

**DE RELATIONE INTER POSTULATUM
PERPETUITATIS CANONIS 1084, § 1 AC
INCAPACITATEM ASSUMENDI ONERA
ESSENTIALIA, SCILICET CAPUT NULLITATIS
CANONIS 1095, 3°**

I. QUAESTIO SOLVENDA

Debetne incapacitas assumendi onera essentialia matrimonialia, seu caput nullitatis canonis 1095, 3°, esse «perpetua» ut habeat propriam vim invalidantem?

II. INTRODUCTIO

Quaestio supra proposita, primo ictu oculi, apparet simplex ac clara; videtur quaestionem directe aggređi posse ut solvantur perplexitates ac controversiae¹ quae ortae sunt apud iudices ecclesiasticos annis Concilium Vaticanum II subsequentibus sed revisionem Codicis praecedentibus de requisitis seu postulatis iuridicis pro illo novo capite nullitatis matrimonii quod progrediente tempore jurisprudentia Rotalis illis diebus clarius ac distinctius elucebat.

Qua propter, ego, eo tempore alumnus facultatis iuris canonici apud Pontificiam Universitatem Grego-

¹ Cf. M.J. REINHARDT, *The Incidence of Mental Disorder*, in *Studia Canonica* 6 (1972) 209-225. Cf. etiam K. BOCCAFOLA, *The Requirement of Perpetuity for the Impediment of Impotence* (Analecta Gregoriana n. 200), Rome 1975, p. 6, nt. 3.

rianam, proposui Rev.do Patri Urbano Navarrete hoc thema pro mea dissertatione ad lauream. Certo certius etiam tunc intellexi maiorem partem laboris constituram esse investigationem scientifico-historicam de origine, significatione ac functione postulatus perpetuitatis quod iuridice requiritur pro impedimento impotentiae, sed speravi ut postea etiam aggrediar quaestionem speculativam de ambitu huius postulatus perpetuitatis, scilicet utrum applicari deberet an non novo capiti incapacitatis assumendi onera. Atque, de facto, tertium caput meae dissertationis ut originaliter extensae hanc praecisam quaestionem tractabat, sed licet eo tempore pervenissem ad eandem conclusionem quam hodie velim, forsitan in modo clariore, suggerere, tempora illa haud matura pro solutione proponenda fuerunt, cum doctores iuris ac iudices ecclesiastici non sufficienter de his quaestionibus vel indagavissent vel profunde reflexissent vel, praesertim, scripsissent.

Interea, forsitan ob aliquam modestam contributionem mei opusculi sed certe ob studium datum his et aliis connexis problematibus tam in ambitu speculativo cura P. Navarrete² et facultatis Iuris Canonici Universitatis Gregorianae, quam in ambitu practico decisionum in causis nullitatis matrimonii gratia aliquorum iudicum Rotalium³, quaestio sensim sine sensu

² U. NAVARRETE, *Capita nullitatis matrimonii in Codice I.C. 1983: Gressus historicus versus perfectiorem ordinem systematicum*, in *Iustus Iudex* 1990, 259-277.

³ Cf. c. PINTO, diei 15 iulii 1977, n. 6c; c. PINTO diei 3 decembris 1982, n. 12; c. PINTO diei 30 maii 1986, n. 3; c. PINTO 6 februarii 1987, n. 6; c. POMPEDDA diei 19 februarii 1982 *Dec* 74 (1982), n. 8, p. 89; c. STANKIEWICZ diei 14 novembris 1985 *Dec* 77 (1985), n. 8, p. 489-490.

incipiebat suscitare maiorem in dies animorum attentionem. Interveniente cursu annorum, proinde, plures cultores iuris canonici, e.g. K. LÜDICKE⁴, A. MENDONCA⁵, E. OLIVARES⁶, de hac materia disserebant in diversis ephemeridibus canonicis; nec etiam Professores Universitatis Gregorianaе quaestionem ab eorum mentium animadversione detrahi permiserunt, testante recenti dissertatione ad lauream proprie his diebus apud facultatem iuris canonici praesentata⁷.

III. PRAESUPPOSITA

Dicembam me adhuc discipulum censuisse quaestionem principalem directe ingredi posse, sed pauco omnino tempore ab initio inquisitionis meae incipiebam intelligere multas alias involutissimas ac lubrico-sissimas quaestiones resolvi debere antequam particularis quaestio, utrum oporteat applicare notam perpetuitatis capiti incapacitatis assumendi onera, solvi posset.

1. In primis, indagandum erat modo re vera scientifico-historico de origine, functione ac ratione

⁴ K. LÜDICKE, *Die Rechtswirkungen der heilbaren Impotenz*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht* 146 (1977) 90-105; IDEM, *Quaestiones circa renovatum CIC: de impotentia sanabili in iure hodierno*, in *Monitor Ecclesiasticus* 108 (1983) 38-44.

⁵ A. MENDONCA, *Incapacity to contract marriage: can. 1095*, in *Studia Canonica* 19 (1985) 279-311.

⁶ E. OLIVARES, *Incapacitas assumendi obligationes essentielles matrimonii, debetne esse «perpetua»?* , in *Periodica* 75 (1986) 153-169.

⁷ P. PAVANELLO, *Il requisito della perpetuità nell'incapacità di assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio*. Thesis P.U.G. 1993.

postulatus perpetuitatis pro impedimento impotentiae. Dein, ipsissimum studium scientifico-historicum de impedimento impotentiae suscitaret necessariam reflexionem: de distinctione inter impotentiam utpote conditionem naturalem physicam atque impotentiam utpote impedimentum iuridicum; de distinctione inter conceptum impedimenti impedientis tantum, atque illum vere dirimentis. Atque, antequam quis intelligere potest notionem impedimenti ut quid vere dirimens seu contractum irritans necesse est ut ille re vera iam habeat claram notionem de ipsa vinculi matrimonialis formatione, necnon de praeciso temporis momento quo istud vinculum crearetur⁸.

2. Denique tandem, oportuerit ante omnia resolvere implicatissimam quaestionem: qualis sit intima ratio iuris istius novi capitis incapacitatis onera assumendi. Munus valde arduum, cum illo periodo, priusquam diversae species incapacitatis ordinate ac distincte dispositae fuerunt redactione canonis 1095 novi codicis anni 1983, quaestio de intima ratione iuridica sive impotentiae sive incapacitatis haud paene suscitabatur, atque illo tempore remanebat sine certa et adequata responsione.

Nam, iudices, quaerentes distinguere novum caput incapacitatis assumendi onera a capite defectus discretionis iudicii, notaverunt quod in hypothesi incapacitatis nupturiens actum consentiendi psychologicè perfectum ponere potuerit, i.e. actum elicited cum necessaria cognitione ac volitione, et ideo, plures auctores, parvipendentes ullam possibilem connexionem

⁸ K. BOCCAFOLA, *The Requirement of Perpetuity...* (cf. nt. 1), p. 15.

incapacitatis cum actu consensus⁹, propenderunt considerare novum caput incapacitatis assumendi, in primis, tamquam speciem impedimenti impotentiae, et ita id denominaverunt «impotentiam moralem»¹⁰.

Ideoque, cum eo tempore vis dirimens impedimenti impotentiae generaliter concipiebatur tamquam personalis inhabilitas iuridica quae prohibebat nupturienti, tamquam subiecto inepto, matrimonium

⁹ Cf. c. SABATTANI 21 iunii 1957, *Dec.* 49, 503: «Relate vero ad inclusionem huius formae in schematibus iuridicis, nymphomania videtur forsitan magis accedere ad impotentiam quam ad vitium mentis. Nam saltem frequenter, nymphomanis... quoad matrimonium in fieri, elementa cognitionis et etiam voluntatis ad contractum necessaria afferre potest, cum intelligere valeat et substantiam coniugii et ipsum bonum fidei. Difficultatem experitur magis quoad matrimonium «in facto», seu circa usum coniugii».

Cf. etiam c. PINTO diei 6 februarii 1987: «Quamdiu incapacitas afficit solummodo obiectum consensus, salva iudicii discretione requisita ad ponendum psychicum processum cognoscitivo-aestimativum et volitivo-executivum in quo matrimonialis consensus consistit, uti verificari potest in casibus nymphomaniae, satyriasis, homophiliae, sadismi, masochismi etc., iam non agitur de capite defectus consensus (quod est genericum) sed de alio diverso, autonomo (cf. *Communicationes* 1975, p. 49). Est revera impedimentum dirimens, quin obstet quod in cap. IV de consensu matrimoniali positum sit, siquidem de defectu capacitatis nupturientis ad se obligandum agitur, eodem modo ac in coeundi impotentia verificatur (c. 1084, § 1 CIC/1983)...».

¹⁰ J. FINNEGAN, *The Current Jurisprudence Concerning the Psychopathic Personality*, in *The Jurist* 27 (1967), 433: «We have called it the impediment of moral impotence, for the concept of the inability to assume rights and obligations of the marriage contract is nothing more than the impediment of impotence extended to all the *iura-debita* of the contract». Cf. etiam J. PINTO, *De matrimonii nullitatem ob psychicam incapacitatem fidem coniugalem observandi*, in *Periodica* 61 (1972), 440: «Cum vero impedimentum hoc e iure naturae dimanet, eodem modo ac impotentia coeundi viget...».

contrahere¹¹, haec eadem ratio nullitatis novo capiti adscripta est.

IV. ELEMENTA PRO SOLUTIONE NOSTRAE QUAESTIONIS A STUDIO SCIENTIFICO-HISTORICO IMPEDIMENTI IMPO-TENTIAE ACQUISITA

Talis erat status quaestionis, seu contextus, in quo studium meum scientifico-historicum de postulato perpetuitatis impedimenti impotentiae conduxi et ad sequentes conclusiones pertinxi.

1. In primis ac inde ab initio, perpetuitas principaliter considerabatur et requirebatur ut *medium probationis*, seu *modum certum et eminenter practicum* probandi veram matrimonii nullitatem in situatione impotentiae.

Verum, quidem, est c. 1084 vigentis codicis clare ac definite statuere: «Impotentia coeundi *antecedens* et *perpetua*, sive ex parte viri sive ex parte mulieris, sive absoluta sive relativa, matrimonium ex ipsa natura dirimit».

Sed recolere debemus hanc claram et praecisam formulationem iuris definitam fuisse tantummodo post longum processum evolutionis. Nam summi pontifices, iudices et doctores temporum anteactorum ag-

¹¹ J. KEATING, *Marriage of the Psychopathic Personality*, in *Chicago Studies* 3 (1964) 29: «For a marriage might be null by reason of the natural law for either of two reasons: (1) because of a defect of consent whereby marital consent which no human power can supply is rendered insufficient by its very nature to generate the contract...; (2) because of a *natural ineptitude* in the contractant whereby he is constitutionally incapable of assuming one or another or all of the essential rights and obligations inherent in the contract, e.g. the impediment of incurable impotence».

gredi debuerunt similia problemata et similes situationes ac nos. Proinde, tantummodo post seriam reflectionem theologico-philosophico-iuridicam super adiunctis realibus necnon actualibus situationibus problematis impotentiae, potuerunt evolvere clara principia iuridica de vi irritanti impotentiae.

Litteratura canonica, enim, demonstrat adfuisse duas interpretationes apparenter inter se pugnantes de locutione «impedimentum perpetuum» qua usus est Innocentius III in suis litteris decretalibus ad Episcopum Altissiodorensem, in qua Pontifex decrevit tantum «perpetuum impedimentum» impotentiae matrimonium irritare¹².

Saeppissime, enim, praesertim apud auctores antiquissimos, impedimentum respondebat ad conditionem physicam quae absolute ac biologice praeveniebat quominus persona afflicta copulam sexualem perficeret. Prima interpretatio ergo locutionis «impedimentum perpetuum» teneat impedimentum existere ac vocari posse «perpetuum» tantummodo si conditio physica quae difficultatem causaret re vera perduraret per tempus usque ad mortem personae afflictae.

¹² X, IV, 15, c. 6. Cf. etiam G. OESTERLÈ, «*Impuissance*», in *Dictionnaire de droit canonique*, V, col. 1265.

¹³ BERNARDUS PAPIENSIS, *Summa decretalium*, lib. IV, tit. 16, p. 175: «...cum enim matrimonium aut causa suscipiendae prolis aut causa incontinentiae fit, impossibilitas vero coeundi utramque removet causam, restat ut, ubi haec intervenerit, matrimonium excludatur».

Cf. etiam PANORMITANUS ABBAS [Nicolaus de Tudeschis], *Commentaria in libros decretalium*, Venetiis 1588, c. IV, p. 59: «Nota 1. quod cum omnino impotenti ad copulam non potest consistere verum matrimonium, nam desinit causam institutionis matrimonii, nam nec propter spem sobolis, nec ut evitetur fornicatio hoc matrimonium potest dici contrahi...».

Etenim, quamdiu existeret physica causa impediens coitum, matrimonium nullo modo suos fines attingere posset¹³. Ideo, si conditio physica re vera perpetuo duratura fore, talis perpetuitas conditionis appareret *absolute certum signum ac modum probandi* quod in tali casu et in talibus adiunctis fines matrimonii haud valent consequi, quapropter etiam contractus nullus esset. De facto evanescentia, remotio vel sanatio conditionis physicae sine dubio verificet impedimentum numquam realiter exstitisse, neque impotentiam re vera «perpetuam» vocari potuisse. Talis est doctrina primorum decretalistarum sicut Innocentii IV¹⁴, Hostiensis¹⁵, Ioannis Andreae et Panormitani¹⁶.

In hoc prospectu, proinde, perpetuitas (causae physicae) indaganda ac demonstranda est ut habeatur practicum methodum probandi absolutam, physicam impossibilitatem coeundi et ergo quod fines matrimonii, in casu, re vera numquam attingi potuerint. Ideoque, potiusquam ut elementum iuridice requisitum pro constitutione impedimenti iuris, perpetuitas illo conspectu consideratur merum factum temporis.

¹⁴ INNOCENTUS IV [Sinibaldus Fliscus], *Commentaria in V libros decretalium*, Venetiis 1570, cap. 6, n. 7, p. 571: «Comparatur enim arcta frigiditas, cum frigiditas et arctatio sint naturalia vitia, et non maleficio quae est unum vitium accidentale».

¹⁵ HOSTIENSIS, *Summa aurea*, lib. IV, tit. *de frigidis*, n. 3: «Masculina vero naturalis impotentia — *frigiditas* in homine — *perpetua* est, et impedit matrimonium contrahendum, et dirimit iam contractum...».

¹⁶ PANORMITANUS ABBAS [Nicolaus de Tudeschis], *Commentaria in libros decretalium*, Tom. VII, Venetiis 1588, c. 4, n. 5, p. 60: «...nam saepe dubitabitur, utrum frigiditas sit naturalis, et perpetua, an accidentalis, et temporalis, et ideo ex quo vere probari non potest, voluit textus quod debeat expectare per triennium ut appareat ex cursu temporis, an sit perpetua vel temporalis»..

2. Progrediente tempore, autem, *perpetuitas recognita est ut conceptum iuris* potiusquam merum factum temporis et ita accepta est ut verum postulatum iuridicum pro impedimento impotentiae statuendo.

Pedetemptim notio ipsius impedimenti evolvebat, ob controversias ac disceptationes de casibus particularibus, ita ut, per responsiones affirmativas datas quaestioni utrum impotentia naturalis respectiva et impotentia relativa ex maleficio impedimentum constituere potuerint, ipsum impedimentum amplius logice non potuit identificari cum obstaculo physico¹⁷.

Praeterea, posteriores canonistae sicut Sanchez, Laymann, Castro Palao, Reiffenstuel, Schmalzgrueber et theologi Salmanticenses viderunt validitatem matrimonii non posse remanere in suspensivo ac dependere ex futuris factis contingentibus; exinde clare docuerunt perpetuitatem impedimenti impotentiae non essentialiter determinari praesentia vel absentia physicae conditionis impotentiae¹⁸. Hi auctores intelligunt perpetuitatem ut *conceptum iuridicum*, potiusquam meram durationem in tempore situationis fac-

¹⁷ Cf. K. BOCCAFOLA, *The Requirement of Perpetuity for the Impediment of Impotence*, Rome 1975, p. 62.

¹⁸ SALMANTICENSES, *Cursus theologiae moralis*, II, tr. 9, c. 12, punc. 10, p. 161, n. 115: «... quia perpetuitas impotentiae dirimens, non ex voluntate, sed ex natura rei dependet, *neque attenditur, quod tollatur, vel non, sed quod tolli possit...*».

Cf. etiam P. LAYMANN, *Theologia moralis*, Venetiis 1719, p. 383: «Impotentia perpetua, qualis est, quae neque arte medica, neque consuetis Ecclesiae exorcismis tolli potest, etsi tolli possit cum periculo vitae, aut gravissimi morbi, impossibilis censetur curatio: similiter per illicitam incantationem, quia, *quod iure non possumus, id absolute non posse censemur*. Denique etsi per miraculum tolli possit, nihilominus, *moraliter rem aestimando impossibilis est curatio*».

ti; considerant perpetuitatem ut verum *postulatum iuridicum*, scilicet qualitatem quae inhaerere deberet complexui adiunctorum vel situationum qua quis morali certitudine iudicare posset impedimentum vere existere, et ita «perpetuum» vocari, etiamsi physica conditio *iamiam de facto* remota fuerit¹⁹. Et ita in fine, impedimentum impotentiae recognoscebatur (potiusquam *conditio physica*) ut *moralis inhabilitas tradendi ius* ad ponendos actos per se aptos ad prolis generationem²⁰.

3. Ob pretiosam ac indispensabilem contributionem studii historici, comprehendere denique possumus veram significationem ac functionem perpetuitatis, atque etiam proponere accuratam definitionem perpetuitatis ut conceptus iuridici.

In veritate, si consideraretur sive factum physicum perdurans per tempus sive postulatum iuridicum, perpetuitas semper eandem functionem implebat, sci-

¹⁹ F. CASTRO PALAO, *Opus morale, de virtutibus et vitiis contrariis*, Lugduni 1649, tract. 28, disp. 4, punct. 14, p. 162, n. 5: «... quia impeditenti perpetuitas non pendet ex voluntate patientis impedimentum *neque ex eo quod tollatur, vel non tollatur, sed ex eo quod spectata rei natura tolli, vel non tolli possit absque vitae periculo*».

²⁰ Cf. AERTYNS-DAMEN, *Theologia moralis*, Roma 1956, p. 635: «Perpetua, quae aut sine miraculo aut sine peccato, aut sine probabili periculo vitae auferri nequit: temporalis, quae naturalibus et licitis remediis sine tali periculo tolli possit».

Cf. etiam P. D'AVACK, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, vol. I, Firenze 1952, p. 554: «... l'incapacità sessuale del soggetto si considera giuridicamente perpetua non solo quando la sua possibilità di scomparsa nell'avvenire sia da escludere in modo assoluto, ma anche quando essa risulti realizzabile e magari di fatto realizzata a determinate condizioni che il diritto considera anti-giuridiche, e cioè per effetto di soli *media aut extraordinaria, aut illicita, aut valde periculosa*».

licet denotare qualitatem characteristicam, seu indolem, alicuius determinatae impossibilitatis moralis in illa situatione tradendi ius et assumendi obligationem ad actus per se aptos ad prolis generationem.

Perpetuitas, proinde, definiri potest ut speciale «characteristicum» seu *criterium rationale* inhaerens situationi quod permittit ferre certam conclusionem de impossibilitate morali essentielle ius tradendi, et ergo quod certa praevisa ratio nullitatis, non solum iudicatur possibilis, sed re vera, in casu, actualis.

V. ALIA ELEMENTA PRO SOLUTIONE NOSTRAE QUAESTIONIS QUAE SOLUMMODO HIS RECENTIBUS TEMPORIBUS SUFFICIENTER PATESCUNT

1. Ut iam abundanter patet novum caput incapacitatis assumendi onera ortum esse ex analogia cum impedimento impotentiae. Nam iudices ac auctores praesto viderunt incapacitatem adimplendi unam particularem essentialem obligationem, e.g. quoad ius in corpus, habere oportere eandam explicationem, seu intimam rationem iuris pro nullitate declaranda, ac incapacitatem adimplendi quamlibet aliam obligationem essentialem.

Attamen, vis irritans impedimentum impotentiae in historia iuris canonici (praesertim post Sanchez) generaliter describebatur ut personalis iuridica incapacitas vel inhabilitas. Quae explicatio, autem, extra contextum ipsius physicae conditionis impotentiae, haud omnino satisfacit quia ipsa intima ac profunda ratio pro tali ineptitudine adhuc remanet obscura: talis inhabilitas vel ineptitudo appareret mera statuitio vel praescriptio alicuius legis positivae. En magna difficultas intelligendi cur et quomodo lex positiva praescriberet contractum matrimoniale vitari perpetua in-

capacitate, nullo modo tamen, incapacitate temporanea.

Certo certius existebat et exponebatur in scriptis clarissimorum doctorum anteactorum sicut Sancti Thomae Aquinatis altera profundior explicatio vis irritantis impotentiae quae simili modo capiti incapacitati applicari potuisset. Tamen, haec ratio iuris pro multis annis abscondita ac neglecta in nubibus historiae remanebat, dum regnabat ratio impedimenti, i.e. personalis inhabilitatis iuridicae, quae antequam quaestio de capite incapacitatis assumendi oriebatur, sat sufficiens se demonstrabat ad explicandam vim irritantem impedimenti impotentiae.

Cum autem, novo codice promulgato, incapacitates ordinate dispositae fuerunt in c. 1095, 1°, 2°, 3° sub schemate iuridico matrimonialis consensus potiusquam sub schemate impedimentorum, impetus datus est pro nova consideratione materiae, i.e. sub schemate iuridico defectus consensus²¹. Tamen, bene notetur incapacitatem, in hac hypothesi, nominari «defectum consensus» non quia persona non posset elicere sanum actum consensus cum necessaria cognitione ac volitione, sed quia contrahens ob anomaliam psychicam vel perturbationem suae personalitatis non posset praestare obiectum sui consensus. Et ideo ratio nullitatis invocatur non praecise propter deficientiam ex parte subiecti sed propter defectum ipsius obiecti consensus²² in quantum tale obiectum non sit sub do-

²¹ Cf. c. LEFEBVRE diei 16 decembris 1972, in *Periodica* 62 (1973) 403-412: «Impotens autem dicendus est qui incapax est praestandi obiectum matrimonialis consensus».

²² Cf. c. ANNÈ diei 25 februarii 1969 in *Dec.* 61 (1969), 183-184: «... fieri potest ut consensus matrimonialis invalidus sit *ob defectum obiecti formalis*, quo fit ut consensus sit vere matrimo-

minio consentientis qui ideo non habeat ius de eo disponendo atque contrahendo.

Haec nova visio ac conceptio intimae rationis nullitatis de incapacitate re vera in his ultimis temporibus magnopere consolidata est²³.

Ideoque recens discussio horum thematum pretiosam contributionem pro solutione nostrae questionis adportavit in quantum nunc existit solida ac auctoritativa opinio canonica quae tenet veram intimam rationem nullitatis pro casibus incapacitatis assumendi esse absentiam veri consensus matrimonialis propter defectum ipsius obiecti consensus.

2. Altera recens contributio pro solutione nostrae quaestionis data est ab ipso Summo Pontifice Joanne Paulo II in Allocutione Auditoribus Romanae

nialis. Nam contingere potest ut contrahens sit inhabilis, idque insanabiliter, ad tradendum acceptandumque ipsius consensus obiectum».

²³ Cf. M.F. POMPEDDA, *Annotazioni circa l'incapacitas assumendi onera coniugalitatis*, in *Ius Canonicum* 22 (1982) 189-207. Cf. etiam R. BAUHOFF-A. MENDONCA, *Psychic Impotence*, in *Studia Canonica* 24 (1990) 324: «There is an intrinsic relationship between the diriment impediment of impotence (caused by a psychic anomaly) of c. 1084, § 1, and the «incapacity to assume» of c. 1095, 3º... The effects of both incapacities are related to the object of consent, that is the inability of the incapacitated person to hand over the rights-obligations to one or several of the essential elements of the consortium totius vitae. In this view of this relationship, therefore, both incapacities can be regarded as defects of consent by reason of defect of the object of consent».

Cf. etiam A. ARZA, *Incapacidad para asumir las obligaciones del matrimonio*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 91 (1980) 483-509; J.M. GARCIA FAILDE, *Manual de psiquiatria forense canonica*, Salamanca 1991, 181-182; L. RUANO ESPINA, *Incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas psicicas como capitulo de nulidad*, Barcelona 1989, 154.

Rotae die 5 februarii 1987²⁴, dicenti: «Per il canonista deve rimanere chiaro il principio che solo la *incapacità*, e non già la *difficoltà* a prestare il consenso e a realizzare una vera comunità di vita e di amore, rende nullo il matrimonio. ...Una vera incapacità è ipotizzabile solo in presenza di una seria forma di anomalia che, comunque si voglia definire, deve intaccare sostanzialmente le capacità di intendere e/o di volere de contraente».

Et ita Summus Pontifex ponit iudicem ante illam difficilissimam quaestionem: quomodo distinguitur vera incapacitas matrimonium irritans a simplici difficultate id vivendi? Licet mihi audacter suggerere: ponere hanc quaestionem esse ponere quaestionem perpetuitatis. Nam Dominus Papa Noster exhortat iudicem ut quaereat *certum medium probationis*, ut inveniat *rationale criterium* pro discrimine inter has realitates; i.e. ut detegeat qualitatem qua ille possit determinare per necessariam certitudinem moralem ipsum ius-debitum alicuius obligationis essentialis minime vere tradi potuisse atque non tantum merum usum vel exercitium iuris praepeditum fuisse. Nonne supra vidimus talem esse praecisam functionem postulatus perpetuitatis in situatione impotentiae?

Forsitan hoc criterium rationale discriminans esset insanabilitas mediis ordinariis psychicae causae incapacitatis, sed nullo modo necessarie delimitatur ad hoc. Criterium discriminans forsitan videri posset in specialibus adiunctis vel circumstantiis quae re vera, in casu, praeveniunt quominus bona essentialia matrimonii consequantur; aut vero etiam ipsa gravitas anomaliae; aut radicata adhaesio anomaliae in constituti-

²⁴ AAS 79 (1987) 1457.

va personalitate nupturientis; aut sapiens ac motivatum consilium virorum vere peritorum in arte medica ac psychiatrica, etc., etc.

Proinde, functio perpetuitatis impletur decernendo in situatione concreta aliquod definitivum «characteristicum» quo iudex sibi gignit moralem certitudinem quod deficiunt non tantum ipsae praestationes necessariae ad implendas obligationes essentielles sed etiam quod ipsum ius ad tales praestationes minime tradi posset. Hoc sufficit pro functione iuridica huius postulatus implenda, et ideoque pro nullitate matrimonii declaranda.

VI. PROPOSITA RESPONSIO

1. Tandem aliquando conamur respondere quaestioni propositae: debetne incapacitas assumendi onera essentialia matrimonialia, seu caput nullitatis canonis 1095, 3º, esse «perpetua» ut habeat effectum irrisoriam in contractum matrimonialem?

Ex omnibus quae iam dicta sunt, audeo respondere: negative, i.e. iudicem non requiri comprobare existentiam incapacitatis «perpetuae» antequam liceat illi declarare nullitatem matrimonii. Et rationes principales sunt duae.

A. Nulla norma positiva id requirit. Lex positiva ecclesiastica quae constituit incapacitatem assumendi onera ut caput nullitatis matrimonii in c. 1095, 3º Codicis Iuris Canonici 1983 haud requirit postulatum perpetuitatis applicari incapacitati cum, alioquin ac in c. 1084, § 1 pro impedimento impotentiae sexualis, omnino absit e verbis canonis talis praecisa norma. Praeterea, Legislator collocavit materiam de incapacitatibus in capite IV, *De consensu matrimoniali*, dum materiam de impotentia sexuali collocavit in capite

III, *De impedimentis dirimentibus in specie*; signum quod analogia inter capita haud strictissima est.

B. Nec etiam id requirit, intima ratio iuridica quae propria est capitis incapacitatis. Nam tuta, solida doctrina canonica, quae magis ac magis in dies sit consolidanda, nobis docet intimam rationem iuridicam huius capitis nullitatis esse defectum ipsius obiecti consensus.

Haec ratio nullitatis melius exponitur ratiocinando modo quo arguebat (de impotentia sexuali, autem) ipse Doctor Angelicus:

«Ideo autem talis defectus matrimonium impedit, quia matrimonium est quaedam obligatio ad carnalem copulam; nullus autem potest ad impossibile se obligare...»²⁵.

Et ergo huic capiti incapacitatis, quae canone 1095, 3^o legis positivae ecclesiasticae recognita est, subiacet principium iuris naturalis, scilicet, absonum est ut aliquis se obliget ad praestandum id quod superat capacitatem suam, quod pro eo impossibile est. Cum ergo res naturaliter absque sua essentia consistere nequeat, repugnat naturae matrimonii id validum esse existente ea incapacitate ad aliquam essentialem obligationem assumendam ac proinde attento ipso naturae iure irritum erit.

Nec sufficit! In memoriam teneri debet matrimonium est contractum *de praesenti* quae minime se constituere et existere potest absente ipso obiecto consensus. Attamen, obiectum consensus est *traditio* et *acceptatio iuris* quod praesupponit ex parte contra-

²⁵ THOMAS AQUINAS, *In IV Librum Sententiarum*, dist. 34, q. 1, art. 2.

hentium capacitatem idem obiectum formaliter tradendi, scilicet praestandi comparti omnia quae in vita communi coniugum essentialiter exiguntur, ut tria bona connubii ad effectum perducere possint. Hoc ideo sub aspectu, adimpletio essentialium obligationum, quae per se ad matrimonium «in facto esse» pertinet, postulat *in matrimonio «in fieri» correlativi iuris existentiam*, contractus essentiam ingredientis, quod in actu manifestationis consensus tradendum est. Nam in matrimonio «in fieri» id adsit oportet, saltem in potentia, quod ad matrimonium in facto esse ducendum requiritur²⁶.

Si nupturiens momento contractus absolute incapax onera essentialia matrimonii adimplendi re vera sit, idcirco nullomodo potest sibi *assumere* obligationem de praesenti tradendi comparti aut ius ad tales praestationes aut praestationes ipsas quia nec ius nec praestationes de facto sub dominio suo sunt²⁷. Tamen, in casu concreto defectus adimpletionis onerum essentialium matrimonialium, haud possumus concludere ex ipso defectu, seu ex non-impletione obligationum ad incapacitatem contrahentis. Potius sedulo distinguendum est utrum *iura-debita* matrimonialia re vera potuissent tradi vel acceptari vel non.

In brevi, nullitas talis contractus de praesenti evidentissima apparet, cum vero nec contractus nec consensus existere posset deficiente ipsissimo consensus obiecto. Quae cum ita sunt, videtur nec normam posi-

²⁶ Cf. c. BOCCAFOLA diei 25 aprilis 1990; c. BRUNO fiei 17 junii 1983 *Dec.* 75 (1983), p. 359.

²⁷ Cf. c. EGAN in una Chicagien diei 29 martii 1984: «... nupturientes non possunt (neque umquam potuerunt nec poterint) in matrimonio consentire nisi *inter se permutando (tradendo et acceptando) facultatem moralem (ius)*...».

tivam canonicam nec aliquam intimam rationem iuris praescribere tantum incapacitatem «perpetuam» onera essentialia assumendi matrimonium vitare.

2. Tamen, nulla supra exposita interpretanda sunt ac si quaestio perpetuitatis nequidem aggredi debeat. Uti iam vidimus perpetuitatem esse iuridice requisitam a c. 1084; exinde retinet plenam vim legis pro problematibus impotentiae sexualis. Ceterum, cum nostra reflectio scientifico-historica sat clare demonstret veram functionem ac momentum postulatus perpetuitatis esse medium probationis indicans indolem specialem alicuius determinatae situationis quae verificet in illa situatione aliquam impossibilitatem moralem tradendi ius et assumendi aliquam essentialem obligationem matrimonialem, etiam in hypothesis incapacitatis assumendi necesse est ut iudex illustret *aliquo criterio rationali*, quod in illo casu vera impossibilitas moralis existit quominus ius revera traditum fuisset.

Ac in hoc sensu, scilicet, cum intelligamus perpetuitatem tantum in aliquo sensu ampliore, dici posset, postulatum perpetuitatis applicandum esse capiti incapacitatis assumendi.

VII. OBJECTIO

1. Ast, immediate objicitur: si, quidem, actualis defectus obiecti consensus revera irritet consensum ac contractum, tunc eadem ratiocinatio necessarie sustinenda esset etiam in casu impotentiae sexualis. Atqui, lex codicis ac communis doctrina canonica clare prohibent quominus matrimonium declaretur nullum ob meram temporaneam impotentiam momento celebrationis matrimonii. Ergo nec etiam vera sed tempora-

nea incapacitas praesens momento commutationis consensus vitaret talem consensum.

2. Respondeo: distinguendum esse. Verum quidem est secundum normam canonicam impotentiam «perpetuam» dirimere matrimonium, sed lex nihil revera dicit de vi irritanti vel minus impotentiae temporaneae praesentis momento consensus. Lex simpliciter praetermittit quaestionem de effectu impotentiae sexualis temporaneae in validitatem matrimonii.

Tam in casu impotentiae temporaneae, quam perpetuae, adest de facto *actualis* impotentia, seu incapacitas ad copulam sexualem perficiendam. Tam in uno, quam in altero casu, accusatio nullitatis theoretice potuerit fieri quia persona sive temporarie sive perpetuo afflicta, non potest certam obligationem essentialem matrimonialem adimplere, scilicet fieri «una caro» per copulam sexualem. Tam in una situatione quam in altera, ratio nullitatis possibilis est, sed dummodo situatio impotentiae perpetuae nobis affirmat (de impossibilitate pro eo qui numquam haberet potestatem sui corporis tradendi-assumendi ius-debitum ad hoc), i.e. ius in corpus nullo modo traditum esse nec tradi potuisse quia tale ius numquam sub dominio nupturientis iecit, vel iacebit, (et ergo nemo dat quod non habet), temporanea impotentia nihil nobis dicit de commutatione vel non huius iuris in corpus, licet nos demonstret exercitium vel usum istius iuris praepeditum esse ac fore ad certum tempus.

3. Vero, quidem, canonica doctrina de vi irritanti impotentiae temporaneae haud ita clara ac univoca erat ac c. 1068 CIC 1917 et c. 1084 codicis vigentis ita apparere faciunt. Etenim argumenta prolata a Beato Ioanne Duns Scoto (etiamsi ipse sustineat peculiarem vim irritantem impotentiae perpetuae) ansam dant interpretationi quod vera impotentia, scilicet ea vere

praesens tempore contractus, causat nullitatem matrimonii:

«... et ad hoc est triplex ratio ex natura istius contractus. Prima quia iste contractus est datio potestatis corporis ad talem actum, si petatur; sed iste non habet potestatem ad talem actum: ergo nihil tale potest dare et ita nec contrahere. Praeterea in contractu isto obligat se ad actum istum, si petatur, sed huiusmodi actus est sibi impossibile, etiam si petatur: ergo obligat se ad impossibile: obligatio autem ad impossibile est nulla ex lege divina: ergo lex divina non approbat talem obligationem: ergo nulla est. Praeterea alia persona intendit commutare potestatem sui corporis pro potestate corporis alterius: ergo credit alium e converso posse commutare: sed non potest: ergo hic est error pertinens ad aliquid, quod est per se requisitum ad contractum: talis autem error facit contractum nullum»²⁸.

Tractans quaestionem utrum aetas puerilis possit impedire matrimonium, Duns Scotus respondit obiectioni de distinctione inter ipsam potestatem et usum illius potestatis:

«... impotentia simpliciter prohibet contrahere quia datio potestatis coniungii est in isto contractu: et qui non habet potestatem, nihil dat. Ratio ista concludit de pueris pro tempore pro quo sunt pueri: sed quia illa impotentia non est perpetua, sed expectatur futura potentia, ideo potest nunc promittere potentiam pro tempore futuro, pro quo habebit: et hoc fit in sponsalibus, quia puer potest contrahere sponsalia, non matrimonium...»²⁹.

²⁸ I. DUNS SCOTUS, *Opera omnia*. Vol. IX: *quaestiones in Lib IV sententiarum*, dist. 34, q. 1, n. 2, [Ed. cura Fr. Minorum Hibernorum Regularis Observantiae Collegii S. Isidori Romae cum commentario Antonii Hiquaei] Lugduni 1639, 728.

²⁹ I. DUNS SCOTUS, *ibid.*, dist. 36, q. 2, n. 2, p. 764. Cf. etiam p. 765, n. 4 de impotentia temporanea in impuberes: «Probatur consequentia, quia contractus ex natura sua non suspendat obliga-

4. Commentator Antonius Hiquaeus explicat cur, secundum Doctorem Subtilem, adultus cuius impotentia dubiosa sit posset ad suum matrimonium celebrandum admitti, dum puer nequeat:

«... in pueris impedimentum de praesenti est notum: ergo contractus, qui est de praesenti neque in re, neque in opinione, subsistit ad materiam capacem contractus, ut de lege naturae et divina inducit obligationem de praesenti ipsius contractus: ergo lex ipsa excludit pueros, de quorum impedimento est certa scientia, quamvis non excludit adultos, de quibus nequit esse cognitio neque praesumi debet ex principiis naturae.

Confirmatur: contractus matrimonii et de praesenti debet celebrari ut valeat, et in ordine ad finem instituti matrimonii, quae est propagatio: ergo ubi certum est de praesenti finem non posse coniungi cum contractu, sicut est certum in pueris, non ita coniungi posse: nequit ergo fieri contractus de praesenti inter pueros coniunctus cum fine suo: ergo etiam neque obligatio connaturalis de praesenti: ergo ad hoc requiritur materia apta in re, aut praesumptio ut verificetur, vel teneat ipse contractus de praesenti inducens obligationem. Ac proinde ubi est certam materiam non esse aptam de praesenti, nequit contractus de praesenti in eadem materia incapaci in re, et aestimatione celebrari, quamvis fit capax contractus de futuro»³⁰.

tionem pro futuro, sed eam inducit de praesenti: ergo ad hoc requiritur natura apta in re, aut praesumptione ut verificetur, vel teneat ipse contractus de praesenti inducens obligationem».

³⁰ A. HIQUAEUS, Commentator in DUNS SCOTUM, in opere citato: Dist. 36, q. 2, n. 3, p. 764. Cf. etiam n. 10, p. 766 ubi Commentator respondit argumento Sanchesii («Quid enim in praesenti non est solvendo, cum tamen sit spes in futuro, potest ad solvendum obligari»): «Responderetur negando consequentiam et paritatem: quia hic ex vi contractus matrimonialis requiritur ut sit potens solvere de praesenti; quia obligatio quam incurrit est pro praesenti, ut patet ex dictis: neque suspendatur obligatio pro futuro, licet non posset reddere debitum pro praesenti ex consensu partium, aut impedimento legis; non tamen ex incapacitate

5. Cum ratiocinatio dignissimi testis Beati Ioannis Duns Scoti ac argumenta commentatoris Antonii Hiquaei demonstrent quomodo vera actualis incapacitas ad ius in corpus, etiamsi tam temporanea, vitiare potuerit contractum matrimonialem, qui est contractus de praesenti, responsio nostra apparet proponibilis ac haud ita temeraria ac impensabilis.

VIII. DE POSSIBILIBUS CONSECTARIIS

1. Ceterum obiici potest: si possibile esset declarare nullitatem matrimonii sine necessitate probandi perpetuitatem incapacitatis, nonne licitum esset declarare nullitatem matrimonii ob actualem impotentiam sexualem (originis psychicae) sine cura de perpetuitate probanda, utendo schemate iuridico c. 1095, 3^o, potius quam c. 1084, cum illa actualis impotentia consideranda esset tamquam species incapacitatis assumendi, scilicet incapacitas ad assumendum particulare jus-debitum ad ponendos actus per se aptos ad prolis generationem³¹?

Censeo respondendum esse modo quo Rotalis iurisprudentia iam saepe respondit³². Nam ex Codice

de praesenti inducitur suspensio pro futuro, quia quando contractus est nullus ex defectu materiae, de qua agemus, non inducitur ius, quod suspendi posset quoad usum, manente obligatione. Hinc reiiciuntur corollaria quae deducit Sanchesius, nempe Pontificem posse dispensare ut pueri ante pubertatem contraherent, aut infideles sic contrahentes inire verum matrimonium, quia legibus Ecclesiae non tenentur, aut etiam Episcopos in hoc impedimento posse dispensare ex causa».

³¹ Cf. A. ARZA, *Incapacidad para asumir las obligaciones del matrimonio*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 91 (1980) 483-509.

³² C. RAAD diei 14 aprilis 1975 *Dec* 67 (1975), 251: «Verbum "impotentia" semper rationem habuit cum copula sexuali, atque

apparet clara mens Legislatoris quod impotentia sexualis cadit sub schemate iuridico c. 1084 atque ille canon exigit requisita iuridica antecedentiae et perpetuitatis quae illic specificè nominantur. Meo iudicio, nullitatem declarari potuerit in situatione problematum sexualium sine observantia requisiti perpetuitatis, tantummodo si problemata sexualia, in casu, considerata deberent non tamquam difficultates autonomae sed potius utpote symptomata ac indicia aliquius incapacitatis magis extensae quae originem suam traheret ex aliqua causa psychica (e.g. anomalia personalitatis). In illo casu, enim, *nullitas proflueret non ex ipsa impotentia sexuali sed ex altera ampliore incapacitate*, qua propter usus c. 1095, 3° comprobaretur.

2. Etiam quaeri possit quid dicendum est de animadversione facta a J. KEATING³³, E. OLIVARES³⁴ e recter obsecundata a P. PAVANELLO³⁵. Hi ultimi te-

hanc rationem semper servare oportet. Aliae sic dictae "impotentiae morales" melius nuncupantur "incapacitates..."; cf. c. BEJAN diei 5 februarii 1975 *Dec* 67 (1975) 36: "Huiusmodi deductiones, prout proponuntur atque casui controverso applicantur, acceptari nequeunt"; c. FUNGHINI diei 8 novembris 1989: "... recta notio incapacitatis assumendi et adimplendi onera coniugalia intra limites a consolidata iurisprudencia statutos contineatur, et si quaestio exurgat, de incapacitate ponendi actum sexualem, rem definiatur sub luce c. 1084, i.e. incapacitas illa ut ad nullitatem matrimonii secumferat peculiaribus notis ornari debet, quae in memoratis canonibus recensentur ibique exiguntur».

³³ J. KEATING, *The Bearing of Mental Impairment on the Validity of Marriage*, Rome 1963, 190.

³⁴ E. OLIVARES, *Incapacitas assumendi obligationes essentialis matrimonii, debetne esse «perpetua»?* , in *Periodica* 75 (1986) 153-169.

³⁵ P. PAVANELLO, *Il requisito della perpetuità nell'incapacità di assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio*. Thesis P.U.G. 1993.

nent postulatum perpetuitatis applicandum esse, haud omnibus incapacitatibus sed tantummodo illis ad assumendas positivas essentielles obligationes, i.e. obligationes quae obligant semper, sed non pro semper. Incapacitas assumendi certam obligationem negativam, e.g. ad observandum bonum fidei pro nymphomane, minime perpetua esse oportet quia talis obligatio haud admittit exceptionem, etiam mere temporaneam; obligat semper ac pro semper.

Haec distinctio, etsi possibilis utpote exemplar alicuius rationalis criterii quod implet functionem postulatus perpetuitatis, tamen, meo iudicio, parvum auxilium offert. In primis, nemo adhuc cum sufficienti praecisione determinavit vel enumeravit quales sunt hae obligationes essentielles matrimoniales. Quomodo ergo aptandum est postulatum perpetuitatis ad certas obligationes sed non ad alias, dummodo tota compago obligationum essentialium sufficienti cum claritate hucusque haud delineata sit?

Dein, locutiones «obligatio positiva» vel «obligatio negativa» ita relativae sunt ut non habeant praecisam significationem. Estne bonum fidei obligatio positiva ac affirmativa semper retinendi affectum maritalem pro sponsa vel sponso, aut obligatio mere negativa vitandi actos adulterinos?

Praeterea, dummodo in contextu legum humanarum quae praescribunt specificas ac bene determinatas res agendas vel omittendas loqui possit de obligationibus positivis vel negativis, possuntne tales positivae ac negativae obligationes re vera definiri in situatione ubi oportet deducere imperativa moralia per processum ratiocinationis tantummodo de generalibus legis naturalis principiis?

Utcumque ac in omni casu, nullam difficultatem habeo quominus haec distinctio inter obligationes po-

sitivas ac negativas debite ponderetur ac aestimetur ut efformetur consideratum iudicium de praesentia vel non verae incapacitatis, cum teneam postulatum perpetuitatis in veritate esse medium probationis, i.e. rationale criterium quo iudex pervenit ad moralem certitudinem de actuali praesentia in hac peculiari situatione alicuiusque moralis impossibilitatis ad tradendum-assumendum certum essenziale ius-debitum matrimoniale.

IX. CONCLUSIO

Cun caput incapacitatis assumendi collocatum sit in novo canone 1095, 3º CIC 1983 qui nullam specificam praescriptionem continet de perpetuitate incapacitatis probanda, abest ulla vis iuridica requirens ut iudex indaget de contento specifico perpetuitatis, nempe de perpetua duratione vel de insanibilitate per media ordinaria conditionis incapacitatis psychicae.

Tamen, cum intima ratio nullitatis ex lege naturali eadem sit pro impotentia et pro incapacitate, nempe quod obiectum essenziale consensus matrimonialis haud exisistit sub dominio contrahentis momento contrahendi de praesenti, nemini dubitare licet postulatum perpetuitatis, in sensu ampliore ut requisitum legis naturalis, semper adimplere oportet propriam functionem testificantem actuali nullitati. Clare constat quod in omni casu nullitatis sive ob caput impotentiae physicae sive ob caput incapacitatis assumendi requiruntur et ratio nullitatis et signum seu criterium rationale attestans quod ratio nullitatis actualiter verificatur in casu. Functio, ergo, postulatus perpetuitatis semper attendenda ac adimplenda est.

KENNETH BOCCAFOLA