



diritto & religioni

Semestrale
Anno XVIII - n. 2-2023
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

36



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno XVIII – n. 2-2023
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore fondatore
Mario Tedeschi †

Direttrice
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

A. Albisetti, A. Autiero, R. Balbi, A. Bettetini, F. Bolognini, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dammacco, W. Decock, P. Di Marzio, Card. P. Erdő, F. Falchi, M. Ferrante, A. Fuccillo, M. Introvigne, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, J. Martínez-Torrón, M. F. Maternini, A. Melloni, C. Mirabelli, M. Minicuci, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, K. Pennington, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, F. Zanchini di Castiglionchio, A. Zanotti

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI DIRETTORI SCIENTIFICI

Antropologia culturale M. Minicuci

Diritto canonico G. Lo Castro

Diritti confessionali V. Fronzoni,
A. Vincenzo

Diritto ecclesiastico A. Bettetini

Diritto vaticano V. Marano

Sociologia delle religioni e teologia M. Pascali

Storia delle istituzioni religiose R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI RESPONSABILI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa G. Bianco, F. Di Prima, F. Balsamo, C. Gagliardi
Giurisprudenza e legislazione canonica e vaticana S. Carmignani Caridi, M. Carni, E. Giarnieri,
P. Palumbo, P. Stefani

Giurisprudenza e legislazione civile A. Miccichè, Raffaele Santoro, Roberta Santoro

Giurisprudenza e legislazione costituzionale

e comunitaria G. Chiara, C. M. Pettinato, I. Spadaro

Giurisprudenza e legislazione internazionale S. Testa Bappenheim

Giurisprudenza e legislazione penale V. Maiello

Giurisprudenza e legislazione tributaria L. Caprara, O. Daniele, L. Decimo, F. Vecchi

Parte III

SETTORI RESPONSABILI

Lettere, recensioni, schede, segnalazioni bibliografiche M. d'Arienzo

AREA DIGITALE F. Balsamo, A. Borghi, C. Gagliardi

Comitato dei referees

Prof. Angelo Abignente – Prof. Andrea Bettetini – Prof.ssa Geraldina Boni – Prof. Salvatore Bordonali – Prof. Mario Caterini – Prof. Antonio Giuseppe Maria Chizzoniti – Prof. Orazio Condorelli – Prof. Pierluigi Consorti – Prof. Raffaele Coppola – Prof. Giuseppe D’Angelo – Prof. Carlo De Angelo – Prof. Pasquale De Sena – Prof. Saverio Di Bella – Prof. Francesco Di Donato – Prof. Olivier Echappè – Prof. Nicola Fiorita – Prof. Antonio Fuccillo – Prof.ssa Chiara Ghedini – Prof. Ivàn Ibàn – Prof. Pietro Lo Iacono – Prof. Carlo Longobardo – Prof. Dario Luongo – Prof. Ferdinando Menga – Prof.ssa Chiara Minelli – Prof. Agustin Motilla – Prof. Vincenzo Pacillo – Prof. Salvatore Prisco – Prof. Federico Maria Putaturo Donati – Prof. Francesco Rossi – Prof.ssa Annamaria Salomone – Prof. Pier Francesco Savona – Prof. Lorenzo Sinisi – Prof. Patrick Valdrini – Prof.ssa Carmela Ventrella – Prof. Marco Ventura – Prof.ssa Ilaria Zuanazzi.

Direzione e Amministrazione:

Luigi Pellegrini Editore srl
Via Luigi Pellegrini editore, 41 – 87100 Cosenza
Tel. 0984 795065 – Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it
Sito web: www.pellegrinieditore.it

Direzione scientifica e redazione

I Cattedra di Diritto ecclesiastico Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Napoli Federico II
Via Porta di Massa, 32 Napoli – 80133
Tel. 338-4950831
E-mail: dirittoereligioni@libero.it
Sito web: rivistadirittoereligioni.com
Indirizzo web rivista: rivistadirittoereligioni.com

Autorizzazione presso il Tribunale di Cosenza.
Iscrizione R.O.C. N. 316 del 29/08/01
ISSN 1970-5301

Classificazione Anvur:

La rivista è collocata in fascia “A” nei settori di riferimento dell’area 12 – Riviste scientifiche.

Diritto e Religioni

Rivista Semestrale

Abbonamento cartaceo annuo 2 numeri:

per l'Italia, € 75,00

per l'estero, € 120,00

un fascicolo costa € 40,00

i fascicoli delle annate arretrate costano

per l'Italia, € 50,00

per l'estero, € 60,00

Abbonamento digitale (Pdf) annuo 2 numeri, € 50,00

un fascicolo (Pdf) costa, € 30,00

È possibile acquistare singoli articoli in formato pdf al costo di € 10,00 al seguente link: <https://www.pellegrineditore.it/singolo-articolo-in-pdf/>

Per abbonarsi o per acquistare fascicoli arretrati rivolgersi a:

Luigi Pellegrini Editore srl

Via De Rada, 67/c – 87100 Cosenza

Tel. 0984 795065 – Fax 0984 792672

E-mail: info@pellegrineditore.it

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti tramite:

– bonifico bancario Iban IT82S010308880000001259627 Monte dei Paschi di Siena

– acquisto sul sito all'indirizzo: <https://www.pellegrineditore.it/diritto-e-religioni/>

Gli abbonamenti decorrono dal gennaio di ciascun anno. Chi si abbona durante l'anno riceve i numeri arretrati. Gli abbonamenti non disdetti entro il 31 dicembre si intendono rinnovati per l'anno successivo. Decorso tale termine, si spediscono solo contro rimessa dell'importo.

Per cambio di indirizzo allegare alla comunicazione la targhetta-indirizzo dell'ultimo numero ricevuto.

Tutti i diritti di riproduzione e traduzione sono riservati.

La collaborazione è aperta a tutti gli studiosi, ma la Direzione si riserva a suo insindacabile giudizio la pubblicazione degli articoli inviati.

Gli autori degli articoli ammessi alla pubblicazione, non avranno diritto a compenso per la collaborazione. Possono ordinare estratti a pagamento.

Manoscritti e fotografie, anche se non pubblicati, non saranno restituiti.

L'Archivio degli indici della Rivista e le note redazionali sono consultabili sul sito web: rivistadirittoereligioni.com

Volere una qualità directe et principaliter è compatibile con l'ordinazione del matrimonio al bonum coniugum? A proposito di una domanda suggerita da una recente sentenza rotale.

Is it compatible with the ordination of marriage to the bonum coniugum to want a quality directe et principaliter? About a question suggested by a recent Rotal decision.

FRANCESCO CATOZZELLA

RIASSUNTO

A partire da una recente sentenza coram Jager, ci si interroga sulla compatibilità tra la volontà del nubente rivolta direttamente e principalmente su una determinata qualità della comparte e l'ordinazione essenziale del matrimonio al bonum coniugum. Il can. 1097 § 2 sancisce la nullità solo se all'elemento volitivo si aggiunge quello intellettuale, cioè lo stato di errore. Tuttavia, in un'ottica personalistica, appare evidente come volere una qualità «prima» della persona (anche in mancanza dell'errore) significa strumentalizzare quest'ultima e ciò risulta incongruente con il carattere oblativo del consenso matrimoniale. Resta da determinare quando tale incongruenza è così radicale da determinare la nullità. La questione viene affrontata distinguendo due ipotesi, a seconda dell'intensità della volontà indirizzata sulla qualità. La seconda parte del commento è dedicata a ripercorrere l'iter logico-argomentativo della parte in facto della sentenza in relazione ad entrambi i capi di nullità concordati (cann. 1097 § 2; 1098). Riformando la sentenza di primo grado, si evidenzia come non è provato che l'uomo, pur desideroso di avere figli, avesse voluto sposare in maniera diretta e principale una donna fertile; non è neppure provato che la convenuta fosse in realtà sterile al momento delle nozze, venendo così a mancare anche il secondo presupposto richiesto dal can. 1097 § 2. Ciò evidentemente porta il Turno a concludere negativamente anche per l'errore doloso.

PAROLE CHIAVE

Matrimonio; nullità; errore di qualità; dolo; bonum coniugum.

ABSTRACT

Starting from a recent coram Jager decision, some questions are raised about the compatibility between the will of the prospective spouse directly and principally intended about

a certain quality of the other party and the essential ordination of marriage to bonum coniugum. Can. 1097 § 2 determines nullity only if the intellectual element – that is, the state of error – is added to the volitional element. However, from a personalistic point of view, wanting a quality «before» the person themself (even in the absence of the error) means exploiting the latter; this is incongruent with the free-will nature of marriage consent. It remains to be determined when this inconsistency is so radical to result in nullity. Such an issue is addressed by distinguishing two hypotheses, depending on the intensity of the will directed towards the quality. The second part of the commentary is dedicated to retracing the logical argument of the in-facto section of the decision, in relation to both grounds of nullity (cann. 1097 § 2, 1098). By overturning the decision of first instance, it is highlighted that it is not proven that the man, while wishing to have children, had wanted to marry a fertile woman directly and principally; it is not also proved that the respondent was certainly sterile at the moment of the wedding, thus also missing the second requirement of can. 1097 § 2. This evidently led the Panel to conclude negatively also for the malicious error.

KEYWORDS

Marriage; nullity; error of quality; malice; bonum coniugum.

SOMMARIO: *1. Introduzione – 2. Compatibilità tra voluntas in qualitate directe et principaliter intenta e ordinatio ad bonum coniugum – 3. L'argomentazione in facto della sentenza coram Jaeger – 4. Conclusione*

1. Introduzione

Nel panorama della giurisprudenza rotale, le sentenze *coram Jaeger*, pubblicate nelle riviste scientifiche e nei volumi delle *Decisiones seu sententiae selectae* del Tribunale della Rota Romana (relativi agli anni dal 2011 in poi), si distinguono per originalità nella trattazione *in iure*, per quanto attiene a questioni di diritto sia sostantivo sia processuale, e per accuratezza nella trattazione *in facto*, dove l'*iter* logico che ha condotto il Turno giudicante alla decisione si disvela vividamente allo sguardo del lettore, accompagnato passo nella valutazione degli elementi di prova e nel confronto dialettico con gli opposti argomenti avanzati nella fase dibattimentale (dai Patroni e dal Difensore del vincolo) e, se necessario, con le argomentazioni sostenute dai giudici nei precedenti gradi di giudizio. La sentenza qui pubblicata rende ragione dei due tratti – originalità e accuratezza – appena richiamati e appare ancora più interessante visto che si riferisce a due capi di nullità poco frequenti, la cui configurazione giuridica pur non presentando particolari aspetti oggi controversi resta comunque aperta ad ulteriori approfondimenti, sollecitati dal confronto con i casi concreti che giungono all'attenzione del Tribunale apostolico e con

Volere una qualità directe et principaliter è compatibile con l'ordinazione del matrimonio al bonum coniugum? A proposito di una domanda suggerita da una recente sentenza rotale.

il mutato contesto socio-culturale all'interno del quale si realizza la scelta matrimoniale. Numerosi sono gli spunti che vengono offerti, circa: il significato da attribuire alla formula generica nella concordanza del dubbio (n. 5), il rapporto tra l'*error qualitatis* e il *bonum coniugum* (nn. 6-7), il concetto di qualità nei cann. 1097 § 2 e 1098 (n. 10), la *ratio nullitatis* dell'errore doloso (n. 11), la valutazione della credibilità delle parti quando vi sono vertenze non ancora risolte nell'ambito civile (n. 13), le attenzioni pastorali da rivolgere alle parti dopo la decisione della causa (n. 25). In questa sede, visto il limitato spazio a disposizione, si approfondirà solo uno di questi spunti, relativo all'errore su qualità direttamente e principalmente intesa, per poi ripercorrere l'argomentazione della parte *in facto* con un breve cenno all'altro capo concordato.

2. *Compatibilità* tra voluntas in qualitate directe et principaliter intenta e ordinatio ad bonum coniugum

Nel can. 1097 § 2 la nullità del matrimonio dipende dal verificarsi di due condizioni che chiamano in causa rispettivamente la volontà e l'intelletto del nubente, il quale: a) *vuole* una determinata qualità dell'altra parte con una particolare intensità, ossia in maniera diretta e principale; b) è *convinto* che tale qualità sia presente, quando in realtà essa è al momento delle nozze assente. Il verificarsi della seconda condizione, in assenza della prima, non determina la nullità, in quanto nel caso l'errore verte non sull'*identitas personae* così da configurarsi come un errore sostanziale, ma solo su una delle sue qualità, cioè su un *accidens*, il cui relativo errore è appunto accidentale e dunque giuridicamente irrilevante anche se *dans causam contractui*. È invece lo specifico apporto della volontà (prima condizione) ciò che opera l'ingresso della qualità all'interno dell'oggetto del consenso matrimoniale (costituito inscindibilmente dall'altra parte nella sua identità fisica e dalla qualità voluta) e così facendo trasforma l'errore da accidentale in sostanziale. Mancando infatti la suddetta qualità, viene meno l'oggetto principale del consenso e questo, privato di parte del suo contenuto «*propter defectum elementi substantialis*»¹, è irrimediabilmente difettoso². Emerge dunque la “atipicità” di questa figura di nullità

¹ GOMMAR MICHIELS, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, Desclée et Sociis, Parisiis-Tornaci-Romae, 1955, p. 655, nota 2.

² In altre parole, «La nativa irrilevanza dell'*error* sulla qualità per invalidare il consenso matrimoniale acquista efficacia invalidante in base all'intenzione del soggetto che erra, il quale fa diventare soggettivamente sostanziale un elemento che è oggettivamente accidentale» (STANISLAV ZVOLENSKY, «*Error dans causam*» e «*error qualitatis directe et principaliter intentae*», nel vol. URBANO NAVARRETE, *Errore e simulazione nel matrimonio canonico*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 1999, p. 274).

che comunemente viene sistematizzata tra i difetti dell'intelletto, «ma che al suo interno è comprensiva dell'intervento della volontà che risulta la “*causa proxima defectus consensus*”»³, al punto che – si legge nella sentenza – l'effetto irritante il consenso è tutto radicato «*in actu errantis voluntatis*» (n. 10).

Ma come l'errore senza il previo apporto volitivo specifico non causa la nullità, così allo stesso modo quest'ultimo è privo di conseguenze se il nubente non è effettivamente in errore. In altre parole, volere una qualità direttamente e principalmente non si oppone di per sé alla costituzione di un valido matrimonio, salvo si verifichi l'errore, cioè la mancata corrispondenza al momento delle nozze tra la convinzione soggettiva e la realtà oggettiva circa la presenza della qualità, come accade in maniera simile nel caso di apposizione di una condizione *de praesenti* (cf. can. 1102 § 2)⁴. Ciò, osserva però la sentenza, appare problematico in un orizzonte personalista. In effetti, se la qualità è intesa direttamente e *prae persona compartis* (come nell'esempio: «Voglio una donna fertile, quale reputo sia Caia»), quest'ultima nella dinamica volitiva del soggetto si viene a trovare inevitabilmente in una posizione secondaria e strumentale, poiché questi – per usare le parole di Orio Giacchi – vuole in realtà sposare non quella persona determinata ma, «per così dire», la qualità considerata «e cioè, a dir meglio, un astratto tipo di persona che è costituita dall'astrazione di quella qualità»⁵. Questa forma di strumentalizzazione e di «astrazione» – per cui la persona è voluta non in se stessa ma primariamente come mezzo per assicurarsi dei vantaggi conseguenti alla presenza di quella determinata qualità positiva (o è voluta in maniera implicitamente condizionata ossia solo se priva di una data qualità negativa) – sembra opporsi all'ordinazione essenziale del matrimonio al bene dei coniugi e, più alla radice, alla dinamica autenticamente oblativa in cui si sostanzia il consenso matrimoniale, al punto che – scrive il Ponente – ci si può domandare se il fatto di volere una qualità *directe et principaliter* non comporti *eo ipso* l'esclusione del *bonum coniugum* da parte del soggetto, indipendentemente dall'essere egli in errore o meno (n. 7). Non vi è chi non veda infatti la forte tensione e quasi la contraddittorietà tra la comprensione del matrimonio come comunità di vita e di amore coniugale, che presuppone che l'altra parte sia voluta per il valore che ha in sé rispettandone così pienamente la dignità, e la dinamica volitiva sopra evidenziata nella quale la qualità «usurpa» il posto che

³GREGORZ ERLEBACH, *L'interpretazione del can. 1097 § 2 da parte della giurisprudenza della Rota Romana*, nel vol. *Errore e dolo nella giurisprudenza della Rota Romana*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2001, pp. 93-94.

⁴Dove però il soggetto non è certo (erroneamente) della presenza della qualità ma è in uno stato di dubbio e proprio per questo motivo si cautela apponendo una condizione.

⁵ORIO GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 73.

Volere una qualità directe et principaliter è compatibile con l'ordinazione del matrimonio al bonum coniugum? A proposito di una domanda suggerita da una recente sentenza rotale.

spetta alla persona e – com'è stato sottolineato⁶ – assume un rilievo diverso, non più «fisiologico» ma si potrebbe dire «patologico». La qualità infatti se ordinariamente (si potrebbe dire: nella fisiologia dell'incontro personale) è elemento mediante il quale la persona viene conosciuta e apprezzata, costituendo però quest'ultima il termine della scelta di chi intende sposarsi, in via eccezionale può assumere nella *mens* e nella *voluntas* del nubente un peso irrinunciabile, imprescindibile o principale – e dunque abnorme (e quasi «patologico») – così da essere «personificata» a discapito della persona (che viene al contrario «oggettificata»), scelta in quanto veicolo o vettore della qualità voluta, dalla cui presenza dipende l'esistenza stessa del matrimonio.

Il Ponente ad ogni modo, prendendo atto di quanto stabilisce la normativa canonica nel can. 1097 § 2, lascia in sospeso la domanda circa la presunta incompatibilità di fondo tra una volontà rivolta direttamente e principalmente su una determinata qualità e l'essenza del matrimonio ordinato al *bonum coniugum*, quasi invitando il lettore, in un contesto diverso da quello proprio di una sentenza, a fare ulteriori considerazioni. In maniera sintetica riteniamo che la questione possa essere così impostata:

A) Volere una qualità in maniera diretta e principale rispetto alla persona è certamente inopportuno e imprudente, sia perché sminuisce il valore dell'altro in quanto altro sia, più in concreto, per le potenziali conseguenze perturbatrici che potrebbero sorgere durante la vita coniugale da tale volontà prenuziale. Si pensi ad esempio al potenziale effetto disgregatore nel caso in cui la fertilità della donna, qualità intensamente desiderata dall'uomo e da lui *principaliter* voluta, fosse sì presente al momento delle nozze ma venisse meno poco tempo dopo (per esempio in seguito ad una precoce menopausa, come accaduto nella vicenda che ha occasionato la presente sentenza). Sposarsi con questa volontà, dunque, lungi dal rispecchiare l'immagine ideale di un processo di scelta matrimoniale che oltre a preservare la validità del matrimonio offra anche le migliori garanzie di successo di fronte alle eventuali frustrazioni dei propri desideri, va considerato come qualcosa che l'ordinamento ecclesiale può al massimo tollerare, senza in alcun modo voler favorire, come accade (nella Chiesa latina) per la condizione *de praesenti*. In entrambi i casi, che presentano forti analogie⁷, è

⁶ Cf. PAOLO BIANCHI, *Il pastore d'anime e la nullità del matrimonio, III. L'errore di fatto: sulla persona, sulla qualità personale e l'errore sulla qualità dolosamente indotto*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, V, 1992, p. 213.

⁷ Cf. MICHAEL HILBERT, *Error in qualitate personae (c. 1097 § 2)*, nel vol. URBANO NAVARRETE, *op. cit.*, p. 253. Sul rapporto tra errore e condizione (esplicita e implicita) si veda: FRANCESCO CATOZZELLA, *Error recidens in condicionem sine qua non (can. 126) ed error in qualitate directe et principaliter intenta (can. 1097 § 2). Profili di distinzione e di applicabilità nelle cause di nullità matrimoniale*, in *Apollinaris*, 92, 2019, pp. 11-49.

evidente il *vulnus* all'incondizionatezza del dono di sé; d'altra parte però, essendo il consenso un atto del quale il nubente è autore e attore, egli gode di una relativa autonomia circa il suo oggetto o contenuto: se da un lato egli non può agire in senso sottrattivo, ossia escludendo una proprietà o un elemento essenziale del matrimonio (cf. can. 1101 § 2), dall'altro lato può procedere in via additiva, cioè ampliando l'oggetto essenziale ad una determinata qualità dell'altra parte, oppure facendo dipendere non solo la scelta ma lo stesso consenso matrimoniale da una circostanza o qualità di grande importanza per lui, in assenza della quale tale consenso sarebbe privo di efficacia in ordine alla nascita del vincolo.

B) Non si può concludere però che il nubente escluda il *bonum coniugum* per il (solo) fatto di volere una qualità direttamente e principalmente. Ciò può essere compreso, a nostro avviso, riprendendo quanto affermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza circa il rapporto tra fini oggettivi e soggettivi nell'ambito della simulazione totale. Com'è noto, qualora i fini soggettivi del nubente (*fines operantis*) siano compatibili (nel senso di «non in contraddizione») con i fini oggettivi dell'istituto matrimoniale (*fines operis: bonum prolis e bonum coniugum*), il matrimonio è nullo soltanto se i primi sono voluti in via esclusiva, mentre il matrimonio è valido se sono voluti in modo prevalente (perché la prevalenza non comporta esclusione). Si può ragionare allo stesso modo nel nostro caso, dove la qualità e la persona (tra le quali non vi è incompatibilità, ma anzi connessione) sono entrambe volute, ma secondo un ordine – eccezionale e, ci si passi il termine, «discutibile» – ben preciso: la qualità *principaliter*, mentre la persona – come afferma la terza regola di Sant'Alfonso⁸, ripresa nella formulazione del can. 1097 § 2 – *minus principaliter*. Dunque volere la qualità in questo modo non esclude il volere la persona⁹, sebbene questa sia certamente sminuita nel suo valore, in quanto agli occhi del nubente ha la funzione primaria – ma non esclusiva – di «portatrice» di detta qualità.

Come osserva la sentenza, la fattispecie oggi normata nel can. 1097 § 2, presente da lungo tempo nella tradizione canonistica sebbene diversamente formulata¹⁰, sembra ad ogni modo legata nella sua stessa elaborazione a circostanze di

⁸ «*Tertia igitur regula [...] est quod si consensus fertur directe et principaliter in qualitatem, et minus principaliter in personam, tunc error in qualitate redundat in substantiam*» (ALFONSUS MARIA DE LIGORIO, *Theologia moralis*, Typis Polyglottis Vaticanis, Romae, 1912, tomus IV, lib. VI, tract. VI, cap. III, dub. II, n. 1016, p. 179).

⁹ Diverso sarebbe il caso se la qualità fosse voluta *esclusivamente* e non solo principalmente. Si vedano HECTOR FRANCESCHI, *La precisazione dell'infusso di una qualità del contraente come elemento determinante nelle fattispecie di error qualitatis, errore doloso e condizione futura*, in *Ius Ecclesiae*, 30, 2018, p. 260; JOAN CARRERAS, *La norma personalista y las cualidades de la persona*, in *Ius Ecclesiae*, 3, 1991, pp. 589-617.

¹⁰ Si veda DOMENICO TETI, *La nullità del matrimonio per errore sulle qualità della persona*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2006, pp. 43-108.

Volere una qualità directe et principaliter è compatibile con l'ordinazione del matrimonio al bonum coniugum? A proposito di una domanda suggerita da una recente sentenza rotale.

altri tempi, quando il matrimonio aveva una prevalente funzione sociale o (per le famiglie nobili) dinastica e la scelta di una moglie per sé, oppure di un marito per la propria figlia, prescindeva spesso dalla conoscenza personale dei nubenti e veniva effettuata proprio sulla garanzia o nella convinzione che la persona su cui fosse ricaduta la scelta avesse determinate qualità. Al giorno d'oggi tale fattispecie appare invece del tutto eccezionale, almeno nel contesto occidentale dove la scelta di sposarsi avviene, al termine di un periodo di frequentazione, come conseguenza dell'innamoramento e di una valutazione positiva (in cui entrano in gioco componenti affettive e razionali) che ciascuno fa dell'altra parte con le sue qualità globalmente intese, in virtù delle quali ella è ritenuta la persona adeguata per costruire un progetto di vita comune. In tali circostanze è certamente possibile che una di queste qualità abbia un peso maggiore di altre nel motivare la scelta matrimoniale del nubente – potendosi anche configurare tecnicamente come *dans causam contractui* – ma è «*difficillimum*» (n. 9) che essa sia voluta *principaliter* rispetto alla persona.

3. L'argomentazione in facto della sentenza coram Jaeger

Per quanto riguarda il merito della vicenda, la decisione è negativa per entrambi i capi concordati. Risulta non provata la tesi dell'attore secondo la quale: a) al momento delle nozze egli era in errore circa la fecondità della convenuta, qualità da lui intesa in maniera diretta e principale per realizzare il suo intenso desiderio di avere figli; b) tale errore era stato dolosamente causato dalla convenuta, che aveva celato all'uomo il suo vero stato di salute al fine di sposarsi.

La sentenza in primo luogo si interroga, analizzando nel dettaglio le dichiarazioni giudiziali dell'attore, sulla consistenza qualitativa della relazione che si era instaurata *ante nuptias* tra lui e la convenuta. Si evince che egli era innamorato della donna – nella quale aveva trovato, come lo stesso ammette, quelle qualità di cui le sue precedenti fidanzate erano prive – al punto tale da decidere presto di sposarla, nonostante la ferma opposizione dei suoi genitori che la ritenevano di un ceto sociale inferiore (e che perciò non parteciparono neppure alla cerimonia nuziale). Di conseguenza ciò che motivò l'attore al matrimonio non fu una qualità specifica della convenuta – la sua fecondità – ma piuttosto l'insieme delle sue qualità che fecero sì che egli si innamorasse di lei. D'altra parte, se ciò che principalmente interessava all'uomo fosse stato sposare una donna fertile piuttosto che la convenuta, non si spiega il suo fermo comportamento di fronte ai genitori; egli, preso atto della loro posizione contraria, avrebbe potuto semplicemente trovare un'altra donna da sposare, dotata di quella qualità e, allo stesso tempo, a loro gradita. Sebbene non venga esplicitato, viene qui realizzata

un'operazione che in una sentenza *coram* Erlebach viene descritta, in analogia con i casi di esclusione, come la «*comparatio inter causam contrahendi ex parte errantis et peculiariter volendi ex parte eiusdem contrahentis*»¹¹, al termine della quale emerge con evidenza la preminenza della prima (che risiede nell'amore che l'attore provava per la convenuta) sulla seconda (il desiderio di paternità). L'amore come *relatio ad alterum* si dirige per sua natura verso la persona, compresa come un bene in sé, e suscita un corrispondente moto della volontà verso di questa, voluta come coniuge, senza alcuna pre-ferenza di una specifica sua qualità. Il Ponente a ragione (n. 19) giudica irrazionale quanto sostenuto dalla sentenza di primo grado che non solo nega tale argomentazione (che era già stata riportata dal Difensore del vincolo e dal Patrono della convenuta), ma addirittura pretende, contro ogni logica, di invertirla affermando che porre una qualità come oggetto principale e diretto della volontà dell'errante è possibile solo in presenza di un vero amore (!).

Ad ulteriore conferma di quanto argomentato contro la tesi attorea, il Ponente evidenzia altre due circostanze che hanno un peso indiziario non indifferente. La prima si riferisce all'età della donna, di quasi trentacinque anni; dato anagrafico che ha una fisiologica connessione con la specifica qualità voluta, ossia con la capacità generativa, essendo provato (e ben noto) che questa si riduce notevolmente con il passare degli anni. Sarebbe stato logico aspettarsi da parte dell'attore la scelta di una donna molto più giovane al fine di avere le migliori garanzie per l'effettiva realizzazione del suo desiderio di prole. Su questa base, ragionando *a contrario*, il Ponente si spinge ad elaborare una sorta di presunzione, per cui deve presumersi che l'uomo che sposa una donna «di una certa età», nel caso di quasi trentacinque anni, intenda *directe et principaliter* non la fecondità della donna, ma la donna stessa. Tale presunzione diventa nella vicenda oggetto della sentenza un fatto accertato, ulteriormente confermato da una seconda circostanza: il comportamento dell'uomo, che durante il fidanzamento nulla fece in concreto per accertare se la donna fosse effettivamente fertile, accontentandosi solo di quanto da lei riferito circa una visita ginecologica effettuata in quel periodo. Ciò acquista rilievo sul presupposto che chi intende *directe et principaliter* una determinata qualità, che diventa di conseguenza il «*criterium electionis compartis ac nubendi voluntatis*»¹², faccia quanto è possibile prima di convolare a nozze per sincerarsi che l'altra parte sia realmente dotata di quella qualità per lui fondamentale. Il fatto che l'attore non accompagnò l'allora fidanzata alla visita ginecologica (che, tra l'altro, non fu da lui sollecitata) e che non

¹¹ *Coram* Erlebach, dec. diei 27 ianuarii 2000, in RRDec. XCII, p. 88, n. 13.

¹² *Coram* Sciacca, dec. diei 19 iulii 2002, in RRDec. XCIV, p. 461, n. 10.

Volere una qualità directe et principaliter è compatibile con l'ordinazione del matrimonio al bonum coniugum? A proposito di una domanda suggerita da una recente sentenza rotale.

chiese alcuna attestazione dei risultati diagnostici è indice che la fertilità non fosse per lui così fondamentale da essere voluta *prae persona compartis*. Risulta dunque che il desiderio dell'attore di diventare padre, da cui discendeva l'importanza attribuita alla qualità della fecondità della donna, per quanto intenso non fosse tale da sovvertire il corretto rapporto tra persona e qualità ordinariamente sotteso alla volontà matrimoniale.

Non essendo stata provata la *voluntas* rivolta *directe et principaliter* sulla qualità, di per sé a nulla rileverebbe la presenza o l'assenza di questa e dunque l'accertamento circa l'effettivo stato di errore dell'attore. Come si diceva, l'elemento oggettivo della fattispecie (l'*error*) non produce effetti irritanti senza l'elemento soggettivo (la *voluntas*). Ad ogni modo, la sentenza sottolinea *ad abundantiam* come dagli atti non risulti provato che la donna fosse sterile al tempo del matrimonio e dunque che l'attore fosse in errore. È certo invece che la convenuta fosse convinta durante il fidanzamento di poter procreare, come le era stato detto dalla ginecologa che l'aveva visitata (e come comunicato al fidanzato), salvo poi scoprire soltanto in seguito, quando fece degli accertamenti circa sei mesi dopo le nozze visto che non rimaneva incinta, che era (o che era diventata) sterile a causa di una menopausa precoce. Le dichiarazioni dei due ginecologi che ebbero in cura la donna – testi ritenuti qualificati e *super partes* – confermano quanto da lei affermato e dunque permettono di ricostruire adeguatamente quale fosse lo *status* conoscitivo della convenuta al tempo delle nozze circa la sua *capacitas procreandi*.

Ciò riveste grande importanza in relazione alla prova dell'altro capo di nullità addotto, il dolo, secondo il quale l'errore in cui cade uno dei nubendi deve essere provocato deliberatamente per via commissiva o omissiva *ad obtinendum consensum*, a nulla rilevando un errore meramente spontaneo. La fattispecie introdotta dal can. 1098 intende infatti proteggere l'autonomia del processo di scelta matrimoniale del nubente dalla manipolazione di chiunque attraverso l'inganno presenti un'immagine falsata dell'altra parte in relazione ad una qualità di lei per sua natura connessa con la comunità coniugale, a ciò rilevando «l'attitudine, l'intrinseca potenzialità della *qualitas* oggetto dell'inganno a porsi come elemento disgregatore della comunità di vita matrimoniale»¹³. In altre parole, con il suo comportamento il *deceptor* «sta falsando la percezione conoscitiva dell'eventuale candidato e sta manipolando, con ciò, il processo decisionale del contraente al fine di determinare la sua scelta del coniuge»¹⁴.

¹³ PAOLO MONETA, *La qualità che per sua natura può gravemente perturbare il consorzio della vita coniugale*, nel vol. ID., *Communitas vitae et amoris. Scritti di diritto matrimoniale canonico*, Pisa University Press, Pisa, 2013, p. 306.

¹⁴ PEDRO-JUAN VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, EDUSC, Roma, 2019, p. 249.

Nella parte *in iure* (n. 11), il Ponente mette particolarmente in evidenza la dimensione dolosa dell'errore invalidante normato dal can. 1098 al punto da individuare la *ratio nullitatis* proprio nella volontà del Legislatore – mosso da una finalità in qualche modo sanzionatoria o almeno dissuasoria – di evitare che il *dolus*, ossia la *machinatio ad alterum decipiendum* in qualunque modo attuata, raggiunga il suo effetto. Su questa base, si dovrebbe concludere – in conformità con buona parte della giurisprudenza rotale¹⁵ – che il can. 1098 sia una norma di diritto ecclesiastico, dunque non retroattiva e non applicabile al matrimonio degli acattolici. In realtà la posizione assunta dal Ponente appare più sottile. Si afferma che la norma non solo è pienamente coerente con la natura del patto coniugale, secondo la comprensione odierna frutto del Concilio Vaticano II, ma è anche in qualche modo da essa postulata e pertanto non può essere ritenuta meramente ecclesiastica. Dunque la intrinseca contraddittorietà tra il dolo e il patto coniugale comporterebbe riconoscere che nel can. 1098 vi è un nucleo di diritto naturale inserito all'interno di una disposizione normativa in cui vi sono ulteriori requisiti di diritto ecclesiastico, la cui individuazione risulterebbe decisiva qualora si dovesse giudicare dei limiti di applicabilità della norma ad un matrimonio celebrato per esempio da due acattolici.

Tornando alla vicenda oggetto della sentenza che commentiamo, è evidente come nessuna intenzionalità dolosa possa riconoscersi nella convenuta al fine di celare la (presunta) sterilità, visto che lei all'epoca era comunque convinta, al contrario, di essere fertile. A questo punto, accertata la mancanza di uno degli elementi previsti dal can. 1098, la sentenza non prosegue nella disamina del capo di nullità, ritenendo piuttosto utile evidenziare – come già fatto in precedenza – la singolarità dell'argomentazione (tutta tesa a dimostrare l'inganno perpetrato dalla convenuta ai danni dell'attore) dei giudici di primo grado, i quali avevano dedotto che la donna era già da tempo consapevole di essere sterile da una fattura rilasciata da un Centro specialistico per la fecondazione assistita, la cui data (6 ottobre 2008) a loro giudizio era stata dalla stessa palesemente contraffatta

¹⁵ Accanto a sentenze rotali che ribadiscono la natura di diritto positivo del capo di nullità di cui al can. 1098 (per es. *coram* Erlebach, dec. diei 17 maii 2018, *Posnaniensis*, A. 99/2018), si segnala la presenza nella giurisprudenza recente di alcune decisioni che invece ritengono il suddetto capo di diritto naturale (per es. *coram* Todisco, dec. diei 18 iulii 2018, *Inter-Eparchialis Maronitarum*, A. 154/2018, in riferimento al corrispondente can. 821 CCEO; *coram* Salvatori, dec. diei 26 martii 2019, *Ecclesien.*, A. 59/2019). Sul tema, tra i numerosi contributi, si vedano: LINDA GHISONI, *La questione della retroattività o meno del can. 1098 secondo la giurisprudenza rotale*, in *Quaderni dello Studio Rotale*, 15, 2005, pp. 123-150; CARL GEROLD FÜRST, *La natura del dolo ed il problema della retroattività della norma*, nel vol. PIERO ANTONIO BONNET, CARLO GULLO, *Diritto matrimoniale canonico*, II, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2003, pp. 201-212; MARIA TERESA ROMANO, *La rilevanza invalidante del dolo sul consenso matrimoniale (can. 1098 C.I.C.)*. *Dottrina e giurisprudenza*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2000, pp. 169-215.

Volere una qualità directe et principaliter è compatibile con l'ordinazione del matrimonio al bonum coniugum? A proposito di una domanda suggerita da una recente sentenza rotale.

(essendo l'ultimo numero un 3 e non un 8 e dunque riferendosi la fattura ad una visita del 2003). Il Ponente, anche con una certa ironia, evidenzia la fallacia della deduzione e, prima ancora, l'unilaterale valutazione del presupposto di fatto su cui essa era stata fondata. Infatti, preso atto della modifica dell'anno nella fattura, i giudici avrebbero dovuto svolgere ulteriori e approfondite indagini prima di accusare e condannare implicitamente la donna del delitto di cui al can. 1391 n. 2, senza escludere a priori altre spiegazioni possibili, come per esempio che la correzione fosse stata effettuata proprio dalla struttura sanitaria per emendare un semplice errore di battitura. Inoltre, osserva ancora il Ponente, ammessa e non concessa la falsificazione della data da parte della convenuta, resta comunque indebita la deduzione dei giudici di primo grado vista la natura del documento; trattasi infatti di una fattura, cioè della ricevuta di versamento di una somma a fronte di una prestazione, e non di un attestato circa la condizione medica della donna. Anche in questo caso i giudici, per verificare la fondatezza dell'ipotesi formulata, avrebbero dovuto meglio indagare sul suo stato di salute mediante l'audizione di testi e l'acquisizione di ulteriori documenti. In conclusione, alla suddetta fattura nessun valore probatorio poteva essere attribuito, né può essere attribuito nel presente grado di giudizio, dove in fase istruttoria nulla è stato proposto dal patrocinio attoreo per meglio chiarire questo punto, nonostante le osservazioni già avanzate dal Turno rotale nel decreto di rinvio ad esame ordinario secondo l'abrogato can. 1682 § 2.

4. Conclusione

La sentenza termina con un'esortazione rivolta ai pastori affinché si adoperino per il superamento delle forti tensioni esistenti tra i coniugi. Nel caso appare realisticamente inutile qualsiasi proposta di restaurazione della convivenza coniugale; ciò non toglie che si possa favorire tramite il dialogo e la vicinanza il rasserenamento degli animi che potrà giovare al bene spirituale di entrambe le parti. Il Ponente – in linea con il pensiero di papa Francesco, che tramite il M.p. *Mitis Iudex* ha voluto, tra l'altro, favorire l'inserimento dell'attività propria dei tribunali ecclesiastici all'interno della pastorale familiare unitaria – riprende la definizione della Chiesa come «ospedale da campo» per applicarla anche al foro giudiziale. Anch'esso infatti, svolgendo tale funzione, è chiamato ad esprimere e a manifestare concretamente la vicinanza della Chiesa a coloro che hanno sperimentato il fallimento dell'unione matrimoniale perché, tramite la ricerca e il disvelamento della verità sul matrimonio, le loro ferite possano essere curate o almeno il dolore alleviato.