

Eloy TEJERO, *¿Imposibilidad de cumplir o incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio? Historia, jurisprudencia, doctrina, normativa, magisterio interdisciplinarietà y psicopatología incidentes en la cuestión*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2005, p. 1305.

Nel «prologo» che presenta questa ricchissima opera del prof. Tejero, il prof. Juan Ignacio Bañares la definisce come una « enciclopedia » dell'incapacità. Si tratta di un'immagine che si adatta assai bene al lavoro pubblicato dal prof. Tejero. Non certo e non solo per il volume complessivo dell'opera, che consta di 1305 fittissime pagine, ma soprattutto per altre due ragioni.

La prima è la sua esaustività, derivante dall'aver affrontato e trattato il tema dell'incapacità psichica di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio — così come stabilita nel can. 1095, 3° — con una spiccata attenzione interdisciplinare; con l'attenzione, cioè, di esaminare le questioni anche non propriamente giuridiche connesse al tema, pur senza mai dimenticare la prospettiva giuridica dello studio condotto e, ultimamente, la natura giuridica del concetto di incapacità canonica al matrimonio. Lo stesso sottotitolo dell'opera (ma basta scorrerne l'indice per averne conferma) testimonia l'attenzione interdisciplinare che la rende appunto assai completa.

La seconda ragione che fa ritenere particolarmente adatta al libro del prof. Tejero l'immagine dell'enciclopedia è a mio giudizio il fatto che le singole parti che compongono l'opera godono di una relativa (relativa, perché l'opera resta fondamentalmente unitaria) autonomia e che si presentano tutte come particolarmente approfondite e argomentate. Perciò esse possono anche essere studiate e consultate a modo di monografie sui singoli temi di cui si occupano: una consultazione facilitata da un indice dettagliatissimo, che consente di individuare facilmente l'argomento che si vuole approfondire e sul quale si intende verificare più puntualmente il pensiero dell'Autore.

* * *

Il problema nodale cui il libro vuole dare risposta è quello indicato icasticamente nel titolo: quello cioè di indagare la struttura ontologica del tipo di incapacità normata nel can. 1095, 3° e, di conseguenza, la sua struttura giuridica. È infatti evidente che la ricerca giuridica non è condotta in chiave puramente positiva, bensì sia con un costante riferimento metafisico, che si realizza con l'attenzione alla « natura » dell'uomo intesa come natura umana e con un'impostazione « realistica » tesa a cogliere la giuridicità intrinseca nella struttura della realtà; sia mantenendo ferma l'attenzione sulla tradizione canonica e sul Magistero della Chiesa, cosa che appunto salvaguarda da

una riduzione positivista della disciplina canonica.

La tesi dell'Autore è che la capacità di cui al can. 1095, 3° resta un'incapacità propriamente consensuale, sul piano della volontà, la considerazione della quale non entra invece nei due primi numeri del can. 1095. Si tratta dunque dell'incapacità di volersi impegnare nel matrimonio, della non funzionalità della volontà appetitiva nei confronti degli obblighi essenziali del matrimonio: incapacità «di assumere». Il prof. Tejero ritiene non condivisibile fondare l'incapacità di assumere su di una impossibilità «di compiere», cioè di adempiere, gli obblighi dello stato coniugale. Tale teoria di spiegazione dell'incapacità comporterebbe una surrettizia introduzione nel sistema matrimoniale canonico della dottrina civilistica del contratto, laddove l'impossibilità di suo adempimento (anche sopravvenuta) ne consente la risoluzione. Il pericolo che egli vede come correlato a tale impostazione è quello di un pratico depotenziamento del principio dell'indissolubilità del matrimonio, minato da un'impostazione giuridica fondamentalmente funzionalistica ed edonista, così come egli stesso la designa.

* * *

La struttura dell'opera è piuttosto articolata. Dopo un indice molto ampio relativo sia ai contenuti sia alle sigle e abbreviazioni (7-22), si trova il già ricordato pro-

logo del prof. Bañares (23-27), al quale succede una lunga introduzione (29-58) nella quale si dichiarano le ragioni che hanno indotto a intraprendere questo studio — ossia i «frutti amari» dell'equivoco fra assumere e compiere di cui poco sopra — e si delineano le vie che si intendono seguire per la soluzione del problema.

Lo sviluppo di tale soluzione occupa il corpo dell'opera, suddiviso in dodici parti (che presenterò brevemente di seguito) e che copre più di mille pagine: da 59 a 1165. Una sintesi finale (1167-1254) riprende i contenuti delle dodici parti nelle quali lo studio è suddiviso. Concludono il volume un elenco di fonti (1255-1269), suddivise in normative-magisteriali e giurisprudenziali, e una amplissima bibliografia (1271-1305), ripartita nelle due sezioni: canonico-teologica nonché di ambito antropologico e psichiatrico.

* * *

La prima parte dello studio (59-156) si preoccupa di chiarire i termini della questione. In un primo capitolo si mostra come il termine «incapacità», non frequentemente usato in ambito canonico, sia stato da dottrina e giurisprudenza usato in modo equivoco, ossia ritenendolo fungibile ed equivalente con quello di inabilità. Il primo in realtà concernerebbe per l'Autore l'aspetto soggettivo, indicando l'idoneità del soggetto a porre l'atto giuridico che dà vita al matrimo-

nio; il secondo, invece, riguarderebbe l'aspetto oggettivo, ossia la possibilità di adempiere le prestazioni che sono oggetto del patto nuziale. La questione, dal punto di vista terminologico e concettuale, si sarebbe ulteriormente complicata a seguito dell'utilizzo in campo giuridico di una terminologia propria della teologia morale, cioè quella della cosiddetta impossibilità morale, consistente nella grave difficoltà a osservare un determinato obbligo. Tale uso introdurrebbe una confusione fra ciò che è necessario per il valido sorgere di un obbligo giuridico e ciò che invece può attenuare o eliminare la responsabilità morale per il non compimento di un obbligo pur sussistente; una confusione che rischia di trasformare profondamente la teoria matrimoniale canonica e che viene considerata incompatibile con l'insegnamento di Giovanni Paolo II, il quale ha postulato una stretta relazione fra consenso e assunzione degli obblighi.

Nel secondo capitolo si sottopongono ad analisi le diverse accezioni che ha assunto nella riflessione canonistica il verbo «assumere» in rapporto agli obblighi matrimoniali. L'accezione che lo intende come la possibilità di adempiere, eseguire, realizzare gli obblighi del patto — venendo quindi il concetto di «assumere» sussunto in quello di «adempiere» — pone secondo Tejero le premesse del dissolvimento del matrimonio in un processo di continuo divenire, un'ipotesi già peraltro

prospettata in alcune soluzioni dottrinali. I due concetti devono invece per l'Autore rimanere chiaramente distinti: «assumere» significa consentire all'ordinazione del matrimonio ai suoi fini istituzionali, concetto che non può essere confuso con la possibilità di loro obiettivo adempimento. L'assumere — in altre paole — concerne non solo il momento del consenso, bensì lo stesso atto del consentire. Ciò propone la questione di distinguere adeguatamente la *incapacitas assumendi* anche in rapporto al *defectus discretionis iudicii*.

Nel terzo capitolo, la questione concettuale è analizzata dal punto di vista degli obblighi essenziali. Anche qui si rilevano delle confusioni, derivate da più ragioni: soprattutto la mancanza di una teoria generale canonica sulle obbligazioni; nonché la «essenzializzazione» del compimento degli obblighi, a partire dallo *ius in corpus* nel caso dell'impotenza, dimenticando invece l'essenza in senso proprio del matrimonio, che è il vincolo che unisce i coniugi e non invece la realizzazione dell'oggetto del patto. Per ovviare a queste confusioni, l'Autore — richiamandosi alla dottrina agostiniana e tomista — spiega il senso dell'incapacità di assumere gli obblighi con il concetto di *assumere in facultate voluntatis*, ove si avrebbe quindi uno specifico intervento di questa facoltà, non invece ancora considerata nel difetto di discrezione di giudizio, che si riferisce propriamente all'ambito della compren-

sione e, quindi, alla facoltà dell'intelletto.

La seconda parte (157-234) dell'opera illustra come, nel pensiero canonistico contemporaneo, si sarebbe realizzata una svalutazione della capacità propriamente consensuale — della capacità cioè del soggetto di costituire il matrimonio con un proprio atto — a favore della esaltazione della possibilità di realizzarne gli obblighi, a partire da quelli legati alla sessualità e incentrati sullo *ius in corpus*.

Nel primo capitolo si indica come siano andati scomparendo, nell'uso, termini propriamente canonici quali quello di *amentia*, a favore di termini mutuati da alcune correnti della psichiatria contemporanea: soprattutto quello di *insania morale*, che avrebbe condotto a ipotizzare una «impotenza morale» canonica. In questo sviluppo, il termine tipicamente canonico di *defectus discretionis iudicii*, si sarebbe tendenzialmente ristretto all'ignoranza, ossia all'errore di diritto, mentre si sarebbe fatto sempre più spazio un nuovo motivo di nullità in precedenza sconosciuto e fondato sull'impossibilità di adempiere gli obblighi del matrimonio. Tale evoluzione avrebbe portato anche una sorta di estensione del contenuto dei *bona matrimonii* possibile oggetto di esclusione o di incapacità: estensione nel senso di negare almeno di fatto la distinzione fra *intentio se obligandi* e *intentio adimplendi* e di dare rilievo nella determinazione della simulazione non solo alla volontà contra-

ria, ma anche alla condotta contraria ai doveri scaturenti dai *bona coniugii*. Così, ad esempio, nel secondo capitolo, si lamentano la riduzione dell'indissolubilità alla semplice permanenza nel tempo degli altri obblighi; oppure l'attrazione nel fenomeno simulatorio di mere intenzioni di abusare nell'esercizio del diritto in materia di prole o di fedeltà.

Nel terzo capitolo si sostiene che il fenomeno appena descritto sarebbe riscontrabile anche nell'evoluzione del trattamento riservato in dottrina e giurisprudenza all'omosessualità e alla ninfomania: nella loro considerazione si sarebbe passati dal porre l'attenzione sulla volontà o possibilità del soggetto di porre un atto di impegno al sottolineare la possibilità di adempimento, ad esempio del *bonum proles* e del *bonum fidei*. In questo modo essi avrebbero fatto ingresso nell'essenza del matrimonio in sé e non solo *in suis principiis*. Analogo sviluppo si sarebbe realizzato anche in materia di impotenza copulativa: dall'impossibilità di consumare il matrimonio alla impossibilità di garantire l'uso della sessualità per la durata della vita coniugale. In effetti, da un punto di vista teorico, la stessa incapacità di assumere è stata anche presentata più come un impedimento che come un vizio del consenso, come si evince dall'uso, da una parte della dottrina, dello schema del consenso *naturaliter sufficiens* e *iuridice efficax*. Questa opzione sistematica e l'analogia con l'impedi-

mento di impotenza copulativa ha portato anche al proporsi del problema della perpetuità dell'*incapacitas*. In merito sono state formulate diverse soluzioni, le quali non tutte sfuggono al rischio di ridurre il principio della perpetuità del vincolo alla possibilità di uso perpetuo di quanto oggetto degli obblighi matrimoniali.

La terza parte (235-329) analizza i punti di partenza diversi, e quindi anche gli sviluppi diversi, che da un lato porterebbero alla confusione e dall'altro invece alla distinzione fra incapacità di assumere e incapacità di adempiere.

Nel primo capitolo si descrive il punto di partenza ritenuto potenzialmente confusivo: ossia quello del contrattualismo in materia matrimoniale, una impostazione che avrebbe trovato la sua massima espressione successivamente alla codificazione canonica del 1917. Di questa impostazione si denunciano due limiti. Anzitutto la intrinseca incoerenza, dal momento che la dottrina contrattualistica è applicata in maniera non conseguente, temperando il principio della libera determinazione dell'oggetto del contratto con la postulazione di un oggetto essenziale del patto, predefinito rispetto alla volontà dei contraenti. Il secondo limite consisterebbe nella mancanza di qualsiasi fondamento romanistico o canonico della teoria che considera come base dell'incapacità *assumendi* una impossibilità *adimplendi*. Anche il noto aforisma *impossibile nulla obligatio* sarebbe

nel diritto romano da riferirsi alla mancanza di idoneità del soggetto per l'atto consensuale e non invece per il suo adempimento.

Nel secondo capitolo si indica il punto di partenza che viene ritenuto idoneo ad evitare le denunciate pericolose confusioni: ossia la cosiddetta concezione istituzionale e sacramentale del matrimonio. In essa il consenso è visto come il *sacramentum tantum* con il quale il soggetto aderisce a un progetto istituzionale divinamente stabilito e con il quale crea immediatamente il vincolo, visto come la *res et sacramentum* e il vero oggetto del consenso (non ridotto quindi allo *ius in corpus*). Ciò dispone alla grazia sacramentale, la *res tantum*, che aiuta nell'adempimento dei doveri dello stato coniugale, i quali non hanno però alcun rilievo essenziale nel suo venire in essere.

Nel terzo capitolo si sviluppa la descrizione delle conseguenze pericolose della concezione contrattualista. Essa anzitutto finisce per aggiungere alla struttura del matrimonio tradizionalmente intesa un nuovo elemento essenziale, ossia la effettiva realizzazione di un oggetto presuntivamente essenziale e differente dall'oggetto del consenso, ossia il matrimonio stesso. Così l'essere del matrimonio finisce per dipendere da prestazioni successive al patto e i cui contenuti restano indeterminati, indefiniti ed illimitati, come si verifica anche alla luce dei diversi tentativi pur di tenerli ancorati ai beni, fini e proprietà del matrimonio. In questa indebita

aggiunta, lo stesso oggetto del consenso dell'impostazione contrattualista finisce per vedere ampliato il proprio contenuto, in termini del diritto a un uso esclusivo e perpetuo della sessualità. Ma, oltre a dette aggiunte alla concezione tradizionale di matrimonio, gli sviluppi della teoria contrattualistica comporterebbero anche una sorta di espropriazione di principi fondamentali dell'ordinamento matrimoniale canonico: in particolare, il consenso perderebbe la sua funzione di unica causa efficiente del vincolo. Questo infatti dipenderebbe anche dall'idoneità del soggetto nei confronti di altri atti e prestazioni indeterminati e successivi al momento del patto. L'esito ultimo di tale concezione sarebbe la visione del matrimonio come un continuo venire in essere, una posizione che riporterebbe a prima della « novità » circa il matrimonio introdotta dal cristianesimo.

Nell'ultimo capitolo di questa sezione del lavoro, l'Autore mostra come la concezione da lui criticata dell'*incapacitas assumendi* sia stata oggetto di dubbi e perplessità anche all'interno della giurisprudenza rotale. Ne tratteggia di nuovo il corretto significato in termini incapacità del soggetto di aderire all'istituto matrimoniale per mancanza di libertà interna, per incapacità di libera determinazione *ex parte voluntatis*.

La quarta parte (331-429) mostra come, alla stregua di interpretazioni ritenute inadeguate del magistero conciliare, l'impostazione

che ipotizzava un'incapacità *assumendi* a partire dall'impossibilità ad esercitare in perpetuo lo *ius in corpus* si sia estesa anche all'impossibilità di realizzazione della comunione di vita coniugale.

Nel primo capitolo si fa presente come l'insegnamento di *Gaudium et spes* non dia alcun supporto concettuale e terminologico alle teorie contrattualistiche, presentando piuttosto il matrimonio come una forma di vita cristiana, una relazione coniugale di carattere sacramentale, la cui essenza — identificata tomisticamente come la mutua relazione di unità — non può confondersi con la concreta vita comune dei coniugi, che ne è un mero effetto.

In realtà (capitolo secondo), l'impostazione contrattualistica seleziona un solo aspetto dell'insegnamento conciliare, quello sulla *communio vitae*, e lo inserisce negli « otri vecchi » appunto del contrattualismo, trasformando il concetto in un diritto soggettivo e ponendolo come essenza del matrimonio *in facto esse*, in rapporto alla realizzazione del quale valutare la capacità del contraente al matrimonio. Nel fare ciò, però, non si sfugge alla gravissima difficoltà di determinare quali prestazioni siano propriamente essenziali alla realizzazione della comunione di vita; e si finisce per tradire la stessa ispirazione conciliare, che definisce la comunione di vita come creata dallo stesso patto coniugale, non già da realizzarsi successivamente ad esso. Ormai, secondo l'imposta-

zione lamentata, la comunione di vita è però trasformata in un diritto soggettivo da realizzarsi gradualmente e intesa in chiave prevalentemente psicologica.

Ciò viene illustrato, nel terzo capitolo, mostrando come alla cosiddetta psicologizzazione del vincolo matrimoniale abbia concorso l'equivoca tematica delle relazioni interpersonali: Equivoca perché giocata su due piani diversi, non sempre chiaramente distinti: quello essenziale ed istituzionale, dove essa indica il vincolo che si crea fra i coniugi; e quello invece esistenziale, dai contorni mutevoli e indefinibili e oggetto piuttosto della teologia morale e della spiritualità che del diritto.

Nel quarto e ultimo capitolo, si evidenzia infine come, contemporaneamente all'evoluzione descritta, si siano levate voci autorevoli — anche ufficiali, come quella della Segnatura Apostolica — che hanno cercato di mettere in guardia dallo snaturamento del concetto di matrimonio, ridotto alla dimensione psicologica e la cui valutazione essenziale viene demandata a psicologi e psichiatri. Voci che hanno indicato criteri importanti di rettifica dell'orientamento che si andava affermando, quali quello della non sovrapponibilità di matrimonio infelice e di matrimonio invalido, e della non coincidenza fra incapacità al matrimonio ed attitudine a garantirne un esito positivo. Infatti, si conclude, l'insegnamento conciliare non ha modificato la concezione fondamentale

del matrimonio, sostituendo l'insegnamento tradizionale della Chiesa sul consenso con una visione puramente esistenziale della vita coniugale.

La parte quinta (431-527) per così dire riconsidera la problematica già discussa alla luce dei lavori di revisione della codificazione latina e del dibattito che la accompagnò, segnalando come alcune impostazioni che in essi vennero prospettate vennero applicate — per esempio in sede giurisprudenziale — in modo prematuro, cioè prima ancora che divenissero norma canonica ufficiale.

Nel primo capitolo si analizza la prospettazione di un preteso diritto alla comunità di vita quale possibile oggetto di simulazione, proposto nei lavori di codificazione come discendente dall'insegnamento conciliare, ma che in esso non troverebbe alcun riferimento testuale. Tale diritto, inteso come un diritto soggettivo che nasce dal patto nuziale, cioè dalla volontà contrattuale dei contraenti, venne però fortemente criticato per la sua estrema indeterminatezza e per l'impossibilità di determinarne l'ambito operativo, fino a causarne l'espunzione dai lavori di revisione normativa.

Mentre però detta eliminazione avrebbe dovuto essere ritenuta molto significativa anche quanto al tema dell'incapacità al matrimonio, il discorso continuò ad essere riproposto — si avverte nel secondo capitolo — a partire dal concetto di consorzio di vita, che si trova

nell'attuale can. 1055 § 1. Senza considerare a fondo sia la traslazione del canone relativo dal capitolo sul consenso ai canoni preliminari (cosa che secondo Tejero collocherebbe il concetto in un'ottica istituzionale e non contrattuale) sia la forte sottolineatura della dimensione sacramentale che nel canone attuale si trova, anche questo concetto venne da un lato inteso come oggetto del patto nuziale e, dall'altro, interpretato in senso decisamente esistenziale, producendo quella che viene definita una «psicologizzazione» del vincolo matrimoniale.

L'analisi di questo fenomeno viene proseguita nei capitoli terzo e quarto, ove si mostra come il concetto di consorzio di vita che per sé, alla luce anche della sua tradizione romano-cristiana, dovrebbe essere inteso nel senso essenziale del vincolo, caratterizzato dalla dimensione sacramentale derivante dal fatto che i coniugi partecipano del consorzio fra Cristo e l'umanità, è stato in realtà da una corrente di pensiero inteso ancora una volta in termini contrattualistici e in chiave di oggetto del patto nuziale. Contropova di ciò sarebbe l'interpretazione del concetto di *bonum coniugum* in una maniera non solo molto ampia e indifferenziata, ma anche espresso con categorie intercambiabili all'interno della logica contrattuale, quali quella di essenza, beni, fini. Tale modo di pensare avrebbe prodotto degli effetti distorsivi anche nel modo di considerare la sacramen-

talità del matrimonio: da un lato riducendola a un aspetto dell'oggetto formale del patto e postulandola quindi come possibile oggetto di esclusione; dall'altro utilizzandola come un argomento per innalzare le esigenze di capacità del soggetto che contrae matrimonio, matrimonio ancora una volta inteso come sviluppo esistenziale dell'unione dei coniugi e non invece come legame essenziale istituito fra loro.

Tale distorsione, si conclude nel quinto capitolo, finirebbe per travolgere anche il *foedus* matrimoniale inteso come matrimonio *in fieri* a tutto favore della perfezione esistenziale del matrimonio *in facto esse*, essenzializzata e resa criterio di valutazione, addirittura retrospettiva, della capacità al matrimonio. Fino a giungere a richiedere una «armoniosa comunione» delle personalità, una convivenza «sufficientemente soddisfacente» o per lo meno non intollerabile, o altre vaghe espressioni del genere, viste come prodromiche ad un divorzio di fatto sotto forma di dichiarazione di nullità dei matrimoni infelici. L'Autore reagisce a una tale impostazione mostrando come il dato conciliare e i lavori di codificazione che hanno condotto al can. 1055 § 1 riferiscano il termine *matrimoniale foedus* al solo matrimonio *in fieri*, che resta l'unica causa efficiente del matrimonio, senza che possa essere richiesto come essenziale per il suo venire in essere quanto è solo (anche nel can. 1055 § 1) una conseguenza del patto nu-

ziale. In modo provocatorio ma efficace Tejero fa un'analogia con il battesimo e si domanda se esso debba essere ritenuto come invalidamente conferito per il fatto che il battezzato non è in grado di adempiere le promesse battesimali. Anche secondo questa linea di riflessione, in conclusione, l'incapacità di assumere gli obblighi del matrimonio deve essere intesa come incapacità strettamente consensuale, abbandonando ogni discorso in merito alla possibilità di adempimento o meno degli obblighi assunti con il consenso.

La sesta parte del lavoro (529-642) affronta il nodo del significato dell'espressione «cause di natura psichica» che la legge pone alla base dell'incapacità di assumere. L'Autore mette in luce come alcune impostazioni dimentichino che quello di incapacità è un concetto canonico e che il sapere canonico ha i suoi strumenti propri per determinarlo. Mostra così (capitolo primo) come vi siano tendenze che illustrano quel concetto così centrale intendendolo in senso principalmente psichiatrico, per quanto in modo a suo giudizio contraddittorio, in quanto viziato dal rifiuto di riconoscere valore incapacitante alla sola psicopatologia, nella quale si tendono a far rientrare non solo situazioni di rilievo sociale o morale più che clinico, ma anche situazioni cliniche piuttosto sfumate, come le nevrosi o le psicopatie.

Anche dal punto di vista della storia della redazione del can.

1095, 3° si evidenzia — nel secondo capitolo — una duplice e pericolosa tendenza: o a ritenere possibile una incapacità non basata su una patologia, o ad attribuire al concetto di «causa psichica» un significato molto ampio, certo non giustificato né dal contesto prossimo in cui detta espressione ricorre, né dalla interpretazione magisteriale che ne è stata data.

Sotto un altro profilo, il capitolo terzo mette in luce l'attuale incertezza e provvisorietà delle diagnosi psichiatriche e dei loro stessi criteri di formulazione. Mette in guardia anche da un'ingenuo utilizzo dei comuni repertori diagnostici (soprattutto le successive edizioni di DSM), prassi che ha portato a confondere il piano legale e quello clinico.

Nell'ultimo capitolo di questa parte dell'opera, si analizzano le determinazioni fondamentali espresse sulla materia all'esame dal magistero di Giovanni Paolo II, soprattutto in quel *corpus* singolare di indicazioni costituito dalle sue 25 allocuzioni alla Rota Romana. Pur riconoscendo gli apporti di psicologia e psichiatria e pur non dimenticando un'attenzione interdisciplinare, le allocuzioni del Papa rivendicano la competenza canonica esclusiva quanto alla determinazione dei profili dell'incapacità al matrimonio, offrendone anche dei criteri identificativi. Tali criteri non solo fanno inequivoco riferimento a una situazione psicopatologica del soggetto da dichiararsi incapace, ma anche escluderebbero

qualsiasi riferimento al compimento di pretesi obblighi contrattuali, limitandosi invece al profilo strettamente consensuale, dal punto di vista dell'intenzione di obbligarsi a realizzare le esigenze del dono nuziale; una prospettiva che Tejero dichiara particolarmente congruente con l'insegnamento conciliare sul matrimonio. Il capitolo quarto termina lamentando come parte della giurisprudenza abbia ignorato o depotenziato le indicazioni del Magistero pontificio, che sembrano essere invece considerate come una interpretazione autentica (pur non formale) delle legge, oppure come un risvolto giuridico intrinseco al Magistero autentico della Chiesa. Deve essere infatti considerata gravemente sconveniente una giurisprudenza contrastante con le indicazioni del Magistero e che si muova al di fuori della logica della comunione gerarchica, soprattutto se agisce con potestà vicaria rispetto al Magistero supremo.

La settima parte (643-780) prende in considerazione l'influsso che alcune scienze umane hanno avuto sul modo di intendere l'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio.

Dall'ambito psicologico si è tratto un peculiare concetto, i cui influssi in campo canonico sono analizzati nel primo capitolo: quello dell'immatunità. Tale concetto, che non è per sé di carattere clinico e che viene utilizzato nel contesto della psicologia evolutiva, è stato trasferito in campo cano-

nico, ipotizzandone una possibile influenza negativa sulla capacità critica e sul processo motivazionale che dà vita alla scelta libera. L'ipotizzare, da parte di alcuni uditori rotali, un influsso dell'immatunità anche nel campo dell'impossibilità di adempiere avrebbe però prodotto — secondo Tejero — un ampliamento qualitativo del suo ambito di operatività finendo per dare rilevanza ai semplici condizionamenti psicologici ed emotivi, al di là di una vera e propria psicopatologia, quale causa di incapacità.

Nel secondo capitolo si tratta della tematica molto complessa dell'incapacità relativa al matrimonio, commisurata sulla relazione di coppia e non più invece sull'idea essenziale di matrimonio. Tale teoria, derivata dall'esperienza dei tribunali statunitensi che avrebbero recepito una terminologia desunta dalle cause di divorzio, produrrebbe una completa relativizzazione del matrimonio e sarebbe contraria alla dignità della persona, ritenuta non più l'unica fonte di quella attività giuridica che costituisce il vincolo matrimoniale. L'Autore mette in luce che, nell'odierna giurisprudenza rotale, solo mons. Serrano sostiene apertamente la possibilità di un'incapacità relativa. Quanto però appare più originale in questa sezione del lavoro di Tejero è che egli critica severamente anche la giurisprudenza rotale che rifiuta l'incapacità relativa e che la postula invece come assoluta. La ragione di fondo di tale sua critica è che entrambe

le posizioni si muoverebbero comunque nella logica dell'incapacità al compimento e intesa come mera impossibilità morale. Peraltro, solo in questo senso morale si potrebbe parlare di «assolutezza» dell'incapacità, in quanto per sé gli obblighi del matrimonio sono connaturali all'uomo e, quindi, per sé proporzionati alla sua natura. Altri motivi di vicinanza fra la concezione assoluta e quella relativa dell'incapacità sono il fatto che entrambe finiscono per ritenere un elemento successivo alle nozze come essenziale per la validità del patto nuziale e per sfumare la distinzione fra matrimonio *in fieri* e *in facto esse*. A entrambe manca infine il criterio per distinguere fra i concetti di impossibilità morale, grave e massima difficoltà.

Nel terzo capitolo l'orizzonte si amplia ancora di più da un punto di vista culturale, mettendo in luce alcune tendenze, importate nel pensiero canonistico, che Tejero ritiene contrarie ai principi dell'antropologia cristiana, così sottolineati da Giovanni Paolo II. In primo luogo, viene segnalato il riduzionismo antropologico (di derivazione freudiana e psicanalitica) che confina l'uomo nell'ambito dei sentimenti, degli istinti, delle passioni e che non riconosce alcun'altra maturità che quella affettiva. Una mentalità che esalta lo sfruttamento dei diritti personali e la buona riuscita delle relazioni coniugali e che si mostra assai vicina alla interpretazione della *incapacitas* come impossibilità del compimento

degli obblighi del matrimonio. In secondo luogo, viene sottolineato un altro influsso che viene valutato molto significativo nello stesso senso: ossia quello della teoria morale del consequenzialismo, dove l'azione morale viene giudicata non in sé ma a partire dai suoi risultati, in modo quindi utilitaristico e retrospettivo. Infine, vengono segnalate alcune possibili interpretazioni discutibili del personalismo, anche cristianamente ispirato, la cui riflessione in materia matrimoniale, di carattere prettamente morale, è rifluita in qualche modo anche nella *Gaudium et spes*. Tale sensibilità morale venne reinterpretata nei lavori di codificazione postconciliare in chiave immediatamente giuridica, divenendo supporto della concezione della *incapacitas* che in questo lavoro viene criticata.

Da ultimo, si torna nel capitolo quarto sul magistero di Giovanni Paolo II, che indica un criterio ritenuto autenticamente personalista; un criterio di immediato significato anche giuridico, dato che il diritto non si pone in contrasto con la dimensione personale, così centrale anche nel matrimonio. Tale criterio si fonda sulla concezione del significato sponsale del corpo, quindi della mascolinità e della femminilità, che diventano intermedie del dono personale ed esprimono il riconoscimento dell'altro come individualità unica e irripetibile. Però altro è questo dono e assumersene le conseguenze da attuare nell'ordine morale, altro l'adempimento

di quelle conseguenze stesse: una distinzione che è ribadita come chiave di tutta l'opera. Tejero, sempre alla luce del magistero del grande Papa, reagisce anche a un'altra opinione, quella che ritiene che la persona, almeno in senso giuridico, non possa donarsi in senso proprio, ma solo attraverso l'assumere obblighi in riferimento all'altro. L'insegnamento di Giovanni Paolo II consentirebbe invece di affermare che, anche in senso giuridico, la persona si realizza proprio tramite il dono di sé: esso, piuttosto che diminuire la sua dignità, la esalta in questo atto supremo della libertà.

L'ottava parte (781-846) è senza dubbio fra le maggiormente complesse e difficilmente sintetizzabili: si propone di chiarire le basi antropologiche idonee a comprendere in modo corretto la capacità di assumere gli obblighi matrimoniali, mostrando altresì anche l'autonomia di questa figura rispetto agli altri tipi di incapacità previsti nel can. 1095.

Nel primo capitolo si pongono alcune premesse antropologiche, per le quali ci si ispira al pensiero di Zubiri: in particolare si distingue fra la struttura essenziale di una realtà (ad esempio la personalità individuale o il matrimonio) e la sua attuazione esistenziale. Si rileva, inoltre, che il soggetto umano può essere propriamente « autore » del consenso matrimoniale, dove sceglie liberamente una maniera di essere; mentre può invece essere solo « attore » degli atti che ese-

guono quel progetto nel corso della vita matrimoniale, atti che sono influenzati da molte variabili che non sono nella disponibilità del soggetto medesimo. È solo nell'abbracciare quel progetto e quella maniera di essere che si realizza l'assunzione degli obblighi matrimoniali; non invece nella (pericolosa) rilettura a posteriori a partire dalla loro più o meno possibile esecuzione nel corso della vita coniugale. Questa illustrazione della capacità di assunzione, corrisponderebbe peraltro alla dottrina di S. Tommaso, che considera la libertà come responsabilità dei nostri atti di scelta e non già come un dominio di sé costantemente attivo nel corso della vita umana. In conclusione, per la capacità richiesta è necessaria la capacità di progettare il matrimonio e la conseguente decisione libera di sposarsi, aderendo a quel progetto.

Nel secondo capitolo si osserva come questa teoria tomistica dell'*assumere aliquid in facultate voluntatis* ha avuto attenzione diversificata da parte della giurisprudenza: parte accetta l'ipotesi di un vizio della volontà, parte tende a farla rifluire nel concetto di discrezione di giudizio. Si osserva pure come l'ipotesi di una mancanza di libertà interna non sia espressamente contemplata nel Codice. Per quanto sarebbe da far coincidere con l'incapacità di assumere, tale ipotesi non è certo quella maggiormente professata e, come detto, il tema della libertà interna viene ricondotto a quello della discrezione

di giudizio, per quanto una considerazione letterale dei due concetti non consentirebbe tale equiparazione.

Nel terzo capitolo viene svolta una minuziosa analisi della dottrina di S. Tommaso circa l'atto volontario e della complessa interazione fra intelletto e volontà nell'individuare un bene proiettato nel futuro e nel decidersi di farlo proprio; anche con un coinvolgimento affettivo ed amoroso. Tale analisi viene considerata quale base antropologica sufficiente per giustificare delle patologie specifiche della volontà e per tentare di delineare — nel quarto capitolo — alcuni criteri minimali per individuare l'incapacità di assumere gli obblighi del matrimonio nel senso inteso dall'Autore. Tale capacità richiederebbe la possibilità per il soggetto di scegliere, fra quelli possibili, un progetto di vita matrimoniale con significato di impegno e di donazione personale. Ancora, verrebbe richiesta la capacità di scelta amorosa del matrimonio con la persona determinata eletta come coniuge, laddove una mancanza di amore significherebbe una mancanza di motivazione propriamente matrimoniale della scelta. Infine sarebbe richiesta la capacità di determinarsi nella decisione di sposarsi e di obbligarsi in riferimento a quel contenuto minimale di conoscenza che è previsto al can. 1096 § 1.

La nona parte (847-906) sviluppa gli accenni all'amore coniugale appena registrati, come si afferma in coerenza con la ricondu-

zione dell'incapacità di assumere gli obblighi del matrimonio al piano della volontà consensuale.

Nel primo capitolo si reagisce alla comprensione dell'amore coniugale come un aspetto dell'oggetto formale del consenso. Tale impostazione, tipica della logica contrattualistica, ridurrebbe l'amore coniugale a una serie di prestazioni doverose, e proporrebbe una sua interpretazione «cosificata» più che personale. Rifacendosi ancora a Tommaso, che presenta l'amore come un appetito che muove la decisione virtuosa piuttosto che come un *habitus*, si tende a identificare l'amore con la volontà matrimoniale di donazione di sé all'altro. In questa linea — e comunque in contrasto con la collocazione dell'amore nell'oggetto del consenso — vanno due importanti pronunciamenti del 1976: l'allocuzione di Paolo VI alla Rota Romana e la sentenza del 29 novembre del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica.

Nel secondo capitolo l'Autore si impegna a una reinterpretazione in chiave sacramentale dell'amore coniugale. Il punto di partenza resta il piano «naturale» rappresentato dalla capacità di sperimentare l'attrazione erotica e di saperla trasferire sul piano spirituale della scelta libera della persona amata. Il punto di arrivo sarebbe invece il concetto di «unione», applicabile sia al matrimonio *in fieri* sia *in facto esse* e da intendersi in senso essenziale di dono e di vincolo, non già solo in senso esistenziale.

Si noti che entrambe queste dimensioni presenterebbero una caratteristica sacramentale, sostenendosi quindi la natura permanente della sacramentalità matrimoniale, non limitata al momento del patto. Questa unione seguirebbe la legge fondamentale dell'amore, ossia quella di essere causato dal bene, dalla proporzione, dalla convenienza. L'obbedienza a questa legge crea una somiglianza fra le persone che le conforma, nel senso che quasi le fa partecipare a una stessa forma, al modo ad esempio che due individui partecipano della stessa natura umana. L'unione essenziale fondata nella legge della tensione al bene esprimerebbe il valore sacramentale del matrimonio, ossia la sua somiglianza ed espressività della unione della natura umana e di quella divina in Cristo. Tejero ribadisce che ciò avviene su di un piano essenziale, che non può essere ridotto alla riuscita esistenziale della singola esperienza coniugale.

La decima parte del lavoro (907-939) tocca il delicato tema del *bonum coniugum*, connesso con quello dell'incapacità ad assumere gli obblighi matrimoniali. L'Autore cerca di indicarne la significazione canonica, mettendo subito in guardia dal non confondere l'ordinazione di principio del matrimonio a tale bene e la sua realizzazione di fatto.

In un primo capitolo si segnala come la tematica del *bonum coniugum* quale fine del matrimonio sarebbe emersa per indicare aspetti

di tale istituto non adeguatamente espressi con i *tria bona* della tradizione di origine agostiniana. La giurisprudenza rotale si sarebbe trovata in difficoltà a individuare il significato canonico di questa finalità del matrimonio e nemmeno dai lavori di revisione della codificazione è emerso un capo autonomo di nullità riferito al *bonum coniugum*, forse anche per la vaghezza con cui il contenuto di quel bene viene dalla stessa giurisprudenza indicato. Nello sforzo di identificare questo contenuto si sono evocati concetti quali quello di comunità di vita o di consorzio coniugale, distinti se pur correlati con la tematica e che diviene però impossibile distinguere data la tendenza a considerarli da un punto di vista piuttosto esistenziale che essenziale.

Nel secondo capitolo si insiste ancora su questa riduzione esistenziale del bene dei coniugi, che finisce per fomentare l'interpretazione dell'*incapacitas assumendi* come *incapacitas adimplendi* e per portare all'uso promiscuo di concetti quali beni, fini, proprietà del matrimonio. Il *bonum coniugum* secondo Tejero andrebbe piuttosto visto come l'espressione dell'ordine interno dell'istituto matrimoniale dal punto di vista giuridico. A partire da questa impostazione, valuta negativamente due orientamenti: anzitutto quello che tende a far coincidere *bonum coniugum* e amore di benevolenza nel suo permanere, cosa che ridurrebbe l'essenza del matrimonio alla semplice unione

affettiva; in secondo luogo, quello che tende a identificare nel contraente *finis operis* e *finis operantis* fino al punto di ritenere esclusione del bene dei coniugi il non impegnarsi positivamente a garantire le prestazioni orientate al raggiungimento di quel *bonum*.

La parte undicesima (941-1020) si cimenta con l'esegesi del testo del can. 1095, 3 naturalmente inserito nel suo contesto, secondo la regola ermeneutica del can. 17.

In un primo capitolo si intende chiarire il tipo di incapacità tipizzato nella norma all'esame. Si ribadisce che si tratta anzitutto di un'incapacità e non solo di un'impossibilità e che la prima indica, sul piano propriamente dell'agire della persona umana, la presenza di quelle doti necessarie ad essere autore della decisione matrimoniale. Si tratta, infatti, pur sempre di un'incapacità a consentire, anche se il can. 1095, 3 prende in considerazione la dimensione appetitiva del consenso, la sua idoneità ad assumere *ex parte voluntatis* gli obblighi essenziali del matrimonio, idoneità che manca laddove difetti la capacità appetitiva della persona per cogliere la profonda forza attrattiva che possiedono gli obblighi essenziali del matrimonio. Quanto a questi ultimi, non va dimenticato anzitutto che l'essere umano vi è strutturalmente orientato; inoltre non bisogna dimenticare che nell'atto consensuale (e quindi anche nell'incapacità ad esso) tali obblighi non devono essere intesi con l'analitica determi-

nazione che viene invece richiesta nell'atto della loro eventuale esclusione. Al contrario, la misura della *discretio iudicii* ma anche della *assumptio in facultate voluntatis* degli obblighi matrimoniali è la cosiddetta sostanza del matrimonio medesimo, determinata nel can. 1096 § 1.

Nel secondo capitolo il prof. Tetero si impegna a mostrare la debolezza delle argomentazioni di coloro che vorrebbero continuare a intendere il n. 3 del can. 1095 come strutturalmente fondato su di un'incapacità al compimento degli obblighi. Tale impostazione — che nel corso dei lavori di codificazione sarebbe stata chiaramente rettificata, soprattutto attraverso l'unificazione della materia in un unico canone e il rigetto del concetto di inabilità a favore di quello di incapacità — verrebbe basata su un'affermata lacuna normativa oppure su un richiamo all'operatività immediata in sede canonica del diritto naturale; tuttavia per l'Autore quella impostazione si scontrerebbe con l'orientamento emerso nei lavori di codificazione e con il chiaro dato normativo che dispone circa un'incapacità in senso proprio e in chiave propriamente consensuale.

Nel terzo capitolo le oscurità e le incertezze dell'interpretazione che viene avversata sono dimostrate come riflettersi anche sull'interpretazione del concetto di « cause di natura psichica », con un progressivo suo allargamento a comprendere l'immatunità, l'inca-

pacità relativa, debolezze di ordine morale o persino nel mettere in discussione la stessa natura « psichica » della causa richiesta per l'incapacità. L'inserimento però del tipo di incapacità all'esame nella struttura del consenso giustifica la sua limitazione al campo psichico, mentre il criterio canonico indicato dal magistero di Giovanni Paolo II come distintivo dell'incapacità in senso proprio — ossia un'anomalia incidente in modo sostanziale sull'intelligenza e/o la volontà — presuppone alla base dell'incapacità giuridica una condizione attinente alla psicopatologia.

L'ultima parte del lavoro occupa le pagine 1021-1165 ed è quasi impossibile sintetizzarla in quanto passa in rassegna i disturbi psicopatologici che possono dare origine all'incapacità di assumere gli obblighi del matrimonio. Si possono qui solo offrire alcuni dati generali sulla struttura dell'esposizione.

Dopo aver rilevato che i disturbi di maggiore interesse nella detta prospettiva sono quelli che coinvolgono l'affettività, la loro presentazione viene articolata in due parti, che costituiscono i due capitoli in cui l'ultima parte del lavoro è suddivisa. Nel primo si analizzano i disturbi che non fanno riferimento né alla decima edizione della classificazione internazionale delle malattie curata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (ICD-10) né alla quarta edizione del manuale statistico e diagnostico dei disordini mentali dell'Associazione Americana di Psichiatria

(DSM IV); nel secondo capitolo, invece, si analizzano i disturbi che fanno riferimento ai due nominati strumenti classificatori e diagnostici. All'interno poi di ciascuno dei due capitoli, l'analisi delle patologie è effettuata secondo una triplice griglia: *a*) quelle che impediscono la formulazione di un progetto personale di matrimonio con un significato di impegno personale; *b*) quelle che impediscono una decisione o volizione nei confronti del matrimonio; *c*) e quelle che privano della capacità di determinarsi ad assumere gli obblighi essenziali inerenti la volontà matrimoniale.

Considerando congiuntamente le patologie analizzate nei due capitoli e facendo in proposito soltanto alcuni esempi si può dire che al primo tipo (*a*) appartengono quei disturbi che consistono in una inclinazione contraria o in una mancanza di impulso nei confronti dell'altro sesso, come per esempio l'omosessualità; al secondo tipo (*b*) disturbi come la psicastenia o la nevrosi, oppure il disordine di personalità ossessivo-compulsivo o *borderline*; al terzo tipo (*c*) il disordine antisociale o narcisistico, come pure la dipendenza da alcool o droghe.

* * *

Giunti alla conclusione di quest'opera non ci si può che complimentare con l'Autore per il grande lavoro svolto e per il contributo offerto alla comprensione e all'appli-

cazione di una norma così delicata come il can. 1095, 3°. Delicata sia perché incide in modo molto diretto e penetrante sulla valutazione della persona e della sua scelta matrimoniale; sia perché una sua interpretazione erronea e non coerente con i principi di una corretta antropologia può condurre a conclusioni aberranti e contrarie alla dottrina cattolica sul matrimonio.

Anche chi non condivida tutte le posizioni e le argomentazioni del prof. Tejero non può trascurare di confrontarsi con il suo così articolato pensiero ed esserne stimolato a correggere, approfondire e precisare il proprio punto di vista.

In conclusione, non si può che vivamente incoraggiare alla lettura (e/o consultazione) di questo lavoro, perché l'impegno che essa pure richiede viene senza alcun dubbio compensato da validi guadagni di riflessione e di approfondimento circa un tema così rilevante non solo per la dottrina canonica ma anche per la prassi pastorale e giudiziaria della Chiesa.

Paolo Bianchi

Desiderio VAJANI, *La cooperazione del difensore del vincolo alla ricerca della verità per il bene della Chiesa*, Pontificia Universitas Lateranensis, Facultas Iuris Canonici, Thesis ad Doctoratum, Romae, 2003, p. 149.

Il Difensore del Vincolo è una figura peculiare del diritto cano-

nico, ed i processi di nullità matrimoniale sono certamente il principale ambito della sua funzione (anche se non l'unico: si pensi alle cause di nullità della sacra ordinazione, pur essendo queste, nella pratica, assai limitate).

Proprio la delicatezza e l'importanza pastorale di tali processi hanno attirato non di rado, soprattutto negli ultimi anni, l'attenzione sulla sua figura, in modo invero contrastante: da una parte, alcuni operatori pastorali manifestano un certo disagio nei suoi confronti, percependolo come un rigido difensore di un principio astratto o comunque mal coniugabile con la realtà pratica della vita, quasi come un ostacolo verso una maggiore larghezza e rapidità nel venire incontro, anche attraverso la via della dichiarazione di nullità, al problema oggi sempre più diffuso dei fallimenti coniugali.

Dalla parte opposta, non manca nel dibattito dottrinale chi vorrebbe considerarlo — si tratta per lo più di opinioni espresse da operatori giudiziari — come protagonista del processo stesso, attribuendogli, in sé o come rappresentante della Chiesa, quel ruolo di convenuto che, secondo la predetta visione pastorale — che auspica peraltro una riforma delle cause di nullità matrimoniali, al punto da invocare la via amministrativa per ottenere la «*declaratio nullitatis*» — sarebbe invece difficilmente applicabile al coniuge di colui che accusa di nullità il proprio matrimonio, data la natura assai particolare

degli interessi in gioco meritevoli di tutela (la necessità di restituire serenità a persone che hanno situazioni di notevole sofferenza — talora drammatiche — alle spalle, e che non di rado hanno già provveduto a crearsi una nuova vita sul piano affettivo, risposandosi civilmente e dando alla luce relativa prole).

Nell'ambito di tale dibattito si colloca l'interessante volume di Desiderio Vajani — già parroco e collaboratore della Curia diocesana di Milano ed ora Difensore del Vincolo presso il TER Lombardo —, che costituisce il risultato del titolo di dottore in diritto canonico conseguito dall'autore presso la Pontificia Università Lateranense.

Ad un'indagine generale, l'opera in questione si manifesta ben strutturata sotto il profilo sistematico e sul piano dell'analisi teorico-dottrinale: scorrendo l'indice, si rileva che lo studio si apre con un primo capitolo che esamina, in prospettiva storico-giuridica, l'evoluzione dell'ufficio del «Defensor Vinculi» dalla sua istituzione fino al Codice di Diritto Canonico del 1983. Nell'ambito di tale partizione, il Vajani dopo avere, in via preliminare, descritto la normativa contemplata nella Cost. ap. «Dei Miseratione», del 1741 — che configurava l'istituto in esame come ufficio stabile e permanente nelle cause di nullità matrimoniale —, analizza le Istruzioni «Cum moneat» e «Quemadmodum matrimonii», del 1840, per passare poi al CIC 1917 e all'Istr. «Provida Mater Ecclesia»,

del 1936. Prende, ancora, in considerazione le varie Allocuzioni pontificie al Tribunale Apostolico della Rota Romana ed il M. p. «Causas matrimoniales» del 1971, per trattare, infine, della disciplina contenuta sul tema dal CIC 1983.

Nel secondo capitolo, l'autore offre un'interpretazione del significato e della funzione del Difensore del Vincolo nell'attuale legislazione, ed in relazione alla questione del suo ruolo nel processo. Si sofferma, nello specifico, su un problema ermeneutico relativo alla lettura dell'avverbio «rationabiliter», riportato nel can. 1432, descrivendo i diversi orientamenti della dottrina sul punto; menziona, successivamente, la proposta di Z. Grocholewski di considerare il Difensore del Vincolo come «rappresentante della *vera parte convenuta*, cioè la Chiesa», e le critiche di G. Comotti a tale proposta.

Nel terzo ed ultimo capitolo Vajani formula appropriate osservazioni descrittive circa la natura peculiare del processo matrimoniale canonico e sulla posizione atipica che assumono le parti in tale tipologia di giudizio, allo scopo di comprendere più adeguatamente il ruolo processuale del Difensore del Vincolo.

Ad una lettura approfondita e critica del volume in questione, tuttavia, si evince una certa discrasia tra le premesse in esso poste e le conseguenze ivi tratte. Mi riferisco, in particolare, ad una serie di domande che l'autore pone, nell'ultimo capitolo menzionato: come