



diritto & religioni

Semestrale
Anno II - n. 1-2007
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

3



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno II - n. 1-2007
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, S. Ferlito, M. C. Folliero, G. Fubini, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali
Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci, A. Pandolfi
A. Bettetini, G. Lo Castro,
G. Fubini, A. Vincenzo
S. Ferlito, L. Musselli,
A. Autiero, G. J. Kaczyński,
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile
Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria
Diritto ecclesiastico e professioni legali

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefanì
A. Fuccillo
F. De Gregorio
G. Carobene
G. Schiano
A. Guarino
F. De Gregorio, A. Fuccillo

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

P. Lo Iacono, A. Vincenzo

La capacità di intendere e di volere nel nuovo Codice giovanneo-paolino

PIERO PELLEGRINO

1. *I cann. 296 e 297 dello Schema de Sacramentis. I primi tentativi di interpretazione: amentia o insania circa omnia (n.1) e dementia o insania circa unum (n. 2). L'insufficiente uso di ragione (permanente o transitorio). La sufficiente discretio iudicii in ordine agli iura et officia matrimonialia essentialia*

Se la codificazione piano-benedettina non ha proposto una disposizione legislativa che contemplasse i requisiti minimi della capacità psichica necessaria per un valido matrimonio, il compito di legiferare esplicitamente sull'incapacità psichica è stato effettuato, invece, dai lavori di revisione del Codice nei cann. 296 e 297 dello *Schema de Sacramentis*¹. È stato acutamente affermato che i nuovi canoni presentano una formulazione moderna dell'incapacità psichica, ma affondano le loro radici in un patrimonio tradizionale, anche se la mancanza dell'uso di ragione è considerata ora non come un criterio unico, ma come prima ipotesi di incapacità; sicchè, mentre il n. 1 del nuovo canone si riferisce in particolare ai tre circoli delle grandi psicosi (epilessia, schizofrenia e affezioni maniaco-depressive) oppure alle frenastenie nelle psicosi confusionali, il n. 2 dello stesso canone si è riferito alla distinzione, già presente nel vecchio ordinamento giuridico matrimoniale, tra *amentia* o *insania circa omnia* (n. 1) e *dementia* o *insania circa unum* (n. 2), limitando la

¹ Il can. 296 dispone: «*Sunt incapaces matrimonii contrahendi:*

1) *qui mentis morbo aut gravi perturbatione animi ita afficiuntur ut matrimonialem consensum, utpote rationis usu carentes elicere nequeant;*

2) *qui laborant gravi defectu discretionis iudicii circa iura et officia matrimonialia mutuo tradenda et acceptanda*».

Il can. 297 dispone: «*Sunt incapaces matrimonii contrahendi qui ob gravem anomaliam psychosexualem obligationes matrimonii essentialis assumerer nequeunt*». (*Communicationes* 9 (1977), 2, pp. 369-370.

dementia o monomania alla *insania circa iura et officia matrimonialia mutuo tradenda et acceptanda*².

Si è affermato che si poteva osservare come era inutile stabilire una norma positiva di incapacità attingente lo stesso diritto naturale, poiché, se il consenso matrimoniale deve essere prima di tutto un atto umano, chi non è capace di questo non è neppure abile ad esprimere quello; che la stessa commissione, pur rendendosi conto che i principi circa l'incapacità ad emettere un valido consenso matrimoniale sono implicitamente contenuti nel diritto già vigente, ritenne opportuno esprimerli più esplicitamente e più chiaramente nella sua codificazione³.

Si mette in risalto, circa la prima ipotesi, la differenza tra il primo schema inviato per la consultazione ai vescovi e agli altri organi consultivi il 2 febbraio 1975⁴; differenza che con lo schema definitivo è minima, ma contiene un elemento di grandissimo rilievo, poiché non si parla più semplicemente di mancanza dell'uso di ragione, ma si precisa trattarsi di mancanza di "sufficiente" uso di ragione, e, riferendosi alla sistematica del Codice piano benedettino del 1917⁵, consta che il legislatore ecclesiastico ammetteva due categorie di persone mentalmente disturbate: quelle cioè che mancano totalmente dell'uso di ragione, sia abitualmente sia soltanto in modo transeunte⁶, e quelle che non mancano totalmente dell'uso di ragione, ma ne godono meno ampiamente ed in modo imperfetto, sia per un disturbo mentale abituale o transeunte, sia per una debolezza mentale⁷, con la conseguenza che si usava distinguere gli *amentes* dai *dementes*: i primi sono privi dell'uso di ragione in ogni materia, mentre gli altri hanno un'incapacità mentale solo su certi oggetti; in altre paro-

²O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico dopo il Concilio. Capacità e consenso*, Milano 1978, pp. 195 e ss.

³M.F. POMPEDDA, *Il consenso matrimoniale nel suo soggetto. Consenso quale atto psicologico*, in *Dilexit iustitiam. Studia in honorem Aurelii cardin. Sabbatani*, Citta del Vaticano 1984, pp. 6-7, il quale continua, osservando che, una volta stabilita l'opportunità di codificare positivamente quei principi di legge naturale, non sembra sia stato inutile porre le due distinte ipotesi, di insufficiente uso di ragione, cioè, e di difetto di discrezione di giudizio, poiché, se per la prima ipotesi si ricorda un principio generale valevole per tutti i negozi giuridici così come per ogni valutazione di responsabilità umana, per la seconda ipotesi, invece, si fa una volta per sempre giustizia della stereotipa "capacità di intendere e di volere" e insieme si dà il contenuto un limite giuridico alla generica "discrezione di giudizio".

⁴Tale Schema che si riscontrava in *Communicationes*, 7(1975), pp. 41-52; 9 (1977), pp. 369-371, non conteneva l'aggettivo *sufficiens*.

⁵Cann. 88, §3; 12; 2201 (Codice del 1917).

⁶Cann. 88, §3; 2201, §§ 1,2 (Codice del 1917).

⁷Can. 2201, §4.

le, mentre l'*amentia* rende nullo il consenso se questo è prestato nei momenti nei quali essa è presente la *dementia*, invece, solo allora ha tale efficacia se concerne come oggetto i rapporti coniugali e il matrimonio⁸.

Dunque, consta che dal rapporto dei canoni sopra citati il legislatore canonico ammette due categorie di persone mentalmente disturbate: quelle, cioè, che mancano totalmente dell'uso di ragione, sia abitualmente sia in modo transeunte (can. 88, §3 e can. 2201, §1-2), e quelle che godono dell'uso di ragione meno pienamente ed in modo imperfetto, sia per un disturbo mentale abituale o transeunte, sia per debolezza mentale (can. 2201, §4)⁹. Sicchè canonicamente si usa distinguere gli *amentes* dai *dementes*: i primi sono privi dell'uso di ragione in ogni cosa, mentre gli altri hanno una incapacità mentale solo su certi oggetti e l'una e l'altra condizione può essere momentanea o perfetta; invero, mentre l'*amentia* rende nullo il consenso se questo è prestato nei momenti nei quali essa è presente, la *dementia*, invece, solo allora ha tale efficacia se concerne come oggetto i rapporti coniugali¹⁰.

Si distingue, insomma, una *amentia* in senso stretto, la quale costituisce un grave disordine dell'intelletto speculativo, quale si può avere nelle psicosi, da una *amentia* in senso lato, quando cioè per un disturbo o dell'intelletto pratico o dell'appetito sensitivo, la volontà non può scegliere con libertà interna il matrimonio "*hic et nunc*", come frequentemente avviene nei nevrotici e negli psicopatici, con la conseguenza che sotto il termine di *amentia* possono essere inclusi moltissimi casi di malattie nervose, di eccitamento psichico e di difetto delle facoltà intellettiva e volitiva, in un arco amplissimo di varia gravità dal minimo al massimo grado¹¹. Occorre poi insistere sul fatto che *amens* in senso stretto è solo lo psicotico, in quanto manca dell'uso di ragione, mentre il nevrotico e lo psicopatico, che conservano l'uso di ragione, solo in senso lato possono dirsi *amentes* in quanto, per la libertà interna, non sono sempre *sui compotes* e, quindi, la loro capacità di agire e la loro responsabilità non solo sono attenuate, ma talora tolte¹².

Sulla base di un passaggio tomistico, secondo cui «*Intellectus speculativus est qui quod apprehendit non ordinat ad opus, sed ad solam veritatis consideratio-*

⁸ M.F. POMPEDDA, *op. cit.*, loc. cit., p. 8.

⁹ M.F. POMPEDDA, *Progetto e tendenze attuali della giurisprudenza sulle malattie mentali e il matrimonio*, in *Jus canonicum* 1983, pp. 59 ss. e ora in *Studi di diritto matrimoniale canonico*, Milano 1993, p. 144.

¹⁰ M.F. POMPEDDA, *Progetto e tendenze attuali*, cit., loc. cit., p. 145.

¹¹ M.F. POMPEDDA, *Progetto e tendenze attuali*, cit., loc. cit., p. 145.

¹² M.F. POMPEDDA, *Progetto e tendenze attuali*, cit., loc. cit., p. 145.

nem; practicus vero intellectus dicitur, qui quod apprehendit ordinat ad opus»¹³, la dottrina afferma che, rimanendo sano l'intelletto speculativo, il consenso può mancare perché gravemente lesa la libertà di scelta, per il fatto che l'intelletto pratico o in nessun modo o almeno sufficientemente non può deliberare circa i motivi che consigliano o dissuadono il matrimonio; conseguentemente nei due numeri del can. 206 viene sostanzialmente affermata una duplice fonte di incapacità: incapacità per impedimento dell'uso di ragione sia per malattia mentale sia per una perturbazione dell'animo oppure incapacità proveniente da grave difetto di discrezione di giudizio, difetto relativo agli obblighi essenziali matrimoniali da assumere¹⁴.

Si afferma che il can. 1095 ha formalizzato, quanto ai primi due capi di incapacità, una consolidata dottrina canonistica e una unanime giurisprudenza canonica, poiché le due fattispecie di inabilità discendono (come anche la terza) necessariamente dalla teoria generale del consenso matrimoniale, anzi dallo stesso diritto naturale, anche se era opportuno, se non necessario, codificare tali capi di nullità o di incapacità, soprattutto perché il legislatore ha potuto delimitare con norme positive l'estensione di ipotesi che coartano il libero esercizio dei diritti soggettivi¹⁵.

Si è, quindi, sostenuto che il can. 1095 parla di mancanza di sufficiente uso di ragione: quindi, per questo primo capo, di incapacità, non è necessario che uno o entrambi i contraenti siano privi totalmente dell'uso di ragione, ma che ne siano o ne sia almeno uno in tale grado da rendere il consenso stesso inadeguato alla gravità del negozio specifico, cioè del matrimonio; e se il can. 1095, n. 1 non stabilisce per quale causa si possa avere un insufficiente uso di ragione è chiaro che ad una simile condizione portano prima di tutto le malattie mentali, e ciò in forma permanente cioè abituale, mentre in forma transitoria si potrà avere un insufficiente uso di ragione per un qualsiasi turbamento psichico, come per stato di completa ubriachezza o di ipnosi o per effetto di sostanze tossiche, senza poi dimenticare che per il can. 97 §2 la persona minore di sette anni si presume *non compos sui*, cioè non possedere l'uso di ragione¹⁶.

¹³ S. TOMMASO, *Summa theologiae*, I, q.79, art. 11, c, ad 2; I-II, q. 57, art. 5, ad 3.

¹⁴ M.F. POMPEDDA, *Progetto e tendenze attuali*, cit., loc. cit., p. 147, il quale continua, osservando che nel can. 296 dello Schema si parla di *mentis morbus* ed insieme di *gravis perturbatio animi*, per cui vien fatto di chiederci se si tratti di due condizioni sostanzialmente identiche, riferendosi la prima ad una situazione abituale e la seconda ad un accadimento momentaneo e transeunte che hanno lo stesso effetto, cioè quello di impedire l'uso di ragione; al che sembrerebbe doversi rispondere che la *perturbatio* indicherebbe solo un disturbo transitorio, opponendosi così all'abitualità del *morbus* (pp.148-149).

¹⁵ M.F. POMPEDDA, *Il consenso matrimoniale nel suo soggetto*, cit., loc. cit., p. 11.

¹⁶ M.F. POMPEDDA, *Il consenso matrimoniale nel suo soggetto*, cit., loc. cit., pp. 11-12.

Quanto al significato della seconda ipotesi di incapacità codificata nel n. 2 del can. 1095, ci si riferisce ovviamente non ad una conoscenza intellettuale della nozione astratta e teorica del matrimonio, bensì ad una maturità proporzionata al negozio da compiere e, quindi, ad una sufficiente valutazione della sostanza del connubio e delle conseguenti obbligazioni essenziali di esso, sicché nel n. 2 del can. 1095 si definisce l'incapacità a contrarre matrimonio da parte di coloro che sono affetti da grave difetto di discrezione di giudizio circa i diritti e i doveri essenziali del matrimonio. Sufficiente discrezione di giudizio che consta di due elementi distinti ma fra loro connessi e interdipendenti dei quali uno intellettuale che è la maturità di conoscenza e l'altro volitivo che attiene alla maturità di libertà (volontà)¹⁷. La struttura del consenso matrimoniale, infatti, si fonda su due basi, quella della conoscenza o facoltà critica e quella della libertà di scelta o facoltà deliberativa. Ma, se si parla di discrezione o di maturità di giudizio, non si parla di discrezione di giudizio in senso assoluto, ma di discrezione di giudizio rapportata agli *iura et officia matrimonialia essentialia*¹⁸. E in relazione al Magistero del Vaticano II apparirà essenziale quanto è connesso al *consortium vitae coniugalis*; tale *consortium* è relativo al *bonum* dei coniugi e dei figli, nel senso che per definire tale essenzialità sarà indubbiamente necessario tener conto delle disposizioni codicistiche, che, da diversi angoli prospettici, analizzano e definiscono l'oggetto del consenso matrimoniale¹⁹.

Certo si è che con la conoscenza critica è fondamentale elemento della maturità psichica anche la libertà di scelta, e nel processo della scelta volontaria gli psicologi trovano una quadruplica serie di elementi, ovvero stadi: motivazione, deliberazione, decisione e realizzazione, laddove fondamentale nell'attività umana è ritenuto il fattore della motivazione, che indica le ragioni che influiscono sul processo della scelta e riguarda la presenza delle alternative fra cui l'individuo deve scegliere²⁰. Si afferma che il canone non esige un perfetto equilibrio intellettuale-volitivo-affettivo, ma postula, invece, che si abbia nel caso un grave difetto di discrezione di giudizio perché ne derivi incapacità ad emettere il consenso matrimoniale, laddove si dovrà dire che grave

¹⁷ M.F. POMPEDDA, *Il consenso matrimoniale nel suo soggetto*, cit., loc. cit., p. 12.

¹⁸ M.F. POMPEDDA, *Il consenso matrimoniale*, cit., loc. cit., p. 14.

¹⁹ S. GHERRO, *Diritto matrimoniale canonico*, Padova 1985, p. 132. L'autore aveva rilevato che il legislatore nel n. 2 del 1095 distingue la *discretio iudicii* dall'*usus rationis* per sottolineare come, quanto al matrimonio, il soggetto debba saper utilizzare il bene dell'intelletto e la determinazione volitiva come maturità proporzionata all'importanza e alle caratteristiche del negozio.

²⁰ M.F. POMPEDDA, *Il consenso matrimoniale*, cit., loc. cit., p. 13.

è quel difetto di discrezione di giudizio, che rende il nubente impari – sul piano cognitivo, volitivo ed affettivo – ai diritti doveri essenziali derivanti dal patto matrimoniale²¹.

Si rileva che, per prestare in modo efficace il consenso matrimoniale, si richiede che ambedue gli sposi abbiano la “capacità naturale”, cioè la capacità di formulare una decisione, cosciente, libera, ponderata, possibile in ordine al matrimonio²². E si presume in genere che l’uomo e la donna, almeno dopo la pubertà, posseggano tale capacità²³.

Le facoltà spirituali insite nella natura umana sono l’uso della ragione che comprende l’intelletto da cui promana la conoscenza e la volontà da cui procede la decisione; perciò il can. 1095, n. 1 rileva quale principio di diritto naturale, che sono incapaci a prestare il consenso coniugale coloro che sono privi del sufficiente uso di ragione, cioè richiesto come minimo non solo per compiere un atto umano in genere, ma specifico, adeguato alla gravità della scelta matrimoniale; e, dal momento che dal consenso coniugale derivano doveri gravi che impegnano e vincolano per tutta la vita, non basta che i nubenti li conoscano in astratto, nei principi, ma è necessario che li sappiano giudicare, stimare in concreto, in rapporto a se stessi, nelle applicazioni, nelle conseguenze che comportano nelle loro nozze particolari contratte in circostanze che si estendono nel futuro, per sempre, con la conseguenza che gli sposi, perché godano della capacità naturale a prestare il consenso matrimoniale, insieme al sufficiente uso di ragione, debbano avere la capacità di discrezione di giudizio, essendo incapaci a contrarre matrimonio coloro che difettano gravemente della discrezione di giudizio circa i diritti e i doveri matrimoniali essenziali da concedere e da accettare reciprocamente²⁴.

È stato osservato che nella dottrina classica canonica, uso di ragione e discrezione di giudizio sono sinonimi che descrivono lo sviluppo personale psicologico o spirituale nella capacità di fare giudizi pratici; che però nella stessa dottrina, specialmente per l’influsso della teologia morale e la corrispondente catechesi, la frase “uso sufficiente di ragione” ha acquistato un senso proprio, cioè, lo stadio di sviluppo o l’età a cui la persona diventa responsabile per le sue azioni o, come si suol chiamare, l’età della ragione; che

²¹ M.F. POMPEDDA, *Il consenso matrimoniale*, cit., loc. cit., p. 15. L’autore peraltro, in uno scritto precedente ritiene che l’aggettivo grave sia pleonastico (*Annotazioni circa la incapacitas assumendi onera coniugalia*, in *Jus canonicum* 22(1982), pp. 198-200).

²² A. ABATE, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Brescia 1985, p. 41.

²³ A. ABATE, *il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, cit., p. 41.

²⁴ A. ABATE, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, cit., p. 42.

ancora il codice attuale adoperava la frase secondo questo senso proprio, e così il n. primo del can. 1095 significa il grado più basso possibile nello sviluppo dell'uso di ragione o della discrezione di giudizio²⁵. Sicchè non si è esitato ad affermare che nella identificazione dei criteri dell'*usus rationis* e della *minor discretio iudicii* proporzionata agli obblighi matrimoniali, nel n. 2 del can. 296 dello Schema del 1975 è assorbito il criterio dell'*usus rationis*, in quanto il *simplex usus rationis* è insito nel criterio della *discretio iudicii matrimonio proportionata* come il suo minimo elemento essenziale²⁶.

2. *Il momento terminale della adolescenza vale tanto per la capacità di intendere, quanto per la capacità di volere. Il criterio della pubertà è quello stabilito nel Nuovo Codice al can. 1083, §1. Per un valido matrimonio è necessaria la capacità critico-valutativa-operativa. Nel primo numero del can. 1095 si parla di "insufficienza" dell'uso di ragione. Nel secondo di "grave difetto"*

Se si vuole approfondire il momento della conoscenza e il momento della volontà occorre rompere il processo eminentemente unitario che è proprio dell'agire umano, senza, peraltro, prescindere dalla unità invisibile tra intendere e volere che è propria dell'agire umano, perché supporre una scissione dal momento di maturazione della capacità sufficiente ad intendere e a volere uno stesso atto sarebbe credere che nell'uomo viva una inconciliabile disarmonia²⁷.

La questione, già affrontata da noi a proposito del vecchio ordinamento giuridico, è quella di sapere in quale momento l'uomo raggiunga un'esperienza sulla sessualità del tipo di quella necessaria per il compimento di un tale atto matrimoniale, e per quanto concerne la "capacità di intendere", partendo dall'esperienza sensibile dell'uomo²⁸, tale momento deve fissarsi nel periodo in cui termina l'adolescenza, secondo quanto affermato da chi scrive che «la

²⁵ R.L. BURKE, *Grave difetto di discrezione di giudizio: fonte di nullità del consenso matrimoniale*, in *Jus canonicum*, 31(1991), p. 142.

²⁶ A STANKIEWICZ, *L'incapacità psichica nel matrimonio: Terminologia, Criteri*, in *Ephem. iur. can.*, 36(1980), p. 256.

²⁷ P.A. BONNET, *La capacità di intendere e di volere* in *Studi in onore di G. Catalano*, t.I, Soveria Mannelli 1998, p. 242; Lo stesso identico lavoro è pubblicato con il titolo "*Il difetto di sufficiente uso di ragione*", in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol.II, *Il consenso*, Lev, Città del Vaticano, 2003, pp. 35-89.

²⁸ C. BRESCIANI, *Personalismo e morale sessuale. Aspetti teologici e psicologici*, Casale Monferrato 1983, p. 214.

tarda adolescenza è il periodo che va dalla formazione dell'attività genitale preferita, attraverso innumerevoli tappe educative ed eduttive, fino allo stabilirsi di un repertorio pienamente umano, o maturo, di relazioni interpersonali, nei limiti permessi dalle opportunità personali e culturali»²⁹. E anche se non è facile determinare il momento nel quale si attua un profondo mutamento nelle relazioni eterosessuali dell'adolescente, sembra che si possa ritenere come una tale trasformazione debba individuarsi nel momento terminale dell'adolescenza e, quindi, almeno nell'ambito della cultura occidentale, intorno ai diciotto anni di età per l'uomo e un po' prima per la donna, con la conseguenza che solo in questo periodo possiamo ritenere l'uomo e la donna davvero maturi per compiere un atto così impegnativo e umanamente pregnante come quello diretto a costituire il matrimonio³⁰.

Per quanto poi concerne la "capacità di volere", si afferma che, stante il rapporto di intima connessione che lega il volere umano al processo intellettuale e valutativo, è chiaro che la capacità di volere minima adeguata a ciascun atto non può essere normalmente raggiunta che nello stesso momento della vita umana nel quale si acquisisce la sufficiente capacità di comprensione di quell'atto medesimo, cosicché la capacità di volere l'atto costitutivo del matrimonio non può essere che quella che si raggiunge ordinariamente nel periodo terminale dell'adolescenza, con la ovvia conclusione che la capacità necessaria e sufficiente di intendere e di volere quel peculiare atto che è il matrimonio nel suo momento costitutivo si acquisisce alla fine dell'adolescenza così per l'uomo come per la donna: è evidente allora che è ad un tale momento che, in rapporto ai contenuti del patto coniugale (*matrimonium in fieri*), deve essere determinato il criterio quantitativo della anzidetta capacità, situabile quindi ordinariamente intorno al diciottesimo anno di età (con un anticipo per la donna) in relazione così all'oggetto essenziale del matrimonio (can. 1095, n. 1 e can. 818 C.C. E.O.)³¹.

Si rileva da altri che la questione, secondo cui gli individui dopo una certa età si presumono, in base al can. 1083, §1, dotati di tutte le capacità psico-fisiche necessarie a contrarre matrimonio, è sollevata soprattutto nei

²⁹H.S. SULLIVAN, *Teoria interpersonale della psichiatria*, New York 1953, trad. it. Di E.D. MEZZACAPA, Milano 1977, IV ed., p. 334. Così anche P.A. BONNET, *La capacità di intendere e di volere*, cit., in *Scritti Catalano*, cit., p. 244.

³⁰P.A. BONNET *La capacità di intendere e di volere*, cit., loc. cit., p. 247. Si afferma, infatti: «solo colui che possiede se stesso può decidere di se stesso e d'altra parte solo colui che sa controllare se stesso possiede se stesso. Nello stesso tempo però queste due strutture dell'autodeterminazione non debbono essere intese come una chiusura della persona su se stessa» (C. BRESCIANI, *op. cit.*, p. 226).

³¹P.A. BONNET, *La capacità di intendere e di volere*, cit., loc. cit., p. 251.

paesi occidentali, dove il costume quanto all'età in cui suole contrarsi il matrimonio, ma soprattutto una certa fragilità psicologica e una generalizzata immaturità/impreparazione alle nozze, sembrano suggerire l'opportunità di elevare i limiti stabiliti dalla legge in relazione ai quali ritenere presuntivamente l'attitudine soggettiva a farsi responsabilmente carico degli impegni nuziali³². Si continua, rilevando che non si deve dimenticare che la legge stessa mostra di ritenere che per il matrimonio occorra una capacità psicologica superiore a quella tradizionalmente identificata con il cosiddetto uso di ragione, come è noto, ancora presunto dall'ordinamento canonico una volta compiuti i sette anni (can. 97, §2); infatti, solo con la pubertà si presume la conoscenza della sostanza del matrimonio, e solo ai 14 e 16 anni, rispettivamente per il soggetto di sesso femminile e maschile, si presume dal Codice la capacità psico-fisica alle nozze e anzi deve riconoscersi che l'ammissione alle nozze in concreto è un giudizio pastorale che va formulato in ogni caso (can. 1066) e che addirittura può concludersi con un diniego dell'ammissione alla celebrazione, a seguito del sicuro accertamento di uno dei motivi ostativi previsti dalla legge³³. Si conclude sul punto, specificando che, per inquadrare completamente la questione, si deve ancora rammentare che non necessariamente quanto è previsto per la validità di un atto giuridico e per l'esercizio di un diritto nativo della persona corrisponde alle condizioni ottimali per la loro posizione: un conto sono, infatti, la capacità radicale di un soggetto e le condizioni minimali per la validità di un suo atto avente rilievo per l'ordinamento, e un conto, invece, l'opportunità che quel determinato atto sia posto e che quel diritto sia esercitato, perciò lo stesso ordinamento soccorre, con la possibilità di prevedere un'età, per la lecita celebrazione del matrimonio, superiore a quella richiesta per la validità; una possibilità che molte Conferenze episcopali hanno utilizzato, generalmente facendo coincidere l'età richiesta per la lecita celebrazione delle nozze con quella che nei rispettivi ordinamenti civili viene ritenuta la maggiore età (can. 1083, §2)³⁴.

³² P. BIANCHI, *Il difetto di discrezione di giudizio circa i diritti e doveri essenziali del matrimonio*, in AA.VV., *L'incapacità di intendere e di volere nel diritto matrimoniale canonico* (can. 1095 nn. 1-2), Lev, Città del Vaticano 2000, p. 132.

³³ P. BIANCHI, *Il difetto di discrezione di giudizio*, cit., loc. cit., p. 132, il quale continua, osservando che circa poi la congruità dei limiti stabiliti non si deve dimenticare che il matrimonio è considerato un diritto «naturale» della persona, e che l'ordinamento canonico si propone su di una base transazionale, interessando anche regioni del globo dove l'effettiva attitudine al matrimonio matura assai presto.

³⁴ P. BIANCHI, *Il difetto di discrezione di giudizio*, cit., loc. cit., p. 133.

Fatte queste premesse, si può procedere ad un'approfondita analisi dei nn. 1 e 2 del can. 1095.

Si è affermato che per sposarsi validamente occorre la capacità di conoscere e la capacità di determinarsi liberamente, cioè non un'astratta capacità critico-valutativa, ma una capacità critico-valutativa-operativa o valutativa decisionale che la giurisprudenza chiama un "*iudicium practicum*"³⁵. Si afferma che il primo numero del can. 1095 si riferisce alla incapacità per insufficiente uso di ragione e stabilisce che sono incapaci a contrarre matrimonio coloro che mancano di sufficiente uso di ragione e si attribuisce la detta incapacità o ad una malattia mentale o a un grave turbamento dell'animo; che a indurre l'incapacità di cui trattasi non è necessario che il nubente manchi semplicemente dell'uso di ragione, ma soltanto che manchi di sufficiente uso di ragione, cioè che l'incapacità non si identifichi con un totale difetto dell'elemento razionale, ma non richieda neppure un perfetto possesso delle facoltà mentali da parte del soggetto perché non sussista³⁶. Se si presuppone, infatti, che atto formalmente e specificatamente umano è quello confluyente dall'armonico agire dell'intelletto e della volontà e si riafferma il principio della responsabilità quale corollario della dottrina del libero arbitrio, almeno nelle condizioni normali e sane dell'individuo agente, tenendo presente che il matrimonio nasce dal consenso delle parti contraenti, il quale non è che un atto di volontà che è fatto di conoscenza e di libera determinazione, ne consegue che non possa essere capace di contrarre nozze colui che manca dell'uso di ragione, o meglio che manca di quel sufficiente uso di ragione necessario a intendere e a volere liberamente il patto matrimoniale³⁷.

Quanto al secondo numero del can. 1095, si osserva che il legislatore canonico non ritiene che il semplice uso di ragione o una mancanza di esso non grave sia sufficiente per contrarre matrimonio, ma richiede, invece, che entrambi i nubenti, al momento della costituzione del matrimonio, abbiano la discrezione di giudizio circa i diritti e i doveri essenziali del matrimonio; che la discrezione comporta non soltanto una conoscenza intellettuale astratta

³⁵ L. MUSSELLI, *I disturbi cognitivi e la loro valutazione canonistica*, in AA.VV., *L'incapacità di intendere e di volere nel diritto matrimoniale canonico* (can. 1095, nn.1-2), Lev., Città del Vaticano 2000, p. 138.

³⁶ M.F. POMPEDDA, *Incapacità di natura psichica* (can. 1095), in *Il Codice del Vaticano II. Matrimonio canonico*, Bologna 1991, p. 226.

³⁷ M.F. POMPEDDA, *Incapacità di natura psichica*, cit., loc. cit., p. 227, il quale continua rilevando che tale condizione si verifica principalmente in quelle che comunemente sono chiamate malattie mentali nelle psicosi in specie, ove si ha la disgregazione psichica dell'individuo o la sua totale estraneità alla realtà esterna.

del proprio oggetto, ma più specificatamente una capacità di valutazione sul piano pratico ed esistenziale dello stesso oggetto, sostanziato dai diritti e doveri matrimoniali; che l'incapacità di cui si parla si verificherà solo quando uno o entrambi i nubenti siano affetti da "grave difetto di discrezione di giudizio", cioè da grave carenza critico-valutativa circa l'oggetto del consenso; che infine, la discrezione di giudizio, dato che il consenso è atto di volontà, non significa soltanto un discernimento intellettuale, anche se critico, cioè valutativo, ma comporta anche la "libertà interna del deliberare"³⁸.

Se per secoli non sembrava potersi dubitare che valesse il principio tomistico secondo cui, una volta stabilita la sanità dell'intelletto, non poteva non affermarsi anche una normale attività della facoltà volitiva, oggi, anche per il merito delle scienze psichiatrico-psicologiche, si ammette comunemente che talune condizioni morbose o comunque psicologicamente anomale influiscono direttamente sulla volontà, diminuendone la capacità di libera determinazione fino ad annullare talora l'elemento volitivo completamente in base a condizionamenti interni che si verificano in special modo negli stadi di nevrosi, psiconevroisi e psicopatie, con la conseguenza che, se il soggetto non sarà in grado di superare questi condizionamenti interni, allora si dirà che la scelta di lui non è stata libera³⁹.

Si afferma che, nel numero secondo, il canone usa queste parole: coloro che soffrono un "grave difetto" di discrezione di giudizio; laddove la parola "grave" indica che il legislatore non sta descrivendo qualsiasi difetto di di-

³⁸M.F. POMPEDDA, *Incapacità di natura psichica*, cit., loc. cit., pp. 228-230. Cfr. sulla seconda figura del can. 1095, L. CHIAPPETTA, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Roma 1990, p. 203, secondo cui non basta che il soggetto posseda un sufficiente uso di ragione, ma è anche necessario che egli abbia una adeguata discrezione di giudizio, con la conseguenza che sono incapaci di contrarre matrimonio coloro che, difettando gravemente di tale *discretio iudicii*, non sono in grado di valutare sufficientemente i diritti e i doveri matrimoniali essenziali da concedere o da accettare mutuamente; che a termini del canone citato, il consenso matrimoniale, perché sia valido deve essere frutto di una sufficiente capacità intellettuale (l'uso di ragione), ma anche di una sufficiente discrezione di giudizio proporzionata alla gravità del matrimonio, per cui, privo di tale discrezione di giudizio, ossia di una sufficiente capacità di valutare i motivi della propria decisione, il soggetto mancherebbe di "libertà di scelta" al momento della prestazione del consenso (203).

³⁹M.F. POMPEDDA, *Incapacità di natura psichica*, cit., loc. cit., p. 231. Secondo taluni, bisogna interpretare la norma (n.2, 1095) assumendo come la discrezione di giudizio sia carente quando la mancanza di capacità critica annichilisce la libertà del nubente; il che si verifica nel caso delle affezioni psichiche o psicologiche che operano sulla personalità anche se non giungano ad annichilire l'*usus rationis* e indirettamente nelle forme di immaturità affettiva che oscurano il campo meditativo del soggetto, rendendogli ostica la messa a fuoco dell'oggetto del consenso, gli inibiscono un atto volitivo scevro da condizionamenti, cioè responsabile perché effettivamente libero (S. GHERRO, *Diritto matrimoniale canonico*, cit., p. 129). Già si era pronunciato G. DELGADO DEL RIO, *La falta de libertad interna como capitulo de nulidad*, in *Scritti in memoria di Giacchi*, vol.I, Milano 1984, p. 429 ss.

screzione di giudizio, in genere, ma, invece, il grado minimo di discrezione di giudizio requisito o essenziale per produrre l'atto del consenso matrimoniale, e la parola "soffrono" è adoperata esattamente, in questo contesto, perché un tale grave difetto di discrezione di giudizio ha come sua causa una patologia del soggetto che pone l'atto di consenso, cioè, la persona che soffre o per un'assenza di sviluppo psicologico o per una regressione dallo sviluppo psicologico una volta raggiunto, quest'ultima sia temporanea sia duratura; nel senso che la persona umana manca di quella discrezione di giudizio che deve verificarsi ad un certo stadio dello sviluppo umano⁴⁰.

Per quanto concerne il significato di *discretio iudicii* si sostiene che in giurisprudenza vi è un accordo praticamente unanime, e perché abbia rilievo come difetto del consenso, il difetto di discrezione di giudizio deve, secondo la legge, essere *gravis*; il che significa, innanzi tutto, che tale caratteristica è funzionale alla traduzione normativa di una corretta visione antropologica, cioè che il requisito della gravità sanziona e afferma che non ogni condizionamento a base psicologica mina la libertà e la responsabilità della persona; che la connotazione "*gravis*" potrebbe sembrare, dal punto di vista strettamente logico, pleonastica in quanto già implicita in quella di *defectus* nel senso di sostanziale insufficienza naturale del consenso; mentre va considerata avere un significato per così dire "pratico" e di chiarezza normativa, volto a evitare interpretazioni estensive e a ribadire che l'incapacità del soggetto deve essere effettiva per poter essere giudizialmente dichiarata e fatta valere⁴¹. In realtà, si

⁴⁰R.L. BURKE, *Grave difetto di discrezione di giudizio*, cit., loc. cit., p. 146, il quale poi conclude osservando che finalmente il minimo grado di discrezione di giudizio è specificato con le parole "circa i diritti e i doveri essenziali matrimoniali da dare e da accettare reciprocamente". Secondo un autore tra i numeri 1 e 2 del can. 1095 esiste una sostanziale identità di oggettivazione, nel senso che un "grave difetto" significa che non è necessaria l'esistenza di una totale mancanza di "*discretio iudicii*", così come la "mancanza di un sufficiente uso di ragione" significa che non è necessario che l'uso di ragione manchi del tutto (C. GULLO, *Defectus usus rationis et discretionis iudicii* (can. 1095, §1 e 2 c.i.c.), in *L'incapacitas* (can. 1095) *nelle sententiae selectae coram Pinto* (a cura di P.A. Bonnet e C. Gullo), Lev, Città del Vaticano 1988, p. 19. Sulla "gravità" del difetto, cfr. anche L. CHIAPPETTA, *Il matrimonio nella nuova legislazione*, cit., p. 203. Vedi M.F. POMPEDDA, secondo cui il legislatore canonico ha voluto precisare che il difetto inducente tale incapacità deve essere grave; il che significa due cose: che non una qualsiasi deficienza comporta simile incapacità e che non si richiede una totale assenza di discrezione di giudizio per indurre la nullità del matrimonio; che l'aggettivo "grave" potrà essere accertato nei singoli casi particolarmente ove si impugna la volontà del matrimonio per asserito difetto di discrezione di giudizio, e ciò anche con l'ausilio di psichiatri-psicologi periti; che tuttavia non si può non dare un contenuto preciso di significato strettamente giuridico a tale termine di "gravità" e, trattandosi di un atto specifico, cioè del consenso matrimoniale, potremo dire che sarà grave quel difetto di discrezione di giudizio il quale renda inadeguato il consenso stesso prestato nel singolo caso all'oggetto di esso, cioè ai diritti-doveri essenziali del matrimonio (*Incapacità di natura psichica*, cit., loc. cit., pp. 232-233).

⁴¹ P. BIANCHI, *Il difetto di discrezione di giudizio circa i diritti e i doveri essenziali del matrimonio*, cit., loc. cit., pp. 122-123.

afferma da una giurisprudenza consolidata⁴² che la richiesta *gravitas* va indagata alla luce di un duplice parametro: uno soggettivo ed un altro oggettivo, laddove il primo parametro fa riferimento alla gravità della situazione clinica del soggetto o dell'anomalia che lo interessa⁴³, mentre il secondo parametro si considera in rapporto alla natura e alla importanza dei diritti e dei doveri essenziali dal matrimonio⁴⁴.

Si è detto che il can. 1095 n. 1 non riguarda soltanto l'incapacità provocata da un difetto della facoltà conoscitiva, ma anche di quella volitiva, cosicché chi non è capace di uso di ragione non è *compos sui* (can. 99), non è *dominus* dei suoi atti ed è, dunque, incapace di atto umano, e di conseguenza *defectus usus rationis* significa incapacità di intendere e di volere⁴⁵.

D'altra parte, si è osservato che nel contesto del n. 2 del can. 1095 il difetto di consenso riguarda precisamente la *discretio iudicii* del contraente e che il concetto di discrezione di giudizio indica due realtà: da un lato, la sufficiente valutazione critica dei diritti e dei doveri matrimoniali essenziali, ossia il giudizio pratico circa gli stessi, dall'altro, la libertà interiore nella decisione di farsene carico, ossia una sufficiente capacità di autodeterminazione nell'esprimere il consenso matrimoniale⁴⁶.

La giurisprudenza propone tre elementi per sottolineare il contenuto del concetto di discrezione di giudizio. Il primo, quello che fa riferimento alla sufficiente cognizione intellettuale dei diritti e dei doveri matrimoniali, è il meno specifico e il meno atto a isolare con precisione la fattispecie, se è vero che una sufficiente cognizione intellettuale degli obblighi essenziali connessi a un atto giuridico è cosa ovvia in specie per la materia matrimoniale, dal momento che l'ordinamento positivo contiene già altre norme (can. 1096, §1 e 1095, n. 1) cui la detta mancanza di conoscenza sufficiente potrebbe essere

⁴² La *coram* Stankiewicz del 23 luglio 1991, in *Il dir. eccl.* 103(1992), II, pp. 224-225, nn.7-8; la *coram* Pompedda del 4 maggio 1992, in A.R.R.T., vol. LXXXIV, p. 223, n.4; la *coram* Stankiewicz, del 28 aprile 1994, in *Mon. Eccl.* 121(1996), p. 186, n. 8; la *coram* Stankiewicz del 21 luglio 1994, in *Mon. Eccl.* 121(1996), p. 19, n.6; la *coram* Faltin del 14 dicembre 1994, in A.R.R.T., vol. LXXXVI, pp. 676-677, n.11; la *coram* Boccafolo del 15 dicembre 1994, in A.R.R.T., vol. LXXXVI, p. 729, n.7.

⁴³ La *coram* Di Felice del 19 ottobre 1985, in *Mon. Eccl.* 111(1986), pp. 155-156, n.4; *coram* Serrano del 29 ottobre 1987, in A.R.R.T., vol. LXXIX, pp. 576-578, nn.7-11; *coram* Pompedda del 18 novembre 1993, in A.R.R.T., vol. LXXXV, p. 666, n.3; *coram* Jarawan del 15 marzo 1994, in A.R.R.T., vol. LXXXVI, p. 159, n.4; *coram* Boccafolo del 15 dicembre 1994, in A.R.R.T., vol. LXXXVI, p.728, n.5; *coram* Faltin del 29 novembre 1995, in *Mon. Eccl.* 121(1996), p. 75, n.7.

⁴⁴ P. BIANCHI, *Il difetto di discrezione di giudizio*, cit., loc. cit., p. 127.

⁴⁵ L. GULLO, *Defectus usus rationis et discretionis iudicii*, cit., loc. cit., p. 14.

⁴⁶ P. BIANCHI, *Il difetto di discrezione di giudizio*, cit., loc. cit., p. 121.

ricondata; il secondo elemento, quello che fa riferimento alla sufficiente valutazione critica dei diritti e doveri matrimoniali essenziali, è certamente più specifico ed è anche quello che con maggior precisione identifica la fattispecie normativa, la quale ha espressamente di mira la valutazione pratica che è implicita nell'emissione del consenso matrimoniale, tant'è vero che il termine *discretio* dice immediatamente riferimento al discernimento, alla scelta, alla valutazione fra diverse possibilità e alternative e tale giudizio critico è da intendersi come giudizio "pratico" volto per sé all'operazione, ossia nel caso alla decisione che ne consegue di emettere il consenso matrimoniale; il terzo elemento, quello che prende in considerazione anche l'ingresso della volontà nel concetto di *discretio iudicii*, appare del tutto logico, e ciò sostanzialmente perché l'intelletto e la volontà sono due "facoltà distinguibili" ma "non separabili" nella psiche umana e funzionano rettamente quando c'è la loro armonica *coordinatio*, e non sembra irragionevole che la volontà venga in considerazione in quanto libertà di elezione, ossia libertà di fare la scelta matrimoniale, scelta che consiste in un atto psicologico⁴⁷. È facile così ammettere che la capacità di porre in essere il consenso matrimoniale, cioè un atto umano, implica la *capacitas eligendi, deliberandi* e la *libertas*. Si precisa che la *electio* è la capacità che il soggetto ha di scegliere fra le diverse soluzioni che l'intelletto propone, di valutare gli argomenti favorevoli e quelli contrari ai propri interessi e, quindi, fra il contrarre o meno il matrimonio, con una o con un'altra persona⁴⁸; che la *deliberatio* è l'adesione ragionevole e responsabile, il far proprio il giudizio di volere cui si è pervenuti a conclusione del processo intellettuale; che, perché l'atto sia veramente umano, occorre che la *deliberatio* sia anche libera, imputabile cioè all'uomo che non sia costretto, da condizionamenti interni, a prendere certe decisioni, non solo quando manchi la volontà, ma anche quando essa sia fortemente colpita⁴⁹. Una delle cause che possono colpire la discrezione di giudizio nel suo elemento volitivo è la immaturità affettiva che si manifesta attraverso un bisogno eccessivo di protezione, la mancanza di autonomia, la dipendenza esagerata nei confronti del padre e della madre, la limitazione dell'interesse alla propria persona (narcisismo, egocentrismo) determina uno stato di insicurezza, di ansia, di depressione, uno scarso controllo emotivo con fenomeni di ipersensibilità, instabilità di

⁴⁷ P. BIANCHI, *Il difetto di discrezione di giudizio*, cit., loc. cit., pp. 123-124.

⁴⁸ Vedi le sentenze rotali citate da L. GULLO, *Defectus usus rationis et discretionis iudicii*, cit., loc. cit., p. 17, nota 32.

⁴⁹ L. GULLO, *Defectus usus rationis et discretionis iudicii*, cit., loc. cit., pp. 17-18.

giudizio, di decisione, mancanza di equilibrio, debolezza di volontà, apatia, ecc. (spicasteria)⁵⁰.

3. *La presunzione dell'infermità mentale in actu matrimonii. Accenno ai lucidi intervalli e la difficoltà della giurisprudenza rotale ad ammetterli. La debolezza mentale. Nel n. 2 il can. 1095 parla non di discrezione di giudizio in senso assoluto, ma riferita ai diritti obblighi essenziali del matrimonio. La tesi secondo cui nelle difficoltà psichiche superiori, intelletto e volontà, la facoltà intellettuale e quella volitiva sono inseparabili secondo la filosofia tomistica*

Se si considera la giurisprudenza in materia di incapacità relative al settore cognitivo, il primo caso è quello dell'incapacità per mancanza di sufficiente uso di ragione (can. 1095, n.1), il quale non comprende solo classiche fattispecie come quella della *amentia habitualis*, ma tutti i casi in cui manchi, per ragioni permanenti o transeunti, la capacità contrattuale delle parti⁵¹. Si afferma che con questa formula, assai generica e indeterminata, si sono voluti probabilmente designare quei casi di più grave alterazione delle facoltà psichiche, che rendono il soggetto, incapace di intendere e di volere, non in grado di determinarsi in modo cosciente e libero nei confronti della normale attività richiesta dalla vita di relazione; d'altra parte, non occorre che tale incapacità sia assoluta e totale, ma soltanto "insufficiente", tale cioè da non consentire al soggetto un adeguato uso delle facoltà intellettive e volitive⁵². Rientrano in questa categoria sia coloro che non hanno mai raggiunto per ragioni patologiche un sufficiente uso di ragione, ad es. gli oligofrenici, i portatori della sindrome di Down o coloro che sono affetti da una grave malattia mentale, come la schizofrenia, la psicosi, la paranoia, la psicosi maniaco-depressiva⁵³,

⁵⁰ L. CHIAPPETTA, *Il matrimonio nella nuova legislazione*, cit., p. 205.

⁵¹ Vedi *coram* Stankiewicz del 21 gennaio 1982, in *Mon. Eccl.*, 107(1982), pp. 121-153; *coram* Ragni dell'11 ottobre 1982, in *Mon. Eccl.* 108(1983), pp. 254-268. In dottrina, vedi A.P. TAVANI, *L'incapacità a contrarre matrimonio: il can. 1095 nn. 1-2*, in *Il matrimonio nel diritto canonico e nella legislazione concordataria italiana*, Atti del Congresso Nazionale di Martina Franca, Mottola 2003, p. 112.

⁵² P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova 1998, p. 105.

⁵³ L. MUSSELLI, *I disturbi cognitivi e la loro valutazione canonistica*, cit., loc. cit., p. 142. Vedi anche F.R. AZNAR GIL, *El nuevo derecho matrimonial canonico*, Salamanca 1985, p. 319; Th. P. DOYLE, *Commentary on the can. 1095*, in AA. VV., *The code of canon law. A text and commentary*, New York - Mahwah 1985, p. 776; J.F. CASTAÑO, *Il sacramento del matrimonio*, Roma 1994, pp. 325-327; A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio de derecho matrimonial canónico*, Madrid 1994, p. 128; F. FINOCCHIARO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Bologna 2001, p. 75; P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 50; M. LÓPEZ ALARCÓN - R. NAVARRO VALLS, *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*, Madrid 2001, pp. 181 ss.; F.R. AZNAR GIL, *Derecho matrimonial canónico*,

sia coloro che non abbiano uso di ragione a causa di alterazioni delle facoltà mentali di carattere contingente e transitorio dovute ad uso di alcool o di sostanze stupefacenti, ecc.⁵⁴.

Non è qui il caso di insistere sul principio giurisprudenziale, secondo cui, una volta provata l'infermità mentale antecedente e susseguente al matrimonio si presume che essa era esistente anche *in actu matrimonii*.

È da tener presente che molto spesso i disturbi mentali si manifestano soltanto dopo le nozze, durante la vita matrimoniale, ma, mentre gli psichiatri individuano una prima fase latente della malattia che ha radici lontane prima che si manifesti, la giurisprudenza è molto prudente e contraria ad ammettere una retrodatazione della malattia mentale⁵⁵.

A proposito dei lucidi intervalli, che possono ridare al soggetto un'apparente capacità sul piano cognitivo, la prevalente giurisprudenza ritiene che, durante tali situazioni, la capacità non si presume, per cui il soggetto, normalmente sprovvisto della capacità di intendere e di volere sufficiente, deve considerarsi, salvo prova contraria, incapace anche in caso di remissione temporanea⁵⁶.

La legge, in conclusione, non richiede l'uso della ragione nella sua pienezza, limitandosi a pretendere un uso sufficiente della stessa per cui sarà possibile vedere, di volta in volta, che influenza abbia avuto il difetto di cognizione o di volontà sul consenso matrimoniale, perché, nonostante la situazione, è possibile che il soggetto sia in grado di usare in modo sufficiente la ragione⁵⁷. Afferma Giovanni Paolo II che solo le forme più gravi di psicopatologia arrivano ad intaccare la libertà sostanziale della persona⁵⁸, ragion per cui la giurisprudenza rotale afferma che l'isteria è rilevante solo se il matrimonio sia

vol. II: cánones 1057; 1095-1107, Salamanca 2002, p. 50 ss.; E. VITALI-S. BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, Milano 2003, p. 62 ss.

⁵⁴ Cfr. per tutti P. MONETA, *Il matrimonio nel diritto canonico*, cit., p. 107; L. MUSSELLI, *I disturbi cognitivi*, cit., loc. cit., p. 142. In giurisprudenza cfr. la sentenza *coram* Burke, *Omanem*. n.m., del 2 dicembre 1993, in *Mon. Eccl.* 123 (1998), pp. 36-51. Vedi G. CANALE, *Disturbi correlati all'assunzione e alla dipendenza da sostanze stupefacenti e la loro valutazione canonistica*, in AA.VV., *Incapacità di intendere e di volere*, cit., p. 149 ss.

⁵⁵ P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, cit., p. 107.

⁵⁶ P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, cit., p. 106; L. MUSSELLI, *I disturbi cognitivi*, cit. loc. cit., p. 142; M. LÓPEZ ALARCÓN-R. NAVARRO VALLS, *Curso de derecho matrimonial*, cit., p. 184; F.R. AZNAR GIL, *Derecho matrimonial canónico*, cit., p. 56. In giurisprudenza vedi S.R.R.D., *coram* Grazioli, 24 aprile 1931, vol. XXIII, dec. 19; *coram* Jullien, 5 luglio 1947, vol. XXXIX, dec. 50; *coram* Felici, 15 febbraio 1955, vol. XLVII, dec. 33; *coram* Lefebvre, 19 dicembre 1959, vol. LI, dec. 185.

⁵⁷ F. FINOCCHIARO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, cit., p. 76.

⁵⁸ Allocuzione alla Rota Romana del 25 gennaio 1988, in *Communicationes*, 1988, p. 72.

stato celebrato in preda a gravi impulsi isterici⁵⁹, e altrettanto afferma in casi di epilessia⁶⁰. Perciò si sostiene in dottrina che, se la infermità mentale non incide nel contraente con la gravità sufficiente a privarlo dell'uso di ragione, essa non costituirà causa di incapacità a norma del can. 1095, n.1, perché "il debole di mente" possiede sufficiente uso di ragione per contrarre matrimonio, dato che la infermità produce solo il risultato di alterare, diminuire in modo permanente o in modo temporaneo la capacità naturale senza eliminarla completamente, come avviene tanto nell'*amentia* quanto nella *mentis exturbatio*⁶¹. La stessa giurisprudenza conclude che la debolezza mentale così concepita non esclude la capacità a consentire al matrimonio⁶².

Se si vuole sottolineare poi la differenza tra l'*usus rationis* del n. 1 e la *discretio iudicii* del n. 2 riguardanti il can. 1095, si è da taluno posto in risalto l'esistenza di due tesi contraposte in dottrina: la prima è quella che sostiene che, mentre la mancanza dell'*usus rationis* colpirebbe l'intera attività psichica del soggetto, il quale si troverebbe in una situazione di *amentia*, al contrario, la mancanza di *discretio iudicii* comporterebbe uno stato di *dementia*, cioè di una situazione in cui la psiche è colpita soltanto in determinate attività (*insania circa unum*)⁶³. La seconda tesi, invece, sostiene che con l'*usus rationis* il soggetto percepisce il matrimonio in astratto, per cui secondo il n. 1 del can 1095 si avrebbe una incapacità a comprendere in astratto il matrimonio nelle sue linee essenziali, mentre la *discretio iudicii* non è altro che la capacità del soggetto di formulare un giudizio pratico sui doveri matrimoniali, per cui secondo il n. 2 del detto canone, si avrebbe l'incapacità a prestare un valido consenso da parte del nubente che, pur conoscendo astrattamente quali sono i diritti e i doveri che nascono dal matrimonio, presenta peculiari insufficienze sia riguardo all'elemento intellettuale, in cui il soggetto non è in grado di valutare concretamente i diritti e i doveri che scaturiscono dal matrimonio, sia riguardo all'elemento volitivo in ordine al quale il soggetto non è in grado di scegliere liberamente detti diritti e doveri⁶⁴.

⁵⁹ S.R.R.Decis., *coram* Huot, 29 gennaio 1981, in *Il dir. eccl.*, 1981, II, p. 480 ss.

⁶⁰ S.R.R.Decis., *coram* Fiore, 27 maggio 1981, *ibidem*, p. 348 ss.; *coram* Egan, 20 gennaio 1983, *ibidem*, II, pp. 250 ss.; *coram* Pinto, 25 febbraio 1983, *ibidem*, 1984, II, p. 376 ss.

⁶¹ M. LÓPEZ ALARCÓN-R. NAVARRO VALLS, *Curso de derecho matrimonial*, cit., p. 185.

⁶² S.R.R.Decis., *coram* Brennan, 25 luglio 1956, vol. XLVIII, dec. 179; *coram* Sabattani, 24 febbraio 1961, vol. LIII, dec. 29; *coram* Bejan, 14 marzo 1964, vol. LVI, dec. 37.

⁶³ Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Milano 1974, p. 204; *Idem*, *Il matrimonio dopo il Concilio*, cit. p. 195 ss.; R.L. BURKE, *Grave difetto di discrezione di giudizio*, cit., loc. cit., pp. 139-154.

⁶⁴ A. STANKIEWICZ, *Il contributo della giurisprudenza rotale al "defectus usus rationis et discretionis*

Si afferma che il secondo numero del can. 1095 delinea una forma di incapacità più specificatamente riferita al matrimonio, e riguarda quelli che difettano gravemente di discrezione di giudizio circa i diritti e i doveri matrimoniali essenziali da dare e da accettare reciprocamente; che non può dubitarsi che con questa accezione il legislatore si sia riferito a persone che non presentano carenze particolarmente vistose nella normale attività di relazione e che, pur risultando spesso normalmente inserite nella vita sociale e professionale, non posseggono un grado sufficiente di consapevolezza e libertà di fronte agli obblighi fondamentali del matrimonio; che a questo proposito vengono in considerazione casi di personalità psicopatiche, nevrotiche, psicasteniche, isteriche, affette da immaturità psichica o affettiva, od anche incorse in situazioni contingenti che possono produrre nel soggetto stati di conflittualità, di grande indecisione, di estrema ansietà, che mal si conciliano con quella responsabile consapevolezza, con quell'equilibrio delle facoltà psichiche necessario per esprimere un consenso matrimoniale veramente idoneo a dare vita ad un impegno destinato a durare in perpetuo⁶⁵.

È da rilevare che il can. 1095, n. 2 anzicchè di maturità, parla di “discrezione di giudizio”, e ciò con motivata ragione, nel senso che, se è vero che nel linguaggio canonistico si fa promiscuamente uso dei due termini, è altrettanto opportuno riconoscere la maggiore esattezza e il significato più pertinente del secondo, in quanto l'uso del termine “discrezione di giudizio” non implica il raggiungimento di una maturità piena⁶⁶. Il che è confermato da chi osserva che nella giurisprudenza come sinonimo di “discrezione di giudizio” è adottato il termine “maturità di giudizio”, ma la prima formula è preferita dal Codice perché l'espressione “maturità” potrebbe insinuare che il giudizio valutativo richieda nei nubendi una conoscenza perfetta ed esaustiva di ciò che può implicare la vita coniugale, e una libertà interiore in sommo grado; mentre l'uso del termine “discrezione di giudizio” denota meglio il senso relativo della medesima esigenza⁶⁷. Si precisa che, anche dove è fatto uso della parola “maturità”, si è sempre avvertito trattarsi di nozione relativa, per cui molto

iudicii”. *Gli ultimi sviluppi e le prospettive nuove*, in AA.VV., *L'incapacità di intendere e di volere nel diritto matrimoniale canonico (can. 1095 nn. 1-2)*, Lev, Città del Vaticano 2000, pp. 271-294. Sull'argomento cfr. E. VITALI-S. BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, cit., loc. cit., pp. 64-65. Vedi anche A.P. TAVANI, *L'incapacità a contrarre*, cit., loc. cit., p. 115 ss.

⁶⁵ P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, cit., pp. 107-108.

⁶⁶ F.M. POMPEDDA, *Il consenso matrimoniale*, in Grochowski - Pompedda - Zaggia, *Il matrimonio nel nuovo codice di diritto canonico*, Padova 1984, p. 46.

⁶⁷ A. ABATE, *Il consenso matrimoniale nel nuovo codice di diritto canonico*, in *Apollinaris* 59 (1986), p. 456; J.F. CASTAÑO, *Il sacramento del matrimonio nel suo soggetto*, cit., p. 334.

opportunamente il can. 1095, n. 2 non parla di discrezione in senso assoluto, ma la riferisce agli *iura et officia matrimonialia*: il che vuol dire qualcosa in più in ordine ad un discernimento richiesto nelle cose ordinarie della vita di ogni giorno, ed insieme qualcosa di meno di ciò che potremmo trovare nella mente di una intelligenza superiore e di perfetto equilibrio affettivo⁶⁸. Si osserva che pertanto si tratta soprattutto di rilevare il carattere relativo di tale incapacità: relatività intrinseca in quanto attiene allo stesso difetto, ed estrinseca per ciò che, invece, concerne l'oggetto⁶⁹.

La giurisprudenza rotale sottolinea il ruolo essenziale della "facoltà critica", che non è altro se non la facoltà di giudicare e ragionare, di affermare o negare un fatto rispetto ad un altro e da dedurre da un giudizio altri nuovi giudizi⁷⁰. Si afferma, infatti, che non basta che il contraente conosca astrattamente e teoricamente gli obblighi essenziali del matrimonio, ma è necessario che egli sia in grado di valutarli concretamente⁷¹.

È da sottolineare il fatto che l'interpretazione giurisprudenziale del difetto del "sufficiente uso di ragione", specialmente dopo il nuovo Codice, si effettua prevalentemente sullo sfondo del "grave difetto di discrezione di giudizio", poiché in queste due forme di incapacità vengono coinvolte direttamente le stesse facoltà psichiche intellettive e volitive; che anzi l'argomentazione delle sentenze rotali dimostra talvolta il passaggio dalla prima forma di incapacità all'altra forma⁷².

Nelle facoltà psichiche superiori, intelletto e volontà, secondo i principi della filosofia tomistica non possono essere distinte diverse facoltà, ma soltanto diversi aspetti o modi della loro attività; difatti esiste soltanto la facoltà intellettiva e quella volitiva⁷³, i cui atti non sono due entità separabili e chiuse in se stesse, nel senso che un atto umano concreto è nello stesso tempo giudizio voluto e volere giudicato⁷⁴. Il concetto di *discretio iudicii* implica come primo elemento la facoltà intellettiva e la giurisprudenza tende a mettere a

⁶⁸ M.F. POMPEDDA, *Il consenso matrimoniale nel suo soggetto*, cit., loc. cit., p. 14.

⁶⁹ M.P. POMPEDDA, *Il consenso matrimoniale nel suo soggetto*, cit. loc. cit., p. 15.

⁷⁰ S.R.R.Decis. *coram* Felici del 3 dicembre 1957, vol. XL, dec. 56; *coram* Pinna del 21 marzo 1959, vol. LI, dec. 56; *coram* Sabattani del 24 febbraio 1961, vol. LIII, dec. 29; *coram* Lefebvre dell'8 luglio 1967, vol. LIX, dec. 130; *coram* Bejan del 25 ottobre 1972, vol. LXIV, dec. 245.

⁷¹ P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, cit., p. 109.

⁷² A. STANKIEWICZ, *Il contributo della giurisprudenza rotale al "defectus usus rationis et discretionis iudicii. gli ultimi sviluppi e le prospettive nuove*, cit. loc. cit., p. 280.

⁷³ J. DE FINANCE, *Saggio sull'agire umano*, Città del Vaticano 1992, p. 201.

⁷⁴ *Coram* Serrano del 10 febbraio 1994, in A.R.R.T., vol. LXXXVI, p. 97. Vedi A. STANKIEWICZ, *Il contributo della giurisprudenza rotale*, cit., loc., cit., p. 287.

fuoco il concetto del “grave difetto” dovuto alle disfunzioni sia delle facoltà intellettive nell’accezione tradizionale, ossia della facoltà conoscitiva, critica ed estimativa, sia delle facoltà volitive, che intaccano la “libertà di scelta”⁷⁵.

In effetti, dalla facoltà conoscitiva, critica ed estimativa, viene distinta la facoltà volitiva, cioè la capacità di determinarsi liberamente, anche se non è possibile scindere nettamente, data l’unitarietà propria della psiche umana, l’aspetto intellettuale da quello volitivo tra cui esistono indubbie influenze⁷⁶.

Si afferma che la mancanza di libertà interna è qualcosa che è intrinseca alla persona umana e che, in base alla causa da cui proviene, la mancanza di libertà psicologica interna si divide in due specie: mancanza di libertà psicologica interna e mancanza di libertà psicologica esterna, che proviene dal timore prodotto da fattori esterni rispetto alla persona che subisce il timore⁷⁷. Si rileva che la mancanza di libertà interna proviene da fattori psichici interni alla propria persona e possono essere cause abituali (patologiche o non patologiche) o circostanze occasionali e passeggero coattive che non siano quelle che qualificano il timore come estrinseco; che tra le perturbazioni patologiche rapportate alla mancanza di libertà interna, la giurisprudenza ha considerato le idee deliranti e paranoiche, le personalità psicopatiche, compresa l’epilessia e le anomalie sessuali, laddove tra le circostanze occasionali e passeggero che possono sfociare nella mancanza di libertà interna, si possono menzionare i casi di gravidanza prematrimoniale, il timore intrinseco, i bombardamenti, le persecuzioni, ecc.⁷⁸.

È da ricordare che la dottrina classica riduceva la discrezione di giudizio alla facoltà intellettuale conoscitiva, per cui anche se riconosceva l’intervento della volontà nella formazione del consenso, prestava poca attenzione all’enorme gamma di condizionamenti di tale facoltà⁷⁹. La verità è che quella dottrina e la giurisprudenza meno recente ritenevano la tesi secondo cui “*ubi intellectus, ibi voluntas*”, nel senso che soltanto una malattia dell’intelletto poteva provocare il difetto della volontà e della libertà interna⁸⁰.

⁷⁵ *Coram* Sabattani del 24 febbraio 1961, in A.R.R.T., vol. LIII, p. 118, n. 4.

⁷⁶ P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, cit., p. 109.

⁷⁷ JJ. GARCIA FAÏLDE, *La libertà psicologica e il matrimonio*, in AA.VV., *L’incapacità di intendere e di volere*, cit., p. 42.

⁷⁸ JJ. GARCIA FAÏLDE, *La libertà psicologica*, cit. loc. cit., p. 42.

⁷⁹ Per tutti, vedi P. GASPARRI, *Tractatus de matrimonio*, Città del Vaticano 1932, p. 11.

⁸⁰ S.R.R.Decis., *coram* Massimi, 30 luglio 1931, vol. XXIII, p. 274; *coram* Heard, 5 giugno 1941, vol. XXXI, p. 490; *coram* Lefebvre, 8 luglio 1967, vol. LIX, p. 563. Una *coram* Wynen del 27 febbraio 1937, in S.R.R. Secis., vol. XXXIX, p. 171, n. 4, rafforzava tale principio in modo particolare.

In conclusione la dottrina e la giurisprudenza negavano che sussistano disturbi psicopatologici che colpiscono esclusivamente la volontà, togliendole la sua capacità di porre l'atto di scelta e lasciando intatta la capacità dell'intelletto di procedere all'atto di deliberazione, mentre la più recente giurisprudenza ammette il principio che non si può parlare di libertà dove non esiste sufficiente deliberazione e simultaneamente ritiene che la libertà può mancare, anche se c'è sufficiente deliberazione per altre cause, cioè perché talune malattie psichiche intaccano soltanto la facoltà volitiva fino al punto di non essere più libera, lasciando invece indenni le facoltà intellettive, che cioè sono in grado di garantire sia "l'uso sufficiente di ragione" sia "la sufficiente discrezione di giudizio"⁸¹. In altre parole, come vedremo più innanzi, negli anni 70-80 il principio *ubi intellectus ibi voluntas et viceversa* non è più tassativo e prevalente, con la conseguenza che qualche autore afferma che si potrebbe individuare un capo autonomo di nullità costituito soltanto dall'incapacità di volere, cioè della mancanza di libertà interna non proveniente dalla mancanza di deliberazione⁸². E alcune sentenze hanno dichiarato che consta della nullità del matrimonio per il capo di "grave difetto di discrezione di giudizio", perché c'era la certezza che i disturbi psichici dello sposo, sebbene non incidessero sulla sua facoltà intellettiva, tuttavia compromettevano il suo equilibrio affettivo e volitivo in modo tale che gli impedivano di autodeterminarsi al matrimonio con libertà interiore⁸³.

⁸¹ J.J. GARCIA FAÍLDE, *La libertà psicologica*, cit. loc. cit., p. 44.

⁸² Secondo F.M. POMPEDDA, *Il difetto della discrezione di giudizio*, in *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales*, XIV, Salamanca 1998, p. 78, fra queste malattie vanno incluse le neurosi e le personalità psicopatiche, le perturbazioni dell'affettività, ecc. anche trattandosi di persone colte e molto capaci di riflettere e deliberare.

⁸³ *Coram* Civili del 21 febbraio 1991, in A.R.R.T., vol. LXXXIII, p. 115; *coram* Stankiewicz del 28 maggio 1991, ibidem, p. 345; *coram* Giannecchini del 4 ottobre 1991, ibidem, p. 521; *coram* Pompedda del 14 novembre 1991, ibidem, p. 728; *coram* Stankiewicz del 23 dicembre 1995, in *Mon. Eccl.*, vol. 122, p. 175.

4. *Il criterio statico e quello dinamico formulati dalla giurisprudenza rotale al fine di valutare il grado minimo di capacità psichica per la validità del matrimonio. Il primo criterio prende in considerazione le persone dei contraenti, laddove il secondo sottolinea il concetto di discreto iudicii matrimonio proportionata. Il principio ubi intellectus ibi voluntas, a partire dall'anno 1970, non è più sostenuto in maniera decisa*

Se si guardano le sentenze emesse dall'anno 1909 fino all'anno 1969 le cause di nullità venivano di solito trattate *ob defectum consensus* oppure *ob amentiam*⁸⁴. Si distingueva, come abbiamo visto, l'*amentia*, intesa come *deordinatio mentalis circa omnia*, dalla *dementia* concepita come *deordinatio mentalis circa unum*⁸⁵.

È stato osservato che, con questo significato, il binomio *amentia-dementia* venne assunto come un comodo punto di incontro fra il diritto e la medicina legale, perché si prescindeva dalle cause, dalla natura della malattia e anche della sua manifestazione, quindi da tutto ciò che poteva essere rilevante dal punto di vista strettamente medico⁸⁶. E si è anche rilevato che la scelta fatta nel Codex piano-benedettino del 1917 in favore della terminologia legale, ristretta nel campo matrimoniale alla sola *amentia*, ha favorito certamente l'uso di questo ultimo termine nella giurisprudenza rotale⁸⁷; che la causa efficiente del matrimonio veniva individuata nel consenso, il quale non poteva essere che *deliberatus*, cioè frutto della ragione e della volontà; che il presupposto del consenso veniva individuato nelle due facoltà superiori della persona, cioè la razionalità e la volontà; che, dal punto di vista operativo, si dava precedenza all'intelletto, senza però trascurare l'operato della volontà, per la quale si esigeva la necessaria libertà⁸⁸.

Già nelle prime sentenze della Rota Romana, emanate dopo la promulgazione del Codex del 1917, questi concetti si trovavano enucleati⁸⁹. E la stessa

⁸⁴ S.R.R.Decis., *coram* Lefebvre dell'1 maggio 1969, vol. LXI, p. 230, n. 1; *coram* Ewers del 26 maggio 1962, vol. LIX, p. 302, n. 2.

⁸⁵ S.R.R.Decis., *coram* Prior del 10 luglio 1909, vol. I, p. 87, n. 3; *coram* Many dell'11 agosto 1913, vol. V, p. 563; n. 2; *coram* Rossetti del 10 maggio 1921, vol. XIII, p. 87, n. 2; *coram* Lefebvre del 20 ottobre 1966, vol. LVIII, p. 718, n. 2.

⁸⁶ A. STANKIEWICZ, *L'incapacità psichica nel matrimonio: terminologia, criteri*, in *Apollinaris*, 53 (1980), p. 52 ss.

⁸⁷ G. ERLEBACH, *Defectus usus rationis et discretionis iudicii (can. 1095 nn. 1-2). Il contributo della giurisprudenza rotale: dagli inizi agli anni sessanta*, in AA.VV., *L'incapacità di intendere e di volere*, cit., loc. cit., p. 222.

⁸⁸ G. ERLEBACH, *Defectus usus rationis*, cit., loc. cit., pp. 222-223.

⁸⁹ S.R.R.Decis., *coram* Prior del 10 luglio 1909, vol. I, p. 87, n. 2; *coram* Sebastianelli del 9 aprile

giurisprudenza finì per elaborare criteri più specifici per valutare il grado minimo di capacità psichica per una valida celebrazione del matrimonio, prospettando la distinzione tra due angolazioni diverse, qualificate come “criterio statico” e “criterio dinamico”⁹⁰. Il primo criterio, quello statico, prende in considerazione la persona del contraente in quanto tale, ossia nelle due facoltà superiori, laddove il secondo criterio, quello dinamico, riconduce le stesse facoltà al matrimonio da celebrare, sottolineando il concetto di *discretio iudicii matrimonio proportionata* e in questa prospettiva venne elaborato il concetto di discrezione di giudizio di cui si tratta nell’attuale canone 1095, n. 2⁹¹. Del resto già San Tommaso, per quanto riguarda la capacità necessaria per il matrimonio, richiedeva il raggiungimento dell’effettiva pubertà perché, oltre alla *dispositio ex parte usus rationis* richiedeva anche quella *ex parte corporis*, ritenuta presente all’età di 14 anni nei soggetti di sesso maschile e di 12 anni nei soggetti di sesso femminile, in base al criterio della *inclinatio naturae*⁹². Se, peraltro, la giurisprudenza inizialmente applicava rigidamente il criterio statico, già qualche sentenza osservava che “*consensus vel defectus ad consentiendum... certe non confundendus est cum defectu debitae discretionis perché discretio addit supra usum rationis maturitatem iudicii contractui proportionatam*”⁹³, iniziando un cammino che finiva poi per sostenere la insufficienza del criterio statico, favorendo l’applicazione della *discretio iudicii matrimonio proportionata*⁹⁴. Così il criterio dinamico veniva applicato successivamente da altre importanti sentenze⁹⁵ alle diverse specie di malattie mentali, anche se

1910, vol. II, p. 145, n. 2; *coram* Sebastianelli del 23 marzo 1914, vol. VI, p. 143, n. 2; *coram* Prior del 15 maggio 1915, vol. VII, p. 217, n. 2; *coram* Many del 27 giugno 1916, vol. VIII, p. 205, n. 3; *coram* Sebastianelli del 7 gennaio 1918, vol. X, p. 2, n. 2; *coram* Sincero del 23 dicembre 1918, vol. X, p. 143, n. 2; *coram* Grazioli del 25 giugno 1926, vol. XVIII, p. 214, n. 3.

⁹⁰ Vedi A. STANKIEWICZ, *L'incapacità psichica nel matrimonio*, cit., pp. 54-58.

⁹¹ G. ERLEBACH, *Defectus usus rationis*, cit., loc. cit., p. 224.

⁹² S. TOMMASO, IV *Sent.*, dist. XXVII, q. 1, a.5, ad 1.

⁹³ S.R.R.Decis., *coram* Sincero del 28 agosto 1911, vol. III, p. 450, n. 42.

⁹⁴ Vedi la *coram* Prior del 14 novembre 1919, in S.R.R.Decis., vol. XI, p. 174, con la quale, da una parte, il criterio della necessaria discrezione di giudizio venne esteso alle fattispecie delle malattie mentali, e, dall’altra, venne affermato nello stesso tempo l’insufficienza del criterio statico. Non è peraltro da sottacere il fatto che in un’altra sentenza del 27 luglio 1920 (vol. XII, p. 204, n. 2) lo stesso Prior ha ridimensionato la sua tesi, affermando che si doveva fare ricorso al tradizionale criterio statico, qualora si fosse trattato di coloro che sono afflitti da una piena e assoluta disgregazione della mente.

⁹⁵ S.R.R.Decis., *coram* Florczak del 29 giugno 1923, vol. XV, p. 128, n. 3; *coram* Parillo del 16 febbraio 1928, vol. XX, pp. 58-71, nn. 2-20: certamente il merito di quest’ultima sentenza è di avere messo in risalto le funzioni proprie dell’intelletto e della volontà (*deliberatio intellectus e deliberatio voluntatis*).

in genere la giurisprudenza rotale continuava ancora ad applicare il criterio statico senza neanche discutere la questione della discrezione di giudizio nelle cause in cui si concludeva con un *non constare de nullitate matrimonii*⁹⁶.

È stato affermato che la migliore conoscenza scientifica di certe malattie psicosessuali fece sì che un importante settore della giurisprudenza 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 e in questo ridimensionamento del sistema matrimoniale canonico trova un posto centrale l'accettazione del criterio dinamico di capacità, che fu esplicitamente formulato in una decisione *coram* Sabattani del 24 febbraio 1961: «*Unica mensura sufficientis consensus est discretio iudicii matrimonio proportionata*»⁹⁷; che l'evolversi del criterio dinamico in questi ultimi decenni, mostra chiaramente che esso ha adempiuto il ruolo di unificare tutte le norme di capacità matrimoniale⁹⁸.

In sostanza, deve ritenersi che tra la fattispecie prevista nel n.1 del can. 1095 e quella regolata dal n. 2 dello stesso canone vi è una indubitabile distinzione, essendo esse perfettamente autonome e riguardando ipotesi che attengono a fenomeni diversi attinenti alle facoltà superiori che vengono particolarmente e specificatamente evidenziate nel n. 2 del can. 1095 in cui il grave difetto di discrezione di giudizio riguarda l'elemento intellettuale, prima di tutto, e successivamente quello volitivo, nel senso che è stato ritenuto che, a proposito dell'intelletto, affermata la distinzione tra la funzione conoscitiva o speculativa e quella puramente ponderativa o estimativa, deve ritenersi che non è sufficiente la prima (*simplex usus rationis*), essendo necessaria anche l'altra in modo che il soggetto possa arrivare ad un *iudicium practicum* con cui l'intelletto compie una valutazione circa l'opportunità concreta di contrarre il matrimonio⁹⁹; e a proposito della volontà deve ritenersi che essa viene ritenuta sufficientemente matura per il matrimonio quando sia in grado di compiere l'elezione, in particolare di scegliere un oggetto fra i diversi possibili, presupp-

⁹⁶ Cfr. le sentenze citate da G. ERLEBACH, *Defectus usus rationis*, cit., loc. cit., p. 228, nota 43.

⁹⁷ S.R.R.Decis., vol. LIII, p. 118, n. 4: lo stesso Sabattani spiega successivamente la protata di questo principio (*L'evolution de la jurisprudence dans les causes de nullité du mariage pour incapacité*, in *Studia canonica*, 1 (1967), pp. 143-161). Una importanza fondamentale sul problema aveva avuto in precedenza la *coram* Wynen del 25 febbraio 1941 (vol. XXXIII, pp. 144-168) laddove si affermava: «*nullatenus sufficere merum usum rationis ad valide ponendum consensum matrimonialem ... sed insuper requiri discretionem et maturitatem iudicii quae contractui matrimoniali ineundo proportionata sit*» (p. 151, n. 11), nonché la *coram* Felici del 3 dicembre 1957 (vol. XLIX, p. 788, n. 3).

⁹⁸ J. CARRERAS, *L'antropologia e le norme di capacità per celebrare il matrimonio (I precedenti remoti del canone 1095 c.j.c. 83)*, in *Jus Ecclesiae* 1992, IV, 1, pp. 104-107.

⁹⁹ S.R.R.Decis., *coram* Pasquazi dell'8 luglio 1958, vol. L, p. 427, n. 3.

ponendo che i nubenti abbiano una sufficiente libertà interna¹⁰⁰. Si poneva poi la giurisprudenza il problema se l'intelletto possa rimanere integro, se la volontà sia in qualche modo compromessa e, se alcune sentenze rotali ritenevano dovesse risponderci a ciò negativamente¹⁰¹, altre decisioni davano al problema risposta affermativa¹⁰².

La giurisprudenza rotale successivamente ha compiuto nuovi progressi e le diverse fattispecie di incapacità vengono ad assumere una loro autonoma fisionomia, specie quando viene messo in crisi il principio *ubi intellectus ibi voluntas*¹⁰³.

Si è rilevato che nei decenni antecedenti agli anni 70-80, dal concetto di *amentia* o *dementia*, nel contesto delle anomalie psichiche si passa a determinare anche il concetto tecnico-giuridico di difetto di discrezione di giudizio, con riferimento all'atto consensuale, richiedendosi, oltre alla conoscenza astratta del negozio matrimoniale, anche e soprattutto quella conoscenza critica o estimativa o quel *iudicium practicum*, come unico parametro del consenso matrimoniale; che il criterio della discrezione di giudizio proporzionata al matrimonio per la valida celebrazione, consolidatosi negli anni passati, viene ancora applicato negli anni 1970-1980, ma non alla luce della vecchia concezione statica del matrimonio, bensì alla luce della concezione dinamica, capace cioè di considerare non solo l'istituto matrimoniale preso in sé, ma anche le persone che dovevano impegnarsi quali protagoniste nella relazione intima di vita e di amore coniugale prospettata dal Concilio Vaticano II¹⁰⁴. Si è osservato che la tesi secondo cui l'assise conciliare ha cambiato la natura del matrimonio con la Costituzione *Gaudium et Spes*, in quanto all'essenza del matrimonio sarebbe stata aggiunta la comunione di vita e di amore¹⁰⁵; tesi respinta da una *coram* De Jorio del 17 dicembre 1981¹⁰⁶, e sostenuta, invece, da una *coram* Pompedda del 19 febbraio 1982¹⁰⁷, secondo cui, oltre allo *jus in corpus*, occorre

¹⁰⁰ S.R.R.Decis., *coram* Palazzini del 27 aprile 1966, vol. LVIII, p. 251, n. 5.

¹⁰¹ S.R.R.Decis., *coram* Wynen del 27 febbraio 1937, vol. XXIX, p. 171 ss., n. 4; *coram* Pinna del 21 dicembre 1959, vol. LI, p. 623, n. 2.

¹⁰² S.R.R.Decis., *coram* Filipiak dell'11 aprile 1964, vol. LVI, p. 263, n. 2; *coram* Lefebvre dell'8 luglio 1967, vol. LIX, p. 563, n. 29; *coram* Bejan del 23 luglio 1969, vol. LXI, p. 874, n. 4.

¹⁰³ E. TURNATURI, *Defectus usus rationis et discretionis iudicii* (can. 1095, nn. 1-2). *Il contributo della giurisprudenza rotale: anni 70-80*, in *L'incapacità di intendere e di volere*, cit., pp. 236-237.

¹⁰⁴ E. TURNATURI, *Defectus usus rationis et discretionis iudicii*, cit., loc. cit., p. 238.

¹⁰⁵ Vedi la *coram* Annè del 25 febbraio 1969, in S.R.R.Decis., vol. LXI, pp. 183-184.

¹⁰⁶ S.R.R.Decis., vol. LXIII, p. 633, n. 3.

¹⁰⁷ S.R.R.Decis., vol. LXXIV, p. 86, n. 3. In tal senso anche la *coram* Egan del 22 aprile 1982, vol. LXXIV, p. 205, n. 6.

considerare, come capo di nullità, l'incapacità di realizzare la *communio vitae*, e che, inoltre, prendeva anche consistenza il capo di nullità, già intuito in una *coram* Lefebvre del 18 gennaio 1969¹⁰⁸, definito quale incapacità di adempiere agli oneri coniugali, cioè di adempiere le obbligazioni conosciute¹⁰⁹. Che anzi, la sentenza *coram* Fagiolo del 23 gennaio 1970¹¹⁰, esplicitava come la triplice fattispecie, poi codificata nel can. 1095 del Codice giovanneo-paolino, non faceva altro che consacrare e positivizzare una serie di incapacità basate più che sul diritto positivo principalmente sul diritto naturale, e, quanto alla terza ipotesi, su cui ci soffermeremo in altra sede, si avrebbe una incapacità del consenso per impotenza morale.

Ma la questione cardine riguarda la dicotomia intelletto-volontà rigorosamente ammessa dalla giurisprudenza degli scorsi decenni e soprattutto da alcune sentenze rotali che affermavano sostanzialmente come la divisione fra facoltà intellettive e facoltà volitive deve escludersi in base ai principi filosofici e alla psicologia tomistica¹¹¹. Tuttavia la giurisprudenza rotale degli anni 1960 era già più favorevole ai principi della scienza psicologica e psichiatrica e una sentenza *coram* Rogers del 31 gennaio 1970¹¹² e un'altra *coram* Pompèdda del 27 giugno dello stesso 1970 affermavano decisamente la possibilità di scissione tra intelletto e volontà: si finisce, in altri termini, per riconoscere che, pur rimanendo integre in certi casi, le facoltà intellettive, possa essere intaccata la sola volontà¹¹³; insomma il principio *ubi intellectus ibi voluntas et viceversa* non è più sostenuto in maniera prevalente dalla giurisprudenza, tanto che la sentenza *coram* Pinto del 12 ottobre 1979 afferma: «*multi negant dari semper voluntas ubi adest intellectus*»¹¹⁴.

Che anzi, superata l'inscindibilità tra l'elemento intellettuale e l'elemento volitivo si guarda all'incapacità psichica dall'angolo visuale delle malattie che influiscono sulla volontà, ostacolandone la libera decisione al punto che il soggetto non possa agire con piena libertà interiore e si fa il caso di una personalità esitante, di persone afflitte da idee fisse e ansietà, da neurosi o psiconeurosi, da nevrosi ossessiva, da depressione o esaurimento, da complessi di inferiorità che

¹⁰⁸ In S.R.R.Decis., vol. LXI, p. 48, n. 2; *coram* Annè del 25 febbraio 1969, ibidem, p. 175, n. 3; *coram* Pompèdda del 6 ottobre 1969, ibidem, p. 1026, n. 4.

¹⁰⁹ E. TURNATURI, *Defectus usus rationis*, cit., loc. cit., pp. 239-240.

¹¹⁰ In S.R.R.Decis., vol. LXII pp. 70 ss.

¹¹¹ S.R.R.Decis., *coram* Wynen del 27 febbraio 1937, vol. XXIX, p. 172; *coram* Pinna del 21 dicembre 1959, vol. LI, p. 623, n. 2.

¹¹² S.R.R.Decis., vol. LXII, p. 113, n. 2.

¹¹³ S.R.R.Decis., *coram* Rogers del 20 ottobre 1973, vol. LXV, p. 712, n. 2 e n. 4.

¹¹⁴ In S.R.R.Decis., vol. LXXI, p. 442, n. 4.

si manifestano con segni di superbia e insolenza per non soccombere a terzi: casi in cui viene intaccata la necessaria libertà o libera elezione delle nozze¹¹⁵. Si afferma che «Plus le malade essaie de se contrôller, plus la contrainte s'accen-tue», con la conseguenza che «Il ne peut y avoir question d'une acte summis au contrôle de la raison e de la volonté»¹¹⁶.

Si stabiliva nella giurisprudenza che lo psicopatico è disturbato non nell'uso della ragione, ma «*turbatur in sese determinando*»¹¹⁷; che nell'ipotesi di una personalità esitante non sono compromesse le facoltà intellettive, ma può essere gravemente compromessa la volontarietà dell'atto¹¹⁸; che le idee fisse e l'asietà, che affliggono persone sane di mente, diminuiscono la volontarietà dell'atto¹¹⁹; che la neurosi o psiconeurosi non è vera malattia psichica, ma se grave può impedire la libera e consapevole decisione in quanto colpisce la facoltà volitiva¹²⁰.

E dalla dottrina si ritiene che in tanto si può parlare di una vera decisione o determinazione equivalente al consenso matrimoniale in quanto esiste una congrua deliberazione non solo come conseguenza del processo intellettuale quanto piuttosto come naturale conseguenza del processo volitivo; e che, oltre al fatto che la stessa dignità dell'atto umano esige, in quanto tale, di essere libero, il bene della libertà è intima esigenza del carattere personale del matrimonio, dato che con esso le persone si donano e si accettano scambievolmente, appunto, nella piena libertà, come segno della loro dignità¹²¹.

¹¹⁵ E. TURNATURI, *Defectus usus rationis*, cit. loc. cit., p. 256.

¹¹⁶ A. TERRUWE, *The Neurosis in the Light of Rational Psychology*, 1960, p. 197; cfr. G. MOGLIE, *Manuale di psichiatria*, 1940, pp. 452-454; M. GUZZANO, *Compendio di psichiatria*, 1956, pp. 152-156.

¹¹⁷ A.R.R.T., *coram* Bejan del 1 dicembre 1971, vol. LXIII, p. 9727, n. 6; *coram* Huot del 5 luglio 1973, vol. LXV, p. 540, n. 4; *coram* Di Felice del 3 luglio 1976, vol. LXVIII, p. 277, n. 3; *coram* Bruno del 27 marzo 1981, vol. LXXIII, p. 110, n. 5.

¹¹⁸ S.R.R.Decis., *coram* Annè del 31 gennaio 1970, vol. LXII, p. 101, n. 7; *coram* Fagiolo del 27 novembre 1970, vol. LXII, p. 1095, n. 4.

¹¹⁹ S.R.R.Decis., *coram* Pompèdda del 28 giugno 1971, vol. LXIII, p. 579, n. 4; *coram* Ewers del 19 gennaio 1980, vol. LXXII, p. 49, n. 6.

¹²⁰ S.R.R.Decis., *coram* Fiore dell'11 marzo 1981, vol. LXXIII, p. 147, n. 6. Cfr. anche la sentenza *coram* Annè del 31 gennaio 1970, vol. LXII, p. 98, n. 12; la *coram* De Jorio del 17 gennaio 1970, vol. LXII, p. 683, n. 5; la *coram* Bejan del 28 ottobre 1970, vol. LXII, p. 948, n. 6; la *coram* Annè del 31 gennaio 1970, vol. LXII, p. 98, n. 12; la *coram* De Jorio del 17 gennaio 1970, vol. LXII, p. 683, n. 5; la *coram* Bejan del 28 ottobre 1970, vol. LXII, p. 948, n. 6; la *coram* Annè del 26 gennaio 1971, vol. LXIII, p. 67, n. 2; la *coram* Bruno del 17 dicembre 1982, vol. LXXIV, p. 648, n. 4.

¹²¹ E. TURNATURI, *Defectus usus rationis*, cit. loc. cit., p. 261. Del resto si legge: «I protagonisti dell'alleanza matrimoniale sono un uomo e una donna battezzati, liberi di contrarre il matrimonio e che esprimono liberamente il loro consenso. Essere libero vuol dire: - non subire costrizioni: - non avere impedimenti in base ad una legge naturale o ecclesiastica» (*Catechismo della Chiesa Cattolica*, n. 1625).

È stato acutamente osservato che, anche se il significato proprio del termine “discrezione di giudizio” implica il coinvolgimento delle facoltà intellettive, la giurisprudenza più recente sembra prediligere il concetto canonico-giuridico, anziché psicologico¹²² del suo grave difetto in base alle disfunzioni sia delle facoltà intellettive, ossia di quella conoscitiva, critica ed estimativa, sia delle facoltà volitive, che intaccano la libertà di scelta¹²³. Sicché viene, in sostanza, stabilito che il difetto di discrezione di giudizio può verificarsi quando manca, oltre alla *cognitio intellectualis circa obiectum consensus* e la *sufficiens aestimatio proportionata negotio coniugali*, anche la *libertas interna*, ossia la *capacitas deliberandi*¹²⁴, le quali facoltà, possono essere colpite dalla immaturità psicologica e affettiva che rende la persona non in grado di emettere quel *iudicium practicum* circa i diritti e i doveri essenziali del matrimonio, immaturità affettiva che lascia del tutto indenne la sfera propriamente intellettuale¹²⁵. Si afferma che in alcune decisioni rotali¹²⁶ per descrivere l’immaturità affettiva vengono espresse le seguenti parole: «L’arriéré affectif est un individuue normalement intelligent, parfois même très doné intellectuelment, mais dont l’évolution affective, c’est – à – dire la maturation des instincts, sentiments et emotions, est restie plus ou moins incomplète»¹²⁷. Nella citata sentenza rotale *coram* Pinto¹²⁸ sono individuate le fonti della immaturità affettiva nella “fissazione” dell’adolescente che non vuole mai crescere e nella “regressione” quale altro meccanismo di difesa nei confronti della frustrazione¹²⁹.

Si ritiene che il concetto di maturità affettiva sia troppo vago per poter essere giuridicamente definito sicché, per togliere l’abuso di certi tribunali inferiori che hanno finito per trasformare le sentenze di nullità in sentenze di divorzio, il solo sistema consiste nel rigettare i libelli presentati per incapacità psicologica di assumere gli oneri coniugali¹³⁰.

¹²² A.R.R.T., *coram* Stankiewicz del 23 febbraio 1990, vol. LXXXII, p. 154, n. 6. Cfr. anche la sentenza *coram* Stankiewicz del 30 gennaio 1996, vol. LXXXVIII, p. 83, n. 5.

¹²³ A. STANKIEWICZ, *Il contributo della giurisprudenza rotale al “defectus usus rationis et discretio iudicii: gli ultimi sviluppi e le prospettive nuove*, cit., loc. cit., p. 287.

¹²⁴ A.R.R.T., *coram* Funghini del 19 maggio 1993, vol. LXXXV, p. 403, n. 2.

¹²⁵ D. DE CARO, *L’immaturità psico-affettiva nel matrimonio canonico*, in AA.VV., *L’immaturità affettiva nella giurisprudenza della Rota Romana*, Lev, Città del Vaticano 1990, p. 2.

¹²⁶ *Coram* Lefebvre, *S. Iacobi de Cile*, del 17 gennaio 1970, in S.R.R.Decis., vol. LXII, p. 55, n. 5; *coram* Bruno, *Avenion*, del 30 marzo 1979, vol. LXXI, p. 121, n. 6; *coram* Pinto, *Medellen*, del 14 dicembre 1984, in *Il dir. eccl.*, 1986, II, p. 66, n. 5.

¹²⁷ A. HESNARD, *Arriération*, in A. Porot, *Manuel alphabétique de psychiatrie*, 1975, p. 74.

¹²⁸ Vedi nota 126.

¹²⁹ J.M. PINTO GOMEZ, *L’immaturità affettiva nella giurisprudenza rotale*, in AA.VV., *L’immaturità psico-affettiva*, cit. p. 97.

¹³⁰ C. GULLO, *L’immaturità psico-affettiva nell’evolversi della giurisprudenza rotale*, in AA.VV., *L’immaturità psico-affettiva*, cit., p. 97.

Dell'immaturità affettiva si occuparono per la prima volta due sentenze, la Quebecen., dell'8 luglio 1967 e la Lucionen., del 4 maggio 1968, entrambe *coram* Lefebvre¹³¹; motivo di nullità sul quale si sono pronunciati i tribunali ecclesiastici locali, affermando la nullità dei matrimoni per la giovane età degli sposi¹³². Per restringere l'eccessiva disponibilità di tali tribunali, si è introdotta la distinzione tra l'immaturità "situazionale" e quella "costituzionale" o "strutturale": la prima dovuta ad un matrimonio contratto in una situazione di immaturità, che col venire meno delle cause che procurarono tale situazione è destinata a sparire, cioè legata meramente all'età del contraente, laddove la seconda è dovuta ad una abnormità della personalità, della struttura mentale¹³³.

5. *L'incapacità di emettere un giudizio pratico deve essere considerata in ordine all'oggetto del matrimonio. Le varie tesi a proposito degli iura et officia matrimonialia essentialia mutuo tradenda et acceptanda. Identificazione di tale formula con quella del n. 3 del can. 1095, relativa alle obbligazioni essenziali del matrimonio*

L'incapacità di emettere un giudizio pratico, e quindi l'incapacità a contrarre matrimonio, deve essere considerata in ordine all'oggetto, cioè deve riguardare i diritti e i doveri matrimoniali essenziali¹³⁴. Si precisa che evidentemente il canone si riferisce non a tutti i diritti e doveri essenziali, ma a quelli, ontologicamente qualificanti il matrimonio, che si individuano, analizzando l'oggetto, cioè l'essenza del consenso matrimoniale, con la conseguenza che apparirà essenziale quanto è connesso al *consortium vitae coniugalis*¹³⁵.

In una lunga analisi sulla questione, un'autorevole dottrina si sforza di

¹³¹ Cfr. AA.VV., *L'immaturità psico-affettiva nella giurisprudenza della Rota Romana*, cit., pp. 104-105.

¹³² L. MUSSELLI - M. TEDESCHI, *Manuale di diritto canonico*, Bologna 2002, p. 197.

¹³³ C. GULLO, *L'immaturità psico-affettiva*, cit., loc. cit., p. 99. Vedi anche L. MUSSELLI - M. TEDESCHI, *Manuale di diritto canonico*, cit., p. 197. Della maturità psichica e affettiva scriveva A. AMATI, *Immaturità psicologica: dimensione psicosociali e rilevanza canonica (can. 1095)*, Officium libri catholici, 1993, p. 159; IDEM, *Maturità psico-affettiva e matrimonio (can. 1095, 2-3 del Codice di Diritto Canonico)*, Lev, Città del Vaticano 2001, p. 100 ss.; R. PICARDI, *Matrimonio canonico. Aspetti medico-legali*, Città del Vaticano, 2003, p. 78 ss.

¹³⁴ A. ABATE, *Il matrimonio nella nuova legislazione*, cit., p. 43.

¹³⁵ S. GHERRO, *Diritto matrimoniale canonico*, cit., p. 132. Cfr. anche F.M. POMPEDDA, *Progetto e tendenze attuali della giurisprudenza sulla malattia mentale e il matrimonio*, cit., loc. cit., p. 160.

dare una soluzione al problema relativo all'espressione "grave difetto *circa iura et officia matrimonialia essentialia mutuo tradenda et acceptanda*" tenendo conto che il matrimonio anche nel nuovo Codice è presentato come ordinato per sua indole naturale a dei fini esplicitamente indicati quali «*ad bonum coniugum*» e «*ad prolis generationem et educationem*» (can. 1055, §1)¹³⁶. Si domanda la stessa dottrina se non sia possibile identificare tali elementi con i fini del matrimonio, intendendo però i fini non astrattamente considerati, come specifici dell'istituto coniugale, ma piuttosto i medesimi tradotti in diritti-doveri e quindi quali oggetto essenziale dei nubenti; e conclude, sostenendo che, entrando questi due fini nell'oggetto del consenso, tradotti in diritti-doveri specifici, gli elementi essenziali del matrimonio, cioè del consenso matrimoniale, sono quei due e soltanto quei due che si richiamano ai medesimi due fini, con la conseguenza che il *bonum coniugum* potrebbe tradursi nello *jus (obligatio) ad vitae communionem* intesa nel suo significato più lato, idealmente ispirato all'*amor coniugalis* su cui tanto insiste il Concilio e giuridicamente tradotto in diritti-obbligazioni a comportamenti nelle *relazioni interpersonali* proprie dei coniugi e *giuridicamente rilevanti*, così come, allo stesso modo, la *procreatio et educatio prolis* si tradurrebbe nello *jus ad actus coniugales*, in una prospettiva anch'essa di *amor coniugalis*, ma consoni alla dignità del connubio, al rispetto del coniuge e al vero bene della prole, senza, peraltro, dimenticare che le *proprietà essenziali* del matrimonio sono la *unità* e la *indissolubilità*, le quali, se non comparissero nell'oggetto del consenso, poiché positivamente escluse o perché assenti dalla nozione di matrimonio e sostituite con altre, non potrebbero far definire come matrimonio un simile negozio giuridico¹³⁷.

È stato affermato che gli «*iura et officia matrimonialia essentialia mutuo tradenda et acceptanda*» non sono altra cosa rispetto alle «*obligationes matrimonii essentialia*», di cui al n. 3 del can. 1095, e che tali obblighi non si limitano evidentemente alla sfera sessuale (*jus in corpus*), ma in base al nuovo Codice e al Concilio Vaticano II, che ne parla nella Cost. *Gaudium et Spes*, si estende ad altri aspetti e settori della società coniugale, da cui non si può prescindere per la realizzazione di una vera comunità di vita e di amore; che fra gli obblighi essenziali ne rileviamo in particolare tre, che sono da considerarsi primari e sono virtualmente molteplici: a) la reale comunità di vita,

¹³⁶ F.M. POMPEDDA, *Annotazioni sul diritto matrimoniale nel nuovo codice canonico*, in *Studi di diritto matrimoniale canonico*, cit., p. 303.

¹³⁷ F.M. POMPEDDA, *Annotazioni sul diritto matrimoniale*, cit., loc. cit., pp. 309-311. Sul problema vedi R.L. BURKE, *Grave difetto di discrezione di giudizio*, cit., loc. cit., p. 147; C. GULLO, *Defectus usus rationis et discretionis iudicii*, cit., loc. cit., p. 20.

che comprende tutta una serie di relazioni interpersonali attraverso le quali si realizza la mutua integrazione e il mutuo perfezionamento degli sposi, la loro unione fisica e la loro unità spirituale ed affettiva, cioè il *bonum coniugum* che è, in sostanza, il *mutuum adiutorium*, rettamente inteso nella sua totalità e pienezza, che i coniugi devono prestarsi sul piano esistenziale; b) inoltre, la reciproca fedeltà, che riguarda sia l'indissolubilità del vincolo matrimoniale sia la sua unità, cioè il *bonum fidei et sacramenti*; c) infine, l'accettazione dei figli e la loro educazione, cioè il *bonum prolis*¹³⁸.

Non manca, peraltro, chi sostiene che il *consortium totius vitae* che nasce dal consenso matrimoniale, dal punto di vista giuridico, è un insieme di diritti e doveri, anche se include altri valori umani che trascendono il solo *valore giuridico*, con la conseguenza che l'oggetto del consenso matrimoniale è più vasto della semplice relazione diritti-doveri matrimoniali essenziali, per cui il testo legislativo non fa altro che porre l'accento sui diritti-doveri essenziali e non in *altri valori* anche importanti del matrimonio¹³⁹. Si era affermato, in proposito, che in ordine all'oggetto il difetto della discrezione di giudizio deve cadere non necessariamente su tutto ciò che concerne il consorzio coniugale, ma circa i diritti e i doveri essenziali che costituiscono l'oggetto specifico del consenso matrimoniale, altrimenti l'essenza del matrimonio verrebbe travisata e pertanto non potrebbe costituire l'oggetto specifico del consenso delle parti¹⁴⁰.

Si afferma da un illustre canonista che il can. 1095 non si riferisce alle obbligazioni essenziali del matrimonio solo nel n. 3, ma anche nel n. 2 del detto canone, nel quale l'espressione «*iura et officia matrimonialia essentialia mutuo tradenda et acceptanda*» non è che un sinonimo della prima¹⁴¹. L'autore afferma, innanzi tutto, che non si può confondere il matrimonio con la vita matrimoniale, nel senso che il matrimonio è stato istituito perché si sviluppi pienamente nella vita matrimoniale e che il rapporto tra la vita matrimoniale e il matrimonio si stabilisce attraverso i doveri: taluni doveri istituzionali e taluni doveri intersoggettivi; che se il matrimonio è ordinato alla vita matrimoniale,

¹³⁸ L. CHIAPPETTA, *Il matrimonio nella nuova legislazione*, cit., p. 211. Sul punto vedi J. FERNÁNDEZ, *Derecho matrimonial canónico*, Pamplona 1990, p. 108. Cfr. anche A.V. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio de derecho matrimonial canónico*, Pamplona 1994, pp. 131-132, il quale fra questi diritti e doveri comprende lo *ius ad vitae communionem* e inoltre i beni del matrimonio, cioè la prole, la fedeltà e la indissolubilità. Cfr. anche AZNAR GIL, *Derecho matrimonial canónico*, cit., p. 91.

¹³⁹ J.F. CASTAÑO, *Il sacramento del matrimonio*, cit., p. 337.

¹⁴⁰ A. ABATE, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, cit., p. 337.

¹⁴¹ J. HERVADA, *Obligaciones esenciales del matrimonio*, in *Jus canonicum* 1991, pp. 59-83 e ora in *Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho canónico y afines* (1958-1991), vol. II, p. 1572 e in *Studi sull'essenza del matrimonio*, Milano 2000, p. 318 ss.

pur senza confondersi con questa, è perché i coniugi hanno il dovere di vivere il matrimonio e questo dovere può essere o un dovere istituzionale, ossia un dovere che ricade sui coniugi per legge naturale, o un dovere intersoggettivo, ossia un dovere intersoggettivo, cioè un dovere rispetto all'altro coniuge titolare del correlativo diritto (dovere di giustizia)¹⁴²; che, quando si parla di obblighi essenziali del matrimonio, ci si riferisce a quegli *officia* o doveri che sono inerenti, connaturali, all'uomo ed alla donna uniti in matrimonio, con la conseguenza che non è corretto inserire tra gli obblighi essenziali del matrimonio altri fattori od elementi propri della vita matrimoniale, oltre quelli che sono contenuti nel vincolo giuridico, cioè si deve trattare soltanto di quegli obblighi denominati istituzionali o intersoggettivi, che, in quanto sono giuridici, si tratta di veri obblighi o doveri di giustizia, ragion per cui i doveri morali, che pure esistono nel matrimonio, non sono gli obblighi o i doveri essenziali di cui al can. 1095¹⁴³. Si afferma poi che possiamo individuare un primo obbligo essenziale del matrimonio consistente nel mutuo perfezionamento materiale ed un secondo obbligo essenziale che consiste nel mutuo perfezionamento spirituale ed affettivo dei coniugi, laddove l'amore coniugale, che è una apertura o *inclinatio* del sentimento e della volontà verso l'amato, è un atto interno e pertanto è un atto o *habitus* interno; sicchè non vi è possibilità di uno *jus ad amorem*¹⁴⁴. In secondo luogo, un obbligo essenziale è il dovere di giustizia di porre in essere l'atto coniugale, corrispondente al correlativo reiciproco diritto dei coniugi; che tale atto coniugale, prima di tutto, è ordinato alla generazione dei figli; come un altro obbligo essenziale si identifica con il dovere di aprire l'intimità coniugale ai figli, che si manifesta nel dovere di non attentare alla possibilità di generare e con il dovere essenziale di educare i figli: e con questo si esaurisce l'elenco degli obblighi essenziali del matrimonio per quanto riguarda i fini¹⁴⁵. Si afferma, infine, che occorre poi esaminare gli obblighi che scaturiscono dalle proprietà essenziali e che, se l'unità si manifesta nel dovere di fedeltà (non commettere adulterio), anche l'indissolubilità fa sorgere un dovere essenziale, quando sia vista non dal punto di vista negativo, nel senso che essa è una proprietà oggettiva del matrimonio, ma da un punto di vista positivo: da questo punto di vista si può parlare di un amore perpetuo sempre tenendo conto del fatto che per amore coniugale si intende la *dilectio*¹⁴⁶.

¹⁴² J. HERVADA, *Vetera et Nova*, cit., pp. 1573 ss.; IDEM, *Studi sull'essenza*, cit., p. 318 ss.

¹⁴³ J. HERVADA, *Vetera et Nova*, cit., pp. 1573 ss.; IDEM, *Studi sull'essenza*, cit., p. 327.

¹⁴⁴ J. HERVADA, *Vetera et Nova*, cit., pp. 1591 ss.; IDEM, *Studi sull'essenza*, cit. pp. 338-339.

¹⁴⁵ J. HERVADA, *Vetera et Nova*, cit., pp. 1593-1597; IDEM, *Studi sull'essenza*, cit., pp. 340-343.

¹⁴⁶ J. HERVADA, *Vetera et Nova*, cit., pp. 1596-1597; IDEM, *Studi sull'essenza*, cit., pp. 343-345. Sulla

Si ritiene che, prima di ogni altra cosa, al fine di individuare quali siano i diritti-dovri essenziali del matrimonio, occorre individuare che cosa sia l'essenza del matrimonio, partendo dal can. 1101, §2, in cui è fatta distinzione tra elementi essenziali e proprietà essenziali del matrimonio, e dal can. 1055, §1, il quale determina l'oggetto del *foedus matrimoniale*, dai quali si deduce che elementi costitutivi che definiscono il matrimonio sono da ravvisare nell'essere questo un consorzio di tutta la vita fra uomo e donna, ordinato naturalmente al bene dei coniugi e alla procreazione-educazione della prole, laddove proprietà essenziali sono l'unità nonché la indissolubilità del vincolo; che sotto un profilo di metodo, ma anche per pura speculazione astratta potrebbe qualcuno facilmente osservare che nel presentare una definizione dell'essenza del matrimonio si è fatto indebito ricorso e alla duplice ordinazione e alle proprietà del connubio, nel senso che si potrebbe obiettare, che la ordinazione non può appartenere all'essenza di una cosa in quanto essa rappresenta un fine ed è quindi un *quid* estrinseco alla cosa stessa, così come le proprietà si riferiscono a un qualcosa di aggiuntivo e benchè lo siano necessariamente, tuttavia, non possono essere confuse con l'essenza; che però è certo come il legislatore non abbia avuto difficoltà a qualificare come essenziali tali proprietà ed anche gli elementi essenziali sono stati qualificati con l'aggettivo essenziali e tali debbono essere riconosciute quelle due ordinazioni naturali del connubio¹⁴⁷.

Non manca chi sostiene che non è facile individuare questi diritti e doveri essenziali allo stato coniugale, né elaborare un elenco completo ed esaustivo di essi; che non mancano prospettazioni secondo le quali sussisterebbe uno *ius ad consortium vitae*, oppure ancora un diritto alle relazioni interpersonali essenziali, prospettazione cioè di un diritto al matrimonio, che, in definitiva, finisce per risolversi in una tautologia o in un equivoco; che, peraltro, diverso discorso può elaborarsi, a partire dalle caratteristiche che connotano il consorzio matrimoniale: dalla caratteristica dell'eterosessualità si può desumere il diritto a contrarre matrimonio solo con una persona determinata dell'altro sesso; dal fatto che il consorzio matrimoniale è *totius vitae*, deriva la sua indissolubilità, che ne è appunto una proprietà essenziale, la quale comporta

stessa linea di pensiero sembra porsi P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, cit., p. 115. In modo generico si pronuncia A. STANKIEWICZ, *La capacità richiesta per la validità del consenso e la sua mancanza*, in *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio, X Congreso internacional de derecho canónico*, Pamplona 2000, p. 852; vedi anche J. FERRER ORTIZ, *La capacidad para el consentimiento válido y su defecto (can. 1095)*, ibidem, p. 864.

¹⁴⁷ F.M. POMPEDDA, *Il canone 1095, nn. 1-2 nell'economia della disciplina canonica del matrimonio*, in *L'incapacità di intendere e di volere*, cit., p. 21 ss.

non già un dovere di conoscenza o di accettazione esplicita di tale proprietà, quanto piuttosto la implicita rinuncia alla facoltà (diritto) di scioglimento del legame costituito e quindi anche l'assunzione in perpetuo dei doveri che ne derivano; dalla caratteristica della unità discende il diritto-dovere a rispettare la esclusività del rapporto coniugale, che non può contemporaneamente sussistere con più che una persona di sesso opposto, e, quindi, il diritto-dovere della fedeltà coniugale; dal fatto che il consorzio coniugale è istituito finalizzato alla procreazione scaturisce il diritto-dovere di farsi carico del cosiddetto *bonum phisicum et morale* della prole; dal fatto, infine, che il consorzio di vita coniugale è istituzionalmente finalizzato al *bonum coniugum*, che significherebbe il dovere di fedeltà, in una concezione che tende a separare definitivamente il dovere di fedeltà dal concetto di unità, al fine di considerarlo invece come contenuto del *bonum coniugum*¹⁴⁸.

Si ritiene che il can. 1095, n. 2 stabilisce un'espressa misura, di natura legale ed oggettiva, per qualificare la "gravità" del difetto di discrezione di giudizio, e questa misura legale e oggettiva sono i diritti e doveri coniugali essenziali che debbono essere donati e accettati reciprocamente, con la conseguenza che la "gravità" risulta una valutazione giuridica perché è fatta con valori giuridici, come lo sono i diritti e i doveri matrimoniali, nel senso che il termine "grave" non fa riferimento alcuno alla gravità del disturbo mentale o della anomalia psichica della personalità o del comportamento del soggetto, che sono categorie di diagnosi medica, e, pertanto, ad effetti giuridici, elementi di fatto più o meno chiarificatori, ma ciò che è decisivo non è la gravità medica del disturbo psichico che ha provocato la mancanza di discrezione di giudizio, quanto l'effetto finale delle cause psichiche sul soggetto, visto nella singolarità della sua biografia, in virtù della quale non ha acquisito o ha perso quella maturità abituale proporzionata a discernere con il suo intelletto e ad impegnarsi con la sua volontà alla donazione e all'accettazione efficaci dei diritti e doveri matrimoniali¹⁴⁹. È pertanto essenziale determinare questi diritti e doveri essenziali del matrimonio che, nel par. 2 del can. 1095 devono essere

¹⁴⁸ P. BIANCHI, *Il difetto di discrezione di giudizio circa i diritti e i doveri essenziali del matrimonio*, cit. loc. cit., p. 127 ss. L'autore per quanto concerne la separazione tra il concetto di fedeltà e quello di unità fa riferimento a quanto scrive altrove (*La esclusione degli elementi e delle proprietà essenziali del matrimonio*, in *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio, X Congreso internacional de derecho canónico*, cit., p. 1201 ss.) e a qualche sentenza rotale: A.R.R.T., *coram* Funghini del 23 ottobre 1991, dec. LXXIII, pp. 604-605; *coram* Ferrero del 16 ottobre 1984, dec. LXXIV, p. 521. In senso diverso e tradizionale cfr. la *coram* Pompedda del 26 novembre 1993, in A.R.R.T., dec. LXXXV, p. 717, nella quale si afferma che il tradizionale termine di *bonum fidei* deve essere inteso in modo proprio nel senso della unità del matrimonio.

¹⁴⁹ P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., pp. 53-54.

dati e accettati e, nel par. 3 dello stesso canone, debbono poter essere assunti e realizzati; questi diritti e doveri coniugali essenziali sono correlativi, nel senso che a ciascun diritto corrisponde uno specifico dovere non meno essenziale, e sono i seguenti: il diritto-dovere agli atti coniugali ; il diritto-dovere di non ostacolare la procreazione della prole; il diritto-dovere di instaurare conservare e ordinare l'intima comunità coniugale ai suoi fini oggettivi; il diritto-dovere di fedeltà, il diritto-dovere di mutuo aiuto in ordine agli atti e ai comportamenti in sé idonei e necessari al conseguimento dei fini essenziali del matrimonio; il diritto-dovere di accogliere e crescere i figli nell'ambito della comunità coniugale e il diritto-dovere di educarli¹⁵⁰. Tali diritti-doveri dono mutui o reciproci nella loro titolarità, e il loro esercizio congiunto, data l'unità del vincolo, implica che essi siano permanenti, esclusivi e irrinunciabili¹⁵¹.

6. *Il nuovo criterio dinamico, ora definito dalla giurisprudenza rotale quale amentia contractualis. Il tentativo di formulare un nuovo capo di nullità: l'impotenza morale. Necessità di determinare, dopo le Costituzioni Conciliari ed il Nuovo Codice, l'oggetto del matrimonio, che non può più identificarsi con l'essenza del vincolo matrimoniale, bensì con la sostanza di esso*

L'importanza da attribuire alle obbligazioni che costituiscono l'oggetto del consenso matrimoniale è dovuta al fatto che la capacità per porre in essere un atto giuridico deve essere commisurata a tali obbligazioni, come aveva avvertito un illustre autore già nel 1940¹⁵², la cui opinione ha rappresentato l'origine delle principali correnti dottrinali e giurisprudenziali attuali in materia di incapacità matrimoniale¹⁵³, che hanno finito per applicare il nuovo criterio dinamico di incapacità, costituito dall'*amentia contractualis*, riproposto, come già visto, dalla sentenza *coram* Sabbatani del 24 febbraio 1961¹⁵⁴.

La verità è che una parte della giurisprudenza rotale sentiva la necessità di nuove soluzioni di fronte a casi come la ninfomania per la quale la Rota Romana dovette pronunciarsi per tre turni¹⁵⁵ e la sentenza *coram* Sabbatani

¹⁵⁰ P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., pp. 54-55.

¹⁵¹ P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., pp. 55.

¹⁵² P.A. D'AVACK, *Sul "defectus discretionis iudicii" nel diritto matrimoniale canonico*, in *Arch. di diritto ecclesiastico*, 1940, pp. 170-171.

¹⁵³ J. CARRERAS, *L'antropologia e le norme di capacità per celebrare il matrimonio (I precedenti remoti del canone 1095 c.i.c. 83)*, cit., loc. cit., p. 104.

¹⁵⁴ J.M. GONZALEZ DEL VALLE, *Derecho canónico matrimonial*, Pamplona 2002, p. 28.

¹⁵⁵ Vedi le sentenze S.R.R.Decis., *coram* Teodori del 19 gennaio 1940, vol. XXXII, p. 38, n. 3;

del 21 giugno 1957¹⁵⁶ per prima affermò che i capi della *amentia* e dell'*impotentia* potevano perfettamente coincidere, quando fossero considerati in una prospettiva contrattualistica: «*nymphomania videtur forsan, magis accedere ad impotentiam quam ad vitium mentis*»¹⁵⁷. Perciò alcuni autori affermarono che si dovesse includere nel Codice dell'83 un nuovo capo di nullità che si poteva denominare "impotenza morale"¹⁵⁸; ma il legislatore, quantunque sia stato influenzato dagli argomenti addotti da questi autori nell'elaborazione del nuovo capo di nullità di cui al n. 3 del can. 1095, non ha ritenuto di introdurre l'impedimento d'impotenza morale, anche se ha finito per qualificare la incapacità del can. 1095, in genere, come un difetto di consenso, piuttosto che quale una vera e propria *incapacitas animi* che si pone con l'*incapacitas corporis* quale mancanza di un presupposto del consenso matrimoniale, se è vero che la capacità, il consenso e la forma sono i tre elementi essenziali del matrimonio canonico.

E dal momento che la capacità matrimoniale non è se non un tipo di capacità contrattuale, essa non può essere misurata mediante la semplice osservazione delle facoltà spirituali dell'uomo, come avveniva in base ai criteri tradizionali, ma mediante un criterio dinamico, cioè relativo all'oggetto del consenso matrimoniale¹⁵⁹.

Si pone allora, a questo punto, il problema fondamentale relativo alla determinazione di tale oggetto del consenso matrimoniale stesso, al fine di esaminare se esso comprende o meno tutti i diritti e doveri essenziali del matrimonio.

Superata la dottrina materialistica e procreazionistica del matrimonio consacrata nel canone 1081, §2 del Codice piano-benedettino che stabiliva: «*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*

coram Heard del 5 giugno 1941, vol. XXXIII, pp. 488-502; coram Jullien del 16 ottobre 1942, vol. XXXIV, pp. 775-781.

¹⁵⁶ S.R.R.Decis., vol. XLIX, pp. 500-513.

¹⁵⁷ Sentenza cit., p. 503, n. 5.

¹⁵⁸ Vedi P. HUIZING, *Schema de matrimonio*, Roma 1963, p. 346; J.R. KEATING, *The Bearing of Mental Impairment on the Validity of Marriage*, Romae 1964; IDEM, *Sociopathic Personality*, in *The Jurist*, 25 (1965), pp. 429-438; IDEM, *The legal test of marital Insanity*, in *Studia canonica*, 1 (1967), pp. 21-30; V. COBURN, *Homosexuality and the Invalidation of Marriage*, in *The Jurist* 20 (1960), pp. 441-459; W. TOBIN, *Homosexuality and the Invalidation of Marriage*, in *The Jurist* 20 (1960), pp. 441-459; W. TOBIN, *Homosexuality and Marriage*, Roma 1964, pp. 277-278; J. RISK, *De mollibus et perveris a matrimonio excludendis*, in *Periodica*, 57 (1968), pp. 461-471.

¹⁵⁹ Sentenza coram Sabattani, cit., p. 118, n. 4. Vedi O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano 1968, p. 353.

generationem», identificando, quindi, l'essenza del matrimonio nella *deditio iuris in corpus perpetui et exclusivi*¹⁶⁰, per poter individuare in qualche modo l'essenza del matrimonio, nel diritto canonico vigente, dopo l'emanazione delle Costituzioni conciliari e dopo l'emanazione del Codice giovanneo-paolino, occorre partire dal combinato disposto dei cann. 1057, §2 in cui si stabilisce: «*Consensus matrimonialis est actus voluntatis quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium*»; 055, §1 in cui espressamente si stabilisce «*Matrimoniale foedus quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatum, a Christo domino ad sacramenti dignitatem evectum est*» e 1101, §2, che dopo aver disposto nel §1 una presunzione *iuris tantum*, secondo cui il consenso interno dell'animo si presume conforme alle parole o ai segni adoperati nel celebrare il matrimonio, al § 2 così dispone: «*At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum vel matrimonii essenziale aliquod elementum, vel essentialem aliquam proprietatem, invalide contrahit*».

Sorge, in tal modo, la questione relativa alla necessità di determinare quali, in effetti, siano gli elementi essenziali del matrimonio, vale a dire gli elementi che costituiscono l'essenza dell'istituto matrimoniale in una concezione personalistica e spiritualistica del matrimonio. Ed, una volta escluso che la sacramentalità costituisca un elemento essenziale del matrimonio, dato che essa investe tutt'intero il contratto matrimoniale¹⁶¹, l'essenza del matrimonio non può che essere costituita dal *bonum coniugum* e dal *bonum prolis* (*generatio et educatio prolis*) entrambi considerati nei loro principi potenziali; tali principi potenziali si risolvono, in definitiva, nell'amore coniugale (*amor benevolentiae*) e nella generazione ed educazione della prole che nel *foedus matrimoniale*, nell'atto costitutivo del vincolo, non sono altro che il *bonum coniugum in suo principio* ed il *bonum prolis in suo principio*¹⁶².

Come è stato osservato in altra occasione, l'essenza è ciò che identifica una cosa in se stessa, comprendendo solo gli elementi necessari ad individuarla nella sua entità ed insieme a distinguerla da ogni altra cosa¹⁶³. E dal concetto

¹⁶⁰ Vedi anche P. PELLEGRINO, *Il consenso matrimoniale nel Codice di diritto canonico latino*, Torino 1998, p. 29; IDEM, *Il consenso e il suo oggetto* (cann. 1057 - 1100 - 1107), in *Diritto matrimoniale canonico*, vol. I, Lev, Città del Vaticano 2002, p. 160.

¹⁶¹ Vedi anche P. PELLEGRINO, *Il consenso e il suo oggetto*, cit., loc. cit., pp. 161-162; IDEM, *L'esclusione della sacramentalità del matrimonio*, in *Diritto matrimoniale canonico*, vol. II, Lev., Città del Vaticano 2003, p. 371 ss.

¹⁶² Cfr. P. PELLEGRINO, *Il consenso e il suo oggetto*, cit., loc. cit., p. 162.

¹⁶³ J. DE FINANCE, *Connaissance de l'être. Traité d'Ontologie*, Paris-Bruges 1966, p. 45; P.A. BONNET,

di essenza occorre poi distinguere quello di proprietà essenziali, le quali, pur non costituendo l'essenza delle cose, sono necessariamente connesse con questa, nel senso che l'essenza non esprime le proprietà, ma tuttavia le esige inseparabilmente: essenza e proprietà essenziali, quindi, sono elementi distinguibili tra loro, giacché la prima, e non le altre, conforma ciascuna entità in se stessa, anche se l'una e le altre hanno un "momento comune", nel senso che, se le proprietà essenziali non costituiscono come l'essenza una entità per quello che essa è, sgorgano però in modo del tutto necessario dall'essenza stessa, finendo con l'individuare l'entità stessa¹⁶⁴.

Se così stanno le cose, appare evidente che l'essenza è, a nostro avviso, costituita, in una concezione spiritualistica e personalistica del matrimonio, dalla disposizione a trattare bene la comparte (il consorte) e dalla disposizione alla sessualità unitiva e procreativa, nel senso che il patto coniugale, l'atto costitutivo del vincolo non può non ricomprendere i principi potenziali nei quali si risolve l'essenza del *matrimonium in fieri* (*foedus matrimonialis*), mentre nel *consortium coniugale*, che viene costituito con il patto coniugale, e che costituisce e rappresenta il momento dinamico del matrimonio, i due principi potenziali, si attualizzano e si realizzano, passando da elementi potenziali ad elementi attuali¹⁶⁵.

Sia il *bonum coniugum* che il *bonum prolis* possono, in sostanza, essere riguardati *in suis principiis*, o quali fini del matrimonio, nel senso che sia l'uno che l'altro possono essere considerati nei loro principi potenziali e successivamente quali elementi attuali che si svolgono nel rapporto matrimoniale (*matrimonium in facto esse*).

Assodato il fondamentale assunto secondo cui i due fini del *bonum coniugum* e del *bonum prolis* sono fini posti sullo stesso piano, occorre riflettere sul fatto che il *bonum coniugum*, che *in suo principio* rappresenta un elemento essenziale del matrimonio, quando sia riguardato *in se ipso* finisce per riferirsi al *mutuum adiutorium* e al *remedium concupiscentiae*, nel senso che sono proprio i concetti originari di *mutuum adiutorium* e di *remedium concupiscentiae* che costituiscono il *bonum coniugum in se ipso* considerato¹⁶⁶.

Introduzione al consenso matrimoniale canonico, Milano 1985, p. 14; P. PELLEGRINO, *Il "bonum coniugum": essenza e fine del matrimonio canonico*, in *Il dir. eccl.*, 1996, 3-4, pp. 808-809; IDEM, *Il consenso matrimoniale*, cit., pp. 31-32.

¹⁶⁴ J.B. LOTZ, *Ontologia*, in *Institutiones philosophiae scholasticae*, Barcinonae-Friburgi 1963, p. 72; P.A. BONNET, *Introduzione*, cit., pp. 15-16; P. PELLEGRINO, *Il consenso matrimoniale*, cit. p. 52.

¹⁶⁵ P. PELLEGRINO, *Il "bonum coniugum"*, cit., loc. cit., p. 811; IDEM, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 34.

¹⁶⁶ P. PELLEGRINO, *Il "bonum coniugum"*, cit., loc. cit., p. 831; IDEM, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 55.

Il *bonum coniugum in suo principio* si identifica con l'amore coniugale, con l'*amor benevolentiae*, che, quindi, non è una *res facti*¹⁶⁷.

Fu la famosa sentenza rotale Marianopolitana del 25 febbraio 1969¹⁶⁸ ad affermare che l'oggetto del consenso matrimoniale non è soltanto lo *ius ad vitae consortium* e la *coram* Fagiolo del 30 ottobre 1970 fece il primo tentativo al fine di fare rientrare l'amore coniugale *in provincia iuris*¹⁶⁹, ma fu rigettata dalla sentenza rotale *coram* Palazzini del 2 giugno 1971¹⁷⁰. Successivamente si precisava che il matrimonio è una *relatio interpersonalis* in due sentenze rotali: *coram* Serrano, *Novae Aureliae* del 5 aprile 1973¹⁷¹ e *Lugdunen* del 30 aprile 1974¹⁷².

Si finiva così per affermare da un accorto canonista che la problematica non poteva essere trascurata dopo le dichiarazioni conciliari ed è stato attraverso una più attenta puntualizzazione di ciò che è il *matrimonium in facto esse*, cui il patto coniugale dà vita, che si è giunti ad un ampliamento dell'essenza del matrimonio canonico¹⁷³.

Dunque, il *bonum coniugum* e il *bonum proles* possono essere considerati quali elementi essenziali che fanno parte dell'atto costitutivo del matrimonio, rappresentando i principi potenziali insiti nell'essenza del patto coniugale, ma risultando anche essere i fini essenziali del matrimonio, allorquando, invece di essere considerati nei loro principi, siano considerati in se stessi.

È inopinabile ora che l'essenza e le proprietà essenziali, che sono connesse, facciano parte della sostanza del matrimonio, e che tale sostanza non può più essere ridotta al diritto all'atto coniugale procreativo, alla fedeltà e alla indissolubilità. Se l'amore coniugale è entrato a far parte dell'essenza del matrimonio, in quanto costituisce il contenuto del *bonum coniugum*, è anche entrato a far parte della sostanza del matrimonio che ricomprende, oltre all'essenza, cioè ai due elementi essenziali sopra identificati, anche le proprietà essenziali dell'unità (o fedeltà) e dell'indissolubilità del matrimonio¹⁷⁴. Il che,

¹⁶⁷ U. NAVARRETE, *Consenso matrimoniale e amore coniugale con particolare riferimento alla Cost. "Gaudium et Spes"*, in AA.VV., *L'amore coniugale*, Lev, Città del Vaticano, 1971, p. 210 ss.

¹⁶⁸ *Coram* Annè, in *Ephem. iur. can.*, 1975, p. 200 e in S.R.R.Decis., vol. LXI, p. 183, n. 13.

¹⁶⁹ In S.R.R.Decis., LXII, pp. 978-990.

¹⁷⁰ In S.R.R.Decis., LXIII, p. 467.

¹⁷¹ In S.R.R.Decis., LXV, p. 323.

¹⁷² In *Ephem. iur. can.*, 1975, p. 200.

¹⁷³ L. DE LUCA, *La Chiesa e la società coniugale*, in *La Chiesa dopo il Concilio (Atti del Congresso internazionale di diritto canonico: 14-19 gennaio 1970)*, vol. I, Milano 1972, pp. 482 ss.

¹⁷⁴ Per tutti questi concetti, cfr. infine P. PELLEGRINO, *Il consenso e il suo oggetto*, cit., loc. cit., p. 172.

in altre parole, vuol significare che essenza e sostanza del matrimonio non sono termini tra loro fungibili, dal momento che la sostanza rappresenta e costituisce un concetto più ampio rispetto al concetto di essenza del matrimonio; l'essenza, infatti, non ricomprende nel suo ambito le due proprietà essenziali che, invece, sono ricomprese nell'ambito della sostanza matrimoniale¹⁷⁵.

Da tutto ciò segue che, quando si parla di diritti e doveri essenziali del matrimonio, si deve considerare anche il diritto all'amore coniugale, nel senso che l'amore giuridicamente rilevante è quell'elemento che riveste il ruolo di "forza unitiva" che porta i coniugi alla matura e totale donazione di se stessi; il "voler bene del coniuge"; la *benevolentia* è ciò a cui deve tendere il *consortium*¹⁷⁶.

Conseguentemente, è chiaro che il criterio dinamico ormai accolto dalla recente giurisprudenza rotale deve essere riguardato alla luce della sostanza e non più dell'essenza del matrimonio, nel senso che la *discretio iudicii* deve essere proporzionata alla sostanza del matrimonio e, quindi, ai diritti doveri che sgorgano da essa.

¹⁷⁵ Vedi P. PELLEGRINO, *Il consenso e il suo oggetto*, cit., loc. cit., p. 172 e ss.

¹⁷⁶ L.G. WRENN, *Refining the essence of marriage*, in *The Jurist*, 14 (1986), pp. 543-545. Sul punto vedi anche E. MONTAGNA, *Considerazioni in tema di "bonum coniugum" nel diritto matrimoniale canonico*, in *Il dir. eccl.* 1993, 3, p. 684. Cfr. P. PELLEGRINO, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 40.