

L'INCAPACITÀ CONSENSUALE

MONS. MARIO F. POMPEDDA

SOMMARIO. PREMESSA: TRE PRINCIPI BASILARI DI TUTTA LA MATERIA. I. NECESSITÀ DEL CONSENSO NELLA DOGMATICA DEL DIRITTO MATRIMONIALE CANONICO. II. PUREZA METODOLOGICA: IL CONCETTO GIURIDICO-CANONICO DEL CONSENSO DEVE ESSERE IMMUNE DA CONTAMINAZIONI, PUR CON L'AUSILIO DELLE ALTRE DISCIPLINE UMANISTICHE E TEOLOGICHE. III. NOZIONE ADEGUATA DEL CONSENSO MATRIMONIALE: IN QUANTO «MATRIMONIALE» IL CONSENSO NON PUO' PRESCINDERE DALLA NATURA DEL MATRIMONIO, QUALE REALTÀ COINVOLGENTE L'ESISTENZA STESSA DEI CONTRAENTI. A. *Scomposizione dell'atto del consenso nei suoi elementi intrinseci sostanziali e rispettive problematiche principali.* 1. Il consenso è atto dell'intelletto e della volontà. 2. Definizione giuridica del concetto di volontà matrimoniale. 3. Unità psichica dell'uomo. 4. Rapporto fra intelletto e volontà. 5. Volontà significa libertà. 6. Patologia autonoma della volontà?. 7. Condizionamenti dell'agire umano. 8. Il problema della motivazione. 9. Il problema dell'inconscio. B. *Rilevanza dello specifico «oggetto» nella definizione del consenso matrimoniale.* IV. LA INCAPACITA' NON PUO' ESSERE INTESA SE NON COME «INADEGUATEZZA RADICALE» DEL CONTRAENTE CIRCA UNO DEGLI ELEMENTI COSTITUTIVI O CIRCA L'OGGETTO DELLO STESSO CONSENSO. V. ADEGUATEZZA DELLA NORMA POSITIVA CONTENUTA NEL CANONE 1095 IN MATERIA DI INCAPACITA' CONSENSUALE?. VI. LA INCAPACITA' CONSENSUALE E' DA RITENERE QUALIFICATA COME NOZIONE RELATIVA. VII. UNICO COMPETENTE A GIUDICARE IN TEMA DI INCAPACITA' CONSENSUALE E' IL GIUDICE (PUR CON L'AUSILIO DEI PERITI). VIII. CONCLUSIONE.

PREMESSA: TRE PRINCIPI BASILARI DI TUTTA LA MATERIA

Per intendere correttamente il canone 1095, e quindi la *incapacità consensuale*, nel quadro della dogmatica generale della normativa

canonica circa il matrimonio, occorre partire da *tre enunciati* o, se vogliamo, da *tre principi* positivamente stabiliti dal Legislatore, ma che riflettono tuttavia il diritto naturale, sul quale la legislazione della Chiesa, in materia, prevalentemente si basa e del quale vuole essere interprete.

Essi sono:

1°. il matrimonio è costituito dal consenso dei nubenti e non può essere supplito da alcuna potestà umana (can. 1057 § 1);

2°. il consenso matrimoniale è l'atto di volontà con cui un uomo e una donna reciprocamente si donano e si accettano per costituire il matrimonio (can. 1057 § 2);

3°. col patto matrimoniale l'uomo e la donna costituiscono fra loro il consorzio di tutta la vita, per sua indole naturale ordinato al bene dei coniugi e alla procreazione-educazione della prole (can. 1055 § 1).

Il primo principio stabilisce non soltanto la *insostituibilità* del consenso, perchè si abbia matrimonio, ma la sua *centralità*, come perno essenziale attorno al quale ruotano la dottrina e la normativa matrimoniale.

Per il secondo principio si stabilisce la necessaria correlazione fra: *consenso = atto di volontà = costituzione del matrimonio*.

Non si tratta soltanto di esplicitare *in che cosa consista* il consenso -ove appunto esso si identifica con l'atto di volontà-, ma soprattutto di correlare sostanzialmente il consenso, cioè la volontà dei nubenti, *con il proprio oggetto* che è la costituzione del matrimonio.

Se dunque oggetto del consenso è *la costituzione del matrimonio*, questa espressione non avrebbe un contenuto concreto e giuridico se il Legislatore canonico non avesse indicato almeno i criteri per stabilire che cosa egli abbia voluto dire quando ha fatto riferimento ad esso: in verità, nel vigente Codice troviamo una *definizione -normativa*, bene inteso, e non dottrinale- offertaci quasi 'in obliquo; *del matrimonio*: una definizione che appunto non ci viene data direttamente, ma con l'indicazione del *contenuto del patto matrimoniale*, cioè del contenuto dell'oggetto del consenso.

Così abbiamo anche accennato al terzo principio basilare da tener presente ove si voglia o si debba dare una corretta nozione, in un ambito rigorosamente giuridico, della *incapacità consensuale*.

I. NECESSITA' DEL CONSENSO NELLA DOGMATICA DEL DIRITTO MATRIMONIALE CANONICO

La necessità del consenso, anzi la sua insostituibilità è affermata esplicitamente tanto nella normativa del Codice del 1917, quanto in quella del Codice vigente¹.

Tale necessità viene ricollegata dalla dottrina alla natura contrattuale del matrimonio², e più esplicitamente al fatto che nell'uomo razionale e libero, fruente del diritto esclusivo sulle proprie membra, non può tale diritto rivendicarsi da altri senza il suo consenso³, o, in altre parole, alla valenza essenzialmente autodonativa che al momento costitutivo del matrimonio, incarnato dal consenso, è singolarmente propria⁴.

Non diversamente si è espresso il supremo Magistero della Chiesa in solenni documenti⁵, così che è stato autorevolmente affermato essere il consenso di ambo le parti non soltanto essenziale per il matrimonio, quanto unicamente e totalmente costitutivo nel suo essere, così che niente altro si richieda per la sua essenza⁶. In tal modo possiamo dire ancora che gli altri due requisiti, capacità e forma, sono imposti dall'ordinamento per ragioni generali esterne ai soggetti; mentre il consenso è richiesto «prima che dall'ordinamento, dalla stessa natura sostanziale del matrimonio e interessa prima di tutto i due nubenti e il mondo interiore nel quale si

1. Cfr. can. 1081 § 1 CIC 1917, can. 1057 § 1 CIC 1983.

2. Cfr. P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, II, 1932, p. 5, n. 775.

3. Cfr. WERNZ-VIDAL-AGUIRRE, *Ius canonicum*, t. V, *Ius matrimoniale*, ed. 1946, p. 585 ss., n. 451.

4. Cfr. P.A. BONNET, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, Milano 1985, p. 3.

5. «Hic contractus (matrimonialis) etiam hoc insigni discrimine differt ab alio quocumque mere civili contractu, quod in eo genere civili consensus certis de causis interdum per leges suppleatur, in matrimonio vero nulla humana potestate suppleri consensus valeat»: PIUS PP. VI in Epist. ad Episcopum Agriensem diei 11 iulii 1789 (citato da GASPARRI, *o.c.*, p. 6, n. 775). In ugual modo si esprimeva PIO XI: «quamquam matrimonium suapte natura divinitus est institutum, tamen humana quoque voluntas suas in eo partes habet easque nobilissimas; nam singulare quodque matrimonium, prout est coniugalis coniunctio inter hunc virum et hanc mulierem, non oritur nisi ex libero utriusque sponsi consensu: qui quidem liber voluntatis actus, quo utraque pars tradit et acceptat ius coniugii proprium, ad verum matrimonium constituendum tam necessarius est ut nulla humana potestate suppleri valeat»: PIUS PP. XI Litt. Enc. *Casti connubii* diei 31 decembris 1930, AAS 22, 1930, p. 543 ss.

6. Cfr. P. GASPARRI, *o.c.*, p. 6, n. 775; WERNZ-VIDAL-AGUIRRE, *o.c.*, p. 584 ss., n. 451.

costituiscono gli elementi sostanziali del negozio prima che essi diventino elementi formali e quindi giuridici»⁷.

II. PUREZZA METODOLOGICA: IL CONCETTO GIURIDICO-CANONICO DEL CONSENSO DEVE ESSERE IMMUNE DA CONTAMINAZIONI, PUR CON L'AUSILIO DELLE ALTRE DISCIPLINE UMANISTICHE E TEOLOGICHE

E' fuor di dubbio che il consenso matrimoniale è un fenomeno psichico che interessa la teologia (almeno sotto l'aspetto sacramentale), la morale (per il coinvolgimento etico della condotta dei contraenti), la psicologia (essendo un atto posto dalle facoltà razionali dell'individuo), e infine il diritto (trattandosi di un vincolo giuridico sostanziato di diritti-doveri-obbligazioni): ognuna di queste discipline descrive o tenta di descrivere parzialmente tale fenomeno⁸. Ne consegue che, volendo il giurista, anzi dovendo egli rimanere nell'ambito della propria scienza, gli si impone una «purezza metodologica» così che possa rimanere fedele a concetti e metodi rigorosamente giuridici⁹.

Per quanto concerne la teologia non è nostro compito neppure accennare brevemente al rapporto di tale scienza «divina» col diritto canonico¹⁰; e d'altro canto l'argomento che qui trattiamo sembra avere poca o nessuna risonanza in problemi teologici. Ci sia tuttavia consentito rilevare in linea generale che oggi, purtroppo, vi sono tre difetti fra i canonisti, che stanno corrompendo la scienza canonistica: il teologismo, cioè, il pastoralismo e lo pseudoteologismo; è il metodo ad essere confuso: tutti e tre i difetti pongono in grave rischio l'identità del canonista e, se dovessero prevalere, la scienza canonistica sparirebbe¹¹.

Più pertinente invece al nostro problema sembra essere quello coinvolgente il rapporto con la legge naturale. Anche qui peraltro ci

7. O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano 1973, p. 23.

8. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Milano 1981, p. 80, n. 33.

9. Cfr. *ib.*, p. 79, n. 33.

10. Cfr. A.M. Card. STICKLER, *Teologia e diritto canonico nella storia*, in AA.VV., *Teologia e diritto canonico*, Città del Vaticano 1987, p. 17 ss.

11. Cfr. J. HERVADA, *Pensamientos de un canonista en la hora presente*, Pamplona 1989, p. 11.

sembra si possa affermare che la stessa applicazione di precetti di diritto divino non deve avere la funzione di introdurre norme morali accanto alle norme giuridiche, costituenti l'ordine positivo, ma piuttosto quella di introdurre veri precetti giuridici che si risolvono in paradigmi del diritto positivo, formando essi, riuniti in sistema, un ordine gerarchicamente sovraordinato al diritto positivo e che da questo non può nè deve essere contraddetto¹².

Ma è soprattutto e prevalentemente la interconnessione fra diritto e psiche a venire in questione ove trattasi, come qui trattasi, del consenso matrimoniale: e la cosa è di solare evidenza già in astratto, ma poi si presenta con particolare gravità e difficoltà nel suo momento storico e concreto.

Non possiamo indubbiamente negare che proprio nell'indagare sul diritto naturale in materia di capacità consensuale, la giurisprudenza in modo particolare, ma anche la dottrina, si sono avvalse del contributo via via offerto dagli approfondimenti della moderna scienza psichiatrica e psicologia¹³: i cui risultati non debbono essere trascurati nè sottovalutati, soprattutto nell'ambito dell'argomento specifico da noi trattato. Non possiamo ugualmente però dimenticare che nelle opere di carattere psicologico, il comportamento ragionevole, maturo e ben sviluppato, è visto di solito come il termine di una lunga storia di sviluppo, una meta che soltanto pochissimi riescono a conseguire completamente; inoltre, gli psicologi sono spesso interessati a tematiche quali la motivazione subconscia, le distorsioni di natura emotiva, il pensiero scarsamente logico e la psicopatologia¹⁴.

E' quindi il metodo, insieme con gli intendimenti rispettivi, a porre un divario necessario fra scienza della psiche e diritto: di qui la necessità di evitare che automatiche trasposizioni di termini e soprattutto di concetti, attinti alla psichiatria e alla psicologia, in nozioni giuridiche avvengano a detrimento e con sostanziali contaminazioni della disciplina canonistica. Ma vi è di più e di più essenziale. Accade infatti, o quanto meno può accadere che, aderendo ad asseverazioni di psichiatri o psicologi, particolarmente in sede di prove peritali, che partono da premesse antro-

12. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà...*, cit., p. 86, n. 37.

13. Cfr. S. GHERRO, *Diritto matrimoniale canonico*, Padova 1985, p. 113 ss.

14. Cfr. B. KIELY, *Psicologia e Teologia Morale*, Marietti 1982, p. 135.

pologiche inaccettabili, «si finisce per confondere una maturità psichica che sarebbe il punto di arrivo dello sviluppo umano, con la maturità canonica, che è invece il punto minimo di partenza per la validità del matrimonio»¹⁵.

Ma, anche in via più generale, si osserva giustamente che se si considera il postulato, ormai unanimemente accettato dalle varie scienze psicologiche, secondo il quale non vi è nella realtà della psiche una cesura netta tra normalità ed anormalità, sfumando una categoria nell'altra, non si può non avvertire un certo sgomento di fronte ad una indiscriminata applicazione degli enunciati psicologici al campo giuridico¹⁶.

Di qui, pertanto, l'esigenza di costruire un concetto canonico di capacità, rigorosamente circoscritto rispetto a quello offerto dalle scienze della psiche per misurare la autenticità della scelta matrimoniale.

Vi è al fondo comunque una discriminante, che dovrebbe essere tenuta sempre presente dal canonista, fra i risultati pur certamente notevoli ed apprezzabili raggiunti dalla psichiatria e dalla psicologia contemporanee e la visione veramente integrale della persona, dalla quale soltanto può derivare una soluzione alle questioni fondamentali concernenti il significato della vita e la vocazione umana¹⁷.

Tutto ciò -ribardiamo- non significa negare l'apporto necessario delle varie scienze, teologica e umanistiche, per una definizione adeguata del consenso matrimoniale, ed in specie della capacità consensuale; ma si vuole semplicemente affermare la distinzione fra le diverse discipline e la cura da portare nell'assunzione del dato pre-giuridico in dato giuridico. A dimostrare questa conversione non sembra esservi altra via che analizzare il sistema del diritto: tutte le volte, cioè, che un dato teologico, filosofico, psicologico o altro sia assunto dal legislatore o dalla elaborazione dottrinale e giurisprudenziale legittima, ad elemento stesso del diritto, o la sua assunzione sia desumibile attraverso l'interpretazione sistematica del diritto, esso diviene giuridico¹⁸.

15. GIOVANNI PAOLO PP. II, *Allocuzione alla Rota Romana* del 6 febbraio 1987, n. 6, in *COMMUNICATIONES* vol. XIX, N. 1, 1987, p. 6.

16. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico dopo il Concilio*, Milano 1978, p. 141.

17. Cfr. GIOVANNI PAOLO PP. II, *l.c.*, n. 2, p. 3 s.

18. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà...*, *cit.*, p. 90, n. 40.

III. NOZIONE ADEGUATA DEL CONSENSO MATRIMONIALE: IN QUANTO
 «MATRIMONIALE» IL CONSENSO NON PUO' PRESCINDERE DALLA
 NATURA DEL MATRIMONIO QUALE REALTÀ COINVOLGENTE
 L'ESISTENZA STESSA DEI CONTRAENTI

Inteso genericamente il consenso come «duorum pluriumve in idem placitum»¹⁹, necessariamente esso comporta un atto di volontà del singolo che concorda con quella di un'altra persona *circa un determinato oggetto* in quanto e almeno in ciò che attiene alla sostanza del consenso stesso²⁰. Nel matrimonio specificatamente, mediante tale consenso si costituisce la società coniugale nell'unione degli animi, con reciproca obbligazione e reciproco diritto²¹.

Non si può, in altre parole, offrire una nozione adeguata di *consenso matrimoniale* se non si ha riguardo anche al suo oggetto: per tale motivo, quando ne abbiamo trattato ci è parso necessario intenderlo e presentarlo nei suoi due momenti o aspetti cioè quale *soggetto* e quale *oggetto*²². L'approfondimento dei due concetti ci porterà al cuore stesso della problematica attinente a questo nostro argomento.

Per ora sia sufficiente ricordare che mediante il consenso coniugale vi è un mutuo trasferimento ed accettazione reciproca, fra i nubenti, di un diritto e rispettivamente di obbligazioni²³, così che effetto giuridico immediato del «matrimonium in fieri» è il matrimonio «in facto esse», ossia il vincolo coniugale permanente, donde nasce la società coniugale²⁴.

Dobbiamo ancora ricordare che il consenso può essere *sufficiente* ma nello stesso tempo *inefficace*: ciò può avvenire non soltanto per la presenza di un impedimento o per difetto di forma, ma anche per inesistenza dell'oggetto, ovvero sia per insussistenza di un termine oggettuale adeguato. D'altro cauto, la sufficienza del consenso può mancare o perchè deriva da cosciente consapevolezza intellettuale e deliberata determinazione

19. 1, § 2 D. 2, 14.

20. Cfr. P. GASPARRI, *o.c.*, p. 7, n. 776.

21. Cfr. WERNZ-VIDAL-AGUIRRE, *o.c.*, p. 586, n. 451.

22. Cfr. M.F. POMPEDDA, *Annotazioni sul diritto matrimoniale nel nuovo Codice canonico*, in AA. VV., *Il matrimonio nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, Padova 1984, pp. 125-138; IDEM, *Il consenso matrimoniale nel suo soggetto: Consenso quale atto psicologico*, in AA. VV., *Dilexit Iustitiam*, Città del Vaticano 1984, p. 3 ss.

23. Cfr. P. GASPARRI, *o.c.*, p. 7, n. 776; WERNZ-VIDAL-AGUIRRE, *o.c.*, p. 585, n. 451.

24. Cfr. WERNZ-VIDAL-AGUIRRE, *o.c.*, p. 46, n. 36.

volitiva, o perchè proviene da una intrinseca incapacità incosciente e involontaria.

E' evidente che consenso, in quanto «atto umano» e più specificatamente «atto giuridico», non può esservi ove difettino i suoi *elementi* costitutivi ovvero essenziali: soltanto questi valgono a porlo in esistenza²⁵.

Nell'ambito di questa nostra conversazione, noi prescindiamo da ciò che la legge positiva può richiedere o come formalità (nel caso, la forma essenziale) o come condizioni (gli impedimenti) perchè un atto giuridico abbia valore.

Esso, in quanto atto umano, deve essere libero (con l'esercizio dell'*intelligenza* e della *volontà*) e deve avere un *oggetto* adeguato (che la dottrina giuridica chiama causa e che è il fine sociale che si intende).

Difettando o la volontà o l'oggetto essenziale, l'atto sarebbe inesistente. Quindi, come si vede, dare una definizione adeguata del consenso matrimoniale significa determinarne gli elementi costitutivi intrinseci essenziali (intelligenza appunto e volontà) e rapportarlo poi al suo oggetto.

Questo duplice aspetto del consenso, che oggi appare chiaramente acquisito²⁶, si è andato approfondendo col tempo, come più avanti dovremo ancora accennare; ma si attribuisce addirittura alla dottrina dell'Aquinate di aver posto, quasi in germe, il fondamento di ulteriori e successive interpretazioni, che staccano la *discretio iudicii* dall'uso di ragione per proiettarla nel campo delle obbligazioni matrimoniali²⁷; da qui poi si giunge a travalicare, nella moderna elaborazione dottrinale e aalfine nella costituite normativa formale, dalla constatazione dell'importanza dell'atto psicologico alla attitudine psichica necessaria per sostenere le obbligazioni che si proiettano nel futuro.

Gli elementi intrinseci del consenso, come si vede, si completano con la valutazione del suo oggetto: è necessario quindi approfondire questi due poli che definiscono il consenso matrimoniale. Quanto agli elementi intrinseci, ricordiamo che essi sono *intelletto* e *volontà*: su entrambi evidentemente dovremo ascoltare puntuali e pertinenti osservazioni ed

25. Cfr. can. 124 § 1 CIC/1983.

26. Cfr. ROMANAE ROTAE decisio diei 6 iulii 1989 *coram Doran* (Parisien., N.M., n. 4).

27. L'osservazione è di O. FUMAGALLI CARULLI in *Intelletto e volontà...*, cit., p. 278, n. 146, che si riporta al testo del *Supplementum*, q. 58, art. 5, ad 1.

insegnamenti, quando si affronteranno specificatamente le singole fattispecie del canone 1095, mentre noi dovremo limitarci a quegli aspetti di carattere generale e, direi, preliminari che investono totalmente l'interpretazione e la problematica dello stesso canone, nella sua globalità.

Ci sia tuttavia qui consentito ricordare che, essendo il consenso un *atto umano* e più precisamente un *atto giuridico*, -come già si è detto- esso presuppone un minimo di conoscenza della natura del matrimonio: quel minimo che valga a distinguere il negozio matrimoniale da qualsiasi altro pur affine o somigliante. Quindi il canone 1095 non può essere inteso senza prima aver chiaramente letto ed interpretato il successivo canone 1096 ed in particolare il § 1 dello stesso ²⁸.

Senza entrare dettagliatamente nella esegesi e nella problematica di questo, sia qui sufficiente osservare che il canone rappresenta una applicazione della teoria generale circa i negozi giuridici, ed in particolare circa i contratti, costituendo anzi un postulato derivante dallo stesso diritto naturale.

Non si tratta infatti di *ignoranza* su qualità aggiunte sia pure sostanzialmente al negozio, ma essa verte sulla *identità* stessa del negozio che si vuole porre in essere, una ignoranza che attiene alla natura del matrimonio.

E' vero che la conoscenza minima richiesta nei nubenti non comporta una nozione, per così dire scientifica, del matrimonio: essa tuttavia comprende quelle note caratterizzanti e distintive, nella ordinaria conoscenza della universalità degli uomini, che individuano il connubio e lo distinguono da somiglianti ma diverse istituzioni.

Ecco perchè a formare correttamente la nozione di *incapacità consensuale* concorre, come presupposto necessario, la normativa del canone 1096²⁹, dal cui contenuto non può assolutamente prescindere nella lettura delle tre singole fattispecie, tanto sotto l'aspetto cognitivo quanto sotto quello volitivo, sia che si tratti di determinare le componenti psicologiche del consenso sia che si abbia di mira la definizione della incapacità di assumere cioè esecutiva.

28. Cfr. M.F. POMPEDDA, in AA.VV., *Il matrimonio nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, Padova 1984, p. 50 sgg.

29. Cfr. M.F. POMPEDDA, *Maturità psichica e matrimonio nei canoni 1095, 1096*, in «Utrumque Ius» 9, *Il nuovo Codice di Diritto Canonico*, Roma, P.U.L. 1983, pp. 375-394.

A. *Scomposizione dell'atto del consenso nei suoi elementi intrinseci sostanziali e rispettive problematiche principali*

1. *Il consenso è atto dell'intelletto e della volontà*

Il consenso è definito come atto di volontà: ma noi sappiamo dalla filosofia che *nihil volitum quin praecognitum*.

Ed indubbiamente la formula adottata dal testo legislativo canonico, sia nel vecchio che nel nuovo Codice³⁰, presuppone la distinzione dei fenomeni psicologici in fenomeni *intellettivi* e fenomeni *volitivi*.

Dobbiamo inoltre aggiungere che, fra le diverse descrizioni derivanti dalle rispettive discipline non giuridiche, l'ordinamento canonico quasi necessariamente ha adottato, come criterio di scelta, il rinvio alla elaborazione psicologica della Scolastica, in quanto questa è coerente con i principî primi della filosofia di ispirazione cristiana, senza tuttavia trascurare altre correnti che si ricollegano alla stessa Scolastica, almeno in quanto si parte dai dati psicologici ed etici attinti alla metafisica dell'Essere, che sta alla base del cristianesimo³¹.

Tali principî si fondano sui postulati della libertà umana e del libero arbitrio: e sono proprio questi sui quali è modellata la struttura ideologica del diritto canonico.

2. *Delimitazione giuridica del concetto di volontà matrimoniale*

Il problema è di comprendere quale sia la *volontà matrimoniale* considerata dalla legge canonica. Quindi, particolarmente in materia di consenso, si rende necessario chiedersi e stabilire secondo quali direttive il sistema giuridico della Chiesa abbia accolto le esigenze poste dalla psiche e dall'etica³²: ciò senza dimenticare quanto è stato osservato circa la distinzione, richiesta da purezza metodologica, fra le varie discipline.

30. Cfr. can. 1081 sgg. del CIC/1917 e can. 1055 sgg. del CIC/1983.

31. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà...*, cit., p. 98 sgg., n. 44. Sul processo psicologico della formazione del consenso matrimoniale, cfr. G. VERSALDI, *Elementa psychologica matrimonialis consensus*, in «Periodica», vol. 71, 1982, pp. 179-209, pp. 231-253.

32. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà...*, cit., p. 96, n. 42. Ci riferiamo frequentemente a questa Autrice soprattutto perchè ci sembra che la medesima abbia con maggior chiarezza e sistematicità di altri affrontato questi problemi, nella scia della tradizione canonistica ma con lo sguardo attento al tempo attuale.

Ma se le componenti filosofiche e psicologiche del consenso non devono essere valutate in modo da violare detta purezza metodologica, non dobbiamo tuttavia ritenere, cadendo nel pericolo opposto, che il valore giuridico del consenso possa essere determinato esclusivamente sulla scorta di una problematica formalistica; in altre parole, non può essere trascurata quella sostanza filosofica e psicologica cui l'esperienza giuridica deve necessariamente legarsi³³.

Tuttavia, affermare la necessità ed essenzialità del consenso non significa affatto che si voglia assumere, da parte del Legislatore canonico, il fatto psichico nella sua intera essenza reale; al contrario, esso viene preso in considerazione parzialmente ed in varia misura, così da dare rilievo giuridico ad alcuni momenti psichici e non ad altri³⁴.

Quindi il canonista non può costruire il proprio sistema su una libera ricerca psicologica che comprenda e qualifichi giuridicamente tutti i momenti del processo psicologico aventi una qualche relazione con la decisione matrimoniale: egli deve avere come unica guida la stessa legge canonica³⁵.

3. Unità psichica dell'uomo

Non sembra esservi dubbio che tutti i processi psicologici, che si svolgono nel mondo interiore all'uomo, siano tra loro strettamente collegati³⁶: tanto che si afferma essere artificiosa la suddivisione della vita psichica in processi intellettivi e processi volitivi, poichè ogni movimento dell'intelletto fa risuonare una certa attività volitiva, conscia od inconscia, all'interno dell'unità psichica della persona³⁷.

33. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà...*, cit., p. 95, n. 42. Una breve sintesi della decisione volontaria psicologicamente descritta si può leggere in: A. RONCO, *Introduzione alla psicologia, I. Psicologia dinamica*, Roma 1976, p. 71 ss.

34. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà...* cit., p. 70, n. 2; p. 70, n. 31; p. 71, nota 39.

35. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà...*, cit., p. 74, n. 32; p. 129, n. 61.

36. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà...*, cit., p. 310, n. 160.

37. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà...*, cit., p. 308, n. 159. Si potranno utilmente leggere le profonde riflessioni in merito proposte da P.A. BONNET, *L'essenza del matrimonio canonico*, I, Padova 1976, pp. 221-287.

4. *Rapporto fra intelletto e volontà*

Tuttavia è innegabile la distinzione reale fra volontà ed intelletto, anzi la loro stessa collocazione in diversi generi di potenza ed atto.

Sono infatti da ritenere distinti l'*oggetto formale* e parimenti l'*atto* di ciascuna delle due potenze.

«Aliud enim obiectum est esse cognoscibile, et aliud esse bonum seu appetibile; alius actus est rem ad se trahere et intentionaliter in anima collocare, et alius in rem se ferre, prout est in rerum natura seu secundum esse reale quod habet»³⁸.

D'altro canto, il moto della volontà segue l'intelletto e lo segue di necessità soltanto per ciò che riguarda il bene universale («beatitudine»); per quanto invece riguarda i beni particolari e contingenti, non vi è legame necessario tra intelletto e volontà, ma questa è libera di volere o non volere, e di volere questo o quell'oggetto.

In altre parole, il giudizio di valore nella scelta di una delle alternative proposte o presenti dinanzi all'intelletto non avviene necessariamente per un processo intellettuale; in esso hanno invece grande peso i fattori affettivi attuali, che intervengono nella formazione e nel rafforzamento dei motivi; ma il peso determinante è dato dal giudizio pratico di valore che il soggetto emette sia in forma imperativa, sia in forma comparativa³⁹.

Indubbiamente, fra tutti i problemi affrontati dagli psicologi, il fenomeno dell'attività volitiva è quello che lascia più perplessi⁴⁰.

Nè nostro compito nè nostro intendimento è approfondirlo nei suoi vari aspetti ed implicazioni: tuttavia non possiamo sottrarci dal dirne qualcosa in ragione della diretta pertinenza col nostro tema.

5. *Volontà significa libertà*

Innanzitutto, nel sistema matrimoniale canonico ed in specie in materia di consenso, dobbiamo rivendicare ed affermare la *libertà umana*.

Con tale termine noi generalmente intendiamo l'assenza di costri

38. V. REMER, *Psychologia*, Romae P.U.G. 1925, p. 227, n. 189.

39. Cfr. R. ZAVALLONI, *La libertà personale - Psicologia della condotta umana*, Milano 1973, p. 101.

40. Cfr. R. ZAVALLONI, *o.c.*, p. 111.

zione, e, a seconda delle varie cause di coazione, distinguiamo la libertà *fisica, morale, psicologica e politica*.

In specie la *libertà psicologica* si definisce come capacità che l'uomo ha di scegliere di fare o non fare una data cosa, di compiere o non compiere una determinata azione, quando naturalmente già sussistano tutte le condizioni richieste per agire⁴¹.

San Tommaso e molti altri autori distinguono nell'atto libero *tre momenti principali*:

- la *deliberazione*: è la fase dell'esplorazione, della ricerca, dell'indagine circa l'oggetto da raggiungere o l'azione da compiere;
- il *giudizio*: è la fase della valutazione;
- infine l'*elezione* che è la fase della decisione.

Anche la valutazione positiva non induce 'ipso facto' al compimento dell'azione o alla scelta dell'oggetto, perchè si può trattare ancora di una valutazione astratta, che non riguarda il particolare soggetto in un determinato momento. L'elezione segue al giudizio soltanto quando questo diviene un giudizio *pratico*: il che implica il valore della cosa per questo soggetto in questo determinato momento. Se il giudizio assume queste caratteristiche, allora si emette l'atto di elezione⁴².

Se non dobbiamo dimenticare che la volontà è un appetito intellettuale⁴³, non possiamo neppure tralasciare di ripetere che nei confronti dei beni particolari la volontà può essere mossa, oltrechè dall'intelletto, anche dall'appetito sensitivo⁴⁴.

Nell'approfondimento appunto delle relazioni tra funzione volitiva e condizionamenti della condotta umana, consiste l'apporto principale, per restare nel nostro campo, della psicologia odierna⁴⁵.

Ne dobbiamo vedere alcuni aspetti.

6. *Patologia autonoma della volontà?*

In primo luogo si pone la questione se si possa ammettere una certa autonomia della volontà, almeno per quanto concerne alcune operazioni

41. Cfr. B. MONDIN, *L'uomo: chi è?*, Milano 1975, p. 119.

42. Cfr. B. MONDIN, *o.c.*, p. 127 s.

43. *Summa Theologicae*, I, q. 80, artt. 1-2.

44. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà...*, cit., p. 104, n. 48, nota 32.

45. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà...*, cit., p. 119, n. 54.

patologiche: ciò è di particolare interesse per noi, poichè parlare di *incapacità* significa porre l'attenzione particolarmente sui fenomeni volitivi anomali o patologici, che dir si voglia.

E' nota la posizione della dottrina classica in proposito, secondo la quale non è ammissibile che «*integro manente intellectu, sola voluntas vi morbi deficiat et impulsu irresistibili... vehatur*»⁴⁶. Principio rafforzatosi particolarmente con una celebre sentenza rotale *coram Wynen* seguita e ricordata continuamente in successive decisioni⁴⁷.

La dottrina pertanto non ha mancato di criticare e respingere la distinzione fra *defectus cognitionis* e *defectus voluntatis*⁴⁸.

Ma, in epoca a noi più vicina, la questione ha assunto posizioni di problematicità e si è, quanto meno, ammesso che riesce difficile determinare se, rimanendo integre le potenze intellettiva e giudicativa dell'intelletto, possa aversi un difetto di consenso dovuto a perturbazioni psichiche che intacchino soltanto la volontà⁴⁹. E neppure la giurisprudenza rotale sembra più essere tanto perentoria⁵⁰.

Si giunge così ad affermare che una distorsione della affettività può lasciare intatta la funzione intellettiva ed intaccare invece la volizione⁵¹, e quindi si sostiene non potersi escludere necessariamente che vi siano processi patologici della volontà indipendenti dal grado di maturità di giudizio⁵².

Non è nostro intento proporre qui una soluzione del problema, anche ammesso che soluzione definitiva o quanto meno convincente, allo stato attuale delle scienze psichiatriche e psicologiche, possa essere data⁵³.

46. G. MICHIELS, *De delictis et poenis*, Lublin 1934, vol. I, p. 179.

47. Cfr. S.R.R. DECISIONES vol. XXIX, p. 171, n. 4, decisio diei 27 februarii 1937 *coram Wynen*.

48. Cfr. P.A. D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, vol. I, Firenze 1952, p. 134 sgg.

49. Cfr. U. NAVARRETE, in AA.VV., *Perturbazioni psichiche e consenso matrimoniale nel diritto canonico*, Roma 1976, p. 125 s., n. 12.

50. Cfr. M.F. POMPEDDA, in AA.VV., *Perturbazioni psichiche e consenso matrimoniale nel diritto canonico*, Roma 1976, p. 63. Recentemente, presso la Sezione Romana della Facoltà di diritto canonico dell'Università di Navarra, in una tesi dottorale di J.G. CAIUBY CRESCENTI, Roma 1989, dal titolo: «*Falta de liberdade interna e nulidade de consentimento matrimonial*», è stato accanitamente difeso il principio «*ubi intellectus ibi voluntas*» in riferimento soprattutto alle sentenze della Rota nel decennio 1977-1986.

51. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà...*, cit., p. 122, n. 55.

52. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà...*, cit., p. 325 s., n. 170.

53. Cfr. U. NAVARRETE in AA. VV. *Perturbazioni...*, cit., p. 125 s., n. 12.

Tuttavia ci sembra di poter affermare⁵⁴ che non vi sono ostacoli, tanto sotto il profilo filosofico quanto sotto quello psicologico, per ammettere dei disturbi, quale per esempio la immaturità affettiva, che intaccano direttamente la sfera volitiva.

Si osserva, proprio da parte dei cultori della psicologia, che la dottrina tradizionale rigettava la possibilità di un turbamento della volontà, senza iattura dell'intelletto, fondandosi sulla inscindibile unità delle due facoltà, ma trascurando un elemento della massima importanza: l'elemento cioè del subconscio; si conserverebbe cioè l'unità intelletto e volontà, ma le funzioni critiche e volitive sarebbero precedute da una valutazione intuitiva e da movimenti volitivi che, pur non costituendo una vera patologia, hanno influsso sull'intelletto e sulla volontà, tanto più pericoloso quanto maggiormente ignorato⁵⁵.

Comunque, pur asserendo essere condizione assolutamente necessaria per un libero consenso un intelletto che funzioni normalmente, dobbiamo riconoscere che esso non è il solo fattore che influenza l'attività di decisione e di volizione, non potendosi trascurare neppure l'intervento di fattori affettivi sulla volontà. Lo stesso San Tommaso, mentre considera l'azione della passione sulla ragione, intende però questa come interazione tra intelletto e volontà.

Così ci è consentito ritenere che disturbi emozionali possono distruggere la libertà, non solo accecando l'intelletto in anticipo, ma anche durante l'atto formalmente volitivo, impedendo l'esecuzione dei comandi della libera volontà. Anche quando il tono affettivo opera direttamente sopra l'attività intellettuale, colorando e vivificando le rappresentazioni e le idee del soggetto, esso, dal punto di vista giuridico, assume rilievo poichè incide sulla condotta volontaria.

Ciò che interessa giuridicamente infatti è non tanto la composizione psicologica del tono affettivo, bensì il suo effetto e le sue conseguenze sopra la condotta volontaria⁵⁶.

Del resto, anche da parte di chi sostiene come inammissibile la distinzione fra difetto dell'intelletto e difetto della volontà, si riconosce

54. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà...*, cit., p. 327 sgg., n. 171 s.

55. Cfr. G. VERSALDI, *Elementa psychologica...*, cit., p. 199.

56. Cfr. ancora O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà...*, cit., p. 327 sgg., n. 171 s.

tuttavia che si può avere una prevalenza del disturbo volitivo su quello mentale, nelle forme maniacali, per esempio⁵⁷.

E senza voler indebitamente forzare il significato della espressione, ci sembra di poter cogliere una distinzione fra le due facoltà anche in un passo di una Allocuzione del regnante Sommo Pontefice, ove parla di anomalia che intacca sostanzialmente la capacità di intendere o di volere del contraente⁵⁸.

7. *Condizionamenti dell'agire umano*

Se la libertà dell'uomo deve essere affermata e riconosciuta, ciò non di meno non possiamo negare che egli subisca condizionamenti nel suo agire quotidiano ed anche nelle scelte fondamentali della propria esistenza. Sappiamo cioè che l'uomo è libero, ma non sconfinatamente libero: egli non è libero dalla propria natura di essere corporeo, socievole, sessuato, eccetera; non è libero di tendere verso il bene; non può sottrarsi ad una certa dipendenza dal mondo, dalla società e dalla storia; la libertà è infine condizionata dalle passioni⁵⁹.

Quando tuttavia affermiamo⁶⁰ che impulsi interni esistono in ogni uomo e sono all'origine del suo agire, con ciò non intendiamo spiegare completamente e adeguatamente l'agire stesso; neppure è congruente dire che con tali impulsi possa essere data ragione dell'attività propriamente umana.

Il vero problema è se nell'uomo resta la capacità di vagliare razionalmente e di dominare liberamente tutto quanto in lui sorge inconsciamente e involontariamente.

Il problema -così posto- è filosofico e quindi non attiene al giurista; il canonista parte dal presupposto che nell'uomo è dimostrato il libero arbitrio o, quanto meno, come si esprimono spesso gli psicologi, che non è dimostrato il contrario. Resta allora da definire quando la libertà, per malattia o disturbo psichico, è intaccata e quando invece conserva

57. Cfr. P.A. D'AVACK, *Cause di nullità...*, cit., p. 135.

58. Cfr. GIOVANNI PAOLO PP. II, *Allocuzione alla Rota Romana* del 6 febbraio 1987, n. 7, in *COMMUNICATIONES* vol. XIX, N. 1, 1987, p. 7.

59. Cfr. B. MONDIN, *o.c.*, p. 119.

60. Cfr. M.F. POMPEDDA, in *AA. VV.*, *Borderline, nevrosi e psicopatie in riferimento al consenso matrimoniale nel diritto canonico*, Roma 1981, p. 54 sgg.

sostanzialmente la sua validità come fonte appunto di responsabilità personale.

Tale libertà psicologica non esclude il dinamismo degli istinti, delle tendenze, delle disposizioni psicofisiche, delle abitudini acquisite, dei tratti ereditari; ed è «nel punto più elevato dove questo dinamismo emerge nel mondo dello spirito, che la libertà di scelta si realizza, per dare o rifiutare una efficacia decisiva alle inclinazioni e ai bisogni della natura»⁶¹.

Possiamo quindi affermare che lievi nevrosi o disturbi non gravi del carattere non inducono, per sé, l'incapacità a contrarre matrimonio, perchè l'uomo reale non può essere quello privo di difetti o debolezze; come pure non corrisponde alla realtà umana una personalità immune da ogni frustrazione o da qualsiasi disturbo del carattere⁶².

Del resto, non tener conto di queste realtà condurrebbe a fare del matrimonio canonico un istituto di «élite», e come tale accessibile soltanto ad una cerchia assai ristretta di persone, che siano provviste di assoluto dominio della propria psiche e dei propri sentimenti.

Ben si comprende allora l'ammonimento del Sommo Pontefice, secondo cui le perizie condotte secondo premesse antropologiche riduttive sono portate «ad allargare i casi di incapacità di consenso anche alle situazioni in cui, a motivo dell'influsso dell'inconscio nella vita psichica ordinaria, le persone sperimentano una riduzione, non però la privazione, della loro effettiva libertà di tendere al bene scelto»; anche perchè tali orientamenti dottrinali «considerano facilmente anche le lievi psicopatologie o addirittura le deficienze di ordine morale come prova di incapacità ad assumere gli obblighi essenziali della vita coniugale»⁶³.

8. *Il problema della motivazione*

Il raffronto tra formazione psicologica e formazione giuridica del consenso appare particolarmente arduo quando si considerano i motivi che

61. R. ZAVALLONI, *o.c.*, p. 266 s.

62. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico...*, *cit.*, p. 137 sgg.

63. GIOVANNI PAOLO PP. II, *Allocuzione alla Rota Romana* del 6 febbraio 1987, n. 5, in *COMMUNICATIONES* vol. XIX, N. 1, 1987, p. 5. Cfr. J.T. MARTIN DE AGAR, *L'incapacità consensuale nei recenti discorsi del Romano Pontefice alla Rota Romana*, in «*Ius Ecclesiae*», vol. I, N. 2, 1989, p. 395 sgg.

hanno determinato la decisione alle nozze⁶⁴. Indubbiamente quello della motivazione è problema fondamentale da affrontare dovunque si ponga in questione la responsabilità di un atto umano, e tanto più quando si tratta di una scelta volontaria peculiarissima, quale è il consenso matrimoniale.

Comunque è importante specificare subito esattamente che tanto la motivazione cosciente quanto quella incosciente sono fattori che condizionano l'agire umano⁶⁵.

In realtà, pur tenendo sempre presente la distinzione fra scienza psicologica e scienza giuridica, non ci sembra di poter escludere 'a priori' la rilevanza della motivazione, sia conscia che a livello inconscio, sulla scelta matrimoniale e, più in genere, sulla formazione dell'atto giuridico. In ogni caso il problema avrebbe dovuto, e non da oggi, essere affrontato con maggior impegno sia dalla dottrina canonistica sia dalla elaborazione giurisprudenziale⁶⁶.

Vi è in proposito una tendenza dottrinale⁶⁷ che vorrebbe sottovalutare, se non addirittura negare, l'importanza giuridica della motivazione nella formazione dell'atto di volontà. Si osserva, infatti, che il diritto si occupa del punto terminale di tale processo di formazione e non collega invece conseguenze all'assenza o presenza di questo o quel particolare motivo. Come giustificazione poi, della dichiarata irrilevanza dei motivi per il diritto canonico matrimoniale, ci si appella: 1) alla libertà di volere e al libero arbitrio; 2) al fatto che la legge considera solo la funzione del negozio matrimoniale nella sua oggettività; 3) infine al fatto che la legge, nel processo psicologico della scelta matrimoniale, disciplina soltanto l'atto conclusivo di volontà⁶⁸.

Vi è poi un'altra considerazione, addotta per confortare questa tesi, ed essa riguarda specificatamente la scelta matrimoniale; si osserva infatti che tale decisione non può essere spiegata solo sulla base dei motivi che rappresentano il «pasato» dell'azione, perchè essa comporta la contemplazione di ideali o possibilità future che sollecitano l'individuo ad agire⁶⁹.

64. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà...*, cit., p. 129, n. 61.

65. Cfr. R. ZAVALLONI, o.c., p. 214.

66. Cfr. M.F. POMPEDDA, in AA.VV., *Borderline...*, cit., p. 51 sgg.

67. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà...*, cit., p. 131, n. 61.

68. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà...*, cit., p. 131 sgg., n. 62 sgg.

69. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà...*, cit., p. 316, n. 164.

Mi sia consentito tuttavia esprimere dissenso da una simile impostazione dell'arduo problema, pur prescindendo per ora da quello specifico attinente alla motivazione inconscia.

Se infatti i motivi indicano i fattori o le ragioni che influiscono sul processo della scelta e riguardano la presenza delle alternative fra cui l'individuo deve scegliere, è evidente che essi indirizzano la scelta stessa e talora possono offrire una particolare colorazione all'atto finale della decisione. Affermare poi che la legge disciplina soltanto l'atto conclusivo della volontà, non sembra del tutto esatto, sol che si abbia riguardo alla normativa in fatto di ignoranza, di errore, di dolo e di metus, in cui appunto si tiene conto e si dà rilevanza al processo formativo, in qualche modo viziato, all'iter psicologico appunto che conduce alla finale scelta matrimoniale.

Ma, anche a voler riguardare unicamente allo stesso atto conclusivo e terminale di volontà, è innegabile che esso può essere frutto di una elaborazione psicologica morbosa per motivazione che incide sulla scelta del soggetto; ma può anche rappresentare un termine oggettuale, deviato dalla sua autentica natura, proprio per intromissione in esso oggetto di motivi essenzialmente in contrasto con la nozione legale del consenso.

Del resto si è obbligati a distinguere tra due diversi concetti di motivi: questi, o sono da intendere come semplici impulsi ad agire, oppure sono intesi come rappresentazioni di aspetti del regolamento giuridico del rapporto matrimoniale.

Nella prima accezione si afferma che il motivo ha rilievo soltanto psicologico; mentre, nella seconda, il motivo ha rilievo anche giuridico, poichè contribuisce a comporre quella percezione intellettuale che costituisce la base teorica dell'atto di volontà⁷⁰.

Ci sembra dunque necessario richiamare l'attenzione dei canonisti sulla importanza della motivazione anche nell'ambito giuridico, ed in particolare per quanto concerne i problemi che ruotano attorno alla nozione di incapacità consensuale al matrimonio. In ciò due estremi opposti sono certamente da evitare: da una parte, non sono da trascurare gli elementi che non appartengono alle facoltà razionali della natura umana, per il fatto che essi per sè non sono la ragione formale del

70. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà...*, cit., p. 135 s., n. 65.

consenso; dall'altra parte, occorre evitare una trasposizione automatica del concetto psicologico nel campo giuridico⁷¹.

Del resto, una incapacità a prestare il consenso matrimoniale è esplicitamente ammessa come possibile, nella giurisprudenza rotale, per efficacia dei motivi, sia in fase di prospettiva del matrimonio sia in fase di scelta o deliberazione⁷².

9. *Il problema dell'inconscio*⁷³

Il problema della motivazione porta necessariamente a dire qualcosa sull'altro ad esso strettamente connesso e, forse per taluno, del tutto assorbente del primo: il problema dell'inconscio. Se infatti il fattore della motivazione è fondamentale nell'attività umana, dobbiamo ricordare che esso si presenta sotto due aspetti profondamente differenti: la motivazione *consciente* e la motivazione *incosciente*⁷⁴.

Per «inconscio» si intende l'insieme di tutte le nozioni, impressioni, ricordi, tendenze, complessi, rimozioni, che non sono attualmente

71. Cfr. G. VERSALDI, *Elementa psychologica...*, cit., p. 187.

72. Si fa cenno alla giurisprudenza rotale, ma di fatto, in merito, abbiamo soltanto la decisio diei 20 aprilis 1979 *coram Pinto* -ROTAE ROMANAE DECISIONES vol. LXXI, p. 192, n. 6-, la quale peraltro si limita semplicemente ad affermare la rilevanza in merito dei motivi, senza argomentare sull'affermazione molto significativa ed alquanto estensiva.

73. Cfr. C. G. JUNG, *Il problema dell'inconscio nella psicologia moderna*, trad. ital., Einaudi editore Torino 1977. «L'inconscio fa naturalmente paura e innumerevoli sono i metodi seguiti per non tenerne conto adeguato o per considerarlo solo in modo da controllarlo, per meglio dire da presumere di controllarlo: tutti questi modi sono sorgenti di difficoltà epistemologica in quanto sono altrettante matrici di pregiudizio. In realtà la causa della paura dell'inconscio è essenzialmente soggettiva e consiste nel timore che, dando un'importanza che si ritiene eccessiva alla dinamica dell'inconscio, ci si renda fatalmente schiavi della stessa, a detrimento delle parti ritenute più nobili della mente, quelle della conoscenza razionale, della volontà e della libertà decisionale. A ben considerare le cose, si tratta di apprensioni che ben poco di scientifico hanno in se stesse, sono al contrario espressioni di emozione in forma antiscientifica, e invalidano come tali ogni atteggiamento di vera ricerca: il solo modo per difendersi da un supposto nemico non è certamente quello di negarlo, perchè esso acquista allora maggiore possibilità di sorpresa e di offesa, ma di conoscerlo al meglio possibile, perchè solo così è controllabile (nell'ipotesi che si confermi veramente nemico) oppure dialetticamente integrabile (nell'ipotesi che si sveli come un'antitesi capace di arricchire la propria tesi). Accettare la psichiatria oggi non può farsi che con l'inconscio dinamico»: L. ANCONA, *Introduzione alla Psichiatria*, Milano 1984, p. 21 s. Per quanto concerne specificatamente il rapporto fra fenomeno inconscio e consenso matrimoniale, cfr. C.A. OJEMEN, *Psychological factors in matrimonial consent in the light of canonical legislation*, Rome 1986, p. 68 ss.

74. Cfr. R. ZAVALLONI, o.c., p. 206.

conosciuti dall'individuo, ma che tuttavia esistono, influenzando la sua condotta⁷⁵.

L'inconscio così considerato non si identifica con l'inconscio come lo intende Freud, il quale col termine 'inconscio' indica soltanto le immagini, nozioni, od altro, rimosse, ossia ricacciate nella sfera incosciente dalla coscienza o Super-Io: ed anche questa per Freud è inconscia. L'inconscio sarebbe dunque per Freud una specie di *coscienza innata o istintiva*, formatasi col succedersi delle generazioni, mediante l'influsso delle consuetudini sociali.

Dobbiamo osservare che la conoscenza dell'inconscio, in senso freudiano, e più in generale psicoanalitico, è di origine recente. Gli antichi conoscevano invece l'esistenza di *tendenze*, che chiamavano *passioni* e delle consuetudini che chiamavano *abiti*. Questi elementi rientrano nella nozione di inconscio intesa nel primo senso, non in senso freudiano, anche se non si identificano pienamente neppure con questa nozione di inconscio⁷⁶.

Tra le nozioni del tutto inconscie e quelle conscie c'è un margine di nozioni subconscie, ossia non in atto conscie, ma che possono tuttavia essere facilmente ricondotte alla coscienza. Di queste nozioni si conserva infatti una certa conoscenza più o meno direttamente legata ad esse e che permette, con un certo sforzo, di richiamarle completamente alla coscienza⁷⁷.

Ciò premesso, dobbiamo ritenere che i motivi non devono essere considerati come avulsi dalla loro posizione naturale nella motivazione della condotta umana. Essi non sono entità separate, non sono forze indipendenti che si presentino in conflitto fra di loro, mentre l'Io rimarrebbe un puro spettatore.

Al contrario, i motivi dell'azione diventano realmente ragioni di agire nella misura in cui sono assunti dall'Io stesso, e quindi presuppongono la concezione dell'Io come fattore determinante.

Orbene: nella supposizione che un soggetto abbia raggiunto e goda di una sufficiente integrazione della sua personalità, egli deve essere considerato libero di seguire le «suggerzioni» dei suoi motivi⁷⁸.

75. Cfr. M.T. LA VECCHIA, *Elementi di antropologia psicologica*, Roma Pont. Univ. Gregoriana 1988, p. 31.

76. Cfr. M.T. LA VECCHIA, *o.c.*, p. 31, n. 4.

77. Cfr. M.T. LA VECCHIA, *o.c.*, p. 31 s., n. 4.

78. Cfr. R. ZAVALLONI, *o.c.*, p. 207.

Le ragioni riconosciute di una decisione, quindi, non possono costituire la vera causa della decisione stessa: dietro ad essa vi è sempre la personalità totale che agisce⁷⁹. E' sempre l'uomo pertanto che come persona agisce, e dà la sua preferenza ad un motivo oppure ad un altro; non è il motivo che determina l'attività dell'uomo. Il motivo non ha potere per se stesso di produrre alcuna azione; esso non è una causa, ma soltanto una condizione⁸⁰.

Quanto poi ai motivi inconsci, essi, benchè influiscano notevolmente sull'attività cosciente dell'uomo, non determinano necessariamente la sua condotta, ma soltanto la condizionano: comunque non vi è prova che essi eliminino totalmente la libertà delle nostre decisioni volontarie⁸¹.

La salutatione, pertanto, dell'atto umano, e quindi la autenticità della scelta matrimoniale non potrà mai essere avulsa da una corretta impostazione dell'elemento inconscio nella formazione e conclusione del consenso, inteso questo sia nella sua dinamica sia nella sua oggettivazione.

Pur ammettendo che la maggior parte delle azioni umane sono il risultato di una prudente deliberazione e giudizio, tuttavia non si può trascurare l'esistenza di una dinamica inconscia in alcune persone, soprattutto in coloro che sono immature e mentalmente disturbate. Quindi è evidente che i fattori inconsci nel comportamento umano debbono essere seriamente valutati anche nelle decisioni matrimoniali⁸².

B. *Rilevanza dello specifico «oggetto» nella definizione del consenso matrimoniale*

La volontà reale del soggetto diviene volontà formale, e quindi giuridicamente rilevante, soltanto quando essa sia espressione del contenuto minimo, quanto meno, intellettivo e volitivo, che la legge fissa come necessario perchè si abbia una valida volontà matrimoniale: si esclude naturalmente l'ipotesi che il rapporto posto dal soggetto tra conoscenza e volizione sia contrario a quello indicato dalla legge⁸³.

79. Cfr. R. ZAVALLONI, *o.c.*, p. 208.

80. Cfr. R. ZAVALLONI, *o.c.*, p. 211.

81. Cfr. M.F. POMPEDDA, in AA.VV., *Borderline...*, cit., p. 53 s.

82. Cfr. C.A. OJEMEN, *o.c.*, p. 71.

83. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà...*, cit., p. 138, n. 66.

Dobbiamo comunque ritenere che una adeguata definizione del consenso matrimoniale non possa aversi, senza che sia correttamente delineato l'oggetto del medesimo: il che sembra evidente da quanto fin qui detto.

E sarà proprio la determinazione dell'oggetto, insieme con quella degli elementi del consenso, a poterci offrire un concetto appropriato ed idoneo ad una definizione della incapacità di cui discorriamo.

L'argomento si fa particolarmente interessante, poichè, dalla concezione della canonistica del passato, si è giunti ad una diversa angolazione nella quale l'oggetto del consenso riceve una sua propria autonomia, con conseguenze che qui ci interessano direttamente.

Per affrontare subito questa questione, dobbiamo ricordare che anche nella dottrina precedente si parlava di un oggetto del consenso, ed in specie dell'assunzione di obbligazioni: ma ciò era visto come fissato e concluso nell'ambito dell'*atto del consentire*, e non piuttosto come oggetto che nel soggetto postuli una rispettiva capacità di attuarlo⁸⁴. Non dimentico che altro è il significato nella dogmatica giuridica, ma non posso fare a meno di osservare che troppo insistevano gli Autori nell'elencare comunemente il contratto matrimoniale fra i contratti consensuali, non reali, essendo sufficiente quella «traditio» che si ha nella espressione del consenso, mentre non si richiede una presa di possesso reale⁸⁵. Vero è che ancora oggi possiamo usare tale classificazione per distinguere, come deve essere distinta, l'assunzione degli obblighi dalla effettiva esecuzione di essi; ma intendo soltanto rilevare come l'attenzione della dottrina ed anche della giurisprudenza erano rivolte soprattutto, se non esclusivamente, al momento del consenso e ai suoi elementi intrinseci.

Se si parlava di oggetto da mettere in esecuzione, ciò veniva inteso ed affermato soltanto come obbligazione, come fonte di obbligazione -quale appunto è il contratto o consenso matrimoniale-, ma non era posto affatto in relazione alla capacità esecutiva⁸⁶. Così si precisava che il contratto

84. Cfr. *Summa Theologiae Supplementum* q. 43, art. 2, ad 2; F.M. CAPPELLO, *De Matrimonio*, pars II, p. 17, n. 581; P.A. DAVACK, *o.c.*, p. 138.

85. Cfr. P. GASPARRI, *o.c.*, II, p. 6, n. 776.

86. Cfr. S.R.R. DECISIONES vol. XX, p. 66, n. 13, decisio diei 16 februarii 1928 *coram Parrillo*: è soltanto un esempio fra molti altri, in piena sintonia con essa.

consta della mutua obbligazione, fatta propria da un nubente con l'accettazione dell'obbligazione dell'altro coniuge⁸⁷.

Ma se il vincolo induce reciproche obbligazioni, è evidente che queste significano il mutuo impegno dei nubenti di adempierle: non avrebbero altrimenti le medesime alcun significato. Identificandosi poi esse con l'oggetto del consenso, era logico che la dottrina riflettesse più adeguatamente su questo.

Innanzitutto sembra doversi sottolineare la distinzione concettuale fra consenso quale atto del *soggetto* e consenso quale *termine oggettuale* da parte del soggetto medesimo⁸⁸.

Se col primo si fa riferimento agli elementi razionali, cioè psicologici che compongono l'atto del consenso (intelletto e volontà); col secondo si riconosce che tale atto razionale pone come termine un suo contenuto che si sostanzia in ciò che essenzialmente costituisce la realtà dell'istituto matrimoniale.

Nonostante tale distinzione, tra l'uno e l'altro vi è un nesso inscindibile: anzi l'uno completa e specifica l'altro, così che non possa intendersi il primo, e reciprocamente il secondo, senza tener conto dell'altro.

Si potrebbe anzi affermare che talora «soggetto» e «oggetto» si confondono: ciò evidentemente non in senso formale, ma in quanto l'uno e l'altro si identificano in una unica realtà. Specificatamente il can. 1057 § 2 sembra suggerire tale identificazione, poichè in esso come oggetto del consenso sono indicate le stesse parti contraenti («*sese mutuo tradunt et accipiunt*»).

Resta da accennare brevemente al *contenuto* di tale oggetto, dovendosi rimandare peraltro, per una enucleazione più completa alla dottrina generale sul matrimonio canonico ed in specie alla problematica circa la sua definizione.

La canonistica meno recente, quella formatasi dopo il Codice del 1917, riconosceva ed affermava, in forza del can. 1081 § 2 (CIC/1917), essere oggetto del consenso lo «*ius in corpus*» perpetuo ed esclusivo, in

87. Cfr. P. GASPARRI, *o.c.*, II, p. 8, n. 777.

88. Cfr. M.F. POMPEDDA, in AA.VV., *Il matrimonio nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, Padova Gregoriana 1984, p. 18 e passim; IDEM, *Il consenso matrimoniale nel suo soggetto - Consenso quale atto psicologico*, in AA.VV., «*Dilexit Iustitiam*», Città del Vaticano 1984, p. 3 sgg.

ordine agli atti per sè idonei alla generazione della prole; si precisava poi essere oggetto sostanziale del matrimonio la «vitae consuetudo», rapporto o intimità di vita specificatamente concretato in quello «ius in corpus»⁸⁹.

Tale concezione sembra essere oggi superata, o meglio assorbita in una visione più completa dell'istituto matrimoniale⁹⁰.

Di fatto il canone, omologo a quello citato, nel nuovo Codice indica come oggetto *la costituzione del matrimonio* (can. 1057 § 2 CIC/1983).

Il che induce poi a dover dare una definizione del matrimonio stesso, e dei suoi elementi essenziali, che la necessariamente ispirato la visione ideale del Legislatore canonico circa tale istituto: definizione che, almeno in obliquo, sembra essere contenuta nel can. 1055 § 1; questo tuttavia deve essere letto e completato insieme col. can. 1056.

Il altre parole l'oggetto del consenso si identifica con l'*essenza del matrimonio*, quale questa è stata indicativamente definita dal Legislatore in detti canoni⁹¹.

IV. LA INCAPACITA' NON PUO' ESSERE INTESA SE NON COME «INADEGUATEZZA RADICALE» DEL CONTRAENTE CIRCA UNO DEGLI ELEMENTI COSTITUTIVI O CIRCA L'OGGETTO DELLO STESSO CONSENSO

La *incapacità* non sembra possa essere riguardata alla stregua di un impedimento: essa invece costituisce materia attinente e insita nello stesso consenso: e ciò sia in senso soggettivo -abbiamo parlato di elementi costitutivi del consenso- sia in senso oggettivo.

Il termine comparativo della medesima incapacità è senza dubbio il *matrimonio*: in quanto questo costituisce una realtà giuridica da conoscere

89. Cfr. P. GASPARRI, *o.c.*, II, p. 7 sgg., n. 776 sgg.; A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Milano 1941, p. 75, § 29. Un'ampia esposizione di tutta la questione, che riflette sia la dottrina collegata col CIC/1917 sia le discussioni anteriori alla promulgazione del vigente Codice, si può leggere in P. FEDELE, *L'essenza del matrimonio canonico e la sua esclusione*, in *Studi sul matrimonio canonico* a cura di P. Fedele, Roma Officium Libri Catholici 1982, pp. 7-174.

90. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *La dignità della persona nel nuovo matrimonio canonico*, in «Raccolta di scritti in onore di Pio Fedele», Perugia 1984, p. 720.

91. Cfr. M.F. POMPEDDA, *De incapacitate adsumendi obligationes matrimonii essentielles*, in «Periodica» 75, fasc. I-II, 1986, p. 148.

(sufficientemente), da volere (liberamente) e da attuare (nella sua essenza), esso divine misura per valutare ed accertare come presente o meno la capacità del contraente.

Ma quando parliamo di «matrimonio», qui lo dobbiamo intendere nella sua essenza giuridica, costituito cioè da quel vincolo coniugale, che il Legislatore canonico, statuendo proprio in materia di incapacità nel can. 1095, ha sostanziato di contenuto ben definito di *iura, officia, obligationes* essenziali del connubio, nascenti in entrambe le parti dal «foedus» nuziale.

Il nesso tra l'esistenza dell'incapacità e il consenso coniugale fa sì, necessariamente, che la stessa incapacità va da intesa e definita e constatata *dal* momento e *nel* momento stesso, in cui il consenso mutuo fra i nubenti viene espresso.

Naturalmente non va dimenticata, nella valutazione di detta incapacità, la *natura* degli stessi diritti -doveri- obbligazioni che sono, per il fatto stesso della indissolubilità del vincolo, certamente *perpetui*.

Di qui si deduce anche che o il difetto psichico o l'incapacità di assumere, *sopravvenuti* alla pronuncia del consenso, non incidono su questo, quando esso è stato già validamente espresso.

Specificatamente la terza ipotesi di incapacità, quella che riguarda l'assunzione-adempimento delle obbligazioni essenziali, pone dei problemi sia per quanto concerne la necessità o meno di una sua qualificazione di «perpetuità», sia per quanto attiene alla eventuale valenza di una incapacità «relativa» fra i coniugi ma non è mio compito entrare in tali questioni, pertinenti a materia di altre relazioni⁹².

Mi sia consentito tuttavia ribadire che l'incapacità, in ciascuna delle tre classiche fattispecie, dice una inadeguatezza «radicale» del contraente circa uno degli elementi o circa l'oggetto del consenso. La incapacità infatti o c'è o non è presente: non si può dare una via di mezzo. Il riferimento fatto dal Legislatore stesso alla *essenzialità* dei diritti -doveri-obbligazioni pone necessariamente l'esigenza che si debba trattare non di

92. Cfr. in proposito: J.M. PINTO GOMEZ, *Incapacitas assumendi matrimonii onera in novo CIC*, in «*Dilexit Iustitiam*», Città del Vaticano 1984, pp. 17-37; E. OLIVARES, *Incapacitas assumendi obligationes essentielles matrimonii, debetne esse «perpetua»?*, in «*Periodica*», 75, fasc. I-II, 1986, pp. 153-169; P.A. BONNET, *L'incapacità relativa agli oneri matrimoniali*, in *L'incapacitas (can. 1095) nelle «sententiae selectae coram Pinto»*, Città del Vaticano, 1988, p. 49 ss.

una qualsiasi parziale inettitudine, o disparità o difficoltà: ma di vero stato radicalmente inetto o all'intendimento o al discernimento critico o alla libertà interna ovvero alla effettuazione degli obblighi da parte di uno o di entrambi i nubenti.

Di fatto la norma del Codice, precisamente il canone 1095, puntualizza l'inabilità al matrimonio per cause che, in diverso modo o per diverso motivo, incidono sull'intelletto, sulla volontà e sul dominio del proprio agire da parte dell'individuo⁹³.

V. ADEGUATEZZA DELLA NORMA POSITIVA CONTENUTA NEL CANONE 1095 IN MATERIA DI INCAPACITÀ CONSENSUALE?

Stabiliti i principi ispiratori e generatori della incapacità consensuale nell'ordinamento canonico, si potrebbe porre la questione se la norma espressa definitivamente nel canone 1095, che ha positivamente statuito in materia, sia del tutto adeguata, tanto nella formulazione verbale quanto nel contenuto giuridico, al concetto integrale del consenso matrimoniale e quindi per converso al suo difetto radicale.

Trattandosi di normativa attingente il diritto naturale e non implicando la codificazione l'inerranza della Chiesa se non in senso negativo -tale cioè per cui è da escludere l'emanazione di leggi contrarie alla Fede e alla Morale-, la questione posta non sembra del tutto peregrina. Ma poichè non è mio compito l'esame delle singole fattispecie dello stesso canone -che peraltro sembra abbracciare tutto il ventaglio di possibili forme di incapacità consensuale-, lascio ad altri l'onere eventualmente di affrontare e risolvere la questione.

Disidero piuttosto qui proporre alcune considerazioni generali sullo stesso canone, che ebbi modo già di formulare in altra occasione⁹⁴.

Innanzitutto il canone sembra espressione di equilibrio giuridico, sia nella sua stessa formulazione verbale sia per quanto attiene alle tre distinte

93. Cfr. S. GHERRO, *Diritto...*, cit., p. 110; O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà...*, cit., p. 278 sgg., n. 146.

94. Cfr. M.F. POMPEDDA, *Il canone 1095 del nuovo Codice di Diritto Canonico tra elaborazione precodificiale e prospettive di sviluppo interpretativo*, in «Ius Canonicum», vol. XXVII, n. 54, 1987, p. 535 sgg.

fattispecie di incapacità ivi rappresentate. Sul che ritorneremo subito dopo.

La seconda osservazione è che il canone può dirsi nuovo soltanto da un punto di vista formale, mentre costituisce sostanzialmente un punto di arrivo sia della dottrina che della giurisprudenza canonistica⁹⁵.

In terzo luogo, il canone in questione deve conseguentemente essere interpretato alla luce della elaborazione pregressa, senza tuttavia trascurare la riflessione, successiva alla promulgazione del vigente Codice, operata sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza sia dal Magistero supremo della Chiesa.

VI. LA INCAPACITA' CONSENSUALE E' DA RITENERE QUALIFICATA COME NOZIONE RELATIVA

Affermare che la incapacità consensuale è *nozione relativa* significa riferersi ad una specifica incapacità, e come tale *distinta* da ogni altra incapacità giuridica, sia essa in materia penale, sia essa in materia contrattuale, sia essa nell'ambito generale degli atti giuridici; ma tale relatività deve essere riconosciuta anche perchè l'incapacità consensuale è definitiva in un *ambito e grado determinati*, sia in senso *soggettivo* che in senso *oggettivo*.

Relatività tuttavia non significa limitatezza, ma soltanto *specificità* dell'incapacità.

Questa nota caratteristica di relatività è, a mio giudizio, indicativa di quell'equilibrio giuridico di cui si diceva e di cui la legge canonica in merito è insieme dimostrazione ed espressione.

Lo stesso uso del termine *discrezione di giudizio* -per riferirci espressamente al n°. 2 del canone 1095- è significativo della sottintesa nozione di relatività, implicando esso un certo *discernimento*, che tuttavia non implica il raggiungimento di una *maturità piena*.

95. Per limitarci soltanto alla dottrina, in modo specifico circa il *defectus usus rationis* e *defectus discretionis iudicii*, rimandiamo sommariamente a: P.A. D'AVACK, *o.c.*, p. 115; p. 169 sgg., n. 9 sgg.; P. GASPARRI, *o.c.*, II, p. 14 sgg., n. 785 sgg.; p. 12, n. 783; WERNZ-VIDAL-AGUIRRE, *o.c.*, p. 588 s., n. 456; I. CHELODI, *Ius canonicum de matrimonio*, Vicenza 1947, p. 132, n. 109; p. 132 sgg., n. 110; O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico...*, cit., p. 27; p. 29; p. 36 s.; p. 38 s.; S. GHERRO, *o.c.*, p. 110 s.

Comunque tale nozione, che risulta evidente dalla formulazione verbale delle tre distinte fattispecie, deve essere affermata per tutte e tre le cause di incapacità rappresentate nel canone.

L'equilibrio normativo consiste sostanzialmente nell'essere riciesti, da una parte, l'uso di ragione, la discrezione di giudizio e l'abilità ad assumere gli oneri; mentre, dall'altra parte, tutto ciò viene a rivestire un significato non assoluto, non di stato perfetto, essendo invece postulata una condizione psicologica adeguata sì al matrimonio, ma certamente proprio per ciò limitata.

In altri termini: *non* si esige una intelligenza superiore nè una sanità mentale immune da qualsiasi deficienza; *non* si esige una piena ed assoluta maturità di giudizio; *non* si esige una capacità estesa ad ogni aspetto della vita sia essa pure matrimoniale! Ma è sufficiente un uso di ragione adeguato all'atto del consenso; basta essere immuni da grave difetto di discrezione, relativamente ai diritti - doveri essenziali; è infine richiesta una capacità di adempiere le obbligazioni connesse con l'essenza del matrimonio.

Dobbiamo del resto ricordare che il diritto in genere, ed in specie il diritto canonico, per sua natura, deve restringersi ad esigenze minime nelle azioni umane, che abbiano riflessi e conseguenze giuridiche: e ciò per quanto concerne il matrimonio in modo particolare.

D'altro canto, non si può negare il diritto alle nozze a coloro che non percepiscono in tutta la sua vastità il sistema matrimoniale canonistico, poichè anche i semplici hanno un diritto naturale al matrimonio⁹⁶.

Di fatto, per riferirci alla legge positiva della Chiesa, non possiamo dimenticare che il canone 1058 esplicitamente stabilisce il diritto a contrarre matrimonio per tutti coloro che non ne siano impediti; nè si deve sottovalutare il canone 18, per cui le leggi limitative del libero esercizio dei diritti soggettivi sono da interpretare in modo rigoroso.

Tutto ciò contribuisce, a me sembra, a costruire una nozione di capacità che, rapportata al negozio matrimoniale, non è estensiva del termine, ma è piuttosto contenuta tanto da doversi considerare una *eccezione* il caso di chi non ne è provvisto in grado sufficiente da consentirgli di contrarre nozze.

96. Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà...*, cit., p. 285, n. 149.

La cosa è chiaramente espressa anche dalla giurisprudenza rotale più recente⁹⁷, nella quale, in specie per quanto concerne la debita discrezione di giudizio, si esclude la necessità di uno stato perfetto di raggiunta capacità intellettuale, volitiva ed affettiva, mentre si afferma la sufficienza di un minimo necessario di discernimento che renda il soggetto atto al consenso matrimoniale.

Ci conforta in questa posizione il supremo magistero del Romano Pontefice⁹⁸, ove si avverte non potersi «identificare la normalità, in relazione al matrimonio, con la capacità di ricevere e di offrire la possibilità di una piena realizzazione nel rapporto col coniuge», con chiaro riferimento qui alla incapacità di assumere gli obblighi.

Così, del resto, si era posta già la dottrina canonistica anteriore al nuovo Codice⁹⁹, quando osservava essere sufficiente quel tanto di integrità dei processi psichici rapportato all'atto che si vuol compiere. Il che non fa escludere -per tornare ancora all'insegnamento Pontificio¹⁰⁰- che nel concetto di normalità per il canonista possano coesistere anche moderate forme di difficoltà psicologica.

Nè diversa è la posizione assunta, e non da oggi, dalla giurisprudenza della Rota Romana¹⁰¹.

VII. UNICO COMPETENTE A GIUDICARE IN TEMA DI INCAPACITA' CONSENSUALE E' IL GIUDICE (PUR CON L'AUSILIO DEI PERITI)

Sul rapporto fra il perito e il giudice ecclesiastico, in modo specifico in materia di consenso matrimoniale¹⁰², non credo si debbano spendere troppe parole.

97. Cfr. ad es. la decisio diei 13 decembris 1989 *coram Boccafolo* (nella causa Jolietten in Illinois, n. 7).

98. GIOVANNI PAOLO PP. II, *Allocuzione alla Rota Romana* del 25 gennaio 1988, in COMMUNICATIONES, vol. XX, N. 1, 1988, p. 71, n. 4.

99. Cfr. P.A. D'AVACK, *o.c.*, p. 127.

100. Cfr. GIOVANNI PAOLO PP. II, *Allocuzione alla Rota Romana* del 25 gennaio 1988, *l.c.* p. 72, n. 5.

101. Solo per citare qualche esempio, cfr. decisio diei 15 ianuarii 1987 *coram Pompedda* (nella causa Mediolanen., n. 4); - decisio diei 13 decembris 1989 *coram Boccafolo* (nella causa Jolietten. in Illinois, n. 8).

102. Cfr. B. GIANESIN, *Perizia e capacità consensuale nel matrimonio canonico*, Padova, Gregoriana 1989.

La normativa del Codice stabilisce i criteri fondamentali, e ciò non soltanto sotto l'aspetto processuale¹⁰³; mentre sul tema abbiamo avuto occasione di riflettere or non è montol tempo, proprio in un seminario di studio, tenutosi presso questa gloriosa Università¹⁰⁴.

Se poi ve ne fosse bisogno, non manca anche qui il chiaro indirizzo da parte del supremo Magistero, che espressamente ommonisce spettare unicamente al giudice la valutazione circa la nullità del matrimonio¹⁰⁵.

VIII. CONCLUSIONE

Arduo dunque è il problema di definire che cosa debba intendersi per «incapacità consensuale» in rapporto al matrimonio, nell'ordinamento canonico. Senza peraltro entrare nelle tre distinte fattispecie positivamente regolamentate dal Legislatore, ci siamo sforzati di richiamare i principî che servano a darne una nozione, per quanto possibile, chiara e sufficientemente approfondita. Resta in ogni caso la necessità di una grande cautela in proposito.

Si ha infatti talora «l'impressione che dietro lo sforzo, da alcuni compiuto, di allargare i confini dell'incapacità psichica, così da comprendere ogni perturbazione, lieve o grave che sia, tra le cause di nullità del consenso, vi sia un tentativo, forse inconscio, di far coincidere la validità del matrimonio con la felicità della vita matrimoniale; e, ciò che è peggio, con una miope felicità, che non coglie le più profonde istanze, contenute nel tradizionale concetto di *charitas coniugalis*, e che spesso contrasta con il nocciolo cristiano del matrimonio quale unione di vita non solo nella buona ma anche nella cattiva sorte»¹⁰⁶.

103. Cfr. can. 1574 sgg., can. 1680.

104. Seminario del 29-30 aprile 1987 presso «Istituto de Ciencias para la Familia».

105. «Il giudice... non può e non deve pretendere dal perito un giudizio circa la nullità del matrimonio, e tanto meno deve sentirsi obbligato dal giudizio che in tal senso il perito avesse eventualmente espresso. La valutazione circa la nullità del matrimonio spetta unicamente al giudice. Il compito del perito è soltanto quello di prestare gli elementi riguardanti la sua specifica competenza, e cioè la natura e il grado delle realtà psichiche o psichiatriche, a motivo delle quali è stata accusata la nullità del matrimonio»: GIOVANNI PAOLO PP. II, *Allocuzione alla Rota Romana* del 6 febbraio 1987, in *COMMUNICATIONES*, vol. XIX, N. 1, 1987, p. 7, n. 8; cfr. *ib.* p. 4, n. 2.

106. O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio...*, cit., p. 136 s.

Tuttavia ciò non deve nè può impedire un approfondimento sempre più attento della realtà matrimoniale, quale essa è andata via manifestandosi soprattutto negli ultimi decenni, anche in conseguenza di una corretta lettura dei testi Conciliari e di documenti del Magistero della Chiesa¹⁰⁷. Il che porta necessariamente a ripensare il concetto di «incapacità», da porre appunto sempre in relazione con l'essenza del matrimonio.

Nello stesso tempo, ravvisandosi tale incapacità in quel complesso e mai troppo penetrato concetto che è il *consenso* dei nubenti, non ci si può esimere da una conoscenza della psiche umana anche attraverso l'ausilio delle scienze psichiatriche e psicologiche, oltrechè morali, che sia il più possibile adeguata alla dinamica dell'atto volontario, consapevole responsabile e con specifico oggetto. Il che porta necessariamente a penetrare in quella misteriosa creatura che è *l'uomo*, scintilla e riflesso della essenza stessa di Dio.

107. Soltanto per citarne uno, rimandiamo alla Esortazione Apostolica «*Familiaris consortio*» di Giovanni Paolo II del 22 novembre 1981, A.A.S. 74, N. 2, 1982, p. 81 ss.