

JOAN CARRERAS

L'ANTROPOLOGIA E LE NORME DI CAPACITÀ
PER CELEBRARE IL MATRIMONIO
(I PRECEDENTI REMOTI DEL CANONE 1095 CIC '83)

1. Premessa. — I. LA NORMA DELLA PUBERTÀ. — 2. Una costante storica: la pubertà come criterio di capacità. — 3. La pubertà come criterio unitario di capacità. — 4. La pubertà come criterio dinamico di capacità nel diritto canonico classico. — II. LE NORME CONTRATTUALI. — 5. Il contrattualismo matrimoniale. — 6. La norma dell'uso di ragione. — 7. L'elaborazione del criterio contrattuale di carattere unitario e dinamico. — 8. L'applicazione del nuovo criterio dinamico di incapacità: l'*amentia contractualis*. — 9. Gli sviluppi del criterio dinamico durante gli anni del Concilio Vaticano II. — 10. Vantaggi e limiti del criterio dinamico. — III. LA NORMA PERSONALISTA. — 11. Il personalismo e l'amore sponsale. — 12. Lo « *ius ad communitatem vitae* ». — 13. Il criterio dinamico di capacità e il problema dell'indissolubilità del vincolo coniugale. — 14. L'attualità della proposta di Salvatore Lerner. — 15. La norma personalista e l'oggetto del consenso. — 16. Due modi diversi di capire la « comunità di vita ». — 17. Le caratteristiche dell'incapacità di assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio. A proposito di una recente sentenza c. Pompedda. A) Il problema dell'« antecedenza » e della « perpetuità ». B) Il problema della « gravità » e della « natura » della causa che produce l'incapacità. C) Il problema dell'incapacità relativa. — 18. Conclusione.

1. *Premessa.*

Nell'abbondante letteratura canonistica sul matrimonio e sulla famiglia mancano studi in cui la capacità matrimoniale venga contemporaneamente affrontata sotto il triplice profilo storico, antropologico e giuridico.

Mai si è scritto tanto sulla capacità matrimoniale come nei nostri giorni, ciò tuttavia non significa che si siano chiarite le norme che reggono questo settore dell'Ordinamento giuridico della Chiesa. Il canone 1095 CIC '83 fornisce una complessa normativa in cui si stabilisce che sono incapaci di contrarre matrimonio: coloro che mancano di sufficiente uso di ragione; coloro che difettano grave-

mente di discrezione di giudizio; coloro che per cause di natura psichica non possono assumere gli obblighi essenziali del matrimonio.

Un breve *excursus* storico sulle norme in materia di capacità può dare nuova luce per capire come in questo canone siano confluiti e si siano raccolti uno dopo l'altro i diversi criteri storici riguardanti la capacità matrimoniale. Questa diversa origine storica corrisponde però ad una diversa visione giuridica dell'istituto matrimoniale e, in fondo, a premesse antropologiche eterogenee.

La norma della pubertà è stata un apprezzato criterio giuridico fino ai nostri giorni. I profondi mutamenti di cui è stata oggetto la famiglia hanno fatto sì che la pubertà non abbia più oggi il ruolo normativo che aveva invece svolto per moltissimi secoli. Questo fatto è stato una sfida alla scienza canonica, che ha dovuto prendere posizione sul perdurare o meno del valore della norma della pubertà.

È da rilevare che oggi la stragrande maggioranza della dottrina e della giurisprudenza ha rinunciato a questo criterio storico, sostituendolo con uno nuovo, le cui basi antropologiche e giuridiche sono ben diverse: il nuovo criterio di capacità poggia su una concezione contrattuale del matrimonio. Nell'applicazione di questa norma « dinamico-contrattuale », si devono rammentare da una parte le risposte alle grandi sfide che la moderna psichiatria e la psicologia sperimentali hanno lanciato alla scienza canonica, e dall'altra gli abusi che si sono verificati da parte di taluni tribunali ecclesiastici.

Il Concilio Vaticano II, ed in particolare la costituzione pastorale *Gaudium et Spes* offrono, ancora ai nostri giorni, un abbondante materiale di riflessione e di ricerca. Non a caso, i principali documenti del Magistero posteriore relativi alla problematica sull'etica coniugale si richiamano sempre alle premesse antropologiche ivi accennate (1). Occorre domandarsi seriamente se tali approfondimenti in materia matrimoniale abbiano avuto o meno conseguenze *giuridiche* nel modo di concepire la capacità di celebrare il matrimonio. A ben guardare, invece, il canone 1095 non riflette *in recto* quella che è stata chiamata la « norma personalista », bensì — come già accenna-

(1) Paradigmatiche le parole con cui papa Paolo VI dava inizio alla seconda parte dell'Enciclica *Humanae Vitae*, n. 7: « Il problema della natalità, come ogni altro problema riguardante la vita umana, va considerato, al di là delle prospettive parziali — siano di ordine biologico o psicologico, demografico o sociologico — nella luce di una visione integrale dell'uomo e della sua vocazione, non solo naturale e terrena, ma anche soprannaturale ed eterna ». Questa impostazione prettamente « antropologica » è ancora più radicale nel magistero di papa Giovanni Paolo II.

to — l'insieme di quelle che furono le norme usate nel corso della storia per misurare la capacità, così come da ultimo il criterio dinamico-contrattuale elaborato alla metà di questo secolo. Tutte norme o criteri, che — si badi bene — erano precedenti al momento in cui furono accolte in ambito canonistico le dottrine conciliari.

I. LA NORMA DELLA PUBERTÀ.

2. Una costante storica: la pubertà come criterio di capacità.

Abbiamo poc'anzi affermato che da tempi immemorabili la pubertà è stata considerata costantemente nella storia un criterio naturale di capacità per il matrimonio. Basti segnalare, ad esempio, che già nella legislazione romana ⁽²⁾ e fino alla promulgazione del Codice pianobenedettino l'*impedimentum aetatis* aveva come fondamento la pubertà naturale. È d'altronde considerevole la cura mostrata dalla Chiesa nel legiferare sulla capacità matrimoniale in genere e sull'impedimento di età, in specie ⁽³⁾.

In effetti, per venti secoli la pubertà reale — cioè quella che si verifica in ogni persona — era stata sempre il momento a partire dal quale si riteneva che ella fosse capace di sposarsi. Sicché, il limite minimo di età, di dodici anni per le donne e di quattordici per gli uomini, costituiva soltanto una presunzione *iuris tantum* di capacità. Si può quindi affermare senza ombra di dubbio che la « pubertà legale » abbia avuto il suo fondamento storico nella norma della pubertà.

Durante molti secoli, per il canonista, alla domanda « chi è capace di sposarsi? », non c'era altra risposta che questa: « è capace in linea di massima colui che ha raggiunto la pubertà ». Non è valido argomento contrario il fatto che durante i secoli la Chiesa abbia ac-

(2) ONCLIN, W., *L'âge requis pour le mariage dans la doctrine canonique médiévale*, in AA.VV., *Proceedings of Second Intern. Congress of Mediev. Canon Law* (Boston, 1963-Vaticano, 1965), 237-249. L'autore precisa che « L'Eglise primitive, sur ce point comme sur beaucoup d'autres d'ailleurs, n'innova rien, ne créa pas de législation nouvelle, mais consacra par l'application les dispositions en vigueur dans la législation romaine » (p. 237).

(3) Per una valutazione dello *ius connubii* sotto il profilo storico vid. TEJERO, E., *Calificación canónica de la amencia y ius connubii*, in AA.VV., *Les droits fondamentaux du chrétien dans l'Eglise et dans la société. Actes du IV Congrès International de Droit canonique (Suisse) 6-11 oct. 1980* (Milano, 1981), p. 1178.

cettato gli usi germanici, secondo i quali i genitori pattuivano il matrimonio dei loro figli quando questi erano ancora in tenera età⁽⁴⁾. Queste abitudini però non possono essere un problema, poiché durante il primo millennio per i Germani — così come per molti altri popoli — il matrimonio era costituito da due fasi ben distinte⁽⁵⁾. La prima era il patto o l'alleanza delle famiglie, e da quel momento per le varie legislazioni — ad eccezione di quella romana — gli « sposi » diventavano marito e moglie a tutti gli effetti legali. La seconda fase si realizzava con la *traditio* della sposa in casa del marito. Ovviamente, questo trasferimento si effettuava soltanto quando gli sposi erano ormai capaci di avere rapporti sessuali⁽⁶⁾.

Riprova di quanto affermato è il fatto che le principali decretali usino espressioni molto significative per riferirsi alla pubertà. La decretale *Tua nos* di papa Hormisdas (514-523)⁽⁷⁾, parla infatti della *aetas perfecta* e l'importantissima decretale *Ubi* di papa Nicola I stabilisce che il patto coniugale non fosse irrevocabile finché i coniugi non avessero raggiunto gli anni della « *discretio iudicii* » e non avessero acconsentito personalmente al matrimonio⁽⁸⁾.

Va rilevato che il consensualismo non è una conquista della teologia medievale. Il principio del consenso personale è stato sempre presente nella legislazione canonica. Senonché, questo consenso poteva essere manifestato in due modi diversi: mediante il patto personale, o — più frequentemente — mediante l'atto coniugale, in cui gli sposi mostrano vicendevolmente il loro amore. Questo peculiarissimo modo di « consentire » al matrimonio è stato anche una costante storica fino al 1892, anno in cui Leone XIII abrogava l'istituto del co-

(4) Vedremo subito che la Chiesa in un certo qual modo combatteva pure quelle abitudini; e lo faceva appunto applicando la norma della pubertà.

(5) Di grande interesse sono le osservazioni di DACQUINO, P., *Storia del matrimonio canonico alla luce della Bibbia*, 1 (Torino, 1988), *passim*, per cui tutti i popoli antichi conoscevano un matrimonio graduale che poggiava sull'alleanza o patto delle famiglie.

(6) Va ricordato che durante il primo millennio gli « sposi » erano a tutti gli effetti *coniuges*, e cioè non soltanto « fidanzati » o « promessi sposi ». Il fidanzamento o *sponsalia de futuro* è un'istituzione posteriore.

(7) C. 31, 2, 2; X, 4, 2, 1.

(8) C. 30, 2, can. unico: « Ubi non est consensus utriusque non est coniugium: Ergo qui pueris dant puellas in cunabilis; et e converso, nihil faciunt, nisi uterque puerorum, postquam venerit ad annos discretionis consentiat, etiamsi pater et mater hoc fecerint et voluerint »; X, 4, 2, cap. 2. (La sottolineatura è nostra).

siddetto matrimonio presunto, mediante il decreto *Mutuus consensus* ⁽⁹⁾.

3. *La pubertà come criterio unitario di capacità.*

L'ingente opera di Graziano ha, tra le principali caratteristiche, un atteggiamento di profondo rispetto per la tradizione teologica e canonica anteriore. Così, l'insigne canonista bolognese — nel suo studio sul matrimonio — mostra di avere sempre in grande stima gli « aspetti coniugali », e cioè tutto quanto riguarda la sessualità umana. Non è qui opportuno esporre la sua nota teoria sul momento costitutivo del matrimonio. Tuttavia è necessario rilevare che la « norma della pubertà » ha un posto d'onore nel sistema ideato da Graziano.

Non desti meraviglia che nella sua ottica, così come la pubertà è percepibile da fenomeni fisiologici, così pure il matrimonio, iniziato col consenso, sia definitivamente esistente solo dal momento in cui si avvera la « *copula carnalis* ». Questo è il profondo significato dell'espressione del Maestro: *coniugium confirmatur ab officio* ⁽¹⁰⁾. Infatti, il matrimonio è l'unione delle persone — *coniunctio maris et foeminae* — non soltanto delle loro volontà.

Questo modo di concepire il significato sponsale dell'atto copulativo manifesta un saldo principio dell'antropologia cristiana, anche se ancora implicito. Il corpo non è considerato come qualcosa di estraneo alla persona, bensì come realtà profondamente personale. Nella dottrina graziana quindi la *copula coniugalis* non è considerata sotto il profilo giuridico-contrattuale; non è ridotta alla funzione di prestazione contrattuale. Era, ed è, piuttosto il segno sensibile di una realtà invisibile. Non va dimenticato che l'atto coniugale aveva anche un ruolo importantissimo nella riflessione teologica e sacramentaria ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Cf. WEIGAND, R., *Desarrollo y triunfo del principio del consentimiento en el Derecho matrimonial de la Iglesia*, in *Revista Española Derecho Canónico*, 47 (1990), p. 63. L'istituto del *matrimonium praesumptum* però va studiato tenendo presente la mentalità dell'epoca, poiché non era contrario al principio consensualista la possibilità di esprimere mediante la *copula carnalis* il consenso al matrimonio.

⁽¹⁰⁾ C. XXXIII, 7, 32. Un'altra eccellente espressione può trovarsi nella *Summa* di Rufino, uno dei più grandi discepoli di Graziano: « Sed sine copulatione carnis nequit consummari (matrimonium) sicut nec absque desponsatione vel consensu incipi » (SINGUER, H., *Rufinus von Bologna (Magister Rufinus). Summa Decretorum*, Paderborn, 1902-Alen, 1963, p. 432).

⁽¹¹⁾ Vid. GAUDEMET, J., *Le mariage en occident*, Paris, 1987, p. 190, tra l'abbondante bibliografia al riguardo.

Non c'è motivo di stupirsi per il fatto che Graziano abbia accettato che l'atto coniugale del puber dovesse essere ritenuto un modo di acconsentire al patto previamente stabilito da suo padre o da lui stesso. Si può per tanto affermare che la pubertà non era soltanto un punto di riferimento basilare per individuare il momento in cui la persona era capace di contrarre il matrimonio, ma anche ed innanzitutto un criterio unitario per valutare la capacità matrimoniale; e con questo vorremmo porre l'accento su due caratteristiche.

In primo luogo, la pubertà faceva riferimento a tutta la realtà matrimoniale; vale a dire, agli aspetti fisici e psichici contemporaneamente. Inoltre — e questo è il secondo significato del termine « unitario » — la pubertà ricopriva pure il ruolo importantissimo di essere il criterio generale per accertare quando una persona dovesse essere ritenuta incapace o meno. Questo secondo aspetto fu mirabilmente rilevato da Rufino, il quale stabilì una massima più volte ripetuta dopo di lui: « Item impossibilitas conveniendi alia conveniendi animo, ut in furiosis; alia conveniendi corpore, ut in frigidis et maleficiis et impeditis; alia animo et corpore, ut in pueris et puellis »⁽¹²⁾.

In questa massima è evidente il ruolo normativo della pubertà. Fino al punto che da questa norma emergono due importanti principi:

a) Non è possibile un autentico consenso matrimoniale laddove contemporaneamente la persona non abbia un sufficiente sviluppo fisiologico. Gli « anni della discrezione matrimoniale » — secondo l'equilibrata espressione di papa Nicola I — non sono altro che quelli in cui la persona manifesta in modo sensibile, fisico, una capacità che non hanno i bambini di sette anni, pur in possesso dell'uso di ragione.

b) Non è nemmeno ipotizzabile però che l'atto coniugale di una persona malata di mente sia una vera *copula coniugalis*. È significativo che l'ipotesi sia trattata a proposito della cosiddetta *impossibilitas coeundi*, il che significa che la furia o l'amentia erano messe in rela-

(12) SINGUER, H., *Rufinus...*, cit., p. 433. Questo criterio fu usato anche da Huguccio: « Notandum est quod triplex est impossibilitas coeundi... » (Citato da BRUNDAGE, J., *Impotence, frigidity and marital nullity in the decretists and the early decretalists*, in *Monumenta Iuris Canonici, Serie C: Subsidia. Vol. 8. Proceedings of seventh international congress of Medieval canon law (Cambridge 22-27 July 1984)* (Città del Vaticano, 1988), p. 416, nota 38). Anche nella *Glossa Ordinaria* a C. 33, 1, pr. viene raccolta la suddetta massima, il che è segno palese della sua importanza. Si veda ERDÖ, P., *Introductio in historiam scientiae canonicae*, Roma, 1990, p. 48-52.

zione non soltanto con la capacità consensuale ma — e addirittura in modo prevalente — con l'atto consumativo del matrimonio.

Il carattere unitario della pubertà, così messo in rilievo, ci permette di confermare la correttezza antropologica del siffatto criterio. È tutta la persona che viene coinvolta nel patto coniugale, cosa che non accadrebbe qualora venisse a mancare la capacità di manifestare con il corpo quello che i coniugi si sono prima detto con le parole. Correttezza antropologica non significa tuttavia che il problema così impostato fosse esaurientemente risolto. Il sistema graziano presentava infatti una seria difficoltà, già messa in rilievo dai teologi della scuola francese. Infatti, dire che il matrimonio è consumato con l'atto coniugale potrebbe significare che gli *sponsi* non fossero autentici coniuges, il che equivarrebbe a dire che il matrimonio « lo fa » la copula carnale e non il consenso dei nubendi⁽¹³⁾.

4. *La pubertà come criterio dinamico di capacità nel diritto canonico classico.*

Oggi può essere ritenuto un luogo comune dire che il diritto matrimoniale classico fu il risultato di una sintesi molto articolata delle due principali teorie matrimoniali. Come ogni luogo comune però va guardato con estrema prudenza, in quanto porta con sé il rischio di fare semplificazioni riduttive⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ In effetti, mentre Rufino diceva che gli sponsi potevano essere ritenuti *coniuges non re praesentium sed spe futurorum*, *Stephanus Tornacensis*, sulla scia di Pietro Lombardo, li considerava autentici *coniuges*. Vid. VON SHULTE, *Stephan von Doornick. Die Summa uber das Decretum Gratiani* (Giesen, 1891-Aalen, 1965), p. 235-236. Benché *Stephanus* si limitasse a mettere insieme i pareri delle due correnti dottrinali tuttavia è da sottolineare che — come segnala WEIGAND, R., *Desarrollo...*, cit., p. 57 —, « la plena sacramentalidad y la indisolubilidad fueron atribuidas al enlace matrimonial por intercambio de consentimientos, en lo que jugaba un papel importante el matrimonio de la madre de Dios ».

⁽¹⁴⁾ LARRAINZAR, C., *La distinción entre « fides pactionis » y « fides consensus » en el « Corpus Iuris Canonici »*, in *Ius Canonicum*, 21 (1981), p. 36-57 segnala che in questo punto ci sono troppe semplificazioni, che possono essere superate facilmente se si tiene conto che Alessandro III ebbe profondo rispetto delle diverse tradizioni giuridiche allora esistenti: « en este complejo histórico se entrecruzan... diversas tradiciones jurídicas, presentes en el momento en que Alejandro III intenta una unificación o coordinación centralizada del multiforme y variado Derecho de la Iglesia del siglo XII ».

Le decretali di papa Alessandro III ⁽¹⁵⁾ costituiscono un insieme complesso poiché egli ammetteva — con l'animo di sintetizzarli — i più diversi elementi delle tradizioni giuridiche e delle varie teorie matrimoniali elaborate nelle nascenti Università. Noi vorremmo sottolineare alcune caratteristiche della riforma Alessandrina:

a) *La visione antropologica unitaria.* Nelle decretali alessandrine non si troverà mai una visione puramente « spirituale » dell'uomo né del matrimonio. Per questa ragione, a differenza di quanto sostenuto da Pietro Lombardo, in questo sistema legale l'impotenza continua ad essere un impedimento dirimente del matrimonio ⁽¹⁶⁾. Infatti, benché la copula non fosse considerata giuridicamente necessaria per la valida costituzione del vincolo coniugale, tuttavia si richiedeva nei nubendi la capacità di metterla in atto. Su questo punto c'era una continuità essenziale con la tradizione graziana.

b) *Il principio consensuale.* Nel correggere l'insufficienza del sistema graziano papa Alessandro III ammetteva contemporaneamente due diverse teorie teologiche elaborate durante il secolo XII. Tutte e due avevano lo scopo di dare prevalenza al consenso personale degli sposi rispetto alla volontà dei loro genitori. Se una ragazza — sposata in forza del patto stabilito dai suoi genitori — fosse innamorata di un altro uomo e con lui avesse avuto « conoscenza carnale », quale dei due sarebbe il vero marito? Secondo la tradizione più antica, la risposta era chiara: il matrimonio nasceva dal patto e per tanto il rapporto sessuale doveva ritenersi adulterino e punito con le pene ecclesiastiche previste. Questa fattispecie teorica ci serve per esaminare le due principali dottrine teologiche dell'epoca classica sul consenso matrimoniale.

1) *La distinzione di Pietro Lombardo.* Da una parte, secondo Pietro Lombardo, occorre distinguere il consenso dato con « parole di presente » da quello espresso con « parole di futuro ». Soltanto il

⁽¹⁵⁾ Recenti ricerche storiche hanno dimostrato che il *Magister Rolandus* non ha niente a che vedere con papa Alessandro III, come era stato comunemente ritenuto. Si veda ERDÖ, P., *Introductio...*, cit., p. 54.

⁽¹⁶⁾ È risaputo che uno dei principali problemi della scuola teologica di Parigi era appunto la giustificazione dell'impedimento di impotenza. Per Pietro Lombardo, così come per i primi scritti di san Tommaso, l'impotenza era invalidante soltanto quando ignorata dall'altra parte. Vid. ESMEIN, A., *Le mariage en Droit Canonique*, Paris, 1935, p. 266 e DAUVILLIER, J., *Le mariage dans le droit clasique de l'Eglise*, Paris, 1933, p. 44.

primo costituirebbe il matrimonio, mentre il secondo doveva essere ritenuto inefficace a creare il vincolo. Come è noto il fidanzamento ha la sua origine proprio in questa distinzione dottrinale. Gli sponsali di futuro infatti creano soltanto un vincolo giuridico, che è sempre scindibile⁽¹⁷⁾. In questo modo, Lombardo risolveva la spinosa questione della *sponsa duorum*: la ragazza infatti doveva essere considerata sposa del secondo, poiché soltanto a lui avrebbe dato il suo « consenso di presente ».

2) *La distinzione della scuola di Laon*. Esiste però un'altra distinzione dottrinale — tra *fides consensus* e *fides pactionis* — spesso ignorata o per lo meno dimenticata, che invece ebbe un'importanza decisiva nella formazione del Diritto canonico classico⁽¹⁸⁾. In effetti, tale distinzione servì per risolvere lo stesso problema che era alla base della risoluzione di Pietro Lombardo ma senza incorrere nel rischio di confondere il consenso, la volontà matrimoniale, con la manifestazione di una formula astratta e prestabilita.

In effetti, i teologi della scuola di Laon definivano il consenso matrimoniale come la volontà — *fides consensus* — manifestata dai nubendi — *corde et ore* — di darsi ed accettarsi vicendevolmente come marito e moglie⁽¹⁹⁾. Secondo questa definizione, il consenso non nasceva col patto familiare — spesso stabilito dai genitori — poiché

(17) La dottrina di Pietro Lombardo in questo punto era così innovativa che suscitò la più accesa indignazione di Rufino. Si veda SINGER, H., *Rufinus...*, p. 440. Tuttavia la suddetta distinzione fu in seguito accettata dai principali canonisti: si veda pure VON SHULTE, *Stephanus...*, p. 235.

(18) Così ritiene LARRAINZAR, C., *La distinción...*, p. 50-56 dimostrando abbondantemente la validità delle sue osservazioni, che noi seguiamo da vicino nel testo. La citata distinzione ha un'origine posteriore al Decreto di Graziano, concretamente fu ideata da Anselmo di Laon (1050-1117), Guillelmo di Champeaux (1068-1121) e Abelardo (1079-1142). Tuttavia, oltre l'autorità di questi autori, ha ragione LARRAINZAR quando ritiene che questa distinzione ha una grande importanza storica: « He aquí los rasgos que hacen extraordinariamente interesante este texto: un fragmento en principio pregraciano; adicionado luego al Decreto de Graciano, como palea pero reiterado también en las colecciones de Decretales que ofrecen *scholis et iudiciis* el *ius novum*, desde las primerísimas — cronológicas o sistemáticas — hasta la colección oficial de Gregorio IX (1227-1241) del 1234; un texto con todos los caracteres de *sentencia* o distinción doctrinal de escuela sobre un caso práctico que, por último, pretende — incluido entre las *auctoritates* agustinianas por una rúbrica falsa — ser puente entre las soluciones del *ius antiquum* y el *ius novum* al problema de la formación del vínculo matrimonial » (p. 50).

(19) « *Fides consensus est quando, etiam si non constringat manum, corde et ore consentit ducenda, et mutuo se concedunt unus alteri et mutuo suscipiunt* ».

da questo patto al massimo poteva nascere una *fides pactionis*, e cioè un impegno morale, ma non il vincolo coniugale. In tal modo, il punto importante era verificare la prestazione del consenso, che si poteva avverare in due modi: mediante il patto coniugale — questa volta personale e in età matura — o mediante l'atto coniugale.

Tanto la distinzione di Pietro Lombardo come quella ora esaminata volevano dare massima rilevanza al consenso, giustificando dunque in sua assenza la possibilità di rompere l'impegno — la *fides* — del patto coniugale⁽²⁰⁾. Pietro Lombardo ricorreva alla finzione di immaginare che nel patto fossero state usate parole di futuro; la scuola di Laon — invece — preferiva pensare che il matrimonio non nascesse se non dal consenso personale degli sposi. Per i seguaci di tale ultima teoria, dal patto iniziale scaturiva un impegno morale — *fides pactionis* —, il quale però non andava confuso con la *fides consensus*. In effetti, mentre la *fides pactionis* era revocabile, la *fides consensus* era assolutamente irrevocabile.

Oltre alla validità scientifica di queste due correnti dottrinali, il fatto importante è che ambedue le « distinzioni » furono usate contemporaneamente da Alessandro III⁽²¹⁾ e ciò ha comportato che la seconda — cioè quella di Laon — sia stata spesso offuscata dalla prima. Invece, nel periodo classico ciascuna di esse rispondeva ad una concreta funzione. Anzi, queste due studiate insieme fornivano gli elementi necessari e sufficienti per capire in profondità il principio consensuale. La distinzione di Pietro Lombardo serviva a legare il consenso con il patto coniugale, ove esso fosse stato manifestato con « parole di presente »; la seconda, invece, palesava lo stretto rapporto intercorrente tra il consenso matrimoniale e la *copula coniugalis*. Infatti, non sono le parole eventualmente usate quelle che costituiscono il matrimonio, bensì la manifestazione esterna della volontà matrimoniale. La copula coniugale — se messa in atto in un contesto sponsale — era un'ottima manifestazione dell'impegno di amore — *fides consensus* — pattuito nel passato e che di per sé generava soltanto una *fides pactionis*⁽²²⁾. Mentre me-

⁽²⁰⁾ Si badi bene che, per secoli, *consensus* e *pactio* erano realtà diverse.

⁽²¹⁾ Interessante lo studio dello schema delle decretali alessandrine fornito da LARRAINZAR, C., *La distinción...*, cit., p. 60-61.

⁽²²⁾ Va rilevato che il concetto della *fides consensus* è molto vicino alla definizione di consenso che ci offre oggi il canone 1057 § 2: « actus voluntatis quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimo-

diante la fides consensus le persone davano ed accettavano vicendevolmente sé stesse, nel caso della *fides pactionis* c'era soltanto una promessa di futuro matrimonio. Non ci si deve meravigliare che le due « distinzioni » di scuola abbiano finito per fondersi in una sola, quella che distingue gli sponsali — oggi fidanzamento — dal vero e proprio consenso nuziale. Va ribadito ancora una volta che durante il primo millennio « sponsalia » e matrimonio erano invece la stessa cosa.

Ci sembra che le osservazioni fatte siano utili per capire il ruolo centrale della norma della pubertà nel sistema alessandrino e in quello classico. Se un bambino di sette anni avesse celebrato sponsalia e, raggiunta la pubertà, avesse voluto rompere quel vincolo avrebbe potuto farlo, sempre però che non avesse compiuto la copula che avrebbe confermato l'esistenza di un vero consenso coniugale, questa volta esternato mediante la copula coniugale ⁽²³⁾.

A nostro avviso, queste complicate finzioni giuridiche — più tardi criticate dalla canonistica — trovavano fondamento nel fatto che durante i secoli la dottrina aveva ritenuto basilare il criterio della pubertà, che in quanto norma unitaria fa riferimento alla realtà globale del matrimonio. Consenso e consumazione, sono due realtà che si spiegano a vicenda. L'atto coniugale — prima ancora di ogni altra considerazione giuridica — era l'atto in cui il consenso si manifestava in modo compiuto.

Da questa solida impostazione antropologica scaturiva inoltre un'altra caratteristica importante del criterio della pubertà: la sua dinamicità. In forza di questa norma, l'impuber era da ritenere inabile non soltanto in quanto incapace di mettere in atto la *copula coniugalis*, ma innanzitutto in ragione della sua mancanza di « discrezione di giudizio » per consentire. Anche qui c'era una mirabile

nium » (La sottolineatura è nostra). In effetti, l'alleanza matrimoniale è l'unico patto tra gli uomini che abbia la caratteristica dell'irrevocabilità. È così, perché l'oggetto del consenso sono le persone stesse dei nubendi.

⁽²³⁾ Così lo spiega DAUVILLIER, J., *Le mariage...*, cit., p. 45: « Si l'un ou l'autre ou tous les deux demandent à être séparés, avant d'avoir atteint l'âge requis pour contracter mariage, ils ne doivent pas être écoutés. Mais, quand ils auront atteint la puberté, ou la *desponsatio* sera confirmée, ou ils seront séparées s'il y a eu union charnelle entre eux, ils ne pourront plus être séparé ». È da rilevare che questo sistema fu accettato e completato da Innocenzo III (1198-1216), il quale aggiunse la finzione di considerare il consenso manifestato dall'impubere con parole di presente come se fosse soltanto un consenso sponsalizio e cioè con parole di futuro (X, 4, 2, 14).

continuità tra la decretale *Ubi* di papa Nicola I e il diritto classico della Chiesa. In effetti, la norma della pubertà era misura del consenso, poiché un ragazzo che non avesse la maturità sufficiente per realizzare il coito non era ritenuto capace di consentire al matrimonio, neppure sotto il profilo psicologico.

Questo aspetto — e cioè la dinamicità del criterio — fu magnificamente messo in rilievo da San Tommaso. Egli infatti aveva una visione dinamica del diritto naturale, che poggiava sulle principali *inclinationes naturae* (24). Queste inclinazioni sono ovviamente « della persona », non meramente fisiche o biologiche. Per ciò, la capacità matrimoniale poteva essere riscontrata nella persona dal momento in cui essa manifestasse la sua inclinazione naturale al matrimonio (25).

La norma della pubertà così intesa faceva sì che il concetto di *discretio iudicii* avesse un carattere relativo (26) e di pari passo un contenuto reale, naturale, emergente dall'osservazione della normalità psicologica della persona nonché dalla normalità fisiologica, sociologica e culturale. Non si deve infatti dimenticare che le persone per secoli si sono sposate in giovane età.

Vorremmo concludere ribadendo in primo luogo che il consensualismo matrimoniale non è sinonimo di « contrattualismo matrimoniale ». È possibile difendere il principio *consensus facit nuptias* negando di pari passo che questo atto bilaterale sia di natura giuridico-contrattuale. Come avremo occasione di dimostrare, questa constatazione non sempre è chiaramente percepita dalla dottrina e giurisprudenza canoniche. In secondo luogo, il principio consensuale può essere interpretato alla luce della norma della pubertà; poiché mediante essa possiamo stabilire che il consenso matrimoniale richiede una capacità proporzionata, che può esprimersi col concetto di *discretio iudicii* che è di natura unitaria, relativa, nonché dinamica, in quanto non tiene solo conto della capacità intellettuale del soggetto, bensì di tutta la persona nella sua tendenza a stabilire rapporti « interpersonali ».

(24) Su questo punto si veda l'ampio studio di PINKAERS, S., *Las fuentes de la moral cristiana*, Pamplona, 1989, innanzitutto nel suo ultimo capitolo.

(25) Questo è il senso ultimo del famoso testo di San Tommaso, nella *Summa Theologiae, Suppl.*, q. 43, a. 2, c.

(26) Così è stato rilevato di recente da BURKE, R., *Lack of discretion of judgment because of schizophrenia: doctrine and recent rotal jurisprudence*, Roma, 1986, p. 104.

II. LE NORME CONTRATTUALI.

5. *Il contrattualismo matrimoniale.*

Con contrattualismo matrimoniale intendiamo per ora riferirci ad una impostazione dottrinale caratterizzata principalmente dal fatto che il consenso matrimoniale viene considerato come un atto giuridico in cui i nubendi si scambiano vicendevolmente diritti e doveri su determinate prestazioni. In questo ambito di pensiero si può riscontrare un grande numero di posizioni dottrinali diverse tra loro.

Negli ultimi decenni, sia la dottrina teologica che quella canonica hanno comunemente abbandonato la terminologia contrattuale, usando espressioni più conformi alle fonti bibliche e patristiche, come i termini « alleanza » e « patto »⁽²⁷⁾. In effetti, è stato recentemente dimostrato che l'inclusione del matrimonio nella categoria dei contratti non è di origine canonistica, bensì civilistica⁽²⁸⁾.

Analizzando il problema da una prospettiva storica, si deve però riconoscere che ci furono numerose ragioni che consigliarono a canonisti e teologi l'uso della categoria contrattuale applicata al consenso matrimoniale:

a) Questo uso coincideva in pratica con il riaffermarsi del consensualismo matrimoniale, in modo che non soltanto si sottolineava la causalità efficiente della volontà dei nubendi — *consensus facit nuptias* — ma addirittura veniva così protetta la loro uguaglianza, a vantaggio principalmente della donna, il cui consenso non era solitamente tenuto in conto dalle ancestrali abitudini germaniche.

(27) A dire la verità, l'abbandono della suddetta categoria giuridica da parte dei canonisti è stato conseguenza necessaria della innovazione terminologica e sostanziale operata dal magistero conciliare. Infatti, da allora quella categoria è stata praticamente abbandonata nel magistero ufficiale della Chiesa.

(28) Recentemente ORESTANO, R., *Un errore che ha fatto storia: il matrimonio tra i contratti*, in *Diritto: incontri e scontri* (Bologna, 1981), p. 315-337, ha dimostrato che l'origine della teoria contrattualistica del matrimonio non si trova nella canonistica bensì nei civilisti del secolo XII. Questo articolo del romanista italiano è stato ampiamente commentato da JIMÉNEZ URRESTI, T., *Las cuatro dimensiones del matrimonio « in fieri »: de los contrayentes, de la naturaleza, de la sociedad civil y de la Iglesia*, in *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro* 6 (Salamanca, 1984), p. 29-80.

b) Questo uso venne pure favorito dal diffondersi della distinzione di Pietro Lombardo, secondo cui l'impegno matrimoniale scaturiva dallo scambio del consenso con parole di presente ⁽²⁹⁾.

c) Il contrattualismo matrimoniale offriva inoltre la possibilità di giustificare teoricamente e scientificamente la sintesi eclettica operata dalle decretali alessandrine. In effetti, era questo l'unico modo per spiegare come mai fosse richiesta una capacità di mettere in atto la *copula coniugalis* quando essa non era necessaria per la perfezione del vincolo. In questo modo, invece, essendo il consenso matrimoniale l'atto in cui i nubendi si scambiano la *potestas ad copulam* ⁽³⁰⁾ era pure logico che dovessero essere ritenuti incapaci coloro che nel momento del patto subissero l'incapacità perpetua di realizzare l'atto coniugale ⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ Poiché, certamente, nel mondo antico *consensus* e *pactio* erano concetti distinti, l'interpretare il patto coniugale come « *obligatio verborum* » fu un passo importante per la progressiva identificazione di quei due concetti. Si veda JIMÉNEZ URRESTI, T., *Las cuatro dimensiones...*, cit., p. 37.

⁽³⁰⁾ In un famoso testo, Tommaso d'Aquino evidenziava lo stretto rapporto che, a suo avviso, intercorre tra l'oggetto del consenso e la copula coniugale: « *Consensus qui matrimonium facit, est consensus in matrimonium: quia effectus proprius voluntatis est ipsum volitum. Unde, sicut carnalis copula se habet ad matrimonium, ita consensus qui matrimonium causat est in carnalem copulam. Matrimonium autem, non est essentialiter ipsa coniunctio carnalis: sed quaedam associatio viri et uxoris in ordine ad carnalem copulam et alia quae ex consequenti ad virum et uxorem pertinent, secundum quod eis datur potestas in invicem respectus carnalis copulae* » (*S. Th. Suppl.*, q. 48, a. 1). Si badi bene nell'interpretare il termine *potestas ad copulam*, perché non ha il contenuto dello *ius in corpus* del CIC 1917. La *potestas ad copulam* riguarda soltanto la prima copula coniugale, quella che consuma il matrimonio. CANTELAR, F., *El objeto del consentimiento matrimonial en la doctrina medieval*, in AA.VV., *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, 3 (Salamanca, 1978), p. 70 dimostra come la dottrina medievale aveva come scopo mettere insieme due elementi apparentemente diversi come sono il consenso e la consumazione; in nessun modo si può dire che lo *ius in corpus* fosse stato per loro l'oggetto del consenso.

⁽³¹⁾ Le esitazioni di san Tommaso per quanto riguarda la possibilità o meno di adoperare la tecnica contrattuale sono palesi nei testi dove il santo dottore affrontò il problema della giustificazione giuridica dell'impedimento di impotenza. In effetti, mentre nei primi scritti l'Aquinate seguì l'opinione del *Magister Sententiarum* — secondo cui l'incapacità sessuale dirimeva il matrimonio solo se ignorata dall'altra parte — in un periodo posteriore ammise il criterio contrattuale allo scopo di giustificare l'autonomia di questo capo di nullità: « *constat quod pactum de impossibile nullum est... et ideo quando aliquis se obligat per matrimonium ad carnalem copulam, si hoc sit ei impossibile, matrimonium nullum est* » (*Quodlibetum*, 11, q. 9, a. 1 c.).

Queste ragioni, insieme ad altre che adesso non è il caso di rammentare ⁽³²⁾, spiegano in parte il successo della categoria contrattuale ed il motivo per cui tale concezione sia stata parzialmente accettata dai principali teologi del secolo XIII ⁽³³⁾. Tuttavia, va rilevato che nel periodo classico questa tecnica giuridica veniva adoperata in modo molto restrittivo e contemporaneamente tutti gli autori erano sempre attenti ad evitare che l'uso di essa fosse in contrasto con i principi dogmatici sul matrimonio. A questo scopo si era soliti usare l'espressione *contractus sui generis*, per riferirsi al matrimonio. Ma è più corretto riferire il termine « contrattualismo » alla sistematica matrimoniale dell'epoca moderna.

Dalla radicalizzazione della categoria contrattuale negli ultimi secoli traggono origine molti rilevanti conseguenze giuridiche relative al matrimonio, ad esempio, le prime discussioni sulla natura sacramentale del matrimonio e sulla questione dei ministri del sacramento ⁽³⁴⁾; la giustificazione teorica della forma *ad validitatem* ⁽³⁵⁾; l'applicazione del divorzio nelle chiese riformate; la secolarizzazione del matrimonio negli stati europei ⁽³⁶⁾; le divergenze tra il diritto matri-

⁽³²⁾ Tra esse, sono da annoverare l'utilità tecnico-giuridica della categoria contrattuale, che consentiva la possibilità di adoperare tecniche collaudate dalla scienza giuridica. Si veda, in questo senso, WEIGAND, R., *Desarrollo...*, cit., p. 60, che segnala come il principio consensuale sia stato all'origine dell'accettazione del consenso condizionato. Altrettanto, si può dire del matrimonio per procuratore, della simulazione, ecc.

⁽³³⁾ Vid. JIMÉNEZ URRESTI, T., *Las cuatro dimensiones...*, cit., p. 42-48.

⁽³⁴⁾ Non si deve dimenticare che la tendenza dottrinale a separare il matrimonio naturale dal sacramentale, nelle unioni dei battezzati, trova l'origine nell'accettazione della categoria contrattuale. Non a caso, Duns Scoto riuscì a definire il consenso matrimoniale in termini « *iuscorporalisti* », e in tal modo la realtà sacramentale non poteva non apparire come qualcosa di esterno alla realtà coniugale, ormai chiusa ed impoverita. Si veda GAUDEMET, J., *Le mariage en occident*, Paris, 1987, p. 190-193. D'altronde, sulla questione dei ministri in rapporto con la categoria contrattuale, ha scritto di recente un liturgista: GERARDI, R., *I problemi della determinazione della struttura ileomorfa e del ministro nel sacramento del matrimonio*, in *Lateranum* 54 (1988) 288-368.

⁽³⁵⁾ Si veda GAUDEMET, J., *Le mariage...*, cit., p. 292-295.

⁽³⁶⁾ Servano queste illuminanti parole di Voltaire: « Le mariage est un contrat du droit des gens, dont les Catholiques romains ont fait un sacrement. Le sacrement et le contrat sont deux choses différentes. A l'un sont attachés les effets civils, à l'autre les grces de l'Eglise. Lorsque le contrat est conforme au droit des gens, il doit produire des effets civils, le défaut du sacrement ne doit opérer la privation que des grces spirituelles ». Citato da GAUDEMET, J., *Le mariage...*, cit., p. 381.

moniale latino e quello orientale, oggi specialmente messe in rilievo dalla dottrina ⁽³⁷⁾ ecc. Tutte queste questioni riguardano molto da vicino il trionfo dell'impostazione contrattuale nello studio sul matrimonio, anzi ne sono conseguenziali ⁽³⁸⁾.

D'altronde occorre non dimenticare che è proprio della cultura moderna avere una visione individualistica dell'uomo, e ciò sta alla base dei principali errori dottrinali sul matrimonio e sulla famiglia ⁽³⁹⁾. Inoltre, la visione individualistica dell'uomo è strettamente collegata con la concezione contrattuale dell'ordine sociale ⁽⁴⁰⁾. Ogni libertà viene intesa come un assoluto i cui limiti si trovano nella libertà altrui.

Non è il momento di dilungarsi nell'espone le conseguenze del progressivo inserimento della « libertà di indifferenza » ⁽⁴¹⁾ nel siste-

⁽³⁷⁾ Si veda il recente studio di GALLAGHER, C., *Marriage in the Revised Canon Law for the Eastern Catholic Churches*, in *Studia Canonica*, 24 (1990), p. 80-81. Per uno studio sul diritto comparato, si veda pure FEGHALI, J., *La formation du mariage dans le droit des Eglises orientelles comparée avec celle du Droit de l'Eglise occidentale*, in *Etudes de Droit et d'histoire recueillies sur l'honneur de Mgr. Wagnon* (Louvain-la-Neuve, 1976).

⁽³⁸⁾ In un suo articolo dell'anno 1980 CORECCO, E., *Il sacramento del matrimonio: cardine della costituzione della Chiesa*, in *Communio*, 51 (1980), p. 116 concludeva: « La distinzione nel matrimonio tra un elemento contrattuale e uno sacramentale, introdotta dalla teologia medioevale e degenerata progressivamente come separazione reale dell'elemento di diritto naturale da quello di diritto divino, ha esercitato una tirannia dottrinale su tutta la concezione cristiana del matrimonio, fino ai nostri giorni: il diritto canonico ha piegato in ultima analisi il sacramento alle esigenze del contratto; la spiritualità ha sottovalutato il valore salvifico dell'amore tra l'uomo e la donna; la teologia, rimane spesso biblicamente astratta e non ha colto il nesso tra il matrimonio e l'ecclesiologia; il popolo cristiano ha mondanizzato la propria esperienza coniugale ».

⁽³⁹⁾ Nell'Esortazione Apostolica *Familiaris Consortio*, 6, il Papa ritiene che alla radice dei diversi fenomeni negativi che oggi affliggono la famiglia « sta spesso una corruzione dell'idea e dell'esperienza della libertà, concepita non come la capacità di realizzare la verità del progetto di Dio sul matrimonio e la famiglia, ma come autonoma forza di affermazione, non di rado contro gli altri, per il proprio egoistico benessere ».

⁽⁴⁰⁾ Si veda il discorso del Cardinale RATZINGER nel concistorio dell'anno scorso pubblicato sull'*Osservatore Romano* il 5 aprile di 1991 e intitolato « *Il problema delle minacce alla vita umana* »: « Le radici di questa contraddizione devono essere ricercate nel vertice dell'epoca moderna: nelle teorie illuministe della conoscenza, con la visione della libertà che è loro legata, e nelle teorie del contratto sociale, con l'idea della società che le accompagna ».

⁽⁴¹⁾ Per libertà di indifferenza intendiamo il concetto illuministico di libertà, e cioè, la sola possibilità di scegliere senza badare i contenuti della scelta. PINKAERS,

ma matrimoniale canonico, fino al punto di occuparne una posizione centrale. Ci limiteremo a mostrare come la « libertà di indifferenza » sia proprio alla base dei due criteri storici di capacità a carattere contrattuale: l'uso di ragione ed il cosiddetto criterio dinamico.

6. *La norma dell'uso di ragione.*

Abbiamo cercato di dimostrare come la tradizione canonistica matrimoniale poggiasse sulla norma della pubertà, per lo meno fino alla promulgazione del decreto *Mutuus consensus* di papa Leone XIII. Ciò nonostante, quel basilare criterio è coesistito con un'altra norma — il criterio dell'uso di ragione — che invece scaturiva dalla visione contrattualistica del matrimonio. In effetti, da questa prospettiva — e considerando che ogni atto umano è tale solo se procede *ex deliberata voluntate* — all'intelligenza verrebbe affidato il compito di presentare alla volontà i diversi oggetti o contenuti da scegliere. Non ci sarebbe dunque libertà, laddove l'intelletto non potesse svolgere questa elementare funzione, poiché *nihil volitum quin praecognitum*.

Di conseguenza, se la libertà dovesse nascere nella persona dal momento in cui essa sia capace di ragionare, ciò coinciderebbe essenzialmente con l'età del settennio. È risaputo che questo modo di concepire la capacità matrimoniale — come *capacitas ad lethaliter peccandum* — era dominante all'epoca della promulgazione del Codice pianobeneditino⁽⁴²⁾.

Tuttavia non è invece dimostrato con certezza che questa del settennio sia stata realmente la norma di capacità nei secoli precedenti, benché questa sia l'opinione dominante nella canonistica odierna⁽⁴³⁾. Infatti mentre i principali studiosi di questo secolo hanno affermato che l'uso di ragione fosse la norma generale e storica per misurare la capacità matrimoniale, di recente alcuni autori si sono discostati da questa *communis opinio*, ed hanno sostenuto che tale

S., *Las fuentes...*, cit., *passim*, ritiene però che il concetto di libertà di indifferenza fu introdotto nella teologia morale dal nominalismo di OCKAM. La teologia morale moderna avrebbe continuato a rifarsi alle opere medievali, come quella di san Tommaso, ma solo nominalmente, poiché i concetti usati dall'Aquinata erano assai diversi.

⁽⁴²⁾ Si veda, per tutti, AMANIEU, A., *Aliénation mentale en matière de nullité de mariage*, in *Dictionnaire de Droit Canonique*, I (Paris, 1935), col. 417-440.

⁽⁴³⁾ Si veda STANKIEWICZ, A., *L'incapacità psichica nel matrimonio, terminologia, criteri*, in *Apollinaris*, 53 (1980), p. 48-71.

tesi sia troppo affrettata, poiché la norma storica è stata senza dubbio la pubertà naturale ⁽⁴⁴⁾.

A nostro avviso, tutte e due le ipotesi dottrinali hanno parte di ragione, ma forse si riferiscono a questioni diverse. In effetti, ha ragione TEJERO quando afferma risolutamente che la norma storica per misurare la capacità è stata la pubertà; come ci sembra di avere anche dimostrato in precedenza. Tuttavia, malgrado l'impegno con cui l'autore spagnolo afferma il contrario, sembra difficile negare che in epoca relativamente più moderna — ne è autorevole esempio il Sánchez — il sistema matrimoniale si sia sempre più articolato usando contemporaneamente sia la norma della pubertà sia quella dell'uso di ragione. Senonché, si deve notare che mentre la pubertà era la norma usata per soggetti normali, senza problemi di malattia; quella del settennio, invece, era la norma applicata per misurare l'« incapacità consensuale » ⁽⁴⁵⁾.

A nostro avviso, in definitiva, l'uso di ragione non è mai stato la norma di « capacità » per contrarre matrimonio — poiché questo ruolo lo ha svolto principalmente la pubertà — mentre il criterio suddetto è stato usato in modo prevalente nell'eventualità di dover giudicare l'incidenza delle malattie mentali sul consenso matrimoniale. Questo criterio dell'uso di ragione, di natura contrattuale, prese pian piano il sopravvento.

In questa prospettiva vanno valutati i canoni 1081 e 1082 del *Codex* pianobenedettino. Il primo di essi — autentico perno del sistema matrimoniale — ⁽⁴⁶⁾ non soltanto consacrava definitivamente il princi-

⁽⁴⁴⁾ È stato principalmente TEJERO, E., *La discreción de juicio para consentir en el matrimonio*, in *Ius Canonicum*, 22 (1982), p. 444 a mettere in dubbio la validità dell'odierna interpretazione dottrinale dei testi di san Tommaso e Tomás Sánchez. Infatti, mentre la maggioranza degli autori sono del parere che il Sánchez usava principalmente la norma dell'uso di ragione — sufficiente *ad lethaliter peccandum* —, TEJERO ritiene che una interpretazione adeguata del Sánchez non consente di pervenire quella conclusione. Condivide, in certa misura, questo parere BURKE, R., *Lack of discretion...*, cit., p. 106.

⁽⁴⁵⁾ In effetti, ci sono brani dell'opera del SÁNCHEZ nei quali sembra indubitabile che il canonista spagnolo usasse la norma dell'uso di ragione per misurare la capacità matrimoniale, senonché non si trattava di giudicare la capacità di un bambino, bensì la possibilità di celebrare il matrimonio di chi, ormai maggiore di età, avesse sufficiente uso di ragione *ad lethaliter delinquendum* (SÁNCHEZ, T., *Disputatio de Sto. matrimonii sacramento*, Venetiis, 1625, I, dis. 8, n. 15).

⁽⁴⁶⁾ Canone 1081 CIC '17: « § 1. Matrimonium facit partium consensus inter personas iure habiles legitime manifestatus; qui nulla humana potestate suppleri va-

pio consensuale, ma inoltre accoglieva una definizione contrattualistica del consenso, quale atto il cui oggetto era lo *ius in corpus perpetuum et exclusivum*. Al canone 1081 corrispondeva la norma dell'uso di ragione, poiché — come spiega il GASPARRI — per diritto naturale il consenso matrimoniale richiede, come qualsiasi contratto, l'uso di ragione ⁽⁴⁷⁾.

Tuttavia, il consenso coniugale — anche per diritto naturale richiederebbe un grado maggiore di capacità nei nubendi, e cioè il grado di discrezione di giudizio proporzionata al matrimonio. È proprio questo il punto in cui il canone 1082 *Codex* '17 inserisce il concetto legale di *discretio iudicii matrimonio proportionata*, che verrà poi usato dalla stragrande maggioranza della dottrina e della giurisprudenza della prima metà di questo secolo. In effetti, la discrezione di giudizio verrà sempre più identificata con la « non ignoranza » dell'essenza del matrimonio, cioè con un grado di scienza relativa al matrimonio: « Ut matrimonialis consensus haberi possit, necesse est ut contrahentes saltem non ignorent matrimonium esse societatem permanentem inter virum et mulierem ad filios procreandos » (c. 1082 § 1).

È da rilevare che i canoni 1081 e 1082 *Codex* '17 sembrano rispecchiare fedelmente la tradizione canonica sulla capacità matrimoniale, poiché — tra l'altro — la norma della pubertà appare ancora come misura della *discretio iudicii matrimonio proportionata*: « haec ignorantia post pubertatem non praesumitur » (c. 1082 § 2). Tuttavia, si tratta soltanto di una apparenza, poiché oltre all'identità di terminologia usata pure dalla dottrina e dalla giurisprudenza successive al *Codex* '17, il contenuto sostanziale era stato radicalmente cambiato. Vorremo accennare a due fatti particolarmente significativi:

a) *La confusione della « discretio iudicii » con la « quaestio ignorantiae »*. Il primo autore che mise in rilievo le conseguenze disastrose di

let. § 2. Consensus matrimonialis est actus voluntatis quo utraque pars tradit et acceptat ius in corpus, perpetuum et exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad proles generationem ».

(47) GASPARRI, P., *Tractatus de matrimonio*, vol. II, Parisiis, 1904, p. 9, n. 881 espone chiaramente il paragone tra matrimonio e gli altri contratti e applica pure la norma dell'uso di ragione: « Ad consensum contractualem in genere et matrimonialem in specie necessarium esse usum rationis, qui septennium completo adesse solet, palam est. At non sufficit usus rationis simpliciter, sed requiritur discretio seu maturitas iudicii contractui proportionata, ita ut contrahens naturam et vim contractus intelligere possit ».

questa confusione di concetti fu D'AVACK, nell'anno 1940⁽⁴⁸⁾. Critiche che — sebbene alcuni anni più tardi — fu pacificamente accettata⁽⁴⁹⁾.

b) *Lo svuotamento del criterio della pubertà*. Pur essendo vero — in linea di massima e per quanto riguarda il nostro tema in particolare — che tutta la dottrina e la giurisprudenza posteriori al CIC '17 siano state influenzate da questa confusione di concetti, sembra però evidente che il sistema legale fosse invece costruito principalmente sulla norma dell'uso di ragione — c. 1081 § 2 —, alla quale si aggiungeva la norma della discrezione di giudizio *ex canone* 1082 CIC '17. D'altronde, questo canone — anche nel riferirsi esplicitamente alla norma della pubertà — ci mostra con evidenza che all'epoca questa era invece ridotta ad una norma senza effettivo vigore. Con questo vogliamo sottolineare che la pubertà non costituiva più un criterio né *unitario*, né *dinamico*, né *generale*.

Non era un criterio unitario, perché non riguardava tutta la persona del nubendo, bensì soltanto l'ambito puramente intellettuale ed addirittura, esclusivamente il suo aspetto « teorico-concettuale »⁽⁵⁰⁾. Non era nemmeno una norma *dinamica*, poiché — nel riferirsi a questo momento dello sviluppo della persona — non si prendeva realmente in considerazione il ruolo importantissimo dell'*inclinatio naturae*, allo scopo di delineare il concetto di *discretio iudicii matrimonii*

⁽⁴⁸⁾ D'AVACK, P.A., *Sul « defectus discretionis iudicii » nel Diritto matrimoniale canonico*, in *Archivio di Diritto Ecclesiastico* (1940), p. 170.

⁽⁴⁹⁾ Forse tra i primi autori, dopo D'AVACK, a segnalare la citata confusione concettuale fu KEATING, *The Bearing of Mental Impairment on the validity of Marriage*, Roma, 1964, p. 133.

⁽⁵⁰⁾ La giurisprudenza rotale della prima metà del secolo aveva un concetto eccessivamente *intellettualistico* della *discretio iudicii matrimonii proportionata*, intesa come capacità sufficiente « ut contrahens naturam et vim contractus seu, in casu nostro, quid sit matrimonium, eiusdemque essentielles proprietates, sat intellegere valeat saltem in confuso » (Sentenza c. Sincero, 28 agosto 1911, in *RRD.*, vol. 3, p. 450, n. 42). Nello stesso senso, si vedano le sentenze c. Many, 11 agosto 1913, in *RRD.*, vol. 5, p. 563, n. 2; c. Prior, 14 settembre 1919, in *RRD.*, vol. 12, p. 204, n. 3; c. Rossetti, 16 marzo 1921, in *RRD.*, vol. 13, p. 45, n. 2; c. Grazioli, 25 giugno 1926, in *RRD.*, vol. 18, p. 214, n. 3; c. Parillo, 16 febbraio 1928, in *RRD.*, vol. 20, p. 65, n. 11; c. Wynen, 1° marzo 1930, in *RRD.*, vol. 22, p. 129, n. 5; c. Teodori, 19 gennaio 1940, in *RRD.*, vol. 32, p. 83, n. 4; c. Heard, 5 giugno 1941, in *RRD.*, vol. 33, p. 489, n. 2; De Jorio, 19 dicembre 1961; in *RRD.*, vol. 53, p. 614, n. 6. Abbiamo preso in considerazione alcune tra le più importanti sentenze di questo periodo, poiché in tutte si percepisce una palese confusione tra la maturità di giudizio e la conoscenza teorica del matrimonio.

proportionata. E neppure si considerava che la pubertà fosse un criterio generale di capacità, in quanto lo stesso legislatore — nel canone 1067 — aveva ritenuto necessario elevare i limiti dell'impedimento di età fino a quattordici e sedici anni, per donne e uomini rispettivamente. Quest'importante mutamento della disciplina canonica significava implicitamente l'abbandono della norma della pubertà. Infatti, elevare i limiti di età poteva solamente significare — con un minimo di logica — che il legislatore non considerava i *puberes* maturi per il matrimonio.

Tuttavia, per alcuni decenni — e benché si trattasse di un criterio ormai inservibile — la dottrina e la giurisprudenza canonica continuarono a parlare della pubertà, nel desiderio di rispettare i principi e le norme della tradizione canonica.

Fino ad ora abbiamo esposto — in modo sintetico — sia la normativa del *Codex* '17 sulla capacità per contrarre matrimonio sia l'insufficienza dei due criteri ad essa sottostanti: l'uso di ragione come criterio generico e la norma « impoverita » della pubertà. Quest'insufficienza si sarebbe fatta palese molto presto, al punto da consigliare una profonda revisione dei concetti riguardanti la capacità per contrarre matrimonio.

7. *L'elaborazione del criterio contrattuale di carattere unitario e dinamico.*

Negli anni venti, la Rota Romana prese coscienza di un difficile problema giuridico, che mise rapidamente in evidenza i limiti e le insufficienze del sistema matrimoniale per quanto riguardava la capacità⁽⁵¹⁾. Si trattava di valutare la capacità per il matrimonio di persone il cui disturbo si manifestava prevalentemente nell'area affettiva o volitiva.

Qualora fosse stato applicato il concetto di *discretio iudicii ex canone* 1082, si sarebbe dovuto respingere l'azione di nullità, in quanto quelle persone erano perfettamente in grado di capire la portata degli impegni matrimoniali assunti. Senonché, alcune correnti giurisprudenziali ritenevano tale orientamento troppo rigido e, di conseguenza, ingiusto. E così, si tentava una prima soluzione del problema seguendo la strada dei *defectus voluntatis*, in quanto in al-

(51) Su questo punto si veda la documentata monografia di KEATING, J.R., *The Bearing...*, cit., p. 113-114.

cune ipotesi il consenso sarebbe stato invalido per mancanza di libertà interna, *integro manente intellectu* ⁽⁵²⁾. Nel successivo acuirsi della polemica, tra i seguaci dell'autonomia del *defectus libertatis internae* e coloro che avversavano tale teoria, si venne delineando la strada giusta. La necessità cioè di chiarire il concetto di discrezione di giudizio elaborato dal GASPARRI ed esplicitamente ammesso dalle due correnti giurisprudenziali in confronto.

In ambito giurisprudenziale questa soluzione fu avanzata da importanti sentenze rotali che si adoperarono affinché il concetto di *discretio iudicii* avesse un contenuto più ampio di quello permesso da una mera lettura del canone 1082, cioè si cercò di farvi rientrare sia la capacità estimativa ⁽⁵³⁾ sia la capacità critica ⁽⁵⁴⁾. Questa corrente giurisprudenziale però arrivò in ritardo ... o per lo meno non ebbe lo stesso successo avuto dalla soluzione ipotizzata da Pietro Agostino D'AVACK.

Quest'Autore italiano non si limitò a riproporre un nuovo concetto del *defectus discretionis iudicii*, ma seppe addirittura segnalare e

⁽⁵²⁾ Il problema dell'autonomia del *defectus libertatis internae* apparve per la prima volta nella sentenza c. Grazioli, 7 aprile 1926, in *RRD.*, vol. 18, p. 108-116. Mentre nella parte *in iure* viene ribadito il principio tomista *totius radix libertatis est in ratione constituta*, nella parte *in facto* si ipotizza: « in iis enim qui ideis obsessivis obnoxii sunt, non tam deficit rationis lumen, quam libertas » (n. 10). In questo modo, benché la sentenza fosse stata negativa, risultavano chiari i termini del problema: il principio tomista avrebbe un valore relativo, poiché ci sarebbero dei casi in cui non è l'intelletto che viene a mancare, bensì la volontà. Il dilemma resta aperto nella sentenza c. Massimi, 28 luglio 1928, in *RRD.*, vol. 20, p., 318, n. 2-3. Tra le sentenze che ribadiscono il valore assoluto del principio *ubi intellectus ibi voluntas* — che non ammetterebbe eccezioni — è da evidenziare la c. Wynen, 27 febbraio 1937, in *RRD.*, vol. 29, p. 171-172, n. 2. Vista la polemica con il distacco che conferisce il tempo, sembra possa dirsi che il problema non era stato ben impostato, poiché l'intelletto si limiterebbe in pratica a fornire alla volontà il « materiale » intellettuale cioè le idee. E d'altra parte, come acutamente ha osservato il TEJERO, E., *La discreción ...*, cit., p. 525, non è neanche la volontà a svolgere la funzione di deliberare.

⁽⁵³⁾ È risaputo che questo termine fu usato dalla sentenza c. Wynen, 25 febbraio 1941, in *RRD.*, vol. 33, p. 144-168. Sulla sua influenza nella posteriore giurisprudenza rotale si veda AZNAR, J.R., *Las causas de nulidad matrimonial por incapacidad psíquica* (c. 1095, 3) según la jurisprudencia rotal, in *Revista Española de Derecho Canónico*, 44 (1987), p. 476-479.

⁽⁵⁴⁾ Questo termine fu usato per prima volta nella sentenza c. Quattrococo, 16 giugno 1943, in *RRD.*, vol. 35, p. 432-438, n. 4, ma fu senza alcuna influenza finché non fu ripreso nella famosa sentenza c. Felici, 3 dicembre 1957, in *RRD.*, vol. 51, p. 788, n. 3.

mettere a fuoco le principali insufficienze del sistema matrimoniale, individuandone le cause⁽⁵⁵⁾. Nel desiderio di dare una nuova sistematica al Diritto matrimoniale, l'Autore ritenne opportuno sistemare tutti i difetti di capacità sotto il titolo generale di « impedimenti *ex parte personae* »⁽⁵⁶⁾. Così facendo, i capi di nullità riguardanti da molti secoli l'incapacità — *amentia, furia, fatuitas*, ecc. — e tradizionalmente considerati come difetti di consenso, venivano annoverati tra gli impedimenti dirimenti⁽⁵⁷⁾.

Tuttavia questo sforzo di unità sistematica non finiva qui, anzi l'autore prospettò un criterio unitario per misurare la capacità matrimoniale. Era necessario cancellare la distinzione giurisprudenziale secondo la quale oltre ai *defectus ex parte intellectus* esistevano pure i *defectus voluntatis*, poiché non era possibile ammettere contemporaneamente due misure di capacità per il matrimonio.

Nell'ipotizzare un nuovo ed unitario criterio di capacità, D'AVACK non commise l'errore di altri autori e turni rotali, che non contenti dei tradizionali criteri di capacità ritenevano che il matrimonio esigesse nei nubendi una maggiore capacità di quella richiesta dagli altri contratti⁽⁵⁸⁾. Tale affermazione prettamente contrattualistica —

(55) Il contenuto essenziale di questa risistemazione del diritto matrimoniale canonico si trova perfettamente delineato nel citato articolo pubblicato nell'anno 1940 sull'*Archivio di Diritto Ecclesiastico* (1940), p. 157-178. Inoltre, esso fu ripubblicato senza variazioni di rilievo come un capitolo della sua opera più importante: *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, Firenze², 1952, p. 114 ss.

(56) D'AVACK, P.A., *Sul defectus...*, p. 160.

(57) È giusto ammettere che è stato soltanto dopo D'AVACK che la dottrina canonica preferì studiare l'incapacità dalla prospettiva degli impedimenti dirimenti. Si veda, per accennare ai più antichi, i seguenti autori che condividono quell'impostazione generale: JEMOLO, A.C., *Il matrimonio nel Diritto Canonico*, Milano, 1941, p. 122, nota 1; KEATING, J.R., *The Bearing...*, cit., p. 176-196; ARREGUI, A., *Cuestiones sobre la debida discreción de juicio en el matrimonio canónico*, in *Ius Canonicum*, 5 (1965), p. 230; SABATTANI, A., *L'evolution de la jurisprudence dans les causes de nullité de mariage pour incapacité psychique*, in *Studia Canonica*, 1 (1967), p. 143-161. Forse l'autore che ha combattuto più accanitamente questo modo di impostare l'incapacità matrimoniale è stato TEJERO, E., *Calificación jurídica de la amencia en el sistema matrimonial canónico*, in *Ius Canonicum*, 18 (1978), p. 153-220, e specialmente p. 179-181.

(58) Nell'anno 1928 VIDAL scrisse: « oportet ut contrahens ea polleat mentis discretionem et voluntatis libertate, quae generatim requiruntur in quolibet ineundo contractu et speciatim in hoc contractu perpetuo et indissolubili per quem suscipitur status vitae gravibus obligationibus obnoxius » (WERNZ-VIDAL, *Ius Canonicum V; Ius matrimoniale*, Rome, 1928, p. 36). Una famosa sentenza c. Grazioli, 7 aprile 1926,

e perciò ineccepibile sotto il profilo di pura logica giuridica — era tuttavia inammissibile come criterio generale di capacità ⁽⁵⁹⁾.

D'AVACK prese occasione dalla crescente confusione della sua epoca per confutare l'equivoca nozione di discrezione di giudizio elaborata dal GASPARRI. La *communis opinio* infatti tendeva a « ridurre la *quaestio discretionis iudicii* ad una mera *quaestio ignorantiae* » ⁽⁶⁰⁾. Era palese che con questo concetto — comunemente usato nella prassi canonica — non era possibile affrontare con speranza di successo il problema della maturità affettiva o dei disturbi volitivi, poiché questi sarebbero rimasti sempre e necessariamente all'infuori di quella nozione. Un concetto così ridotto di discrezione di giudizio ci metterebbe di fronte ad una alternativa: o respingere le azioni di nullità mediante il *non constat de nullitate* — il che sarebbe in certi casi palesemente ingiusto — o accettare la possibile esistenza di difetti di volontà — *integro manente intellectu* — il che ci obbligherebbe ad ammettere l'esistenza di due misure di capacità; una appunto relativa all'intelletto ed un'altra alla volontà.

Questa alternativa scompare solo se si dimostra che la maturità di giudizio per celebrare il matrimonio deve comprendere la dimensione esistenziale del matrimonio, così come del resto era stato avvertito dalla tradizione canonistica. Il ritorno alla tradizione fu effettuato dal D'AVACK prendendo in considerazione le caratteristiche formali del criterio della pubertà, benché non il « contenuto » di quel criterio: « il consenso al vincolo matrimoniale è (per ripetere la classica espressione tomista) un *consensus in futurum* ed è al tempo stesso un consenso diretto all'assunzione di uno *status* nuovo e di tutta una serie gravissima di obbligazioni ad esso inerenti » ⁽⁶¹⁾.

in *RRD.*, vol. 18, p. 111, n. 5, più esplicitamente ancora, sottolineava che « attenta contractus praestantia ac consequentiis attentis quae ex eo derivant, maior adhuc libertas ac deliberatio in eo requiritur quam in aliis contractibus ».

⁽⁵⁹⁾ Così fu messo di rilievo dai più diversi autori. Si veda JEMOLO, A.C., *Il matrimonio...*, cit., p. 124 e BANK, J., *Connubia canonica*, Romae-Friburgi Brig. Barcinone, 1959, p. 345.

⁽⁶⁰⁾ D'AVACK, P.A., *Sul defectus...*, cit., p. 170: « In sostanza quindi la dottrina e la prassi attuale vengono a riportare il problema del *gradus maturitatis iudicii ad rem matrimoniale* al problema dello stesso *gradus cognitionis de re matrimoniali* cioè in sostanza vengono a ridurre la *quaestio defectus discretionis iudicii* ad una mera *quaestio ignorantiae*, e facendo leva sul disposto del can. 1082 § 1 .../... sostengono che si deve riconoscere nei nubendi il grado di *maturitas iudicii proportionata* soltanto quando risulti che essi possano avere, *saltem in confuso*, la coscienza consequenziale del matrimonio stesso all'atto della prestazione del consenso ».

⁽⁶¹⁾ D'AVACK, P.A., *Sul defectus...*, cit., p. 175.

La discrezione di giudizio, poiché proiettata verso il futuro, va considerata in modo ben diverso dalla mera conoscenza minima sul matrimonio.

D'AVACK propose che la capacità matrimoniale fosse misurata con il concetto di discrezione di giudizio, riguardante sia il lato intellettuale sia quello volitivo. In questo modo, ci viene proposto un criterio unitario, dinamico e « relativo » alle obbligazioni assunte nel patto. Il concetto di discrezione di giudizio rielaborato dall'autore italiano presentava le stesse caratteristiche formali — unitarietà e dinamicità — che aveva avuto la nozione di discrezione di giudizio che derivava dalla norma della pubertà. Tuttavia, oltre alle somiglianze formali, il nuovo concetto non ha niente a che fare con la pubertà. In effetti, D'AVACK affermava senza esitare che la dottrina e la prassi canonica erano « ormai concordi nel rinunciare alla possibilità di fissare un qualsivoglia criterio determinativo generale ed astratto e nell'informarsi ad un criterio meramente soggettivo e molto più realistico, sostenendo che il *gradus discretionis iudicii matrimonii proportionatus* debba ritenersi quello che consente al contraente di comprendere sufficientemente in cosa consista il vincolo matrimoniale e quali ne siano le essenziali proprietà » (62).

L'affermazione dell'autore non sembra però corretta, poiché è inutile cercare sia nella dottrina sia nella giurisprudenza dell'epoca un accordo — sia pure solo implicito — per rinunciare alla possibilità di fissare un criterio di capacità. Anzi, al contrario, tutta la polemica poggiava sul comune desiderio di trovarne uno che servisse come regola generale. Tuttavia, l'ingegno di D'AVACK mise a fuoco l'inutilità dell'accennata polemica giurisprudenziale e la convenienza di accettare un criterio « molto più realistico », benché di carattere soggettivo. Il *defectus discretionis iudicii matrimonii proportionatae* risultava — sul piano teorico — un impedimento dirimente *ex parte personae*. La capacità matrimoniale si presumeva sempre, ma qualora fosse messa in dubbio si sarebbe dovuto dimostrare l'esistenza di un disturbo o alterazione che privasse la persona della discrezione di giudizio proporzionata al matrimonio.

Risulta ovvio però che in questo modo il *defectus discretionis iudicii matrimonii proportionatae* diventava l'unico criterio generale per misurare la capacità matrimoniale. Senonché non era — e non vole-

(62) D'AVACK, P.A., *Sul defectus...*, cit., p. 170-171.

va essere — un criterio di normalità, cioè di capacità in senso positivo, bensì era un criterio utile soltanto allo scopo di accertare quando una determinata persona poteva essere ritenuta incapace di contrarre matrimonio ⁽⁶³⁾.

Il D'AVACK è stato il primo autore che ha dato nuova struttura al sistema matrimoniale canonico sulla base dello schema contrattuale. Con grande coerenza giuridica — premessa sempre la natura contrattuale del vincolo — ha proposto un principio vincente: la capacità per fare un atto giuridico deve essere commisurata all'onerosità, cioè alle obbligazioni che costituiscono l'oggetto del consenso. Per ciò, la norma della capacità dovrebbe esser unica e dinamica, in modo che il matrimonio *in facto esse* si trovi, come *in nuce*, nel momento *in fieri* del contratto.

Se ci siamo soffermati sull'opera del D'AVACK è per mostrare l'origine delle principali correnti dottrinali e giurisprudenziali di oggi in materia di incapacità matrimoniale.

8. *L'applicazione del nuovo criterio dinamico di incapacità: l'« amenia contractualis ».*

Come è logico, il nuovo criterio dinamico-contrattuale era così carico di conseguenze giuridiche — da esso scaturiva perfino una diversa definizione del matrimonio — che era necessario un tempo per conoscerlo ed applicarlo. D'altra parte, non possiamo qui esporre tutte le diverse correnti dottrinali immediatamente anteriori al Concilio Vaticano II, bensì dovremo soffermarci solo sulle principali.

La miglior conoscenza scientifica di certe malattie o disturbi psicosessuali ⁽⁶⁴⁾ fece sì che un importante settore della giurispruden-

⁽⁶³⁾ Forse converrà precisare la profonda differenza tra questo concetto astratto di *discrezione di giudizio* e altri che erano stati usati nella giurisprudenza di quegli anni, come è il caso della sentenza c. Felici, 3 dicembre 1957, in *RRD.*, vol. 51, p. 578, n. 3, dove il *defectus discretionis iudicii* faceva ancora riferimento al grado di maturazione della persona nell'adolescenza. Mentre in quest'ultimo caso il concetto ha una significato positivo, lì invece è sempre un concetto negativo, creato per misurare le malattie.

⁽⁶⁴⁾ È ormai molto conosciuto il caso del matrimonio contratto da una ninfomane, che impegnò la Rota Romana in ben tre turni: si vedano le sentenze c. Teodori, 19 gennaio 1940, in *RRD.*, vol. 32, p. 83, n. 3; c. Heard, 5 giugno 1941, in *RRD.*, vol. 33, p. 488-502; c. Jullien, 16 ottobre 1942, in *RRD.*, vol. 34, p. 775-781. In queste tre decisioni rotali, interessanti sotto tanti profili, sono state prospettate tutte le possibili soluzioni che l'ordinamento canonico forniva allo scopo di

za della Rota Romana sentisse vivamente la necessità di adeguare la normativa matrimoniale canonica allo scopo di dare una risposta equa alle esigenze di giustizia presentate nei tribunali ecclesiastici. In questo ridimensionamento del sistema matrimoniale canonico ⁽⁶⁵⁾, trovava un posto centrale l'accettazione del criterio dinamico di capacità, che fu formulato esplicitamente in una decisione rotale: « *Unica mensura sufficientis consensus est discretio iudicii matrimonio proportionata* » ⁽⁶⁶⁾.

Quale sia la portata di questo principio è perfettamente spiegato dallo stesso ponente in un suo successivo articolo ⁽⁶⁷⁾. All'interno della logica giuridica di questa sentenza si possono riscontrare alcune affermazioni, la cui somiglianza con il sistema di D'AVACK è palese:

a) La necessità di distinguere la discrezione di giudizio dalla cosiddetta *quaestio ignorantiae* ⁽⁶⁸⁾;

b) l'impossibilità di dedurre il concetto di discrezione di giudizio da qualunque criterio generale ed astratto di capacità ⁽⁶⁹⁾;

c) essendo la capacità matrimoniale un tipo di capacità contrattuale, essa non può essere misurata mediante la semplice osservazione delle facoltà spirituali dell'uomo — come succedeva seguendo i criteri tradizionali — sembra infatti necessario usare un criterio dinamico, cioè relativo all'oggetto del consenso matrimoniale ⁽⁷⁰⁾;

risolvere il così difficile problema giuridico. Ma adesso ci interessa accennare alla sentenza c. Sabattani, 21 giugno 1957, in *RRD.*, vol. 49, p. 500-513, poiché in essa fu per la prima volta affermato che i capi dell'*amentia* e dell'*impotentia* possono perfettamente coincidere, se guardati da una prospettiva contrattualistica: « *nymphomania videtur forsitan magis accedere ad impotentiam quam ad vitium mentis* » (p. 503, n. 5).

⁽⁶⁵⁾ In nessun altro posto questa situazione è stata descritta meglio che in un articolo di SABATTANI, A., *L'évolution de la jurisprudence dans les causes de nullité du mariage pour incapacité*, in *Studia Canonica*, 1 (1967) 143-161, dove si possono trovare le ragioni per cui fu necessario avere il coraggio di gettare in mare alcune istituzioni allo scopo di salvaguardare il sistema canonico; che appariva in serio pericolo. Fu anche questo eminente autore e giudice rotale a battezzare il nuovo criterio contrattuale con il nome di *dinamico*.

⁽⁶⁶⁾ Sentenza c. Sabattani, 24 febbraio 1961, in *RRD.*, vol., 53, p. 118, n. 4.

⁽⁶⁷⁾ SABATTANI, A., *L'évolution...*, cit., p. 419.

⁽⁶⁸⁾ Sentenza citata, n. 5.

⁽⁶⁹⁾ Dopo aver studiato le principali fasi del lungo *iter* per determinare il contenuto della incapacità psichica, Sabattani conclude: « *malgré les meilleurs efforts, il n'y a pas de possibilité de fixer un critère déterminatif général et abstrait du gradus discretio-nis iudicii exigé pour contracter mariage* » (SABATTANI, A., *L'évolution...*, cit., p. 150).

⁽⁷⁰⁾ Sentenza 24 febbraio 1961, cit., p. 118, n. 4; Cfr. SABATTANI, A., *L'évolution...*, cit., p. 148-149.

d) di conseguenza, tale criterio non serve per individuare — in positivo — il grado di discrezione di giudizio necessario per contrarre matrimonio. E non serve, perché è stato disegnato per rilevare i *defectus discretionis iudicii*, cioè le patologie, le incapacità ⁽⁷¹⁾. Così si spiega questa originale definizione del *defectus discretionis iudicii*: « magis attingit intimas distorsiones efformationis et excitationis deliberationis, quam inadaequatam vel falsam apprehensionem obiecti contractus » ⁽⁷²⁾;

e) il nuovo criterio dinamico può ricevere il nome di *amentia contractualis* ⁽⁷³⁾ dove il termine « contrattuale » indica non solo la natura prettamente giuridica di questo tipo di *amentia*, ma pure il suo ruolo di comprendere tutte le possibili *incapacità* contrattuali nell'unica ed onnicomprensiva « *mensura sufficientis consensus* ». Vale a dire, l'uso del criterio dinamico racchiude in una sola categoria le diverse incapacità: il difetto di uso di ragione, il tradizionale difetto di discrezione di giudizio, la mancanza di libertà interna e l'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷¹⁾ C'è un momento in cui il SABATTANI, A., *L'evolution...*, p. 150, si rende conto di questo carattere negativo del suo criterio di « incapacità »: « Il se pourrait que nos mauvais résultats soient la conséquence de vouloir se maintenir toujours sur une route, qui, seule, né est pas suffisante. Et alors je propose que pour l'intégration du critère statique soit adopté le "critère dynamique". C'est comme dire: je ne sais pas si ce consentement particulier a le poids suffisant et nécessaire pour être valide: je n'ai pas l'unité de poids. Je puis cependant rechercher comment ce consentement s'est produit, quels ont été ses composants, si dans sa "chaîne de production" il y a eu un passage mauvais, un saut qui n'est pas admis. Ainsi sans conitre son poids objectif, je puis déclarer que ce produit n'est pas légitime parce les forces productives (*criterium dynamicum*) ne sont pas les forces normales ». Il carattere tautologico di questo criterio è stato anche perfettamente percepito da REINA, A., *La incidencia de las perturbaciones psíquicas en el consentimiento matrimonial*, Madrid, 1979, p. 108, ma l'autore non procede oltre nella sua critica. Accenti più critici possono trovarsi, invece, in FUMAGALLI CARULLI, O., *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Milano², 1981, p. 281-283.

⁽⁷²⁾ Sentenza 24 febbraio 1961, *loc. ult. cit.* (La sottolineatura è nostra).

⁽⁷³⁾ Sentenza citata: « Quando deficit huiusmodi maturitas iudicii sufficiens ad matrimonium intellegendum vel eligendum, sive id proveniat ex habituali alienatione animi, sive ex turbatione transeunti, sive ex psychica debilitate, habetur *amentia in sensu contractuali* » (p. 118, n. 4). Cfr. SABATTANI, A., *L'evolution...*, cit., p. 151.

⁽⁷⁴⁾ Per quanto riguarda l'incapacità di assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio, la sentenza c. Sabattani del 24 febbraio 1961 prevedeva implicitamente l'inclusione della ninfomania nel nuovo concetto dinamico, mentre in una senten-

L'evolversi del criterio dinamico durante questi ultimi decenni, mostra chiaramente che esso non ha adempiuto il ruolo di unificare tutte le norme di capacità matrimoniale, poiché il legislatore ha tenuto pure conto di altri indirizzi giurisprudenziali ⁽⁷⁵⁾, in base ai quali ha stabilito una triplice distinzione dell'incapacità come si desume dal canone 1095 CIC '83. In questo modo, insieme al criterio dinamico — di natura contrattuale, e cioè misurante il consenso come atto giuridico — il legislatore ha continuato ad usare i criteri tradizionali, che riguardano invece il consenso come atto psicologico.

9. *Gli sviluppi del criterio dinamico durante gli anni del Concilio Vaticano II.*

Benché il criterio dinamico non fosse stato unanimemente accettato né sempre ben inteso da coloro che lo invocavano, si devono ricordare qui gli autori che durante gli anni sessanta portarono alle estreme conseguenze logiche le premesse contrattuali che stavano alla base di tale criterio ⁽⁷⁶⁾. Tra i principali autori di quegli anni, va annoverato HUIZING, il quale propose *de lege ferenda* l'inclusione di un nuovo *caput nullitatis* che si poteva denominare « impotenza morale » ⁽⁷⁷⁾.

Questa sua proposta fu sviluppata con grande coerenza principalmente da KEATING ⁽⁷⁸⁾, autore che portò a compimento il dinami-

za posteriore dell'anno 1963 escludeva espressamente l'omosessualità, in quanto il ponente riteneva che questo disturbo non impedisse l'assunzione degli impegni matrimoniali. Si veda al riguardo SABATTANI, A., *L'evolution...*, cit., p. 155.

⁽⁷⁵⁾ Si veda innanzitutto la sentenza c. Lefebvre, 2 dicembre 1967, in *RRD.*, vol. 59, p. 798-807, dove in sede di *omosessualità* applica contemporaneamente criteri psicologici e contrattualistici, comportando una certa confusione nei capi di nullità. Una via molto simile fu intrapresa dalla sentenza c. Anné, 17 gennaio 1967, in *RRD.*, vol. 59, p. 23-36, in cui però si trattava di una fattispecie di ninfomania.

⁽⁷⁶⁾ Nell'anno 1955 OSTERLE, scrisse un lungo articolo dove si parlava appunto dell'incapacità di assumere gli impegni matrimoniali, applicando esplicitamente per prima volta la regola giuridica *ad impossibilia nemo tenetur* (OSTERLE, G., *De relatione homosexualitatis ad matrimonium*, in *Revista Española de Derecho Canónico*, 10 (1955), p. 7-66). Alcuni anni prima, la stessa *regula iuris* era stata implicitamente applicata da JEMOLO, A.C., *Il matrimonio...*, cit., p. 132, benché senza carattere di norma generale.

⁽⁷⁷⁾ HUIZING, P., *Schema de matrimonio*, Roma, 1963, p. 346.

⁽⁷⁸⁾ L'opera principale di quest'autore è stata ormai citata: *The Bearing of Mental Impairment on the Validity of Marriage*, Romae, 1964. La sua dottrina fu

simo intrinseco del concetto di *amentia contractualis*. Siccome la regola definitiva in questa materia sembrava essere la massima *ad impossibilia nemo tenetur*, ogni possibile incapacità — e per tanto ogni impedimento *ex parte personae* — poteva essere compresa in un solo concetto a cui si poteva dare il nome di « impotenza morale ». Si badi bene che trattandosi di un'inabilità contrattuale, il problema terminologico non era importante. Era infatti indifferente che lo si chiamasse con l'espressione di D'AVACK — *defectus discretionis iudicii* — o con quella di SABATTANI — *amentia contractualis* — (79).

La coerenza sistematica dell'opera di KEATING ebbe immediato successo tanto in certi tribunali ecclesiastici (80) come presso molti autori che scrissero in quegli anni (81). Senonché l'evento del Concilio Vaticano II, l'esistenza di innumerevoli abusi da parte di taluni tribunali nonché la differente via intrapresa dalla Rota Romana rendono particolarmente difficile lo studio del successivo sviluppo del criterio dinamico. Malgrado il fatto che il legislatore non abbia acconsentito alla richiesta di alcuni di configurare l'impedimento di impotenza morale, 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 del consenso e non sia stato compreso nella categoria degli impedimenti.

esposta in altri articoli: *The Caput Nullitatis in Insanity Cases*, in *The Jurist*, 22 (1962), p. 391-411; Id., *Sociopathic Personality*, in *The Jurist*, 25 (1965), p. 429-438; Id., *The Legal Test of Marital Insanity*, in *Studia Canonica*, 1 (1967), p. 21-36.

(79) KEATING, J.R., *The Bearing...*, cit., p. 165: « With the coming of the new test — *capacitas ad sese obligandum seu ad obiectum contractus implendum* — the notion of due discretion receded from its centuries old attachment to the notion to sufficient consent and settled about the idea of natural capacity or fitness of the subject for the state of marriage ». Anche nel suo articolo *The legal test...*, cit., p. 21-36 spiega come la *ratio iuridica* dell'impedimento di impotenza e del nuovo concetto di *defectus discretionis iudicii* sia la stessa: l'inabilità di mettere in atto l'oggetto del contratto.

(80) Si veda, ad esempio, RITTY, CH., *Possible Invalidity of Marriage by Reason of Sexual anomalies*, in *The Jurist*, 20 (1960), p. 421, BERNHARD, J., *Le sens des interventions des officialités en matière d'incapacité morale*, in *Revue Droit Canonique*, 26 (1976), p. 91-99; SANTOS DIEZ, J.L., *La incapacidad psíquica en el consentimiento matrimonial*, in *El consentimiento matrimonial*, hoy (Salamanca, 1976), p. 11-15.

(81) Cfr. COBURN, V., *Homosexuality and the Invalidation of Marriage*, in *The Jurist*, 20 (1960) 441-459; RITTY, CH., *Possible...*, cit., p. 399-422; TOBIN, W., *Homosexuality and Marriage*, Roma, 1964, p. 277-278; ARREGUI, A., *Cuestiones sobre...*, cit., p. 213-245; RISK, J., *De mollibus et perversis a matrimonio excludendis*, in *Periodica*, 57 (1968), p. 461-471.

Non si deve nemmeno dimenticare che la stragrande maggioranza della dottrina posteriore al Concilio Vaticano II ha giudicato in modo molto positivo l'impostazione di quegli autori, ritenendo che il superamento dei criteri tradizionali ⁽⁸²⁾ sia stato un bene in assoluto e ha anche affermato che si devono lodare le importanti applicazioni pratiche del nuovo criterio dinamico. Tuttavia, il nuovo criterio si presentava in un certo modo vulnerabile, in quanto alla fine restava pur sempre una norma di natura contrattuale e come tale era giusto che fosse messa in dubbio la sua validità, innanzitutto per il fatto che né la terminologia né le categorie contrattuali erano state più usate dai padri conciliari.

Non è però il momento di effettuare una critica esaustiva del criterio dinamico fin qui esposto; piuttosto sembra opportuno sottolineare che alla base di siffatto criterio si riscontra una esplicita rinuncia al criterio della pubertà, e con essa ad ogni altra norma generale ed astratta per misurare la capacità delle persone normali.

10. *Vantaggi e limiti del criterio dinamico.*

Fino a questo momento abbiamo esaminato i due principali criteri « dinamici » di capacità per contrarre matrimonio. Il primo, la pubertà, è stato costantemente utilizzato dalla dottrina e dalla prassi canonica di secoli. Tuttavia, non sempre era stata percepita con chiarezza quale fosse la principale potenzialità della suddetta norma. E così, quando nei tribunali ecclesiastici si doveva accertare un'*incapacità* ebbe fortuna il criterio statico-contrattuale dell'uso di ragione. Quando le due norme — quella della pubertà e quella dell'uso di ragione — furono applicate contemporaneamente, il sistema canonico si manifestò — molto presto — palesemente insufficiente.

Il secondo criterio *dinamico* nacque dalle necessità urgenti di adeguare il sistema matrimoniale alla realtà sociale, e in questo senso

(82) SABBATANI, A., *L'evolution...*, cit., p. 148: « Quoiqu'il en soit, la jurisprudence récente de la Sacrée Rote Romaine s'est certainement rebellée contre le principe général de Saint Thomas, elle qui a affirmé exactement le contraire: "attenta huius contractus praestantia, maior adhuc libertas ac deliberatio in eo requiritur quam in aliis contractibus" ». SERRANO, J.M., *La consideración existencial del matrimonio en las causas canónicas de nulidad por incapacidad psíquica*, in *Angelicum*, 68 (1991), p. 45 ritiene che « no es que haya habido una expresa renuncia a criterios anteriores. Es que hoy en la mayoría de los casos nos resultan insuficientes y han de sustituirse por otros más completos y actuales ».

non si può non lodare l'impegno con cui i tribunali ecclesiastici hanno recepito quelle due esigenze che — ancora oggi — si impongono specificamente alla Rota Romana: « quella di salvaguardare l'inmutabilità della legge divina e la stabilità della norma canonica e, insieme, quella di tutelare e difendere la dignità dell'uomo »⁽⁸³⁾.

Tuttavia è evidente che il principale problema consiste nella legittimità del rifiuto del criterio della pubertà, poiché se esso non è una norma statica, bensì dinamica — come abbiamo cercato di dimostrare resta ancora aperto l'interrogativo: è possibile che essa non sia stata ben capita dalla dottrina e dalla giurisprudenza canonica? Sarebbe ancora ipotizzabile riproporre il criterio della pubertà, per lo meno allo scopo di accertare cosa significhi *essere capace*?

La risposta non è affatto semplice, poiché ci sono ancora molti autori che danno una notevole importanza al criterio della pubertà, sebbene possano distinguersi due gruppi:

a) *Autori che ripropongono la norma della pubertà come criterio generale per misurare la capacità matrimoniale.* Forse è stato HERVADA l'autore che con più chiarezza ha continuato ad attribuire alla pubertà naturale il ruolo di norma di capacità, dalla quale scaturisce il concetto di *discretio iudicii matrimonii proportionata*⁽⁸⁴⁾. Nella stessa linea di pensiero può annoverarsi TEJERO⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸³⁾ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 23 gennaio 1992, in *L'Osservatore Romano*, 24 gennaio 1992, p. 5, n. 5.

⁽⁸⁴⁾ Vale la pena riportare il testo dell'autore dove in modo evidente è messo in rilievo il ruolo normativo della pubertà: « Cuál es, podemos preguntarnos ahora, la suficiente discreción de juicio? Obviamente sería ingenuo pensar que puede darse una respuesta matemática; tal grado de discreción de juicio no es *medible*, algo que pueda determinarse por una unidad de medida. La respuesta nos tiene que venir determinada por un hecho natural, fácilmente constatable en su generalidad y que nos muestre que esa capacidad existe. Este hecho es la pubertad, que es aquella fase de la vida humana en la que, en intención de naturaleza, comienza la capacidad natural núbil. La discreción de juicio mínima pero suficiente para el matrimonio es aquella que tiene la generalidad de los hombres una vez alcanzada *completamente* la pubertad (hacia los 14 años cumplidos, con las variaciones antes aludidas según lugares) ». HERVADA, J.-LOMBARDÍA, P., *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico. III. Derecho matrimonial* (1), Pamplona, 1973, p. 381. L'autore sviluppa ancora meglio l'argomento in un articolo più recente. Si veda HERVADA, J., *Esencia del matrimonio y consentimiento matrimonial*, in *Persona y Derecho*, 9 (1982), p. 149-179.

⁽⁸⁵⁾ TEJERO, E., *La discreción...*, cit., p. 481-517. Il suo lungo studio sulla discrezione di giudizio è un tentativo molto pregevole di tener conto dei dati della psicologia evolutiva dell'adolescenza per adoperarli in una chiave di lettura giuridica. Particolarmente illuminante è l'osservazione critica che l'autore rivolge alle principali sentenze in materia degli anni sessanta: « Ahora bien, nos parece que, al in-

b) *Autori che prendono in considerazione la pubertà, soltanto per dare fondamento all'« impedimentum aetatis ».* C'è un buon numero di autori che adoperano due tipi di criteri a seconda che si stia parlando della « maturità » o piuttosto della sua mancanza. Nel primo caso, per questi autori non ci sarebbe problema ad accettare che la capacità minima per il matrimonio sia la pubertà, nonostante il fatto che i cambiamenti della società contemporanea abbiano consigliato il legislatore ad elevare il limite di età a quattordici e sedici anni, come requisito *ad validitatem*. Il sistema si è reso ancora più flessibile dopo la promulgazione del Codice del 1983, che nel canone 1083 ⁽⁸⁶⁾ stabilisce la possibilità di un ulteriore adeguamento normativo tramite le legislazioni particolari ⁽⁸⁷⁾.

Ma il problema veramente grave e difficile da risolvere resta la possibilità di conciliare il principio tradizionale — « la capacità si raggiunge con la pubertà » — con la dottrina sottostante al criterio dinamico-contrattuale. Questi ultimi autori, infatti, sembrano accettare due criteri diversi: quello della pubertà, a proposito del canone 1083, e quello dinamico-contrattuale quando si tratta dell'incapacità consensuale *ex canone* 1095.

Ragionando giuridicamente sembrerebbe che la posizione dottrinale più corretta sia quella che propone un più attento esame della realtà sociale. In questo modo, si supererebbe la dicotomia esistente tra il canone 1083 e il 1095; in quest'ultimo canone si troverebbe appunto la norma generale della capacità per contrarre matrimonio ⁽⁸⁸⁾.

tentar precisar los contenidos propios de la discreción de juicio que requiere el consentimiento matrimonial, necesita el canonista prestar más atención a los datos provenientes del ámbito de la psicología que a los que pueda ofrecer la psiquiatría; porque es este un tema directamente referido a la capacidad de la *psique* y no a la patología de la misma, aunque también ésta deba ser tenida en cuenta » (p. 481).

⁽⁸⁶⁾ Il canone 1083 § 2 stabilisce infatti che « *integrum est Episcoporum conferentiae aetatem superiorem ad licitam matrimonii celebrationem statuere* ».

⁽⁸⁷⁾ Questo secondo gruppo di autori costituisce la *communis opinio*, tramandata dalla tradizione canonica, come mette in rilievo NAVARRETE, U., *Gli impedimenti relativi alla dignità dell'uomo: aetas, raptus, crimen*, in *Gli impedimenti al matrimonio canonico. Scritti in memoria di Ermanno Graziani* (Città del Vaticano, 1989), p. 75-76. In questa linea, si veda anche ABATE, A.M., *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Roma, 1985, p. 84; CHIAPPETTA, L., *Il Codice di Diritto Canonico. Commento giuridico-pastorale*, Napoli, 1988, p. 973; GUITARTE, V., *Una contribución a la teoría de la capacidad psíquica en el negocio jurídico matrimonial a partir del canon 1095*, in *Revista Española de Derecho Canónico*, 45 (1988), p. 626-628.

⁽⁸⁸⁾ In questo senso, è molto chiara l'argomentazione di AZNAR, F.R., *La preparación del matrimonio. Principios y normas canónicas*, Salamanca, 1986, p. 148-149;

In effetti, se si tiene conto che coesistono quattro tipi di norme relative alla maturità minima per contrarre matrimonio ⁽⁸⁹⁾ sembra giusto poter concludere — come fa DIZ PINTADO — « que la madurez exigida para contraer un matrimonio válido, es algo más complicada que la simplemente supuesta a la edad de 14 y 16 años » ⁽⁹⁰⁾.

In fondo, questi ultimi autori ritengono applicabili come criteri generali di capacità quelli contenuti nel canone 1095 CIC '83. E sembra che ciò sia giusto dal momento in cui le principali sentenze rotali e i principali autori, che hanno avuto un maggiore influsso nell'elaborazione di quel canone, ammettevano — per lo meno implicitamente — la necessità di rinunciare alla norma della pubertà per misurare la capacità matrimoniale.

Tuttavia, qualora dessimo per buona la critica degli autori di Salamanca, dovremmo ammettere di trovarci dinnanzi ad un vicolo cieco. Infatti, il canone 1095 CIC — allo stesso modo del criterio dinamico-contrattuale che ne costituisce la base — non ci serve per sapere quando una persona *normale* è capace di contrarre matrimonio.

A nostro avviso, una soluzione di questo problema potrà forse essere trovata seguendo alcuni punti fermi:

a) *Il criterio di capacità deve essere necessariamente dinamico.*

Questa era la caratteristica principale della norma della pubertà, fin quando non fu svuotata del suo contenuto, diventando con il Codice pianobenedettino un mero indizio per presumere la « non ignoranza » della *substantia matrimonii*. La funzione più apprezzata del cri-

Id., *El nuevo derecho matrimonial canónico*, Salamanca, 1985, p. 202. Infatti, la coesistenza di questi due canoni nello stesso ordinamento normativo non sembra facilmente spiegabile.

⁽⁸⁹⁾ Si veda in questo senso LÓPEZ ALARCÓN, M., *El matrimonio de los menores*, in AA.VV., *El matrimonio, cuestiones de Derecho administrativo-canónico* (Salamanca, 1990), p. 159-160, che si rifà ai canoni 1083 §§ 1 e 2, 1071 §1, n. 6 e 1072. Cfr. ARDITO, S., *La preparazione al matrimonio e gli impedimenti*, in *Il nuovo Codice di Diritto canonico. Novità, motivazioni e significato* (Roma, 1983), p. 353.

⁽⁹⁰⁾ DIZ PINTADO, E., *El impedimento de edad en el derecho español*, in *Revista Española de Derecho Canónico*, 45 (1988), p. 657. Sono pure interessanti le osservazioni in cui ritiene che la dicotomia tra il canone 1083 e il 1095 è grave, poiché induce a presumere la capacità matrimoniale in persone che poco tempo dopo otterranno una nullità del vincolo per manifesta immaturità. Poiché, in fondo, « su fundamentación (dell'impedimento di età) sigue más o menos los derroteros fisiológicos, sin tener en cuenta, en toda su magnitud, el gran imponderable de la madurez psíquica » (p. 658). Lo stesso argomento, in AZNAR, F., *El nuevo...*, cit., p. 203.

terio dinamico-contrattuale era stata appunto quella di dare più flessibilità al sistema matrimoniale canonico.

b) *Il criterio di capacità deve tener conto della realtà sociale.* Sotto questo profilo, la norma della pubertà appare palesemente inadeguata, anche perché di fatto è stata ormai abbandonata dalla dottrina e dalla giurisprudenza canonica ⁽⁹¹⁾, ma innanzitutto perché non è stata presa seriamente in considerazione dallo stesso legislatore — che stabilisce per l'impedimento un'età superiore a quella puberale — ⁽⁹²⁾. Inoltre, sembra che la pubertà neppure possa essere ritenuta come norma applicabile pressoché in nessuna nazione ⁽⁹³⁾.

c) *Il criterio di capacità deve tener conto dell'inclinazione naturale dell'uomo al matrimonio.* A tale proposito, ci sembra importante ricordare che era appunto questo l'aspetto che più caratterizzava la norma della pubertà. Senonché, per secoli il criterio ha funzionato

⁽⁹¹⁾ Ovviamente, ci riferiamo alla dottrina e alla giurisprudenza che hanno studiato in modo approfondito e generale il tema della capacità per contrarre matrimonio, e che non si limitano a richiamare il criterio di carattere storico in sede di impedimento di età.

⁽⁹²⁾ La difesa del criterio della pubertà si rende ancora più difficile dal momento in cui il legislatore non ha recepito la distinzione tra puberi ed impuberi del canone 88 § 2 CIC 17, proprio perché è stata ritenuta inutile ai nostri giorni. Si veda *Communicationes*, 21 (1989), p. 37. Che la pubertà sia considerata dal legislatore come un dato di carattere « biologico » è palese in queste altre parole: « hic canon (oggi il c. 1083) respicit maturitatem biologicam; de maturitate autem psicologica extant peculiare canones in capite de consensu » (*Communicationes*, 9 (1977), p. 359-360).

⁽⁹³⁾ Se osserviamo le norme particolari dalle diverse Conferenze Episcopali, di recente sistematicamente raccolte da MARTÍN DE AGAR, J.T., *Legislazione delle Conferenze Episcopali Complementare al CIC*, Milano, 1990, possiamo accorgerci che ormai è possibile dividere la materia in più gruppi: 1) Norme particolari che mantengono l'età nubile determinata dal legislatore universale nel canone 1083 (Africa Settentrionale, Panama, Scandinavia); 2) Norme particolari che rimettono a quella stabilita dal legislatore civile (Inghilterra e Galles, Malta, Olanda, Svizzera); 3) Norme particolari che esigono 16 anni compiuti in ambedue i contraenti (Portogallo); 4) Norme particolari che esigono 16 e 18 anni per le donne e gli uomini, rispettivamente (Argentina, Bolivia, Brasile, Equatore, Gambia-Liberia, Guatemala, Messico, Nicaragua e Porto Rico); 5) Norme particolari che esigono 18 anni in ambedue i contraenti (Canada, Cile, Colombia, El Salvador, Spagna, Filippine, Honduras, Italia, Jugoslavia, Perù e Venezuela); 6) Norme particolari che richiedono 18 e 20 anni per le donne e gli uomini rispettivamente (Repubblica Dominicana); 7) Norme particolari che rimettono all'Ordinario del luogo la competenza per determinare il suddetto limite di età (Nigeria).

senza troppe difficoltà appunto perché era una norma socialmente applicabile ed applicata. Ma, una volta cambiate le circostanze in cui il matrimonio è celebrato dalla stragrande maggioranza delle coppie, il carattere « naturale » di questa norma va considerato solo in senso storico. Non sembrano inadeguate le parole dell'ultimo discorso del Romano Pontefice alla Rota Romana: « ... vengono sempre a confrontarsi, da una parte, le supreme esigenze della legge di Dio, impreteribile ed immutabile, confermata e perfezionata dalla Rivelazione cristiana e, dall'altra, le mutevoli condizioni dell'umanità, le sue particolari necessità, le sue più acute debolezze. Non si tratta evidentemente di adattare la norma divina o addirittura di piegarla al capriccio dell'uomo, poiché ciò significherebbe la negazione stessa di quella e la degradazione di questo: si tratta piuttosto di comprendere l'uomo d'oggi, di metterlo a giusto confronto con le inderogabili esigenze della legge divina, di indicargli il modo a lui più consentaneo di adeguarvisi »⁽⁹⁴⁾.

Va rilevato che il criterio della pubertà, pur essendo inadeguato sotto il profilo sociologico, rispetta la sana antropologia cristiana, che esige di considerare il matrimonio come una realtà santa e buona e non soltanto come uno stato di vita difficile da portare a compimento. È proprio questo aspetto, l'ottimismo antropologico, che il criterio dinamico contrattuale non sembra invece rispettare, in quanto sottolinea innanzitutto gli aspetti onerosi e negativi del matrimonio, e cioè l'insieme di doveri essenziali⁽⁹⁵⁾.

d) *La norma di capacità deve essere tale che oltre a determinare « chi è capace » ci fornisca di pari passo elementi validi per giudicare le patologie consensuali.* In questo principio sono contenute in realtà due affermazioni:

⁽⁹⁴⁾ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso...*, cit., p. 5, n. 3.

⁽⁹⁵⁾ Si può ricordare un altro discorso del Romano Pontefice, pronunciato il 5 febbraio di 1987 e pubblicato in *AAS*, 79 (1987), p. 1457, n. 4, in cui veniva accennata la necessità di non confondere la maturità psichica con quella canonica. Si veda l'interessante commentario di MARTÍN DE AGAR, J.T., *Magisterio de Juan Pablo II sobre la incapacidad consensual*, in *AA.VV.*, *Incapacidad consensual para las obligaciones matrimoniales*, Pamplona, 1991, p. 92. Si veda pure il discorso dell'anno successivo, pronunciato il 25 gennaio del 1988, in cui il Papa ci esorta a prevenire gli ottimismo troppo ingenui, poiché con essi « la normalità diviene facilmente un mito e, sul piano pratico, si finisce per negare alla maggioranza delle persone la possibilità di prestare un valido consenso » (pubblicato in *AAS*, 80 (1988), p. 1183, n. 5).

1) Da una parte, la norma di capacità per contrarre matrimonio deve essere desunta dalla « normalità », poiché stiamo parlando sempre sia di un diritto naturale alle nozze sia di una capacità pure essa naturale. Il criterio storico della pubertà era desumibile dalla « normalità » — poiché per secoli anche la cosiddetta pubertà legale coincideva con quella naturale — ma nella società moderna è ormai diventata una norma astratta e senza applicazione pratica. A sua volta, si deve ricordare che il criterio dinamico-contrattuale — che pure si è rivelato di una pregevole utilità per giudicare quando si debba dichiarare nullo un matrimonio per « incapacità consensuale » — è parimenti di carattere astratto, perché non ci permette di sapere cosa significhi in termini positivi essere capace di assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio. Infatti, questa norma di capacità può essere formulata soltanto in termini negativi, poiché fa riferimento a qualsiasi circostanza che impedisca la prestazione di un valido consenso ⁽⁹⁶⁾.

Per superare i limiti dei due criteri dinamici di capacità — quello storico della pubertà e quello di carattere contrattuale — sembra molto interessante una proposta che di recente ed in più occasioni ha suggerito Raymond BURKE. A suo parere, la soluzione del problema della « misura della capacità » potrebbe essere trovata ripropo-

⁽⁹⁶⁾ Sembrano adatte all'argomento qui svolto le seguenti riflessioni di MATHIEU, V., *Luci ed ombre del giusnaturalismo*, Torino, 1989, p. 129: « Il concetto di devianza entra in crisi, comprensibilmente, in corrispondenza a quello di norma: se non c'è una retta via non si vede rispetto a che cosa si possa deviare .../... si tratta di vedere in che cosa possa consistere la natura rispetto a cui si devia, e perché certi modi di concepire la natura, entrando in crisi, travolgono anche il concetto di devianza ». Saranno pure di utilità le osservazioni di ZUNINI, G., *Homo religiosus*, Milano, 1965, p. 61-62, riguardo al rapporto *salute-malattia*: « siccome l'anormalità è meno frequente, ma più facilmente riconoscibile del normale, si capovolge la situazione di partenza; si assume l'anormale come "norma", come misura del normale... Effettivamente non manca tra psicopatologi e psicologi una protesta contro l'accantonamento del problema normale-anormale come causa di sterili discussioni. Uno psichiatra, H.C. Rümke, si è espresso molto chiaramente e decisamente in diverse circostanze, particolarmente al V Congresso Internazionale di igiene mentale a Toronto, nel 1954: "non credo di esagerare — egli disse — affermando che stiamo toccando il problema centrale, da cui dipende la soluzione di tutti i problemi... Si tratta né più né meno della domanda dei rapporti fra malattia e salute... Quando si riconosce che salute non è semplicemente assenza di malattia, e quindi è impossibile promuovere la salute solo combattendo la malattia, allora diventa necessario conoscere le leggi della salute, le basi su cui sono fondate, e le forze che le controllano. Ora queste forze e queste basi non ci sono note. Non sappiamo ciò che essenzialmente è la salute" ».

nendo lo studio della vocazione cristiana, tenendo conto sia della dottrina classica — la tradizione — sia dei recenti sviluppi nell'ambito antropologico ⁽⁹⁷⁾.

2) Tuttavia, si potrà dire che il criterio di capacità deve essere desunto dalla « normalità » e tenendo conto della « storicità » dell'uomo, solo a patto di accettare il suo carattere dinamico, e cioè che la norma di capacità non consente di essere trasferita all'ambito della patologia, in modo non flessibile ⁽⁹⁸⁾. Se si prende in considerazione questo principio, non sarà nemmeno troppo difficile ammettere — come ritiene un ampio settore della dottrina canonica — che l'incapacità matrimoniale partecipa della natura degli impedimenti dirimenti, poiché consiste in un difetto *ex parte personae*. Ma ciò non toglie che di pari passo il canonista debba impegnarsi a conoscere pure cosa significhi essere capace, e ciò non potrà mai desumerlo dalla « malattia », cioè dalla patologia del consenso.

III. LA NORMA PERSONALISTA.

11. *Il personalismo e l'amore sponsale.*

Alla base della dottrina della *Gaudium et Spes* e di tutto il magistero di papa Giovanni Paolo II sul matrimonio e sulla famiglia c'è un concetto dell'amore coniugale che scaturisce da una concreta visione della persona e della sua vocazione. Non si creda che la Chiesa abbia voluto prendere in considerazione l'amore coniugale, soltanto

⁽⁹⁷⁾ Si veda BURKE, R., *The lack of Discretion...*, cit., p. 117-132 e, più di recente, alcuni articoli di questo autore: *The psychology of the Christian Vocation: Interpretative Key of Canon 1095*, in *Iustus Iudex* (1990), p. 201-213; *Grave difetto di discrezione di giudizio: fonte di nullità del consenso matrimoniale.*, in *Ius Canonicum* 31 (1991), p. 139-154 oppure in AA.VV., *Incapacidad consensual para las obligaciones matrimoniales*, cit., p. 135-154.

⁽⁹⁸⁾ Si veda l'interessante osservazione di GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M., *Derecho canónico matrimonial*, Pamplona, 1988, p. 32-33: « A nuestro entender, aunque en el caso de los retrasados mentales cabe medir el grado de discreción de juicio con criterios de edad, no quiere esto decir que en un retrasado mental de treinta años, cuya discreción de juicio equivale a la de una persona de doce, pueda equipararse en Derecho a una persona normal de doce años a efectos de celebrar un matrimonio válido. En efecto, la discreción de juicio de una mujer de doce años normal va creciendo, de tal forma que cuando sus hijos comienzan a tener nueve o diez años, la mujer posee ya la madurez propia de una mujer de veintiuno o veintidós años... ».

perché esso ha acquistato estrema importanza nella cultura odierna. Se prescindiamo per un attimo dalle categorie giuridiche, sembra che non si possa dubitare che l'amore coniugale ha assunto un ruolo essenziale nella comprensione del matrimonio; anzi, che non sia possibile parlare di matrimonio e di famiglia senza richiamarsi all'amore coniugale. Come neppure si può dubitare, poiché si tratta di una verità oggi indiscussa, che il suddetto magistero ha avuto una « visione personalista » del matrimonio e della famiglia.

Tuttavia parlare oggi di « visione personalista » « veicola ormai due significati completamente diversi fra loro; col risultato di una enorme confusione teoretica e gravi problemi pratici »⁽⁹⁹⁾. Forse l'elemento che differenzia le due visioni personaliste oggi imperanti è il concetto di amore sponsale. Si può parlare infatti di un « personalismo antipersonalista »⁽¹⁰⁰⁾ di cui sono fautori più o meno consapevoli tutti quegli autori che — in linea di massima — parlano dell'amore in termini di « autorealizzazione »; e di un « personalismo » che — oltre a presentarsi in continuità con la dottrina e la tradizione della Chiesa —⁽¹⁰¹⁾ intende, invece, spiegare la vocazione trascendente della persona prendendo le mosse dall'antropologia teologica⁽¹⁰²⁾.

⁽⁹⁹⁾ CAFARRA, C., *Matrimonio e visione dell'uomo*, in *Quaderni Studio Rotale*, 2 (1987), p. 35.

⁽¹⁰⁰⁾ Usiamo qui la terminologia adoperata dal CAFARRA, C., *Matrimonio...*, cit., p. 39, poiché ci sembra sia molto espressiva.

⁽¹⁰¹⁾ Si è soliti parlare di un personalismo tomista, fino al punto da sostenere che questo dottore della Chiesa, « ofrece, más todavía que las corrientes filosóficas contemporáneas, un sólido fundamento de la dignidad de la persona humana; y funda, no menos sólidamente, la disposición natural del hombre a vivir en comunidad fraternal » (SCHOYANS, M., *La dignidad de la persona humana: principio básico de la doctrina social de la Iglesia*, in *Scripta Theologica*, 23 (1991), p. 429). Già WOJTYLA, K., *I fondamenti dell'ordine etico* (Città del Vaticano 1980), p. 141-152 intitolava uno dei capitoli del suo libro: « il personalismo tomista ».

⁽¹⁰²⁾ A conclusione della sua eccellente monografia BRESCIANI, C., *Personalismo e morale sessuale. Aspetti teologici e psicologici*, Roma 1983, p. 268, l'autore spiega che « entrambe le correnti personaliste accettano che la realizzazione di sé è un bene, ma divergono in modo dialettico sul come questo bene sia perseguibile dalla persona... La divergenza sul modo di perseguire il bene dell'auto-realizzazione viene dalla divergenza più profonda, che si colloca a livello di concezione antropologica. L'auto-realizzazione (crescita, integrazione, ecc.) presa come un fine in se stessa sottende la concezione antropologica di un uomo chiuso o ripiegato su di sé, incapace e impossibilitato ad una relazione personale con l'altro che non sia di sfruttamento dell'altro allo scopo della propria auto-realizzazione... L'auto-realizzazione come

Si deve tener presente che alla base dello studio dell'amore sponsale si percepisce l'impegno — veramente notevole — di approfondire il concetto di persona, e di farlo chiamando in causa i diversi profili dell'antropologia cristiana: quello teologico⁽¹⁰³⁾, quello biblico⁽¹⁰⁴⁾ nonché quello filosofico e psicologico. L'insieme del Magistero di papa Giovanni Paolo II acquista una luce particolare se si tiene conto del fatto che esso comporta lo sviluppo di alcuni principi antropologici già enunciati nella Costituzione Pastorale *Gaudium et Spes* ai nn. 22 e 24. Dal testo del primo di questi numeri trae origine uno dei principi basilari dell'odierno magistero della Chiesa: « In realtà solamente nel mistero del Verbo incarnato trova vera luce il mistero dell'uomo... Cristo, che è il nuovo Adamo, proprio rivelando il mistero del Padre e del suo amore svela anche pienamente l'uomo all'uomo e gli fa nota la sua altissima vocazione »⁽¹⁰⁵⁾.

La dignità della persona umana ha come fondamento la sua « altissima vocazione »⁽¹⁰⁶⁾, che è Dio stesso. La stessa essenza divina — la comunione trinitaria — viene presentata dalla *Gaudium et*

conseguenza del dono di sé sottende invece la concezione antropologica di un uomo in relazione, capace di uscire da se stesso fino a dimenticare se stesso nella relazione con l'altro, un uomo che ritrova il suo vero essere, e quindi la sua realizzazione e la sua pienezza, nell'accogliere l'altra persona, senza riserve, nella sua totalità, realtà e concretezza... ».

⁽¹⁰³⁾ Si veda BALDANZA, G., *L'amore coniugale*, in AA.VV., *Matrimonio, Famiglia e Divorzio* (Napoli, 1971), p. 101-103.

⁽¹⁰⁴⁾ È un'esempio paradigmatico la catechesi svolta dal papa GIOVANNI PAOLO II sul matrimonio e la famiglia agli inizi degli anni 80. Si veda *Uomo e donna lo credo, catechesi sull'amore umano*, Città del Vaticano, 1985.

⁽¹⁰⁵⁾ Questo brano costituisce ormai un saldo principio dell'antropologia cristiana a cui più volte richiama il magistero postconciliare: si vedano, ad esempio, le tre encicliche trinitarie: *Redemptor hominis* nn. 8, 13, 18; *Dives in Misericordia* n. 1; *Dominum et Vivificantem*, n. 53. Rifacendosi a questi insegnamenti, ILLANES, J.L., *Incidenza antropologica della teologia*, in *Divus Thomas*, 84 (1981), p. 326 ha scritto: « Solamente a partire dall'amore divino, e da un amore che possiede viscere di misericordia, cioè da un amore che è dono libero e generoso di sé, si può capire esattamente la rivelazione sull'uomo che il messaggio cristiano possiede. In altri termini, per cogliere con esattezza la dottrina sull'uomo come essere capace di Dio con tutte le implicazioni che ne derivano, occorre avere presenti tutte le dimensioni del messaggio evangelico... ».

⁽¹⁰⁶⁾ « La dignità della persona — ritiene HERVADA, J., *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, 1981, p. 151 — significa relazione essenziale ai fini ai quali è chiamata; senza i fini, non c'è dignità ».

Spes n. 24⁽¹⁰⁷⁾ come fonte da cui attingere validi elementi per la comprensione della nozione di persona. Questi elementi sono chiaramente esposti nella lettera apostolica *Mulieris Dignitatem* n. 7: « il testo conciliare presenta sinteticamente l'insieme della verità sull'uomo e sulla donna — verità che si delinea già nei primi capitoli del Libro della Genesi — come la stessa struttura portante dell'antropologia biblica e cristiana. L'uomo — sia uomo che donna — è l'unico essere tra le creature del mondo visibile che Dio creatore "ha voluto per se stesso": è dunque una persona. L'essere persona significa: tendere alla realizzazione di sé (il testo conciliare parla di "ritrovarsi"), che non può compiersi se non "mediante un dono sincero di sé". Modello di una tale interpretazione della persona è Dio stesso come Trinità, come comunione di Persone. Dire che l'uomo è creato ad immagine e somiglianza di questo Dio vuol dire anche che l'uomo è chiamato ad esistere "per" gli altri, a diventare un dono ».

Che la persona sia in terra l'unico « essere che si realizza nel dono di se stesso » ci dà una nuova luce per capire in profondità come il matrimonio sia la « prima comunione di persone »⁽¹⁰⁸⁾, cioè « luogo » dove la stragrande maggioranza degli uomini realizza la sua vocazione all'amore⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ GS, 24: « Questa similitudine (il testo conciliare si riferisce alla similitudine con l'unione delle persone divine) manifesta che l'uomo il quale in terra è la sola creatura che Dio abbia voluto per se stessa, non possa ritrovarsi pienamente se non attraverso un dono sincero di sé ». Poche volte si troverà nella letteratura canonistica l'intimo legame tra l'antropologia del dono — palese nelle parole trascritte — e l'essenza del matrimonio come comunità di persone. Questa stretta relazione tra i due concetti è percepita molto più vivamente dai teologi: si veda ad esempio MARTELET, G., *Amore coniugale e rinnovamento conciliare*, Assisi, 1968, p. 917; MAJDANSKI, K., *Comunione di vita e d'amore. Teologia del matrimonio e della famiglia*, Milano, 1980. Sull'argomento si vedano i recenti: BURKE, C., *Matrimonial Consent and the Bonum Proles*, in *Monitor Ecclesiasticus*, 114 (1989), p. 397-404; ID., *Procreativity and the conjugal Self-Gift*, in *Studia Canonica*, 24 (1990), p. 43-49; LLANO R., *A relevância jurídica do amor conjugal*, in *Ius Canonicum*, 30 (1990), p. 243-286; MARTÍ J., *La relevancia jurídica del amor conyugal en el matrimonio*, in *Revista Española de Derecho Canónico*, 48 (1991), p. 31-47.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr., Esortazione apostolica *Christifideles laici*, n. 40.

⁽¹⁰⁹⁾ Nella Esortazione apostolica *Familiaris Consortio*, n. 11 si precisa che « Dio ha creato l'uomo a sua immagine e somiglianza: chiamandolo all'esistenza per amore, l'ha chiamato nello stesso tempo all'amore ». Questa vocazione è propria della persona, poiché « l'uomo non può vivere senza amore: egli rimane per se stesso un essere incomprensibile, la sua vita è priva di senso, se non gli viene rivelato l'amore, se non si incontra con l'amore, se non lo sperimenta e non lo fa proprio, se non vi partecipa vivamente » (*Redemptor hominis*, n. 10).

Dire dunque che il matrimonio « lo fa » l'amore sponsale dell'uomo e della donna non deve destare perplessità, sempre che per amore sponsale si intenda né più né meno ciò che il magistero della Chiesa vuol significare con quella espressione. Nell'amore sponsale si *integra* tutto un complicato, seppur naturale, dinamismo psicofisiologico che « essendo diretto da persona a persona »⁽¹¹⁰⁾ culmina nell'atto « eminentemente umano »⁽¹¹¹⁾ col « quale i coniugi mutuamente si danno e si ricevono »⁽¹¹²⁾ e cioè col consenso o patto coniugale. L'amore sponsale « fa » il matrimonio e così facendo diventa amore coniugale, cioè dovuto in giustizia.

Se teniamo conto di tutto il discorso fin qui svolto sulle norme di capacità matrimoniale, si vedrà subito che l'identificazione del consenso — patto — con l'amore sponsale non solo non contrasta con i principi dogmatici sul matrimonio e sulla famiglia, ma che addirittura ci aiuta a non ricadere nelle impostazioni di carattere *statico*⁽¹¹³⁾. Infatti, se il matrimonio « lo fa » l'amore sponsale, allora l'uso di ragione, proprio del settenio, appare palesemente una norma inutile, in quanto non serve per misurare una realtà — l'amore appunto — che non nasce se non in un momento posteriore: a partire dalla pubertà, almeno.

La nozione di amore sponsale, — come realtà prettamente umana in cui si *integra* tutto il dinamismo « *erotico* » della persona⁽¹¹⁴⁾, che la induce ad uscire da sé per unirsi eternamente alla

(110) GS, n. 49.

(111) *Ibidem*.

(112) GS, n. 48. Nello stesso numero si aggiunge: « E così l'uomo e la donna, che per il patto di amore coniugale "non sono più due, ma una sola carne"... ».

(113) Tra i canonisti, va sottolineata la tendenza dottrinale di identificare l'amore coniugale con il consenso matrimoniale; per cui il consenso è in sé stesso un atto di amore. Si veda in questa linea VILADRICH, P.J., *Amor conyugal y esencia del matrimonio*, in *Ius Canonicum*, 11 (1972), p. 269-313; Id., *Matrimonio e sistema matrimoniale della Chiesa. Riflessioni sulla missione del Diritto matrimoniale canonico nella società attuale*, in *Quaderni dello Studio Rotale*, 1 (1987), p. 21-41.

(114) Usiamo il termine « *erotico* » nell'accezione con cui solitamente viene usato dagli antropologi, e cioè come amore specifico dell'uomo e della donna. In un'opera di S.C. LEWIS — tradotta di recente in italiano — si dimostra come questo amore — l'eros — va studiato indipendentemente dall'impulso sessuale, allo scopo di evitare l'odierna confusione tra l'amore erotico e la passione venerea. L'autore segnala a cagione che la sessualità è esclusiva dell'uomo soltanto quando si sviluppa all'interno dell'amore: LEWIS, S.C., *I quattro amori*, Milano, 1990, p. 87.

persona amata — ⁽¹¹⁵⁾, è di grande importanza qualora si vogliano estrarre elementi che riguardano la capacità matrimoniale. Qui la « parola chiave » è « integrazione », poiché all'uomo — ad ogni uomo — si presenta la grande sfida di integrare la sessualità nell'eros, e l'eros nell'amore sponsale ⁽¹¹⁶⁾.

Nella concezione contrattualistica del matrimonio la *sessualità* viene oggettivata, studiata come termine della volontà, e cioè, come parte essenziale delle attività che costituirebbero l'oggetto formale del consenso matrimoniale, sotto il profilo giuridico. Per secoli e fino agli anni cinquanta, la capacità psicofisica della persona coincideva principalmente con la possibilità di consumare il matrimonio. Forse questo è il bersaglio contro cui sono state rivolte le principali critiche degli autori delle diverse scienze umane che si occupano del matrimonio e della famiglia. Il personalismo, invece, correttamente inteso integra la sessualità e l'affettività nel momento « genetico » del matrimonio ⁽¹¹⁷⁾. E questa è stata la principale sfida e il principale problema della dottrina canonica dopo il Concilio Vaticano II.

Si tratta di una sfida e di un problema che non sembrano ancora risolti. Contrattualismo e personalismo sono due correnti di pensiero che rispondono a due visioni della persona e della sessualità umana tra loro inconciliabili. La nostra convizione — che la so-

⁽¹¹⁵⁾ Sulla dinamica dell'*eros* si vedano pure le interessanti osservazioni di CHOZA, J., *Manual de antropología filosófica*, Madrid, 1988, p. 367 ss.

⁽¹¹⁶⁾ Ancora attuali sono i primi capitoli di WOJTYLA, K., *Amore e responsabilità*, Milano, 1980, dove la « categoria antropologica » dell'amore sponsale è determinante, allo scopo di evitare una visione immanentistica dell'integrazione. Anche i personalismi « antipersonalisti » accettano la nozione di « integrazione », ma l'antropologia di WOJTYLA aggiunge la visione trascendente della persona, che si rispecchia nel concetto di amore sponsale. Si veda anche BRESCIANI, C., *Personalismo...*, cit., p. 265-274.

⁽¹¹⁷⁾ È interessante la seguente precisazione di PIANA, G., *Sessualità e amore*, in AA.VV., *Nuova Enciclopedia del matrimonio* (Brescia, 1988), p. 94: « A ben guardare, tanto il proibizionismo radicale del passato quanto l'attuale liberalizzazione selvaggia — al di là degli opposti esiti a cui conducono — hanno in comune un'identica concezione del sesso umano, identificato con la genitalità e concepito pertanto come oscuro intrico di pulsioni fisiologiche, orientato al perseguimento del loro oggetto, al di fuori di un vero e proprio coinvolgimento umano. Si tratta di una concezione del tutto oggettiva e depersonalizzata, che nasce da una visione dualistica dell'uomo e dalla quale è del tutto assente la prospettiva di una sessualità come dimensione costitutiva della persona, cioè come conformazione dell'essere o come modo di essere-al-mondo ».

luzione di questi problemi si trovi nell'antropologia cristiana — ci consiglia di esaminare l'origine del nuovo capo di nullità *ex canone* 1095, n. 3 CIC '83. Si ricordi che esso era stato elaborato nei suoi caratteri essenziali prima del Concilio Vaticano II e all'interno della logica contrattualistica matrimoniale.

Per le suddette ragioni ci sembra che il nocciolo della questione debba trovarsi nella risposta che il canonista può dare alla seguente questione: quale sarebbe l'oggetto essenziale del consenso? Prima del Concilio Vaticano II nessuno avrebbe esitato a rispondere con le parole stesse del canone 1081 § 2 CIC '17, secondo cui l'oggetto della volontà coincideva con lo « *ius in corpus* » perpetuo ed esclusivo. Senonché, la Costituzione Pastorale *Gaudium et Spes* n. 48, invece, nel riferirsi all'oggetto del consenso, lo ha fatto sempre in termini personalisti, poiché sono le persone stesse dei nubendi che mutuamente si danno e si accettano.

Come è logico, un tale mutamento non poteva non avere un'influenza grandissima nel sistema matrimoniale canonico, il cui perno era costituito invece dallo *ius in corpus*. Significative sono le parole che si leggono negli Atti dell'assemblea conciliare, in risposta ad una proposta di 34 Padri, in cui veniva sottolineata la correttezza dell'espressione « *traditio personarum* »⁽¹¹⁸⁾. Il problema giuridico, però, non era ancora risolto, poiché non era facile tradurre in categorie giuridiche il concetto di « dono di sé ». Cosa si vuole significare con questa nuova espressione? Si possono qui esporre tre principali risposte che gli autori hanno dato a questa domanda. Cominceremo con quella che si può definire opinione comune, sia della dottrina canonica sia della giurisprudenza rotale.

⁽¹¹⁸⁾ La proposta era questa: « 34 Patres pro lineis 11-13 ("quo coniuges sese mutuo tradunt... etiam coram societatem" alium textum proponunt: quo *inter se* (vel *inter proprias personas*) *specifica iura et officia* mutuo *atque legitime* tradunt et accipiunt coniuges, etiam coram societatem *in matrimonio legitimo constituuntur, vinculo divino coniuncti*; quod vinculum... ». Rationes: obiectum consensus matrimonialis non sunt personae (« sese ») sed potius actiones personarum; expressio: « *propriae personae traditio* videtur vitanda... » (*Acta Synodalia Sacrosanti Concilii Oecumenici Vaticani II*, vol. IV, pars VII, Città del Vaticano, 1978, p. 476-477). Ecco la risposta: « Ius non existit sine obiecto, quod in matrimonio personas coniugum respicit. Expressio: "*traditio personae*", nullo modo in AAS., 36 (1944), p. 103 reicitur, immo in Enc. *Casti Connubii* explicitis verbis adhibetur... » (*loc. ult. cit.*).

12. *Lo « ius ad communitatem vitae ».*

Il NAVARRETE è stato uno dei primi canonisti a studiare in profondità e sotto un profilo giuridico le dichiarazioni della *Gaudium et Spes* nn. 47 e ss., sul matrimonio e sull'amore coniugale. Nel suo studio *Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II. Momentum iuridicum amoris coniugalis* ⁽¹¹⁹⁾, l'autore si pone il problema dell'oggetto del consenso. Non c'è dubbio che il testo conciliare parli di « *traditio personarum* ». Tuttavia, studiando il problema sotto un profilo giuridico, egli conclude che la persona potrebbe essere soltanto « oggetto materiale » del consenso, ma non « oggetto formale ». Altrimenti verrebbe meno la dignità della persona, che non può mai essere oggetto di scambio giuridico ⁽¹²⁰⁾.

Premessa l'impossibilità giuridica di concepire la persona come oggetto formale del consenso, il problema si sposta sul contenuto che dovrebbe avere la « facoltà morale » o « *ius* » che mutuamente si scambierebbero i nubendi. L'autore in questo e in altri articoli successivi ritiene che l'oggetto formale del consenso sia lo « *ius ad communitatem vitae* » o « *ad consortium totius vitae* » che dir si voglia ⁽¹²¹⁾.

Fra gli autori che hanno avuto un'influenza notevole negli anni immediatamente posteriori al Concilio può annoverarsi con ragione Orio GIACCHI, il quale ha ritenuto che il consenso debba « contemplare come proprio oggetto il "consortium omnis vitae", così che la volontà degli sposi deve dirigersi alla comunanza di vita in ogni suo aspetto perché vi possa essere il matrimonio » ⁽¹²²⁾.

⁽¹¹⁹⁾ Quest'opera fu pubblicata a Roma, 1968, e consiste nella raccolta di quattro articoli che erano stati pubblicati sulla rivista *Periodica*.

⁽¹²⁰⁾ NAVARRETE, U., *Structura...*, cit., pp. 74-75: « Hae enim autonomia et dignitas personae humanae exigunt ut persona humana non possit esse obiectum traditionis et acceptationis simpliciter talis. Traditio et acceptatio personae humanae non potest concipi nisi relate tantum ad determinatas actiones vel praestationes. Quod quidem non impedit quominus hae actiones vel praestationes sint maxime vitales ac totam personam humanam quodammodo afficientes ».

⁽¹²¹⁾ Si veda, ad esempio, NAVARRETE, U., « *Incapacitas assumendi onera* » *uti caput autonomum nullitatis matrimonii*, in *Periodica*, 61 (1972), p. 70; ID., *Problemi sull'autonomia dei capi di nullità del matrimonio per difetto di consenso causato da perturbazioni della personalità*, in AA.VV., *Perturbazioni psichiche e consenso matrimoniale nel diritto canonico* (Roma, 1976), p. 135, per citare gli articoli più legati al nostro tema. In un recente articolo di SERRANO, J.M., *L'esclusione del consortium totius vitae*, in AA.VV., *La simulazione del consenso matrimoniale canonico* (Città del Vaticano, 1990), p. 95-124, si nota l'influsso del NAVARRETE nel delineare il contenuto di sifatto diritto/dovere.

⁽¹²²⁾ GIACCHI, O., *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano, 1973, p. 353.

Riteniamo sufficienti questi riferimenti alla dottrina canonica per dimostrare che la stragrande maggioranza degli autori accetta senza troppe difficoltà questa impostazione concettuale relativa all'oggetto del consenso. In generale, va rilevato che l'accettazione del criterio dinamico-contrattuale ha fatto sì che la dottrina canonica vedesse nella « comunità di vita » l'opportunità di sottolineare sia la dinamicità della nuova definizione del matrimonio⁽¹²³⁾ sia gli elementi personalistici del matrimonio, allo scopo di superare l'anacronistico *ius in corpus* (124).

Per quanto riguarda la giurisprudenza rotale, è ormai pacificamente ammesso che si debba fare riferimento a due sentenze — le più importanti — che hanno avuto un influsso decisivo per decenni: quella c. Anné, 25 febbraio 1969 (125), e quella c. Serrano, 5 aprile 1973 (126). La prima di esse sosteneva con chiarezza che le definizioni della Costituzione *Gaudium et Spes* volevano avere portata giuridica e non soltanto pastorale. Prendendo spunto dalla definizione conciliare, la sentenza c. Anné dichiarava che « *in matrimonio in facto esse deficere potest communitas vitae, sed numquam deficere potest ius ad communitatem vitae* » (127). La seconda sentenza — quella c. Serrano — non differisce molto dalla prima, tuttavia usa una terminologia

(123) Sul problema della definizione del matrimonio nella dottrina postconciliare, si veda KOZUL, S.D., *Evoluzione della dottrina circa l'essenza del matrimonio dal CIC al Vaticano II*, Vicenza, 1980, p. 279-281.

(124) Sarebbe impossibile fare una rassegna di tutti gli autori che essenzialmente hanno accettato questa impostazione dottrinale. Ovviamente, poiché l'argomento è strettamente collegato con il problema della rilevanza giuridica dell'amore coniugale (si veda FUMAGALLI CARULLI, O., *Il matrimonio canonico dopo il Concilio*, Milano, 1978, p. 46-56) ci sono posizioni che meritano una speciale attenzione. Si pensi, ad esempio nell'opera di BONNET, P.A., *L'essenza del matrimonio canonico. I. Il momento costitutivo del matrimonio*, Padova, 1976, *passim*, che studiando il matrimonio sotto il profilo delle quattro cause — efficiente, materiale, formale e finale — ritenne che l'oggetto del consenso fosse la sessualità dei nubendi, intesa in senso lato. Cf. pure FUMAGALLI CARULLI, O., *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Milano, 1974, p. 209-214. In termini simili alla dottrina dominante, benché con profonde differenze nell'impostazione generale della materia, l'HERVADA, J., *El Derecho del pueblo de Dios. III. Hacia un sistema de Derecho matrimonial*, Pamplona, 1973, riteneva che l'oggetto del consenso è la persona nella sua coniugalità. Sulla posizione di questo autore però torneremo più avanti, in quanto presenta aspetti molto diversi dalla corrente maggioritaria.

(125) In RRD., vol. 61, p. 182-183, nn. 13-14.

(126) In RRD., vol. 65, p. 322 ss.

(127) *Ibidem*.

più consona sia alla dottrina teologica matrimoniale sia alla scienza psicologica. Il ponente sottolinea il carattere « *interpersonale* » del matrimonio, perciò sarà possibile parlare di capacità o incapacità di instaurare questa specifica relazione interpersonale ⁽¹²⁸⁾.

Sembra così che sia la dottrina che la giurisprudenza canonica avessero recepito gli insegnamenti conciliari sostituendo lo *ius in corpus* con lo *ius ad communitatem vitae*. Va sottolineato che questa sostituzione di nozioni fu possibile grazie alle potenzialità del criterio dinamico-contrattuale di capacità, il quale — già prima del Concilio — aveva consentito il passaggio da uno schema concettuale statico — in cui i termini del rapporto coniugale in chiave di capacità erano l'« uso di ragione » (aspetto soggettivo) e « consumazione » (aspetto oggettivo) — ad un sistema dinamico, perché si richiedevano nel soggetto la *discretio iudicii matrimonii proportionata* nonché la capacità di adempiere gli obblighi che si protraggono per tutta la vita coniugale.

13. *Il criterio dinamico di capacità e il problema dell'indissolubilità del vincolo coniugale.*

Una critica molto acuta rivolta alla validità scientifica del criterio dinamico è quella di alcuni canonisti francesi che volevano interpretare le dichiarazioni della *Gaudium et Spes* nn. 48 e ss. in modo più autentico e più consono allo spirito conciliare. Infatti, non è stato solo per caso o per varie opportunità che il Concilio abbia abbandonato definitivamente la categoria contrattuale ed abbia invece preferito da una parte l'uso di termini biblici — *foedus*, patto, alleanza — per riferirsi al momento *in fieri*, e dall'altra abbia indicato un nuovo orientamento antropologico, definendo il consorzio coniugale come « *communitas vitae et amoris* » ⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁸⁾ Per un esame della impostazione personalistica della giurisprudenza della Rota Romana, benché con pochi spunti critici, si veda DELEPINE, G., « *Communitas vitae et amoris coniugalis* ». *Le courant personaliste du mariage dans l'évolution jurisprudentielle et doctrinale de la Rote 1969-1980*, in *Revue de droit canonique*, 33 (1983), p. 52-80, 293-312 e CANDELIER, G., *Sexualité et personalité*, in *Revue Droit Canonique*, 39 (1989), p. 138-154; VELA, L., *De personalismo in iure matrimoniali novi Codicis*, in *Periodica* (1990), p. 36-67.

⁽¹²⁹⁾ Che il mutamento avesse una portata soltanto *terminologica* era invece l'opinione di alcuni autori; così riteneva, ad esempio, basandosi solo sugli Atti conciliari, il NAVARRETE, U., *Structura iuridica matrimonii...*, cit., p. 79. È abituale nella

Dichiarando i suoi dubbi sulla validità del criterio dinamico, BERNHARD metteva in discussione due caratteristiche del sistema matrimoniale canonico: il contrattualismo e il biologicismo.

a) *Critica di Bernhard al contrattualismo matrimoniale.* L'autore francese si domandava se fosse legittimo l'uso delle categorie contrattuali per misurare la validità del consenso matrimoniale. Il BERNHARD riteneva inaccettabile la distinzione tra « consenso psicologicamente sufficiente » e « consenso giuridicamente efficace ». ⁽¹³⁰⁾ In effetti, l'applicazione rigorosa del criterio dinamico-contrattuale di capacità potrebbe condurre ad accettare quella logica distinzione. Ad esempio, il consenso di una persona incapace di assumere le obbligazioni matrimoniali è comunemente ritenuto psicologicamente sufficiente — come lo sarebbe anche quello dell'*impotente* — benché sotto il profilo giuridico sia da considerare inefficace, poiché esisterebbe appunto un'inabilità contrattuale.

La figura dell'*incapacitas assumendi onera* (e per tanto del criterio dinamico) era secondo BERNHARD non soltanto illegittima ma addirittura da rifiutare in quanto costituirebbe una « manipolazione giuridica » di un problema che richiederebbe invece una soluzione diversa ⁽¹³¹⁾. Un caso potrebbe essere il seguente: dopo una vita co-

dottrina odierna avere un atteggiamento di rifiuto della terminologia propria dei contratti, benché si continui in fondo ad accettarne lo schema logico-giuridico sottostante. Ci sembra che questo sia il caso, ad esempio, di KOZUL, S.D., *Evoluzione...*, cit., p. 264-267 e di SERRANO, J.M., *Ispirazione conciliare nei principi generali del matrimonio canonico*, in AA.VV., *Il Codice del Vaticano II. Matrimonio canonico* (Bologna, 1985), p. 42, per chi « si è lasciata sfuggire la grande occasione fornita dal concilio, di prescindere per sempre dal termine "contratto" applicato al matrimonio, che esigeva — e tuttora esige — tante precisazioni per designare in modo inequivoco il patto coniugale ».

⁽¹³⁰⁾ BERNHARD, J., *Reflexion critique sur l'incapacité morale. Incapacité ou non-consommation existentielle du mariage?*, in *Revue Droit Canonique*, 25 (1975), p. 277: « certains auteurs distinguent entre consentement matrimonial psychologiquement complet, mais théorique et abstrait, et consentement contractuel, efficace et valide, le premier seul étant susceptible d'être élicé en cas d'incapacité morale. Mais indépendamment du fait qu'il ne peut y avoir en droit canonique de différence *fondamentale* entre le consentement psychologiquement suffisant et le consentement juridiquement efficace, on peut se demander s'il est légitime de transporter à ce point les principes de droit contractuel à la réalité beaucoup plus complexe du consentement matrimonial. D'après la doctrine du concile Vatican II, le mariage n'est-il pas relation interpersonnelle plutôt que contrat?... ».

⁽¹³¹⁾ L'autore, aggiungeva per tranquillizzare i lettori: « Pour tenter de "dédramatiser" et de clarifier la situation, nous proposons la piste de reflexion suivante.

niugale, protratta per anni con enormi difficoltà — ma anche con una certa allegria — si arriva ad una rottura e alla separazione dei coniugi. Essendo possibile individuare cause di carattere psichico, che sarebbero alla radice delle difficoltà e dell'insuccesso familiare, la risposta contrattualistica sarebbe quella di evidenziare la possibile incapacità di assumere le obbligazioni matrimoniali di un coniuge. Invece, nell'odierna mentalità giuridica delle società secolarizzate, secondo l'autore, qualora venisse accettata la possibilità di sciogliere il vincolo, questa sarebbe la soluzione non soltanto più giusta, ma anche più trasparente e meno ipocrita⁽¹³²⁾. In casi come questo, continua l'autore, « la distinction formelle entre nullité et dissolution paraît peu en harmonie avec ce que les époux ont vécu durant la vie commune et vivent lors de la rupture du foyer »⁽¹³³⁾.

Dans un premier temps, sans doute, nous sommes bien obligés de reconnaître que *juridiquement parlant* les interventions des officialités dans de nombreux cas d'incapacité morale correspondent à des dissolutions de mariage plutôt qu'à des déclarations de nullité ». (BERNHARD, J., *Reflexion...*, cit., 283).

⁽¹³²⁾ BERNHARD, J., *Reflexion...*, cit., p. 284 riproduce un testo di uno psichiatra canadese: « Les nouveaux chefs de nullité... ne saurient tenir lieu de solution réelle au problème de l'échec matrimonial. D'abord la déclaration de nullité laisse supposer qu'il n'y a jamais eu de mariage, et au plan de la réalité cela est faux. On n'a pas le droit de "néantiser" d'un seul trait deux, cinq ou dix ans d'une existence. Quoi qu'il en soit de ces échecs et de leurs causes peut-on dire que la relation conjugale qui s'achève n'a jamais été une vraie relation? S'achève-t-elle d'ailleurs même si elle n'est plus concrètement réalisée et ne demeure-t-elle pas d'une certaine façon en chacun de ceus qui l'ont vécu? N'a-t-elle pas eu sa fécondité propre? — Il y a come un mensonge qui vit au coeur de la déclaration de nullité ». Al riguardo, sono anche da meditare le recenti considerazioni di BURKE, C., *Reflexiones en torno al canon 1095*, in AA.VV., *Incapacidad consensual...*, cit., p. 179-180, il quale ritiene che le conseguenze della « nullità facile » siano peggiori di quelle del cosiddetto « divorzio facile ». La « nullità facile » è istintivamente considerata come una soluzione ipocrita ad un problema reale.

⁽¹³³⁾ BERNHARD, J., *Reflexion...*, cit., p. 285. In altri articoli, l'autore propone una profonda svolta nel modo di trattare giuridicamente le cause matrimoniali: ad esempio, BERNHARD, J., *Couple et communauté ecclésiale*, in *Revue Droit Canonique* 31 (1981), p. 103: « La concept de nullité de mariage était pleinement justifié dans la conception du mariage-contrat (on conçoit qu'un contrat puisse être déclaré nul); mais, quand on définit le mariage comme étant une communauté de vie et d'amour, une tranche de vie, quel sens peut avoir l'expression: constat de nullité? »; BERNHARD, J., *La durée du mariage et ses implications canoniques*, in *Revue Droit Canonique*, 33 (1983) 281: « la fidélité dans cette conception est réduite au rôle de contenu contractuel: "un ensemble de droits et d'obligations découlant d'un contrat". La fidélité est ressentie comme un impératif catégorique s'imposant de l'extérieur. Résultat: on oppose la fidélité, l'engagement durable à la vie qui est évolution et chan-

Come appare ormai ovvio, questo autore intende introdurre un « personalismo » che sostituisca *in toto* lo schema giuridico proprio del contrattualismo, poiché tutto sommato « ogni tentativo di armonizzare, di mettere d'accordo i concetti di alleanza e di contratto è condannato al fallimento »⁽¹³⁴⁾. Una simile affermazione implica — secondo l'autore — la necessità di ridimensionare tutto il sistema matrimoniale.

b) *La tesi della « inconsumazione esistenziale »*. Benché la categoria dell'inconsumazione esistenziale sia di origine teologica, il BERNHARD è stato il principale canonista a proporre la sua applicazione⁽¹³⁵⁾. In definitiva, non convinto né del principio dell'indissolubilità né soddisfatto del nuovo capitolo di nullità relativo all'incapacità di assumere le obbligazioni essenziali, l'autore riteneva che la soluzione dovesse essere trovata nell'insufficienza del concetto di « consumazione », così come tramandato dalla dottrina medievale. A suo avviso, quel concetto era essenzialmente « biologico »; mentre un'impostazione veramente personalista avrebbe dovuto sottolineare maggiormente il carattere esistenziale della comunità di vita⁽¹³⁶⁾. Viste le due principali critiche di BERNHARD, sarà utile fare il punto della situazione.

Sotto certi aspetti si può dire che il divorzio è davvero più consona al matrimonio-contratto che non l'articolata figura dell'« *incapacitas assumendi onera* ». Senonché, in certe occasioni, le critiche di

gement. On comprend que pour les jeunes une telle fidélité fonctionne à la manière d'un carcan qui étouffe tout dynamisme vital »; BERNHARD, J., *Comment traduire en termes canoniques les cas d'échec dans le mariage?*, in *Revue Droit Canonique*, 36 (1986), p. 246; BERNHARD, J., *Théologie et droit matrimonial*, in *Revue Droit Canonique*, 39 (1989), p. 69-92.

⁽¹³⁴⁾ BERNHARD, J., *Comment...*, cit., p. 244-245. Questa idea la si può trovare anche in DE LOCHT, P., *Les lectures « institutionnelle » et « personaliste » des réalités du couple sont-elles inconciliables?*, in *Revue Droit Canonique*, 31 (1981), p. 39-57.

⁽¹³⁵⁾ Si veda, ad esempio, BERNHARD, J., *A propos de l'hypothèse concernant la notion de « consommation existentielle » du mariage*, in *Revue Droit Canonique*, 20 (1970), p. 184-192; Id., *Où en est la dissolubilité du mariage chrétien dans l'Eglise d'aujourd'hui: état de la question*, in *L'Année Canonique*, 15 (1971), p. 59-82.

⁽¹³⁶⁾ Forse per la novità della teoria o forse perché essa ha avuto poco successo e nessun riflesso nel magistero della Chiesa, sono pochi gli autori che analizzano le conseguenze della sua accettazione. Sono ancora attuali le pagine della FUMAGALLI CARULLI, O., *Il matrimonio...*, cit., p. 27-46, dove appunto si mette in rilievo la difficoltà di ammettere questa dottrina senza contrastare i principi dogmatici sul matrimonio.

questo settore dottrinale venivano fatte con un tono piuttosto rivoluzionario. Spicca in questo senso un articolo di HUIZING, che senza mezzi termini affermava che mentre « il Concilio aveva rifiutato di accettare la concezione contrattualistica e giuridica del matrimonio », la Commissione per la riforma del Codice si era avviata verso una soluzione di « compromesso » tra il personalismo conciliare e il contrattualismo del *Codex pianobenedettino* ⁽¹³⁷⁾. Non sembra che si possa dubitare della verità di questa affermazione, poiché in effetti la dottrina e la giurisprudenza canonica erano riuscite ad armonizzare le due suddette correnti mediante la sostituzione dello *ius in corpus* con lo *ius ad communitatem vitae*...

Però, è pur vero che le teorie personaliste fin qui studiate presentano diversi problemi ed aspetti difficilmente accettabili, sia dal punto di vista teologico che da quello canonistico, nonostante sia corretta la critica fatta da questi autori al « contrattualismo matrimoniale ». Occorre perciò ribadire alcuni concetti fondamentali.

a) *La sessualità umana non è qualcosa di meramente biologico.* Bastino queste precise parole della Esortazione apostolica *Familiaris Consortio* n. 11: « la sessualità, mediante la quale l'uomo e la donna si donano l'uno all'altra con gli atti propri ed esclusivi degli sposi, non è affatto qualcosa di puramente biologico, ma riguarda l'intimo nucleo della persona umana come tale. Essa si realizza in modo veramente umano, solo se è parte integrale dell'amore con cui l'uomo e la donna si impegnano totalmente l'uno verso l'altra fino alla morte ». Non desti meraviglia per tanto se la Chiesa continua ad accettare il valore giuridico specialissimo di cui gode la prima *copula coniugal*is, con cui i coniugi — secondo il canone 1061 CIC '83 — diventano « *una caro* ». A voler seguire la teoria della consumazione esistenziale, verrebbe meno invece il valore della prima *copula coniugale*.

b) *La comunità di vita coniugale nasce dal patto o alleanza tra gli sposi.* Il « dono di sé » degli sposi si effettua appunto nel patto coniugale e viene *significato* e *attualizzato* ogniqualvolta essi facciano uso del matrimonio. Questo non significa che la vita coniugale venga

⁽¹³⁷⁾ HUIZING, P., *La conception du mariage dans la Code, le Concile et le « schema de sacramentis »*, in *Revue Droit Canonique*, 27 (1977), p. 135-146. L'autore oppone alla giustizia contrattualista una « giustizia personalista », la cui accettazione porterebbe alla conseguenza, tra altri estremi, di dover sostituire i tribunali ecclesiastici con commissioni pastorali.

ridotta agli aspetti sessuali. Anzi, questi sono veramente umani nella misura in cui significano e attualizzano il « dono di sé » che tutti e due i coniugi pattuirono il giorno delle nozze. Negare che il *matrimonium in fieri* sia ridicibile ad un contratto, non significa però che esso non abbia invece una natura essenzialmente giuridica.

Dal patto coniugale — leggiamo nella FC n. 11 — scaturisce un « impegno fino alla morte ». Anzi, « la donazione fisica totale sarebbe menzogna se non fosse segno e frutto della donazione personale totale, nella quale tutta la persona, anche nella sua dimensione temporale, è presente: se la persona si riservasse qualcosa o la possibilità di decidere altrimenti per il futuro, già per questo essa non si dovrebbe totalmente »⁽¹³⁸⁾.

E vero che se la fedeltà coniugale venisse ridotta alla sola necessità di *stare a promissis*, ci sarebbero molte occasioni in cui i coniugi sentirebbero questo obbligo come qualcosa di puramente formale o esteriore. Inoltre, si dovrebbe cercare di capire per quale motivo non esistano altri contratti che abbiano queste caratteristiche — l'unità e l'indissolubilità — ed addirittura ci dovremmo impegnare per dimostrare il motivo per cui il matrimonio sia un'eccezione ad un principio naturale: che ogni contratto è naturalmente dissolubile. Tutte queste questioni esulano però dalla nostra indagine, benché oggi preoccupino in modo particolarissimo sia la dottrina canonica che quella teologica⁽¹³⁹⁾. Comunque sia, la dottrina che abbiamo finora

⁽¹³⁸⁾ FC, n. 11.

⁽¹³⁹⁾ Siano di spunto queste parole con cui D'ACQUINO, P., *Inseparabilità...*, cit. 373, conclude la sua eccellente opera: « Dobbiamo ammetterlo: finora sono stati specialmente gli studiosi del diritto canonico ad essersi occupati, e con encomiabile impegno, di questa difficile materia. Ma chi è abituato alle categorie bibliche e a quelle della tradizione cristiana antica, ha il diritto di domandarsi se i canonisti posseggano davvero le "chiavi" per comprendere a fondo la dottrina e la prassi matrimoniale dei primi dieci secoli cristiani, quella che si è in gran parte conservata proprio presso i nostri fratelli d'Oriente ». L'autore propone il termine dell'« inseparabilità », che è più conforme alle fonti bibliche e a quelli patristiche. Sembra, per tanto, che per dare una risposta coerente e teologicamente corretta alle domande degli sposi della nostra epoca sia necessario uscire dallo stretto ambito delle categorie contrattuali, nelle quali è stato configurato il concetto giuridico d'« indissolubilità ». Sul problema dell'indissolubilità si veda di recente: DURWELL, F.X., *Indissolubile et destructibile marriage*, in *Revue Droit Canonique*, 36 (1986), p. 214-242; CANDELIER, G., *Mariage et divorce*, in *Revue Théologique de Louvain*, 19 (1988), p. 433-458; CERETI, G., *Indissolubilità e cultura contemporanea*, in *Credere Oggi*, 6 (1989), p. 68-81; D'AGOSTINO, F., *Matrimonio e indissolubilità*, in *Communio*, 51 (1980), p. 35-41; DE LA HERA, A., *Indisolubilidad y consumación del matrimonio*, in *Revue Droit Canonique*,

esposto ci permette di riproporre i termini della questione: se si accetta che il matrimonio sia un contratto — il cui oggetto sarebbe lo *ius ad communitatem vitae* — per quale ragione non viene accettata la possibilità di sciogliere il vincolo, qualora la vita coniugale sia diventata impossibile? Ovviamente, non è una risposta limitarsi ad enunciare il principio dogmatico dell'« inseparabilità » o dell'« indissolubilità » del vincolo, che dir si voglia; e non è una risposta, *poiché nemmeno è una ragione*. A voler guardare la questione da una prospettiva storica, sembra che si debba accettare che la verità ultima sul matrimonio e sulla famiglia non trova spiegazione esauriente nella categoria giuridica del contratto⁽¹⁴⁰⁾. Anzi, la recente storia dei « sistemi matrimoniali secolari » — nati in virtù della pretesa separabilità tra contratto e sacramento — ci dimostra che la possibilità dello scioglimento del vincolo — all'interno di tali sistemi — è ormai un principio inderogabile: si prospetta addirittura l'illegittimità di un patto coniugale in cui i coniugi volessero assumere le obbligazioni matrimoniali con la clausola dell'« indissolubilità assoluta » del vincolo⁽¹⁴¹⁾.

26 (1976), p. 351-370; HUBER, J, *Indissolubilitas matrimonii estne norma iuridica an praeceptum morale?*, in *Periodica* (1990), p. 91-118. Alcune delle idee proposte dagli autori esaminati nelle pagine precedenti sono riproposte in un recente libro di HARRING, B., *Pastorale dei divorziati: una strada senza uscita?*, Bologna 1990.

⁽¹⁴⁰⁾ È paradigmatica in questo senso la prima « omelia dei mercoledì » con cui Giovanni Paolo II cominciò la sua catechesi sul matrimonio: la risposta di Gesù ai farisei mostra infatti la strada corretta per capire le ragioni dell'illegittimità del « divorzio-ripudio »: « Cristo non accetta la discussione al livello nel quale i suoi interlocutori cercano di introdurla, in certo senso non approva la dimensione che essi hanno cercato di dare al problema. Evita di impigliarsi nelle controversie giuridico-casistiche, e invece si richiama due volte "al principio" ».

⁽¹⁴¹⁾ Inoltre, ci sono pure altre ragioni di stretta logica giuridica che stupirebbero al giurista « laico », qualora accettasse la validità della figura contrattuale applicata al matrimonio. In effetti, la dottrina contrattualistica matrimoniale ha creato delle figure giuridiche nuove, non riscontrabili nella teoria generale sui contratti. Si pensi, ad esempio alla necessità nel nubendo di una *capacitas assumendi obligationes essentielles contractus*. Inutile sarà impegnarsi a trovare una simile categoria nei manuali di diritto civile sui contratti. La ragione è ovvia: ogni contratto è *natura sua* scindibile. Se l'adempimento delle obbligazioni contrattuali diventasse impossibile, le parti non avrebbero mai l'intenzione di cancellare tutto il passato, mediante la dichiarazione di nullità. Esistono strumenti molto più adatti, come l'azione resissoria implicita. L'applicazione della regola *ad impossibilia nemo tenetur* non ha generato nell'ambito contrattuale la figura giuridica della « *capacitas assumendi onera* », poiché essa in niente differisce dalla generale capacità di agire.

È nostra intenzione riproporre sommariamente la posizione di un autore che proprio a proposito dell'oggetto del consenso, riteneva inaccettabile la categoria contrattuale. Dopodiché avremo modo di esaminare come sia possibile accettare queste riflessioni critiche, senza che debba venir meno il sistema matrimoniale canonico, che necessariamente poggia sul principio « *matrimonium facit consensus partium* ».

14. *L'attualità della proposta di Salvatore Lener.*

Sono ancora oggi molto attuali le riflessioni del LENER sull'inapplicabilità della figura contrattuale in materia matrimoniale ⁽¹⁴²⁾. Nella seconda parte di questo suo magnifico studio, l'autore proponeva un « *Superamento della concezione contrattualistica del matrimonio* » ed adduceva le seguenti ragioni:

a) « La prima e più comune ragione sta in ciò, che nelle situazioni costituite da contratto, la *legge o regolamento oggettivo del rapporto viene posta e determinata essenzialmente dalla concorde volontà delle parti* » ⁽¹⁴³⁾.

b) La seconda ragione addotta dall'autore era diretta contro la nozione dello *ius in corpus*, ma riguarda pure la concettualizzazione dell'oggetto del consenso come *ius ad communitatem vitae* ⁽¹⁴⁴⁾: « non si nega punto, con ciò, il potere-dovere dei coniugi di compiere tra loro gli atti idonei alla generazione della prole. Si nega, invece, anzitutto che l'oggetto del contratto matrimoniale sia codesto *ius* o il contenuto dello stesso (atti o prestazioni); e si nega, poi, che fonte o causa efficiente (diretta) di detto *ius* sia la *traditio*, che ciascun nubile ne farebbe all'altro » ⁽¹⁴⁵⁾.

c) « La terza ragione riguarda proprio il momento più sostanziale della concezione contrattualistica » ove « il consenso matrimoniale si concreta precisamente in un *contratto sinallagmatico*, giacché il suo

⁽¹⁴²⁾ LENER, S., *L'oggetto del consenso e l'amore nel matrimonio*, in AA.VV., *Annali di dottrina e giurisprudenza canonica. I. L'amore coniugale* (Città del Vaticano, 1971), p. 125-177.

⁽¹⁴³⁾ LENER, S., *L'oggetto...*, cit., p. 143-144.

⁽¹⁴⁴⁾ LENER, S., *L'oggetto...*, cit., p. 146: « La sostanza decisiva del consenso consisterebbe proprio nella *mutua traditio* di siffatto *ius*, che i coniugi si farebbero pronunciando "il fatale sì" ».

⁽¹⁴⁵⁾ LENER, S., *L'oggetto...*, cit., p. 146-147. L'argomentazione con cui continua l'autore è difficilmente eccepibile sotto il profilo della logica giuridica.

contenuto (o *oggetto* o *causa* specificante) sta nella mutua *deditio*, o *traditio*, addirittura *scambio*, dello *ius in corpus* »⁽¹⁴⁶⁾.

d) In fine, il LENER dimostra l'inadeguatezza della categoria contrattuale per spiegare in modo soddisfacente le due proprietà essenziali del matrimonio — unità e indissolubilità —, che costituiscono invece un'eccezione alla logica contrattuale⁽¹⁴⁷⁾.

È nostra intenzione sottolineare che il LENER intuiva l'impossibilità di ridurre l'oggetto del consenso ad una categoria contrattuale, ove esso diventerebbe sempre solo una prestazione, sia in senso soggettivo che in senso oggettivo (come prestazione). In questo modo, l'autore arriva ad una conclusione radicalmente opposta a quella prospettata dal NAVARRETE, che riteneva che la persona non può mai diventare oggetto formale del consenso matrimoniale, in quanto ciò contrasterebbe la sua dignità di persona. Siamo, dunque, ancora dinanzi al dilemma iniziale: è possibile considerare le persone dei nubendi come oggetto del loro vicendevole consenso matrimoniale, senza che ciò contrasti con il principio della dignità della persona? Se si prendesse il via dalla concezione di « matrimonio-contratto » avrebbe ragione il NAVARRETE nel dire che verrebbe meno la dignità della persona. Ma la contropartita è di correre il rischio di entrare in un vicolo cieco: non soltanto appaiono contraddizioni difficili da superare, ma innanzitutto si preclude la possibilità di capire ciò che il matrimonio ha di proprio e di specifico. Il matrimonio è infatti l'unico rapporto naturale in cui le persone *pattuiscono* il « dono di sé ».

15. La norma personalista e l'oggetto del consenso.

La soluzione dell'alternativa formulata può forse trovarsi nel mostrare l'inadeguatezza della distinzione tra « oggetto formale » e « oggetto materiale ». Se si vuole segnalare la differenza che esiste tra il matrimonio e qualsiasi altro possibile rapporto o relazione giuridica, non c'è modo più semplice di questo: « Ciò che specifica — dice il CAFARRA — il « *consortium coniugale* » nei confronti di tutti

⁽¹⁴⁶⁾ LENER, S., *L'oggetto...*, cit., p. 148: « (il consenso), pur come atto bilaterale, non si forma e non si esprime punto in termini di scambio... » poiché esso « supporrebbe che le parti — in un momento anche solo logicamente anteriore alle nozze e, quindi, non in conseguenza di esse — abbiano individualmente l'*autonomia disponibilità del proprio corpo ai fini della generazione*. Se così non è, pare evidente che lo *ius in corpus* non può formar oggetto di uno scambio *contrattuale* ».

⁽¹⁴⁷⁾ LENER, S., *L'oggetto...*, cit., p. 153.

gli altri, è che esso riguarda *tutta* la vita. È la totalità che specifica l'unione coniugale. Molti, quando sentono parlare di questo, pensano immediatamente al fatto che la comunione coniugale è totale, poiché implica anche l'unione sessuale, che altre forme di amicizia interpersonale escludono. Ma questo modo di vedere le cose non è esatto ed è superficiale. La differenza specifica dell'amore coniugale da ogni altra forma di amore consiste nel *donò di se stessa* che la persona coniugata compie e riceve »⁽¹⁴⁸⁾.

Il concetto di « dono di sé » va approfondito allo scopo di cogliere gli aspetti più interessanti dell'alleanza matrimoniale, sotto un profilo antropologico:

a) *Il « dono di sé » è non soltanto reciproco ma anche essenzialmente giuridico.* Ecco un punto centrale dove il personalismo magisteriale fonda le sue radici nella più salda tradizione cristiana. Il matrimonio è un « consorzio »; i coniugi, « consorti ». Fuori dai casi previsti dalla legge ecclesiastica, nessuna circostanza intervenuta dopo il patto e che incide nel coniugio al punto da renderlo impossibile, può legittimare lo scioglimento del « vincolo ». E la ragione è molto semplice: gli sposi non si impegnano a realizzare *nessuna* attività concreta, poiché altrimenti questa sarebbe l'oggetto del patto. Ci troveremmo, allora, dinnanzi ad un patto con la stessa natura dei contratti: un accordo delle volontà con lo scopo di raggiungere un fine che è esterno agli stessi contraenti.

Che tutti e due « si danno ed accettano » significa che assumono l'impegno di cercare il mutuo perfezionamento personale, il che consiste appunto nel rispondere alla loro vocazione, donandosi vicendevolmente. Questo fine — il *bonum coniugum* inscindibilmente connesso al *bonum prolis* — è intrinseco ai nubendi, e quindi sussiste finché restano in vita tutte e due le parti del patto.

b) *La coniugalità o la sessualità non sono propriamente oggetto del patto coniugale.* Scostandosi dall'opinione comune che vede l'oggetto

(148) CAFFARRA, C., *La teologia del matrimonio con riferimento al CIC*, in *Teologia e Diritto Canonico* (Città del Vaticano, 1987), p. 154. È vero che l'autore non intende trarre tutte le conseguenze che siffatta affermazione porterebbe con sé nell'ordine giuridico: è chiaro che lascia questo compito ai giuristi, limitandosi a stabilire il principio: « Se si volesse usare un'espressione sintetica che voglia cogliere la visione codiciale del matrimonio, direi — almeno per quanto ho potuto capire — che si tratta di una *visione personalista*. Una visione che vede il matrimonio come atto della persona, come comunione fra persone, istituita e permanente da e nel dono che la persona fa di se stessa » (p. 164).

del consenso nello *ius ad communitatem vitae*, l'HERVADA ha insistito da anni che il consenso coniugale ha come oggetto le « persone dei nubendi nella loro coniugalità »⁽¹⁴⁹⁾. Ci sembra che questo orientamento dottrinale sia chiaramente personalista, ma occorre prevenire dall'errore di ridurre l'oggetto del patto ad un mero scambio della coniugalità.

È questa un'altra conseguenza della affermazione secondo cui l'oggetto del patto coniugale coincide con le persone stesse dei nubendi e non con qualche aspetto « parziale » della loro personalità. Per capire in profondità cosa significhi il « dono di sé » non c'è un altro modo che addentrarsi nell'antropologia teologica e biblica.

Di fatto, il canone 1057 § 2 CIC 83 sottolinea proprio che la differenza specifica del consenso matrimoniale, rispetto a qualunque altro negozio umano, consiste appunto nel *vicendevole dono della loro persona*⁽¹⁵⁰⁾. CAFFARRA ritiene che esistono due tipi o forme di rela-

⁽¹⁴⁹⁾ Come è noto, l'HERVADA ha ribadito più volte che i nubendi nel patto coniugale si danno e si accettano mutuamente « nella loro coniugalità ». Con questa affermazione si vuole sottolineare sia la naturale ordinazione del patto ai fini stabiliti dal Creatore sia il fatto che i « diritti » coniugali non sono totali, e cioè che non si estendono a tutti i possibili aspetti della vita dei coniugi. Essendo il matrimonio — secondo l'HERVADA — una « unità nella natura » mediante il patto coniugale ne sono impegnati « in giustizia » gli aspetti coniugali dei nubendi: la loro rispettiva mascolinità e femminilità. Siffatta costruzione dottrinale è assolutamente conforme alla tradizione giuridica sul matrimonio, ma non tiene conto del fatto che l'applicazione della « norma personalista », nel senso che subito spiegheremo (e cioè intesa correttamente), impedisce di sottovalutare le « ordinationes ad fines » mentre di pari passo permette di rifiutare ogni dottrina che consideri la persona in senso utilitaristico o strumentale. Sul tema dell'oggetto del consenso si vedano i recenti articoli dell'HERVADA, J., *Esencia del matrimonio y consentimiento matrimonial*, in *Persona y Derecho*, 9 (1982), p. 161-166; ID., *Obligaciones esenciales del matrimonio*, in AA.VV., *Incapacidad consensual...*, cit., p. 13-40. Segue in linea di massima questi orientamenti il FORNES, J., *Derecho matrimonial canónico*, Madrid, 1990, p. 100-103. Tuttavia, è fondamentale capire bene cosa significhi la « coniugalità », poiché quando l'HERVADA dice che l'oggetto del patto sono l'uomo e la donna « nella loro coniugalità », l'espressione che pure è corretta, corre il rischio di indurre a pensare che in fondo quello che veramente sia oggetto di scambio — per lo meno in senso giuridico — sia la coniugalità stessa. Così sembra doversi intendere in alcuni passi: si veda, ad esempio, HERVADA, J., *Diálogos sobre el amor y el matrimonio*, Pamplona, 1974, p. 26-27. Questa critica che qui rivolgiamo all'HERVADA — benché lui rimanga sempre molto vicino all'impostazione personalistica, secondo la quale è la persona dell'altro quella che si riceve nel patto coniugale — può ugualmente rivolgersi al BONNET, P.A., *L'essenza...*, cit., *passim*, che sostiene che l'oggetto formale del consenso consista nella sessualità dei nubendi.

⁽¹⁵⁰⁾ Il canone 1057 § 2 CIC 83 dichiara che « il consenso matrimoniale è l'atto della volontà con cui l'uomo e la donna, con patto irrevocabile, danno e accet-

zioni interpersonali: nella prima si può annoverare il matrimonio; l'altra forma riguarda tutti gli altri negozi giuridici dove il fine è estrinseco ai soggetti ⁽¹⁵¹⁾.

È importante osservare che dietro la categoria « antropologica » dell'amore sponsale ⁽¹⁵²⁾ occupa un posto preminente la « norma personalista », e cioè quel principio su cui poggia appunto il comandamento dell'amore: « questa norma, nel suo contenuto negativo, constata che la persona è un bene che non s'accorda con l'utilizzazione, in quanto non può essere trattata come un oggetto di godimento,

tano reciprocamente se stessi per costituire matrimonio ». Ovviamente, l'espressione « per costituire matrimonio » è palesemente una tautologia, poiché equivale a « dare se stessi ». CAFARRA, C., *La teologia...*, cit., p. 155 avverte che benché sia « vero che ogni forma di amore comporta un dono di sé, in un modo o nell'altro, nella comunità coniugale, il dono di sé è letteralmente completo e definitivo. Non solo qualcosa di sé, ma la persona nella sua intera realtà è donata, così che la persona *appartiene* totalmente all'altra e reciprocamente ».

⁽¹⁵¹⁾ Vale la pena riprodurre questo testo di CAFARRA, C., *La teologia...*, cit., p. 155: « Esistono due forme fondamentali di relazioni interpersonali. Due persone possono essere unite da un comune interesse che le spinge ad unirsi per il raggiungimento di un determinato scopo... Questa comunità personale pone le persone l'una accanto all'altra, l'una con l'altra. Può, però esistere un'altra forma di comunione interpersonale. Due persone sono unite non da un comune interesse, ma semplicemente e profondamente in ragione della loro sola persona: è la persona dell'altro che è "oggetto" della comunione interpersonale. Non sono l'una accanto all'altra, l'una con l'altra, ma l'una dell'altra. Quando il can. 1057 § 2 definisce l'oggetto del consenso coniugale, lo individua in questo modo: "*sese mutuo tradunt et accipiunt*" ».

⁽¹⁵²⁾ Si veda a questo proposito un'opera fondamentale in questa materia: WOJTYLA, K., *Amore e responsabilità*, cit., p. 84-89 in cui l'autore espone accuratamente il contenuto dell'amore sponsale. Sul punto sono pure interessanti le pagine di PIEPER, *El amor*, Madrid, 1972, p. 166-167 che ritiene che l'amore reciproco dell'uomo e della donna sia la forma paradigmatica degli amori, in quanto in qualche modo contiene tutte le altre. Per un maggiore approfondimento dell'« antropologia del dono » si vedano tra gli altri: COLOMBO, G., *Conoscenza di Dio e antropologia*, Milano, 1988, p. 122-152; ILLANES, J.L., *Trabajo, productividad y primacia de la persona*, in *Scripta Theologica*, 23 (1991), 469-489; POLO, L., *Dar y tener*, in AA.VV., *Estudios sobre la Encíclica « Laborem Exercens »* (Madrid, 1987), p. 201-230; RODRÍGUEZ LUÑO, A. LÓPEZ MONDEJAR, R., *La fecondazione « in vitro »*, Roma, 1986, 91-103; RUIZ RETEGUI, A., *Sobre el sentido de la sexualidad*, in *Antropotes*, 4 (1988), p. 227-260; ID., *El tratamiento diferencial de la sexualidad en la carta apostólica « Mulieris Dignitatem »*, in *Scripta Theologica*, 22 (1990), 881-897; SCHOYANS, M., *La dignidad...*, cit., p. 427 ss.; TRIGEAUD, J.M., *La tradición clásica del derecho natural e il suo superamento personalistico*, in *Iustitia* (1991), p. 100-118. Tutti questi studi sono una piccola gamma delle possibilità di applicazione della norma personalista, in perfetto rispetto della tradizione e della dottrina sociale della Chiesa.

quindi come un mezzo. Il suo contenuto positivo si sviluppa parallelamente: la persona è un bene al punto che solo l'amore può dettare l'atteggiamento adatto e valido al suo riguardo. È quanto annuncia il comandamento dell'amore » (153). Nell'opera di WOJTYLA — e non sembra azzardato ritenere che pure nel magistero di Giovanni Paolo II — (154) la norma personalista è chiamata a spiegare dall'interno tutta la realtà matrimoniale. Vale a dire, l'unico modo in cui un uomo e una donna possono amarsi sessualmente senza che venga meno la dignità della persona — e cioè rispettando la norma personalista — è il « *vicendevole dono di sé* » (155). In questo modo, l'indissolubilità viene spiegata come esigenza intrinseca del patto coniugale: un patto che « non includa la propria morte » sarebbe in contrasto con la norma personalista, in quanto implicherebbe una strumentalizzazione della persona. Il dono di sé deve includere la propria morte, perché possa ritenersi tale (156).

16. *Due modi diversi di capire la « comunità di vita ».*

Dobbiamo ancora esaminare l'aspetto del matrimonio più vicino al mistero, e cioè il fatto che dal patto coniugale nascano doveri perpetui, che però nello stesso tempo non debbano necessariamente essere messi in atto dai coniugi. Sono classiche alcune distinzioni in sede di simulazione (come quella tra « *ius* » ed « *exercitium iuris* », o quella della prole *in se ipsa* o *in suis principis*), che sono state elaborate sia per indicare che « il matrimonio non è la vita matrimoniale » (157) sia

(153) WOJTYLA, K., *Amore...*, cit., p. 31.

(154) Si veda il discorso di papa Giovanni Paolo II ai cardinali, 6 novembre 1979, in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, 2 (1979), p. 1050-1054, che ha carattere programmatico.

(155) Si veda tutto il primo capitolo di *Amore e responsabilità*, specialmente p. 25-30.

(156) Va rilevato che l'amore sponsale è una categoria che ha un grande contenuto teologico, poiché si identifica con il paradosso cristiano: per salvare la vita bisogna perderla. Dalla prospettiva della « libertà di indifferenza » qualsiasi atto in cui la persona si impegni irrevocabilmente è scandaloso, in quanto implica la negazione di quello stesso concetto di libertà. Invece dalla prospettiva cristiana, il dono di sé non solo è possibile e legittimo, ma addirittura è quell'atto che ogni persona è chiamata a compiere.

(157) HERVADA, J., *Las obligaciones...*, p. 14-21 ha scritto bellissime pagine dimostrando le conseguenze assurde a cui si arriverebbe se si identificasse il matrimonio con la vita matrimoniale.

per dare rilievo giuridico alle eventuali intenzioni contrarie alla sostanza del matrimonio. Sono distinzioni classiche che meritano tutto il rispetto da parte del giurista, ma ciò non significa che esauriscano tutta la ricchezza della nozione di patto coniugale.

La visione contrattualistica del matrimonio — come è risaputo — intende concentrare tutta la realtà matrimoniale nel momento dell'« *in fieri* ». Senonché per secoli è stato usato uno schema *statico*, vale a dire limitato ai due termini dell'atto conclusivo della relazione giuridica: consenso e consumazione. Tutto quanto accadesse dopo questo momento — innanzitutto in materia di capacità — non poteva avere nessuna importanza sotto il profilo della validità o meno del vincolo. Soltanto con il contrattualismo posteriore al CIC 17, e con il superamento della norma della pubertà mediante il criterio dinamico ⁽¹⁵⁸⁾, lo schema contrattuale è diventato *dinamico* a sua volta. Adesso tutto lo sviluppo della vita matrimoniale — l'adempimento delle obbligazioni essenziali — è contenuta come *in nuce* nel momento *in fieri* ⁽¹⁵⁹⁾. Così, mediante una concettualizzazione giuridico-contrattuale, è stato reso possibile che un « insuccesso » matrimoniale — accaduto magari molti anni dopo le nozze — possa venir considerato come una possibile causa di nullità ⁽¹⁶⁰⁾.

⁽¹⁵⁸⁾ Quando parliamo del criterio dinamico ci riferiamo al principio secondo il quale ogni contratto richiede la capacità necessaria per mettere in atto le obbligazioni: lì dove non c'è in partenza capacità di adempiere, nemmeno ci sarà capacità di assumere, poiché *ad impossibilia nemo tenetur*. Questo criterio fu accettato dalla giurisprudenza anteriore al Concilio Vaticano II allo scopo di risolvere gravissime situazioni, in cui — essendo innegabile l'incapacità dei soggetti — il sistema matrimoniale non trovava ragioni per giustificare la dichiarazione di nullità del matrimonio. Sarebbe palesemente ingiusto criticare quelle sentenze, che — tra tanti pregi — resero possibile un dialogo proficuo tra i canonisti e i cultori di altre scienze umane: psicologi, psichiatri, antropologi, etc.

⁽¹⁵⁹⁾ Ovviamente, una volta ammesso il criterio dinamico di capacità doveva pure crollare lo schema riguardante la « simulazione » fatta dalla persona normale, poiché l'oggetto del consenso è lo stesso sia per gli incapaci sia per le persone normali. Si veda il nostro commento alla sentenza c. Burke, 8 febbraio 1990, *Il « bonum fidei » e lo « iuscorporalismo »*, in *Ius Ecclesiae*, 2 (1990), p. 565-589.

⁽¹⁶⁰⁾ Si ricordi che per il BERNHARD la figura giuridica dell'*incapacitas assumendi onera coniugalia* appariva come una « manipolazione giuridica ». Questa critica dell'autore ci sembra giusta, innanzitutto quando — non essendo evidente l'incapacità — questa venga dichiarata dopo anni di vita comune. Ci si consenta di rinviare ad una nostra nota alle sentenze c. Boccafola, 23 giugno 1988, e c. Doran, 1° luglio, 1988, pubblicate in *Ius Ecclesiae*, 2 (1990) 139-176, in cui facciamo accenno proprio a questo aspetto del problema.

Non vorremmo negare la giustezza e la sensibilità giuridica con cui tante volte, sia la dottrina canonistica sia la giurisprudenza rotale hanno adoperato il criterio dinamico allo scopo di rendere più agevole ed adeguata l'amministrazione della giustizia.

La visione contrattuale-dinamica vuole rispecchiare l'importanza della vita coniugale, superando il limite — imposto dalla stessa concezione contrattuale-statica — secondo cui tutto viene ricondotto e limitato al momento iniziale, o *in fieri*. Questo superamento verrebbe confermato dalla definizione del matrimonio, quale *communitas vitae et amoris coniugalis*. Il problema è che nel convertire questa *communitas* nell'oggetto del consenso, c'è sempre un rischio implicito: quello di subordinare il *dono di sé* — sigillato nel patto — all'effettiva realizzazione nella convivenza coniugale. Questo rischio viene moltiplicato ogniquale volta il concetto di *autorealizzazione* abbia un carattere soggettivistico ed egoista.

Tuttavia si tratta di un pericolo facilmente superabile se — accettando tutti i pregi del criterio dinamico — viene confermata la norma personalista: l'oggetto del consenso non è né la coniugalità né la vita dell'altro, né il suo futuro, bensì il valore dell'altro in quanto persona. Logicamente, in questo suo valore personale ci sarà anche implicita la dimensione temporale. L'amore sponsale è l'unico tipo di « *amor benevolentiae* » che diventa « realtà giuridica » in virtù di un patto. Pur essendo ormai « dovuto », l'amore continua però ad essere « amore di benevolenza » (la persona è bene onesto per eccellenza), incondizionato e in certo qual modo « non interessato »⁽¹⁶¹⁾. La norma contrattualistica (o utilitaristica) serve soltanto — e sempre in modo non del tutto esauriente — allo scopo di regolare i rapporti umani in cui c'è un *interesse* che essendo estrinseco ai contraenti — è però oggetto del loro patto⁽¹⁶²⁾.

⁽¹⁶¹⁾ Abbiamo detto prima che l'amore coniugale è il paradigma dell'amore, ragione per cui non è soltanto *amor benevolentiae*, bensì è chiamato ad integrare tutte le altre tendenze affettive o amorose che nascono dal rapporto tra l'uomo e la donna.

⁽¹⁶²⁾ È stato il LEWIS, S.C., *I quattro amori*, p. 62 a segnalare con plasticità le caratteristiche essenziali che contraddistinguono l'amore dall'amicizia: 1) *l'intimità particolarmente intensa*: « Gli innamorati si interrogano continuamente sul loro amore: gli amici non parlano mai della loro amicizia »; 2) *La contemplazione amorosa*: « gli innamorati stanno quasi tutto il tempo faccia a faccia, assorti nella contemplazione l'uno dell'altro: gli amici, fianco a fianco, assorti in qualche interesse comune »; 3) *L'esclusività*: « ma soprattutto, l'eros (finché dura) lega necessariamente due sole persone. Il due, invece, lungi dell'essere il numero distintivo dell'amicizia, non

Il vicendevole « donarsi » degli sposi richiede un atto primo — il patto — in cui l'amore viene impegnato e cioè in cui tutti e due si impegnano ad affermare il bene personale dell'altro. Il bene *personale* — diventando *bonum coniugum* nel patto — non si identifica affatto con l'insieme degli effimeri beni particolari, benché siano molto personali. Il bene della persona è un bene trascendente e costituisce appunto l'oggetto del patto coniugale.

Arrivati a questo punto, ci si potrebbe domandare quale valore giuridico si debba attribuire ad azioni, atteggiamenti, e prestazioni di diversa natura con cui i coniugi manifestano il loro amore durante la vita coniugale. Si potrebbe forse dire che non avranno rilievo giuridico per valutare la loro capacità matrimoniale? Da quanto abbiamo sostenuto, si potrebbe dedurre una risposta negativa.

Invece, l'antropologia sottostante alla categoria giuridica dell'amore sponsale permette di valutare la realtà coniugale — il rapporto o relazione interpersonale — non come « prestazioni dovute in virtù di un contratto » ma come realtà sommamente indicativa della reale capacità di cui godono i nubendi per integrare l'impulso sessuale nell'affettività e l'affettività nel definitivo dono di sé.

Basti un esempio: l'atto coniugale. La tradizione ci ha lasciato in eredità una bellissima frase di Graziano: *coniugium confirmatur officio* ⁽¹⁶³⁾. Lo stesso significato ci è presentato in quella definizione dell'atto coniugale più vicina ai nostri giorni: « l'atto coniugale, nella sua struttura naturale, è un'azione personale, una cooperazione simultanea e immediata dei coniugi, la quale, per la stessa natura degli agenti e le proprietà dell'atto, è l'espressione del dono reciproco che, secondo le parole della S. Scrittura, effettua l'unione "in una carne sola" » ⁽¹⁶⁴⁾.

è nemmeno il più congeniale a questo tipo di legame... (l'amicizia è il meno geloso degli affetti) ». Sono tre osservazioni di carattere fenomenologico, che confermano l'asserzione: « tutto l'interesse degli sposi è chiuso in loro stessi ».

⁽¹⁶³⁾ C. 33, q. 1. Si veda la prima parte del nostro studio dove prendiamo spunto dall'impostazione graziana, segnalando la somiglianza di vedute con l'antropologia teologica odierna. Secondo BELMANS, T., *Le sens objectif de l'agir humain (pour relire la morale conjugale de Saint Thomas)*, Città del Vaticano, 1980, p. 339-341, anche san Tommaso usava il termine *matrimonium consummatum* non nel senso di *traditio rei contractualis*, bensì come ratificazione del consenso.

⁽¹⁶⁴⁾ Pto XII, *Discorso alle ostetriche*. 29 ottobre 1951, in AAS, 43 (1951), p. 850. Questo è l'orientamento — personalista — della costituzione GS n. 49: « Questo amore è espresso e reso perfetto in maniera tutta particolare dall'esercizio degli atti che sono propri del matrimonio; ne consegue che gli atti coi quali i coniu-

Avendo un carattere paradigmatico, l'impostazione con cui viene considerato quell'atto peculiarissimo dovrà essere la stessa con la quale si studierà qualunque altro aspetto o prestazione, che debbano darsi vicendevolmente gli sposi. Le « mancanze della vita affettiva » non saranno un motivo di nullità perché l'uomo o la donna si erano impegnati a volersi bene « affettivamente » — come se ciò fosse l'oggetto di una concreta obbligazione — ma perché, costituendo una « immaturità affettiva », la persona non riesce ad effettuare il processo *integrativo* che sfocia nel coniugale « dono di sé ».

Se volessimo fare un riasunto, si potrebbe dire che adoperando il criterio dinamico-contrattuale, la dottrina e la giurisprudenza moderna sono riuscite a fare fronte alle gravissime carenze del sistema matrimoniale canonico, facendo sì che molti aspetti della vita coniugale rientrassero nel concetto di capacità. Ma così facendo, quella stessa dottrina — ancora oggi dominante — rischia di avere un atteggiamento « utilitaristico », poiché fa dipendere l'effettivo « dono di sé » dalla concreta realizzazione delle « opere » con cui gli sposi si amano vicendevolmente.

E poiché « il matrimonio non è la vita matrimoniale » non può avere nessun rilievo giuridico l'incapacità di adempiere quelle opere... tranne — ed ecco la corretta impostazione antropologica — quando questa incapacità è *segno* inequivoco di un disturbo che impedisce la normale evoluzione del dono sponsale. Siccome l'atto coniugale è *segno* della capacità — poiché gli sposi *si conoscono a vicenda* in modo tutto particolare — così pure le mancanze della vita coniugale possono essere *segni* inequivoci di incapacità.

17. *Le caratteristiche dell'incapacità di assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio. A proposito di una recente sentenza c. Pompedda.*

Il duplice modo di guardare e studiare la « *vita coniugalis* », quello personalista e quello contrattualista ⁽¹⁶⁵⁾, implica come è logico

gi si uniscono in casta intimità, sono onorevoli e degni, e, compiuti in modo veramente umano, favoriscono la mutua donazione che essi significano ed arricchiscono vicendevolmente in gioiosa gratitudine gli sposi stessi ». Cf. pure FC n. 11. Un modo diverso, cioè contrattualistico, di capire l'espressione *humano modo* si troverà in NAVARRETE, U., *Incapacitas...*, cit., p. 79.

⁽¹⁶⁵⁾ Recentemente, BURKE, C., *Reflexiones...*, cit. p. 156 metteva in dubbio che il canone 1095 frutto di una visione personalista, poiché « una parte no insigni-

una diversa impostazione dottrinale per quanto riguarda la determinazione dei requisiti o caratteristiche che debbano contrassegnare i diversi capi di nullità contenuti nel canone 1095 CIC 83 ⁽¹⁶⁶⁾. Ci interessa trattare di tre questioni, che sono state messe in risalto da una recente sentenza c. Pompedda ⁽¹⁶⁷⁾: il problema dell'antecedenza e della perpetuità dell'incapacità; la questione dell'origine e gravità della causa; il problema dell'incapacità relativa. Ovviamente, non desideriamo trattare tutte queste questioni in modo esauriente, bensì mostrare come la configurazione definitiva dell'*incapacitas assumendi onera coniugalia* richieda un particolare approfondimento della norma personalista.

A) *Il problema dell'antecedenza e della perpetuità.*

È una questione che ha impegnato i canonisti in questi ultimi decenni. Si deve rilevare che nelle sue origini la figura dell'*incapacitas assumendi onera coniugalia* ha avuto un percorso alle volte convergente alle volte autonomo rispetto all'*impotentia coeundi*. Questi due capi di nullità, hanno la stessa *ratio nullitatis* — espressa nella regola *ad impossibilia nemo tenetur* — e ciò vuol dire che sarà nullo il matrimonio ogni volta che — per una causa antecedente alla prestazione del consenso — uno dei due nubendi sia o diventi incapace di mettere in atto una qualunque prestazione che — essendo in certo qual modo legata alla essenza del coniugio — tutti e due si siano impegnati mediante il contratto ad eseguire.

Fino alla sentenza c. Pompedda del 19 ottobre di 1990 ci sembra che nessuno avesse messo in dubbio la necessità dell'antecedenza dell'*incapacitas assumendi*. Era questa una caratteristica logica e con-naturale al tipo di *inabilità giuridica* di cui si sta trattando: in effetti, il fatto che questa incapacità fosse distinta dal *defectus discretionis iudicii* era possibile per la diversa natura giuridica dei due difetti del consenso. Nel primo caso, cioè nell'incapacità *ex canone* 1095 n. 3, ci troveremmo dinnanzi un *defectus obiecti*; nel secondo — can. 1095

ficante de la teoría canónica y de la jurisprudencia que ha pesado en la formulación de este canon ha estado marcada por tendencias que no son del todo propias del personalismo cristiano ».

⁽¹⁶⁶⁾ Evidentemente, un'applicazione coerente della norma personalista porterà con sé conseguenze importanti in tutti i campi: dall'errore nella qualità al dolo; dalla capacità alla natura dell'impedimento di impotenza. Ma noi vorremmo soffermarci soltanto sull'analisi della norma personalista come norma di capacità.

⁽¹⁶⁷⁾ Sentenza c. Pompedda, 19 ottobre 1990, *Ruremunden*. P.N. 14.872.

n. 2 — si tratterebbe di un *defectus subiecti*. Questa differente natura giustificava un diverso trattamento: mentre nessuno esigea l'*antecedenza* per poter dichiarare nullo un matrimonio per mancanza di discrezione di giudizio; era invece pacifico esigerla nel caso dell'incapacità di assumere.

La sentenza c. Pompedda si discosta da questa *communis opinio*, poiché ritiene che l'elemento giuridicamente rilevante è l'esistenza dell'incapacità nel momento genetico del consorzio, e cioè quando nascono le obbligazioni matrimoniali ⁽¹⁶⁸⁾. Questa posizione del giudice rotale ci sembra molto opportuna allo scopo di evitare un'applicazione « automatica » del canone 1095 n. 3, ogniqualevolta il giudice abbia a che fare con una persona che durante l'adolescenza abbia sofferto qualche disturbo grave di ordine psichico. Questa circostanza, unita al fatto che nelle sentenze più recenti non venga tanto invocata la *regula iuris* « *ad impossibilia nemo tenetur* », ci consente di constatare un desiderio più o meno implicito di conferire uno statuto radicalmente autonomo all'incapacità di assumere, in modo che vadano evitate le confusioni con l'impotenza ⁽¹⁶⁹⁾.

Lasciando ora da parte la possibilità di confondere questi due capi di nullità — impotenza e incapacità di assumere — ⁽¹⁷⁰⁾ si deve rammentare il problema di fondo: infatti entrambi sono *inabilità* giuridiche, vale a dire, cause che non intaccano il consenso come atto psicologico. Per questa ragione, malgrado i tentativi di staccare l'incapacità dall'impotenza, mi sembra difficile evitare che i giudici ap-

⁽¹⁶⁸⁾ Sentenza citata, n. 8: il ponente però precisa che molte volte l'esistenza del disturbo nel momento del consenso non può stabilirsi se non mediante l'esame delle circostanze anteriori e posteriori alla celebrazione delle nozze. Inoltre, « per certo tenendum est incapacitatem supervenientem subsequentem validum matrimonium pro nihilo faciendam esse ».

⁽¹⁶⁹⁾ E questo discorso riguarda pure il problema della relatività dell'incapacità di assumere, di cui parleremo subito.

⁽¹⁷⁰⁾ In verità si tratta di due cose ben diverse, poiché l'impotenza è l'incapacità di consumare il matrimonio, mentre l'altra incapacità poggia sulla impossibilità di adempiere le obbligazioni perpetue ed esclusive. Tuttavia, la storia del criterio dinamico — di cui ci siamo occupati nella seconda parte del nostro studio — ha fatto sì che la maggioranza della dottrina metta insieme questi due tipi di incapacità, benché non ci sia accordo riguardo la impostazione sistematica. Così, ad esempio, il NAVARRETE, U., *Gli impedimenti...*, cit., p. 72, ritiene che il luogo proprio dell'impotenza non è quello degli impedimenti, bensì il canone 1095, in quanto si tratta di una incapacità; in senso contrario, e cioè ritenendo che ogni incapacità ha natura di impedimento dirimente, si pronuncia BONNET, P.A., *L'impedimento di impotenza*, in *Gli impedimenti...*, cit., p. 99.

plichino lo stesso schema ad ambedue i casi, poiché una sola è la *ratio iuris*.

Per quanto riguarda invece la perpetuità dell'incapacità, deve riconoscersi che la stragrande maggioranza della dottrina e della giurisprudenza sempre più sostiene che non sia necessaria quella qualità⁽¹⁷¹⁾, benché dimostrare che la malattia non è guaribile possa essere molto utile allo scopo di provare l'esistenza di una autentica incapacità⁽¹⁷²⁾.

Qualora volessimo applicare la « norma personalista », come criterio di capacità, arriveremmo paradossalmente alla stessa conclusione della citata sentenza c. Pompedda: non c'è bisogno di provare né l'antecedenza né la perpetuità perché possa essere dichiarata l'incapacità di assumere le obbligazioni essenziali. Questi requisiti non hanno senso se si vuole misurare la capacità per un atto quale è il « dono di sé ». Sarà invece importante esaminare — valutandole con l'aiuto dei periti — le circostanze anteriori e posteriori alle nozze, poiché esse sono indicative della capacità di « donarsi » del soggetto.

In questo modo, inoltre, vengono facilmente evitati due rischi che il criterio dinamico-contrattuale porta sempre con sé: a) La ten-

(171) Va rilevato che fin dalle prime sentenze in cui si riconobbe l'autonomia dell'incapacità di assumere, c'erano alcune che non richiedevano la perpetuità. Tuttavia, si trattava sovente di cause di ninfomania o satiriasi, in cui il nubendo diventa incapace di assumere una obbligazione negativa. Ovviamente, se la malattia lo costringe ad agire, in buona logica dovrà essere ritenuto incapace di assumere l'obbligazione essenziale di non commettere adulterio. Si veda in questo punto OLIVARES, E., *Incapacitas assumendi obligationes essentielles matrimonii, debetne esse « perpetua »?*, in *Periodica*, 75 (1986), 153-169, il quale concludeva che non occorre la « perpetuità » né trattandosi delle obbligazioni negative né di quelle positive. Alcune sentenze più recenti continuavano ancora a parlare della perpetuità, seguendo l'indirizzo delle sentenze c. Pinto, che più volte equiparava l'incapacità all'impotenza copulativa: si veda, tra altre, la sentenza c. Doran, 1° luglio 1988, in *Ius Ecclesiae*, 2 (1990), p. 157-176. Tuttavia, questo stesso ponente ha abbandonato questa posizione in una sentenza posteriore, dove vengono richieste soltanto l'antecedenza e la gravità dell'incapacità (vid. sentenza c. Doran, 5 febbraio 1990, in *Ius Ecclesiae*, 3 (1991), p. 153-179).

(172) POMPEDDA, M.F., *Incapacity to assume the essential obligations of marriage*, in AA.VV., *Incapacity for Marriage, Jurisprudence and Interpretations* (Rome, 1987), p. 203. Si veda pure la sentenza c. Pompedda, 19 ottobre 1990, cit., n. 9, dove viene riconfermato questo punto: « haud dubium est condicionem insanabilem praepedientem adimpletionem obligationum essentialium in alterutro vel utroque coniuge secumferre argumentum probatum vere impossibilitatis nec tantum merae difficultatis. Pariter, ambigendum non est easdem obligationes in perpetuum adsumi per foedus coniugale ».

denza a ricercare a qualunque costo cause « antecedenti » per applicare automaticamente il capo di nullità; il che equiverrebbe in concreto alla creazione di un « nuovo impedimento dirimente »; b) La possibilità — che però in linea di massima sarà sempre molto remota — di dichiarare nullo un matrimonio quando la vita coniugale si è protratta felicemente per lunghi anni. Con il criterio personalista è più difficile arrivare ad una « manipolazione giuridica ».

B) *Il problema della gravità e della natura della causa che produce l'incapacità.*

Il nocciolo del problema è se sia necessario o meno che la causa dell'incapacità abbia natura psichica. Il legislatore — per la verità — esige che l'incapacità di assumere abbia un'origine precisa: *ob causas naturae psychicae*, ma è altresì evidente che, rimanendo ancora nella logica contrattuale, nell'ipotesi in cui venisse dimostrato che al momento delle nozze alcune circostanze oggettive — esterne o interne al soggetto — abbiano impedito l'assunzione di qualche obbligazione essenziale, allora dovrebbe ritenersi configurabile un'incapacità di contrarre matrimonio⁽¹⁷³⁾.

Avendo accettato in partenza la validità del criterio dinamico-contrattuale, sembrerebbe infatti difficile negare le sue conseguenze logico-giuridiche. La concatenazione logica è ineccepibile: se il consenso ha come oggetto lo *ius ad communitatem vitae*, non può dirsi assunta un'obbligazione quando questa è *vuota*, in quanto ne è impossibile l'adempimento⁽¹⁷⁴⁾. Non è tanto la natura — psichica o meno — della causa, bensì l'effetto giuridico che questa produce, quello che rende nullo il matrimonio⁽¹⁷⁵⁾.

⁽¹⁷³⁾ RUANO, L., *La incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas psíquicas*, Barcellona, 1989, p. 89 ritiene che si potrà sempre ricorrere al principio di Diritto naturale che stabilisce la nullità del negozio con il quale si assume un obbligo che è impossibile compiere.

⁽¹⁷⁴⁾ Nel suo commento al canone 1095, 2°, VILADRICH, P.J., in *Código de Derecho Canónico*, Pamplona, 1987, p. 656 segnala la necessità di distinguere i concetti giuridici da quelli psicologici. L'argomentazione sembra possa essere adoperata *mutatis mutandis* in sede di « incapacità di assumere »: « la expresión *defecto grave* hace referencia a la discreción de juicio, que es un concepto jurídico. Por lo tanto, no es la gravedad de la anomalía psíquica — concepto médico y supuesto de hecho — sino la gravedad del defecto de la discreción de juicio la causa de la incapacidad consensual y de la nulidad del acto ».

⁽¹⁷⁵⁾ Se volessimo fare un paragone con l'impedimento di impotenza, gioverebbe ricordare che pure nel medioevo dovettero risolvere il difficile problema del-

Tuttavia la tradizione costante della Chiesa ci insegna — e il canone 1095 CIC '83 lo conferma — che fuori dall'impotenza non c'è nessuna causa o circostanza oggettiva che *per sé* — e cioè, senza che sia fattispecie contenuta in una norma positiva — renda nullo il matrimonio in modo automatico. Nemmeno l'*impedimentum conditionis* — o matrimonio contratto tra schiavi — aveva avuto nella storia questo effetto dirimente, poiché rendeva nullo il consenso soltanto nelle ipotesi in cui non fosse nota la condizione di *schiavo* da parte dell'altro coniuge ⁽¹⁷⁶⁾.

È da notare che, se invece viene adoperata la norma personalista il paradosso si risolve senza troppa difficoltà. Due persone, si possono innamorare e volersi sposare nelle situazioni oggettivamente più difficili — guerre, disastri — pur con la convinzione che il loro matrimonio debba esistere soltanto per brevi istanti, il tempo della loro vita. La letteratura e la cinematografia ci hanno abituato a situazioni del genere. Niente di tutto questo — e cioè il mondo esteriore — impedisce il « *donò di sé* », che invece viene gravemente inficiato nelle ipotesi di dolo.

l'impotenza relativa e senza causa conosciuta. Alla fine, il diritto canonico diede uno stesso nome a due tipi di impotenza — la frigilità e il *malefitium* — che all'inizio erano distinte in relazione alla causa. Poiché la causa non importa agli effetti dell'inabilità, l'unico aspetto decisivo sarebbe l'impossibilità di mettere in atto l'obbligazione essenziale, la cui causa — indipendentemente della sua natura — fosse già presente nel momento del patto.

⁽¹⁷⁶⁾ L'*impedimentum conditionis* è un risposta della Chiesa alle necessità storiche e concrete della società. Rifiutando la soluzione del diritto romano, per cui gli schiavi erano inabili a costituire un *matrimonium iustum*, la Chiesa scelse una via di soluzione equitativa, che era quella di dare rilevanza all'errore sulla *conditio servilis*. Così si rispettava la libertà degli sposi — in specie degli schiavi — e in modo indiretto la sincerità dell'impegno; sincerità difficilmente riscontrabile lì dove lo schiavo avesse occultato all'altro la sua condizione di servitù. Ebbene, questo principio è rimasto fino ai nostri giorni. Senonché alcuni autori tedeschi del secolo scorso ritennero che la *schiavitù* fosse di per se stessa un impedimento, con indipendenza dall'errore. Si veda questo punto nel magnifico studio di DEL GIUDICE, V., « *Error conditionis* » e *fini del matrimonio*, in *Ius Canonicum* (1962), p. 116-117, dove si trovano riferimenti bibliografici di questo orientamento dottrinale. Tuttavia, prendendo spunto dal canone 1098 CIC '83, in cui si fa riferimento alle qualità che *suapte natura* perturbano il consorzio coniugale, c'è chi vorrebbe che anche le varie qualità facessero nullo il matrimonio qualora rendessero impossibile la convivenza. Si veda, al riguardo, JUSDADO, M.A., *El dolo en el matrimonio canónico*, Barcelona, 1988, p. 260-276.

Con questo viene ribadito il principio del canone 1095 n. 3 CIC '83, che dice che l'incapacità di assumere deve avere un'origine psichica, cioè deve trattarsi di un'autentica « incapacità »⁽¹⁷⁷⁾.

Premessa la necessaria origine psichica dell'*incapacitas* resta pure il problema della sua *gravità*, poiché — come segnala la citata sentenza c. Pompedda — questo requisito ha trovato fortuna nella giurisprudenza rotale, pur non essendo contemplato dal legislatore. Ci sembra abbia ragione il ponente quando segnala che nell'esigere il requisito della *gravità* si sottintende una nozione non corretta di incapacità, secondo la quale ora questa viene confusa con la *difficoltà* ora si tratta di una indebita trasposizione dell'interpretazione letterale del n. 2 dello stesso canone, in cui appunto si parla di *grave* difetto di discrezione di giudizio⁽¹⁷⁸⁾.

L'affermazione secondo cui l'incapacità o c'è o non c'è, ma non accetta mezzi termini, è ineccepibile. Ma vanno pure attentamente considerate le ragioni che hanno indotto alcuni turni rotali a distinguere vari gradi nel concetto di *relatio interpersonalis*⁽¹⁷⁹⁾. Nel fondo, sembra che l'aspetto che si vuole sottolineare sia la necessità di evitare ap-

⁽¹⁷⁷⁾ Ci sembra che sia questo il senso di queste parole di POMPEDDA, M.F., *L'incapacità consensuale*, in *Incapacidad consensual...*, p. 76: « L'incapacità non può essere intesa se non come "inadeguatezza radicale" del contraente circa uno degli elementi costitutivi circa l'oggetto dello stesso consenso », benché la precisazione dell'autore sia fatta all'interno del criterio dinamico-contrattuale. Si veda *op. ult. cit.*, p. 72-75.

⁽¹⁷⁸⁾ Sentenza c. Pompedda, 19 ottobre 1990, *cit.*, p. 7, n. 7.

⁽¹⁷⁹⁾ Si veda, ad esempio la sentenza c. Stankiezicz, 26 novembre 1987, *Bellicen. seu Lugdunen.*, P.N., 14.933, n. 8, dove segnala: « Apta distinctio facienda est inter capacitatem habendi minimam relationem interpersonalem, matrimonio propriam atque sufficientem ad valide contrahendum, et capacitatem assequendi relationem interpersonalem, maturam, integram ac plenam, quae felici faustaeque communioni vitae inter coniuges cavere valeat. Haec enim distinctione admissa, graves quoque confusiones vitare possunt, quibus ministerium iustitiae ecclesialis in causis matrimonialibus haud tam raro turbatur, confusiones scilicet inter veram incapacitatem nectendi relationem interpersonalem et meram difficultatem in eadem relatione prospere progrediendi, et quod consequitur, confusiones inter matrimonia invalida ob incapacitatem instaurandi minimam relationem interpersonalem coniugalem et matrimonia infausta ex incapacitate contrahentis habendi relationem interpersonalem maturam, integram, plenam ». Le ragioni di questa sentenza sono di tutto rispetto, poiché in definitiva si tratta di evitare un abuso nell'applicazione del canone 1095 n. 3; senonché ha ragione pure la sentenza c. Pompedda quando indica che in fondo — nel distinguere due tipi di *relationes interpersonales* — si starebbe accettando la stessa distinzione che si vuole rifiutare, e cioè quella tra l'incapacità e la difficoltà.

plicazioni automatiche del canone 1095 n. 3, che scusi i giudici dall'effettuare un'indagine accurata sullo stato psichico dei nubendi al tempo delle nozze. Non è possibile liberare i giudici dall'onere di valutare le condizioni psichiche in cui concretamente si trovava il nubendo al momento del patto. Siamo, un'altra volta, dinanzi ad un'esigenza concreta della norma personalista, che non consente — in sede di capacità — la categoria del *consensus psicologicæ sufficiens sed iuridice inefficax*.

È vero che questa distinzione — tra psicologia e diritto — è essenziale per l'autonomia del canone 1095 n. 3, in quanto con la sua negazione si sfumerebbero le differenze sostanziali che distinguono l'*incapacitas assumendi onera* dal *defectus discretionis iudicii*. A voler essere però coerenti, è parimenti vero che quella distinzione ha come premessa la concezione contrattuale del matrimonio. Perciò, nell'applicare la norma personalista, si dovrà tener conto degli insegnamenti che per alcuni decenni il Tribunale della Rota Romana ci ha fornito. L'ammettere un *criterio unitario, dinamico e personalista* presuppone, come è stato detto, la possibilità di usufruire dei pregi e delle caratteristiche essenziali del criterio dinamico contrattuale, che non siano in contrasto con la dignità della persona. Si tratta di correggere la direzione, non di rovinare il sistema matrimoniale canonico. In un certo qual modo, la Rota Romana non ha accettato pienamente le conseguenze che un'applicazione logica del criterio dinamico-contrattuale porterebbe con sé. Come abbiamo fin qui visto, questo criterio è stato applicato con misura ed equità. Accettare la norma personalista non implica, ripetiamo, cancellare d'un tratto la saggezza acquistata in tanti anni di dialogo interdisciplinare tra giudici e periti nelle scienze dell'uomo.

Ma oltre alle considerazioni precedenti, si dovrebbe concludere che la categoria del *consensus psicologicæ sufficiens sed iuridice inefficax* potrà essere valida in altri casi, ma difficilmente in sede di *capacità*. Ci sembra pure che questo sia il senso dell'ormai famoso discorso del Papa alla Rota Romana, dell'anno 1987: « Una vera incapacità è ipotizzabile solo in presenza di una seria forma di anomalia che, comunque si voglia definire, deve intaccare sostanzialmente le capacità di intendere e/o di volere del contraente »⁽¹⁸⁰⁾.

C) *Il problema dell'incapacità relativa.*

Nella citata sentenza c. Pompedda, viene affrontato ancora una volta il difficile problema dell'incapacità relativa, e cioè quella che si

(180) GIOVANNI PAOLO II, *Discorso...*, cit., p. 1457, n. 7.

manifesta soltanto riguardo ad una o più persone. Il ponente, dopo aver preso in considerazione la cosiddetta « incompatibilità psichica », segnala che ci sono più ragioni di fondo che consigliano di non accettare, almeno in pratica, quella categoria ⁽¹⁸¹⁾:

a) Esistendo ormai una *dottrina giurisprudenziale* comune che nega rilevanza giuridica a questa figura, in ordine alla nullità del matrimonio, si deve pure accettare però che la *dottrina canonica* non è pacifica e che, per tanto, al massimo esisterebbe al riguardo un *dubium iuris* ⁽¹⁸²⁾.

b) Accettare la possibilità di una incapacità relativa condurrebbe alla confusione tra il matrimonio nullo e quello infelice.

c) Inoltre, gli autori che propongono tale teoria non distinguono abbastanza tra criteri psicologici e criteri giuridici ⁽¹⁸³⁾, fino al punto da limitarsi ad esaminare il fatto della rottura matrimoniale, senza avere certezza delle cause, tante volte di natura volontaria.

A queste ragioni si potrebbe aggiungere il fatto che l'incapacità relativa tende a uscire dall'ambito proprio dell'incapacità, per diventare un'inabilità difficilmente misurabile. Invece, dalle parole del Romano Pontefice, poc'anzi riportate, risultava molto chiaramente che una vera incapacità è ipotizzabile soltanto se c'è una seria anomalia che intacchi le facoltà del soggetto.

18. Conclusione.

Sembra che lo studio delle norme di capacità, viste da una prospettiva antropologica, ci permetta di concludere che la norma

⁽¹⁸¹⁾ Sentenza c. Pompedda, 19 ottobre 1990, n. 10. Nel testo facciamo un riassunto della dottrina ivi esposta.

⁽¹⁸²⁾ Come abbiamo avuto occasione di segnalare altrove, la giurisprudenza rotale è pressoché unanime nel negare rilevanza giuridica a questa categoria psicologica. Non sono argomento contrario alcune sentenze c. Pinto in cui si fa il paragone, quasi in modo automatico e sempre *obiter dicta*, tra l'impotenza e l'incapacità di assumere. Nemmeno sono sufficienti alcune sentenze c. Serrano, in cui si sottolinea il carattere relazionale del matrimonio, in modo da permettere una conclusione facile nel senso di accettare l'incapacità relativa. Su questo argomento, si veda il documentato e recente studio di AZNAR, F., *La incapacidad assumendi, ¿relativa y temporal?*, in AA.VV., *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, 8 (Salamanca) 67-126, benché l'autore accetti la possibilità di un'incapacità relativa.

⁽¹⁸³⁾ Si veda pure la sentenza c. Pompedda, 19 febbraio 1982, *Marianopolitana*, in RRD., vol. 74, p. 90, n. 9 nonché POMPEDDA, M.F., *Incapacity...*, cit., p. 206 dove si sviluppa ancora di più questo argomento.

personalista è più conforme alla natura giuridica del matrimonio. Essa infatti spiega dal di dentro le proprietà essenziali del connubio; proprietà che ricevirebbero soltanto spiegazioni estrinseche e sempre parziali qualora si volesse utilizzare un criterio contrattuale. Il vincolo coniugale è « indissolubile » poiché la persona del nubendo impegna la propria libertà a vantaggio del « bene personale » dell'altro, bene che mediante il patto diventa nello stesso tempo un bene « duale » o *bonum coniugum*.

La norma personalista permette pure di illuminare l'ambito della capacità matrimoniale. Benché in sé stessa non ci sia un criterio di capacità — bensì un principio informatore del diritto matrimoniale — questa norma può acquistare un contenuto preciso se vengono prese in considerazione sia le caratteristiche storiche del criterio della pubertà, sia le circostanze attuali in cui i coniugi debbono realizzare la loro vocazione all'amore. Queste circostanze ci sono rese note sia tramite le continue indicazioni di indole pastorale date dalle autorità ecclesiastiche sia attraverso le massime delle sentenze del Tribunale della Rota Romana. Le prime permettono di individuare in modo realistico il momento in cui la persona normale — gli adolescenti — cominciano ad essere in grado di assumere i gravi impegni della vita matrimoniale. Il che — come è stato più volte sottolineato — non significa che questi costituiscano l'oggetto del consenso né implica una visione negativa o pessimistica della persona.

Le sentenze della Rota Romana offrono un insieme dottrinale di grande valore per giudicare e valutare correttamente l'incidenza delle diverse malattie o perturbazioni psichiche nell'animo dei nubendi. È vero che queste sentenze sono state elaborate nell'ambito di applicazione del criterio dinamico-contrattuale, ma è pure vero che la saggezza nonché la prudenza dei turni rotali hanno fatto sì che il citato criterio dinamico non inducesse ad ammettere conseguenze logiche, ma in contrasto con la specifica realtà giuridica del matrimonio. Qualora si applicasse secondo tutta la sua logica interna, questa norma contrattuale condurrebbe in ultima istanza a legittimare il divorzio.

La norma personalista illumina anche questa realtà, mostrandoci i limiti di una interpretazione del canone 1095 troppo poco sensibile alle esigenze della dignità della persona. La libertà non viene difesa soltanto quando la si afferma mediante la dichiarazione di nullità e consentendo la celebrazione di nuove nozze, ma innanzitutto quando si riconosce la capacità della persona di *dare se stessa in patto irrevocabile* e di essere fedele all'impegno assunto.