

PAOLO BIANCHI

L'INCAPACITÀ DI ASSUMERE GLI OBBLIGHI ESSENZIALI DEL MATRIMONIO (*)

1. Il criterio soggettivo/clinico. — 1.1. La questione teorica: la causa naturae psychicae della incapacità. — 1.2. Corollario della questione teorica: le caratteristiche dell'incapacità. — 1.3. I mezzi di prova pertinenti al criterio soggettivo/clinico. — 2. Il criterio oggettivo/normativo. — 2.1. La questione teorica: le obligationes matrimonii essentialis. — 2.2. Conseguenze etiche e processuali. — 2.3. Il mezzo di prova più pertinente alla verifica del criterio oggettivo/normativo dell'incapacità. — 3. Conclusione.

La presente relazione si indirizza a operatori del diritto presso i tribunali ecclesiastici: per questo non mi sembra opportuno affrontarla con un taglio eccessivamente dottrinale, né appesantirla con indicazioni bibliografiche ormai amplissime e che ciascuno può facilmente reperire nella propria lingua o in lingue facilmente accessibili⁽¹⁾. Preferisco impostare la mia comunicazione secondo un taglio pratico, in concreto organizzandola attorno a quelli che potrebbero essere definiti i criteri probatori della incapacità. Infatti se (come è del tutto evidente) l'oggetto proprio dell'accertamento del processo in merito a una pretesa incapacità psichica non può essere appunto che l'eventuale incapacità psichica del soggetto, è possibile organizzare questo tipo di accertamento intorno a dei criteri di verifica più determinati, che del tutto ragionevolmente sono stati denominati

(*) Intervento nel « corso di aggiornamento per operatori del diritto nei tribunali ecclesiastici », Facoltà di diritto canonico, Pontificia Università della Santa Croce, 17-22 settembre 2001.

(¹) Molte riviste riportano rassegne bibliografiche aggiornate. In particolare la *Revista española de derecho canónico* ha una specifica attenzione bibliografica proprio in tema di incapacità psichica, a cura dei professori F.R. Aznar Gil e R. Sánchez Ordoñez.

come i criteri soggettivo/clinico e oggettivo/normativo⁽²⁾. Dei criteri, beninteso, che possono applicarsi in genere al tema della incapacità psichica, ossia in relazione a qualsiasi delle forme di essa che il Legislatore ha positivamente previsto nel can. 1095. La razionalità e la pertinenza al tema di detti criteri mi appaiono per così dire *in re ipsa*, rispondendo essi alle domande centrali per la nostra questione: perché e davvero questa persona è incapace? a cosa propriamente è incapace?

Tale impostazione non comporta che non ci si debba rifare ai problemi anche teorici che sono sottesi alla nostra materia, ma solo che la loro considerazione dovrà essere mantenuta, per così dire, ancorata alle esigenze del processo, in dialogo con i problemi e le esperienze della giurisdizione in atto. La discussione che seguirà a questa relazione, anche in riferimento alla causa fornita come ulteriore elemento per il lavoro comune, potrà equilibrare le eventuali mancanze originate da questa scelta prospettica circa il modo di impostare la mia comunicazione.

1. *Il criterio soggettivo/clinico.*

Con tale determinazione si intende indicare l'aspetto appunto soggettivo che sta alla base della incapacità psichica, ossia la condizione di fatto del soggetto che lo rende incapace: naturalmente non solo come tale — ossia come mera situazione di fatto — ma in quanto qualificabile secondo quei criteri di carattere giuridico che identificano la reale incapacità. In questo senso, il problema non è solo di fatto ma anche teorico e la denominazione di « clinico » attribuita a questo criterio andrà intesa in un senso per così dire analogico, non strettamente medico. Procedendo però con ordine mi sem-

(2) Trovo questo tipo di definizione nelle sentenze di mons. A. Stankiewicz, per esempio 28 aprile 1994, in *Monitor Ecclesiasticus* 121 (1996) 181-197 (non apparsa sul relativo volume delle sentenze rotali); 21 luglio 1994, in *Monitor Ecclesiasticus* 121 (1996) 15-32 (non apparsa sul relativo volume delle sentenze rotali); 27 gennaio 1995, in *Monitor Ecclesiasticus* 122 (1997) 161-175 (non apparsa sul relativo volume delle sentenze rotali e in *Monitor* indicata con la data erronea del 23 dicembre 1995). Mi pare che l'organizzazione della ricerca in merito a una probanda incapacità psichica secondo i detti due criteri sia oltremodo utile al fine di ben organizzare sia la ricerca medesima sia poi il ragionamento che dovrà esibire le ragioni del convincimento che il giudice si sarà fatto in merito.

bra di dover approfondire tre aspetti: il primo più propriamente teorico, relativo alla causa psichica della incapacità; un secondo che può essere considerato uno sviluppo di quello teorico e che concerne (una del)le caratteristiche di questo tipo di incapacità; ed un altro, infine, che concerne i mezzi di prova secondo i quali il criterio soggettivo/clinico deve essere verificato.

1.1. *La questione teorica: la causa naturae psychicae della incapacità.*

È noto che, non ostanti alcune contestazioni radicali circa la necessità e anche solo l'opportunità di una indicazione causale della incapacità ad assumersi gli obblighi essenziali del matrimonio⁽³⁾ — e ciò in ragione del « diritto naturale » immediatamente alla base del can. 1095, 3, che ne è solo dichiarazione — il Legislatore ha fatto la scelta di mantenere detta indicazione causale, seppure indicandola in modo sempre più generico. Come dimostra la storia della redazione del canone, si è passati dalla « grave anomalia psicosessuale » (1970), alla « grave anomalia psichica » (1977), alla « causa di natura psichica » (1981)⁽⁴⁾.

Non è questa la sede per indagare le possibili ragioni della ricordata progressiva « genericizzazione » della indicazione causale⁽⁵⁾. Quanto a noi qui deve maggiormente interessare è rilevare appunto la genericità dei concetti di « causa » e di « psichico »⁽⁶⁾ ed eviden-

(3) Cf. gli autorevoli pareri di Navarrete e Pompèda richiamati in P. BIANCHI, *Le « causae naturae psychicae » dell'incapacità*, in AA.VV., *L'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio*, Città del Vaticano 1998, 139, nota 4.

(4) Cf. P. BIANCHI, *Incapacitas assumendi obligationes essentialis matrimonii. Analisi della giurisprudenza rotale, particolarmente degli anni 1970-1982*, Milano 1992, 162-165.

(5) Cf. il tentativo di illustrarne le ragioni in P. BIANCHI, *Le « causae naturae psychicae » dell'incapacità*, in AA.VV., *L'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio*, Città del Vaticano 1998, 139-142.

(6) Il termine « causa » può essere assunto secondo molte formalità e, in particolare nel nostro caso, si può correre il rischio di intenderlo (seppure istintivamente e surrettiziamente) in maniera univoca e riduttivistica, secondo un modello di pensiero fisico o meccanicistico, come molto bene aiutano a capire le considerazioni di G. VERSALDI, *L'oggettività delle prove in campo psichico*, Brescia 1981, che analizza il diverso processo della conoscenza sistematica e di quella non sistematica, in rapporto al problema della impotenza copulativa (soprattutto 107-138). Anche il termine « psichico », peraltro, va a coprire uno spettro piuttosto ampio di significati, alcuni dei quali certamente incoerenti con il nostro contesto, quali quello del volontario *simpliciter*.

ziare la conseguente necessità di reperire un criterio che consenta di attribuirvi un contenuto corrispondente al contesto in cui se ne parla: appunto e precisamente quello di una possibile incapacità di assumersi gli impegni essenziali dello stato coniugale. Emerge, in altre parole, la necessità di individuare un criterio che permetta di distinguere l'incapacità in senso proprio dal volontario pieno o anche psicologicamente condizionato, ovvero (se così ci si vuole esprimere) la *difficultas* da quella *magna difficultas* che secondo alcuni sarebbe giustificato far coincidere con la impossibilità « morale ». In altre parole ancora, si prospetta la necessità di evidenziare la causa « formale » della incapacità, ossia il principio razionale che costituisce il *proprium* del concetto di incapacità, che ne dichiara l'essenza e — come tale — la identifica, distinguendola da ogni altro ente.

Come è noto, indicazioni circa la causa formale della incapacità derivano dalle allocuzioni del Papa alla Rota Romana per il 1987 e 1988. Si noti, indicazioni anticipate e riprese in altre allocuzioni⁽⁷⁾, non quindi indicazioni sporadiche e occasionali, e costantemente seguite dalla giurisprudenza rotale. Mi sembra molto importante riflettere, senza peraltro trascurare i profili formali di questi autorevoli pronunciamenti⁽⁸⁾, sui contenuti propri che li caratterizzano, per apprezzarne e valutarne fino in fondo le implicazioni. Si deve ben badare a quella che appare essere la indicazione centrale di contenuto di dette allocuzioni, ossia che la incapacità in senso proprio si ha in presenza di una seria forma di anomalia che intacchi le facoltà naturali della persona, ossia la intelligenza e la volontà: e ciò, sia nel pren-

(7) Cf. i passi ricordati in P. BIANCHI, *Le « causae naturae psychicae » dell'incapacità*, in AA.VV., *L'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio*, Città del Vaticano 1998, 143, nota 9, cui va aggiunta l'allocuzione del 21 gennaio 1999, in *L'Osservatore Romano* 22 gennaio 1999, pag. 5, n. 7.

(8) Mi riferisco anzitutto alla questione inerente il valore giuridico di dette allocuzioni: interpretazione autentica del can. 1095, secondo alcuni autori e parte della giurisprudenza. Come minimo, esse vanno considerate espressione del magistero ordinario del Pontefice, con forte obbligatorietà direttiva (cf can. 752). Tale interpretazione si sostiene anche in ragione del loro destinatario: dal momento infatti che la Rota Romana ha fra le sue funzioni istituzionali quella di conferire alla unitarietà della giurisprudenza dei tribunali inferiori, risulta di particolare evidenza che interventi del Legislatore che illustrino delicati e controversi punti di diritto hanno un valore di carattere generale, sia nel senso della estensione (al di là cioè del diretto destinatario) sia nel senso per così dire della intensità (al di là, come detto, del mero indirizzo di circostanza, ma invece con forte valore vincolante).

dere la decisione matrimoniale (secondo la prospettiva contemplata nel can. 1095, 1-2), sia nella capacità radicale di portare ad effetto gli obblighi cui con il consenso si sarebbe dovuto dar vita (secondo la prospettiva di cui al can. 1095. 3). Se si riflette con un minimo di attenzione su questa indicazione, non è difficile scorgerne le implicazioni: la *ratio* profonda di una tale indicazione appare essere il rispetto della visione antropologica cristiana e del diritto «naturale» della persona al matrimonio, cosa che si realizza in concreto anche precisando il concetto canonico di «normalità» psichica. Se l'uomo è caratterizzato da una non fittizia libertà (cosa che preclude l'adesione a ogni antropologia deterministica); se tale libertà è pur sempre storica, imperfetta, contingente, ancorché sostanzialmente conservata (cosa che preclude di poter richiedere una libertà assoluta rispetto a ogni condizionamento, sia intrinseco sia estrinseco); se su tale tipo di libertà si fonda la responsabilità etica e giuridica da riconoscersi in capo ad ogni persona: appare ragionevole affermare che ogni uomo «normale» sia in grado di perseguire efficacemente l'aspirazione a contrarre matrimonio e a fondare una famiglia e che solo la persona anormale (in quanto affetta appunto da una seria forma di anomalia inerente le sue facoltà più tipicamente umane) possa essere ritenuta in senso proprio incapace di farlo.

Se tale è il criterio giuridico formale soggettivo di determinazione della incapacità, si può intendere perché e in che termini esso possa anche essere definito «clinico». Precisamente nel senso che sul piano del fatto — ossia di quelle che potrebbero anche essere denominate cause «materiali» della incapacità — si dovrà ritenere una sostanziale coincidenza fra incapacità e «patologia», seppure nel senso ampio del termine, ossia non limitato alle cause psicopatologiche maggiori⁽⁹⁾. Da ciò, la ulteriormente conseguente incongruità della riconduzione alla incapacità dell'elemento morale, educativo, abitudinario: tali condizioni soggettive potranno bensì rendere

⁽⁹⁾ Cf. ad esempio la sentenza c. Stankiewicz 27 febbraio 1992, in ARRTDec. LXXXIV, 105-112, una decisione da meditare attentamente nel suo complesso; oppure l'affermazione della c. Colagiovanni 20 marzo 1991 in ARRT Dec. LXIII, 177, n. 13: «Etsi enim verbalizatio numeri tertii can. 1095 dicat «ob causas naturae psychicae», reapse illae causae debent [esse] indolis pathologicae, uti iurisprudentia Nostri Fori semper intellexit, secus redactio canonis tam late pateret ut comprehenderet quidquid ab homine procedit».

un soggetto proclive ad agire in un determinato modo, ma non propriamente incapace di agire nel modo contrario⁽¹⁰⁾.

Non penso sia qui il caso di ulteriormente diffondermi sul concetto di causa «materiale» della incapacità e tantomeno su di una elencazione delle situazioni che ad esso possono ricondursi, indugendo su una recensione o elencazione delle fattispecie nosografiche riconosciute o almeno prospettate come possibili basi di fatto dell'incapacità ai sensi del can. 1095, 3⁽¹¹⁾. Voglio concludere questo primo approfondimento ribadendone il principio cardine, che può aiutare sia a evitare inutili confusioni sia a trattenere dal prospettare problemi spesso più di nome che di sostanza⁽¹²⁾: perché una qualsiasi situazione psichica di fatto, comunque clinicamente definita (ossia che la si chiami psicosi, nevrosi, disordine della personalità, immaturità), possa essere qualificata come incapacitante il soggetto ai

⁽¹⁰⁾ Cf. ad esempio la decisione c. Stankiewicz 9 marzo 1995, in ARRTDec. LXXXVII, 180, n. 12. Si noti, per inciso, che la giurisprudenza degli anni '70 affermava sì la possibilità di una causa «non patologica», «non morbosa» della incapacità, ma sulla base di una tendenziale equiparazione fra «morbo» e psicosi, ossia psicopatologia maggiore.

⁽¹¹⁾ Altrove ho in parte svolto tale lavoro di raccolta: cf. P. BIANCHI, *Le «causae naturae psychicae» dell'incapacità*, in AA.Vv., *L'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio*, Città del Vaticano 1998, 147-150, note 23-47.

⁽¹²⁾ In questi termini, si può fare riferimento al tema della cosiddetta immaturità (sia affettiva che psicologica). In merito, possono essere accennate tre considerazioni. In primo luogo, che tale nozione ha una valenza al massimo descrittiva, non corrispondendo ad alcuna diagnosi clinica vera e propria, come ha ad esempio ben rilevato lo studio di G. ZUANAZZI, *L'incapacità intellettuale e volitiva in rapporto al matrimonio canonico: aspetti psicologici e psichiatrici*, in AA.Vv., *L'incapacità di intendere e di volere nel diritto matrimoniale canonico (can. 1095, nn. 1-2)*, Città del Vaticano 2000, 313-314. In secondo luogo che, anche in quanto mera descrizione, l'espressione è equivoca: sia dal punto di vista della disciplina all'interno della quale ci si colloca (per lo psicologo essa indicherà il vertice delle potenzialità psicologiche del soggetto; per il giurista il limite al di sotto del quale determinati comportamenti non sono imputabili al soggetto che li pone); sia dallo stesso punto di vista del senso comune, dipendendo il giudizio di maturità o immaturità dal bagaglio soggettivo di convinzioni di chi lo formula. In terzo luogo, va considerato che delle molte sentenze che trattano del tema della immaturità una abbondante maggioranza termina con una decisione negativa, mentre in quelle che ricevono una risposta affermativa spesso nel corso del processo la diagnosi generica di immaturità giunge a trovare un grado maggiore di precisione (cf. P. BIANCHI, *Le «causae naturae psychicae» dell'incapacità*, in AA.Vv., *L'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio*, Città del Vaticano 1998, 153).

sensi del can. 1095, occorrerà che essa possa corrispondere al criterio formale indicato, ossia quello della sostanziale disfunzionalità di intelligenza e/o volontà del soggetto.

1.2. *Corollario della questione teorica: le caratteristiche dell'incapacità.*

Stabilito su di un piano teorico come possa identificarsi e distinguersi l'incapacità propriamente tale — per quanto limitatamente alla sua componente soggettiva — occorre affrontare uno sviluppo della riflessione che è proprio e specifico del tipo di incapacità psichica di cui espressamente ci si occupa in questa comunicazione (quella prevista dal n. 3 del can. 1095): ossia quella delle sue caratteristiche.

A tutti è nota la ragione (almeno in senso storico) del porsi di una simile problematica: precisamente la (originaria) presentazione della fattispecie come «impotenza morale»; una prospettazione che portava con sé il logico interrogativo se anche per questo nuovo tipo di incapacità positivizzato nell'ordinamento canonico dovessero o rispettivamente potessero (per la cosiddetta relatività) postularsi le stesse caratteristiche previste per l'impotenza copulativa. Nello sviluppo della codificazione non si è fatto più uso della denominazione che spontaneamente faceva riflettere in termini di analogia fra i due tipi di «impotenza»; né il testo definitivo del can. 1095, 3 postula alcuna peculiare caratteristica della incapacità. Senza dubbio all'argomento fondato sulla storia della redazione del testo normativo e a quello basato sulla sua esegesi deve essere riconosciuto un qualche valore. Certamente, però, non può dirsi che ci si trovi di fronte ad argomenti conclusivi, che esentino da ulteriori riflessioni.

In questa sede non intendo affrontare tutto il discorso sulle caratteristiche della incapacità: da un lato perché per alcune esso è obiettivamente di minor rilievo⁽¹³⁾, dall'altro perché la caratteristica

⁽¹³⁾ Quanto alla «antecedenza», basti richiamare la sua riconducibilità alla esigenza della sussistenza dell'incapacità al momento del matrimonio, anche se non ancora manifestata in tutti i suoi sintomi (la cosiddetta incapacità «latente») e rivelantesi a contatto con la concreta esperienza matrimoniale (*in actu primo proximo*). Cf. P. BIANCHI, *Quando il matrimonio è nullo?*, Milano 1998, 225-226 e ad esempio c. Pompedda 15 luglio 1994, in ARRTDec. LXXXVI, 396, n. 10. Sommessamente, appare invece privo di rilevanza ogni discorso sulla «gravità» della incapacità, in quanto tale nota è logicamente ricompresa nel concetto medesimo di incapacità: cf. in giurisprudenza, la c. Pompedda 15 luglio 1994, in ARRTDec. LXXXVI, 395-396, n. 9. Deve essere grave non la

obiettivamente di rilievo maggiore e che suscita maggiori problemi e difficoltà, ossia quella della sua possibile relatività, sarà oggetto di una specifica considerazione in questo corso⁽¹⁴⁾. Intendo quindi soffermarmi a esporre qualche considerazione sulla sola caratteristica della perpetuità della incapacità ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio.

In merito credo che si debba anzitutto convenire con il principio affermato in dottrina e in giurisprudenza: ossia che nel sistema matrimoniale così come in concreto disegnato dall'attuale disciplina canonica — che vede cioè l'incapacità di assumere gli obblighi come una ragione di invalidità del patto nuziale — ciò che essenzialmente conta è la possibilità di riscontrare una vera incapacità sussistente al momento del consenso. Perché però tale esattissimo principio non rimanga per così dire una mera enunciazione di carattere formale e non conduca a sue applicazioni aberranti, penso si debba operare una ulteriore triplice precisazione.

In primo luogo occorre distinguere fra la ragione formale della incapacità e la sua causa materiale, concreta: credo non sia manifestamente sbagliato, anzi sia giusto, affermare che se la incapacità propriamente giuridica non può che essere pensata e valutata in termini puntuali, ossia relativamente al momento del consenso (anche se non si deve dimenticare che l'incapacità di cui al n. 3 del can. 1095 ha un nesso del tutto peculiare con il *matrimonium in facto esse*), sarà impensabile che possa sussistere una vera incapacità laddove la causa materiale che la origina non abbia un nesso strutturale, e quindi tendenzialmente permanente, con la personalità del soggetto⁽¹⁵⁾. Per ragionare in via analogica, sarebbe come pensare a una impotenza copulativa che sussistesse esclusivamente al momento delle nozze, senza un prima e senza un poi: certo, è una eventualità pensabile, ma solo in astratto rispetto alle concrete vicende umane che sono l'oggetto quotidiano della prassi giudiziaria.

incapacità (che non ha un più o un meno), ma semmai la causa psichica che la produce: cf. c. Funghini 17 gennaio 1996, in ARRTDec. LXXXVIII, 16, n. 8.

⁽¹⁴⁾ Dello *status quaestionis* circa la incapacità relativa tratterà il Decano della Rota Romana, mons. Raffaello Funghini.

⁽¹⁵⁾ Si vedano delle interessanti considerazioni in merito nel volume di P.-J. VILDRICH, *Il consenso matrimoniale*, Milano 2001, 43-44.48.50-51.73-74.76-77.82.113-117. (Cf. la edizione originale, *El consentimiento matrimonial*, Pamplona 1998).

A un risultato non difforme si giunge a mio avviso, e in secondo luogo, se si ha cura di distinguere il tipo di obbligo cui la ipotizzata incapacità si riferirebbe: è noto che si usa identificare alcuni obblighi detti «negativi», vincolanti *semper et pro semper* e quindi in ogni momento; differenziandoli da altri invece denominati «positivi», vincolanti *semper sed non pro semper* e quindi non in ogni momento: i primi consistono in un dovere di astensione, in un *non facere*, mentre i secondi in un *facere* positivo⁽¹⁶⁾. In teoria: mentre per i primi una violazione anche singola (se sottratta *in causa* alla volontà in ragione appunto di una «causa psichica» sussistente al momento del matrimonio) potrebbe configurare un'autentica incapacità; per i secondi, l'esigenza di una qualche permanenza della causa/situazione di fatto che si vuole incapacitante appare ragionevolmente connessa con il tipo di obbligo di cui si tratta. In altre parole: se su di un piano di principio non pare giustificato chiedere la perpetuità della incapacità, ma solo che essa sia effettivamente tale; perché ciò si verifichi, e soprattutto per gli obblighi «positivi», l'esigenza di una qualche permanenza della causa materiale della incapacità appare coerire sia col tipo di obbligo considerato sia col concetto autentico di incapacità: ossia quello di una radicale e sostanziale inattitudine e non invece solo di una temporanea indisponibilità sul piano dell'esercizio da parte di un soggetto peraltro radicalmente capace.

In terzo luogo: sotto il profilo pratico/probatorio e per ogni tipo di obbligo, la non (oppure la difficile) sanabilità della condizione clinica alla base della incapacità è indizio della sua autenticità: ossia che si tratti di una vera incapacità e non invece di una situazione solo transitoria di difficoltà. Su quest'ultima considerazione c'è un sostan-

(16) Vi sono, in merito alla detta distinzione, diverse posizioni dottrinali, ad esempio: a) la c. Pompedda 15 luglio 1994, in ARRTDec. LXXXVI, 396, n. 11, che non distingue fra i detti tipi di obbligo e che afferma senz'altro la impertinenza di principio di ogni discorso sulla perpetuità della incapacità; b) la c. Stankiewicz 9 marzo 1995, in ARRTDec. LXXXVII, 182-183, n. 17, che tiene conto della distinzione e dei suoi possibili effetti giuridici; c) la riflessione dottrinale di P. PAVANELLO, *Il requisito della perpetuità nell'incapacità di assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio* (can. 1095, 3), Roma 1994, 194 (Analecta Gregoriana 266) e anche *Il requisito della perpetuità nell'incapacità di assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio* (can. 1095, 3), in *Periodica* 83 (1994) 119-144, che distingue i tipi di obbligo ma che tratta quelli «positivi», esclusa la capacità copulativa, come quelli negativi, ritenendoli obbligare *semper et pro semper*.

ziale accordo, sulle due precedenti c'è la necessità di un approfondimento e di un chiarimento ulteriori.

1.3. *I mezzi di prova pertinenti al criterio soggettivo/clinico.*

Premesso il richiamo al principio che ammette nell'ordinamento canonico qualsiasi mezzo di prova, a condizione che esso sia lecito ed utile⁽¹⁷⁾, sembra conforme a ragione affermare che ogni oggetto di prova avrà uno o più mezzi di prova lui naturalmente più confacenti. Tale considerazione appare assai utile, in quanto — salva l'elasticità consentita dal principio generale testé richiamato — aiuta ad ordinare la ricerca istruttoria e a non disperderla nell'approfondimento di fatti inconfidenti, trascurando magari quelli davvero utili alla ricerca specifica. Orbene, mi sembra che si possa abbastanza facilmente convenire sull'affermazione che i due mezzi di prova elettivamente pertinenti all'accertamento del criterio soggettivo/clinico della incapacità siano la ricostruzione dell'eventuale storia clinica del soggetto nonché l'esperimento della prova peritale.

1.3.1. Quanto alla eventuale storia clinica, risulta piuttosto evidente la sua utilità in vista di ricostruire la situazione di fatto che si vuole alla base della incapacità: quanto più si è in presenza della prova di una situazione clinica di rilievo già sussistente al momento del patto nuziale, tanto più risulterà adeguata la verifica del criterio soggettivo/clinico della incapacità. Gli strumenti per la ricostruzione della storia clinica del soggetto saranno ovviamente l'acquisizione di documentazione clinica: quale cartelle di ricoveri subiti, relazioni di visite e/o terapie effettuate, prescrizione di farmaci; oppure l'audizione in qualità di testimoni dei medici o degli psicologi curanti. Ciò detto, si debbono fare alcune precisazioni.

La prima: che la presenza di una storia clinica, se è un mezzo di prova importante, non è tuttavia un elemento necessario per giungere al riconoscimento di una incapacità, per quanto la sua assenza debba essere in linea generale considerata un indizio sfavorevole. Infatti, non bisogna dimenticare che vi sono delle serie forme di anomalia psichica che per il soggetto sono, come suol dirsi, egosintoniche, tali quindi da non portarlo spontaneamente a sottomettere ai

(17) Cf. l'enunciato del can. 1527 § 1 e la sua illustrazione da parte dell'avv. prof. Carlo Gullo in questo corso di aggiornamento.

clinici la propria condizione. Inoltre, occorre riconoscere che l'assenza o anche la non precisa ricostruibilità della storia clinica del soggetto possono essere supplite con altri mezzi di prova, ad esempio quello di un serio approfondimento peritale.

In secondo luogo: che se vi è stata una storia clinica del soggetto, dovrà essere preoccupazione del giudice ricostruirla il più precisamente possibile. Sembrerebbe una raccomandazione ovvia, ma devo dire che più volte ho constatato quella che si potrebbe chiamare una sorta di inversione logica dell'uso dei mezzi di prova. Mi spiego con un esempio: si trattava del caso di un giovane che fin dai sei anni di età aveva avuto seri problemi psicologici, manifestatisi anche sotto forma di tics assai disturbanti pure per la sua vita di relazione (studio, amicizie, lavoro...). Nelle loro deposizioni, l'interessato (attore in causa) e anche alcuni suoi parenti elencavano le cure, i ricoveri e i consulti medici che si erano resi necessari per lo sfortunato giovane: ebbene, nulla di tutto ciò fu approfondito in istruttoria, arrestandosi questa all'ascolto di testimoni comuni che in sostanza si limitavano a dire che il soggetto soffriva molto per i suoi tics e che forse era immaturo quando si sposò, perché la convenuta era la prima ragazza che lo accettava, per quanto non fosse tanto adatta a lui come carattere. In questo senso parlo di inversione logica dei mezzi di prova: si assume una prova testimoniale del tutto generica (i testimoni nemmeno descrivevano in cosa consistessero i tics dell'interessato, né comunque sarebbero stati in grado di andare al di là del sintomo esteriore), mentre si trascura una prova tecnica (testimoniale e documentale) del tutto specifica e decisiva per la soluzione della causa, quella rappresentata dalla documentazione clinica e dai curanti. *Absit iniuria verbis*: è un po' come se, dovendo stabilire i confini controversi di un fondo, il giudice, invece che preoccuparsi di acquisire certificati catastali, contratti o altri strumenti elettivamente nati a dimostrare e a rendere certo il diritto di proprietà, impostasse la sua istruttoria chiamando anzitutto come testimoni gli avventori dell'osteria del paese e chiedendo loro fin dove si estenda la proprietà di Tizio, contestata da Caio.

In terzo luogo — ma qui ci deve limitare a un accenno, perché il problema è complicato dal diverso tipo di assetto giuridico della Chiesa all'interno degli Stati nazionali e dalla legislazione in merito alla cosiddetta *privacy* o all'esercizio di determinate professioni che i diversi ordinamenti civili prescrivono — vanno richiamate alcune tipiche difficoltà di acquisizione dei mezzi di prova in parola. Diffi-

coltà che derivano dagli accennati assetti normativi, dalla sensibilità culturale degli operatori, dalla lealtà e atteggiamento della parte convenuta nel processo, soprattutto dal punto di vista della disponibilità alla liberazione dal segreto professionale degli eventuali curanti e istituti di cura. Si tratta di difficoltà talora assai consistenti e penalizzanti per la retta amministrazione della giustizia ecclesiale: i complessi problemi giuridici⁽¹⁸⁾ e le diverse prassi utilizzate in proposito meritano forse di essere più approfonditamente studiate e, in questa nostra sede, anche solo fatte oggetto di scambio.

1.3.2. Quanto al mezzo di prova peritale, mi limito pure ad alcuni accenni che mi appaiono di particolare rilevanza⁽¹⁹⁾.

In primo luogo alla sottolineatura, derivante anche solo dalla collocazione sistematica della materia⁽²⁰⁾, che la perizia, ossia il frutto del lavoro dell'esperto, è un mezzo di prova. Tale è la qualificazione processuale propria della perizia canonica, non priva di conseguenze: in primo luogo quella di una netta distinzione fra perito e giudice; in secondo luogo che trattasi di una prova fra le altre, che il giudice dovrà adeguatamente apprezzare (secondo i criteri che richiameremo più sotto) fuggendo ogni indebita sottovalutazione o so-

⁽¹⁸⁾ Problemi di rapporto fra ordinamento civile e quello canonico, con tutte le possibili varianti derivanti dal tipo di riconoscimento che il primo tributa al secondo; problemi poi di bilanciamento fra diritti della persona (anche all'interno dei singoli ordinamenti) come ad esempio, anche solo per limitarci all'ordinamento canonico, fra diritto della persona alla tutela della buona fama e dell'intimità personale (cf. can. 220) e quello di tutelare efficacemente le proprie posizioni giuridiche soggettive (cf. cann. 221 § 1 e 1440 § 1, 1), soprattutto quando da ciò discenda il libero esercizio della scelta dello stato di vita (cf. can. 219).

⁽¹⁹⁾ Sul tema delle perizie cf. P. BIANCHI, *Le prove: a) dichiarazioni delle parti; b) presunzioni; c) perizie*, in AA.VV., *I giudizi nella Chiesa. Il processo contenzioso e il processo matrimoniale*, Milano 1998, soprattutto 96-107 e la bibliografia della nota 56, cui vanno aggiunti i contributi di M.J. ARROBA CONDE, *La prova peritale e le problematiche processualistiche*, in AA.VV., *L'incapacità di intendere e di volere nel diritto matrimoniale canonico* (can. 1095, nn. 1-2), Città del Vaticano 2000, 383-410; M.F. POMPEDDA, *Dialogo e collaborazione tra giudici e periti nelle cause di nullità di matrimonio*, in *Periodica* 88 (1999) 141-161; G. VERSALDI, *The Role of Experts in Marriage Procedures*, in *Forum* 9 (1998) 83-98.

⁽²⁰⁾ I cann. 1574-1581 e 1680 si trovano infatti collocati nell'abito della trattazione sulle prove. Condivide questa qualificazione della perizia come mezzo di prova, fra gli altri, anche F.J. RAMOS, *I tribunali ecclesiastici. Costituzione, organizzazione, norme processuali, cause matrimoniali*, Roma 2001, 443-445.

pravvalutazione. Come è noto, il sistema canonico adotta in ampia misura il sistema della libera valutazione delle prove⁽²¹⁾, limitando sensibilmente le cosiddette prove legali. Queste non vanno dunque nell'ordinamento surrettiziamente reintrodotte, cosa che avverrebbe laddove, al di là di un giusto e ragionevole apprezzamento, il giudice in pratica demandasse al perito la decisione della causa, limitandosi di fatto a prendere atto delle di lui conclusioni.

Tale prima sottolineatura ne richiede una seconda. Ossia la precisazione di quanto è oggetto proprio della perizia: ossia l'apporto clinico, medico o psicologico che sia. In questa precisa ottica ha il suo genuino significato l'espressione *peritis in arte credendum est*: essa è relativa appunto all'apporto clinico, ossia a quanto verte nell'ambito di competenza (l'*ars*) del perito ed è stato conseguito con le opportune regole metodologiche (*cum arte*, potremmo dire). Da ciò derivano, a mio sommessimo avviso, importanti conseguenze circa i quesiti da formulare per il perito. Essi dovranno concernere direttamente il suo ambito proprio di competenza, né sarà in alcun modo lecito proporgli quesiti di carattere giuridico e con terminologia giuridica⁽²²⁾: in tal modo, lo si spingerebbe a operare *extra artem*.

In terzo luogo va richiamata, come usualmente sogliono esprimersi giurisprudenza e dottrina, la necessità di una valutazione « critica » della perizia. Tale esigenza viene icasticamente espressa nell'aporisma secondo cui: *iudex peritus [est] peritorum*. Tale espressione va ben compresa: non si oppone direttamente a quella ricordata poc'anzi; diversamente si concreterebbe nell'autorizzazione a favore del giudice a commettere quella violazione di competenza che si vieta al perito, di questi sindacando direttamente la diagnosi e l'apporto proprio. Si colloca invece su di un piano diverso e solo significa che è al giudice che spetta propriamente il giudizio di carattere giuridico,

(21) Cf. il can. 1608 § 3.

(22) Come ad esempio se si domandasse direttamente al perito se il periziando possedesse la debita *discretio iudicii*; oppure se vada considerato capace *assumendi obligationes matrimonii essentialis*. Si noti però bene; ciò non significa che al perito, oltre alla diagnosi dell'anomalia del soggetto, non possano proporsi altri quesiti che facilitino al giudice la valutazione giuridica, tipo se il perito dal suo punto di vista veda delle gravi controindicazioni al matrimonio nel periziando. E nemmeno significa che una perizia che entri in determinazioni di tenore giuridico vada *eo ipso* scartata: se ne dovrà ugualmente apprezzare l'apporto proprio senza peraltro avallare l'errore metodologico dello smarginamento di competenza.

giudizio da rendersi con criteri giuridici e tenendo conto di tutti i mezzi di prova acquisiti⁽²³⁾, non solo della perizia. Come ben si può comprendere, è di somma importanza avere quindi ben chiari i criteri della detta valutazione critica della perizia. Sinteticamente, essi possono essere dedotti dai cann. 1578 § 2 e 1579 § 1 e organizzati secondo la convenzionale partizione fra: *a*) criteri « estrinseci »: soprattutto relativi alla preparazione scientifica specifica e alla coerenza di premesse e conclusioni del perito con l'antropologia sottesa all'ordinamento canonico; *b*) criteri « intrinseci »: soprattutto relativi alla correttezza logico/metodologica dell'elaborato peritale e alla compatibilità di esso con il resto degli atti di causa.

Da ultimo, vorrei richiamare all'importanza di una seria applicazione del can. 1578 § 3 per una corretta valutazione della perizia. Il risentire il perito, non già per un riconoscimento meramente formale del suo elaborato ma per eventuali chiarimenti e per la risoluzione di possibili difficoltà emergenti dal testo della perizia, non può che giovare in genere (ossia in ordine a ogni eventuale futura collaborazione) e in specie (ossia in riferimento alla causa *sub iudice*) al dialogo fra giudice e perito e al miglior chiarimento possibile della questione cui entrambi lavorano, seppure dai loro differenti punti di vista. E quanto meglio dialogheranno, tanto meglio il processo funzionerà e, quindi, tanto meglio le persone che vi sono parti saranno servite: perché la struttura del processo e in esso gli istituti del giudice e del perito non mirano ad altro che al servizio delle persone, secondo verità e giustizia.

2. *Il criterio oggettivo/normativo.*

Il criterio oggettivo/normativo della verifica di una pretesa incapacità psichica consiste nell'acclarare se una determinata anomalia

(23) Intenzionalmente ho voluto richiamare i due noti detti e cercare di darne una spiegazione ragionevole e non contraddittoria: infatti talora si assiste a un loro uso superficiale, che tradisce una surrettizia impostazione di fondo: il primo (*peritis in arte credendum*) viene utilizzato per sottrarsi ad una lettura critica della perizia e per abbracciarne ogni tipo di conclusione; il secondo (*iudex peritus peritorum*) viene al contrario utilizzato semplicemente per rifiutarsi di accogliere le conclusioni di una perizia, dispensandosi però da una loro disamina critica e dalla dimostrazione della loro non accoglibilità da parte del giudice. In tal modo i due aforismi non vengono retta-mente compresi e sono contrapposti senza rendersi conto che essi si trovano per così dire su piani epistemologici diversi, non essendo quindi immediatamente raffrontabili.

individuale abbia ostacolato in radice l'osservanza, e quindi l'assunzione a titolo di dovere giuridico, di un qualche obbligo essenziale dello stato coniugale. In merito vorrei approfondire tre aspetti: la questione teorica degli obblighi essenziali, sviluppandone almeno in parte i profili concettuale e contenutistico; in secondo luogo, indicare alcune conseguenze che si potrebbero definire insieme etiche e processuali; infine, trattare del mezzo di prova più pertinente alla verifica di tale criterio.

2.1. *La questione teorica: le obligationes matrimonii essentiales.*

Il can. 1095, 3 relativizza la prevista incapacità agli obblighi essenziali dello stato coniugale.

2.1.1. Occorre in primo luogo soffermarsi sui concetti utilizzati. Dal loro tenore si evince che deve trattarsi di prestazioni giuridicamente esigibili (« obblighi »), nonché « essenziali », ossia dalle quali dipende lo stesso *esse* e non solo il *bene esse* del matrimonio⁽²⁴⁾. Tale precisazione appare di particolare importanza, se si vuole riconoscere un senso proprio alle parole: non si tratta solo di ciò che è facoltativo, per quanto opportuno ed auspicabile, ma precisamente di quanto è obbligatorio e inderogabile; nemmeno si tratta di quanto è accidentale, per quanto importante e qualificante l'ente cui si riferisce, ma di ciò da cui dipende la sua stessa sussistenza. Tener presenti questi concetti e il loro significato proprio è già un punto di riferimento importante per l'interpretazione della norma: ossia in ultima analisi per la sua applicazione al fatto concreto.

2.1.2. Quanto poi al contenuto della locuzione « obblighi essenziali del matrimonio », occorre prendere atto dell'insussistenza di una esaustiva elencazione di tali obblighi, nel senso che né il Legislatore ne ha fatto un elenco esplicito ed esaustivo, né la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato da parte loro un simile elenco.

Alla luce però delle precisazioni concettuali appena sopra fatte soprattutto in riferimento al concetto di « essenza », nonché alla luce del riconoscimento dell'esigenza logica che l'ordinamento contenga tutti gli elementi essenziali dell'istituto (con la conseguente possibi-

⁽²⁴⁾ Cf. ad esempio la sentenza c. Burke 20 ottobre 1994, in ARRTDec. LXXXVI, 446-456; ma l'affermazione è costante in giurisprudenza.

lità di ricavarli per via deduttiva), sembra del tutto ragionevole affermare la loro possibile deduzione appunto dalla essenza, nonché dalle proprietà e dalle finalità intrinseche dell'istituto matrimoniale, nel senso di *matrimonium in facto esse* e nei termini descritti nei cann. 1055 § 1, 1056 e 1061 § 1, quest'ultimo con specifico riferimento a quella modalità dell'esercizio della sessualità che possa essere considerata coniugale. Tale opera di deduzione non può essere sviluppata per esteso in questa sede⁽²⁵⁾; solo vorrei fare qualche accenno al tema degli obblighi essenziali che possono dedursi dalla finalizzazione istituzionale del matrimonio *ad bonum coniugum*.

Tale opzione deriva da due considerazioni. La prima è quella della intrinseca difficoltà dell'argomento. Penso di non poter essere smentito nell'affermare che la riflessione in merito all'ordinazione del matrimonio *ad bonum coniugum* non ha trovato ancora un definitivo assetto scientifico ma nemmeno, per dir così, un accordo di mero fatto nella prassi giurisprudenziale. Se sono più frequenti le illustrazioni estensive del concetto⁽²⁶⁾, non mancano anche posizioni che negano ad esso qualsiasi rilievo giuridico autonomo⁽²⁷⁾: in una parola, ci si trova ancora in una situazione di relativa incertezza.

Per conseguenza (e questa è la seconda ragione della opzione da me fatta di toccare seppure brevemente questo argomento), anche la prassi giurisprudenziale è almeno in parte incerta, seppure — a ben riflettere — la gran parte delle cause di incapacità ai sensi del can. 1095, 3 ruotino attorno al tema del *bonum coniugum*. Se si volesse infatti ricondurre i disparati casi che la prassi giudiziaria propone a ciò che costituisce essenza, finalità, proprietà del matrimonio, ci si troverebbe nella gran maggioranza dei casi a doversi riferire alla finalizzazione del matrimonio al bene dei coniugi quale concetto in grado di meglio qualificare (seppure come detto in modo ancora im-

(25) Vi è molta dottrina in merito, personalmente ho cercato di farlo in P. BIANCHI, *Il difetto di discrezione di giudizio circa i diritti e doveri essenziali del matrimonio*, in AA.Vv., *L'incapacità di intendere e di volere nel diritto matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 2000, 127-131.

(26) Cf. a titolo di esempio l'articolo notissimo di G. LESAGE, *The « consortium vitae coniugalis »; nature and applications*, in *Studia Canonica* 6 [1972] 99-113.

(27) Cf. ad esempio C. BURKE, *L'oggetto del consenso coniugale. Una analisi personalistica*, Torino 1997, XIII-111, dove si riconduce il bene dei coniugi alla volontà di vivere la mutua donazione fedele, permanente, aperta alla procreazione; o le c. Burke 26 novembre 1992, in ARRTDec. LXXXIV, 577-587 e 26 marzo 1998, in *Monitor Ecclesiasticus* 124 (1999) 236-291.

perfetto) la fattispecie⁽²⁸⁾. Tale fatto impone ancor più decisamente di impegnarsi in uno sforzo di comprensione.

2.1.3. Venendo al detto tentativo di approfondimento — e con la chiara consapevolezza di svolgere un discorso né nuovo, né definitivo, né con tutta probabilità esaustivo e sufficiente — mi permetto di avanzare le seguenti considerazioni.

Mi sembra in primo luogo importante non perdere di vista come il discorso sul *bonum coniugum* vada mantenuto in termini oggettivi (non potendo coincidere con la soddisfazione soggettiva dei coniugi a proposito della loro unione); e come non sia legittimo prospettare presunti obblighi essenziali che non coeriscano con la visione antropologica cristiana (ad esempio secondo la già detta prospettiva individualistica, oppure in senso contrario ad altri cardini dell'istituto: quali ad esempio il dovere della fedeltà o il principio della indissolubilità del matrimonio).

In secondo luogo, vorrei riproporre il possibile recupero nel concetto di *bonum coniugum* delle cosiddette finalità «secondarie» del Codice del 1917 (cf can. 1013 § 1), per quanto rilette alla luce della sensibilità favorita dal magistero del Concilio Vaticano II. In questo senso: *a)* dal *remedium concupiscentiae* si dovrebbe desumere la disponibilità/capacità a realizzare col coniuge una almeno minimale integrazione psicoaffettiva o psicosessuale, che (al di là del rispetto della ordinazione alla procreazione) non sarebbe possibile laddove la sessualità fosse vissuta in modo pericoloso o gravemente immorale⁽²⁹⁾; *b)* dal *mutuum adiutorium* si dovrebbero desumere: la disponibilità/capacità a un aiuto almeno minimale nelle circostanze ordinarie della vita e nell'assolvimento dei doveri matrimoniali; il rispetto della titolarità del coniuge a una posizione paritetica quanto ai diritti e doveri coniugali (cf can. 1135); l'astensione da tentativi di corruzione morale e/o religiosa del coniuge; il rispetto della sua dignità di persona, ad esempio attraverso la salvaguardia della sua libertà fisica e morale.

⁽²⁸⁾ Cf. ad esempio il ragionamento della c. Colagiovanni 20 marzo 1991, in ARRTDec. LXXXIII, 177-178.

⁽²⁹⁾ Problematico appare invece il caso della sensibile deflessione, dopo magari pochi rapporti, delle capacità sessuali del soggetto dalla norma statistica. Problematico per il pericolo di attribuire surrettiziamente rilievo a una impotenza solo temporanea, come richiamato dalla c. Funghini 8 novembre 1989, in ARRTDec. LXXXI, 657-669.

Si tratta, come anticipato, di posizioni assai probabilmente non esaustive in merito ai doveri che si possono desumere dall'ordinazione del matrimonio al bene dei coniugi; posizioni, inoltre, che vanno attentamente vagliate anche sotto il profilo della loro «storizzazione» in rapporto ai problemi che sollevano: ad esempio sotto il profilo del diverso ambiente culturale (si pensi al modo di considerare la donna in un contesto, pur cristiano, occidentale od orientale); oppure di quello della libertà religiosa (non potendosi negare la possibilità di testimoniare il proprio credo al soggetto in buona fede e in condizione di errore invincibile).

Concludo richiamando la esistenza di un orientamento di pensiero che — nella linea della ormai assodata separazione fra i concetti di unità e di fedeltà, obiettivamente distinti — riconduce la volontà positivamente contraria (ma certo anche la incapacità) a essere fedele al tema del *bonum coniugum*, in quanto gravemente lesive della dignità personale del coniuge e obiettivamente contrarie alla donazione coniugale di sé⁽³⁰⁾.

2.2. *Conseguenze etiche e processuali.*

Con questa espressione intendo porre in evidenza due aspetti che mi paiono avere un certo rilievo sia sul piano deontologico, sia su quello processuale.

Il primo aspetto è il seguente: se la incapacità ha un suo specifico oggetto, credo sia esigenza di giustizia naturale che si abbia nel processo a determinare nei confronti di quale specifico obbligo essenziale del matrimonio il dichiarando incapace sia da ritenersi inadatto. Tale determinazione dovrà evidentemente trovare la sua formalizzazione più propria e completa nella motivazione della sentenza che dà fine al grado di giudizio, ma non potrà non trovare le sue premesse logiche e di fatto nell'attività istruttoria. E non si tratta solo di una esigenza di giustizia naturale, ai confini quindi con il campo dell'etica; essa trova altresì una specifica tutela nel diritto positivo, sotto forma di quel principio fondamentale che è la salvaguardia del diritto alla difesa, almeno nei suoi termini sostanziali⁽³¹⁾. E come possa essere rispettato il diritto di difendersi di chi viene dichiarato inca-

⁽³⁰⁾ Cf. gli accenni nelle sentenze c. Funghini 23 ottobre 1991, in ARRTDec. LXXXIII, 604.605.608 e c. Defilippi 27 luglio 1994, in ARRTDec. LXXXVI, 415.

⁽³¹⁾ Cf. i cann. 221 § 1 e 1620, 7.

pace se non gli si illustra in rapporto a cosa viene ritenuto tale, dandogli quindi la possibilità di controprovare e di controargomentare, resta per me un grosso punto di domanda. Detto altrimenti: laddove una decisione giudiziaria, richiamate le linee fattuali di una vicenda e le eventuali conclusioni peritali, si limitasse a dichiarare un soggetto incapace di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio senza sforzarsi, con un ragionamento di carattere giuridico, di illustrare quale o quali di detti obblighi siano per il soggetto determinato impossibili, tale sentenza sarebbe gravemente difettosa dal punto di vista della sua motivazione.

Il secondo aspetto sul quale intendo richiamare l'attenzione è il seguente: se oggetto della incapacità sono gli obblighi essenziali del matrimonio, si dovrebbe essere condotti ad ammettere che esistano in realtà tanti tipi di incapacità ai sensi del can. 1095, 3 quanti sono appunto gli obblighi essenziali del matrimonio⁽³²⁾. Non deve apparire strana questa considerazione, la quale trova anche una verifica empirica nella considerazione analogica di quanto avviene nel campo delle cosiddette « simulazioni » di consenso: a una esclusione che attiene all'essenza del matrimonio (quella denominata « totale »), si assommano tante altre esclusioni quante sono le proprietà e le finalità istituzionali del matrimonio. Da questo secondo rilievo vengono confermate le esigenze etiche e processuali espresse in precedenza; tuttavia pure si aprono nuovi problemi di analogo segno.

Basti pensare al complesso e delicatissimo tema della conformità di decisioni, come è noto istituto necessario perché si abbia a creare l'esecutività della sentenza in cause attinenti lo stato delle persone⁽³³⁾. In concreto: la decisione in primo grado di giudizio che dichiara Tizio incapace ad assumere l'obbligo essenziale A è conforme alla decisione di secondo grado che lo ritiene sì incapace, ma in relazione all'obbligo essenziale B? Ma l'interrogativo ha un risvolto an-

⁽³²⁾ In questa linea, cf. U. NAVARRETE, *Capita nullitatis matrimonii in Codice I.C.* 1983. *Gressus historicus versus perfectionem ordinem systematicum*, in *Iustus Iudex* (hrsg. K. Lüdicke, H. Mussinghoff, H. Scwendenwein), Lüdingshausen s.d. (ma 1990), 272 e anche la c. Stankiewicz 9 marzo 1995, in ARRTDec. LXXXVII, 181.

⁽³³⁾ Per il concetto di conformità di sentenze, cf. il can. 1641, 1, che sembra per il vero orientare verso il concetto di conformità cosiddetta formale; per la esecutività della sentenza in cause di stato delle persone, cf. il can. 1644 sotto il profilo del rimedio straordinario esperibile e il can. 1684 per quanto concerne gli aspetti sostanziali in materia matrimoniale.

cora più difficile: una volta creatosi il cosiddetto giudicato sostanziale su un determinato tipo d'incapacità (poni l'osservanza della fedeltà), a seguito di due sentenze conformi negative⁽³⁴⁾, sarebbe possibile riproporre la causa in primo grado, allegando che l'incapacità concernerebbe ora ad esempio il *bonum coniugum*, oppure le capacità minimali di garantire il *bonum prolis*? Non si incorrerebbe in tal modo in quella preclusione fondamentale a un nuovo giudizio che viene espressa dalla formula *ne-bis in idem*? Da un lato: se si accetta che la *incapacitas* sia determinata dal tipo di obbligo, si dovrebbe riconoscere in capo al proponente la nuova domanda il diritto di agire. Dall'altro: tenendo conto sia del fatto che gli obblighi essenziali del matrimonio non sono ancora in maniera univoca determinati, sia del fatto che le diverse possibilità di esclusione volontaria sono tipizzate dalla legge⁽³⁵⁾ mentre della incapacità di assumere gli obblighi del matrimonio si tratta in modo complessivo, si dovrebbe giungere alla conclusione che, pur essendo identificabili diversi profili di incapacità al matrimonio, l'esercizio della relativa azione comporti sempre e in ogni caso un accertamento complessivo di merito, sia su quanto viene espressamente dedotto, sia su quanto sarebbe eventualmente deducibile.

2.3. *Il mezzo di prova più pertinente alla verifica del criterio oggettivo/normativo dell'incapacità.*

Sviluppando anche in relazione a questo criterio il convincimento espresso che ogni oggetto di prova abbia in linea generale un suo mezzo di prova elettivamente più pertinente, mi sembra pacificamente condivisibile l'affermare che lo strumento probatorio principe nel caso sia la ricostruzione dei fatti. Per « fatti » si intendono qui specificamente le condotte del soggetto dichiarando incapace, per verificare se esse integrino eventuali violazioni di doveri connessi allo stato

(34) È chiaro che questo tipo di giudicato si forma anche nelle cause di stato delle persone e corrisponde al *facere ius inter partes* della sentenza, con la relativa eccezione *rei iudicatae*, ai sensi del can. 1642 § 2. Il passaggio in giudicato che non si forma nelle cause di stato è quello « formale », previsto dal can. 1642 § 1, che preclude l'impugnazione diretta salva la manifesta ingiustizia. Nelle cause di stato delle persone è possibile invece il nuovo esame di merito alle condizioni previste dal can. 1644.

(35) Cf. il can. 1101 § 2, che identifica come distinte varie ipotesi di esclusione i cui oggetti sono chiari, essendo abbastanza pacifico che *elementum essenziale* del matrimonio sia l'ordinazione alle sue finalità istituzionali.

coniugale. Appare, a mio sommosso avviso, francamente assai problematica la dichiarazione di incapacità al matrimonio senza la prova di violazioni effettive di doveri coniugali e anzi in presenza della osservanza di detti doveri (magari anche per un tempo prolungato).

Come è evidente, tale mezzo appartiene a quella prova che viene tipizzata dall'ordinamento con il nome di presunzione, precisamente presunzione *hominis, quae a iudice conicitur*⁽³⁶⁾. Se le cose stanno così, questo mezzo di prova non potrà sottrarsi alla regola specifica che la legge stabilisce al can. 1586, il che è quanto a dire che i fatti dai quali trarre induzioni⁽³⁷⁾ dovranno essere giudizialmente provati, chiaramente ricostruiti e pertinenti con l'oggetto principale della causa.

Meglio illustrando queste regole: dovrà trattarsi in primo luogo di fatti certi. Certi in quanto provati con certezza morale, non ammettendosi una presunzione da altre presunzioni o da semplici opinioni soggettive, che peraltro non sono nemmeno fatti (almeno fatti del preteso incapace). Di qui quella che a me pare la poca opportunità di chiedere ai testi (comuni, non tecnici, quali sono invece ad esempio i clinici) pareri sulla capacità delle parti: ciò conduce il teste fuori del proprio ruolo processuale e può produrre equivoci, spesso non conoscendosi il punto di vista secondo cui il teste valuta la capacità, la maturità, l'attitudine al matrimonio della parte.

In secondo luogo, dovrà trattarsi di fatti determinati, ossia ben precisati nelle loro coordinate di tempo, di frequenza, di eventuale ripetizione. Per spiegarmi con degli esempi: penso sia indiscutibile che iniziare una relazione adulterina sia condotta contraria a un dovere essenziale dello stato coniugale; tuttavia, ai fini della prova indiziaria della incapacità, non sarà irrilevante accertare se il fatto sia accaduto dieci giorni oppure dieci anni dopo le nozze. Ancora: la violenza fisica è senza dubbio un comportamento irrispettoso e contrario al bene (oggettivo) del coniuge; tuttavia, ai fini della prova indiziaria della incapacità, non sarà irrilevante verificare se il riprovevole fatto sia accaduto in un'unica o in poche occasioni, oppure se sia stato il modo pressoché abituale di rapportarsi di uno dei coniugi nei confronti dell'altro.

⁽³⁶⁾ Can. 1584.

⁽³⁷⁾ La prova presuntiva deve essere chiamata forse più propriamente induttiva che deduttiva: essa infatti risale da un fatto specifico noto ad un altro fatto specifico ignoto; e non invece deduce da principi di carattere generale le conseguenze in essi implicite.

In terzo luogo, se occorre che il fatto da cui trarre una presunzione giudiziale *directe cohaereat* con l'oggetto della causa, è chiaro che (pur non essendo altre condotte anomale del tutto prive di rilievo) tanto maggiore valore indiziario avranno quei comportamenti negativi (commissivi od omissivi) che più da vicino tocchino le esigenze della vita coniugale. Anche qui esemplificando: mentre gran rilievo indiziario potrà avere la presenza costante di un comportamento sessuale gravemente anomalo se non addirittura la diagnosi di un disturbo della sessualità, assai meno rilievo potrà avere quella di un disturbo quale l'agorafobia o la cleptomania⁽³⁸⁾, per quanto sicuramente assai antipatici per il soggetto e per il suo coniuge.

3. *Conclusioni.*

Sperando di aver offerto qualche utile spunto di riflessione e di discussione su di una problematica per molti versi ancora aperta, non mi resta — oltre che naturalmente ringraziare per la vostra attenzione — che dire una parola sulla causa fornita per l'esercitazione. Già i quesiti proposti per la discussione ne sottolineano le peculiarità e le difficoltà precipue: la pratica assenza di storia clinica del convenuto; la sua stessa assenza dal giudizio; la perizia solo sugli atti. Sono difficoltà con le quali spesso è dato di confrontarsi nei nostri tribunali, difficoltà di fatto cui, nel caso, si aggiunge quella più teorica di individuare quale obbligo essenziale fosse eventualmente impossibile per il convenuto.

⁽³⁸⁾ Cf. la sentenza c. Funghini 1 febbraio 1995, in ARRTDec. LXXXVII, 106-119.