

CARLOS J. ERRÁZURIZ M.

RIFLESSIONI SULLA CAPACITÀ CONSENSUALE NEL MATRIMONIO CANONICO (*)

1. Il canone 1095 quale termine di un'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale. —
2. Alcune riflessioni attorno al can. 1095, specialmente sulla questione dell'autonomia dell'incapacità di assumere rispetto alla mancanza di discrezione di giudizio, e la connessione di tale problema dottrinale con gli abusi nell'applicazione del can. 1095.

1. *Il canone 1095 quale termine di un'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale.*

Il canone 1095 sulla capacità consensuale nel matrimonio — vista nella prospettiva di determinare la rispettiva incapacità —, è senza dubbio il più celebre dei canoni del Codice di Diritto Canonico del 1983. Si tratta di uno dei motivi di nullità del matrimonio canonico che con più frequenza si adducono e applicano attualmente. D'altra parte, nel Cile si sono alzate negli ultimi anni certe voci favorevoli alla trasposizione dell'attuale normativa canonica all'ambito civile, come via per risolvere casi che sarebbero di vera nullità per mancanza di capacità, ovviando così all'introduzione del divorzio nel nostro sistema di matrimonio civile obbligatorio, afflitto da molto tempo dalla piaga delle nullità fraudolente per motivi di forma.

Com'è ben noto, esiste una bibliografia scientifica molto ampia sulla capacità consensuale ⁽¹⁾. In questa occasione non è mio deside-

(*) Si riproduce, con qualche ritocco, il testo dell'esposizione condotta dall'autore durante un Seminario di Professori tenuto presso la Facoltà di Diritto dell'Università de los Andes (Santiago del Cile). Traduzione di Michele Gavasci.

(1) Cfr. ad es. il recente volume AA.VV., *Incapacidad consensual para las obligaciones matrimoniales*, a cura di J.A. FUENTES, EUNSA, Pamplona 1991, con studi di J. Hervada, M.F. Pompedda, J.T. Martín de Agar, F. Loza, R.L. Burke, C. Bur-

rio addentrarmi nei molteplici problemi tecnici ancora aperti in relazione a questo capo di nullità. Vorrei piuttosto analizzarne il fondamento, come via attraverso la quale potere poi tornare con più luce ed ampiezza di orizzonti a quei problemi applicativi. È mia intenzione soprattutto offrire alcune riflessioni sulla figura del numero 3 di detto canone. Come si vedrà, tali riflessioni sono per ora più problematiche che propositive.

Il notissimo testo del canone 1095 recita così: « Sono incapaci a contrarre matrimonio: 1° coloro che mancano di sufficiente uso di ragione; 2° coloro che difettano gravemente di discrezione di giudizio circa i diritti e i doveri matrimoniali essenziali da dare e accettare reciprocamente; 3° coloro che per cause di natura psichica, non possono assumere gli obblighi essenziali del matrimonio ». Questa disposizione codiciale sintetizza una lunga e complessa evoluzione, che ha avuto per protagonista la giurisprudenza dei tribunali ecclesiastici — soprattutto della Rota Romana —, benché non siano mancati anche apporti importanti della dottrina ⁽²⁾. Davanti all'assenza di un canone parallelo nel Codice di Diritto Canonico del 1917, e con l'intenzione di risolvere diverse ipotesi in cui sembrava mancare la capacità psichica per sposarsi — soprattutto a causa di malattie proprio di indole psichica, del cui influsso si era ogni volta più consci —, la giurisprudenza è andata a poco a poco forgiando queste nuove categorie canoniche per apprezzare l'incapacità riguardante il consenso matrimoniale ⁽³⁾.

Dalla sintesi che di questa evoluzione offre il canone 1095, si evidenzia, innanzitutto, che non basta un sufficiente uso di ragione (n. 1 del can.) come quello che si raggiunge abitualmente intorno ai

ke, J.I. Bañares, L.M. García, A. Polaino, F. Gil de las Heras, J.J. García Faílde e R. Rodríguez-Ocaña; il contributo di M.F. Pompèdda, dal titolo *L'incapacità consensuale*, si trova anche in M.F. POMPEDDA, *Studi di diritto matrimoniale canonico*, Ed. Giuffrè, Milano 1993, p. 449-492.

⁽²⁾ Sulla storia di questo canone cfr. J. CARRERAS, *Los precedentes remotos de la incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio (canon 1095, 3)*, tesi dottorale *pro manuscripto*, Ateneo Romano della Santa Croce, Roma 1991. Un riassunto rielaborato di questa tesi — che raccoglie ed amplia le conclusioni fondamentali, alle quali mi sono ispirato frequentemente — si trova pubblicato con il titolo *L'antropologia e le norme di capacità per celebrare il matrimonio (I precedenti remoti del canone 1095 CIC '83)*, in *Ius Ecclesiae*, 4 (1992), p. 79-150.

⁽³⁾ Cfr. P.G. BIANCHI, « *Incapacitas assumendi obligationes essentielles matrimonii* »: *analisi della giurisprudenza rotale, particolarmente degli anni 1970-1982*, Glossa, Milano 1992.

sette anni, ma che è necessaria una discrezione di giudizio che sia proporzionata al matrimonio. L'affermazione di questa proporzionalità è proprio la ragion d'essere del secondo numero del canone. Poiché il Codice del 1983 continua a raccogliere nel canone 1096 l'esigenza di possedere una sufficiente conoscenza speculativa su quello che è il matrimonio, resta chiaro che la discrezione di giudizio del canone 1095 n. 2 è di natura pratica: è una conoscenza per poter dare e accettare realmente gli obblighi matrimoniali essenziali. D'altra parte, il fatto che non si raccolga nel Codice l'ipotesi della cosiddetta mancanza di libertà interna per contrarre — mancanza di volontà libera —, mostra che questa ipotesi rientra nel n. 2 del canone 1095, accogliendo implicitamente — a mio giudizio — il principio tradizionale *ubi intellectus, ibi voluntas* (dov'è presente l'intelletto, è presente anche la volontà) (4).

In secondo luogo, il legislatore ha distinto il caso dell'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio (n. 3) rispetto al grave difetto di discrezione di giudizio riguardo a questi stessi obblighi (n. 2). In questo modo, si accoglie implicitamente l'affermazione dell'autonomia del capo di nullità del n. 3, ammettendo l'ipotesi che una persona capace di emettere un consenso valido dal punto di vista soggettivo — come atto umano adeguato alla celebrazione del matrimonio — (ossia, che possiede una sufficiente discrezione di giudizio matrimoniale) sia, ciononostante, incapace dal punto di vista oggettivo, nella misura in cui non possa assumere gli obblighi matrimoniali essenziali. Pertanto, nella situazione di cui al n. 3 l'atto di consenso non sarebbe valido per inefficacia, cioè per il fatto che si riferisce ad un oggetto impossibile.

Questo *caput nullitatis* del n. 3 si è sviluppato in stretta relazione con l'impedimento matrimoniale di impotenza: si trattava di estendere l'ambito di operatività di quest'ultimo ad altri obblighi distinti da quello di prestare l'atto coniugale (per questo si è parlato all'inizio di *impotentia moralis*, in contrapposizione all'*impotentia physica*) (5). Si applicava così lo stesso principio *ad impossibilia nemo te-*

(4) Sul tema, cfr. J.G. C. CRESCENTI, *Falta de liberdade interna e nulidade de consentimento matrimonial. Reflexões sobre o princípio « ubi intellectus, ibi voluntas » nas decisões da Rota Romana (1977-1986)*, tesi dottorale, Ateneo Romano della Santa Croce, Roma 1990.

(5) Questa è stata la proposta di P. HUIZING, *Schema structurae iuris canonici latini de matrimonio cum notis bibliographicis*, Pontificia Università Gregoriana, Roma 1963, p. 346; essa fu presentata in modo monografico nella nota tesi di J.R.

Keanetur (nessuno è obbligato a fare l'impossibile) che giustificerebbe l'efficacia invalidante dell'impotenza fisica. Alle sue origini si trattava di risolvere certi casi di infermità psicosessuali (ninfomania, omosessualità, ecc.) che, pur dando luogo alla nullità del matrimonio contratto, non sembrava possibile spiegare in virtù di nessuno dei capi di nullità precedentemente ammessi; in particolare, pareva che ci fosse una sufficiente discrezione di giudizio.

In tal modo, questo nuovo capitolo di nullità del matrimonio canonico, che è andato prendendo forma soprattutto a partire dalla fine degli anni '60 — benché le sue basi erano state già poste prima — è nato strettamente legato ad altri due: quello dell'impotenza, che è servito da modello ispiratore, e quello della mancanza di discrezione di giudizio, nei cui confronti ha rivendicato l'autonomia ⁽⁶⁾. Ciò spiega alcuni problemi tecnici che ancora sorgono tra i canonisti: se quella che prima del Codice del 1983 è stata chiamata prevalentemente *incapacitas assumendi onera coniugalia* (incapacità di assumere gli oneri coniugali) debba essere concepita come un impedimento matrimoniale o piuttosto come una mancanza di consenso (l'opzione sistematica del nuovo Codice favorisce questa seconda interpretazione); se bisogna applicare ad essa gli stessi requisiti dell'impedimento di impotenza, perché renda invalido il matrimonio (antecedenza, perpetuità) ⁽⁷⁾; se possa darsi una incapacità di assumere che sia relativa

TING, *The Bearing of Mental Impairment on the Validity of Marriage: An Analysis of Rotal Jurisprudence*, Pontificia Università Gregoriana, Roma 1964. Va tenuto presente che questa proposta di configurare un nuovo impedimento di impotenza morale, che avrebbe incluso anche la discrezione di giudizio — determinando una concezione unitaria delle due ipotesi dei nn. 2 e 3 dell'attuale can. 1095 in senso proprio opposto a quello che prospetto in queste pagine — non è stata accolta dalla nuova codificazione. « È chiaro tuttavia che gli argomenti giuridici sottostanti a tale concezione furono fondamento del nuovo *caput nullitatis* del canone 1095 n. 3, sebbene esso sia stato qualificato come un difetto di consenso e non sia stato compreso nella categoria degli impedimenti » (J. CARRERAS, *L'antropologia e le norme di capacità matrimoniale...*, cit., p. 108).

⁽⁶⁾ Su questa autonomia, cfr. U. NAVARRETE, *'Incapacitas assumendi onera' uti caput autonomum nullitatis matrimonii*, in *Periodica*, 61 (1972), p. 47-80.

⁽⁷⁾ Sulla perpetuità cfr. ad es. P.A. BONNET, *L'incapacità relativa agli oneri matrimoniali quale incapacità personale ad attuare le proprietà essenziali*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 93 (1982), II, p. 337-340; e di recente K. BOCCAFOLA, *De relatione inter postulatum perpetuitatis c. 1084, § 1 ac incapacitatem assumendi onera essentialia c. 1095, 3°*, in *Periodica*, 83 (1994), p. 93-117; e P. PAVANELLO, *Il requisito della perpetuità nell'incapacità di assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio (c. 1095, 3°)*, in *Periodica*, 83 (1994), p. 119-144.

(rispetto solamente a una persona determinata, non in modo assoluto) alla stregua dell'impotenza relativa. Allo stesso tempo, acquista un rilievo speciale in questo campo un'altra questione molto discussa dopo il Concilio Vaticano II: se si debba aggiungere, oltre agli obblighi matrimoniali tradizionalmente considerati, un nuovo obbligo — e, conseguentemente, un nuovo diritto dell'altra parte — il cui oggetto sarebbe la comunità di vita, d'accordo con la concezione personalista del matrimonio proposta dalla Costituzione pastorale *Gaudium et spes*, nn. 47 e ss.

Per completare questo breve quadro introduttivo, bisogna tener conto del fatto che, in quest'ambito, insieme agli atteggiamenti ben ponderati che si sforzano di giudicare con equilibrio la difficile questione della capacità o incapacità di sposarsi, si sono registrati non pochi abusi, che in alcuni ambienti e momenti sono arrivati ad essere generalizzati. Prima della promulgazione del Codice del 1983, la Santa Sede è intervenuta varie volte in questa materia, rilevando con chiarezza la dinamica divorzista inerente ad una indiscriminata dichiarazione di nullità di ogni matrimonio fallito, allorché si trova in questo stesso fallimento un argomento in favore di una supposta incapacità, che però, curiosamente, non impedirebbe di passare dopo a nuove nozze. Inoltre, questi interventi della Sede Apostolica rivelavano un modo di amministrare la giustizia ecclesiastica caratterizzato da una grande celerità e quantità di dichiarazioni di nullità, ispirate da questo quasi unico capo di incapacità o immaturità, concretamente rispetto alla comunità di vita o alle relazioni interpersonali ⁽⁸⁾.

Dopo la promulgazione del nuovo Codice, Giovanni Paolo II ha dedicato al tema due dei suoi annuali discorsi alla Rota Romana, quelli del 1987 e del 1988 ⁽⁹⁾. Questi discorsi meriterebbero un commento approfondito, che ora non è possibile fare ⁽¹⁰⁾. In essi è posta al centro dell'attenzione la visione integrale della persona umana, propria della dottrina cristiana. Data l'importanza che in queste cau-

⁽⁸⁾ Un'autorevole sintesi si trova nella relazione dell'allora Prefetto del Supremo Tribunale della Segreteria Apostolica, Card. Pericle Felici, al Sinodo dei Vescovi del 1980 sulla famiglia (6 ottobre 1980, in *Communicationes*, 12, 1980, p. 215-220).

⁽⁹⁾ 5 febbraio 1987 (in AAS, 79, 1987, p. 1453-1458); e 25 gennaio 1988 (in AAS, 80, 1988, p. 1178-1185).

⁽¹⁰⁾ Cfr. J.T. MARTÍN DE AGAR, *L'incapacità consensuale nei recenti discorsi del Romano Pontefice alla Rota Romana*, in *Ius Ecclesiae*, 1 (1989), pp. 395-422.

se assume il lavoro dei periti psicologi e psichiatri, il Papa insiste sulla necessità che questo lavoro si muova nell'orizzonte dell'autentica antropologia cristiana, che implica — tra gli altri elementi — l'affermazione della libertà umana, la sua apertura ai valori trascendenti, l'esistenza tanto del peccato e delle sue conseguenze nell'uomo quanto della salvezza in Cristo, la conseguente necessità dello sforzo e della lotta per vivere il matrimonio nella sua autenticità umana e cristiana. Sorge, quindi, la necessità di adottare in queste cause un concetto realista di normalità. Questa è compatibile con difficoltà nella vita coniugale, che devono distinguersi dall'incapacità, la quale deve basarsi su una seria anomalia di indole psichica, in quanto non basta una anomalia lieve né una di indole morale. Tanto il perito quanto il difensore del vincolo e il giudice, ognuno nel proprio ruolo, non devono lasciarsi condurre da giudizi semplicistici che vedono in qualunque sintomo di difficoltà psicologica la prova di una nullità matrimoniale, e devono considerare invece l'insieme della situazione, in quanto la responsabilità morale dei coniugi può avere tanta parte nel fallimento matrimoniale.

Questi discorsi, che si situano su di un piano superiore a quello delle discussioni tecnico-giuridiche, richiamano chiaramente l'attenzione sulla gravità e attualità del tema, e indicano le basi per il suo adeguato approfondimento.

2. *Alcune riflessioni attorno al can. 1095, specialmente sulla questione dell'autonomia dell'incapacità di assumere rispetto alla mancanza di discrezione di giudizio, e la connessione di tale problema dottrinale con gli abusi nell'applicazione del can. 1095.*

Di fronte a tali problemi nell'applicazione di questo *caput nullitatis* ci si può domandare se il problema consista solamente in un abuso di certe categorie canoniche per misurare l'incapacità — di per sé valide, ma di fatto e spesso adoperate male —, o piuttosto se siano queste stesse categorie a dover essere ancor riesaminate ed ulteriormente affinate ⁽¹¹⁾.

⁽¹¹⁾ M.F. POMPEDDA, nel suo ricordato contributo di sintesi circa *L'incapacità consensuale*, alludeva ad una siffatta problematica, pur non volendo entrare in essa in quell'occasione: « si potrebbe porre la questione se la norma espressa definitivamente nel canone 1095, che ha positivamente statuito in materia, sia del tutto adeguata, tanto nella formulazione verbale quanto nel contenuto giuridico, al concetto integrale del consenso matrimoniale e quindi per converso al suo difetto radicale.

Prima di proseguire, vorrei aggiungere alcune precisazioni che aiutino a meglio comprendere il quesito appena enunciato. Anzitutto, la possibilità di valutare criticamente l'attuale canone 1095 non implica in nessun modo la pretesa di ignorare i problemi reali di tipo psicologico e psichiatrico con i quali la pratica canonica ha dovuto confrontarsi, né un preconcetto atteggiamento negativo di fronte alle possibili nullità matrimoniali per motivi di questo tipo. Neppure significa non avere fiducia negli apporti veramente validi delle scienze psicologiche e psichiatriche. Inoltre, non vuol dire che tutte le cause sentenziate *pro nullitate* sulla base di un capo che si dimostri inadeguato contengano un'ingiusta e sbagliata dichiarazione di nullità: in diritto è perfettamente possibile arrivare a soluzioni vere per vie non del tutto adeguate, le quali intendono offrire una giustificazione teorica a determinate soluzioni cui era già giunta quella che si potrebbe denominare la giusta intuizione dei giudici.

D'altra parte, va tenuto presente che l'interrogativo posto risponde soltanto ad uno dei possibili modi di affrontare la questione della capacità matrimoniale: quello proprio del giurista nella sua attività scientifica, il quale, alla luce dei risultati ottenuti grazie ai suoi strumenti concettuali, cerca di aggiustarli perché servano meglio alla missione di fare giustizia in tutti i casi. Naturalmente ci sono molti altri fronti nei quali la questione della capacità consensuale matrimoniale costituisce oggi una vera sfida: quello dei principi filosofici e teologici, quello delle scienze umane, quello delle politiche sociali in materia familiare, quello dell'azione pastorale della Chiesa, quello della funzione giurisdizionale ecclesiale — che è anche compito squisitamente pastorale —, ecc. È molto significativo che il Santo Padre abbia voluto istituire nella Santa Sede un dicastero per le questioni della famiglia — il Pontificio Consiglio per la Famiglia — e che vadano sorgendo istituzioni accademiche con una impostazione interdisciplinare centrata sulla famiglia come oggetto di ricerca e di studio ⁽¹²⁾. Risulta ancor più eloquente il modo in cui la Chiesa ha fatto

Trattandosi di normativa attingente il diritto naturale e non implicando la codificazione l'inerranza della Chiesa se non in senso negativo — tale cioè per cui è da escludere l'emanazione di leggi contrarie alla Fede e alla Morale —, la questione posta non sembra del tutto peregrina » (*Studi di diritto matrimoniale canonico*, cit., p. 485 s.).

⁽¹²⁾ Ricorderei ad es., pur nella loro diversità, l'Istituto Giovanni Paolo II per studi su matrimonio e famiglia, della Pontificia Università Lateranense, e l'Istituto de Ciencias para la Familia dell'Universidad de Navarra.

sua la dichiarazione dell'anno 1994 quale « Anno Internazionale della Famiglia » da parte delle Nazioni Unite ⁽¹³⁾. Tutte le scienze che hanno a che vedere con l'uomo sono in relazione con il matrimonio e la famiglia. Il diritto canonico, senza uscire dai suoi orizzonti e dalla sua missione specifica, è chiamato a dare il proprio apporto, che forse è più importante di quanto si pensi, giacché contribuisce a modellare la coscienza dei fedeli in questi campi, e per questa via ha grande influsso sulla coscienza sociale dell'intera umanità riguardo queste questioni decisive.

Tornando al tema della valutazione del canone 1095 — un precepto corretto ma a volte utilizzato male, oppure una norma che ha bisogno di essere ulteriormente riformulata? —, a mio giudizio conviene subito tenere conto di due principi. In primo luogo, si tratta di una norma che, benché aspiri ad assumere il diritto naturale, lo fa naturalmente mediante schemi umani. È normale che questa formulazione necessiti di essere progressivamente vagliata, per farla adattare sempre meglio alle esigenze di giustizia dell'essere dell'uomo e delle sue relazioni interpersonali, in questo caso del matrimonio. Così come il sistema matrimoniale del Codice del 1917 era chiaramente insufficiente per risolvere alcuni problemi di ordine psichico fino ad allora non sufficientemente avvertiti — e forse anche meno presenti, di fatto, nella società —, non bisogna meravigliarsi che il sistema matrimoniale del nuovo Codice — la cui linea di continuità con il precedente merita di essere specialmente sottolineata: né il matrimonio né la sostanza della dottrina cristiana riguardo ad esso possono cambiare — possa apparire suscettibile di miglioramenti.

In secondo luogo, come succede sempre nel mondo giuridico, questi possibili miglioramenti dovranno essere il frutto di un esame della situazione che tenga conto della realtà dell'applicazione delle norme alla vita. Non va infatti mai dimenticato il carattere essenzialmente realistico dei concetti e degli istituti giuridici la cui validità è vagliata proprio dalla loro capacità di offrire soluzioni adeguate ai casi reali.

A mio parere, i due primi numeri del canone 1095 non pongono problemi sostanziali di ordine teorico. Possono essere oggetto di interpretazioni e applicazioni inadeguate, cioè di abusi, ma in sé raccolgono una tradizione canonica multisecolare la cui validità è stata riconfermata negli ultimi tempi, anche come via per integrare e com-

(13) Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Lettera alle Famiglie*, 2 febbraio 1994.

prendere meglio i problemi attuali ⁽¹⁴⁾. Penso specialmente al criterio naturale della pubertà come età minima per contrarre matrimonio, nella quale si danno normalmente — nella radicale unità anima-corpo propria dell'uomo — i requisiti minimi di capacità sia fisica che psichica per sposarsi. Il realismo di questa concezione vede il matrimonio come oggetto di una inclinazione della natura — intesa non in senso naturalistico, ma metafisico: riferita cioè alla natura integrale (spirituale-corporea) dell'uomo — che permette ad ogni uomo normale di unirsi in matrimonio. In questa concezione si pone l'accento soprattutto sulla realtà positiva della capacità naturale matrimoniale, nella sua radicale unità, che comprende i diversi piani dell'essere e dell'agire umani. Di conseguenza, l'anormalità come incapacità matrimoniale appare chiaramente come eccezione; è perfino offensivo per una persona normale essere reputata incapace di sposarsi a partire da una certa età. Le oscillazioni dell'età cronologica in cui di fatto ha luogo la pubertà nel suo senso integrale di età che comporta l'attitudine a sposarsi (che può talvolta situarsi più tardi della pubertà nel suo senso biologico) non implicano la negazione di quel carattere naturale del processo evolutivo che porta ad essere capaci dello stato matrimoniale. Peraltro, queste oscillazioni — che sono difficili da apprezzare: di solito ci sono tendenze discordanti che convivono in ogni momento storico — devono stimarsi prudenzialmente mediante l'impedimento di età stabilito dall'autorità legittima.

Le due prime fattispecie di incapacità matrimoniali del canone 1095 coincidono nel riferirsi inequivocabilmente all'assenza della capacità consensuale al momento del patto coniugale: incapacità di conoscere e volere il matrimonio ⁽¹⁵⁾. La distinzione tra le due fattispecie è utile allo scopo di mostrare la maggiore capacità di cui c'è bisogno per sposarsi rispetto al mero uso sufficiente di ragione. Ma come misurare la conoscenza e la volontà adeguate, proporzionate al matrimonio? A tal fine, il punto di riferimento indicato dalla tradizione è

⁽¹⁴⁾ Sulla discrezione di giudizio matrimoniale, cfr. E. TEJERO, *La discreción de juicio para consentir en el matrimonio*, in *Ius Canonicum*, 22 (1982), p. 403-534; e R.L. BURKE, *Lack of discretion of judgement because of schizophrenia: doctrine and recent rotal jurisprudence*, Pontificia Università Gregoriana, Roma 1986.

⁽¹⁵⁾ In questi due numeri si include anche l'incapacità dovuta ad una inesistenza temporale di questa conoscenza e volontà nel momento di sposarsi (per esempio, a causa di ubriachezza), la quale non implica propriamente incapacità permanente. Questa opzione sistematica del Codice mi sembra discutibile, benché non mi pare abbia particolari riflessi pratici.

chiaramente la natura umana nel suo sviluppo evolutivo in ogni persona: la sufficiente discrezione di giudizio appare legata al momento della pubertà nel senso integrale descritto. Ciò significa che, per contrarre matrimonio, non basta una conoscenza meramente astratta di quello che è il matrimonio — possibile in una persona da prima della pubertà — né una mera velleità matrimoniale — anch'essa possibile prima di quell'età —. La struttura somatico-spirituale dell'uomo si riflette anche in questo atto decisionale riguardante la propria vita che è il patto coniugale: sono necessarie una conoscenza e una volontà in sintonia con la realtà vitale del matrimonio concreto che si contrae. Per questa conoscenza e questa volontà è psicologicamente indispensabile il concorso della conoscenza e della affettività sensibili riferite al campo sessuale. In effetti, la decisione di amore di volontà — la *dilectio* —, propria dell'atto del consenso matrimoniale, non è concepibile al margine del riferimento ad una persona concreta di sesso opposto, verso la quale opera la tendenza sessuale umana in cui sono naturalmente integrati il livello corporale, quello psichico e quello spirituale. Dimenticarlo implicherebbe cadere in una visione idealizzata, angelica, del matrimonio, che si allontana dalla realtà umana.

Passando al terzo numero del canone 1095 — l'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio —, occorre considerare la questione circa l'autonomia e la distinzione di questo capo rispetto a quello della discrezione di giudizio. Secondo me ci sono diverse ragioni che consigliano di non considerare ancora definitivamente risolta tale questione ⁽¹⁶⁾.

Innanzitutto, le origini di questo capo di nullità suscitano qualche perplessità. Il fatto che la dottrina e la giurisprudenza canonica non abbiano applicato prima al matrimonio il principio *ad impossi-*

⁽¹⁶⁾ Anche dopo il Codice del 1983 non mancano autori che tendono a dubitare su tale autonomia: cfr. ad es. R.L. BURKE, *Lack of discretion of judgment...*, cit., p. 95-97, con abbondanti riferimenti bibliografici sulla questione, soprattutto prima del 1983; O. FUMAGALLI CARULLI, *La disciplina del matrimonio e il magistero conciliare*, in AA.VV., *La normativa del nuovo Codice*, a cura di E. CAPPELLINI, Queriniana, Brescia 1983, p. 207; L.A. WAUCK, in I. GRAMUNT - J. HERVADA - L.A. WAUCK, *Canons and Commentaries on Marriage*, The Liturgical Press, Collegeville (Minnesota) 1987, p. 176. Altri, con criteri pratici e realistici, pensano che almeno si debba rifuggire da una distinzione troppo rigida: cfr. ad es. P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Edizioni Culturali Internazionali, Genova 1986, p. 96 s.

lia nemo tenetur è già un primo indizio che merita di essere analizzato. Inoltre, non mi sembra convincente il processo di estensione dell'impedimento di impotenza, dal quale muove storicamente questa incapacità, giacché l'impotenza si riferisce unicamente alla capacità di compiere l'atto coniugale, che per sua natura presenta connotati peculiari, suscettibili di dar luogo ad un impedimento matrimoniale oggettivo, distinto dall'incapacità consensuale. Di fatto poi l'*incapacitas assumendi onera* non è stata accolta tra gli impedimenti nella nuova codificazione, come sarebbe stato più congruente se si fosse seguita fino in fondo la logica della sua autonomia rispetto all'atto soggettivo del consenso.

D'altra parte, questo motivo di nullità si forgia dentro una visione contrattualista che tende ad applicare gli schemi dei contratti alla realtà del matrimonio. Lo dice la stessa formulazione del canone 1095, n. 3 (come pure quella del n. 2), in cui l'incapacità ha come punto di riferimento immediato l'assunzione degli obblighi essenziali del matrimonio. In cambio, lo stesso Codice — riportando la dottrina della *Gaudium et Spes*, n. 48 — esplicita l'oggetto del consenso matrimoniale non più in rapporto ai diritti-obblighi matrimoniali (come era lo *ius in corpus* del Codice precedente), ma in rapporto al dono di se delle stesse persone dei coniugi: « Il consenso matrimoniale è l'atto della volontà con cui l'uomo e la donna, con patto irrevocabile, danno e accettano reciprocamente se stessi per costituire il matrimonio » (canone 1057 § 2).

Come ha rilevato la già citata ricerca di Carreras, nel costruire la nuova figura si è usata la stessa concezione contrattualista imperante sotto il Codice precedente, integrandola con nuovi diritti-obblighi come quello della comunità di vita, tema che, peraltro, continua a sembrarmi molto aperto, posto che quest'ultima risulta difficilmente distinguibile dal *matrimonium ipsum*. È la logica del contratto quella sottesa a questo n. 3: il matrimonio implica obblighi, impegni, prestazioni — di cui si sottolinea la gravità —: chi non può assumersi per difetti psichici non può sposarsi validamente, quantunque presti un atto di consenso psicologicamente idoneo. Ma in che modo si può sapere che non li può assumere? Benché si parli di assumersi — per mettere in rilievo che l'incapacità deve darsi nel momento stesso di sposarsi —, mi sembra che sia quasi inevitabile ricorrere al momento del compimento per giudicare il momento dell'assunzione. In effetti, è l'impossibilità di compimento delle obbligazioni ad implicare la nullità del patto, in un modo analogo a quel che succede quan-

do una persona conclude un contratto del cui oggetto non può invece disporre. In questa prospettiva non sarebbe superfluo chiedersi fino a che punto atti involontari — o non sufficientemente liberi — che siano prodotti di anomalie psichiche (come, per esempio, la ninfomania) possano essere considerati come vero non compimento degli obblighi. E converrebbe altresì domandarsi in che misura i diversi obblighi matrimoniali siano distinguibili tra di loro, ai fini di costituire altrettanti ipotesi di incapacità di assumere, e non vi sia piuttosto una radicale unità della capacità consensuale matrimoniale, esistente o meno *per modum unius*, con riferimento indistinto a qualunque obbligo matrimoniale.

Tentando di approfondire la questione, penso che questa costruzione, benché certamente possa essere usata per risolvere con giustizia determinati casi, contenga più o meno esplicitamente un modo non del tutto adeguato di concepire il matrimonio, il che forse spiega la facilità con la quale può essere oggetto di abuso. In effetti, l'atto di contrarre matrimonio implica essenzialmente per gli stessi coniugi un darsi e accettarsi reciprocamente, che solo come conseguenza comporta obblighi, diritti e prestazioni reciproche. Il mistero — prima di tutto naturale — del matrimonio risiede proprio in questa capacità di unirsi di due persone di sesso diverso in modo che restino da allora indissolubilmente legate, indipendentemente dalle vicissitudini della vita matrimoniale successiva. Perciò, il punto focale della capacità matrimoniale è il patto coniugale, non la vita coniugale, nella quale sono possibili molte circostanze — degli stessi coniugi o esterne ad essi — che rendono impossibile il vivere determinati aspetti della relazione matrimoniale, che non per questo cessa di esistere.

Benché, naturalmente, al momento di valutare la capacità matrimoniale bisogna tener conto dell'intera biografia della persona, ed in particolare dello sviluppo della vita di relazione con l'altra persona con la quale si è unito, bisogna evitare con attenzione il rischio di trasformare il successo o l'insuccesso dell'unione in criterio di validità o nullità del vincolo. In realtà, il pericolo esiste in quanto, a mio modesto parere, la dinamica propria dell'*incapacitas assumendi* tende a concepire il fallimento matrimoniale come segno di nullità. Ciò permette, forse, di comprendere perché, una volta ammessa l'*incapacitas assumendi*, risulti difficile escludere dal suo ambito l'ipotesi dell'incapacità meramente relativa — che è, in definitiva, l'incompatibilità di caratteri, con le enormi difficoltà di oggettivazione che la ca-

ratterizzano, e soprattutto con la sua riduzione dell'unione matrimoniale al piano dell'integrazione psichico-affettiva —. Su questa stessa linea, si comprende anche la tendenza ad attribuire efficacia invalidante a situazioni semplicemente latenti nelle persone al momento di sposarsi, che verranno successivamente alla luce determinando l'impossibilità della convivenza coniugale; oppure la difficoltà di restringere l'*incapacitas assumendi*, come fa il canone 1095, a quella fondata su cause d'indole psichica, senza includere quelle di tipo morale, nonché la tendenza a diminuire l'esigenza di gravità in tali cause. Mi sembra che alla base di queste varie tendenze vi sia una medesima impostazione di fondo, avente una sorta di logica interna, che porta ad interpretare il matrimonio in modo forse troppo « umano », come se fosse essenzialmente un cammino di compartecipazione di due persone al benessere temporale di questa vita. Inoltre, non mancano motivi per pensare che lo stesso matrimonio possieda mirabili ricchezze terapeutiche per le deficienze psicologiche, dalle quali, peraltro, in qualche misura pur lieve non sembra essere del tutto esente nessuna persona normale.

Insisto nuovamente sul fatto che le precedenti considerazioni non vogliono dire che non esistano casi reali di nullità riconducibili alla fattispecie di cui al n. 3 del canone 1095. Penso però che questi siano perfettamente inquadrabili nel n. 2, se questo si interpreta in maniera da tener conto dei presupposti psicosomatici della decisione matrimoniale, che sono *conditio sine qua non* per la stessa esistenza di tale decisione. Nell'esempio più classico delle infermità psicosessuali, questa visione del consenso permetterebbe di rendersi conto che le distorsioni patologiche della sessualità possono arrivare a viziare questo atto nella sua integralità umana. Penso che risolvere questi casi attraverso la mancanza di discrezione di giudizio sia più congruente con una visione unitaria dell'uomo, che in realtà non può conoscere e amare veramente nel momento decisivo di sposarsi quello che non è capace di assumere.

A mio parere, riesce infatti difficile giustificare come mai una vera incapacità di assumere non dovrebbe causare prima, sia logicamente che ontologicamente, una mancanza di discrezione di giudizio matrimoniale⁽¹⁷⁾. Ammetterlo implica, tra l'altro, configurare i problemi di attuazione degli obblighi matrimoniali come legati a potenzialità diverse da quelle necessarie per il patto coniugale. A sua vol-

(17) R.L. BURKE, *Lack of discretion of judgment...*, cit., p. 97.

ta, ciò non permette di cogliere appieno la funzione delle facoltà diverse da quelle spirituali nella complessità del rispettivo atto umano pratico del consenso matrimoniale, nonché implica il rischio di concepire gli obblighi matrimoniali più nella prospettiva di una gratificante esperienza di realizzazione di coppia che nella sua profonda realtà umana di appelli morali — e anche giuridici, nel più radicale senso del diritto quale realtà dovuta secondo giustizia, e tenuto conto naturalmente dei limiti operativi della dimensione giuridica, che resta sempre legato all'esteriorità — all'adempimento di un impegno di fedeltà esistente malgrado i limiti che la realtà della propria vita dei coniugi o delle loro circostanze possano comportare per la loro traduzione concreta nell'esistenza. D'altronde, non va dimenticato che quel che si debbono marito e moglie è soprattutto il vero amore coniugale ⁽¹⁸⁾, e che tale amore trova vie ed espressioni mirabili proprio nelle difficoltà che incontrano gli sposi, specialmente nei loro rapporti interpersonali, con quella necessità di imparare in continuazione ad amarsi e rispettarsi anche con i loro limiti umani. Da ultimo, è anche in gioco la stessa realtà del matrimonio *in facto esse*, da concepire non come semplice comunità di vita fattuale, bensì come realtà permanente costituita tra l'uomo e la donna di una volta per sempre mediante la loro alleanza coniugale.

Facendo rientrare le ipotesi del n. 3 nel n. 2 del canone 1095, si eliminerebbero alla radice i diversi problemi ancora aperti su tale n. 3, ai quali mi sono riferito in queste pagine. Peraltro, è significativo il fatto che nella stessa giurisprudenza rotale continuino ad essere poco nitidi i confini tra il n. 2 e il n. 3, e che di fatto si preferisca ancora il capo della mancanza di discrezione di giudizio ⁽¹⁹⁾.

Vorrei concludere queste riflessioni, che non vogliono nemmeno lontanamente chiudere un tema che al contrario mi sembra ancora molto aperto, con una breve annotazione metodologica, e con un breve cenno alla possibile applicazione di queste cause di nullità all'ambito civile.

⁽¹⁸⁾ Sul dibattito circa il rapporto tra amore e matrimonio nell'ottica del diritto, cfr. il contributo di P.J. VLADRICH, *Amor conyugal y esencia del matrimonio*, in *Ius Canonicum*, 12 (1972), p. 269-313; e di recente G. LO CASTRO, *Tre studi sul matrimonio*, Ed. Giuffrè, Milano 1992, p. 31-33 e 72-78.

⁽¹⁹⁾ Cfr. J.I. BAÑARES, *Breve síntesis sobre criterios de distinción entre falta de discreción de juicio e incapacidad de asumir, en las sentencias recientes de la Rota Romana*, in AA.VV., *Incapacidad consensual para las obligaciones matrimoniales*, cit., pp. 181-193.

Mi sembra che l'esperienza degli ultimi anni in questa materia manifesti ancora una volta i limiti propri della concettualizzazione giuridica. La soluzione dei casi concreti sulla base di norme generali si presenta a volte particolarmente ardua e difficile, generando veri dubbi di diritto. Per uscire da essi — oltre a ricorrere, in definitiva, al *favor matrimonii* — è necessario completare e vivificare la norma canonica tanto con una considerazione di fondo sulla realtà stessa che è oggetto di questa norma, quanto con un'adeguata valutazione prudenziale di ogni caso. Vale a dire che è necessario penetrare più e meglio nella dottrina di Cristo sul matrimonio, come la propone con autorità la Chiesa, senza perdere di vista la rilevanza del retto senso comune e cristiano (il *sensus fidelium*, che avendo la stessa origine sarà in profonda armonia con il Magistero ecclesiastico) al momento di valutare ogni situazione ⁽²⁰⁾.

D'altronde, in questo caso si evidenziano molto chiaramente le strette relazioni esistenti tra il livello fondamentale e ontologico del sapere giuridico-canonico e il livello immediatamente pratico della prudenza giuridico-canonica (corrispondente soprattutto all'attività dei tribunali ecclesiastici mediante la loro giurisprudenza): l'assimilazione profonda della verità umana e cristiana sul matrimonio e la famiglia costituisce la migliore garanzia di successo per risolvere con giustizia le singole situazioni e per utilizzare le categorie della scienza canonica, certamente necessarie alla vita giuridica della Chiesa, ma sicuramente anche limitate e imperfette ⁽²¹⁾.

Mi sembra che l'esistenza di questi problemi metta in rilievo quanto risulterebbe problematico trasporre questo capo di nullità al campo della legislazione civile, includendo in essa una formulazione analoga a quella del canone 1095. Lasciando da parte il tema dell'unicità radicale del matrimonio — che consiglia di porsi come prima

⁽²⁰⁾ Possiede particolare rilievo la visione di queste realtà che hanno i santi, specie quelli il cui carisma ha particolare relazione con la vita matrimoniale e familiare. In tal senso, risultano molto penetranti, circa l'insegnamento in materia del Beato Josemaría Escrivá, Fondatore dell'Opus Dei, le considerazioni di J.M. MARTÍNEZ DORAL, *La santidad de la vida conyugal (Reflexiones al margen sobre algunos puntos de Camino)*, in *Scripta Theologica*, 21 (1989), p. 867-885.

⁽²¹⁾ Sui vari livelli della conoscenza giuridica, cfr. l'ottima monografia di J.M. MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento jurídico*, Universidad de Navarra, Pamplona 1963. Nell'ambito del diritto canonico questa dottrina è stata recepita, e soprattutto applicata, da Javier Hervada, costruendo quella che mi pare costituisca oggi la migliore epistemologia canonistica disponibile: cfr. J. HERVADA - P. LOMBARDA, *El Derecho del Pueblo de Dios*, vol. I, EUNSA, Pamplona 1970.

cosa la questione del riconoscimento civile del matrimonio canonico —, l'esperienza canonica di questi ultimi decenni mostra la considerevole dose di prudenza con la quale bisogna procedere in questa materia, per evitare di cadere nell'inganno del divorzio presentato come nullità, non solo per motivi formali, come nell'attuale contesto cileno, ma anche per motivi sostanziali. Penso che una elementare esigenza di realismo esiga di lasciare alla legislazione civile solo quelle fattispecie più gravi ed evidenti, rinunciando ad addentrarsi in un campo in cui la stessa legislazione e giurisprudenza canonica — con tutta la sua squisita preoccupazione per il diritto naturale e per il bene delle anime, e con tutta la sua multisecolare ed universale esperienza giuridica — continua a trovare problemi non indifferenti per una giusta applicazione di queste nuove categorie canoniche. Un diverso modo di agire, sotto l'apparenza di risolvere meglio determinati casi, potrebbe pervenire di fatto a stabilire un sistema giuridico che concepisse la capacità di sposarsi come qualcosa di eccezionale.