

Vol. CXX

Series XXX

A. 1995 - I-II

MONITOR ECCLESIASTICUS

Commentarius internationalis juris canonici

ROMAE

LA RILEVANZA DEL DOLO NEL MATRIMONIO NELLA SUA EVOLUZIONE STORICA

GIANPAOLO MONTINI,
Referendario del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica

E' noto che la problematica della rilevanza del dolo in ambito canonico fu introdotta in maniera decisiva nel periodo immediatamente precedente al Concilio Ecumenico Vaticano II da alcuni testi di Mons. Heinrich Flatten, professore ordinario di diritto canonico all'Università di Tübingen, il quale può essere considerato il principale promotore dell'attuale canone 1098 sul dolo¹.

In questi testi l'A. si preoccupava di mostrare la lacuna esistente al riguardo del dolo nel diritto canonico matrimoniale, di proporre dettagliatamente un testo per lo *ius condendum* e di rispondere alle obiezioni che si potevano sollevare su siffatta novità. Inutilmente purtroppo si cercherebbe in tali testi però la posizione di una domanda ovvia e, a fortiori, la risposta alla medesima: perché per (almeno) nove secoli la Chiesa non ha riconosciuto rilevanza giuridica al dolo nell'ambito matrimoniale? L'A. trascura completamente tale questione né rinvia a studi in materia.

Questo non si deve però ritenere una mera mancanza metodologica, peraltro comprensibile in un contesto in cui la forza di proposizione e, direi quasi, l'intenzione di persuasione e di imposizione, prevalevano. Una certa trascuratezza dell'esame storico della questione non può non aver nuociuto alla stessa maturazione del testo normativo, ed oggi alla esegesi del testo codiciale².

¹ Flatten Heinrich, *Irrtum und Täuschung bei der Eheschliessung nach kanonischem Recht*, Paderborn 1957; ID., *Der error qualitatis dolose causatus als Ergänzung zu c. 1083 § 2 CIC*, in *Österreichisches Archiv für Kirchenrecht* 11(1960) 249-264; ID., *Quomodo matrimonium contrahentes iure canonico contra dolum tutandi sint*, Coloniae [editio auctoris] 1961.

² Non credo giustificata dopo quattro paginette di riflessione l'affermazione di Huizing Peter, secondo cui non colpirebbe assolutamente il canonista che oggi

E' perciò oltremodo significativo che all'interno della riflessione sul dolo nel matrimonio canonico si sia dato spazio all'esame della evoluzione della questione, quasi a voler recuperare elementi più oggettivi utili nella soluzione delle numerose perplessità nate sul nuovo dato normativo.

Tale opera è sostenuta in modo particolare dalla natura della legge canonica che si pone sempre all'interno di una tradizione canonico-giuridica, che costituisce criterio interpretativo della norma positiva (cf. cann. 6 § 2; 21). E ciò avviene non solo là dove il dettato normativo ripete o anche solo riecheggia norme precedenti, fino a costituire il frutto di normative secolari, ma pure e precisamente là dove la normativa positiva innova rispetto alla tradizione.

INTRODUZIONE

La constatazione unanime che il canone 1098 del Codice di diritto canonico costituisce una novità assoluta all'interno della normativa matrimoniale canonica dovrebbe scoraggiare ogni indagine storica che vada alla ricerca di precedenti ed ancor più alla ricerca di una evoluzione della normativa. Più che di evoluzione si tratta di una rottura, di una discontinuità: non c'è soluzione di continuità fra la tradizione canonica e il nuovo canone sul dolo.

Lo scopo della nostra ricerca è di rispondere alla domanda ovvia, cui sopra accennavo: perché la Chiesa non ha ritenuto, se non nel Codice attuale, di dare rilevanza autonoma al dolo nel matrimonio?

La risposta a tale domanda non è però semplice, nel senso che si esaurisca in un'unica motivazione che ha percorso tutta la

ritiene nullo per diritto naturale il matrimonio contratto per dolo "l'obiezione che allora l'intera tradizione canonistica si sarebbe sbagliata su un punto importante del diritto naturale" (*Nota sul dolo causa di nullità del "foedus matrimoniale"*, in *Ius Populi Dei*. Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor III, Roma 1972, 601). E ciò non solo perché non condivido che il diritto naturale non sia eternamente immutabile (cfr. invece *ibidem*), quanto pure perché non ritengo esaurita la ricerca storica sulla tradizione canonistica e perché credo si debba ricercare una soluzione coerente con l'intera sistematica matrimoniale.

tradizione canonica³. La risposta appare molteplice nelle sue articolazioni e patisce qui una evoluzione.

Le forze motrici di questa evoluzione della risposta negativa sono principalmente tre: il concetto è la problematica attinente al dolo sia in genere sia in specie, quale dolo che influisce sulla stipula di contratti e, più ampiamente, di atti giuridici (e ciò sia in ambito civile sia in ambito canonico); il concetto di matrimonio canonico e di consenso matrimoniale; la complessiva dottrina matrimoniale intesa come sistematica generale.

La complessità di ciascuno degli elementi accennati come rilevanti nella nostra questione, anzi dell'evoluzione storica e perfino di singoli segmenti dell'evoluzione storica di ciascuno di questi elementi; la complessità delle relazioni sincroniche di influenza di questi tre elementi, impediscono (e pure scoraggiano) una trattazione completa ed esaustiva della questione.

La nostra relazione pertanto assumerà un andamento un po' scolastico, enumerando per generalizzazioni e classificazioni (ancorché collocate nel contesto storico giuridico) le diverse ragioni che hanno portato alla negazione di rilevanza giuridica al dolo nella tradizione canonica.

I — IL DOLO COME ERRORE

Nel diritto canonico medievale non manca l'attenzione ai casi concreti di inganno in cui il matrimonio viene contratto. Graziano nella C. XXIX affronta il caso della sostituzione di persona nel matrimonio e delle nozze tra persona libera e persona schiava.

Nel primo caso è quasi impossibile pensare che non vi sia dolo; nel secondo caso potrebbe non esserci dolo, ma l'impostazione di Graziano sembra non lasciare dubbi che il caso proposto contenga dolo: "Cuidam nobili mulieri nunciatum est, quod a filio cuiusdam nobilis petebatur in coniugem; praebuit illa assensum. Alius vero quidam ignobilis atque servilis condicionis

³ Vedi un tentativo di risposta articolata in Jusdado Ruiz-Capillas Miguel A., *El dolo en el matrimonio canónico*, Barcelona, 1988, 1-18. Per una elencazione delle ragioni ed una prima risposta, vedi Gullo Carlo, *Riflessioni sulla retroattività del can. 1098*, in *Ius Ecclesiae* 4(1992) 225-234.

*nomine illius se ipsum obtulit, atque eam in coniugem accepit. Ille, qui sibi prius placuerat, tandem venit, eamque sibi in coniugem petit. Illa se delusam conqueritur, et ad prioris copulam aspirat*⁴.

Ancor più chiara è la mente di Graziano nel *dictum* posto dopo il c. 6 della q. 2. Qui ci si chiede se il coniuge possa lasciare la comparte che scopra essere schiava, mentre al momento del matrimonio la pensava persona libera. "Cum dicitur: 'sciens illum servum', datur intelligi, quod si nescierit, illum servum esse, non cogitur cum eo manere. Quia haec ergo et personae et condicionis *dolum passa est*, non cogitur adherere ei, cuius fraude decepta est".

La soluzione di Graziano è semplice e lineare; poggia su due affermazioni basilari. Da un lato "qui errat non sentit, ergo non consentit . . . Haec autem erravit; non ergo consensit". Dall'altro "non omnis error consensum evacuat... non omnis error consensum excludit; sed error alius est personae, alius fortunae, alius condicionis, alius qualitatis".

In base a questa impostazione ciò che rileva è l'errore, ossia la divergenza fra la rappresentazione intellettuale dell'oggetto della volontà (e del consenso) e la realtà del medesimo oggetto. Risulta invece irrilevante la fonte da cui l'errore deriva e da cui consegue: potrebbe essere l'ignoranza, potrebbe essere il dolo o l'inganno.

Da questa impostazione di Graziano non si discostarono i canonisti seguenti⁵ ed ebbe una rilevanza notevole, considerando

⁴ La medesima prospettazione dei casi appare anche altrove nella medesima causa e questione. Graziano ricorre, per spiegare ciò che accade nel matrimonio, al caso di una compravendita ("Item, si quis promitteret, se uenditurum michi aurum, et pro auro offerret michi auricalcum, *et ita me deciperet*, numquid diceret consensisse in auricalcum?") e al caso dell'investitura di una prelatura ("ueluti si quis consentiret in prelaturam alicuius ecclesiae, quam putaret esse diuitem, et illa esset minus copiosa, *quamuis hic deciperetur errore fortunae*, non tamen posset renunciare prelaturae acceptae").

Lo stesso emerge nei due esempi addotti da Graziano: la sostituzione dolosa da parte di Labano di Lia a Rachele, la donna che Giacobbe amava e intendeva sposare; lo sostituzione (dolosa) che il diavolo a volte opera manifestandosi come angelo della luce e chiedendo ad una persona (ab aliquo simplici) la sua adesione.

⁵ Cf. per esempio gli autori e i testi citati in Hobza Anton, *Betrug bei der Eheschliessung nach kanonischen Recht unter Berücksichtigung des*

soprattutto la natura prevalentemente commentatoria del diritto canonico (matrimoniale) dell'epoca e l'autorità del *magister* di Bologna.

Ma quali possono essere state le ragioni che hanno influenzato in tal senso Graziano? Mi pare che si possano citare due cause che hanno senz'altro contribuito in maniera consistente all'impostazione graziana.

La prima è molto semplice. I testi a disposizione di Graziano non prospettavano la questione sotto l'angolo di visuale del dolo⁶. Tutti sanno che la scienza canonica di quest'epoca è sotto il dominio delle autorità, ossia dei testi normativi tramandati, che vengono chiariti, spiegati, confrontati e concordati. E' una scienza legata ai testi, molto più che ai principi: questi eventualmente, per quanto ne è data l'occasione e per quanto sia efficace, vengono desunti dai primi. Graziano si trova di fronte a testi in cui il dolo non rientra come prospettiva⁷. Egli stesso non ne riprende la trattazione.

evangelischen Kirchenrechts sowie der modernen weltlichen Gesetzgebung, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 88(1908) 238-241. 245-246.

⁶ "Der dolus wurde nicht als Ehehindernis angesehen, weil keine gesetzliche Bestimmung dafür aufweisen konnte, und was man durch *canones* nicht stützen konnte, nahm die alte Zeit meist nicht an. Ich muss auch hier den Satz betonen, dass es gewagt erscheint, in die Quellen der alten Zeit viel Prinzip hineinzutragen, mehrfach haben sie wenig Prinzip"(Freisen Joseph, *Geschichte des canonischen Eherechts bis zum Verfall der Glossenliteratur*, Tübingen 1888, 300-301). In questo modo l'A. giustifica le incongruenze che su questo argomento si rilevano nel confronto con il *metus*, capo di nullità matrimoniale, e con la questione della validità della professione religiosa, rifiutando le ipotesi ingiustificate di autori moderni che vorrebbero trovarvi ragioni oggettive di disparità di trattamento (cfr. *ibidem*).

⁷ Non si è tuttora in grado di identificare la fonte da cui Graziano abbia preso per la q. 1 (cf. Gaudemet J., *Droit canonique et droit romain, à propos de l'erreur sur la personne en matière de mariage* (C. XXIX, q. 1), in *Studia Gratiana* 9 [1966] 45-64).

Fra i testi addotti da Graziano solo il capitolo 7 accenna nel testo ad una forma di inganno: è il caso di un coniuge libero che, *occasione diuortii* (= per poter aggirare la legge dell'indissolubilità e lasciare la propria moglie), si fa

La seconda è più complessa. La problematica del dolo risulta estranea al diritto canonico. E per più aspetti.

La dottrina del dolo si è sviluppata nel diritto romano con accentuate caratteristiche penali: l'azione di dolo era azione penale tendente a punire il colpevole e a restituire a colui che aveva subito l'inganno. Anzi le punizioni previste per l'ingannatore erano destinate a persuadere perché si ponesse nel nulla l'atto giuridico frutto dell'inganno e ciò venisse fatto ad opera dello stesso ingannatore⁸.

Tale impostazione della problematica del dolo (ben lontana da quella che si considera nel diritto attuale) persisteva per la gran parte nello stesso diritto civile medievale, pur insistendo di più sulla lesione subita che sulla punizione della intenzione malvagia dell'ingannatore⁹.

schiavo. In tal caso il dolo [e infatti Graziano nella *summatio* del capitolo parla di occasione *condicionis dolose mutatae*] è seguente al matrimonio e sta quel matrimonio in cui il coniuge era libero.

⁸ Cf. Fransen Gérard, *Le dol dans la conclusion des actes juridiques. Évolution des doctrines et système du Code canonique*, Gembloux 1946, 1-9. "Accordant à la victime une action pénale contre l'auteur des manoeuvres déloyales, il offrira à ce dernier la possibilité d'échapper à la peine qui le menace et à ses conséquences onéreuses, à la condition de détruire l'acte juridique en question" (*ib.*, 5)

Il carattere penale dell'azione di dolo è uno dei distintivi più persistenti nella normativa, quando anche l'azione di dolo si incamminerà su una impostazione non più penale. Nel diritto romano l'azione era personale, intrasmissibile e non si poteva così estendere né al terzo ingannatore, rispetto ai due contraenti, né al terzo possessore della cosa oggetto del contratto viziato dal dolo.

⁹ Cf. *ibidem* 23-74. "Le moyen âge considère le dol pour ainsi dire en dehors des contractants. Ce qui frappe avant tout, c'est le dommage matériel subi par la victime, c'est la violation de la justice commutative dont l'auteur du dol s'est rendu coupable. Sans doute la lésion patrimoniale que cause le dol devra être intentionnelle, mais c'est la lésion plus encore que l'intention nocive qui retient l'attention de nos juristes" (*ib.*, 23).

La dottrina medievale sul dolo era comunque ben lungi da presentare una unitarietà di impostazione. La dottrina concordava nel considerare irrilevante il dolo incidente (*dolus incidens*) e nel riconoscere rilevanza giuridica solo al dolo principale (*dans causam contractui*); nel distinguere fra contratti di stretto diritto (in cui il dolo non incideva sulla validità del contratto, ma permetteva un indennizzo) e contratti di buon fede.

Su questi ultimi la dottrina si divideva. Per la scuola di Bologna (dottrina comune), il dolo rende invalido il contratto e solo la vittima dell'inganno può invocarne la dichiarazione da parte del giudice. Per la scuola di Orléans invece il dolo non incide sulla validità dal contratto di buona fede, ma potrà esserne richiesto l'annullamento da parte della vittima del dolo.

Si può capire come tale impostazione globale della dottrina sul dolo impediva la possibilità di una applicazione al matrimonio, visto ormai in modo abbastanza maturo nella prospettiva del consenso¹⁰.

Di fatto poi si constata che in Graziano non vi è eco alcuna della tematica del dolo, così come elaborata dalla dottrina romanistica¹¹. Solo i primi decretisti e la Glossa sembrano conoscere la problematica così come prospettata dalla dottrina romanistica, da cui appaiono dipendere senza un contributo originale proprio¹². Nelle stesse Decretali di Gregorio IX si cercherà inutilmente un titolo sul dolo¹³.

¹⁰ In un senso analogo (*la recepción del derecho romano*), ma eccessivamente legato al problema della indissolubilità, Jusdado, *El dolo*, 2-4.

¹¹ Cf. Fransen, *Le dol*, 77-81. L'A. respinge efficacemente la tesi di Roussier (*Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Église*, Paris 1933), secondo cui nel Decreto di Graziano vi sarebbero testi che attribuirebbero rilevanza specifica al dolo. Si tratta in realtà di testi in cui il dolo non viene considerato in senso proprio e tecnico.

¹² Cf. *ibidem*, 81-83. La dipendenza 'passiva' della scienza canonica dalla dottrina romanistica in tema di dolo è una conclusione del tutto generale cui giunge il N. per tutto il periodo del medioevo.

¹³ Non si tratta di dolo in senso proprio nella rubrica del titolo 14 del libro II (*De dolo et contumacia*), anche se non pochi commentatori in occasione di tale titolo tratteranno del dolo in senso proprio.

La trascuratezza della problematica sembra potersi far risalire alla connotazione spiccatamente civilistica della materia¹⁴ e alla sua accentuata tecnicità, che sarà sempre estranea al diritto canonico.

Si giustifica mi pare bene in questo contesto che il matrimonio non sia stato toccato dalla problematica sul dolo, elaborata e tributaria di un contesto ben diverso, rispetto al matrimonio canonico.

II — IL DOLUS IN SPIRITUALIBUS

E' opinione comune che fra le cause principali che hanno impedito la rilevanza giuridica del dolo in ambito matrimoniale vi sia la c.d. teoria del *dolus in spiritualibus*¹⁵. Qui si impongono alcune specificazioni.

Prima di tutto si deve affermare che il contesto originario della teoria del *dolus in spiritualibus* è quello attinente alla professione religiosa ed, in modo particolare e proprio, quello del capitolo *Constituit* del Decreto di Graziano (c. 5, C. XX, q. 3)¹⁶. Il testo affronta il caso di vescovi e abati che con dolo (*circumveniendo*) spingono delle persone alla professione religiosa, per potersi appropriare dei loro beni patrimoniali. "Chi ha emesso in questo modo la professione religiosa è tenuto a rimanervi e a

14 Cf. Gofredus de Trano, *Summa perutilis super libris Decretalium*, Venetiis 1502: "Solet autem distingui legaliter et scire non est inutile, licet tota materia sit legalis" (II, *de dolo et contumacia*, 14)

15 Cf. ad esempio Jusdado, *El dolo*, 4-9; Fedele Pio, *Il dolo nel matrimonio canonico. Ius vetus e ius condendum*, in *Il dolo nel consenso matrimoniale*, Città del Vaticano 1972, 70-77.

16 Dei testi infatti che danno inizio alla teoria solo il c. *Constituit* riporta un caso di vero dolo; la discussione degli altri testi si può trovare in Fransen, *Le dol*, 111-113.

perseverare; i loro beni patrimoniali invece vanno restituiti agli eredi (del professo)"¹⁷.

La professione religiosa oggetto di dolo non viene annullata; il dolo invece è causa di nullità della donazione patrimoniale contestuale alla professione.

In secondo luogo la applicazione fatta ad altri contesti (fra cui, per quanto a noi interessa, il matrimonio) appare secondaria e per analogia¹⁸.

In terzo luogo la teoria del *dolus in spiritualibus*, non è né l'unica né la primitiva¹⁹.

Le motivazioni addotte per spiegare tale anomalia del diritto canonico rispetto al diritto romano sono quattro.

1° — I primi decretisti tentarono varie soluzioni: dalla considerazione della fattispecie sotto la categoria della simonia, alla degradazione del dolo a dolo incidente e alla ratifica seguente della professione; solo Uguccio ha anticipato la vera soluzione della

¹⁷ "Hii vero, qui illecti comam deposuerunt, in eo, quod ceperunt, perseuerare cogantur, res uero eorum heredibus reddantur". Si tratta del canone 7 del concilio di Chalon dell'anno 813, che Graziano riproduce abbreviandolo ed attribuendolo al Concilio di Mainz (come già avevano fatto d'altronde Burcardo e Ivo). Il testo completo non lascia dubbi che si tratti di un caso di dolo.

¹⁸ La Glossa alla voce *cogantur* del testo sopracitato sulla professione religiosa commenta: "Similiter contractum matrimonium non rescindit dolus". Per altri testi, cf. Hobza, *Betrug*, 237- 238. Un altro contesto di applicazione è la scelta della sepoltura, su cui cf. Fransen, *Le dol*, 131-136.

¹⁹ Fransen intende dimostrare come la teoria del *dolus in spiritualibus* non sia che un "subterfuge par lequel les canonistes rendent raison de cette anomalie.. une construction hâtive de la doctrine, rapidement abandonnée, mais instructive" (*Le dol*, 109). Nel medesimo senso Jusdado (*El dolo*, 4-5) che parla di una "construcción, tan cargada de intención apologética como carente de rigor científico...reacción preventiva y, diríase, casi subconsciente...".

Non si potrà pertanto condividere l'opinione di Fedele che intende vedervi una soluzione generale tipica del diritto canonico medievale per tutti gli atti giuridici (Fransen, *Le dol*, 109)

questione, specificando che il dolo non rende nullo l'atto giuridico, perché ha lasciato sussistere un sufficiente consenso²⁰.

2° — Gli ultimi decretisti e poi i decretalisti preferirono un'altra soluzione: "Non potest allegare dolum nec deceptionem, quia fit melior sua conditio"²¹. Non si dà né danno né inganno là dove la condizione finale (professione religiosa) è piuttosto un vantaggio. Ed è questa la perfetta formulazione del *dolus in spiritualibus*.

3° — I civilisti spiegano l'eccezione costituita dalla professione religiosa attraverso la irrilevanza (che è tale anche per la dottrina romanistica) del dolo del terzo. Se infatti la professione religiosa è un 'contratto' fra la persona e Dio, il dolo, provenendo dall' autorità religiosa, si pone come di un terzo, ed è perciò irrilevante²².

4° — I canonisti posteriori negheranno che colui che ha patito il dolo debba rimanere nella casa religiosa ove è entrato per la professione dolosa. Viene così aperto un interessante capitolo sull'errore (sostanziale — accessorio, inteso — sottinteso) alla professione religiosa, che apre a utili confronti con l' errore nel matrimonio.

In quarto luogo, benché la teoria del *dolus in spiritualibus* abbia avuto lunga vita nella Chiesa, non fu esente da contestazioni immediate, notevoli, ma soprattutto talmente utili alla

20 "Qualitercumque quis fiat voluntarius, tenet conversio; congrue ergo dicitur 'perseverare cogantur', quia licet illecti, tamen voluntarii intraverunt" (*Summa Decreti Gratiani*, in c. *Constituit ad v. perseverare cogantur*, cit. in Fransen, *Le dol*, 115, nota 2).

21 E' questa la prima formulazione della teoria del *dolus in spiritualibus* e si trova in Raymundus a Peñafort, *Summa I*, tit. 8, § 6 in fine e 16, casus 3. La Glossa al c. *Constituit* è ancora più esplicita: "Sed quare hoc est, cum ecclesia non debeat fraudem facere in suis contractibus et contractus dolo initus nullus est ipso jure? Sed dic, quod licet hic dolus dederit causam contractui, ipse tamen non est deceptus, qui se Christo conjunxit".

Per uno sguardo completo agli autori ed alle citazioni cf. Fransen, *Le dol*, 116-117

22 Cf. Fransen, *Le dol*, 120-121.

chiarificazione, da costituire forse il contributo principale che il diritto canonico ha dato all'evoluzione della dottrina sul dolo²³.

La reazione critica dei civilisti fu violenta: ciò che è buono oggettivamente, non necessariamente lo è per un soggetto particolare.

I canonisti risposero facendo notare che il principio si giustificava anche per il fatto che una persona che cadeva in inganno non poteva non essere responsabile essa stessa della sua ingenuità e perciò non poteva chiedere la riparazione. Ciò significava in positivo affermare che la professione era nulla ogni volta che il dolo era tale da ingannare un *vir prudentissimus* e anche solo *prudens* e perciò negare in molti casi l'applicazione della stessa teoria²⁴.

Ma soprattutto i canonisti spinsero l'accento sul consenso quale elemento determinante nella professione religiosa e nello stesso matrimonio: se c'è validità, è perché il dolo non ha tolto né inciso sul consenso. In questo senso il Panormitano potrà eccezzuare dalla irrilevanza del dolo in ambito matrimoniale il caso in cui "*tantus esset dolus quod habuisset tollere consensum*"²⁵.

III. IL DOLO VIZIO DEL CONSENSO: SANCHEZ E PONCE

L'attenzione al consenso nella questione della validità della professione religiosa (Suarez), una attenta comparazione con la dottrina molto sviluppata del consenso matrimoniale, una diversa

²³ E' la tesi che Fransen intende provare: il *dolus in spiritualibus*, assieme alla intricata problematica del dolo nei giuramenti (cf. *Le dol*, 143-168), costituirebbe l'anello di passaggio dalla concezione medievale del dolo (come azione di restituzione, ancora legata alla natura penale) alla concezione rinascimentale del dolo come vizio del consenso (cf. *ibidem*, 168-170).

²⁴ Non sono d'accordo con la interpretazione negativa che dà di questa motivazione il Jusdado (*El dolo*, 9-11), in quanto ciò che qui viene in campo con la considerazione della *fatuitas* del *deceptus* è precisamente il cadere della stessa nozione di dolo che implica la causalità fra inganno e consenso.

²⁵ Cf. Abbas Panormitanus, *Commentaria in Decretalium libros*, in c. *Cum dilectus*, 6, X, *de his quae vi*, I, 40, n. 13

lettura dei testi giuridici, ma soprattutto la prospettiva di ricerca non più a partire dal diritto positivo, quanto piuttosto dal diritto naturale, portarono i moralisti a sviluppare circa il dolo un mutamento che sarà accolto, in seguito e non senza discordanze, sia dai canonisti come pure dai civilisti, ed infine dai codici moderni.

Questo passaggio avviene attraverso l'affermazione della coppia *dolus substantialis - dolus accidentalis*, accanto alla coppia classica *dolus causam dans - dolus incidens*.

Il dolo sostanziale è quello che porta ad errare sulla sostanza del contratto o dell'atto giuridico e comporta di conseguenza per diritto naturale la nullità del contratto o dell'atto giuridico, sia che rivesta la forma di *dolus causam dans* sia che rivesta la forma di *dolus incidens*.

Tale dolo, su cui la dottrina è unanime, copre tutta l'area dell'errore invalidante di cui nel Decreto di Graziano e nell'impostazione classica, lasciando però spazio per una discussione e conseguente delimitazione della sostanza del contratto o dell'atto giuridico²⁶.

Il dolo accidentale, qualora sia *dolus incidens*, non tocca la validità del contratto o dell'atto giuridico in quanto contemporaneamente si porta solo su una qualità, appunto, accidentale dell'oggetto del consenso e non è che una delle cause che rafforzano la decisione di contrarre o di stipulare un atto giuridico.

Il dolo accidentale, qualora sia *dolus causam dans*, pone seri problemi. Il Lessius (la cui posizione diverrà poi dottrina comune²⁷) capovolgerà la posizione predominante dal medioevo, affermando che il dolo accidentale, ma principale (cioè *causam dans*), non comporta per diritto naturale la nullità del contratto o dell'atto giuridico, ma lo rende soggetto alla rescissione. Le ragioni principali addotte fanno riferimento sia al matrimonio e al contratto di stretto diritto, che non sono nulli per dolo, sia alla possibilità lasciata

²⁶ Le difficoltà a riconoscere la nullità di ogni dolo principale portarono alcuni autori ad ampliare notevolmente la sostanza di alcuni contratti o atti giuridici (cf. Fransen, *Le dol*, 214.226).

²⁷ Cf. Fransen, *Le dol*, 220, nota 1.

all'ingannato di non intervenire e di lasciare il contratto o l'atto giuridico nella sua efficacia. Il matrimonio che fino ad ora era stato eccezione alla dinamica normativa del dolo, diventa ora archetipo della teoria del dolo²⁸.

Su quest'ultima posizione del Lessius si appuntano però le divergenze. Queste si giustificano più per il legame degli autori alla normativa concreta canonica e civile (che appare legata alla teoria medievale, mentre la nuova riflessione è più sul versante del diritto naturale) che per motivazioni di contenuto inerenti agli argomenti trattati.

In questo contesto ha attirato l'attenzione di molti la posizione di Basilius Ponce de Leon, canonista di Salamanca del primo Seicento²⁹. A lui è attribuita la posizione secondo cui il matrimonio contratto per dolo *causam dans* è nullo *iure naturae*³⁰. La supposta posizione di questo autore avrebbe un notevole rilievo per il fatto che sarebbe stata l'unica ad opporsi a quella di Sanchez, che avrebbe poi prevalso.

La posizione di Ponce va però analizzata con molta attenzione³¹. Egli ben conosce ed accetta la tesi ormai comune del dolo (o errore) sostanziale che *iure naturae* rende nullo il contratto. Il matrimonio è perciò nullo laddove vi sia un dolo (o errore) che

²⁸ Cf. Fransen, *Le dol*, 229, 231.

²⁹ Cf. Ardito Sabino, *La dottrina matrimoniale di Basilio Ponce de León (1570-1629) e la letteratura ecclesiastica posteriore fino al Concilio Vaticano II. Contributo alla storia della rilevanza giuridica dell'amore coniugale*, in *Salesianum* 43(1981) 757-815. Non è, per la mia conoscenza, a tutt'oggi pubblicata la monografia ivi annunciata come imminente, su *La rilevanza giuridica del "consortium vitae" secondo Basilio Ponce de León* (cfr. *ibidem*, 758 e nota 2)

³⁰ Cf. Viani Mauro, *Matrimonio canonico tra rinnovamento e tradizione. Il dolo nel consenso matrimoniale*, Pisa [Giardini] 1989. L'autore sviluppa un accenno che si trova in Ardito, *La dottrina matrimoniale*, 806 e nota 240. E' ovvia l'importanza della questione, soprattutto in ordine alla retroattività del can 1098 del Codice vigente

³¹ Per il testo faremo riferimento a Ponce De León Basilius, *De sacramento matrimonii tractatus*, Venetiis [Combi] 1645.

comunque attenga alla sostanza del matrimonio, sia il dolo *causam dans* sia il dolo anche solo *incidens*³².

Sul dolo *causa dans* in merito a qualità accidentali del contratto, mostra di ben conoscere la dottrina comune: "Si deve ritenere valido il contratto, in cui l'inganno non verta circa la sostanza, ma circa qualche cosa di accidentale"³³; "L'errore circa una qualità, come la nobiltà, la ricchezza e simili, non vizia il matrimonio, in quanto non verte sulla sostanza, e ignorate queste qualità, rimane salva la sostanza del contratto e il volontario requisito per la sostanza del medesimo contratto"³⁴. Anzi mostra di accettare tale dottrina comune: "Quae sententia vera est" (XX, 5); dottrina che è pure di Sanchez. Solo, aggiunge, "dilucidanda est" (*ib.*)³⁵.

La *dilucidatio* avviene attraverso una distinzione. La qualità o *circumstantia* accidentale del contratto può rapportarsi in due diversi modi alla volontà del contraente.

Nel primo modo la qualità è "solo concomitante, o in quanto non si è pensato né ad essa né al suo contrario, o in quanto se il contraente vi avesse anche pensato, avrebbe ugualmente

32 "Quia matrimonij contractus & ratione suae excellentiae, & quia indissolubilis omnino est, requirit positivum & expressum voluntarium, nec sufficiens est interpretativum"(XX, 21). Qui per *dolus incidens* si intende quel dolo, senza il quale l'ingannato avrebbe ugualmente contratto.

33 "Sed iudicandum esse validum contractum, quoties deceptio non est circa substantiam, licet sit circa aliquod accidens"(XX, 5).

34 "Communis Doctorum sententia est errorem circa qualitatem, nobilitatem, divitias, & similes non vitiare matrimonium, quia non est circa substantialia, & illis ignoratis adhuc salva manet substantia contractus, & voluntarium requisitum ad eius substantiam. Sic docent Doctores omnes, ita ut necesse non sit Authores referre" (XXI, 1).

35 Anzi, in un testo parallelo esprime il dubbio che nella propria spiegazione più che "discrimen in re" ci possa essere *discrimen* "tantum in modo loquendi" (cf. XXI, 2).

contratto"³⁶. In questo caso il contratto è valido, anche se vi è dolo circa quella qualità. Così si deve leggere l'opinione comune. E la ragione di tale irrilevanza del dolo è di facile comprensione: l'atto del consenso è volontario ed assoluto, ossia non legato ad alcuna qualità o circostanza né in ragione dell'oggetto del contratto né in ragione dell'atto di volontà del soggetto.

Nel secondo modo "la volontà (*animus*) del contraente ha per oggetto (*feratur*) la sostanza del contratto ed insieme la qualità o circostanza, come condizione, da cui vuol far dipendere (l'esistenza del) contratto"³⁷.

Le espressioni che qui il N. usa sono inequivocabili; si tratta di un atto di volontà che si dirige, come a suo oggetto, verso una qualità da cui si fa dipendere la validità del contratto³⁸; è in realtà una qualità posta come condizione implicita nel consenso matrimoniale³⁹.

36 "Primo, ut solum concomitanter se habeat, vel quia nihil de illis cogitavit, neque de oppositis, vel quia ita affectus erat, ut etiam si cogitaret, nihilominus actum perficeret" (XXI, 2).

37 "Secundo modo, ita ut animus contrahentis feratur in substantiam contractus, & simul in circumstantiam, tanquam in conditionem, a qua vult pendere contractum"(XXI, 2)

38 Le espressioni di Ponce sono chiarissime: "Quod si in eam circumstantiam expresse feratur, & in personam eo circumstantia vestitam, unico, & eodem actu, etiamsi circumstantia sit extrinseca, vel impertinens, . . ." (XXI, 7); "... mutata vel ablata ratione aliqua in obiecto actus indivisibilis, necesse est totam entitatem actus variari, neque enim idem actus voluntatis remanere potest, si aliquid obiecti, in quod fertur voluntas, varietur, sed actum variari necesse est. Illa autem circumstantia expresse tunc cognita, & cogitata in obiecto, & in quam simul fertur voluntas eodem actu pertinet ad rationem obiecti" (*ib.*)

39 "Quia in eo casu talis dispositio virtute est conditionalis ex disponentis intentione, si ea subsistat circumstantia, quandoquidem, ut supponimus, animus disponentis expresse nititur illi circumstantiae, & illa ducitur ad contrahendum. Si autem quis sub ea 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 conditionalis" (XXI, 7).

Ora è questo e solo questo che il N. intende quando parla di *dolus causam dans*: è quel dolo che attiene ad una qualità o circostanza che il soggetto ha posto nell'oggetto del suo consenso implicitamente (come condizione).

Ma se così è (e le numerose e meticolose precisazioni dello stesso Ponce non lasciano dubbi al riguardo⁴⁰), non si tratta tanto di dolo (in senso proprio), ma (diremmo oggi) di qualità direttamente e principalmente intesa. Non solo, ma non può trovarsi in contrasto con Sanchez, il quale non ammette la nullità del matrimonio *ex errore vel dolo in qualitate*, ma la ammette *ex qualitatis appositione* (anche solo virtuale) *per modum conditionis*⁴¹.

Non è inutile qui citare il caso matrimoniale reale che Ponce pone a spiegazione della sua teoria e cui, tra l'altro, appare molto legato⁴². E' il caso di una donna che "spesso già molto prima ed

⁴⁰ Per la riprova di quanto stiamo dicendo ritengo opportuno riferire alcune espressioni di Ponce "... in omni eventu, in quo dolus dat causam contractui iuxta supradicta...." (XXI, 12); "Ego autem adhuc sentio eiusmodi errorem circa accidentalia, cum dat causam eo, quo explicatum est, modo, reddere contractum & actum nullum iure ipso naturali" (XXI, 16); "Nam licet is error circa accidentalia fit, attamen cum dat causam, ut explicatum est, & illi expresse nititur animus operantis, plane tollit consensum necessarium iure naturae, & ita in foro conscientiae actus fit invalidus" (ib.); "Quia error dans causam contractui, omnino tollit consensum, ut explicatum est, sine quo non potest consistere contractus" (XXI, 17); "In foro quidem animae dolus & error dicuntur dare causam contractui, sive sit circa substantialia, vel accidentalia actus, dummodo revera operans eo errore ducatur, illi innitens, ut isto capite explicatum est"(XXI, 18)

⁴¹ Cf. Sanchez Thomas, *Disputationum de S. Matrimonii Sacramento*, II, Venetiis [apud Ioannem Guerilium], 1614, VII, XVIII, 17-21.

⁴² Cf. XXI, 13. "Atque ita ego obtinui in quadam causa matrimoniali, ut ex errore in qualitate nobilitatis, dissolveretur matrimonii" (XXI, 13); "ut & nos in quadam causa matrimoniali obtinuissse diximus tres iudicum sententias conformes" (XXI, 16).

Cf. pure sull'interpretazione di questo caso Fumagalli Carulli Ombretta, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Milano 1974, 437 nota 50.

ancora da vicino alle nozze diceva di essere pronta a subire qualsiasi cosa ed anche la morte piuttosto di contrarre con uno che non fosse nobile". Quando si scoprì che il marito non era nobile, il matrimonio fu dichiarato nullo, e con triplice sentenza conforme con plauso degli esperti del diritto di ogni dove. Questo conferma ulteriormente come il caso in oggetto non attiene tanto al dolo, quanto alla condizione.

Il rapporto che Ponce pone tra dolo e condizione appartiene alla teoria più classica del dolo.

Già Bartolo (1313 - 1357), nella polemica con la scuola di Orléans, sosteneva la nullità del contratto di buona fede "in quanto chi consente per dolo, erra circa la causa del consenso e quindi consente sotto condizione, la condizione precisamente che sia vero ciò per cui è indotto a contrarre; se poi di fatto ciò si dimostra falso, viene a mancare il consenso e quindi il contratto è *ipso iure nullo*⁴³".

L'argomento ha attraversato tutta la dottrina sul dolo⁴⁴, era condiviso dalla Scuola di Salamanca⁴⁵ ed è perdurato fino alla vigilia della promulgazione dei codici moderni⁴⁶, anzi fino alla soglia della

⁴³ *In Digestum Commentaria*, in *Et eleganter*, 7, D., *de dolo malo*, IV, , n. 6.

⁴⁴ Proposto per la prima volta da Bartolo, fu accettato anche da canonisti (Petrus de Ancharano, Ioannes de Imola, Abbas Panormitanus e Antonius Burgo), nel medesimo contesto della polemica fra le posizioni della Scuola di Bologna e quelle della Scuola di Orléans, di cui anche nel diritto canonico si fecero sentire degli echi. Cf. Fransen, *Le dol*, 97.

⁴⁵ La posizione di Bartolo è condivisa e riproposta da Covarruvias a Leyva Didacus (1512-1577), professore a Salamanca (cf. *Relectiones in c. Possessor*, 2, *de Reg. Iuris in VI*^o, p. 2, § 6, n. 6, in fine, in *Opera omnia* I, Ginevra 1734, 541).

⁴⁶ Cf. Reiffenstuel Anacletus, *Jus canonicum universum*, Paris 1864-1870, 2, 14, 15; Boeckhn Placidus, *Commentarium in jus canonicum universum*, Salzburg 1776, 1, 35, 58, 1; 1, 40, 12; Schmier Franciscus, *Jurisprudencia canonico civilis seu jus canonicum universum*, Salzburg 1716, 4, 1, 6, § 2, n. 457-459; Zasius Udalricus, *Enarratio in tit. Instit. de actionibus* (IV, 6), in § *Actionum*, 28, n. 45; Zoesius H., in *tit. D., de dolo malo*, IV, 3, 14; Perez Antonius, *ib.*, n. 8; Voet J., *Commentarius ad Pandectas*, *ib.* n. 6, in fine.

promulgazione del Codice di Diritto canonico vigente⁴⁷ ed è presente nello stesso testo del Codice⁴⁸.

Secondo alcuni autori si tratterebbe precisamente di un espediente escogitato per dare rilevanza al dolo, confondendo errore e condizione⁴⁹.

Ponce usa però di questo argomento con molta prudenza, assorbendo tutte le critiche ad esso avanzate in sede canonica sia da Gregorius De Valentia⁵⁰ sia dal Vasquez⁵¹ sia dallo stesso Sanchez. Questi avevano in sostanza fatto notare che v'è una chiara differenza fra il dolo principale e la condizione. Quest'ultima "includit expressum actum, quo quis non vult, circumstantia illa, aut conditione aliter se habenti"⁵². Il N. reagirà a tale osservazione

⁴⁷ Cf. nella dottrina italiana dopo il Codice piano-benedettino le posizioni di Fedele e di Graziani in ordine al rapporto fra dolo (= errore di origine dolosa) e *conditio implicita*, caso specifico della più vasta e generale identificazione fra *error qualitatis* e *conditio implicita* (cfr. Jurdado, *El dolo*, 34-53, con osservazioni critiche).

⁴⁸ "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. . ." (can. 126).

⁴⁹ Cf. Reina Victor, *Error y dolo en el matrimonio canonico*, Pamplona 1967, 117-122. Secondo il medesimo autore un analogo procedimento sarebbe avvenuto per l' *error redundans*, evolutosi oltre l' *error in personam* nello sforzo di dare rilevanza al dolo.

⁵⁰ *Commentaria theologica*, Venetiis [apud Iuntas] 1608, II^a - II^{ae}, disputatio, q. XX *de emptione et venditione*, punctum 4, 4^a *conclusio*, pag. 1222-1223.

⁵¹ *Commentariorum ac disputationum in Sancti Thomae...*, Lyon 1631, in II^a II^{ae}, q. 7, art. 4, disp. 30, c. 4, n. 25.

⁵² Sanchez Thomas, *Opus morale in praecepta decalogi*, Brixiae [apud Franciscum Tebalinum] 1615, IV, 2, 6.

La ragione addotta è del tutto evidente e già presentata nel caso dell'errore: "Quia semper actus esset involuntarius, & conditionalis quoties si quis scivisset circumstantiam, nolisset, nil fere ratum, & firmum esset in commerciis

distinguendo due forme di dolo principale e attribuendo effetto invalidante a quella che si identifica con la condizione virtuale⁵³.

Da questa impostazione sgorgano naturalmente tutte le conseguenti affermazioni di Ponce, che però vanno interpretate alla luce della sua identificazione fra *dolus causam dans* e *dolus in circumstantiam subjective substantialem*.

Risultano perciò ovvie le tanto citate affermazioni di Ponce secondo cui "in omni eventu, in quo dolus dat causam contractui iuxta supradicta, invalidum esse contractum iure naturae, sive dolus adhibeatur a contrahente, sive ab aliquo tertio. Ratio est eadem pro hac parte, quia nullus est consensus ratione doli"; "iure enim naturae contractus, in quibus vere dolus dedit causam, sive fuerit dolus circa substantialia, vel accidentalia, nulli fiunt, ut explicatum est hoc capite et praecedenti"⁵⁴.

Non si avrebbe in tal caso nient'altro che un dolo che attiene ad una circostanza sostanziale, non tanto perché connessa con l'oggetto del contratto, quanto piuttosto perché intesa dalla volontà del contraente.

Risulta ancora giustificata la equiparazione che il Ponce individua nel diritto civile fra *dolus causam dans* e *dolus substantialis*, in quanto il diritto civile sia per la sicurezza dei commerci sia per la difficoltà della prova non prende in

humanis. Siquidem illud, si scivissem, fere semper locum habet in hominum consilijs, utpote qui non omnes circumstantias norunt" (*ib.*).

53 L'operazione si trova ben descritta ancora in Schmalzgrüber (+ 1735): "... error circa qualitatem personae, etsi det causam contractui et proveniat ex dolo alterius contrahentis, modo in substantiam sive individuum personae non redundet, *per se* non irritat matrimonium. . . Dixi autem in responsione *per se*; per accidens enim etiam error qualitatis, in individuum personae non redundantis, irritum facere matrimonium potest, si videlicet qualitatis existentiae alligaretur intentio contrahentis, ita, ut actu intendat non contrahere, nisi talis qualitas insit personae cum qua contrahitur... Ratio clara est; quia tunc deficiente eiusmodi qualitate, deficeret conditio, sub qua contractum est matrimonium, et cons. deficeret ipse consensus" (*Sponsalia et matrimonium*, Dilingae 1726, 186-187).

54 Tali citazioni appaiono decontestualizzate in Viani, *Matrimonio*, *passim*.

considerazione rispettivamente né il *dolus accidentalis* né il *dolus incidens*⁵⁵.

Risulta ancora giustificato l'attacco del N. alle tesi del Lessius e la difesa della nullità *ipso iure* dei contratti in cui intervenga il dolo *causam dans*.

IV — IL DOLO COME IMPEDIMENTO

Una volta chiarito da parte della dottrina che per diritto naturale il dolo principale su una qualità lascia sussistere un valido consenso, pur indebolendone il volontario, e che la debolezza del medesimo consenso, per diritto naturale, pone nelle mani di colui che ha subito l'inganno il diritto di chiedere la rescissione del contratto o dell'atto giuridico, la problematica circa il dolo nel matrimonio canonico non poteva non svilupparsi nella linea principale della ricerca circa l'opportunità di introdurre una norma positiva che stabilisse, stante la indissolubilità del vincolo matrimoniale⁵⁶, un capo di nullità per dolo.

⁵⁵ "In foro quidem animae dolus & error dicuntur dare causam contractui, sive sit circa substantialia, vel accidentalia actus, dummodo revera operans eo errore ducatur, & illi innitens contrahat, ut isto capite explicatum est ... At vero iure civili, & in foro externo error circa substantiam dicitur dare causam contractui". Con questa ardita operazione di ridefinizione terminologica l'A può giustificare da un lato il suo assioma (il dolo *causam dans* rende nullo il contratto) e dall'altro la normativa civile (in cui si prevede la validità dei contratti ove il dolo sia *incidens* o riguardi qualità) (cf. Fransen, *Le dol*, 226.228). L'A. infatti ritiene che il diritto civile non abbia la possibilità di giudicare una cosa tanto occulta quale il *dolus incidens* (ove il contraente avrebbe ugualmente contratto, anche se avesse saputo della assenza della qualità su cui è stato ingannato) né abbia la convenienza di ammettere il dolo su qualità, per non paralizzare le relazioni (economiche) con una colluvie di liti.

⁵⁶ Non è senza significato notare che fu proprio nel "diritto canonico" protestante, che non conosce la sacramentalità e l'indissolubilità assoluta estrinseca del matrimonio, ad apparire ben presto il capo di nullità per dolo. Previsto da Lutero stesso, dovette poi attendere quasi due secoli per vedersi affermato, anche se non senza contrasti nel mondo protestante (cf. Hobza, *Betrug*, 256-261).

Ed è precisamente su questo campo che si è giocata la partita negli ultimi secoli.

Fino al Codice del 1917 la maggior parte degli autori o evita accuratamente la questione (del tutto oppure identificando errore e dolo) o nega la rilevanza del dolo nel matrimonio canonico senza addurre ragioni⁵⁷.

Pochissimi sono coloro che ritengono *de iure condito*⁵⁸ o *de iure condendo*⁵⁹ che il dolo abbia rilevanza invalidante nel matrimonio canonico.

Maggior interesse rileva la schiera di coloro che, pur negando rilevanza giuridica al dolo, ne forniscono le ragioni. Nella quasi totalità si tratta di ragioni di opportunità, ciò che permette di collocare chiaramente nel diritto positivo la questione intera della rilevanza o irrilevanza del dolo in ambito matrimoniale canonico⁶⁰.

A questo riguardo forse non è senza significato (ma l'affermazione andrebbe verificata: cf. JUSDADO, *El dolo*, 179) che sia stato proprio il diritto civile tedesco (già nell'*Allgemeines Preussisches Landrecht*) ad introdurre un capo di nullità matrimoniale per dolo (cf. HOBZA, *Betrug*, 265-267). Si può così forse capire anche la prevalenza della tematica nell'area di lingua tedesca (cf. JUSDADO, *El dolo*, 179-187).

⁵⁷ Per una elencazione doviziosa degli autori si può vedere, tenuto conto dell'epoca di apparizione dello scritto, HOBZA, *Betrug*, 249-255.

⁵⁸ Avrebbero in un primo momento attribuito forza invalidante al dolo PERMANEDER A. (cfr. *Handbuch des gemeingültigen katolischen Kirchenrechts*, Landshut 1846, 612) e WALTER F. (*Lehrbuch des Kirchenrechts aller christlichen Confessionen*, Bonn 1831⁵, n. 318). Il primo però avrebbe in seguito lasciato cadere la sua tesi (cf. *Handbuch*, Landshut 1865⁴), mentre il secondo avrebbe dapprima deviato sull'errore della qualità ridondante nell'errore sulla persona (cf. *Lehrbuch*, Bonn 1846¹⁰, n. 305) e poi sulla conditio (cfr. *Lehrbuch*, Bonn 1871¹⁴).

⁵⁹ Cfr. THANE, COSSI CHR. e MASTELLONI LEOPOLDO, *L'errore nella persona come causa nullità del matrimonio*, Napoli 1898, 48).

⁶⁰ "Etiam Ecclesia de rigore iuris potuisset, lege positiva, constituere dolum alterius partis irritare matrimonium non quidem pro parte decepta tantum, cum matrimonium claudicare non possit, sed pro utraque parte" (GASPARRI PETRUS, *Tractatus canonicus de matrimonio* II, Typis Polyglottis Vaticanis 1932, 21, n. 794).

Le principali ragioni addotte da quest'ultimo gruppo di autori per negare rilevanza al dolo nel matrimonio sono le seguenti:

- * la tradizione canonica⁶¹;
- * le peculiarità del contratto matrimoniale rispetto agli altri contratti: nel matrimonio ciò che si dà e si riceve è non già della merce, ma sono le stesse persone dei contraenti⁶²; il matrimonio è indissolubile⁶³;
- * la parità del matrimonio rispetto agli altri contratti⁶⁴;
- * la difficoltà di prova nel caso di dolo⁶⁵;

61 "Tum qui ita habet universalis praxis et consuetudo Tribunalium, quae est optima legum interpres"(Reiffenstuel Anacletus, *Jus canonicum universum*, Ingolstadt 1738, lib. IV, tit. I, § 9).

62 "... Illa regula, quod dolus dans causam contractui bonae fidei faciat contractum nullum, locum quidem habet in aliis contractibus ordinariis, ubi de rebus patrimonii agitur, ut in emptione, locatione et similibus: non autem in aliis contractibus, qui traditione sui ipsius perficiuntur, ut in professione religiosa et matrimonio. Etenim in prioribus contractibus, cum omnia ex bona fide agi debeant, iuris interpretatione censetur subesse illa tacita conditio: si ita est, ut dicis etc., at vero in posterioribus, cum regressio ex monasterio sicut et separatio matrimonii sit scandalosa, ideo professio et contractus matrimonii censentur fieri sine omni restrictione voluntatis aut reservatione tacitae conditionis"(Engel Ludwig, *Collegium universi iuris canonici IV*, Salzburg 1688, tit. I, § 4)

63 E' chiaro questo dalla affermazione comune della rilevanza del dolo negli sponsali. Cf. Wiestner Jakob, *Impedimenta coniugiorum*, Ingolstadt 1696, 58.

64 "... cum non magis dolus in contractibus bonae fidei tollat consensum voluntarium, quam in matrimonio et contractibus stricti iuris, qui tamen dolo dante causam contractui initi sunt validi"(Pirhing Enricus, *Jus canonicum in V libros Decretalium*, Dilingae 1676, lib. I, tit. 40, § 3. XII)

Pichler Vitus afferma che per diritto naturale i contratti affetti da dolo sono validi (e così pure il matrimonio), mentre è per diritto positivo che alcuni (i contratti di buona fede) sono considerati invalidi (cf. *Summa iurisprudentiae sacrae universae seu ius canonicum*, Augustae Vindeliciorum 1758, 729).

65 "... quia metus multo facilius probatur quam dolus: et propterea ad cavendas multas difficultates et lites iudiciales Ecclesia non, sicut metu, etiam dolo...

* la colluvie di matrimoni per i quali si chiederebbe la nullità⁶⁶.

La rimanente dottrina del nostro secolo è stata impegnata nel ribadire le ragioni di convenienza della rilevanza giuridica da attribuire al dolo, ma senza discostarsi dall'impostazione tradizionale⁶⁷.

CONCLUSIONE

Al termine di questa analisi storica seppur sommaria della rilevanza del dolo in ambito matrimoniale canonico, mi paiono tre le conclusioni che si possono trarre:

1°. La problematica reale del dolo ha sempre avuto un rilievo reale nel campo matrimoniale canonico, anche se non sotto il *nomen iuris* del dolo. Era impedita a questo dalla impostazione penalistica e retributiva dello stesso istituto del dolo. Ha trovato invece spazio reale all'inizio soprattutto nell'errore e poi ha imposto una evoluzione coraggiosa nel campo dell'*error redundans* e della *conditio implicita virtualis*.

2°. Quando poi, grazie anche alla dottrina canonica del matrimonio, l'istituto giuridico del dolo ha subito un'evoluzione, che lo ha reso 'compatibile' con la dottrina matrimoniale (quale vizio del consenso), negli spazi ridotti rimasti

infinite matrimonia irritavit' (Wiestner Jakob, *Impedimenta coniugiorum*, Ingolstadt 1696, 58).

⁶⁶ "... quia, si matrimonium ob errorem in qualitate nullum fieret, infinita propemodum matrimonia deberent rescindi, utpote cum frequentissime contrahentes decipiantur in qualitatibus et accidentalibus, haud dubie falsitate deprehensa rescissionem, si eandem sperare liceret, petituri" (Schmier Franz, *Jurisprudencia canonica civilis seu ius canonicum universum*, III 14). Cf. pure GASPARRI, *Tractatus*, 21, n. 794: "... ne innumera coniugia evaderent dubia e litibus exposita".

⁶⁷ Cf. l'attenta analisi di Jusdado, *El dolo*, 33-109, che passa in rassegna le diverse opinioni degli autori per nazionalità.

di problematica reale l'abitudine dei canonisti portava all'impostazione tradizionale, cercando la soluzione in istituti quali l'*error redundans* (cf. al riguardo la famosa sentenza *coram Canals*) o la *conditio implicita virtualis*.

3°. L'esegesi del dato normativo attuale sul dolo nel canone 1098 deve tener conto sia della tradizione canonica sia della sistematica canonica del Codice in cui si inserisce.

Questo significa, ad esempio, che non si potrà né ritenere *ex iure naturae* il canone 1098, *prouti iacet*, né si potrà leggere il canone 1097 § 1 in modo tale da rendere completamente inutile il canone 1098.