *coram* JULLIEN, 2 aprile 1947, *RRD* 39, 221, n.3; *coram* ANNÈ 2 aprile 1968, *RRD* 60, n. 8574.

²⁹ *Coram* FELICI, 13 luglio 1954, *RRD* 46, 616, n. 4.

«A. Quo tenacior est error, eo debilior est praesumptio voluntatem illam generalem respiciens matrimonium contrahendi, sicuti a Domino institutum est, vel sicuti ceteri homines contrahere solente. / B. Quo tenacior est error eo facilius est gressus ad positivum voluntatis actum»³⁰. Nel 1972, data dello studio di Mons. Parisella, non c'erano sentenze rotali pronunziate in base all'errore semplice, anche se radicato profondamente «ut veluti in naturam verterit»³¹, ma le nuove tendenze giurisprudenziali a qualificare l'errore semplice a seconda della sua intensità, non potevano non creare delle nuove problematiche al riguardo.

4. La revisione del CIC (can. 1099)

La Commissione di revisione del Codice in quegli anni si trovava in piena attività. Nel primo Schema *De Matrimonio*, inviato agli Organi di Consultazione, pubblicato dal *Regno* nell'aprile del 1974³², il can. 59 (CIC 1084) recitava così:

Error circa matrimonii unitatem vel indissolubilitatem, dummodo non afficiat voluntatem, non vitiat consensum matrimonialem.

Riguardo al can. 1084, scompaiono l'aggettivo *simplex*, l'inciso «*etiam si det causam contractui*» e la menzione della «*dignitas sacramentalis*», mentre si introduce una condizionale «*dummodo non afficiat voluntatem*», che costituisce la vera grande novità sotto il punto di vista storico-canonistico³³.

³⁰ I. PARISELLA, «De pervicaci seu radicato errore», 523-524.

³¹ M. Berti, nel 1992, dopo lo studio delle sentenze rotali che trattano sull'*error pervicax*, conclude: «La conclusione che si può trarre, dopo aver esaminato la giurisprudenza rotale sull'argomento dell'errore pervicace o radicato, è che in nessuna decisione del Tribunale della Rota, né prima, né dopo la pubblicazione del nuovo CIC, come risulta chiaramente dalle sentenze più significative che ho riassunto, viene ritenuta sufficiente la presenza di quest'errore per dichiarare la nullità del matrimonio. Sempre si richiede la prova dell'atto positivo della volontà teso ad escludere una proprietà del matrimonio» (*L'esclusione della sacramentalità*, 202).

³² Cfr. U. NAVARRETE, «Schema iuris recogniti», 611.

³³ Sulla portata di queste eliminazioni, cfr. U. NAVARRETE, «De sensu clausulae», 472-479.

Il Relatore, P. Huizing, giustifica la soppressione della menzione della sacramentalità con queste parole:

Error enim circa sacramentalem dignitatem, dummodo partes contrahentes baptizatae velint contrahere matrimonium unum et indissolubile, nihil efficit, cum tale matrimonium sit sacramentum independenter a voluntate partium — nisi utique exclusionem sacramenti consensui apposuerint ut veram condicionem, ita ut ipsum matrimonium non voluerint, si sit sacramentum; quod autem huc non pertinet —³⁴.

Il ragionamento è corretto, ma nel testo promulgato il legislatore ha ritenuto conveniente non omettere la menzione alla dignità sacramentale, senza dubbio per evitare degli equivoci, tenuto anche conto che il canone di per sé — almeno nella redazione del can. 1084 CIC/17, come abbiamo osservato sopra — contiene solo un puro enunciato dottrinale che non produce effetti giuridici, in quanto l'errore semplice resta nell'intelletto e quindi non entra nel campo del diritto. D'altra parte può darsi il caso che uno erri sulla sacramentalità mentre non erra sull'indissolubilità o l'unità del matrimonio³⁵.

Quanto all'eliminazione dell'inciso *etsi det causam contractui*, dice il Relatore: «Porro non placuerunt verba “etsi det causam contractui”, et eorum loco posita sunt verba “dummodo non afficiat voluntatem”»³⁶. Sembrerebbe quindi che nella mente dei Consultori i due incisi siano equivalenti ed intercambiabili. Tuttavia bisogna dire che la sostituzione non è facilmente comprensibile, anche se è vero che le due clausole stanno ad indicare un caso limite: la clausula *etsi det causam contractui* certamente stava ad indicare il caso limite in cui l'errore sulle proprietà non ha, però, ancora efficacia invalidante; mentre la clausula *dummodo non afficiat voluntatem* starebbe a segnalare il caso limite in cui l'errore

³⁴ *Communicationes* 3 (1971) 76.

³⁵ Su questa omissioni scriveva il P. Navarrete: «Re quidem vera ratio ob quam ommissa est mentio erroris circa sacramentalem dignitatem matrimonii christiani, non omnes convinctet. Tandem aliquando Codex iuris canonici agit praeprimis de matrimonio sacramento. Nec repugnat quod quis non erret circa unitatem vel indissolubilitatem matrimonii, erret autem circa dignitatem sacramentalem sui matrimonii, quo in casu eadem principia applicantur. Non apparet igitur cur non recensenda sit etiam sacramentalis dignitas in hoc canone eodem modo ac recensentur unitas ac indissolubilitas» («Schema iuris recogniti», 637).

³⁶ *Communicationes* 3 (1971) 76.

sulle proprietà produce già l'effetto di invalidare il consenso. Tuttavia questa interpretazione forse non risponde a quello che il Relatore ha voluto dire nella sua giustificazione del cambio.

Ad ogni modo è molto importante quello che aggiunge il Relatore, sull'intenzione di quasi tutti i Consultori di voler riflettere, nella nuova redazione, la stessa dottrina del canone precedente: «Attamen expresse facta est quaestio an per hanc mutationem alius sensus canonum daretur et fere omnes Consultores responderunt se retinere velle sensum quem habet canon secundum communem interpretationem»³⁷.

L'inciso *dummodo non afficiat voluntatem*, però, suscitò subito delle perplessità. Osservava il P. Navarrete nel suo commento allo Schema pubblicato dal Regno nel 1974: «Pariter clausula "*dummodo non afficiat voluntatem*" non est felix. Omnis enim error afficit voluntatem. Quaestio hic est utrum afficiat tali gradu ut consensum matrimonialem viciet. Si autem indicare intenditur non afficere tali gradu, tunc committeretur mera tautologia»³⁸.

Nello Schema del 1980 inviato ai Padri della Plenaria non si menzionava ancora la dignità sacramentale, mentre si era già cambiato l'inciso *dummodo non afficiat voluntatem* per l'inciso promulgato *dummodo non determinet voluntatem* (can. 1053 dello Schema)³⁹. La *Relatio* della Segreteria, rispondendo alle osservazioni dei Padri, rileva: «Ex commendatione S.C. pro Doctrina Fidei d. 14-1-81, inseritur clausula "aut sacramentalem dignitatem". Canon proinde ita modificatur [...]»⁴⁰ e trascrive il testo che poi verrà promulgato senza subire ulteriori cambiamenti.

Resta aperta la problematica suscitata dalla nuova clausula *dummodo non determinet voluntatem*, che ovviamente ha dato luogo ad una vasta letteratura. Non è questa la sede per entrare nell'analisi delle diverse posizioni. Basta al nostro scopo ricordare qui la sintesi esauriente fatta

³⁷ *Communicationes* 3 (1971) 76.

³⁸ U. NAVARRETE, «Schema iuris recogniti», 437.

³⁹ PONTIFICIA COMMISSIO CODICIS IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Schema Codicis Iuris Canonici*, 1980, 240.

⁴⁰ PONTIFICIA COMMISSIO CODICIS IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Schema Codicis Iuris Canonici*, 1980, 257.

da R. Serres⁴¹, il quale distingue tre gruppi di autori, a secondo della loro posizione nel collocare la figura descritta nella clausula *dummodo non determinet voluntatem*. Come in ogni sintesi, si prescinde dai dettagli che possono contraddistinguere gli autori fra di loro. Questi tre gruppi sono:

1) Autori che riconducono la figura all'errore «*qui recidit in conditionem sine qua non*» (can. 126): U. Navarrete, F. Gil de las Heras, e con qualche riserva J.T. Martín de Agar⁴²;

2) Autori che la ritengono una *exclusione implicita*: F.R. Aznar, A. Abate, E. Graziani, J. Fornés, P. Moneta, M. Berti, Z. Grocholewski, V. De Paolis⁴³;

3) infine, Autori che sostengono che si tratti di una figura giuridica autonoma: P.J. Viladrich, G. Candelier, J.J. García Failde, S. Villeggiante, N. Lüdecke, J.I. Bañares, A. Stankiewicz, P.A. Bonnet, S. Berlingò⁴⁴.

Per quanto concerne la giurisprudenza, si manifestano queste stesse tendenze della dottrina, partendo dal presupposto comune che l'errore circa le proprietà, anche se radicato, non può essere causa diretta di nullità. La nullità proviene sempre dalla volontà, la cui efficacia viene spiegata da diverse prospettive⁴⁵.

In questa varietà di posizioni, sembra che l'allocuzione di Giovanni Paolo II del 1993, ai Prelati Uditori della Rota Romana, abbia come scopo dare un orientamento interpretativo unitario e pratico al riguardo. Dice il Papa:

Sarebbe grave ferita inferta alla stabilità del matrimonio e quindi alla sacralità di esso [...] se il cosiddetto «error iuris» circa una proprietà essenziale del matrimonio, o la dignità sacramentale del medesimo, non assurgesse a

⁴¹ Cfr. R. SERRES, *Error recidens*, 183-183, dove riporta le citazioni precise degli autori. Lo stesso autore presenta una sintesi, con le rispettive citazioni, nell'articolo «*Error recidens*», 347-349.

⁴² Cfr. R. SERRES, *Error recidens*, 183-184.

⁴³ Cfr. R. SERRES, *Error recidens*, 184.

⁴⁴ Cfr. R. SERRES, *Error recidens*, 185-193.

⁴⁵ Cfr. R. SERRES, *Error recidens*, 193-195 con le rispettive citazioni delle sentenze rotali.

tale intensità da condizionare l'atto di volontà determinando così la nullità del consenso⁴⁶.

Nessuno può mettere in dubbio che, nonostante la mentalità divorzista profondamente radicata in gran parte del mondo, gli uomini e le donne siano capaci di matrimonio, in quanto restano capaci di un autentico amore coniugale, la cui dinamicità naturale tende ad una donazione definitiva, esclusiva, in ordine a costituire quella *communitas vitae et amoris coniugalis* (GS, 48) propria del matrimonio, alla quale l'uomo tende per innata inclinazione naturale⁴⁷. Del resto la problematica non è nuova. Anzi è stata proprio essa a dare lo stimolo più determinante ad approfondire la questione, nei secoli passati, come abbiamo visto.

Tenuto conto della varietà d'interpretazioni date alla clausula *dummodo non determinet voluntatem*, diventa, quindi, difficile affermare che il contenuto normativo del can. 1099 sia lo stesso di quello del can. 1084 CIC/17, nonostante le assicurazioni del Relatore, secondo cui alla questione suscitata in seno alla Commissione «an per hanc mutationem alius sensus canonis daretur» quasi tutti i Consultori «responderunt se retinere velle sensum quem nunc habet canon secundum communem interpretationem»⁴⁸.

⁴⁶ AAS 85 (1993) 1259.

⁴⁷ Scrive a questo proposito U. Navarrete: «Meo iudicio, criterium obiectivum non potest esse aliud quam gradus amoris coniugalis. Qui enim contrahit germano amore coniugali impulsus, sponte, instinctu naturali ductus, intendit sibi in celebrando matrimonio donationem-acceptationem perpetuam et exclusivam in ordine ad fines proprios societatis coniugalis, quaecumque fuerit eius ideologia vel eius cognitio abstracta instituti matrimonialis. Amor enim sponsalis, ex imis naturae humanae scaturiens, eam induit naturam eaque pollet vi ut impellat ad donationem definitivam et exclusivam, quae propria est matrimonio, illamque vehementer ex comparte exigat in ordine ad fines proprios matrimonii, quaecumque fuerit mentalitas vel positio theoria contrahentis circa institutum matrimonii abstracte et in se consideratum. Illae enim profundae exigentiae veri amoris sponsalis determinat consensum matrimoniale, dotatum notis quae illis exigentiis profundis respondeat, talem scilicet qui positus aliis de iure ponendis sit naturaliter sufficiens ad matrimonium generandum. Errores circa unitatem vel indissolubilitatem (aut sacramentalem dignitatem) quantumvis radicati per se non sufficiunt ad illam vim naturalem amoris sponsalis elidendam, quae contrahentem impellit ad societatem coniugalem, fidelem quidem ac sine fine, cum persona determinata quam amat» («De sensu clausulae», 484).

⁴⁸ *Communicationes* 3 (1971) 76.

Certo il trattamento dell'*error iuris*, essendo un ambito di diritto naturale, non può avere altri cambiamenti che quelli dovuti al progresso della conoscenza della realtà dell'uomo e dell'istituto del matrimonio. E per quanto riguarda il campo specifico delle proprietà essenziali e della sacramentalità, non risulta che ci siano stati degli approfondimenti rilevanti negli ultimi tempi. Da ciò si può dedurre che, se c'è stato cambiamento, questo deve riguardare l'ordine sistematico delle fattispecie in cui l'*error iuris* può avere efficacia invalidante. E probabilmente, in questo campo, la clausula *dummodo non determinet voluntatem* sta ad indicare un modo di classificare alcune fattispecie che prima non venivano menzionate esplicitamente nel Codice.

Resta immutabile il principio secondo cui l'errore, anche se radicato nella mentalità del soggetto, non può essere causa diretta della nullità. Il caso contrario equivarrebbe a ritenere incapaci di matrimonio tutti coloro che, imbevuti di una mentalità divorzista, sono in errore invincibile sull'indissolubilità. Questo principio forse è diventato più saldo dopo la promulgazione del nuovo codice, in quanto è stata compiuta una ulteriore riflessione sul problema, stimolata dalla tendenza della giurisprudenza rotale ad applicare, a partire dagli anni '50, dei qualificativi all'*error simplex* in considerazione dell'intensità dell'errore.

Per concludere questo punto, vogliamo sottolineare, quindi, che, perchè l'errore sulle proprietà possa provocare la nullità del matrimonio, è necessario che incida sull'atto di volontà concreto che emettono i contraenti, almeno uno di loro. Principio acquisito già dalla dottrina classica e riconfermato dalla riflessione recente.

Questa incidenza non può consistere che nella volontà del soggetto il quale, in un modo o nell'altro, condiziona, nel senso generale del termine, il suo consenso all'assenza, nel suo matrimonio concreto, di una delle proprietà essenziali o della sacramentalità. Ciò viene confermato dall'orientamento dottrinale e giurisprudenziale dato da Giovanni Paolo II, quando insegna che sarebbe grave ferita inferta alla stabilità del matrimonio, e quindi alla sacralità di esso, «se il cosiddetto "*error iuris*" circa una proprietà essenziale del matrimonio o la dignità sacramentale del medesimo *non assurgesse a tale intensità da condizionare l'atto di volontà, determinando così la nullità del consenso*» (Sottolineatura nostra).

L'errore sulle proprietà o la sacramentalità sembra sia incompatibile, sotto il punto di vista psicologico, con l'apposizione di una condizione o la esclusione per atto positivo di volontà, in modo esplicito e formale, anche virtuale e *mente retenta*. Invero, più radicato è l'errore, più certo sarà, soggettivamente, il contraente, basato sul giudizio erroneo, che il matrimonio in sé è, ad esempio, solubile, e quindi più difficile sarà psicologicamente che possa apporre una condizione esplicita e formale o che possa porre, in modo esplicito, un atto positivo di volontà escludente l'indissolubilità. Perciò ci sembra che l'errore non possa determinare la volontà ad apporre una condizione riguardo alle proprietà o alla sacramentalità o escluderle per atto positivo, in modo esplicito e formale.

Un errore determinante la volontà ad apporre una condizione o ad emettere un atto di volontà escludente sembra si possa verificare se, la condizione o l'atto positivo escludente, sono impliciti, e cioè il soggetto ha una volontà positiva e prevalente, attuale o virtuale, determinata dall'errore, di voler il suo matrimonio concreto, solo e in quanto solubile, senza l'unità o senza la sacramentalità. Ci sembra che questo stato d'animo possa verificarsi, pur se difficilmente conciliabile con la possibilità di volere la sostanza del matrimonio. Perciò riteniamo che il numero di casi di nullità attribuibili a questa radice d'invalidità possono essere molto meno di quanto potrebbe sembrare. Per lo più entreranno in gioco altri fattori invalidanti.

Sotto il punto di vista sistematico, ci sembra che questo stato di volontà veramente condizionante riguardo ad un elemento che non appartiene *ad id quod actus substantiam constituit*, pur essendo inseparabilmente unito ad essa, rientri nella seconda categoria generale di nullità prevista dal can. 126, cioè di un *error qui recidit in condicionem sine qua non*.

coliformo enteropatico. È abbastanza comune in natura, e si trova in tutti i liquidi e nei tessuti animali e vegetali. È un batterio a forma di bastoncino, con estremità arrotondate, che si muove attivamente per mezzo di flagelli. È aerobio facoltativo, cioè può vivere sia in presenza che in assenza di ossigeno. Si moltiplica rapidamente a temperature comprese tra i 10° e i 45° C., con un optimum a 37° C. Il suo periodo di incubazione è di 1-2 ore. Produce un tipo di fermentazione che si manifesta per la produzione di gas e di acido lattico. È sensibile al calore, che lo uccide a 70° C. in 10 minuti. È sensibile anche ai raggi ultravioletti e ai disinfettanti chimici.

Il batterio enteropatico si trova in ogni parte dell'ambiente, sia in natura che in laboratorio. È molto resistente all'essiccazione e può sopravvivere per mesi in acqua e in terreno. È anche molto resistente al congelamento e può sopravvivere per anni in ghiaccio. È molto resistente anche ai raggi ultravioletti e ai disinfettanti chimici. Per questo motivo, è molto difficile eliminarlo dall'ambiente. È importante, quindi, adottare tutte le precauzioni necessarie per evitare la sua diffusione. In particolare, è importante lavare accuratamente le mani con sapone e acqua, e evitare di bere acqua non potabile. È anche importante evitare di mangiare cibi non cotti e di usare utensili non igienici.

Il batterio enteropatico causa una malattia che si manifesta con sintomi simili a quelli della febbre tifoide. I sintomi principali sono: febbre, mal di testa, mal di stomaco, diarrea e vomito. La malattia può durare da 1 a 2 settimane. In alcuni casi, può essere fatale. È importante, quindi, consultare un medico in caso di sintomi sospetti. Il batterio enteropatico è molto comune in natura, e si trova in tutti i liquidi e nei tessuti animali e vegetali. È un batterio a forma di bastoncino, con estremità arrotondate, che si muove attivamente per mezzo di flagelli. È aerobio facoltativo, cioè può vivere sia in presenza che in assenza di ossigeno. Si moltiplica rapidamente a temperature comprese tra i 10° e i 45° C., con un optimum a 37° C. Il suo periodo di incubazione è di 1-2 ore. Produce un tipo di fermentazione che si manifesta per la produzione di gas e di acido lattico. È sensibile al calore, che lo uccide a 70° C. in 10 minuti. È sensibile anche ai raggi ultravioletti e ai disinfettanti chimici.

Il batterio enteropatico causa una malattia che si manifesta con sintomi simili a quelli della febbre tifoide. I sintomi principali sono: febbre, mal di testa, mal di stomaco, diarrea e vomito. La malattia può durare da 1 a 2 settimane. In alcuni casi, può essere fatale. È importante, quindi, consultare un medico in caso di sintomi sospetti. Il batterio enteropatico è molto comune in natura, e si trova in tutti i liquidi e nei tessuti animali e vegetali. È un batterio a forma di bastoncino, con estremità arrotondate, che si muove attivamente per mezzo di flagelli. È aerobio facoltativo, cioè può vivere sia in presenza che in assenza di ossigeno. Si moltiplica rapidamente a temperature comprese tra i 10° e i 45° C., con un optimum a 37° C. Il suo periodo di incubazione è di 1-2 ore. Produce un tipo di fermentazione che si manifesta per la produzione di gas e di acido lattico. È sensibile al calore, che lo uccide a 70° C. in 10 minuti. È sensibile anche ai raggi ultravioletti e ai disinfettanti chimici.

CONCLUSIONI

A conclusione del nostro lavoro, vorremmo presentare in sintesi il frutto delle nostre ricerche.

Ci eravamo proposti di studiare l'istituto della condizione nel matrimonio canonico con particolare riferimento all'ordine sistematico adottato dal legislatore nel codice vigente, particolarmente per quanto riguarda la condizione implicita, con lo scopo di cercare il principio unitario sotteso ai rilevanti cambiamenti introdotti nel nuovo codice.

Questi sono: 1) la soppressione della menzione della *conditio contra substantiam* nel canone dedicato alla condizione (can. 1102), pur essendo una dottrina ben radicata e sviluppata nella tradizione canonistica; 2) la sostituzione dell'*error qualitatis redundans in errorem personae* con l'*error qualitatis directe et principaliter intentae* in materia dell'*error facti* (can. 1097); 3) l'aggiunta della clausola *dummodo non determinet voluntatem* nel can. 1099 sull'errore circa le proprietà essenziali o la dignità sacramentale del matrimonio.

Questi cambiamenti sembra stiano a significare una maggiore attenzione da parte del legislatore, nel diritto matrimoniale, al consenso condizionato, nella sua possibile strutturazione di consenso sotto condizione *implicita*, la quale a sua volta, in caso di errore, sembra sia riconducibile alla fattispecie dell'*error qui recidit in condicionem sine qua non* (can. 126).

Per poter meglio capire i motivi di fondo che sottostanno a questi cambiamenti, abbiamo cercato, in primo luogo, di mettere in luce, in modo sintetico, la formazione e maturazione della complessa dottrina canonica sul consenso condizionato, specialmente di quello *implicitamente condizionato*.

A questo proposito, nella prima parte, sono stati esaminati quegli aspetti che più direttamente potevano illustrare il problema specifico in studio, a partire dai primi passi della dottrina e della legislazione sull'efficacia della condizione, apposta e non revocata, fino alla promulgazione del codice attuale. Nel processo di formazione dell'istituto abbiamo individuato, in particolare in alcune decretali, il crescente riconoscimento dottrinale e legislativo all'efficacia invalidante della condizione nel consenso matrimoniale, pur se con limitazioni quanto al suo riconoscimento nel foro esterno, esigendo persino, a tal fine, che la condizione fosse così esplicitamente apposta da dover essere «*deducta in pactum*», locuzione che a poco a poco perde contenuto, limitandosi a significare la necessità che ci sia, al momento della manifestazione del consenso, l'intenzione attuale o virtuale, anche solo *mente retenta*, di non contrarre che sotto quella determinata condizione (cap. I e III).

Particolarmente significativo si è rivelato l'istituto del *matrimonium praesumptum*, sia nel caso di *sponsalia de futuro* (contratto sponsalizio) che di *sponsalia de praesenti* (contratto matrimoniale), contratti sotto condizione, e seguiti da copula carnale fra gli sposi. Si presumeva, in questo caso, che gli interessati compivano la copula con *animo maritali*, e quindi che la condizione era stata revocata. Tale istituto sembra sia rimasto in vita, nei luoghi dove non era obbligatoria la forma canonica, fino al codice del 1917, dato che la Costituzione di Leone XIII *Consensus mutuus*, del 15 febbraio 1892, abrogava il matrimonio presunto soltanto quanto alla fattispecie del contratto sponsalizio seguito da copula carnale, mentre non prendeva in considerazione la fattispecie del matrimonio condizionato seguito da copula compiuta prima della purificazione della condizione.

In questo istituto si intrecciano, in modo particolarmente intenso, i problemi degli effetti quanto al foro interno e al foro esterno — attesa anche la difficoltà della prova — nonché quelli delle intenzioni, attuale e virtuale, e della prevalenza o meno della volontà diretta al matrimonio e di quella diretta alla condizione (cap. II).

La decretale di Gregorio IX, *Si condiciones* (X. 4, 5, 7), ha stimolato in modo specifico la riflessione sulle diverse fattispecie di condizioni e la loro incidenza sulla validità del matrimonio e sulla forza di certe presunzioni per quanto concerne il foro esterno. Ben si può affermare che la

dottrina ha accettato il quadro proposto da Gregorio IX, approfondendone il contenuto, ma senza cambiamenti sostanziali. Anche la legislazione resta immutata, inclusa la codificazione del 1917, e solo nel codice del 1983 si sono verificati dei cambiamenti significativi sia sotto il punto di vista contenutistico della legislazione positiva (can. 1102 §1), sia nella prospettiva dell'ordine sistematico dei capi di nullità delle condizioni *contra substantiam matrimonii* (cap. IV e V).

Spianata la strada per una migliore comprensione delle problematiche attuali, si affrontano separatamente nella seconda parte i casi in cui il legislatore ha introdotto dei cambiamenti significativi al riguardo, almeno per quanto concerne l'ordine sistematico.

In primo luogo va ribadito, come risulta dai dati storici studiati, che nell'ordinamento canonico la condizione non esige lo stato di dubbio nel soggetto come presupposto essenziale dell'istituto. Il concetto di condizione apposta, o di consenso condizionato, nel diritto canonico è un concetto ampio che comprende sia la fattispecie cosiddetta «condizione propria», in cui il soggetto dubita della presenza di quel valore al quale condiziona in modo espresso il contratto, sia anche la cosiddetta «condizione implicita», in cui il soggetto, fondandosi su un errore *hic et nunc* invincibile per lui, è persuaso che quel valore è presente; egli non può, sotto il punto di vista psicologico, metterlo sotto condizione in modo esplicito, anche se la sua volontà si è concretizzata in una volontà veramente positiva e condizionante, non meramente ipotetica.

Il legislatore canonico ammette questa fattispecie in modo inequivocabile nel libro I del Codice *De normis generalibus*, considerando capo di nullità dell'atto giuridico l'errore su un elemento che, pur non appartenendo oggettivamente a ciò che *actus substantiam constituit*, tuttavia per volontà del soggetto non può mancare nell'oggetto del contratto. Il legislatore prospetta questa radice di nullità come *error qui recidit in condicionem sine qua non* (can. 126). Data l'importanza di questo principio generale nell'ordinamento canonico per la sistematizzazione delle nullità dell'atto giuridico, abbiamo dedicato un breve capitolo al suo studio, capitolo che ben può essere considerato come introduttivo alla seconda parte (cap. VI).

L'efficacia invalidante della *condicio contra substantiam* non sottostà per sua natura alla potestà del legislatore umano, il quale non può

supplire il consenso matrimoniale. La sua competenza in questo caso si limita al riconoscimento o meno nel foro esterno, con riguardo del bene comune, del diritto di accusare il matrimonio per questo capo di nullità e alla regolamentazione dell'esercizio di tale diritto. Ora, nel codice vigente, il legislatore, pur avendo ommesso dal can. 1102 l'ipotesi di *condicio contra substantiam*, ha, comunque, adottato il principio generale di non limitare per nessun motivo il diritto di accusare di nullità il proprio matrimonio. Non ha voluto, quindi, eliminare dall'ordinamento canonico il giusto rispetto per quel campo così vasto di capi di nullità che, dalla decretale di Gregorio IX *Si condiciones* (X. 4, 5, 7) in poi, vengono denominate *condiciones contra substantiam matrimonii*, delle quali si faceva menzione esplicita nel can. 1092, 2°, del codice piobenedettino.

Questa soppressione trova la sua spiegazione, secondo la Commissione di revisione del CIC, nel fatto che si è ritenuto che le «condizioni contro la sostanza» vengano comprese nel canone delle «esclusioni per atto positivo di volontà» (can. 1101 §2), il che suppone che si riconosce all'atto positivo di volontà un ruolo unificatore anche di tutte le fattispecie del consenso condizionato per apposizione, anche implicita, attuale o virtuale, delle condizioni *contra substantiam matrimonii*.

Gli esempi adoperati da Gregorio IX per illustrare la condizione contro la sostanza del matrimonio — «si prolem evites», «donec aliam digniorem inveniam», «si adulterandam te tradas» — riguardano rispettivamente il *bonum prolis*, il *bonum sacramenti* e il *bonum fidei* agostiniani, ai quali possono essere ricondotte quasi tutte le esclusioni per atto positivo di volontà di cui il can. 1101 §2. Negli esempi della decretale gregoriana si suppone che la condizione sia messa in forma espressamente condizionale. Tuttavia la dottrina e la giurisprudenza sono maturate nel senso di ammettere non solo la condizione esplicita, attuale o virtuale, anche *mente retenta*, ma anche la condizione implicita, concretizzata in una volontà positiva e prevalente di non volere il matrimonio se non privo di uno di quegli elementi essenziali, che pur non appartenendo alla sostanza, sono inseparabilmente uniti alla medesima.

In tanta varietà di casi possibili, se in qualcuno specificatamente si verificasse lo stato di errore di cui sopra, il caso potrebbe rientrare nella categoria generale indicata dal legislatore nel can. 126, cioè dell'errore che di per sé non vizia il consenso in quanto non versa circa *id quod actus substantiam constituit*, ma che per volontà del soggetto *recidit in*

condicionem sine qua non e quindi rende nullo l'atto giuridico (cap. VII).

Quanto alla sostituzione della terminologia adoperata nell'attuale codice (can. 1097 §2) rispetto al precedente (can. 1083, §2, 1°) per segnalare l'errore sulle qualità che gode di efficacia invalidante, va rilevato che la nuova formula *error qualitatis directe et principaliter intentae* accenna in modo più diretto e chiaro alla volontà condizionante che sta alla base della rilevanza che acquista l'errore su una qualità accidentale, se il soggetto la desidera con tale forza da condizionare il consenso alla presenza della medesima. Tale condizione, però, non può essere che implicita, in quanto lo stato di errore rende inattuabile la condizione esplicita (cap. VIII).

Per quanto concerne la nuova clausola *dummodo non determinet voluntatem*, del can. 1099, la problematica è molto più complessa.

Innanzitutto abbiamo potuto constatare che, nella tradizione canonistica, la dottrina mai ha fatto distinzione fra i diversi gradi d'intensità dell'errore chiamato nel codice precedente «*error simplex*», dell'errore cioè che non dirige la volontà in modo prevalente verso un progetto di matrimonio privo di qualcuna delle proprietà essenziali o della sacramentalità. Gli autori erano ben consapevoli che la volontà tende verso l'oggetto come questo è conosciuto e presentato dall'intelletto. Ma in forza dell'inseparabilità per istituzione divina fra *id quod actus substantiam constituit*, e le proprietà essenziali, queste possono essere volute pur se non conosciute in se stesse e anche se si erra positivamente sulle medesime. Proprio in questo principio si basa tutta l'elaborazione dottrinale a partire dall'*error fidei* di S. Tommaso fino alla formulazione concisa e senza eccezioni del can. 1084 del codice precedente: l'errore semplice circa le proprietà o la sacramentalità non vizia il consenso. Tutti i casi in cui la volontà pone sotto condizione, o esclude per atto positivo di volontà una proprietà o la sacramentalità, viene visto nel campo delle «condizioni contro la sostanza», o «delle esclusioni per atto positivo di volontà», prescindendo dal motivo per il quale la volontà pone sotto condizione o esclude la proprietà essenziale o la sacramentalità. Gli autori, infatti, anche i commentatori del codice del '17, nell'esporre la dottrina sull'*error facti* si impegnano ampiamente nel caso dell'*error qualitatis qui redundat in errorem personae*,

prospettando il suo rapporto con il consenso condizionato, mentre nel commento al canone sull'*error iuris* circa le proprietà essenziali o la sacramentalità, non si pongono il problema specifico se l'errore può provocare la condizione o la esclusione, qualunque sia il grado della sua intensità. Nel contrapporre l'*error simplex* al suo opposto che resta sempre indeterminato, rimettono semplicemente ai canoni rispettivi della condizione contro la sostanza (can. 1092) o delle esclusioni (can. 1086).

La giurisprudenza, invece, a partire dagli anni cinquanta incomincia a qualificare l'*error simplex* con alcuni aggettivi — *error pervicax*, *error radicatus*, etc. — per indicare il diverso grado d'intensità dell'errore semplice, gradi che potevano dare fondamento ad alcune presunzioni che l'errore non restava più semplice ma che poteva influire sulla volontà orientandola efficacemente verso un progetto di matrimonio privo di qualche proprietà essenziale o della sacramentalità. Questa tendenza, pur se non c'erano sentenze rotali pronunziate in base a questo tipo di errore, prepara la strada per il cambiamento del canone, avvenuto con l'introduzione della clausola *dummodo non determinet voluntatem*, che ha dato luogo a tante diverse interpretazioni nella ricerca di spiegazioni coerenti sia nel campo sostantivo che in quello sistematico.

È ovvio che l'errore anche il più radicato nella persona educata e vissuta in un ambiente e in una mentalità divorzista — per limitarsi alla proprietà dell'indissolubilità —, di per sé solo non può essere motivo di nullità del matrimonio, altrimenti si dovrebbe concludere che oggi una ingente massa di uomini e donne sarebbe incapace di emettere un vero consenso matrimoniale, in quanto non è in grado di superare tale errore che diventa di fatto *hic et nunc* invincibile. Il che significherebbe escludere dall'esercizio del diritto naturale al matrimonio una gran parte dell'umanità. Quindi, per l'invalidità del consenso sempre sarà necessario — come ha ripetuto incessantemente la dottrina — che la persona applichi, in un modo o nell'altro, al proprio caso la sua volontà positiva di non contrarre matrimonio se non privo dell'indissolubilità. D'altra parte tale positiva volontà di non contrarre che una unione solubile è in contrasto con la dinamica innata dell'amore coniugale, del quale di per sé tutti gli uomini sono capaci, che spinge in modo naturale e inconscio alla donazione-accettazione esclusiva e definitiva, ordinata ai fini specifici dell'istituto matrimoniale.

Il problema che pone la clausola *dummodo [error] non determinet voluntatem*, non risolto ancora, si potrebbe formulare in questi termini: è

possibile sotto il punto di vista psicologico, che l'errore determini la volontà? Può una persona che è assolutamente certa, fondata sul giudizio erroneo che il matrimonio di per sé stesso è solubile, avere una volontà prevalente, determinata precisamente dall'errore, di non contrarre *hic et nunc* matrimonio se non è solubile? Questa possibilità può verificarsi se il contraente normale, nonostante il suo errore, anche profondamente radicato, ama l'altra parte con amore autenticamente coniugale, dotato cioè di quella dinamicità verso la donazione-accettazione esclusiva e definitiva, in ordine a formare una comunità di tutta la vita, finalizzata ai fini propri del matrimonio?

Il problema non può dirsi risolto. Del resto, anche se si ammette la possibilità — come sembra fare il Santo Padre nell'allocuzione ai prelati della Rota Romana del 1993 — certo non possono essere frequenti i casi in cui la volontà, nel contrarre matrimonio, sia determinata in modo prevalente ed efficace, dall'errore sull'indissolubilità a voler contrarre matrimonio, ma solo se privo dell'indissolubilità. Tale determinazione della volontà suppone uno stato intenzionale positivo, fondato sull'errore, di non volersi sposare che sotto la condizione implicita che il proprio matrimonio sia solubile. Tale fattispecie, ove si verificasse, sembrerebbe rientrare, sotto il punto di vista sistematico, nella seconda classe di errore prevista nel quadro generale delle nullità *ex errore*. Si tratterebbe infatti di un errore su un elemento che oggettivamente non appartiene *ad id quod actus substantiam constituit*, a cui il soggetto però attribuisce tale valore da non voler la sostanza in mancanza di quell'elemento.

Il legislatore canonico questo capo di nullità lo colloca sotto l'errore, qualificandolo, nel can. 126, come *error qui recidit in codicionem sine qua non*.

A. M. D. G.

SIGLE E ABBREVIAZIONI

AAS	<i>Acta Apostolicae Sedis</i>
ADE	<i>Archivio di Diritto Ecclesiastico</i>
AnGr	<i>Analecta Gregoriana</i>
Apoll.	<i>Apollinaris</i>
art.	articolo
ASS	<i>Acta Sanctae Sedis</i>
ASV.C.	Archivio Secreto Vaticano, fondo Codex Iuris Canonici
C.	<i>Codex Iustinianus</i> , in <i>Corpus Iuris Civilis</i> , ed. P. Krüger, II, Zürich 1972 ⁶
C.	causa (cfr. <i>pars secunda Decretum Gratiani</i>)
can./c.	canone
cap.	capitolo
c.d.	cosiddetto
cfr.	confer
CIC	<i>Codex Iuris Canonici</i>
CivCatt	<i>La Civiltà Cattolica</i>
COD	<i>Conciliorum Oecumenicorum Decreta</i> , ed. G. Alberigo, all., Bologna 1991
D.	<i>Digesta seu Pandectae Iustiniani</i> , in <i>Corpus Iuris Civilis</i> , ed. P. Krüger, I, Zürich 1972 ⁶
d.a.	dictum ante
d.p.	dictum post
dec.	decisione
DirEccl	<i>Il Diritto Ecclesiastico</i>
D-Sch.	<i>Enchiridion symbolorum definitionum et declarationum de rebus fidei et morum</i> , ed. H. Denzinger – A. Schönmetzer, Freiburg im Breisgau 1976 ³⁶
DTC	<i>Dictionnaire de Théologie Catholique</i> , I-XXXIII, ed. A. Vacant – E. Mageont – E. Amann, Paris 1923-1972

<i>EphIC</i>	<i>Ephemerides Iuris Canonici</i>
etc.	<i>et caetera</i>
Fs.	Festschrift, scritti in onore di
<i>Giur. ital.</i>	<i>Giurisprudenza italiana</i>
Gr.	<i>Gregorianum</i>
GS	<i>Gaudium et spes</i> , Costituzione pastorale del Concilio Vat. II
gl.	glossa
<i>HPR</i>	<i>The Homiletic and Pastoral Review</i>
<i>IC</i>	<i>Ius Canonicum</i>
<i>IE</i>	<i>Ius Ecclesiae</i>
<i>IER</i>	<i>The Irish Ecclesiastical Record</i>
<i>Jurist</i>	<i>The Jurist</i>
lib.	libro
<i>ME</i>	<i>Monitor Ecclesiasticus</i>
<i>NRHDFE</i>	<i>Nouvelle Revue historique de droit francais et étranger</i>
nt.	nota
n.	numero
p.	pagina
<i>Periodica</i>	<i>Periodica de re canonica</i>
<i>PerMun</i>	<i>Perfice Munus</i>
q.	questione
<i>QuaderSR</i>	<i>Quaderni Studio Rotale</i>
<i>REDC</i>	<i>Revista Española de Derecho Canónico</i>
<i>RevDC</i>	<i>Revue de droit canonique</i>
<i>Riv.dir.mat.it.</i>	<i>Rivista di diritto matrimoniale italiano</i>
<i>RRD</i>	ROTA ROMANA, <i>Decisiones seu sententiae</i>
<i>RSDI</i>	<i>Rivista di Storia del Diritto Italiano</i>
S.C.	Sacra Congregatio
sec.	secolo
ss.	et sequentes
<i>StCan</i>	<i>Studia Canonica</i>
SG	Studi Giuridici
tit.	titolo
TG. DC	Tesi Gregoriana, serie Diritto Canonico
tract.	trattato
vol.	volume
X.	Liber Extra= <i>Decretales Gregorii IX</i>
<i>ZeitKirch</i>	<i>Zeitschrift für Kirchenrecht</i>
§	paragrafo
†	morto nel

BIBLIOGRAFIA

1. Fonti

CORPUS IURIS CIVILIS

- C. 6. 21. 9
- C. 6. 21. 10 pr.
- C. 6. 24. 7
- D. 5. 2. 27. 4
- D. 5. 2. 28
- D. 18. 1. 37
- D. 18. 1. 58
- D. 28. 2. 25 pr.
- D. 28. 5. 93 (92)
- D. 35. 1. 17. 2-3
- D. 50. 17. 77

CORPUS IURIS CANONICI

- C. 27. q. 2. c. 7: *Quod conditio*
- C. 27. q. 2. c. 8: *Quicumque sub conditionis*
- X. 4, 5, 3: *De illis*
- X. 4, 5, 5: *Super eo*
- X. 4, 5, 6: *Per tuas*
- X. 4, 5, 7: *Si conditiones*

LEO XIII *Decretum Consensus mutuus*, 15 febbraio 1892, in LEO XIII, *Acta* 12, Romae 1893, 16-18.

PIUS XII *Motu Proprio Crebrae allatae*, 22 febbraio 1949, *AAS* 41 (1949) 89-117.

CODEx IURIS CANONICI Pii X Pontificis Maximi iussu digestus Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus, *AAS* 9/II (1917) 5-456
can. 104

can. 1083
can. 1084
can. 1086
can. 1092
can. 1099
can. 1133
can. 1137

CODEX IURIS CANONICI auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus, *AAS* 75/II (1983) 1-317

can. 10
can. 11
can. 18
can. 126
can. 1056
can. 1059
can. 1096
can. 1097
can. 1099
can. 1101
can. 1102
can. 1540
can. 1541

CODEX CANONUM ECCLESiarUM ORIENTALIUM auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus, *AAS* 82 (1990) 1033-1369.

can. 826
can. 1495
can. 1500

IOANNES PAULUS II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores coram admissos*, 29 gennaio 1993, *AAS* 85 (1993) 1256-1260.

SACRA CONGREGATIO DE DISCIPLINA SACRAMENTORUM, *Instructio Sacrosantum matrimonii*, 29 giugno 1941, *AAS* 33 (1941) 296-307.

PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Schema documenti pontificii quo disciplina canonica De Sacramentis recognoscitur*, Typis Polyglottis Vaticanis 1975.

PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Schema Codicis Iuris Canonici, iuxta animadversiones*, S.R.E. Cardinalium, Episcoporum Conferentiarum, Dicasteriorum Curiae Romanae, Universitatum Facultatumque ecclesiasticarum necnon Superiorum Institutum vitae consecratae recognitum, Typis Polyglottis Vaticanis 1980.

PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Relatio complectens synthesim animadversionum ab Em.mis atque Exc.mis Patribus Commissionis ad Novissimum Schema Codicis Iuris Canonici exhibitarum, cum responsionibus a Secreteria et Consultoribus datis, Typis Polyglottis Vaticanis* 1981.

PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, *Congregatio Plenaria*, diebus 20-29 octobris 1981 habita, Typis Polyglottis Vaticanis 1991.

2. Giurisprudenza

Per un elenco esaustivo delle sentenze emanate dal Tribunale della Rota Romana riguardo alla condizione, rimandiamo al lavoro di Lynda Robitaille, citato in bibliografia, riportando noi, divise per argomento (condizione, errore di fatto ed errore di diritto), solo le sentenze più significative per lo studio effettuato.

2.1 *Condicio*

coram Mori, 23 giugno 1911, *RRD* 3, 292-311

coram Prior, 20 maggio 1912, *RRD* 4, 235-249

coram Many, 18 agosto 1916, *RRD* 8, 313-325

Versalien, 2 agosto 1918, *AAS* 10 (1918) 388-390

coram Solieri, 11 agosto 1921, *RRD* 13, 210-222

coram Jullien, 25 novembre 1924, *RRD* 16, 404-415

coram Mannucci, 13 luglio 1926, *RRD* 18, 228-235

coram Parrillo, 2 dicembre 1927, *RRD* 19, 473-486

coram Morano, 12 agosto 1929, *RRD* 21, 457-463

coram Jullien, 16 luglio 1945, *RRD* 37, 462-471

coram Canestri, 17 maggio 1946, *RRD* 38, 308-325

coram Canestri, 3 giugno 1948, *RRD* 40, 208-212

coram Wynen, 24 luglio 1954, *RRD* 46, 657-662

coram Filipiak, 25 marzo 1955, *RRD* 47, 250-255

coram Felici, 17 gennaio 1956, *RRD* 48, 58-69

coram Felici, 25 luglio 1956, *RRD* 48, 751-761

coram Pasquazi, 15 gennaio 1957, *RRD* 49, 13-16

- coram* Jullien, 30 gennaio 1957, *ME* 83 (1958) 281-290
coram Pinna, 31 maggio 1957, *RRD* 49, 447-456
coram Bejan, 4 novembre 1957, *RRD* 49, 692-701
coram Sabattani, 7 febbraio 1958, *RRD* 50, 72-78
coram Sabattani, 21 maggio 1958, *RRD* 50, 340-346
coram Lefebvre, 28 febbraio 1959, *RRD* 51, 116-122
coram Brennan, 11 dicembre 1961, *RRD* 53, 590-597
coram Canals, 29 gennaio 1964, *RRD* 56, 43-49
coram Fiore, 24 aprile 1965, *RRD* 57, 361-365
coram Anné, 4 luglio 1967, *RRD* 59, 518-530
coram Canals, 15 febbraio 1968, *RRD* 60, 107-114
coram Parisella, 17 luglio 1969, *RRD* 61, 838-849
coram Di Felice, 30 maggio 1970, *RRD* 62, 588-595
coram Parisella, 29 gennaio 1971, *RRD* 63, 88-95
coram Pompedda, 26 aprile 1971, *RRD* 63, 326-334
coram Rogers, 23 novembre 1971, *RRD* 63, 900-911
coram Ferraro, 13 marzo 1973, *RRD* 65, 230-240
coram Parisella, 24 aprile 1975, *RRD* 67, 359-367
coram Agustoni, 21 maggio 1975, *RRD* 67, 404-415
coram Agustoni, 5 novembre 1975, *RRD* 67, 601-608
coram Ferraro, 9 dicembre 1975, *RRD* 67, 707-713
coram Serrano Ruiz, 9 marzo 1976, *RRD* 68, 98-105
coram Ferraro, 8 marzo 1977, *RRD* 69, 104-116
coram Lefebvre, 25 giugno 1977, *RRD* 69, 352-356
coram Lefebvre, 1 agosto 1977, *RRD* 69, 425-429
coram Jarawan, 3 marzo 1983, *RRD* 75, 79-84
coram Bruno, 15 aprile 1983, *RRD* 75, 163-176
coram Pompedda, 24 gennaio 1984, *RRD* 76, 34-43
coram Stankiewicz, 24 maggio 1984, *RRD* 76, 286-294
coram Di Felice, 19 giugno 1984, *RRD* 76, 346-356
coram Agustoni, 10 luglio 1984, *RRD* 76, 442-461
coram Corso, 16 aprile 1986, *RRD* 78, 241-253
coram Fiore, 15 ottobre 1986, *RRD* 78, 526-537

- coram* Boccafola, 27 maggio 1987, *RRD* 79, 320-328
coram Burke, 2 dicembre 1987, *RRD* 79, 711-717
coram Funghini, 24 febbraio 1988, *RRD* 80, 139-156
coram Davino, 19 maggio 1988, *RRD* 80, 317-322
coram Pompedda, 28 ottobre 1988, *RRD* 80, 599-603
coram Serrano Ruiz, 16 dicembre 1988, *RRD* 80, 755-769
coram Corso, 18 gennaio 1989, *RRD* 81, 20-32
coram Corso, 30 maggio 1990, *RRD* 82, 395-406
coram Serrano Ruiz, 1 giugno 1990, *RRD* 82, 464-475
coram Boccafola, 25 giugno 1990, *RRD* 82, 551-557
coram Palestro, 18 luglio 1990, *RRD* 82, 613-635
coram Colagiovanni, 23 ottobre 1990, *RRD* 82, 703-714
coram Jarawan, 8 gennaio 1992, *RRD* 83, 1-10
coram Stankiewicz, 30 gennaio 1992, *RRD* 83, 11-22

2.2 *Error facti*

- coram* Canals, 21 aprile 1970, *RRD* 62, 370-375
coram Ferraro, 18 luglio 1972, *RRD* 64, 464-475
coram Pinto, 12 novembre 1973, *RRD* 65, 725-737
coram Stankiewicz, 15 febbraio 1980, *RRD* 72, 91-102
coram Pompedda, 23 luglio 1980, *RRD* 72, 522-528
coram Pompedda, 28 luglio 1980, *RRD* 72, 549-557
coram Serrano Ruiz, 28 maggio 1982, *RRD* 74, 308-325
coram Stankiewicz, 24 gennaio 1984, *RRD* 76, 44-52
coram Di Felice, 16 novembre 1985, *RRD* 77, 495-503
coram Stankiewicz, 19 dicembre 1985, *RRD* 77, 629-643
coram Giannecchini, 25 aprile 1986, *RRD* 78, 305-317
coram Davino, 26 marzo 1987, *RRD* 79, 153-159
coram Palestro, 24 giugno 1987, *RRD* 79, 421-432
coram Huot, 24 novembre 1987, *RRD* 79, 650-633
coram Funghini, 24 febbraio 1988, *RRD* 80, 139-156
coram Stankiewicz, 28 aprile 1988, *RRD* 80, 275-285
coram Funghini, 23 novembre 1988, *RRD* 80, 636-651

- coram* Faltin, 26 maggio 1988, *RRD* 81, 379-388
coram De Lanversin, 15 giugno 1989, *RRD* 81, 423-435
coram Colagiovanni, 23 ottobre 1990, *RRD* 82, 702-714
coram Bruno, 26 ottobre 1990, *RRD* 82, 734-744
coram Doran, 15 novembre 1990, *RRD* 82, 794-802
coram Funghini, 28 novembre 1990, *RRD* 82, 813-822
coram Stankiewicz, 13 dicembre 1990, *RRD* 82, 845-855
coram Jarawan, 6 febbraio 1991, *RRD* 83, 76-81
coram Palestro, 22 maggio 1991, *RRD* 83, 314-330
coram Stankiewicz, 24 ottobre 1991, *RRD* 83, 670-690
coram Bruno, 18 dicembre 1991, *RRD* 83, 831-843
coram Jarawan, 6 febbraio 1991, *RRD* 83, 76-81
coram Pompedda, 6 febbraio 1992, *RRD* 84, 49-62
coram Jarawan, 10 febbraio 1993, *RRD* 85, 42-46
coram Pompedda, 3 maggio 1993, *RRD* 85, 361-367
coram De Lanversin, 7 luglio 1993, *RRD* 85, 534-545
coram Stankiewicz, 22 luglio 1993, *RRD* 85, 590-600
coram Stankiewicz, 27 gennaio 1994, *RRD* 86, 56-76
coram Giannecchini, 4 marzo 1994, *RRD* 86, 134-143
coram Bruno, 25 marzo 1994, *RRD* 86, 164-172
coram Civili, 7 dicembre 1994, *RRD* 86, 605-618
coram Stankiewicz, 12 luglio 1996, *RRD* 88, 507-519

2.3 *Error iuris*

- In Romana nullitatis matrimonii die 27 maii 1820*, in S. PALLOTTINI, *Collectio*, XIII, 3-20
In Valachien. nullitatis matrimonii die 2 iunii 1860, in S. PALLOTTINI, *Collectio*, XIII, 3-20
coram Mori, 30 novembre 1910, *RRD* 2, 334-346
coram Sincero, 27 maggio 1911, *RRD* 3, 172-186
coram Perathoner, 2 gennaio 1913, *RRD* 5, 1-8
coram Florczak, 17 dicembre 1927, *RRD* 19, 526-534
coram Quattrocchio, 16 giugno 1930, *RRD* 22, 349-358

- coram* Mannucci, 20 giugno 1932, *RRD* 24, 230-240
coram Wynen, 28 marzo 1939, *RRD* 31, 177-192
coram Heard, 21 giugno 1941, *RRD* 33, 528-533
coram Jullien, 2 aprile 1947, *RRD* 39, 219-225
coram Caiazza, 25 aprile 1952, *RRD* 44, 256-264
coram Brennan, 9 dicembre 1952, *RRD* 44, 652-657
coram Felici, 13 luglio 1954, *RRD* 46, 614-622
coram Heard, 12 novembre 1955, *RRD* 47, 757-761
coram Heard, 14 gennaio 1956, *RRD* 48, 48-53
coram Filipiak, 23 marzo 1956, *RRD* 48, 255-258
coram Bonet, 12 luglio 1956, *RRD* 48, 663-672
coram Sabbattani, 17 maggio 1957, *RRD* 49, 418-425
coram Felici, 17 dicembre 1957, *RRD* 49, 842-849
coram Brennan, 27 novembre 1958, *RRD* 50, 606-610
coram Pasquazi, 31 maggio 1960, *RRD* 52, 303-307
coram Rogers, 18 gennaio 1965, *RRD* 57, 36-41
coram Thuillier, 26 maggio 1966, *L'AnCan* 13 (1969) 323-337
coram Ewers, 24 febbraio 1968, *RRD* 60, 125-132
coram Ewers, 18 maggio 1968, *ME* 94 (1969) 395-407
coram Anné, 2 aprile 1968, *RRD* 60, 288-294
coram Guinot, 22 aprile 1968, *L'AnCan* 13 (1969) 339-346
coram Fiore, 12 maggio 1969, *RRD* 61, 474-480
coram Bejan, 16 luglio 1969, *RRD* 61, 813-824
coram Anné, 21 marzo 1970, *RRD* 62, 306-317
coram Ferraro, 18 luglio 1972, *RRD* 64, 464-475
coram Ewers, 10 febbraio 1973, *RRD* 65, 86-94
coram Pinto, 12 novembre 1973, *RRD* 65, 725-737
coram Rogers, 27 novembre 1973, *RRD* 65, 793-797
coram Anné, 26 febbraio 1974, *RRD* 66, 124-130
coram Egan, 2 marzo 1974, *RRD* 66, 162-170
coram Masala, 6 marzo 1974, *RRD* 66, 179-191
coram Bruno, 24 maggio 1974, *RRD* 66, 363-372
coram Pinto, 14 aprile 1975, *RRD* 67, 228-237

- coram* Agustoni, 17 marzo 1976, *RRD* 68, 120-145
coram Lefebvre, 17 luglio 1976, *RRD* 68, 341-346
coram Di Felice, 26 marzo 1977, *RRD* 69, 147-156
coram Stankiewicz, 23 giugno 1978, *RRD* 70, 370-381
coram Stankiewicz, 14 ottobre 1978, *RRD* 70, 435-446
coram Pompedda, 25 novembre 1978, *RRD* 70, 516-527
coram Stankiewicz, 15 febbraio 1980, *RRD* 72, 91-102
coram Pompedda, 23 luglio 1980, *RRD* 72, 522-528
coram Pompedda, 28 luglio 1980, *RRD* 72, 549-558
coram Parisella, 14 gennaio 1982, *RRD* 74, 20-27
coram Serrano, 28 maggio 1982, *RRD* 74, 308-325
coram Masala, 15 marzo 1983, *RRD* 75, 106-117
coram Colagiovanni, 26 aprile 1983, *RRD* 75, 187-196
coram Colagiovanni, 20 luglio 1984, *RRD* 76, 485-498
coram Funghini, 22 gennaio 1986, *RRD* 78, 38-48
coram Pompedda, 21 aprile, 1986, *RRD* 78, 299-304
coram Stankiewicz, 27 novembre 1986, *RRD* 78, 673-680
coram Huot, 10 novembre 1987, *RRD* 79, 622-631
coram Fiore, 16 aprile 1988, *RRD* 80, 242-249
coram Stankiewicz, 19 maggio 1988, *RRD* 80, 323-334
coram Giannecchini, 14 giugno 1988, *RRD* 80, 388-399
coram Masala, 24 gennaio 1989, *RRD* 81, 33-41
coram Funghini, 22 febbraio 1989, *RRD* 81, 129-141
coram Pompedda, 27 novembre 1989, *RRD* 81, 717-723
coram Pompedda, 17 luglio 1989, *RRD* 81, 507-513
coram Ragni, 22 maggio 1990, *RRD* 82, 382-394
coram Corso, 30 maggio 1990, *RRD* 82, 407-428
coram Fiore, 19 ottobre 1990, *RRD* 82, 692-701
coram Funghini, 17 aprile 1991, *RRD* 83, 245-262
coram Stankiewicz, 25 aprile 1991, *RRD* 83, 280-290
coram Giannecchini, 10 aprile 1992, *RRD* 84, 182-193
coram Boccafolà, 14 ottobre 1992, *RRD* 84, 461-482
coram Giannecchini, 15 marzo 1996, *RRD* 88, 257-270

3. Autori

- ADRIANO VI, *Quaestiones de Sacramentis*, in quartum sententiarum librorum, Romae 1522.
- ANGELUS DE CLAVASIO, *Summa Angelica de casibus conscientialibus*, Venetiis 1578.
- ANTONIUS A BUTRIO, *Commentaria in quinque libros Decretalium*, Venetiis 1578.
- AVERSA DA SANSEVERINO, R., *De ordinis et matrimonii sacramentis*, Bononiae 1642.
- BENDER, L., «Conditio apposita et matrimonii nullitas», *EphIC* 1 (1945) 53-68.
- , «Consensus matrimonialis et conditio de servanda continentia periodica», *EphIC* 8 (1952) 213-215.
- , *De Matrimonio commentarius*, Torino 1958.
- BERLINGO, S., «Motivi e prospettive per una riforma del can. 1092», *EphIC* 34 (1978) 40-63.
- , «Autonomia delle diverse fattispecie normative dell'errore e del dolo previste nei cann. 1097-1099 del Codice di Diritto Canonico», *ME* 120 (1995) 5-38.
- BERTI, M., *L'esclusione della sacramentalità del matrimonio da parte dei battezzati non credenti nella dottrina e nella giurisprudenza attuali*, Trento 1992.
- BIANCHI, P., *Quando il matrimonio è nullo?*, Milano 1998.
- BONNET, P.A., «Condizione impropria ed errore sulla qualitas directe et principaliter intenta quali cause di nullità matrimoniale», *DirEccl* 96 (1985) II, 406-472.
- , «Errore di diritto sulle proprietà essenziali e sulla sacramentalità» in *Error determinans voluntatem*, SG 35, Città del Vaticano 1995.
- CAPPELLO, F., «Il matrimonio in Italia secondo il diritto concordatario», *CivCatt* I (1934) 250-264.
- , *De sacramentis, V, De matrimonio*, Torino 1961.
- CASTAÑO, J.F., *Il sacramento del matrimonio*, Roma 1992.
- CASTRO PALAO, F., *De sponsalibus et matrimoniis*, Lugduni 1647.
- CIPRIOTTI, P., «A proposito di intentio e conditio contra matrimonii sustantiam», *Riv. dir. mat. it.* 3 (1936) 359-361.

- CIPRIOTTI, P., «Il consenso condizionato e le condizioni», *Riv. dir. mat. it.* 6 (1939) 469-471.
- , «Il matrimonio presunto», *ADE* 2 (1940) 298-317, 446-465.
- , «An contractui matrimoniali conveniat pactum additionis in diem, si in forma conditionali ponatur», in *Questioni attuali di diritto canonico*, AnGr 69, Romae 1955, 243-246.
- CLERICATUS, I., *Decisiones de matrimonio*, Venetiis 1706.
- COLANTONIO, R., «La condicio de futuro», in *Il consenso matrimoniale condizionato*, SG 30, Città del Vaticano 1993, 27-60.
- CONINCK, AE., *De sacramentis et censuris*, Antuerpiae 1616.
- CONTE A CORONATA, M., «Cause di nullità matrimoniale per condizione apposta», in *Questioni matrimoniali*, II, *Tre giorni di teologia morale*, Torino 1950, 103-122.
- , *De matrimonio et de sacramentalibus*, Roma 1957.
- CONWAY, W., «Conditional Matrimonial Consent», *IER* 83 (1955) 58-60.
- Corpus Iuris Canonici*, ed. E. Friedberg, I-II, Graz 1959⁷.
- COVARRUVIAS, D., *In quartum Decretalium librum epitome*, Lugduni 1619.
- CUIACIUS, I., *Commentarii in libros L Digestorum*, Prati 1860.
- CHELODI, I., *Ius matrimoniale*, Trento 1921.
- D'ANNIBALE, I., *Summula theologiae moralis*, Romae 1896.
- D'AVACK, P.A., «Error iuris e simulatio totalis nel diritto matrimoniale canonico», *DirEccl* 57 (1946) 94-97.
- DAVINO, E., «Il consenso matrimoniale canonico condizionato, con particolare riferimento alle condizioni "de praeterito et de praesenti"», in *Il consenso matrimoniale condizionato*, SG 30, Città del Vaticano 1993, 13-26.
- DEL GIUDICE, V., «Qualche considerazione sulle condizioni de futuro di cui al can. 1092, n. 1 del Codex Iuris Canonici», *DirEccl* 60 (1949) 301-317.
- , «Appunti circa il can. 1092 del codex iuris canonici», *DirEccl* 66 (1955) 3-22.
- DE LUCA, M., *Praelectiones iuris canonici*, Romae 1817.
- DE LUGO, J., *De sacramentis*, Lugduni 1636.
- , *De iustitia et iure*, Venetiis 1718.
- DE PAOLIS, V., «Il libro primo del Codice: Norme generali (cann. 1-203)», in *Il diritto nel mistero della Chiesa*, I, Roma 1995, 235-497.

- DE SMET, A., *De sponsalibus et matrimonio*, Brugis 1927⁴.
- DOMINE, H., *L'errore semplice intorno alle proprietà essenziali del matrimonio ed il suo influsso sulla validità del medesimo*, Parma 1966.
- DOSSETTI, G., *La formazione progressiva del negozio nel matrimonio canonico*. Contributo alla dottrina degli sponsali e del matrimonio condizionale, Bologna 1954.
- , «La figura del contratto preliminare e il contratto matrimoniale», in *Questioni attuali di diritto canonico*, AnGr 69, Roma 1955, 287-390.
- DUNS SCOTO, G., *Quaestiones in libri IV sententiarum*, Venetiis, 1570.
- ELBEL, J. B., *Theologia moralis, sacramentalis tripartita*, Venetiis 1733.
- ENGEL, E., *Collegium universi iuris canonici*, Venetiis 1742.
- ERDO, P., *Introductio in historiam scientiae canonicae*, Roma 1990.
- ESMEIN, R. – GENESTAL, R. – DAUVILLIER, J., *Le mariage en droit canonique*, Paris 1928-1935.
- FAGNANI, P., *Commentaria in quartum librum decretalium*, Romae 1661.
- FALCO, F., «Errore sulle qualità o condizione impropria non verificata?», *Giur. ital.* 2 (1933) I 405.
- FEDELE, P., «Error qualitatis redundans in errorem personae», *DirEccl* 45 (1934) 181-202.
- , «“Error recidens in conditionem” nella dottrina degli atti giuridici in diritto canonico», *EphIC* 15 (1959) 35-66.
- FEDELE, P., «Errore improprio o condizione impropria non verificata nel consenso matrimoniale nel diritto canonico», in *Ius populi Dei*, Fs. R. Bidagor, III, Roma 1972, 543-570.
- FERRABOSCHI, M., *Il matrimonio sotto condizione*, Padova 1937.
- FERRARIS, L., *Bibliotheca canonica iuridica moralis theologica*, Romae 1889.
- FERROGLIO, G., *Il can. 1092 del Codex Iuris Canonici e il diritto matrimoniale italiano*, Torino (senza data).
- FRAGHÌ, S., *De condicionibus matrimonio appositis*, Roma 1941.
- FUMAGALLI, O., *Intelletto e volontà*, Milano 1974.
- FUNGHINI, R., «Errore sulla qualità della persona direttamente e principalmente intesa», *ME* 120 (1995) 39-68.
- GALASSI, I., «Il matrimonio condizionato nel diritto canonico orientale secondo la nuova disciplina», *EphIC* 6 (1950) 231-238.

- GARCÍA FÁILDE, J.J., *La nulidad matrimonial hoy*, Barcelona 1994.
- GASPARRI, P., *Tractatus canonicus de matrimonio*, Roma 1932.
- GAUDEMET, J., «Droit Canonique et Droit Romaine. A propos de l'erreur sur la personne en matière de mariage (c. XXIX, c. 1)», *Studia Gratiana* 9 (1969) 45-64.
- , *Le mariage en occident. Les moeurs et le droit*, Paris 1987.
- GEFAELL, P., «Il matrimonio condizionato durante la codificazione pio-benedettina», *IE* 7 (1995) 581-625.
- GENNARO, A., «Matrimonio condizionato», *PerMun* 9 (1934) 496-498.
- GIACCHI, O., *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano 1950.
- GIL DE LAS HERAS, F., «Acerca de le condicion en el matrimonio canonico, nota alla sentenza: Sacra Romana Rota, c. Lefebvre, Ponente, nullitatis matrimonii sententia definitiva, 24.1.1970», *Periodica* 61 (1972) 455-464.
- GIOVANNI D'ANDREA, *Novella in decretales. In Decretalium*, Venetiis 1581.
- GISMONDI, P., «La forma nel matrimonio canonico fino al Concilio di Trento», in *Atti del Congresso internazionale di diritto Romano*, IV, Milano 1953, 373-411.
- GOBATUS, G., *Opera moralia*, Venetiis 1716.
- GONET, J.B., *Clypeus Theologiae Thomisticae*, Parisiis 1876.
- GONZALES DEL VALLE, J.M.A., «El "bonum sacramenti" y la simulación parcial», *IC* 12 (1972) 412-437.
- GRAZIANI, E., «Contributo allo studio della condizione nel diritto matrimoniale canonico», *EphIC* 3 (1947) 457-504.
- GRAZIANI, E., «Atto positivo di volontà, condizione e patto *contra matrimonii substantiam*», *DirEccl* 61 (1950) I, 411-427.
- , «Matrimonium sub condicione contrahi nequit», *EphIC* 6 (1950) 221-230.
- , «Errore improprio e condizione impropria», *DirEccl* 66 (1955) II, 5-11.
- , *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, Milano 1956.
- , «Essenza del matrimonio e definizione del consenso» in *La nuova legislazione matrimoniale canonica*, SG 10, Città del Vaticano 1986.

- GROCHOLEWSKI, Z., *De exclusione indissolubilitatis ex consensu matrimoniali eiusque probatione*, Napoli 1973.
- , «Relatio inter errorem et positivam indissolubilitatis exclusionem in nuptiis contrahendis», *Periodica* 69 (1980) 569-602.
- , «L'errore circa l'unità, l'indissolubilità e la sacramentalità del matrimonio», in *Error determinans voluntatem*, SG 35, Città del Vaticano 1995.
- , «De errore circa matrimonii unitatem, indissolubilitate et sacramentalem digitatem», *Periodica* 84 (1995) 395-418.
- GUIDI, P., «Condizione al consenso per il matrimonio canonico e per il matrimonio civile», *ADE* 5 (1943) 143-161.
- GULLO, C., «Error qualitatis redundans in errorem personae», *DirEccl* 92 (1981) 321-359.
- GUTIERREZ, J., *Quaestiones canonicae tam sponsalia de futuro quam matrimonio eorumque impedimenta pertinentes*, Venetiis 1618.
- HANNAN, J.D., «Action Contrary to condition», *Jurist* 10 (1950) 62-63.
- HERMAN, AE., «De interpretatione can. 83 Motu proprio "Crebrae Allatae sunt"», *ME* 76 (1951) 505-514.
- HILBERT, M., «Error in qualitate personae (can. 1097 §2)», *Periodica* 87 (1998) 403-442.
- HOSTIENSIS, CARD. (ENRICO DA SUSA), *In quartum decretalium librum Commentaria*, Venetiis 1581.
- HUIZING, P., «Bonum proles», *Gr.* 43 (1962) 657-722.
- , «Actus excludens substantiale matrimonii. Crisis doctrinae et Codicis», *Gr.* 45 (1964) 501-535. 761-794.
- , «De consensu matrimoniali condizionato», *Periodica* 55 (1966) 49-84.
- HÜRTH, F., «Defectus consensus in matrimoniis acatholicorum», *Periodica* 37 (1948) 209-226.
- «Intenzione e condizione nel consenso matrimoniale», *ME* 43 (1931) 73-81.
- KADZIOCH, G., *Il ministro del sacramento del matrimonio nella tradizione e nel diritto canonico latino e orientale*, TG. DC 22, Roma 1997.
- KOWAL, J., «L'errore circa le proprietà essenziali o la dignità sacramentale del matrimonio», *Periodica* 87 (1998) 287-327.
- KRIMER, F., *Quaestiones canonicae in quinque libros decretalium*, IV de sponsalibus et matrimoniis, Augustae Vindeliarum 1702.

- JEMOLO, A.C., *Il matrimonio nel diritto canonico*, Milano 1941.
- , *Il matrimonio*, Milano 1961.
- LE BRAS, G., «La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille», *DTC* IX, 2123-2317.
- LEUZZI, A., «La condizione del consenso matrimoniale canonico. Dalla disciplina del 1917 a quella attuale», *Apoll.* 66 (1993) 371-437.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Condición y matrimonio en el Derecho Canónico*, León 1976.
- LORENZO VÁZQUEZ, P., «Aspectos cognoscitivos de la condicion de cualidad apuesta al consenso matrimonial», *IC* (1977) 75-134.
- MANS PUIGARNAU, J., *El matrimonio condicional ante el derecho canónico*, discurso de recepción en la Academia de Jurisprudencia y Legislación, Barcelona 1956.
- MARTÍN DE AGAR, J.T., «El error sobre las propiedades esenciales del matrimonio», *IC* 35 (1995) 117-141.
- MIGUELEZ, L., «El matrimonio», in *Comentarios al código de derecho canónico*, II, Madrid 1963, 425-738.
- MICHIELS, G., *Principia generalia de personis in Ecclesia*, Parisiis – Tornaci – Romae 1955.
- MINGARDI, M., *L'esclusione della dignità sacramentale*, TG. DC 13, Roma 1996.
- , «Il principio d'identità fra contratto e sacramento», *Periodica* 87 (1998) 215-256.
- MONETA, P., *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova 1991.
- MONTEMAYOR, L.M., *El error sobre la dignidad sacramental del matrimonio: evolución doctrinal (siglos XIII–XVIII)*, Roma 1993.
- MORENO DIEHEL, F.J., *El derecho a la comunidad de vida*, Roma 1995.
- MORONI, A., «Il consenso condizionato», in *Il consenso matrimoniale canonico*, Roma 1988.
- MOSTAZA, A., «El error doloso como causa de nulidad del matrimonio canónico», in *El consentimiento matrimonial, hoy*, Salamanca 1976, 113-191.
- , «De errore redundante in doctrina et iurisprudentia canonicis», *Periodica* 65 (1976) 385-444.
- , «Pervivencia del *error redundans* en el esquema del nuevo Código de Derecho Canónico», in *Curso de derecho matrimonial y procesal canonico*, Salamanca 1982, 139-174.

- MOSTAZA, A., «El error sobre la persona y sobre sus qualidades en el can. 1097 §2 del nuevo código», in *Estudios canonicos*, Salamanca 1988, 307-330.
- MULLENDERS, J., *Le mariage presumé*, Roma 1971.
- NARDI, F., *Elementi di diritto ecclesiastico*, Padova 1854.
- NAVARRETE, U., «Schema iuris recogniti "De matrimonio". Textus et observationes», *Periodica* 63 (1974) 611-658.
- , «I beni del matrimonio», in *La nuova legislazione matrimoniale canonica. Il consenso: elementi essenziali, difetti, vizi*, SG 10, Città del Vaticano 1986, 89-100.
- , «Canon 1098 de errore doloso, estne iuris naturalis an iuris positivi Ecclesiae?», *Periodica* 76 (1987) 161-181.
- , «Novae methodi thecnicae procreationis humanae et ius canonicum matrimoniale», *Periodica* 77 (1988) 77-107.
- , «De sensu clausulae "dummodo non determinet voluntatem" can. 1099», *Periodica* 81 (1992) 469-493.
- , «Error circa personam et error circa qualitates communes seu non identificantes personam (c. 1097)», *Periodica* 82 (1993) 637-667.
- , «La giurisdizione delle Chiese orientali non cattoliche sul matrimonio», in *Il matrimonio nel Codice dei Canonici delle Chiese Orientali*, SG 32, Città del Vaticano 1994, 105-125.
- , «Attuali problematiche in dottrina e giurisprudenza circa il c. 1097», *QuaderSR* 7 (1994) 71-83.
- , «Differenze essenziali nella legislazione matrimoniale del codice latino e del codice orientale», in *Acta Symposii Internationalis circa Codicem Canonum Ecclesiarum Orientalium*, Kaslik, 24-29 aprilis 1995, Kaslik - Liban 1996, 273-304.
- , «De ministro sacramenti matrimonii in Ecclesia latina et in Ecclesiis Orientalibus: tentamen explicationis concordantis», *Periodica* 84 (1995) 711-733.
- , «Questioni sulla forma canonica ordinaria nel Codice latino e orientale», *Periodica* 85 (1996) 489-514.
- , «Error in persona (can. 1097 §1)», *Periodica* 87 (1998) 351-401.
- ODDI BAGLIONI, A., *Il matrimonio condizionato*, Padova 1938.
- OESTERLE, G., «De conditione in re matrimoniale», *ME* 86 (1961) 233-257.
- , «Dissolutio matrimonii rati et non consummati per subsequens matrimonium», *Studia Gratiana* 9 (1966) 27-43.

- OJETTI, B., *Commentarium in Codicem iuris canonici*, Roma 1928.
- ONEILL, P., «Conditional Matrimonial Consent», *IER* 38 (1931) 411-412.
- ORESTANO, R., «Sul matrimonio presunto in diritto Romano» in *Atti Congresso internazionale di diritto Romano*, III, Milano 1951, 47-65.
- ORIGONE, A., «De incidentia condicionis de futuro licitae in efficientiam contractus matrimonialis», in *Questioni attuali di diritto canonico*. AnGr 69, Romae 1955, 391-197.
- ORSI, J.C., *O erro de qualidade que redunde em erro de pessoa*, Roma 1992.
- PALAZZINI, P., «De matrimonii consensu conditionato», *EphIC* 9 (1953) 247-252.
- PARISELLA, I., «De pervicaci seu radicato errore circa matrimonii indissolubilitatem. Iurisprudentia rotalis recentior», in *Ius Populi Dei*, Fs. R. Bidagor, III, Roma 1972, 511-540.
- PAYEN, G., *De matrimonio*, Zi-ka-wei 1928.
- PETRUS LOMBARDUS, *Libri IV Sententiarum*, Ad Claras Aquas 1916.
- PIGNATELLI, G., *Consultationes canonicae*, Venetiis 1695.
- PIRHING, E., *Ius canonicum in V libros decretalium*, Venetiis 1759.
- PITONIUS, F.M.A., *Disceptationes Ecclesiasticae*, Venetiis 1763.
- POMPEDDA, M.F., «Il consenso matrimoniale», in *Il matrimonio nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, Padova 1984, 15-165.
- PONTIUS LEGIENSIS, B., *De sacramento matrimonii tractatus*, Lugduni 1640.
- PRADER, J., «De consensu matrimoniali condicionato», *Nuntia* 6 (1978) 34-41.
- , «Il consenso matrimoniale condizionato nella disciplina canonica latina e orientale», in *Iustus iudex*, Fs. P. Wesemann, Essen 1990, 279-289.
- PRIETO LÓPEZ, I., «Iurisprudencia rotal acerca de la condición y el consentimiento matrimonial», *REDC* 8 (1953) 517-530.
- Quinque compilationes antiquae necnon Collectio canonum Lipsiensis*, ed. E. Friedberg, Lipsiae 1882.
- RASI, P., «Le formalità nella celebrazione del matrimonio ed il Concilio di Trento», *RSDI* 27 (1954) 189-207.
- , *La conclusione del matrimonio nella dottrina prima del Concilio di Trento*, Napoli 1958.
- REGATILLO, E., *Ius sacramentarium*, Santander 1960.
- , *Derecho matrimonial eclesiástico*, Santander 1962.

- REIFFENSTUEL, A., *Ius canonicum universum*, Venetiis 1735.
- RICCIARDI, G., «Errore sulla persona ed errore sulla qualità della persona intesa direttamente e principalmente nel matrimonio canonico», in *La nuova legislazione matrimoniale canonica*, SG 10, Città del Vaticano 1986, 63-87.
- ROBITAILLE, L., *Conditioned consent*, Roma 1990.
- , «Conditioned consent: Natural law and Human Positive law», *StCan* 26 (1992) 75-110.
- ROMAN, J., «Summa d'Uguccio sur le décret de Gratien d'après le manuscrit 3891 de la Bibliothèque nationale, Causa XXVII Quaestione II», *NRHDFE* 27 (1903) 745-805.
- ROMANI, S., «Consenso matrimoniale condizionato», *ME* 46 (1934) 57-59.
- ROSSET, M., *De sacramento matrimonii*, Parigi 1895.
- RZEWNICKI, S., «De nullitate matrimonii ob conditionem consensui appositam», *Ius Pontificium* 8 (1928) 97-104.
- S. ALPHONSUS MA. DE LIGORIO, *Theologia moralis*, Bassani 1847.
- S. BONAVENTURA, *Commentaria in quatuor libros sententiarum*, in *Opera omnia*, I-IV, Ad Claras Aquas 1882-1902.
- S. THOMAS, *Commentum in quatuor libros sententiarum*, in *Opera Omnia*, secundum impressionem Parmae 1857 photolithographice reimpressa, VI-VII, New York 1948.
- , *Summa theologiae*, Roma 1948.
- SÁNCHEZ, T., *De sancto matrimonio sacramento disputationum tomi tres*, Venetiis 1693.
- SANTI, F., *Praelectiones Juris Canonici*, Ratisbonae – Romae – NeoErboraci – Cincinnati 1905.
- SAVIGNY, F.C., *Sistema del diritto romano*, Torino 1897.
- SCHEURL, A., «Consensus facit nuptias», *ZeitKirch* 22 (1889) 269-286.
- SEBASTIANELLI, G., *Enchiridion iuris canonici*, Romae 1851.
- SEHLING, E., «Die Summa des Paucapalea und Stephanus von Tournay sowie die Sentenzen des Rolandus und ihr Eheschliessungsrecht», *ZeitKirch* 23 (1891) 252-265.
- SCHMALZGRUEBER, F., *Ius ecclesiasticum universum in quinque libros decretalium Gregorii IX, Ingolstadii* 1716.

- SERRANO, J.M., «Il consenso matrimoniale condizionato», in *La nuova legislazione matrimoniale canonica*, SG 10, Città del Vaticano 1986, 161-182.
- , «El acto de voluntad por el que se crea o frustra el consentimiento matrimonial», *REDC* 51 (1994) 567-589.
- SERRES, R., «*Error recidens in condicionem sine qua non*» (can. 126). *Estudio historico-juridico*, TG. DC 12, Roma 1997.
- , «“*Error recidens in condicionem sine qua non*” (can. 126)», *Periodica* 87 (1998) 329-349.
- SPOS, S., *Enchiridion Iuris Canonici*, Pecs, 1931².
- SOTO, D., *In quartum sententiarum*, Venetiis 1575.
- SPORER, P., *Theologia moralis sacramentalis*, Venetiis 1726.
- STAFFA, D., «De actu positivo voluntatis quo bonum essenziale matrimonii excluditur», *ME* 74 (1949) 165-173.
- , «De conditione potestativa in contractu matrimoniali», *ME* 79 (1954) 647-653.
- , «De condizione e qua pendet matrimonialis contractus», in *Questioni attuali di diritto canonico*, AnGr 69, Roma 1955, 219-242.
- , *De conditione contra matrimonii substantiam*, Romae 1955.
- STANKIEWICZ, A., «Errore circa le proprietà e la dignità sacramentale del matrimonio», in *La nuova legislazione matrimoniale canonica*, SG 10, Città del Vaticano 1986, 117-132.
- , «De errore voluntatem determinate (can. 1099) iuxta rotalem iurisprudentiam», *Periodica* 79 (1990) 441-494.
- , «L'errore di diritto nel consenso matrimoniale e la sua autonomia giuridica», *Periodica* 79 (1994) 635-668.
- , «De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem (cc. 1101 §2 CIC; 824 §2 CCEO)», *ME* 122 (1997) 189-234. 425-512.
- , «Concretizzazione del fatto simulatorio nel *positivus voluntatis actus*», *Periodica* 87 (1998) 257-286.
- STICKLER, A. MA., *Historia Iuris Canonici latini. Institutiones Academicæ I, Historia Fontium*, Augustae Taurinorum 1950.
- SZENTIRMAI, A., «De consensu matrimoniali condizionato», *REDC* 17 (1962) 367-372.
- TAMBURINI, T., *Explicatio Decalogi*, Lugduni 1659.

- TIMLIN, B. T., *Conditional matrimonial consent. An historical synopsis and commentary*, Washington 1934.
- TOURNELY, H., *Continuatio praelectionum theologicarum sive tractatus de universa theologia morali*, Venetiis 1746.
- VACCARI, P., «Dalla Summa de matrimonio alla Summa Decretalium di Bernardo da Pavia», in *Studi di storia e diritto*, Fs. C. Calisse, II, Milano 1940, 337-353.
- VAN HOVE, A., *Commentarium Lovaniense in Codicem Iuris Canonici*, vol. I, tom. I, *Prolegomena*, Mechliniae – Romae 1945.
- VERA, F., «El error sobre la persona en el matrimonio segun el nuevo codigo», *REDC* 43 (1986) 359-409.
- VERMEERSCH, A., «Conditional Marriage Consent», *HPR* 34 (1933-34) 186-189.
- VERMIGLIOLI, P., *Lezioni di diritto canonico, esposte secondo l'ordine dei titoli delle decretali di Gregorio IX*, Perugia 1838.
- VERSALDI, G., «Exclusio sacramentalis matrimonii ex parte baptizatorum non creditum: error vel potius simulatio?», *Periodica* 79 (1990) 421-440.
- VILLEGIANTE, S., «Errore e volontà simulatoria nel consenso matrimoniale in diritto canonico», *ME* 108 (1984) 487-516.
- VLAMING, T.M. – BENDER, L., *Praelectiones iuris matrimonialis*, Bossum 1950.
- WEIGAND, R., *Die bedingte Eheschliessung im kanonischen Recht. I. Die Entwicklung der bedingte Eheschliessung im kanonischen Recht. Ein Beitrag zur Geschichte der Kanonistik von Gratian bis Gregor IX*, München, 1963. II. *Zur weiteren Geschichte der bedingte Eheschliessung, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich*, St. Ottilien, 1980.
- , «Die bedingte Eheschliessung», in *Le nouveau Code de Droit Canonique*, II, Ottawa 1986, 1099-1100.
- WERNZ, F.X., *Ius decretalium. IV. Ius matrimoniale Ecclesiae catholicae*, Roma 1915.
- WERNZ, F.X. – VIDAL, P., *Ius canonicum. V. Ius matrimoniale*, Romae 1928.
- WIESTNER, J., *Institutionum canonicarum sive iuris ecclesiastici liber primus-quintus*, Monachii 1705-1706.
- WINDSCHEID, B., *Il diritto delle pandette*, Torino 1930.
- WRENN, L.G., «A new condition limiting marriage», *Jurist* 34 (1974) 292-315.

ZVOLENSKY, S., «*Error qualitatis dans causam*» e «*error qualitatis directe et principaliter intentae*». *Studio storico della distinzione*, TG. DC 25, Roma 1998.

———, «“*Error qualitatis dans causam*” e “*error qualitatis directe et principaliter intentae*”», *Periodica* 87 (1998) 443-465.

ZUROWSKI, M., «*Matrimonium sub condicione*», *Periodica* 64 (1975) 141-146.

———, «*Le développement de la notion canonique de la célébration conditionnelle du mariage*», *StCan* 11 (1977) 85-113.

INDICE DEGLI AUTORI

- Abate: 83, 176
 Adriano VI: 51
 Alessandro III: 22, 30, 37-42, 44
 Angelus da Clavasio: 51
 Anné: 87, 172
 Antonius de Butrio: 43
 Aversa da Sanseverino: 27
 Aznar: 176
 Bañares: 176
 Bánk: 126
 Bender: 74, 75, 121, 169, 171
 Benedetto XIV: 24
 Berlingò: 176
 Bernardo da Pavia: 20
 Bernardo da Parma: 49
 Berti: 140, 173, 176
 Bianchi: 14, 61, 74, 76, 84, 96
 Boccafolà: 83
 Bonnet: 176
 Boyer: 88
 Canals: 137, 154
 Candelier: 176
 Cappello: 7, 8, 33, 59, 73, 87, 123-125, 134, 156, 169
 Castaño: 83
 Castro Palao: 165
 Chelodi: 33, 134
 Chimenti: 59
 Cipriotti: 129, 130
 Clemente VIII: 31, 32
 Clericatus: 27
 Colantonio: 108
 Coninck: 25, 26
 Consoli: 88
 Conte a Coronata: 74, 126, 134, 169, 170
 Davino: 108
 De Angelis: 28
 De Lai: 64, 88
 De Las Heras: 176
 De Luca: 57
 De Lugo: 54, 72, 74, 165-167
 De Paolis: 106, 176
 De Smet: 33, 58, 73, 74, 168-170
 Del Giudice: 92
 Domine: 163, 164, 166-168
 Dossetti: 92, 127
 Duns Scoto: 75
 Eichmann: 126
 Elbel: 44, 150, 151
 Engel: 28
 Erdő: 22

- Esmein: 37
 Ewers: 88, 172
 Fagnani: 44
 Fedele: 108, 126, 129, 134, 135
 Felici: 87, 88, 172
 Ferraboschi: 86, 108, 109, 115,
 126-129, 132, 133, 136
 Filipiak: 86
 Flatten: 126
 Fornés: 176
 Fraghi: 132-135
 Freisen: 76
 Fumagalli: 108
 Funghini: 108
 Gaio: 86
 Galassi: 126
 García Faílde: 108, 176
 Gasparri: 7, 13, 29, 33, 62, 63, 67,
 72, 74, 76, 78-80, 88, 123-125,
 130, 134, 153, 166, 168-170
 Gaudemet: 18, 141
 Gefaell: 63-66, 69
 Giacchi: 17, 108, 126, 132
 Giovanni d'Andrea: 44, 50
 Giovanni di Friburgo: 145
 Giustini: 88
 Giustiniano: 36
 Gobatus: 25-27
 Gonet: 150, 151
 Gonzáles del Valle: 118
 Graziani: 14, 17, 59, 78, 79, 101,
 109, 113, 115, 116, 122, 126,
 127, 129, 131, 135, 157, 158,
 164, 176
 Graziano: 18-20, 36, 37, 39, 40, 49,
 111, 123, 141, 142, 163
 Gregorio IX: 19-22, 62, 74, 103,
 116, 117, 123, 132, 148, 162,
 182-184
 Grochowski: 176
 Guelfi: 88
 Guglielmo di Auxerre: 146
 Gutierrez: 44
 Heard: 154, 158
 Herman: 93
 Hilbert: 112, 139, 140, 141, 144,
 145, 151, 154
 Hilling: 107
 Hostiensis: 35, 36, 38, 46
 Huizing: 81, 118, 121, 126, 134,
 135, 174
 Hürth: 161
 Innocenzo III: 21, 22, 39, 41, 42,
 49, 50, 122
 Innocenzo IV: 123
 Ioannes Paulus II: 125, 162, 176
 Jemolo: 126, 134
 Jullien: 59, 128, 172
 Kadzioch: 94
 Kowal: 160, 164, 165
 Krimer: 44
 Lefebvre: 78
 Lega: 88, 131
 Leo XIII: 45, 68, 182
 Linneborn: 126
 Lüdicke: 176
 Mannucci: 113, 133
 Many: 130, 131, 134
 Martin: 88
 Martín de Agar: 108, 176
 Mattioli: 46
 Michiels: 105-107
 Miguélez: 74, 169
 Mingardi: 117
 Moneta: 176
 Montan: 106
 Montemayor: 163, 165-167
 Moreno Diehel: 119

- Mori: 32, 58, 130
 Morsdorf: 126
 Mostaza: 139, 142, 144
 Mullenders: 35-38, 40, 44
 Nardi: 44
 Navarrete: 10, 80, 94, 104, 117,
 118, 120, 139, 140, 142, 144,
 151, 153-155, 167, 173-177
 Oddi Baglioni: 18, 19, 44, 126
 Onorio III: 40
 Orestano: 36
 Orsi: 139, 144, 145, 147, 151
 Palestro: 83
 Palica: 68
 Panormitanus: 123
 Parisella: 87, 172, 173
 Paucapalea: 19
 Payen: 13, 74, 169
 Perecatil: 82
 Pietro da Benevento: 21
 Pietro Lombardo: 37, 122, 142,
 143, 163
 Pignatelli: 55, 64, 65
 Pinto: 88
 Pirhing: 28, 44
 Pitonius: 26, 55-57, 64, 65
 Pius XII: 65, 90
 Pompili: 88
 Pontius: 25, 52, 150
 Prader: 90, 91, 93, 94
 Ratzinger: 119
 Rauscher: 29, 57
 Regatillo: 74, 169
 Reiffenstuel: 15-17, 28, 44, 54, 76
 Ricardo Mediavilla: 145
 Rogers: 88
 Rolando Bandinelli: 37
 Roman: 38, 39, 41
 Romani: 20
 Rosset: 28, 72
 S. Agostino: 18, 123
 S. Alfonso Ma. de Ligorio: 23, 26,
 53, 151-154, 156
 S. Pio V: 31, 32
 S. Raimondo da Peñafort: 21
 S. Thomas: 23, 30, 52, 76, 105,
 124, 127, 129, 142-144, 147,
 148, 152, 153, 163, 185
 S. Antonino da Firenze: 146, 147
 Sabattani: 86, 88, 100
 Sánchez: 15, 53, 72, 74, 76, 130,
 145, 147-149, 151, 152, 154
 Santi: 26-28, 30, 31, 75, 86
 Savigny: 13, 111
 Schmalzgrueber: 16, 28, 29, 44, 45,
 72, 74, 117
 Sebastianelli: 57, 65, 157
 Serres: 101, 108, 110-113, 176
 Sicardus Cremonensis: 122
 Sinibaldo Fieschi: 123
 Sipos: 17, 72, 73, 134
 Solieri: 127
 Soto: 146
 Sporer: 27
 Staffa: 100, 108, 113, 131
 Stankiewicz: 77, 83, 87-89, 122-
 124, 126, 127, 130, 167, 176
 Stickler: 19-22
 Tamburini: 28
 Tanquerey: 57
 Timlin: 116
 Uguccione: 38-41
 Urbano III: 21, 30, 41, 42, 52
 Van Hove: 20-22, 38, 40, 49
 Vera: 142
 Vermiglioli: 44
 Vidal: 28, 32, 33, 69, 72-74, 76,
 109, 134, 168, 169

Viladrich: 176
 Villeggiante: 176
 Vlaming: 33, 74, 75, 121, 169, 171
 Weigand: 83
 Wernz: 7, 19, 28, 29, 32, 33, 44,
 62, 64-66, 69, 72-74, 76, 80,
 108, 109, 168, 169
 Wiestner: 28

Windscheid: 15, 111
 Wynen: 87
 Zoesius: 44
 Zvolenský: 67, 112, 139, 142-148,
 151, 153-155

INDICE GENERALE

INTRODUZIONE	7
PARTE I: FIGURA DELLA CONDIZIONE PROPRIA	
CAPITOLO I: <i>Formazione dell'istituto del matrimonio condizionato</i>	13
1. Terminologia e distinzioni	13
2. Il consenso matrimoniale condizionato	18
CAPITOLO II: <i>Il matrimonio presunto: consenso condizionato e copula sussequente</i>	35
CAPITOLO III: <i>La condizione «in pactum deducta»</i>	47
CAPITOLO IV: <i>Le fonti e i lavori preparatori del can. 1092 CIC/17</i>	61
CAPITOLO V: <i>I codici</i>	71
1. CIC 1917 (can. 1092)	71
2. CIC 1983 (can. 1102)	79
3. CCEO 1990 (can. 826)	90
PARTE II: IL CONSENSO IMPLICITAMENTE CONDIZIONATO	
PREMESSA	99
CAPITOLO VI: <i>Errore e condizione implicita (can. 126)</i>	103

