



diritto & religioni

Semestrale
Anno I - n. 1/2 2006
gennaio-dicembre

1/2

ISSN 1970-5301

 **LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno I - N. 1/2-2006
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, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, 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

Lettere, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

P. Lo Iacono, A. Vincenzo

L'incapacità di assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio "ob causas naturae psychicae" (can. 1095, n. 3)

PIERO PELLEGRINO

1.- Sdoppiamento della capacità in due momenti: *la capacitas animi* e la *capacitas corporis*. La capacità di assumere e la capacità di adempiere. Autonomia della capacità di assumere le obbligazioni coniugali.

Nel Codice del 1917 non si trova un canone che attenga al difetto di capacità psichica, ma solo un breve inciso riguardante le "*personae jure habiles*" (can. 108, § 1) e il percorso, soprattutto attuato dalla giurisprudenza rotale, dal Vecchio Codice alla disposizione contenuta nel can. 1095 del Codice giovanneo-paolino, è relevantissimo. La giurisprudenza aveva cercato di sopperire alle carenze della legislazione e il primo canone relativo al consenso matrimoniale fa oggi riferimento alla incapacità psicologica. La dottrina canonistica non aveva individuato le norme di presupposto soggettivo e la stessa dottrina, quando si trattava di individuare presupposti di capacità, o li inquadrava fra gli impedimenti o li considerava quali veri e propri vizi del consenso, senza considerare che né l'una né l'altra soluzione erano corrette perché nel primo caso si sarebbe trattato di un impedimento, quello della *discretio iudicii*, introdotto attraverso la prassi e non ad opera della Suprema autorità della Chiesa come vuole il *Codex i.c.* nel disposto del can. 1057 § 2, mentre nel secondo la mancanza di *discretio iudicii* nulla ha a che vedere con i vizi del volere, essendo un dato logicamente prioritario rispetto all'emanazione del consenso¹. Il vero è che la capacità teoricamente si sdoppia in due momenti, la *capacitas animi*, che è la capacità di intendere e di volere riferita al vincolo matrimoniale, e la *capacitas corporis* che è la idoneità a porre in essere la copula coniugale².

Il *Codex* del 1917 non aveva un canone dedicato specificamente alla nullità per *incapacitas animi* che veniva presa dai principi generali, laddove dopo

¹ G. Caputo, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno*, t. II, *Il matrimonio e le sessualità diverse: tra istituzione e trasgressione*, Padova, 1984 g, p. 256.

² G. Caputo, *op. cit.*, p. 257.

il Codice del 1983 veniva elaborata dalla dottrina e soprattutto dalla giurisprudenza una disposizione corrispondente al diritto naturale, cioè il can. 1095, nel quale si prevedono tre fattispecie di incapacità: a) carenza di uso sufficiente di ragione; b) grave deficienza di comprensione dei diritti ed obblighi matrimoniali essenziali; c) inidoneità, causata da condizioni psichiche, ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio³.

Il n. 3 del can. 1095 si presenta come un'assoluta novità introdotta nel nuovo codice giovanneo-paolino⁴, il quale contiene una disposizione di legge che riguarda evidentemente l'ambito degli impedimenti dirimenti⁵, e che ha un fondamento di diritto divino.

La dottrina e la giurisprudenza si posero subito il problema se tale fattispecie dovesse considerarsi autonoma o rientrare invece in una delle cause di nullità già previste. Un filone giurisprudenziale tendeva «a cogliere quella attinente agli oneri matrimoniali come un momento particolare della più generale capacità di intendere e di volere»⁶, come ad esempio si afferma nella decisione *coram* Pinna del 4 aprile 1963⁷ che riguardava un'ipotesi di ninformania. Ma, un altro filone giurisprudenziale riconosceva una posizione autonoma, estranea all'ampio ambito della capacità di intendere e di volere contenuta nel n. 1 e n. 2 del can. 1095⁸. Il che conforta la tesi secondo cui le fattispecie del can. 1095 attengono alla componente strutturale della capacità che viene qualificata come impedimento dirimente⁹. Naturalmente non è fuor di luogo ricordare che per tali fattispecie di nullità ci si deve riferire al momento costitutivo del matrimonio, cioè al *matrimonium in fieri*¹⁰, e che tali capi di nullità non costituiscono un vizio del consenso, bensì un requisito soggettivo, uno dei presupposti del consenso matrimoniale¹¹.

³ L. Barbiera, *Diritto matrimoniale canonico*, Bari, 2004, p. 27.

⁴ M. Petroncelli, *Diritto canonico*, Napoli, 1983, p. 305.

⁵ O. Fumagalli Carulli, *Il matrimonio canonico dopo il Concilio. Capacità e consenso*, Milano, 1978, p. 40. Cfr. anche P.A. Bonnet, *L'incapacità relativa agli oneri matrimoniali (can. 1095, 3 c.i.c.) con particolare riferimento alla giurisprudenza rotale coram Pinto*, 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. 43; J.M. Gonzalez Del Valle, *Derecho canónico matrimonial*, Pamplona, 2002, p. 162.

⁶ P.A. Bonnet, *op. cit.*, loc. cit., p. 37.

⁷ In *S.R.R. Decis.*, vol. LV, n. 6, pp. 259-260.

⁸ *Coram* Pinto del 18 marzo 1971, in *L'incapacitas*, cit., n. 3, p. 90.

⁹ P.A. Bonnet, *op. cit.*, loc. cit., p. 40.

¹⁰ P.A. Fumagalli Carulli, *op. cit.*, p. 40; P.A. Bonnet, *op. cit.*, loc. cit., p. 39.

¹¹ P.A. Bonnet, *op. cit.*, loc. cit., p. 40, il quale afferma: «Posto che il nostro capitolo di nullità si riferisce

D'altra parte, si deve riconoscere che, benché vi sia una certa connessione tra le tre specie di incapacità previste dal can. 1095¹², le prime due fattispecie si riferiscono al consenso in quanto questo è espressione del soggetto, nel senso che il soggetto è riguardato come atto psicologico, la terza incapacità, invece, ha riguardo direttamente all'oggetto del consenso, quindi al vincolo che ne consegue, alle obbligazioni che ne derivano e, in ultima analisi, al *matrimonium in facto esse*¹³.

Il vero è che questo capitolo di nullità ha avuto un *iter* molto travagliato dal momento che, se lo schema del 1975 affermava che la incapacità doveva essere conseguente ad una grave anomalia "psico-sessuale", successivamente nel testo promulgato, cioè nel Codice del 1983, non si accenna all'espressione "psico-sessuale" né alla qualifica della gravità e il termine anomalia è stato sostituito dall'espressione «per cause di natura psichica»¹⁴, ragion per cui si è affermato che il testo attuale, nella sua formulazione generica, non si limita ad identificare queste "cause" con le "anomalie", che si distinguono dalle vere "malattie", e si estende a tutte le cause che entrano nella semiologia dei quadri delle malattie mentali considerate nel senso più ampio¹⁵.

Si sostiene che, mentre nel n. 1 e 2 del can. 1095 l'atto del consenso non è integro nella sua natura per una carenza inerente, intrinseca alla facoltà stessa da cui procede, con la conseguenza che il matrimonio è nullo per incapacità di una delle parti a prestare il consenso in sé, come atto umano adeguato alla scelta matrimoniale ponderata, nel n. 3 dello stesso canone è previsto invece che una delle parti, pur potendo prestare un consenso integro nella

al *matrimonium in fieri*, occorre precisare a quale componente strutturale – capacità, consenso, forma, – debba attribuirsi. Ora a noi sembra del tutto evidente che siamo di fronte ad una componente che non costituisce di per se stessa un difetto o un vizio del consenso, ma che conferma invece uno dei presupposti essenziali del consenso stesso, colpendo la sua causa efficiente, e cioè la persona che lo pone in essere ... Siamo quindi nell'ambito della capacità e perciò di quella componente matrimoniale che viene qualificata tecnicamente, in senso proprio, impedimento dirimente...». In senso contrario P.J. Viladrich, *Il consenso matrimoniale*, Milano, 2001, p. 99.

¹² Il canone 1095 dispone: «*Sunt inapaces matrimonii contrahendi:*

1° *qui sufficienti rationis usu carent;*

2° *qui laborant gravi defectu discretionis iudicii circa iura et officia matrimonialis essentialia mutuo tradenda et acceptanda;*

3° *qui ob causas naturae psychicae obligationes matrimonii essentialia assumere non valent*».

¹³ M.F. Pompedda, *Il can. 1095 nel nuovo codice di diritto canonico tra elaborazione precodificale e prospettive di sviluppo interpretativo*, in *Jus canonicum*, 1987, p. 549.

¹⁴ F. Castaño, *Il sacramento del matrimonio*, Roma, 1994, p. 339.

¹⁵ A. Stankiewicz, *L'incapacità psichica nel matrimonio: terminologia, criteri*, in *Apollinaris* 53(1980), p. 69.

sua struttura, per una carenza costituzionale, sia incapace a prestare l'oggetto del consenso¹⁶. Si è affermato in dottrina che, diversamente da quanto avviene negli altri contratti, le obbligazioni essenziali del matrimonio non attengono alla sfera dell'autonomia privata dei nubenti, per cui questi ultimi con l'atto del consenso, ossia con il patto coniugale, non creano gli obblighi essenziali del matrimonio, ma semplicemente li accettano, senza poter introdurre alcuna limitazione, assumendo l'onere dello adempimento a tali obblighi nell'ambito della comunità di vita e di amore coniugale¹⁷. Si è fatto notare che il sacramento del matrimonio non si esaurisce con la sua celebrazione, né con la sua consumazione, ma si estende all'intera vita degli sposi, prolungandosi nella famiglia fondata con il loro matrimonio¹⁸, con la conseguenza che, tenuto conto dell'indisponibilità delle obbligazioni matrimoniali essenziali, l'esclusione di tali obblighi dall'oggetto formale essenziale del consenso matrimoniale da parte anche di uno solo dei due contraenti con atto positivo di volontà o l'incapacità di assumerli per cause di natura psichica producono l'effetto irritante già in virtù del diritto naturale; e rimane aperta la questione tanto dibattuta se, in tale caso, si tratti propriamente dell'incapacità di assumere o piuttosto dell'incapacità di adempiere alle obbligazioni essenziali del matrimonio¹⁹.

Sulla differenza tra "assumere" e "adempiere" è stato affermato che si presenta, in effetti, il pericolo di confondere il concetto di "assumere" gli obblighi e di "adempiere" gli stessi obblighi e che, mentre la prima figura si riferisce al momento di contrarre, la seconda riguarda il dopo matrimonio, cioè il rapporto matrimoniale²⁰. Si è quindi osservato che, per quanto concerne la differenza suddetta, si tratta di stabilire se, al momento in cui il matrimonio è stato celebrato, era presente in ambedue gli sposi la capacità di assumersi, cioè la capacità di adempiere gli obblighi da assumere; se poi di

¹⁶ A. Abate, *Il matrimonio nella nuova legislazione*, Brescia, 1985, p. 43. Vedi sul punto in esame A. Sabattani, *L'évolution de la jurisprudence dans las causas de nullité de mariage pour l'incapacité psychique*, in *Studia canonica*, 1 (1967), pp. 143 ss.; M. Wegan, *L'incapacité de assumer les obligations du mariage dans la jurisprudence récent du Tribunal de la Rota*, in *Revue de droit canonique*, 28 (1978), p. 138 ss.

¹⁷ A. Stankiewicz, *L'incapacità di assumere e adempiere gli obblighi coniugali essenziali*, in AA.VV. *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, Lev, Città del Vaticano, 1988, p. 60.

¹⁸ L. Ligier, *Il matrimonio, questioni teologiche e pastorali*, Roma, 1998, p. 209.

¹⁹ A. Stankiewicz, *L'incapacità di assumere*, cit., loc. cit., p. 60.

²⁰ F. Castaño, *op. cit.*, p. 344, il quale ritiene che, se l'adempimento si riferisce all'esecuzione materiale, si potrebbe dire che un soggetto può assumere gli obblighi e poi, nella esecuzione materiale, può non adempiere quanto assunto.

fatto nella vita coniugale è mancato il concreto adempimento, ciò può essere un indizio, *a posteriori*, di una incapacità esistente all'atto di contrarre, ma non necessariamente ne sarà una prova piena, dal momento che possono essere intervenuti a causare tale inadempimento altri fattori, quali una cattiva volontà o una mancanza di impegno²¹; come pure, per intendere questa terza fattispecie del can. 1095 n. 3, occorre osservare che tale canone si riferisce espressamente alla incapacità e, quindi, presuppone una vera "impossibilità" di adempiere alle obbligazioni essenziali. In altre parole, astrattamente e teoricamente nessuno può negare la distinzione tra "impossibilità" e "difficoltà", ma ove questa assumesse proporzioni gravi, sarebbe estremamente arduo stabilire una linea di demarcazione netta tra la pura difficoltà e la impossibilità²².

Dal punto di vista terminologico, il Codice del 1983 ha preferito denominare questa figura quale incapacità di assumere e non incapacità di adempiere agli oneri del matrimonio; e sebbene entrambe le denominazioni sono corrette, il legislatore ha preferito la prima per evidenziare il carattere antecedente che deve avere la causa psichica per invalidare il matrimonio²³.

All'uopo si deve ritenere che l'incapacità di assumere trova la sua *ratio* e la forza invalidante il matrimonio nell'impossibilità o incapacità originaria di adempiere le obbligazioni essenziali in virtù del principio di diritto naturale *ad impossibilia nemo tenetur* e che tra incapacità di assumere e incapacità di adempiere v'è un'intima connessione, con la conseguenza che il nubente che nello scambio del consenso rimane impossibilitato ad adempiere un'obbligazione matrimoniale essenziale neanche può assumerla validamente a causa dell'impossibilità di adempierla; laddove invece l'impossibilità di adempiere sopravvenuta alla celebrazione del matrimonio non può in nessun modo incidere sulla capacità di assumere, per cui il matrimonio nell'impossibilità sopravvenuta rimane valido²⁴. Inoltre, si afferma che l'impossibilità dell'adempimento non può che essere solo soggettiva, riguardare cioè la prestazione delle obbligazioni da parte dei contraenti, tant'è vero che la prestazione può diventare non solo difficile, ma anche impossibile per la condizione anomala psichica di uno dei due soggetti²⁵.

²¹ M.F. Pompedda, *Annotazioni circa la "incapacitas adsumendi onera coniugalia"*, in *Diritto, persona e vita sociale, Scritti in memoria di O. Giacchi*, vol. I, Milano 1984, p. 541-550, e in *Ius canonicum*, 1982, pp. 190 ss.

²² M.F. Pompedda, *Annotazioni*, cit., loc. cit., p. 550.

²³ A. Stankiewicz, *L'incapacità di assumere*, cit., loc. cit., p. 64.

²⁴ A. Stankiewicz, *L'incapacità di assumere*, cit., loc. cit., p. 64.

²⁵ P. Moneta, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, Genova, 1998, p. 111.

Negli anni immediatamente successivi al Concilio Vaticano II la giurisprudenza ha cominciato a delineare un capo di nullità autonomo consistente nell'incapacità del soggetto ad assumere le obbligazioni fondamentali del matrimonio; e tale incapacità dà luogo ad una particolare ipotesi di difetto del consenso, perché impedisce alla volontà del nubente, fin dal momento formativo del contratto, di dirigersi a quel nucleo fondamentale che deve costituire l'oggetto di questa volontà²⁶. Si osserva anche che si è discusso nell'ambito della dottrina della effettiva autonomia dell'incapacità di assumere le obbligazioni coniugali rispetto alla figura precedente del *defectus discretionis iudicii*; che deve rilevarsi come le due figure tendono in alcuni casi addirittura a sovrapporsi, specialmente se si ritiene di poter rilevare che nell'esperienza pratica l'incapacità di assumere le obbligazioni coniugali si ritrova molto spesso strettamente connessa col *defectus discretionis iudicii*, tanto da apparire come un particolare aspetto di un'unica forma di incapacità; che ciò è particolarmente riscontrabile nei casi di anomalie psichiche e caratteriali per le quali ad una carenza della capacità di giudizio o di autodeterminazione in ordine agli obblighi essenziali del matrimonio si accompagna quasi inevitabilmente un'incapacità all'adempimento di tali obblighi²⁷.

2.- La capacità di cui al can. 1095, n. 3 si riferisce alla componente strutturale della capacità non risolvendosi in un difetto o un vizio del consenso. Le qualità proprie dell'incapacità di assumere. La gravità della causa di natura psichica.

Si è giustamente affermato che «quello della incapacità relativa agli oneri matrimoniali è un capitolo che non soltanto ha trovato la sua consacrazione normativa con la codificazione del 1983, ma che ha pure avuto una sua effettiva affermazione dottrinale e giurisprudenziale in tempi recenti, soprattutto sotto la spinta del ripensamento canonistico dell'istituto matrimoniale operatosi in occasione del Concilio Vaticano II e particolarmente per effetto del suo magistero»²⁸. Si è anche rilevato che il primo problema sul quale ci si deve soffermare è quello di verificare se tale capitolo di nullità debba considerarsi autonomo o se debba rientrare in uno dei capi di nullità già ammessi. In proposito si deve ricordare che, secondo un filone giurisprudenziale, il

²⁶ P. Moneta, *op. cit.*, p. 114.

²⁷ P.A. Bonnet, *L'incapacità relativa agli oneri matrimoniali*, cit., loc. cit., pp. 36-37.

²⁸ In S.R.R. *Decis.*, vol. LV, n. 6, pp. 259-260.

capitolo relativo alla incapacità di assumere gli oneri matrimoniali costituisce e rappresenta un momento particolare della più generale incapacità di intendere e di volere; e che tale concezione sistematica si riscontra in una sentenza *Mutinensis, coram* Pinna, del 4 aprile 1963²⁹ con cui viene affrontato un caso di ninfomania³⁰.

Ma la giurisprudenza in proposito non è concettualmente ben definita e spesso considera le due incapacità simultaneamente, come se si trattasse di identiche condizioni giuridiche, specialmente in riferimento al difetto di discrezione di giudizio³¹.

Un altro filone giurisprudenziale, ritiene che questo della *incapacitas assumendi* sia un capitolo autonomo rispetto alle fattispecie previste dal n. 1 e n. 2 del can. 1095³²; il che è molto chiaramente espresso da una parte della dottrina, secondo cui la fattispecie prevista nel n. 3 del can. 1095 costituisce un capo di nullità autonomo, che si risolve in un impedimento dirimente³³. Si rileva che, nonostante una certa connessione fra le tre fattispecie di incapacità, le prime due si rapportano al consenso in quanto questo è espressione del soggetto, mentre la terza incapacità ha riguardo direttamente all'oggetto del consenso e quindi al *matrimonium in facto esse*³⁴. Ma, quanto all'autonomia della fattispecie che prendiamo in esame, constatato che essa si riferisce al *matrimonium in fieri*, occorre precisare che essa si riferisce non alle componenti strutturali del consenso o della forma, bensì alla componente strutturale della capacità, non risolvendosi in un vizio o difetto del consenso. Data per scontata l'autonomia normativa della fattispecie riguardante la *incapacitas assumendi*³⁵, e considerata quale fattispecie che attiene al requisito della ca-

²⁹ P.A. Bonnet, *L'incapacità relativa agli oneri matrimoniali*, cit., loc. cit., pp. 37-38.

³⁰ M.F. Pompèdda, *Progetto e tendenze attuali della giurisprudenza nella malattia mentale e il matrimonio*, in *Ius canonicum*, 23 (1983), p. 89 e in *Studi di diritto matrimoniale canonico*, Milano, 1993, p. 147.

³¹ Decreto *Januensis, coram* Pinto del 18 giugno 1982, n.4, in *L'incapacitas*, cit, p. 236.

³² U. Navarrete, "Incapacitas assumendi onera" *uti caput autonomum nullitatis matrimonii*, in *Periodica*, 61(1972), pp. 47-80; K. Lüdicke, *Psychisch bedingte Eheunfähigkeit*, 1978, pp. 95-189; O. Fumagalli Carulli, *op. cit.*, p. 39; L. D'Andrea, *L'incapacità ad assumere gli oneri essenziali del matrimonio nella giurisprudenza rotale*, in *Studi sul matrimonio canonico* (a cura di P. Fedele), 1982, pp. 299 ss.; J.M. Pinto Gomez, *Incapacitas assumendi matrimonii onera in novo C.J.C.*, in *Dilexit iustitiam, Studia in honorem Aurelii card. Sabattani*, Lev, Città del Vaticano, 1984, pp. 35-37; M.F. Pompèdda, *De incapacitate adsumendi obligationes matrimonii essentielles*, in *Periodica*, 1986, pp. 130-131.

³³ M.F. Pompèdda, *Il can. 1095 del nuovo codice...*, cit., loc. cit., p. 549.

³⁴ J. Carreras, *Nota alla sentenza coram Pompèdda* del 19 ottobre 1990, in *Ius Ecclesiae*, 1992, 1, p. 154; Bernárdez Canfín, *Compendio de derecho matrimonial canónico*, Madrid, 1994, p. 134; M. López Alarcín – R. Navarro Valls, *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*, Madrid, 2001, p. 198.

³⁵ P.J. Viladrich, *op. cit.*, pp. 89 ss.

pacitas, costituendo un vero e proprio impedimento dirimente, così come deve dirsi per le fattispecie n. 1 e n. 2 del can. 1095, è da respingere l'affermazione secondo cui, mentre negli impedimenti il soggetto è considerato in quanto contraente ossia in quanto potenziale soggetto del matrimonio, con la conseguenza che la società, per mezzo della competenza del legislatore, non lo riconosce persona abile ad esercitare validamente lo *ius connubi*, ossia lo limita nella sua capacità di agire, nella incapacità consensuale il soggetto viene esaminato nell'ambito della sua interiorità, cioè in quanto consenziente, e per questo in quanto autore specifico dell'atto volontario interno di contrarre, intendendo che non possiede la misura di libera volontarietà razionale sufficiente perché il suo consenso sia considerato valido³⁶. Ne consegue che questa differenza essenziale nell'ottica da cui il soggetto è considerato negli impedimenti e nell'incapacità consensuale, ha un'immediata conseguenza di carattere pratico: l'impostazione di base, i caratteri e i requisiti che caratterizzano un impedimento non possono essere trapiantati, trasformandoli in caratteri e requisiti per l'esegesi dell'incapacità consensuale³⁷.

E quanto alla differenza tra "*incapacitas adsumendi*" e "*incapacitas adimplendi*" non si può più sostenere, dopo la promulgazione del nuovo codice, che tali incapacità siano equivalenti, giacché il legislatore si è soffermato sull'*incapacitas adsumendi* e non sull'*incapacitas adimplendi* per cui non si dovrebbero mai confondere queste due espressioni per il fatto che, mentre assumere gli obblighi si riferisce al *matrimonium in fieri*, il termine *adimplere* riguarda il *matrimonium in facto esse*, con il risultato che l'adempimento degli obblighi essenziali del matrimonio è una conseguenza naturale e necessaria della loro assunzione³⁸. Ma non soltanto si faceva un uso equivalente delle parole *assumere* ed *adimplere*, ma anche si procedeva in base ad una incerta terminologia, poiché si parlava di "*adsumere iura aut implere officia matrimonii essentialia*"³⁹. Pertanto non ci si deve meravigliare se anche dopo la promulgazione del nuovo codice continui il dibattito sulla differenza tra *incapacitas adsumendi* e *incapacitas adimplendi* le obbligazioni essenziali del matrimonio, anche se il legislatore ha chiaramente ed espressamente parlato di incapacità di assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio⁴⁰. Insom-

³⁶ P.J. Viladrich, *op. cit.*, pp. 90-100.

³⁷ A. Stankiewicz, *L'incapacità di assumere...*, cit., loc. cit., p. 61.

³⁸ *Communicationes*, 7 (1975), p. 41.

³⁹ A. Stankiewicz, *op. cit.*, loc. cit., p. 62.

⁴⁰ M.L. Lo Giacco, *L'incapacità a contrarre il matrimonio: il can. 1095, n. 3*, in AA.VV., *Il matrimonio*

ma si è discusso se l'incapacità dovesse essere riferita all'assunzione degli obblighi o piuttosto al loro adempimento, anche dopo la promulgazione del Codice giovanneo-paolino, il quale ha espressamente fatto riferimento all'*incapacitas adsumendi* e quindi al *matrimonium in fieri*⁴¹. Non si deve, infatti, confondere il momento in cui l'impossibilità dell'esecuzione degli obblighi si manifesta e il momento in cui realmente tale impossibilità sussiste⁴².

Già prima dell'emanazione del Codice si affermava in dottrina che i motivi su cui si basa l'incapacità di assumere gli obblighi coniugali dovessero essere gravi⁴³. E soprattutto la giurisprudenza si è posta il problema relativo alla necessità di individuare quali siano le qualità proprie di tale incapacità, così da renderla influente sulla validità del matrimonio; e dottrina e giurisprudenza si sono soffermate a considerare la gravità, l'antecedenza e anche la perpetuità di essa⁴⁴.

In tale prospettiva, si può rilevare che tali qualificazioni sono state prese in considerazione quasi per istintiva applicazione dei criteri validi per l'impedimento dirimente dell'impotenza, con la conseguenza che si è affermato che giuridicamente rilevante è la qualità di gravità che rimane l'unica qualificazione da tenere in considerazione perché l'incapacità abbia efficacia irritante del consenso⁴⁵.

In verità, il can. 1095, n. 3 dispone che l'incapacità di assumere deve avere un'origine psichica, cioè deve trattarsi di un'autentica incapacità e, premessa la necessaria origine psichica dell'incapacità, resta da appuntare l'attenzione sul problema della sua gravità, tenendo presente che la distinzione tra psicologia e diritto è essenziale per l'autonomia del can. 1095, n. 3, in quanto con la negazione sfumerebbero le differenze sostanziali che distinguono l'*incapa-*

nel diritto canonico e nella legislazione concordataria (Atti del Congresso nazionale di Martina Franca), 2003, p. 134.

⁴¹ S. Villeggiante, *Il can. 1095, n. 3 nella giurisprudenza*, in AA.VV., *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, cit., p. 46.

⁴² O. Fumagalli Carulli, *op. cit.*, p. 157: «Certamente il punto che dovrà essere accertato sarà la gravità della perturbazione, poiché, come è evidente, le manifestazioni concrete presentano tali sfumature da impedire che ad una determinata etichetta diagnostica sia automaticamente collegabile la validità o nullità del consenso.

⁴³ M.F. Pompedda, *Annotazioni*, cit., loc. cit., p. 517.

⁴⁴ M.F. Pompedda, *Annotazioni*, cit., loc. cit., p. 519; cfr. anche C. Burke, *Riflessioni sul can. 1095*, in *Il Dir. Eccl.* 1991, 2-3, p. 417.

⁴⁵ J. Carreras, *L'antropologia e le norme di capacità per celebrare il matrimonio. I precedenti remoti del can. 1095 C.J.C.*, in *Ius Ecclesiae*, 4 (1992), pp. 147-148. Vedi anche J.M. Serrano Ruiz, *Interpretazione ed ambito di applicazione del can. 1095, n. 3. La novità normativa e la sua collocazione sistematica*, in AA.VV., *L'incapacità di assumere*, cit., p. 21.

citas adsumendi onera dal *defectus discretionis iudicii*⁴⁶. Si ritiene che sia sconcertante la genericità del canone suddetto dove si parla di cause di natura psichica delle quali per di più non si segnala neanche la necessità che siano gravi; che tale gravità giustamente affermata dal Magistero⁴⁷, nonché dalla giurisprudenza e dalla dottrina, deve essere dedotta da considerazioni implicite anche se importanti: prima di tutto, dalla natura primaria e fondamentale dello *ius connubi*, da riconoscere sempre e, in secondo luogo, dal fatto che una incapacità non grave non può essere correlata dei diritti e doveri sostanziali, ma di quelli accidentali dato che la norma fa riferimento espressamente ai diritti e doveri essenziali⁴⁸. È da notare che nell'ultimo schema e nel Codice del 1983 è scomparso non solo il termine "anomalia", ma anche l'aggettivo "gravem" che risultava invece nel primo e nel secondo schema; che "grave" è rimasto in riferimento al n. 2 del can. 1095, ma non per questo si può con molta ragionevolezza sostenere che la causa psichica ostativa dell'assunzione delle obbligazioni possa essere leggera, perché se essa deve essere tale da determinare l'impossibilità, sia pure morale e soggettiva, dell'assunzione dell'obbligazione, va da sé che una causa leggera o di poco conto non determina la impossibilità⁴⁹. È evidente che nel concetto di impossibilità è implicita la gravità della causa e sarebbe stato un pleonasma aggiungere la dizione "graves" all'espressione "*causae naturae pyichicae*", proprio perché la impossibilità richiama la gravità della causa; e anche che, se l'impossibilità di assumere è un effetto della causa, ne consegue che la causa psichica non può essere se non grave, sempre tenendo presente che non può esistere un effetto più grande della sua causa, soggettivamente considerata⁵⁰. Si afferma che nella giurisprudenza rotale si è molto discusso se l'incapacità debba essere grave o meno, e seppure le opinioni siano diverse, c'è unanimità riguardo alla necessità della gravità della causa che è all'origine dell'incapacità, nel senso che soltanto qualora ci fosse una vera impossibilità ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio si potrebbe parlare di incapacità; che questa gravità deve essere tale da impedire l'assunzione degli obblighi essenziali al mo-

⁴⁶ Giovanni Paolo II, *Discorsi alla Rota Romana del 5 febbraio 1987* (A.A.S., 79(1987) pp. 1453 ss.) e 26 gennaio 1988 (A.A.S. 80 (1988), pp. 1178 ss.).

⁴⁷ J.M. Serrano Ruiz, *op. cit.*, loc. cit., p. 22.

⁴⁸ S. Villeggiante, *op. cit.*, loc. cit., p. 39.

⁴⁹ S. Villeggiante, *op. cit.*, loc. cit., p. 40.

⁵⁰ H. Franceschi, *L'incapacità relativa: status quaestionis e prospettiva antropologica-giuridica*, in AA.VV., *L'incapacità di assumere gli oneri*, cit., loc. cit., 106-107.

mento del consenso⁵¹. Non si esita a sostenere che la gravità è giuridica e consiste nell'impossibilità di assumere come stato anormale in relazione alla capacità naturale di un soggetto, il cui stato normale è poter assumere i doveri coniugali, cioè che l'impossibilità di assumere, in quanto impossibilità, comporta un difetto talmente grave della capacità, da non riconoscere come valido il consenso emesso dal soggetto che ne soffre⁵². La causa che può provocare la impossibilità di assumere deve essere psichica e, perché una causa psichica provochi nel soggetto una perdita tanto grave della sua capacità normale, non può essere lieve, nel senso che tale causa psichica deve costituire un'anomalia della psiche talmente importante e grave da correlarsi proporzionalmente al suo effetto distruttivo finale, per cui, se la causa psichica non possiede questa causalità proporzionata al suo effetto di rendere impossibile l'assunzione dei doveri, allora, dato che manca il nesso proporzionale di causalità tra impossibilità di assumere e causa psichica, il caso non è disciplinabile secondo l'incapacità prevista nel n. 3 del can. 1095⁵³. Ed è evidente che deve esserci un nesso di causalità tra la impossibilità e le cause di natura psichica e che le cause che possono provocare questo difetto nella capacità non si riducono esclusivamente a quelle di natura psicopatologica e alle infermità mentali, sebbene sia imprescindibile che abbiano una natura psichica⁵⁴.

Certo è che la giurisprudenza richiede unanimemente la gravità della causa psichica perché si possa parlare di vera impossibilità e non di semplice difficoltà ad assumere gli obblighi coniugali⁵⁵. Del resto Giovanni Paolo II insisteva sulla distinzione tra semplice difficoltà e vera impossibilità, affermando: «Per il canonista deve rimanere chiaro il principio che solo l'incapacità e non già la difficoltà a prestare il consenso e a realizzare una vera comunità di vita e di amore, rende nullo il matrimonio» (*Communicationes*, 1987, pp. 6-7, n. 7)⁵⁶.

⁵¹ P.J. Viladrich, *op. cit.*, p. 67. Cfr. anche Pompedda, *Annotazioni*, cit., loc. cit., p. 519.

⁵² P.J. Viladrich, *op. cit.*, pp. 67-68.

⁵³ P.J. Viladrich, *op. cit.*, pp. 70 ss., il quale afferma anche che «sebbene l'accezione giuridica delle cause psichiche alle quali fa riferimento il can. 1095, n. 3, sia più ampia di quella del termine disturbo psicopatologico e malattia psichiatrica, tuttavia il giurista deve avere ben presente l'imprescindibile esistenza di una proporzione di causalità tra queste cause di natura psichica e l'effetto finale per cui provocano nel soggetto un'impossibilità di assumere i doveri essenziali del matrimonio» (pp. 70-71).

⁵⁴ M.L. Lo Giacco, *op. cit.*, loc. cit., p. 136.

⁵⁵ Giovanni Paolo II, *Allocutio del 5 febbraio 1987*, in *A.A.S.*, 1987, pp. 1453-1459. Vedi Viladrich, *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, vol. III/2, Pamplona, 2002, pp. 1233-1234.

⁵⁶ M.F. Pompedda, *Annotazioni*, cit., loc. cit., p. 517. Cfr., Petroncelli, *op. cit.*, p. 306.

3.- Il requisito della antecedenza della incapacità. La perpetuità della causa di natura psichica. Il requisito della perpetuità è richiesto da quella parte della dottrina che considera questo capo di nullità quale impedimento dirimente.

A proposito delle qualificazioni che debbono accompagnare le fattispecie rientranti in questo capitolo di nullità, devono considerarsi i requisiti della antecedenza, della perpetuità e della relatività, sui quali molto si è discusso nella dottrina e nella giurisprudenza canonica.

E sulla qualità o requisito dell'antecedenza una autorevole dottrina ritiene che l'unico requisito che rende influente la incapacità sulla validità del matrimonio è quello della gravità, rilevando che non si riesce a comprendere per quale esatto motivo giuridico si esiga l'antecedenza e la perpetuità di una siffatta condizione inabilitante e non si dica semplicemente che essa deve essere presente al momento stesso del consenso manifestato tra i nubenti⁵⁷. A dimostrazione di quanto detto si possono avanzare due ipotesi: o si fa risiedere tale incapacità nell'atto psicologico del consenso stesso, ovvero si individua tale incapacità nell'indisponibilità dell'oggetto, inteso dal contraente. Dottrina e giurisprudenza si muovono in questa seconda prospettiva e in questa ipotesi la incapacità ad assumere gli oneri coniugali si risolverebbe in una immaturità, in una mancanza di discrezione di giudizio; ma nessuno ha mai fatto questione, in siffatte fattispecie, in merito all'antecedenza o la perpetuità della condizione psicologica accertata per dedurne una influenza determinante ed anzi irritante sul consenso stesso, essendosi sempre considerato formalmente l'unico momento consensuale per definirlo sufficiente e valido o non sufficiente rispetto al matrimonio da contrarre⁵⁸.

Del resto anche la seconda ipotesi, considerata dallo stesso autore, conduce a negare rilevanza all'antecedenza e alla perpetuità di una simile incapacità, sol che si abbia riguardo al principio secondo il quale il consenso matrimoniale è *de presenti* e non ha quindi, né un oggetto passato né un oggetto futuro; per cui sembra valida questa argomentazione: incapacità ad assumere gli oneri coniugali significa una non disponibilità del contraente o di entrambi dell'oggetto del proprio consenso, secondo l'espressione *ad impossibilia nemo tenetur*; ma di fatto il contraente concede diritti ed assume

⁵⁷ M.F. Pompedda, *Annotazioni*, cit., loc. cit., p. 518, il quale continua, affermando: «Tutto ciò evidentemente non ha impedito né impedisce che siano esaminati ... tempi antecedenti e susseguenti, così che da questi tragga prova il giudizio sul momento consensuale: questo resta tuttavia l'oggetto formale dell'indagine».

⁵⁸ M.F. Pompedda, *Annotazioni*, cit., loc. cit., p. 519.

obblighi nel momento stesso in cui esprime il proprio consenso, non vedendosi in tal modo la necessità dell'antecedenza; si rileva, infine, che il matrimonio esiste dal momento stesso in cui i nubenti esprimono un valido consenso, ed allora si dovrà affermare che la capacità agli oneri coniugali deve essere presente allora, oppure si dovrà altrimenti assurdamente ipotizzare un matrimonio disgiunto dal consenso, che ne è l'unica causa efficiente⁵⁹. Dunque, resta rilevante giuridicamente solo il requisito della "gravità" della incapacità ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio, dovendosi ritenere che è necessario che la *incapacitas* sia presente al momento della celebrazione del matrimonio e parimenti che non sia necessaria la perpetuità sicchè il contraente è ritenuto inabile ad emettere il consenso anche nell'ipotesi in cui non sussistono i requisiti della antecedenza e della perpetuità⁶⁰. Si è sostenuto che non è facile dimostrare nel caso concreto che si tratti di vera incapacità e non soltanto di difficoltà: spetta ai giudici competenti valutarlo con obbiettività, tenendo presente che tale incapacità, se esiste realmente, deve essere grave, antecedente e, a parere di una parte della dottrina, anche perpetua⁶¹. La causa di natura psichica deve, quindi, risultare antecedente al matrimonio, nel senso che deve esistere almeno all'atto del matrimonio, perché se l'incapacità sopravvenisse dopo la celebrazione, il matrimonio è valido a meno che l'incapacità sopravvenga non molto tempo dopo la celebrazione, nel qual caso si può presumere che esistesse prima della celebrazione⁶².

In effetti il nuovo Codice non stabilisce nulla nel can. 1095, n. 3 riguardo all'antecedenza e alla perpetuità e, per quanto riguarda la prima qualificazione, è stato giustamente affermato che: «*Incapacitas momento celebrationis nuptiarum existens, quae assumptionem obligationum perpetuarum impedit, non illo momento insperatur oritur; si prius non erat, nec momento illo aderat*»⁶³. Difficoltà sorgono nel caso di incapacità latente che si manifesta solo dopo le nozze, ma la cui causa esisteva già prima della celebrazione del matrimonio⁶⁴. L'incapacità di assumere le obbligazioni coniugali è normalmente de-

⁵⁹ M.F. Pompedda, *De incapacitate adsumendi obligationes matrimonii essentielles*, in *Periodica*, 1986, p. 151.

⁶⁰ L. Chiappetta, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Roma, 1990, p. 210.

⁶¹ Chiappetta, *op. cit.*, pp. 210-211.

⁶² J.M. Pinto Gomez, *op. cit.*, loc. cit., p. 25.

⁶³ J.M. Pinto Gomez, *op. cit.*, loc. cit., p. 26. Per la giurisprudenza, cfr. la sentenza *Burdinalensis, coram* Pinto del 3 dicembre 1982, n. 11, in *L'incapacitas*, cit., loc. cit., p. 254.

⁶⁴ P. Moneta, *op. cit.*, p. 116. Cfr. la sentenza *Portlandensis, coram* Pinto del 18 marzo 1971, n. 3, in *L'incapacitas*, cit., loc. cit., p. 90; la *Marianopolitana, coram* Pinto del 27 maggio 1983, n. 8, in *L'incapacitas*, cit., loc. cit., p. 227.

stinata a rivelare la sua effettiva consistenza solo durante lo svolgersi della vita matrimoniale, ma essa deve essere antecedente e perpetua. Quanto all'antecedenza, si è affermato che l'incapacità deve essere antecedente alla celebrazione nuziale, nel senso che nel soggetto debbono essere presenti, sia pure in forma latente, quelle anomalie o distinzioni della personalità che impediranno poi concretamente di far fronte agli impegni propri dello stato coniugale⁶⁵. Si osserva che l'incapacità deve essere attuale, perché il matrimonio è un atto *de presenti* per mezzo del quale i contraenti si danno e accettano mutuamente la realtà coniugale, tant'è che la incapacità sopravvenuta non intacca la validità del matrimonio⁶⁶.

Quanto alla perpetuità, si sostiene che tale qualificazione non è necessaria, nel senso che, se, da una parte, è unanime la dottrina nel sostenere che la incapacità deve essere presente in uno dei soggetti al momento della celebrazione del matrimonio, dall'altra, non è necessario che essa sia perpetua, cioè insanabile, nel senso che è sufficiente che sia presente al momento della celebrazione anche se sia guaribile in seguito⁶⁷. È ovvio che il fatto di aver messo questo capo di nullità nel quarto capitolo dimostra che il legislatore ha concepito tale incapacità non già come impedimento dirimente, bensì come difetto del consenso; il che comporta la non necessità della perpetuità⁶⁸ e quindi della insanabilità dell'incapacità. Si deve vedere se l'incapacità debba essere ritenuta invalidante il vincolo solo se particolarmente qualificata in ragione della perpetuità e all'uopo la risposta negativa

⁶⁵ J. Ferrer, *La capacidad para el consentimiento valido y su defecto (can. 1095)*, in *Matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio*, X Congreso internacional de derecho canónico, Pamplona, 2000, p. 866. Vedi anche, M. Lipez Alarcín – R. Navarro Valls, *op. cit.*, p. 201; P.J. Viladrich, *op. cit.*, p. 64; J.M. Gonzalez Del Valle, *op. cit.*, p. 162.

⁶⁶ Pompèdda, *Annotazioni*, cit., loc. cit., p. 518.

⁶⁷ R. Sebott – C. Marucci, *Il nuovo diritto matrimoniale della Chiesa*, Napoli, 1985, p. 130.

⁶⁸ S. Gherro, *Diritto matrimoniale canonico*, Padova, 1985, p. 138. Vedi anche M.F. Pompèdda, *Incapacitas assumendi*, cit., loc. cit., p. 151: «nescimus quibusdam ex rationibus exigantur antecedentia et perpetuitas, dum videretur sufficere eiusdem conditionem inhabilitantem adesse ipso momento elicitu consensus». Cfr. Olivares, *op. cit.*, loc. cit., p. 167. A. Molina Meliç – M.E. Olmos Ortega, *Derecho matrimonial canónico sustantivo y procesal*, Madrid 1992, p. 200; Bernárdez Cantín, *op. cit.*, p. 135; M. Lipez Alarcín – R. Navarro Valls, *op. cit.*, pp. 202-203. Per la giurisprudenza, cfr. la sentenza *coram* Raad, del 20 marzo 1980, *Mon. Eccl.*, 1980, pp. 17 ss.; la sentenza *coram* Pompèdda del 19 febbraio 1982, in *Il Dir. Eccl.*, II, 1983, pp. 325 ss.; la sentenza *coram* Stankiewicz, del 14 novembre 1985, in *Il Dir. Ecc.*, 1986, II, pp. 324 ss.; la *coram* De Lanversin, del 1 marzo 1989, in *Il Dir. Eccl.* 1989, II, pp. 193 ss.; la *coram* Bruno, del 19 luglio 1991, in *Il Dir. Eccl.*, 1992, II, pp. 231 ss.; la *coram* Pompèdda, del 19 ottobre 1990, in *Jus Ecclesiae*, 1992, IV, pp. 159 ss.; la *coram* Palestro, del 6 giugno 1990, in *Mon. Eccl.* 116(1991), p. 372 ss.; la *coram* Ragni, del 16 luglio 1991, in *Il Dir. Eccl.*, 1992, II, p. 243 ss.

sembra la più logica⁶⁹. Peraltro, una parte della dottrina e della giurisprudenza, con riferimento all'impedimento della impotenza, esigono che la incapacità sia perpetua, per cui gli obblighi essenziali del matrimonio non potranno mai essere adempiuti⁷⁰.

Si afferma che il punto indubbiamente più controverso, sotto il profilo delle qualificazioni, è quello relativo alla perpetuità della causa di natura psichica, potendosi chiedere se la perpetuità si riferisca alla incapacità o piuttosto agli oneri coniugali⁷¹. E non è mancato chi ha affermato che la non necessità della perpetuità si deve ricavare dal silenzio del legislatore, dal momento che nel can. 1095, n. 3 non si esige che la incapacità sia perpetua⁷². Invece sembra a noi di poter condividere quanto si è rilevato da chi ritiene che la incapacità debba essere perpetua, perché la semplice incapacità transitoria, anche se concomitante con l'atto della celebrazione non ha rilevanza giuridica; e che il motivo che si adduce per giustificare la non necessità della perpetuità dell'incapacità è che tale incapacità non costituisce un impedimento dirimente come l'impotenza *coeundi*, sebbene un vizio del consenso⁷³. È pure certo che un'ampia giurisprudenza sostiene che l'incapacità deve essere perpetua e permanente, cioè non solo deve essere presente in fatto al momento del consenso, ma non deve presentare alcuna speranza di essere curata con mezzi ordinari e leciti⁷⁴.

Se, dunque, è necessario il requisito della antecedenza, altresì necessario è il requisito della perpetuità o insanabilità della causa di natura psichica, dato che secondo il can. 1084 l'impedimento di impotenza deve essere perpetuo e che identica è la *ratio* su cui si basano entrambe le fattispecie, tant'è che l'incapacità viene talora definita come impotenza morale⁷⁵.

⁶⁹ Cfr. A. Abate, *op. cit.*, p. 167. Vedi anche Olivares, *op. cit.*, loc. cit., p. 167.

⁷⁰ P.A. Bonnet, *op. cit.*, p. 51. Sul requisito della perpetuità o inemendabilità della incapacità, cfr. P. Pavaniello, *Il requisito della perpetuità nell'incapacità di assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio* (can. 1095, 3°), in *Periodica*, 1994, pp. 131-132.

⁷¹ Sul punto cfr. C. Gullo, *Incapacità perpetua di assumere gli oneri coniugali o incapacità di assumere oneri coniugali perpetui?*, in *Il Dir. Eccl.*, 1978, II, pp. 3-17. Cfr. anche Olivares, *op. cit.*, loc. cit., pp. 153-169.

⁷² Olivares, *op. cit.*, loc. cit., pp. 168-169.

⁷³ L. Chiappetta, *op. cit.*, p. 211.

⁷⁴ Sentenze *coram* De Lanversin, dell'8 febbraio 1984, in *A.R.R.T.*, vol. LXXIV, p. 91; *coram* Jarawan, del 19 giugno 1984, *ibidem*, p. 372; *coram* Doran del 1 luglio 1988, n. 11, in *Jus Ecclesiae*, II, 1(1990), p. 163. Vedi C. Burke, *Riflessioni sul can. 1095*, cit. loc. cit., p. 422.

⁷⁵ Vedi da ultimo M.L. Lo Giacco, *op. cit.*, loc. cit., p. 138, la quale afferma che «si oppongono al requisito della perpetuità quanti fanno rilevare l'improponibilità di un parallelo con l'impedimento di impotenza, ontologicamente diverso rispetto all'incapacità consensuale». Cfr. anche R. Sebott – C. Marucci, *op. cit.*, p. 131. Bernardez Canton, *op. cit.*, p. 134.

Insomma, una parte della dottrina e una parte della giurisprudenza condividono la tesi dell'irrelevanza della perpetuità per la incapacità agli obblighi, trattandosi in realtà della incapacità al consenso matrimoniale, per cui è sufficiente che essa operi soltanto nel momento delle nozze⁷⁶. E si ripete che il requisito della perpetuità è richiesto da coloro che considerano questo capo di nullità quale un impedimento, come esplicitamente riferito da qualche autore secondo cui il requisito della perpetuità deve accompagnare la incapacità di compiere le obbligazioni essenziali del matrimonio, cosicché la semplice incapacità momentanea di compiere tali obbligazioni nel momento della celebrazione del matrimonio o la incapacità di non poter compierle in una occasione che si presentasse in futuro non è costitutiva dell'impedimento⁷⁷.

4. Il requisito della relatività. La giurisprudenza contraria alla necessità di tale requisito: L'incapacità deve essere *erga omnes*, cioè assoluta. Le cause di natura psichica.

Un'altra qualificazione vuole aggiungere una parte della dottrina e della giurisprudenza, cioè il requisito della relatività, nel senso che la incapacità può essere considerata in senso assoluto oppure in senso relativo, come, del resto, avviene per l'impedimento della *impotentia coeundi*.

La dottrina canonistica, in definitiva, deve tener presente che non ha senso parlare di incapacità relativa anche se si può sostenere che il matrimonio viene contratto fra due persone concrete e non con un coniuge teorico ed astratto, con la conseguenza che l'incapacità dell'uno deve essere sempre rapportata alla realtà esistenziale dell'altro; nel senso che il matrimonio non viene celebrato fra due distinti individui umani, ma concretamente fra questo Tizio e questa Caia, con la ovvia conseguenza che si tratterà sempre di vedere nel singolo caso specifico la incapacità dell'uno o dell'altro contraente ed anche di entrambi⁷⁸. Si potrà dire che, di fronte ad un diverso coniuge, il soggetto sarebbe stato capace di adempiere più facilmente gli oneri coniugali, non per questo è lecito negargli la capacità di poter adempiere i medesimi in senso assoluto, e se poi l'incompatibilità trascende la comune capacità di impegnarsi in un negozio di tanta rilevanza qual è il matrimonio, non si com-

⁷⁶ A. Stankiewicz, *La capacità richiesta per la validità del consenso e la sua mancanza*, in *Matrimonio y su expresión canónica*, cit., p. 856.

⁷⁷ J.M. Gonzalez Del Valle, *Derecho canónico matrimonial*, cit., p. 162.

⁷⁸ M.F. Pompedda, *Annotazioni*, cit. loc. cit., p. 521.

prende come si debba per questo ricorrere ad un criterio di relatività che specifichi tale incapacità⁷⁹. Il vero è che al nubente è lasciata la libera scelta del coniuge, ma non è nella sua disponibilità l'essenza dell'istituto matrimoniale, nel senso che, se una relatività esiste, essa è da ravvedersi tra il soggetto e le obbligazioni che egli assume col proprio consenso, e, se si insisterà nel dire che il nubente non contrae il matrimonio con l'istituto matrimoniale, con il matrimonio in astratto, ma solo con un determinato coniuge in concreto, si potrà affermare che in potestà della libera volontà umana è soltanto la scelta del coniuge, mai però lo stabilire l'essenza di ciò che l'unione coniugale comporta⁸⁰. Sul tema si è pronunciato chi osserva che ipotesi di nullità può essere l'incapacità relativa del nubente nei confronti dell'altro nubente o dei coniugi fra loro a causa di un'anomalia psichica chiaramente diagnosticabile o per incapacità di persone non perfettamente normali sul piano psicologico o anche normali, le quali, tuttavia, possono presentare, quanto alla personalità, un'alterabilità causabile, al contatto di determinati altri "tipi", da motivi di colore, educazione, di religione, ecc.⁸¹. È certo che un problema importante è quello della incapacità relativa, cioè di entrambi i coniugi in ordine alla costituzione della *communio vitae* o di uno di essi rispetto all'altro; che oggi ogni problema matrimoniale si pone in termini di coppia, cioè in termini completamente diversi da come in passato venivano considerati i disordini psichici dei contraenti, ne consegue che, trattandosi di vita in due, qualsiasi forma di incapacità ad eseguire responsabilmente gli obblighi essenziali del matrimonio va considerata con riferimento alla personalità di entrambi i coniugi: in effetti, un coniuge non resta estraneo alla volontà esecutiva dell'altro nella realizzazione pratica delle obbligazioni essenziali del matrimonio⁸².

Si rileva che un argomento a favore dell'ammissibilità di una *incapacitas adsumendi onera* solo relativa può rinvenirsi nel collegamento fra la fattispecie del can. 1095, n. 3 e quella prevista dal can. 1084, ossia l'impedimento di impotenza, poiché, una volta riconosciuta per i due "*capita nullitatis*" l'*eadem ratio*, sarà possibile l'applicazione analogica all'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio, delle qualificazioni normative dell'impotenza, fra le quali la relatività; che la sussistenza di una *eadem ratio* per le due

⁷⁹ M.F. Pompedda, *Annotazioni*, cit. loc. cit., p. 522-523.

⁸⁰ M.F. Pompedda, *Annotazioni*, cit. loc. cit., p. 523.

⁸¹ O. Fumagalli Carulli, *Perturbazioni psichiche e consenso matrimoniale*, in *Ephem. iuris canonici*, 27(1977), p. 82. Vedi anche S. Gherro, *op. cit.*, p. 135.

⁸² S. Villeggiante, *Il can. 1095, n. 3 nella giurisprudenza*, cit., loc. cit., pp. 41-42.

fattispecie appare piuttosto evidente, trattandosi in entrambi i casi di applicazione della regola *ad impossibilia nemo potest se obligari* in quanto ipotesi di mancanza dell'oggetto del consenso per incapacità del contraente ad assumerlo⁸³. Si aggiunge che, in effetti, la collocazione delle due fattispecie in diverse categorie di motivi di nullità del matrimonio – fra gli impedimenti per la prima, fra i vizi del consenso la seconda – è stata dettata più da ragioni di ordine tradizionale e pratico che non da una sostanziale differenza di contenuti; che l'affinità tra le due fattispecie non è stata messa in discussione, se è vero che una sentenza della Rota Romana, la *coram* Sabattani del 21 giugno 1057⁸⁴, sosteneva che in un caso di ninfomania dovesse parlarsi di *impotentia moralis* in ordine a questa fattispecie, la quale sarebbe stata nel nuovo *Codex* la incapacità di assumere gli oneri⁸⁵. Si osserva che, una volta riconosciuta la *eadem ratio* per i due casi, cioè per l'impotenza e l'*incapacitas adsumendi onera*, si finisce per applicare le qualificazioni, e specialmente quella che attiene al requisito della relatività, riconosciuta dal legislatore in ordine all'impedimento di impotenza, anche alla *incapacitas adsumendi onera*; che, se l'impotenza relativa è pacificamente ammessa in ragione della natura interpersonale del matrimonio, non si vede perché debba negarsi la possibilità di riconoscere la validità dell'*incapacitas adsumendi onera* “relativa” alla sola comparte; che, il fatto che la Rota Romana continui a ritenere giuridicamente irrilevante tale fattispecie sarebbe dovuto ad una pregiudiziale “chiusura difensiva” nei confronti della figura in esame: atteggiamento che può giustificarsi, da un lato, per il pericolo che tale nozione di incapacità agli oneri relativa, finisca per portare ad applicazioni ampie, equivalenti praticamente ad un divorzio per incompatibilità di carattere, e, dall'altro, per le difficoltà di prova che l'incapacità relativa indubbiamente comporta; che, infine, la soluzione a tali problemi non può consistere nel respingere l'efficacia invalidante di una inabilità psichica che si manifesti solo nei confronti della concreta comparte, partendo dal presupposto che vera incapacità si abbia solo quando questa si manifesti *erga omnes*, trattandosi negli altri casi di mera difficoltà⁸⁶.

La giurisprudenza rotale si mostra contraria alla possibilità di configurare

⁸³ G. Canale, *L'incapacità ex can. 1095, 3°: necessaria assolutezza o possibile relatività alla persona dell'altro coniuge?*, in AA. VV., *L'incapacità di assumere*, cit., loc. cit., pp. 86-87. In senso contrario, cfr. la sent. *coram* Stankiewicz, del 24 luglio 1997, in *Jus Ecclesiae*, 12 (2000), pp. 109 ss.

⁸⁴ In *S.R.R. Decis.*, vol. L, 1957, pp. 500-513.

⁸⁵ G. Canale, *op. cit.*, loc. cit., p. 88.

⁸⁶ G. Canale, *op. cit.*, loc. cit., pp. 92-93.

un'incapacità soltanto relativa⁸⁷ e solo in alcune sentenze *coram* Pinto si trova un accenno alla possibilità di riconoscere una incapacità soltanto relativa, basandola sulla analogia con l'impotenza⁸⁸. Ma, a parte le decisioni *coram* Serrano, il quale ammette la possibilità dell'incapacità relativa⁸⁹ non soltanto la giurisprudenza quasi unanime, ma anche la dottrina più recente esclude tale possibilità, affermando espressamente che la incapacità deve essere assoluta⁹⁰. In sostanza, a fondamento della dottrina dell'incapacità relativa si pone la osservazione che, poiché il matrimonio deve essere considerato come una relazione duale, la capacità deve essere valutata in relazione alla reciproca integrazione dei coniugi; che, poiché il matrimonio non è una realtà astratta, la capacità deve essere valutata in concreto, cioè verificando la capacità del contraente in ordine all'altro contraente; che, ricorrendo all'analogia con l'impedimento di impotenza, si debbono attribuire alla incapacità le stesse identiche qualificazioni che sono riconosciute all'impedimento di impotenza⁹¹. Ma, nonostante le argomentazioni riferite a favore della tesi relativa alla necessità di attribuire e riconoscere all'incapacità considerata la qualità della relatività, si afferma, a nostro avviso giustamente, che appare difficile accettare la figura dell'incapacità relativa, dato che si finirebbe per lasciare via libera all'incompatibilità di carattere e al divorzio⁹².

Le cause di natura psichica devono essere dunque gravi, antecedenti al matrimonio, perpetue e assolute, cioè operanti *erga omnes* e non soltanto nei confronti dell'altro coniuge.

Fra le cause di incapacità psichica sono da ricondursi la iperestesia ses-

⁸⁷ Vedi la sent. *coram* Pompedda, del 19 ottobre 1990, in *Jus Ecclesiae* 1992, 1, pp. 153 ss., in essa il ponente ritiene che l'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio deve essere assoluta e quindi si debbono respingere quelle dottrine che vogliono introdurre la figura dell'"incompatibilità psichica". Vedi la nota del Carreras a questa sentenza, loc. cit., pp. 153-155.

⁸⁸ Cfr. ad esempio la sent. *coram* Pinto del 27 maggio 1983, n.4, in *A.R.R.T. Decis.*, vol. LXXV e in *L'incapacitas (can. 1095)*, cit., pp. 259 ss.

⁸⁹ Vedi anche la sent. *Novae Aureliae*, del 5 aprile 1973, nn. 4-15, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXV, pp. 323-333; la sent. *Turinen*, del 19 maggio 1978, nn. 4-10, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXX, pp. 320-325; la sent. *Ludovicopolitana*, del 28 luglio 1981, nn. 3-27, in *S.R.R. Decis.*, vol. LXXV, pp. 712-719; la *Mexicana*, del 13 dicembre 1991, in *A.R.R.T. Decis.*, vol. LXXXIII, pp. 756-755.

⁹⁰ J. Fornés, *Derecho matrimonial canónico*, Madrid, 1999, pp. 110-111; M. Lîpez Alarcîn – R. Navarro Valls, *op. cit.*, pp. 204-205; C. Burke, *Riflessioni sul can. 1095*, in *Il Dir. Eccl.*, 1991, I, p. 419; F. Finocchiaro, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Bologna, 2001, p. 79; P.J. Viladrich, *op. cit.*, pp. 119 ss.; *Idem*, *Comentario exegético al código de derecho canónico*, Pamplona, 2002, pp. 1241 ss.

⁹¹ M.L. Lo Giacco, *op. cit.*, loc. cit., pp. 145-149.

⁹² M.L. Lo Giacco, *op. cit.*, loc. cit., p. 150.

suale (satirismo e ninfomania)⁹³, la omosessualità, maschile o femminile (le sbismo)⁹⁴, in cui l'omosessuale è attratto irresistibilmente verso il suo sesso, e solo nel rapporto omosessuale può esplicare la sua vera sessualità, essendo radicalmente incapace a dar vita ad un *consortium totius vitae*⁹⁵. Dalla dottrina si ricorda la fattispecie del transessualismo in cui la persona desidera appartenere al sesso opposto, talora a tal punto da trasformare il proprio corpo con operazioni chirurgiche, pur di arrivare a tal fine⁹⁶. Più complessa è la questione connessa al travestitismo in cui il soggetto sente l'esigenza di abbigliarsi con indumenti, soprattutto intimi, appartenenti all'altro sesso⁹⁷. Altre fattispecie nosografiche, sono l'esibizionismo sessuale, il masochismo, il sadismo, la pedofilia, gerontofilia e necrofilia, zoofilia, coprofilia⁹⁸. Altre ipotesi sono da ravvisare nel caso della psicosi latente (*borderline*)⁹⁹, nell'epilessia, nell'isteria¹⁰⁰, nell'immaturità¹⁰¹, mentre problemi delicatissimi sorgono quan-

⁹³ Sent. *coram* Huot, del 2 ottobre 1986, in *A.R.R.T. Decis.*, vol. LXXVIII, pp. 498-509; *coram* Giannechini, del 20 dicembre 1988, in *Mon. Eccl.*, 114(1989), pp. 439-449; *coram* Faltin, del 24 aprile 1991, in *A.R.R.T. Decis.*, vol. LXXXIII, pp. 331-341. La prima sentenza che decise un caso di ninfomania fu la *coram* Sabattani, del 21 giugno 1957, in *S.R.R. Decis.*, vol. XLIX, dec. 132.

⁹⁴ Sent. *coram* Davino, del 17 gennaio 1986, in *Mon. Eccl.*, 111(1986), pp. 283-289; *coram* Serrano, del 6 maggio 1987, in *A.R.R.T. Decis.*, LXXIX, pp. 268-284; *coram* De Lanversin, del 3 febbraio 1988, in *A.R.R.T. Decis.*, vol. LXXX, pp. 67-74; *coram* Pompèdda, del 19 ottobre 1992, in *A.R.R.T. Decis.*, vol. LXXXIV, pp. 493-501; *coram* Funghini, del 19 dicembre 1994, in *Mon. Eccl.*, 121(1996), pp. 33-57.

⁹⁵ L. Musselli – M. Tedeschi, *Manuale di diritto canonico*, Bologna, 2002, p. 202.

⁹⁶ L. Musselli – M. Tedeschi, *op. cit.*, p. 202. Cfr. anche Bonnet, il quale peraltro ritiene che non possono farsi rientrare nella fattispecie considerata le ipotesi di transessualismo, in quanto in una tale situazione viene ad essere in giuoco un'effettiva mancanza di eterosessualità e quindi una deficienza essenziale del soggetto quale causa efficiente del *matrimonium in fieri* (*op. cit.*, loc. cit.). Cfr. anche la sent. *coram* Pinto del 14 aprile 1975, in *L'incapacitas*, cit. pp. 121-130.

⁹⁷ Cfr. L. Chiappetta, *op. cit.*, p. 209, il quale così afferma: «Il travestitismo, detto anche eonismo, è delle persone che, pur coscienti di appartenere al proprio sesso, assumono atteggiamenti, gusti, gesti dell'altro sesso, adottandone anche le acconciature e indossandone gli abiti». Cfr. anche la sent. *Lugnensis*, *coram* Pinto, del 14 aprile 1975, in *L'incapacitas*, cit., pp. 123-124.

⁹⁸ L. Musselli – M. Tedeschi, *op. cit.*, p. 203. Vedi un'ampia casistica in P.A. Bonnet, *op. cit.*, loc. cit., pp. 54 ss. Cfr. anche P. Bianchi, *Le causae naturae psychicae dell'incapacità*, in AA.VV., *L'incapacità di assumere*, cit., pp. 155-156.

⁹⁹ M. Lipez Alarcin – R. Navarro Valls, *op. cit.*, p. 201. Cfr. anche P.A. Bonnet, *op. cit.*, loc. cit., p. 54. Per la giurisprudenza cfr. le sent. *coram* Boccarola del 27 febbraio 1989, in *A.R.R.T. Decis.*, vol. LXXXI, pp. 151-159; *coram* Jarawan, del 6 giugno 1990, in *A.R.R.T. Decis.*, vol. LXXXII, pp. 488-500; *coram* Ragni, del 19 maggio 1992, in *A.R.R.T. Decis.*, vol. LXXXIV, pp. 263-278; *coram* Stankiewicz del 9 marzo 1995, in *Mon. Eccl.*, 121(1996), pp. 475 ss.

¹⁰⁰ *Coram* Colagiovanni, del 18 ottobre 1986, in *A.R.R.T. Decis.*, vol. LXXVIII, pp. 538-550; *coram* Jarawan, del 4 aprile 1990, in *A.R.R.T. Decis.*, vol. LXXII, pp. 290-294; *coram* Bruno, del 27 marzo 1992, in *A.R.R.T. Decis.*, vol. LXXXIV, pp. 151-161; *coram* Palestro, del 29 aprile 1992, in *A.R.R.T. Decis.*, vol. LXXXIV, pp. 203-214.

¹⁰¹ *Coram* Pinto, del 19 dicembre 1986, in *A.R.R.T. Decis.*, vol. LXXVIII, pp. 765-775; *coram* Jarawan

do si tratti di gravi malattie infettive come l'A.I.D.S., le quali possono togliere al soggetto la capacità critico-estimativa ed è possibile che lo sconvolgimento emotivo, provocato nel soggetto dal pensiero ossessivo della malattia o della possibilità di contagiare il partner, tolga al medesimo la capacità di interazione e di dialogo con l'altro nubente necessaria per instaurare un rapporto di coppia, configurando un caso di *incapacitas adsumendi*¹⁰².

del 30 gennaio 1988, in *A.R.R.T. Decis.*, vol. LXXX, pp. 40-45; *coram* Burke del 18 luglio 1991, in *Jus canonicum*, 33(1993), n. 65, pp. 153-170.

¹⁰² L. Musselli - M. Tedeschi, *op. cit.*, p. 205. Cfr. anche M.L. Lo Giacco, *op. cit.*, loc. cit., p. 151.