

TESTO PROVVISORIO

Venerdì 20 settembre, Santa Croce

7° Corso di aggiornamento in Diritto matrimoniale e processuale canonico

LA RELAZIONE TRA INCAPACITÀ ED ESCLUSIONE NELLE CAUSE DI NULLITÀ

Prof. Héctor Franceschi

Pontificia Università della Santa Croce

1. Introduzione

In un noto intervento di Mons. Cormac Burke presso la *Canon Law Society of America*, pubblicato successivamente da *Catholic Dossier*, l'Uditore Rotale emerito metteva in luce quello che lui riteneva un assurdo nei tribunali americani negli anni 70' e 80', il fatto che quasi il 99% delle cause presentate presso i tribunali nordamericani riguardasse l'incapacità psichica e, poi, che praticamente tutte le decisioni fossero affermative, capovolgendo la situazione precedente al Concilio Vaticano II, quando le cause per incapacità — di solito chiamata *amentia* — non superavano il 2% del totale. La simulazione del consenso, che prima era il capo di nullità più frequente, era diventata una *rara avis*, tanto che, in quel suo intervento, che citerò ancora più dettagliatamente più avanti, Burke fece la proposta di aiutare sia la dottrina che la giurisprudenza del mondo anglo-sassone a riscoprire le diverse fattispecie di simulazione, poiché lui era convinto del fatto che molti matrimoni dichiarati nulli per incapacità invece lo erano per simulazione. Frutto di questo suggerimento, il prof. William Woestman preparò la pubblicazione di un volume, edito dalla Saint Paul University of Ottawa, con la collaborazione di canonisti di tutto il mondo, su tutte le fattispecie di simulazione, nel quale si propose sia la dottrina che la giurisprudenza rotale al riguardo.

Perché questo sconcertante incremento delle cause di nullità per incapacità, parallelamente al declino delle cause sulla simulazione? Una ventina di anni fa, in un corso di aggiornamento in un paese dell'America Latina, chiesi ad un Vicario Giudiziale perché nel suo tribunale — come lui stesso aveva affermato — praticamente tutte le cause fossoro sul can. 1095. Mi stupì molto la sua risposta diretta: “perché è il capo di nullità più facile da provare”. Oggi, passati gli anni, osserviamo come sempre di più le cause di nullità presso i tribunali di tutto il mondo riguardino o il grave difetto della discrezione di giudizio di cui al canone 1095, 2° o l'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio di cui al numero 3° dello stesso canone. E questo succede anche nei tribunali italiani. Come esempio serva l'esperienza che ho avuto presso il Tribunale di Prima Istanza del Vicariato di Roma. Quando inizia a fare il giudice presso questo tribunale, circa quindici anni fa, vi era una certa varietà nei capi di nullità addotti, con una prevalenza, direi più o meno in numeri uguali, della simulazione nelle sue diverse fattispecie e dell'incapacità psichica di cui al canone 1095 nei suoi numeri 2° e 3°.

Col passare degli anni, ho visto come, sempre di più, le cause vengano impostate prevalentemente per i capi riguardanti l'incapacità consensuale. In Vicariato, da qualche anno, ricevevo solo cause sull'incapacità, per cui chiesi al Vicario Giudiziale se fosse possibile ricevere ogni tanto anche delle cause riguardanti altri capi di nullità, alla cui richiesta mi disse che il problema era che oramai praticamente tutte le cause che entravano in tribunale riguardavano il canone 1095. Forse è che gli avvocati la pensano come quel Vicario Giudiziale di cui parlavo prima, cioè, che è molto più facile “provare” un'incapacità psichica che una simulazione del consenso. Questo fenomeno si è molto diffuso nei tribunali del modo latino.

TESTO PROVVISORIO

Invece, in non pochi tribunali degli Stati Uniti, nei quali qualche decennio fa praticamente tutte le cause di nullità venivano presentate per incapacità consensuale, nei nostri giorni si è creata una specie di rifiuto verso questi capi di nullità, cercando sempre se la causa non possa essere impostata nella simulazione, l'errore, il timore, la condizione, ecc. Ho trovato qualche tribunale importante che, quasi per principio, guarda con sospetto qualsiasi causa sull'incapacità consensuale.

A tutte queste problematiche, che sono state quelle che mi hanno portato a proporre come tema di questa sessione del corso di aggiornamento la relazione tra incapacità e simulazione, anticipo una prima risposta: ogni causa è diversa e, quindi, vanno evitati i "pre-giudizi". Allo stesso tempo, ritengo che l'unico modo di superare questo scontro tanto dottrinale quanto giurisprudenziale, sia approfondire due temi che considero cruciali in questi due tipi di cause: a) Il rapporto tra giudice e perito nelle cause sull'incapacità psichica, molto legato alla nozione stessa di incapacità psichica; b) il significato del positivo atto di volontà di cui al can. 1101, § 2 CIC e il cosiddetto "doppio atto di volontà" di cui ancora parla non poca giurisprudenza rotale. Sono convinto che quella specie di movimento pendolare tra la simulazione e l'incapacità sin dalla promulgazione del Codice del 1983 risponda spesso alla mancanza di una profonda comprensione di cosa significhi essere incapace per il matrimonio e cosa significhi escludere mediante positivo atto di volontà il matrimonio stesso o un suo elemento o proprietà essenziali. Sono i temi che tratterò nei paragrafi successivi, dopo la presentazione della giurisprudenza rotale pubblicata più recentemente.

2. Presentazione della giurisprudenza rotale pubblicata più recente nelle cause riguardanti sia l'incapacità che la simulazione

Sono tante le sentenze rotali riguardanti sia l'incapacità psichica ex canone 1095, 2° e 1095, 3°, che la simulazione nelle su diverse fattispecie, che sarebbe impossibile presentarle tutte in una sessione di questo corso di aggiornamento. Ho deciso, quindi, di limitare la mia indagine agli ultimi volumi delle decisioni rotali, pubblicati dopo il precedente corso di aggiornamento, includendo anche, per completezza, il volume pubblicato nell'anno 2016 che raccoglie le decisioni del 2009.

Prima di entrare nello studio di ogni singolo volume, vorrei mettere in luce come, nei volumi più recenti, e con grande differenza, i capi di nullità più frequenti continuino ad essere l'incapacità ex canone 1095, 2° e/o 3° e poi la simulazione, specialmente quella riguardante la esclusione dell'indissolubilità e l'esclusione del bene della prole o *bonum prolis*. La mia analisi si incentrerà nelle cause, non poche, nelle quali sono stati presentati come capi di nullità, tanto l'incapacità quanto la simulazione. Facendo un'eccezione, alla fine farò riferimento ad una sentenza c. Erlebach, *Interamnen.-Narnien.-Amerina*, 21 luglio 2016, Prot. n. 21.675, Sent. 153/2016, nn. 5 e 26 che, amabilmente, dopo una discussione sul tema, lui stesso mi fece avere, nella quale dà delle risposte convincenti sulla compatibilità tra entrambi i capi in una stessa causa e sulla stessa persona: così conclude la sentenza sui cosiddetti capi incompatibili: «Conclusio ergo una patet: semper licet de plano indicare capita nullitatis in decreto concordationis dubii, etiam illa habita hucusque uti haud componibilia; tribunalis autem erit videre in sede definitionis causae de responsione danda ad dubium statutum. Non datur ergo *obligatio* statuendi quaedam capita subordinate, etsi negari nequit quod aliquando quaedam rationes ordinis practici suadere possint hanc viam (cf. G. P. Montini, *La funzione processuale del capo di nullità matrimoniale*, in *Ephemerides iuris canonici* 51 [2011], p. 458-459, 460)» (n. 6).

. Va anche premesso che è da tutti conosciuta la nota sentenza c. Stankiewicz del 2000 che apriva alla possibilità di presentare in modo non subordinato, in alcuni casi, i capi di incapacità e quelli di simulazione. Vedremo quale è stata l'evoluzione della questione negli ultimi volumi pubblicati, che è la giurisprudenza rotale alla quali tutti i canonisti hanno accesso.

2.1. Le sentenze del 2009 (volume CI pubblicato nel 2016)

TESTO PROVVISORIO

Nell'anno 2009 troviamo 8 sentenze nelle quali i capi di nullità sono stati l'incapacità psichica e la simulazione del consenso. Di esse, 5 sono affermative al capo dell'incapacità e nessuna al capo della simulazione, nella maggioranza dei casi presentato in modo subordinato o alternativo all'incapacità. Nessuna delle sentenze è stata pubblicata nel volume, benché in alcuni casi ho avuto accesso alle sentenze.

2.1.1. c. Turnaturi, *Poncen.*, 15 gennaio 2009 (*). Prot. n. 18.028, Sent. 6/09¹.

Si chiede la nullità del matrimonio per incapacità psichica ex can. 1095, 2° et/vel 1095, 3° in una o in entrambe le parti e, subordinatamente, per simulazione totale in una o in entrambe le parti.

La sentenza è affermativa ma soltanto per il 1095, 2 e 3 nel convenuto. Il capo della simulazione viene trattato brevemente, concludendo i giudici che non ci sono elementi che provino l'esclusione totale in uno o entrambi i coniugi, senza porsi nessun problema sulla compatibilità tra i capi, benché nel dubbio siano stati presentati in modo subordinato.

2.1.2. c. Defilippi, *Fodiana-Bovinen.*, 26 febbraio 2009 (*). Prot. n. 19.075, Sent. 28/09.

Si chiede la nullità del matrimonio per incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio per cause di natura psichica nell'attore, ex canone 1095, 3° e, *quatenus negative*, per esclusione del *bonum sacramenti* nell'attore e/o esclusione del *bonum coniugum* nella convenuta.

Come si può vedere, nella formula del dubbio i capi di simulazione sono stati presentati in modo subordinato all'incapacità, e solo se questa fosse negativa. La decisione rotale non entra nella questione della compatibilità dei capi ed è sta negativa a tutti i capi di nullità.

2.1.3. c. De Angelis, *Antelien. Maronitarum*, 13 maggio 2009 (*), Prot. n. 19.284, Sent. 55/09.

In questa causa ci sono parecchi capi di nullità. In questa causa, come in tantissime altre cause in cui i capi sono parecchi, la decisione finale è stata negativa a tutti i capi di nullità. Questo, a mio avviso, conferma una mia vecchia convinzione: non ci sono più possibilità che venga dichiarata la nullità se si presentano molti capi di nullità. L'impressione è che, in molte occasioni, non sapendo come qualificare giuridicamente una causa, si tenti di "ottenere" la nullità almeno per uno dei tanti capi adottati. Il fatto è che i giudici, dinnanzi ad una richiesta che manifesta la mancanza di una buona conoscenza del caso concreto, si vedono inoltre nella necessità di dover valutare ogni singolo capo di nullità, il che spesso impedisce che si possa fare una buona e approfondita istruttoria sul capo che ha più fondamento e sul quale, nel caso concreto, i mezzi di prova sono più raggiungibili. Da questo punto di vista, la fase pregiudiziale e il lavoro degli avvocati sono fondamentali.

Nel caso si chiese la nullità per incapacità ex canone 1095, 3° in entrambe le parti; dolo ordito dal convenuto (canone 1098); errore dell'attrice circa una qualità del convenuto (canone 1097 § 2); incapacità ex canone 1095, 2° nel convenuto ed esclusione del *bonum coniugum* da entrambe le parti. La sentenza è negativa a tutti i capi di nullità.

2.1.4. c. de Angelis, *Ariminen.*, 2 luglio 2009 (*). Prot. n. 19.386, Sent. 91/09.

Il dubbio è stato formulato nell'esclusione del *bonum sacramenti* da parte dell'attore e, *tamquam in prima instantia*, nell'incapacità dell'attore ex canone 1095, 3°.

La decisione è affermativa ma soltanto al 1095, 3° nell'attore. Nella decisione finale afferma esplicitamente che, invece, non consta l'esclusione del *bonum sacramenti* nell'attore. Né nell'*in iure* né nell'*in facto* si fa alcun riferimento alla compatibilità o meno tra entrambi i capi. Potrebbe

¹ Quando dopo la data della sentenza metto (*) significa che la sentenza non è stata pubblicata nel volume delle decisioni rotali che ne dà notizia. Quando è stato possibile, ho controllato la sentenza non pubblicata per valutare l'esattezza della formula del dubbio e i ragionamenti della decisione. In questi casi, ho indicato il numero di protocollo e il numero della sentenza.

TESTO PROVVISORIO

stupire che la sentenza tratti prima la simulazione e poi l'incapacità, ma si capisce se si tiene conto che la sentenza era d'appello e il capo dell'incapacità venne aggiunto successivamente in sede rotale.

2.1.5. c. Alwan, *Bratislavien.-Tyrnavien.*, 2 luglio 2009 (*). Prot. n. 19.513, Sent. 93/09.

In questa sentenza i capi di incapacità e di simulazione vengono presentati in modo subordinato (*sin minus*). Si chiede la nullità per l'incapacità dell'attrice ex canone 1095, 3°, o, se questa non consta, per l'esclusione del matrimonio stesso da parte dell'attrice.

Nella formula del dubbio, benché nell'indice del volume delle decisioni rotali abbiano scritto "et" come se i capi fossero stati presentati *ex equo*, il termine utilizzato è stato *sin minus*, cioè, in modo alternativo nel caso non si provasse l'incapacità di assumere nella donna attrice. La decisione è stata affermativa ma soltanto all'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio da parte dell'attrice. I giudici sono entrati anche nell'analisi della fattispecie della simulazione totale e hanno dato risposta negativa poiché non provata. In nessun momento si pongono la questione se, essendo stata provata l'incapacità, l'altro capo di nullità cadeva, anche per il modo in cui era stato formulato il dubbio.

2.1.6. c. Monier, *Venetiarum in Florida*, 10 lugli 2009 (*). Prot. n. 18.792, Sent. 98/09.

La formula del dubbio in Rota è stata la seguente: «An constet de matrimoniis nullitate, in casu, ob incapacitatem adsumendi onera coniugalia ex parte viri conventi; et subordinate ob exclusum bonum sacramenti ex una vel utraque parte, et/vel ob exclusum bonum prolis ex parte viri conventi».

Come si vede, in questa causa i capi di nullità sono stati presentati in modo subordinato. I giudici hanno analizzato in primo luogo se fosse stata provata o meno l'incapacità ex can. 1095, 3° nel convenuto e, visto che hanno raggiunto la certezza morale circa l'incapacità, fanno solo dei brevi riferimenti alla mancanza di prove riguardanti i diversi capi di esclusione, e nella decisione finale si dà l'affermativa solo per l'incapacità nel convenuto, senza menzionare i capi di esclusione poiché presentati in modo subordinato.

2.1.7. c. McKay, *Sancti Ioannis Portoricen.*, 16 ottobre 2009 (*). Prot. n. 17.624, Sent. 121/09.

Si chiede la nullità ex canone 1095, 2° in entrambe le parti e, subordinatamente, per simulazione del consenso nel convenuto. Così è stato concordato il dubbio, benché i giudici poi abbiano interpretato quella simulazione del consenso nel senso di simulazione totale. La sentenza è stata negativa a tutti i capi presentati.

2.1.8. c. Monier, *Romana*, 27 novembre 2009 (*). Prot. n. 19.731, Sent. 155/09.

Si chiede la nullità per incapacità ex canone 1095, 2° e/o 3° nell'attore e, *quatenus negative*, per esclusione del *bonum sacramenti* nello stesso attore.

La decisione è stata affermativa all'incapacità ex canone 1095, 2° e 3° nell'attore. Riguardo alla simulazione, poiché presentata in modo subordinato, i giudici solo fanno un breve riferimento alla fine della parte *in iure* e non ne parlano nella parte *in facto*.

2.2. *Le sentenze del 2010 (volume CII pubblicato nel 2017)*

Nell'anno 2010 ci sono 8 sentenze nelle quali i capi di nullità sono stati l'incapacità psichica e la simulazione del consenso, e qualche volta anche altro capo. Di esse, nessuna è stata affermativa ai capi di incapacità e solo una al capo di simulazione, che nella maggioranza dei casi viene presentato in modo subordinato o alternativo all'incapacità. Solo due delle sentenze sono state pubblicate nel volume, benché in alcuni casi ho avuto accesso alle altre sentenze.

2.2.1. c. Yaacoub, *Tridentina*, 5 febbraio 2010 (*). Prot. n. 19.158, Sent. 16/2010.

TESTO PROVVISORIO

In questa causa i capi di nullità sono stati il difetto grave della discrezione di giudizio nell'attore e l'esclusione del *bonum sacramenti* da parte dello stesso attore. La decisione è stata negativa ad entrambi i capi. La formula di dubbio è stata così fissata: «*An constet de matrimonii nullitate in casu: tamquam in prima instantia, ob gravem defectum discretionis iudicii propter carentiam libertatis internae, ad normam can. 1095, n. 2 ex parte viri actoris; et in secundo iurisdictionis gradu, ob exclusionem boni sacramenti ex parte eiusdem viri actoris, ad normam can. 1101, § 2*». Come si può osservare, i capi non vengono presentati in modo subordinato.

La decisione è stata negativa ad entrambi i capi.

2.2.2. c. De Angelis, *Bogoten.*, 24 febbraio 2010, p. 46-54.

Si chiede, la nullità per difetto grave della discrezione di giudizio ex canone 1095, 2° in entrambi e per simulazione totale nell'attore.

È una sentenza di terza istanza. La prima istanza è stata negativa, la seconda affermativa all'esclusione totale in lui e al difetto di discrezione di giudizio in lei. La decisione rotale conferma parzialmente la seconda istanza: affermativa ma solo all'esclusione totale in lui, negativa all'incapacità in entrambi. Nell'inizio della parte *in facto*, la sentenza riporta un passaggio della sentenza di seconda istanza secondo la quale se è provata la simulazione è esclusa, per logica, l'incapacità, per cui non entra nel grave difetto della discrezione di giudizio in lui, dando per buono, a mio parere, il ragionamento della seconda istanza (p. 48). Ma il fatto è, come si afferma successivamente, che non entra nel difetto grave della discrezione di giudizio nell'attore perché c'erano già due sentenze negative su quel capo e non vi è stata chiesta la *nova causae propositio*.

2.2.3. c. De Angelis, *Inter-Eparchialis Maronitarum*, 25 febbraio 2010 (*). Prot. n. 18.926, Sent. 25/10.

Sono stati concordati tre capi di nullità in modo assoluto e non subordinato: a) esclusione del *boni sacramenti* nella convenuta; b) errore dell'attore circa una qualità della convenuta; c) incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio in entrambi. La sentenza non si pone il problema della compatibilità tra i diversi capi. Sia nella parte *in iure* che *in facto* analizza uno per uno i diversi capi di nullità e conclude negativamente a tutti i capi: «*Negative ad omnia seu non constare de matrimonii nullitate in casu ex ullo adducto capite*»

2.2.4. c. Bottone, *Nitrien.*, 16 marzo 2010 (*). Prot. n. 19.619, Sent. 45/2010.

I capi di nullità sono stati l'incapacità di assumere ex canone 1095, 3° nel convenuto, l'esclusione dell'educazione cristiana da parte dello stesso e la condizione di futuro nella donna. Non vi è stata stabilita nessuna precedenza tra i diversi capi di nullità. La decisione è stata negativa a tutti i capi di nullità.

2.2.5. c. Boccafolo, *Parmen.*, 18 marzo 2010 (*). Prot. n. 19.774, Sent. 50/2010.

Il dubbio è stato concordato nell'incapacità psichica nell'attore ex canone 1095 2° e 3° e, subordinatamente, nell'esclusione del *bonum fidei* nello stesso attore.

La sentenza è negativa a tutti i capi presentati.

2.2.6. c. Huber, *Romana*, 13 giugno 2010, p. 245-261.

In questa causa, il dubbio è stato determinato nei seguenti capi, in modo alternativo: esclusione totale nel convenuto *vel* timore grave incuso nell'attrice *vel* difetto grave della discrezione di giudizio (can. 1095, 2°) nell'attrice. Il collegio è stato di cinque giudici.

La sentenza tratta, sia nell'*in iure* che nell'*in facto* i tre capi di nullità. È molto chiara nell'affermare che non si possono dare contemporaneamente il *metus* (che per natura è *ab extrinseco*) e il difetto grave di discrezione di giudizio nella sua dimensione elettiva o volontaria, che è una mancanza la cui causa è intrinseca, patologica (n. 11, p. 253). Questo, a mio parere, ci

TESTO PROVVISORIO

può illuminare anche sul tema oggetto di questa sessione: la relazione tra simulazione e incapacità. Nella simulazione la volontà esiste, ed è una volontà negativa. Come suol dire la giurisprudenza, non basta un semplice *nolle* ma ci vuole un *velle non*, cioè, un vero volere che non è matrimoniale perché volontariamente si è voluto lasciar fuori qualcosa che appartiene alla natura stessa del matrimonio. Quindi, benché ogni caso è diverso, nella fase decisoria bisogna valutare la possibilità o meno che uno dei contraenti sia veramente incapace e, allo stesso modo, abbia un volere reale, non matrimoniale, nel quale si “decide” di lasciar fuori lo stesso matrimonio o un suo elemento o proprietà essenziale. Se, come tante volte ho detto altrove “è più facile sposarsi che non sposarsi”, nel senso che il consenso matrimoniale è un atto unitario, semplice nella sua ricchezza, armonioso, mentre nell’esclusione vi è una volontaria disintegrazione di quell’unità naturale mediante un positivo atto di volontà, è difficile capire come una persona possa essere incapace di dare un vero consenso ma, invece, sia capace di simulare —falsificare, sostituire, ingannare— il consenso, poiché il consenso simulato richiede una capacità maggiore di quella per dare il vero consenso nella sua unitarietà e semplicità.

Per capire adeguatamente quanto ho detto, va ricordato quanto parte della dottrina dice sulla difficoltà di distinguere veramente e in modo sistematico tra i numeri 2° e 3° del canone 1095. Un vero atto di volontà non è soltanto un volere qualcosa, ma è volere efficacemente qualcosa. Come ricorda San Tommaso, il volere qualcosa che supera le mie capacità non è vera *voluntas* ma è *velleitas*. Ciò non toglie, come dice Erlebach, che già nella concordanza del dubbio si debbano presentare i capi di incapacità e quelli di simulazione in modo alternativo o subordinato, poiché questo potrebbe, in alcuni casi, portare a un pre-giudizio che potrebbe inquinare o impoverire la fase istruttoria.

La sentenza fu affermativa ma soltanto per il timore grave incusso nella donna. Infatti, sia nella parte *in iure* che nella parte *in facto*, i giudici si riferiscono alla differenza tra la mancanza della libertà minima dovuta ad un’anomalia psichica, senza una causa esterna, e la mancanza di libertà causata da un soggetto esterno, come ritennero successe in questo caso concreto.

2.2.7. 146. c. Alwan, *Albinganen.*, 4 novembre 2010 (*). Prot. n. 19.691, Sent. 146/2010.

Il dubbio è stato concordato con la seguente formula: «*An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob defectum gravem discretionis iudicii et/vel incapacitatem adsumendi essentialia coniugi onera; et subordinate, ob exclusum bonum sacramenti, omnia ex parte actricis*». Come si vede, si segue la prassi di presentare la simulazione del consenso subordinatamente all’incapacità.

I giudici analizzano prima i due capi riguardanti l’incapacità ex canone 1095, 2° e 3° nella donna attrice, che ritengono non provati, e successivamente entrano nel capo dell’esclusione dell’indissolubilità. In mancanza di una confessione extragiudiziale e valutando l’insieme delle prove, che non confermano la tesi dell’attrice, la sentenza definitiva è negativa a tutti i capi di nullità.

2.2.8. c. Verginelli, *Fodian-Bovinen.*, 26 novembre 2010 (*). Prot. n. 20.289, Sent. 160/2010.

Anche in questa causa si chiede la nullità del matrimonio per incapacità ex canone 1095, 2° e 3° nell’attrice e, *subordinatamente*, per esclusione del *bonum sacramenti* nell’attrice

La sentenza è stata negativa a tutti i capi di nullità. Come quasi tutte le altre decisioni rotali, non fa nessun riferimento alla compatibilità tra i capi di incapacità e quelli di esclusione.

3.3. *Le sentenze del 2011 (volume CIII pubblicato nel 2018)*

Nel volume che raccoglie le sentenze del 2011 ci sono sei casi che riguardavano sia l’incapacità psichica che l’esclusione nella stessa persona. Solo una di esse è stata pubblicata nel volume. Delle sei sentenze, una è affermativa ma soltanto all’incapacità psichica in entrambi i contraenti (1095, 2° nell’attrice e 1095, 3° nel convenuto), mentre è negativa all’esclusione del *boni*

TESTO PROVVISORIO

coniugum nel convenuto. Solo la c. Erlebach del 31 maggio 2011 è affermativa all'incapacità ex canone 1095, 2° e 3° nell'attrice e all'esclusione del *boni sacramenti* nella stessa parte attrice. Le altre quattro sentenze sono state negative a tutti i capi.

3.3.1 c. Verginelli, *Arausicana in California*, 25 febbraio 2011 (*). Prot. n. 19.858, Sent. 35/2011.

In questa decisione il dubbio è stato concordato con la seguente formula: «An constet de matrimonii nullitate, in casu ob gravem defectum discretionis iudicii in muliere actrice (can. 1095, n. 2) in tertia instantia; et ob incapacitatem viri conventi assumendi onera coniugalia essentialia (can. 1095, n. 3); necnon ob exclusum a viro convento bonum coniugum, in secunda instantia». In questa causa, il capo di esclusione del bonum coniugum non è stato presentato in modo subordinato o alternativo.

La decisione è stata affermativa ma solo al difetto grave della discrezione di giudizio nell'attrice e all'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio nel convenuto.

Avendo accesso alla sentenza, ho controllato che nell'*in iure* non si parla proprio dell'esclusione del *bonum coniugum*. Poi, nell'*in facto*, se ne fa riferimento, ma si conclude che non è stata provata quella esclusione, senza far menzione alla possibilità che si diano entrambi i capi simultaneamente. Infatti, la decisione del terzo turno rotale è stata: «*Affirmative, seu constare de nullitate matrimonii, in casu, tam ob defectum gravem discretionis iudicii in muliere tam ob incapacitatem viri assumendi obligationes essentielles matrimonii ob causas naturae psychicae. Negative, seu non constare de nullitate matrimonii, in casu ob exclusum bonum coniugum e parte viri, vetito utrique parti transitu ad alias nuptias inconsulto Tribunali loci*» (n. 24).

3.3.2. c. Erlebach, *Clavaren.*, 31 maggio 2011 (*). Prot. n. 20.008, Sent. 98/2011.

Questa causa ha avuto un iter processuale molto articolato. In Rota il dubbio è stato concordato con la seguente formula: An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob defectum discretionis iudicii et/vel incapacitatem assumendi essentielles matrimonii obligationes ex parte utriusque (in secunda instantia) atque ob exclusum bonum sacramenti ex parte mulieris actricis (in tertia instantia)

La sentenza è stata affermativa al 1095, 2° e 3° nell'attrice e all'esclusione dell'indissolubilità da parte della stessa attrice: «*Affirmative, seu constare de nullitate matrimonii, in casu, ob defectum discretionis iudicii et incapacitatem assumendi ex parte mulieris actricis, non autem ex parte viri conventi, atque constare de matrimonii nullitate ob exclusum bonum sacramenti ex parte actricis; vetito eidem apposito transitus ad canonicas nuptias inconsulto Trib. Reg. (omissis).*»

La sentenza, né nell'*in iure* né nell'*in facto*, fa nessun riferimento alla compatibilità tra i capi di incapacità e quello dell'esclusione simultaneamente e nella stessa persona, ma evidentemente lo dà per scontato, incentrando l'attenzione sui fatti concreti del caso, senza preconcetti teorici o chiusure aprioristiche. Finora, è l'unica sentenza affermativa all'incapacità ex canone 1095 2 e 3 e all'esclusione che ho trovato negli ultimi volumi delle decisioni rotali.

3.3.3. c. Monier, *Reg. Latii seu Tiburtina*, 27 luglio 2011 (*). Prot. n. 20.427, Sent. 134/2011.

In questa causa, arrivata in Rota in terza istanza, dopo una prima sentenza affermativa ed una seconda negativa sull'esclusione del *bonum sacramenti* nell'attrice, si aggiunse *tamquam in prima instantia* il difetto grave della discrezione di giudizio nella stessa parte attrice. Nella concordanza del dubbio non si determina la prevalenza di nessuno dei due capi, benché si mette per primo quello dell'esclusione, diversamente da quasi tutte le altre sentenze che riguardano entrambi i casi, anche perché su quel capo c'erano già due decisioni nelle istanze precedenti e se fosse stato provata la nullità in Rota la sentenza sarebbe diventata subito esecutiva.

TESTO PROVVISORIO

La sentenza è negativa a entrambi i capi. Riguardo alla simulazione, ci sono molte contraddizioni tra le parti e tra i diversi testimoni (cfr. nn. 11 e 12), e secondo i giudici la *causa simulandi* non è provata mentre la *causa contrahendi* sembra molto forte (cfr. n. 12). Riguardo all'incapacità, benché la perizia parli di una grave immaturità nella donna attrice, questa non viene confrontata con gli atti di causa e non trova riscontri chiari e precisi nei fatti provati, per cui i giudici si discostano dalle conclusioni del perito (cfr. n. 16).

3.3.4. c. De Angelis, *Piscarien.-Pinnen.*, 27 ottobre 2011 (*). Prot. n. 21.298, Sent. 144/2011.

La causa è stata decisa in Rota in prima istanza. La formula del dubbio è stata: «an constet de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusum bonum sacramenti ex parte viri actoris et quatenus negative ob defectum discretionis iudicii in viro actore».

I giudici hanno studiato prima l'esclusione dell'indissolubilità nell'attore e successivamente il difetto grave della discrezione di giudizio nello stesso attore. La decisione è stata negativa ad entrambi i capi.

3.3.5. c. Yaacoub, *Romana*, 16 novembre 2011 (*). Prot. n. 20.681, Sent. 156/2011.

In questa causa, è interessante costatare che nella decisione dell'istanza precedente, si diede la sentenza affermativa all'incapacità dell'attore ex can. 1095, 3°, mentre per quanto riguarda l'esclusione dell'indissolubilità nello stesso attore afferma la sentenza «*quoad exclusionem boni sacramenti ex parte eiusdem viri iam provisum*», dando per scontato che se c'era stata l'incapacità allora non si poneva la questione dell'esclusione.

In Rota il dubbio venne concordato con la seguente formula: «*An constet de nullitate matrimonii, in casu, ob incapacitatem assumendi essentiales matrimonii obligationes, ob causas naturae psychicae, ex parte viri actoris ad normam can. 1095, n. 3 et ob exclusum bonum sacramenti ex parte eiusdem viri*». Come si può vedere, non si stabilisce nessuna subordinazione o alternatività tra i due capi.

La sentenza fu negativa ad entrambi i capi.

3.3.6. c. Arokiaraj, *Lisbonen.*, 17 novembre 2011, vol. CIII, p. 435-448.

In questa causa, una delle poche pubblicate sui volumi delle decisioni, viene chiesta la nullità per l'esclusione del *boni sacramenti et fidei* da parte del convenuto et/vel per incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio ex canone 1095, 3° nello stesso convenuto e per grave difetto della discrezione di giudizio ex canone 1095, 2° nella parte attrice.

La decisione è stata negativa a tutti i capi di nullità. In essa non si parla della compatibilità tra i capi, che poi non si pone realmente essendo negativa a tutti i capi addotti.

3.4. *Le sentenze del 2012 (volume CIV pubblicato nel 2019)*

Diversamente dagli anni precedenti, non sono riuscito ad avere accesso alle sentenze del 2012 non pubblicati. Quindi, mi limito ad indicare, tranne per quelle sentenze pubblicate, i capi addotti e la decisione del turno rotale. Ci sono state 8 sentenze che hanno trattato sia l'incapacità che la simulazione. Solo una, la c. Ferreira Pena del 18 maggio 2012, è stata pubblicata nel volume. Le 8 sentenze sono state negative a tutti i capi.

3.4.1. c. Ferreira Pena, *Nashvillen.*, 23 febbraio 2012 (*). Sent. 33/2012.

È stata chiesta la nullità per grave difetto della discrezione di giudizio in entrambi i contraenti ex canone 1095, 2° e per esclusione del boni sacramenti nel convenuto. La sentenza fu negativa a tutti i capi di nullità.

3.4.2. c. Boccafola, *Latine.-Terracinen.-Setina-Privernen.*, 10 maggio 2012 (*). Sent. 76/2012.

TESTO PROVVISORIO

Nella formula del dubbio si chiede se consta la nullità per incapacità di assumere gli obblighi essenziali ex canone 1095, 3° in entrambi i coniugi e per esclusione del *bonum sacramenti* sempre in entrambi. La sentenza fu negativa a tutti i capi di nullità.

3.4.3. c. Ferreira Pena, *Sancti Iacobi in Chile*, 18 maggio 2012, CIII, 153-165.

In questa causa il dubbio venne concordato nella nullità del matrimonio ex canone 1095, 2° et/vel 3° in entrambi i coniugi o (*vel*) esclusione del matrimonio stesso nel convenuto. La decisione fu negativa a tutti i capi.

In questa decisione, in un modo direi indiretto, si dà per scontato che, una volta dimostrato che non vi era l'incapacità, allora si può entrare ad analizzare l'esclusione, poiché sostiene che, supposta la capacità per dare il consenso, si può allora sostenere che avrebbe la capacità per simulare il consenso: «Supposita in nubente capacitate psychica ad consentiendum, eadem sufficiens habetur etiam ad consensum simulandum» (n. 9, p. 159).

3.4.4. c. Todisco, *Bratislaviens.-Tyrnaviens.*, 18 giugno 2012 (*). Sent. 94/2012.

I capi di nullità presentati sono stati il grave difetto della discrezione di giudizio e l'incapacità di assumere nel convenuto e l'esclusione del *boni coniugum* nel convenuto. La decisione è stata negativa *ad omnia*.

3.4.5. c. Graulich, *Medellens.*, 13 luglio 2012 (*). Sent. 116/2012.

Diversamente dalla maggioranza delle cause che riguardano entrambi i capi, in questa causa nel dubbio si mette per prima l'esclusione del *boni fidei* nella convenuta e, successivamente, l'incapacità di assumere gli obblighi essenziali in entrambi i coniugi. La decisione fu negativa a tutti i capi di nullità.

3.4.6. c. Yaacoub, *Chicagien.*, 24 ottobre 2012 (*). Sent. 144/2012.

Si chiese la nullità per difetto grave della discrezione di giudizio nella parte attrice e per esclusione del *boni sacramenti* nella stessa attrice. La sentenza fu negativa entrambi i capi.

3.4.7. c. Jaeger, *Romana*, 28 novembre 2012 (*). Sent. 170/2012.

I capi adottati sono stati il canone 1095, 2° e 3° nell'attore e l'esclusione del *boni sacramenti* nello stesso attore. La sentenza fu negativa a tutti i capi di nullità.

3.4.8. c. Ferreira Pena, *Limeirens.*, 30 novembre 2012 (*). Sent. 173/2012.

Il dubbio è stato concordato nel canone 1095, 2° in entrambi e l'esclusione del *boni prolis* nell'attrice e del *boni coniugum* nel convenuto. La sentenza è stata negativa a tutti i capi di nullità.

3. La compatibilità o meno tra incapacità e simulazione nella stessa causa matrimoniale

Una delle domande che spesso mi sono poste quando ho cominciato a lavorare sul tema della relazione tra incapacità e simulazione era quella della incompatibilità o meno tra i due capi di nullità. Devo riconoscere che ho ripensato alcune convinzioni dopo lo studio del tema, nella dottrina ma soprattutto della giurisprudenza rotale più recente, che mi ha portato a ripensare il tema della incompatibilità o meno, nel singolo caso, tra l'incapacità e la simulazione. Mi sono reso conto che in nessuna causa di nullità possiamo cominciare a muoverci con pregiudizi, vale a dire, con giudizi e decisioni prese prima di conoscere in profondità il caso concreto tramite l'istruttoria, poiché va ricordato che ogni caso è irripetibile, ha una propria singolarità che solo mediante l'Istruttoria verrà svelata ai giudici.

In una recentissima relazione, tenutasi nel 51° Convegno dell'Ascai a Napoli, il Decano della Rota Romana ha affermato che è ormai giurisprudenza costante nella Rota Romana

TESTO PROVVISORIO

l'ammissione della possibilità che i capi di incapacità (particolarmente nei numeri 2° e 3° del canone 1095) si possano presentare in modo non subordinato, e si possono dare entrambi nel caso concreto. Dovremmo comunque attendere la pubblicazione della giurisprudenza più recente per poter illustrare adeguatamente quanto detto.

Al riguardo propongo alcune considerazioni frutto di un mio scambio di pareri con Mons. Erlebach, che è partito dalla lettura che ho fatto di una sua sentenza del 31 maggio 2011, che mi ha molto illuminato. Alle mie osservazioni sulla compatibilità o meno tra incapacità e simulazione mi rispose dettagliatamente quanto tenterò ora di trasmettervi. Il problema della compatibilità tra incapacità ed esclusione in una singola sentenza si porrebbe solo se viene dichiarata la nullità per un capo (*l'incapacitas*), dicendo che l'altro non si poteva affrontare a causa dell'incompatibilità oppure se viene data sull'altro capo una sentenza negativa a motivo dell'incompatibilità, in concreto, dei due capi. Ma non è questo il caso nella maggioranza delle sentenze rotali decise riportate, almeno sommariamente, negli ultimi volumi delle decisioni rotali.

Alcuni autori hanno svolto delle disquisizioni molto dettagliate sulla questione di un'eventuale incompatibilità dei capi di nullità. Il problema veniva posto più che altro a livello del diritto processuale o, più precisamente, della prassi giudiziale canonica. Da qui i noti postulati di concordare il dubbio in modo tale che i capi potenzialmente o sicuramente incompatibili venissero messi in subordine.

Seguendo il parere di Erlebach con motivo della citata sentenza, sono del parere che la questione sia in realtà fallace, cioè che il problema non si pone e che di solito non occorre mettere i capi in subordine. Ma, attenzione, qui siamo nell'ambito della concordanza del dubbio. In questo ambito conviene mettere i capi sempre sullo stesso piano. Perché? La risposta è semplice: perché la concordanza del dubbio ha come obiettivo quello di fissare l'oggetto del giudizio, cioè il *petitum* (nullità del matrimonio) e la *causa petendi* (i capi di nullità attribuiti ad una determinata persona). Perciò non occorre andare oltre e fare delle anticipate disquisizioni circa la sentenza da emettere, cioè, come prima dicevo, partire da un pregiudizio che può inquinare l'istruzione della causa.

Indipendentemente dal fatto se si potrà emettere una sentenza affermativa su capi teoricamente incompatibili o meno, nella fase istruttoria bisogna affrontare comunque ambedue i capi. Lo stesso vale per la fase discussoria. Un avvocato o un difensore del vincolo non possono dire che affrontano solo un capo perché l'altro è incompatibile! Se lo facessero, di fatto abdicerebbero alla difesa riguardo alla simulazione, visto che normalmente si assume la priorità logica dell'incapacità riguardo alla simulazione, come abbiamo visto nella maggioranza delle sentenze presentate. Quindi il discorso di una eventuale incompatibilità non si pone nel corso della causa, specialmente non è rilevante per la fase istruttoria.

Allora un'eventuale incompatibilità può avere solo una certa rilevanza in sede della decisione della causa. Ma anche qui non bisogna compiere delle operazioni sulla base dei principi astratti. Questo è un grosso pericolo o persino un errore sottostante a diversi studi che sono stati scritti riguardo a questo argomento: determinati autori hanno svolto delle operazioni logiche muovendosi solo dai principi astratti. La sentenza invece deve rispondere ad una domanda di ordine pratico, pertinente alla realtà dei fatti: se risulta dimostrata una determinata realtà (la nullità del matrimonio dovuta a determinati capi). Deve rispondere sì o no, dandone delle congrue ragioni. Le ragioni devono essere più che altro *di fatto, ovvero dei fatti provati (o non provati) dagli adottati mezzi di prova*. Le ragioni di diritto sono necessarie per spiegare lo *ius*, relativo ai singoli capi. Per quanto riguarda invece il discorso di un'eventuale incompatibilità, non esiste alcuna norma che regoli questa materia. Si tratta solo di determinate considerazioni dottrinali, recepite da una parte della giurisprudenza.

Il summenzionato errore è quello di non considerare la molteplicità dei fatti giuridici che possono essere individuati nell'ambito di un determinato capo. Spesso infatti si verifica in concreto che qualcuno non ha la necessaria *capacitas emittendi validum consensus*, ma d'altro canto

TESTO PROVVISORIO

possiede una sufficiente capacità di escludere qualche bene o qualche proprietà essenziale. In tal caso non si verifica, in concreto, alcuna incompatibilità e la nullità del consenso può essere dichiarata riguardo ad ambedue i capi. In altre situazioni uno è affetto, ad esempio, di un'insufficiente uso di ragione *transitorio* (perché ha assunto delle droghe poco prima della celebrazione del matrimonio), ma ha escluso comunque qualcosa perché si è sposato con una volontà escludente virtuale (l'esclusione ha avuto luogo molto prima e quella sua ferma volontà escludente non è stata poi revocata). E ci sarebbero ancora altri esempi in cui non si verifica, in concreto, alcuna incompatibilità.

Ma anche quando sarebbe sostenibile una incompatibilità in concreto, il giudice — di fronte ad un dubbio in cui i capi non sono stati messi in subordine — dovrebbe rispondere comunque ad ambedue i capi. Nella motivazione della sentenza sarebbe molto pericoloso dire, ad esempio: “non risulta che Tizio abbia escluso il *bonum prolis* perché non lo poteva escludere, non avendo la necessaria discrezione di giudizio o un necessario uso di ragione”. In altri termini, è pericoloso negare un *fatto* basandosi su un *principio di ordine intellettuale* (sostenendo che qualcosa non c'è stata perché non poteva esserci). Questo tipo di motivazione può essere usato correttamente solo per avvalorare *ulteriormente* un congruo ragionamento diretto, basato sulla valutazione delle prove. Ma non dovrebbe essere l'unico motivo di una sentenza negativa, peggio ancora se le prove portassero ad una sentenza affermativa nell'ambito della simulazione. Lo spiega molto bene lo stesso Erlebach in una sua sentenza più recente (c. Erlebach, *Interamnen.-Narnien.-Amerina*, 21 luglio 2016, Prot. n. 21.675, Sent. 153/2016). In essa sostiene: « Conclusio ergo una patet: semper licet de plano indicare capita nullitatis in decreto concordationis dubii, etiam illa habita hucusque uti haud componibilia; tribunalis autem erit videre in sede definitionis causae de responsione danda ad dubium statutum. Non datur ergo *obligatio* statuendi quaedam capita subordinate, etsi negari nequit quod aliquando quaedam rationes ordinis practici suadere possint hanc viam (cf. G. P. Montini, *La funzione processuale del capo di nullità matrimoniale*, in *Ephemerides iuris canonici* 51 [2011], p. 458-459, 460)» (n. 5).

Poi, riguardo al caso concreto nel quale si decide la nullità per incapacità e simulazione sostengono: «Quod attinet ad possibilitatem coëxistentiae nullitatis consensus ex utroque capite, nulla datur in casu prae manibus difficultas. Etsi Actor non habuit sufficientem discretionem iudicii ad valide contrahendum, nihilominus capax fuit excludendi positivo actu voluntatis indissolubilitatem suo e consensu matrimoniali, exclusione scilicet hypothetica, quod sufficienter est probatum» (n. 26).

Sono aspetti di grande rilievo. Non escludo che per determinate ragioni di economia processuale si possa fissare in subordine l'incapacità e la simulazione, come di fatto si fa ancora in alcune cause rotali che trattano sia l'incapacità che la simulazione, quando una sentenza affermativa sull'incapacità farebbe da doppia conforme affermativa, perciò sarebbe inutile scrivere la sentenza anche sull'altro capo. Ma questo non incide negli aspetti di ordine sostanziale, e poi la questione si fa meno pressante dopo l'eliminazione dell'obbligo della doppia conforme, benché non sia scomparsa totalmente, essendoci sempre la possibilità dell'appello contro la prima sentenza affermativa.

Inoltre, una cosa di cui spesso ci dimentichiamo nelle cause sull'incapacità, che a mio avviso è fondamentale per distinguere una vera incapacità da una difficoltà, persino grave, che però non si identifica con l'incapacità, come spessissimo ricorda la giurisprudenza rotale maggioritaria, riportando i famosi discorsi di San Giovanni Paolo II alla Rota Romana degli anni 1987 e 1988, è che l'incapacità deve riguardare dei diritti o doveri essenziali (cfr. can. 1095, 2°) o degli obblighi essenziali (cfr. can. 1095, 3°). Quindi, non basta dimostrare, nel singolo caso, che il presunto incapace non poteva assumere gli obblighi essenziali, ma conviene specificare quali erano gli obblighi essenziali sui quali mancava della necessaria discrezione di giudizio e/o della capacità di assumere veramente, nella sua essenzialità, la condizione di coniuge, donando sé stesso e accogliendo l'altro come coniuge, nella sua mascolinità o femminilità complementari.

4. Significato dell'incapacità e questioni problematiche, spesso irrisolte, nei tribunali locali

- a) Relazione tra i periti e i giudici
- b) l'imprecisione della cosiddetta "immaturità affettiva", già trattata ampiamente.
- c) la mancanza di libertà interna in relazione al canone 1095, 2°. Qualche cenno al timore grave.
- d) la molteplicità di capi di nullità e la prevalenza di decisioni negative in questi casi.

3. Nolle o velle non nelle fattispecie di simulazione e i criteri di prova

- a) le conseguenze di questa affermazione
- b) il significato dell'espressione "positivo atto di volontà" e la teoria del doppio atto di volontà. È così difficile provare l'esclusione?
- c) È più difficile provare la simulazione che l'incapacità?
- d) La "scappatoia" del *bonum coniugum* come oggetto di esclusione o di incapacità psichica.
- e) La necessità di superare una visione meramente logica della classica struttura della prova indiretta della simulazione: il confronto tra *causa simulandi* e *causa contrahendi*, l'oggetto della causa: c'è stato o no una vera volontà matrimoniale quando si è manifestato esternamente il consenso?

5. Proposte per una soluzione realistica

a) *Prevenire sia le incapacità che le simulazioni*

Prima di tutto, contro quell'affermazione di un vicario giudiziale con cui aprivo questo intervento, dobbiamo ricordare che l'incapacità non è lo stato generalizzato degli sposi. È un'anomalia, un grave limite della naturale maturazione nel dono e nell'accoglienza tra uomo e donna, che rovina *ab initio* il dono reciproco fondazionale dell'unione. Ora, la maturazione è una trasformazione del mondo psichico dominato dall'appropriazione, avidità e uso dell'altro, come sessuale, per sé stessi (ricordiamo la relazione sul narcisismo del prof. Quintilliani), e l'apertura della predilezione per il bene dell'altro, e quindi per il reale dare e ricevere sé stessi a favore dell'altro e, soprattutto, per l'unione di entrambi nell'unità coniugale (e qui ci viene incontro la relazione del prof. Malo). Ma bisogna tener conto che questa trasformazione può essere ostacolata da strutture psichiche patologiche che la ostacolano o da difficoltà — anche venute dall'istinto, e spesso dalle stesse relazioni familiari malate — a tal punto che, nella misura in cui sommergono il soggetto, impediscono un consenso fondativo.

Ma anche questa trasformazione, senza che vi sia una patologia psichica suscettibile di essere identificata come una precedente anomalia psichica con prognosi cronica, può venire dalle "cattive abitudini" che, esauendo la naturale lotta per maturare per il dono di sé, la sostituiscono con un abituale stato egocentrico, avido, appropriativo e abusivo dell'altro. In questo altro senso, non ci sarà, secondo i manuali convenzionali della psichiatria nella determinazione della patologia, una "malattia psichiatrica", ma un'incapacità consensuale basata su una maturità insufficiente o disturbata — almeno qui e ora: nel momento nuziale — per donarsi e accogliersi fedelmente, fruttuosamente e per la vita. In quest'ultima direzione, senza dubbio, la cattiva o corrotta educazione affettiva e sessuale, gli ambienti familiari spezzati e decomposti, l'ambiente dei costumi viziosi in cui il soggetto vive e si immerge come abitudine della mente e del corpo sono fabbriche di incapaci o, penso che più frequentemente, fabbriche di "consensi falsati", consensi non veri

TESTO PROVVISORIO

perché non matrimoniali, cioè, consensi simulati, che sono totalmente convinto che sono molto più frequenti dei consensi non veri perché dati da persone radicalmente incapaci di darli e di assumerli nella loro essenzialità, nei diritti e doveri che definiscono la condizione coniugale.

b) *Dal punto di vista processuale*

Penso che, seguendo i suggerimenti di Erlebach a cui ho fatto riferimento in precedenza, convenga superare la questione della compatibilità o incompatibilità, in ordine processuale e sostantivo, tra incapacità e simulazione. Un conto è la missione della dottrina, che deve approfondire ed illuminare i giudici nel loro lavoro di amministrare vera giustizia “dichiarando” la verità sulla validità o la nullità del singolo matrimonio oggetto del loro giudizio, e missione diversa è quella degli avvocati e dei giudici, il cui approccio al singolo caso non può mai dimenticare che ogni caso è unico, irripetibile, terra sacra alla quale ci si deve avvicinare con una grande delicatezza e rispetto, ma allo stesso tempo con uno scopo molto chiaro: scoprire e mostrare, dichiarare, la verità del matrimonio, cosa che spesso è più possibile quando non ci si chiude in partenza, prima della istruzione della causa, ai possibili capi di nullità, respingendone alcuni perché teoricamente incompatibili o mettendogli in un secondo piano prima che nel caso concreto venga alla luce, mediante una accurata istruzione, che non cerca di giustificare una decisione, ma proprio di arrivare ad essa scoprendo la verità.

c) *Ridimensionare l'incapacità consensuale*

Infine, ritengo che ci siano molte più simulazioni che incapacità, e spero che un lavoro di ripensamento del significato dell'incapacità di cui nel canone 1095 e dell'esclusione di cui nel canone 1101 § 2, pian piano, si rifletta nel lavoro dei tribunali. Ricordiamo le parole di Burke riguardo alla situazione attuale di tanti tribunali per i quali sembrerebbe che l'unico capo di nullità fosse l'incapacità psichica, e più spesso quella riguardante il grave difetto della discrezione di giudizio, spesso malintesa come se per questa fattispecie non fosse necessaria l'esistenza di una causa psichica. Al riguardo, basta ricordare l'art. 209 della *Dignitas connubii*, che non ha perso per niente il suo valore e la sua vigenza dopo la riforma del processo matrimoniale.

Un'altra questione che penso deva essere affrontata è quella della grande differenza tra il passato e i nostri giorni nel tipo e la quantità delle sentenze presso i nostri Tribunali, anche quelli del mondo latino. Mons. Cormac Burke fa una constatazione molto interessante sulla differenza tra il passato e il presente che, ritengo, oggi sia applicabile anche al mondo latino, quando al tempo che scrisse le sue parole riguardava soprattutto il mondo americano. Voglio chiudere con queste sue considerazioni. Lui si chiedeva:

«Ci sono troppe dichiarazioni di nullità? Non ho dubbi sul fatto che ce ne sono troppe per l'incapacità consensuale, e troppo poche per la simulazione (in particolare l'esclusione dell'indissolubilità o della prole). Nei casi di incapacità consensuale (can. 1095 del nuovo Codice di Diritto Canonico), sebbene una o entrambe le parti volessero dare un vero e pieno consenso matrimoniale e pensassero di farlo, il consenso dato era di fatto invalido, perché la loro mente e/o la loro volontà era colpita da qualche grave deficienza psichica che li rendeva incapaci di un adeguato e minimo apprezzamento critico dei diritti o doveri essenziali del matrimonio, e/o di assumerne gli obblighi essenziali. Mentre il canone 1095 era una nuova introduzione nel Codice del 1983, i principi che esso sancisce erano stati ben sviluppati nella giurisprudenza e nella prassi giudiziaria rotale di diversi decenni prima. Tuttavia, va osservato che, prima del Concilio, le dichiarazioni di nullità per consenso viziato da un difetto psichico (allora generalmente trattate secondo il concetto ampio e attenuato di "amentia") erano piuttosto infrequenti. I documenti ufficiali mostrano che su un totale di 950 decisioni rotali (a favore o contro la nullità) emesse negli anni 1960-1965, 53 (circa il 5%) erano basate sull'incapacità psichica».

«Nel caso della simulazione la persona, essendo in normale possesso delle proprie facoltà psichiche, esclude consapevolmente e deliberatamente alcune (o tutte) le proprietà essenziali del

TESTO PROVVISORIO

matrimonio: fedeltà esclusiva, permanenza del legame, apertura alla prole. La simulazione del consenso coniugale era un tempo il motivo di nullità più comune. Degli anni 1960-1965, 442 cause (41%) erano basate sulla simulazione (l'altro motivo più frequente era il metus o "timore grave", con un totale di 275, pari a circa il 26%). Le cifre a livello dei tribunali inferiori erano simili. Oggi però è estremamente raro trovare una richiesta di nullità per motivi di simulazione (l'Italia tende [io direi tendeva] ad essere un'eccezione). Alcuni tribunali, infatti, allontanano con fermezza le persone da tali basi e le allontanano con fermezza verso quelle dell'incapacità consensuale».

Alla fine di quel noto articolo, conclude Burke:

«Dubito di aver soddisfatto il lettore per quanto riguarda la questione delle dichiarazioni di nullità. Io stesso non sono soddisfatto. Sono a favore di un ampio passaggio dai motivi di incapacità consensuale a quelli della simulazione. Se questo possa portare ad una riduzione sostanziale del numero di matrimoni dichiarati nulli è qualcosa di cui, come ho detto, non sono affatto sicuro.

Quello di cui sono abbastanza sicuro, e di cui mi preoccupo, è che ci sono troppi matrimoni validi che si rompono - a causa di una scarsa preparazione, di una scarsa fiducia nella preghiera e nei sacramenti in tempi di *stress*, e di consigli pastorali inadeguati o negativi, spesso basati sull'eccessiva invocazione di un "bene dei coniugi" mal definito, e su una riflessione insufficiente sia sull'autodonzione che sull'accettazione dell'altro propria dell'impegno che nasce dal consenso coniugale.

La nostra crisi oggi non è l'incapacità, ma la diffidenza. Il nostro problema non è l'incapacità radicale di impegnarsi, ma un profondo sospetto sull'utilità di farlo. Il personalismo cristiano non è lì per confermare il primo, ma per risolvere il secondo, aiutando le persone a vedere che senza donazione di sé, non c'è felicità o realizzazione di sé; che ogni via veramente cristiana è una via di impegno - la fedeltà alla quale porta felicità, ed è possibile con la grazia di Dio, essendo impossibile senza di essa».

Anch'io condivido questa valutazione. È evidente che, al giorno di oggi, vi è un po' dappertutto, un'eccessiva inflazione delle nullità per incapacità psichica, dovuta in parte a una certa dipendenza dei giudici dai pareri dei periti psicologi o psichiatri, come se bastasse che il perito affermi l'esistenza di una qualche anomalia per provare fuori ogni ragionevole dubbio l'incapacità consensuale. Io, come capita allo stesso Burke, benché ritenga che molte di queste cause più che l'incapacità — non potere radicalmente — riguardano la simulazione o esclusione — il noto *velle non* —, poiché una cosa è non potere e tutt'altra non volere, la soluzione alle eccessive nullità matrimoniali non si trova solo nello spostamento del punto di vista riguardo ai capi di nullità summenzionati, ma in un'autentica e rinnovata pastorale familiare come la miglior prevenzione delle nullità matrimoniali — e anche dei fallimenti, che non sono la stessa cosa —. È quello a cui, con grande convincimento e coraggio, ci ha invitato Papa Francesco nella sua Esortazione Apostolica Post-sinodale *Amoris laetitia*.