



Alessandro d'Avack

(associato di Diritto ecclesiastico e canonico nella Facoltà
di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cassino)

Il crepuscolo dell'impotenza

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il *Codex* del 1983 con brevi richiami storici – 3. Il *verum semen* e la vasectomia – 4. Impotenza assoluta e relativa, organica e psichica – 5. La copula coniugale – 6. Il *bonum coniugum* – 7. Antecedenza e perpetuità – 8. Sterilità – 9. Impedimento o vizio del consenso – 10. Divagazioni medico-giuridiche – 11. Immaturità affettiva – 12. Sintesi – 13. *Sanatio in radice e convalidatio simplex* – 14. Conclusioni.

1 - Premessa

Il secondo impedimento riportato dal codice di diritto canonico è quello di impotenza che al can. 1084, § 1, così viene definito: "l'impotenza copulativa antecedente e perpetua, sia da parte dell'uomo, sia da parte della donna, assoluta o relativa, per sua stessa natura rende nullo il matrimonio".

In altre parole il soggetto affetto da impotenza è considerato dal diritto come incapace a contrarre il matrimonio e, qualora questo dovesse venire comunque celebrato, il vincolo coniugale non potrebbe che essere irritato e nullo. Si tenga presente che in diritto canonico il termine *incapax* ha un significato diverso da quello di *inhabiles*: il primo riguarda l'impossibilità del soggetto a contrarre matrimonio, il secondo viceversa un soggetto capace, ma inabile a esprimere il consenso, anche se il can. 1095 usa l'espressione "*incapaces sunt*".

Il canone come sopra riportato dà una definizione molto scarsa dell'impotenza e quindi, richiamandosi alla *copula perfecta* consumativa del matrimonio, si tratta di specificare e precisare tale impedimento.

È opportuna una prima osservazione preliminare. Il codice del 1917 al can. 1068, disponeva che l'impotenza: "*matrimonium ipso naturae iure dirimit*" e cioè considerava che l'impedimento consistesse in un vero e proprio divieto di diritto naturale. Più prudentemente la norma del codice attuale recita: "*matrimonium ex ipsa eius natura dirimit*". Quindi non più un impedimento di diritto naturale, ma solo attinente alla natura del matrimonio che, secondo la mia modesta opinione, non è di diritto naturale, ma solo, sia da parte confessionale che laica, una costruzione, una sovrastruttura giuridica alla preesistente famiglia che



viceversa è di diritto naturale, il *seminarium rei publicae*. Differenza di non poco conto, anche se oggi qualsiasi famiglia, in senso stretto, si fonda sul matrimonio.

Anzitutto sotto il profilo giuridico l'impotenza perde la sua oggettività nel senso che, non essendo più di diritto naturale, scelta legittima del legislatore canonico, il nuovo codice non ritiene più che l'impedimento operi *in sé*, anche se sconosciuto dall'altro coniuge avendo eliminato l'inciso "*sive alteri cognita sive non*". Nonostante la nuova definizione, i canonisti attuali come quelli precedenti, *iure codicis*, continuano a considerare l'impotenza come un impedimento oggettivo e cioè come un qualcosa stabilito dalle legge naturale, dato, che per loro, il matrimonio non è solo di diritto naturale, ma anche di diritto divino positivo e quindi trattasi di un impedimento che non ammette deroghe attraverso la concessione di una dispensa.

In un mio lungo studio di poco successivo all'emanazione del Decreto della S. Congregazione per la dottrina della fede del 13 maggio 1977 con particolare riguardo all'impotenza maschile, dopo aver esaminato tale decreto e il breve *Cum frequenter* di Sisto V, osservavo che "il concetto di impotenza già superato lo stato di coma irreversibile, sarebbe tenuto in vita solo da un pietoso e anacronistico polmone d'acciaio"¹.

2 - Il Codex del 1983 con brevi richiami storici

Ora, non solo per le novità del nuovo codice, anche relative alla sterilità (can. 1084,3), ma per la lettura che ne hanno dato le teorie personaliste, per un approfondito esame da parte di psichiatri e psicologi e per l'evolversi della dottrina e della giurisprudenza, adesso questa mia osservazione fatta più di trent'anni fa sembra quanto mai attuale.

Il problema dell'impotenza è troppo noto ed è quindi inutile continuare a disquisire in questa sede sulla *foemina excisa*, come anche sul *verum semen* e, dopo il Decreto della S. Congregazione per la dottrina della fede, su una *quaedam seminatio*. In altre parole seguendo il pensiero degli scolastici, l'impotenza non potrà più essere considerata come dirimente il matrimonio solo se ignorata da entrambi e dall'altro coniuge al momento del *fieri contractus* e "unicamente sotto il profilo dell'*error qualitatis* e della *ratio damni et iniuriae* del medesimo"².

¹ A. D'AVACK, *Innovazioni in tema di defectus corporis*, in *Studi in onore di M. Magliocchetti*, Officium Libri Cattolici, Roma, 1982, p. 279.

² P.A. D'AVACK, *Il problema dell'impotenza nel matrimonio canonico*, in *Revue de droit canonique*, 1978, p. 127.



Del resto basti pensare che gli scolastici ammettevano gli impotenti al matrimonio e la Chiesa ha sempre sostenuto, in virtù del principio supremo della *salus animarum* e quindi della grazia sacramentale, la piena validità dei matrimoni contratti in tarda età ove si presuppone non vi sia più l'erezione maschile, dato che il nubente si ritiene idoneo, anche sessualmente finché non venga provato il contrario applicando il principio sacramentale e quindi quello di un atto *operans gratiam ex opere operato*, nonché tralasciando altri casi minori quali quello in *periculo mortis* dove difficilmente si può parlare di copula coniugale (can. 1116-1117).

Contrariamente a quanto avviene nel diritto civile, che considera l'impotenza come un semplice vizio del consenso (errore) in diritto canonico, essendo comprimari il *bonum prolis* e il *bonum coniugum* da attuarsi anche attraverso l'unione e l'integrazione nella sfera sessuale, l'impedimento di impotenza se è antecedente e perpetuo rende irritato e nullo il vincolo coniugale.

Attributi essenziali dell'impotenza che, a mio avviso, entrano pienamente in crisi per i progressi della scienza medica che hanno ridimensionato non tanto la sua stessa natura fisiologica quanto la sua qualifica giuridica, spostando concettualmente l'impotenza funzionale e psichica in vari tipi di patologie curabili e quindi portando, sotto il profilo giuridico, a far rientrare l'impotenza nel quadro più generale di coloro che "non possono assumere gli obblighi essenziali del matrimonio (can. 1095,3)" come ad esempio nell'eiaculazione *ante portas*.

Come si vede uno spostamento concettuale dal soggetto all'oggetto del consenso.

Desidero comunque ricordare che per lungo tempo la nozione di impotenza, soprattutto psichica e funzionale, date le cognizioni mediche dell'epoca si presentava in maniera dubbia e incerta, tendendo a volte ad addossarne l'origine a fattori magici o demoniaci, in sostanza a un *maleficium* che richiedeva un *contrarium maleficium*, o ricorrendo alla dispensa del *matrimonio rato et non consummato*.

L'antica massima è riportata dal d'Avack e cioè che l'impotenza può essere di due tipi "*naturalis si ex innata corporis affectione, seu ex nativo vitio ortum habet; accidentalis, si homini, natura patenti, ex morbo, ex curationes manus seu operatione chirurgica et forte, vel aint veteres, ex maleficio diabolico manet*"³.

³ Cfr. P.A. D'AVACK, *Corso di diritto canonico, Il matrimonio*, I, Giuffrè, Milano, 1961, p. 205.



3 - Il *verum semen* e la vasectomia

Prima però di esaminare *ex professo* il problema relativo all'antecedenza e alla perpetuità è necessario ricordare che deve trattarsi sempre e soltanto di *impotentia coeundi*, consistente da parte dell'uomo nella penetrazione del membro virile in vagina e dalla emissione nella stessa anche di un seme non qualificato e da parte della donna l'esistenza e la pervietà della vagina.

Il non considerare più il *verum semen* come l'elemento essenziale della copula coniugale ha portato alla conseguenza, a differenza del *breve sistino*, di considerare abili al matrimonio i vasectomici e cioè quelli che hanno subito un'operazione che ha loro occluso le vie spermatiche, raramente per ragioni di salute, più spesso per evitare o limitare la procreazione.

Del resto sono passati i tempi delle sterilizzazioni di massa di hitleriana memoria. In sostanza, con la nuova definizione del matrimonio (*consortium totius vitae*) con aggiungere, anzi anteporre, il *bonum coniugum* al *bonum prolis* (can. 1055, § 1) e con l'innovativa strutturazione della copula da compiersi *humano modo* (can. 1061), i vasectomici non sono più considerati impotenti perché capaci al desiderio sessuale che consente la penetrazione *in vase debito*; tutt'al più il vasectomico potrà, non sempre, essere preso in considerazione per un altro capo di nullità: *l'exclusio boni prolis*

E non di una semplice *impotentia generandi* come dispone il terzo paragrafo del canone 1984 nel senso che la sterilità non costituisce un impedimento atto a far venire meno la validità del vincolo, salvo che non sia dolosamente occultata, concetto sul quale tornerò in seguito.

Non è quindi necessario che nella donna vi siano gli organi deputati alla generazione, ma con una distinzione che mi lascia perplesso: si considera atta al coito la donna alla quale sia stata resa con un intervento chirurgico la pervietà della vagina; viceversa inadatta tutte le volte che sia è dovuto ricorrere a una sua vera e propria costruzione mediante la chirurgia plastica e cioè, a una costruzione *ex novo* della vagina prima carente.

Si può anche aggiungere che la Chiesa considera non validi i matrimoni tra uno o due transessuali, ma non tanto per l'impedimento di impotenza, quanto per il fatto che nessuno è autorizzato a mutare il sesso che gli ha fornito la natura e quindi prestabilito dal Creatore.

Il codice al canone 1084,1 dispone anche che l'impotenza, per dirimere il matrimonio possa essere sia assoluta (*erga omnes*), sia relativa cioè solo nei confronti del coniuge che può raramente essere di



origine organica, ad esempio la sproporzione degli organi genitali o malformazioni anatomiche, quasi sempre di natura psichica come in quei casi nei quali la mancanza di erezione o di eiaculazione *ante portas* da parte dell'uomo o di vaginismo della donna che consiste in una forte paura o dolore, dipendente alla penetrazione del membro maschile; problemi che, come si vedrà in seguito, pongono seri problemi soprattutto sulla perpetuità dell'impotenza anche se dato il loro protrarsi nel tempo nonostante le cure mediche, non solo farmacologiche, ma anche psichiatriche e psicologiche, si propende per l'inemendabilità dell'impedimento e, in particolare il Moneta ha osservato che "nel caso di impotenza psichica relativa inveterata, ipotizzare una guarigione significa porsi fuori dalla realtà"⁴.

4 - Impotenza assoluta e relativa, organica e psichica

Quanto detto porta ad una necessaria riflessione sui mezzi chimici che aiutano l'erezione maschile, ad esempio il "viagra". In proposito per la dottrina e la giurisprudenza attuali, l'impotenza erettile maschile si considera perpetua quando l'uomo, solo con l'uso ripetuto del farmaco, riesce ad avere una *copula perfecta* che comporti *humano modo l'immissio penis in vagina* e una vaga eiaculazione nella stessa.

Viceversa non può considerarsi impotente l'uomo che con una terapia farmacologica possa aiutare a superare, sia pure in modo saltuario, il fatto di avere rapporti sessuali completi, la possibilità dei quali non deve dipendere dall'assunzione del farmaco.

Distinzione machiavellica che a me non convince, anche se bisogna osservare che è una problematica particolarmente complessa e che quelli riportati sopra sono solo criteri orientativi in attesa di una maggiore e più approfondita valutazione da parte dei dottori del diritto e della giurisprudenza canonica.

Si deve ancora osservare che, ai sensi delle norme generali per le quali la leggi irritanti o inabilitanti in caso di dubbio di diritto *non urgent* (can. 14), per quanto riguarda l'impedimento di impotenza vi è una precisa specificazione dettata dal secondo paragrafo del canone 1084: "*Si impedimentum impotentiae dubium sit, sive dubio iuris sive dubio facti, matrimonium non est impediendum nec, stante dubio, nullum declarandum*".

Come si vede un'altra applicazione del principio del *favor matrimonii* che mette in seria discussione gli attributi essenziali

⁴ P. MONETA, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, ECIG, Genova, 1997, p. 172.



dell'impedimento e cioè l'antecedenza e la perpetuità; concetti che ho lasciato in sospeso e tratterò più tardi.

5 - La copula coniugale

Nelle cause di impotenza è necessario l'intervento dei periti, medici, psichiatri, psicologi, i quali danno un giudizio di certezza scientifica nel caso di impotenza organica, anche se non sempre, mentre per quanto attiene alla impotenza funzionale o psichica, il perito può dare solo un giudizio di probabilità. Ribadisco che, oggi, il nuovo modello normativo del matrimonio e il nuovo concetto di impotenza che deve essere integrato fino a ricomprendere l'incapacità ad assumere gli *officia coniugalia* tra i quali si annovera anche l'*obligatio ad communionem vitae* (can. 1055, § 1).

L'impotenza diventa quindi sempre di più un concetto riflesso rispetto alla copula coniugale il quale ultimo si informa ai beni essenziali del matrimonio, *bonum prolis e bonum coniugum* il quale ultimo comprende il fine secondario del codice piano-benedettino e cioè il *mutuum adiutorium* e il *remedium concupiscentiae* e quindi deve essere inteso come un'unità non solo fisiologica, ma anche spirituale fino alla consumazione esistenziale e nella fede che, per sua stessa natura, è difficile possa realizzarsi con il primo atto, ma tende a perfezionarsi con il succedersi dei rapporti coniugali⁵.

Un'unione quindi che non richiede più soltanto l'unione dei corpi, ma anche quella dei sentimenti, sia nel piano materiale o esistenziale, sia su quello ontologico, realizzando quindi una piena comunione personale e una stabile armonia coniugale⁶.

La copula quindi non deve essere soltanto *utilis*, ma anche *unitiva e satiativa* e il Navarrete ritiene che per l'integrazione del concetto di *consummatio matrimonii* si debba tenere conto di entrambi gli aspetti e questo perché l'atto sessuale nel suo porsi in essere nell'*humano modo* di cui al can. 1061 e quindi, contrariamente a quanto aveva sostenuto nel

⁵ Cfr. M.F. POMPEDDA, *Annotazioni sul diritto matrimoniale nel nuovo codice di diritto canonico, impedimento di impotenza*, in Z. GROCHOLEWSKI, M.F. POMPEDDA, C. ZAGOIA, *Il matrimonio sul nuovo codice di diritto canonico*, Cedam, Padova, 1984, p. 153-165.

⁶ BERDAN, *Réinterprétation existentielle et dans la foi de la législation canonique concernant l'indissolubilité du mariage chrétien*, in *Revue de droit canonique*, 1971, p. 265 ss.



suo noto passo lo Jemolo, deve essere espletato *absque violentia psychica et cum animo maritali*⁷.

E in proposito è stato osservato che si dovrebbe distinguere la potenza sessuale dalla capacità di compiere la congiunzione sessuale *humano modo*⁸.

6 - Il bonum coniugum

Mi sono sempre domandato se la dizione *humano modo* possa far sì che anche nel *bonum coniugum* sia possibile la distinzione classica dell'*actio humana* rispetto all'*actio naturae* e sotto il profilo del *bonum prolis* possano trovare, sempre nell'ambito del *bonum coniugum* applicazione le altre distinzioni, quali quella della *proles in suo principio* e della *proles in se ipsa* e cioè della effettiva nascita dei figli, nonché quella relativa al fatto che "il sacramento-contratto matrimoniale ha il compito e lo scopo di conferire ai coniugi non già una *mutua potestas ad generationem*, ma piuttosto una *mutua potestas ad copulam de se aptam ad generationem*, permettendo loro di acquistare immediatamente il diritto a porre gli atti sessuali idonei a procreare e solo mediamente e consequenzialmente di acquistare il diritto alla *procreatio* stessa⁹.

Norme classiche ancora vigenti rispetto all'impedimento di impotenza e al *bonum prolis* che però a mio avviso non trovano spazio nel *bonum coniugum* dato, come sopra precisato, che l'unione sessuale dei coniugi tende sempre, sotto il profilo ontologico a perfezionarsi di continuo con la ripetuta assistenza, integrazione e comprensione e quindi il diritto si acquista con lo stesso consenso e a tale diritto potrebbe essere solo applicabile la distinzione fra *jus* ed *exercitium juris*, ma tale distinzione non riguarda più l'impotenza, ma solo l'esclusione del *bonum coniugum*, se non del *bonum prolis*.

7 - Antecedenza e perpetuità

Chiariti questi vari concetti si può ritornare agli attributi essenziali al concetto di impotenza, l'antecedenza e la perpetuità, non la certezza perché si è già visto che sia in *dubio juris* che in *dubio facti* non si può impedire il matrimonio, né si può dichiararlo nullo.

⁷ Cfr. V. NAVARRETE, *De notione et affectibus consummationis matrimonii*, in *Periodica de re mirali canonica liturgica*, 1970, p. 619-660.

⁸ ID., *ibidem*.

⁹ Cfr. M.F. POMPEDDA, *Annotazioni sul diritto matrimoniale*, cit., p. 143.



Per quanto attiene all'antecedenza e alla perpetuità, tali caratteristiche integranti l'impotenza sono diventate sempre più evanescenti in un giudizio peritale di probabilità, dati i progressi della scienza medica e psichiatrica e della psicologia che hanno ridimensionato, se non messo in crisi, non tanto la natura fisiologica dell'impotenza, ma anche quella giuridica.

Di per sé il giudizio sull'emendabilità o meno del difetto, organico o psichico, è di natura squisitamente tecnico, anche se vi sono delle presunzioni *iuris tantum* favorevoli e contrarie, ma l'impotenza funzionale difficilmente può essere perpetua, dato che cure adeguate possono guarirne quasi tutte le forme, giudizio che può variare secondo le varie eziologie del fenomeno morboso che ne è la causa e secondo il decorso del processo patologico che l'accompagna e della distanza della denuncia del vizio dalla celebrazione; dal punto di vista giuridico occorre considerare se tale difetto era suscettibile di guarigione nel momento dello scambio del consenso¹⁰.

L'antecedenza è comune a tutti gli impedimenti, in quanto tali devono di necessità sussistere al momento in cui si perfeziona il *foedus coniugalis*, mentre la perpetuità è propria dell'impotenza stessa e sta a significare che il difetto non è sanabile con mezzi ordinari, leciti e non pericolosi.

Il principio di precedenza è evidente data l'ininfluenza sulla validità del vincolo di un'impotenza sopravvenuta dopo la celebrazione dello stesso, ad esempio, per incidente o malattia. Nel caso in cui l'impotenza si manifesti al momento del primo o dei primi rapporti fra persone che prima della celebrazione nuziale non ne avevano mai avuti, senza la presenza di malattie idonee a ingenerare l'impedimento o di traumi atti a provocarlo, scatta, sia in medicina che in diritto, la *praesumptio iuris tantum* che l'impotenza sia antecedente.

Per l'esattezza si deve distinguere fra *impotentia naturalis* e *accidentalis* nel senso che l'antecedenza è dimostrabile quando può essere condotta a cause precedenti il matrimonio, discorso relativamente facile in casi di impotenza organica, molto più difficile nei casi di impotenza psichica. Ma anche in questi ultimi casi "soccorre, tuttavia, la presunzione comunemente ammessa in giurisprudenza, che fa ritenere antecedente quell'impotenza che si manifesta al primo tentativo di rapporto coniugale compiuto successivamente alla celebrazione nuziale"¹¹.

¹⁰ Dottrina e giurisprudenza conformi; in particolare cfr. SRR decisiones *coram* Pinto del 25.01.1985, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1986, II, p. 395 ss.

¹¹ P. MONETA, *Il matrimonio*, cit., p. 71.



La perpetuità che, come già osservato è riferita solo all'impedimento di impotenza, consiste in una capacità *ad esse* e quindi riferita a tutta la vita matrimoniale e non soltanto ad alcuni periodi della stessa e cioè quella che non sia suscettibile di guarigione spontanea o col trascorrere del tempo, né con mezzi chirurgici e/o farmacologici, né con terapie psichiatriche o psicologiche che possano mettere in pericolo la vita o la salute del soggetto affettone e cioè tutte le volte che può essere curata *mediis ordinariis licitis et sine probabili vitae periculo aut sine gravi damno salutis*.

Come per l'antecedenza il giudizio sulla perpetuità deve essere valutato al momento del *fieri contractus*: poco infatti interessa che un'impotenza ritenuta non curabile al momento del matrimonio, trovi un rimedio successivo e una impotenza correggibile all'atto del matrimonio non lo sia più al momento del processo di nullità.

8 - Sterilità

Chiarite le caratteristiche e le presunzioni che regolano nel diritto canonico in via generale le caratteristiche essenziali dell'impedimento di impotenza, prima di passare ad alcune osservazioni pratiche è necessario esaminare il concetto di sterilità e quindi non della *incapacitas coeundi*, ma dell'*inaptitudo ad generandam prolem*.

Già a norma del vecchio codice era sancito, al can. 1068,3 che "*sterilitas matrimonium nec dirimit nec impedit*". A questa formula il can. 1084, § 3 del nuovo codice, aggiunge: "*firmiter praescripto can. 1098*" che a sua volta dispone: "chi celebra il matrimonio raggirato con dolo ordito per ottenerne il consenso, circa una qualità dell'altra parte (?), che per sua natura può perturbare gravemente la comunità di vita coniugale, contrae invalidamente".

A me la dizione di questo canone non è mai piaciuta; non ho mai capito perché la sterilità debba essere l'unico caso di dolo specifico, quando a volte il soggetto, uomo o donna che sia, incapace di procreare non sa nemmeno prima delle nozze di essere sterile. Avrei preferito che la sterilità, se ignorata, venisse considerata come un semplice *error in qualitate personae*, se viceversa, era conosciuta e taciuta, si è sempre nell'ambito dell'errore, sia pure aggravato dal dolo.

In entrambi i casi il matrimonio è comunque irritato, sempre e soltanto se i coniugi intendono far valere la nullità. Quello che però è importante notare è che la sterilità, nella *mens legislatoris*, non è più uno pseudo impedimento, ma nulla ha a che fare con la validità del vincolo, e affinché, in caso di *impotentia generandi*, il matrimonio possa essere



dichiarato nullo, con una virata di 180 gradi, è stato spostato il non impedimento dal soggetto a un vizio del consenso per una mancanza del suo oggetto.

9 - Impedimento o vizio del consenso

Sono così arrivato a quest'ultima parte che rispecchia il titolo del mio lavoro. Inizio dall'ultimo concetto: la traslazione dell'impotenza da un impedimento soggettivo a un vizio del consenso da parte del coniuge che la ignora, soprattutto da più di sei lustri, e cioè dopo il decreto della S. Congregazione per la dottrina della fede del 13 maggio 1977, che esige solo una *quaedam seminatio ordinaria* e non più l'emissione del *verum semen in testiculibus elaboratum*.

A questo proposito si deve osservare che non è del tutto pacifica nella dottrina la natura dell'impotenza. Ma nemmeno in quella dei *consultores* e infatti, già negli studi per la predisposizione del nuovo codice, non mancò chi suggerì di collocare l'impotenza sotto il profilo dei vizi del consenso, nella fattispecie circa l'errore sulla qualità della persona¹².

Come si sa il legislatore ha deciso di continuare a considerare l'impotenza come un impedimento e alcuni dottori concordano con l'impostazione del codice sostenendo in sintesi che, proprio per il suo valore oggettivo, l'impotenza non si riferisce a mancanza di ordine spirituale, quanto piuttosto a deficienze di ordine fisico¹³.

A mio avviso più correttamente coloro che ritengono esattamente il contrario come il d'Avack, che, partendo dal presupposto che "l'impotenza sia un impedimento meramente ecclesiastico e non di diritto divino, ha manifestato la sua convinzione che, *de iure condendo*, l'impotenza, in armonia con il pensiero degli scolastici, potrà essere considerata dirimente il matrimonio solo se ignorata dall'altro coniuge *in actu matrimonii* e unicamente sotto il profilo dell'*error qualitatis e della ratio damni et iniuriae* del medesimo¹⁴.

Tale opinione è stata anche condivisa ancor prima della emanazione del nuovo codice, dalla Fumagalli Carulli che, in prospettiva *de iure condendo*, ha osservato "che l'impotenza non debba

¹² Cfr., sia pure con riferimento alla sola sterilità e non all'impotenza, il can. 284, § 3 dello Schema, in *Communicationes*, 1975, p. 58 ss e 1977, p. 361.

¹³ Cfr. F. ARNAR, *El nuevo derecho matrimonial canonico*, Universitat Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1985, p. 205 e ss.; E. VITALI, S. BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2007.

¹⁴ P.A. D'AVACK, *Il problema dell'impotenza*, cit., p. 127.



più essere considerata come elemento oggettivo di incapacità, ma debba avere rilievo solo se essa sia oggetto d'errore, analogamente alla legislazione civile italiana attualmente vigente"¹⁵.

Così ragionando, sempre che il legislatore canonico mantenga l'impotenza fra gli impedimenti, non si potrebbe più ragionare nel senso che l'impotenza in quanto legata alla stessa natura del matrimonio, dato che analogo discorso potrebbe farsi per altre patologie e tutte le parafilie, ad es. l'omosessualità, l'impedimento perderebbe la sua natura oggettiva nel senso che non dovrebbe più operare la sua caratteristica "*sive cognito, sive non*", ma solo nei casi in cui uno o entrambi i coniugi non erano a conoscenza dell'impedimento stesso e quindi il vincolo sarebbe suscettibile di nullità per difetto di consenso e di deroghe con la concessione di una dispensa.

E, in effetti, il codice civile italiano con la novella del 1975, la c.d. "riforma del diritto di famiglia", ha eliminato l'impotenza tra gli impedimenti dirimenti il matrimonio: nello stesso testo dell'articolo lo ha svilito a un semplice "errore essenziale su qualità personali dell'altro coniuge" che "è essenziale quando accerti, qualora, tenute presenti le condizioni dell'altro coniuge, che le stesse non avrebbero portato il suo consenso se le avesse esattamente conosciute e purché l'errore riguardi: 1) "l'esistenza di una malattia fisica o psichica o di un'anomalia o deviazione sessuale tali da impedire lo svolgimento della vita coniugale" (art. 122, 3, n. 1, c.c.).

Ora bisogna stare attenti alla differenza fra il diritto civile e il diritto canonico. Mentre in diritto civile il vincolo può essere annullato per una misconosciuta "malattia fisica o psichica o di una anomalia o deviazione sessuale", in diritto canonico possano darsi due distinti capi di nullità: o l'*error qualitatis*, già esaminato, o il disposto del can. 1095, § 3: *sunt incapaces matrimonii contrahendi ... 3) coloro che per causa di natura psichica non possono assumere gli obblighi essenziali del matrimonio*". È evidente, *ictu oculi*, la differenza fra le due legislazioni: in quella canonica si parla solo di *causae naturae psychicae*, mentre in diritto civile si parla anche di "malattie fisiche o anomalie sessuali".

Ma il legislatore canonico ha fatto un po' di confusione. Se però si riflette sul can. 1098 "chi celebra il matrimonio raggirato dal dolo ordito per ottenere il consenso, *circa aliquam alterius partis qualitatem, quae suapte natura consortium vitae coniugalis graviter perturbare potest, contrae invalidamente*". Ne segue che il can. 1098 che precisa il precedente can. 1095 estendendo le patologie psichiche a qualsiasi

¹⁵ O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico dopo il Concilio*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 72.



causa che turbi l'ordine spirituale e ontologico, comprese le parafilie sessuali, ricomprendendole sempre nell'ambito del consenso.

10 - Divagazioni medico-giuridiche

Ma la cosa strana che la dottrina e la giurisprudenza canonica fanno rientrare nel canone 1095 qualsiasi anomalia psico-sessuale che ha origine per lo più psichica, ma si risolve in una parafilia, per lo più curabile con farmaci, sedute psichiatriche o psicologiche, quali ad esempio il feticismo, l'omosessualità, la ninfomania, la satiriasi, l'alcoolismo, l'isteria, l'anoressia, la bulimia ... e l'im maturità affettiva.

Dato che è assodato che l'impotenza funzionale spesso dipende da fattori psichici emendabili, è opportuno esaminarla in relazione a tali patologie, il che è indispensabile dato che la copula deve essere consumata "*humano modo*" ai sensi del can. 1061.

In proposito ho già osservato che vi è stata una virata di 180 gradi nel senso che si è passati da una visione tipicamente statica e fisica e cioè "*del non poter fare*" a un'altra più spirituale dinamica del "*non poter essere con l'altro*" e cioè da una disfunzione di uno o più componenti l'attività sessuale a un disturbo della personalità. Si pensi, per fare un primo esempio, al caso della iperestesia (satiriasi o ninfomania) caratterizzata dalle note della inemendabilità, non elettività, insaziabilità, e che però, se conosciuta prima del matrimonio dal soggetto che ne è affetto, può anche portare all'esclusione del *bonum fidei* e quindi alla nullità del matrimonio.

In questo caso infatti si è portati al "*fare*" l'atto sessuale, ma, per quanto appena sopra dedotto, si appaga solo un desiderio irrefrenabile, spesso in rapporti occasionali: un modo non veramente umano perché in questi casi il soggetto rimane ancorato al suo io, preoccupato solo del suo irrefrenabile stimolo e non ha alcun impulso, tanto meno volitivo, di aprirsi con l'altro.

È quindi un disturbo tale da comportare una sregolatezza nel comportamento sessuale per l'eccessiva intensità delle sollecitazioni dell'organo e l'insufficienza di normali processi inibitori o di una incapacità di valutazione etica e critica.

Viceversa, salvo che non appaia fin dal primo atto coniugale non è antecedente l'ipoestesia sessuale sia nell'uomo che nella donna e non è considerata impotenza, ma può rientrare nell'ampia fattispecie prevista dal can. 1095, § 3, dato che si tratta di soggetti che non godono dei normali stimoli sessuali, né hanno manifestazioni genitali spontanee o sogni erotici, così che il loro rapporto coniugale è assente o molto



ridotto al punto da appiattirsi in una convivenza del tutto convenzionale, senza alcuno slancio interpersonale e affettivo.

Ipoestesia, o se si preferisce, anoressia sessuale, che porta naturalmente all'assenza di un desiderio al coito e alla mancanza di sensazioni piacevoli durante lo stesso, dovute a turbe depressive, isteria, nevrosi ossessive e fobiche ... tutte di origine psichica e da qui il rinvio al can. 1095, § 3.

Quello che viceversa, caso ormai rarissimo: si pensi ai matrimoni combinati dalle famiglie, come avviene ancora in altre culture, o quelli per procuratore senza che i due sposi si conoscano, è il caso relativo all'avversione sessuale: può darsi cioè il caso che un coniuge, trovi l'altro ripugnante sotto l'aspetto fisico e quindi non riesca a consumare il matrimonio, anche se normalmente è atto a compiere l'atto copulativo con altri soggetti; non riguarda l'impotenza, ma un *error in personam* o in *qualitatem personae*.

Fobie relative al coito comunque presenti in alcuni casi e in alcune situazioni di angoscia, soprattutto presenti nel sesso femminile quali il timore che da tale atto possa derivare un dolore e comunque un danno con la conseguenza che al fisiologico *desiderium copulandi*, si sovrappone un opposto anti-desiderio che suscita la contrazione dei muscoli adduttori delle cosce (*custodes virginatit*). Questa paura irrazionale, per lo più derivata da cause remote, incesti o stupri subiti nell'infanzia, aborti involontari con conseguenti sensi di colpa, precedenti esperienze negative, è per lo più emendabile, non ha nulla a che vedere con il vaginismo consistente nel dolore generato nella *penetratio penis*. Non mancano in letteratura episodi di difesa, anche violenti con femminili mutilazioni o omicidi attentati o effettuati.

Analogo discorso può farsi per l'infibulazione che comporta la mancanza di piacere orgasmico. In tali casi il matrimonio è nullo non tanto ex parte *impotentia mulieris*, quanto per l'*incapacitatem copulandi humano modo* o per *error qualitatis*.

A questo punto interessano meno le cause di ordine psichico che possono portare a un'impotenza funzionale, quali la nevrosi, i disturbi d'ansia, la schizofrenia, le psicosi dissociative, i disturbi dell'uomo e della personalità, la parafilia, l'omosessualità che potrebbero indicare una situazione patologica che influisce sulla sfera sessuale, dato che la nuova visione del matrimonio con l'introduzione del *bonum coniugum* (can. 1055, § 1), del can. 1095 e in parte del can. 1098 considera l'impotenza più come una *patologia dell'essere che non del fare*. Ma proprio in quanto patologia dell'essere spesso viene assorbita nei paragrafi 2 e 3 dei can. 1095 o nell'*error qualitatis* (can. 1097, §2) e soprattutto nel can. 1098.



11 - Immaturità affettiva

Fra i disturbi della sessualità, quello che oggi assume un rilievo particolare è l'immaturità affettiva sulla quale è opportuno spendere qualche parola anche se non è la sede esatta per un esame approfondito. In termini generali l'immaturità psico-affettiva può definirsi quello stato nel quale si trova un soggetto che, pur avendo raggiunto un'età cronologicamente adulta, non è riuscito a raggiungere una maturità corrispondente. Si tratta dunque di un fallimento sul fronte evolutivo-emozionale nel compiere il passaggio dall'età adolescenziale all'età adulta¹⁶.

Tale significato psicologico non coincide con quello giuridico: il legislatore canonico non ha adottato il termine *maturitas*, ma quello di *discretio iudicii* (can. 1095,2) dando così la prevalenza a una categoria generale rispetto alle suddivisioni della psicologia. Tale *immaturitas affectiva*, *rectius defectus discretionis iudicii*, è sufficiente che sia presente al momento del *fieri contractus* e pertanto non è soggetta alla nota della perpetuità: "*homo viator ceterum definitam maturitatem valet usque ad vitae suae extremum; maturitas autem, si magistros psychologos audiamus, alia pro alia hominis aetate et conditione extat, atque ideoquam indefinitum dicit*"¹⁷.

La correlazione fra impotenza psichica e immaturità è stata oggetto di molteplici riflessioni sia nella dottrina canonica che in giurisprudenza, la quale si è spesso espressa in modo molto significativo al punto che il disturbo sessuale e cioè anche l'incapacità di porre l'atto *humano modo*, vien riportato a una disfunzione di tutto l'organismo, disfunzione assimilabile al concetto psichiatrico di immaturità, inteso come integrazione inadeguata.

Considerando la particolare importanza della sessualità, intesa come costituente fondamentale della persona umana, la disfunzione sessuale su base psichica può quindi rinviare a un disturbo del processo di maturazione ed è in questo contesto che deve essere analizzato, anche ai fini di certa impotenza funzionale.

12 - Sintesi

¹⁶ A. AMATI, *L'immaturità psico-affettiva e matrimonio canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2009, p. 123.

¹⁷ R.R. *Decisiones* del 30 maggio 1987, XVI, c. Fiore, p. 342, n. 19.



Crepuscolo dell'impotenza perché come si è visto ormai si tende a minimizzarne la portata preferendo soprattutto, cosa frequente, quando la nota della perpetuità è incerta, riportarla sotto altri capi di nullità, siano essi *il defectus discretionis iudici* o *l'incapacitas assumendi* sia in alcuni casi *l'error in personam* o *in qualitatem personae*, magari aggravato da dolo, sia in altri ad una *exclusio boni prolis vel fidei* nei casi di vasectomia o iperestesia.

Ma per completare il discorso sono ancora necessarie tre osservazioni. Ai sensi del secondo paragrafo del canone 1084: "*sterilitas matrimonium nec prohibet nec dirimit*" in perfetta assonanza con il can. 1068, § 3 del codice del '17, ma aggiunge "*firmiter praescripto can. 1098*" per il quale contrae invalidamente il soggetto *dolum patiens* che ignora l'esistenza di una qualità negativa "*quae natura consortium vitae coniugaliter graviter perturbare potest*". Questo vuol dire che il legislatore canonico, sia pure per la sola sterilità ha iniziato ad orientarsi nel senso delle legislazioni civili che non danno autonomo rilievo all'impotenza, ma la considerano causa di annullamento del vincolo solo *sub specie erroris*.

Ancora: sempre a causa della maggiore difficoltà a determinare non tanto l'antecedenza, quanto la perpetuità si è dato, come osservato, il massimo rilievo all'*humano modo* nel quale deve compiersi l'atto copulativo e quindi negli ultimi tempi vi è stato una proliferazione della dispensa pontificia *super rato et non consummato*: canone 1142: "*il matrimonio non consumato fra battezzati o tra una parte battezzata ed una non battezzata, per una giusta causa può essere sciolto dal Romano Pontefice, su richiesta di entrambe le parti o di una delle due, anche se l'altra fosse contraria*".

Come si vede, rispetto al codice precedente, non si dice più che "*dissolvitur tum ipso iure per solemnem professionem religiosam*" (cod. 1917, can. 1119).

Infine, con riferimento non alla sola impotenza, ma a tutta la tematica degli impedimenti, la stessa sta subendo una crisi di compressione, quasi a diventare un corpo residuale in un organismo vivente quale è il diritto matrimoniale canonico, tanto è vero che nel 1996 il T.A. della Rota Romana non ha giudicato alcuna causa di nullità per un impedimento dirimente¹⁸.

¹⁸ Riferito in G. MONTINI, *Il diritto matrimoniale canonico*, vol. I, *Gli impedimenti dirimenti in genere* (can. 1073-1076), Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2002, p. 345 e nota 3.



13 - Sanatio in radice e convalidatio simplex

A ciò possono seguire grandi conseguenze sostanziali e processuali qualora non tanto tutti gli *impedimenta*, ma la sola *impotentia*, fosse trasferita nell'ambito del consenso. Non potrà più parlarsi di *convalidatio simplex*, ma di *sanatio in radice* dato che manca o difetta il consenso, la *radix matrimonii*.

Mi spiego meglio: uno stesso matrimonio può risultare valido o nullo a secondo che si guadi alla condizione subbiettiva del nubente nel suo *in facto esse* o che la medesima si cristallizzi al *fieri contractus*. Uno stesso matrimonio può essere sanato in radice, anche *inscia altera parte e sine renovatione consensus* se tale *incapacitas* si considera un impedimento; se viceversa si considera il soggetto inabile a prestare il consenso o se l'impedimento è derubricato a una *carentia*, sottoposta a condizione, o a un *defectus consesus*, non può parlarsi di *sanatio* perché manca la *radix sananda* e cioè il *consensus naturaliter sufficiens*. Infine per la *convalidatio simplex* al cessare dell'impedimento è sufficiente la *renovatio consensus* di entrambi i nubenti; mentre per un difetto o mancanza del consenso è sufficiente un nuovo consenso della *pars nullitatis causa*.

Le implicazioni di carattere formale sono altrettanto evidenti dovendo l'indagine istruttoria accertare la sussistenza e la gravità dell'anomalie psicosessuale attraverso gli elementi probatori propri dei due schemi normativi: attraverso un'indagine anamnestic, diagnostica e pragnostica sul vissuto esistenziale del soggetto in caso di *incapacitas*; viceversa nel caso di *inhabilitas* con un maggior riferimento all'espressione di un valido atto volitivo (*naturaliter sufficiens*) in *actu matrimonii*.

14 - Conclusioni

Capisco, anche se non condivido, l'impostazione del legislatore; in diritto canonico si è partiti dal soggetto e cioè dagli impedimenti: *ex parte personae* (gli attuali), *ex parte consensus* e *ex parte formae* per poi inchinarsi all'onnicomprendivo consenso che oggi sembra assorbire tutto lo scibile giuridico.

Senza ripetere la *vexata quaestio* dell'inclusione dell'*amentia vel dementia* nello schema giuridico degli impedimenti o in quello del consenso, concludo in stretto diritto con delle osservazioni del tutto personali.



A mio sommosso avviso il can. 1095 non doveva essere il primo canone a introdurre la trattazione legislativa del consenso. Il legislatore operando in questo modo, anche se la dizione del comma è *incapaces sunt*, ha creato una vera e propria norma inabilitante lo stesso *iuris subiectus* mentre per logica è il *prae-requisitum ad agendum* e quindi lo stesso *subiectus incapax* rende inutile, rispetto all'*agere* del consenso, qualsiasi indagine sulla validità del medesimo.

In altre parole l'invalidità del vincolo risulta dalla stessa *structura subiecti*, costituita da una patologia organica o funzionale, soggetto che si pone *in se, per se et a priori* rispetto a qualsiasi indagine sul consenso.

In conclusione il problema che dovrà affrontare e approfondire la giurisprudenza e la dottrina canonica, anche in relazione all'Accordo con la Repubblica del 1984, è quello di un *subiectus habilis ad matrimonium contrahendum*, presupposto necessario perché possa esservi un consenso valido, trattandosi di un soggetto che l'ordinamento non abilita ad essere termine di relazione del negozio matrimoniale e quindi a esprimere un valido consenso con una grossa confusione attuale fra incapacità e inabilità come osservato all'inizio.