



diritto & religioni

Semestrale
Anno III - n. 2-2008
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

6



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno II - n. 2-2008
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

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

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

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

DIRETTORI SCIENTIFICI

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

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile
Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria
Diritto ecclesiastico e professioni legali

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefanì
A. Fuccillo
F. De Gregorio
G. Carobene
G. Schiano
A. Guarino
F. De Gregorio, A. Fuccillo

Parte III

SETTORI

Lettere, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

P. Lo Iacono, A. Vincenzo

Brevi riflessioni sul fondamento del canone 1098

RAFFAELE SANTORO

1. *La vexata quaestio del fondamento del canone 1098 ed i riflessi sulla sfera giuridica soggettiva*

Conservano ancora oggi una intatta attualità le parole pronunciate da Giovanni Paolo II in occasione della prima allocuzione alla Rota Romana immediatamente successiva alla entrata in vigore del riformato *Codex Juris Canonici*: «rimangono canoni, di rilevante importanza nel diritto matrimoniale, che sono stati necessariamente formulati in modo generico e che attendono una ulteriore determinazione, alla quale potrebbe validamente contribuire innanzitutto la qualificata giurisprudenza rotale. Penso ad esempio [...] alla ulteriore precisazione del canone 1098 sull'errore doloso»¹.

Tale visione, lungimirante e prospettica, ha animato la scelta di ripercorrere le principali coordinate intorno alle quali si è sviluppata la ricerca, per altro ancora aperta, del fondamento di questo nuovo canone.

Non previsto nel *Codex* piano-benedettino², il dolo, come autonomo vizio del consenso matrimoniale, è stato definitivamente affrancato dalla figura dell'*error dolose causatus* in quello giovanneo-paolino su impulso del Flatten, il quale, già prima del Concilio Vaticano II, formulò una proposta in tal senso³.

¹ GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana* (26 gennaio 1984), in AAS, 76 (1984), p. 648.

² ANDREA ZANOTTI, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 124, sostiene che «le ragioni della stabilità assoluta del vincolo avevano sospinto il legislatore del 1917 a interpretare il dolo come *dolus bonus* ed a considerare l'emanazione della grazia santificante che segue il sacramento comunque un bene maggiore che si irradiava a favore dei coniugi».

³ HEINRICH FLATTEN, *Quomodo matrimonio contrahentes contra dolum tutandi sint*, ed. auct., Coloniae, 1961, sviluppa il suo pensiero circa il dolo quale vizio del consenso matrimoniale, già precedentemente manifestato nella prolusione dal titolo *Irrtum und Tauschung bei der Eheschliessung im kanonischen Recht*, in occasione della sua nomina a cattedratico di diritto canonico presso la Facoltà di Teologia dell'Università di Tubinga, il 6 giugno 1956; ancor prima dell'annuncio del Concilio Vaticano II.

Durante la fase preconciliare furono avanzate anche da alcuni vescovi delle proposte in merito, alle quali seguirono i pareri della Congregazione per la Disciplina dei Sacramenti, della Pontificia Università Gregoriana e dell'Istituto Cattolico di Tolosa.

Sarà poi la concezione personalistica del matrimonio proposta dal Concilio Vaticano II a sollecitare una più attenta riflessione circa l'eventuale incompatibilità del dolo con la realizzazione dell'*intima communitas vitae*⁴, al cui centro è posto l'*amor coniugalis*, quale «atto eminentemente umano, essendo diretto da persona a persona con un sentimento che nasce dalla volontà» ed «abbraccia il bene di tutta la persona»⁵.

Proprio gli insegnamenti conciliari, posti a fondamento della *reformatio* del *Codex*, hanno reso possibile l'introduzione del nuovo canone 1098, il quale, similmente trasfuso nel canone 821 del *C.C.E.O.*, nel colmare una «grave lacuna»⁶, consente di intervenire in ambiti nei quali la disciplina del canone 1097 è del tutto inoperante, né passibile di applicazione analogica o estensiva. Il relativo testo è così articolato: *Qui matrimonium init deceptus dolo, ad obtinendum consensum patrato, circa aliquam alterius partis qualitatem, quae suapte natura consortium vitae coniugalis graviter perturbare potest, invalide contrahit.*

Sin dalla entrata in vigore della codificazione latina, la formulazione particolarmente generica di questo canone ha impegnato dottrina e giurisprudenza nella specificazione del relativo contenuto, approdando ad una tendenziale unanimità circa le principali problematiche ermeneutiche da esso emergenti: il concetto di *qualitas*⁷; il profilo oggettivo e soggettivo del rapporto tra qualità dell'altra parte e determinazione del grave turbamento della comunità di tutta la vita⁸; la possibilità dell'intervento del terzo-*deceptor*⁹.

Diversamente, come in seguito avremo modo di vedere più a fondo, ancora non si registra la maturazione di una posizione dominante circa il suo fondamento. In dottrina, infatti, vi sono autori che individuano nel can. 1098 una dichiarazione di diritto divino naturale, ed altri che invece ritengono che

⁴ Cfr. OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *La disciplina del matrimonio e il magistero conciliare*, in ERNESTO CAPPELLINI (a cura di), *La normativa del nuovo Codice*, Queriniana, Brescia, 1983, p. 211.

⁵ CONCILIO VATICANO II, Costituzione pastorale *Gaudium et spes* (7 dicembre 1965), n. 49.

⁶ PIERO PELLEGRINO, *Il consenso matrimoniale nel codice di diritto canonico latino*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 160.

⁷ Cfr. PAOLO MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Ecig, Genova, 1998, p. 165.

⁸ Cfr. LUCIANO MUSSELLI-MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto canonico*, Monduzzi, Bologna, 2002, p. 212.

⁹ Cfr. ENRICO VITALI-SALVATORE BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 99.

in esso sia trasfusa una determinazione del legislatore ecclesiastico.

Pertanto, su questa tematica, pur senza esaurirla, si concentrerà la nostra attenzione, attraverso la ricostruzione delle principali direttive lungo le quali si è sviluppato il relativo dibattito dottrinale, per poi ricercare ulteriori elementi di riflessione all'interno dei più recenti documenti del magistero pontificio.

Cercare di rispondere alla domanda se tale norma sia dichiarativa di una disposizione di diritto divino naturale, ovvero costituisca una determinazione del legislatore ecclesiastico, non vuole essere «*art puor l'art*»¹⁰. Ad essa, infatti, sono legati effetti di ordine tecnico e pratico che incidono profondamente sulla sfera giuridica soggettiva.

Uno dei riflessi riguarda l'eventuale applicazione retroattiva della norma ai matrimoni celebrati anteriormente al 27 novembre, *primo giorno di avvento*, del 1983¹¹. È questa la principale problematica intorno alla quale si sono concentrati gli approfondimenti di dottrina e giurisprudenza.

La tutela della stabilità dei rapporti giuridici impone che la legge ecclesiastica disponga solo per le cose future, a meno che la relativa *vis retroactiva* non venga prevista *nominativamente* (can. 9), ossia «non solo espressamente, sotto cui può venire inteso anche l'implicito, ma esplicitamente, dicendo di volta in volta quando la legge si applica al passato»¹².

Inoltre, sostenere che tale norma sia una dichiarazione di diritto meramente positivo escluderebbe dalla relativa applicazione i non battezzati¹³ ed i soggetti validamente battezzati in una Chiesa o in una comunità ecclesiale separata¹⁴, poiché *legibus mere ecclesiasticis tenentur baptizati in Ecclesia catholica vel in eandem recepti* (can. 11).

Esulano da limitazioni temporali e soggettive le leggi divine, sia naturali

¹⁰ CARL GEROLD FURST, *La natura del dolo nel diritto matrimoniale canonico e il problema della retroattività del can. 1098*, in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. 2, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2003, p. 212.

¹¹ Data liturgica di entrata in vigore del *Codex Juris Canonici*, indicata da GIOVANNI PAOLO II, Costituzione apostolica *Sacrae disciplinae leges*, p. XIV.

¹² VELASIO DE PAOLIS, *Il Libro Primo del Codice: Norme generali (cann. 1-203)*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura del), *Il diritto nel mistero della Chiesa*, vol. 1, Pontificia Università Lateranense, Roma, 1995, p. 279.

¹³ Nella categoria dei non battezzati sono inclusi anche i catecumeni, i quali però restano sottoposti a tutte quelle disposizioni, universali e particolari, che direttamente li riguardano. Cfr. LUIGI SABBARESE, *I Fedeli Costituiti Popolo di Dio. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro II, Parte I*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2003, p. 27.

¹⁴ Cfr. PIO VITO PINTO, *Le norme generali del nuovo codice*, in AA.VV., *La nuova legislazione canonica. Introduzione allo studio del Popolo di Dio*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 1983, p. 85.

che positive, valide da sempre non solo per i fedeli, ma per tutti gli uomini, indipendentemente dalla loro trasfusione formale nelle leggi della Chiesa. Esse, infatti, «obbligano per se stesse, in forza della stessa volontà divina»¹⁵.

Due nodi particolarmente importanti, per loro natura destinati ad assumere una diversa collocazione all'interno dello sviluppo della scienza canonistica.

È inevitabile che il dubbio sulla efficacia retroattiva di questo canone sia destinato ad estinguersi, con il passare del tempo, per morte naturale dei soggetti. Diversamente, tenderà ad assumere una sempre maggiore rilevanza la problematica inerente alla dimensione soggettiva, in ragione del crescente numero di matrimoni caratterizzati da *disparitas cultus* (can. 1086), oppure da *mixta religio* (can. 1124), fenomeno certamente alimentato dall'intensificarsi dei flussi migratori di soggetti appartenenti a religioni diverse da quella cattolica.

Proprio in tema di matrimonio tra cattolici ed islamici, si sostiene che «potranno venire in essere con relativa facilità casi di dolo (can. 1098 C.I.C.), quando venga dalla parte islamica celata una qualità che sia tale per sua natura da turbare gravemente la comunità di vita coniugale (si pensi al celamento di precedenti nozze con procreazione di figli)»¹⁶. All'interno di «un mondo che si va facendo sempre più “piccolo”»¹⁷, neanche la storia millenaria del matrimonio canonico sembra immune dai «segni dei tempi»¹⁸ che oggi inesorabilmente forgiando il volto di una società in rapido e profondo mutamento.

2. *Il “non liquet” del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi*

La rilevanza degli effetti soggettivi e temporali legati alla determinazione del fondamento di questo nuovo canone ha interessato anche la stessa autorità ecclesiastica competente a proporre l'interpretazione autentica delle leggi universali della Chiesa¹⁹.

Proprio a tal riguardo, particolarmente interessante è la posizione assunta

¹⁵ VELASIO DE PAOLIS, *Il Libro Primo del Codice: Norme generali (cann. 1-203)*, cit., p. 282.

¹⁶ LUCIANO MUSSELLI, *Nullità e scioglimento del matrimonio canonico tra cattolici ed islamici*, in AA.VV., *Il matrimonio tra cattolici ed islamici*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2002, p. 176 ss.

¹⁷ JOSEPH RATZINGER, *Fede, verità, tolleranza. Il Cristianesimo e le religioni del mondo*, Cantagalli, Siena, 2005, p. 7.

¹⁸ GIOVANNI XXIII, Lettera enciclica *Pacem in terris* (11 aprile 1963), n. 21.

¹⁹ GIOVANNI PAOLO II, Costituzione Apostolica *Pastor Bonus* (28 giugno 1988), n. 155.

dal Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi (precedentemente denominato Pontificia Commissione per l'Interpretazione Autentica dei Testi Legislativi) espressa in una *responsio* inviata in *forma privata* dal Cardinale Castillo Lara – allora Presidente della Commissione – al vescovo di Friburgo in Brisgovia (Germania), Mons. Oscar Saier.

Al suo interno, il Cardinale Castillo Lara afferma che: «in mancanza di un'interpretazione autentica che sancisca la non retroattività del can. 1098, attesa l'esigenza del dubbio sulla natura del prescritto can. 1098 – e di conseguenza sulla sua applicazione o meno ai matrimoni celebrati prima del 27.XI.1983 – occorre tener conto del can. 1060, in base al quale *in dubio standum est pro valore matrimonio*».

La propensione per una affermazione non assoluta circa il fondamento del dolo nel diritto positivo emerge dalla motivazione della risposta, ove si legge: «la Consulta è incline a ritenere il disposto del can. 1098 di diritto meramente positivo, e pertanto non retroattivo. Data comunque la grande varietà di casi che potrebbe cadere sotto la fattispecie ivi descritta, non si potrà escludere a priori che alcuni di essi possano configurare nullità derivanti dal diritto naturale, nel cui caso sarebbe legittima una sentenza affermativa. Corrisponde ai giudici, in possesso di tutti i possibili elementi, valutare nel caso concreto se ci si trovi dinanzi ad un tipo di errore invalidante il consenso non per disposizione positiva del can. 1098, ma per forza del diritto naturale, come si è verificato in alcune sentenze anteriori alla promulgazione del Codice».

Continua il documento: «arrivare tuttavia alla chiarificazione ed approfondimento di questi criteri e concetti è un compito riservato alla dottrina, che forse non conviene precludere con un'interpretazione autentica, nonostante il rischio di interpretazioni dottrinali e conseguentemente di sentenze divergenti. Toccherà alla Plenaria, come ho detto prima, pronunciarsi sull'opportunità di una decisione chiarificatrice al riguardo, ciò che da alcuni è ritenuto prematuro, non essendoci ancora un sufficiente approfondimento dottrinale»²⁰.

Una posizione di prudente attesa fu assunta anche dalla Plenaria del 25 novembre 1986, ritenendo la questione non sufficientemente matura dal punto di vista dottrinale per dare una interpretazione autentica.

Neanche l'autorevole giurisprudenza rotale, che spesso richiama la *responsio* per motivare le proprie conclusioni, sembra immune da una

²⁰ PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI AUTHENTICE INTERPRETANDO, *Responsio* (8 febbraio 1986), prot. n. 843/86. Il testo del documento è pubblicato anche in ANDREA D'AURIA, *Inganno, frode, deliberazione. Il dolo nell'attuale Codice di Diritto Canonico*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2004, p. 120 ss.

diversificazione di orientamenti in merito all'applicazione retroattiva del canone 1098.

In via predominante la Rota Romana individua in questo canone una formulazione di diritto meramente positivo, per sua natura priva di *vis retroactiva*²¹.

3. L'approfondimento della problematica da parte della dottrina

Anche la dottrina, investita del compito di formulare i necessari approfondimenti, appare costellata da una miriade di opinioni, talvolta diversificate tra loro solo da lievi sfumature.

Alcuni autori sostengono che la norma sul dolo sia di diritto positivo umano, quindi non dotata di *vis retroactiva*, né tanto meno applicabile ai non cattolici²².

²¹ La non retroattività del canone 1098 è dichiarata in: coram Parisella, sent. 31 gennaio 2002; coram Agustoni, decr. 9 luglio 1985; coram Parisella, sent. 24 marzo 1983; coram Agustoni, decr. 9 luglio 1985; coram Palestro, sent. 24 giugno 1987; coram Masala, decr. 25 marzo 1986; coram Masala, decr. 19 giugno 1984; coram Bruno, sent. 19 novembre 1993; coram Ragni, sent. 19 dicembre 1995; coram Alwan, sent. 23 novembre 1999; coram López-Illana, sent. 14 aprile 1999; coram Defilippi, sent. 4 dicembre 1997; coram Defilippi, sent. 21 marzo 2002; coram Caberletti, sent. 10 aprile 2003; coram Stankiewicz, sent. 27 gennaio 1994; coram Erlebach, sent. 31 gennaio 2002. La retroattività del canone 1098 è, invece, dichiarata in: coram Serrano Ruiz, decr. 2 giugno 1989; coram Serrano Ruiz, sent. 25 ottobre 1996; coram Faltim, sent. 27 giugno 1991; coram Faltim, sent. 20 giugno 1995; coram Faltim, sent. 16 dicembre 1998; coram Civili, sent. 26 maggio 1999; coram Civili, sent. 8 novembre 2000. In tema si rinvia a LINDA GHISONI, *La questione della retroattività o meno del can. 1098 secondo la giurisprudenza rotale*, in *Quaderni dello Studio Rotale*, 2005, 15, pp. 123-150; PAOLO BIANCHI, *L'interpretazione del can. 1098 da parte della giurisprudenza della Rota Romana*, in AA.Vv., *Errore e dolo nella giurisprudenza della Rota Romana*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2001, pp. 103-120.

²² In tal senso, ANGELA MARIA PUNZI NICOLÒ, *La qualitas quae natura sua consortium vitae coniugalis perturbare potest (can. 1098)*, in AA.Vv., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. 2, cit., p. 198; ANDREA D'AURIA, *Inganno, frode, deliberazione*, cit., p. 123; MARIO FRANCESCO POMPEDDA, *Annotazioni sul diritto matrimoniale nel nuovo codice Canonico*, in AA.Vv., *Il matrimonio nel nuovo codice di diritto canonico*, Libreria Gregoriana, Padova, 1984, p. 64; PIERO ANTONIO BONNET, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 85; JOSÉ FERNANDEZ CASTANO, *Il dolo nel matrimonio*, in AA.Vv., *La nuova legislazione matrimoniale canonica*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1986, p. 115; URBANO NAVARRETE, *Canon 1098 de errore doloso estne iuris naturalis an iuris positivi ecclesiae?*, in *Periodica de re morali canonica liturgica*, 1987, 1, p. 179 ss.; LINDA GHISONI, *La questione della retroattività o meno del can. 1098 secondo la giurisprudenza rotale*, cit., p. 148; LUIGI CHIAPPETTA, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Dehoniane, Roma, 1990, p. 222; GIANFRANCO GHIRLANDA, *Il diritto nella Chiesa mistero di comunione*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2006, p. 384, il quale, però, pur aderendo a tale soluzione, assume un atteggiamento di maggiore cautela.

A sostegno di tale orientamento è posta la distinzione tra *difetto di consenso*, la cui disciplina è applicabile ad ogni matrimonio indipendentemente dal momento nel quale è stato celebrato, e *vizio del consenso*, circa il quale si distinguono norme semplicemente dichiarative del dato divino da quelle più specialmente *determinative*, all'interno delle quali andrebbe collocato il can. 1098²³.

Trovarebbe, dunque, fonte nella *voluntas legislatoris* l'efficacia irritante dell'azione dolosa che genera nel *deceptus* un errore circa una qualità accidentale che per sua natura può turbare gravemente il consorzio di vita coniugale²⁴. Mentre, in presenza di un errore sostanziale o di un errore accidentale che però *recipit in condicionem sine qua non*, il dolo si incrocia con altri capi di nullità, i quali *ex natura rei* hanno efficacia retroattiva, oltre ad applicarsi anche ai soggetti non battezzati in *Ecclesia catholica*. In tal caso, il dolo si convertirebbe in «mezzo conveniente per “organizzare” la prova della ricorrenza di *altri* motivi di nullità, che comportano un *difetto di consenso*»²⁵.

Viene, inoltre, affermato che «l'esegesi del dato normativo attuale sul dolo nel can. 1098 deve tener conto sia della tradizione canonica sia della sistematica canonica del Codice in cui si inserisce»²⁶, per rilevare che la sua formulazione non costituisce l'approfondimento di qualcosa già esistente, ma una vera e propria novità.

Non mancano, infine, motivazioni di ordine pastorale, per le quali «affermare *tout court* che il dolo rende nullo il matrimonio per diritto naturale comporterebbe il rischio di richiedere nell'essenza del patto coniugale una sincerità che è certamente ideale ma che spesso non si verifica per i limiti della condizione umana»²⁷.

²³ Cfr. PIERO ANTONIO BONNET, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, cit., p. 9 ss.

²⁴ Cfr. MARIA TERESA ROMANO, *La rilevanza invalidante del dolo sul consenso matrimoniale (can. 1098 C.I.C.): dottrina e giurisprudenza*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2000, p. 215.

²⁵ SALVATORE BERLINGÒ, *L'autonomia delle diverse fattispecie normative dell'errore e del dolo (Cann. 1097-1099 C.I.C.)*, in AA.VV., *Errore e dolo nel consenso matrimoniale canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1995, p. 34. In tal senso anche, PAOLO BIANCHI, *L'interpretazione del can. 1098 da parte della giurisprudenza della Rota Romana*, cit., p. 118, il quale, nella scia di alcuni pronunciamenti della Rota Romana, ritiene che il riferimento al diritto naturale «si avrebbe peraltro esclusivamente al caso di un errore sostanziale, non già solo accidentale, misurato sulla base del criterio delle esigenze oggettive del consorzio di vita coniugale».

²⁶ GIANPAOLO MONTINI, *La rilevanza del dolo nel matrimonio nella sua evoluzione storica*, in AA.VV., *Errore e dolo nel consenso matrimoniale canonico*, cit., p. 122.

²⁷ HÉCTOR FRANCESCHI, *Il fondamento giuridico del dolo come causa di nullità del matrimonio e la questione della retroattività o meno del canone 1098*, in *Ius Ecclesiae*, 2007, 1, p. 130.

A tale orientamento si contrappone chi sostiene che «ogni tentativo di insistere su una generale non-retroattività dei cann. 1098 C.J.C. e 821 C.C.E.O. o di cercare di restringere l'ambito di queste norme ai soli cattolici significherebbe contraddire ad una delle norme centrali del diritto matrimoniale canonico»²⁸.

Il riferimento è al can. 1057 § 2, il quale pone alla base di un valido consenso matrimoniale il *sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium*, per sua natura del tutto incompatibile con un comportamento che integra la fattispecie delineata al canone 1098²⁹.

In tale ottica il fondamento del canone in esame andrebbe ricercato nel diritto divino naturale, sebbene il relativo dispositivo sia stato concretamente plasmato dal legislatore ecclesiastico, «come accade necessariamente con tutte le norme di diritto naturale, incluso lo stesso *ius connubii*»³⁰.

A fondamento di tale posizione è posta la consapevolezza che non sia l'inganno in quanto tale, oppure la *gravità* della qualità oggetto di frode, ma la «sostituzione del dominio e dell'autorità reale del contraente sul proprio processo di intendere e di volere nella scelta del coniuge, causata da un terzo, *perché si è formata una volontarietà dell'atto di contrarre che è più "altrui" che "propria"*, quello che fa sì che, per diritto naturale, l'errore sulla qualità, provocato mediante il dolo, possa irritare il consenso matrimoniale»³¹.

Tale argomentazione è strettamente connessa ad una ricostruzione del

²⁸ CARL GEROLD FURST, *La natura del dolo nel diritto matrimoniale canonico e il problema della retroattività del can. 1098*, cit., p. 211 ss.

²⁹ Cfr. LUIGI SABBARESE, *Il matrimonio canonico nell'ordine della natura e della grazia. Commento al Codice di Diritto Canonico, Libro IV, Parte I, Titolo VII*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2006, p. 262.

³⁰ PEDRO-JUAN VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 225. Inoltre, riconoscono nel canone 1098 una norma di diritto naturale: LUIGI SABBARESE, *Il matrimonio canonico nell'ordine della natura e della grazia*, cit., p. 262; CARLO GULLO, *Riflessi sulla retroattività del can. 1098*, in *Ius Ecclesiae*, 1992, 1, p. 231 ss.; CARL GEROLD FURST, *La natura del dolo nel diritto matrimoniale canonico e il problema della retroattività del can. 1098*, cit., p. 212; PIERO PELLEGRINO, *Il consenso matrimoniale nel codice di diritto canonico latino*, cit., p. 187; LUCIANO MUSSELLI, *Sull'irretroattività delle norme del nuovo Codex in materia matrimoniale*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1984, p. 1225; ALFREDO OTTAVIANI, *Spunti sistematici sul dolo*, in LORENZO SPINELLI-GIUSEPPE DALLA TORRE (a cura di), *Matrimonio concordatario e giurisdizione dello Stato*, Pàtron, Bologna, 1987, p. 164; PAOLO MONETA, *Matrimonio canonico e problemi di diritto transitorio*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1985, p. 301; JOHN G. JOHNSON, *On the retroactive force of canon 1098*, in *Studia Canonica*, 1989, 1, p. 82; FEDERICO R. AZNAR GIL, *El Nuevo Derecho Matrimonial Canonico*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1983, p. 285; PASQUALE SILVESTRI, *La nullità del matrimonio canonico. Raccolta di sentenze*, Guida, Napoli, 2004, p. 32 ss.

³¹ PEDRO-JUAN VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 217.

fondamento del canone 1098 operata attraverso un parallelismo con il canone 1103³², in base al quale sembrerebbe possibile «pensare che anche il dolo e l'errore doloso, in quanto limitano la libertà e la deliberazione, rendono nullo il consenso per diritto naturale»³³. Viene, infatti, affermato che «se il vizio nel can. 1103 è basato sulla coazione morale da parte di un'altra persona, nel can. 1098 è fondato sull'inganno di un'altra persona», poiché nel primo caso «chi minaccia estorce un sì», mentre nel secondo «chi inganna prende un sì»³⁴.

L'azione del *deceptor*, infatti, incide direttamente sul processo di genesi, maturazione e perseveranza interna che precede il momento dell'incontro tra le due volontà, non rispecchiando quella mutua fiducia e lealtà, indispensabili nella reciproca donazione delle persone richiesta dal canone 1057 § 2 per la costituzione del matrimonio.

Il dolo, dunque, oltre ad escludere una mutua e totale donazione di sé, ostacolerebbe una integrazione armonica ed ordinata di intelletto e volontà³⁵, necessaria affinché l'irrevocabile consenso matrimoniale sia realmente libero, consapevole e responsabile.

4. *Consortium totius vitae, amore coniugale e dolo*

Nella ricerca del fondamento del canone 1098, oltre i sacri decreti che il Concilio Vaticano II ha provvidenzialmente emanato, è possibile rintracciare elementi di riflessione anche nelle indicazioni del Magistero³⁶. La legge canonica, infatti, «deve essere legata, da un lato, a quel fondamento teologico

³² PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI AUTHENTICE INTERPRETANDO, *Responsio ad proposita dubia* (23 aprile 1987), in AAS, 79 (1987), p. 1132, ha risposto *affirmative* alla domanda: *utrum vitium consensus de quo in can. 1103 matrimoniis non catholicorum applicari possit*, riconoscendo nel diritto naturale il fondamento di tale canone. In tema si rinvia ampiamente a ANDREA D'AURIA, *Il timore grave nell'attuale legislazione canonica*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2003, pp. 44-78; circa i profili storici, RAFFAELE BALBI, *Vis e metus nel consenso matrimoniale. Aspetti del pensiero canonistico medioevale*, in AA.VV., *La "vis vel metus" nel consenso matrimoniale canonico (can. 1103)*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2006, pp. 33-54.

³³ GIUSEPPE RUARO, *Errore e dolo nel consenso matrimoniale*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura del), *Matrimonio e disciplina ecclesiastica*, Glossa, Milano, 1996, p. 98.

³⁴ CARL GEROLD FURST, *La natura del dolo nel diritto matrimoniale canonico e il problema della retroattività del can. 1098*, cit., p. 209.

³⁵ ANDREA D'AURIA, *Inganno, frode, deliberazione*, cit., p. 99, precisa che il dolo «va più precisamente inquadrato come vizio dell'intelletto e quindi solo di conseguenza quale vizio della volontà, la quale in sé e per sé non è stata intaccata perché il *deceptus* ha fatto quello che voleva ed ha emesso un atto di volontà nei confronti di un soggetto che ha scelto quale sua parte».

³⁶ Cfr. PAOLO VI, *Allocuzione alla Rota Romana* (28 gennaio 1978), in AAS, 70 (1978), p. 183.

che le fornisce ragionevolezza ed è essenziale titolo di legittimità ecclesiale; dall'altro lato, essa deve essere aderente alle mutabili circostanze della realtà storica del Popolo di Dio»³⁷.

Nel tratteggiare il rapporto tra amore e matrimonio, Giovanni Paolo II afferma che il legame indissolubile tra *matrimonium* e *caritas* è sancito dalla volontà di Dio, il quale «ha creato l'uomo a sua immagine e somiglianza (Gn. 1, 26-27): chiamandolo all'esistenza *per amore*, l'ha chiamato nello stesso tempo *all'amore*. [...] La Rivelazione cristiana conosce due modi specifici di realizzare la vocazione della persona umana, nella sua interezza, all'amore: il Matrimonio e la Verginità»³⁸.

Il matrimonio, dunque, è stato «sapientemente e provvidenzialmente istituito da Dio creatore per realizzare nell'umanità il suo disegno di amore»³⁹, per poi essere «realizzazione sacramentale dell'amore di Cristo per la Chiesa»⁴⁰. In esso è scolpita anche l'immagine dell'Alleanza⁴¹.

Tuttavia, anche se il *Codex* all'interno del binomio *consortium totius vitae* e *amor coniugalis* ha dato rilevanza al primo elemento, l'amore coniugale assume un ruolo del tutto centrale all'interno del processo di genesi, maturazione e perseveranza del consenso matrimoniale, tanto da poter individuare una «perfetta corrispondenza tra momento costitutivo del matrimonio e amore coniugale, il quale non va considerato in alcun modo come componente parziale e aggiuntiva del primo»⁴². Autorevole dottrina ritiene, inoltre, che il reciproco donarsi ed accogliersi, nel quale è identificato l'oggetto del consenso matrimoniale⁴³, sia

³⁷ BENEDETTO XVI, *Discorso ai Partecipanti al Convegno di studio organizzato dal Pontificio Consiglio per i testi legislativi in occasione del XXV Anniversario della Promulgazione del Codice di Diritto Canonico* (25 gennaio 2008), in www.vatican.va.

³⁸ GIOVANNI PAOLO II, Esortazione apostolica *Familiaris consortio* (22 novembre 1981), n. 11.

³⁹ PAOLO VI, Lettera enciclica *Humanae vitae* (25 luglio 1968), n. 8.

⁴⁰ EUGENIO CORECCO, *Ius et Communio. Scritti di Diritto Canonico*, vol. 2, Piemme, Casale Monferato, 1997, p. 602.

⁴¹ Cfr. ANDREA MARIANI, *Matrimonio e Famiglia alla luce di Cristo*, con prefazione di ANGELO SCOLA, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2006, p. 45 ss.

⁴² ANGELO D'AURIA, *Il consenso matrimoniale. Dottrina e giurisprudenza canonica*, Aracne, Roma, 2007, p. 56. Diversamente, URBANO NAVARRETE, *Il matrimonio: patto naturale e realtà sacramentale*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura del), *Matrimonio e disciplina ecclesiastica*, cit., p. 20, sostiene che «l'amore coniugale, come viene descritto nei documenti magisteriali, è un elemento metagiuridico o pregiuridico, fondamentale perché l'istituto matrimoniale possa sussistere e raggiungere le sue altissime finalità istituzionali, ma che come tale, formalmente, non può essere oggetto dell'impero della volontà e quindi non può essere oggetto di un atto di volontà generatore di un diritto-obbligo giuridico».

⁴³ Cfr. CORMAC BURKE, *L'oggetto del consenso matrimoniale. Un'analisi personalistica*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 15.

un atto d'amore per molteplici aspetti: «a) anzitutto perché è umano; l'uomo che agisce secondo la propria natura d'essere dotato di intelligenza e di volontà e quindi secondo la propria dignità, compie sempre un atto di bontà, un atto buono, cioè d'amore; b) secondo perché è un atto di donazione reciproca e la donazione è amore; c) terzo perché è un consenso libero e personale che ha come oggetto l'intima comunione di vita che comprende l'unione dei due fino all'*unitas carnalis*: tutto ciò è amore»⁴⁴.

Del resto, se l'amore *promesso* può venir meno, non può venir meno la promessa d'amore, il *foedus*, sul quale non incide l'evoluzione del sentimento interiore che ha spinto il soggetto a manifestarlo, continuando ad impegnarlo nella sua essenza più profonda⁴⁵. È questo il motivo per il quale l'amore *promesso* è definito come «l'altro nome del matrimonio»⁴⁶, nel suo non limitarsi ad essere un atto della volontà, ma una realtà unitaria e complessa, aperta alla vita, che coinvolge la persona in tutte le sue dimensioni attraverso un'esperienza relazionale personale ma non soggettiva.

È proprio l'amore *promesso* a caratterizzare l'essenza stessa del matrimonio, distinguendolo da tutti gli altri rapporti ad esso accostabili, giacché solo quest'amore, oggetto dell'impegno, è in grado di «affermare l'altro nel profondo della sua personalità, evitando di ridurlo a qualche suo aspetto (bellezza, intelligenza, carattere, ecc.), che, per quanto importante, sarà pur sempre parziale, non rappresentativo, in ogni caso del "tu" profondo dell'essere amato»⁴⁷.

Pertanto, ritenere che la normativa del dolo sia «giusta, aspettata, logica e consequenziale, dal momento che trova le sue radici nell'amore coniugale, unico, fedele ed indissolubile»⁴⁸, ci consente di rintracciare solidi elementi di riflessione anche nella prima Lettera enciclica di Benedetto XVI, dal titolo *Deus caritas est*. Al suo interno è centrale la ricostruzione della concezione biblica dell'amore emergente dal *Cantico dei Cantici*: «Dapprima vi è la parola «*dodim*» – un plurale che esprime l'amore ancora insicuro, in una situazione di ricerca indeterminata. Questa parola viene poi sostituita dalla parola «*ababà*», che nella traduzione greca dell'Antico Testamento è resa con il termine

⁴⁴ VINCENZO FAGIOLO, *La preparazione al matrimonio. Normativa canonica per una pastorale matrimoniale comunitaria*, in AA.VV., *Pastorale e diritto nella normativa matrimoniale canonica in Italia*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1994, p. 36.

⁴⁵ Cfr. GAETANO LO CASTRO, *Matrimonio, diritto e giustizia*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 93.

⁴⁶ GAETANO LO CASTRO, *Tre studi sul matrimonio*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 37.

⁴⁷ GAETANO LO CASTRO, *Tre studi sul matrimonio*, cit., p. 76.

⁴⁸ ANNA LA RANA, *Il dolo nel matrimonio canonico. I fondamenti storico-domatici della soluzione normativa*, Jovene, Napoli, 1983, p. 147.

«*agape*» che, [...], diventò l'espressione caratteristica per la concezione biblica dell'amore. In opposizione all'amore indeterminato e ancora in ricerca, questo vocabolo esprime l'esperienza dell'amore che diventa ora veramente scoperta dell'altro, superando il carattere egoistico prima chiaramente dominante. Adesso l'amore diventa cura dell'altro e per l'altro. Non cerca più se stesso, l'immersione nell'ebbrezza della felicità; cerca invece il bene dell'amato: diventa rinuncia, è pronto al sacrificio, anzi lo cerca»⁴⁹.

In queste parole è evidenziata la dimensione più profonda di un libro sacro che, pur non parlando direttamente di matrimonio, «ci aiuta a scoprire una componente essenziale della vita matrimoniale, anzi rivela che l'*amore* rientra nella concezione del matrimonio ideale, come l'ha progettato Dio»⁵⁰.

La stessa enciclica è richiamata anche nell'Allocuzione alla Rota Romana del 28 gennaio 2007, per indicare gli elementi costitutivi di un giusto rapporto tra amore e diritto⁵¹.

Non mancano poi riferimenti nella Lettera enciclica *Spe salvi*, nella quale il Santo Padre insegna che «l'essere umano ha bisogno di un amore incondizionato»⁵², indispensabile per superare l'individualismo che spesso permea le relazioni intersoggettive.

L'amore coniugale assume un rilievo centrale anche all'interno del *matrimonium in facto esse*, in ragione del suo essere «qualcosa di assolutamente necessario perché il matrimonio possa conseguire i suoi fini ed è ordinato (per disposizione divina) a che il matrimonio possa appunto raggiungere i suoi medesimi fini»⁵³.

Orbene, in tutti i suoi tratti, l'amore permea nel profondo l'essenza del *sacramentum magnum*⁵⁴, attraverso una sua corrispondenza con lo stesso momento costitutivo per poi identificarsi con il *bonum coniugum*⁵⁵.

Da tutti questi elementi si può desumere una incompatibilità di diritto naturale tra inganni, astuzie, raggiri e macchinazioni posti in essere *intuitu matrimonii*, con l'essere stesso del matrimonio: un atto di amore attraverso il

⁴⁹ BENEDETTO XVI, Lettera enciclica *Deus caritas est* (25 dicembre 2005), n. 6.

⁵⁰ SMILJIAN DRAGAN KOZUL, *Evoluzione della dottrina circa l'essenza del matrimonio dal C.I.C. al Vaticano II*, Lief, Vicenza, 1980, p. 68 ss.

⁵¹ BENEDETTO XVI, *Allocuzione alla Rota Romana* (28 gennaio 2007), in *Ius Ecclesiae*, 2007, 2, p. 486.

⁵² BENEDETTO XVI, Lettera enciclica *Spe salvi* (30 novembre 2007), n. 26.

⁵³ MARIO FRANCESCO POMPEDDA, *Studi di diritto matrimoniale canonico*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 42.

⁵⁴ San Paolo così definisce il matrimonio nella Lettera agli Efesini (5, 32).

⁵⁵ Cfr. PIERO PELLEGRINO, *Il consenso matrimoniale nel codice di diritto canonico latino*, cit., p. 31.

quale «ciascuno dei coniugi reciprocamente dona all'altro la propria persona ed accetta la persona dell'altro, e ciò in perpetuo ed in modo esclusivo, in ordine agli atti per propria natura espressivi dell'amore coniugale»⁵⁶. Colui che inganna circa una qualità personale che per sua natura può gravemente turbare il *consortium totius vitae* non cerca il bene dell'altro, non dona se stesso, dunque non ama, e senza amore l'unione sponsale «non può vivere, crescere e perfezionarsi come comunità di persone»⁵⁷.

Solo se espressione di un atto d'amore perfezionato dalla grazia, il "solo tu", che fonda l'unità del matrimonio, ed il "per sempre", che ne alimenta l'indissolubilità, possono essere pienamente vissuti come elementi di piena realizzazione personale e non come l'imposizione di una legge. Le proprietà del matrimonio, dunque, lungi dal costituire un limite, sostanziano alcune esigenze intrinseche e profonde dell'amore⁵⁸.

Nel ricercare il fondamento del canone 1098 l'interprete scruta il mistero di Dio nel quale affonda l'esperienza matrimoniale⁵⁹, ed alla cui luce è possibile valutare e giudicare nel profondo il dato positivo⁶⁰.

Dalla *Gaudium et spes* alla *Spe salvi*, tutto il magistero ecclesiale è attraversato da un filo conduttore che, nel definire il contenuto autentico dell'amore coniugale, consentirebbe di individuare nel diritto divino naturale le radici di un canone che ha contribuito notevolmente a far acquisire al *Codex* un volto ancora più umano.

⁵⁶ MARIO FRANCESCO POMPEDDA, *Studi di diritto matrimoniale canonico*, cit., p. 44.

⁵⁷ GIOVANNI PAOLO II, Esortazione apostolica *Familiaris consortio*, n. 18.

⁵⁸ Cfr. PAOLO BIANCHI, *Alla ricerca dei presupposti antropologici dell'ordinamento matrimoniale canonico*, in *Iustitia*, 2008, 3, p. 384.

⁵⁹ Cfr. KARL RAHNER, *Sul matrimonio*, Queriniana, Brescia, 1967, p. 9.

⁶⁰ Cfr. JAVIER HERVADA, *Pensieri di un canonista nell'ora presente*, Marcianum Press, Venezia, 2007, p. 80.