

STUDI GIURIDICI
LXII

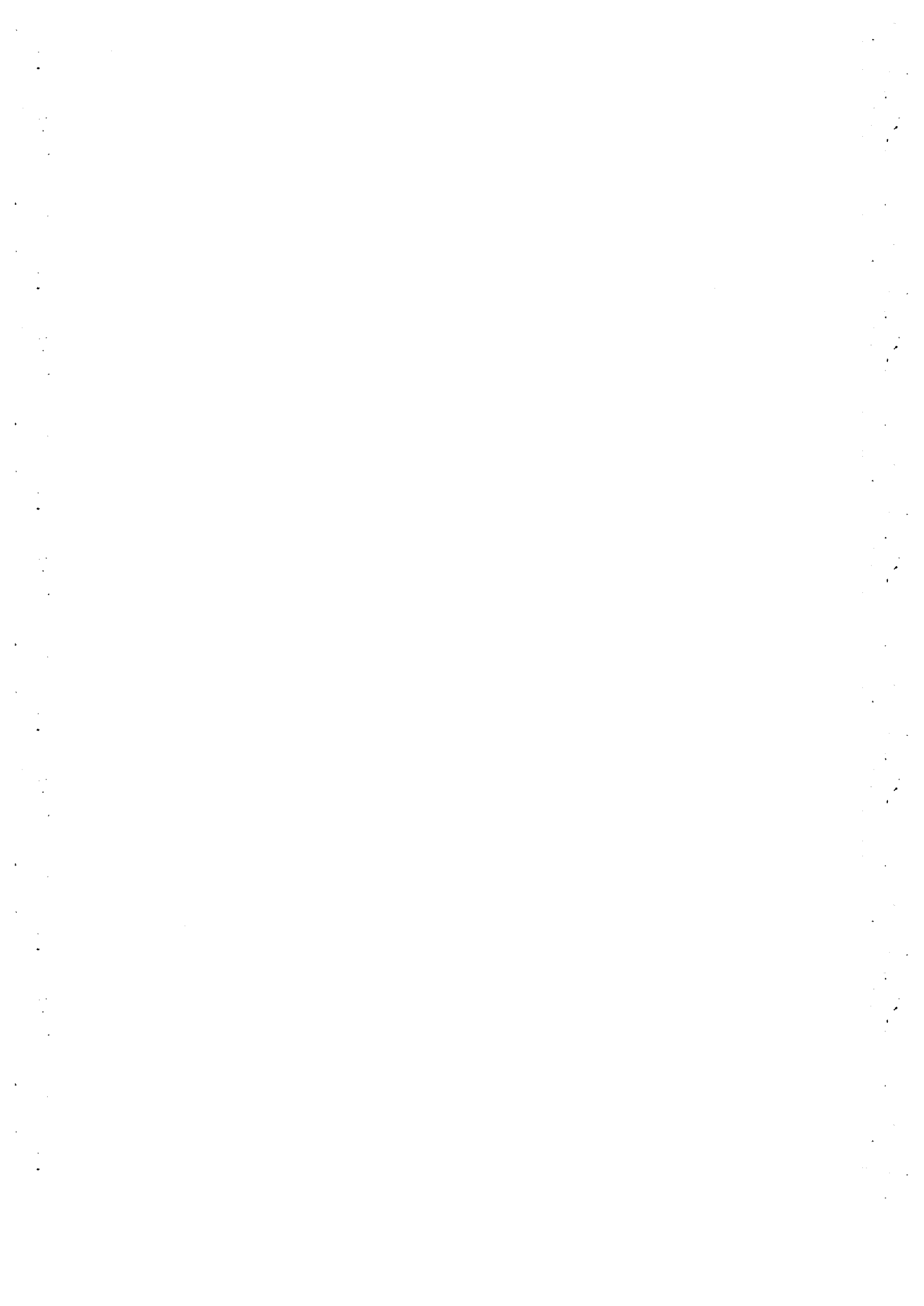
**PROLE E MATRIMONIO
CANONICO**

E S T R A T T O

GIANPAOLO MONTINI

Prole e canone 1095 n. 3 del C.I.C.

LIBRERIA EDITRICE VATICANA
Città del Vaticano
2003



GIANPAOLO MONTINI

Difensore del Vincolo Sostituto del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica

PROLE E CANONE 1095, 3° Rilievi sistematici

Premessa

L'argomento che è stato affidato a questa relazione si presta a qualche considerazione preliminare sia per rilevare alcune suggestioni sia per delimitare il tema che s'intende svolgere in questo intervento.

Non si può anzitutto sfuggire all'impressione che il titolo assegnato a questo intervento corrisponda alla collocazione che il can. 1095, soprattutto il n. 3°, riferito all'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentialis*, ha nella giurisprudenza e nella dottrina canoniche. Avviene qui, pertanto, come per certe tematiche *à la page*, che diventano parole d'ordine e in qualsiasi convegno o incontro di studio, quale che sia l'oggetto del medesimo, non può non figurare una relazione che tematizzi il medesimo oggetto e l'argomento obbligato. Questo vale oggi, per fare un esempio, per la *globalizzazione* in ambito laico e per la *nuova evangelizzazione* in ambito ecclesiale.

L'accostamento della vasta tematica della prole, sviluppata in modo coerente nelle varie relazioni che si sono succedute finora, al can. 1095, 3° non può sottrarsi ad una certa impressione di artificiosità, se non di concessione alla moda. Questa impressione, come si vedrà, ha una sua ragione, e si dimostrerà ingenerosa, almeno secondo la nostra opinione.

Può considerarsi conferma di quella prima impressione l'incertezza sugli aspetti da prendere in considerazione nonché la messe di questioni che, per parte nostra, dovremo accantonare per decidere di concentrarci su alcune tematiche che colgano alcuni aspetti determinanti del rapporto fra il *bonum prolis* e l'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentialis*.

Lasciamo da parte, per esempio, la considerazione del ruolo che nella dinamica della prova in ordine all'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentialis* riveste o potrebbe rivestire la presenza della prole e l'atteggiamento concretamente tenuto nei suoi confronti da colui che si asserisce incapace¹. Maggiore spazio, credo,

¹ Cf., per esempio, *una Kamloopsen., coram RAGNI*, 6 febbraio 1996, in *RRTDec.* LXXXVIII, nn. 11-16, pp. 98 e 102.

andrebbe riconosciuto **in campo probatorio** alle anomalie dimostrate in campo educativo o, in senso più largo, in rapporto alla prole². Non intendo per ora qui riferirmi all'*incapacitas educandi prolem*, cui si accennerà più oltre; s'intende piuttosto ricordare la valenza probatoria, in rapporto all'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentielles*, del rapporto anomalo con i figli che da un lato può essere più facilmente provabile in alcuni casi³ e dall'altro può contribuire a meglio delineare o provare la stessa *causa naturae psychicae* dell'*incapacitas*.

I temi su cui si intende concentrare l'attenzione nell'ambito dell'argomento affidato sono due.

Il primo attiene al rapporto tra l'impedimento di *impotentia coëundi* e il capo di nullità dell'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentielles*. La tesi, che si cercherà di dimostrare, è che l'universalmente asserita questione sistematica irrisolta sul rapporto fra i due canoni non è relegata nella insoddisfazione dei teorici del diritto, bensì ha ricadute e conseguenze significative nell'ambito dottrinale, nell'ambito giurisprudenziale e, ancor più in generale, sulla comprensione del diritto matrimoniale canonico.

L'altro tema attiene alla *incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentielles erga prolis educationem*. Il nostro contributo si limiterà a qualche nota, soprattutto in riferimento al caso più affrontato dalla giurisprudenza rotale sotto la prospettiva del can. 1095, 3°, ossia alla fattispecie dell'incesto.

I. Il bonum prolis tra impotentia coëundi e incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentielles

Necessaria identificazione dell'*obligatio matrimonii essentialis*

Un dato che emerge con frequenza dalla giurisprudenza rotale e non può non far riflettere attiene alla definizione e alla conseguente identificazione delle *obligationes matrimonii essentielles*. Si tratta, come ognuno sa, di una tematica difficilissima, ma la cui trattazione è comunque assolutamente ineludibile per almeno due ragioni.

Anzitutto per una grave **ragione probatoria**. Ossia per il fatto che qualora la sentenza si determini nel pronunciare sull'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentielles* non può non indicare e specificare quale sia l'*obligatio matrimonii essentialis*, di cui la parte era o non era capace. Su questo la giurisprudenza rotale insiste, almeno nell'esigenza astratta che ciò avvenga, prescindendo dall'applicazione sempre coerente in essa della ricerca della *obligatio matrimonii essentialis* di cui si è capaci o incapaci.

Si può vedere, a mo' di esempio, recentemente *una Peorien., coram BURKE*, 14 marzo 1996:

² Cf, per esempio, una *Vindobonen., coram HUBER*, 26 luglio 1996, in *RRTDec.* LXXXVIII, n. 14, p. 572.

³ Si potrebbe considerare la maggiore disponibilità a avere o procurare perizie o analisi psicologiche o psichiatriche in occasione dei provvedimenti giudiziari attinenti l'affidamento dei figli nelle spesso concomitanti cause giudiziali civili oppure nelle rarissime cause canoniche di separazione e/o di affidamento dei figli (cf, a mero titolo esemplificativo, recentemente una *Iunien. Maronitarum. Nullitatis matrimonii et custodiae filiolae, coram JARAWAN*, 24 luglio 1996, in *RRTDec.* LXXXVIII, pp. 544-565).

«Ad tenorem igitur canonis, iudex debet quaerere specificationem obligationis de qua in singulis casibus agitur, ac praesertim considerare rationes ob quas haec obligatio uti essentialis consideranda sit»⁴.

Le ragioni che depongono per questa metodologia probatoria sono molteplici. Tra esse mi paiono di un certo rilievo due osservazioni:

- la prima attiene al necessario rigore con cui devono essere affrontate tematiche così complesse e che richiedono notevole acribia, pena l'estensione ben oltre i confini intesi dal Legislatore della previsione normativa. Giova qui citare, a mo' di esempio, una *Vestmonasterien., coram EGAN*, 14 gennaio 1981: «Ne sententiae pro nullitate matrimonii ex incapacitate onera coniugalia adimplendi propter morbum vel abnormitatem psychicam adeo vagae eveniant ut cuncta amplectantur connubia quae infelicem nacta sint exitum, necesse est in ipsis aperte significari de quo tandem onere disputetur. Secus periculum est, ne in compluribus casibus declarationes nullitatis matrimonii nihil aliud sint quam divortii approbationes alieno vestitu personatae»⁵;

- l'altra attiene alla rilevanza sistematica dell'individuazione dell'*obligatio matrimonii essentialis*, in ordine al verificarsi della *res quasi iudicata* per conformità delle sentenze: «Unum vero velim quam maxime efferre, scilicet huiusmodi incapacitates specificari ex obligationibus (oneribus) essentialibus, quas quis adimplere non valet. [...] Per se singulae huiusmodi specifica incapacitates considerandae sunt uti rationes quae per se ipsas et independenter ab aliis, secum ferunt nullitatem matrimonii, id est, tractandae sunt uti capita autonoma nullitatis ad omnes effectus iuridicos, praesertim quod attinet necessitatem duplicis sententiae conformis in processu nullitatis»⁶.

In secondo luogo appare importante identificare l'*obligatio matrimonii essentialis* per una grave **ragione sistematica**. Ossia per il fatto che, se il Legislatore nel prescritto del can. 1095, 3° ha voluto o dovuto mantenere un testo universalmente riconosciuto come generico, questo privilegio non è concesso all'interprete autentico, quale è il giudice nel momento in cui pronuncia la sentenza. E ciò

- sia in ragione del fatto che il Legislatore sembra aver commesso positivamente e espressamente alla giurisprudenza il compito di individuare, enucleare ed elencare le *obligationes matrimonii essentialis* di cui al can. 1095, 3° (ma anche ai cann. 1095, 2°, 1101 § 2 e, più in generale, ai cann. 1055 § 1 e 1057 § 2): «[...] rimangono ancora canoni, di rilevante importanza nel diritto matrimoniale,

⁴ *RRTDec.* LXXXVIII, n. 4, p. 229. Cf pure una *Taurinen., coram HUBER*, 3 luglio 1996, *ibidem*, n. 7, p. 498.

⁵ *SRRDec.* LXXIII, n. 6, p. 13.

⁶ U. NAVARRETE, *Capita nullitatis matrimonii in Codice I.C. 1983: Gressus historicus versus perfectionem ordinem systematicum*, in *Iustus Iudex. Festgabe für Paul Wesemann zum 75. Geburtstag von seinen Freunden und Schülern*, Essen 1990, p. 272.

– afferma il Sommo Pontefice – che sono stati necessariamente formulati in modo generico e che attendono una ulteriore determinazione, alla quale potrebbe validamente contribuire innanzitutto la qualificata giurisprudenza rotale. Penso, ad esempio, – continua il Sommo Pontefice – alla determinazione del “defectus gravis discretionis iudicii”, agli “officia matrimonialia essentialia”, alle “obligationes matrimonii essentialia”, di cui al can. 1095»⁷;

• sia in ragione del fatto che la funzione specifica del giudice richiede tale compito ermeneutico, soprattutto facilitato dalla prospettiva negativa da cui principalmente parte, ossia non già dalla ricerca delle *obligationes matrimonii essentialia* contenute nella definizione di matrimonio, bensì dalla individuazione delle *obligationes matrimonii essentialia* non adempiute per incapacità *in casu*.

Le *obligationes matrimonii essentialia* e il *bonum prolis*

Si faceva menzione sopra di un dato emergente dalla giurisprudenza rotale su cui riflettere. Ebbene esso è il seguente.

Nella ricerca doverosa – come si è mostrato sopra – della determinazione delle (singole) *obligationes matrimonii essentialia*, nella giurisprudenza rotale anzitutto si afferma che senz'altro ad esse appartengono, come *maior pars*, le *obligationes* relative ai tradizionali *tria bona*: *bonum prolis*, *bonum fidei* e *bonum sacramenti*.

Non vi è bisogno che tale posizione della giurisprudenza rotale sia provata, poiché è assolutamente comune⁸. A mo' di semplice esempio si può considerare recentemente la medesima *Peorien.*, *coram BURKE*, 14 marzo 1996:

«Aliis verbis, sunt – saltem in primissimo loco – illae obligationes quae derivantur a tribus “bonis” augustinianis – fide, prole, sacramento – quae quidem bona, uti semper creditum est, coniugium essentialiter characterizant»⁹.

In questo la dottrina pienamente concorda, quasi non trovando vero di poter gettare fin dall'inizio della ricerca sulle *obligationes matrimonii essentialia* un'ancora si-

⁷ GIOVANNI PAOLO II, *Allocutio ad Praelatos Auditores S. Romanae Rotae coram admissos*, 26 gennaio 1984, n. 7, in AAS 76 (1984) 648.

⁸ Con acribia in una *Dunen et Connoren.*, *coram STANKIEWICZ*, 9 marzo 1995 (in *RRTDec.LXXXVII*, pp. 174-189), si elencano ben diversi schemi cui ricorre la giurisprudenza rotale nella ricerca di individuazione delle *obligationes matrimonii essentialia*: «[U]t puta ad *bona matrimonii*, id est, *prolis*, *fidei*, *sacramenti* et *coniugum* [...], ad *obiectum formale consensus* [...], ad *ordinationem matrimonii* et *proprietates essentialia* [...], ad *proprietates et elementa essentialia* [...], ad *consortium seu communitatem vitae coniugalis* [...] atque ad *consortium coniugale* in *suis essentialibus proprietatibus* et in *sua duplici ordinatione naturali* [...]» (n. 16, p. 182). L'osservazione merita attenzione per l'alternativa che si presenta alla ordinaria referenza al *bonum prolis*. Si deve però osservare che, da un lato, non pochi di questi schemi si riferiscono di nuovo al *bonum prolis* (cf *elementa essentialia* nell'interpretazione ordinaria), dall'altro, quale che sia lo schema adoperato, esso si dovrà poi confrontare, come vedremo, con il duplice prescritto sull'*impotentia coeundi* e sull'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentialia*.

⁹ *RRTDec. LXXXVIII*, n. 5, p. 229.

cura¹⁰ prima di prendere il largo per concetti e argomentazioni dagli incerti contorni e dalle denominazioni non ancora condivise fra gli autori:

«In primo luogo, obbligazioni essenziali sono quelle connesse o derivanti e quindi corrispondenti all'attuazione di quelli che, per antichissima tradizione teologico-giuridica della Chiesa, sono chiamati *i tre beni del matrimonio*: prole, fedeltà, perpetuità del vincolo»¹¹.

Con queste premesse ci si potrebbe attendere che la giurisprudenza rotale si soffermi diffusamente quindi sull'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentialis* relativamente al *bonum prolis*. Non è così.

Ebbene è curioso, ma pressoché universalmente verificato, che, messo in chiaro e in evidenza questo, ossia che i tre *bona* tradizionali concorrono senz'altro e primariamente alla determinazione delle *obligationes matrimonii essentialis*, la giurisprudenza rotale trascura questa *maior pars* delle *obligationes matrimonii essentialis* per dirigere la propria attenzione alle *obligationes matrimonii essentialis* relative a quello che è comunemente denominato *bonum coniugum*.

Avalla esplicitamente questa singolare impostazione una *Armachana, coram* TURNATURI, 14 marzo 1996, ove si legge il contenuto del prescritto del can. 1095, 3° in questa linea:

«Quae incapacitas praepriis respicit impossibilitatem nectendi seu instaurandi relationem interpersonalem matrimonialem suapte natura ordinatam ad bonum utriusque coniugum, vel, si velis, praepriis ordinatam ad convictum victu tolerabilem suisque obligationibus iustitiae propriis iuridice intextum»¹².

Rileva esplicitamente questa impostazione *vulgata* in una sentenza di primo grado del Tribunale Regionale Piemontese *una Taurinen., coram* HUBER, 3 luglio 1996:

«Decisio affirmat communionem vitae esse partem iuris coniugalis. Ideoque communicio vitae non designat totalitatem iurium-officiorum matrimonii, sed ius matrimonio essenziale, in aliis iuribus essentialibus non inclusum [...] Atque concludit citata sententia, dicens huiusmodi obligationem costituere obiectum incapacitatis, de qua in can. 1095, n. 3»¹³.

¹⁰ «[M]entre è abbastanza agevole tradurre in obblighi specifici l'ordinazione "ad prolis generationem et educationem", appare invece non privo di difficoltà effettuare una analoga operazione per la "totalità" della vita dei due sposi» (P. BIANCHI, *Incapacitas assumendi obligationes essentialis matrimonii. Analisi della giurisprudenza rotale, particolarmente degli anni 1970-1982*, Roma 1992, p. 39).

¹¹ M. FR. POMPEDDA, *Incapacità di natura psichica*, in *Matrimonio canonico fra tradizione e rinnovamento*, Bologna 1985, p. 146.

¹² *RRTDec.* LXXXVIII, n. 14, p. 237.

¹³ *RRTDec.* LXXXVIII, n. 4, pp. 496-497.

Qual'è, dunque, la ragione dell'invocazione sistematica e, direi, anche enfatica del *bonum prolis* (assieme agli altri *bona matrimonii*) nell'interpretazione del can. 1095, 3° e della sua disattesa sistematica a favore del *bonum coniugum*?

Non è difficile individuare la ragione, almeno prevalente, nella presenza tradizionale dell'*impedimentum dirimens impotentiae coëundi*, che spinge ovviamente a limitare la considerazione delle *obligationes matrimonii essentielles* non già al *bonum prolis*, ma al (solo) *bonum coniugum*. Ciò equivale a dire: nel momento in cui una persona è (asserita) incapace di assumere l'obbligo essenziale della prole, il prescritto cui riferirsi è quello relativo all'*impotentia coëundi* (can. 1084 § 1). Al prescritto del can. 1095, 3° ci si richiama nel momento in cui altri *bona*, soprattutto il *bonum coniugum*, sono oggetto di incapacità.

Ma, ecco la questione più interessante: quali possono essere considerate le conseguenze di questa impostazione sistematica e giurisprudenziale insieme?

Le conseguenze appaiono meritevoli di nota. Ma per un momento merita insistere per verificare più in particolare se realmente avviene nella dottrina e nella giurisprudenza questa estromissione del *bonum prolis* dalla previsione normativa del can. 1095, 3°.

Anzitutto ci si potrebbe chiedere se nell'*impotentia coëundi* sono contenute tutte le *obligationes matrimonii essentielles* relativamente al *bonum prolis*, quanto, naturalmente, a *incapacitas*.

Prescindiamo anzitutto dalla problematica dell'educazione della prole in quanto contenuta nel *bonum prolis*, perché immediatamente ci porterebbe a rispondere facilmente e significativamente in modo negativo alla questione circa la *continentia* nel can. 1084 dell'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentielles quoad bonum prolis*.

Chiarifichiamo, prima di rispondere alla nostra questione, alcuni concetti: *bonum prolis* e *impotentia coëundi*.

Il *bonum prolis*

Mette conto anzitutto definire il contenuto essenziale del *bonum prolis*, operazione non semplice, anche se sorretta dall'intera tradizione che ha continuamente e progressivamente affinato il concetto.

Potremmo seguire, per lo scopo che ci riguarda, il semplice percorso di una *Romana*, *coram* STANKIEWICZ, 22 febbraio 1996.

È anzitutto posto in luce che in ordine al contenuto del *bonum prolis* non vi sono state innovazioni nel nuovo Codice rispetto a quello pio-benedettino:

«Attamen, ut ad rem docemur, novus Codex hac in re modum dicendi quidem contraxit, "sed obiectum consensus non mutavit, nec mutare potuisset cum

agatur de foedere in iure naturali fundato” (coram Agustoni, decisio diei 15 octobris 1985, *ibid.*, vol. LXXVII, p. 437, n. 3)»¹⁴.

È data anche un’ulteriore ragione dell’immutata nozione giuridica di *bonum pro-
lis*, a fronte del continuo progresso nella riflessione teologica e spirituale:

«Iurisprudentiae enim potissimum interest ut elementa minima et constitutiva bonorum sacramenti, fidei et prolis describantur ac definiantur in ordine ad validitatem consensus matrimonialis, minime vero ut propositio theologica eorundem bonorum profundius perfod[i]atur. Quare nihil obstare videtur, quominus in usu foren-
si canonico vim suam retineat translaticia identificatio [...] boni prolis cum ordina-
tione matrimonii ad procreationem, tamquam cum eius elemento essentiali»¹⁵.

Il *bonum prolis*, pertanto, comprenderà lo

«ius vel officium procreandi e proprio coniuge per actus proprios unionis con-
iugalis ad prolis generationem aptos (cf. can. 1061, § 1), quodque ius vel officium
ex ipsa rei natura etiam ad conservandam in vita conceptam prolem extenditur»¹⁶.

L’*impotentia coëundi* e il *bonum prolis*

Posto in questo modo il contenuto essenziale del *bonum prolis*, si può affermare
che un matrimonio è nullo per impotenza qualora si manifesti l’*incapacitas* di dare e
ricevere l’*obligatio* agli atti coniugali per se adatti alla generazione della prole:

«Incapacitas relate ad *bonum prolis*, semper in iure canonico admissa
ut[i]pote quod impedimentum impotentiae co[ë]undi constituat (CIC, 1917, Can.
1068 § 1; CIC, 1983, Can. 1084) [...]»¹⁷.

Due elementi possono costituire la base di sperimentazione del rapporto fra *im-
potentia coëundi* e *incapacitas assumendi onera*: l’*humano modo*, richiesto per l’atto
coniugale consumativo del matrimonio (cf can. 1061 § 1), e una sua declinazione giu-
risprudenziale, ossia la *mensura normalis*.

Humano modo

Si deve ritenere che rientri nell’impotenza anche la incapacità di dare e ricevere
il diritto-dovere agli atti coniugali «humano modo pos[iti]» (can. 1061 § 1)?¹⁸

¹⁴ RRTDec. LXXXVIII, n. 6, p. 119.

¹⁵ RRTDec. LXXXVIII, n. 9, p. 121.

¹⁶ RRTDec. LXXXVIII, n. 13, p. 123.

¹⁷ I.M. PINTO GÓMEZ, *Incapacitas assumendi matrimonii onera in novo CIC*, in *Dilexit Iustitiam. Studia in honorem Aurelii Card. Sabattani*, Città del Vaticano 1984, p. 27.

¹⁸ Un problema analogo si rileva nell’esclusione del *bonum prolis* (can. 1101 § 2), ossia se configu-
ri l’esclusione del *bonum prolis* l’esclusione dello “ius ad actus coniugales modo humano peragendos”. La

Secondo la dottrina non si vede difficoltà ad includere nel concetto di impotenza, oltre alla incapacità di porre fisicamente atti coniugali, anche la incapacità di porli *modo naturali et humano modo*¹⁹. La giurisprudenza appare più cauta, se non contraria²⁰.

Si potrebbe considerare una *Massilien., coram JARAWAN*, 19 giugno 1984²¹. Per cinque anni la moglie non poté consumare il matrimonio. Quando già la separazione dei coniugi appariva inevitabile, dopo un'abbondante libagione da parte di entrambi, intervengono due atti coniugali. Il matrimonio è accusato di nullità per *incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentialis*. La prima sentenza è negativa: la «*profunda inhibitio sexualis mulieris*» sarebbe stata alla fine superata (Marsiglia). La seconda è affermativa, «*quia consummatio facta est inhumano modo*» (*Aix-en-Provence*). La sentenza rotale giunge alla sentenza affermativa attraverso due passaggi:

• «*Utrumque [scilicet: anche se la causa precisa non è stata individuata] mulier conventa praedicatur incapax fuisse ad matrimonii obligationes essentialis assumendi cum viro, ob defectum obiecti consensus, nempe incapax ius in corpus ad actus per se aptos ad prolis generationem tradendi et acceptandi*»²²;

• «*[...] circumstantiae ac conditiones quibus mulier conventa affecta erat non abstulerunt eiusdem mulieris abnormitatem, sed patefecerunt copulam coniugalem peractam praeter fines animi maritalis, et nullimode exornatam dilectione humana. Nec praetermittendum est id accidisse in statu ebrietatis [...]*»²³.

Mensura normali

Si deve ritenere che rientri pure nell'impotenza la incapacità a dare e ricevere il diritto-dovere agli atti coniugali «*mensura normali?*»²⁴

risposta prevalente della dottrina e della giurisprudenza in questo caso è più sicura, non configurandosi una tensione con altri capi di nullità. Per un caso particolarmente travagliato, risolto affermativamente, cf *una S. Sebastiani Fluminis Ianuarii, coram CIVILI*, 9 dicembre 1992, in *RRTDec. LXXXIV*, pp. 638-645.

¹⁹ Cf O. FUMAGALLI CARULLI, *Innovazioni conciliari e matrimonio canonico*, in *Il matrimonio canonico dopo il Concilio*, Milano 1978, pp. 40-41; O. GIACCHI, *Significato e valore delle nuove norme dello 'Schema iuris recogniti' de matrimonio*, in *Ephemerides iuris canonici* 35 (1979) 113; E. CAPPELLINI, *Gli impedimenti in genere e in specie*, in *Il matrimonio canonico in Italia*, Brescia 1984, p. 102; M. FR. POMPEDDA, *La nozione di matrimonio rato e consumato secondo il can. 1061, 1 del CIC e alcune questioni processuali di prova e di merito*, in *Monitor ecclesiasticus* 110 (1985) 343-345; F. LÓPEZ ZARZUELO, *El proceso canónico de matrimonio rato y no consumado*, Valladolid 1991, p. 114; J.J. PUERTO GONZÁLEZ, *La doctrina del humano modo y las técnicas biomédicas de reproducción asistida*, in *Revista española de derecho canónico* 57 (2000) 531-532. Cf anche il *locus materiae (impedimentum impotentiae)* di una prima trattazione nella riforma del Codice: cf *Communicationes* 33 (2001) 211-220.

²⁰ Cf *una Vindobonen., coram HUBER*, 26 luglio 1996, in *RRTDec. LXXXVIII*, n. 5, p. 569.

²¹ In *RRTDec. LXXVI*, pp. 367-379. Del turno facevano parte anche EGAN e STANKIEWICZ.

²² *Ibidem*, n. 13, p. 376.

²³ *Ibidem*, n. 15, p. 377. A commento dell'*humano modo* si cita per esteso GS 49c: «*Actus proinde, quibus coniuges intime et caste inter se uniuntur, honesti ac digni sunt et, modo vere humano exerciti, donationem mutuam significant et fovent, qua sese invicem laeto gratoque animo locupletant*» (*ibidem*, p. 378).

²⁴ «*Affirmatur in quibusdam sententiis hyperaesthesiam sexualem accedere ad impotentiam. Sed haec opinatio solidis argumentis reiecta est*» (*una Vindobonen., coram HUBER*, 26 luglio 1996, in *RRTDec. LXXXVIII*, n. 4, p. 568).

Dopo aver considerato elettivamente il caso emblematico della ninfomania e della satiriasi in ordine allo *ius exclusivum ad actus per se aptos ad prolis generationem*, Navarrete, in modo progressivamente più generale, in un articolo di notevole spessore sistematico e di grande influsso nell'opera di riforma del nuovo Codice, afferma:

«[T]alis incapacitas tribuenda est illis omnibus qui ex quacumque alia anomalia sexuali incapaces revera sint actus vitae coniugalis proprios, modo naturali et *mensura normali*, exercendos»²⁵.

E la giurisprudenza, anche rotale, non si è tirata indietro rispetto a questa apertura ad un concetto di «misura normale di vita sessuale».

In una *Avenionen. coram BRUNO* si sostiene che, mentre l'«impotentia canonica exclusionem copulae perfectae ac matrimonii inconsummationem semper praesupponit», una causa di natura psichica «per accidens copulam perfectam attingere potest, sed normalem vitam sexualem coniugibus absolute praepedit»²⁶.

Anche in questo caso non è estranea l'operazione attraverso la quale si impoverisce il contenuto (almeno potenziale o implicito) dell'impedimento di impotenza (si pensi allo *ius perpetuum* ivi menzionato) per includere più facilmente elementi più personali(stici) nella previsione normativa del can. 1095, 3°.

In una *Forolivien.-Brittinorien., coram FALTIN*, 31 maggio 1995, si enucleano tre aspetti fondamentali per la determinazione di «quid sit normale in re sexuali et matrimoniali»: «nempe “dignitas personae”, “amor sponsalicius” et “suiipsius donatio”»²⁷.

Legato al concetto di *mensura normalis* non si può dimenticare una variante significativa che introduce e dà rilevanza alla «tollerabilità» dell'atto coniugale e, conseguentemente, della relazione coniugale, poi sessuale, poi personale²⁸.

Non è nostro interesse qui procedere oltre²⁹: l'intenzione era solo di dare alcune esemplificazioni.

È innegabile insomma che esista dal punto di vista giurisprudenziale un'eccedenza del *bonum prolis* che deborda dal concetto di impotenza e rifluisce nel capo di nullità del can. 1095, 3°; esiste una resistenza nella giurisprudenza a vedere nell'impotenza tutto il contenuto del *bonum prolis*³⁰.

²⁵ U. NAVARRETE, «Incapacitas assumendi onera» uti caput autonomum nullitatis matrimonii, in *Periodica de re morali canonica liturgica* 61 (1972) 66. Il corsivo è nostro. Nel testo citato per ben tre volte ricorre il concetto della *mensura normalis*: cf *ibidem*, pp. 65-66. Cf pure *ibidem*, p. 79. Cf pure U. NAVARRETE, *Capita nullitatis*, cit., p. 268.

²⁶ Inedita, 30 marzo 1979, n. 8; cf pure n. 25: «normalem vitam intimam».

²⁷ Inedita, cit. in una *Vindobonen., coram HUBER*, 26 luglio 1996, in *RRTDec.* LXXXVIII, n. 6, p. 569.

²⁸ Cf, per esempio, recentemente, riferita alla relazione interpersonale, una *Olomucen., coram BRUNO*, 17 maggio 1996, in *RRTDec.* LXXXVIII, n. 6, pp. 389-390. Cf pure una *Ludovicopolitana, coram SERANO*, 28 luglio 1981, in *SRRDec.* LXXIII, p. 429.

²⁹ Si pensi all'ulteriore prospettiva di poter considerare alcune deviazioni sessuali (nel caso: sadismo e masochismo) come «incapacità a dar vita ad una relazione sessuale potenzialmente espressiva della realtà matrimoniale» (P. BIANCHI, *Incapacitas assumendi obligationes essentielles matrimonii*, cit., p. 220; cf pure *ibidem*, pp. 218-219).

³⁰ «Un'effettiva connessione fra impotenza ed incapacità è dato invece ravvisare ove si ponga ment[r]e ad alcuni casi di inadeguatezza circa l'aspetto sessuale del matrimonio[,] che superano l'ambito

Ritengo, al riguardo, francamente insufficiente e inadeguato, al fine di spiegare questa eccedenza del *bonum proles* dall'impotenza, il tentativo di distinguere l'*impotentia coeundi* dall'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentialis* in base alle *causae*, che, nel primo caso sarebbero di natura organica, nell'altro di natura psichica³¹. Impedisce questa distinzione sia la tradizione canonica che ha visto nell'impotenza ogni incapacità di compiere l'atto coniugale, anche di origine psichica, sia la precarietà di interpretazione *sub luce iuris naturalis* dell'inciso del can. 1095, 3° «ob causas naturae psychicae»³².

Da tutto quanto precede si desume la distinzione comunemente accettata fra incapacità a porre l'atto coniugale (preferibilmente e prevalentemente) dal punto di vista fisiologico (anche se originato da cause psichiche) e incapacità ad assumere le *obligationes matrimonii essentialis* inerenti l'atto coniugale o, più in generale, l'attività sessuale dei coniugi.

Si potrebbe citare al riguardo una recentissima *Bonaëren., coram FALTIN*, 11 ottobre 2000³³. In essa si è edotti, nella parte *in facto*, che si è di fronte ad un'«incapacitas ad constituendam unionem sexalem coniugum»: il medico formula sul convenuto «diagnosim impotentiae (non sensu stricto et technico-canonistico)» per le limitatissime volte in cui l'atto coniugale è avvenuto, su richiesta della donna e in circostanze veramente particolari³⁴. Nonostante tutto questo (che ha portato a due prime sentenze negative) la conclusione, dopo la concessione della *nova causae propositio*, sarà per l'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentialis*, motivata *in iure* nel modo seguente:

«[...] iuxta consolidatam iurisprudentiam, incapacem ad contrahendum matrimonium illum esse, qui nequit sanam relationem interpersonalem, paritariam ac dualem, constituere, ideoque incapacem esse assumendi bonum coniugum... ad quod matrimonium ex sua natura ordinatur»³⁵.

della difficoltà a realizzare un'autentica comunità di vita e di amore, tali da essere inquadrati nella forma di *incapacitas* contemplata dal can. 1095 n. 3» (R. COPPOLA, *Impotenza, «incapacitas» ed errore sulla capacità sessuale nel matrimonio canonico*, in *Il diritto ecclesiastico* 112 [2001] I, 663).

³¹ Cf I.M. PINTO GÓMEZ, *Incapacitas assumendi matrimonii onera in novo CIC*, cit., p. 28. L'A. non si perita di elencare anche i casi in cui l'*incapacitas* relativamente al *bonum proles* ha origini psichiche, rientrando perciò nella fattispecie del can. 1095, 3°: «Quoties matrimonii consummatio [...] impossibilis est, propter perturbationem vel libidinis, vel erectionis, vel eiaculationis, vel vaginismus psychogenum [...] Ex parte illius qui, perturbationis libidinis seu sexualis instinctus ergo, coniugalem actum exsequi non valet nisi comparti incutiens dolorem, terrorem, violentiam qui tolerari nequeunt, aut seipsum mutilans, aut ad media intrinsece mala recurrens» (*ibidem*).

³² Cf le lucide osservazioni di U. NAVARRETE, *Capita nullitatis*, cit., p. 271. Alle stesse conclusioni, ma per *aliam prorsus viam*, giunge J.M. SERRANO RUIZ, *Interpretazione ed ambito di applicazione del can. 1095, n. 3. «La novità normativa e la sua collocazione sistematica»*, in *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio (can. 1095 n. 3)*, Città del Vaticano 1998, p. 32.

³³ In *Il diritto ecclesiastico* 102 (2001) II, 25-33.

³⁴ *Ibidem*, nn. 12-13, pp. 30-31.

³⁵ *Ibidem*, n. 4, p. 27. E significativamente aggiunge, citando una *Cephaluden., coram BOCCAFOLA*, 1° dicembre 1993, n. 6: «Uti notum est apud H.A.T. "in diem consolidata est doctrina quae requirit non tantum capacitatem assumptionis trium onerum, vero etiam habilitatem assumendi consortium vitae ad bon[u]m coniugum ordinatum, ab aliquibus consideratum quasi esset quartum bonum [...]" (*ibidem*). Segue un abbondante riferimento giurisprudenziale rotale.

L'attribuzione, come si è finora stabilito, dell'incapacità a porre l'atto coniugale (*bonum proles*) all'impedimento di impotenza e dell'incapacità circa alcune modalità di posizione del medesimo atto coniugale (cf, per esempio, *humano modo e mensura naturali*) all'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentialis*, pone delicati problemi giurisprudenziali. A questo riguardo non si può non rilevare un atteggiamento almeno apparentemente ambiguo della giurisprudenza rotale che, con una certa forza, sembra sdegnare il «recupero» delle fattispecie inerenti le modalità di esercizio della sessualità, insussumibili nel concetto di impotenza, nell'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentialis*.

È al riguardo comunemente citata una *Parisien.*, *coram* FUNGHINI, 8 novembre 1989³⁷, in cui, a fronte di un matrimonio in cui erano intervenuti due soli atti coniugali (e di questi solo uno fecondo), la sentenza rotale in modo forte e perentorio colpisce l'«argumentatio vitiosa» dei «Iudices Parisienses», secondo i quali

«[i]ncapacitas vel mere temporanea ponendi actum sexualem, quae pro impotentia adduci nequit, invocari potest ut caput autonomum nullitatis ex incapacitate assumendi et adimplendi obligationes essentialis matrimonii»³⁸;

«[i]ncongruum et absurdum, ne dicamus monstruosum, sequeretur extremum consecrarium : Pro desiderato consequendo fine satis esset illi, qui negativam retulit decisionem super impotentia et inconsummatione, rem ad hanc rationem Tribunali considerandam proponere»³⁹.

Operazione quest'ultima (il passaggio, cioè, da una o più pronunce negative sull'impotenza all'accusa di nullità del matrimonio per *incapacitas assumendi obligationes*

³⁶ Per ulteriori elementi di giudizio su questa relazione fra impotenza e *incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentialis*, e, anche più in generale, sul problematico rapporto fra impedimenti e vizi del consenso, cf G.P. MONTINI, *Gli impedimenti in genere (cann. 1073-1076)*, in *Diritto matrimoniale canonico* [vol. I], a cura di P.A. Bonnet e C. Gullo, Città del Vaticano 2002, pp. 345-364, in particolare pp. 351-352; 359-362. Esula dai limiti del nostro intervento, ma contiene spunti interessanti di analogia il rapporto fra il concetto di consumazione e l'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentialis*: cf, al riguardo, G.P. MONTINI, «Una coppia non si fa in una notte». *Alcune riflessioni sul concetto di consumazione del matrimonio*, in *Il matrimonio* [Quaderni teologici del Seminario di Brescia], Brescia 1999, pp. 175-212, in particolare pp. 204-212.

³⁷ In *RRTDec.*, LXXXI, pp. 657-669.

³⁸ *Ibidem*, n. 4, p. 660.

³⁹ *Ibidem*, p. 661. Merita di leggere tutta la requisitoria dell'ultima parte del n. 4, pp. 660-661. La *argumentatio* dei «Iudices Parisienses» «destruere[t] saecularem doctrinam circa impedimentum impotentiae», «evertere[t] illam, quae consummationem matrimonii spectat» e per di più «in fraudem legis operare[t]» (*ibidem*, p. 661). Non sfugge però al lettore attento che l'oggetto della critica è forse molto più che l'applicazione indebita del can. 1095, 3° in materia di impotenza: si sentono echi riguardanti questioni molto più fondamentali e gravi, quali la rilevanza della *communio vitae et amoris* e la qualificazione della fecondità in relazione al matrimonio. Dalla lettura pare poi che la considerazione dell'assenza o rarità di rapporti coniugali, generatrice di nullità matrimoniale, sarebbe letta dai «Iudices Parisienses» più sul piano di fatto che sul piano dell'*incapacitas*. La esatta interpretazione della pronuncia richiederebbe comunque di conoscere le precedenti decisioni giudiziali e la fattispecie nella loro integralità.

matrimonii essentiales) che non raramente si rileva – forse condotta con eccessive disinvoltura e superficialità – nell’attività giurisprudenziale di diversi tribunali inferiori⁴⁰.

Per la sua immediatezza forse giova citare un brano di una relazione sull’attività di un tribunale regionale italiano:

«Per questo ultimo caso [*scil.*: l’impotenza] è ovvio che convenga accusare la nullità per incapacità ad assumere gli oneri coniugali, ricorrendo preferibilmente al paragrafo 3 del Can. 10[9]5, in quanto costa meno superare i vari interrogativi, che ordinariamente sorgono attorno ai casi di impotenza, specie quando sorge lo scoglio dell’ipotesi che si tratti di incapacità sessuale relativa»⁴¹.

La valutazione di questa – non rara – prassi deve guardarsi da due eccessi. Il primo è l’ostracismo. Da sempre infatti è risaputo che gli stessi fatti possono essere sussunti sotto diverse denominazioni giuridiche (capi di nullità), a volte in dipendenza dalla concreta disponibilità di prove, che costringono all’una o all’altra prospettazione del caso. Sotto questa angolazione non vi può essere meraviglia per il passaggio dalla fattispecie dell’impotenza a quella dell’*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentiales*.

L’altra reazione eccessiva consiste nell’acquiescenza. Ciò avviene quando si pretende che una *impotentia coëundi* non provata giudizialmente possa condurre *ipso facto* ad una affermativa pronuncia di *incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentiales*. Tutti e singoli i requisiti del prescritto del can. 1095, 3° devono verificarsi perché i fatti non ritenuti idonei a condurre alla certezza morale quanto all’impotenza possano essere sussunti affermativamente sotto la nuova fattispecie dell’*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentiales*. La giurisprudenza rotale, ed anche la severa pronuncia *Parisien.*, non intendono negare la possibilità della diversa prospettazione del caso, bensì ricordare che ogni singola fattispecie prospettata deve rispondere a tutti e singoli i requisiti del prescritto normativo, cui – successivamente – si richiama.

Opportunità di integrazione fra *impotentia coëundi* e *incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentiales*

A chi giova – alla fine del nostro percorso – questa situazione giurisprudenziale o, prima ancora, normativa, in cui cioè l’*incapacitas* a compiere gli atti sessuali è col-

⁴⁰ «Recientemente en algunos tribunales inferiores, al menos de nuestra nación, se ha venido declarando la nulidad de matrimonios en casos de disfunciones sexuales. Como no se podía probar la impotencia, se acudía al capítulo de la incapacidad y se declaraba nulo por este capítulo» (TRIBUNAL NUNTIATURAE ROTAE HISPANICAE, una *coram* GIL DE LAS HERAS, 18 ottobre 1994, n. 5, in *Revista española de derecho canónico* 58 [2001] 368). Per una giustificazione del passaggio dall’impedimento di impotenza all’incapacità di cui al can. 1095, 3° cf J.M. SERRANO RUIZ, *Interpretazione*, cit., p. 28; V. GUITARTE IZQUIERDO, *Cuestiones acerca de la incapacidad para asumir las obligaciones conyugales como causa de nulidad matrimonial*, in *Questioni canoniche. Studia Universitatis S. Thomae in Urbe*, Milano 1984, pp. 208-209.

⁴¹ V. SCANCAMARRA, *Anno giudiziario 1993. Inaugurazione*. 1 [sic] febbraio 1993, p. 16. La reazione del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica («Minus recte asseritur [...] quoad causas impotentiae [...]») è in una lettera del 17 giugno 1993 (prot. n. 4404/93 SAT): «Codex Iuris Canonici habet normam specificam quoad impotentiam co[ë]jundi, scilicet can. 1084; proinde huiusmodi in casibus iuxta hanc normam decidendum est».

locata nell'impedimento di impotenza e l'*incapacitas alle obligationes matrimonii essentiales* rimanenti nel can. 1095, 3°?

Prescindo anzitutto dalle comprensibilissime ragioni che storicamente hanno indotto tale situazione normativa: quest'ultima è infatti debitrice di un rapido e, per certi aspetti, convulso sviluppo giurisprudenziale, che ha portato l'opera di codificazione a possedere solo progressivamente e cautamente la variazione nel(la definizione del)l'oggetto formale essenziale del consenso, ossia nella definizione di matrimonio, e la determinazione delle cause dell'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentiales*⁴².

Dunque, a chi giova questa situazione giurisprudenziale o, prima ancora, normativa? Quali possono essere considerate le conseguenze di questa impostazione sistematica e giurisprudenziale insieme?

A nessuno, mi pare evidente, giovi, perché nel primo caso (impotenza) viene messa in evidenza e considerata prevalentemente una sessualità letta come «al di fuori del coniugio» e nell'altro caso (*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentiales*) viene messo a fuoco il coniugio interpersonale, quasi prescindendo dall'aspetto sessuale.

In secondo luogo ci si potrebbe chiedere se la distinzione fra *impotentia coëundi* e *incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentiales* non provochi in realtà (ossia non tanto intenzionalmente, ossia in modo riflesso e cosciente, ma efficacemente in quanto in modo irriflesso e inavvertito, quasi presupposto) una spaccatura pericolosa fra l'elemento unitivo e procreativo del matrimonio. Se è l'atto nella sua fisicità ad essere posto in discussione, l'impedimento sarà di *impotentia coëundi*; se è l'atto nelle sue modalità (relazionali), il *locus materiae* ricadrà nell'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentiales*.

Parrebbe invece opportuno che, quando la relazione sessuale tra i coniugi è posta ad oggetto di indagine giudiziale sotto il profilo dell'*incapacitas*, potesse essere considerata unitariamente, ossia in un unico *locus materiae*, sia

- *sub specie carentiae praesuppositi*, per il fatto che neppure l'atto coniugale è realizzabile, sia

- *sub specie defectus debitae relationis*, per il fatto che la relazione sessuale non ha le caratteristiche minime e costituzionali per essere tale.

Questo comporterebbe la piena e completa integrazione del *bonum prolis* nell'intersezione dei diritti-doveri essenziali del matrimonio, di cui al can. 1095, 3°.

Ancor di più si avrebbe, di conseguenza, una fruttuosa ricomprensione in chiave integrale del *bonum coniugum*⁴³, di cui si sarebbe incapaci a norma del can.

⁴² Cf U. NAVARRETE, «*Incapacitas assumendi onera*», cit., pp. 70-72, in cui formula la «coerente» proposta di espungere la clausola «ex gravi anomalia psico-sexuali». Per alcuni significativi riscontri nei primi passi dell'opera di revisione del Codice cf *Communicationes* 33 (2001) 227-238.

⁴³ La proposta necessità d'integrazione fra *bonum prolis* e *bonum coniugum* non risponde semplicemente a esigenze di carattere concreto, per l'impossibilità, nella realtà delle fattispecie processuali, di distinguere, fino a separare, elementi che sono contigui e influenzantisi a vicenda (cf, per esempio, in questo ambito, F.H. FRANCESCHI, *L'esclusione della prole nella giurisprudenza recente*, in *Ius Ecclesiae* 11 [1999] 149-157); neppure intende negare la opportunità sistematica di distinguere, premessa e presupposto di ogni

1095, 3°: non sarebbe infatti più considerato semplicemente o nettamente «ulteriore» rispetto al *bonum prolis*, ma perfettamente integrato nella visione dell'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentielles* vista come relativa o

- alla relazione sessuale in quanto sessuale (*bonum prolis*), o
- alla relazione sessuale in quanto relazione (*bonum coniugum*).

Al contrario la separazione in due fattispecie radicalmente diverse non giova né al concetto giuridico di *impotentia coeundi*, che ne risulta vieppiù impoverito, né all'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentielles*, che ne risulta vieppiù unilateralizzato.

La preoccupazione insuperata di una *Ottavien.*, *coram* EGAN, 21 giugno 1979, potrebbe avere in tal modo un piano di soluzione significativo; mi riferisco alla questione attinente ad un oggetto formale essenziale del consenso che

«duabus const[e]t partibus necessariis atque inter se complementibus. Alterum, quod a multis nominatur “elementum procreativum” [...] alterum quod “elementum personalisticum” item a multis nominatur [...] Posterius elementum est fortasse priore dignius magisque necessarium. Certissime priori non subicitur neque nullum sine ipso [...] consistere potest verum ac proprium matrimonium»⁴⁴.

II. L'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentielles educandi prolem*

Se nell'ambito dell'esclusione del *bonum prolis* inteso come *ius-officium educandi prolem*, le sentenze rotali, cui riferirsi, sono scarse⁴⁵, molto più devesi riconoscere questo riguardo alla formalità dell'*incapacitas assumendi obligationem matrimonii essentialem educandi prolem*⁴⁶.

argomentazione di carattere scientifico, funzionale alla comprensione delle cose e capace di fugare ogni (artata) confusione. Intende, invece, urgere la individuazione di nessi, rapporti e *rationes* fra le fattispecie normative, trovando anche, se del caso, categorie unitarie (cf, per esempio, indipendentemente dalle conclusioni cui di fatto giunge l'A., F.H. FRANCESCHI, *L'incapacità relativa. «Status quaestionis» e prospettiva antropologico-giuridica*, in *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, cit., pp. 124-132: «La complementarietà tra mascolinità e femminilità»), al fine però di (ri)circoscrivere con maggiore acribia e coerenza le medesime (necessarie) singole fattispecie.

⁴⁴ *RRTDec.* LXXI, n. 9, p. 368.

⁴⁵ Dopo la promulgazione del Codice vigente pare che ci si possa riferire, nella giurisprudenza rotale, soprattutto a una *Caracen.*, *coram* STANKIEWICZ, 20 aprile 1989, in *RRTDec.* LXXXI, n. 12, pp. 287-288 e ad una *Friburgen.-Rottenburgen.*, *coram* DE LANVERSIN, 27 giugno 1990, *ibidem*, LXXXII, nn. 6, 10, pp. 574, 575.

⁴⁶ Cf una *Ottavien.*, *coram* STANKIEWICZ, 23 luglio 1981, in *SRRDec.* LXXIII, pp. 383-391: «[...] incapax est assumendi atque ferendi onus genitum educandi seu promotionis, etiamsi quoad minimum, prolis» (*ibidem*, n. 5, p. 385); una *Calaritana*, *coram* STANKIEWICZ, 19 dicembre 1985, *ibidem*, LXXVII, pp. 629-643. Qualche riferimento a giurisprudenza di tribunali locali in questa materia si può trovare in K.W. SCHMIDT, *The 'Raising of Children' as an Essential Element of Marriage*, in *CANON LAW SOCIETY OF AMERICA, Proceedings of the Fifty-ninth Annual Convention, La Jolla, California, October 13-16, 1997*, Washington 1997, p. 251, note 110-111; p. 253 nota 114.

Non pare da escludere che la ragione di questa esiguità, meno accentuata, per la verità, nell'ambito della dottrina⁴⁷, risieda anche nella prevalente e indiscriminata attenzione, sopra annotata, alla relazione interpersonale fra i coniugi, la quale, se considerata nella sua genericità, può costituire un facile punto di riferimento e di soluzione di molte fattispecie di «cause di natura psichica», senza dover ricorrere a più impegnative ricerche nell'ambito della *capacitas educandi prolem*.

Così, per addurre un esempio recente, in una *Vindobonen., coram HUBER*, 26 luglio 1996, pur menzionando i ripetuti atteggiamenti gravemente diseducativi di un genitore verso la figlia giovanissima⁴⁸, la decisione si orienterà, secondo la linea più classica, alla definizione della nullità per *incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentialis* per l'eccessiva proclività dell'uomo *in rebus sexualibus*, relativamente al rapporto coniugale (*bonum fidei*).

Uno dei più conosciuti e citati casi di incapacità *ad bonum morale prolis* atto ad invalidare il matrimonio è quello dell'incesto⁴⁹.

Vale qui ricordare una sentenza *Pittsburgen., coram RAAD*, 20 marzo 1980⁵⁰ in cui si affronta questo delicato tema⁵¹. Con questo tema la giurisprudenza rotale ebbe a confrontarsi in tempi recenti altre tre volte⁵², ma con impostazioni ed esiti diversi:

• *Beneventana, coram GIANNECCHINI*, 28 maggio 1985⁵³: l'impostazione della causa ha privilegiato l'attenzione al *bonum fidei*: «Si, ex hypothesi, prae-

⁴⁷ Cf, recentemente, K.W. SCHMIDT, *The 'Raising of Children' as an Essential Element of Marriage*, cit., pp. 223-266: cf soprattutto la bibliografia p. 251, note 110-111.

⁴⁸ «Imagines inhonestas etiam propriae filiae [...] monstravit [...] filiam suam duodecim aetatis suae annum agentem una cum puero quindecim annorum in eodem lecto dormire sivit eamque induxit, ut vestes indecoras indueret» (una *Vindobonen., coram HUBER*, 26 luglio 1996, in *RRTDec.* LXXXVIII, n. 14, p. 572).

⁴⁹ Per altri casi, che la dottrina e la giurisprudenza locale ha almeno ipotizzato, si può menzionare il transessualismo (cf P. BIANCHI, *Incapacitas assumendi obligationes essentialis matrimonii*, cit., pp. 206-207) e la sclerosi multipla (cf A. MENDONÇA, *The Effects of Multiple Sclerosis on Matrimonial Consent*, in *Studia canonica* 21 [1987] 444-449, sulla scorta di una sentenza *coram KINLIN*, 30 ottobre 1986, nel Tribunale Regionale di Toronto). Per altri casi e per una elencazione di situazioni che possono far presumere un'*incapacitas educandi prolem* cf K.W. SCHMIDT, *The 'Raising of Children' as an Essential Element of Marriage*, cit., pp. 253-254. Cf pure, recentemente, R. HARRINGTON, *Survivors of Childhood Abuse and Their Capacity for Marriage Consent*, in *Canon Law Society of Great Britain & Ireland Newsletters* n. 118 (1999) 45-59.

⁵⁰ In *Monitor ecclesiasticus* 105 (1980) 177-183 oppure in *Il diritto di famiglia e delle persone* 9 (1980) 1089-1099. A commento cf C. GULLO, *Sulla nullità del matrimonio per incapacità di educare la prole*, in *Il diritto di famiglia e delle persone* 9 (1980) 1089-1098.

⁵¹ Cf N. SANGAL, *The Effects of Incest on Matrimonial Consent*, in *Studia canonica* 30 (1996) 5-30; A. MENDONÇA, *Recent Rotal Jurisprudence on the Effects of Sexual Disorders on Matrimonial Consent*, *ibidem*, 26 (1992) 228-232; P. BIANCHI, *Incapacitas assumendi obligationes essentialis matrimonii*, cit., pp. 217-218; F. GIL DE LA HERAS, *Valoración de los trastornos de la sexualidad en la jurisprudencia sobre el matrimonio*, in *Ius canonicum* 23/45 (1983) 129.

⁵² Ancorché comunemente si citi in quest'ambito una *Graecen. seu Seccovien., coram RAAD*, 13 novembre 1979 (in *Monitor ecclesiasticus* 105 [1980] 30-45) e in appello *coram BRUNO*, 27 marzo 1981 (in *SRRDec.* LXXIII, pp. 187-200), non si tratta nel caso di incesto, ma di stupro: la conclusione è comunque interessante poiché si giunse ad affermare che la donna, che dopo un aborto spontaneo e un felice parto manifestò una gravissima inibizione sessuale, «omnino incapax est dicend[a] assumendi ac tradendi comparti ius perpetuum in corpus» (*ibidem*, n. 8, p. 192; il corsivo è del testo).

⁵³ In *RRTDec.* LXXVII, pp. 260-270.

sumptus incestuosus, cum qualibet alia persona extra consanguineos matrimonium celebrat, commutationem iurium et obligationum perficere non posset»⁵⁴;

• *Bononien.*, *coram* GIANNECCHINI, 17 giugno 1986⁵⁵: in questo caso l'impostazione ha privilegiato il grave difetto di discrezione di giudizio: «[...] ob gravem viri immaturitatem affectivam et ob eiusdem "sostanziale incapacità ad una riflessione critica e articolata" in re matrimoniali, adeo ut "ancor oggi 'pretenderebbe' di sposare solo la donna che accettasse di vivere serenamente (?) con sua madre»⁵⁶;

• *Friburgen.*, *coram* CIVILI, 12 aprile 1989⁵⁷: in questa fattispecie sembra privilegiata l'incapacità *ad communionem vitae*, anche se è difficile dire il reale oggetto della sentenza, poiché si concluderà negativamente «deficiente [...] probatione cuiuscumque causae seu morbi psicologici vel pathologici»⁵⁸: secondo il Ponente «*talis perversio sexualis advers[a]tur sive bono fidei, quatenus est contra consortis ius exclusivum, sive bono prolis, quatenus est contra educationem, sive iuri ad communionem vitae*»⁵⁹.

La impostazione della *Pittsburgen.*, *coram* RAAD è diversa, in quanto viene considerata da parte dell'incestuoso l'incapacità di assumere il *bonum prolis*⁶⁰, in quanto contiene lo *ius-officium educandi prolem*:

«Inter onera essentialia habetur prolis educatio. [...]

Incestum est anomalia non in actu sexuali perficiendo sed in comparte seligenda ex propria familia [...]

[...] talis perversio sexualis advers[a]tur sive bono fidei quatenus est contra consortis ius exclusivum, sive bono prolis quatenus est contra educationem. Incestuosus enim est pessimus coniux et genitor»⁶¹.

⁵⁴ *Ibidem*, n. 2, p. 261; «[...] inter quos [*scilicet*, morbi] tendentia incestuosa, quae tali gradu, forma et gravitate exstet ut ipsum bonum fidei detrectet» (*ibidem*).

⁵⁵ In *RRTDec.* LXXVIII, pp. 378-390. La decisione fu confermata in appello *coram Davino*, 5 marzo 1987.

⁵⁶ *Ibidem*, n. 15, p. 390.

⁵⁷ In *RRTDec.* LXXXI, pp. 250-257. La causa approdò in Rota dopo una duplice affermativa.

⁵⁸ *Ibidem*, n. 17, p. 257.

⁵⁹ *Ibidem*, n. 8, p. 253. La parte evidenziata in corsivo (che è nostro) risulta aggiunta dal Ponente alle affermazioni precedenti che ripetono pressoché alla lettera quanto si leggeva nella *Pittsburgen.*, *coram* RAAD, di cui *infra*.

⁶⁰ «[L]a tendenza all'incesto [...] potrebbe forse rappresentare una delle poche ipotesi pensabili di incapacità relativa all'ordinazione naturale del matrimonio al bene della prole» (P. BIANCHI, *Le «causae naturae psychicae» dell'incapacità*, in *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, cit., p. 154). Cf pure I.M. PINTO GÓMEZ, *Incapacitas assumendi matrimonii onera in novo CIC*, cit., p. 28: «[...] incapacitas [...] verificatur [...] in genitore incesto affecto, propter incapacitatem prolem educandi». In quest'ultima citazione non è da correggere la voce «incesto» in «incestu», come sembra suggerire P. BIANCHI, *Incapacitas assumendi obligationes essentialia matrimonii*, cit., p. 145, nota 36, poiché la voce può essere, com'è comunemente ritenuto, sia della seconda come della quarta declinazione.

⁶¹ *Monitor ecclesiasticus* 105 (1980) 178, 179, nn. 5, 7, 8 oppure *Il diritto di famiglia e delle persone* 9 (1980) 1091, 1095, 1097. La sentenza concluderà per la negativa poiché «numquam conventus actum incestuosum plenum perfecit vel immo proposuit»; in realtà non si sarebbe trattato di «vera per-

«Il comportamento del padre priva le vittime del loro naturale processo di maturazione e di socializzazione»⁶² e ciò non tanto per una generica incapacità educativa, quanto piuttosto per l'«incapacità ad astenersi da azioni in maniera oggettiva gravemente lesive della persona e della moralità dell'educando»⁶³: «Attento autem gravissimo danno psychico-morali a prole recepto ex hac perversione pro incapacitate ad matrimonium standum videtur»⁶⁴.

Se la giurisprudenza è limitata, la dottrina seppur timidamente e prudentemente, si sta orientando a considerare fattispecie in cui ricorra l'*incapacitas assumendi obligationem matrimonii essentialis* ossia l'educazione della prole, «particolarmente nel caso della impossibilità di omettere atti gravemente anti-educativi o lesivi della libertà di coscienza o della sfera morale della prole»⁶⁵ oppure nella «pratica impossibilità di evitare un danno educativo alla prole»⁶⁶. In altre parole, si tratterebbe della (in)capacità fondamentale di educare, ossia della (in)capacità del coniuge di provvedere alla educazione fondamentale o di permettere che altri vi provvedano⁶⁷.

È da porre in evidenza questa impostazione, poiché rende ragione della struttura dell'*obligatio matrimonii essentialis educandi prolem*. Essa infatti non dice riferimento primariamente e direttamente alla stessa prole, quasi come un diritto-dovere originario di cui sono interlocutori il genitore e la prole⁶⁸. L'*obligatio* di cui si tratta non può non inserirsi nella più collaudata e giustificata sistematica del *bonum prolis*, inteso come *ius ad actus per se aptos ad prolis generationem*, che comprende pertanto il diritto-dovere agli atti coniugali e il diritto-dovere di astenersi dal frustrare l'*operatio naturae* che ai

versione antenuptiali, ne quidem latente, sed de deordinatione postnuptiali, de declinatione adventitia» (*ibidem*, n. 12, pp. 181-182). La convivenza matrimoniale era durata ventisei anni e vi erano nati cinque figli.

⁶² A. MENDONÇA, *Recent Rotal Jurisprudence*, cit., p. 230. Sono ormai sufficientemente certi gli effetti dell'incesto sulle vittime, siano essi figli o figlie: «[...] they develop personality disorders, suffer poor sexual adjustment, are prone to depression, and sometimes express homicidal or suicidal ideation. In general, they suffer from impaired self-esteem, undergo a negative identity formation, experience difficulty in intimate interpersonal and heterosexual relationship» (*ibidem*; cf più ampiamente in N. SANGAL, *The Effects of Incest*, cit., pp. 8-14).

⁶³ P. BIANCHI, *Incapacitas assumendi obligationes essentialis matrimonii*, cit., p. 217.

⁶⁴ I.M. PINTO GÓMEZ, *Incapacitas assumendi matrimonii onera in novo CIC*, cit., p. 28 nota 53.

⁶⁵ P. BIANCHI, *Incapacitas assumendi obligationes essentialis matrimonii*, cit., p. 69. Altrove: «[I]ncapacità ad astenersi da comportamenti particolarmente lesivi della incolumità fisica e morale della prole» (p. 259); «[N]on possibilità del soggetto di omettere comportamenti gravemente lesivi dell'interesse fisico o morale della prole» (p. 269).

⁶⁶ P. BIANCHI, *Incapacitas assumendi obligationes essentialis matrimonii*, cit., p. 207.

⁶⁷ Cf H. MUSSINGHOFF, *Ausschluss der Erziehung als Ehenichtigkeitsgrund?*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 156 (1987) 93. L'A. annota che i concetti di *Grundbefähigung* e di *Grunderziehung* sono soggetti a fluttuazioni, dovute a condizioni geografiche e culturali, come d'altronde altri concetti canonici di grande rilievo, come il concetto di perpetuità dell'impotenza in relazione alla straordinarietà dei mezzi di guarigione della stessa (cf *ibidem*, nota 109). Comunque nello *ius ad educationem prolis* «nicht [...] geht es um eine qualitativ gute oder sachlich richtige Erziehungsmethode» (*ibidem*).

⁶⁸ Si possono condividere in questo senso le preoccupazioni sistematiche di Gullo (*Sulla nullità del matrimonio*, cit., *passim*) per una distinzione tra i diritti-doveri morali e giuridici del genitore verso la prole e le condizioni di validità del contratto matrimoniale. Non è invece ben chiara e mi pare da rigettare una collocazione *simpliciter* dell'*obligatio educandi prolem* nel *bonum coniugum* (cf *ibidem*, pp. 1094-1095).

medesimi atti consegue⁶⁹. Ogni diritto-dovere, di cui si è capaci o incapaci, deve, pertanto, riferirsi esclusivamente alla astensione da ciò che contraddirebbe il diritto-dovere agli atti coniugali. Nell'ambito dell'*incapacitas* ha rilevanza per la validità del contratto matrimoniale l'impossibilità del contraente ad astenersi dal guastare l'*operatio naturae*, che *de se* porterebbe la prole, eventualmente nata, a vivere e crescere⁷⁰.

Conclusione

A conclusione di questo itinerario dai contorni soprattutto sistematici, ma non per questo meno realistici e aderenti alla realtà, pare opportuno indicare alcune conseguenze in ordine non già alla normativa, quanto piuttosto alla giurisprudenza.

Urge in particolare, secondo la prospettazione avanzata, riprendere la revisione dell'autentico rapporto fra l'*impedimentum impotentiae coëundi* e l'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentialia*. In particolare urge rendersi conto della

- identità assoluta di *ratio* fra i due *capita nullitatis*: «Qui est [...] incapax vel ad communionem vitae constituendam, vel ad copulam coniugalem peragendam (impotentia coëundi) vel ad vitam sexualem exclusive cum comparte nec non mensura normali et modo naturali exercendam, incapax est et quidem ob eamdem rationem iuridicam, matrimonii ineundi, scl. quia subiectum ob propriam anomalam constitutionem incapax est standi contractui seu adimplendi huius obligationes essentialia, unde nec capax est eas sibi assumendi»⁷¹;

- irrilevanza dottrinale delle ragioni concrete di opportunità (condivisibili, almeno nel momento della codificazione)⁷² che hanno spinto il Codificatore a tenere distinti i *capita nullitatis*;

- necessità sistematica di comprendere i due capi di nullità *ad modum unius*, per superare una deleteria dicotomia che non infrequentemente soggiace alla giurisprudenza e alla dottrina nella considerazione e nello studio del *bonum prolis* e del *bonum coniugum* in relazione all'*incapacitas*;

⁶⁹ Ritengo francamente che non si possa e non si debba procedere oltre, pena il cadere nell'affermazione dello *ius ad prolem*, che negherebbe lo *ius matrimonii* agli sterili, contro la tradizione e il prescritto normativo.

⁷⁰ Non pare rilevante l'osservazione che attiene alla pluralità di soggetti coinvolti nella crescita e educazione della prole, che potrebbe rendere irrilevante la *incapacitas* del singolo contraente (cf C. GULLO, *Sulla nullità del matrimonio*, cit., pp.1097-1098): l'osservazione del matrimonio da cui ci si pone nel considerare la rilevanza giuridica non è quella del *matrimonium in facto esse*, ma del *matrimonium in fieri*.

⁷¹ U. NAVARRETE, «*Incapacitas assumendi onera*», cit., 79-80; il corsivo è nostro. «In ordine enim pure theoretico, id est, in pura dogmatica iuris, impotentia coëundi, attenta ratione ob quam obstat validitati matrimonii, [...] cadit [...] sub categoria incapacitatis praestandi elementum essenziale obiecti consensus» (*ibidem*, p. 80). Cf pure U. NAVARRETE, *Capita nullitatis*, cit., p. 270: «Nec dubium ullum esse potest impotentiam coëundi constituere veram et propriam incapacitatem assumendi onera essentialia matrimonii».

⁷² Per un'elencazione cf U. NAVARRETE, «*Incapacitas assumendi onera*», cit., 73-74. Non è estranea neppure la motivazione dell'opportunità di una certa corrispondenza dell'ordinamento canonico con gli ordinamenti giuridici civili, che recensiscono l'impotenza fra le cause di nullità del matrimonio: cf U. NAVARRETE, *Capita nullitatis*, cit., p. 265.

• *communicatio proprietatum* fra i due *capita nullitatis*, non esclusa la *perpetuitas* e la *relativitas*, con l'unico limite della considerazione, se del caso, della possibile diversa natura dell'*obligatio matrimonii essentialis* cui ci si riferisce⁷³;

• comprensione e delimitazione che provengono all'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentialis* nel momento in cui sono legate di nuovo e più correttamente alla dimensione sessuale, meglio avvertita e evidenziata nell'*impotentia coëundi*. In conseguenza si evidenzierà certamente anche un maggiore rilievo dell'*incapacitas educandi prolem*, oggi quasi del tutto oscurata dall'*incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentialis* identificate nella generica o generale relazione interpersonale, che rende il can. 1095, 3°, come è stato affermato in modo suggestivo, un *refugium*, un *remedium iuris*⁷⁴.

⁷³ Cf, a mero titolo esemplificativo, una *Baltimoren.*, *coram* EGAN, 10 novembre 1983, in *SRRDec.* LXXV, n. 11, pp. 608-609.

⁷⁴ Cf S. VILLEGIANTE, *Il canone 1095, n. 3 nella giurisprudenza*, in *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, cit., pp. 49. 52.

