

CARL GEROLD FÜRST

DE ARBITINIO CONIUGII „INTER” IUS CANONICUM ET
PSYCHOLOGIAM*

„Intima communitas vitae et amoris coniugalis, a Creatore condita suisque legibus instructa, foedere coniugii seu irrevocabili consensu personali instauratur. Ita actu humano, quo coniuges sese mutuo tradunt atque accipiunt, institutum ordinatione divina firmum oritur, etiam coram societate: hoc vinculum sacrum intuitu boni, tum coniugum et prolis tum societatis, non ex humano arbitrio pendet. Ipse vero Deus est auctor matrimonii, variis bonis ac finibus praediti; quae omnia pro generis humani continuatione, pro singulorum familiae membrorum profectu personali ac sorte aeterna, pro dignitate, stabilitate, pace et prosperitate ipsius familiae totiusque humanae societatis maximi sunt momenti. Indole autem sua naturali, ipsum institutum matrimonii amorque coniugalis ad procreationem et educationem prolis ordinantur iisque veluti suo fastigio coronantur. Vir itaque et mulier, qui foedere coniugali iam non sunt duo, sed una caro (Mt. 19,6), intima personarum atque operum coniunctione mutuam sibi adiutorium et servitium praestant, sensumque suae unitatis experiuntur et plenius in dies adipiscuntur. Quae intima unio, utpote mutua duarum personarum donatio, sicut et bonum liberorum, plenam coniugum fidem exigunt atque indissolubilem eorum unitatem urgent” (*Constitutio Pastoralis „Gaudium et spes”* nr 48).

I. PRAEFATIO

Declarationes Concilii Vaticani II. de matrimonio disputationem iam diu ante Concilium ipsum ortam quoad naturam matrimonii eiusque disciplinam iuridicam revocaverunt. Qua in disputatione problema consensus iam semper a canonistis

* Referat wygłoszony w języku niemieckim przez prof. dra Carla Gerolda Fürsta, dyrektora seminarium kanonistycznego wydziału II historii prawa kościelnego uniwersytetu Alberta Ludwika we Fryburgu (im Breisgau) 20 V 1977 r. na zaproszenie kierownika II katedry tekstu prawa kanonicznego ks. prof. dr. hab. Jerzego Grzywacza. Versio latina, a: Gregorio Lumpp, *studiorum assessore facta contributi nostri (paulum modificati) quod publici iuris fecimus* in: W. J. Revers (C.G. Fürst, *Die Ehe als Stand und als Prozess*, Otto Müller Verlag, Salzburg 1976, 53-73).

tractata et nunc magni momenti erat. Iuridico enim aspectu consensus quoad matrimonium contrahendum potissimum ob sequentes tres causas in futurum quoque in vigore erit.

a) Secundum ius canonicum matrimonium est contractus, etsi Concilium Vaticanum II. pastoralibus causis terminum „contractus” consilio vitavit eiusque loco termino „foedus coniugii” usum est! Quod ad ‘constandum’ seu ‘non constandum’ matrimonii pertinet, solus prorsus ille irrevocabilis consensus personalis — iuridice contractus vocatus — vigorem habebit, qui ‘matrimonium in fieri’ dicitur; quod solum de validitate contractus seu matrimonii statuit. Quaecumque ante seu post hunc contractus actum facta sunt, canonistae hactenus tantum momenti sunt, quod in processu de nullitate afferre possunt, id est, hactenus, quod ex iis factis res alicuius momenti quoad ‘consensum matrimonialem’ reapse praestitum momento matrimonii contrahendi deduci possunt. Aliis verbis: consensus matrimonialis ut est consensus personalis cum omnibus necessariis conditionibus personalibus, psychicis, rationalibus voluntariisque, canonistae imprimis interest illo brevi tempore mutui consensus, qui initium matrimonii indissolubilis efficit.

b) Quod in consensu continetur, voluntati contrahentium ablatum est; de quo Codex Iuris Canonici (CIC) ea, quae sequuntur, statuit: „Consensus matrimonialis est actus voluntatis quo utraque pars tradit et acceptat ius in corpus, perpetuum et exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem” (Can. 1081 § 2 CIC).

c) Cum ab aliis necessitatibus ad matrimonium valide contrahendum, i.e. a canonica forma et a quibusdam impedimentis sub certis conditionibus dispensari possit, consensus autem matrimonialis, quo matrimonium fit, nulla humana potestate suppleri valet? Quae est theologica ideoque legislatori ecclesiastico indispensabilis conditio censenda.

Cum ergo consensus matrimonialis, qui nulla humana potestate suppleri valet, debet esse vere personalis, ut validus censi possit, tam legislator ecclesiasticus quam legum interpretes, qui in theoria et in praxi versantur, adducuntur, ut cum competentibus scientiis humanis, i.e. cum psychologia vel psychiatria, quae humanae personae student, communicent. In opinione autem quoad terminos „consensum matrimonialem” atque „consensum et matrimonium” inter canonistas et psychologos haud parvi existunt dissensus.

1. Psychologo praestatio consensus est actus certe gravis, sed unus actus tantum e pluribus in processu incrementi personalis; canonistae autem praestatio consensus est unicus actus definitivus.

¹ Etiam concinnatio quaedam canonis 1081 § 1 congruens non placuit: cfr. B. Häring, *Einleitung und Kommentar zum 1. Kapitel des 2. Teils der Pastoralkonstitution über die Kirche in der Welt von heute: Lexikon für Theologie und Kirche, Das Zweite Vatikanische Konzil III*. Freiburg — Basel — Wien 1968, 429 sq.

² Can. 1081 § 1 CIC: „Matrimonium facit partium consensus inter personas iure habiles legitime manifestatus; qui nulla humana potestate suppleri valet”.

2. Psychologus censet matrimonii contractum initium tantum esse communis maturitatis coniugum adipiscendae; canonista autem matrimonium contractu matrimoniali iam factum et absolute confectum esse.

3. Psychologo personalis aspectus in casu concreto praevalet: psychologus matrimonium potius relationem privative personalem esse sentit; ex quo sua conceptio matrimonii sequitur, etsi non ignorat, unumquemque in universitate ordinum vivere. Oportet psychologum a priori libertatem, qua unusquisque reapse in matrimonio gerendo utitur, respicere circa ea, quae in consensu continentur; oportet eum 'legem humanae mutationis' respicere, qua psychologico aspectu interdum separatio coniugum non modo suadet, sed etiam exigitur. Canonista quoque qui est iuris peritus (aspectus theologicus indissolubilitatis, qui pro iure matrimoniali vigenti sine dubio est tam constitutivus quam debitus, hic omittitur) personalem aspectum omittere neque debet neque vult. Attamen insuper certitudines iuris causa distincte definire posse debet, qualem statum iuridicum aliqua persona habeat. Quod et ab ordine societatis postulari existimat.

Spectat autem ordo matrimonii iam lege naturali ad stabilitatem. Licet id neglegatur, tamen dici potest, matrimonium quandam stabilitatem et constantiam poscere. Insuper societatis quoque revera interest instituere et dirigere matrimonium secundum id, quod societas de eo cogitat et intendit. Idem ius et ecclesia tamquam societas poscere non modo potest, sed etiam debet. Quae ratio, nisi aliae essent, sola sufficeret ad illam certe in casu concreto durissimam normam iuris intelligendam, qua in dubio pro valore matrimonii standum est³. Cum canonistae non solum singuli casus sed etiam ordo magni momenti sint, plus id interest, qua sorte singulae personae afficiantur. Ordo ei hactenus tantum momenti est, quod in singulos casus incurrit.

II. DE IURE

1. NORMAE CODICIS IURIS CANONICI DE MATRIMONIO

Declaratio legis iam supra citata, qua Codex consensum matrimonialem describit, in contextu huius operis primo manifestat duo quaestionum genera: minima de natura matrimonii scientia, quae necessariâ est, ut matrimonialis consensus haberi possit; consensus ipse matrimonialis.

a) *De scientia minima*

Minima scientia, quae ad consensum matrimonialem validum requiritur, can 1082 CIC verbis, quae sequuntur, definitur: „Ut matrimonialis consensus haberi

³ Can. 1014 CIC: „Matrimonium gaudet favore iuris; quare in dubio standum est pro valore matrimonii”.

possit, necesse est ut contrahentes saltem non ignorent matrimonium esse societatem permanentem inter virum et mulierem ad filios procreandos. Haec ignorantia post pubertatem non praesumitur”⁴.

Id est in sensu: Perspicuum erat legislatori secundum matrimonii gravitatem ad matrimonium contrahendum maiore discretionis facultate opus esse, quam quae ab infante septem annorum et proinde usum rationis habente — ut can. 88 § 3 CIC praesumitur — possidetur. Scientia ipsa autem in sensu mere formali et minimali describitur, et cum pubertate — iuxta can. 88 § 2 CIC apud puellas a duodecimo anno completo et apud pueros a decimoquarto anno completo — usque ad probationem contrarii praesumitur.

b) *De consensu matrimoniali*

Iuxta can. 1086 § 1 CIC internus animi consensus „semper” praesumitur, si verbis vel signis in celebrando matrimonio exprimitur⁵. Id est in sensu concreto: Generaliter consensus quoque a Codice in sensu mere formali et tamquam significatio personalis plene libera et qualibet ratione disponibilis videtur. Insuper, quod ad qualitatem matrimonii tam personalem quam socialem spectat, mirum ne dicam perversum est, quod ea, quae consensus continere debet, non debent esse scienter et directe volita a contrahentibus; id enim usque ad probationem iuridicam. Contrarii semper tamquam reapse praesens et validum praesumitur. Quae conditio iuris eo quoque aggravatur, quod — nil volitum, nisi praecognitum — postulationes quoad scientiam minimam et naturam matrimonii usque ad minimum deminutae sunt. Si ergo consensus verbis praestitus est, aut inconvenientia declarationis externae et voluntatis internae positivo voluntatis actu orta probari deberet⁶, aut alii defectus voluntatis in sensu iuridico (error, vis et metus, conditio non impleta), aut amentia in sensu strictiore adesse deberent. In casu erroris autem tantum error circa personam aut error circa qualitatem personae redundans in errorem personae aut error circa statum libertatis irritat matrimonium⁷; nullus alius error autem (neque circa unitatem nec indissolubilitatem nec sacramentum) est cuiusvis momenti in iure etiam si causam dedit contractui⁸. Metus autem tunc modo valorem habet

⁴ Ad hoc cfr. inter alias U. Mosiek, *Kirchliches Eherecht*, Freiburg 1976 3, 209 sq.

⁵ Can. 1086 § 1 CIC: „Internus animi consensus semper praesumitur conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis”.

⁶ Can. 1086 § 2 CIC: „At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actus excludat matrimonium ipsum, aut omne ius ad coniugalem actum, vel essentialem aliquam matrimonii proprietatem, invalide contrahit”.

⁷ Can. 1083 CIC: „§ 1. Error circa personam invalidum reddit matrimonium. § 2. Error circa qualitatem personae, etsi det causam contractui, matrimonium irritat tantum: 1. Si error qualitatis redundet in errorem personae; 2. Si persona libera matrimonium contrahat cum persona quam liberam putat, cum contra sit serva, servitute proprie dicta”

⁸ Can. 1084 CIC: „Simplex error circa matrimonii unitatem vel indissolubilitatem aut sacramentalem dignitatem, etsi det causam contractui, non vitiat consensum matrimoniale”.

iuridicum, si gravis ab extrinseco et iniuste incussus est et si matrimonium est solum effugium?

2. ADNOTATIONES CRITICAE

Consensum matrimonialem a iure vigenti Codicis Iuris Canonici requisitum et sufficientem ad contractum matrimonii validum non iam convenire iustis nostri temporis cognitionibus satis constat. Etsi cancellis iuris egredi nolumus, condiciones nullitatis consensus ob voluntatis defectus (simulatio, error, vis et metus, conditio apposita) nimis angustae esse videntur neque satis respiciunt naturam psychicam illius, qui matrimonium inire intendit. Singulari modo id ex normis de errore et metu, de quo infra amplius tractabitur, elucet.

Quod denique quoad idoneitatem matrimonii contrahendi postulatur, exceptis impedimentis legis mere ecclesiasticae, tam exiguum est, quin „postulatio” aut „idoneitas” nuncupari possit. Addere velim exemplum, fictum quidem et in maius elatum, sed, omnino iustum et ideo inopinatum; exemplum, quod ad matrimonium iuxta normas vigentes adhuc validum spectat: Iuvenis aliquis sedecim annorum, minimo ingenio praeditus et fere debilis, in sensu physico ad copulam carnalem perficiendam vix aptus, medicamentis prohibitis obnoxius, puellam aliquam quattuordecim annorum, quae ad amorem lesbicum inclinata et ex aliquo tertio gravida facta est, in matrimonium ducit¹⁰.

Sed non modo aspectus psychici idoneitatis personalis ad implendas obligationes e consensu matrimoniali exortas a Codice interdum omittuntur, sed etiam psychica elementa discriminis ipsius normis Iuris Canonici de matrimonio interdum vix aut modo haudquaquam sufficienti respiciuntur.

Exempli causa proponam, quomodo error in consensu praestando tractetur. Matrimonium ob errorem initum iuxta normas Codicis validum est exceptis supradictis casibus, qui in regionibus autem progressis hodie vixdum cogitari possunt; tale matrimonium est quoque validum, si error in qualitates redundat, quae hodie et crastino et prendino die magni momenti sunt, ut status socialis, munus aut negotium, familia, aut si redundat in qualitates personales alterius contrahentis, etiamsi error causam dedit contractui aut si exortus est e fallacia dolosa. Elementa psychica in consensu matrimoniali praestando hic non iam respici apertum est. Praeterea illae normae Codici ipsi, canonis enim 1081 § 1 supra citato, qui statuit consensum matrimonialem nulla humana potestate, neque ergo a legislatore aut

⁹ Can. 1087 CIC: „§ 1. invalidum quoque est matrimonium initum ob vim vel metum gravem ab extrinseco et iniuste incussum, a quo ut quis se liberet, eligere cogatur matrimonium. § 2. Nullus alius metus, etiamsi det causam contractui, matrimonii nullitatem secumfert”.

¹⁰ Vide L.G. Wrenn, *Updating the Law on Marriage*: „Jurist” 27 (1967) 267-282 (271 sq); cfr. etiam H. Zapp, *Incapacitas im Sinn von Erfüllungsunvermögen des Ehevertrages — ein neuer Ehenichtigkeitsgrund?* in: „Archiv für katholisches Kirchenrecht” (AKKR) 141 (1972) 449-482 (465).

iudice ecclesiastico suppleri posse, contradicant. In casu erroris autem videtur saltem consensum ob errorem aut fraudem reapse non praesentem, sed, sicut omnes iuris periti aperte dicunt, omnino necessarium praetermitti posse; consensus ergo suppleri videtur norma legis positiva. Bene intelligi potest iamdiu et praecipue in regione linguae germanicae commutationes hunc sensum respicientes propositas esse¹¹. Iuxta ea quoque, quae Commissio pro Codice recognoscendo proposuit, commutatio quaedam saltem quoad fraudem dolosam exspectari potest¹². Normae iuris vigentis autem conditiones psychologicae merito requisitas nondum respiciunt; quae arbitrium iudicis tantopere coercent, ut ne collegium quidem audacter progrediens illas normas alia interpretatione omittere possit.

Simili modo insufficientes — idque non solum pro psychologis — sunt etiam normae Codicis, quae agunt de matrimonio eventualiter invalido ob metum. Haudquaquam difficile est animo concipere nonnullos modos, quibus incuti possit metus, qui etiam eandem habere possint efficacitatem ac ille metus a Codice unice descriptus tamquam „efficax” in sensu iuris canonici; frequentissimus erit ille metus, quo persona aliqua graviditate extramatrimoniali proscriptionem contemptionemque timet. Cum autem talis metus rarissimo in sensu iuridico „ab extrinseco” incussus sit, nullius est momenti pro iure canonico matrimoniali, etiamsi det causam contractui.

Iam propter huius rei crebritatem alia autem quaestio canonistae est potissimum urgens, id est quaestio incapacitatis psychicae. Sensu canonico de hac re (melius) dicitur tamquam de incapacitate adimplendi contractum matrimonialem ob perturbationes aliquas personales.

Ut iam supra dictum est in matrimonio canonico iudicando id solum respicitur, quod ipso momento, quo matrimonium contrahitur, factum est. Id est, et canonista et iudex ecclesiasticus de eo iudicare debent, num disturbatio aliqua personae inhaerens illo momento talem qualitatem habuerit, quae matrimonium contrahendum ob incapacitatem adimplendi contractum invalidum reddidisset. Matrimonium enim non est invalidum, nisi disturbatio personalis iam in „matrimonio in fieri” impedit, ne munus essentielle matrimonii adimpleatur. Arbitrium autem iudicis verba legis in Codice scripta paululum modo adiuvent.

Adnotationes de iure vigenti criticae e iure ipso adhuc prolatae eo graviores fiunt, quod opiniones de matrimonii natura post promulgationem Codicis (id est quasi post primi belli mundialis exitum) non leviter commutate sunt et non modo in ambitu saeculari. Ibi enim accomodatae sunt opiniones conditionibus vitae omnino mutatis; tempore praeterito familiae maiores in societate rustica et urbana versabantur, hodie familiae minores in societate industriali versantur.

¹¹ Cfr. praecipue H. Flatten, *Irrtum und Täuschung bei der Eheschliessung nach kanonischem Recht*, Paderborn 1957; idemque: *Der error qualitatis dolose causatus als Ergänzung zu c. 1083 § 2 CIC*, in: „Österreichisches Archiv für Kirchenrecht” 11 (1960) 249-264.

¹² Cfr. infra p.; cfr. etiam H. Zapp. *Der Irrtum im kanonischen Eherecht: Zum Entwurf der Kodexkommission*. „Österreichisches Archiv für Kirchenrecht” 24 (1973) 219-237.

In ambitu quoque theologico et ecclesiastico matrimonium saltem post Concilium Vaticanum II. aliter definitur ac iuxta opiniones Codicis. Haec nova opinio a definitionibus magis biologicis in Codice praestitis multum abest; ea enim declarat matrimonium esse communionem vitae et amoris, quae ipso vinculo, id est consensu irrevocabili personarum, fundatur¹³.

Postremo dicendum est cognitiones quoque scientiarum psychologiae et psychiatriae, quae interdum funditus commutatae et auctae sunt, opinionem circa matrimonium mutavisse, cognitiones inquam, quas ius canonicum aut iurisdictio ecclesiastica haudquaquam praetermittere potest.

Quare hodiernis temporibus consensus matrimonialis quoad matrimonium valide ineundum non iam sicut antea videri neque debet potest seorsus a persona tamquam actus purus cognitionis et voluntatis itemque nec potestas cognoscendi nec actus voluntatis separatim considerari possunt. Hodie potius deliberatio gravis momenti, sicut est assensus ad matrimonium ineundum, etiam in sensu canonico tamquam actus, qui vires et facultates totius personae attingit et exigit, videri debet. Quare a iure quoque canonico matrimoniali — quia et indissolubilitas matrimonii rati consummatique et necessitas irreparabilis „consensus personalis”, quae sunt facta theologica et ideo obligatoria, retineri debent — considerandum erit aspectu psychologico consensus matrimonialis et conditionibus psychicomoralibus et ad explendas et ad suscipiendas obligationes e consensu orientes circa matrimonii validitatem opus esse¹⁴.

Quae adhuc dicta sunt, non sint vilia verba critica. Non immemores esse volumus Codicem iam ante circa sexaginta annos compositum esse; non praetermittendum est, quod ingenium Codicis patrum etiam cognitionibus illius temporis formatum est. Quibus consideratis opiniones Codicis quoad matrimonium causam admirationis dare non possunt. Hoc quoque valet, si haud ignotum est canonistas, qui Codicem praeparaverunt, illas potius cognitiones medicinae et psychologiae, quae tunc novae et a peritis quoque vix acceptae erant, repudiavisse. Attamen quod postulari debet remanebit. Iurisdictio ecclesiastica hisce saltem postulatis iam appropinquavit.

3. PROGRESSUS RERUM POST CODICIS PROMULGATIONEM

a) Proprietas peculiaris est iuris canonici, quod finis eius ultimus est salus animarum, et quidem salus aeterna singuli. Postremo ergo et iuris canonici et psychologiae interest hominem et quidem singulum hominem salvum esse. Etsi non est extraordinarium, sed potius „iuxta normas”, quod legislator ecclesiasticus sicut

¹³ Longum est disserere quaestionem, quomodo haec cognitio transponenda sit et in theoriam iuris et systema; cfr. H. Zapp, *Incapacitas*, 473-474; U. Navarrete, „*Incapacitas assumendi onera*” uti caput autonomum nullitatis matrimonii, in: „*Periodica de re morali, canonica, liturgica*” 61 (1972) 47-80.

¹⁴ Can. 17 § 3 CIC: (Interpretatio) „Data autem per modum sententiae iudicialis [...] in re peculiari, vim legis non habet [...]”

omnes alii legislatores terrestres progressum non promovit, sed eum sequitur, tamen circa iurisdictionem certo modo saltem progressum facilius promovere potest.

Ius canonicum matrimoniale indiget quidem secundum naturam suam normarum stabilium, etsi sunt normae saepius positivae ab homine statutae et historice factae; indiget legis generaliter obstringentis, quae breviter conscripta propter perspicuitatem et securitatem necessario debet esse „rigida”, cum omnem singulum casum respicere non possit. Sed adversus rigorem iuris stat — et praecipue in iure canonico — aequitas iuris, quae in casu concreto iudici ecclesiastico quidem non permittit directo modo commutare legem „rigidam”, quae autem ei permittit et eum obligat legem in favorem causae et personae aequae et iuste interpretare.

Qua in re iurisdictio Sacrae Romanae Rotae peculiaris momenti est. Concedendum est ne permanentem quidem et firmam iurisdictionem S.R. Rotae quoque ius obiectivum statuere non posse et ideo non obligatoriam et constringentem esse pro tribunalibus inferioribus¹⁵. Tamen decisionem eius pondus non est levis, cum sint quasi dux itineris¹⁶. Quae proprietas ducendi (viam demonstrandi) novissimis temporibus indirecte eo quoque augetur, quod Sententiae Rotaes non iam, sicut pristinis temporibus, post decem annos divulgantur. Decisiones, quae magnum momentum habent, nostris temporibus, ut bene notum est, celerius eduntur in ephemeridibus canonisticis, et saepius interpretationibus instructae¹⁷. Eo modo instructio brevi tempore facienda quoad iurisdictionem supremi tribunalis perficitur.

Novissimis temporibus insuper decisiones quoque tribunalium dioecesanorum aut regionalium magis magisque publicantur¹⁸. Ita ista tribunalia progressum iurisdictionis adhuc de facto S.R. Rotae reservatum multum adiuvant. Sententiae tribunalium Dioecesium aut Regionum adhuc fere ignotae remenserunt.

b) A proposito multum aberrarem, si progressus iudicaturae matrimonialis post Codicis promulgationem singillatim explanarem¹⁹. Sententiae Rotaes sicut illa coram Wynen diei 25 februarii 1941 de incapacitate psychica²⁰ (quae tunc maximam

¹⁵ Cfr. quoque K. Mörsdorf, *Die Autorität der rotalen Rechtsprechung*, in „Archiv für katholisches Kirchenrecht” 131 (1962) 415-432.

¹⁶ Praecipue in: „Il Diritto Ecclesiastico”. „Monitor Ecclesiasticus” et „Ephemerides iuris canonici”.

¹⁷ Vide decisiones excerptim publicatas in: „Studia Canonica”; illarum decisionum selectarum cfr. e.g. A.J. Maida, *The Tribunal Reporter, A Comprehensive Study of the Grounds for the Annulment of Marriage in the Catholic Church*, vol. 1, Huntington 1970.

¹⁸ Cfr. inter alias C. Holböck, *Tractatus de Iurisprudencia Sacrae Romanae Rotae*, Graz—Wien, Köln 1957; U. Mosiek, *Die neueste Judikatur der S.R. Rota in Ehesachen*, in „Österreichisches Archiv für Kirchenrecht” 13 (1962) 300-324; idemque: *Bemerkenswertes aus der neusten Judikatur der S.R. Rota*, ibid. 15 (1964) 189-208; idemque, *Neue Entscheidung der R.R. Rota in Ehesachen*, ibid. 17 (1966) 263-298; idemque: *Neue Entscheidung der S.R. Rota in Ehesachen*: ibid. 19 (1968) 209-232; idemque: *Die neueste Rechtsprechung der S.R. Rota*, ibid. 24 (1973) 160-199; idemque: *Neuestes aus der Rechtsprechung der S.R. Rota*, ibid. 26 (1975) 241-270; Ch. Lefebvre, *La jurisprudence rotale et l'incapacité...* in: „L'Année canonique” 19 (1975) 1-8.

¹⁹ „S. R. Rotae Decisiones seu Sententiae” 33 (1950) 144-168, dec. 15.

²⁰ Allocutio ad membra S.R. Rotae die 3 mensis octobris a. 1941: „Della incapacità psichica, fondata in qualche difetto patologico, la S.R. Rota si è di recente occupata; e in tale occasione la

admirationem movens a Pio Papa XII confirmari debuit²¹), aut illam coram Sabattani diei 21 iunii 1957 de capacitate suscipiendi obligationem fidei²², porro illa quoque coram Serrano diei 7 iunii 1971 de „vi interna”²³ et aliae decisiones circa hanc rem magni erant momenti. In quaestione ipsa facultatis suscipiendi et praecipue adimplendi obligationes consensui adnexas iurisdictio matrimonialis praecipue tribunalium dioecesanorum et regionalium Americae Septentrionalis tantum progressionis gradum assecuta est, ut normas Codicis, sicut initio interpretatae erant, dereliquisset. Quod ad hanc progressionem iuris a Iudicatura in causis matrimonialibus peractam spectat, nonnullae editiones canonistarum maximi momenti sunt; qui ea, quae scientiis psychologiae et psychiatriae inventa sunt, in doctrina iuris matrimonialis ecclesiastica respicere conantur²⁴.

sentenza giudiziale ebbe ad addurre alcune teorie presentate come nuovissime da moderni psichiatri e psicologi. Cosa certamente lodevole e segno di assidua e larga indagine; perchè la giurisprudenza ecclesiastica non può nè deve trascurare il genuino progresso delle scienze che toccano la materia morale e giuridica; nè può riputarsi lecito e convenevole il respingerle soltanto perchè sono nuove. Forse che la novità è nemica della scienza? Senza nuovi passi oltare il vero già conquistato, come potrebbe avanzare l'umana coscienza nell'immenso campo della natura? Occorre però esaminare e ponderare con acume e accuratezza se si tratti di vera scienza cui bastevoli esperimenti e prove conferiscano certezza, e non già soltanto di vaghe ipotesi e teorie, non sostenute da positivi e solidi argomenti; nel qual caso, non varrebbero a costituire la base per un sicuro giudizio, che escluda cioè ogni dubbio prudente” (AAS 33 (1941) 421-426 (423).

²² „Revista española de derecho canonico” 28 (1972) 393-400.

²³ Hic quoque canonistas Americanicos excellere censemus; eorum opera publici iuris fiunt praesertim in: „Jurist”, illa Canadensium in: „Studia canonica”; vide et collectionem publicationum specialium apud U. Mosiek, *Eherecht*, 214-217. Cfr. inter novissimas publicationes Germanicas: H. Zapp, *Incapacitas*; L. Köster, *Psychische Eheunfähigkeit als Nichtigkeitsgrund*, in: *Diaconia et ius, Festgabe für H. Flatten zum 60. Geburtstag*, München 1973, 79-104; O. Heggelbacher, *Kirchenrecht und Psychoanalyse, Fragen um die Nichtigkeit von Ehen*, in: *Diaconia et ius*, 105-116; Cfr. Praeterea J. M. Fazzari, *Capacitas valuationis ethicae et capacitas consensus matrimonialis*, in: *Acta conventus Internationalis Canonistarum*, Romä 1970, 638-644; A. Vela Sanchez, *Consensus matrimonialis uti intentio psychologico-moralis et uti voluntas ethicoiuridica*, ibid. 695-701; J. M. Pinto, *De matrimonii nullitate ob psychicam incapacitatem fidem coniugalem servandi* in: „Periodica” 61 (1972) 439-445; M.J. Reinhardt, *The Incidence of mental disorder*, in „Studia canonica” 6 (1972) 209-225; G. Morrisay, *Recent Ecclesiastical Legislation* ibid. 3-77; G. Lesage, *The consortium*; P. Felici, *Indagine psicologica e cause matrimoniali* in: „Communications” 5 (1973) 104-114; M.B. Ahern, *Psychological Incapacity for Marriage*, „Studia canonica” 7 (1973) 227-251; *Atti del convegno giuristi cattolici del Triveneto, Nevrosi e personalità psicopatiche in rapporto al consenso matrimoniale*, Verona 1973; G. Morrisay, *The Incapacity of Entering into Marriage*, „Studia Canonica” 8 (1974) 5-21; B. Primetshofer, *Zur Frage der psychischen Eheunfähigkeit*, RDC 24 (1974) 203-222; W.A. Schermacher, *Interpersonal Communication in Marriage*: „Studia canonica” 9 (1975) 5-35; Bernhard J., *Réflexion critique sur l'incapacité morale. Incapacité ou non-consommation existentielle du mariage?* RDC 25 (1975) 274-286; Daley R., *The Distinction between the Lack of Due Discretion and the Inability to Fulfill the Obligations of Marriage*, „Studia canonica” 9 (1975) 153-166; Picard N., *L'immaturité et le consentement matrimonial* ibid. 37-56; Fumagalli Carulli O., *L'incapacità psichica nella riforma de matrimonii canonico*, „Ephemerides iuris canonici” 32 (1976) 91-128; Humphreys, L., *Lack of Commitment in Consent*, „Studia canonica” 10 (1976) 345-362; Schumacher W. A., *The Importance of Interpersonal Relations in Marriage*, ibid. 75-112.

²⁴ Cfr. H. Zapp, *Incapacitas*, imprimis p. 459 sqq.

Quare a iudicatura quoque illae normae Codicis, quae ad quaestiones supra exaratas circa voluntatem matrimonialem spectant, porro evolutae sunt, et quidem (sicut ego quoque ipse tamquam iuris peritus benevolus quadam cum sollicitudine adnotare debeo) interdum contra legem. Saepe quidem explicare conantur Codicem ipsum omnes has novitates implicite continere (qua in re ille can. 1081 § 1 CIC libenter citatur, qui consensum validum in illis tantum personis praesumit, qui iure habiles sunt). Sine ullo dubio autem illi canoni eo modo et sententia quaedam et consecutio supponuntur, quas legislator nec intendit nec iuxta scientiam sui temporis intendere potuit. Hodie circa causam nullitatis iam memoratam praecipue illae rationes agendi perturbationibus psychicis effectae momenti sunt, quae ultimis demum annis a canonistis magis magisque consideratae sunt, praesertim eo, quod istae perturbationes scientiis psychologiae et psychiatriae magis magisque investigantur.

Hic distinctionem inter capacitatem se obligandi et incapacitatem adimplendi onera essentialia matrimonii non amplius explanare velim²⁵; discerni quoque deberet incapacitas se inserendi modo in communitatem matrimonialem; neque disserendum est de distinctione inter voluntatem se non obligandi et non implendi²⁶, quam S. R. Rota falso afferens S. Thomam de Aquino quod attinet ad exclusionem prolis et fidei, ad hodiernum tempus sustinet. Quae distinctio S.R. Rotae condiciones psychicas, personae saepe praetermittere videtur²⁷.

Circa hanc progressionem iuris maximi momenti est, quod consensus matrimonialis non iam comprehenditur ut actus purus cognitionis aut voluntatis, quia canonistae intellexerunt hominem vix producere posse actum cognitionis „per se” neque actum voluntatis „per se”, sed „actum personae”. Item magni momenti est, quod pro validitate consensus matrimonialis non modo requiritur intentio matrimonii contrahendi, sed etiam capacitas totius personae assumendi obligationes cum hac intentione connexas; obligationes, quae non iam exclusive comprehendunt relationem tantum sexualem aut illa tria bona matrimonialia antiquitus tradita (bonum prolis, fidei et sacramenti); praesertim cum neque praetermittendum est illa bona matrimonialia — ut supra diximus — pro validitate consensus, i.e. matrimonii, nunc scienter intendenda non esse; sufficit enim, ne illa tria bona positive excludantur.

His lineis progressus breviter explanatis, quae inveniri possunt et in tribunalibus ecclesiasticis et in litteris canonisticis iuris matrimonialis, haudquaquam sufficitur et

²⁵ Cfr. K. Mörsdorf. *Lehrbuch des Kirchenrechts* II, München-Paderborn-Wien 1967¹¹, 230 sqq.; U. Mosiek, *Eherecht*, 211 sq. Utraque publicatio bibliographias continet (nominetur praecipue opera ab H. Flatten publicata).

²⁶ Assentit M. Pedetta, „*Intentio sese obligandi*” e „*intentio non adimplendi*”? in: „*Ephemerides iuris canonici*” 27 (1971) 332-340.

²⁷ Adnotandum est illud consilium, quo nunc Commissio, quae persaepe definitiones dare vitat, definitionem legalem matrimonii dare proponit; praesertim cum in Codice definitio matrimonii strictissime vitabatur.

iurisdictione et doctrinae sicut nunc reapse inveniuntur; ea, quae scientiis psychologiae et psychiatriae indagantur, in doctrina canonistica matrimoniali magis magisque secundum eius pondus observabuntur. Hac in re non iam praecipue disserendum est, quanta sit progressio et quale pondus habeat, etsi multifarie nondum sit perfecta (cum interdum videatur progressio sive nimis „progressiva” ob quaestiones theologicas immutabiles sive nimis „conservativa” ob firmas cognitiones psychologicas).

c) Cui progressionem multum exoptatae institutio systematica cognitionum non est aequalis. Decisiones Rotales non parvos manifestant dissensus argumentationis iuridicae. In publicationibus scientificis vix inveniri possunt prima elementa concordantiae circa illam quaestionem, utrum „incapacitas adimplendi ob defectus personae” adnumeranda sit defectibus voluntatis, an sit propria causa nullitatis. Ea res bene intellegi potest. Partim canonistae inniti canone 1081 § 1 coacti erant, ut novam evolutionem promovere possent, quia normae competentes in Codice defuerunt. Partim autem iustis de causis admoneri potest illum canonem non sufficere videri, ut illum progressum per se exoptatam sensu quoque iuridico plene possit. Non agitur enim de „inhabilitate iuridica”, sed de „inhabilitate psychica”, quae ea de causa — etsi hoc nomen non est bene adhibitum — „impotentia moralis” nuncupata est. Sed longum est hanc quaestionem latius dissere.

4. SCHEMA A COMMISSIONE PRO CODICE RECOGNOSCENDO EXARATA

Hac in re paucas tantum adnotationes afferamus, quae ad normas in hoc contextu magnum pondus habentes et a Codice dissentientes pertinent.

a) In iure sacramentali nova definitio legis matrimonii recipietur: „Matrimonium, quod fit mutuo consensu [...] est (intima) totius vitae coniunctio inter virum et mulierem, quae, indo le suna naturali, ad prolis procreationem et educationem ordinatur” (can. 243 § 1)²⁸. Iuxta hanc definitionem definitio quoque legalis consensus matrimonialis aliter describitur: „Consensus matrimonialis est actus voluntatis quo vir et mulier foedere inter se constituunt consortium vitae coniugalis, perpetuum et exclusivum, indole sua naturali ad prolem generandam et educandam ordinatum” (can. 295 § 2). Notabile est consultores legislatores nunc id exprimere statuisse, quod Ecclesia ratione iuridica de matrimonio cogitat, atque eo modo rationem quoque interpretandi circa totum ius matrimoniale proposuisse. Si definitiones illae comparantur cum textibus conciliaribus, a quibus derivatae sunt, necessario sunt aridae sicut omnes textus iuridici. Certo de industria nil de amore

²⁸ Cfr. *Decisionem coram De Iorio, die 6 mensis februarii a. 1974* in „Eph.” 29 (1973) 313-316; alias decisiones indicat U. Mosiek, *Neuestes aus der Rechtsprechung. Quoad problema* cfr. C. J. Murtagh, *The Juridical Importance of „Amor Coniugalis”* „Studia canonica” 7 (1973) 49-57; „The Jurist” 33 (1973) 377-383; W. J. la Due, *Conjugal Love and the Juridical Structure of Christian Marriage*. „Jurist” 34 (1974) 36-67; C.J. Murtagh, *The Jurisdictional Approach to the Consortium Vitae*, „Studia canonica” 9 (1975) 309-323.

matrimoniali dictum est: ut iuxta iurisdictionem Rotalem²⁹ lege quoque declaretur amorem matrimonialem non esse fundamentum iuridicum, sed psychologicum matrimonii; ut item decaretur amorem optimam quidem conditionem esse matrimonii felicitis, sed ratione iuridica comprehendi non posse.

b) Incapaces matrimonii contrahendi declarantur praeter amentes in sensu strictiore expressis verbis ii quoque, „qui laborant gravi defectu discretionis iudicii circa iura et officia matrimonialia mutuo tradenda et acceptanda” (can. 296 § 2).

c) „Sunt incapaces matrimonii contrahendi qui ob gravem anomaliam psychosexualem obligationes matrimonii essentielles assumere nequeunt” (can. 297).

d) „Qui matrimonium init inceptus dolo, ad obtinendum consensum patrato, circa aliquam alterius partis qualitatem, quae nata est ad consortium vitae coniugalis graviter perturbandam, invalide contrahit” (can. 300).

e) „Ut consensus matrimonialis haberi possit, necesse est ut contrahentes saltem non ignorent matrimonium esse consortium permanens inter virum et mulierem ordinatum ad prolem, cooperatione aliqua corporali, procreandam. Haec ignorantia post pubertatem non praesumitur” (can. 298).

Hisce rebus haudquaquam ea omnia adimpleta sunt, quae et in praxi et in theoria iuste desiderari possunt. Quare canonistae „theoretici” necnon iudicis erit hunc progressum promovere. Quod ad ius matrimoniale spectat, cuius est hominibus servire, progressus iam memoratus ea praecipue respicere debet, quae scientiis profanis competentibus inventa sunt.

III. DE DIFFICULTATIBUS IN MATRIMONIO IURIDICE ENUCLEANDO

Etsi supra adnotavimus nonnulla desiderata haud esse, tamen aequitatis causa dicendum est difficile esse matrimonium canonico aspectu bene ordinare.

1. Legislator ecclesiasticus fide unitatis et indissolubilitatis christiani matrimonii (consummati) obligatur. Insuper legislator, cuius est societati ordinem imponere, non omnino liber est, sed et salutem singulorum et necessitates postulataque societatis humanae respicere debet. Qua in re haudquaquam contentus est, quia legibus suis a hominibus factis (latis) ideoque imperfectis singulis directo nil prodesse, sed „spatia libertatis” tantum seu condiciones externas producere potest, quibus id, quod intendunt, assequi possunt. Legislator iuris matrimonialis canonici intellegit compensationem rationabilem inveniri debere inter imaginem perfectam matrimonii et ius naturale matrimonii. Qui hac in re, prout ponderantur, incidere potest in duplex periculum. Aut poscendo minima circa illam imaginem perfectam matrimonii ‘impedimentum’ erit singulo, si altera pars parata non erit ad implenda saltem illa requisita minima, utraque pars autem in indissolubili matrimonio manere

²⁹ Cfr. e.g. relationem quandam in: Die Zeit: die 2, mensis Februarii 1973; p. 46 quae iure ac merito excitabat.

debet. Aut prohibendo matrimonia, quae demum inter cohabitationem partim maturescant vero matrimonio.

Etiam ille legislator, qui mandato Christi saluti animarum providet ideoque ad inserendas cognitiones scientiarum profanarum legislationi paratus est, id unum praetermittere nequit: sunt enim aliquando haudquaquam iniusta dubia circa ea, quae scientiis psychologicis et psychiatricis hodie inveniuntur³⁰. Insuper saltem hisce temporibus forma iuridica omnes eae disturbanceles modi agendi et totius personae clare et aperte vix enumerentur, quae in Codice sub nomine „incapacitas adimplendi” veniunt³¹. Hodie quoque separatio iuridica disturbanceles personae pro matrimonii validitate vigorem habentium ab iis, quae vigorem non habent, vix iam fieri poterit, quia adhuc conditiones necessariae psychologiae et psychiatriae nondum sulficiunt. Adnotentur tantum exempli gratia nomina „neurosis” et „psychosis”, quae a singulis auctoribus scientiarum varie ideoque non in sensu consentaneo odhibentur³².

Et quid de notione matrimonii canonici dici potest, quae hodie forma legis exprimenda est? Constat quidem illam non iam comprehendere solum ius in corpus et tria sic dicta bona matrimonialia, sed etiam secundum sensum Concilii Vaticani II. „communitatem vitae et amoris”

Quo modo „communitas vitae et amoris” normis iuridicis generaliter vigentibus et necessario breviter compressis statui potest? Omnia quidem elementa humana, psychica, affectiva et rationalia, quae huic communitati magni momenti sunt, his autem similibus verbis Concilii Vaticani II. novo iuri matrimoniali inserantur, sicut in Schema pro iure matrimoniali recognoscendo factum est. Eo modo autem norma ipsa adeo lata fit, ut iudicibus ecclesiasticis forsitan nimis latum iudicii spatium concedatur.

2. Hoc lato spatio iudicii iudex, qui responsabilitatis coram Deo conscius est, haud raro in conscientiae conflictus incidere potest. In ea responsabilitate de ‘constare’ seu ‘non constare’ sacramenti, quod pro salute hominum constitutum est, certitudine morali iudicare debet. Quomodo ea adipiscenda est, praesertim cum misericordiam, quae in sententiam argumentis ferendam influere non debet, sorti partium adhibere non possit? In dubio iudex obligatione, quae ex caractere sacramentali matrimonii et ordine elucet, pro existentia matrimonii decernere debet. Quo modo autem ita agens potest saluti curare singuli, qui suo „iure naturali” nixus poscit „novum” matrimonium aut contrahere aut qui matrimonium „novum” civiliter iam contraxit, postquam matrimonium suum pro foro externo validum, pro foro interno autem in casu obiective invalidum perturbatum est? Hac in re iudici actus voluntatis, cuius intima natura iuridica non est, maxime respiciendus est; qui actus matrimonium, cuius intima natura item iuridica non est, constituit.

³⁰ Cfr. H. Zapp, *Incapacitas* 474.

³¹ Cfr. *ibid.* 474-475.

³² Cfr. L. Scott, *A Comparative Study of the Ecclesiastical Tribunals of the United States and the Sacred Roman Rota in Recent Years (Matrimonial Cases)* Rom 1968, 220 sq.

Ex altera vero parte iudici — ut iam antea legislatori — non semper certae scientiarum humanarum conclusiones sunt; etiam de conclusionibus, quae certae censentur, in casu concreto nonnumquam dubitat. Difficultates ergo legislatoris in „inferiorem gradum”, i.e. in gradum iudicis, transpositae illius vires sine ullo dubio transgredi possunt. Sufficiat ad id demonstrandum hoc unum exemplum: hodierno, multo strictiore iure ea, quae inexcusabilia videntur, excusari possunt, quod altera instantia pro validitate matrimonii stare potuit, altera vero pro nullitate, hac sola de causa, quia periti „manifestationem morbi”, de qua in casu tractatur, tum psychopathiam (quae iurisdictione S. R. Rotae contractum matrimonialem haud invalidum reddit), tum psychosim (qua consensus matrimonialis validus fieri non iam potest) nuncupaverant et quia iudex, cui sententia definitiva ferenda fuit, nomina iam citata respexerat³³.

Qua de causa intellegi potest hodierno tempore, quo Codex in vigore est, et canonistae et iudici ecclesiastico nonnumquam nimiam „opinionem subiectivam” crimini dari. Sed H. Zapp contextum de incapacitate adimplendi longe quidem transgrediens de hac re recte adnotavit: Nonne est „opinio subiectiva” etiam ecclesiasticorum iudicum ac tribunalium resp. sententiarum cum iuris indagazione societatis humanae essentialiter coniuncta; que „opinio subiectiva” in differentiis singularum dioecesium et notionum clare et aperte manifesta est? In iudicando matrimonio ob incapacitatem adimplendi vix decisionis iudicialis forsitan nimis subiectivae aspectus magis individuales aut maiora pericula sunt quam in causa ob simulationem aut metum peragenda. Saepissime et peculiare conditiones et res haud ponderabiles normis definitivis et perspicuis deficientibus intra spatium liberi arbitrii iudicialis diiudicandae sunt³⁴.

IV. CONCLUSIONES

Concilium Vaticanum II. Ecclesiam semper reformandam esse declarat³⁵, quod consequenter et in eius ordinem exteriorem, i.e. ius canonicum valet. Legislatorem ecclesiasticum intra limites, qui ei statuti sunt, huic reformationi permanenti satisfacere et posse et debere manifestum est. Ius canonicum matrimoniale ad instar corporis organici progredi necesse est. Hac in re legislator ecclesiasticus ea, quae scientiis humanis inventa sunt, praetermittere nequit, praesertim cum de materia ‘complexa’, ut est ius canonicum matrimoniale, agatur. Sed canonistae quoque, qui in scientia et in iurisdictione versatur, illa reformatio permanens peragenda est.

Canonistae neque praesenti neque futuro tempore, etsi aliae rationes non essent respiciendae, propter bonum commune et certitudinem iuris tantum, in validitate

³³ H. Zapp, *Incapacitas* 482.

³⁴ Cfr. *Decretum Unitatis redintegratio* nr 6, AAS 57 (1965) 90-107.

³⁵ Cfr. Etiam H. Mc Mahon, *The role of Psychiatric and Psychological Experts in Nullity Cases*, „*Studia canonica*” 9 (1975) 63-75.

resp. nullitate matrimonii diiudicanda conditones nupturientium momento matrimonii contrahendi non respicere non possunt. Quem cursum evolutio coniugum matrimonio contracto habeat, quem cursum matrimonium ipsum habeat, et posteris canonistis non immediati momenti esse videbitur.

Quamquam futuro quoque tempore ecclesiasticus iudex solus morali certitudine de validitate aut nullitate matrimonii ecclesiastici iudicabit suaeque decisionis responsabilitatem habebit, tamen ei in hac potissimum materia haud parvum arbitrii spatium est, quia consensus matrimonialis et „personalis consensus” et „actus liber personalis” natura sua est, quae lege vix accuratius definiri potest.

Hoc spatium iudicis liberum, quod iam hodie existit et in Codice reformando etiam maius erit, tolerabile non est, nisi canonistae fideliter cooperantur cum iis viris scientiarum humanarum peritis, qui christianam responsabilitatem se habere sciunt, et qui etsi factum iuridicum invenire vel praestare non debent, tamen haud raro unicum auxilium iudici sunt, ut necessariam moralem certitudinem in diiudicando impetret.

Ceterum labor et canonistarum et psychologorum ad hominem spectat. Eo potissimum, quod et canonistarum et psychologorum interest hominem salvum esse, utraque disciplina etiam suis de matrimonio opinionibus magis appropinquare possunt quam forsitan primo visum est.