



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**

**Facoltà di
Giurisprudenza**

Cecilia Natalini

**‘HUMANITATIS RATIO’.
IL PROBLEMA DEL RIFIUTO DELLE CURE
NELLA LETTERATURA DI DIRITTO COMUNE
(SEC. XII-XV)**

2025



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

50

2025

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2025*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-5541-103-5

ISSN 2421-7093

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea
per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli
con ISBN 979-12-235-0138-2

Gennaio 2025

Cecilia Natalini

**‘HUMANITATIS RATIO’.
IL PROBLEMA DEL RIFIUTO DELLE CURE
NELLA LETTERATURA DI DIRITTO COMUNE
(SEC. XII-XV)**

Università degli Studi di Trento 2025

a Bruno

INDICE

| | Pag. |
|--|------|
| 1. PREMESSA | XI |
| CAPITOLO PRIMO | |
| LE PREMESSE | |
| <i>1. Introduzione</i> | 1 |
| <i>2. Le origini</i> | 4 |
| <i>3. (segue) Rufino</i> | 9 |
| <i>4. Da Giovanni Faventino a Stefano Tornacense</i> | 12 |
| <i>5. La sintesi di Simone da Bisignano e il problema specifico dell'omicidio</i> | 14 |
| <i>6. La svolta interpretativa di Ugucione da Pisa</i> | 18 |
| <i>7. (segue) Il medico è tenuto a curare il malato grave che rifiuta di corrispondere l'onorario?</i> | 20 |
| <i>8. (segue) Il medico è tenuto a curare il malato che abbia espressamente dichiarato il diniego?</i> | 22 |
| <i>9. Il problema dell'utilità della cura</i> | 24 |
| <i>10. La debolezza del principio dell'utiliter gerere</i> | 27 |
| CAPITOLO SECONDO | |
| <i>PROHIBITIO E VOLUNTAS DOMINI</i> | |
| <i>1. La dissensio civilistica intorno alla negotiorum gestio pre-stata prohibente domino</i> | 31 |
| <i>2. La serrata accursiana</i> | 37 |
| <i>3. L'arricchimento del dominus nell'interpretatio di Lorenzo Ispano</i> | 40 |
| <i>4. (segue) Dall'utiliter gerere all'utiliter accipere</i> | 42 |
| <i>5. Il rifiuto delle cure tra 'diritto oggettivo' e 'diritto soggettivo'</i> | 45 |

| | Pag. |
|--|------|
| 6. <i>Dall'irrelevanza alla nullità della voluntas del malato nell'interpretatio di Giovanni Teutonico</i> | 47 |
| 7. <i>Le ragioni a favore della tutela del gestor</i> | 54 |
| 8. <i>(segue) Il recupero della tesi di 'Magister M.'</i> | 58 |
| 9. <i>Le ragioni a favore della tutela del dominus</i> | 61 |
| 10. <i>Conclusioni</i> | 63 |

CAPITOLO TERZO

MALATTIA E RAGIONE SECONDO SAN TOMMASO

| | |
|--|----|
| 1. <i>Considerazioni introduttive</i> | 65 |
| 2. <i>Il significato del pati</i> | 69 |
| 3. <i>Passioni ed emozioni</i> | 71 |
| 4. <i>Il dolore: passione del corpo e dell'anima</i> | 72 |
| 5. <i>Gli effetti del dolore e della tristezza sulle capacità cognitive e volitive</i> | 75 |
| 6. <i>(segue) Malattia e voluntas</i> | 77 |
| 7. <i>Voluntas, libero arbitrio e amor</i> | 80 |
| 8. <i>Il medico e l'obbligo della correzione fraterna</i> | 83 |

CAPITOLO QUARTO

LA SALUS COME 'INTERESSE PUBBLICO'

| | |
|---|-----|
| 1. <i>Lo status quaestionis al tramonto della scuola della glossa</i> | 87 |
| 2. <i>'Invitus poterit curari': Guglielmo Durante</i> | 88 |
| 3. <i>Un tornante interpretativo: la questione del 'pericolo grave' in Pillio da Medicina</i> | 91 |
| 4. <i>(segue) Jacques de Revigny</i> | 93 |
| 5. <i>'Reipublicae interest ne quis re sua male utatur': Cino da Pistoia</i> | 97 |
| 6. <i>'Humanitatis ratione': Guido da Baisio</i> | 99 |
| 7. <i>Il 'medicus' di Alberico da Rosciate</i> | 101 |
| 8. <i>'Ut citius moreretur'</i> | 104 |
| 9. <i>'An infirmus peccet non obediendo medico': papa Innocenzo IV</i> | 108 |

INDICE

| | Pag. |
|---|------|
| 10. <i>'Quod tangit personam vel libertatem vel vitam vel civitatem'</i> : Bartolo da Sassoferrato | 110 |
| 11. <i>'Interest rei publice homines viuentes conseruari'</i> : Baldo degli Ubaldi..... | 112 |
| CAPITOLO QUINTO | |
| <i>HUMANITATIS RATIO:</i> | |
| PER UNA CULTURA GIURIDICA DELLA VITA | |
| 1. <i>Tra vecchie e nuove prospettive: Niccolò Tedeschi (Panormitano)</i> | 117 |
| 2. <i>Nuovi spunti interpretativi nel secolo XV</i> | 119 |
| 3. (segue) <i>'Quid si resistat qui damnatus est?'</i> | 121 |
| 4. <i>'Tempore necessitatis'</i> | 124 |
| 5. <i>Il singolo e il collegium</i> | 129 |
| 6. <i>'Correctio fraterna' e censura: Girolamo Cagnolo</i> | 131 |
| 7. <i>La crisi dell'interpretatio medioevale: Andrea Alciato</i> | 133 |
| 8. <i>Il problema dell'efficacia delle cure mediche e la 'riabilitazione' della volontà dell'aegrotus invitus</i> | 139 |
| 9. (segue) <i>'Sunt denique appetendae voluntariae mortis causae quas... honestae vitae reperit ratio'</i> | 144 |
| 10. <i>Verso i tempi nuovi della medicina legale</i> | 148 |
| CAPITOLO SESTO | |
| CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE..... | 151 |
| INDICE DEI NOMI | 163 |

PREMESSA

I motivi occasionali di una ricerca sono i più disparati, talora colgono di sorpresa e fomentano la curiosità di chi indaga. Così è stato per il tema che si propone in questo studio. La consultazione di fonti processualistiche medioevali, sospinta da indagini lontane dalla presente, ha catturato la mia attenzione a proposito di un passaggio dello *Speculum iuris* di Guglielmo Durante in cui si affronta la questione del salario medico. In quest'ambito compare l'espressione *aegrotus invitus* a indicare il malato che non vuole essere curato. E come sempre accade nella miniera inesauribile delle fonti giuridiche medioevali, anche questa volta, tra le righe dello *Speculator*, si è disvelato un mondo: il mondo del pensiero giuridico della cosiddetta età intermedia, pronto e solerte su un argomento che si potrebbe pensare non presente alla coscienza del *magister* dei secoli XII-XIV, o presente nell'ambito esclusivo teologico-canonistico; con la conseguente esclusione di qualunque forma che si possa definire effettivamente argomentativa. Se dunque si fosse convinti della necessità di risalire ai tempi pre e post *ancien régime* per rintracciare la radice storica del problema del rifiuto delle cure mediche, ci si ingannerebbe. L'indagine condotta consente di riannodare i fili della storia: la storia dottrinale, nella quale sono annidati i principi, i valori in cui ogni *civitas* riconosce se stessa. Pur nella consapevolezza di aver affrontato soltanto *per exempla* un tema che spazia invece nel campo di saperi differenti e vasti, dalla filosofia alla teologia al diritto alla sociologia alle neuroscienze, ci si è sforzati di proporre un *iter breve et efficax* delle questioni principali attraverso le quali il diritto medioevale si fa interprete di un ordine giuridico di difficile realizzazione, diviso tra le esigenze della morale religiosa e quelle della morale civile.

L'impegno profuso nelle pagine che seguono si pone nel solco di una visione di fondo esposta con magistrale leggerezza e profondità da Johan Huizinga, alla fine della seconda decade del secolo scorso (*L'autunno del Medioevo*, traduzione dal nederlandese di Franco Paris, Milano, 2020, p. 9):

con questo impegno si sono ricercati i germi della cultura moderna nella civiltà medioevale... in quel periodo che una volta era considerato rigido e desolato, dappertutto si vedevano i sintomi di un mondo nuovo, e tutto pareva indicare una perfezione futura. Tuttavia, nel cercare le tracce della nuova vita che nasceva, si dimenticava facilmente che nella storia come nella natura la morte e la vita procedono sempre di pari passo. Vecchie forme di civiltà si spengono nello stesso tempo e nello stesso luogo nel quale il nuovo trova linfa vitale per svilupparsi.

Il punto di partenza è stato dunque il desiderio di ricostruire la sottile trama della relazione tra il medico e il malato nell'ipotesi malaugurata che quest'ultimo voglia abbandonare le cure. Come si pone l'ordinamento giuridico medioevale di fronte alla scelta di morte? Quali sono i diritti del singolo e della comunità e come si rapportano? Quale è il bene giuridico da tutelare e quali le garanzie da assicurare? Il mondo dello *ius commune* non ha una risposta univoca, si muove tra i diritti non soltanto del singolo ma anche della *civitas*, offre le soluzioni che la cultura del momento suggerisce ma apre al tempo stesso uno spazio di riflessione decontestualizzata largo e ricco.

È vero quanto recentemente è stato rilevato con riguardo a un autore della Seconda Scolastica, da considerare emblema del nuovo mondo moderno [M.S. Testuzza, *“Ius corporis, quasi ius de corpore disponendi”*. *Il Tractatus de potestate in se ipsum di Baltasar Gómez de Amescúa*, Milano, 2016 (Per la storia del pensiero giuridico moderno, 113), p. 22]:

(Baltasar Gómez de Amescúa) lascia intravedere anche una scala di liceità giuridica che accanto agli atti ordinati o proibiti e puniti severamente, a quelli da cui derivano sole conseguenze civili, a quelli proibiti senza sanzione, ammette un larghissimo ambito di atti che per la “legge” dello Stato sono indifferenti, rimessi ad altre sfere di normatività (morale e religione) o permessi più specificatamente nel rispetto dei vincoli ancora più solidi e durevoli di quelli interamente dominati dal diritto. Ad essere tratteggiato dunque è un sensibilissimo luogo di incontro tra soggettività e potere pubblico.

Tutto ciò è vero perché al centro vi è il problema della coscienza. Ma di quale coscienza si tratta? Non direi che possa oggi essere riproposta la coscienza religiosa per via della pluralità di coscienze religiose dell'“homo europaeus”. In mancanza di una base unitaria che possa

estrarre dall'unità di fede l'unità di struttura – secondo l'emblematica sintesi di Manlio Simonetti (*La riflessione teologica dell'Occidente in crisi*, in *L'antico mondo cristiano. Scritti minori*, a cura di G.M. Vian, Roma, 2022, pp. 175-177) – è forse necessario ripensare ai valori davvero unificanti della nostra tradizione occidentale che hanno come pietra d'angolo il *civis*: il *civis* responsabile delle proprie azioni, guidato dall'essere parte di un tutto. La *civitas* può rappresentare la salvezza dell'uomo. La *civitas* che finalizza l'uomo alla vita, non alla morte. La scelta di morte, esclusi i rimedi per la buona morte, inevitabile e sofferta, sembra essere una scelta solo apparentemente libera e di libertà. Perciò la cautela è d'obbligo, non certo perché lo Stato debba perseguire l'interesse a mantenere in vita il soldato, il lavoratore etc., ma perché ha interesse a parteggiare per la vita, a porre in essere tutto ciò che serve per allontanare la morte. Sempre che la medicina e la tecnica non procurino uno stato di vita sofferente, nella quale il supporto della tecnica diviene permanente e 'contro natura'. Si deve accettare la morte come evento naturale, sottratta però alla volontà individuale. Proprio nella sottrazione della scelta di morte alla volontà si manifesta la libertà.

Paolo Prodi (*Homo Europaeus*, Bologna, 2015, p. 120) ha scritto parole efficaci a partire da una considerazione d'ordine generale:

noi uomini d'Occidente, distaccandoci dalla nostra tradizione, stiamo prendendo le distanze dalla coscienza personale e collettiva come scelta tra il male e il bene, dai nostri sensi di colpa, di responsabilità, per entrare in una civiltà ispirata dal computer o da Confucio, o da entrambi, civiltà in cui la «norma a una dimensione» fa coincidere l'essere collettivo con il dover essere e la religione viene ridotta a una religione civica, una civiltà in cui le scelte quotidiane sono sempre meno affidate a un giudizio tra il bene e il male e sempre più ai sondaggi d'opinione o alle statistiche degli scienziati: è lecito abortire (o prendere qualsiasi altra decisione che implichi la vita o la morte) se la percentuale delle probabilità X e Y è superiore o inferiore a Z. In realtà, la scelta di fondo può non essere tra cristianesimo e Islam, ma tra i fondamentalismi, secolarizzati o non, presenti in entrambe le civiltà e la radice dualistica delle grandi religioni monoteiste.

Non senza tener conto di queste riflessioni, si è scelto di entrare nel vivo delle questioni che vedono contrapporsi, pur nell'unità della cultu-

ra di *ius commune*, la matrice canonistica e civilistica. Le ragioni dell'una non sono congruenti con quelle dell'altra: la *correctio fraterna* da prestare al malato *invitus* non trova corrispondenza sul piano dello *ius civile* e anzi, incontra le preclusioni legate a una *negotiorum gestio* intervenuta contro la volontà del *dominus*. Così l'acribia del giurista prende di nuovo le mosse dalla disquisizione sulla validità della *voluntas* del malato. Nel ripercorrere lo sviluppo di questa linea argomentativa si è privilegiata la *querelle* strettamente giuridica, attraverso la quale è possibile rintracciare i criteri di riferimento di un'età della storia fortemente incentrata sul senso comunitario del diritto. Ciò ha permesso di cogliere un aspetto singolare della scienza giuridica tra medioevo e prima età moderna: attraverso l'uso opportuno delle categorie giuridiche, essa garantisce le scelte di fondo dell'ordinamento, di fronte al problema cruciale oggi definito di 'fine vita', additato invece nella letteratura di *ius commune*, a partire da Ruggero Bacone, come problema riferito agli 'ultimi termini naturales' [cfr. A. Paravicini Bagliani, *Ruggero Bacone, Bonifacio VIII e la teoria della "prolongatio vitae"*, in A. Paravicini Bagliani, *Medicina e scienze della natura alla corte dei papi nel Duecento*, Spoleto, 1991 (Biblioteca di Medioevo Latino. Collana della «Società Internazionale per lo Studio del Medioevo Latino», 4), p. 341]: con la sottolineatura evidente del criterio della naturalità – e non della artificialità – con cui ogni questione di morte richiede di essere affrontata.

Al termine di queste ricerche il mio pensiero va certamente agli amici accademici più stretti e agli affetti più vicini con senso di gratitudine, ma sopra ogni altro al mio caro fratello Bruno che, prematuramente, *sapientissimus aequissimo animo mortuus est*.

CAPITOLO PRIMO

LE PREMESSE

SOMMARIO: 1. *Introduzione*. 2. *Le origini*. 3. *(segue) Rufino*. 4. *Da Giovanni Faventino a Stefano Tornacense*. 5. *La sintesi di Simone da Bisignano e il problema specifico dell'omicidio*. 6. *La svolta interpretativa di Ugucione da Pisa*. 7. *(segue) Il medico è tenuto a curare il malato grave che rifiuta di corrispondere l'onorario?* 8. *(segue) Il medico è tenuto a curare il malato che abbia espressamente dichiarato il diniego?* 9. *Il problema dell'utilità della cura*. 10. *La debolezza del principio dell'utiliter gerere*.

1. *Introduzione*

La dottrina giuridica medioevale appare interessata al rifiuto delle cure mediche da parte del malato non in linea retta, ma di riflesso, cioè a dire dal punto di vista del riconoscimento del diritto del medico ad agire in giudizio al fine di recuperare il salario, dopo aver prestato la propria opera a favore di chi non voleva essere assistito (*aegrotus invitus*). Anche solo a partire da qui si riceve l'impressione che l'indagine volta a investigare, in età intermedia, tal genere di diniego non dia luogo a una forzatura. Vero che il rifiuto delle cure è argomento intrinsecamente legato alla nozione moderna di diritto soggettivo, nel quadro del diritto statale. E anche è vero che la resistenza all'intervento medicale appartiene alla nostra sensibilità contemporanea, sospinta com'essa è da un avanzamento tecnico-medico capace di turbare i convincimenti morali più solidi – sia religiosi sia laici – e tale da muovere gli ordinamenti giuridici a deferire talora alla nuova disciplina della bioetica il ruolo di orientamento nella scelta giuridica riguardante i problemi connessi alla volontà del malato contrario all'assunzione delle cure¹. Stori-

¹ Non è questa la sede per affrontare una bibliografia che possa apparire anche solo lontanamente esaustiva sul problema della relazione tra diritto e bioetica, soprattutto con riguardo agli atti di disposizione del proprio corpo. Su quest'ultimo punto bastino

camente la questione si pone a partire dalla differenza e, al tempo stesso, dalla relazione tra i due precetti, morale e civile, che sono all'origine di obbligazioni diverse: l'obbligazione di coscienza e l'obbligazione naturale. La prima «è volta... ad ottenere la compiuta adesione umana dello stesso soggetto destinatario affinché ne risulti arricchita la sua anima... Non è norma di carattere sociale». L'altra, di diritto naturale, «consegue ad una 'conversione' della norma etica... in un precetto di carattere sociale: inteso invece a presidiare l'interesse del prossimo»². Questa distinzione, sorta proprio in seno al pensiero giuridico medioevale, non può dirsi perduta, soprattutto per gli effetti che essa continua a produrre sulla valutazione compiuta dal Legislatore *de iure condendo*. Benché la sensibilità contemporanea spinga verso la laicità del diritto, è evidente che nell'impatto sociale tutto è rimesso in discussione e produce smarrimento. In questo senso, la richiesta di laicità finisce per rappresentare un pericolo – e perciò una fragilità – per l'ordinamento giuridico. Posto che il diritto stesso è innanzitutto *religio*, cioè a dire 'coscienza', va da sé che esso si pone come valore distinto e autonomo, non soltanto in ordine alla religione ma anche in ordine all'assenza di credo religioso, secondo una laicità che nulla spartisce con l'idea di negazione-opposizione del trascendente, ma è affermazione e difesa della *civilitas* incardinata nello *ius hominum causa constitutum*. Presa a riferimento l'acuta distinzione, di Franco Todescan, tra secolarizzazione 'per separazione' e secolarizzazione 'per trasformazione', si potrebbe dire che quest'ultima appare oggi in crisi. Cruciale, soprattutto per le questioni attualmente considerate di bioetica, non è tanto la separazione tra la sfera sacra e la sfera profana (secolarizzazione per separazione), ma piuttosto la creazione di contenuti laici primari, capaci di sintetizza-

le penetranti considerazioni, con riferimenti bibliografici, di M.S. TESTUZZA, "*Ius corporis, quasi ius de corpore disponendi*". *Il Tractatus de potestate in se ipsum di Baltasar Gómez de Amescúa*, Milano, 2016 (Per la storia del pensiero giuridico moderno, 113), pp. 16-18. Per un profilo attuale, tracciato dal punto di vista comparatistico, rinvio agli studi raccolti nel volume G. FORNASARI, L. PICOTTI, S. VINCIGUERRA (a cura di), *Autodeterminazione e aiuto al suicidio. Atti del Convegno svoltosi presso l'Università degli Studi di Verona il 5 e 6 aprile 2019*, Padova, 2019.

² Cfr. P. BELLINI, «*Denunciatio evangelica*» e «*denunciatio judicialis privata*». *Un capitolo di storia disciplinare della Chiesa*, Milano, 1986, p. 5.

re le molte teologie della modernità, ivi incluso l'ateismo religioso (secolarizzazione per trasformazione). Questa crisi – potremmo aggiungere – appare mossa dalla volontaria reazione a quel genere di laicizzazione-secolarizzazione che scaturisce dalla progressiva erosione – è espressione ancora del Todescan – «degli originari contenuti teologici con la sostituzione di nuovi contenuti laici»³. Con questa conseguenza: accettata come universale, separata dal contesto agostiniano in cui ha origine, la massima 'haec est libertas nostra cum isti subdimur veritati'⁴, prende forma il grande problema di sapere quale sia oggi la *veritas* in grado di orientare la scelta normativa.

C'è dunque ragione di credere fondato, se non persino necessario, l'arretramento temporale dello studio intorno a questi temi. Per quanto la cosiddetta 'età intermedia' possa apparire gnoseologicamente distante da noi, per via dell'unità religiosa cristiana su cui poggia – dalla quale scaturisce l'idea condivisa della sacralità della vita e la conseguente esclusione del rifiuto delle cure – l'analisi delle fonti sembra aprire spazi meno angusti di quanto si possa supporre; tanto da spingere ad affermare che una tappa importante dello sviluppo giuridico della questione sia segnata proprio durante il Medioevo, allorché la teologia e la morale religiosa universali si trovano a fare i conti con quell'altro deposito sapienziale universale che è lo *ius civile*. L'*interpretatio* segue un andamento assai complesso, circa la condizione giuridica del malato, e tende a tracciare gli elementi di una questione *sempre e da sempre* aperta, in grado di presentare molti interrogativi, tra le maglie delle diverse branche del sistema delle conoscenze.

³ Cfr. F. TODESCAN, *Presentazione*, in G. MAGLIO, *La coscienza giuridica medievale. Diritto naturale e giustizia nel medioevo*, Padova, 2014 (Lex naturalis. Storia del diritto moderno, 1), p. XII.

⁴ G. MAGLIO, *La coscienza giuridica medievale*, cit., p. VII, nel riferire la massima agostiniana così commenta: «la certezza di un disegno provvidenziale che attraversa la storia diventa serena accettazione dei limiti che l'uomo medievale sperimenta nella vita quotidiana, limiti che non sono considerati una diminuzione o una sconfitta, ma bensì il riconoscimento di una verità e di un bene più grandi, all'interno dei quali l'esistenza individuale e collettiva trovano definitivo significato. È in questa fidente accettazione che trova fondamento la vera libertà dell'uomo: *haec est libertas nostra, cum isti subdimur veritati*, scriverà S. Agostino».

Come si diceva, nei testi medioevali – basti citare per tutti lo *Speculum* di Guglielmo Durante⁵ – l'interrogativo dal quale ritrarre qualche spunto in merito al rifiuto delle cure si presenta indirettamente, con riferimento cioè alla posizione del medico: per stabilire se dare o meno l'azione di rivendica del salario al *medicus* che abbia curato l'*aegrotus invitus*. Risulta indiscusso, sin dagli interventi più risalenti della scuola della glossa – di cui si dirà in seguito – l'inquadramento della fattispecie nell'ambito generale della *negotiorum gestio*. Sicché la disputa è condotta in modo tale da porre il seguente quesito: quale diritto può essere vantato, e dunque processualmente tutelato, dal *negotiorum gestor* che abbia agito *invito domino*? Intorno a questo problema la dottrina canonistica e civilistica si dividono con il proporre soluzioni in parte concordi, in parte diverse. Ma, soprattutto, da questo angolo d'osservazione si va lentamente profilando, in ambito canonistico, la questione del rifiuto delle cure: dapprima con riguardo all'obbligo cui sarebbe legato il medico, in coscienza, di curare il malato, nonostante il diniego; poi, di rimando, con riguardo all'apprezzamento giuridico della volontà negativa, manifestata dal malato. In sintesi, si può affermare che la questione sostanziale e processuale riguardante l'operato del medico orienti, se non addirittura faccia sorgere *sub specie iuris*, l'interrogativo circa la validità del rifiuto delle cure.

Nelle pagine che seguono si cercherà di dar conto dello *status quaestionis* attraverso un'indagine che è ben lontana dall'apprezzamento della totalità delle fonti e si prefigge piuttosto di cogliere alcuni tratti – quelli apparsi salienti – dello sviluppo di un tema controverso lungo l'arco temporale comprendente il passaggio cruciale dal Medioevo all'Età moderna.

2. Le origini

Lo stato dell'*interpretatio* dottrinale risulta di non facile ricostruzione. Molte questioni sono messe sul tappeto del rifiuto delle cure: l'inquadramento dell'attività medica prestata *invito domino* all'interno

⁵ Cfr. *infra*, cap. IV, § 2.

dell'istituto della *negotiorum gestio*, l'individuazione dell'*actio* da accordare o meno al medico *negotiorum gestor*, la rilevanza della volontà del malato, la presunzione di infermità mentale del malato che rifiuta la cura e il conseguente problema di comprendere di qual specie di *praesumptio* si tratti; e ancora, gli effetti delle emozioni e delle passioni, connesse alla condizione di malattia, sulla formazione della *voluntas*; l'apprezzamento del rifiuto delle cure dal punto di vista giuridico pubblicistico. L'approdo ultimo, d'età moderna, condurrà infine alla messa in discussione dell'assolutezza con cui, tradizionalmente, si era considerato il principio di invalidità del rigetto delle cure mediche. Si deve peraltro osservare che siffatte questioni – fin dalla prima età basso-medioevale – hanno tutte una scaturigine comune, data dal parallelismo tra il dovere dell'intervento spirituale per la salvezza dell'anima, riguardante il comportamento di ogni fedele nei confronti del prossimo, e il dovere del medico d'intervento materiale per la salvezza del corpo, sempre in vista peraltro del conseguimento del bene spirituale consistente nell'impedire la morte. Come si può osservare, in entrambi i casi è sempre la *salus animae* a imprimere la direzione alla disciplina del comportamento: corpo e anima cooperano nella via della salvezza. Non sorprende perciò che la *sedes materiae* di riferimento per lo studio del dibattito sviluppato intorno al rifiuto delle cure da parte del malato sia data, nell'ambito della storia giuridica d'età intermedia, dal *dictum* precedente il c.1 della D.83 del *Decretum* graziano, nel quale è fissato il principio della responsabilità morale del cristiano, connessa a eventuale comportamento omissivo, cui si contrappone il dovere di correzione fraterna⁶.

Per la verità, il tema del malato e delle cure mediche non desta affatto l'interesse dei primi decretisti alle prese con l'*interpretatio* della D.83 d.a.c.1. Si dovrà attendere la fine del secolo XII, per l'esattezza la riflessione di Ugucione da Pisa, per veder muovere i primi passi nella via del collegamento ideale tra il dovere di correzione fraterna e il do-

⁶ D.83 d.a.c.1: «Providendum quoque est, ne is, qui ad ordinandum eligitur, etsi a proprio uitio uideatur alienus, consentiendo alienis inquinetur. Ut enim Simacus Papa ait: 'Non est grandis differentia, utrum lethum inferas uel admittas. Mortem enim languentibus probatur infligere, qui hanc, cum possit, non excludit».

vere del medico di curare il malato *invitus*⁷. Siamo dunque posti di fronte a una lenta trasformazione dell'esegesi canonistica che rende assai interessanti gli indirizzi interpretativi pre-uguccioniani, maturati intorno al *dictum* in argomento, giacché in essi si rintraccia il fondamento primitivo, il principio teologico dal quale nasce la sensibilità dottrinale per la trattazione del problema giuridico delle cure mediche.

Nel *dictum* precedente il c.1 della D.83 si afferma che, al fine di ricevere il sacramento dell'ordine, non basta essere personalmente esenti dai *vitia* impedienti l'accesso al ministero sacerdotale, ma è necessario non aver acconsentito, laddove possibile (*cum possit*), a che altri potesse cadere in quei *vitia* medesimi, comportanti peccato grave. L'esempio che segue, nel testo, parla chiaro: non si avrà riguardo soltanto per il fatto che *qui ad ordinandum eligitur* non sia colpevole di omicidio. Avrà rilievo anche che questi si sia adoperato, allorché ne abbia avuto la possibilità (*cum possit*), per evitare che altri compisse omicidio: l'eventuale omissione macchia (*inquinetur*) il soggetto inerte⁸. Tal ge-

⁷ La ragione per la quale la riflessione canonistica si apre al problema del malato *invitus* a partire da Uguccione da Pisa sembra da ricondurre alla comparsa delle prime traduzioni latine di libri dedicati alla medicina, durante la prima metà del secolo XII. In essi trova impulso la discussione sulle emozioni, trattate dal punto di vista medico, le quali – come si cercherà di chiarire oltre – sono in grado di influenzare la volontà soggettiva. Questi trattati si diffusero durante il corso del secolo XII ed entrarono nel secolo successivo nel *curriculum* universitario. Su questa letteratura filosofico-medica cfr. S. KNUUTTILA, *Emotions in Ancient and Medieval Philosophy*, Oxford, 2004, pp. 212-218. Tutto ciò si inserisce nel quadro di fondo della nascita dell'università: «il passaggio dal secolo XII al XIII segna una svolta decisiva nell'assetto disciplinare e dottrinario della medicina, nell'asestamento del ruolo sociale del medico, nella più complessiva definizione della sua figura e funzione, di *doctus e peritus*», cfr. J. AGRIMI, *Introduzione*, in J. AGRIMI, C. CRISCIANI, *Edocere medicos. Medicina scolastica nei secoli XIII-XV*, Napoli, 1988 (Istituto Italiano per gli Studi Filosofici. Hippocratica civitas, II), p. 11.

⁸ La D.83 del decreto graziano è centrale nello sviluppo della dottrina penalistica, sotto molti aspetti, come evidenziato in letteratura. Il consenso prestato al peccato altrui – disciplinato in questa *auctoritas* – è da classificare come «eine Unterart des Consensus-Begriffes», cfr. S. KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX. Systematisch auf Grund der handschriftlichen Quellen dargestellt*, Città del Vaticano, 1935 (Studi e Testi, 64), p. 46; nello stesso senso, L. KÉRY, *Kirchenrechtliche Grundlagen des öffentlichen Strafrechts*, in *Zeitschrift der Savigny-*

neri di principio, supportato dalle sei *auctoritates* componenti la D.83, è all'origine di tutta la tradizione decretistica⁹. Già nella *Summa* attribuita a Paucapalea (1144-1150)¹⁰, è chiaro il postulato secondo cui pecca chi, potendo evitare che altri peccati (*Qui autem potest obviare perversis*), non interviene per scongiurare il peccato. Non intervenire equivale ad acconsentire, tanto da ingenerare il sospetto, su chi sia rimasto inoperoso di fronte al crimine manifesto (*qui manifesto facinori desinit...*), di essere nascostamente connivente con il reo (*Nec caret scrupulo societatis occultae*)¹¹, come del resto si legge sempre nella D.83, nel c.3¹². In questo peculiare *modus arguendi* – che rispecchia

Stiftung für Rechtsgeschichte, kan. Abt., 91 (2005), pp. 144-145. La D.83 inoltre è all'origine della complessa dottrina sviluppata con riguardo all'istituto dell'interdetto. Il tema è studiato da P.D. CLARKE, *The Interdict in the Thirteenth Century: A Question of Collective Guilt*, Oxford, 2007, pp. 29-50. Si dovrà poi tener conto dell'osservazione di carattere generale di A. LARSON, *Killing a Career: Homicide and the Development of Medieval Clerical Discipline*, in *The Jurist*, 74 (2014), p. 276, secondo la quale, nel fissare la disciplina dell'omicidio, nella D.83 «Gratian's chief concern was maintaining the *dignitas* of ecclesiastical office, of the clerical *ordo*, in order to ensure that the faithful were receiving the best pastoral care».

⁹ Come osserva P.D. CLARKE, *The Interdict*, cit., p. 29 «the source of this canonistic view was theology, for as early as c. 1150 the theologian Rolandus had stated that sins of others become our own where we approve of them or imitate them».

¹⁰ Per questa datazione e per i dubbi circa l'attribuzione a Paucapalea della *Summa* 'Quoniam in omnibus rebus' cfr. K. PENNINGTON, W.P. MÜLLER, *The Decretists. The Italian School*, in W. HARTMANN, K. PENNINGTON (ed. by), *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234. From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX*, Washington D.C., 2008, pp. 129-130 (ivi bibl.). Sul punto – e con dubbi ancora maggiori – ritorna J.M. VIEJO-XIMÉNEZ, *Una composición sobre el Decreto de Graciano: la Suma "Quoniam in omnibus rebus animaduertitur" atribuida a Paucapalea*, in *Helmántica*, 63 (2012), pp. 419-473.

¹¹ PAUCAPALEA, *Summa al Decretum*, in D.83: «Qui vero a vitiis debent esse immunes, nequaquam alienis debent consentire peccatis... Qui autem potest obviare perversis, et non facit, fovet. Nec caret scrupulo societatis occultae qui manifesto facinori desinit obviare», PAUCAPALEA, *Summa über das Decretum Gratiani*, J.F. VON SCHULTE (hrsg. von), Giessen, 1890, rist. anast. Aalen, 1965, p. 44. Sulle insufficienze dell'edizione critica dello Schulte cfr. J.M. VIEJO-XIMÉNEZ, *Una composición sobre el Decreto de Graciano*, cit., pp. 423-424.

¹² D.83 c.3: «Error, cui non resistitur, approbatur, et ueritas, cum minime defensatur, obprimitur. Negligere quippe, cum possis perturbare peruersos, nichil aliud est quam

evidentemente il metodo di composizione a mosaico dell'opera¹³ – potrebbe forse notarsi appena un'apertura verso l'interpretazione estensiva del *dictum* graziano: il pronome relativo 'qui' del passaggio della *Summa* 'Quoniam in omnibus rebus' (*Qui vero a vitiis debent esse immunes*) non riguarda solamente gli ordinandi sacerdoti – come invece il 'qui' del *Magister* (*qui ad ordinandum eligitur*) – ma è senza specificazioni e descrive complessivamente la condizione necessaria per essere senza peccato, quasi a voler fissare una regola morale rivolta a tutti i fedeli. Si nota poi, nell'accostamento diretto del c.3 al c.1 della D.83, l'intenzione di sottolineare la responsabilità del soggetto che, nel non impedire l'evento letale, si fa complice del reo¹⁴.

fouere. Nec caret scrupulo societatis occultae, qui manifesto facinori desinit obuiare». Il tema rinvia alla complessa dottrina canonistica medioevale intorno all'istituto penalistico della complicità, studiato recentemente – con riferimento alla distinzione tra 'approvazione' 'partecipazione' e 'istigazione' all'azione criminosa, anche attraverso le fonti che qui interessano dal punto di vista del rifiuto delle cure – da N. KERMABON, *La contribution de la doctrine canonique médiévale à la notion de complicité par omission (XII^e-XV^e siècle)*, in *Revue d'Histoire des Facultés de Droit*, 34 (2014), pp. 125-153. Ivi ampi riferimenti bibliografici. L'A. (pp. 136-137, 139) segnala che la parte finale del c.3 della D.83 (*Nec caret scrupulo*, etc.) compare nel *Decretum* anche in C.2 q.7 c.55, C.23 q.3 c.8; e nella decretale di papa Alessandro III 'Sicut dignum' (X 5.12.6). Sul punto cfr. anche *infra*, § 5 e, nel successivo capitolo, il § 6.

¹³ Cfr. K. PENNINGTON, W.P. MÜLLER, *The Decretists. The Italian School*, cit., p. 130: «It [i.e. *Summa* di Paucapalea] consists largely of excerpts from Gratian's own text».

¹⁴ Il c.3 della D.83 è un testo importante per la dottrina della responsabilità personale sotto più aspetti, per esempio: la responsabilità per negligenza, come sottolinea F.J. DE AYALA, *Silencio y manifestación de voluntad en derecho canónico*, in *Ius canonicum*, 1 (1961), pp. 34-35; la nozione di complicità, nel quadro della distinzione tra peccato e reato, dalla quale deriva il diritto della Chiesa di punire, cfr. N. KERMABON, *La contribution de la doctrine canonique*, cit., pp. 129-142; la responsabilità del complice segreto, nell'ambito dell'eresia occulta, tema studiato da A.J. MORIN, *Sicut cancer, amplius serperet in occulto. La herejía oculta en el derecho bajomedieval y temprano moderno*, in AA.VV., *Artifícios pasados. Nociones del derecho medieval*, Madrid, 2017 (*Historia del derecho*, 51), p. 212.

3. (segue) Rufino

Il canonista Rufino, nella *Summa al Decretum* (1164ca.)¹⁵ – «la più influente tra le prime *summae* decretistiche»¹⁶ – è ancora più incisivo: chi acconsente al peccato fa suo il peccato (*consentiendo fecit suum*)¹⁷. E si acconsente in due modi: non soltanto con l’omettere di intervenire quando si abbia obbligo di farlo, ma anche quando si difenda il peccato altrui o si aiuti il peccatore a realizzarlo¹⁸. Che questa considerazione possa essere letta alla luce della questione del rifiuto delle cure non è da scartare. Tuttavia, in assenza di riferimenti espliciti non è possibile concludere, come si sarebbe forse tentati di fare, che Rufino intenda comprendere anche il medico e l’accusa a questi rivolta di aver aiutato il malato a morire, qualora abbia accolto il rifiuto.

D’altra parte, la questione medica inizia a essere apprezzata, per quanto sotto altri punti d’osservazione, proprio ai tempi di Rufino. Ciò avviene con riguardo al dovere del malato di corrispondere il salario al medico. Tal genere di obbligo sembrerebbe provato dal passaggio della *Summa* apposto al c.15 della C.14 q.5. Si tratta di un’*auctoritas* graziana ‘nuova’, entrata a far parte del *Decretum* per così dire ‘in seconda battuta’¹⁹, probabilmente proprio nel giro di anni in cui Rufino compo-

¹⁵ Per la datazione cfr. K. PENNINGTON, W.P. MÜLLER, *The Decretists. The Italian School*, cit., p. 135.

¹⁶ A. FIORI, s.v. *Rufino*, (Rufino da Bologna) in *Dizionario biografico degli italiani*, 89, Roma, 2017, p. 170b.

¹⁷ RUFINO, *Summa decretorum*, in D.83, ad v. *Providendum* etc.: «Duobus modis intelligitur quis esse sine crimine: si neque suis, neque alienis inquinetur peccatis. In duabus ergo superioribus distinctionibus tractatum est quomodo ordinandum oportet esse sine crimine proprio; nunc etiam adiungit, qualiter eum deceat carere alieno. Quod quidem bene facit, si peccantibus non consentit; si autem consentit, iam eius peccati reus est, quia consentiendo fecit suum...», H. SINGER (hrsg. von), *Die Summa decretorum des Magister Rufinus*, Paderborn, 1902, p. 173.

¹⁸ RUFINO, *ibid.*: «Sciendum autem est quia duobus modis dicitur quis consentire: vel cum negligit peccato obviare, cum debeat; vel cum cooperatur peccato defendendo aut aliquo modo auxilium dando».

¹⁹ Il passaggio di C.14 q.5 c.15 per noi interessante così corre: «Non sane quicquid ab inuito sumitur iniuriose aufertur. Nam plerique nec medico uolunt reddere honorem suum, nec operario mercedem; nec tamen hec qui ab inuito accipiunt, per iniuriam accipiunt, que potius per iniuriam non darentur». Questo canone graziano risulta as-

ne la *Summa*. Il canone in questione – commentato largamente dal canonista – riferisce la massima agostiniana secondo cui ciò che si prende a chi non vuol darlo non viene affatto sottratto ingiustamente: piuttosto il ‘non dare’ rappresenta un comportamento ingiurioso. Per conseguenza, non è ingiusto che il medico o l’operaio prendano da chi non vuole pagare quanto di spettanza. Ingiusto è invece non voler corrispondere il salario al medico o la mercede all’operaio²⁰. Questo postulato – di chiara matrice teologica – suggerisce a Rufino una considerazione ulteriore, tesa a elaborare quella ‘concordia’ tra teologia e diritto da cui scaturisce la tutela giuridica da accordare a chi *iniuriöse* non vede ricompensato il proprio lavoro. Secondo il canonista, qualora non si possa ottenere ciò che è dovuto, sarà il giudice a intervenire per sottrarre forzatamente e restituire a chi di dovere quanto detenuto con violenza²¹. Ancor più interessante è il passaggio successivo in cui Rufino concentra l’attenzione su chi debba essere qualificato ‘*invitus*’: non colui al quale si strappa qualcosa con la forza – e dunque giustamente ‘non vuole’ – ma il debi-

sente nella prima redazione del *Decretum*, cfr. A. WINROTH, *The Making of Gratian’s Decretum*, Cambridge, 2000, p. 214, benché l’ed. Friedberg non lo segnali come *palea*. Ma si tenga conto che, come chiarisce J.M. VIEJO-XIMÉNEZ, *Las paleae del Decretum Gratiani: notas para la crítica de su redacción*, in *Annaeus*, 5 (2008), p. 108, «unas pocas *paleae* eran conocidas en el taller de G (Gratianus), donde trabajó uno de sus discípulos directos, Paucapalea (P). La selección de complementos – de los que algunos nunca se incorporaron al DG (Decretum Gratiani), ni todos los que sí se incorporaron llevaron la etiqueta *palea* – fue especialmente intensa en Bolonia hasta la aparición de las primeras colecciones de extravagantes...». Circa gli anni di inserzione delle *paleae* nel *Decretum*, P. LANDAU, *Gratian and the Decretum Gratiani*, in *The History of Medieval Canon Law...*, p. 47 indica l’arco temporale tra il 1145 e il 1180.

²⁰ Si tenga conto inoltre che nel secolo XII è particolarmente viva la disputa sulla medicina come pura arte empirica e lucrativa o come ‘sapere’, in vista della definizione di un assetto epistemologico autonomo. Su questo tema rinvio a C. CRISCIANI, *Medicina teorica e pratica*, in J. AGRIMI, C. CRISCIANI, *Edocere medicos*, cit., pp. 21-47. Quanto invece ai legami tra medicina e filosofia cfr. della medesima autrice, *Appendice, ibid.*, pp. 243-253; EAD., *Medicina e filosofia nel medioevo: aspetti e fasi di un rapporto discusso*, in *I castelli di Yale* 9 (2008), pp. 9-35.

²¹ RUFINO, *Summa decretorum*, in C.14 q.5 c.15, ad vv. *Non sane quicquid ab invito sumitur iniuriöse aufertur*: «Hoc tunc intelligitur, quando id, quod michi debeatur, habere non poteram et iudex illud a quo per manum fortiozem detinenti violenter abstulit michique restituit» (ed. SINGER, p. 343).

tore non convinto di dover pagare (*qui quadam animi conturbatione solvit*): come a sottolineare che il salario del medico non rappresenta affatto una somma estorta al malato²². Tuttavia, non è permesso di farsi giustizia da sé²³: ciò è vietato dallo *ius civile*, per l'esattezza dal passo dell'ottavo libro del *Codex* (*Cod. 8.4.7*)²⁴ – richiamato da Rufino – in cui è considerato violento possessore colui che invade il possesso delle cose costituite presso il fisco o qualunque altra persona, senza attendere la sentenza del giudice²⁵. La pena conseguente sarà quella della restituzione e della perdita del possesso. L'accostamento di questa disciplina codicistica al caso del mancato pagamento del salario medicale è funzionale a fissare un primo principio generale: qualora il malato non voglia pagare, il medico potrà pretendere quanto di spettanza, ma dovrà farlo in giudizio. Risulta chiaro, perciò, che la corresponsione del salario medicale non rappresenta, per Rufino, meramente un obbligo morale, ma anche un'obbligazione civile, tutelata dall'ordinamento giuridico mediante l'intervento coattivo del giudice.

Come è facile osservare, in questi passaggi si traccia la via verso la formulazione della locuzione *aegrotus invitus* (*quicquid ab invito sumitur*) e verso l'esigenza di inquadrare *sub specie iuris* l'eventuale volontà contraria del malato. Certamente risulta qui esaminata non la volontà contraria a ricevere le cure, ma la volontà contraria al pagamento, dopo aver ricevuto la cura. La questione tuttavia punta l'attenzione sulle garanzie processuali spettanti al medico per l'ottenimento del salario da parte dell'*aegrotus invitus*. Per l'approfondimento di questa argomentazione, effettivamente, si spenderà la riflessione canonistica,

²² RUFINO, *ibid.*: «Vel *invitum* dicit hic non eum, a quo omnino coacte eripitur, sed eum, qui quadam animi conturbatione solvit».

²³ RUFINO, *ibid.*: «Qui autem ex his verbis Augustini dicunt aliquem sua auctoritate rem sibi debitam a detinente posse violenter eripere, non sunt audiendi...».

²⁴ *Cod. 8.4.7*: «Si quis in tantum furoris pervenit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante eventum iudicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem quam abstulit restituat possessori et dominium eiusdem rei amittat: sin vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur».

²⁵ RUFINO, *ibid.*: «...nituntur enim contra regulam canonicam et civilem, qua dicitur: Si quis in tantam, ut C. t. Unde vi (*Cod. 8.4.7*)».

destinata a ingenerare una vera e propria tradizione interpretativa intorno ai doveri e ai diritti del medico.

4. Da Giovanni Faventino a Stefano Tornacense

Le argomentazioni di Rufino si consolidano e si diffondono con Giovanni Faventino, divenuto la «pietra di paragone scientifica della giovane canonistica d'oltralpe, soprattutto della scuola anglo-normanna»²⁶. Nella propria *Summa* (a. 1171ca.) egli ne ripete la lezione: dichiara apertamente che, chi difende la condotta del peccatore o addirittura lo aiuta nel portar a compimento l'azione peccaminosa, acconsente al peccato²⁷. E anche con riguardo all'obbligatorietà di corrispondere il salario al medico, Giovanni accoglie la tesi che già conosciamo attraverso Rufino, compreso l'intervento coattivo del giudice per l'ottenimento di quanto spettante: la volontà negativa espressa dal malato con riguardo alla corresponsione del salario è un illecito che deve essere dichiarato e punito dal giudice, il quale dovrà ingiungere il pagamento²⁸.

Ma intorno alla seconda metà del secolo XII si affaccia una questione ulteriore con riguardo all'estensione interpretativa del *dictum* graziano, precedente il c.1 della D.83. Da un lato il riferimento puntuale

²⁶ Cfr. A. BETTETINI, s.v. *Giovanni da Faenza (Johannes Faventinus)*, in I. BIROCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (a cura di), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, I, Bologna, 2013, pp. 1013-1014 (ivi bibl.).

²⁷ GIOVANNI FAVENTINO, *Summa al Decretum*, in D.83 d.a.c.1, ad vv. *Prouidendum est*: «...Sciendum est autem quod duobus modis quis consentire dicitur: vel cum negligit peccato obuiare cum debeat, vel cum cooperatur peccato aut defendendo aut alio aliquo modo auxiliando...» (Arras, Stadtbibliothek, ms. 271, f. 33rb).

²⁸ *Ibid.*, in C.14 q.5 c.15, ad vv. *non sane sumitur iniuriose*: «...Hoc tunc intelligitur quando quod mihi debebatur habere non poteram et iudex per manum fortiorem detinenti illud uiolenter abstulit et mihi restituit. Vel invitum dicit hic non eum a quo omnino coacte eripiuntur set eum qui cum quada<m> animi perturbatione(m) soluit. Qui<dam> autem ex his uerbis Augustini dicunt aliquem sua auctoritate rem sibi debitam posse uiolenter eripere a detinente, non sunt audiendi. Nituntur enim contra regulam canonicam et ciuilem, quia dicitur 'Si quis in tantam' (*Cod.* 8.4.7), 'que potius' etc., id est pocius iniuriam, id est non iure facere, non soluere quod debet» (Arras, Stadtbibliothek, ms. 271, f. 81vb).

al soggetto *qui eligitur ad ordinandum*, dall'altro il «cum possit», cioè a dire il requisito della concreta possibilità di intervento ostativo del comportamento peccaminoso, spinge i decretisti a chiedersi se le parole del *Magister decretorum* riguardino soltanto i chierici, e se il chierico inferiore abbia il potere di intervenire sulla condotta peccaminosa posta in essere dal superiore²⁹. Le risposte non sono unanimi³⁰. Alla distinzione presentata da Rufino tra il *prelatus* e il *minor*, ai quali si deve riconoscere rispettivamente un maggiore e un minore grado di responsabilità derivante dalla condotta per così dire consenziente³¹, si aggiunge la specificazione ulteriore di Stefano Tornacense: «ex officio» deriva la possibilità di resistere e di correggere il peccato³². Computate in logica sequela le osservazioni di Rufino e Stefano Tornacense, sembrerebbe effettivamente che il *dictum* graziano riguardasse esclusivamente i chierici, e in particolare il vescovo, dal cui *officium* discende propriamente il potere-dovere di intervento sulla condotta altrui.

²⁹ La disputa, nel corso del secolo XII, coinvolge soprattutto la questione dell'omissione di un dovere, in particolare il dovere del vescovo di prevenire il peccato e correggere le anime dei fedeli. La riforma gregoriana aveva particolarmente insistito su questo tema. Sul punto cfr. N. KERMABON, *La contribution de la doctrine canonique*, cit., pp. 133-139. Sullo sviluppo della predicazione nella duplice forma della *praedictio* e della *exhortatio* e sulla trasformazione in categoria giuridica, durante l'età medioevale, cfr. M. LAUWERS, *Prêcher, corriger, juger: à propos des usages de la "correction", entre habitus monastique et droit ecclésiastique (IX^e-XIII^e siècle)*, in L. GAFFURI, R.M. PARRINELLO (a cura di), *Verbum e ius. Predicazione e sistemi giuridici nell'Occidente medioevale. Preaching and legal Frameworks in the Middle Ages*, Firenze, 2018 (Reti Medievali E-Book, 32), pp. 109-129.

³⁰ Una sintesi del dibattito dottrinale è presentata in S. KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre*, cit., p. 45 n. 1 e più recentemente in P.D. CLARKE, *The Interdict*, cit., pp. 33-41.

³¹ RUFINO, *Summa decretorum*, in D.83, ad v. *Providendum* etc.: «Item aliquando prelatus, aliquando minor consentit. Et quidem in primo consensu prelati pene equaliter cum his, qui faciunt, rei sunt: unde hic agitur. Minores vero longe minus rei sunt ab his, qui faciunt, nisi forte orrendum crimen esset, quod de facili ipsi valent coibere, sicut de homicidio...» (ed. SINGER, p. 173).

³² STEFANO TORNACENSE, *Summa al Decretum*, in D.83: «Dixerat, episcopum esse debere sine crimine suo, nunc dicit eum debere esse etiam sine alieno. Alienum namque etiam suum facit consentiendo vel non resistendo, cum resistere et corrigere habeat ex officio», STEPHAN VON DOORNICK, *Die Summa über das Decretum Gratiani*, J.F. VON SCHULTE (hrsg. von), Giessen, 1891, rist. anast. Aalen, 1965, p. 105.

5. La sintesi di Simone da Bisignano e il problema specifico dell'omicidio

A dar conto delle difficoltà esplicative del d.a.c.1 della D.83 è Simone da Bisignano, il quale nella *Summa* al Decreto (aa. 1177-1179)³³ osserva che il «cum possit» del *dictum* in questione, se inteso con riferimento all'*officium* – come indicato da Stefano Tornacense, con riguardo cioè alla *potestas* derivante dai doveri della carica – finisce per riversare la responsabilità della correzione fraterna soltanto in capo a chi ne abbia il potere in senso tecnico: cioè al vescovo³⁴. Tuttavia Simone non segue questa impostazione³⁵; e anzi, estende la portata del principio a tutti (*ad hanc correptionem faciendam omnes teneri*): chierici e non (*Tam sacerdotes quam reliqui fideles omnes*)³⁶. Egli appoggia

³³ Cfr. M. BERTRAM, *Simon of Apulia. Randbemerkungen zu der Edition der Dekretsumme des Simon von Bisignano*, in *Mittelalter. Interdisziplinäre Forschung und Rezeptionsgeschichte*, 18 (2017), pp. 23-24, <https://mittelalter.hypotheses.org/10240>.

³⁴ SIMONE DA BISIGNANO, *Summa in Decretum*, in D.83: «*Error cui non etc. usque negligere. Ordo littere: negligere quippe arguere peruersos cum possis nichil aliud est quam soluere, idest qui negligit peruersos cum possit arguere uidetur eis in malo consentire. Quod uero dicitur 'cum possis', ex suscepto officio, quidam intelligunt et dicunt de prelatiis hoc tantum intelligendum. Sed melius dicitur ad hanc correptionem faciendam omnes teneri, ut infra C.ii. q.vii. Quapropter (C.2 q.7 c.47) et C.xxiiii. q.iii, Tam sacerdos (C.24 q.3 c.14). 'Cum possis' autem ideo dicitur quia sepe eum non potest corripere, ut puta cum peccator est absens uel testibus non potest probare delictum*», *Summa in Decretum Simonis Bisianensis*, P.V. AIMONE BRAIDA (ed.), in *Monumenta Iuris Canonici, Series A: Corpus Glossatorum*, vol. 8, Città del Vaticano, 2014, pp. 73-74. Da notare che il lemma usato da Simone per indicare la correzione fraterna non è 'correctio' ma 'correptio'. Il verbo 'corripere' esprime maggiormente del verbo 'corrigenere' l'intervento reale e concreto, indirizzato a strappare al peccato il peccatore.

³⁵ Sul frequente disaccordo di Simone con altri *doctores* dei quali peraltro non cita mai il nome cfr. M. BERTRAM, *Simon of Apulia*, cit., pp. 19-20.

³⁶ Diversa questione è la correzione fraterna che implica *verberatio*. In questo caso la direzione interpretativa canonistica destinata a consolidarsi tenderà ad aprire sì il dovere di correzione fraterna a tutti, ma nei limiti della posizione di reggenza (*regimen*) che rende impari la relazione intersoggettiva e giustifica pertanto l'intervento correttivo consistente nel castigo della *verberatio*. Solamente il padre, il padrone, il maestro, il marito, il giudice e simili 'possono' usare del potere correttivo corporale. Il tema è studiato da M. BOARI, *La coercizione privata nella Magna Glossa. Tracce fra diritto e violenza*, Milano, 2007 (Università di Macerata. Pubblicazioni della Facoltà di Giuri-

la propria tesi, estensiva della responsabilità morale connessa al dovere di correzione fraterna, su due passi del *Decretum*. Il primo è il canone ‘Quapropter’ (C.2 q.7 c.47), in cui si afferma che il chierico inferiore deve aver cura di denunciare gli *excessus* dei superiori presso il pontefice; il secondo è il canone ‘Tam sacerdotes’ (C.24 q.3 c.14) in cui espressamente il dovere di correzione è citato con riguardo a tutti i fedeli³⁷. Attraverso l’impiego di queste allegazioni, Simone supera le restrizioni scaturenti dall’*interpretatio* del ‘cum possis’ del d.a.c.1 della D.83, di cui si è detto sopra: sia con riferimento alla gerarchia ecclesiastica, sia con riferimento a prelati e laici.

Occorre prestare massima attenzione al fatto che la linea interpretativa così messa a punto rappresenta uno snodo di non poco conto, a conferma, tra l’altro, dell’originalità generalmente riconosciuta al pensiero di Simone³⁸. La ragione per la quale il canonista è spinto a una presa di posizione tanto larga sembra da ricondurre al fatto che egli scrive durante gli anni del pontificato di papa Alessandro III³⁹, ed egli è il primo decretista a utilizzare in maniera consistente la legislazione decretalistica⁴⁰. Nel nostro caso, risulta significativa la decretale di papa Alessandro III ‘Sicut dignum’ (X 5.12.6), databile al 31 gennaio 1172⁴¹,

sprudenza, 127), pp. 164-172. Sull’argomento torna da ultimo A. MASSIRONI, *Uno strumento per la salvezza dell’anima: la correzione del clero ‘indisciplinato’ tra ius vetus e ius novum*, in *Italian Review of Legal History*, 8 (2022), pp. 433-477 (ivi bibl.).

³⁷ C. 24 q.3 c.14: «Tam sacerdotes quam reliqui fideles omnes summam debent habere curam de his, qui pereunt, quatinus eorum redargutione aut corrigantur a peccatis, aut, si incorrigibiles apparuerint, ab ecclesia separentur».

³⁸ Cfr. A. FIORI, s.v. *Simone da Bisignano*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONI, M.N. MILETTI (a cura di), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, II, Bologna, 2013, p. 1869a-b.

³⁹ Cfr. O. CONDORELLI, *A proposito della Summa in Decretum di Simone da Bisignano edita da Pier V. Aimone Braidà*, in *Bulletin of Medieval Canon Law*, 32 (2015), p. 38. La biografia di Simone e la sua appartenenza alla scuola bolognese sono temi controversi: cfr., in questo stesso studio, le pp. 41-48; M. BERTRAM, *Simon of Apulia...*, pp. 1-49.

⁴⁰ Sul punto cfr. T.P. McLAUGHLIN, *The Extravagantes in the Summa of Simon of Bisignano*, in *Mediaeval Studies*, 20 (1958), p. 167.

⁴¹ Cfr. L. KÉRY, *Gottesfurcht und irdische Strafe. Der Beitrag des mittelalterlichen Kirchenrechts zur Entstehung des öffentlichen Strafrechts*, Köln-Weimar-Wien, 2006 (Konflikt, Verbrechen und Sanktion in der Gesellschaft Alteuropas. Symposien und

la quale fissa il seguente principio, divenuto centrale nella storia della penalistica medioevale e non solo: chi non interviene per evitare l'omicidio diviene egli stesso colpevole di omicidio ed è sospettato di complicità segreta (*occulta societas*)⁴². In quest'ambito il testo decretalistico riprende *verbatim* il c.3 della D.83 graziana – su cui aveva in precedenza già fissato l'attenzione Paucapalea⁴³ – e recepisce così all'interno dello *ius novum* la regola dell'obbligo di intervenire per liberare l'uomo dalla morte⁴⁴. Questo obbligo, previsto senza limiti o condizioni, negli intendimenti di papa Alessandro III, orienta verosimilmente l'*interpretatio* larga, accolta da Simone – che nella sua *Summa* cita per ben sette volte la decretale 'Sicut dignum'⁴⁵ – in tema di correzione fraterna. Non si deve poi dimenticare che dalla riflessione teologica proviene, intorno alla fine del secolo XIII, la tendenza a considerare la correzione fraterna dovere di tutti i fedeli, secondo quanto Pietro Cantore (†1197) afferma espressamente⁴⁶. Si comprende dunque come, in

Synthesen, 10), p. 363 e bibl. *ivi cit.* La decretale fu emanata in occasione dell'omicidio, avvenuto nel 1170, dell'arcivescovo cattolico inglese Tommaso Becket.

⁴² Sulla genesi di questa decretale cfr. N. KERMABON, *La contribution de la doctrine canonique*, cit., pp. 139-140 e bibl. *ivi cit.*

⁴³ Cfr. il precedente § 2.

⁴⁴ Il testo della decretale (X 5.12.6), nella parte per noi significativa (§ 2) così corre: «Et illi etiam, qui non, ut ferirent, sed, ut percussoribus opem ferrent, si forte per aliorum violentiam impedirentur, paulo minori debent poena mulctari, quia, quum scriptum sit: 'qui potuit hominem liberare a morte et non liberavit, eum occidit, constat [*ipso*s] ab homicidii reatu immunes non esse, qui occisoribus opem contra alios praestare venerunt, nec caret scrupulo societatis occultae, qui, [*quum possit*,] manifesto facinori desinit obviare». Sulla trasmissione del testo di X 5.12.6 nelle fonti medioevali e sulla dottrina penalistica sviluppata a partire da questa decretale, cfr. L. KÉRY, *La culpabilité dans le droit canonique classique. De Gratien (vers 1140) à Innocent IV (vers 1250)*, in *La culpabilité. Actes des XXèmes Journées d'Histoire du Droit*, réunis par J. HOAREAU-DODINAU, P. TEXIER, Limoges, 2001 (Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique, 6), pp. 436-444; EAD., Non enim homines de occultis, sed de manifestis iudicant. *La culpabilité dans le droit pénal de l'Église à l'époque classique*, in *Revue de Droit canonique*, 53/2 (2003), pp. 322-336; EAD., *Gottesfurcht und irdische Strafe...*, pp. 371-373, 386-389, 430-433; ed. AIMONE BRAIDA, *Prolegomena*, pp. LXXIII-LXXIV. Sul punto cfr. anche la precedente n. 12.

⁴⁵ Cfr. ed. AIMONE BRAIDA, *ibid.*, p. LXXIII.

⁴⁶ Sul punto rinvio a M. LAUWERS, *Prêcher, corriger, juger*, cit., pp. 119-123.

dottrina, la strada sia aperta – dopo Simone – verso la possibilità di riflettere sulla responsabilità morale di qualunque soggetto – religioso o laico, inferiore o superiore – rimasto inattivo di fronte al pericolo che altri commettesse il peccato di omicidio. In altre parole, la regola della correzione fraterna, nel caso specifico del pericolo di morte, non vede limitazioni di sorta: questo, almeno, è ciò che pensano i canonisti.

Non dello stesso avviso sembrano invece i civilisti. Per farsi un'idea in proposito basterà tenere a riferimento la glossa accursiana⁴⁷. Significativa, al riguardo, è la *sedes materiae*, la *regula iuris* del Digesto, secondo cui «*culpa caret qui scit, sed prohibere non potest*» (*Dig.* 50.17.50): significativa perché è in linea con il 'cum possit' intorno a cui ruota il principio di correzione fraterna espresso nel *dictum* graziano precedente la D.83 c.1. Dunque, Accursio afferma che il soggetto negligente è personalmente responsabile per non aver impedito, potendolo fare, la condotta facinorosa altrui. Tuttavia il requisito della concreta possibilità di intervento, osserva il glossatore ordinario, non è soggettivamente inteso allo stesso modo dai canonisti e dai civilisti. Per i canonisti chiunque è responsabile, sempre. E ciò sulla base dell'*auctoritas* graziana, C.2 q.7 c.55, nella quale è ripetuto il testo del c.3 della D.83:

[C.2 q.7 c.55] Negligere, perversos cum possit perturbare, nichil est aliud quam fovere. Nec caret scrupulo societatis occultae qui manifesto facinori desinit obuiare.

È ripetuto, cioè, il principio generale della correzione fraterna di cui già si era servito Paucapalea e che era entrato tra le argomentazioni della decretale alessandrina in tema di omicidio⁴⁸. Diversamente, per i ci-

⁴⁷ ACCURSIO, *gl.* 'Casus ponitur', in *Dig.* 50.17.50, ad vv. *Culpa caret*: «Casus ponitur vt supra, de noxa., l. In omnibus et l. In delictis, in princ. (*Dig.* 9.4.3 et 4pr). Alias, si prohibere potest, non tantum non caret culpa sed et ipse fecisse videtur, vt supra, de his qui no. infam., l. Quid ergo, § I (*Dig.* 3.2.13pr). Sed quid si possum prohibere Titium iniuriari Sempronio, an debeam iuuare? Respon. secundum cano. sic, verbis interponendo me honesto modo, vt in c. Negligere (C.2 q.7 c.55). Sed secundum leges non, nisi in his quos habeo corrigere, vt in premissis scilicet seruis et filiis et in similibus, quia serui dominum debent iuuare si sunt sub eodem tecto, vt C. de his quib. vt indi., l. fina. (*Cod.* 6.35.12)» (ed. Augustae Taurinorum 1576, col. 1706).

⁴⁸ Cfr. *supra*, § 5.

vilisti – precisa Accursio – soltanto chi ha una relazione potestativa, rispetto all'autore materiale dell'omicidio, è in obbligo di intervenire per evitare l'evento letale. Già da queste prime battute si comprende che le ragioni dello *ius civile* sono altre e diverse rispetto a quelle dello *ius canonicum*, laddove si tratti di disciplinare l'intervento di un soggetto sulla condotta altrui. Nel caso specifico, la riflessione civilistica induce a chiedersi se il medico abbia relazione potestativa con il malato. Ma questo interrogativo sarà avanzato in dottrina soltanto ai tempi del Panormitano⁴⁹.

6. La svolta interpretativa di Ugucione da Pisa

A pochi anni di distanza da Simone da Bisignano, Ugucione da Pisa ne accoglie le aperture interpretative. Il 'cum possis' della D.83 d.a.c.1 non deve essere inteso restrittivamente, con riguardo cioè ai doveri di correzione che derivano dalla carica, dunque con riguardo solamente ai prelati. Deve invece intendersi il 'cum possis' riferito a tutti coloro che siano nella concreta possibilità di intervenire per evitare il delitto, tuttavia senza l'uso della forza fisica (*Sotius uel subditus duobus primis modis set non tertio, scilicet manu*) ed eventualmente anche attraverso la mera denuncia (*accusando uel denuntiando*)⁵⁰. Ma il

⁴⁹ Cfr. il successivo cap. V, § 1.

⁵⁰ UGUCCIONE DA PISA, *Summa Decretorum*, [D.83 c.3], ad vv. *nichil est aliud quam fouere*: «Id est: qui negligit arguere peruersos cum possit, uidetur eis in malo consentire, 'cum possis' in quantum ex officio suscepto. Et secundum hoc restringitur tantum circa prelatos. Ego autem concedo quod ad hanc correctionem teneantur omnes, ar. II, q. VII, Quapropter (C.2 q.7 c.47) et V, q. V, Non uos (C.5 q.5 c.1) et XXIV, q. III, Tam sacerdotes (C.24 q.3 c.14). 'Cum possis' ideo dicitur quia sepe non potest quis arguere peccantem quia nescit crimen eius uel non potest id probare testibus uel quia timetur scandalum uel quia non potest sine peccato et huius. Set tunc arguat mente, scilicet displicendo et non approbando. Et nota quod aliter prelati uel domini potest resistere uel obuiare delinquenti et aliter sotius uel subditus: prelati uel domini mente, scilicet improbando lingua uel reprehendendo, increpando, manu uim inferendo, coercedo. Sotius uel subditus duobus primis modis set non tertio, scilicet manu. Item isti et illi accusando uel denuntiando» (Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, ms. *Arch. Cap. S. Pietro*, C. 114, f. 99va).

passo ulteriore compiuto da Uguccione, nella *Summa Decretorum* (aa. 1188-1190), si coglie nel riferimento esplicito alla questione della responsabilità del medico, valutata proprio in relazione al caso in cui il malato esprima la volontà di non ricevere la prestazione medica. Le parole del *dictum* graziano includevano anche il medico che, al pari del chierico, ha il dovere di intervenire per salvare il malato: salvarlo nel corpo, affinché ne sia salva l'anima.

La riflessione sul problema del rifiuto delle cure mediche è ora nuovo e aperto approdo interpretativo. Ed è così perché lentamente, tra le righe delle *Summae* dei decretisti, si affaccia l'idea secondo cui l'obbligo di intervenire per la salvezza altrui include la condotta posta in essere dal fratello nei confronti non soltanto dei terzi, ma anche di se stesso, in specie del proprio corpo. Ciò implica che il comportamento dell'*aegrotus*, in tanto in quanto *invitus*, meriti inquadramento giuridico. Il medico deve impedire la morte che il soggetto malato mostra di non voler combattere, allorché manifesta la volontà di non essere curato. L'accettazione della morte eventuale configura l'atteggiamento da censurare: se il medico non intervenisse, 'farebbe sua' la morte altrui, sarebbe dunque colpevole dell'evento letale, alla stregua dell'omicida. In buona sostanza, le argomentazioni sviluppate a partire dagli obblighi connessi al principio della correzione fraterna – secondo il dettato del *dictum* graziano (D.83 d.a.c.1) – lasciano chiaramente intendere che la volontà negativa del malato è causa della responsabilità a carico del medico e di molte, ulteriori conseguenze giuridiche, come si cercherà di chiarire.

I quesiti attraverso cui passa l'*interpretatio* uguccioniana prospettano la seguente distinzione: deve essere curato chi non vuole pagare? Deve essere sottoposto alle cure chi non vuole essere sanato? Anche da questo modo di presentare la questione, risulta evidente che l'obbligo della correzione fraterna, tratteggiato generalmente nel *Decretum* graziano, nel caso speciale delle cure mediche tende a debordare dal campo della morale al campo del diritto. Il vero problema dottrinale, a stare aderenti alla fonte, non proviene dal comportamento del malato. Il vero problema, destinato a durare a lungo nell'esegesi medioevale, è dato piuttosto dall'espletamento della prestazione medica, la quale comporta un impiego di denaro, di per sé giuridicamente rilevante. Si

tratta di mettere in campo non un qualunque comportamento caritatevole, ma una attività che prevede la corresponsione di un onorario e, ancor più, implica spese per l'approvvigionamento dei medicinali, cui provvede il medico stesso. Perciò, l'obbligo dell'intervento medico può essere accettato *de plano* sul piano morale, sul piano dello *ius civile* invece fa sorgere non pochi problemi, giacché è necessario individuare la causa legittima dell'esborso, laddove il medico non si accontenti di intervenire *ratione pietatis*.

La dissertazione uguccioniana appare sospinta da quel «cum possit», citato nel *dictum* graziano, che già aveva fatto decidere Simone da Bisignano a estendere verso tutti, chierici e non, la responsabilità della correzione fraterna. Ma Ugucione imprime una direzione interpretativa nuova, espressamente riferita al medico e alle cure: il medico dovrà intervenire se sarà in suo potere salvare la vita del malato: «sanet eum si potest». Perciò, la concreta possibilità di intervento, evocata nel *dictum* graziano con la locuzione «cum possit», sta a indicare, in Ugucione, la disponibilità della cura, in grado di sottrarre il malato alla morte.

7. (segue) Il medico è tenuto a curare il malato grave che rifiuta di corrispondere l'onorario?

Vale la pena di entrare nel dettaglio di questa trattazione. Si presentano due ipotesi. La prima⁵¹: il malato grave, in pericolo di vita, non vuole pagare. Ma il medico non vuole intervenire senza essere pagato.

⁵¹ *Ibid.*, [D.83 d.a.c.1] ad vv. *uel admittas*: «...Set ecce, eger moritur nisi curetur a medico, nil tamen uult dare medico, set nec medicus uult eum curare sine precio. Nunquid ergo medicus tenetur eum curare de suo? Videtur quod non quia nemo inuitus cogitur de suo facere beneficium, ar. X, q. II, Precarie (C.10 q.2 c.4). Item nonne merces debita iniuriose sibi negatur et iuste ab eo petitur? Sic ar. XIII, q. V, Non sane (C.14 q.5 c.15) et q. I, Quod debetur (C.14 q.1 c.2). Set dicendum quod precise tenetur eum curare sine pretio, alias autem intelligitur eum occidere, ut hic (D.83 d.a.c.1) dicitur et di. LXXXVI, Pasce (D.86 c.21). Curet ergo secure, repetiturus si utiliter gesserit negotium eius, quicquid impenderit per actionem negotiorum gestorum per quam eum habebit sibi obligatum, nisi intuitu pietatis hoc fecerit» (Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, ms. *Arch. Cap. S. Pietro*, C. 114, f. 99rb).

Problemi opposti scaturiscono da questa situazione. Innanzitutto, si deve ammettere che nessuno – neppure il medico – è obbligato a fare beneficenza. Ciò si evince dall'*auctoritas* graziana (C.10 q.2 c.4)⁵² dalla quale Ugucione ricava il seguente principio: secondo ragione e anche secondo gli usi (*cum ratio et usus obtineat...*) «nemo inuitus cogitur de suo facere beneficium» a favore di chi, contro ogni senso di utilità e ragionevolezza (*contra utilitatem et rationem*), non voglia ricevere alcunché. D'altronde, sempre su base autoritativa graziana (C.14 q.5 c.15; C.14 q.1 c.2), si deve ritenere legittimamente pretesa in giudizio la mercede illegittimamente negata da chi abbia ricevuto una prestazione. In particolare, il c.15 della C.14 q.5 condanna espressamente coloro che «nec medico uolunt reddere honorem suum»; e il c.2 della C.14 q.1 recita «Quod debetur, etsi benigne remittitur, non tamen inique repetitur». In definitiva: il medico deve certamente curare il malato (*precise tenetur eum curare; Curet ergo secure*), senza riguardo per il mancato pagamento, altrimenti sarà responsabile di omicidio (*alias autem intelligitur eum occidere*). Anche il c. 'Pasce' della D.86 va in questa direzione allorché ritiene responsabile di omicidio chi non si adoperi a evitare la morte fisica altrui, nella specie la morte per fame⁵³. Resta però fermo che, se non sarà intervenuto animato solamente da spirito di carità (*ratione pietatis*), egli potrà poi ripetere in giudizio quanto di spettanza, mediante l'*actio negotiorum gestorum*, allorché l'attività prestata si sia rivelata utile: «si utiliter gesserit negotium». Risulta così che l'utilità della prestazione ricevuta fa sorgere la posizione debitoria del malato nei confronti del medico. Il malato perciò è passibile di essere

⁵² C.10 q.2 c.4: «...§.1. Decreuit etiam sancta sinodus, et imperialis auctoritas denunciati, ut a nulla potestate quis cogatur facere precariam de rebus Deo et Sanctis eius dicatis, cum ratio et usus obtineat neminem cui non uult contra utilitatem et rationem cogi de proprio facere beneficium...». Questa *auctoritas* graziana fa riferimento a numerosi canoni conciliari, recepiti poi da capitolari regi – come specificato dai *Correctores romani* (cfr. ed. Friedberg, *in app.* ad C.10 q.2 c.4) – attraverso i quali si fissa il principio giuridico secondo cui nessuno può essere obbligato a beneficiare chi, contro ogni logica, non voglia essere aiutato.

⁵³ D.86 c.21: «Pasce fame morientem. Quisquis enim pascendo hominem seruare poteris, si non pueris, occidisti».

citato in giudizio mediante l'azione di *negotiorum gestio* (*per actionem negotiorum gestorum per quam eum habebit sibi obligatum*)⁵⁴.

8. (segue) *Il medico è tenuto a curare il malato che abbia espressamente dichiarato il diniego?*

Proprio la posizione debitoria, nella quale cade l'*aegrotus* a seguito dell'intervento medico, costituisce l'elemento per introdurre il secondo caso⁵⁵: il malato intima espressamente al medico di non dar luogo ad alcuna prestazione (*eger expresse dicat ut non gerat negotium suum, nec det ei medicinam quia non uult curari*). In questo modo egli manifesta la volontà di non conferire alcun mandato, perché non vuole essere giuridicamente obbligato (*nolit ei obligari*). Ciò può accadere non soltanto per ragioni legate al denaro, quando cioè il malato non voglia pagare (*nec uult ei aliquid dare*) o non abbia i mezzi sufficienti per saldare interamente la prestazione medica (*si dederit non habebit tantum*),

⁵⁴ La fattispecie del malato *inuitus* perché avaro compare anche nella bolognese 'Summa Reginensis' – composta verso la fine del 1191 – secondo un testo più asciutto, rispetto a quello di Ugucione [D.83 d.a.c.1], ad vv. *mortem enim lan.:* «opponitur de medico curare languentem non uult nisi accepta pecunia sibi, uidetur quod nemo est cogendus facere beneficium de suo. Tamen additur in cap. contra: ius istud non est contrarius generale, ergo utiliter negotium eius <gererit> et obliget eum, et preterea poterit ab eo petere, quod si ille adeo auarus ut nolit tantum <dare>, medicus inuitum debet curare» (Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, ms. *Reg. lat.* 1061, f. 15va). Di rilievo appare qui la sottolineatura del carattere di eccezionalità, rispetto alla regola, con cui si presenta l'obbligo del medico di curare l'*aegrotus inuitus*.

⁵⁵ UGUCCIONE DA PISA, *Summa Decretorum*, [D.83 d.a.c.1] ad vv. *uel admittas:* «...Quid si eger expresse dicat ut non gerat negotium suum, nec det (debet *scr.* bet *expun. ms.*) ei medicinam quia non uult curari nec uult ei aliquid dare et si dederit non habebit tantum et nolit ei obligari? Resp.: si uidet alias mori, sanet eum si potest et det ei medicinam, alias intelligetur eum occidere, ut dictum est. Non enim plus debet ei ualere pecunia sua quam uita morientium, ut di. LXXXVI, Non satis (D.86 c.14). Non debet eum permettere perire, ut dicitur de letargico et frenetico et qui de domo ruinoso non uult exire, ut XXIII, q. III, Ipsa pietas (C.23 q.4 c.24). Multa enim bona proferantur inuitis, ut di. XLV, Et qui emendat (D.45 c.11), et XXIII, q. III, Displicet (C.23 q.4 c.38)» (Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, ms. *Arch. Cap. S. Pietro*, C. 114, f. 99rb).

ma altresì quando semplicemente non voglia ricevere le cure (*nec det ei medicinam quia non uult curari*). La risposta di Uguccone – anche nel caso di espressa volontà contraria – non è differente da quella che già conosciamo: il medico «sanet eum si potest et det ei medicinam, alias intelligetur eum occidere». Una serie corposa di allegazioni tratte dal *Decretum* rende solida questa soluzione, innanzitutto il principio agostiniano, riferito in D.45 c.11, secondo cui molto bene è offerto a quanti non lo vogliono, allorché si ha riguardo per l'utilità e non per la volontà di costoro, poiché si ritiene che essi siano nemici a se stessi: «Multa enim prestantur inuitis bona, quando eorum consulitur utilitati, non uoluntati, quia ipsi sibi inueniuntur esse inimici». Ma anche, e con implicazioni ancor più cogenti, risulta centrale la citazione di C.23 q.4 c.24⁵⁶: il medico che lasci perire il malato non si comporta secondo *pietas, veritas, caritas*; la mansuetudine così esercitata è da intendere piuttosto *crudelitas* (*si autem illos negligant, et perire permittant, ista potius falsa mansuetudo est crudelitas*). Tutto ciò è congruente con i doveri descritti nella D.83 c.1 e nel *dictum* che lo precede. E da tutto ciò appare chiara, ma implicita, la scelleratezza del comportamento del malato che, qualunque sia la ragione – avarizia, povertà o mera volontà – rifiuta la cura: questi è nemico a se stesso, pertanto non si avrà riguardo per la sua *voluntas*, quanto piuttosto per l'*utilitas*⁵⁷.

⁵⁶ Il testo di C.23 q.4 c.24 elenca una serie di situazioni per le quali vige il principio secondo cui «non semper in eos, qui peccant, vindicta exercenda est». Ecco i passaggi per noi significativi: «Ipsa pietas, ueritas, karitas, nos non permittit contra Cecilianum eorum hominum accipere testimonium, quos in ecclesia non uidemus, cui Dominus perhibet testimonium... Molestus est medicus furenti frenetico, et pater indisciplinato filio: ille ligando, ille cedendo, sed ambo diligendo. Si autem illos negligant, et perire permittant, ista potius falsa mansuetudo est crudelitas».

⁵⁷ L'ombra della *Summa* uguccioniana si avverte chiaramente già nella prima redazione dell'Apparato 'Ius naturale', attribuito ad Alano Anglico, composto intorno al 1192 [cfr. K. PENNINGTON, *The Decretalists 1190 to 1234*, in W. HARTMANN, K. PENNINGTON (ed. by), *The History of Medieval Canon Law*, cit., p. 219 e n. 49]. Il commento apposto a D.83 d.a.c.1 fa memoria della disputa interpretativa volta a estendere a tutti – soprattutto al medico – l'obbligo di intervenire per evitare la morte altrui. Il testo è il seguente, [D.83 d.a.c.1] ad v. *possit*: «Sine peccato, ar. infra XXII, q. II, Faciat (C.22 q.2 c.15). Videtur ergo quod medicus sine mercede teneatur egrum curare, quod quidam concedunt. Set per act. negotiorum g. petet salarium. Immo etiam secundum illum inuitum et reclamantem curare (*ms* currere) tenetur. Set hoc est ultra omnem iustitiam,

9. *Il problema dell'utilità della cura*

L'*utiliter gerere* appare dunque centrale per spiegare la locuzione «cum possit» dell'*auctoritas* graziana. Quando il medico ritenga di avere a disposizione la cura utile a evitare la morte del malato, si ritiene allora che egli sia nella concreta possibilità – e sia perciò in obbligo (*tenetur*) – di intervenire, senza che rilevi la volontà contraria del malato: «sanet eum si potest». Nel quadro così tratteggiato si compie il passaggio dal piano morale al piano giuridico della questione che andiamo seguendo. Sull'elemento effettivo dell'utilità della cura si profila il parallelismo tra i doveri e le responsabilità connesse alla professione medica da un lato, la disciplina della *negotiorum gestio*, d'altro lato. A questo riguardo rileva la precisazione uguccioniana circa la volontà espressa affinché il medico *non gerat negotium suum*. La prestazione medica eseguita in favore dell'*aegrotus invitus* in ottemperanza al dovere morale, dal lato del diritto è equiparabile ed equiparata a quella posta in essere dal *negotiorum gestor* che abbia agito contro la volontà del *dominus*, ma per la realizzazione di un negozio oggettivamente utile. In altre parole, l'obbligo morale di prestare le cure all'*aegrotus invitus*, obbligo imposto nella *distinctio* graziana interpretata *lato sensu*, configura, sul piano del diritto, l'*animus gerendi* su cui poggia l'istituto della *negotiorum gestio*. Occorre puntualizzare che proprio la contrarietà della volontà risulta elemento giuridicamente tipico e rilevante: se il malato volesse essere curato, egli si affiderebbe al medico mediante un rapporto di carattere contrattuale, fonte di obbligazioni *ex contractu*⁵⁸. Al

Christus enim qui communem iusticiam imple<vi>sse dicitur, inuitum cura<vi>sse non legitur. Intelligendum ergo est quod hic dicitur de his qui ex officio corrigere subditos tenentur. Et exponendum 'cum possit', ar. infra, eo., c. I (D.83 c.1)» (Paris, Bibliothèque Nationale, ms. lat. 3909, f. 15ra).

⁵⁸ La figura entro cui inquadrare il rapporto contrattuale tra il malato e il medico è discussa tra i giuristi medievali. In particolare è in dubbio se l'opera prestata dal medico, come quella degli avvocati e dei professionisti in generale, possa essere qualificata come *locatio operarum*, giacché si tratta di lavoro di tipo «professionale», sorretto dal principio 'scientia domum Dei est unde vendi non potest', principio che peraltro non esclude una retribuzione [cfr. M. BELLOMO, *Il lavoro nel pensiero dei giuristi medievali*, in *Lavorare nel Medio Evo. Rappresentazioni ed esempi dall'Italia dei secc. X-XVI*, 12-15 ottobre 1980, Todi, 1983 (Convegni del Centro di Studi sulla spiritualità medie-

contrario, la volontà negativa dell'*aegrotus* fa sì che la relazione malato-medico sia di proposito esclusa dalla contrattualità e lasci perciò spazio a una negoziabilità diversa da quella contrattuale, addossata tutta in capo al medico: in questo modo si configura la *negotiorum gestio* prestata *invito domino*. Si osserva pertanto, in Ugucione, la lettura nuova, rispetto al passato, del *dictum* graziano precedente la D.83: una lettura condotta *sub specie iuris*, sia con riferimento all'obbligo di prestare le cure – imposto al fine di scagionare il medico dalla responsabilità per omicidio – sia con riferimento alla tutela processuale del diritto del medico a essere pagato.

Il nostro canonista, peraltro, non entra nei dettagli e nei problemi prodotti sul piano dello *ius civile*. In realtà, l'eventuale riconoscimento dell'*actio* a tutela del *negotiorum gestor* che abbia agito *invito domino* per ottemperare agli obblighi morali derivanti dalla professione medica, porta con sé la necessità di operare una scelta. Si deve cioè stabilire se debba prevalere la considerazione dell'aspetto soggettivo – ossia la volontà negativa del *dominus* – o invece la considerazione dell'aspetto oggettivo dell'arricchimento effettivamente ricevuto dal *dominus*. Sono, questi, elementi della *negotiorum gestio* per i quali la soluzione presentata nelle fonti giustinianee è opposta: nel primo caso vale l'ordinaria disciplina della *negotiorum gestio*, perciò l'azione utile per il recupero delle spese è negata. Mentre, nel secondo, si configura la fattispecie della *negotiorum gestio* impropria, dunque l'azione è concessa, an-

vale. Università degli Studi di Perugia, XXI), pp. 188-192] o perlomeno prevede il rimborso delle spese sostenute per la prestazione lavorativa. La questione rileva anche sul piano processuale, giacché configura, tra il malato e il medico, solamente l'*actio in factum*, non invece l'*actio ex conducto*. Sul punto cfr. M. CARVALE, *Qualche osservazione sulla dottrina di diritto comune in tema di locatio operarum*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Giuseppe Santoro Passarelli. Giurista della contemporaneità*. Liber Amicorum, I, Torino, 2018, pp. 67-69. Resta fermo peraltro il requisito della capacità di intendere e volere dei soggetti contrattuali, ai fini della stipulazione di una *locatio* valida. Sul punto – e in generale sul problema della distinzione tra *locatio operis* (promessa di un certo risultato di lavoro) e *locatio operarum* (prestazione della forza lavoro per un certo tempo) nella dottrina medioevale – cfr. J. LA MENDOLA, *Aspetti del lavoro subordinato nel basso Medioevo. La locatio operarum nella dottrina giuridica dei secoli XII-XIV*, in *Jus*, 53.1 (2006), pp. 77-125 (in particolare p. 85 per il requisito della capacità di intendere e volere, p. 93 per la *locatio operarum* quale *species* di *locatio* riferita al medico).

corché a certe condizioni⁵⁹. Uguccone non affronta la complessa disciplina dell'istituto. Si osserverà che, contrariamente al solito, egli omette le allegazioni tratte dal *Corpus iuris civilis*, poggia invece la propria *interpretatio* sul principio agostiniano – di cui si è già detto – secondo cui «multa enim prestantur inuitis bona, quando eorum consulitur utilitati, non uoluntati». Una omissione, questa, che si spiega con l'aderenza all'*aequitas canonica*: «Huguccio frequently employed this concept in order to reserve certain legal cases to church jurisdiction, or to promote the application of canonical rules in the secular courts as well»⁶⁰.

Se dunque si considera che le argomentazioni ugucconiane, impiegate in vista del riconoscimento dell'*actio* di *negotiorum gestio* a favore del medico intervenuto contro la volontà del malato, fanno leva sul requisito dell'utilità, si deve allora ritenere che l'*utiliter gerere* di Uguccone sia da intendere in senso pieno, nel senso cioè della guarigione del malato-*dominus*, il quale respinge in modo irragionevole ciò che è oggettivamente utile a salvargli la vita.

⁵⁹ Non è il caso di entrare nella complessa valutazione romanistica della questione. Sembra peraltro importante tenere a riferimento il profilo istituzionale della *negotiorum gestio* prestata *prohibente domino* tracciato da V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1978, p. 359: «Non meno controverso è, nella sua esplicazione pratica, il requisito dell'utilità... il *dominus* non può essere vincolato se non da atti di gestione che rispondano, secondo il comune apprezzamento, a una utilità oggettiva, e per converso non può in casi simili opporre una sua particolare intenzione, ignota al gestore e aberrante (come di chi volesse lasciar cadere la casa anziché farvi le riparazioni necessarie). Soltanto in quest'ordine d'idee si può comprendere come alcuni testi accordino, se non l'azione *neg. gest.*, una azione analoga (*utilis*) anche a chi agisce *prohibente domino*». La *negotiorum gestio* qui prospettata su base romanistica risulta congruente con il principio di utilità evocato nel passo agostiniano (riportato più sopra nel testo) rifluito nel *Decretum* graziano; e spiega la tendenza della decretistica medioevale, di cui si dirà meglio oltre, a considerare aberrante la scelta del malato di rifiutare le cure.

⁶⁰ Cfr. K. PENNINGTON, W.P. MÜLLER, *The Decretists. The Italian School*, cit., p. 156 (ivi bibl.).

10. La debolezza del principio dell'*utiliter gerere*

Ma – si potrebbe chiedere – come può configurarsi il requisito dell'*utiliter gerere* nel caso delle cure prestate al malato *invitus* che sia poi deceduto? E come ritenere utili le cure prestate nell'eventualità di un male incurabile? E soprattutto, può dirsi utile la cura che abbia provocato effetti dannosi tanto quanto la malattia da sconfiggere?

Sospinta verosimilmente da questi interrogativi, la riflessione giuridica della canonistica medioevale è costretta a rimettere mano sulla tesi di Ugucione. L'elemento oggettivo dell'utilità, cioè a dire il principio di utilità, si mostra assai debole nella fattispecie medica e apre, sul piano del diritto, problemi maggiori di quanti non risolve. Molte variabili contribuiscono ad aggravare la difficoltà di mettere a punto il concetto giuridico dell'*utilitas* allorché esso viene applicato nell'ambito specifico della malattia, cioè quando sia in gioco un evento imponderabile. Certamente si tratta di questione basilare che impegna i giuristi fin dai primordi, come appare evidente, per esempio, in una *quaestio* del glossatore Bulgaro (a. 1166ca.) – il quale «pare (...) sia stato il primo ad adottare il metodo della *quaestio*»⁶¹ – in cui si chiede se possa pretendere di essere pagato il medico che abbia somministrato una medicina al malato in fin di vita, affetto da dolori insopportabili, il quale però sia stato poi colpito da ulteriori patologie ugualmente gravi. Il testo prospetta la seguente soluzione: se il malato potrà dimostrare che la seconda malattia è stata causata dalla cura somministrata per guarire la prima, potrà allora rifiutare il pagamento; altrimenti dovrà provvedere a corrispondere al medico la somma di denaro per la quale si era all'inizio obbligato⁶². Siamo qui di fronte a un malato che non vuole pagare

⁶¹ Cfr. L. LOSCHIAVO, s.v. *Bulgaro*, in I. BIROCCI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (a cura di), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, cit., I, p. 358b.

⁶² La *quaestio* è edita in G.B. PALMIERI (a cura di), *Quaestiones Dominorum Bononiensium. Collectio Parisiensis*, I, Bononiae, 1913 (*Bibliotheca Iuridica Medii Aevi* = BIMAE), p. 179. Il testo è il seguente: «Quidam languebat ad mortem dolore intolerabili. Accivit medicum, qui si posset eum liberare, daret sibi C. Qui liberavit eum ex illa infirmitate quam patiebatur. Qui in aliam incidit vel graviorem vel similem. Medicus petit C. quia eum liberavit. Eger excipit quia adhuc infirmatur. Queritur utrum medicus possit petere C. nisi liberaverit eum a secunda infirmitate. Bulgarus: Si eger poterit probare se incidisse in aliam infirmitatem ex medicinis illius, medicus cogitur

perché ha ricevuto una cura non salvifica, o meglio una cura salvifica ma con effetti collaterali – diremmo oggi – pari e addirittura peggiori del male da sconfiggere. Il caso così formulato ci mette nella condizione di comprendere chiaramente il meccanismo attraverso il quale l'*aegrotus* potrebbe divenire, a un certo punto, *aegrotus invitus*. Nella *quaestio* di Bulgaro il malato, inizialmente, vuole essere curato e a tal fine egli stabilisce un rapporto di tipo contrattuale con il medico allorché si obbliga a corrispondere una somma di denaro per ricevere le cure. Tuttavia, quel malato medesimo muta la propria volontà dopo aver assistito al fallimento della cura: sono scomparsi i dolori insopportabili, ma sono subentrate nuove e gravi complicanze. Ecco dunque affiorare una possibile ragione per la quale l'*aegrotus* potrebbe mostrarsi a un certo punto *invitus*, ed ecco palesarsi come l'*utiliter gerere* del medico sia, all'atto pratico, assai difficile da ponderare, oltre che da dimostrare: come si può dar prova, in giudizio, del nesso causale tra la cura somministrata e la malattia sopravvenuta? Si tratta di una prova che, secondo Bulgaro, è finalizzata a bloccare l'*actio ex locato*, esperibile dal *medicus* che intenda ottenere la somma pattuita. A guardar bene, questa *species* di azione, ascrivibile agli *iudicia bonae fidei*, al pari dell'*actio* di *negotiorum gestio* – finora incontrata nelle fonti per inquadrare la fattispecie del rifiuto delle cure mediche – differisce molto da quest'ultima, giacché deriva dal rapporto contrattuale intercorrente tra malato e medico. Presa per questo verso la volontà negativa del malato a proseguire le cure o a pagare la cifra per la quale si è obbligato ben può essere considerata rilevante. Peraltro, non resta nascosta la circostanza concreta della difficoltà per il malato di provare il vizio della *res locata*, cioè a dire l'ineadeguatezza delle medicine somministrate ai fini della totale guarigione. In definitiva l'*utiliter gerere* del medico resta un problema, sia per il malato che intenda ricevere le cure, sia – e ancor più – per il malato contrario a esse. Tant'è che la questione, esposta da Bulgaro, ancora ai

eum curare. Si non poterit probare, solvat C. Ex locato, agitur ad C.» (sub n. XXI). La *quaestio* porta la sola sigla di Bulgaro, cfr. A. BELLONI, *Le questioni civilistiche del secolo XII. Da Bulgaro a Pillio da Medicina e Azzone*, Frankfurt am Main, 1989 (Ius Commune. Sonderhefte, 43), p. 12.

tempi di Pillio desta attenzione⁶³. Pillio ne amplia il testo e ne infoltisce le allegazioni, ma soprattutto prova a indicare un criterio, cioè il tempo di insorgenza della seconda malattia, per obbligare o non il malato a pagare il medico⁶⁴.

Le perplessità circa il principio di utilità si acuiscono poi sotto il peso dell'*interpretatio* civilistica, tutta concentrata – con riguardo alla *negotiorum gestio* gerita *prohibente domino* – sulla tutela dell'elemento soggettivo della *voluntas*, piuttosto che dell'elemento oggettivo dell'*utilitas*. Soltanto alcuni *doctores* – non la maggioranza, i più antichi,

⁶³ A. BELLONI, *Le questioni civilistiche*, cit., pp. 418-419 nella Tav. V segnala la corrispondenza tra la *quaestio* '21B' (= *Quaestio* 21 della 'Collectio Parisiensis') di Bulgaro e la *quaestio* 'Pilius 12' (= *Quaestio* 12 delle 'Quaestiones sabbatinae' di Pillio) di Pillio. Che le questioni di Pillio siano «in stretto rapporto con questioni disputate da autori a lui vicini o più antichi» tra cui Bulgaro, è «una realtà sicura», cfr. A. BELLONI, *ibid.*, p. 49.

⁶⁴ Questa la *solutio* di Pillio, trascritta dal manoscritto di Toledo, Biblioteca de la Catedral, 39-28, f. 77ra [= T, giudicato come il codice più attendibile da A. BELLONI, *Le collezioni delle "Questiones" di Pillio da Medicina. Storia del testo e tradizione manoscritta con l'ausilio del computer*, in *Ius commune*, 9 (1980), p. 59]; e dal manoscritto della Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica vaticana, *Borgh.* 135, f. 22va-b (= B, facente parte del 'gruppo α', cfr. *ibid.*, pp. 30, 101): «In hac questione distinguere posset [distinguere possit *tr.* B] ypocras utrum ex eisdem humoribus restaurata esset infirmitas, an ex aliis. Si ex eisdem [eisdemd *scr. et d exp.* B], teneatur galienus, alias [alias *bis scr.* B] nequaquam, ar. ut ff. de solutio., Qui res, § aream (*Dig.* 46.3.98.8). Vel aliter, utrum culpa infirmi forsitan quia non abstinuit a conuiuuiis, an non [no B]. Si culpa infirmi, non teneatur, alias obligatur [obligatur *om.* T], ar. ut ff. de reg. iuris, Quod quis (*Dig.* 50.17.203). Alia solutio [Alia solutio *om.* T]: Michi non aliter uidetur distinguendum, scilicet utrum illico [illico T] redierit egritudo an longe post. Vt siquidem illico [illico T] redierit liberatus fuisse non intelligatur. Si vero longe post galienus absoluitur [absoluat B], ar. ut [ait B] ff. de in in. re., Diuus (*Dig.* 4.1.7) et [et *om.* B] ff. de uer. obli., Si quis ita, § Seia (*Dig.* 45.1.135.1)». Anche Pillio – come Bulgaro – utilizza l'argomentazione della causa della seconda malattia, per risolvere la *quaestio*. Si nota in Pillio una maggiore acribia: egli cita l'insorgere di una nuova malattia (*utrum ex eisdem humoribus instaurata esset infirmitas*), oppure la colpa del malato, per esempio l'inosservanza delle prescrizioni mediche (*non abstinuit a conuiuuiis*) o qualsiasi altra 'colpa' (*si culpa infirmi*) per obbligare l'*aegrotus* a corrispondere al medico quanto pattuito. Tuttavia Pillio individua il criterio del tempo di insorgenza della nuova malattia per stabilire se si tratti di recidiva oppure di nuova malattia: soltanto in quest'ultimo caso il malato è nuovamente obbligato a pagare il medico.

non invece quelli dei tempi di Accursio, dei quali si dirà a breve – avevano ammesso la possibilità si accordare a tal genere di *gestor* l'azione per il recupero delle spese, peraltro nei limiti dell'*actio utilis*, cioè con riferimento alla forma di azione dativa, derivante dalla tutela equitativa richiesta dalla situazione di fatto.

E si aprono a questo punto nuovi scenari.

CAPITOLO SECONDO

PROHIBITIO E VOLUNTAS DOMINI

SOMMARIO: 1. La dissensio civilistica intorno alla negotiorum gestio prestata prohibente domino. 2. La serrata accursiana. 3. L'arricchimento del dominus nell'interpretatio di Lorenzo Ispano. 4. (segue) Dall'utiliter gerere all'utiliter accipere. 5. Il rifiuto delle cure tra 'diritto oggettivo' e 'diritto soggettivo'. 6. Dall'irrelevanza alla nullità della voluntas del malato nell'interpretatio di Giovanni Teutonico. 7. Le ragioni a favore della tutela del gestor. 8. (segue) Il recupero della tesi di 'Magister M.'. 9. Le ragioni a favore della tutela del dominus. 10. Conclusioni.

1. La dissensio civilistica intorno alla negotiorum gestio prestata prohibente domino

La disputa sulla tutela equitativa da ammettere per la *negotiorum gestio* veniva da molto lontano. Questa figura giuridica aveva subito importanti modifiche in età romana post-classica¹, con il risultato di un istituto complesso, non lineare, disseminato tra molti singoli casi concreti, notoriamente indeterminato. Basti osservare che persino la costituzione giustiniana rifluita in *Cod.* 2.18(19).24, con la quale i glossatori si imbattono per fissare i profili processuali della *negotiorum gestio prestata prohibente domino*, rammenta esplicitamente le tesi discordanti dei giureconsulti romani². Di fronte alla difficoltà di decidere quali azioni spettino al gerente che abbia agito contro la volontà o, peggio, dopo la proibizione denunciata espressamente dal *dominus*, l'imperato-

¹ Rinvio, al riguardo, agli studi classici di S. RICCOBONO, *La gestione degli affari altrui e l'azione di arricchimento nel diritto moderno*, in *Rivista del diritto commerciale*, 15 (1917), pp. 369-371, 373, 385-386, 393-400; e di P. GALLO, *Le fonti delle obbligazioni*, II: *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, Torino, 2008² (Trattato di diritto civile. Diretto da Rodolfo Sacco), pp. 6-8.

² Per una sintesi si veda ancora S. RICCOBONO, *La gestione degli affari altrui*, cit., p. 387.

re Giustiniano – nell’anno 530, con la *constitutio* ‘Si quis nolente’ [Cod. 2.18(19).24] – opera una scelta risolutiva, in favore dell’*opinio* di Salvio Giuliano: deve essere rigettato qualunque genere di azione per il recupero delle spese sostenute dal *negotiorum gestor* che abbia posto in essere la propria attività *prohibente domino*. Neppure avrà rilievo il carattere della *bona gestio* realizzata³. Un’apertura si potrebbe semmai concedere nel caso in cui il *dominus*, avuta contezza della bontà della *negotiorum gestio*, dolosamente ne abbia frapposto la proibizione, con lo scopo di godere dei vantaggi ricevuti ma di sottrarsi alle spese. L’esclusione della possibilità di recuperare in giudizio quanto impiegato dal gerente dipende dalla *prohibitio*, sempre che quest’ultima sia validamente espressa. Essa dovrà dunque presentare due requisiti. Il primo, temporale: dovrà essere manifestata precedentemente all’avvio della *negotiorum gestio*. Il secondo, sostanziale: dovrà essere chiaramente espressa, ancorché non necessariamente per iscritto, comunque in maniera tale da poterne fornire la prova a mezzo di testimoni (*vel in scriptis vel sine scriptis, sub testificatione tamen aliarum personarum*)⁴. Soltanto la carenza di questi elementi, necessari ai fini della validità della *prohibitio*, potrà far sorgere in capo all’amministratore il diritto ad agire in giudizio per il recupero delle spese sostenute. L’impressione finale è che la disciplina giustiniana fissata con la *lex* ‘Si quis nolente’ sia tutta a favore della *voluntas domini*, purché correttamente dichiarata,

³ Cod. 2.18(19).24pr.-1: «Si quis nolente et specialiter prohibente domino rerum administrationi earum sese immiscuit, apud magnos auctores dubitabatur, si pro expensis, quae circa res factae sunt, talis negotiorum gestor habeat aliquam adversus dominum actionem. 1. Quam quibusdam pollicentibus directam vel utilem, aliis negantibus, in quibus et Salvius Iulianus fuit, haec decidentes sancimus, si contradixerit dominus et eum res suas amministrare prohibuerit, secundum Iuliani sententiam nullam esse adversus eum contrariam actionem, scilicet post denuntiationem, quam ei dominus transmiserit nec concedens ei res eius attingere, licet res bene ab eo gestae sint».

⁴ Cod. 2.18(19).24.2: «Quid enim, si dominus adspexerit ab amministratore multas expensas utiliter factas et tunc dolosa adsimulatione habita eum prohibuerit, ut neque anteriores expensas praestet? quod nullo patimur modo sed ex quo die attestatio ad eum facta est vel in scriptis vel sine scriptis, sub testificatione tamen aliarum personarum, ex eo die pro faciendis meliorationibus nullam ei actionem competere, super anterioribus autem, si utiliter factae sunt, habere eum actionem contra dominum concedimus sua natura currentem».

a evitare che, con un comportamento volutamente ambiguo (*dolosa ad-simulatione*), il *dominus* possa ottenere un beneficio⁵.

Anche i glossatori, per parte loro, imboccano la strada della *dissensio*. Una sintesi incisiva dello *status quaestionis*, per come essa è sviluppata in età preaccursiana, si legge nelle *Dissensiones Dominorum* attribuite a Ugolino⁶ – «ma sulla cui paternità si continua a nutrir dubbi»⁷ – nelle quali è recepito e arricchito un testo più antico, tramandato nella *Collectio Chisiana*⁸. La maggior parte dei civilisti – Piacentino, Oderico, Bulgaro, Giovanni Bassiano – mostrano, implicitamente, di far propria l'antica soluzione di Salvio Giuliano, in aderenza a *Cod.*

⁵ La legislazione giustiniana in materia di *negotiorum gestio* innova profondamente la disciplina fissata nell'età classica del diritto romano. Rinvio sul punto agli studi fondamentali di P. GALLO, *Le fonti delle obbligazioni*, cit., pp. 1-8 (ivi ampia bibl.).

⁶ G. HAENEL (ed.), *Dissensiones Dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur*, Leipzig, 1834 (rist. anast. Aalen, 1964), p. 275: «Placentinus et Odericus, Bul. (Bulgarus) et Iob. (Ioannes Bassianus) dicunt, quod, si quis post prohibitionem gessit negotium, etiam utiliter, nec directam nec utilem habet actionem de inpensis, ut *C. de negotiis gestis* (2, 19.) *L. ult.* et *D. Mandati* (17, 1.) *L. Si pro te* (40.) et *D. de Negotiis gestis* (3, 5, L.) *Ex duobus* (27). Alii, ut *M. (Martinus)*, ex aequitate utilem ei indulgent, an instar illius, qui animo depraedandi adcessit ad aliena negotia gerenda, ut *D. de Negotiis gestis* (3, 5.) *L. Si pupilli* (6.) §. 3. et 4., et ad similitudinem illius, qui post prohibitionem heredis testatorem funeravit, ut *D. de Religiosis et sumtibus funerum* (11, 7.) *L. At si quis* (14.) §. *Labeo* (12.). Sed illud potest dici speciali favore funeraticae. Similiter indulgent ei, qui bona fide aedificavit in alieno solo, cui *Iac. (Iacobus)* dicit tantum per retentionem consuli, ut *D. de Conditione indebiti* (12, 6, L.) *Si in area* (33) et *D. de Doli exceptione* (44, 4, L.) *Paulus* (14.)...».

⁷ Cfr. G. CHIODI, s.v. *Ugolino Presbiteri*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (a cura di), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, II, Bologna, 2013, p. 1996b.

⁸ G. HAENEL (ed.), *Dissensiones Dominorum*, cit., p. 241: «*Aldericus et Plac. (Placentinus) et Ott. (Otto Papiensis)* dicunt, quod, si post domini prohibitionem quis negotium gessit, etiam utiliter, nec directam nec utilem habet actionem de inpensis, ut *C. de Negotiis gestis* (2, 19) *L. ult.* et *D. Mandati* (17, 1, L.) *Si pro te* (40.) et *D. Communi dividundo* (10, 3, L.) *In hoc iudicium* (14, med. §. 1.). Alii vero ex aequitate utilem indulgent ad instar illius, qui animo depraedandi adcessit ad alienum negotium gerendum, ut *D. eod. tit.* (3, 5.) *L. Si pupilli* (6, §. 3. et 4.)» (sub § 159: 'An is, qui prohibente domino negotia gessit, actionem negotiorum gestorum utilem pro expensis habeat?').

2.18(19).24: perciò, se qualcuno, ancorché utilmente, avrà agito dopo la proibizione del *dominus*, non avrà alcuna azione, né diretta né utile. Ma altri *doctores* – tra i quali si annovera ‘Magister M.’: il glossatore Martino o forse il più tardo Melendus⁹ – leggono il dettato di *Cod.* 2.18(19).24 alla luce dei passi del Digesto – in particolare *Dig.* 3.5.5.5(3)-6(4) e *Dig.* 12.6.33 – in cui la *negotiorum gestio* produce arricchimento a favore del *dominus*, oppure è prestata in buona fede. Il problema vero è quello di armonizzare l’assolutezza delle disposizioni di età giustiniana, fissate nella *lex* ‘Si quis nolente’ [*Cod.* 2.18(19).24] – volte a negare non soltanto le azioni dirette, ma anche le azioni utili scaturenti dalla

⁹ L’ed. Haenel scioglie la sigla “M.” con “Martino”, si riferisce perciò al glossatore Martino Gosia. Si deve però segnalare che la medesima tesi riferita dalle *Dissensiones* è attribuita, da Guido da Baisio, al glossatore canonista ‘Melendus’, attivo in Italia tra il 1180 e il 1210, cfr. R. WEIGAND, *The Development of the Glossa ordinaria to Gratian’s Decretum*, in W. HARTMANN, K. PENNINGTON (eds.), *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234. From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX*, Washington, 2008, pp. 76-77. Il testo di Guido così corre: [D. 83 d.a.c.1] «In ea glo., ibi ‘actionem’ (GIOVANNI TEUTONICO, gl. *Inferas*, ad D. 83 d.a.c.1), adde: dicebat mel. dandam esse vtilem actionem, nam datur vtilis ei qui animo depredandi accedit ad nagocia mea in quantum locupletior factus sum, ff. de neg. gest., Si pupillus (*rect. pupilli*), § III [*rect.* 2(6), *Dig.* 3.5.5.2(6)]» (*Archidiaconus super decretorum volumine cum additionibus nouiter additis*, in oppido Tridini 1513, f. 94ra). Che Martino sia sostenitore dell’azione utile a tutela del *gestor*, qualora abbia prodotto l’arricchimento del *dominus*, risulta in molte parti della sua dottrina sulla *negotiorum gestio*, per le quali rinvio allo studio di E.J.H. SCHRAGE, *Arricchimento senza causa nel diritto intermedio*, in *Revue internationale des droits de l’antiquité*, 57 (2010), pp. 428-431. Lo stesso A., in uno scritto di alcuni anni addietro [E.J.H. SCHRAGE, *Qui in fundo alieno aedificavit. Die actio negotiorum gestorum utilis als Vorstufe einer allgemeinen Bereicherungsklage*, in *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, 36 (1989), pp. 410-416], dopo aver esposto la tesi di Martino con riguardo specifico al caso della costruzione su fondo altrui; e dopo aver sottolineato la singolarità della posizione interpretativa di questo glossatore rispetto agli altri *doctores* – la quale emerge anche dalla *reportatio* di Azzone, Accursio, Odofredo e delle *Dissensiones Dominorum* – così commenta (p. 413): «Mir scheint aber hier die wirkliche historische Lage noch ungeklärt zu sein, denn wäre Martinus wirklich ein vollkommener Einzelgänger gewesen, dann wäre doch die Unmenge von Erwähnung, nicht nur in der accursischen Glosse, sondern auch in den Schriften späterer Generationen von Juristen unverständlich». D’altra parte, è nota la fama di Martino, ‘homo spiritualis’, cioè a dire giurista incline ad accogliere l’*interpretatio* equitativa delle norme.

negotiorum gestio – con i più antichi e differenti casi di segno contrario disseminati nel Digesto. Perciò, le allegazioni indicate dagli opposti schieramenti sono la chiave di lettura per cogliere le difficoltà degli interpreti nel riuscire a delineare una disciplina unitaria dell’istituto, nel quadro intricato dell’assetto giustiniano. A tal riguardo occorre osservare che tanto i maestri contrari quanto i favorevoli al riconoscimento dell’*actio utilis* citano, fra l’altro, il titolo V, ‘De negotiis gestis’, del libro terzo del Digesto. Tuttavia essi selezionano differenti frammenti. I primi (i contrari) allegano la *lex* ‘Ex duobus’ [Dig. 3.5.26(27)]¹⁰, in cui la negazione dell’*actio* è disposta in relazione al recupero delle spese sostenute per i miglioramenti realizzati da un fratello, sul fondo posseduto in comune con l’altro fratello, minore d’età. Poiché tal genere di *gestio* è compiuta *nulla re urgente* e *voluptatis causa*, sarà negata, in sede di divisione ereditaria, l’azione con la quale il fratello più vecchio – divenuto nel frattempo l’altro maggiore d’età – rivendichi per sé il *sumptus* sborsato. Nel medesimo frammento, inoltre, è negata l’*actio* al *gestor* che abbia agito *causa pietatis*, come avviene per esempio se il fratello, *pietatis respectu*, abbia allevato la figlia della sorella. I secondi (i favorevoli), invece, fanno leva sul frammento 5, § 5(3)¹¹ e § 6(4)¹²,

¹⁰ Dig. 3.5.26(27): «Ex duobus fratribus uno quidem suae aetatis, alio vero minore annis, cum haberent communia praedia rustica, maior frater in saltu communi habenti habitationes paternas amplia aedificiaaedificaverat: cumque eundem saltum cum fratre divideret, sumptus sibi quasi re meliore ab eo facta desiderabat frate minore iam legitimae aetatis constituto. Herennius Modestinus respondit ob sumptus nulla re urgente, sed voluptatis causa factos cum de quo quaeritur actionem non habere. Titium, si pietatis respectu sororis aluit filiam, actionem hoc nomine contra eam non habere respondi».

¹¹ Dig. 3.5.5.5(3): «Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet): sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestor actione. ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem».

¹² Dig. 3.5.5.6(4): «Si quis ita simpliciter versatus est ut suum negotium in suis bonis quasi meum gesserit, nulla ex utroque latere nascitur actio, quia nec fides bona hoc patitur. quod si et suum et meum quasi meum gesserit, in meum tenebitur: nam et si cui mandavero, ut meum negotium gerat, quod mihi tecum erat commune, dicendum esse Labeo ait, si et tuum gessit sciens, negotiorum gestor eum tibi teneri».

dove l'*actio utilis* è data all'amministratore gerente in vista di un guadagno personale, ma con arricchimento del *dominus*. Accanto a questa fonte, inoltre, i *doctores indulgentes*¹³ – come sono definiti nella *Dissensio* – aggiungono il passo del Digesto (*Dig.* 12.6.33) nel quale l'*actio utilis* è concessa a tutela della buona fede, qualora ricorra la fattispecie della *condictio indebiti*. Si apre così una riflessione interessante ai nostri fini. Il rimedio della *condictio*, generalmente orientato a ottenere la «restituzione di cose che senza ragione giustificativa siano passate dalla proprietà di una persona in quella di un'altra»¹⁴, era sorto all'epoca del diritto romano classico, nel quadro di un sistema contrattuale non consensuale. La dazione della cosa concludeva il contratto e, conseguentemente, essa era il termine di riferimento della tutela giuridica e l'oggetto da garantire. La *condictio* diveniva operativa, per esempio, ogni volta che si intendesse agire per «il recupero dei beni consegnati in esecuzione di un contratto invalido»¹⁵. In buona sostanza, non il soggetto e tantomeno la *voluntas* rilevano ai fini dell'esperibilità della *condictio*, ma la *datio*. Ciò detto, si comprende come la *dissensio* impiantata dai glossatori circa il regime della *negotiorum gestio* inviti a tenere in considerazione la posizione del *dominus* non soltanto con riguardo all'elemento soggettivo della *voluntas*, ma anche con riguardo all'elemento oggettivo dell'arricchimento ottenuto, a fronte di un'attività contrattuale invalida. Vero è che non può essere accordata alcuna azione laddove il *gestor* sia intervenuto *prohibente domino*, come recita *Cod.* 2.18(19).24. Ma altrettanto vero è che, nei casi di *prohibitio* invalida, contemplati nel passo codicistico, e nei casi specifici di ingerenza negli affari altrui – disciplinati in *Dig.* 3.5.5.5(3) e *Dig.* 3.5.5.6(4) – nei quali il *dominus* risulta *absens*, il *gestor* può utilmente agire in giudizio, in relazione all'arricchimento ricevuto dal *dominus*: cioè a dire nella misura in cui io, *dominus*, «locupletior factus sum» [*Dig.* 3.5.5.5(3)].

¹³ Tra i *doctores indulgentes* si annovera verosimilmente anche l'autore della *Summa Trecensis*. Come osserva S. RICCOBONO, *La gestione degli affari altrui*, cit., p. 378, in questo testo rileva l'elemento oggettivo fattuale, non l'elemento soggettivo della volontà: da qui scaturiscono le azioni equitative per la tutela della *negotiorum gestio*.

¹⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1978¹, p. 361.

¹⁵ P. GALLO, *Le fonti delle obbligazioni*, cit., p. 1.

Evidentemente, per i *doctores indulgentes*, nell'ipotesi di invalidità della *voluntas domini*, la disciplina della *negotiorum gestio* deve evitare il prodursi di arricchimento senza causa¹⁶.

2. La serrata accursiana

Da quanto sin qui osservato, credo si debba far leva sulla *ratio aequitatis* che è al fondo delle considerazioni dei *domini indulgentes*, tra le cui file incontriamo quel 'Magister M.', certamente incline alla giustizia equitativa, sia che lo si debba identificare con il civilista Martino Gosia, notoriamente *homo spiritualis*, sia che lo si voglia identificare con il canonista Melendus. Del resto, doveva non sfuggire ai *doctores* che la *negotiorum gestio* appartiene al novero degli *iudicia bonae fidei*: la *bona fides* è l'elemento sostanziale su cui si regge l'istituto, perciò esso riceve, per sua natura, il genere di tutela equitativa. Proprio tra le file dei canonisti si va fissando l'attenzione sull'arricchimento senza causa e ingiustificato: in particolare, sui famosi testi di Pomponio, trasmessi in D.50.17.206 e D.12.6.14 dove si dice che *iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri*

¹⁶ Secondo V. SCIALOJA, *Absentia domini*, in *Il Foro Italiano*, 80, parte IV: *Mono-grafie e varietà*, 1957, col. 132, nota 13, i casi per i quali i giuristi medievali pensano di accreditare l'azione utile a difesa del *negotiorum gestor* che abbia agito *prohibente domino* sono da considerare eccezioni rispetto alla regola fissata da Giustiniano in *Cod.* 2.18(19).24. In poche parole, i maestri *indulgentes* non avrebbero messo in discussione la regola generale, ma avrebbero additato alcuni casi in cui essa è sospesa. Ciò è senz'altro vero, almeno per l'indirizzo canonistico, con il quale del resto gli *indulgentes* sono affini. Ma l'indirizzo civilistico consolidato nella Glossa accursiana mostra una tendenza opposta, cioè a dire non ammette alcuna apertura interpretativa con riguardo al dettato di *Cod.* 2.18(19).24. Accursio espressamente afferma (cfr. la successiva nota 19) che, ai tempi suoi, la *negotiorum gestio* gerita *prohibente domino* non dà luogo ad azioni di *negotiorum gestio contrariae*, né ordinarie né utili. In sostanza, il concetto di arricchimento senza causa, sconosciuto al diritto romano, è costruzione della canonistica medioevale. Sul punto cfr. E.J.H. SCHRAGE, *Arricchimento senza causa*, cit., pp. 421-426.

locupletiolem, un testo che alla fine Bonifacio VIII ha raccolto nel *Liber Sextus*¹⁷.

La coppia concettuale *bona fides-ratio aequitatis* è congruente con lo spirito dell'*interpretatio* canonistica, la quale mostra di impiegarla – come osservato più sopra – per tracciare la disciplina di quella particolarissima ipotesi di *negotiorum gestio* che si realizza nella relazione tra il *medicus* e l'*aegrotus invitus*. Tuttavia, proprio la base equitativa lascia spazio a soluzioni diverse, anzi opposte, come effettivamente avviene, soprattutto presso le generazioni dei civilisti successive ai Quattro Dottori. Oltre alle informazioni fornite, al riguardo, nelle *Dissensiones Dominorum* – di cui si è detto – si dovrà considerare la presa di posizione di Accursio, il quale dà conto del mutamento interpretativo, avvenuto ai tempi suoi. Per spiegare la disciplina fissata in *Cod. 2.18(19).24* e per dare rilievo all'elemento della volontà, egli distingue a seconda del tempo in cui si realizza la *gestio*, se cioè prima o dopo la *prohibitio domini*. Secondo le disposizioni della seconda parte della *lex* 'Si quis nolente' [*Cod. 2.18(19).24*], l'azione giudiziale contro il *dominus* è ammessa esclusivamente per il pagamento delle spese anteriori alla proibizione (*antiquiores autem sic*)¹⁸. Con riguardo invece alla *gestio* intervenuta *post denunciationem*, egli affronta espressamente il problema di sapere se la *ratio aequitatis* possa generare l'*actio*, tenuto conto del *bene gestum* (*an de equitate dabitur aliqua actio post denunciationem, si bene est gestum*). La risposta è senz'altro negativa, pur nella consapevolezza di trovarsi di fronte a questione non piana. Accursio riferisce della vecchia posizione interpretativa di 'M.', dalla quale egli peraltro si dissocia, forte dell'opinione di Bulgaro e Giovanni Bassiano: quasi a lasciar intendere che si tratti ormai di una *dissensio* chiusa e obsoleta (*Sed B. contra et Io. et nos...*)¹⁹. La tutela equitativa della *negotiorum*

¹⁷ Cfr. E.J.H. SCHRAGE, *ibid.*, p. 423. La *regula* 48 del *Sextus* (VI 5.12.48) recita: «Locupletari non debet aliquis cum alterius iniuria vel iactura».

¹⁸ ACCURSIO, gl. *Locupletatur*, ad *Cod. 2.18(19).24*, ad vv. *bene ab eo gestae sint*: «Locupletatur ergo cum aliena iactura propter suam contradictionem... Bene dico expensas post denunciationem factas non repetit, antiquiores autem sic, 'Quid enim' etc. [*Cod. 2.18(19).24.2*]...» (ed. Augustae Taurinorum 1576, col. 277).

¹⁹ ACCURSIO, gl. *Natura eius*, ad *Cod. 2.18(19).24*, ad v. *currentem*: «...Item an de aequitate dabitur aliqua actio pro gestis post denunciationem, cum bene est gestum, in

gestio, invocata da *Magister* ‘M.’, lascia ancora sussistere, in Accursio, l’esigenza di fare memoria dei differenti orientamenti dottrinali fioriti in seno alla scuola. Ma a guardar bene questo richiamo è volto a respingere definitivamente il passato. Egli presenta il caso emblematico della vendita di un bene, conclusa a un prezzo maggiore di quello richiesto dal mandante, ipotesi nella quale è esclusa l’azione del *gestor*, in relazione al *plus* ottenuto dal *dominus*. Sembra a noi di poter sciogliere la soluzione accursiana nel modo seguente. Poiché il maggior prezzo eccede quanto stabilito nel mandato, esso risulta ‘non voluto’ dal mandante. Ciò produce una trasformazione della posizione giuridica dell’amministratore: con riguardo al maggior prezzo, egli non risulta più qualificabile come mandatario, ma piuttosto come *negotiorum gestor nolente domino*. Conseguentemente, l’*actio* esperibile dall’agente sarà soltanto quella derivante dalla qualità di mandatario, nei limiti della cifra stabilita. Non è ammessa invece l’azione giudiziale in qualità di *gestor*, connessa al *plus* conseguito (*non possit agere nisi pro taxata quantitate*), con la sola eccezione del caso specialissimo, contemplato in *Dig.* 11.7.14.13, in cui «prohibente herede funeraveris testatorem»²⁰. In sostanza, per Accursio, la tutela soggettiva della *voluntas domini* è sempre prevalente sulla tutela oggettiva dell’*utiliter gestum*.

Evidentemente, la *Magna Glossa* – e con essa generalmente la civilistica dei tempi accursiani – non contempla il caso dell’*aegrotus invitus* e delle cure mediche come fattispecie specifica, meritevole di una disciplina peculiare. E altrettanto evidente è che tutta l’esposizione

simili casu potest quaeri, vt si mandauit vt emerem res pro decem et dedisti viginti et vtiliter quia bene valet et plus. Et ait M. agi posse, ar. ff. de verb. signi., l. Cum in testamento (*Dig.* 50.16.202) et de cond. inde., l. Nam hoc natura (*Dig.* 12.6.14). Sed B. contra et Io. et nos, scilicet vt non possit agere nisi pro taxata quantitate vt ff., eo., l. Qui aliena, § libertos [*Dig.* 3.5.30(31).4] et l. (Si) ex duobus [*Dig.* 3.5.26(27)] et hic [*Cod.* 2.18(19).24] et ff. man., l. Si remunerandi, § si passus (*Dig.* 17.1.6.2) et l. Si pro te (*Dig.* 17.1.40), nisi in casu vt ff., de relig., l. At (*rect.* Et) si quis, § idem Labeo ait (*Dig.* 11.7.14.13)» (*ibid.*).

²⁰ Il caso specifico, disciplinato in *Dig.* 11.7.14.13, per il quale Accursio ammette la concessione dell’*actio* di *negotiorum gestio* al gerente *prohibente domino* subirà una diversa e importante interpretazione al tempo della scuola del commento. Essa influirà sull’intero assetto della questione dell’*aegrotus invitus*. Sul punto cfr. *infra*, cap. IV, § 11.

fin qui presentata – non pressata dall’obbligo della *correctio* fraterna che è invece centrale per la canonistica – prospetta un quadro destinato a includere la questione dell’assistenza data contro la volontà del malato nella disciplina generale della *negotiorum gestio invito domino*. Pre-me piuttosto ad Accursio di porre in chiaro l’irrelevanza dell’elemento oggettivo della *gestio*, ai fini della ripetibilità giudiziale del *sumptus* sostenuto dal *gestor*. Sospinto dalla perentorietà delle disposizioni della legge ‘Si quis nolente’, il glossatore ordinario sposta l’asse interpretativo dalla *qualitas* della *gestio* alla volontà del soggetto gerito: quest’ultima soltanto è dirimente nell’apprezzamento della *negotiorum gestio*.

In definitiva, risulta chiaro che il principio di utilità, invocato dai canonisti per la disciplina del rifiuto delle cure, trovi di fatto l’opposizione netta della dottrina civilistica, consolidatasi nella Glossa Ordinaria, in circolazione intorno al secolo XIII.

3. *L’arricchimento del dominus nell’interpretatio di Lorenzo Ispano*

Nonostante la risolutezza della dottrina accursiana, l’*interpretatio* dei *doctores indulgentes* continua a essere seguita, sui primi del secolo XIII, tra le file dei canonisti. Essa è impiegata a motivo della necessità di garantire sempre, al medico, la possibilità di recuperare quanto di spettanza – in ossequio al dettato del c.15 della C.XIV q.5, di cui si è detto – e con l’obiettivo di rendere stabile il principio dell’obbligatorietà morale dell’intervento medico di fronte al pericolo di morte. Ecco dunque che Lorenzo Ispano, nella *Glossa Palatina* (a. 1214ca.)²¹, in-

²¹ Secondo K. PENNINGTON, *The Decretalists 1190 to 1234*, in W. HARTMANN, K. PENNINGTON (eds.), *The History of Medieval Canon Law*, cit., p. 228 la *Glossa Palatina* contiene molto materiale di Lorenzo. Tuttavia le *reportationes*, presenti in tre manoscritti francesi, assai raramente trasmettono esattamente le medesime glosse. Conseguentemente «the *Glossa Palatina* is probably the best guide to his thought, assuming that he did write a formal apparatus». Nel caso qui studiato, la *reportatio* tramandata nel manoscritto Paris, Bibliothèque Nationale, lat. 15393, f. 60v, in linea con la tesi del Pennington, è la seguente [D.83]: «Lau. Quid de medico? Numquid tenetur infirmum curare? Videtur quod sic quia dicit c. quod si plus ualeat apud te pecunia tua quam uita perituri non est leue peccatum, LXXXVI, Non satis, in prin. (D.86 c.14). Dico quod si pauper est tenetur etiam sine precio. Si autem diues, dentur similiter set aduersus eum

centra la propria riflessione proprio sulla tesi di quel *magister M.* seguendo la quale è possibile dare al medico l'*actio utilis* per il recupero delle spese sostenute, nonostante la proibizione delle cure, espressa dal malato²². Lorenzo ripresenta gli interrogativi uguccioniani in forma maggiormente articolata e soprattutto tenta una soluzione in punta di diritto, cioè mediante il ricorso alle *auctoritates* tratte dal *Corpus* giustiniano. In questo modo egli accetta implicitamente la sfida con la scienza civilistica e aumenta la spinta verso la giuridicizzazione del principio spirituale della correzione fraterna. Benché sia a conoscenza del dettato della legge 'Si quis nolente' – che puntualmente cita: «ipse prohibet ne eum curet, tunc non repetet medicus, C. de neg. g., l. ult. [Cod. 2.(18).24]» – e della conseguente negazione dell'azione di *negotiorum gestio* utile a tutela del medico, la *Glossa Palatina* mantiene però in circolazione la disciplina incentrata sull'elemento equitativo e riporta l'attenzione sulla situazione oggettiva dell'arricchimento ottenuto dal *dominus*, il quale diventa perciò passibile di *actio utilis*. Con questo intendimento, tra il ricco e intricato panorama delle *auctoritates* civilistiche, Lorenzo seleziona unicamente *Dig. 3.5.5.2(6)*²³. La fattispecie qui contemplata è quella di chi intervenga nella tutela del pupillo al posto del tutore per evitare a quest'ultimo, evidentemente negligente, di essere citato in giudizio. Tal genere di *negotiorum gestor* può vantare diritti nei confronti del tutore negligente ma anche nei confronti del *pupillus*, eventualmente arricchitosi, grazie alla *gestio* ricevuta. In que-

habet actionem negotiorum g. per leges, C., de neg. g., Si seruum [Cod. 2.18(19).10] et ff., e. t., Set an ultro [Dig. 3.5.9(10)]. Set quod si prohibeat ei ne faciat? Videtur tunc excludere accionem neg. g. Set tamen dicit c. contra quia inuitum tenetur extrahere de domo ruitura, XXIII, q. III, Ipsa pietas (C.23 q.4 c.24). Vnde dico quod tenetur».

²² LORENZO SPANO, *Glossa palatina* [D.83 d.a.c.1], ad v. *Prouidendum*: «...Set pone quod ipse prohibet ne eum curet, tunc non repetet medicus, C. de neg. g., l. ult. [Cod. 2.(18).24]. M. tum dabat ei utilem actionem, nam datur utilis ei qui animo depredandi accedit ad negotia mea, in quantum locuplectior factus sum, ff. de neg. g., Si pupillus (rect. pupilli), § III [Dig. 3.5.5.2(6)]. Debet tamen eum curare inuitum, sicut et inuitum de domo ruitura etc., XXIII, q. III, Ipsa (C.23 q.4 c.24)» (Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, ms. *Pal. lat.* 658, f. 20va).

²³ *Dig. 3.5.5.2(6)*: «Iulianus libro tertio digestorum scribit, si pupilli tui negotia gessero non mandatu tuo, sed ne tutelae iudicio tenearis, negotiorum gestor te habebo obligatum: sed et pupillum, modo si locupletior fuerit factus».

sto modo, la questione della *prohibitio domini* passa in secondo piano (*M. tum dabat ei utilem actionem, nam datur utilis ei qui animo depredandi accedit ad negotia mea, in quantum locuplectior factus sum*).

In poche parole: se si condividono le argomentazioni del ‘magister M.’, si può contemperare l’interesse del medico-gestor a *repetere* le spese sostenute per curare l’*aegrotus invitus* con l’interesse dell’ordinamento canonico a rendere obbligatorio l’intervento salvifico (*correctio fraterna*). Con la conseguenza di impedire, di fatto, il rifiuto delle cure. Non meraviglia, dunque, che questa *interpretatio* sopravviva proprio tra le file dei canonisti. Tuttavia, perché essa possa ottenere nuova forza e nuova fortuna, con riguardo al nostro tema, resta da sciogliere la questione della valutazione dell’*utiliter gerere*: la possibilità di ammettere l’*actio* a tutela del medico *negotiorum gestor* avviene in ragione dell’*utilis gestio* posta in essere a vantaggio della vita del malato.

4. (segue) Dall’*utiliter gerere* all’*utiliter accipere*

Dopo Ugucione sul fronte canonistico, e dopo Accursio sul fronte civilistico si presentano due grandi questioni. Risulta urgente, innanzitutto, la necessità di approfondire la valutazione dell’*utilitas* della *gestio* prestata a favore del malato. E in secondo luogo, ma non secondariamente, resta da sciogliere il nodo della *voluntas domini*, se riferita al malato *invitus*.

Finalizzate alla soluzione del primo di questi problemi sembrano da leggere le ulteriori precisazioni della *Glossa Palatina*. Circa la questione dell’obbligo per il medico di curare il malato senza riguardo per il mancato pagamento, nulla cambia rispetto a quanto aveva già dichiarato Ugucione. Si aggiunge semmai una riflessione in più che separa il caso del malato povero *invitus* da quello del ricco *invitus*. Nel primo caso il medico è tenuto a curare gratuitamente il malato²⁴; nel secondo,

²⁴ Sul malato povero in età medioevale esiste una ricca letteratura che lega la *qualitas* di *pauper* all’esercizio della *misericordia*. Per uno studio puntuale cfr. C. CRISTIANI, *Carità e assistenza nella civiltà cristiana medioevale*, in M.D. GRMEK (a cura di), *Storia del pensiero medico occidentale. Antichità e Medioevo*, Roma-Bari, 2007 (Biblioteca Storica Laterza), pp. 217-233. All’atto pratico le cure si adattano anche alla

il medico potrà invece pretendere il salario spettante, giacché, sul piano del diritto, rileva il rifiuto del pagamento: ciò costituisce *iniuria*²⁵. Questa ulteriore fattispecie evidentemente mostra la rinnovata sensibilità per le ragioni che conducono il malato a rifiutare la cura: la povertà, oppure l'avarizia. E così si fa strada la riflessione sulle cause che possono incidere nell'orientare la scelta dell'*aegrotus* verso il diniego.

Non resta perciò nascosto l'incremento interpretativo di Lorenzo. Egli elabora un dettaglio importante circa il requisito dell'utilità della cura: l'*utiliter gerere* non si realizza esclusivamente in presenza dell'avvenuta guarigione. Si ritiene sufficiente, a questo fine, la messa a disposizione di interventi medicali che si siano in qualche modo rivelati utili, sebbene non sia stato possibile scongiurare l'evento letale. Il solo fatto dell'*utiliter accipere*, cioè l'aver ricevuto il malato cure idonee a migliorare la situazione di fatto, consente al medico di *repetere*. La 'materia', cioè a dire il costo dei medicinali impiegati, deve essere pagata (*medicus accionem habet ad repetendum que impe<n>dit nisi in materie*), a prescindere dal risultato ottenuto, quasi a lasciar intravedere un'obbligazione di mezzi piuttosto che di risultato: «etiam si ipse moriatur sufficit ei utiliter accepisse»²⁶. Si ricorderà che l'inquadramento dell'attività medica nell'ambito della *locatio operarum* è quello già

condizione economica del malato. Le cure si protraggono nel tempo e i poveri non sono in grado di sostenere una lunga inattività, di conseguenza, raramente si ottiene un rapido miglioramento: così, ai poveri «si raccomanda di somministrare... prodotti poco costosi», cfr. A. SAUNIER, *La vita quotidiana negli ospedali del Medioevo*, in J. LE GOFF, J.-CH. SOURNIA (a cura di), *Per una storia delle malattie*, Bari, 1986, p. 238.

²⁵ LORENZO ISPANO, *Glossa palatina* [D.83 d.a.c.1], ad v. *Prouidendum*: «...Et ita medicus tenetur curare infirmum pauperem quia plus debet ualere apud eum uita morituri quam propria pecunia, LXXXVI, Non satis (D.86 c.14). Set quid si eger est dives nec aliquid uult dare medico? Numquid de suis medicinis tenetur medicus eum curare? Videtur quod non, ar. XI, q. II, Precar<i>e (C.10 q.2 c.4). Nam et ab inuito (*ms. initio*) medicus potest accipere mercedem, XIV, q.V, Non sane (C.14 q.5 c.15)...» (Cità del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, ms. *Pal. lat.* 658, f. 20va.

²⁶ LORENZO ISPANO, *Glossa palatina, ibid.*: «...Resp.: debet eum curare et post ab eo expensas repetere, ar. ff., de neg. g., Sed an (*ms. autem*) ultro [*Dig.* 3.5.9 (10)]. Etiam si ipse moriatur sufficit ei utiliter accepisse, ut ibi (D.83 d.a.c.1). Nam medicus accionem habet ad repetendum que impe<n>dit nisi in materie, C. de neg. g., Si seruum [*Cod.* 2.18(19).10]».

accolto nella *quaestio* del glossatore Bulgaro²⁷. L'attenzione si sposta così dall'elemento dell'*utiliter gerere* del medico – di difficile individuazione e accertamento – a quello dell'*utiliter accipere* del malato. Occorre prestare attenzione alla *ratio* su cui poggia l'argomentazione presentata nella *Glossa Palatina*: non il rinvio generico all'istituto della *negotiorum gestio*, come in Uguccione. Sono invece indicati due precisi passi tratti dal *Corpus giustiniano* – *Dig.* 3.5.9(10) e *Cod.* 2.18(19).10 – nei quali la fondatezza dell'*actio* di *negotiorum gestio*, data a prescindere dall'effettivo raggiungimento del risultato sperato, è espressamente citata mediante il riferimento al «si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium» [*Dig.* 3.5.9(10).1]²⁸; e con il riferimento al «sumptus recuperare», conseguente all'*utiliter gerere*, nel caso specifico delle cure prestate a un servo, non inutile al suo padrone, in condizioni di malattia [*Cod.* 2.18(19).10]²⁹.

Tuttavia il requisito dell'*utilitas* non risolve – come sappiamo – tutti i problemi civilistici della *negotiorum gestio*. Inoltre, resta da chiarire l'altra importante questione: quella dell'esplicita *prohibitio* rivolta dal *dominus* al *gestor*. Che succede se il malato intima espressamente al medico di non intervenire? Lorenzo ha una sola risposta, ed è tratta dal *Decretum*, precisamente dalle *auctoritates* graziane, che già conosciamo, secondo cui «et ab inuito medicus potest accipere mercedem» (C.14 q.5 c.15); e secondo cui «molestus est medicus furenti frenetico» (C.23 q.4 c.24)³⁰. Per quanto la tesi esposta nella *Glossa Palatina* abbia il pregio di togliere di mezzo gli interrogativi rimasti aperti in Uguccione, giacché sposta il criterio interpretativo dall'*utiliter gerere* all'*utiliter accipere*, è evidente però che laddove, come tra i civilisti, si pretenda di

²⁷ Cfr., nel precedente capitolo, il § 10. La relazione tra medico e paziente è regolata dai 'patti di guarigione'. Per alcuni esempi, riferiti al sec. XIII, cfr. T. DURANTI, *Ammalarsi e curarsi nel medioevo. Una storia sociale*, Roma, 2023 (Quality Paperbacks, 666), pp. 37-38.

²⁸ *Dig.* 3.5.9(10).1: «Is autem qui negotiorum gestor agit non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium...».

²⁹ *Cod.* 2.18(19).10: «Si servum alienum non inutilem domino constitutum aegrum curastis et negotium utiliter gessistis, competenti vobis actione sumptus recuperare potestis».

³⁰ Cfr. *supra*, cap. I, § 8.

impostare la disciplina della *negotiorum gestio* sull'elemento della *voluntas domini*, la dottrina canonistica deve essere respinta. Perciò, si può dire che l'opposizione tra gli schieramenti diviene rigida, finisce per rinserrarsi in un vicolo cieco.

5. Il rifiuto delle cure tra 'diritto oggettivo' e 'diritto soggettivo'

Ciò detto, la disputa condotta a distanza, e indirettamente, tra canonisti e civilisti, risulta niente affatto conclusa, sui primi del secolo XIII. Benché il malato 'riceva *utiliter*', la proibizione denunciata espressamente impedisce, secondo la dottrina civilistica fissata per la *negotiorum gestio* dei tempi accursiani, di accordare al medico qualunque genere di azione per il recupero delle spese. Come già si è osservato, ma vale la pena di ripeterlo, tutta la questione dell'obbligatorietà dell'intervento medico, nel caso del rifiuto delle cure, dipende dalla scelta interpretativa operata a favore dell'elemento oggettivo, cioè il vantaggio ricevuto dal malato; o invece a favore dell'elemento soggettivo della *prohibitio* espressa dal malato. Se si predilige la prima soluzione – quella sostenuta dalla canonistica – si deve ritenere che la *gestio* utile sia svincolata dalla volontà del *dominus aegrotus*, giacché quest'ultima è da considerare irrilevante. Essa, pertanto, non pregiudica l'azione giudiziale del medico che intenda recuperare le spese sostenute. Se al contrario si dà preferenza alla seconda soluzione – in linea con la dottrina civilistica – si deve ritenere che la volontà manifestata attraverso la *prohibitio* chiaramente espressa dall'*aegrotus* impedisca validamente la *gestio* e, conseguentemente, siano precluse le azioni giudiziali del *negotiorum gestor*.

Il punto cruciale riguarda ora le ragioni per le quali la canonistica confuta la rilevanza della *voluntas* dell'*aegrotus invitus*: di fronte all'orientamento interpretativo civilistico tutto concentrato sulla tutela della volontà del *dominus prohibens*, soltanto l'introduzione di riflessioni atte a indebolire l'elemento voloniaristico può allontanare gli effetti civilistici impedienti il recupero delle spese mediche e pone le premesse per fermare la possibilità di rifiutare le cure. Sotto questo aspetto non passi inosservato che l'*auctoritas* graziana di matrice agostiniana (D.45 c.11), impiegata dalla canonistica – più volte sopra cita-

ta, in ragione della quale, dinanzi al malato che rifiuta la cura, non si avrà riguardo per la volontà, ma per l'utilità – consente di tratteggiare le ragioni di natura morale e sociale della ininfluenza della volontà del malato. Ben si comprende però come questo genere di apprezzamento non basti. L'obbligo morale deve essere trasferito sul piano del diritto al fine di escludere, per il caso dell'*aegrotus invitus*, l'intera dottrina civilistica della *prohibitio domini*. Era necessario affilare meglio le armi. Ciò che i canonisti non tardano a fare, se si tiene conto della svolta interpretativa messa a punto da Giovanni Teutonico. Quando glossa il *dictum* precedente il c.1 della D.83, egli affronta il problema del rifiuto delle cure non tanto o non soltanto a partire dal medico, quanto piuttosto a partire dal malato: il *dominus*, dunque, è ora al centro della nuova riflessione canonistica. Ed è la *voluntas*, anzi l'invalida *voluntas* del malato-*dominus*, non l'*utiliter gerere* del *medicus* o l'*utiliter accipere* dell'*aegrotus*, a divenire essenziale³¹. In questo rovesciamento del criterio interpretativo si coglie l'esigenza di mettere a punto una disciplina canonistica capace di superare le contrarietà provenienti dalla dottrina civilistica della *negotiorum gestio*, con le quali inevitabilmente deve fare i conti l'operato del medico prestatore contro il volere del malato. Si coglie cioè il tentativo di evitare che la preminenza – sostenuta dai *doctores* civilisti – della *voluntas domini* sull'utilità della *gestio*, metta

³¹ A lato di queste considerazioni, si tenga conto che il tema della *voluntas* è al centro degli interessi della canonistica classica con riguardo alla teorizzazione della responsabilità penale: «Pour les canonistes du début de l'époque classique, la volonté est la condition primordiale à toute imputabilité... Les éléments de la volonté sont, d'après Gratien, la liberté et l'intention: *liberum mentis arbitrium et propositum*. Les décrétistes ont admis cette définition et n'ont pas jugé utile de l'analyser davantage», cfr. R. METZ, *La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval*, in *La responsabilité pénale. Travaux du colloque de philosophie pénale (12 au 21 janvier 1959)*, présentes par J. LÉAUTÉ, Paris, 1961 (Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg, VIII), pp. 91, 94. Sulla centralità della volontà nella dottrina canonistica si veda lo studio classico di S. KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX. Systematisch auf Grund der handschriftlichen Quellen dargestellt*, Città del Vaticano, 1935 (Studi e Testi, 64), pp. 39-62. In particolare l'A. (p. 39) sottolinea come la questione della volontà scaturisca dal problema teologico del libero arbitrio: quel libero arbitrio – aggiungiamo noi – che nel malato risulta compromesso, come ben chiarirà san Tommaso (cfr. il successivo cap. III).

in crisi e possa persino far cadere il principio canonistico della correzione fraterna. Al contrario, la volontà invalida attribuita sempre a chi sia *aegrotus invitus*, mette fuori gioco, per così dire, gli impedimenti dello *ius civile*, giacché spinge verso la nullità giuridica del rifiuto. È questa un'operazione di fine ermeneutica: attraverso l'individuazione della figura giuridica entro cui collocare l'invalida volontà negativa dell'*aegrotus invitus* si possono definitivamente aggirare – con riguardo al rifiuto delle cure – le conseguenze della *prohibitio domini*, si può cioè ammettere l'*actio utilis* per il recupero delle spese sostenute dal *gestor*. In questa prospettiva, Giovanni Teutonico, anziché disquisire sul principio di utilità delle cure, siano esse 'date' o 'ricevute' (*utiliter gerere, utiliter accipere*) – come avviene nella maggiore canonistica fiorita tra il XII e il XIII secolo – sceglie di trattare la questione con riferimento all'incapacità di intendere e di volere del malato *invitus*.

6. Dall'irrelevanza alla nullità della voluntas del malato nell'interpretatio di Giovanni Teutonico

Per meglio comprendere la forza innovativa del Teutonico, occorre rimanere aderenti allo sviluppo argomentativo della sua *interpretatio*. Fin dalle prime battute si comprende la reiterata sensibilità per la natura giuridica del rifiuto delle cure. La glossa, apposta al *dictum* graziano di partenza (D.83 d.a.c.1), individua la *ratio* del testo mediante due *auctoritates*³²: la prima, già sfruttata dai *doctores* in precedenza, vale a dire il c.21 della D.86³³; l'altra, nuova nel panorama delle fonti che finora si sono viste impiegate dalla decretistica. Si tratta della decretale

³² Per l'apparato ordinario al *Decretum* si sono utilizzati i seguenti manoscritti: München, Bayerische Staatsbibliothek, ms. lat. 14024 (= M) e Graz, Universitätsbibliothek, ms. 71 (= G). Questi manoscritti tramandano la redazione maggiore della *Glossa ordinaria* al *Decretum*, cfr. R. WEIGAND, *The Development of the Glossa ordinaria*, cit., pp. 84-85.

³³ GIOVANNI TEUTONICO, gl. *Vel simile*, in D.83 d.a.c.1, ad v. *Inferas*: «Vel [Vel om. G] simile est infra, LXXXVI di., Pasche (D.86 c.21) et extra., alani, de sententia ex., Quante, l. IIII<I> [l. IIII om. G] (*Coll. Alani*, l. IV, tit. 'De sententia excommunicationis', c. 'Quantae': Vercelli, Biblioteca capitolare, ms. 89, f. 127va)...» (M, f. 48rb; G, f. 36rb).

‘Quantae’ (a. 1198), di papa Innocenzo III, citata attraverso la ‘Collectio Alani’³⁴, come talora Giovanni è uso fare³⁵. Interessante è la parte finale della disposizione innocenziana in cui si ripete pressoché *verbatim* il famigerato principio di responsabilità del connivente con il reo, incontrato più volte nel *Decretum* e poi nella decretale ‘Sicut dignum’ di papa Alessandro III³⁶. Così si legge nella decretale ‘Quantae’: «facientes et consentientes pari poena plectendos catholica condemnat auctoritas, eos etiam delinquentibus favere interpretans, qui, quum possint, manifesto facinori desinunt obviare». Questa aggiunta autoritativa tratta dallo *ius decretalium* è di per sé eloquente dell’intenzione di radicare sempre più saldamente sul piano dello stretto diritto la responsabilità del medico che, in ragione del rifiuto delle cure espresso dal malato, ometta di intervenire, si renda dunque consenziente con la scelta dell’*aegrotus invitus*.

Ma i passaggi più interessanti della Glossa ordinaria sono quelli successivi, nei quali la figura del malato diviene dominante e accentratrice nell’orientare l’*interpretatio*.

Il primo apprezzamento riguarda il rifiuto pronunciato a motivo della condizione di povertà, elemento che già aveva suscitato l’attenzione della *Glossa Palatina*, di cui, come si sa il Teutonico si serve per la composizione della glossa ordinaria al *Decretum*. Il malato povero ha diritto alla gratuità delle cure³⁷. Il medico dunque dovrà senz’altro offri-

³⁴ La decretale ‘Quantae’ (Po. 29), prima di rifluire in X 5.39.47 e prima di essere selezionata da Alano Anglico per la propria raccolta di decretali – composta in due redazioni, a partire dal 1209, cfr. S. KUTTNER, *Repertorium der Kanonistik (1140-1234)*, I: Prodrum corpus glossarum, Città del Vaticano, 1937 (Studi e Testi, 71), p. 316; K. PENNINGTON, *Decretal Collections 1190-1234*, in W. HARTMANN, K. PENNINGTON (eds.), *The History of Medieval Canon Law*, cit., p. 306 – circola nella *Collectio Duacensis secunda* e nella *Collectio decretalium Rainerii de Pomposa*, cfr. C.R. CHENEY, M.G. CHENEY (eds.), *Studies in the collections of twelfth-century decretals. From the papers of the late Walter Holtzmann*, Città del Vaticano, 1979 (Monumenta Iuris Canonici. Series B: Corpus Collectionum, 3), *ad indicem*.

³⁵ Cfr. S. KUTTNER, *Repertorium der Kanonistik*, cit., p. 93.

³⁶ Cfr., nel precedente capitolo, il § 5.

³⁷ GIOVANNI TEUTONICO, in D.83 d.a.c.1, ad v. *Inferas*: «...Et patet hic quod medicus [hic-medicus bis scr. et exp. G] debet [tenetur G] curare pauperem infirmum,

re la propria prestazione al soggetto che si trovi costretto a rifiutare le cure perché in difficoltà economica. E ugualmente dovrà intervenire se il malato sia in grado di pagare ma non voglia, salva la possibilità di *repetere* in giudizio il salario, secondo la disciplina elaborata già da Lorenzo Ispano, a partire dal principio canonistico che recita «nec sane quicquid ab invito sumitur iniuriose aufertur» (C.14 q.5 c.15)³⁸. Il problema invece sorge per tutti gli altri casi in cui il rifiuto delle cure non dipende dalla condizione di povertà né è conseguenza dell'avarizia. Per questi altri casi, in poche ma taglienti battute, Giovanni ravvisa la fattispecie della presunzione della condizione di *furiosus* e imprime un calco alla questione del rifiuto delle cure destinato a rimanere sostanzialmente inalterato per molti secoli. Del resto, l'accostamento della volontà contraria alle cure allo stato di demenza non introduce un elemento di riflessione completamente nuovo, se solo si pensa che nel *Decretum Gratiani*, attraverso la figura dell'*infirmas naturae*, nella doppia specie dell'*infirmas animi* e dell'*infirmas carnis* (C.15 q.1 c.1 et c.2), si elaborano i criteri di esclusione della responsabilità personale³⁹. Da tutto ciò risulta che l'*aegrotus* non possa mai dirsi né *invitus*, né *prohibens*: egli non può esprimere validamente alcuna volontà, lo si presume *furiosus*⁴⁰:

[D.83, d.a.c.1] ad v. *Inferas*: ...Set quid si infirmus prohibet ne aliquae medicine dentur⁴¹ ei? Tunc dicunt quidam⁴² quod medicus nullam habet

quia plus debet ualere apud eum uita illius quam propria pecunia, ut LXXXVI di., Non satis (D.86 c.14)...» (M, f. 48rb; G, f. 36rb).

³⁸ *Ibid.*: «...Set quid si infirmus diues est et nichil uult dare [dicere *add. et expun.* G] medico? Numquid [Numquidi *scr. et i expun.* G] gratis tenetur ipsum adiuuare [iuuare G], quia [cum G] nemo de suo cogatur facere beneficium, ut X, q. II, Precarie (C.10 q.2 c.4)? Cum etiam medicus licite potest recipere mercedem, ut XIII, q. V, Non sane (C.14 q.5 c.15), dico quod tenetur eum curare suis impensis. Et, si conualuerit, repetat expensas quia utiliter gessit negocium eius, ut ff. de neg. gest., Pomp. [Dig. 3.5.8(9)]. Et etiam si moriatur eger, potest petere impensas, quia sufficit si utiliter cepit gerere, licet euentus non sit secutus, ut ff., e., Set an ultro [Dig. 3.5.9(10)]. Nec potest ei obici quod causa pietatis fecit [fecerit G] sumptus illos [illos *om.* G], nisi esset propinquus infirmo, ut C., e., Alimenta (Cod. 2.18.11)».

³⁹ Cfr. S. KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre*, cit., pp. 98-101.

⁴⁰ GIOVANNI TEUTONICO, in D.83 d.a.c.1, ad v. *Inferas*, M f. 48rb; G f. 36rb.

⁴¹ fiant G.

actionem, ut C., de neg. g., l. ult. [(Cod. 2.18(19).24)]. Set dico quod eum inuitum potest curare sicut inuitum possum extrahere de domo ruitura, ut XXIII, q. IIII, Ipsa (C.23 q.4 c.24). Inuito enim potest dari⁴³ beneficium, ut XLV di., Et qui emendat (D.45 c.11). Immo presumo eum fuisse furiosum cum illa uerba dixerit in egritudine, ut ff. de condi. insti., Quidam (Dig. 28.7.27).

La presunzione trova fondamento nel fatto stesso che il soggetto malato rifiuti di essere sanato. Chi mai, sano di mente, potrebbe rifiutare le cure? L'assurdità di un simile diniego fa scaturire la *praesumptio*⁴⁴. La *prohibitio* del malato sarà dunque senz'altro invalida, o meglio nulla, per le stesse ragioni per le quali nel Digesto (Dig. 28.7.27) è considerata nulla la *condicio* dello spargimento dei propri resti mortali in mare, cui il testatore sottoponga l'istituzione di erede. Quest'ultimo non solo non perderà la propria qualità di *heres*, ma addirittura sarà da lodare se non avrà osservato la condizione, contraria alla *memoria humanae condicionis*, imposta dal testatore⁴⁵. Questo passo del Digesto è il punto

⁴² dicunt quidam *trans.* G.

⁴³ conferri G.

⁴⁴ Giovanni Teutonico arricchisce, in questo modo, l'*interpretatio* in tema di presunzioni e in particolare aumenta le fattispecie dei segni esteriori che la dottrina richiede per provare un fatto incerto, a partire da un fatto certo: il *signum* richiesto perché si realizzi la presunzione, nel caso del malato che rifiuta la cura, consiste nella *prohibitio* denunciata sconsideratamente. Giovanni si occupa *ex professo* della prova della follia nell'apparato alla *Tertia Compilatio antiqua*: 3Comp., 3.20.1 (= X 3.27.3), su cui cfr. B.T. PARLOPIANO, *The Burden of Proving Insanity in the Medieval Ius commune*, in *The Jurist*, 72 (2012), p. 518. Ma in età moderna la presunzione della condizione di *furiosus* a carico dell'*aegrotus inuitus* sarà letta come *praesumptio iuris tantum*, perciò sarà necessario provare che la *prohibitio* deriva effettivamente dalla compromessa sanità mentale del malato. Sul punto cfr. *infra*, cap. V, § 7. Sullo sviluppo della dottrina delle presunzioni in età medioevale cfr. A. FIORI, *Praesumptio violenta o iuris et de iure? Qualche annotazione sul contributo canonistico alla teoria delle presunzioni*, in O. CONDORELLI, F. ROUMY, M. SCHMOECKEL (hrsg. von), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur, I: Zivil- und Zivilprozessrecht*, Köln-Weimar-Wien, 2009, pp. 75-106; D. DE CONCILIO, *Soggettività e qualificazione del fatto. L'indagine del factum intrinsecum tra diritto e teologia nel XII secolo: due casi di studio e spunti per una ricerca*, in *Historia et ius*, 22 (2022), pp. 1-42, www.historiaetius.eu.

⁴⁵ Dig. 28.7.27: «Quidam in suo testamento heredem scripsit sub tali condicione 'si reliquias eius in mare abiciat': quaerebatur, cum heres institutus condicioni non

di riferimento essenziale anche della dottrina civilistica, come risulta dalla Glossa accursiana che lo utilizza per presentare le linee base della prova della pazzia, data *per signa*⁴⁶. Nel merito, esso subordina la validità dell'istituzione di erede alla capacità di intendere e di volere del testatore (*sed hoc prius inspiciendum est, ne homo, qui talem condicionem posuit, neque compos mentis esset*): soltanto se si potrà dimostrare con chiare ragioni che il testatore era insano di mente l'erede legittimo potrà impugnare, contro l'erede scritto, le disposizioni testamentarie (*Igitur si perspicuis rationibus haec suspicio amoveri potest, nullo modo legitimus heres de hereditate controversiam facit scripto heredi*). Pertanto, questo testo non è di incontrovertibile interpretazione, come risulta dalla ricca e non concorde letteratura giuridica romanistica⁴⁷. Giovanni Teutonico, dal canto suo, lo impiega per mostrare che la volontà contraria al senso comune della condizione umana non produce conseguenze giuridiche, è nulla: come non è in grado di invalidare le disposizioni testamentarie, così non è in grado di impedire le cure mediche. Per conseguenza la *praesumptio* dell'insanità di mente dell'*aegrotus invitus*, introdotta dal glossatore ordinario, scaturisce da causa tipica: cioè a dire dalla contrarietà della volontà alla *memoria humanae condicionis*, come specificato nel Digesto. Ma di qual genere di presunzione si tratta? Occorre notare che il Teutonico parla in prima persona (*immo presumo*), al contempo invoca l'appoggio autoritativo della *lex* (*Dig. 28.7.27*). Tutto ciò richiama alla mente la tendenza della dottrina dei tempi suoi – specialmente quella classificatoria messa a punto nell'*ordo iudiciarius* di Tancredi (aa. 1214-1216), «rimasta un punto di riferimento per la dottrina

paruisset, an expellendus est ab hereditate. Modestinus respondit: laudandus est magis quam accusandus heres, qui reliquias testatoris non in mare secundum ipsius voluntatem abiecit, sed memoria humanae condicionis sepulturae tradidit. 'sed hoc prius inspiciendum est, ne homo, qui talem condicionem posuit, neque compos mentis esset. Igitur si perspicuis rationibus haec suspicio amoveri potest, nullo modo legitimus heres de hereditate controversiam facit scripto heredi».

⁴⁶ Il tema è studiato da B.T. PARLOPIANO, *The Burden of Proving*, cit., pp. 515-519.

⁴⁷ Un resoconto degli studi romanistici sul punto si legge in A. TRISCIUOGGIO, *Dispersione delle ceneri del cadavere: considerazioni romanistiche in margine a D. 28.7.27 pr. (Mod. 8 Resp.)*, in *Aequitas sive Deus. Studi in onore di Rinaldo Bertolino*, II, Torino, 2011, pp. 1520-1529.

successiva»⁴⁸ – a valutare le *praesumptiones legis* tanto *violentae* da non ammettere prova *contraria*⁴⁹. Nonostante, per il Teutonico, solamente le *praesumptiones iuris* siano da considerare inconfutabili⁵⁰; e per quanto la *praesumptio* da lui elaborata nel nostro caso specifico sia finalizzata non direttamente a portare a sentenza, ma a decidere per l'ammissibilità dell'*actio* di *negotiorum gestio* a tutela del medico gerente, resta il fatto concreto del successivo accoglimento della dottrina del glossatore ordinario, tutto orientato nel senso di una *praesumptio* assoluta. Come si vedrà a breve, questa impostazione risulta incontrastata: l'*aegrotus invitus* è presunto *furiosus*. Si dovrà attendere Andrea Alciato per rimettere in discussione questo postulato⁵¹.

La novità interpretativa della Glossa ordinaria al *Decretum* si coglie nel passaggio dall'irrelevanza della volontà dell'*aegrotus invitus* – verso cui conduce l'impianto graziano e finora evidenziata dalla decretistica – alla nullità. In altre parole, l'aggettivo *invitus*, nell'uso che di esso ne fa Giovanni Teutonico, si sostantivizza: non esprime una *qualitas* ma una sostanza. L'*aegrotus invitus* è un *furiosus*. C'è poi la decretale 'Quum dilectus filius' (a. 1198)⁵², di papa Innocenzo III, a spingere verso la definizione di *furiosus* dell'*aegrotus invitus*. Si deve alla 'reformatio in

⁴⁸ Cfr. A. FIORI, *Praesumptio violenta*, cit., p. 78.

⁴⁹ Sul punto cfr. *ibid.*, pp. 94-95.

⁵⁰ Cfr. R. MOTZENBÄCKER, *Die Rechtsvermutung im kanonischen Recht*, München, 1958 (Münchener Theologische Studien, III: kanonistische Abteilung, 10), pp. 131-132.

⁵¹ Cfr. il successivo cap. V, § 7.

⁵² Il passaggio saliente del testo della decretale innocenziana è il seguente: «...Econtra praedictus nuncius episcopi allegavit, quod, quando illa donatio facta fuit, archipresbyter erat positus extra mentem ita, quod, quum interrogatus fuisset a monachis: “vis tu habitum suscipere monachalem?” Et respondisset: “volo” statim interrogatus ab alio. “vis tu esse asinus?” respondit similiter “volo”... dictus archipresbyter in extremis laborans tanquam phreneticus alienatus erat a mente, unde non valuit quod expressit». Nella decretale, poi, il problema è più ampio, giacché le parole pronunciate dal vecchio presbitero risultano ascoltate da un solo testimone, insufficiente ai fini probatori. Tuttavia, come chiarirà puntualmente Bernardo da Parma nel glossare il testo, *si alie presumptiones adsint, sufficit* (BERNARDO DA PARMA, Glossa ordinaria, gl. *Vnus testis*, ad X 3.27.3: *Decretales D. Gregorii Papae IX suae integritati vna cum glossis restituae*, Venetiis, 1584, col. 1197).

melius⁵³ di Bartolomeo da Brescia l'aggiunta di questa decretale alla glossa giovannea 'Vel simile', più sopra riportata⁵⁴. L'integrazione è di rilievo non perché si trovi disciplinata, nel testo innocenziano, la fattispecie di cui ci andiamo occupando, ma perché in esso si fissa il principio secondo cui il dire parole stolte è dimostrativo dello stato di demenza mentale di chi le esterna. Occorre por mente al rilievo di questa allegazione anche per altri versi. La decretale teorizza lo *status* di *furiosus* come *praesumptio iuris et de iure*, cioè a dire concepisce una presunzione non suscettibile di prova contraria perché è legata a un criterio oggettivo di credibilità⁵⁵: chi dice di non voler essere curato non può che essere insano di mente. Ne consegue che la presunzione dell'incapacità di volere dell'*aegrotus invitus* è assoluta, non ammette la prova contraria.

Poste queste premesse, non si potranno invocare, per il rifiuto delle cure – secondo Giovanni – le disposizioni della *lex* 'Si quis nolente' [Cod. 2.18(19).24], giacché il genere di proibizione in essa contemplato non si adatta all'*aegrotus invitus*, in tanto in quanto assertiva della capacità del soggetto di esprimere una volontà valida. Di conseguenza, il medico potrà somministrare la cura e poi *repetere* in giudizio il *sumptus* impiegato, secondo i principi canonistici caritativi accolti nel Decreto graziano, a mezzo di C.23 q.4 c.24 e D.45 c.11. Caduta la possibilità di invocare la disciplina della *lex* 'Si quis nolente', appare conseguentemente escluso il divieto imposto al *negotiorum gestor* di agire in giudizio. Si può concludere che la tesi giovannea metta definitivamente a tacere, con riferimento specifico al malato che rifiuta le cure, la proverbiale *dissensio* nata intorno alla disciplina della *negotiorum gestio*, e ha il pregio di ristabilire l'accordo tra canonistica e civilistica, nell'armonico ordine medioevale di *ius commune*.

⁵³ Sulla revisione della Glossa ordinaria al *Decretum*, compiuta da Bartolomeo da Brescia tra il 1234 e il 1241, cfr. O. CONDORELLI, s.v. *Bartolomeo da Brescia*, in I. BIRROCCCHI, E. CORTESI, A. MATTONE, M.N. MILETTI (a cura di), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, I, Bologna, 2013, p. 182.

⁵⁴ Cfr. *Decretum Gratiani cum apparatu Bartholomaei Brixiensis*, Venetiis, 1498 (senza numerazione).

⁵⁵ Maggiori ragguagli in A. FIORI, *Praesumptio violenta*, cit., pp. 91-93 e bibl. *ivi* cit.

7. *Le ragioni a favore della tutela del gestor*

Tanto più che, a scavare a fondo nella genesi della tesi giovannea, ci si rende conto di trovarsi di fronte a una *interpretatio* non del tutto nuova. A ben guardare le fonti, essa appare innervata da soluzioni interpretative provenienti proprio dagli ambienti civilistici. Per l'esattezza, la soluzione del Teutonico mostra interessanti elementi di continuità con la tesi espressa in una *quaestio* azzoniana, elaborata per una fattispecie singolare: la *negotiorum gestio* prestata dopo la *prohibitio domini* pronunciata *calore iracundiae*, cioè a dire manifestata sotto il peso di una condizione emotiva personale, tale da impedire la corretta formazione della volontà⁵⁶.

⁵⁶ Il tema non era nuovo ai tempi di Azzone. Si tenga conto che lo stato d'ira è oggetto specifico della *regula iuris*, tramandata in *Dig.* 50.17.48: «Quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit iudicium animi fuisse. ideoque brevi reversa uxor nec divortisse videtur». Questa *regula* aveva già catturato l'attenzione dei primi glossatori, come è testimoniato dai trattatelli sul titolo 'De regulis iuris' del Digesto. Bulgaro così scrive [*Dig.* 50.17.48]: «Quidquid in calore etc. Quod ex leuitate iracundiae procedit et sic inconsulte, ratum habendum non est. Cum et si imperatori ex leuitate meledicatur. Et cum inconsulte iuratur, seruis iratum dominum permansurum, non cohercetur. Item si inconsulte diuortium mittitur, deinde breui reuertitur uxor, nec diuortisse uidetur. Et ideo nihil tale ratum habetur, nisi ex perseuerantia uitium iudiciumque animi fuisse detegitur», F.G.C. BECKHAUS (ed.), *Bulgari ad Digestorum titulum De diversis regulis iuris antiqui commentarius et Placentini ad eum additiones sive exceptiones*, Bonnae, 1856, p. 45. Similmente, Bertrando di Metz, in ambiente germanico – nel quadro della tendenza a «esportare i principi generali del diritto romano» (cfr. E. CONTE, *Il Digesto fuori dal Digesto*, in A. PADOA SCHIOPPA, D. MANTOVANI (a cura di), *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, Pavia, 2014, p. 296) – scrive [*Dig.* 50.17.48]: «Si maledico imperatori, ipse debet me pro stulto reputare, ita dico si in ira feci... Item si iuro in ira mea quod semper exosos habebo servos meos, post iram si fuero eis placatus non coherceor, idest non teneor», S. CAPRIOLI (ed.), *Bertrandus Metensis de regulis iuris*, Perugia, 1981 (Università di Perugia. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, 27), pp. 72-73. In definitiva, è stolto chi pronuncii frasi sconsiderate, in stato d'ira: delle parole di costui non si deve tener conto. Interessante l'aggiunta del Piacentino a Bulgaro: «Irasci enim proprietatis naturalis est animae et naturale quidem est. In qua iracundia si fuerit perseueratum, crimen admittitur. unde scriptum est: Irascimini et nolite peccare et Sol non occidat super iram uestram et Horatius: Ira furor brevis est. animum rege, qui nisi paret imperat hunc frenis, hunc tu compesce catenis» (ed. cit. p. 45). Da qui si com-

Per far luce su questo punto si dovrà fare un passo indietro e volgere lo sguardo nuovamente alle *Dissensiones Dominorum*. Il testo, di cui ci siamo occupati più sopra, termina con il richiamo ai chiarimenti di Azzone circa i requisiti della *prohibitio*, fissati nella *lex* ‘Si quis nolente’ [Cod. 2.18(19).24]. Secondo Azzone, per la validità della *prohibitio*, si deve tener conto dell’*animus* con cui essa è manifestata. Soltanto se la *voluntas domini* è *plana*, il *gestor* perde l’azione. Ma se il *dominus* esprime la proibizione in condizioni personali tali da risultare inficiata la formazione della volontà – ciò che si deve ritenere avvenga allorché egli pronunci la *prohibitio irato animo* – non troverà luogo il divieto fissato nella *lex* ‘Si quis nolente’. Il *calor iracundiae* vizia la *prohibitio*; la quale, in quanto manifestata *irato animo*, è da considerarsi come non disposta (*an irato animo... agat gestor, quia perinde est, ac si non esset prohibitus, quum calore iracundiae sit prohibitus*). Di conseguenza, in assenza di proibizione, è dato di riconoscere al *gestor* la possibilità di agire in giudizio per il recupero delle spese sostenute⁵⁷. Qui appare chiara l’intenzione di Azzone di dare rilievo alla seconda parte del testo giustiniano [Cod. 2.18(19).24.2] in cui – come si è osservato – si richiede che la *prohibitio* sia chiaramente denunciata e che di essa si possa dare prova testimoniale (*vel in scriptis vel sine scriptis, sub testificatione tamen aliarum personarum*). Lo stato d’animo alterato farebbe venir meno proprio questo elemento, sul quale poggia la negazione dell’azione a favore dell’amministratore.

Questi passaggi delle *Dissensiones Dominorum* presentano la tesi azzoniana molto succintamente, per segnalare un caso speciale, rispetto all’impostazione generale della *negotiorum gestio* prestata *prohibente*

prende che l’ira riceve particolare attenzione e può generare esclusione di pena perché ritenuta passione naturale. Appartiene cioè alla natura dell’uomo, purché resti allo stato di *furor brevis*.

⁵⁷ *Dissensiones Dominorum*: «...Sed dominus Azo distinguit, qualiter prohibuit: an irato animo, an etiam plana voluntate, ut in primo casu agat gestor, quia perinde est, ac si non esset prohibitus, quum calore iracundiae sit prohibitus, arg. *D. de Reg. iur.* (50, 17.) *L. Quidquid* (in) *calore* (48.). Sin autem plana voluntate prohibuit, non agit gestor» (sub § 33: ‘An is, qui prohibente domino negotia gessit, actionem negotiorum gestorum de expensis habeat?’), ed. G. HAENEL, p. 275.

domino. Ma il tema è oggetto di una *quaestio* distesa e ben articolata⁵⁸, con la quale il nostro glossatore, e prima di lui altra civilistica tra cui Pillio⁵⁹, mette a punto alcune considerazioni di grande rilievo, destinate ad aprire nuovi spunti interpretativi, soprattutto se si considera che la

⁵⁸ Il testo della *quaestio* azzoniana è edito da A. BELLONI, *Le questioni civilistiche del secolo XII. Da Bulgaro a Pillio da Medicina e Azzone*, Frankfurt am Main, 1989 (Ius Commune. Sonderhefte, 43), pp. 127-130. La *quaestio* fa parte della collezione «Azo C» conservata nel manoscritto di León, Biblioteca de la Colegiata de S. Isidoro, 16, mai divenuta testo di scuola. Essa dipende strettamente da Pillio da Medicina, ma trova corrispondenza anche nella raccolta dei *casus quaestionum* contenuta nel manoscritto di Barcellona, Archivio de la Corona de Aragón, *Cugat* 55, da cui entrambi, Azzone e Pillio, potrebbero aver attinto. Per queste e ulteriori considerazioni cfr. A. BELLONI, *ibid.*, pp. 36-37, 51-52, 125, 432-433. Il *casus*, nella redazione che si legge nel manoscritto di Barcellona, così corre: «Prouincialis quidam, cum deberet peccuniam cuidam Bononiensi, clam et occulte aufugit; conciuus, et compatriota seu uicinus eiusdem Prouinciali debitoris inuitus pro eo soluit Bononiensi creditori, auctoritate et precepto consulum Bononie. Queritur an ille qui soluit possit conuenire illum pro quo soluit. Hic proponitur negotiorum gestorum actio»: cfr. ed. BELLONI, p. 78.

⁵⁹ Come segnalato da A. BELLONI, *Le questioni civilistiche*, cit., pp. 432-433, la *quaestio* azzoniana (AZO C 1) studiata di seguito, nel testo, compare nella *Collectio Barcelonensis* (BARC 4) e tra le *quaestiones* di Pillio da Medicina (PILIUS 6). Per un confronto tra il testo di Pillio e quello di Azzone cfr., nello stesso volume, le pp. 173-176. Non sembra casuale che le *Dissensiones Dominorum* citino la tesi di Azzone, con rinvio implicito alla *quaestio* azzoniana, piuttosto che a quella parallela di Pillio. Per quanto il *casus* di partenza sia simile, così come la *solutio* finale, i due elaborati sembrano orientare l'attenzione verso differenti considerazioni di fondo: Azzone punta a individuare l'insanità di mente del *dominus* che si trova in preda all'ira, come chiarito oltre, nel testo. Pillio invece, pur non trascurando lo stato d'ira e le conseguenze che da esso derivano per la disciplina della *negotiorum gestio*, incentra l'attenzione sullo stato di pericolo che legittima l'*utilis gestio* del gerente, nonostante la *prohibitio domini*. Una differenza si coglie anche nei protagonisti: la *quaestio* di Azzone riguarda la relazione tra *Titius* e *Caius*, *Bononienses*; mentre quella di Pillio, aderente al testo della *Collectio Barcelonensis* da cui probabilmente deriva, ha come protagonisti *Raymundus* e *Ysarnio*, *Barcellonaenses*. Ciò spinge a pensare che il testo azzoniano ritragga sul suolo bolognese, per il quale è pronta a circolare, la *quaestio* del *dominus prohibens*. Fatto è che le *versiones*, simili ma non identiche, di Azzone e di Pillio ricevono differente apprezzamento in ambito dottrinale. Mentre al tempo della scuola della glossa la *versio* azzoniana risulta prevalente, alla *quaestio* di Pillio, invece, farà riferimento Jacques de Revigny, nel contesto nuovo della scuola del commento. Per maggiori considerazioni sulla *quaestio* di Pillio cfr. *infra*, cap. IV, § 3.

situazione emozionale soggettiva, quale elemento capace di inficiare la *voluntas*, è al centro della nuova riflessione teologico-medica sviluppatasi durante la prima metà del secolo XIII⁶⁰. Non possiamo dunque mancare di approfondire la dottrina azzoniana.

La *quaestio* prende avvio dal *casus* in cui un soggetto provvede a pagare il debito tributario dell'amico, tuttavia contro la volontà di quest'ultimo, al fine di evitargli la condanna alla distruzione degli edifici di sua proprietà. Si chiede se chi ha pagato possa poi *repetere*, mediante l'*actio utilis* di *negotiorum gestio*, la somma sborsata⁶¹. L'argomentazione a sostegno del 'pro' pone immediatamente in evidenza l'elemento per noi maggiormente interessante: nessuno, sano di mente, potrebbe mai opporsi al pagamento utile e necessario (*nemo sanus hoc negaret, quin inpense iste non solum utiles sed etiam necessarie fuerunt*). Pertanto, la situazione del negozio «utiliter gestum» deve essere tenuta in conto dal giudice⁶². Se è vero che alcuni frammenti del Digesto (*Dig.* 3.5.5.5; *Dig.* 5.3.38) e del Codice (*Cod.* 3.32.5) riconoscono la ripetibilità delle spese al soggetto che, ingeritosi negli affari altrui per il perseguimento di un vantaggio personale, abbia però procurato arricchimento al *dominus*, a maggior ragione deve essere ammessa dal giudice l'*actio* utile di *negotiorum gestio*, quando il *gestor* abbia agito per evitare al *dominus* un danno, in assenza di un interesse proprio, come è detto in certi altri frammenti del Codice (*Cod.* 6.30.22.10) e del Digesto

⁶⁰ Si veda, sul punto, S. KNUUTTILA, *Emotions in Ancient and Medieval Philosophy*, New York, 2004, pp. 216-218.

⁶¹ AZZONE, *Quaestiones*: «Cum Titius cessaret in solutione tributorum et ob hoc commune ciuitatis Bononie ad destruenda eius edificia properaret, Sempronius Titii amicus partes suas interposuit et tributariam pecuniam nomine Titii, eo tamen contradicente, persoluens, edificia liberauit. Est in questione an pecuniam illam a Titio repetere possit, proposita saltem utili negotiorum gestorum actione» (ed. BELLONI, p. 127).

⁶² *Ibid.*: «Quod autem possit prima tali ratione uidetur posse probari. Illud enim constat, et nemo sanus hoc negaret, quin inpense iste non solum utiles sed etiam necessarie fuerunt, quia res est, hoc est, ipsa edificia nedum deteriora futura, sed penitus peritura... Si autem negocium utiliter gestum est, necesse est ratum haberi apud iudicem...».

(*Dig.* 12.6.14)⁶³. Ciò che più cattura il nostro interesse è la specificazione aggiunta di seguito da Azzone: non devono ritenersi di ostacolo le disposizioni della «fabulosa lex» ‘Si quis nolente’ [*Cod.* 2.18(19).24], nella quale si nega l’azione al *gestor* che abbia amministrato *prohibente domino*. Nella fattispecie codicistica il *dominus (prohibens)* «non est factus locupletior». Perciò, laddove la gestione abbia generato arricchimento, la *lex* ‘Si quis nolente’ non ha luogo di essere invocata⁶⁴. In effetti, a ben leggere *Cod.* 2.18(19).24 ci si rende conto che l’elemento essenziale intorno a cui ruota la disciplina lì fissata, è la *bona gestio – res bene ab eo gestae sint*, recita il testo – senza che a essa sia seguito un utile, cioè un *plus* patrimoniale. Va da sé, *e contrario sensu*, che laddove la gestione abbia prodotto una condizione migliore (*locupletatio*) per il *dominus*, la posizione del *gestor* dovrà necessariamente trovare tutela, per evitare – concludiamo noi – di dar luogo ad arricchimento senza causa.

8. (segue) Il recupero della tesi di ‘Magister M.’

Ancor più interessante, ai nostri fini, è il fatto che, a rafforzare questa *interpretatio*, Azzone cita la tesi di quel ‘dominus M.’ intorno alla quale si andava creando – come si è potuto osservare – la spaccatura interpretativa tra canonisti e civilisti. La fattispecie richiamata da Azzone, a questo proposito, riguarda la vendita a un prezzo maggiore di quello stabilito. Il caso dunque è lo stesso di quello che noi già conosciamo –

⁶³ *Ibid.*: «Maxime cum etiam predo, qui sui lucri causa et depredandi animo ad negocia alterius accedit, habeat repetitionem expensarum in id quod locupletior factus est dominus, ut *ff. de neg. gest. Si pupilli § Sed et si quis (Dig. 3.5.5.5)* et *ff. de petit. hered. Plane, in fine legis (Dig. 5.3.38)* et *C. de rei uen. l. Domum (Cod. 3.32.5)*. Multo magis ergo iste habeat repetitionem, qui subueniendi gratia, non sui lucri causa inpendit; qui potius debet audiri, cum damno uitando certet, quam ille qui cum aliena iactura locupletari desiderat, ut *C. de iur. deli. Scimus § Licentia (Cod. 6.30.22.10)* et *ff. de conditione indebiti Nam hoc (Dig. 12.6.14)*».

⁶⁴ *Ibid.*: «Non enim obstat fabulosa alegatio *C. de neg. gest. Si quis <nolente> (Cod. 2.18.24)*, quia illud tunc locum habet cum prohibens non est factus locupletior, sicut probatur *ff. de instit. Si quis manc. § Proculus (Dig. 14.3.17.4)*».

con soluzione opposta però – in Accursio⁶⁵. Azzone afferma che, secondo Martino, ben può qui ammettersi l'*actio* di *negotiorum gestio*, in ragione del *plus* ottenuto⁶⁶. In poche parole, torna di nuovo in evidenza la posizione interpretativa dei *domini indulgentes*. La tesi così esposta, in questa parte della *quaestio*, si ripercuote – per quanto implicitamente – anche sul caso specifico del rifiuto delle cure. L'aver distinto tra la *utilis gestio* e la *bona gestio* segna uno spartiacque: la *lex* 'Si quis nolente' si riferisce alla seconda specie di amministrazione (*bona gestio*), non si applicherà invece nel primo caso (*utilis gestio*). Tutto ciò non soltanto incide sulla disciplina generale della *negotiorum gestio* prestata *prohibente domino*, ma anche implicitamente 'recupera' la dottrina canonistica incentrata sull'*utiliter gerere* e sull'*utiliter accipere* del malato contrario alle cure. Come si ricorderà, nelle fonti dottrinali canonistiche l'attività posta in essere dal medico è qualificata come *utilis gestio*. Dopo le precisazioni di Azzone, ciò basta a escludere la disciplina della *lex* 'Si quis nolente' per l'*aegrotus invitus*: tal genere di malato *locupletior factus est*, secondo il linguaggio dei civilisti; *utiliter accepit in materie*, secondo il linguaggio dei canonisti, per l'esattezza di Lorenzo Ispano. Occorre allora rilevare che l'apporto originale di Azzone circa la messa a punto del concetto di *utilitas* e di *utilis gestio* – distinta dalla *bona gestio* – offre una strada per riabilitare la vecchia tesi martiniana, giacché risolve la contrarietà – sottolineata invece dalla maggioranza dei *doctores* civilisti – con la disciplina della *negotiorum gestio* prestata *prohibente domino*, fissata in *Cod. 2.18(19).24*. Per quanto Azzone, nella *solutio*, sia interessato piuttosto a rispondere al problema dell'invalidità della *prohibitio* prestata *irato animo* – resta evidente che la tesi da lui esposta circa l'*utilitas* e la conseguente ammissibilità della tutela del *gestor*, rappresenta un punto di dialogo e di contatto con la canonistica, nel caso specifico del rifiuto delle cure.

⁶⁵ Cfr. il precedente § 2.

⁶⁶ AZZONE, *Quaestiones*: «Quia et secundum dominum Martinum tante auctoritatis uidetur: ille qui mandauit rem sibi emendam pro X. uero empta sit utiliter pro XV. in V. tenetur utili negotiorum <actione>, licet uidetur prohibuisse ne emeret plus quam X. cum expressit de X., arg. *C. de procurat. Maritus* (*Cod. 2.12.21*) et *C. de prediis Cur. l. ult. uel § i* (*Cod. 10.34.3.1*) et *ff. de iud. Cum pretor* (*Dig. 5.1.12*)» (ed. BELLONI, p. 127).

C'è poi una ragione ulteriore per delimitare i casi di attuazione della *lex* 'Si quis nolente'. È a tal proposito che Azzone introduce la considerazione dell'elemento emozionale: nel *casus* posto in questione, la *prohibitio* non risulta pronunciata secondo il profilo tracciato in *Cod.* 2.18(19).24, cioè a dire «'uel in scriptis', 'uel sub testificatione personarum'». Al contrario, il *dominus iratus* tiene un comportamento opposto a quello dell'«homo diligens» e dello «studiosus pater familias», descritto in *Dig.* 22.3.25*pr*⁶⁷, tiene cioè un comportamento opposto a quello richiesto nella *lex* 'Si quis nolente'. Azzone ne dà conto in questa osservazione: nessuno è tanto resupino da gettar via le proprie cose, a meno che non lo faccia per impeto d'ira (*ex calore iracundie*)⁶⁸. Ciò considerato, il *dominus* in questione deve ritenersi non sano di mente, dunque la *prohibitio* è invalida. O meglio: egli era adirato, e l'ira è causa persino di rescissione del contratto⁶⁹.

In definitiva, le ragioni addotte a sostegno della concessione dell'azione al *gestor*, che abbia *utiliter gestum* dopo la *prohibitio* prestata dal *dominus* in preda all'ira, tendono a dimostrare l'importanza dell'elemento emozionale in ordine alla validità della *voluntas*. Ogni elemento che sia in dissonanza con il comportamento dell'*homo diligens* e dello *studiosus pater familias* determina un vizio grave della volontà, rende invalida la *prohibitio domini*.

⁶⁷ *Dig.* 22.3.25*pr*: «...qui enim solvit numquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iacet et indebitas effundat, et maxime si ipse qui indebitas dedisse dicit homo diligens est et studiosus pater familias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse...».

⁶⁸ AZZONE, *Quaestiones*: «Alia etiam ratio est, quare illa *lex Si quis nolente* (*Cod.* 2.18.24) non sit contra id: quia tunc habet locum cum *prohibitio* 'uel in scriptis' 'uel' 'sub testificatione persona<rum>' 'facta est', ut ibidem dicitur. *Prohibitio* autem hic non ita facta est. Item alia ratione nulla fuit talis *prohibitio*, quod null<us> ita resupin<us> sit, ut res suas iactaret, ut probat. *Cum de indebit.* (*Dig.* 22.3.25*pr.*), nisi hoc faceret ex calore iracundie» (ed. BELLONI, p. 128).

⁶⁹ *Ibid.*: «Constat ergo quia iste non erat sane mentis: et tunc non tenuit *prohibitio*. Aut erat iratus: et non tenuit, quia iracundie calor etiam contra<c>tum rescindit...».

9. *Le ragioni a favore della tutela del dominus*

Il punto centrale delle argomentazioni azzoniane portate a favore ('pro') della tutela del *gestor* che abbia agito *prohibente domino* è dato dalla considerazione dell'elemento oggettivo dell'utilità della prestazione, valutata in relazione all'arricchimento conseguito dal *dominus*. Ma a togliere validità a questa tesi, e per introdurre le argomentazioni contrarie ('contra'), favorevoli al riconoscimento della tutela del *dominus*, piuttosto che del *gestor*, Azzone ritorna sulla questione dell'elemento soggettivo della *negotiorum gestio*. E fa ciò in maniera originale, cioè con riferimento alla presenza o meno dell'elemento della *fides* del *gestor*. Per negare l'azione giudiziale all'amministratore, si dovrà tenere a riferimento l'*animus* con cui egli decide di intervenire negli affari altrui: chi si intromette, nonostante il divieto ricevuto, questi è da considerare in mala fede⁷⁰. Se poi invocherà il rapporto di amicizia, con ciò avrà precluso a se stesso la possibilità di *repetere* in giudizio la spesa sostenuta, come è detto espressamente in certi passi del titolo 'De negotiis gestis' del Digesto (*Dig.* 3.5.43; *Dig.* 3.5.26.1). Il rapporto di amicizia rafforza l'esclusione dell'*actio* di *negotiorum gestio* contro il *dominus*: se il *gestor* *amicitiam allegat*, non potrà poi pretendere in giudizio alcunché⁷¹. Da ultimo – e ciò appare, ai nostri fini, maggiormente interessante, per via delle conseguenze eventuali sulla disciplina della *prohibitio* espressa dall'*aegrotus invitus* – Azzone esclude che il *gestor* possa addurre, a proprio favore, il fatto che l'amico fosse insano di mente, così da poter beneficiare dell'invalidità della *prohibitio domini*, giacché questa circostanza necessita di essere provata⁷². Si affaccia così la possibilità di considerare l'alterazione dello stato d'animo del *dominus*

⁷⁰ AZZONE, *Quaestiones*: «Contra uidetur posse defendi dominus iste, quo reclamante solute sunt pensiones tributorum, quia qui post prohibitionem ad negotia alterius accedit, mala fide uidetur uersari... Culpa est enim immiscere se rei ad se non pertinenti» (ed. BELLONI, pp. 128-129).

⁷¹ *Ibid.*: «Culpa est enim immiscere se rei ad se non pertinenti, ut *ff. de re iur. Culpa* (*Dig.* 50.17.36). Si *amicitia* ducere se asserit, *materiam repetitionis sibi preclusit*, ut *ff. de neg. gest. Is qui amicitia* (*Dig.* 3.5.43) et *l. ex duobus § ult.* (*Dig.* 3.5.26.1)» (ed. BELLONI, p. 128).

⁷² *Ibid.*: «Si *amicitiam* allegat an non sane mentis amicum fuisse, hoc habet necesse probare, ut *C. de codicillis l. Ne codicillum* (*Cod.* 6.36.5)».

prohibens come una situazione patologica in grado di annullare la *voluntas* e di rendere invalida la *prohibitio*. Tutto ciò consente, come credo, di tracciare un'importante analogia con il caso dell'*aegrotus invitus*: il rifiuto delle cure appare invalidamente disposto perché conseguenza di un turbamento derivante dalla malattia e tale da compromettere la formazione della volontà.

In definitiva, si dimostra con buona evidenza la matrice civilistica della dottrina canonistica messa a punto da Giovanni Teutonico attraverso la qualificazione dell'*aegrotus invitus* come *furiosus*. Resta semmai da spiegare la ragione della *praesumptio* unita, dal canonista, alla condizione di *furiosus*. Come si è osservato poc'anzi, a estendere la tesi elaborata da Azzone per il *dominus iratus*, si deve dedurre che la condizione di malattia mentale del *dominus* debba essere provata. Per questo aspetto i nostri due maestri sembrerebbero distanti. Tuttavia nel dare la *solutio* della *quaestio*, Azzone affronta proprio la questione della presunzione e contribuisce, ancora una volta, a gettare una luce ulteriore sulla verosimile derivazione azzoniana della tesi giovannea.

La *solutio* risulta elaborata con riguardo puntuale all'elemento della salute mentale del *dominus*. La malattia mentale e l'ira sono condizioni personali assimilabili, tali da rendere nulla la proibizione e tali da consentire di riconoscere la tutela giudiziale del *gestor*. Perciò, o il *dominus* dispone la *prohibitio irato animo*, cioè a dire in condizioni mentali non sane, e allora sarà tenuto a rispondere contro l'*actio* intentata dal *gestor* per il recupero delle spese sostenute. Oppure il *dominus* dispone la *prohibitio* con discernimento, e allora sarà negata l'*actio* al *gestor* che abbia agito *prohibente domino*: tutto secondo quanto descritto nella *lex* 'Si quis nolente' [Cod. 2.18(19).24]. Ma che succede se non è chiaro quale sia lo stato di salute mentale del *dominus*? Per rispondere a questo interrogativo, Azzone introduce la *praesumptio*, afferma cioè che in caso di denuncia esposta dal *dominus* in condizioni personali non chiare, lo stato d'ira si presume⁷³. Se dunque si considera che l'ira

⁷³ *Ibid.*: «In questione ista putat Aq̄<o> distinguendum esse <in> sane mentis uel iratus fuerit. Iratus uel <in> sane mentis tenetur. Si autem ex disscensione prohibuerit et quia nolebat negotia sua geri per istum, non teneatur, et hoc per legem illam *Si quis nolente* (Cod. 2.18.24) et ff. de neg. qui aliena § i (Dig. 3.5.30.1) et ff. mandati *Si pro te*

equivale all'insanità di mente, si può dire di essere giunti a spiegare definitivamente le ragioni per le quali l'*aegrotus invitus* si presume essere insano di mente, cioè *furiosus*. L'insanità mentale consente di accomunare le due fattispecie. Questo perché il turbamento provocato dalla malattia determina il rifiuto irragionevole delle cure. Ma la volontà di costui risulta inficiata al pari di quella del soggetto in preda all'ira. Da qui scaturisce, per il diritto, la presunzione di infermità mentale.

10. Conclusioni

È possibile tracciare un arco di congiunzione tra la *quaestio* azzoniana appena esposta e la soluzione prospettata da Giovanni Teutonico con riguardo alla concessione dell'azione per il recupero delle spese sostenute dal medico che abbia agito *invito domino*. Appare evidente che il caso specifico trattato da Azzone diviene, in ambito canonistico, la regola generale da seguire per superare i divieti della *lex* 'Si quis nolente' [Cod. 2.18(19).24] e per concedere al medico-*gestor* l'*actio* di *negotiorum gestio*, nonostante la contrarietà del malato-*dominus*.

Le conseguenze di un simile cambio di rotta interpretativa sono fin troppo evidenti. In questo modo, cioè a dire attraverso la coppia *aegrotus invitus-furiosus* si nega al malato la capacità di esprimere la volontà. Risultano così falciate alla radice le resistenze provenienti dalla dottrina civilistica della *negotiorum gestio* che, se accolte, avrebbero potuto aprire uno spiraglio alla possibilità di concedere al malato di rifiutare la cura. Il *furiosus* non esprime validamente la propria volontà, dunque il medico può e deve intervenire, allorché sia in grado di portare un vantaggio al malato, giacché la *prohibitio* dichiarata dall'*aegrotus invitus* è invalida. Caduto il limite della *prohibitio*, cadono conseguentemente i divieti connessi alla tutela processuale della *negotiorum gestio* prestata *invito domino* e può allora ben espletarsi l'*actio utilis* a favore del medico. In poche parole, la tesi giovannea attua il passaggio significativo dell'*interpretatio* canonistica dall'irrelevanza della volontà

(Dig. 17.1.40). Sed id nesciens, cuius sit <mentis>, an debebat presumi iratus si denunciatur. Et arg. est quod sic, ff. <probat.> Cum de indebito (Dig. 22.3.25)».

del malato che rifiuta la cura – secondo la tesi messa a punto per la prima volta da Ugucione e fino a quel momento seguita – alla invalidità della stessa per il diritto.

Giovanni Teutonico allontana il caso dell'attività medica intervenuta a favore del malato che rifiuta la cura dalla disciplina della *negotiorum gestio* prestata *invito domino*. Tant'è che alla soluzione del glossatore ordinario del *Decretum* fanno riferimento dottori del calibro di Guglielmo Durante e di Alberico da Rosciate. Il Durante soprattutto, in poche ma intense battute, sottolinea la novità interpretativa della tesi giovannea. E assai diffusamente ne tratta Alberico da Rosciate nel *Dictionarium utriusque iuris*: come a suggellare la sintonia tra ordine morale e ordine giuridico.

CAPITOLO TERZO

MALATTIA E RAGIONE SECONDO SAN TOMMASO

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. 2. Il significato del pati. 3. Passioni ed emozioni. 4. Il dolore: passione del corpo e dell'anima. 5. Gli effetti del dolore e della tristezza sulle capacità cognitive e volitive. 6. (segue) Malattia e voluntas. 7. Voluntas, libero arbitrio e amor. 8. Il medico e l'obbligo della correzione fraterna.

1. Considerazioni introduttive

A cavaliere tra XII e XIII secolo, Azzone in ambiente civilistico e Giovanni Teutonico entro le file dei canonisti attribuiscono specifica rilevanza giuridica alla relazione tra lo stato emotivo personale (*irato animo*) e la capacità di volere (*voluntas*), secondo le linee più sopra esposte. La riflessione giuridica non esaurisce però le implicazioni teoretiche della questione. E anzi, poggiata sulle solide fondamenta di una lunghissima tradizione filosofica, essa è ora attratta verso il nesso specifico tra passione e ragione. Ma è certamente dal fronte teologico, e in particolare tomista, che provengono le maggiori conseguenze sull'impostazione generale del sistema delle conoscenze¹. Durante la seconda

¹ Il tema è studiatissimo. Per una sintesi critica della storia delle passioni dall'antichità classica fino alle teorie psicologiche post-cartesiane cfr. M.F. ECHAVARRÍA, *Las teorías psicológicas de las emociones frente a Tomás de Aquino*, in S.-T. BONINO, G. MAZZOTTA (a cura di), *Le emozioni secondo san Tommaso*, Città del Vaticano, 2019 (Doctor Communis. Pontificia Academia Sancti Thomae Aquinatis), pp. 47-82; A. LYNCH, S. BROOMBALL (ed. by), *The Routledge History of Emotions in Europe. 1100-1700*, London-New York, 2020. Lo studio della relazione tra passione e ragione ha visto importanti cambiamenti di metodo con l'avvento delle neuroscienze. La storiografia americana e anglosassone, in particolare, hanno sviluppato critiche all'etica delle virtù di san Tommaso, incentrata sul dualismo epistemico tra sfera emotiva e sfera cognitiva, oggi ritenuta insostenibile. Tra la sterminata letteratura di tal segno sembra opportuno segnalare, quale esempio significativo, T. DIXON, *From Passions to Emotions*.

The Creation of a Secular Psychological Category, Cambridge-New York-Melbourne-Madrid-Cape Town-Singapore-São Paulo, 2003. L'A. (pp. 2-25, 242-244) rafforza l'indirizzo interpretativo tendente a mettere in discussione l'impostazione filosofica occidentale del secolo XX – cui si è accennato – la quale addossa al razionalismo e in particolare alla teologia cristiana la denigrazione delle passioni, le quali, in quanto irrazionali, si opporrebbero alla ragione. L'A. inoltre osserva che il processo di secolarizzazione del mondo moderno ha influito sulla ricostruzione della storia delle passioni e delle emozioni. Il cristianesimo ha sempre presentato le emozioni come appetiti dell'anima ribelle e gli affetti come appartenenti all'anima illuminata dalla volontà razionale. Le neuroscienze, al contrario, dimostrerebbero la necessità di cambiare questo criterio interpretativo. La psicologia, in particolare, si occupa ora delle passioni, mentre la storiografia filosofica ha finito per dividersi tra storiografia di ispirazione cristiana, storiografia laica e infine storiografia anticristiana. L'indagine condotta attraverso i dati scientifici suggerirebbe invece di considerare le emozioni come 'giudizi cognitivi', non sottratti alla volontà razionale. Secondo T. Dixon, al fondo di questa nuova impostazione sarebbe da porre l'errata coincidenza – nella cultura medioevale – tra le *passiones* e le emozioni, concetto quest'ultimo apprezzato soltanto dalla speculazione scientifica contemporanea. Tanto che occorrerebbe reintrodurre la storia nel dibattito sulle passioni. Tornano sulla questione gli studi raccolti in S.-T. BONINO, G. MAZZOTTA (a cura di), *Le emozioni secondo san Tommaso*, citato all'inizio. Di questo volume si segnala in particolare A. CAMPODONICO, *Emozioni e virtù nel recente pensiero angloamericano*, pp.169-188 in cui l'A. sottolinea (pp. 173-174) come «dopo la modernità la scelta radicale in metaetica sembra ancora essere quella fra Hume e Kant, fra emotivismo e razionalismo universalista», fino al punto di considerare (p. 180) «più importanti le emozioni improvvise della formazione del carattere in senso virtuoso». Risulterebbero cioè più importanti i 'local traits' (tratti del carattere legati alla circostanza del momento) dei 'global traits' (le virtù comunemente intese). Significativa, sul punto, anche la sintesi tratteggiata da M.S. VACCARESSA, *Emozioni e giudizio morale*, in F. CAMERA, E. COLAGROSSI, E. SIMONOTTI (a cura di), *Emozioni, affetti, sentimenti: tra natura e libertà*, Milano-Udine, 2020, pp. 285-300. Uno spartiacque tra Medioevo e modernità sarebbe poi rappresentato dalla dottrina tomista, responsabile della demonizzazione delle passioni, insensibile alla distinzione tra emozioni e passioni, aristotelicamente appiattita sul ruolo della ragione. Non è oggetto del presente studio entrare *ex professo* nella disputa appena rapidamente richiamata. Sembra tuttavia necessario portare l'attenzione sulla 'funzione epistemica' – per usare il linguaggio contemporaneo – esercitata dalle *motiones* (emozioni?) e dalle *passiones* in relazione alla formazione del processo cognitivo posto alla base della formazione della volontà soggettiva; e in relazione al doppio ruolo, talora positivo, talora negativo delle passioni nella determinazione della coscienza e della volontà, secondo la lettura di san Tommaso data in N. KAHM, *Aquinas on emotion's participation in reason*, Washington, 2019. Si accoglie inoltre l'impostazione di fondo di M.F. ECHAVARRÍA, *Las teorías psicológicas*, cit., secondo cui (p. 47) «el con-

metà del secolo XIII, il rifiorito interesse e l'approfondimento su base aristotelica, introdotti dalla riflessione tomista, alimentano forze speculative nuove circa la relazione tra volontà e passioni. In questo contesto il problema del rifiuto delle cure, affrontato a partire dal soggetto malato, piuttosto che dalla situazione oggettiva dell'utilità della cura – come avveniva nella canonistica a cavaliere tra XII e XIII secolo – trova nei principi della teologia scolastica un ulteriore riferimento sapienziale, adatto a rafforzare l'inquadramento giuridico dell'*aegrotus invitus* nell'ambito della categoria dei *furiosi*.

La trattazione del problema delle passioni risulta disseminata in molte opere dell'Aquinate² e coinvolge vari aspetti dottrinali tra cui, per

cepto de pasión en general es, en santo Tomás, evidentemente más amplio que el de “pasión del alma”, pues “pasión” es, antes que nada, un predicamento...». Inoltre, la distinzione terminologica tra emozione e passione appartiene al linguaggio odierno e non può essere ricercata in Tommaso, a patto di modificarne «la riqueza conceptual del lenguaje», posto che «los temas estudiados por santo Tomás bajo el nombre de “pasiones del alma” coinciden con los que hoy la psicología estudia bajo el nombre de “emociones”». Si accoglie altresì l'indirizzo interpretativo della storia dell'antropologia scolastica offerta da D. BOQUET, P. NAGY, *Medioevo sensibile. Una storia delle emozioni (secoli III-XV)*, trad. it. G.M. CAO, Roma, 2018 (Frecce, 254), p. 177: «Se è vero che l'approccio spirituale ha regnato a lungo e senza riserve, sarebbe sbagliato descrivere la storia intellettuale delle emozioni nel pensiero cristiano come il passaggio da un discorso morale a un discorso scientifico... In compenso, lo sviluppo di un pensiero naturalista a partire dalla fine dell'XI secolo non porta a escludere le emozioni dalla riflessione morale, ma semmai a mettere questi temi al centro della filosofia naturale. Questi due discorsi hanno sempre coabitato, costituendo i due poli di una medesima realtà culturale». A questo tema sono ispirate le considerazioni espresse oltre, nel testo, con il solo fine di proporre una rilettura dell'Aquinate, in relazione alla condizione psicologica dell'*aegrotus invitus* e in relazione all'influsso sulle dottrine giuridiche tardo-medioevali.

² Per una rassegna bibliografica tematica rinvio a S. VECCHIO, *Tommaso d'Aquino e il sistema delle passioni*, in C. CASAGRANDE, S. VECCHIO, *Passioni dell'anima. Teorie e usi degli affetti nella cultura medievale*, Firenze, 2015 (Micrologus Library, 70), pp. 147-150 a cui si aggiungano, tra i più importanti contributi a carattere generale, almeno B.H. ROSENWEIN, *Generazioni di sentimenti. Una storia delle emozioni, 600-1700*, trad. it. e cura di R. CRISTIANI, Roma, 2016 (La storia. Temi, 51), pp. 137-159; L. MAURO, *Le passioni nello Scriptum super librum sententiarum di Tommaso d'Aquino*, in F. CAMERA, E. COLAGROSSI, E. SIMONOTTI (a cura di), *Emozioni, affetti*, cit., pp. 85-97; C. MONAGLE, *Emotions and the Self. Between Aquinas and Descartes*, in A. LYNCH, S. BROOMBALL (ed. by), *The Routledge History*, cit., pp. 64-67.

esempio, l'aspetto cristologico, a dimostrazione della grande differenza tra le passioni umane e le passioni di Cristo³. Spicca peraltro la lunga esposizione (Ia IIe, qq. 22-48), tra le pagine della *Summa Theologiae* (aa. 1265-1273), che configura un impianto completo sia per il maggior numero di fonti utilizzate, sia per la collocazione nel sistema della morale⁴, sia – al tempo stesso – per la capacità di fornire una struttura tassonomica delle passioni come fenomeni scientifici⁵. Le *passiones* – suddivise in concupiscibili e irascibili, a seconda che siano legate rispettivamente all'oggetto (*bonum/malum*) o alla difficoltà del suo ottenimento – risultano qui puntualmente considerate per la capacità di interferire, positivamente o negativamente, sulla ragione, tenuto conto che sono all'origine della «intersection du spirituel et du corporel. Il n'y a pas de passion au sens propre dans les réalités incorporelles, c'est-à-dire purement spirituelles»⁶. Esse influiscono sull'esercizio della ragione. Perciò, se sregolate, esse divengono, ciceronianamente, una sorta di malattia⁷; e generano una *non recta ratio*⁸. Trova così spiegazione il

³ Sul punto cfr. S.-T. BONINO, *Les passions dans la théologie de saint Thomas d'Aquin. L'enseignement de la Lectura super Ioannem*, in S.-T. BONINO, G. MAZZOTTA (a cura di), *Le emozioni secondo san Tommaso*, cit., pp. 7-25; M. MANTOVANI, *Passioni in Dio?*, *ibid.*, pp. 117-147; L. MAURO, *Le passioni nello Scriptum*, cit., pp. 85-97.

⁴ In questo senso cfr. L. MAURO, *ibid.*, pp. 94-95.

⁵ Scrive, significativamente, P. KING, *Aquinas on the passions*, in *Aquinas's Moral Theory. Essays in Honor of Norman Kretzmann*, Ed. by S. MACDONALD, E. STUMP, Ithaca (NY), 1998 (rist. Ithaca-London, 2008), p. 112: «The justification for the definitions Aquinas does offer is not his arbitrary fiat but the fruitfulness with which they help us understand the passions as psychological phenomena. In other words, the taxonomic structure he articulates has no independent explanatory value; its worth is cashed out in its fidelity to the phenomena it seeks to explain and in the utility of its classification scheme. Aquinas is thus proposing a 'scientific taxonomy' to account for the structure of the passions».

⁶ Cfr. S.-T. BONINO, *Les passions dans la théologie*, cit., pp. 13-14.

⁷ *Ibid.*, p. 23.

⁸ Per uno studio dettagliato della dottrina tomista circa l'influsso delle passioni sull'acquisizione della conoscenza cfr. L.F. TUNINETTI, *Passioni e vita intellettuale*, in S.-T. BONINO, G. MAZZOTTA (a cura di), *Le emozioni secondo san Tommaso*, cit., pp. 103-115. La disputa sulla capacità delle passioni di orientare la conoscenza risale a Platone e Aristotele ed è ripresa da san Tommaso in chiave cristiana, così da dimostrare la necessaria relazione tra le passioni e la virtù in ordine alla formazione della volontà. Sul

fatto che la dottrina tomista finisca per restare sul fondo dell'apprezzamento giuridico della formazione della volontà del malato, quale si svilupperà dopo la metà del secolo XIII.

2. Il significato del *pati*

Ma che significa *pati*? Tommaso distingue l'accezione generale e generica dall'accezione propria. Nel primo caso la passione scaturisce dalla semplice ricezione (*omne recipere est pati*), come avviene per esempio quando la luce è spiegata quale ricezione dell'atmosfera. Nel secondo significato invece si ha *passio* quando la percezione comporta il rigetto di qualche altro elemento (*aliquid recipitur cum alterius abiectioe*), conveniente o non conveniente: il corpo animale è sanato in quanto riceve la salute (*dicitur pati quia recipit sanitatem*), vinta (*abiecta*) la malattia. Oppure, al contrario, l'essere ammalati comporta (*aegrotare dicitur pati*) la sopportazione dell'infermità (*recipitur infirmitas*), in mancanza di salute (*sanitate abiecta*)⁹. Il significato proprio del termine *pati* si realizza in quest'ultima circostanza, per il fatto che c'è attrazione verso l'entità agente. Chi recede da quanto è conveniente è per ciò stesso attratto verso altro¹⁰. Si realizzano perciò due manifestazioni del *pati*: la prima implica solamente la ricezione della

punto cfr. R. MINER, *Thomas Aquinas on the Passions. A Study of Summa Theologiae Ia2ae 22-48*, Cambridge, 2009, pp. 29-46, 96-99, 287-299.

⁹ SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, Ia IIe, q. 22, art. 1: «Respondeo dicendum quod pati dicitur tripliciter. Uno modo, communiter, secundum quod omne recipere est pati, etiam si nihil abiiciatur a re: sicut si dicatur aerem pati, quando illuminatur. Hoc autem magis proprie est perfici, quam pati. Alio modo dicitur pati proprie, quando aliquid recipitur cum alterius abiectioe. Sed hoc contingit dupliciter. Quandoque enim abiicitur id quod non est conveniens rei: sicut cum corpus animalis sanatur, dicitur pati, quia recipit sanitatem, aegritudine abiecta. Alio modo, quando e converso contingit: sicut aegrotare dicitur pati, quia recipitur infirmitas, sanitate abiecta. Et hic est propriissimus modus passionis».

¹⁰ *Ibid.*: «Nam pati dicitur ex eo quod aliquid trahitur ad agentem: quod autem recedit ab eo quod est sibi conveniens, maxime videtur ad aliud trahi».

realtà e può rimanere anche allo stato potenziale¹¹. L'altra, riguarda l'anima, la quale, pur non essendo composta da materia e forma, ha tuttavia la capacità di recepire e patire ciò che conviene, così che la conoscenza è essa stessa ricezione e passione dell'anima: *intelligere pati est*¹². Fino a questo punto non è ancora intervenuto il giudizio della ragione, prodromico alla formazione della volontà. Ed è evidente che la passione dell'anima può portare a essere attratti da ciò che non è conveniente. Proprio qui si rintraccia la radice della cattiva formazione della volontà, coinvolgente l'*aegrotus invitus: aegrotare dicitur pati, quia recipitur infirmitas, sanitate abiecta*.

Occorre dunque evidenziare come sussista, nella dottrina tomista, una passione sensitiva, differente da quella intellettiva dell'anima; e come entrambe concorrano alla formazione del giudizio razionale finale. L'insieme dell'*appetitus sensitivus* e *intellectivus* è alla base della conoscenza della realtà, è capace di orientare il giudizio razionale e la *voluntas*, cioè a dire l'azione volontaria concreta. Sul punto l'Aquinate torna poco oltre. Egli passa a chiarire e distinguere tra la conoscenza sensitiva-intellettiva (*intelligere pati est*) e il discernimento razionale (*iudicium rationis*). Il *iudicium rationis* è stretto tra le passioni, le quali non soltanto lo precedono, ma anche lo seguono; e possono perciò aumentare o diminuire la bontà dell'azione realizzata con l'uso del giudizio della ragione. Le *passiones* che precedono possono offuscare la ragione e dunque diminuire la bontà dell'atto, dato che è più lodevole l'atto compiuto con piena convinzione¹³; e quelle che seguono possono cambiare la valutazione dell'atto finale: si potrebbe dire, 'emozionano l'anima' (*superior pars animae intense movetur in aliquid, sequitur motum eius etiam pars inferior*) quando sono congruenti con la passio-

¹¹ *Ibid.*: «Ad primum... Sed pati prout importat receptionem solam, non est necessarium quod sit materiae, sed potest esse cuiuscumque existentis in potentia».

¹² *Ibid.*: «Anima autem, etsi non sit composita ex materia et forma, habet tamen aliquid potentialitatis, secundum quam convenit sibi recipere et pati, secundum quod intelligere pati est...».

¹³ SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, Ia IIe, q. 24, art. 3: «Ad primum ergo dicendum quod passiones animae dupliciter se possunt habere ad iudicium rationis. Uno modo antecedenter. Et sic, cum obnubilent iudicium rationis, ex quo dependet bonitas moralis actus, diminuunt actus bonitatem: laudabilia enim est quod ex iudicio rationis aliquis faciat opus caritatis, quam ex sola passione misericordiae».

ne che precede il giudizio razionale, senza l'intervento della scelta razionale. Esse sono, in questo caso, il segno dell'intenzione della volontà conquistata al bene (*est signum intensionis voluntatis*)¹⁴; o diversamente, allorché razionalmente si scelga di accogliere una certa passione iniziale e ne segua poi altra di equal segno¹⁵.

3. *Passioni ed emozioni*

Ma come scaturiscono le passioni? La risposta pare da ricercare nelle *motiones*, cioè a dire nei ' moti del cuore' che in termini attuali potremmo forse chiamare 'emozioni'. Esse si distinguono – come suggerisce la differenza lemmatica – dal *motus*, proprio invece delle *passiones*. Da qui si può ipotizzare che ogni passione sia preceduta da una emozione, da porre anch'essa all'origine del processo di formazione della volontà¹⁶. Il campo privilegiato per comprendere questo sviluppo è dato dal tema della tristezza. C'è al riguardo una riflessione preliminare: la volontà è la causa che presiede al processo operativo (*operatio*) umano, dunque se l'operare è contristato, l'azione (*actio*) conseguentemente risulta debilitata¹⁷. Il quesito centrale pertanto è il seguente: se la tristezza nuoccia al corpo più delle altre passioni dell'anima¹⁸. Secondo Tommaso la tristezza, tra tutte le passioni dell'anima, nuoce maggior-

¹⁴ *Ibid.*: «Alio modo se habent consequenter. Et hoc dupliciter. Uno modo, per modum redundantiae: quia scilicet, cum superior pars animae intense movetur in aliquid, sequitur motum eius etiam pars inferior. Et sic passio existens consequenter in appetitu sensitivo, est signum intensionis voluntatis. Et sic indicat bonitatem moralem maiorem».

¹⁵ *Ibid.*: «Alio modo, per modum electionis: quando, scilicet homo ex iudicio rationis eligit affici aliqua passione, ut promptius operetur, cooperante appetitu sensitivo. Et sic passio animae addit ad bonitatem actionis».

¹⁶ Sulla spinosa questione dell'apprezzamento della sfera emozionale in san Tommaso rinvio alle considerazioni generali esposte *supra*, alla nota 1.

¹⁷ SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, Ia IIe, q. 37, art. 3: «Respondeo... tristitia quamlibet operationem impedit... Cuius ratio est, quia voluntas est causa operationis humanae: unde quando operatio est de qua aliquis contristatur, necesse est quod actio debilitetur».

¹⁸ *Ibid.*, art. 4: «Utrum tristitia magis noceat corpori quam aliae animae passiones».

mente al corpo, poiché ripugna alla vita umana, in relazione alla specie del suo movimento; e dunque non solo per quantità. La vita umana consiste in un certo influsso (*in quadam motione*), diffuso dal cuore a tutte le altre membra. Questa *motio* si confà alla natura umana secondo una certa determinata misura. Se dunque essa procede oltre il dovuto, ripugnerà alla vita umana secondo la quantità, non invece secondo la similitudine della specie. Se poi a essere impedito è il processo di questa *motio*, la tristezza ripugnerà alla vita secondo la sua specie¹⁹. Ma quale genere di relazione si instaura tra *motio* e *passio*? La *passio* dell'anima comportante trasformazione fisica discende da un'emozione (*motio*) che talora è contraria alla vita e produce un movimento passionale (*motus*) pervasivo della coscienza, contrario alla vita²⁰.

In definitiva le *motiones* possono determinare uno stato emotivo negativo, all'origine di una sofferenza (*passio*) che debilita il giudizio razionale e infine la volontà.

4. Il dolore: passione del corpo e dell'anima

Ai nostri fini è importante por mente sui passaggi della *Summa Theologiae* dai quali risulta con chiarezza il modo in cui l'azione delle

¹⁹ *Ibid.*: «Respondeo dicendum quod tristitia, inter omnes animae passiones, magis corpori nocet. Cuius ratio est, quia tristitia repugnat humanae vitae quantum ad speciem sui motus; et non solum quantum ad mensuram seu quantitatem, sicut aliae animae passiones. Consistit enim humana vita in quadam motione, quae a corde in cetera membra diffunditur: quae quidem motio convenit naturae humanae secundum aliquam determinatam mensuram. Si ergo ista motio procedat ultra mensuram debitam, repugnabit humanae vitae secundum quantitatis mensuram; non autem secundum similitudinem speciei. Si autem impediatur processus huius motionis, repugnabit vitae secundum suam speciem».

²⁰ *Ibid.*: «Est autem attendendum in omnibus animae passionibus, quod transmutatio corporalis, quae est in eis materialis, est conformis et proportionata motui appetitus, qui est formalis: sicut in omnibus materia proportionatur formae. Illae ergo animae passiones quae important motum appetitus ad prosequendum aliquid, non repugnant vitali motioni secundum speciem, sed possunt repugnare secundum quantitatem: ut amor, gaudium, desiderium, et huiusmodi. Et ideo ista secundum speciem suam iuvant naturam corporis, sed propter excessum possunt nocere».

passioni interagisce sulla comprensione della realtà, quando la *passio* si manifesti non soltanto attraverso il dolore spirituale ma anche attraverso il dolore fisico, come avviene nel caso della malattia. Le premesse della questione sono poste dall'interrogativo se il dolore sia definibile come passione dell'anima (Ia IIe, q. 37, art. 1-2). Tra le ragioni negative – elaborate su base agostiniana²¹ – si deve considerare che nel corpo può esservi dolore (*dolor potest esse in corpore*), ma non può esservi passione dell'anima (*nulla passio animae est in corpore*). Inoltre, le passioni dell'anima sono pertinenti a una *vis appetitiva naturale*, cioè il desiderio naturale, in vista dell'ottenimento di ciò che di buono esiste in natura; a differenza del dolore che si presenta, invece, come *vis apprehensiva*, cioè a dire come potenza conoscitiva, facoltà del conoscere²². In opposizione, l'Aquinate cita i passi di Agostino che, a espletamento dell'insegnamento di Virgilio, collocano il dolore tra le passio-

²¹ Sulla interpretazione che Tommaso dà della dottrina agostiniana circa il tema del rapporto tra il corpo e l'anima – interpretazione volta a conciliare Aristotele e Agostino – cfr. F. AMERINI, Non enim corpus sentit, sed anima per corpus. *Tommaso d'Aquino lettore di Agostino*, in F. AMERINI, S. CAROTI (a cura di), *Ipsium verum non videbis nisi in philosophiam totus intraveris. Studi in onore di Franco De Capitani*, Parma, 2016 (Quaderni di Noctua, 3), pp. 25-76 (ivi bibl.).

²² SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, Ia IIe, q. 35, art. 1.1: «Nulla enim passio animae est in corpore. Sed dolor potest esse in corpore: dicit enim Augustinus... Ergo dolor non est passio animae. Praeterea, omnis passio animae pertinet ad vim appetitivam. Sed dolor non pertinet ad vim appetitivam, sed magis ad apprehensivam: dicit enim Augustinus... Ergo dolor non est passio animae. Praeterea, omnis passio animae pertinet ad appetitum animale. Sed dolor non pertinet ad appetitum animale, sed magis ad appetitum naturalem: dicit enim Augustinus, VIII *super Gen. ad litt.*: *Nisi aliquod bonum remansisset in natura, nullus boni amissi esset dolor in poena*. Ergo dolor non est passio animae». Sulla spiegazione, nella terminologia scolastica, della *vis apprehensiva* come 'facoltà del conoscere', bastino – ai nostri fini – le considerazioni generali di A. MAIERÙ, s.v. *apprensiva*, in *Enciclopedia Dantesca*, Roma, 1984², p. 332a. In particolare, sulla distinzione tra appetito sensitivo e appetito *apprehensivus* – questione che l'Aquinate teorizza per contrastare la connotazione negativa delle passioni della filosofia stoica – cfr. R. MINER, *Thomas Aquinas on the Passions*, cit., pp. 88-93. A questo stesso studio (pp. 188-211) si dovrà fare riferimento per l'analisi dettagliata della q. 35, studiata sopra, nel testo.

ni dell'anima²³. La *solutio* appare dunque complessa e spinge Tommaso a reimpostare da capo l'intera argomentazione, nel modo seguente. Posto che appartiene alla *vis appetitiva*, il dolore si compone di due momenti: la congiunzione a un qualche male; e la percezione di quella congiunzione. Dunque, bene e male sono oggetto della facoltà appetitiva; piacere e dolore appartengono all'*appetitus*²⁴. E poiché ogni movimento di carattere appetitivo (*motus appetitivus*) genera una inclinazione (*seu inclinatio*), esso è connesso alla facoltà del conoscere (*apprehensio*). Pertanto il *motus appetitivus* è desiderio al tempo stesso intellettuale e sensitivo. Tutto ciò fa sì che il dolore, in tanto in quanto presuppone una *apprehensio* (facoltà del conoscere), «est in appetitu intellectivo vel sensitivo»²⁵. Da questo quadro generale si traggono importanti conclusioni: il dolore, appetito sensitivo, è senz'altro identificabile, in linea di principio (*propriissime*), quale passione dell'anima, e le molestie corporali, nello specifico (*proprie*), sono dette passioni del corpo: perciò il dolore, secondo quanto si legge ancora in Agostino, è chiamato malattia (*dolorem specialiter aegritudinem nominat*)²⁶. In de-

²³ SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, Ia IIe, q. 35, art. 1: «...Sed contra est quod Augustinus, XIV *de Civ. Dei*, ponit dolorem inter passiones animae inducens illud Virgili: *Hinc metuunt, cupiunt, gaudentque dolentque*».

²⁴ *Ibid.*: «Respondeo dicendum quod... ad dolorem duo requiruntur: scilicet coniunctio alicuius mali (quod ea ratione est malum, quia privat aliquod bonum); et perceptio huiusmodi coniunctionis... Bonum autem et malum, inquantum huiusmodi, sunt obiecta appetitus. Unde patet quod delectatio et dolor ad appetitum pertinent». Precisa F. AMERINI, *Non enim corpus*, cit., p. 50: «ciò significa che qualcosa può causare piacere o dolore solo se è considerato, rispetto a ciò a cui si congiunge, come bene o come male, come conveniente e quindi da ricercare o come sconveniente e quindi da rifuggire. In altri termini, qualcosa è oggetto di piacere o di dolore mai di per sé, ma sempre sotto la considerazione di bene o di male».

²⁵ *Ibid.*: «Omnis autem motus appetitivus, seu inclinatio consequens apprehensionem, pertinet ad appetitum intellectivum vel sensitivum... Cum igitur delectatio et dolor praesupponant in eodem subiectio sensum vel apprehensionem aliquam, manifestum est quod dolor, sicut et delectatio, est in appetitu intellectivo vel sensitivo».

²⁶ *Ibid.*: «Omnis autem motus appetitus sensitivi dicitur passio, ut supra dictum est... Unde dolor, secundum quod est in appetitu sensitivo propriissime dicitur passio animae: sicut molestiae corporales proprie passiones corporis dicuntur. Unde et Augustinus, XIV *de Civ. Dei*, dolorem specialiter *aegritudinem* nominat».

finitiva, per Tommaso, il dolore è del corpo giacché la causa del dolore è nel corpo, mentre la percezione del dolore (*motus doloris*) è nell'anima²⁷.

5. Gli effetti del dolore e della tristezza sulle capacità cognitive e volitive

Ciò premesso, Tommaso affronta la questione per noi importante degli effetti del dolore – e della tristezza, che di esso è *species*²⁸ – sulle capacità cognitive della persona.

La tesi finale cui giunge l'Aquinate non può che porsi in linea di continuità con l'osservazione conclusiva del precedente postulato, cioè che il dolore è passione dell'anima e del corpo. Se tutte le potenze dell'anima sono radicate in una sola essenza dell'anima, quando l'intenzione dell'anima è attratta fortemente verso una sola potenza, va da sé che sia ritratta dall'operare verso un'altra potenza. Nell'anima non può esservi che una sola intenzione (*unius enim animae non potest esse nisi una intentio*)²⁹. L'intenzione non può essere divisa. Quanto poi al dolore fisico, è manifesto come esso tragga a sé completamente l'intenzione dell'anima. E se, d'altra parte, si tiene conto che, per apprendere qualcosa di nuovo sono necessari impegno e sforzo sorretti dal massimo proposito, ne discende che il dolore intenso impedisce all'uomo la possibilità di apprendere alcunché. Fino al punto di non poter la persona considerare neppure quanto fino a quel momento sapeva³⁰. A ciò si ag-

²⁷ *Ibid.*: «...dolor dicitur esse corporis, quia causa doloris est in corpore... Sed *motus doloris semper est in anima*: nam *corpus non potest dolere nisi dolente anima*, ut Augustinus dicit». F. AMERINI, *Non enim corpus*, cit., p. 45, precisa che san Tommaso giunge a definire il dolore sensibile come *motus in anima* nelle opere della maturità, nelle quali «egli preferisce descriverlo come un movimento della facoltà appetitiva dell'anima sensitiva che segue a quella apprensione».

²⁸ *Ibid.*, art. 2: «Respondeo... Sic igitur tristitia est quaedam species doloris...».

²⁹ SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, Ia IIe, q. 37, art. 1: «Respondeo dicendum quod, quia omnes potentiae animae in una essentia animae radican- tur, necesse est quod, quando intentio animae vehementer trahitur ad operationem unius potentiae, retrahatur ab operatione alterius: unius enim animae non potest esse nisi una intentio».

³⁰ *Ibid.*: «Similiter etiam manifestum est quod ad addiscendum aliquid de novo, requiritur studium et conatus cum magna intentione... Et ideo si sit dolor intensus,

giunga che il dolore fisico (*dolor exterior*) colpisce a seguito di una lesione corporale, perciò implica un cambiamento concreto maggiore di quello prodotto dal dolore interno. Il dolore corporale impedisce la contemplazione maggiormente del dolore interiore³¹. Già da qui è chiaro come lo stato di malattia presenti una condizione passionale capace di inficiare il giudizio³². E poiché «la scelta richiede (...) l'intervento della ragione che, elaborando un giudizio, conduce a volere una cosa piuttosto che un'altra»³³, è evidente che la scelta compiuta mediante l'impiego di una capacità di giudizio compromessa, non potrà dirsi valida.

Il tema specifico della relazione tra *passio* e *voluntas* impegna la trattazione tomista tesa a dimostrare che «voluntas moveatur ab appetitu sensitivo». A ciò è dedicato l'articolo 2 della *quaestio* nona, laddove è chiarito il modo in cui l'uomo si predispone verso qualunque cosa, in conseguenza delle differenti passioni. A seconda dello stato d'animo egli può giudicare conveniente ciò che non avrebbe considerato tale se si fosse trovato in altro stato d'animo. A questo proposito Tommaso cita l'esempio dello stato d'ira, del quale già conosciamo le ricadute sul piano del diritto attraverso l'apprezzamento specifico a esso riservato, in precedenza, dai glossatori civilisti, Pillio e Azzone. Sospinto dall'ira l'uomo potrebbe ritenere buono ciò che invece non riterrebbe tale in stato di quiete³⁴. La volontà dunque, per quanto di per sé sia più rag-

impeditur homo ne tunc aliquid addiscere possit. Et tantum potest intendi, quod nec etiam, instante dolore, potest homo aliquid considerare etiam quod prius scivit».

³¹ *Ibid.*: «Ad tertium dicendum quod dolor exterior accidit ex laesione corporali, et ita magis habet transmutationem corporalem adiunctam quam dolor interior... Et ideo dolor corporalis magis impedit contemplationem, quae requirit omnimodam quietem, quam dolor interior...».

³² Come osserva L.F. TUNINETTI, *Passioni e vita intellettuale*, cit., p. 115, nel pensiero di san Tommaso «l'attività intellettuale richiede (...) il funzionamento corretto di tutte le facoltà e questo non è possibile senza una certa salute corporea e senza un relativo equilibrio emotivo».

³³ Cfr. G. MAGLIO, *La coscienza giuridica medievale. Diritto naturale e giustizia nel medioevo*, Padova, 2014 (Lex naturalis. Storia del diritto moderno, 1), pp. 127-128.

³⁴ SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, Ia IIe, q. 9, art. 2: «Respondeo... Manifestum est autem quod secundum passionem appetitus sensitivi, immutatur homo ad aliquam dispositionem. Unde secundum quod homo est in passione aliqua, videtur sibi aliquid conveniens, quod non videtur extra passionem existenti: sicut irato videtur bonum, quod non videtur quieto...».

guardevole della passione, soggiace a essa, allorché la passione diventi dominante³⁵.

L'effetto del dolore che ha la massima ridondanza fisica è quello che appesantisce l'*animus*, nel senso analogico della *gravitas*: ...il dolore produce *aggravatio*, depressione, frustrazione, perché i moti dell'appetito animale sono simili alle inclinazioni dell'appetito naturale... Se l'impedimento è poco forte rimane la speranza di superarlo, se invece è insuperabile può impedire il moto esterno del corpo fino a rendere l'uomo *stupidus* e prigioniero³⁶.

6. (segue) *Malattia e voluntas*

Ma c'è un passaggio della *Summa* (Ia IIe, q.10, a. 3) in cui si mostrano considerazioni perfettamente in linea con quanto già evidenziato, anni addietro, dal civilista Azzone circa l'ira e lo *status* di *furiosus* di chi ne è preda; con una estensione interpretativa – nella *Summa* dell'Aquinate – volta a far risaltare gli effetti di qualunque situazione di alterazione fisica. Il punto cruciale è dato dalla relazione tra ragione e volontà: le passioni muovono la volontà, in relazione all'oggetto. Perciò l'uomo giudica razionalmente la qualità dell'oggetto sotto l'influsso delle passioni³⁷. Tommaso entra nel dettaglio, in questo modo³⁸:

³⁵ *Ibid.*: «Ad primum... Voluntas igitur simpliciter praestantior est quam appetitus sensitivus: sed quoad istum in quo passio dominatur, inquantum subiacet passioni, praeminet appetitus sensitivus».

³⁶ Cfr. I. SCIUTO, *Le passioni dell'anima nel pensiero di Tommaso d'Aquino*, in C. CASAGRANDE, S. VECCHIO (a cura di), *Anima e corpo nella cultura medievale. Atti del V Convegno di studi della Società Italiana per lo Studio del Pensiero Medievale. Venezia, 25-28 settembre 1995*, Firenze, 1999 (Millennio Medievale, 15. Atti di Convegni, 3), pp. 87-88.

³⁷ SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, Ia IIe, q. 10, art. 3: «Respondeo dicendum quod, sicut supra dictum est, passio appetitus sensitivi movet voluntatem ex ea parte qua voluntas movetur ab obiecto: in quantum scilicet homo aliquo modo dispositus per passionem, iudicat aliquid esse conveniens et bonum, quod extra passionem existens non iudicaret».

³⁸ *Ibid.* Il tema della relazione tra ira e pazzia è trattato da Tommaso anche nell'a. 3 della q. 46, Ia IIe. Occorre segnalare che la dottrina tomista giunge al termine di una intensa attività dottrinale dei decretisti sul tema delle passioni, tra cui l'ira, interpretate

Huiusmodi autem immutatio hominis per passionem duobus modis contingit. Uno modo, sic quod totaliter ratio ligatur, ita quod homo usum rationis non habet: sicut contingit in his qui propter vehementem iram vel concupiscentiam furiosi vel amentes fiunt, sicut et propter aliquam aliam perturbationem corporalem; huiusmodi enim passiones non sine corporali transmutatione accidunt.

La *passio* è in grado di inficiare totalmente il processo cognitivo (*totaliter ratio ligatur*) precedente la manifestazione della volontà. Di ciò danno prova coloro che divengono furiosi e dementi perché sono in preda all'ira o a una condizione di intemperanza, ciò che avviene ogniqualvolta si presenti uno stato di sconvolgimento corporale (*propter aliquam aliam perturbationem corporalem*). In altra parte della *Summa* l'Aquinate precisa poi che i mutamenti corporali sono causati soprattutto dal dolore fisico³⁹. E in altra parte ancora egli arriva al punto per noi dirimente, cioè alla malattia⁴⁰:

Ad tertium dicendum quod ex leviori causa impeditur usus rationis, quam corrumpatur vita: cum videamus multas aegritudines usum rationis tollere, quae nondum adimunt vitam. Et tamen timor et ira maxime nocumentum corporale afferunt ex permixtione tristitiae,

come elementi da considerare ai fini della responsabilità penale. Rinvio sul punto alle pregnanti considerazioni di R. METZ, *La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval*, in *La responsabilité pénale. Travaux du colloque de philosophie pénale (12 au 21 janvier 1959)*, présentes par J. LÉAUTÉ, Paris, 1961 (Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg, VIII), pp. 102-105. In questo stesso volume si veda anche M. VILLEY, *La responsabilité pénale chez saint Thomas*, pp. 117-133. In particolare l'A. sottolinea l'interesse della dottrina tomista per lo sviluppo del tema giuridico della responsabilità penale. E a questo riguardo rileva che (p. 122) «saint Thomas traite de la folie, qu'il considère comme cause d'irresponsabilité, parce qu'ignorance involontaire, et secondement du péché commis par ivresse».

³⁹ SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, Ia IIe, q. 35, art. 7: «Ad tertium dicendum quod immutationes corporales magis causantur ex dolore exteriori, tum quia causa doloris exterioris est corrumpens coniunctum corporaliter, quod exigit apprehensio tactus. Tum etiam quia sensus exterior est magis corporalis quam sensus interior, sicut et appetitus sensitivus quam intellectivus. Et propter hoc, ut supra dictum est, ex motu appetitus sensitivi magis corpus immutatur. Et similiter ex dolore exteriori, magis quam ex dolore interiori».

⁴⁰ SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, Ia IIe, q. 37, art. 4.

propter absentiam eius quod cupitur. Ipsa etiam tristitia quandoque rationem aufert: sicut patet in his qui propter dolorem in melancoliam vel in maniam incidunt.

Molte cause, talora anche lievi, impediscono l'uso della ragione, come avviene nelle malattie che deteriorano la vita, ma non la tolgono. Il timore, l'ira, la tristezza, facilmente unite alla malattia, provocano alterazione corporea e inficiano la conoscenza razionale.

Che dire dunque del malato che sceglie di morire? Secondo Tommaso nessuna umana condizione miserevole legittima il suicidio⁴¹:

Similiter etiam nec ut miserias quaslibet praesentis vitae evadat. Quia *ultimum* malorum huius vitae et *maxime terribile* est mors: ut patet per Philosophum, in III *Ethic*. Et ita inferre sibi mortem ad alias huius vitae miserias evadendas est maius malum assumere ad minoris mali vitiationem.

La scelta della morte, al fine di sfuggire le miserie umane, significa prendere su di sé un male maggiore di quello che si vorrebbe evitare. Qualunque situazione di infelicità fisica e spirituale (*miserias quaslibet praesentis vitae*) non costituisce valida ragione per preferire la morte. Si aggiunga inoltre che ciascuno è responsabile della propria vita non soltanto di fronte a Dio creatore, ma anche di fronte alla comunità di appartenenza: il suicidio è ingiuria per la comunità⁴². D'altra parte, benché nel malato la volontà appaia viziata, non ugualmente viziato è il libero arbitrio in ragione del quale ognuno ha facoltà di ordinare la propria condotta di vita.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, IIa IIe, q. 64, art. 5: «Respondeo dicendum quod seipsum occidere est omnino illicitum triplici ratione... Secundo, quia quaelibet pars id quod est, est totius. Quilibet autem homo est pars communitatis: et ita id quod est, est communitatis. Unde in hoc quod se ipsum interficit, iniuriam communitati facit: ut patet per Philosophum, in V *Ethic*.». Il principio espresso su base aristotelica in questo passaggio della *Summa* sarà al centro delle argomentazioni dottrinali civilistiche dei giuristi dell'età del Commento, di cui si dirà oltre, nel testo.

7. *Voluntas, libero arbitrio e amor*

Il libero arbitrio consente all'uomo di disporre in relazione alla propria vita, non invece in relazione alla propria morte. Il passaggio da questa vita terrena a quella più felice celeste è nella potestà divina, non umana⁴³. Perciò il libero arbitrio, teologicamente inteso, non coincide con la volontà. A fronte del giudizio di invalidità assoluta della *voluntas* soggettiva, espressa in condizioni di dipendenza passionale, Tommaso oppone la considerazione di ciò che sostiene la volontà umana. La resistenza agli effetti del dolore, interagenti sulla capacità di comprendere, può essere rafforzata da uno strumento di interpretazione proprio soltanto dell'uomo, differente dalla ragione, riconducibile all'*amor* con cui ciascuno cerca di apprendere e di considerare la realtà (*attenditur diversitas secundum diversitatem amoris quem homo habet ad addiscendum vel considerandum*)⁴⁴. Quest'ultimo elemento appare di massimo rilievo, giacché risulta chiaro che la capacità di conoscenza e la susseguente capacità decisionale, su cui si regge la volontà razionale, sono altro rispetto all'*amor* e anzi, a esso possono essere asserviti. L'amore per la *veritas*, cioè a dire il desiderio di ciò che è buono, interferisce di fatto sulla volontà, trattiene l'*intentio animi*, come ben è espresso nel principio agostiniano «*pondus meum amor meus: eo feror quocumque feror*»⁴⁵. Si può volere solamente ciò che si ama. Anche quando l'*amor* non possa raggiungere lo stadio (*appetitus consequens apprehensionem appetentis secundum liberum iudicium*) che prende la forma dell'*appetitus rationalis sive intellectivus*, cioè della volontà (*qui dicitur voluntas*), per via di una causa che rende non libero il giudizio (*appetitus consequens apprehensionem*

⁴³ SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, IIa IIe, q. 64, art. 5: «Ad tertium dicendum quod homo constituitur dominus sui ipsius per liberum arbitrium. Et ideo licite potest homo de seipso disponere quantum ad ea quae pertinent ad hanc vitam, quae hominis libero arbitrio regitur. Sed transitus de hac vita ad aliam feliciorum non subiacet libero arbitrio hominis, sed potestati divinae. Et ideo non licet homini seipsum interficere ut ad feliciorum transeat vitam».

⁴⁴ SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, Ia IIe, q. 37, art. 1: «In hoc tamen attenditur diversitas secundum diversitatem amoris quem homo habet ad addiscendum vel considerandum: qui quanto maior fuerit, magis retinet intentionem animi, ne omnino feratur ad dolorem».

⁴⁵ SANT'AGOSTINO, *Confessioni*, XIII, 9.10.

ipsius appetentis, sed ex necessitate, non ex iudicio libero), resta ancora presente nell'uomo l'*amor* nella dimensione naturale (*appetitus non consequens apprehensionem ipsius appetentis, sed alterius: et huiusmodi dicitur appetitus naturalis*)⁴⁶. Se dunque non vien meno l'*amor*, ciò significa che la persona, pur in difetto di volontà razionale, resta in grado di desiderare il fine di verità che è oggetto di *amor*⁴⁷. Perciò Tommaso così conclude: «in unoquoque autem horum appetituum (i. e. *naturalis, sensitivus, voluntas*) amor dicitur illud quod est principium motus tendentis in finem amatum»⁴⁸. Questi passaggi mettono a confronto la volontà, suscettibile di valutazione dal punto di vista giuridico, con l'obbedienza ai principi di fede, rilevante nel foro interno. Ciò va detto per portare l'attenzione sul tratto dell'impostazione teologica tomista che lega strettamente l'alterazione della formazione della volontà, quale si osserva nel caso della malattia, all'elemento etico-religioso e, in questo modo, rafforza se pur indirettamente la tesi secondo cui il malato

⁴⁶ SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, Ia IIe, q. 26, a. 1: «...amor est aliquid ad appetitum pertinens: cum utriusque obiectum sit bonum. Est enim quidam appetitus non consequens apprehensionem ipsius appetentis, sed alterius: et huiusmodi dicitur *appetitus naturalis*... Res enim naturales appetunt quod eis convenit secundum suam naturam, non per apprehensionem propriam, sed per apprehensionem instituentis naturam... Alius autem est appetitus consequens apprehensionem ipsius appetentis, sed ex necessitate, non ex iudicio libero. Et talis est *appetitus sensitivus* in brutis: qui tamen in hominibus aliquid libertatis participat, in quantum obedit rationi. Alius autem est appetitus consequens apprehensionem appetentis secundum liberum iudicium. Et talis est appetitus rationalis sive intellectivus, qui dicitur *voluntas*».

⁴⁷ M. MANTOVANI, *Passioni in Dio?*, cit., p. 126 precisa quanto segue: «è interessante notare il fatto che nell'Aquinate, così come poi nella Scolastica successiva, è presente una specifica attenzione alle modificazioni corporee connesse all'emozione e alle passioni... Nell'art. 3 della q. 22 il Dottore Angelico afferma infatti che le passioni si trovano propriamente lì 'dove c'è una modificazione corporea'... Purtuttavia esistono movimenti appetitivi che non hanno luogo per mezzo degli organi del corpo e non implicano modificazioni corporee, che Tommaso chiama *affectus* e che definisce come degli atti di volontà che sorgono senza passione dell'anima, i quali, se pur possono riguardare anche la persona umana come spirito-materia, appartengono più che altro ai puri spiriti, così che 'l'amore, il gaudio e sentimenti consimili attribuiti a Dio, agli angeli, oppure agli uomini secondo l'appetito intellettuale, esprimono un semplice atto di volontà per una somiglianza di effetti, ma senza passione».

⁴⁸ SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, Ia IIe, q. 26, a. 1.

invitus, dal lato del diritto, esprime una volontà (*voluntas*) invalida; e dal lato etico-religioso (*amor*) esprime una volontà viziata, cioè un difetto di fede: cade nel peccato chi non ama sufficientemente quel principio di verità che non dà all'uomo il potere di disporre della propria morte. In entrambi i casi, la qualificazione dell'*aegrotus invitus* come *furiosus* – secondo l'impostazione giuridico-dottrinale accettata durante il secolo XIII – appare strumento idoneo e risolutivo della questione del rifiuto delle cure sia sul piano giuridico, sia sul piano morale. Nell'intersezione tra persona e soggetto di diritto, la riflessione etico-religiosa offre la base di elaborazione del principio giuridico secondo cui, per il malato *invitus*, vale la presunzione dello stato di *furiosus*, cioè di soggetto incapace di intendere e di volere. La deficienza dell'elemento volontaristico rileva così sia sul piano teologico, sia sul piano giuridico. Si potrebbe dire che la *praesumptio* dello *status* di *furiosus* abbia in radice l'apprezzamento di quella condizione psichica, capace di orientare le decisioni di foro interno che nel Medioevo è spazio di competenza del teologo. In definitiva, l'invalida *voluntas* del malato, risultante dalla scelta di non sottoporsi alle cure, è *causa* di responsabilità morale ed è *causa* di incapacità giuridica.

Tutto ciò spiega l'esigenza – particolarmente sentita dal teologo – di esaminare a fondo il momento formativo della volontà e le cause che possono inficiarlo, l'esigenza cioè di separare dogmaticamente la disciplina del libero arbitrio, concernente la condotta attiva del soggetto verso la scelta di vita, dal vizio di volontà riferito alla condotta passiva verso la scelta di morte. E spiega anche perché, all'atto pratico – vale a dire nella riflessione giuridica – il problema del rifiuto delle cure finisca per interessare non tanto o non soltanto il malato, cioè il soggetto a cui si imputa il comportamento omissivo, quanto piuttosto il medico: al medico spetta di evitare quella morte eventuale che l'*aegrotus invitus* accetta per sé. Al medico spetta di esercitare quella scelta volontaria che nel malato resta conculcata. Si fa chiara, in definitiva, la ragione per cui le fonti d'età medioevale affrontano la questione del rifiuto delle cure solo indirettamente, cioè attraverso il dibattito sui doveri e i diritti del medico.

8. *Il medico e l'obbligo della correzione fraterna*

Sospinti da queste considerazioni, la nostra attenzione è attratta dai passaggi della *Summa Theologiae* dedicati alla *correctio fraterna*. L'Aquinate rimette ordine – come si chiarirà più oltre – nell'ambito della controversia volta a spiegare la doppia qualità della *correctio*, *actus caritatis* e *actus iustitiae*. Tra le pieghe di queste argomentazioni è possibile per noi cogliere qualche spunto di riflessione con riguardo ai doveri del medico. Ed è possibile altresì rintracciare qualche informazione per comprendere la tendenza nuova di alcuni tra i più importanti *doctores in utroque* del secolo XIV a elaborare la *causa civilis* a fronte della quale il medico è in obbligo, giuridicamente, di intervenire per salvare chi non vuole essere sanato.

La dottrina tomista prende avvio da una precisazione di fondo, cioè che la correzione fraterna è da intendere come manifestazione dell'*auctoritas* umana, modellata sull'*auctoritas* divina⁴⁹. La questione – come sappiamo – aveva già ricevuto attenzione da parte dei primi decretisti che si erano chiesti se sia lecito o non l'intervento dell'inferiore sulla condotta del superiore. L'apertura per così dire *erga omnes* si era rivelata decisiva per interpretare la correzione fraterna anche in relazione all'operato del medico da espletare nei confronti dell'*aegrotus invitus*⁵⁰. Diversamente, la dottrina civilistica si era espressa in termini restrittivi, come si evince dalla glossa accursiana: è necessaria l'esistenza di una relazione potestativa tra i soggetti, al fine di espletare la *correctio*, naturalmente nella direzione procedente dal superiore all'inferiore⁵¹. Proprio con riguardo al fondamento del dovere della correzione sembra di poter osservare in Tommaso un importante elemento di novità. Nella dottrina dell'Aquinate, non la *potestas* ma l'*auctoritas* è

⁴⁹ Il tema è studiato da M. CEBALLOS ARÉVALO, *La auctoritas política en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino*, Bogotá, 2014, pp. 121-128. La controversia tra *actus caritatis* e *actus iustitiae* riguarda anche l'elemosina, cioè a dire gli atti di misericordia corporale ed è dibattuta già dai teologi medioevali anteriori a san Tommaso. Sul punto cfr. A. BONDOLFI, *Appunti sulla dottrina dell'elemosina nel Cardinal Tommaso de Vio detto il Gaetano*, in *Divus Thomas*, 116 (2013), p. 112 (ivi bibl.).

⁵⁰ Cfr. *supra*, cap. I.

⁵¹ Cfr. il precedente cap. I nt. 36.

posta a principio di legittimazione dell'intervento correttivo. L'*auktoritas* umana, ordinata secondo l'*auktoritas* divina, fa sì che i 'superiori' indirizzino la condotta (*movere*) degli 'inferiori'⁵².

Posto questo quadro di fondo, Tommaso distingue due *species* di correzione fraterna⁵³. La prima è definibile come atto di carità (*actus caritatis*). Essa consiste nel semplice ammonimento volto a emendare il comportamento erroneo del fratello. Questa forma di *correctio* riguarda tutti: tutti sono tenuti all'esercizio della carità, a prescindere dal proprio *status* (*subditus/praelatus*)⁵⁴. Per quanto dunque della *correctio fraterna* siano responsabili soprattutto (*specialiter*) i sacerdoti – ai quali è affidata la cura spirituale – la correzione, in tanto in quanto *actus caritatis*, è dovere di tutti (*ad omnes pertinet*)⁵⁵ ed è espressione di ele-

⁵² Le ragioni che sorreggono questa impostazione sono state così sintetizzate, cfr. M. CEBALLOS ARÉVALO, *La auctoritas política*, cit., p. 98: «...es ley natural que los seres superiores muevan a los inferiores, a causa de la virtud natural más excelente conferida a ellos por Dios. De donde también es conveniente en los hombres que los superiores muevan a los inferiores por su voluntad, “en virtud de la autoridad recibida de Dios”, y precisamente mover por la razón y la voluntad es “mandar”. Unde etiam oportet in rebus humanis quod superiores moveant inferiores per suam voluntatem, ex vi auctoritatis divinitus ordinatae. Movere autem per rationem et voluntatem est praecipere (II-II, q. 104, a. 1, c.)».

⁵³ La distinzione, elaborata dall'Aquinate, della *correctio* in 'actus caritatis' e 'actus iustitiae' si colloca nel solco della separazione tra *correctio* 'ex caritate' e 'ex officio' della scolastica medioevale. Sul punto cfr. M. LAUWERS, *Prêcher, corriger, juger: à propos des usages de la “correction”, entre habitus monastique et droit ecclésiastique (IX^e-XIII^e siècle)*, in L. GAFFURI, R.M. PARRINELLO (a cura di), *Verbum e ius. Predicazione e sistemi giuridici nell'Occidente medioevale. Preaching and legal Frameworks in the Middle Ages*, Firenze, 2018 (Reti Medievali E-Book, 32), pp. 124-125. Molte sono le implicazioni giuridiche della dottrina tomista sulla *correctio fraterna*, tra le quali si colloca il tema importante dell'inquisizione, volta a 'correggere' ebrei ed eretici.

⁵⁴ SAN TOMMASO, *Summa theologiae*, IIa IIe, q. 33, a. 3: «Respondeo dicendum quod, sicut dictum est duplex est correctio. Una quidem quae et actus caritatis, qui specialiter tendit ad emendationem fratris delinquentis per simplicem admonitionem. Et talis correctio pertinet ad quemlibet caritatem habentem, sive sit subditus sive praelatus».

⁵⁵ *Ibid.*: «Ad primum ergo dicendum quod etiam in correctione fraterna, quae ad omnes pertinet, gravior est cura praelatorum; ut dicit Augustinus, in I *de civ. Dei*. Sicut enim temporalia beneficia potius debet aliquis exhibere illis quorum curam temporalem habet, ita etiam beneficia spiritualia, puta correctionem, doctrinam et alia huiusmodi, magis debet exhibere illis qui sunt suae spirituali curae commissi. Non ergo intendit

mosina spirituale. A similitudine dell'elemosina corporale, cui sono tenuti i ricchi, cioè a dire i superiori in beni materiali, l'elemosina spirituale è richiesta a coloro che sono superiori con riguardo alla capacità di giudizio (*qui habet sanum rationis iudicium*)⁵⁶. Pertanto, di fronte al soggetto che, al contrario, sia in errore, chiunque può esercitare la correzione, ancorché non sia formalmente in posizione di superiorità (*licet non sit simpliciter superior*)⁵⁷.

Vi è poi la specie di correzione fraterna, qualificabile come atto di giustizia (*actus iustitiae*). In questo caso il bene da tutelare non riguarda l'intervento sulla cattiva condotta morale, posta in essere dal singolo a proprio detrimento. Qui è piuttosto il bene comune a dover essere tutelato. Rileva dunque il comportamento peccaminoso in grado di sortire effetti negativi su tutta la comunità (*est actus iustitiae, per quam intenditur bonum commune*). L'Aquinate al riguardo si era già espresso con chiarezza nel punto in cui aveva rilevato l'ingiuria subita dalla comunità, a seguito del suicidio di un proprio componente⁵⁸. Per questa ragione egli ritiene necessario l'intervento di correzione da esperire non mediante semplice ammonimento, ma con punizioni, le quali richiedono la capacità di infliggere una pena (*quod non solum procuratur per admonitionem fratris, sed interdum etiam per punitionem, ut alii a peccato timentes desistant*). In buona sostanza, la correzione fraterna, riguardata dal lato del bene comune, richiede la titolarità della giurisdizione. Pertanto il *praelatus* soltanto, cioè il superiore gerarchico in senso potestativo, è legittimato a esercitare l'*actus iustitiae*⁵⁹.

Hieronimus dicere quod ad solos sacerdotes pertineat praeceptum de correctione fraterna: sed quod ad hos specialiter pertinet».

⁵⁶ *Ibid.*: «Ad secundum dicendum quod sicut ille qui habet unde corporaliter subvenire possit quantum ad hoc dives est, ita ille qui habet sanum rationis iudicium, ex quo possit alterius delictum corrigere, quantum ad hoc est superior habendus».

⁵⁷ *Ibid.*: «Ad tertium dicendum quod etiam in rebus naturalibus quaedam mutuo in se agunt, quia quantum ad aliquid sunt se invicem superiora... Et similiter aliquis, in quantum habet sanum rationis iudicium in hoc in quo alter delinquit, potest eum corrigere, licet non sit simpliciter superior».

⁵⁸ Cfr. il precedente § 6.

⁵⁹ SAN TOMMASO, *Summa theologiae*, IIa IIe, q. 33, a. 3: «...Est autem alia correctio quae est actus iustitiae, per quam intenditur bonum commune, quod non solum procuratur per admonitionem fratris, sed interdum etiam per punitionem, ut alii a

Quest'ultima riflessione appare particolarmente densa di implicazioni: si affaccia il tema del *bonum commune* relazionato alla *correctio fraterna*, un tema che apre nuovi orizzonti anche con riguardo alla questione giuridica del rifiuto delle cure. Si affina cioè la considerazione dell'*aegrotus invitus* non più soltanto come problema individuale, ma anche comunitario.

peccato timentes desistant. Et talis correctio pertinet ad solos praelatos, qui non solum habent admonere, sed etiam corrigere puniendo».

CAPITOLO QUARTO

LA SALUS COME 'INTERESSE PUBBLICO'

SOMMARIO: 1. *Lo status quaestionis al tramonto della scuola della glossa.* 2. *'Invitus poterit curari': Guglielmo Durante.* 3. *Un tornante interpretativo: la questione del 'pericolo grave' in Pillio da Medicina.* 4. (segue) *Jacques de Revigny.* 5. *'Reipublicae interest ne quis re sua male utatur': Cino da Pistoia.* 6. *'Humanitatis ratione': Guido da Baisio.* 7. *Il 'medicus' di Alberico da Rosciate.* 8. *'Ut citius moreretur'.* 9. *'An infirmus peccet non obediendo medico': papa Innocenzo IV.* 10. *'Quod tangit personam vel libertatem vel vitam vel civitatem': Bartolo da Sassoferrato.* 11. *'Interest rei publice homines viuentes conseruari': Baldo degli Ubaldi.*

1. *Lo status quaestionis al tramonto della scuola della glossa*

Agli orizzonti del *bonum commune* verso i quali è protesa la riflessione tomista sulla *correctio* fraterna i giuristi approdano nel momento cruciale del passaggio dalla scuola della glossa a quella del commento. I protagonisti principali di questa fase del pensiero giuridico – maestri del calibro di Cino da Pistoia, Bartolo da Sassoferrato, Baldo degli Ubaldi – recepiscono e rimodellano, con sensibilità già prossima ai primi sentori del cosiddetto *mos italicus*, la tendenza interpretativa nel frattempo avviata Oltralpe: cioè a dire la tendenza a riguardare dal lato dell'interesse pubblico l'istituto della *negotiorum gestio* prestata *prohibente domino*. Nel sessantennio durante il quale sono attive queste tre generazioni di giuristi, a cavaliere tra la seconda metà del XIII secolo e le soglie del XIV, si irrobustisce la riflessione sulla specifica *ratio* di natura pubblicistica cui, più tardi, la scienza giuridica civilistica ricondurrà il dovere del medico di curare l'*aegrotus invitus*. Il cammino, come risulta evidente da queste sommarie premesse, è impervio ed è affrontato lentamente, in vista dell'interesse mostrato dalla *res publica* per il caso del malato che rifiuti di essere sanato. Ciò è vero soprattutto se si rammenta lo *status quaestionis* corrente tra i giureconsulti della

metà del Duecento, riassumibile nel modo seguente. Il rifiuto di ricevere le cure, considerato dal lato dello *ius civile*, è questione che riguarda la libera volontà del singolo e rende non piana la tutela dell'intervento medicale. Le fonti, più sopra studiate, evidenziano come esso sia involto tra le maglie intricate di una *negotiorum gestio* gerita nell'interesse del *dominus*, a fronte di una *prohibitio domini* la cui validità risulta però fortemente compromessa, per via dello stato di malattia. In sostanza, si realizza una asimmetria tra il principio etico che impone senz'altro al medico di prestare la propria opera; e la disciplina giuridica che, al contrario, non impone affatto al medico di intervenire, proprio in ragione della 'signoria della volontà' del malato-*dominus*. Anzi, per certi versi lo scoraggia, se si considera l'incerta tutela processuale riservata a chi sia *negotiorum gestor* contro la volontà del gerito. Infine, la questione specifica del recupero delle spese in giudizio, laddove sia ammessa in via eccezionale, rispetto alla regola generale della *negotiorum gestio* prestata *prohibente domino*, non è unanimemente condivisa. Tant'è che la canonistica, come era avvenuto sin dagli esordi, tende a ingerirsi sempre più incisivamente nella prospettazione della questione giuridica, fino al punto di considerare incapace di intendere e di volere (*furiosus*) l'*aegrotus invitus*: garantire al medico il diritto di pretendere le spese sostenute, mediante l'azione utile di *negotiorum gestio* – secondo l'antica tesi del 'magister M.'¹ – è in linea con il compimento del dovere morale del medico di non lasciar perire l'*aegrotus invitus*.

Tuttavia il quesito civilistico, se sussista cioè il dovere giuridico, imposto dall'ordinamento civile, anche dopo la tesi dello *status* di *furiosus* dell'*aegrotus invitus*, non pare del tutto appagato. In poche parole, il medico – per lo *ius civile* – *potest* oppure *debet sanare*?

2. 'Invitus poterit curari': Guglielmo Durante

Ai tempi di Guglielmo Durante, la questione appare appena sufficientemente chiara. Ciò si percepisce dall'andamento del breve e denso passaggio dello *Speculum* (a. 1270) in cui il problema delle cure da pre-

¹ Cfr. *supra*, cap. II, §§ 1 e 8.

stare al malato *inuitus* è inserito sotto la rubrica 'De salariis medicorum'²:

Sed quid si infirmus prohibet ne sibi aliqua medicina detur? Dico quod talis praesumitur furiosus, ff. de condi. institu., Quidam (*Dig.* 28.7.27), extra., de succes. ab intest., c. fi. (*X* 3.27.3). Vnde inuitus poterit curari. Nam multa bona praestantur inuitis, 23, q. 1, Paratus (C.23 q.1 c.2) et q. 5, Non vos (C.23 q.1 c.42), ff. de neg. gest., Solvendo (*Dig.* 3.5.38), XLV dist., Et qui emendat (D.45 c.11), et expresse 5, quaest. 5, ca. 1 et 2 (C.5 q.5 c.1 et c.2). De hoc nota LXXXIII distin., c. I (D.83 c.1). Sed nunquid poterit repetere quae expendit? Dicunt quidam quod non, C. de neg. gest., l. fin. [*Cod.* 2.18(19).24], et ff. mand., Qui fidem et l. Si cum pro te (*Dig.* 17.1.53 et 40). Nam uidetur dedisse, Institut., de rerum diuisio., § cum in suo solo (*Inst.* 2.1.29). Io. contra inuuit (GIOVANNI TEUTONICO, *Glossa ordinaria* in D.83, d.a.c.1, gl. ad v. *inferas*)³.

Con mirabile sintesi, sostenuta da una attenta e importante selezione di allegazioni civilistiche e canonistiche, il Durante richiama il tema noto in dottrina dell'invalida *voluntas* dell'*aegrotus inuitus*, fondata sullo *status* presunto di *furiosus* (*Dico quod talis praesumitur furiosus*), al quale si aggiunge il principio canonistico, altrettanto noto, secondo cui «multa bona praestantur inuitis». Inoltre, la decretale innocenziana 'Quum dilectus filius' (*X* 3.27.3) – aggiunta da Bernardo da Brescia ad arricchimento della glossa *Inferas* (in D.83 d.a.c.1), nella quale Giovanni Teutonico definisce *furiosus* l'*aegrotus inuitus* – è qui esattamente sfruttata dal Durante al fine di mettere un punto fermo sullo *status* giuridico di 'insano di mente' del malato contrario alle cure. Ma proprio al termine di questa rapida rassegna spicca l'espressione «poterit curari», riferita al malato. Essa non evoca l'azione dovuta e obbligatoria, esprime piuttosto l'idea secondo cui il medico legittimamente potrà intervenire, nonostante il diniego ricevuto. Nella medesima direzione va il prosieguo del testo, nel quale si fa riferimento all'incertezza con cui si presenta la questione della ripetibilità in giudizio del salario. Lo *Speculator* avverte che la soluzione senz'altro positiva proviene dal pensiero cano-

² GUGLIELMO DURANTE, *Speculum iuris*, l. I, part. IV, § 4, *De salariis medicorum et aliorum*, sub n. 4: 'Infirmus praesumitur furiosus, qui prohibet medicinam sibi dari' (*Speculum Iuris*, pars I et II, Basileae, 1574, p. 351a-b, rist. anast. Aalen, 1975).

³ Il testo della glossa giovannea è riportato *supra*, cap. II, § 6.

nistico stabilizzatosi nella Glossa ordinaria di Giovanni Teutonico (*Io. contra innuit*), ma al tempo stesso non passa sotto silenzio la posizione di quei civilisti che negano al *negotiorum gestor*, intervenuto *prohibente domino*, di vantare i diritti discendenti dalla prestazione eseguita. Egli cita una cospicua serie di allegazioni civilistiche, a questo proposito. Innanzitutto, la *lex* ‘Si quis nolente’ [*Cod.* 2.18(19).24]. E poi ancora il passo del Digesto (*Dig.* 17.1.40) in cui, dopo cenni all’esistenza di un dibattito interpretativo, è accolta la soluzione del giureconsulto Paolo, con la quale si deve escludere l’azione utile a difesa della fideiussione prestata «pro te praesente et vetante», soluzione condivisa anche da Papiniano (*Dig.* 17.1.53). C’è infine il passo delle Istituzioni che, nel quadro del principio «superficies solo cedit», nega l’*actio ad exhibendum* al proprietario di materiali, utilizzati da altro proprietario per edificare sul proprio territorio. In buona sostanza, sembra di poter concludere che il Durante impiega e piega sulla prestazione medica la variegata casistica della *negotiorum gestio* per tener viva nell’*interpretatio* l’idea che lo *ius civile* non vieta al medico di intervenire a favore dell’*aegrotus invitus*, ma d’altra parte non lo obbliga e, per giunta, non ne garantisce in maniera incontrovertibile la tutela legale. Si noterà poi che lo *Speculator* dice del malato *poterit curari* e, d’altra parte, non dice del medico *tenetur curare*, come invece prima di lui Ugucione da Pisa, o *debet curare*, come Lorenzo Ispano; non usa cioè il linguaggio coattivo di cui invece i canonisti si servono ai fini loro, cioè per fissare l’obbligo morale di prestare le cure a chi non le voglia.

A ben guardare l’impostazione impressa dallo *Speculator* al nostro tema, ci si rende conto che la preoccupazione principale del giurista civilista è quella di chiarire come la proibizione delle cure manifestata dall’*aegrotus invitus* non sia produttiva, per il medico, di alcuna responsabilità giuridicamente riconducibile alla sfera dei comportamenti vietati oppure dovuti: lo *ius civile* non vieta al medico di intervenire a favore del malato che rifiuti la cura, ma neppure lo obbliga.

3. *Un tornante interpretativo: la questione del 'pericolo grave' in Pillio da Medicina*

Il percorso verso la possibilità di riconoscere qualche grado di obbligatorietà civile alla somministrazione delle cure all'*aegrotus invitus* si fa largo in altro ambiente culturale. E parte da lontano, o meglio riparte da vecchie intuizioni della scuola della glossa, messe a punto nel quadro della riflessione sulla *negotiorum gestio*. Quest'ultima perciò occuperà di nuovo, per un buon tratto, la nostra attenzione.

Occorre riandare alla breccia aperta da Pillio e Azzone nel muro portante delle restrizioni imposte dalla *lex* 'Si quis nolente' [Cod. 2.18(19).24] per la *negotiorum gestio* prestata *prohibente domino*. Si rammenterà cioè la *quaestio* civilistica, impiantata con riferimento al debito pagato dal terzo per evitare la pena della distruzione dei beni immobili dell'amico, a motivo del mancato pagamento dei tributi. Il caso aveva consentito di individuare una fattispecie di esclusione dell'applicazione del dettato della *lex* 'Si quis nolente', secondo cui – come sappiamo – dopo la *prohibitio domini*, il gerente in nessun modo può reclamare diritti, né mediante azioni dirette né mediante azioni utili. Ma entrambi, Pillio e Azzone, avevano escluso questa disciplina laddove la proibizione sia invalidamente manifestata, come avviene appunto per l'insanità di mente, conseguente allo stato d'ira. Tutto ciò con una qualche differenza, tra i due testi, che ora conviene di approfondire, al fine di far luce sulla *ratio* che spinge la nuova riflessione del secolo XIV. Sia Pillio sia Azzone incentrano la propria *interpretatio* su due elementi fondamentali: l'insanità di mente del *dominus* e l'*utilis gestio* del gerente, produttiva di un guadagno a favore del *dominus*. Sono, questi, elementi non contemplati nella *lex* 'Si quis nolente', la quale pertanto non è invocabile nel caso di specie: essa nega le azioni al gerente, a condizione che la *prohibitio domini* sia validamente espressa e il *gestor* abbia posto in essere una *bona gestio*, non però produttiva di arricchimento (*utilis gestio*). In questo quadro argomentativo comune, nei due testi, si nota una sfumatura degna di essere evidenziata. Azzone mette l'accento sulla compromessa salute mentale del *dominus* che rifiuti l'aiuto dell'amico e non impedisca pertanto la distruzione dei propri edifici. Il 'pro' si apre con questa considerazione: «Quod autem possit prima tali

ratione uidetur posse probari. Illud enim constat, et nemo sanus hoc negaret...». E la *solutio* è offerta attraverso *distinctio* avente a riferimento sempre lo stato di infermità mentale: «In questione ista putat Aq<o> distinguendum esse an <in>sane mentis uel iratus fuerit...»⁴.

Diversamente, il ‘pro’ di Pillio così recita⁵:

Item quod possit ratio est in evidenti, quia utiliter et necessario eius negotium gessit; nempe si non hoc fecisset res Ysarni erit peritura aut deterior futura, ergo patet quod gessit necessario...

La *ratio* principale per la quale ammettere la tutela processuale del *gestor* non è l’insanità di mente, come in Azzone, ma piuttosto lo stato di necessità. E anche la *solutio* vede di nuovo al primo posto, tra le molteplici considerazioni presentate, lo stato di necessità⁶. In ultima posizione Pillio presenta la soluzione di scuola (*Dominus meus simpliciter dicebat sic*), cioè la considerazione dello stato d’ira, il quale comporta la manifestazione della *prohibitio* in assenza di *certa scientia*, vale a dire in assenza della capacità di giudizio⁷. Anche in questo caso, peraltro, egli aggiunge la considerazione finale dello stato di pericolo di cui la dilazione del pagamento dei tributi è apportatrice (*dilatio periculum erat allatura*): la stoltezza del *dominus prohibens* si evince, in via presuntiva, in ragione dell’incapacità di valutare il pericolo cui

⁴ Per i passi azzoniani qui richiamati, cfr. *supra*, cap. II, §§ 7 e 8.

⁵ PILLIO, *Quaestiones sabbatinae*, q. VI, U. NICOLINI, *Pilli Medicinensis quaestiones sabbatinae*, Modena, 1946 (Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza di Modena, 67, n.s. 2), p. 23 (sub q. VI: ‘De illo qui domino prohibente ipsius negotium gessit’). Il passo così termina: «Eo maxime quia equum est naturali equitati neminem cum alterius detrimento locupletioem fieri».

⁶ *Ibid.*, p. 26: «In hac questione multipliciter potest distingui: in primis utrum Raimundus fecerit quod Ysarnus facere necesse habuerit, an non: siquidem habuit agat, ut ff. De doli ex., Si opera (D. 44, 4, 6) si non habuit taceat, ut ff. De mandato, Si pro te (D. 17, 1, 40)».

⁷ *Ibid.*, p. 27: «Dominus meus simpliciter dicebat sic: gerentem negotium alienum non debere audiri agentem, per legem ultimam C. De neg. g. (C. 2, 19, 24); que sententia vera est. Porro tali articulo crederem gestorem admitti, quasi potius ex iracundia et contumacia hoc eum prohibere deberet presumere quam ex certa scientia, argumentum ut ff. De condit. instit., Quidam (D. 28, 7, 27), quia dilatio periculum erat allatura, ut ff. De operis no. nu., l. De pupillo § Si quis (D. 39, 1, 5 § 13)».

egli espone i propri beni, ossia il pericolo della distruzione conseguente al mancato pagamento di quanto dovuto.

In definitiva, lo stato di necessità e la situazione di pericolo grave rendono l'intervento del *gestor* se non obbligatorio per lo meno raccomandabile. A questi, per conseguenza, dovrà essere data senz'altro la tutela giudiziale. Nell'*interpretatio* di Pillio, pertanto, l'accento cade sullo stato di pericolo e sull'opportunità dell'intervento del *negotiorum gestor*.

4. (segue) Jacques de Revigny

Fatto sta che mentre la soluzione azzoniana attrae l'attenzione della scuola della glossa – tanto da essere menzionata nelle *Dissensiones Dominorum* ed essere poi divenuta ispiratrice, implicitamente, della tesi con la quale Giovanni Teutonico definisce *furiosus* il malato *invitus* – la soluzione di Pillio riaffiora invece più tardi e diventa prevalente, come al termine di un cammino carsico, Oltralpe, là dove si avvertono i fermenti di quella che diverrà la scuola del commento. Ciò, verosimilmente, avviene proprio in ragione della sottile differenza che caratterizza l'*interpretatio* di Pillio rispetto ad Azzone. Si può ipotizzare che la tesi pilliana, incentrata com'è sullo stato di pericolo, contro il quale si rivela necessario l'intervento del *negotiorum gestor*, abbia potuto offrire un'argomentazione forte per contemperare due differenti situazioni: da un lato l'esigenza di tutelare la libera volontà del *dominus*, d'altro lato l'esigenza di evitare le conseguenze gravi destinate a riversarsi sulla vita del soggetto malato, *invitus*, dichiarato per questo insano di mente (*furiosus*). Una soluzione, quest'ultima, capace di aggirare la disciplina della *lex* 'Si quis nolente' e conseguentemente di assicurare sempre, al medico, la tutela giurisdizionale della propria prestazione, ma implicante un prezzo molto alto per il malato: il prezzo della perdita della capacità di intendere e di volere. Non sembra dunque da escludere che queste considerazioni possano aver ridato impulso alla *quaestio* pilliana. L'accento lì posto sullo stato di pericolo offre una via interpretativa differente, non soltanto per la disciplina generale della *negotiorum gestio* prestata *prohibente domino*, ma anche – sebbene a distanza – per il caso

specifico del medico curante l'*aegrotus invitus*. C'è da aggiungere che la *quaestio* di Pillio circola tra le *Quaestiones sabbatinae*: egli «fu il primo glossatore a darsi cura di raccogliere questioni con il fine di pubblicarle»⁸. E ciò può offrire una ragione in più per la maggiore longevità del suo testo, rispetto a quello azzoniano.

Pillio riaffiora tra i civilisti che non sono di osservanza accursiana. Negli ambienti orleanesi, dove sappiamo quanto lo spirito d'indipendenza sia acceso «nei confronti di quell'Accursio che invece pesò come un macigno sulla dottrina italiana» – secondo l'efficace espressione di Ennio Cortese⁹ – la *quaestio* pilliana è citata espressamente nel commentario al Codice di Jacques de Revigny (aa. 1230/1240-1296), apposto alla 'famigerata lex' 'Si quis nolente' [Cod. 2.18(19).24]¹⁰. Dopo

⁸ Cfr. A. BELLONI, *Le questioni civilistiche del secolo XII. Da Bulgaro a Pillio da Medicina e Azzone*, Frankfurt am Main, 1989 (Ius Commune. Sonderhefte, 43), p. 38.

⁹ Cfr. E. CORTESE, *Le Grandi Linee della Storia Giuridica Medievale*, Roma, 2000, p. 370.

¹⁰ La *Lectura Codicis* è tra le poche opere a stampa del Revigny ma circola, nell'unica edizione parigina del 1519, sotto il nome di Pierre de Belleperche (rist. anast. Bologna, 1967). Maggiori ragguagli in F. SOETERMEER, s.v. *Revigny (de Revenneio, de Ravigneio) Jacques de*, in *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e-XX^e siècle)*, publié sous la direction de P. ARABEYRE, J.-L. HALPERIN, J. KRYNEN, Paris, 2007, p. 664. Il testo di nostro interesse è il seguente, [Cod. 2.19(19).24]: «Super l. ista oritur questio sabbatina, sed non habes eam hic, sed sumpta est in questionibus sabbatinis. Pone Titius non vult soluere tributum pro domo sua. Venerunt exactores tributi et volunt destruere domum suam. Dicit Titius: 'destruatis domum meam secure, non curo'. Dixit vnus qui erat amicus Titii: 'domini non destruatis domum Titii quia ego soluam tributum vobis pro eo'. Dicit Titius: 'nolo quod tu soluas pro me, permittas eis facere quod velint'. Et sic, eo reclamante, soluit ille amicus Titii pro Titio, et non est eius domus destructa. Nunquid habebit nego. gest. act.? Tota die accidit ille casus in simili vbi aliquis passus est grave damnum quia non vult soluere aliquid. Dicit alius amicus eius parti aduerse: 'ego accipiam supra me, si ipse non soluat ego soluam'. Et alius dicit: 'nolo quod tu soluas pro me'. Nunquid haberet ille qui soluit actionem nego. gest.? Videtur casus huius l. quod non debeat habere. Ista l. non deteminat questionem istam indubitanter. Vbi motus calore iracundie reclamaret, non credo quod sua reclamatio operaretur, argumentum ff. de resti. in inter. (*rect. De regulis iuris*), l. Qui calore (*Dig. 50.17.48*) et ff. de pub., l. Licitatio (*Dig. 39.4.9*). Item vbi verteretur gravis iactura et amissio rerum suarum, non videtur sane mentis. Vnde non videtur quod impediatur actio nego. gesto. Nec l. ista loquitur in casu isto. Lex ista loquitur vbi volui gerere negocia tua et prohibuisti. Sed questio est vbi conueniebat destructio et grauis

l'esposizione della fattispecie, alla domanda cruciale «Nunquid haberet ille qui soluit actionem nego. gest.?»», Revigny avverte che la *lex* 'Si quis nolente' offre una risposta non incontrovertibile (*Ista l. non deteminat questionem istam indubitanter*). E fa seguire le *solutiones* note, facenti riferimento sia allo stato d'ira (*Vbi motus calore iracundie reclamaret, non credo quod sua reclamatio operaretur*), sia alla causa di necessità (*Item vbi verteretur gravis iactura et amissio rerum suarum, non videtur sane mentis*). Così che risulta da escludere l'applicazione della legge in argomento (*Vnde non videtur quod impediatur actio nego. gesto. Nec l. ista loquitur in casu isto*). Dove però si fa evidente l'interesse del Revigny per l'impostazione pilliana, è nella parte conclusiva del suo commentario. Qui si evidenzia il nucleo principale intorno a cui – come sappiamo – ruota l'*interpretatio* di Pillio: «Sed questio est vbi conueniebat destructio et grauis iactura rerum tuarum et solui pro te. Vnde non videtur impedi actionem nego. gest.». Revigny considera centrale il pericolo grave, a motivo del quale il *negotiorum gestor* interviene e da cui scaturisce la necessità di ammettere le azioni di tutela del gestore. Decisiva appare poi l'allegazione su cui poggia questa argomentazione, il passo del Digesto – *Dig. 26.5.12*¹¹ – che si chiude con la seguente considerazione: «aequum est prospicere nos etiam eis qui quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum». Più di un elemento colpisce qui l'attenzione. Innanzitutto, la citazione del lemma *furiosus* riferito però non al soggetto agente – come in Gio-

iactura rerum tuarum et solui pro te. Vnde non videtur impedi actionem nego. gest., arg. ff. de tuto. et curato. da. ab his, l. Is qui (*Dig. 26.5.12*)», *Petri de Bella Perthica Iuris vtriusque professoris subtilissimi Lectura... Codicis*, Parrhisiis, 1519, f. 89vb.

¹¹ *Dig. 26.5.12*: «His qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint, dare curatorem proconsulem oportebit. 1. Nec dubitabit filium quoque patri curatorem dare. Nec dubitabit filium quoque patri curatorem dare: quamvis enim contra sit apud Celsum et apud alios plerosque relatum, quasi indecorum sit patrem a filio regi, attamen divus Pius Instio Celeri, item divi fratres rescripserunt filium, si sobrie vivat, patri curatorem dandum magis quam extraneum. Divus Pius matris querellam de filiis prodigis afmisit, ut curatorem accipiant in hac verba: 'Non est novum quosdam, etsi mentis suae videbuntur ex sermonibus compotes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, ut, nisi subveniatur is, deducantur in egestatem. eligendus itaque erit, qui eos consilio regat: nam aequum est prospicere nos etiam eis, qui quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum'».

vanni Teutonico, laddove l'*aegrotus invitus* è definito *furiosus* – ma riferito all'esito conseguito: chi mal gestisce i propri beni ottiene un risultato scellerato (*furiosus exitus*). Inoltre è di massimo rilievo il richiamo all'*aequitas* (*aequum est*) al fine di comprendere l'obbligo di intervenire per provvedere ai *bona* di chi, di fatto, non è in grado di farlo. È evidente che entrambe queste considerazioni sono congruenti con le argomentazioni sfruttate, per l'innanzi, da quanti – come i *doctores indulgentes* e il glossatore ordinario del *Decretum* – avevano sostenuto l'ammissibilità della tutela processuale del *negotiorum gestor* agente *invito domino*. Ma si apprezza, nell'*interpretatio* oltremontana, una modifica sostanziale, rispetto al passato: la tutela equitativa da riservare alla disciplina della *negotiorum gestio* prestata *prohibente domino* (*doctores indulgentes*) riguarda l'elemento oggettivo, cioè a dire l'evento scellerato da evitare. Spostare l'attenzione su questo dato significa allontanare l'*interpretatio* dalla *voluntas* soggettiva e significa – allorché tutto ciò sia riferito alla fattispecie dell'*aegrotus invitus* – evitare al malato la *praesumptio iuris et de iure* dello *status* di *furiosus*. L'incapacità del *dominus* rileva dunque come circostanza fattuale determinante lo stato di pericolo. D'altra parte, non passa inosservato il contesto nuovo in cui questi temi vengono ora ripensati, mediante la citazione di *Dig. 26.5.12*: non l'istituto della *negotiorum gestio* ma quello della tutela e della curatela, date dall'ordinamento giuridico, per casi specifici, come è suggerito anche dalla rubrica del titolo in cui il passo è inserito (*Dig. 26, tit. 5: 'De tutoribus et curatoribus datis ab his qui ius dandi habent, et qui et in quibus causis specialiter dari possunt'*). La necessità di istituire il curatore – nel caso del figlio a favore del padre o della madre a favore del figlio prodigo – è oggetto di apprezzamento da parte imperiale (*divus Pius...*). Già da qui si percepisce quanto sarà Cino a porre in luce: il potere pubblico interviene per dettare la disciplina della tutela del soggetto non in grado di badare a se stesso.

Ciò detto, risulta chiaro che si fa strada, in Revigny, la possibilità di pensare al medico non più come *negotiorum gestor*, ma come *curator*, nel significato che a questo lemma è attribuito dallo *ius civile*.

5. 'Reipublicae interest ne quis re sua male utatur': Cino da Pistoia

La *quaestio* pilliana trova ulteriore apprezzamento attraverso i 'simpatizzanti' bolognesi per le novità dottrinali dei Moderni orleanesi. Non desta stupore, dunque, quanto si legge nella *Summa Codicis* (a. 1314) di Cino da Pistoia¹². Egli cita espressamente – come già il Revigny – la *quaestio* di Pillio per spiegare la *lex* 'Si quis nolente' [*Cod.* 2.18(19).24] e osserva che, se si accetta la vecchia *solutio* pilliana (*posito quod verum dicat*), allora si deve tener ferma l'attenzione sullo stato di ne-

¹² CINO DA PISTOIA, *Lectura Codicis*, ad *Cod.* 2.19.24: «Quaestio et dubitatio antiquorum et decisio, ratio et repilogatio in qua clare determinat quando et quanto tempore competat actio ista neg. gest. Not. ex l. ista [*Cod.* 2.18(19).24] quod prohibitus faciens, licet bene faciat, remunerari non debet, imo et quandoque acriter punitur... Ultimo quaero vt moueam quaestionem sabbatinam apud Pilleum agitatam. Consuetudo siue statutum est in ciuitate: qui non soluit tributum siue collectam, domus eius destruat. Pone quod aliquis non soluit tributum vel collectam, ita quod domus sua erat in casu destructionis. Ego volebam soluere pro eo, ipse prohibuit, tamen ego nihilominus solui. Nunquid habeo act.? Videtur quod non, vt hic [*Cod.* 2.18(19).24]. Ipse tamen Pilleus determinat quod sic, quia ibi [*Cod.* 2.18(19).24] negotia non multum erant necessaria, prohibitus gessit, non habeo actionem, et sic intelligitur lex ista [*Cod.* 2.18(19).24]. Sed si multum erant negotia necessaria, vt in casu proposito, tunc habeo actio. Et facit ad hoc, quia Reipublice interest ne quis re sua male utatur, vt Instit., de hiis qui sunt sui vel alien. iur., § vlt. (*Inst.* 1.8.2). Item ne ciuitas deformetur ruinis vt ff., De leg. I, l. Caetera (*Dig.* 30.1.41). Haec determinatio Pillei procedit a remotis, secundum Pet. Sed, posito quod verum dicat, tamen secundum eum non habeo actionem neg. gest. cum prohibitus fuerim, vt hic [*Cod.* 2.18(19).24], sed habeo actionem in factum de aequitate, vt ff. de praescri. verb., l. Quotiens (*Dig.* 19.5.21). Quod probatur quia vbi aliquis pro herede prohibente funeravit defunctum, et sic negotium necessarium gessit, non habet actionem nego. gest., quia natura eius est quod gerat non prohibitus, sed actionem in factum, argumen. ff. de relig. et sump. fu., l. At si quis, § idem Labeo (*Dig.* 11.7.14.13). Et sic in proposito», CYNII PISTORIENSIS *In Codicem, et aliquos titulos primi Pandectorum Tomi, id est, Digesti veteris, doctissima Commentaria*, Francoforti ad Moenum, 1578, f. 89va-b (sub n. 1: 'Facere prohibitum, etiam si bene faciat, non remuneratur, imo aliquando acriter punitur'; e sub n. 5: 'An qui soluit pro eo tributum, cuius domus alias destruenda erat, habeat actionem negotiorum gestorum'). Da notare che Cino attribuisce a Pietro Bellapertica – sotto il cui nome circola la *Lectura Codicis* di Jacques de Revigny (*secundum Pet.*) – la *reportatio* della *quaestio* di Pillio, di cui egli si serve. Alberico da Rosciate sottolineerà questa circostanza (*in sum. Cy. tamen secundum Pet. in predicta questione Py.*, etc: cfr. la successiva nota 22).

cessità a motivo del quale il gerente, benché *prohibente domino*, è spinto a intervenire. Questa circostanza fa scaturire l'*actio in factum* a favore del *negotiorum gestor* (*si multum erant negotia necessaria, vt in casu proposito, tunc habeo actio*). Ma qui il tocco originale di Cino si fa evidente¹³: egli esalta la *ratio* pubblicistica della questione laddove correda la tesi, ripresa dal predecessore, della seguente importante considerazione: «Et facit ad hoc, quia Reipublicę interest ne quis re sua male vtatur». L'espressione è ritratta pressoché *verbatim* dal passo delle Istituzioni (*Inst.* 1.8.2) in cui si cita la concessione, da parte dell'imperatore Antonino Pio, della vendita forzata del servo che subisca violenza da parte del padrone¹⁴: un caso, questo, in cui «ciò che interessava all'imperatore... era prima di tutto la pacifica convivenza e solo secondariamente la difesa dei diritti dei padroni»¹⁵. Perciò, l'interesse pubblico evocato nella massima riferita nelle Istituzioni giustiniane è considerato, da Cino, a fondamento della tutela equitativa da riconoscere mediante la concessione dell'*actio in factum* (*habeo actionem in factum de aequitate*). Il principio equitativo sul quale avevano puntato già gli antichi *doctores indulgentes*, a partire da 'Magister M.', nell'ambito del rapporto negoziale tra singoli, è riproposto da Cino alla luce dell'elemento nuovo e non trascurabile dell'interesse pubblico, al quale l'eventuale *voluntas* del soggetto, insensibile al procurato pericolo, deve cedere il passo. L'*aequitas* ciniana trascende cioè la dimensione negoziale e

¹³ Sulla relazione e al tempo stesso l'originalità di Cino rispetto ai maestri d'Orleans cfr. P. MAFFEI, s.v. *Cino Sinibuldi da Pistoia*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (a cura di), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, I, Bologna, 2013, pp. 543b-546b.

¹⁴ *Inst.* 1.8.2.2*ca.m.*: «...ex constitutione divi Pii Antonini qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri iubetur, quam qui servum alienum occiderit. sed et maior asperitas dominorum eiusdem principis constitutione coercentur. nam... praecepit ut, si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos bonis condicionibus vendere, ut pretium dominis daretur, et recte: expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utatur».

¹⁵ Così A. CARAVAGLIOS, ...male nostro iure uti non debemus: *abuso di diritto o eccesso di potere nell'esercizio di un diritto?*, in F. REINOSO-BARBERO (coordinador), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, 2014, pp. 681- 682, studio a cui rinvio per ulteriori considerazioni circa il ruolo di *Inst.* 1.8.2.2 in relazione alla figura romanistica dell'abuso del diritto.

giunge alla tutela del singolo attraverso la tutela della comunità cui quegli appartiene. Dal punto di vista strettamente processuale, ciò significa escludere il campo delle azioni dirette e utili per privilegiare il campo dell'*actio in factum*. In buona sostanza, lo stato di pericolo e di necessità, qualora venga in contatto con la *prohibitio domini*, sposta la questione dall'istituto della *negotiorum gestio* a quello della *tutela*, riguardata quest'ultima sotto l'angolo d'osservazione dell'interesse pubblico.

6. 'Humanitatis ratione': Guido da Baisio

Il dato effettivo del rilancio su nuove basi pubblicistiche della tradizionale tutela equitativa della *negotiorum gestio* contribuisce, probabilmente, ad aprire un varco nella *impasse* interpretativa che, ai tempi della scuola della glossa, aveva condotto la canonistica a rimedi estremi. Mentre i maestri dello *ius civile* continuano a evitare di intervenire puntualmente sul nesso che lega la gestione di negozi prestata *prohibente domino* e il medico curante l'*aegrotus invitus*, la canonistica invece – quasi a raccogliere, implicitamente e per i fini suoi propri, le novità interpretative dei tempi nuovi – prova timidamente a superare le tesi legate allo stretto foro interno.

Pertanto la disciplina della *negotiorum gestio* può e deve essere ponderata alla luce del principio di *humanitas*. È Guido da Baisio a conquistare questa nuova frontiera, attraverso il sapiente uso di nuove allegazioni. Quando appare la sua opera maggiore, il *Rosarium* (a. 1300) – «frutto certamente del dottorato bolognese»¹⁶, «a qualche distanza di tempo e nella tranquilla meditazione del proprio studio privato»¹⁷ – l'*Arcidiaconus* non spende molte argomentazioni, non introduce apparentemente nuove interpretazioni. Ma la lettura attenta delle rapide glossette di Guido mostra l'orientamento interpretativo diverso dal pas-

¹⁶ F. LIOTTA, s.v. *Guido da Baisio (Abaisius, Baiso, Baixio) detto l'Arcidiacono*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (a cura di), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, cit., I, p. 1092b.

¹⁷ A. PADOVANI, *Ricerche sulla cultura di Guido da Baisio*, in *Bulletin of Medieval Canon Law*, 39 (2022), p. 117 n. 143.

sato. Ciò non avviene con riguardo alla vecchia tesi equitativa del ‘Magister M.’, il canonista *Melendus*, secondo la lezione con cui egli interpreta la glossa, ripetuta *verbatim*, da Lorenzo Ispano¹⁸. Avviene invece con riferimento alla legittimità dell’intervento del medico, nonostante il divieto manifestato dal malato. Giovanni Teutonico – che il *Rosarium* aggiorna «anche attraverso il recupero di una tradizione interpretativa che era rimasta estranea all’apparato ordinario alla compilazione graziana»¹⁹ – aveva a questo proposito fatto uso di allegazioni canonistiche, Guido invece cita un passo del Digesto²⁰. Un passo, *Dig.* 49.1.6²¹, del tutto peculiare, finora non sfruttato per la questione della *prohibitio domini*, in cui si fa discendere dalla *ratio humanitatis* il diritto di appello espresso a favore di un condannato a morte, anche se ciò comporti il rinvio dell’esecuzione capitale, persino se il condannato non voglia differire la pena (*quid ergo, si resistat qui damnatus est adversus provocationem, nec velit admitti eius appellationem perire festinans? adhuc putem differendum supplicium*). In poche parole ciò significa affermare che, ogniqualvolta si sia di fronte alla vita e alla morte, non rileva la volontà negativa soggettiva. L’*aegrotus invitus* è in pericolo di morte, perciò non si ascolterà il suo diniego. E il medico, al pari dell’appellante in favore del condannato al massimo supplizio, potrà legittimamente intervenire, giacché ciò è contemplato dalla regola del diritto civile riferita in *Dig.* 49.1.6, cioè a dire per spirito umanitario. L’ambito semantico morale del *debere*, riproposto dall’Arcidiaco-

¹⁸ La glossa di Guido da Baisio è riportata nel precedente cap. II, nota 9.

¹⁹ Cfr. O. CONDORELLI, *La dottrina delle fonti del diritto nel Commentario del Panormitano sulla Distinctio prima del Decretum*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, kan. Abt., 91 (2005), p. 320.

²⁰ *Ibid.*: «In eo. glo. ibi ‘curare’ adde: ar. ad hoc ff. de ap., Non tantam (*rect.* tantum, *Dig.* 49.1.6), ff. de relig. et sump. fu., Ac (*rect.* Et) si quis, § idem labeo (*Dig.* 11.7.14.13)». Per il confronto con Giovanni Teutonico cfr. *supra*, cap. II, § 6.

²¹ *Dig.* 49.1.6: «Non tantum ei, qui ad supplicium ducitur, provocare permittitur, verum alii quoque nomine eius, non tantum si ille mandaverit, verum quisquis alius provocare voluerit. neque distinguitur, utrum necessarius eius sit nec ne: credo enim humanitatis ratione omnem provocantem audiri debere. ergo et si ipse adquiescit sententiae: nec quaerimus, cuius intersit. quid ergo, si resistat qui damnatus est adversus provocationem, nec velit admitti eius appellationem perire festinans? adhuc putem differendum supplicium».

no, attraverso il solido sostegno del diritto giustiniano si avvicina al *debere* giuridico di natura civilistica. Il medico cioè non soltanto potrà ma dovrà intervenire a favore del malato *invitus*, a soddisfacimento di un obbligo morale riconosciuto e imposto dallo *ius civile: humanitatis ratione*.

Il *Rosarium* adopera per l'*aegrotus invitus* l'argomentazione della ragione umanitaria a poca distanza temporale dalla ragione equitativa proposta da Cino per la gestione di affari altrui. Entrambi dunque allargano al di fuori dello stretto diritto la riflessione rispettivamente sull'istituto della *negotiorum gestio prohibente domino* e sul rifiuto delle cure: quasi che la dimensione pubblicistica della questione divenga la pietra angolare su cui poggiare il nuovo processo di composizione della dottrina di *ius commune*.

7. Il 'medicus' di Alberico da Rosciate

Ciò detto, si spiega forse perché Alberico da Rosciate (aa. 1290-1360), ottimo conoscitore delle tesi contrastanti dei *doctores* circa la tutela processuale da attribuire alla *negotiorum gestio* – riferite in un *excursus* che, nella *Summa Codicis*, va da Martino a Cino, compresa l'esposizione della *quaestio pilliana*²² – non legghi affatto quelle dottrine

²² ALBERICO DA ROSCIATE, *Summa Codicis*, in *Cod.* 2.18(19).24: «...Set tenentes opi. M. dicunt verum esse de rigore. Sed de equitate secus et equitas debet preualere, vt infra, de iudiciis, l. Placuit (*Cod.* 3.1.8). Do. Vber. distinguit aut dominus calore iracundie prohibuit, vt puta cum propter collectas officialis vellet destruere domum eius, amicus suus venit et soluit pro eo ex iracundia contradicente. Et tunc sit vera opi. M., quod vtilis tali amico detur de equitate, non obstante prohibitione domini calore iracundie facta, vt ff. de reg. iur., l. Quod [*rect.* Quidquid in] calore (*Dig.* 50.17.48), et de diuor., l. III (*Dig.* 24.2.3). Si autem deliberate et sine iracundia prohibuit, vera sit opinio Io. et Bul. quia nulla detur per iura per eos allegata. Et ad hoc bene faciunt plene notata circa materiam istam in questionibus Py., VII q. que incipit 'dum secundum tributorum consuetudinem' et quod no. in gl. et per Arc., LXXXIII di. In sum. Cy. tamen secundum Pet. in predicta questione Py. dicit non dari actionem neg. ge. propter expressam prohibitionem vt hic, set quia equitas suadet act. dari dabitur in factum, vt ff. de pre. ver, l. Quoties (*Dig.* 19.5.21)...» (*Prima Alberici super Codice*, Lugduni, 1545, f. 100ra, sub n. 3: 'Protestatio valet sine scriptis').

al problema delle cure mediche, cui invece riserva un cospicuo passaggio del *Dictionarium*. Qui risulta indicizzato il lemma ‘*medicus*’, a cui è dedicata una lunga trattazione, attraverso la quale la posizione del medico è analizzata a tutto tondo, a iniziare dalla definizione. Ma soprattutto appare di rilievo che sia per così dire ‘indicizzato’ il ‘rifiuto delle cure’, come *quaestio* tipica: ‘An *medicus* teneatur potius gratis curare quam permittere mori aegrum’: il primo tentativo di trattazione a carattere ‘monografico’ è compiuto²³. Non la *negotiorum gestio* ma l’obbligatorietà dell’intervento medicale, eventualmente anche a titolo gratuito, risulta essere il nocciolo della questione. Tuttavia, si noterà che l’intera riflessione si regge sulla natura morale dell’obbligo, la questione della tutela giudiziale del medico per il recupero del salario è, per così dire, liquidata mediante il secco rinvio allo *Speculator*: quasi che, a parere di Alberico, le difficoltà provenienti dalla civilistica, circa la *negotiorum gestio* compiuta dopo il divieto manifestato dal *dominus*, non siano di rilievo per dipanare la questione del rifiuto delle cure. Tant’è che le allegazioni prescelte sono pressoché tutte tratte dall’ambito teologico e canonistico. In sostanza, l’aspetto morale è senz’altro prevalente. Non è trascurabile, a questo proposito, l’affiorare del vecchio principio secondo cui il medico è medico dell’anima, prima che del corpo. A ciò si riferisce il rinvio alla *Summa* di Raimondo di Peñafort, nel punto in cui questi rammenta l’obbligo, sotto pena di scomunica, di ammonire il malato, prima di somministrare la cura, affinché si confessi, in ottemperanza alle statuizioni risalenti a papa Innocenzo III,

²³ ALBERICO DA ROSCIATE, *Dictionarium utriusque iuris*, s.v. *Medicus, Medicina*: «...An *medicus* teneatur potius gratis curare quam permittere mori aegrum? Respondet Ray. (RAIMONDO DI PEÑAFORT, *Summa de poenitentia et matrimonio*, l. III, § 23) *medicus* tenetur curam et consilium impendere pauperi infirmo. Mortem enim languentibus probatur infligere qui hanc non excludit cum potest excludere, di. <L>XXXIII, in prin. (D.83 d.a.c.1), et vide in glo. per Archi. (GUIDO DA BAISIO, *Rosarium*, D.83 d.a.c.1, in v. ‘actionem’). Et de salario medicorum vide in Spe., de salario (GUGLIELMO DURANTE, *Speculum iuris*, l. I, part. IV, § 4, *De salariis medicorum et aliorum*), et ff. de var. et extraor. cog., <Si> *medicus* (*Dig.* 50.13.3). Et vide de praedictis in sum. con., li. II, titu. V, rub. de aduocatis, q. 174 (GIOVANNI DI FRIBURGO, *Summa confessorum*, li. II, tit. V, rub. de advocatis, q. 174 in fi.)...» (*Alberici de Rosate bergomensis iurisconsulti celeberrimi Dictionarium Iuris tam Ciuilis quam Canonici, Venetiis*, 1573, rist. anast. Torino, 1971, p. 458a-b).

nel IV concilio lateranense e rifluite nel *Liber Extra*²⁴. Nella medesima direzione sono da leggere le citazioni che rinviano al pensiero di Guido da Baisio ma, specialmente, di Giovanni di Friburgo: segno che la responsabilità morale del medico di fronte al malato *invitus* è fonte di responsabilità morale talmente importante da interessare il genere letterario della *Summa confessorum*²⁵. Allo stesso modo, del resto, è grave-

²⁴ *Summa Sancti Raymundi de Peniafort Barcinonensis Ordi. Praedicatorum de poenitentia et matrimonio cum glossis Ioannis de Friburgo*, Romae, 1603, pp. 457-458 in fi., lib. III: *De sacramentis iterandis et de consecrationibus Ecclesiarum* (sub § 23): «Item nota quod statutum est et praeceptum a Papa Innocentio medicis corporum vt infirmos ad quos vocati fuerint, ante omnia moneant et inducant quod medicos aduocent animarum vt postquam fuerit de salute animarum prouisum, ad corporale medicinae remedium salubrius procedatur vt cessante causa, cesset effectus. Si quis autem medicorum, postquam per prelatos locorum fuerit haec constitutio publicata, transgressor extiterit, tamdiu ab ingressu ecclesiae arceatur, donec pro transgressione huiusmodi satisfecerit competenter. Prohibetur etiam sub interminatione anathematis ne quis medicorum pro corporali salute aliquid aegro suadeat quod in periculum animae conuertatur. Hae constitutiones sunt ext., eo., Omnis vtriusque (X 5.38.12) et Cum infirmitas (X 5.38.13)».

²⁵ GIOVANNI DI FRIBURGO, *Summa Confessorum*, li. II, tit. V, rub. 'De advocatis', q. 174: «Et idem dicendum est de medico quantum ad curationem pauperum, de quo etiam subiungit hic Ray. (RAIMONDO DI PEÑAFORT, *Summa de poenitentia et matrimonio*, l. III, § 23) quod tenetur gratis de medicina sua curam et consilium impendere pauperi languido. Vnde Symachus papa 'non est grandis differentia utrum letum id est mortem inferas vel admittas id est inferri patiaris (D.83 d.a.c.1). Mortem enim languentibus probatur infligere qui hanc cum possit excludere non excludit', LXXXIII di., in prin. (D.83 d.a.c.1) Nota ibidem in glo. (GIOVANNI TEUTONICO, *Glossa Ordinaria* in D.83 d.a.c.1, ad v. *Inferas*) plura, quando scilicet medicus etiam divites teneatur curare...» (*Summa confessorum reuerendi patris Joannis de Friburgo sacre theologiae lectoris*, Lugdvni, 1518, f. 77vb in fi.). Alla *Summa* di Giovanni di Friburgo, completata dopo il 1298, si deve la facilitazione nell'utilizzo della *Summa* di Raimondo di Peñafort, che egli correda di indici: cfr. P. MICHAUD-QUANTIN, *Sommes de casuistique et manuels de confession au moyen âge (XII-XVI siècles)*, Louvain-Lille-Montreal, 1962 (Analecta Mediaevalia Namurcensia, 13), pp. 43-48. Per un ampio panorama della casistica in tema di omicidio presentata nelle *Summae confessorum* tra medioevo e prima età moderna cfr. M.G. DI RENZO VILLATA, *Tra teologia morale e diritto: L'homicidium nelle Summae confessorum italiane del basso medioevo*, in F. DEMOULIN-AUZARY, N. LAURENT-BONNE, F. ROUMY (eds.), *Proceedings of the Fifteenth International Congress of Medieval Canon Law, Paris, 17-23 July 2016*, Città del Vaticano, 2022 (Monumenta Iuris Canonici, Series C: Subsidia, 16), pp. 1217-1238.

mente responsabile – secondo Alberico – chiunque provochi la morte del malato ormai prossimo alla fine. Quest’ultima considerazione suscita particolare attrattiva perché getta luce, in qualche misura, sul problema se non dell’eutanasia almeno della procurata morte dell’infermo, da parte di terzi, tra le mura domestiche²⁶; talvolta anche su richiesta del malato stesso²⁷. Il *Dictionarium* albericiano rinvia di nuovo alla *Summa* di Giovanni di Friburgo, il quale affronta la questione con il supporto del teologo domenicano Guglielmo di Rennes²⁸, autore dell’apparato di glosse alla *Summa de poenitentia* di Raymondo di Peñafort, il quale – è il caso di ricordarlo – definisce il rapporto tra l’uomo e Dio come ‘foro penitenziale’²⁹.

8. ‘*Ut citius moreretur*’

L’intreccio di allegazioni innescato da Alberico merita apposita considerazione. L’argomento offerto alla nostra attenzione non riguarda soltanto il medico, ma in generale tutti quanti abbiano in custodia il

²⁶ ALBERICO DA ROSCIATE, *Dictionarium utriusque iuris*, s.v. *Homicidium*, II: «...Quid si aliquis consuluit quod infirmus verberetur vt citius moriatur? Respon. si ex tali uerberatione citius moritur est irregularis qui consuluit et qui fecit, nec potest episcopus dispensare, licet a peccato absolui possit, not. in sum. con., q. XI (*rect. X*, GIOVANNI DI FRIBURGO, *Summa Confessorum*, li. II, tit. I, rub. ‘De homicidio’, q. 10)» (ed. Venetiis, 1573, p. 322a della ristampa).

²⁷ *Ibid.*, s.v. *Homicidium*, III: «Quid de custodientibus infirmos qui ad eorum petitionem uocauere flobothomatem qui eum flobothomauit et mortuus est? Vel dedere infirmo vinum vel alias male custodiare ita quod mortuus est? Dic in omnibus talibus casibus vbi bona fides fuerit in custode, non tenetur, nec irregularis efficitur, nisi euidens culpa vel negligentia sibi possit imputari ex qua appareat mors secuta: tunc enim irregularis est, in sum. con., eo. titu., q. XLIII et q. XXXIX (GIOVANNI DI FRIBURGO, *Summa Confessorum*, li. II, tit. I, rub. ‘De homicidio’, q. 43 et q. 39)».

²⁸ Guglielmo di Rennes è autore di un apparato di glosse erroneamente attribuito a Giovanni di Friburgo in gran parte delle copie manoscritte e nell’edizione dell’a. 1603 della *Summa de poenitentia* di Raymondo di Peñafort. Poco si sa di questo autore. Egli talora presenta soluzioni differenti rispetto a quelle di Raimondo, cui appone le proprie aggiunte, per lo più sotto la spinta dell’osservazione delle consuetudini locali: cfr. P. MICHAUD-QUANTIN, *Sommes de casuistique*, cit., p. 41.

²⁹ Maggiori ragguagli *ibid.*, pp. 34-42.

malato grave. Da questo angolo d'osservazione si apre la possibilità di comprendere come l'intenzione di abbreviare la vita del morente potesse essere reale e potesse effettivamente giungere all'atto pratico. Giovanni di Friburgo si occupa precipuamente del peccato commesso da chi abbia avuto il proposito di accelerare la morte dell'*aegrotus* in fin di vita. Il testo è il seguente³⁰:

[*Summa Confessorum*, li. II, tit. I, rub. 'De homicidio', q. 10]: *Pone aliqui custodientes laborantes in extremis de consilio alicuius transtulerunt vel verterunt ipsum super aliud latus vt citius moreretur. Numquid sunt irregulares? Respon. secundum gl. Vvillelmi vbi supra, in prin. (GUGLIELMO DI RENNES, Glossa ad RAYMONDO DI PEÑAFORT, Summa de poenitentia, l. II, t. I, § 3, ad v. Consilio): si ex tali translatione vel transuersione citius moritur quia forte precluditur via anhelitus vel rumpitur apostema ex violentia motus et suffocatur sic cor ex sanguine influente vel ex consimilibus causis, irregularis est. Et qui consuluit et qui facit nec dispensari possunt per episcopum, licet de peccato possint absolui a prelati suis, siue sint religiosi siue seculares. Hoc saluo, quod sacerdotes simplices de talibus absolue non possunt, quoniam talia retinentur ab episcopis. Si autem non citius moritur ex hac causa, non incurritur irregularitas. Set sufficit penitere de peccato et mala intentione, nec est presumendum quod, si huiusmodi transuersiones fiant secundum sortilegium vetularum, sicut quando faciunt securim apponi ad caput morientis vel aliquid aliud friuolum, fieri vt citius moriatur, virtutem huiusmodi <non>³¹ habeant hec sortilegia. Agi tamen debet penitentia de peccato.*

³⁰ GIOVANNI DI FRIBURGO, *Summa confessorum reuerendi patris Joannis de Friburgo sacre theologiae lectoris*, Lugduni, 1518, f. 49va-b.

³¹ La correzione testuale si rende logicamente necessaria ed è supportata dalla *versio* di Guglielmo di Rennes che Giovanni riferisce pressoché *verbatim*. La glossa di Guglielmo così corre [in *Summa de poenitentia*, in l. II, t. I, § 3], ad v. *Consilio*: «Pone quod aliqui custodientes laborantem in extremis, de consilio alicuius transtulerunt eum vel verterunt ipsum super aliud latus vt citius moreretur, numquid sunt irregulares? Resp. Si ex tali translatione vel transuersione citius moritur quia forte praeccluditur via anhelitus et rumpitur apostema ex violentia motus et suffocatur sic cor ex sanie influente vel ex consimilibus casibus, irregulares sunt et qui consuluit et qui fecit. Nec dispensari possunt per episcopum, licet de peccato possint absolui a praelatis suis, siue sint religiosi siue seculares, hoc salvo quod simplices sacerdotes de talibus obsolvere non possunt, quia talia retinentur ab Episcopis. Si autem non citius moritur ex hac causa, non incurritur irregularitas, sed sufficit paenitere de peccato et mala intentione. Nec

Chi, con l'obiettivo di abbreviare l'evento letale (*vt citius moreretur*), ponga in essere o consigli di porre in essere manovre sul corpo del malato tali da provocare soffocamento commette peccato. Tutte queste condotte comportano responsabilità tanto grave da dover essere giudicate non dal sacerdote – la cui eventuale assoluzione sarà invalida – ma dal vescovo. Si tratta cioè di casi penitenziari riservati al vescovo. Con qualche differenza a seconda che l'evento mortale si sia verificato o meno. Nel primo caso, il peccato determina 'irregolarità' (*irregularis est*). Quest'ultima invece non si genera (*non incurritur irregularitas*) nel secondo caso, per il quale dovrà fare penitenza soltanto in relazione alla cattiva intenzione. Ugualmente dovrà fare penitenza chi metta in atto sortilegi praticati da vecchie donne maligne, al fine di anticipare la morte, i quali peraltro non hanno il potere di realizzare questo fine (*virtutem huiusmodi <non> habeant hec sortilegia*). Perciò, ancora una volta la penitenza riguarderà l'intenzione. Occorre sottolineare con forza il richiamo all'elemento dell'*irregularitas* – nella forma *ex delicto* – in cui viene a trovarsi il soggetto responsabile della procurata morte del malato. Si tratta di un 'difetto' di natura giuridica³², che impedisce l'ingresso nell'ordine sacerdotale o il suo esercizio³³. Esso è indice non

est praesumendum fieri vt citius moriatur si huiusmodi transversiones fiant secundum sortilegium vetularum, sicut quando faciunt securim apponi ad caput morientis vel aliquid aliud friuolum, cum virtutem huiusmodi non habeant haec sortilegia. Agi tamen debet paenitentia de peccato» (*Summa Sancti Raymundi de Peniafort Barcinonensis Ord. Praedicatorum de poenitentia et matrimonio cum glossis Ioannis de Fribvrgo, Romae, 1603, p. 148a*).

³² G. TODESCHINI, *Francescani, minori, infami: i percorsi contraddittori dell'emanipazione*, in *Quaderni storici*, 126 (2007), p. 731 definisce l'*irregularitas* «una inaffidabilità giuridica estremamente sfumata», e precisa che «la parola *irregularis* designava, dunque, nel diritto canonico, le molteplici condizioni sociali, conformazioni del corpo o della mente, e identità culturali a causa delle quali non era consentito, prima di tutto, accedere al sacerdozio o allo stato monastico. Erano quindi irregolari i criminali o gli eretici (...) ed erano irregolari coloro che avevano gravi difetti fisici o mentali, i cosiddetti *furiosi* o *mentecapti*».

³³ In generale, sull'istituto dell'*irregularitas* cfr. R. PUZA, s.v. *Irregularität*, in *Lexicon des Mittelalters*, V, München-Zürich, 1991, coll. 663-664. Di rilievo anche la voce *Irrégularités* di G. OESTERLÉ, in *Dictionnaire de Droit Canonique*, 6, Paris, 1957, coll. 42b-66b. Qui l'A. – in aderenza agli studi pionieristici e fondamentali su questo tema del Gillmann – presenta lo sviluppo dell'istituto dell'*irregularitas* nella canonistica me-

soltanto della responsabilità morale di fronte a Dio, ma anche della responsabilità di fronte alla Chiesa ordinamento.

D'altra parte, benché sia chiara la colpevolezza del soggetto che intenda abbreviare la morte del malato è altrettanto evidente – per quanto non dichiarato – che tra le mura domestiche, per molte ragioni, si possa desiderare di anticipare la morte del malato privo di speranza di vita, senza che il fatto divenga di pubblico dominio. In poche parole, il fatto potrebbe restare confinato nella coscienza di chi si adopera affinché l'*aegrotus* «citius moriretur». Le asserzioni dottrinali, le pene dei confessori svolgono certamente la funzione di prevenzione e deterrenza ma, in ultima analisi, la questione riguarda l'intima relazione del singolo con Dio.

Similmente avviene quando sia il malato stesso a domandare un intervento medico, eseguito il quale egli muore (*Quid de custodientibus infirmos qui ad eorum petitionem uocauerunt flobothomatores qui eum flobothomauit et mortuus est*). Il criterio di giudizio tiene a riferimento di nuovo l'*intentio*. Si ha riguardo cioè al fine della richiesta, se sia cioè colpevolmente ed evidentemente finalizzata ad anticipare la morte (*euidens culpa vel negligentia sibi possit imputari ex qua appareat mors secuta*). In questo caso si incorre, come nei precedenti sopra esposti, in *irregularitas* (*tunc enim irregularis est*)³⁴. Giovanni di Friburgo, anche per questa circostanza, detta la disciplina da seguire³⁵; e Alberico ad essa si attiene senza null'altro aggiungere.

dioevale. Significativo quanto egli riferisce a proposito del canonista Rufino, il primo ad affrontare *ex professo* gli impedimenti derivanti dalla condizione di *irregularitas* (col. 44b): «impediente personae regularis minorem integritatem». L'integrità morale della persona è perciò il bene giuridico tutelato e richiesto dall'ordinamento canonico.

³⁴ Il testo in esteso alla precedente n. 27.

³⁵ GIOVANNI DI FRIBURGO, *Summa Confessorum*, li. II, tit. I, rub. 'De homicidio', q. 39: «Quid si infirmus sumat potum vel cibum infirmum ex certa scientia vel ex affectata vel improbabili ignorantia? Respon. secundum Inno. in glo. (Papa INNOCENZO IV, *Commentaria*, in X 5.12.19), ibidem videtur quod peccet quia facit contra caritatem qua tenetur corpus suum diligere vt Deo seruiat... Item non debet manus sibi iniicere. Posset tamen dici quod si non crederet mortiferum potum vel quicquid aliud, sed bene crederet infirmitatem magis roborari ex illo potu, quod hic non peccaret mortaliter vel ad minus non ita grauiter sicut superior. Potest enim hic fieri comparatio grauioris afflictionis qualis est afflictio febris. De seruatoribus autem et ministris dicendum

9. *'An infirmus peccet non obediendo medico': papa Innocenzo IV*

La trattazione a tutto tondo della relazione tra il medico e il malato *invitus*, è argomento battuto in dottrina per fare chiarezza non più sulla *voluntas* del malato in relazione alla capacità di esprimere validamente la *prohibitio* – come da tradizione – ma in relazione al fine cui essa tende. E si apre così il seguente interrogativo: il malato che non obbedisca al medico è in peccato³⁶? La risposta arriva immediata e chiara: non costituisce comportamento peccaminoso il non obbedire al medico, giacché questi non è prelado, né sussiste altro titolo di soggezione in capo al malato. In definitiva, non sussiste l'obbligo morale di obbedire al medico, semmai l'*infirmus* potrà a questi affidarsi come ci si affida al perito, al perito nell'arte medica. Proprio la valenza esclusivamente morale dell'argomentazione così presentata appare oltremodo interessante, giacché la risposta negativa configura la possibilità, per il malato, di non dar seguito alle prescrizioni mediche. A miglior chiarimento della questione, Alberico dà voce – come già prima di lui Giovanni di Fri-

videtur quod peccant si dant aliquod nociuum infirmo ex certa scientia vel <non> probabili ignorantia. In sanitate autem dicimus quod non tenetur aliquis viuere medicinaliter quia omnia sunt sana sanis. Sed et tunc si scienter accipiet causa aliquid nociuum vnde mors ei eueniret vel infirmitas que subtraheret eum a seruitio Dei dicimus quod peccaret. Omnia hec etiam Hostien. ponit in glos. (ENRICO DA SUSA, *Commentaria in X 5.12.19: Henrici de Segusio Cardinalis Hostiensis in Quintum Decretalium librum Commentaria*, Venetiis, 1581, ad, f. 49^{rb}, sub n. 6, 'Infirmus non obediens medico an peccet' et sub n. 7, 'Sanus an teneatur viuere medicinaliter') et concordat» (ed. Lugduni, 1518, f. 52^{rb}).

³⁶ ALBERICO DA ROSCIATE, *Dictionarium utriusque iuris*, s.v. *Medicus, Medicina*: «...An infirmus peccet non obediendo medico? Dicit Innoc. (Papa INNOCENZO IV, *Commentaria*, in X 5.12.19) quod non quia medicus non est praelatus nec homo cuius mandatis obediatur, tamen bonum est quod ei credatur vt perito in arte. Et vide supra, homicidium, VI, ca. fin. (*Dictionarium iuris*, s.v. *Homicidium*, VI, in fi.). Et si ipse infirmus scienter sumit cibum vel potum nociuum, peccat, quia tenetur secundum Deum corpus suum diligere. Potest tamen dici quod si non crederet mortiferum, licet crederet nociuum, non peccat mortaliter, vel saltem ita grauiter peccant etiam seruietes infirmis talia ministrantes in sanitate, etiam quando quis non tenetur viuere medicinaliter, si scienter sumeret aliquod nociuum vnde mors vel infirmitas sequeretur peccaret grauiter...» (ed. Venetiis, 1573, p. 458^b della ristampa).

burgo³⁷ – a papa Innocenzo IV, il quale se ne occupa a partire dal caso deciso dal predecessore, Innocenzo III, con la decretale 'Tua nos' (X 5.12.19)³⁸. Un monaco si improvvisa chirurgo per sanare una donna affetta da tumore. Dopo l'intervento, ordina alla donna di non esporsi al vento per evitare il pericolo di apertura della ferita. Costei non osserva la prescrizione, si reca a raccogliere la messe, la ferita si riapre e la donna muore per dissanguamento³⁹. La fattispecie, che la decretale risolve con riguardo alla responsabilità del monaco, dà invece spunto a Sinibaldo per trattare della mancata osservanza delle prescrizioni mediche. Seguono, nel testo innocenziano, una serie di distinzioni con riguardo all'assunzione, consapevolmente o non, di bevande nocive: altro è bere il veleno con l'intento di darsi la morte, altro è farlo senza conoscerne la pericolosità, con l'intento di ricevere un qualche beneficio, come per esempio per alleviare la sofferenza della sete, sofferenza

³⁷ Cfr. la precedente n. 35.

³⁸ Papa INNOCENZO IV, *Apparatus ad Liber Extra*, in X 5.12.19: «De infirmo autem videtur quod non peccat si non obediat medico, quia nec prelati est eius nec aliter tenetur sibi obedire. Tamen bonum est quod ei tamquam perito in arte credat. Et videtur quod infirmus, si sumat potum infirmum ex certa scientia vel ex affectata et probabili ignorantia vel quicquid aliud, quod peccat, quia facit contra charitatem quia debet corpus suum diligere ut in eo serviat deo. Item non debet ire post concupiscentias suas nec debet in carnis desideriis ambulare. Item non debet manus sibi iniicere. Item si medicus peccaret ista dando contra artem, multo fortius ipse accipiendo. Item si peccaret scienter accipiendo venenum, quare non eodem modo peccat accipiendo medicinam si eum occidat sicut venenum? Posset tamen dici quod si non crederet mortiferum potum vel quicquid aliud, sed bene crederet infirmitatem magis roborari ex illo potu, quod hic non peccaret mortaliter vel ad minus non ita graviter sicut superior. Potest enim hic fieri comparatio gravioris afflictionis qualis est afflictio sitis ad minus graue qualis est afflictio febris», *Sanctissimi in Christo Patris Do. Innocentii Papae IIII. Apparatus toto orbe celebrandus, super V Libris Decretalium et super Decretalibus per eum editis*, in X 5.12.19, Lugduni, 1540, f. 195vb (sub n. 4: 'An infirmus peccet si non obediat medico').

³⁹ X 5.12.19: «Tua nos... Tertio quaesivisti quod sit de quodam monacho sentiendum, qui, credens, se quandam mulierem a gutturis tumore curare, ut chirurgicus cum ferro tumorem illum aperuit, et, quum tumor aliquantulum resedisset, ipse mulieri praecepit, ne se vento exponeret ullo modo, ne forte ventus, subintrans gutturis apertionem, sibi causam mortem inferret; sed mulier, eius mandato contempto, dum messes colligeret, vento se exposuit incaute, et sic per apertionem gutturis sanguis multus effluxit, et mulier diem ultimum sic finivit...».

maggiore di quella procurata dalla febbre. Ciò che dunque deve essere scartato è il campo della procurata morte, certamente inaccettabile per il canonista. Non lascia indifferenti però la comparazione, invocata nelle argomentazioni innocenziane, tra i molteplici disagi legati alla malattia. La *comparatio gravioris afflictionis ad minus graue* legittima, sul piano morale, il desiderio del malato di sfuggire la sofferenza causata dalla malattia. Ma perché queste prime debolissime considerazioni, volte a dare rilievo alle pesanti condizioni di disagio in cui versa l'*infirmus*, possano vedere qualche sviluppo si dovrà attendere il secolo XVI.

10. *'Quod tangit personam vel libertatem vel vitam vel civitatem': Bartolo da Sassoferrato*

Intanto, sul fronte civilistico, prosegue l'interesse per la dimensione pubblicistica dell'intervento di terzo a favore di chi non voglia. I tempi tuttavia non sono ancora maturi per rompere il velo della dottrina della *negotiorum gestio* prestata *prohibente domino*, dietro cui si nasconde l'*aegrotus invitus*. E parimenti – per conseguenza – nel quadro generale dell'‘interest rei publicae’ di Cino e della ‘humanitatis ratio’ dell'*Arcidiaconus*, il medico resta ancora assente.

Anche Bartolo da Sassoferrato (aa. 1314-1357) si colloca in questa tradizione, tuttavia le argomentazioni da lui presentate sono destinate a lasciare il segno nella successiva dottrina di *ius commune*; la quale, per spiegare la questione della ripetibilità in giudizio delle spese da parte del medico che abbia curato chi non voleva essere sanato, allega pressoché costantemente il seguente passo bartoliano⁴⁰:

[*Dig.* 33.8.16]: Per hanc l. dico quod si fuit condemnatus aliquis in mille et si non solueret amputetur sibi pes vel manus vel aliud debet fieri in persona, modo aliquis amicus soluit condemnationem, animo repetendi. Iste dicit quod non vult reddere quia dicit ‘melius erat mihi quod pes amputaretur quam quod tanta pecunia solueretur’. Certe non potest dicere vt est tex. hic et gl. notabilis. Item si aliquis fuit condemnatus in centum et si non solueret esset exbannitus, si aliquis

⁴⁰ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Super secunda infortiati*, in *Dig.* 33.8.16, Lugduni, 1518, f. 89vb (sub n. 1).

soluit pro eo, non potest dicere quod non expediebat soluere quia potius expediebat exbannitum, vt hic. Iam vides quando fit transmutatio de vno dominio ad alium, non potest dicere non debuisti pro me soluere. Sic et vbi fit translatio de vna ciuitate in aliam, ille pro quo fit solutio ne fiat transmutatio de vna ciuitate in aliam, non potest dicere non potuisti soluere pro me. Et hoc no. generaliter pro omni eo quod tangit personam vel libertatem vel vitam vel ciuitatem quod ille pro quo soluitur non potest dicere non esse vtiliter gestum, vt hic, quod tene menti.

Quale *ratio* spingerà i *doctores* della prima modernità a legare questo testo alla disciplina del rifiuto delle cure? La domanda è legittima giacché la fattispecie considerata nel testo di partenza (*Dig.* 33.8.16) parla d'altro: riguarda il pagamento dell'importo della lite da parte del padrone a favore del servo condannato in giudizio, cifra che deve essere computata nel peculio legato al servo, successivamente manomesso con testamento⁴¹. E parla d'altro anche Bartolo che supera il dettaglio della fonte e riprende, nel suo commento, una casistica simile a quella a noi già nota attraverso la *quaestio* di Pillio e Azzone e i loro seguaci. Egli si interessa cioè del diritto del soggetto, intervenuto ad aiutare l'amico, di ripetere da questi quanto pagato al fine di evitargli un danno grave alla persona o al patrimonio. Ma il beneficiario non vuole restituire la somma pagata dall'amico, perché dichiara di preferire di sottostare alla pena del taglio del piede (o simili), fissata nel Digesto, piuttosto che sborsare la tanto ingente somma dovuta. Bartolo nega validità a questa asserzione e fissa il principio generale: ogni qualvolta si intervenga a tutela della persona fisica, della libertà, della vita o della comunità (*civitas*) il ricevente beneficia di una *gestio* utile (*non potest dicere non esse vtiliter gestum*). Perciò egli è tenuto a restituire all'amico, senza poter opporre la volontà contraria al risarcimento. La soluzione così prospettata non soltanto riecheggia la *quaestio* pilliana e azzoniana, impiantate sul soggetto che provvede a pagare il debito dell'amico, contro la volontà di quest'ultimo. Se si tenesse conto meramente di questo aspetto,

⁴¹ *Dig.* 33.8.16: «Stichus habet in peculio Pamphilum: hunc dominus noxali iudicio defendit et damnatus litis aestimationem solvit: deinde Stichum testamento manumisit eique peculium legavit: quaesitum est, an quod Pamphili nomine praestitum sit, ex peculio vel ipsius Pamphili vel Stichi deducendum sit...».

poco Bartolo avrebbe innovato. Il punto davvero interessante sta invece nell'aver egli individuato la *ratio* sottesa a questa disciplina: l'*utiliter gestum*, sempre ascrivibile a chi abbia evitato un grave danno alla persona o alle cose. Ciò che conta, per la valutazione dell'elemento dell'utilità non è l'arricchimento in denaro, ma lo scampato pericolo. Da qui scaturisce, in capo a chi ne sia autore, il diritto a essere risarcito. In questo modo implicitamente Bartolo fa compiere un passo in avanti alla possibilità di riconoscere nello stato di pericolo per l'integrità fisica della persona un vero e proprio istituto, capace di mettere in secondo piano la libera volontà soggettiva. Di rilievo poi è la citazione esplicita dell'*utiliter gestum* compiuto in favore della vita della persona: il riferimento chiaro al «quod tangit vitam», pronunciato da Bartolo, costituisce evidentemente la possibilità di tracciare il *trait d'union* con la condizione dell'*aegrotus invitus*, cioè a dire della persona in pericolo di vita. Decisivo – occorre sottolinearlo – è che l'*utiliter gestum* bartoliano non opera nel quadro della *negotiorum gestio*, come in passato, ma nel quadro dello stato di pericolo. Sempre a questo riguardo occorre osservare l'importanza della *sedes materiae* (Dig. 33.8.16) da cui queste considerazioni scaturiscono: non il rapporto di *negotiorum gestio*, secondo l'impostazione classica, ma il rapporto intercorrente tra padrone e servo: riaffiora forse la possibilità di inquadrare l'intervento a favore del terzo *invitus* sotto l'istituto della curatela, alla maniera del Revigny⁴². Ed è in ciò evidente che il giurista civilista irrobustisce l'apprezzamento giuridico coercitivo di quella particolare situazione che la canonistica inquadrava da sempre nell'ambito dell'obbligatorietà morale della correzione fraterna.

11. 'Interest rei publice homines viuentes conseruari': Baldo degli Ubaldi

Il quadro degli accadimenti storici occorsi intorno alla metà del secolo XIV sono sullo sfondo delle dottrine di cui ci stiamo occupando. Sotto l'incalzare della terribile epidemia di peste diffusasi tra il 1347 e

⁴² Cfr. il precedente § 4.

il 1351, rimasta nota come la peste nera del Trecento, è verosimile che la questione del rifiuto delle cure possa aver stimolato nuovi motivi di riflessione. «Prese corpo e si sviluppò nei vari stati dell'Italia settentrionale l'istituto della Sanità», destinato a svilupparsi a mezzo di molte Magistrature centrali e locali⁴³. I rimedi medici dovettero essere di fatto inutili e le forme di carità probabilmente si assottigliarono. Torna dunque di nuovo pressante il quesito: quale fu l'atteggiamento del potere pubblico di fronte a chi non volesse essere curato? Baldo degli Ubaldi, figlio di Francesco *magister* medico, impegnato nell'esegesi civilistica negli anni perugini tra il 1379 e il 1390, lui stesso costretto a trasferirsi da Padova a Piacenza a causa della peste⁴⁴, risponde esattamente a questo interrogativo e lo fa a partire dalla famigerata *sedes materiae* della *lex* 'Si quis nolente'. Così egli pone la questione⁴⁵:

[Cod. 2.18(19).24] Sed ponamus quidam alius amicus compater meus erat in periculo perdendi personam nisi pro eo soluerem certam summam. Solui eo vetante. Queritur: nunquid repetam? Respon. sic quia non minus interest Reipublicee homines uiuentes conseruari quam mortuos tumulari. Vnde dico quod est casus in ratione sui in d. § idem Labeo (*Dig.* 11.7.14.13). Praeterea etiam mea interest ratione amicitiae et coniunctionis...

Il *negotiorum gestor* della *lex* di partenza è indicato, da Baldo, in colui che paga una certa somma di denaro per evitare che l'amico perda la vita. Occorre subito sottolineare con forza che la ragione del rischio di morte, in questo passo, non è espressa. La malattia dunque è certamente inclusa in *periculo perdendi personam*. Segue la soluzione e il principio su cui essa è fondata: *non minus interest rei publicae homines viventes conseruari quam mortuos tumulari*. La ragione per la quale ammettere il diritto del gestore di ripetere in giudizio la somma pagata per evitare

⁴³ Cfr. C.M. CIPOLLA, *Contro un nemico invisibile. Epidemie e strutture sanitarie nell'Italia del Rinascimento*, Bologna, 1985, pp. 13-27.

⁴⁴ E. CORTESE, s.v. *Baldo degli Ubaldi*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (a cura di), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, cit., I, p. 149b, 150a.

⁴⁵ BALDO DEGLI UBALDI, *Commentaria*, in *Cod. 2.18(19).24: In primum secundum et tertium Cod. lib. Commentaria*, Venetiis, 1577, f. 153va (sub n. 7: 'Solutum pro amico meo, qui erat in periculo mortis, quid ualeat').

la morte dell'amico risponde certamente al senso di amicizia che lega i singoli. Ma risponde altresì a un interesse pubblico, cui corrisponde un dovere pubblico, come suggerisce l'interpretazione estensiva del passo del Digesto (*Dig.* 11.7.14.13) nel quale si ammette la sepoltura del defunto, nonostante il divieto frapposto dall'erede. Questo caso specifico già aveva determinato Accursio, in passato, a rilevare un'eccezione alla regola della *negotiorum gestio prohibente domino*⁴⁶. Ora però il medesimo caso risulta utilizzato specificatamente per la disciplina pubblicistica dello stato di necessità.

Non è la prima volta – lo sappiamo – che l'«*interest rei publicae*» compare nelle argomentazioni presentate dai giuristi per spiegare la *negotiorum gestio* prestata *prohibente domino*. Già Cino aveva affermato «*Reipublicae interest ne quis re sua male utatur*», e Bartolo aveva fatto luce sul «*quod tangit personam vel libertatem vel vitam vel ciuitatem*». Ma Baldo, in più rispetto ai predecessori completa questa rassegna argomentativa. Non soltanto il potere pubblico è responsabile di evitare che i morti restino senza sepoltura ma anche è responsabile di garantire ai cittadini la vita. In poche parole, non la cultura della morte ma la cultura della vita risulta essere il valore recepito e tutelato dalla *res publica*. Per questo Baldo – «uomo dei due mondi, la cui profondità religiosa genera una sensibilità estrema per i contrasti tra le due leggi, che trovano una spiegazione coerente solo nel sistema dell'*utrumque ius*»⁴⁷ – segna una tappa decisiva. Egli diviene frequente punto di riferimento nelle allegazioni dei giuristi successivi che accosteranno l'intervento del terzo in favore della vita delle persone all'intervento del medico in favore del malato che rifiuti la cura: un intervento legittimo, auspicabile e meritevole di tutela giudiziale.

⁴⁶ Cfr. *supra*, cap. II, § 2.

⁴⁷ Cfr. G. CHIODI, s.v. *Lo ius civile: glossatori e commentatori*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, Ottava Appendice, Roma, 2012, p. 12. La questione si inquadra nell'ambito generale della dottrina di *ius commune* sulla *necessitas*, «quale presupposto per l'esercizio di un potere da parte dell'autorità in presenza di situazioni eccezionali», cfr. R. BIANCHI RIVA, *Lo scandalo tra alto medioevo e prima età moderna. Itinerari tra dimensione giuridica, politica sociale*, Torino, 2022, p. 180 e bibl. *ivi cit.*

La dottrina di *ius commune* della prima modernità eredita dunque dal medioevo un lascito argomentativo sul rifiuto delle cure solido e gravido di ulteriori spunti di riflessione.

CAPITOLO QUINTO

HUMANITATIS RATIO: PER UNA CULTURA GIURIDICA DELLA VITA

SOMMARIO: 1. *Tra vecchie e nuove prospettive: Niccolò Tedeschi (Panormitano)*. 2. *Nuovi spunti interpretativi nel secolo XV*. 3. (segue) *'Quid si resistat qui damnatus est?'*. 4. *'Tempore necessitatis'*. 5. *Il singolo e il collegium*. 6. *'Correctio fraterna' e censura: Girolamo Cagnolo*. 7. *La crisi dell'interpretatio medioevale: Andrea Alciato*. 8. *Il problema dell'efficacia delle cure mediche e la 'riabilitazione' della volontà dell'aegrotus invitus*. 9. (segue) *'Sunt denique appetendae voluntariae mortis causae quas... honestae vitae reperit ratio'*. 10. *Verso i tempi nuovi della medicina legale*.

1. Tra vecchie e nuove prospettive: Niccolò Tedeschi (Panormitano)

A cavaliere tra il XIV e il XV secolo, vanno irrobustendosi i temi centrali ai quali la scuola del commento ha dato impulso innovatore: l'*utiliter gestum*, sempre riferibile all'azione di chi intervenga per evitare un grave pericolo all'integrità fisica della persona, nonostante il divieto ricevuto dal beneficiario, secondo la tesi di Bartolo; e l'interesse pubblico, sotteso alla medesima fattispecie, secondo la tesi di Baldo. Questi argomenti sono ora presentati unitamente alla questione del rifiuto delle cure, sono cioè utilizzati di proposito per fissare la disciplina dell'*aegrotus invitus*.

Nel quadro generale così tracciato, su cui si farà luce nelle pagine che seguono, spicca però – perché *diversa*, benché *non adversa* – la voce del Panormitano (aa. 1386-1445). Intanto, per via del genere letterario in cui compare il riferimento alle cure mediche: un *consilium* dato in materia di curatela, attraverso il quale si palesa come il nesso tra i due temi – cure mediche e curatela – già proposto per l'innanzi dal Revigny¹, faccia parte ora delle *rationes* di cui potersi avvalere per la prati-

¹ Cfr. *supra* cap. IV, § 4.

ca. Colpisce poi, nel passaggio del testo per noi interessante², lo sviluppo del procedimento dialettico: la disciplina prevista per il medico intervenuto a sanare l'*aegrotus invitus* è adoperata per risolvere il caso del curatore da istituire a favore del minore, nonostante la resistenza di quest'ultimo. Come si può osservare, la fattispecie medica è ordinata alla curatela e non viceversa, come invece nel Revigny. Tutto ciò appare non irrilevante. L'inversione logico-argomentativa è indicativa del fatto che le cure mediche prestate a chi non le voglia ricevono apprezzamento dottrinale primario, tanto da costituire fattispecie di riferimento per orientare l'*interpretatio* giuridica di ogni situazione nella quale si debba regolamentare lo stato di necessità. Quest'ultimo è citato esplicitamente dal Panormitano (*presumpsit enim curatorem sibi necessarium*) e rappresenta il *trait d'union* tra differenti casi particolari. Si accresce la convinzione che lo stato di necessità sia certamente sussistente – e perciò presumibile e presunto (*presumpsit enim curatorem sibi necessarium*) – nel caso di chi, sia esso il minore o il malato, resiste alla possibilità di essere liberato da un grave evento a suo danno (*presumitur non sane mentis sic resistendo*). D'altra parte, l'ulteriore presunzione dello stato di infermità mentale, connesso al rifiuto ingiustificato, non sembra semplicemente riproporre la vecchia tesi del glossatore ordinario del *Decreto* – che per primo l'aveva esposta e che il Panormitano puntualmente cita

² NICCOLÒ TEDESCHI (Panormitano), *Consilia*: «Ita statutum hoc casu voluit prouidere minori, presumpsit enim curatorem sibi necessarium... Et iudex ex officio debet prouidere minori... Preterea ex quo consanguinei presumunt mouere se bono zelo vt in iuribus proxime allegatis, postulant et iurant quod faciant bona fide et pro vtilitate minoris. Minor ipse contradicens est et videtur insanus moribus et dissensus suus non debet impedimentum prestare. Ad hoc no. glo. c.I, LXXXIII dist. (GIOVANNI TEUTONICO, gl. *Vel simile*, ad D.83 d.a.c.1) que notanter dicit quod si infirmus diues prohibet ne sibi dentur alique medicine, quod nihilominus, si medicus curat eum et dat sibi medicinas, potest postea repetere, non obstante l. fi., C. de nego. gest. [*Cod.* 2.18(19).24] quia presumitur non sane mentis sic resistendo. Vnde inuitum potest medicus curare. Ita concludo in presenti dubio quod seruata solemnitate statuti potest inuito per iudicem dari curator»: *Consiliorum Abbatis primum volumen*, cons. 91, Lugduni, 1500, f. 54va. L'edizione qui utilizzata riproduce l'*editio princeps* dei *Consilia* del Panormitano, comparsa a Ferrara nel 1475 ad opera di Ludovico Bolognini. Cfr. O. CONDORELLI, s.v. *Niccolò Tedeschi (Abbas Modernus, Panormitanus)*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (a cura di), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, II, Bologna, 2013, p. 1427b.

– ma di quella precisa la portata; e anzi, in certa misura ne costituisce il superamento. L'insanità di mente dell'*aegrotus invitus* non rileva soltanto al fine della dichiarazione di invalidità della *voluntas*, ma rileva anche al fine della prova dello stato di necessità in cui versa chi non voglia essere curato. Chiunque si opponga alla possibilità di liberarsi da grave condizione mostra di non saper badare a se stesso e legittima l'intervento del terzo a proprio favore. Con la conseguenza di favorire, il Panormitano, l'armonia interpretativa tra i canonisti – fortemente condizionati e vincolati dalla tesi di Giovanni Teutonico, cioè l'invalidità della *voluntas*, su cui anche san Tommaso si era espresso distintamente – e i civilisti propensi piuttosto a dare rilevanza giuridica allo stato di necessità.

Ma il maggior interesse dei *doctores* del secolo XV – come si diceva – è orientato verso altre considerazioni, ugualmente destinate a convergere sul tema della *necessitas* e altrettanto ugualmente orientate a ricomporre la spaccatura della dottrina di *ius commune*, per il caso degli 'ultimi termini naturales'.

2. Nuovi spunti interpretativi nel secolo XV

Va celermente rafforzandosi l'interesse dei *doctores* a ricondurre la questione delle cure mediche prestate a favore dell'*aegrotus invitus* sotto la riflessione ampia e generale dell'interesse pubblico. Il primo passo verso questa meta è rappresentato dall'elaborazione del collegamento ermeneutico tra le disposizioni fissate nella *lex* 'Si quis nolente' per la *negotiorum gestio* gerita *prohibente domino* [Cod. 2.18(19).24] e il passo bartoliano di commento alla legge 'Stichus' del Digesto (Dig. 33.8.16), nel quale Bartolo elabora il principio secondo cui il divieto rivolto al terzo di intervenire a proprio favore è invalido, qualora si presenti una situazione di pericolo grave per la persona o per i beni di chi rifiuta³. Questa tesi – imperniata sull'*utiliter gestum* sempre ravvisabile, non suscettibile di contestazione, nella fattispecie bartoliana – fa scuola e diviene *ratio* condivisa in dottrina. Se ne hanno esempi significativi

³ Cfr., nel precedente capitolo, il § 10.

con Bartolomeo da Saliceto (†1411)⁴ e Paolo di Castro (aa. 1360/62-1441)⁵.

A ripartire da qui, durante la prima metà del secolo XV si approda a una prospettiva nuova nell'affrontare il problema dell'*aegrotus invitus*. Ciò è provato dagli scritti di Andrea Barbazza (aa. 1410ca.-1479) e di Alessandro Tartagni (aa. 1423/1424?-1477), giuristi che – come è stato osservato⁶ – si fanno apprezzare più per l'attività di pratici che per la speculazione dottrinale: un fatto importante perché evidenzia – occorre sottolinearlo – la tendenza, più sopra rilevata anche nel Panormitano, a studiare la questione dell'*aegrotus invitus* nella dimensione concreta e incarnata. All'atto pratico, l'inquadramento del rifiuto delle cure nella categoria giuridica della *negotiorum gestio* genera forti difficoltà, soprattutto in relazione all'obbligo dell'intervento medico cui la canonistica, peraltro, per i fini suoi, non può rinunciare. E poi per via dell'impossibilità di ricomporre i diversi schieramenti dottrinali civilistici an-

⁴ Bartolomeo da Saliceto, nel commentario al secondo libro del Codice [composto tra il 1373 e il 1382, cfr. G. SPECIALE, s.v. *Bartolomeo da Saliceto*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (a cura di), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, I, Bologna, 2013, p. 186b], dopo aver ribadito il principio secondo cui *locupletari cum aliena iactura nemo licet*, a proposito della *lex* 'Si quis nolente', precisa quanto segue [*Cod.* 2.18(19).24]: «Quero ab extra est vnus condemnatus infra tres menses soluere centum alias ei amputetur manus. Et cum amicus pro eo soluere velit, ipse contradixit. Huius contradictione non obstante, amicus soluit. Sed postea ab eo vult repetere. Et dubitatur an possit. Et videtur quod non per leges hic alle. in gl. Tamen veritas est in contrarium quia sicut expensa in funerando repetitur..., et hoc quia reip. interest ne corpora humana sint inseputa..., sic interest reipu. ne volentes pereant in totum vel in parte...» (*Bartolomaei de Saliceto ad I II III et IIII lib. Codicis Commentarii*, Lugduni, 1560, f.119va, sub n. 2: 'Locupletari cum aliena iactura nemo licet').

⁵ PAOLO DI CASTRO, *In primam Codicis partem*, in *Auth.* 'Si captivi' post *Cod.* 1.3.48 ex *Nov.* 115 c.3, Lugduni, 1546, f. 20va, sub n. 4: 'Si aliquis est in carceribus et negligitur ab omnibus redimi et periculum sit quod ibi moriatur potest aliquis amicus suus vendere bona illius vel pignorare si non habet a se pecuniam et tenetur ille ratam habere venditionem etiam si talis positus in carceribus contradicat volens potius ibi stare'.

⁶ Sul punto cfr. per Andrea Barbazza F. LIOTTA, s.v. *Barbazza, Andrea*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, VI, Roma, 1964, p. 147b; per Alessandro Tartagni, A. PADOVANI, s.v. *Tartagni, Alessandro*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (a cura di), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, cit., I, p. 1944a.

cora sostanzialmente divisi, in pieno Quattrocento, tra *doctores indulgentes* e non⁷. Perciò il Barbazza e il Tartagni, nella competizione che generalmente li vede avversari⁸, con riguardo all'*aegrotus inuitus* seguono la medesima impostazione. Per quanto si possa dire del Barbazza che «la sua vastissima erudizione e la conoscenza precisa della legislazione e della letteratura giuridica (tuttavia) non ebbero, sul piano teorico, quella forza di sintesi e quel superamento dottrinale che avrebbero fatto del B. una voce originale nella scienza giuridica del sec. XV»⁹; e per quanto, nel Tartagni, spicchi la propensione a «fare valere, nella professione legale, il peso delle *communes opiniones*»¹⁰, essi finiscono per compiere il passo decisivo nell'inquadramento della soluzione civilistica del rifiuto delle cure: entrambi si servono della riflessione di natura pubblicistica messa a punto in seno alla scuola del commento, circa lo stato di pericolo cui consegue lo stato di necessità, per fornire la disciplina del caso dell'*aegrotus inuitus*. Tutto ciò a dimostrazione della nuova dimensione del giuridico che nella prima modernità passa non tanto attraverso la pura speculazione dottrinale di stampo esegetico, ma attraverso il processo di consolidamento dello *ius commune* per il quale il giurista dotto – persuaso a farsi *activus*, nel senso ormai umanistico del termine – seleziona, accosta, separa. Così facendo, sistematizza e dunque crea.

3. (segue) 'Quid si resistat qui damnatus est?'

Il Barbazza, in particolare, attrae massimamente il nostro interesse giacché fa appello allo stato di pericolo per risolvere la *vexata quaestio* dell'*aegrotus inuitus*: «pone quod medicus curavit aliquem inuitum, an possit petere sibi solui». Insolita è la *sedes materiae*: il titolo 'De solutionibus' del *Liber Extra* (X 3.23)¹¹, fonte che egli ben conosce per

⁷ Cfr. *supra*, cap. II, § 1.

⁸ Cfr. F. LIOTTA, s.v. *Barbazza, Andrea*, cit., p. 147a.

⁹ *Ibid.*, p. 147b.

¹⁰ Così A. PADOVANI, s.v. *Tartagni, Alessandro*, cit., p. 1944a.

¹¹ ANDREA BARBAZZA, *Commentaria*, in X 3.23: «Quid si ego solui pro alio prohibente? Certum est quod ego repetere non possum, l. Si pro te, ff. mandati (*Dig.*

aver a essa dedicato specifica *disputatio* ai tempi del suo studentato¹². Il canonista Barbazza rinvia a Bartolo e a Baldo nel richiamare le situazioni in cui, contrariamente a quanto fissato nella legge ‘Si quis nolente’, si deve ammettere l’azione in giudizio a favore del gerente, *prohibente domino*. Lo stato di pericolo evidenziato da Bartolo e l’interesse della *res publica* a che i morti siano seppelliti e i vivi restino in vita – secondo il principio baldesco – costituiscono le *rationes* legittimanti la tutela giudiziale. Si noti che, a ulteriore sostegno di questa tesi, fa buon gioco al Barbazza la voce di Giovanni d’Andrea (aa. 1271ca.-1348), il quale aveva ragionato sullo stato di necessità, a partire da tutt’altro fronte¹³. A partire cioè dal tema della competenza del giudice ecclesiastico,

17.1.40), l. fi., C. de neg. gest. [Cod. 2.18(19).24], no. in l. Soluendo, ff. eo. [ACCURSIO, gl. Nota ad Dig. 3.5.38(39)]. Sed pone quod medicus curavit aliquem inuitum, an possit petere sibi solui. Glo. singularis et vnica in c. Prouidendum, XCII (rect. LXXXIII) dist. (GIOVANNI TEUTONICO, gl. *Vel simile*, ad D.83 d.a.c.1) tenet quod sic. Et intellige eam etiam si eger decessit, arg. l. Si necessitas (rect. Si necessarias), ff. de pigno. actio (Dig. 13.7.8) et l. Sed an vltra (rect. Sed an ultro), ff. de neg. gest. [Dig. 3.5.9(10)]. Et adde elegantem glo. in l. Stichus, ff. de pec. le. (BARTOLO DA SASSOFERRATO, gl. in Dig. 33.8.16). Et ibi Bar. per illam glo. dicit damnatus fuit aliquis ad mille et si non solueret ad penam pedis, modo amicus illius soluit illam pecuniam animo repetendi. Sed iste non vult soluere, sed dicit melius erat ei quod pes fuisset sibi amputatus quam tantam pecuniam solueret. Certe hoc dicere non potest per illum tex. et glo. illam. Vide Bal. in c. fi., C. de nego. gest. [BALDO DEGLI UBALDI, gl. in Cod. 2.18(19).24] dicentem: pone quod aliquis amicus meus est in periculo perdendi personam nisi pro eo solueret certam summam. Solui eo vetante. An possim repetere dicit quod sic quia non minus interest reipublice homines viuentes conseruare quam mortuos tumulari. Facit quod habetur in l. Non tantum, ff. de appel. (Dig. 49.1.6), l. I et II, ff. de liberali causa (Dig. 40.12.1 et 2)» (Andree Barbatie Sicculi I. V. interpretis consumatissimi in tertium decretalium preclarissima commentaria, Venetiis, 1511, f. 73va-b, sub nn. 10-13).

¹² G.G. MELLUSI, s.v. *Barbazza, Andrea*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (a cura di), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, cit., I, p. 165b: «già nel 1437 (B.) sostenne da studente una pubblica *disputatio* sul capitolo *Is qui* delle Decretali (X. 3,23,4)».

¹³ GIOVANNI D’ANDREA, *Commentaria in Sextum*, in VI 2.2.3, sub n. 1: «...Disputatum fuit hic an non obligatus qui captum pro debito liberat inuitum soluendo tamen animo repetendi. Nec ob. l. Is qui amicitia, ff. de neg. gest. [Dig. 3.5.43(44)]. An repetat et soluit disputans quod licet communis opin. habeat quod non per l. vlt., C. de neg. gest. [Cod. 2.18(19).24], ipse putat eum de aequitate teneri, et loquitur in eo qui gessit negocium voluntarium, sed istud erat necessarium. Per hoc puto eum intellexisse

ribadita da papa Bonifacio VIII (VI 2.2.3), laddove vi sia stata la rottura ingiustificata del giuramento con il quale un laico si obbliga a rimettere la somma di denaro pagata a suo favore da un chierico fideiussore. Il caso – come riferisce lo stesso Giovanni – aveva dato luogo a controversia per stabilire se il soggetto non giuridicamente obbligato che abbia pagato il debito altrui possa agire in giudizio per ottenere la restituzione della somma sborsata. La *communis opinio* – prosegue ancora il Nostro – propende per la negativa, sulla base della famigerata *lex* ‘Si quis nolente’. Ma Giovanni si oppone alla tesi maggioritaria e ripresenta a titolo personale la vecchia interpretazione equitativa, quella avanzata a suo tempo dai *doctores indulgentes*¹⁴, con la differenza però che a escludere, per il caso di specie, quella *lex* ora è lo stato di necessità. L’intervento del *non obligatus*, cioè a dire del *negotiorum gestor*, non è qui semplicemente volontario, ma è necessario: «deficiebat omnis spes liberationis nisi per solutionem». Questa allegazione pesa, per così dire, due volte nell’esposizione del Barbazza: intanto per la particolare autorevolezza di Giovanni d’Andrea nel panorama dottrinale dello *ius commune*; e poi per l’appartenenza di Giovanni alla schiera dei canonisti con i quali urge – ancora nel secolo XV – ricomporre l’unità. Perciò subito, senza interporre altro, il Barbazza si affretta a trarre da tutto ciò le conclusioni con riferimento alle cure mediche. La medesima ragione (*eadem ratione*) per la quale si deve attribuire la tutela equitativa al *negotiorum gestor* intervenuto per stato di necessità a favore di chi non voglia deve essere tenuta a riferimento per l’*aegrotus invitus*: «Item fallit [Cod. 2.18(19).24.] eadem ratione in medico impendente pro sanando infirmum contra prohibitionem eius».

Con andamento argomentativo assai simile, anche Alessandro Tartagni (aa. 1424-1477), del quale «non risulta (...) abbia mai insegnato diritto canonico»¹⁵, presenta una lezione del tutto parallela e congruente con le argomentazioni del Barbazza¹⁶. In buona sostanza, lo stato di ne-

quando deficiebat omnis spes liberationis nisi per solutionem» (*In Sextum Decretalium librum Novella Commentaria*, Venetiis, 1581, f. 65^{ra}, rist. Goldbach, 1997).

¹⁴ Cfr. il precedente cap. II, § 1.

¹⁵ Cfr. A. PADOVANI, s.v. *Tartagni, Alessandro*, cit., p. 1943b.

¹⁶ ALESSANDRO TARTAGNI, *Commentaria*, in *Cod. 2.18(19).24*: «Prohibitio domini tollit nego. gest. actionem in his que post prohibitionem geruntur... Et sic regula huius

cessità diviene dominante nella rappresentazione di quello che ora si appresta a essere inteso come l'istituto del rifiuto delle cure. Non si tratta meramente di indicare una eccezione alla disciplina della *negotiorum gestio*. Si individua invece il bene giuridico, la vita del *civis*, introdotto di una *ratio* giuridica tipica perché esclusiva ed escludente la disciplina generale della *negotiorum gestio*: «regula huius l. [Cod. 2.18(19).24] fallit». L'interesse della *res publica* a che i cittadini vivano risponde all'esigenza di tutelare il *civis* piuttosto che la libera *voluntas* individuale. Si fa strada dunque un mutamento importante di prospettiva: si ha riguardo cioè – nella disciplina del rifiuto delle cure mediche – non tanto per il soggetto *uti singulus*, quanto per il cittadino, cioè a dire la persona nella dimensione comunitaria, *uti socius* di cui l'ordinamento si prende cura.

4. 'Tempore necessitatis'

All'incirca nello stesso giro di anni, vale a dire verso la metà del secolo XV, il panorama interpretativo finora studiato risulta pronto per essere diffuso come dottrina di *ius commune*. Ne è prova l'*interpretatio* circolante nell'ambiente della Scuola di Salamanca che trova nel commentario al *Decretum* di Juan de Torquemada (aa. 1388-1468) un con-

l. [Cod. 2.18(19).24] fallit in eo qui soluit pro redemptione personae alicuius contra prohibitionem eius, quia non minus interest reipub. homines viuentes conseruari quam mortuos cumulari (*rect. tumulari*), ar. l. Cum ratio, ante fi., ff. de bo. dam. (*Dig.* 48.20.7.5), secundum Bal. [BALDO DEGLI UBALDI, gl. in *Cod.* 2.18(19).24], Sal. hic [BARTOLOMEO DA SALICETO, gl. in *Cod.* 2.18(19).24]. Et fuit dictum Io. An. in c. Cum clericus, de foro compe., in VI (GIOVANNI D'ANDREA, *Commentaria in Sextum*, in VI 2.2.3), bene facit quod sing. no. Bar. in l. Stichus, in prin., ff. de pec. leg. (BARTOLO DA SASSOFERRATO, gl. in *Dig.* 33.8.16). Item fallit eadem ratione in medico impendente pro sanando infirmum contra prohibitionem eius, vt est gl. valde no. LXXXIII di., in summa (GIOVANNI TEUTONICO, gl. *Vel simile*, ad D.83 d.a.c.1), alias est in c.I (D.83 c.1) et Spe. in ti. de salariis, § fi., ver. 'quid si infirmus (GUGLIELMO DURANTE, *Speculum iuris*, l. I, p. IV, § 4, *De salariis medicorum et aliorum*, sub n. 2)» (*In Primam et II Codicis Partem Commentaria*, Venetiis, 1570, ff. 54vb-55ra, sub n. 6: 'Actio neg. gest. non tollitur prohibitionem quando gestor impendit pro sepelien. cadauera mortuorum'; et sub n. 7: 'Actio ista non tollitur prohibitionem in eo qui soluit pro redemptione captiuorum').

tributo peculiare. Sembra da attenuare il giudizio che presenta questo insigne canonista come collettore della dottrina di *ius commune*, non eccellente per novità interpretativa. Di certo l'imponente commentario non fu trascurato: «fu presente nelle biblioteche di papi e cardinali di curia, nonché nella biblioteca della Minerva, in cui probabilmente dopo la morte del Torquemada confluì la più parte dei suoi libri»¹⁷. Vi sono passaggi della sua trattazione sul rifiuto delle cure sui quali merita senz'altro di intrattenersi per evidenziarne la perspicacia. L'abilità dell'Autore nel riferire la dottrina classica, attraverso il metodo scolastico della Scuola di appartenenza, frutta l'apprezzabile risultato di mettere a punto un quadro giuridico finale in cui l'intera *traditio* trova sistemazione armonica. Si può affermare, anticipando la conclusione, che egli riesca a esporre in forma unitaria e congruente le vecchie tesi dei primi decretisti – volte a dichiarare l'*aegrotus invitus* incapace di intendere e di volere – e le tesi recenti sullo stato di necessità che forniscono il punto di incontro degli ambienti giuridici civilistici e canonistici. A dimostrazione di ciò occorre evidenziare alcuni tratti della lunga *quaestio* dedicata dal Torquemada alle cure mediche prestate all'*aegrotus invitus*, a partire dal commento apposto alla D.83 d.a.c.1 del *Decretum* graziano. Il punto centrale scaturisce dal seguente quesito: si deve ritenere reo di omicidio il medico che non abbia prestato la sua opera al malato contrario alle cure perché non intenzionato a pagare, allorché questi sia poi deceduto¹⁸? La domanda ripropone evidentemente una questione per così dire classica: la D.83 del *Decretum* – come sappiamo – ritiene responsabile di omicidio chi, potendo, non intervenga a impedire la morte altrui. In questo canone graziano si fissa la dottrina canonistica destinata a essere accolta in modo incontrastato, sempre in ambito canonistico,

¹⁷ D. QUAGLIONI, *La congiura dei canonisti. Coniuratio e conspiratio nel commento al Decretum di Juan de Torquemada (1457)*, in M. CHIABÒ et alii (a cura di), *Congiure e conflitti. L'affermazione della signoria pontificia su Roma nel Rinascimento: politica, economia e cultura. Atti del Convegno Internazionale, Roma, 3-5 dicembre 2013*, Roma, 2014, p. 25, ora in *Scritti*, scelti e raccolti da L. BIANCHIN, G. MARCHETTO, C. NATALINI, C. ZENDRI, II, Foligno (Pg), 2022, p. 1131 (ivi bibl.).

¹⁸ IOHANNIS A TURRECREMATA, *In Gratiani Decretorum primam doctissimi commentarii*, I, Venetiis, 1578, f. 543ra, in D.83 d.a.c.1, sub n. 9: «Tertium est vtrum medicus recusans curare infirmum sit reus homicidii, si infirmus moriatur».

come dimostrato già a partire dalla voce ‘homicidium’ del *Dictionarium* di Alberico da Rosciate¹⁹. Tuttavia, non pare al Torquemada fuor di luogo il riproporla, nel panorama generale dello *ius commune*.

Come c’è da attendersi da un esponente della cosiddetta Seconda Scolastica, l’impianto dialettico è quello tomista. Attira perciò l’attenzione innanzitutto la presentazione *per quaestionem*, attraverso la quale sono riproposte le argomentazioni – spese ‘pro’ dal Torquemada – risalenti ai tempi antichi della scuola dei decretisti. Egli attinge al passato, da Ugucione da Pisa a Giovanni Teutonico, per ridare impulso al principio secondo cui nessuno è obbligato a fare elemosina; e al principio secondo cui è giusto pagare la mercede al medico²⁰. Ma soprattutto, di

¹⁹ ALBERICO DA ROSCIATE, *Dictionarium utriusque iuris*, s.v. *Homicidium*: «Homicidium proprie sumpto vocabulo secundum leges est cum homo ceditur siue occiditur, quia a cede derivatur... Sed dominus omnem iniquum modum ad nocendum fratri dicit homicidium, de poe., di. I, c. homicidium (D.I c.28de poen.). Item dicitur homicidium quando quis dat concilium ad occidendum, vel cum potuit liberare a morte et non liberauit, extra, de homi., Sicut dignum (X 5.12.6)...» (*Alberici de Rosate bergomensis ivrisconsulti celeberrimi Dictionarium Iuris tam Ciuilis quam Canonici*, Venetiis, 1573, rist. Torino, 1971, p. 320b). Alberico fissa la lezione canonistica in tema di omicidio. Diversamente la questione rileva sul piano dello *ius civile*. La dottrina civilistica medioevale riconosce responsabile penalmente di omicidio – per non aver impedito che altri commettesse omicidio – solamente il soggetto avente una *potestas* sul colpevole. Una sintesi della questione è offerta dalla glossa accursiana, [Dig. 50.17.50] ad vv. *Culpa caret*: «Causa ponitur vt supra, de noxa., l. In omnibus et l. In delictis, in princ. (Dig. 9.4.3 et 4pr). Alias, si prohibere potest, non tantum non caret culpa sed et ipse fecisse videtur, vt supra, de his qui no. infam., l. Quid ergo, § I. (Dig. 3.2.13pr). Sed quid si possum prohibere Titium iniuriari Sempronio, an debeam iuuare? Respon. secundum cano. sic, verbis interponendo me honesto modo, vt in c. Negligere (C.2 q.7 c.55). Sed secundum leges non nisi in his quos habeo corrigere, vt in premissis scilicet seruis et filiis et in similibus, quia serui dominum debent iuuare si sunt sub eodem tecto, vt C. de his quib. vt indi., l. fina. (Cod. 6.35.12)» (ed. Augustae Taurinorm 1576, col. 1706).

²⁰ IOHANNIS A TURRECREMATA, *In Gratiani Decretorum...*, in D.83 d.a.c.1, sub n. 9: «Ad tertium sic proceditur. Et videtur quod medicus recusans curare infirmum quia non datur sibi pretium non sit reus homicidii si infirmus moritur. Primo sic. Nemo inuitus cogitur de suo facere beneficium, ar. 10, q. e., Praecarie (C.10 q.2 c.4). Ergo, cum non teneatur medicus propriis sumptibus curare infirmum, non tenebitur eum curare sine pretio. Et per consequens non erit reus homicidij, si infirmus moriatur. Secundo sic. Quod iniuste negatur alicui, iuste petitur ab eo, sed secundum Augus. ad Macedonia-

rilievo risulta la *solutio* della *quaestio* decisa con l'imposizione dell'intervento medicale sull'*aegrotus invitus*, al fine di escludere l'accusa di omicidio²¹. La ragione di fondo è data dallo stato di necessità in cui versa il malato. Ed è qui che la *traditio* interpretativa si congiunge alle esigenze del presente e si rinnova. La riflessione sulla *necessitas* ricorre più volte, nel testo del Torquemada: innanzitutto per esporre il principio dell'*ordo charitatis*²², poi per fissare i contenuti del ben operare²³ e per inquadrare sotto la categoria dello *ius naturale* la dispensa di beni materiali e spirituali²⁴. Infine, per fissare la regola generale: in caso di neces-

num, et habetur 14, q. 5, c. Non sane (C.14 q.5 c.15). Merces iniuste negatur medico cum sit debita ei. Ergo iuste petitur ab ipso medico, ergo non tenetur sine mercede impendere curationis beneficia infirmo cuicumque, maxime habenti vnde soluere. Tertio sic. Contingit quandoque infirmum nolle vt medicus curam gerat de eo et protestatur quod nihil vult dare sibi, nec vult obligari ad dandum ei. Ergo si talis medicus curare recusauerit, et moriatur, non videtur quod medicus sit in culpa aliqua, cum beneficium non sit praestandum inuito» (ed. Venetiis, 1578, f. 544ra).

²¹ *Ibid.*: «Secunda conclusi. Medicus curare recusans infirmum prefata necessitate laborantem est reus homicidii. Patet ista conclusio. Primo ex c. praesenti, secundo ex c. Pasce, infra, di. 86, vbi dicit Ambrosius lib. de offic. (D.86 c.21) 'Pasce fame morientem'. Quisquis enim pascendo hominem seruare poteris, si non paueris occidisti».

²² *Ibid.*: «In oppositum videtur tex. praesentis c. cum gl. (D.83 d.a.c.1; GIOVANNI TEUTONICO, gl. *Vel simile*, ad D.83 d.a.c.1). Respondeo dicendum sub duabus conclusionibus. Prima est: medicus requisitus curare infirmum existentem in tali necessitatis articulo quod moritur nisi curetur a medico, tenetur illum curare, si potest, etiam nullo dato praetio. Patet ista conclusio quoniam ex ordine charitatis plus debet valere apud medicum vita infirmantis quam propria pecunia, vt 86 dist., Non satis (D.86 c.14)».

²³ *Ibid.*: «Ad dilectionem autem proximi pertinet vt proximo non solum velimus bonum sed etiam operemur secundum illud, prima Io. 13 (1Gv 3,18). Non diligamus nec verbo nec lingua sed opere et veritate. Ad hoc autem quod velimus et operemur bonum alicuius requiritur quod necessitati eius subueniamus. Ergo medicus ex necessitate praeccepti tenetur subuenire necessitati praefatae infirmitatis sicut dicit Hug. (UGUCCIONE DA PISA, gl. *Id est*, in D.83 d.a.c.1) et glo. (GIOVANNI TEUTONICO, gl. *Vel simile*, ad D.83 d.a.c.1)».

²⁴ *Ibid.*: «Istis habitis, dicendum est ad rationes. Ad primam respondetur quod licet regulariter assumptum sit verum, tamen tempore necessitatis supradictae cogitur beneficium curationis infirmanti impendere ex iure naturali quo beneficia spiritualia et temporalia sunt communia et ex ordine charitatis, sine qua nec sibi nec alijs potest esse salus».

sità, il medico è tenuto a curare l'*aegrotus invitus*. Potrà poi agire in giudizio per recuperare le spese sostenute²⁵. «Tempore necessitatis», «in necessitatis articulo» sono le locuzioni intorno a cui il Torquemada fa confluire le vecchie tesi. Le argomentazioni certamente già note e provenienti dall'ambiente bolognese trovano, in questo modo, sistemazione dogmatica. Esse tengono dietro all'esigenza di costruzione architettonica del diritto, secondo l'*idem sentire* che include la Scuola di Salamanca tra le correnti umanistiche del tempo. Ciò risulta evidente soprattutto nell'aver il Torquemada inquadrato l'intera questione degli 'ultimi termini naturales' nella categoria logico-giuridica dello *ius naturale*. In questa operazione ermeneutica si scorge il tentativo di recepire sul piano alto dei diritti fondamentali ciò che la civilistica va elaborando con riferimento alla *res publica*. La forza cogente del diritto naturale della prima età moderna emerge a tutto tondo, con la conseguenza non trascurabile di vedere tracciati i confini del sistema giuridico entro cui collocare la questione del rifiuto delle cure.

²⁵ *Ibid.*: «Ad secundam est eadem responsio. Licet enim merces debeatur medico et iuste petatur ab eo, nihilominus tempore necessitatis praefatae, etiam nullo dato aut praemisso pretio, debet curare infirmum cum requisitus est, si potest. Potest autem, si infirmus conualuerit, repetere expensas, vt inquit gl. (GIOVANNI TEUTONICO, gl. *Vel simile*, in D.83 d.a.c.1) et Hu. (UGUCCIONE DA PISA, gl. *Id est*, in D.83 d.a.c.1). Quando viriliter (*rect. vtiliter*) gessit eius negotium, ff. de nego. gest., l. Pompeius [*rect. Pomponius, Dig. 3.5.8(9)*]. Et si moriatur eger, potest petere impensas, licet euentus non sit secutus, vt ff. e., l. Sed an vltro [*Dig. 3.5.9(10)*]... Ad tertiam respondetur quod non obstantibus verbis illis infirmantis, medicus, sicut diximus, tenetur beneficium impendere curationis. Et quando dicitur quod inuito non est beneficium praestandum, dicendum quod falsum est, imo multa beneficia impenduntur inuitis corporaliter et spiritualiter. Violenter enim Angeli extraxerunt Loth et totam eius familiam de subuersione Sodomorum ne ipsi simul cum illis perirent, vt scribitur Gen., 19 (Genesi 19). Et Augus. dicit ad Bonifacium quod furenti frenetico et indisciplinato filio salubriter medicus et pater beneficia praestant eis inuitis. Medicus, illum ligando, ad hoc 23, q. 4, Ipsa pietas (C.23 q.4 c.24). Multa enim bona praestantur inuitis, vt dis. 45 et ca. Qui emendat (D.45 c.11). Etiam dictum est vnde patet quod in necessitatis articulo tenetur medicus pauperi infirmo, eo inuito, medicinam exhibere et eum curare, si potest...».

5. Il singolo e il collegium

Tra Quattro e Cinquecento si ripete il *cliché* ormai messo a punto in dottrina, come sopra esposto. Il tema delle cure prestate a chi non le vuole è punto di riferimento argomentativo per dipanare la questione dell'intervento di terzo avvenuto per stato di necessità, contro la volontà del beneficiario. La *ratio* invocata è sempre quella di origine baldesca dell'interesse pubblico. Così Felino Sandeo (aa. 1444-1503) e Filippo Decio (aa. 1454-1535) contribuiscono a diffondere questa impostazione, ciascuno con qualche elemento di singolarità; ma entrambi pressoché interessati ad arricchire la trattazione dell'*aegrotus invitus* con la legislazione decretalistica dettata per lo stato di necessità; e per mettere al servizio della civilistica il principio canonistico della *ratio humanitatis*.

Così il Sandeo si serve della disciplina giuridica messa a punto per l'*aegrotus invitus* al fine di spiegare le disposizioni della decretale (X 5.39.36) con la quale papa Innocenzo III, dopo aver proibito ai chierici di sottoporsi a fustigazione volontaria, spinti dal desiderio di espiare le offese perpetrate a danno di altri, infligge la scomunica ai trasgressori. Il nesso che lega le fattispecie in questione al nostro tema deve essere attentamente ricostruito²⁶. Posto che «*nemo est dominum membrorum suorum*», diviene irrinunciabile il privilegio secondo cui la *manus iniectio* inferta a danno del chierico è da considerare sempre *iniuriosa*. Ma c'è una *ratio* ulteriore, centrale nel testo della decretale innocenziana, cui il Sandeo si appunta nelle prime battute del proprio argomentare e a cui poi aggiunge la riflessione sull'*aegrotus invitus*²⁷. I divieti e la

²⁶ FELINO SANDEO, *Commentaria*, ad X 5.39.36: «...Nota ibi fauore ordinis clericalis quod ubi priuilegium est concessum principaliter in fauorem alicuius collegii et secundario alicui priuilegio de ipso collegio non potest ille singularis de collegio renunciare illi priuilegio...» (*Commentariorum Felini Sandei Ferrariensis in Decretalvm Libros V*, Basileae, 1567, col. 1207). E ancora: «Et per hoc infertur quod clericus percuciens seipsum est excommunicatus, intellige de tali percussione da qua in isto text. uidelicet temerarie, melius bestialiter. Ratio: quia non potest renunciare priuilegio. Ita dicunt Doctores ex illa ratione quia nemo est dominus membrorum suorum...» (*ibid.*, sub n. 1).

²⁷ *Ibid.*: «Tamen si contra ius, si in causa criminali quis soluat pro condemnato potest agere contra ipsum licet ipse prohibuerit. Et hoc dictum sequitur Imo. in c. Lator,

pena della scomunica imposti nel testo di partenza rispondono all'esigenza di tutelare non l'ordinato chierico (*non tam in favorem clerici ordinati*), ma l'ordine clericale (*quam in favorem ordinis clericalis*)²⁸. In ciò si scorge la ragione di natura pubblicistica da cui discende che la volontà individuale – la volontaria sottoposizione a una penitenza ingiuriosa come la fustigazione – sia priva di validità e anzi, debba essere punita. Ecco dunque che attraverso la riflessione del Sandeo, ancora una volta la disciplina delle cure mediche costituisce il principio di riferimento per eliminare il possibile conflitto tra la tutela della volontà del singolo e la tutela dell'ordinamento. A chiedere garanzie non è la *voluntas* del singolo ma il *collegium*, portatore dell'interesse superiore dell'ordinamento giuridico.

D'altra parte Filippo Decio rimette in circolazione il principio di *humatitatis ratio*, ritratto dal Digesto (*Dig.* 49.1.6), su cui tanto sapientemente aveva ragionato, per l'innanzi, Guido da Baisio²⁹. Di nuovo la via 'consiliare' è il luogo deputato all'impiego analogico della disciplina dell'*aegrotus invitus*. Questa volta a dover essere risolto è il caso della somma pagata per liberare un prigioniero: la restituzione di questa somma può essere perseguita in giudizio dagli eredi di chi ha pagato³⁰.

supra de pig. (GIOVANNI DA IMOLA, *Commentaria*, in X 3.21.2: *Ioannis ab Imola in tertium decretalium*, in X 3.21.1, Venetiis, 1575, f. 244vb, sub n. 22, 'Solvens pro carcerato eo inuito an poterit ab eo repetere') et Bald. in l. fi., de neg. gest. [BALDO DEGLI UBALDI, in *Dig.* 3.5.48(49)]. Vide glo. singularem LXXXIII dist., in summa, alias in c. Prouidendum (GIOVANNI TEUTONICO, in D.83 d.a.c.1, ad v. *Inferas*) quae dicit quod si aliquis infirmus expresse prohibuerit ne emam medicinas, si emo et liberetur potero hoc repetere. Et de hoc vide Spec. in titu. de salariis, § fi., uer. 'quid si infirmus' (GUGLIELMO DURANTE, *Speculum iuris*, l. I, p. IV, § 4, *De salariis medicorum et aliorum*, sub n. 2). Si medicus curat infirmum inuitum poterit postea agere contra eum...» (*ibid.*, col. 1208, sub n. 2ca.m.).

²⁸ X 5.39.36: «Contingit interdum quod clerici, si quem offendant, et satisfacere velint offenso (...) corpora sua sponte supponunt XXX, XL seu pluribus aut paucioribus percussionibus fustium. Nos autem fraternitati tuae super hoc respondemus, quod huiusmodi manus iniectio, etsi non violenta, temen iniuriosa videtur, quum ille canon non tam in favorem clerici ordinati, quam in favorem ordinis clericalis fuerit promulgatus...».

²⁹ Cfr. *supra*, cap. IV, § 6.

³⁰ FILIPPO DECIO, *Consilia, Epitome*, consi. 691: «Princeps de Libreta captivus promisit militibus se detinentibus viginti milia ducatorum, quae Marchio de Pescara soluit et eum liberavit. Sane ipse de Libreta tenetur solvere dictam quantitatem

Per sostenere la fondatezza di questa *solutio* Decio dà spazio alla soluzione che si adotta per la questione medica³¹.

6. 'Correctio fraterna' e censura: Girolamo Cagnolo

Ma è sul chiudersi del secolo XV che si assiste a una maturazione della questione dell'*aegritus invitus*. Il problema affrontato riguarda ora gli aspetti della competenza giurisdizionale. Girolamo Cagnolo (aa. 1491-1551) compie un passo importante in questa direzione. Egli presenta un lungo approfondimento del nostro tema, apparentemente riassuntivo e, in qualche modo conclusivo, dell'ampio panorama dottrinale, ripercorso nelle pagine precedenti³². L'avvio è dato dalla regola del Di-

haeredibus Marchionis iam pridem defuncti» (*Consiliorum sive Responsorum praestantissimi Iurisconsulti Philippi Decii mediolanensis, Tomus Secundus, Venetiis, 1575, f. 297vb*).

³¹ Dopo aver esposto il caso prospettato da Bartolo a proposito della legge 'Stichus' (*Dig. 33.8.16*), Decio così prosegue, *ibid.*: «Et de medico legitur 83 distinct. (D.83) qui repetit expensas ab infirmo, quem inuitum curauit. Et ad praedicta facit tex. in l. Non tantum, ff. de appella. (*Dig. 49.1.6*); ibi creat autem humanitatis ratio omnem prouocationem audiri debere et etiam si damnatus resistat. Vnde in casu isto non videtur dubitandum in quo, solutio fuit facta ad requisitionem ipsius principis» (sub n. 11: 'Medicus repetit expensas ab infirmo, quem inuitum curauit').

³² GEROLAMO CAGNOLO (1491-1551), *Commentarii in titulum digesti de regulis iuris*, in *Dig. 50.17.69*: «Et praedicta ratione inuitum corrigere possum, c. Nouit, de iudi. (X 2.1.13) et de domo corruente proximum extrahere, ita quod iudicium de vi pati non cogor nec possum, vt hic per Deci. et Feli. in c. Contingit, col. II, de sent. excom. (X 5.39.36) et Cardin. in c. I, 83 dist (IOHANNIS A TURRECREMATA, *In Gratiani Decretorum primam doctissimi commentarii*, I, Venetiis, 1578, f. 544ra). Dum dicit quod medicus beneficium curationis infirmo etiam inuito, si potest, tenetur impendere, non obstante quod dicitur in lege nostra, cum multa beneficia impendantur inuitis corporaliter et spiritualiter. Violenter enim angeli extraxerunt Loth. et totam eius familiam de subuersione Sodomorum, ne cum impiis ipsi simul perirent, vt scribitur Gen. XIX (Gn 19) et August. ad Bonifacium ait quod furenti frenetico et indisciplinato filio medicus et pater salubriter etiam inuitis beneficia praestant: medicus illum curando et pater filium ligando, c. Ipsa pietas, XXIII, quaest. IIII (C.23 q.4 c.24). Multa enim praestantur inuitis quia vtilitati eorum consulitur non voluntati, quia ipsi interueniunt sibi inimici, c. Et qui emendat, XLV dist. (D.45 c.11), faciunt alia quae scribit Alexan. in apost. ad Bart. statim alleg. Et expensa pro infirmo etiam inuito per medicum vel

gesto ‘invito beneficium non datur’ che egli evidentemente, forte della *traditio* interpretativa canonistica, intende sovvertire. Per giungere dunque ad affermare il principio inverso non soltanto si serve delle *auctoritates* già ampiamente utilizzate fin dal *Decretum* di Graziano, ma anche seleziona un testo decretalistico cruciale e di massima importanza per lo sviluppo del pensiero giuridico medioevale. Egli punta l’attenzione niente meno che sulla celebre decretale ‘Novit ille’ (X 2.1.13), con la quale papa Innocenzo III asserisce «il diritto ed il dovere del papa a correggere ed a punire con pene ecclesiastiche qualsiasi peccato mortale»: è qui «messo avanti con grande vigore, definito il peccato contro la pace, che viola il precetto evangelico della carità e per il quale era dovere del papa di intervenire esercitando la *districtio* ecclesiasti-

alium facta repeti potest secundum Deci. hic et Feli. in d. c. Contingit, col. II et latius Alexan in apostil. ad Barto. in l. Stichus infra alleg. (ALESSANDRO TARTAGNI, *Lectura eximii doctoris domini Bartoli de Saxoferrato super secunda parte infortiati vna cum addi. do. Alexandri de Imola*, Venetiis, 1493, f. 91ra) quemadmodum si amicus amicum captum ab hostibus eximeret et liberaret, solum per eum repetere possit, l. Liber captus, C. de capti. [Cod. 8.50(51).17] etiam quod prohibuisset, cessante hoc casu regula, l. fi., C. de nego. gest., secundum Bal. ibi, in II col. [BALDO DEGLI UBALDI, gl. in Cod. 2.18(19).24] vbi dicit quod si amicus meus erat in periculo amissionis vitae, nisi pro illo soluissem, possum illo prohibente solum repetere, l. At si quis, in § item Labeo, ff. de religio. (Dig. 11.7.14.13), vbi impensa sepulturae intuitu pietatis facta contra prohibitionem haeredis repeti potest, quia non minus dicit Bal. reipublicae interest homines viuentes conseruari quam mortuos sepeliri. Et sequuntur Salice. (BARTOLOMEO DA SALICETO, *Bartolomaei de Saliceto ad I II III et IIII lib. Codicis Commentarii*, Lugduni, 1560, f.119va, sub n. 2: ‘Locupletari cum aliena iactura nemo licet’) et Paul. de Castro (PAOLO DI CASTRO, *In primam Codicis partem*, in *Auth. ‘Si captivi’* post Cod. 1.3.48 ex Nov. 115 c.3, Lugduni, 1546, f. 20va) ibidem et Alexan. in Apostil. prealleg. (ALESSANDRO TARTAGNI, *Lectura eximii doctoris domini Bartoli de Saxoferrato super secunda parte infortiati vna cum addi. do. Alexandri de Imola*, Venetiis, 1493, f. 91ra) et ita consuluit Decius in consi. 691 (FILIPPO DECIO, *Consiliorum sive Responsorum praestantissimi Iurisconsulti Philippi Decii mediolanensis*, Tomus Secundus, Venetiis, 1575, f. 297vb) sequens decisionem Bartol. in l. Stichus, ff. de pec. lega. (BARTOLO DA SASSOFERRATO, gl. in Dig. 33.8.16) de qua dubitauit hic quod pro condemnato in amputatione manus vel pedis nisi centum soluerit intra mensem pro ipso condemnato etiam inuito et recusante soluere quis potest et repetere maxime cum reipubl. intersit homines conseruari et imperium hominum adiectione ampliari magis quam pecuniarum copia...» (ed. Lugduni, 1559, ff.170r-171v, sub nn. 4-7).

ca»³³. In poche parole, si fissa la distinzione tra il *iudicium* che si svolge secondo le regole dell'ordinaria *cognitio*; e la *censura*, intesa come la conclusione della *cognitio* extragiudiziale, a seguito cioè della procedura *de plano*, scaturente *occasione peccati*³⁴. Il trascinarsi delle disposizioni di questa decretale all'interno della questione dell'*aegrotus invitus* comporta evidentemente il tentativo di superare definitivamente gli ostacoli provenienti dalla dottrina civilistica della *negotiorum gestio*. Ma significa anche impiegare in chiave 'moderna' il risvolto pubblicitario del rifiuto delle cure: si deve evitare lo scandalo per la comunità dei fedeli, la quale deve essere mantenuta entro i binari della morale. In definitiva, quale che sia la scelta della civilistica (*non obstante quod dicitur in lege nostra*) – se cioè si accetti o meno di attribuire la tutela giudiziale al medico che curi chi non vuole essere sanato – il medico, a pena di censura, dovrà intervenire: censura che presto – fuori dagli ambienti ecclesiastici – attirerà l'attenzione della *République* di Jean Bodin dove essa è esattamente «finalizzata alla correzione dei soggetti»³⁵.

7. La crisi dell'interpretatio medioevale: Andrea Alciato

A fronte del tentativo di trasferire sul piano della moderna competenza giurisdizionale ecclesiastica la questione del rifiuto delle cure e accanto al consolidarsi della dottrina di *ius commune*, durante il pas-

³³ Cfr. M. MACCARRONE, *Innocenzo III e la feudalità: non ratione feudi, sed occasione peccati*, in *Structures féodales et féodalisme dans l'Occident méditerranéen (X^e-XIII^e siècles). Bilan et perspectives de recherches. Actes du Colloque de Rome (10-13 octobre 1978)*, Rome, 1980 (Publications de l'École française de Rome, 44), p. 489, poi in R. LAMBERTINI (a cura di), *Nuovi studi su Innocenzo III*, Roma, 1995 (Nuovi studi storici, 25), pp. 240-241.

³⁴ *Ibid.*, pp. 31-36.

³⁵ D. QUAGLIONI, «*Conscientiam munire*». *Dottrine della censura tra Cinque e Seicento*, in C. STANGO (a cura di), *Censura ecclesiastica e cultura politica in Italia tra Cinquecento e Seicento. Atti del Convegno (Torino, 5 marzo 1999)*, Firenze, 2001, p. 39, ora in *Scritti*, cit., I, p. 487. Per uno studio puntuale della relazione tra censura e potere giurisdizionale in Bodin rinvio a L. BIANCHIN, *Dove non arriva la legge. Dottrine della censura nella prima età moderna*, Bologna, 2005 (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Monografie, 41), pp. 160-176.

saggio dal secolo XV al XVI si assiste all'affiorare di movimenti di pensiero che traggono nuova linfa dall'*interpretatio* medioevale. Dopo che, negli anni Settanta del secolo XV, la fortunata *Summa Angelica* ripresenta e imprime forza acceleratrice alle tesi canonistiche classiche – che, a far leva sullo stato di *furiosus* dell'*aegrotus invitus*, impongono l'intervento medico e danno al medico le azioni giudiziali per il recupero delle spese³⁶ – si apre un panorama in cui le certezze della cultura della vita, divenute punto di convergenza tra morale e diritto, si aprono a moderne prospettive³⁷. In ambito giuridico, è Andrea Alciato (aa.

³⁶ ANGELO DA CHIVASSO, *Summa de casibus conscientiae*, s.v. *Medicus*: «Vtrum medicus teneatur gratis curare: Res. quod sic si est pauper infirmus, secundum glo. LXXXIII di., § I (GIOVANNI TEUTONICO, *Glossa ordinaria* in D.83, d.a.c.1, gl. ad v. *inferas*). Si vero diues est non tenetur cum nemo cogatur de suo facere beneficium, X, q. II, Precarie (C.10 q.2 c.4). Et licite recipit mercedem suam, XIII, q. V, c. Non sane (C.14 q.5 c.15). Sed quid si infirmus sit diues, tamen ex auaritia non vult soluere medico. Debet ne medicus cum mori permittere? Res. quod non, sed debet ei medicinas et alia necessaria facere suis expensis quas postea repetere poterit cum sanus effectus fuerit quia vtiliter gessit negocium eius, ff. de nego. ges., l. Pomponius [*Dig.* 3.5.8(9)]. Et si moriatur repetet ab heredibus quia sufficit si vtiliter cepit gerere, licet euentus non sit secutus, l. Sed an vltro, ff. de nego. ges. [*Dig.* 3.5.9(10)]. Nec potest ei obici quod causa pietatis hoc fecerit, nisi sit ei propinquus vt l. Alimenta, C. de nego. ge. (*Cod.* 2.18.11), quia tunc oportet protestetur quod gratis non intendit hoc facere, alias non repeteret, d. l. Alimenta nota hoc glo. in d. § I (ACCURSIO, gl. *Quae impedit*, ad *Cod.* 2.18.11, ad vv. *Materna pietate*): *Summa angelica de casibus conscientiae per fratrem Angelum de Clauasio compilata*, Venetiis, 1487, f. 235rb-va (sub nn. 5-6).

³⁷ Le nuove correnti di pensiero dell'età dell'Umanesimo, che fanno da sfondo al problema degli 'ultimi termini naturales', si sviluppano con riferimento alle passioni dell'anima. Il punto di riferimento, dal quale distaccarsi o, al contrario, dal quale ripartire, è costituito dalla dottrina scolastica, in particolare dalla dottrina tomista, di cui si sono ripercorse rapidamente le linee fondamentali nel precedente capitolo III. Da Francesco Petrarca a Juan Luis Vives a Jean Gerson – per tacer d'altri – si assiste a un intenso lavoro di reinterpretazione delle passioni dell'anima, spesso con l'intento – più o meno pretestuoso – di modificarne l'impianto tassonomico tomista, soprattutto con riguardo alla distinzione – negata dagli unanisti – tra passioni concupiscibili e passioni irascibili (cfr. *supra*, cap. III, § 1). Con riferimento specifico ai furiosi, la prima età moderna comincia a trattare la questione dal punto di vista medico. Per indicazioni cfr. A. PFAU, *Mental Health Issues: Folly, Frenzy, and the Family*, in J. HSY, T.V. PEARMAN, J.R. EYLER (eds.), *A Cultural History of Disability, 2: In the Middle Ages*, London-New York-Oxford-New Delhi-Sydney, 2020, p. 137. La storiografia, oltre che far luce sui nuovi indirizzi umanistici, si è interrogata sulla questione della continuità-

1492-1550) a scuotere la tradizione; e lo fa a partire dall'elemento cruciale della dottrina medioevale messa in circolazione con la tesi del glossatore ordinario del Decreto graziano: Giovanni Teutonico, il quale aveva dichiarato, in via presuntiva, *furiosus l'aegrotus invitus* e ne aveva dunque inficiato la capacità di intendere e di volere. Solamente chi è insano di mente può rifiutare di essere sanato. Per quanto la pesantezza di questa tesi fosse stata attenuata dalla civilistica che, come dimostrato nelle pagine precedenti, aveva concentrato l'attenzione piuttosto sullo stato di pericolo e di necessità in cui versa il malato contrario a ricevere le cure, la *praesumptio* dello *status* di *furiosus* continua a essere recepita in dottrina con il significato assoluto di *praesumptio iuris et de iure*. Con il risultato di vedere gravemente compromessa la libera volontà individuale, con riferimento a tutti gli atti posti in essere dall'*aegrotus invitus*. L'Alciato, a cui si deve lo studio a carattere monografico in tema di presunzioni e giurista sensibile agli orientamenti dottrinali dei *dostores moderni*, porta in discussione il grado di assolutezza di questa *praesumptio*. E lo fa nel quadro generale della nuova attenzione da lui dedicata alla distinzione tra il concetto di *praesumptio* e quello di *factio iuris*³⁸. C'è un passaggio del trattato che merita di essere evidenziato³⁹:

discontinuità tra Medioevo e prima età moderna. Non è questa la sede per affrontare i temi testé menzionati. Per indicazioni generali si segnalano, da ultimo, gli studi raccolti in A. LYNCH, S. BROOMBALL (ed. by), *The Routledge History of Emotions in Europe. 1100-1700*, London-New York, 2020.

³⁸ A. FIORI, *Praesumptio violenta o iuris et de iure? Qualche annotazione sul contributo canonistico alla teoria delle presunzioni*, in O. CONDORELLI, F. ROUMY, M. SCHMOECKEL (hrsg. von), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur, I: Zivil- und Zivilprozessrecht*, Köln-Weimar-Wien, 2009, pp. 76-77 chiarisce, al riguardo, quanto segue: «risale alla scienza giuridica medievale tanto l'identificazione tra *praesumptio iuris et de iure* e *factio iuris*, quanto la prima chiara individuazione della specifica differenza tra le due: essendo la *praesumptio* fondata su un fatto comunque dubbio, e la *factio* fondata su un fatto certo (ma negato). Un tema, quest'ultimo, che sarà successivamente approfondito da Alciato e Menochio». Alciato, dunque, nel riportare in evidenza la distinzione concettuale tra *praesumptio* e *factio*, colloca l'eventuale insanità di mente dell'*aegrotus invitus* sotto la categoria delle *praesumptiones* confutabili, non rette cioè da *factio iuris*. Non il principio dell'*id quod plerumque accidit*, su cui poggia la dottrina medioevale del probabile (cfr. *ibid.*, pp. 91-93), ma piuttosto il principio della verosimiglianza guida la dottrina delle presunzioni di Alciato. Sul punto si

Sensus et ratio naturalis praesumuntur in quolibet homine, nisi probetur contrarium, l. Non codicillum, C. de testam. (Cod. 3.6.14), l. 2, C. qui testam. fac. poss. (Cod. 6.22.2). Probatur autem quis furiosus per signa extrinseca, puta quia loquitur verba more furiosorum. Et fatuus dicitur qui fatua dicit, 95 (rect. 93) distin., c. Legimus (D.95 c.24) et est tex. not. in l. Quidam, ff. de condit. instit. (Dig. 28.7.27). Et plura signa refert Ias. in l. Furiosum, C. qui testa. fac. poss. (GIASONE DEL MAINO, Cod. 6.22.9) et glo. in c. 1, 83 dist., in verb. ‘inferas’ (GIOVANNI TEUTONICO, in D.83 d.a.c.1, ad v. *Inferas*) quae dicit quod praesumitur furiosus qui non vult obtemperare medico. Quod dictatum si esset ita simpliciter verum destruerentur multa testamenta. Vnde ergo crederem non esse satis si istud probaretur nisi testes subderent quod istud faciebat propter furorem vel more furiosorum, vt probatur ex not. per Alex. in l. Si cum dotem, § si maritus, in penult. col., ff. sol. mat. (ALESSANDRO TARTAGNI, *Lectura*, in Dig. 24.3.22.7: *Lectura famosissimi vtriusque iuris doctoris domini Alexandri Imolensis super prima parte Infotiati*, Venetiis, 1488, senza numerazione). De quo etiam per Mod. in d. l. Furiosum (Cod. 6.22.9).

In poche battute l’Alciato descrive la tesi corrente circa la *praesumptio iuris et de iure* dello *status* di *furiosus* e ne indica le fonti, in un percorso rapido ‘a quo-ad quem’ – da Giovanni Teutonico a Giasone del Maino – in cui si dà conto dell’andamento interpretativo costante e incontrastato, su questo punto. Ma di fatto, osserva l’Alciato, l’assolutezza di tal genere di *praesumptio* conduce all’assurdo di vedere sempre invalide le disposizioni testamentarie dell’*aegrotus invitus*. Egli ritiene perciò di dover attenuare la rigidità della *praesumptio*, da ammettere sì, ma nella misura *iuris tantum*. Ai fini della dichiarazione dell’insanità di mente del malato che rifiuti la cura, la *praesumptio* dello stato di *furiosus* dovrà essere accompagnata dalla prova, data da parte dei familiari, che il rifiuto è espresso alla maniera del *furiosus*. La qualificazione giuridica della *praesumptio* passa così da *iuris et de iure* a *iuris tantum*. Si tratta di una rivoluzione interpretativa per il fatto che contraddice

veda nel dettaglio R. MOTZENBÄCKER, *Die Rechtsvermutung in kanonischen Recht*, München, 1958 (Münchener Theologische Studien, III: kanonistische Abteilung, 10), pp. 161-164, in particolare p. 163.

³⁹ ANDREA ALCIATO, *Praesumptio* n. 38: *De praesumptionibus tractatus aurei iurisconsultorum clarissimorum D. Andreae Alciati*, Francofurti ad Moenum, 1580, pp. 107-108.

expressis verbis la tesi classica di Giovanni Teutonico. Benché, nel merito, recepisca l'indirizzo interpretativo avviatosi fin dai tempi di papa Innocenzo IV ed elevato a teoria generale della prova nel *Tractatus testimoniorum* di Bartolo⁴⁰, l'Alciato usa la tradizione per distaccarsi dalla tradizione. Anche le fonti canonistiche contenute nel *Decretum Gratiani*, egli osserva, accolgono questo principio: «*fatuus dicitur qui*

⁴⁰ Innocenzo IV ritiene che i testimoni dello *status* di *furiosus* debbano motivare le ragioni della propria percezione, al fine di evitare che il testimone si sostituisca al giudice. Sul punto cfr. B.T. PARLOPIANO, *The Burden of Proving Insanity in the Medieval Ius commune*, in *The Jurist*, 72 (2012), pp. 518-519. Quanto a Bartolo, nel *Tractatus testimoniorum* si legge: «*Testes causam sui dicti reddere debent per id, quod aliquo corporis sensu percipitur, quia secundum naturam nil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu*»: cfr. S. LEPSIUS, *Der Richter und die Zeugen. Eine Untersuchung anhand des Tractatus testimoniorum des Bartolus von Sassoferrato*, Frankfurt am Main, 2003 (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Band 158), p. 236. A ciò si aggiunga il passaggio del medesimo trattato in cui Bartolo definisce *culpa lata* la negligenza di chi omette di condurre il medico al malato. Qui, ai fini della colpevolezza, non sarà sufficiente la mera omissione. Si dovrà invece dar conto della *ratio* della condotta, cioè a dire del fatto che la negligenza non è dipesa da elementi diversi dalla volontà del soggetto accusato. Il testo è il seguente: «*Pone aliquem neglexisse infirmum et medicum non adhibuisse, hec culpa lata est. Probabitur autem per astantes et etiam per uicinos, cum medicus de facili ad infirmum non ducit, quin per uicinos uideatur. Si infirmitas fuit longa, ita quod necesse fuit per medicum sepius uisitari, per medicos etiam autem poterit negligentia ista probari, si singulariter de se dixerint non iuisse. Hii enim magis de facto suo interrogantur quam testificentur. Dicet aliquis non sufficit probare medicum non esse adhibitum, forsitan enim non erat in ciuitate. Nisi hoc probetur, dico in ciuitatibus et locis insignibus esse presumitur copia peritorum, ut legibus et canonibus comprobatur. In aliis autem locis ad hanc negligentiam arguendam probari debet ibidem medicum fuisse, qui poterat adhiberi argumento eius, quod Ulpianus ait tunc imputari socio si alii non commisit cum ei *afucturo* facilis erat *per alium societatis administratio*. Predicta nisi personae conditio et quantitas patrimonii requirebat, ut medicus etiam ex uicinis ciuitatibus quereretur. Similis dubitatio occurrerit ubicumque negligentia alicuius arguitur in eo, quod personam uel rem aliquam non adhibuit. Hoc cum de culpa in aliquo certo actu adhibita queritur. Contingit interdum queri simpliciter, an aliquis sit negligens, desidiosus, culposus tali culpa, que in latam cadit» (ed. LEPSIUS, pp. 316-317). Parallelamente, anche lo *status* di *furiosus* – secondo Bartolo – dovrà essere valutato attentamente con l'ausilio del medico: «*De aliquo dubitatur, an sit furiosus uel mentecaptus morbo perpetuo. Dixi hoc peritorum medicorum iudicio committendum uel etiam, si morbus ille eum per annum tenuerit, perpetuus presumetur: in tantum enim cerebrum leditur et cura redditur impossibilis*» (ed. LEPSIUS, p. 304).*

fatua dicit, 95 (*rect.* 93) *distin.*, c. Legimus (D.95 c.24)». Ma se questo principio fosse vero *sic et simpliciter*, un gran numero di testamenti sarebbe invalido (*Quod dictatum si esset ita simpliciter verum destruerentur multa testamenta*). Da qui l'esigenza della testimonianza motivata: è necessario provare che le parole insensate – cioè a dire il rifiuto della cura – sono state pronunciate a causa della condizione di insanità di mente (*Vnde ergo crederem non esse satis si istud probaretur nisi testes subderent quod istud faciebat propter furorem vel more furiosorum*). Qui si concretizza, con riferimento specifico all'*aegrotus invitus*, il passaggio dal concetto della prova come *argumentum* a quello della prova come *ratio*⁴¹.

Ciò detto, la svolta interpretativa circa la maniera di concepire la disciplina giuridica del rifiuto delle cure è ormai lanciata. E innesca una polemica, nel clima culturalmente già teso degli inizi del secolo XVI, nel quale si affaccia – tra l'altro – una letteratura medica di stampo specifico⁴². Si deve inoltre ricordare che l'elemento interno della volontà – da cui possono scaturire differenti cause del rifiuto delle cure – comincia a ricevere la prima sistemazione teorica penalistica proprio nel corso del secolo XVI, tanto da sollevare da responsabilità il *furiosus* che abbia compiuto l'atto criminale⁴³.

⁴¹ Il tema è studiato da D. QUAGLIONI, «*Facere fidem iudici*». *Les juristes médiévaux et la preuve par témoin (XIII^e-XIV^e siècle)*, in B. DURAND (ed.), *Ars Persuasionis: Entre doute et certitude*, Berlin, 2012 (*Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, 30), pp. 31-42 (in particolare le pp. 34-35); ID., «*Probo a probe*». *Prova e controversia: dall'ordo iudiciarius al processo*, in F. CERRONE, G. REPETTO (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, 2012 (Per la storia del pensiero giuridico moderno, 95), pp. 537-552, ora in *Scritti*, cit., II, pp. 985-1000.

⁴² Numerosi anche su questo punto gli studi. Per una visione d'insieme cfr. G. COSMACINI, *L'arte lunga. Storia della medicina dall'antichità ad oggi*, Roma-Bari, 1997, pp. 212-217.

⁴³ Un esempio si ha con la dottrina penalistica di Tiberio Deciani e, in generale, si tenga conto che «i diversi effetti e le possibili forme dell'*animus* nella commissione dei reati si impongono come uno degli argomenti centrali nella riflessione dei penalisti... La *voluntas* è ampiamente analizzata da teologi, filosofi e giuristi, incrocia spesso con contraddizioni le distinzioni tra dolo e colpa, la punibilità del tentativo, la rilevanza della sola *cogitatio* in alcuni crimini»: cfr. M. PIFFERI, *Generalia delictorum. Il*

8. Il problema dell'efficacia delle cure mediche e la 'riabilitazione' della volontà dell'*aegrotus invitus*

Che ci fossero buone ragioni per rifiutare la cura, ragioni diverse dalla volontà di procurarsi la morte, era risaputo fin dai tempi medioevali⁴⁴, già tra i maestri della prim'ora, se solo si ripensa al caso, studiato dal glossatore Bulgaro, della cura foriera di mali maggiori di quelli inizialmente guariti⁴⁵. Del resto in questa direzione va anche la considerazione che l'*aegrotus invitus* non sia ascritto *tout cour* alla categoria dei suicidi⁴⁶. E ancora, il malato non è moralmente obbligato a seguire ciò che il medico prescrive, come ben chiarito dal Panormitano⁴⁷. Tuttavia, nel clima generale di ascesa dell'arte medica sia con riguardo al ruolo salvifico del medico sia con riguardo alla nuova sensibilità per la *prolongatio vitae*⁴⁸, tutto ciò non aveva indebolito, semmai al contrario aveva rafforzato l'assolutezza del principio della presunzione di insani-tà mentale del malato che rifiuti le cure. La lezione dell'Alciato trova dunque ambienti culturali sensibili e finisce per essere all'origine della polemica tra *doctores* legati alla tradizione e altri di essa detrattori.

Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale, Milano, 2006 (Per la storia del pensiero giuridico moderno, 66), p. 232.

⁴⁴ Già ai tempi del Petrarca si diffondono invettive iatrofobiche, contro la non infrequente 'medica imperizia', volte a denunciare – specialmente in periodi di pestilenza – il fallimento della medicina. Si veda, a titolo di esempio, quanto riferisce D. JACQUART, *La medicina medievale alla prova*, in J. LE GOFF, J.-CH. SOURNIA (a cura di), *Per una storia delle malattie*, Bari, 1986, p. 74.

⁴⁵ Cfr. *supra* il cap. I, § 10.

⁴⁶ A riprova si veda quanto precisa ALBERICO DA ROSCIATE, *Dictionarium utriusque iuris*, s.v. *Homicida*: «Homicida est qui aborsum viuentis procurat, XXXII, q. II, Quod uero (C.32 q.2 c.8) et qui sibi voluntarie membrum abscidit, L di., Si quis semel. Quicumque qualitercumque seipsum occidit, homicida iudicatur, XXIII, q. IIII, Displacet, post medium (C.23 q.4 c.38), et q. V, Si non, per totum (C.23 q.5 c.9)...» (ed. Venetiis, 1573, p. 323b della ristampa).

⁴⁷ Cfr. *supra*, § 1.

⁴⁸ Su quest'ultimo tema cfr. A. PARAVICINI BAGLIANI, *Ruggero Bacone, Bonifacio VIII e la teoria della "prolongatio vitae"*, in ID., *Medicina e scienze della natura alla corte dei papi nel Duecento*, Spoleto, 1991 (Biblioteca di Medioevo Latino. Collana della «Società Internazionale per lo Studio del Medioevo Latino», 4), pp. 329-361.

Tra gli allievi dell'Alciato risulta per noi interessante Pedro Ruiz de Moros (aa. 1515-1571), umanista spagnolo – *doctor utriusque iuris* – che inizia la formazione giuridica, poi completata in Italia, nell'Università di Lleida⁴⁹. Tra le sue *Decisiones*, una sorta di *tractatus* che prende la forma di sentenze, spicca la prima (*De testamento eius, qui mortem sibi constituit*), nella quale è ampiamente affrontata proprio la questione della presunzione dell'insanità di mente dell'*aegrotus invitus*. La lunga e articolata esposizione dipende dalla dottrina del maestro, Alciato, per espressa dichiarazione dell'autore⁵⁰. Perciò essa ha il pregio di far luce sui presupposti logici che conducono a una rilettura della dottrina delle presunzioni, volta a 'smontare' la vecchia tesi di Giovanni Teutonico.

Molte possono essere le *causae* per le quali il malato sceglie di rifiutare le cure. Non sempre e non necessariamente la causa è da ricondurre all'insanità di mente. Da questa premessa Ruiz de Moros prende avvio per destituire di validità il fondamento della *praesumptio*, fissata da Giovanni Teutonico nella Glossa ordinaria al *Decretum*. L'attribuzione della medesima ed esclusiva *causa* all'espressione della volontà negativa del malato è operazione ermeneutica erronea, produce vizio interpretativo⁵¹. A sostegno di questa tesi, nella *Decisio*, si segue una cospicua

⁴⁹ Pedro Ruiz de Moros, ordinato diacono a Lleida, ebbe il momento di maggior gloria in Polonia, dove si recò nel 1541 e fu cattedratico di rilievo a Cracovia. Si era addottorato a Bologna dove aveva studiato presso il Collegio fondato dal compaesano André Vives, medico pontificio, per gli studenti provenienti da Alcañiz. A Bologna Pedro ascolta le lezioni dell'Alciato. Maggiori indicazioni in A. KREMER, *Decisiones... von Pedro Ruiz de Moros – ein Beispiel der juristischen Literatur in Polen des 16. Jahrhunderts*, in *Leges Sapere. Studia i prace dedykowane Profesorowi Januszowi Sondlowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*, Kraków, 2008, pp. 207-220; S.I. RAMOS MALDONADO, s.v. *Ruiz de Moros, Pedro*, in *Diccionario Biográfico Español*, vol. 44, Madrid, 2013, pp. 798-800. Occorre richiamare l'attenzione sulla particolare vivacità della dottrina canonistica spagnola del secolo XVI intorno al tema delle emozioni, sviluppato in relazione alla medicina, alla fisiologia e alla psicologia. L'esempio più vivido di questa letteratura si ha con Juan Luis Vives che è stato definito «the Father of Modern Psychology»: cfr. R.D. CLEMENTS, *Physiological-Psychological Thought in Juan Luis Vives*, in *Journal of the History of the Behavioral Sciences*, 3 (1967), p. 234.

⁵⁰ Cfr. la successiva nota 61.

⁵¹ P. RUIZ DE MOROS, *Decisiones* [dec. I, sub nn.15-16]: «Exemplis item superioribus non dissimilem causam esse quidam voluerunt aegrotantis, qui Medici

serie di allegazioni ritratte tanto dal *Corpus* giustiniano quanto dalla letteratura classica, con le quali si dà conto delle numerose occorrenze nelle quali molti grandi della storia si sono dati la morte piuttosto che perdere la propria dignità. Inoltre, questa scelta può essere causata da svariate situazioni: la noia di vivere, l'incapacità di sopportare il dolore⁵², la vergogna, l'incapacità di sopportare la malattia⁵³. Addirittura può accadere che la morte sia dettata da causa onorevole⁵⁴. Perciò Ruiz de Moros così conclude⁵⁵:

dicto audiens non esset quasi quia perire quam ope medica seruari malit, non esse suae mentis credendus sit. Quam sententiam si recipimus, eum qui suis ipse manibus mortem sibi irrogauit ex insania id fecisse. Maiore ratione existimare debemus vt in faciendo quam nec faciendo euidentior inest vis certiusque inde quam hic sumitur argumentum. Haec sollicitam quidem continere quaestionem videntur. Proprius tamen est vt iis argumentis probatus furor non existimetur. Quotiens enim rei cuiuscumque complures esse causae possunt, ei vnam certam aliquam tribuere non oportet, qua propter ex morte sibi a quoquam conscita qui furorem arguunt parum recte disputare mihi videntur, quia mortem voluntariam appetendi sibi que irrogandi permultae causae esse possunt atque adeo innumerabiles, vt varii sunt afflictiae fortunae casus rerumque euentus»: *Decisiones Petri Royzii de rebus in sacro auditorio lituanico ex appellatione iudicatis*, Cracoviae, 1563, pp. 17-18. Da questa edizione cito di qui in poi.

⁵² *Ibid.*, sub n. 25: «Alios impatientia doloris coactos idem consilium capere, in quibus Aiax Telamonius fuit qui de Achillis armis praelato sibi Vlysse, suo se ipso gladio interemit...» (p. 20).

⁵³ *Ibid.*, sub nn. 28-30: «Sunt quibus idem consilium vt mori quam vivere mallent morbi impatientia suggessit, quod Pomponio Attico viro M. T. Cicer. amicitia et litteris claro accidisse memoriae proditum est eum enim senem admodum, morbo diu vexatum, inito morienti consilio, victu suapte abstinuisset et vita accepimus. C. quoque Proculeium Augusti Caesaris familiarem in maximo stomachi dolore gypso potu mortem sibi consciuisse, C. Plinius refer. Est et illud Calani Indi priscę memoriae philosophi illustre exemplum qui ad trium et septuaginta annorum aetatem inoffensa valetudine prouectus, alui tunc correptus dolore, in conspectu Alexandri Magni, frustra vitam retinere suadentis, diis patriis adoratis, consensu rogo incendio voluntario occubuit...» (pp. 21-22).

⁵⁴ *Ibid.*, sub n. 35: «Sic quoque Lucretia, spiritus et ipsa virilis Romanique femina, admissi in se per Sexti Tarquini vim dedecoris impatiens, pectus ferro confodit. Sunt denique appetendae voluntariae mortis causae aliae multae quas non afflictia tantum et fracta aduersis casib. fortuna attulit sed honestae vitae reperitatio» (p. 23).

⁵⁵ *Ibid.*, sub n. 46 (p. 26).

Cum ergo multae esse causae consciscendae sibi mortis hominib. possint, vt est supra abunde demonstratum, non continuo quia quandoque ex furore et id fiat: huic vni causae tale factum adscribi debet.

Non è da respingere che il *furor* possa essere all'origine della scelta di morte, tuttavia a questo fatto si deve poter ascrivere una sola e unica causa, cioè appunto lo stato di insanità mentale.

Ma il passaggio per noi maggiormente significativo è senz'altro il seguente⁵⁶:

Enimvero eum qui sibi consciendae mortis animo manus intulisse, causam iustam habuisse nihil vetat.

Nulla vieta che possa sussistere una giusta causa per darsi la morte. Né questa tesi – continua Ruiz de Moros – risulta indebolita dal caso disciplinato nel Digesto (*Dig.* 28.7.27) e citato dalla scienza giuridica medioevale, *in primis* da Giovanni Teutonico, a sostegno della presunzione di cui si va discutendo⁵⁷. Questa allegazione risulta inadeguata giacché la fattispecie lì prospettata – l'istituzione di erede a condizione dello spargimento in mare dei resti mortali del *de cuius* – rappresenta una causa idonea a dimostrare lo *status* di *furiosus*⁵⁸. Di questa condizione della persona è necessario dare prova specifica, allo stesso modo con cui la dottrina giuridica – Baldo degli Ubaldi, Alessandro Tartagni, Giason del Maino – richiede la prova dell'infermità reale per il soggetto trovato a lanciare pietre per strada: ciò potrebbe avvenire per scopo difensivo, non per pazzia⁵⁹.

⁵⁶ *Ibid.*, sub n. 54 (p. 28).

⁵⁷ Cfr. *supra*, cap. II, § 6.

⁵⁸ P. RUIZ DE MOROS, *Decisiones* [dec. I, sub n. 56]: «Sed nec illud sententiae nostrae aduersatur quod de eo qui reliquias suas in mare ablci [*rect.* abiici] iussisset, ait lex. Non enim vt ex illo praecepto coniectura furoris sumitur, idem in proposita specie accidit quia reliquias in mare proliciendi [*rect.* proiiciendi] vix vlla idonea causa potest videri. Legem ergo non immerito id furori adtribuere» (pp. 28-29).

⁵⁹ *Ibid.*, sub nn. 52-55: «Nec occurrit quod supra dicebatur iacentibus lapides in vulgus. Non enim satis id esse ad probandum furorem, nisi hoc amplius more insanorum illud factum probetur, siue ex consuetudine eius cuius furor argueretur. Quam sententiam post Baldum, Alexan. Tartagninus et Iason sunt sequuti inquietes, et

Tutto ciò conduce a una considerazione di fondo: l'alienazione mentale non può essere desunta dal comportamento fattuale, ma piuttosto dall'*animus* che talora può essere mosso ragionevolmente alla scelta apparentemente irragionevole⁶⁰. Nel caso del malato, il non ascoltare il detto del medico non può essere considerato di per sé causa di insanità mentale. Proprio in questo punto Ruiz de Moros cita la tesi dell'Alciato, secondo cui è necessario dare la prova che la scelta del rifiuto delle cure ha come sola *causa* la condizione di *furiosus*. Ci si deve pertanto interrogare sulle ragioni del diniego. Per esempio, non potrebbe essere considerato *furiosus* chi rifiuti la cura del medico imperito. La decisione di scegliere la morte potrà rilevare giuridicamente come morte volontaria soltanto se possa essere argomentativamente ricondotta allo stato di insanità di mente⁶¹. In altre parole, il rifiuto dovrà essere studiato, analizzato, di esso si dovrà individuare la causa. La direzione interpretativa così proposta non procede dal rifiuto della cura all'insanità di mente

qui sapiunt iacere quandoque lapides tutelae suae alteriusve rei probabilis causa, quasi ita demum ex iactu lapidum furere quis existimandus sit, si, vt id faceret, nulla subesse iusta causa ei potuit. Enimvero eum qui sibi consciendae mortis animo manus intulisset, causam iustam habuisse nihil vetat. Quod eius legis distinctio declarat, quae tale quid in se molito, cum forte prohibitus non perpetrasset, si ex iusta causa id fecisset, poenae eximit, cum eorum factum vindicet qui temere irrogandae sibi mortem consilium coepissent» (p. 28).

⁶⁰ *Ibid.*, sub nn. 58-59: «Non enim tam ex factis dictisue mentis alienatio deprehenditur, licet ea prope sola, vt quisque animo constitutus est nobis maxime declarent, quam ex faciendi dicendique causis quae, quia mortem sibi consciscendae complures esse ob consilii inopiam, hominib. calamitosis possunt et omnibus fere aetatibus fuere» (p. 29).

⁶¹ *Ibid.*, sub n. 63: «Superest illud refellere quod postremo loco dicebatur de eo qui medici dicto audiens non est, nam ea re hominem suae mentis compotem non esse existimare non debemus. Nisi hoc amplius, ut Andreas Alciatus praeceptor meus ait, salutarem medici opem more insanorum detrectasse adicitur [*rect. adicitur*] quod in iactantibus lapides et aliud quod sani hominis non est, facientibus comprobatum esse constat. Quanquam dicere possumus non parui referre qua esset peritia medicus cui aeger non obtemperasset, nam qui indocto medico non paruit suamque salutem ei committere recusavit viuere quam mori maluisse existimandus est. Quinimmo si mori volentis consilium alienatae mentis aut etiam furoris vllum habet argumentum, is mori velle debet putari» (p. 30).

ma, al contrario, dall'insanità di mente – da dimostrare opportunamente – al rifiuto.

9. (segue) *'Sunt denique appetendae voluntariae mortis causae quas... honestae vitae reperit ratio'*

Come appare evidente, Ruiz de Moros fa uso dell'autorevole tradizione storico-letteraria, attestante la scelta della morte volontaria, al fine di studiare la *voluntas* negativa del malato come possibile conseguenza di situazioni differenti, meritevoli ciascuna di altrettanto differente apprezzamento sul piano del diritto. Nella *traditio*, il giurista umanista scorge il diritto naturale. Perciò l'osservazione secondo cui «multa sunt huiusmodi apud priscos auctores exempla, metu poenae mortem sibi irrogantium»⁶² non può che incidere profondamente nel mutare il giudizio e la disciplina circa l'*aegrotus invitus*. Si potrebbe riassumere il lungo elenco, proposto nella *decisio* per dimostrare le differenti ragioni che spingono alla morte volontaria, nel modo seguente: *morbi impatientia, dolor, inoffensa valitudine provectus*⁶³, *morbis in se curam non recipiens*⁶⁴. Queste sono le *causae* che possono spingere il malato a rifiutare la cura, ragionevolmente. L'assioma finale è rivoluzionario della *traditio* medioevale⁶⁵:

Sunt denique appetendae voluntariae mortis causae quas non afflicta tantum et fracta aduersis casibus fortuna attulit sed honestae vitae reperit ratio.

⁶² *Ibid.*, sub n. 22 (p. 19).

⁶³ *Ibid.*, sub nn. 28-30. Il testo alla precedente nota 53.

⁶⁴ *Ibid.*, sub n. 31: «Laudat Valerius Martialis, popularis meus, Festum, qui foedissimi lichenum morbi in se curam non recipientis, impatientia gladio incubuit» (p. 22).

⁶⁵ Il testo, più in esteso, alla nota 54. E ancora, *ibid.*, sub n. 107: «Haud tamen qui manus sibi adfert mortemque consciscit protinus furiosus esse creditur. Multas quippe causas voluntariae mortis hominibus esse posse, vt est a nobis late dictum, et saepe fuisse constitit. Similiter et aegrotus non vna de causa medico potest non obtemperare, quas plerasque supra retuli., quapropter furoris coniecturam inde capientium improbabilis est argumentatio» (p. 45).

Con la «ratio honestae vitae» si compie il passo decisivo nella considerazione nuova del problema degli ‘ultimi termini naturales’. Tanto da spingersi l’argomentazione verso la considerazione della scelta di morte come preferibile. Coloro che dal rifiuto di obbedire al medico arguiscono insanità di mente e mancanza di sapienza, sono in errore. Al contrario, chi sceglie di liberarsi della vita quanto prima talora è da ritenere più saggio⁶⁶. Altre volte invece la scelta di morte conduce al male: chi non ascolta il detto del medico perché preferisce morire piuttosto che vivere, sarà da credere insano. Scegliere per se la morte è male⁶⁷. Si apre così una breccia nella prospettiva casistica. L’argomentazione si spinge addirittura verso riflessioni molto vicine alla nostra sensibilità contemporanea⁶⁸:

Igitur qui grauiter aegrotant, quales sunt qui morbo debilitati decumbunt, tanquam qui longius a sanitate recesserunt proximique mortis sunt, merito mortuis comparabuntur. Neque enim nouum esse quod medium inter quaedam sit, ei adtribui extremo ad quod propius accederet, vt inducias bello, quod Baldus adnotauit, quare quod de bello, idem de induciis eodem auctore fore iudicium... Ergo in proposito, cum ad mortem morbus inclinet, qui sit tamquam via ad interitum, spectari mors quam morbus magis debet. Nec absurdum cuiquam videbatur, viuentes pro mortuis haberi. Nam per contrarium eos qui nondum in rebus humanis sunt, id est qui vtero geruntur, et maternorum viscerum sunt adhuc portio, pro natis habendos quibusdam casibus Paulus et Iulianus lib. I de gest. constituerunt...

Chi è malato gravemente da lungo tempo è da considerare come già morto. Pedro ragiona *per contrarium*: come per il giurista il feto è titolare di diritti e lo si considera pertanto come venuto alla luce (*pro natis habendos*), allo stesso modo coloro che sono ormai prossimi alla morte

⁶⁶ *Ibid.*, sub n. 104: «Ex quibus apparet mortem in bonis duci atque adeo in optandis. Male itaque eos disserere qui ex non implorata medici ope aut neglecta insaniam arguunt atque desipientiam, cum contra qui defungi vita quam primum optant, sapere sint magis existimandi» (p. 45).

⁶⁷ *Ibid.*, sub n. 105: «...qui medici dicto audiens non est quia mori quam viuere maualt, insanus erit credendus, nam et mortem sibi consciscere in malis rebus ponitur, vt enim Pythagoras pie nostraeque religioni conuenienter dixisse memoratur: non est iniussu Imperatoris id est Dei de praesidio ac statione vitae decedendum» (p. 45).

⁶⁸ *Ibid.*, sub nn. 228-230, 232-233 (pp. 75, 76).

pro mortuis haberi. Pertanto, i malati, se moriranno per la malattia, si devono intendere non morti nel momento in cui lasciano la vita, ma quando la malattia iniziò a svilupparsi e cominciò a essere letale⁶⁹:

Adde quod aegroti, re penitus perspecta, si ex eo morbo moriantur, intelligi debent non tunc mortui cum vita excedunt, sed cum primum ingrauescere morbus et letalis esse coepit, argumento eorum qui mortifero vulnere accepto, ex intervallo moriuntur. Lex enim eos occisos iam tum cum vulnerarentur intelligit, non cum vere vita priuantur idque Bartolus apud Iulianum, lib. IX digest. scribit et Baldus, lib. IIII Constitutionum Principalium apud Impp. Valentem et Valentinianum...

In questo caso l'appiglio giuridico è ritrovato nel principio di diritto comune, avvalorato da Bartolo e da Baldo, secondo cui si considera intervenuta la morte della persona uccisa in relazione al momento in cui questa è ferita, non al momento in cui effettivamente muore.

D'altra parte è chiaro che non ogni malato grave deve essere per questo considerato morto⁷⁰:

Non enim eo magis quod est proxime futurum quasi iam sit haberi debeat dicendum est aegrotum pro mortuo esse, illud enim acceptum est cum quid mox omnino futurum est et non potest non fore. At vero neminem tam aegrotare tamue afflicta esse valetudine qui incolumis esse non possit. Non enim omnem grauem morbum qui etiam letalis dicitur, mortem afferre.

Rilevante è che la morte sia imminente e non possa non avvenire. Non ogni grave morbo, per quanto letale, porta alla morte.

Proprio a conclusione della *Decisio* e a dimostrazione ultima di quanto fin qui sostenuto, Pedro Ruiz de Moros ritorna sulla valutazione della capacità di intendere e di volere del malato, con una osservazione particolarmente perspicace, sovversiva della tradizione riconducibile al pensiero di Giovanni Teutonico⁷¹:

⁶⁹ *Ibid.*, sub n. 237, pp. 76-77.

⁷⁰ *Ibid.*, sub n. 241, p. 78.

⁷¹ *Ibid.*, sub n. 249, p. 80.

...Nam quae iudicio animi consilioque obeuntur, in iis mentis integritas non quoque corporis valetudo spectanda est...

Ciò che dipende dalla capacità di giudizio dell'animo richiede l'integrità della mente, non anche la salute del corpo. Questa affermazione rappresenta il criterio di riferimento per valutare se il malato, all'atto pratico, possa essere considerato o meno *compos sui*. Non si potrà dunque ragionare in astratto e fissare una regola di diritto valida per tutti i casi di malattia grave. Implicitamente Ruiz de Moros suggerisce di procedere volta a volta, preventivamente. Lo *ius theutonicum*⁷², valevole nel luogo in cui si discute la lite per la quale egli scrive la *Decisio I*, accoglie la tesi tradizionale secondo cui l'*aegrotus invitus* è *furiosus*: 'dura lex sed lex'. Di questa *lex* egli deve pertanto tener conto nel fornire la soluzione della lite a lui sottoposta, benché resti non provata l'insanità di mente⁷³. Nel secolo XVI, quando il Nostro è attivo, la dottrina di *ius commune* si è fatta legge. E la forza della legge non è superabile per via dottrinale.

Ma lo strappo col passato è avvenuto e ne lascia intravedere tutta la crisi.

⁷² Con questa espressione è indicato il diritto locale polacco (e non solo), derivante dalla *lex Magdeburgensis*, formatosi in età medioevale e consolidatosi nell'Est Europa in età rinascimentale. Per uno studio puntuale cfr. M. MIKULA, *Municipal Magdeburg Law (Ius municipale Magdeburgense) in Late Medieval Poland. A Study on the Evolution and Adaptation of Law*, trad. inglese di A. BRANNY, Leiden-Boston, 2021 (*Medieval Law and Its Practice*, 30).

⁷³ P. RUIZ DE MOROS, *Decisiones* [dec. I, sub n. 251-252]: «Ex quibus apparet Theutonici iuris duritia, aegrotis rerum suarum alienatione interdicens. Quod tamen quantumvis durum sit, quia ita scriptum est, seruandum est. Et secundum illud testamenti tabulas, de quarum viribus disceptatur, nullius esse momenti pronunciare debemus, non quasi ex mortis sibi consciscendae consilio mentis alienatio furorue probatus videatur, sed quia Theutonum legibus aduersa corporis valetudo faciendi testamenti aufert facultatem et generaliter rerum impedit alienationem. Que, sicuti supra dictum est, summam trium solid. excedit lis itaque secundum defuncti fratres eosdemque legitimos heredes data est. Et ita ius dictum» (p. 81).

10. Verso i tempi nuovi della medicina legale

Il sistema delle conoscenze del mondo rinascimentale, cui Andrea Alciato e Pedro Ruiz de Moros appartengono, apre una finestra sul panorama nuovo che si dispiega a partire dal secolo XVI, agli inizi di quella età moderna che è il termine *ad quem* delle presenti ricerche. Come è stato dimostrato in letteratura, il contesto nuovo rinascimentale è quello che colloca il medico «tra medicina e diritto: il medico al servizio della giustizia e la medicina legale come disciplina autonoma»⁷⁴. Il medico entra come figura centrale nel processo, giacché «è la disponibilità di ‘specialisti’ in qualche settore del sapere che diventa una opportunità per il giudice, il quale altrimenti procede col sapere dell’uomo medio»⁷⁵. E ancora: durante la prima età moderna, ai tempi di Paolo Zacchia, padre della medicina legale, diviene oggetto di trattazione specifica «l’utilità pubblica dell’arte medica per dedurre il suo carattere di servizio pubblico e dell’obbligatorietà del suo esercizio»⁷⁶. In poche parole, la cultura medica diviene nuova direttiva di studio anche per la questione del rifiuto delle cure e soprattutto per distinguere tra la fragilità del soggetto in conseguenza della malattia e la lucidità di giudizio dello stesso. Per questa ragione si apre il dibattito, soprattutto di fronte al male incurabile della peste, che divide i maestri sull’obbligatorietà dell’intervento medico⁷⁷. Resta peraltro al fondo della questione la necessità di indagare sul legame tra la scelta finale del legislatore, *de iure condendo*, e l’individuazione del bene giuridico meritevole di tutela. In questa prospettiva lo sguardo che si è cercato di spingere all’indietro, in queste pagine, ha dato forma ad alcune riflessioni che mostrano l’esigenza di valutare molti aspetti degli ‘ultimi termini naturales’. Dal

⁷⁴ Cfr. M.G. DI RENZO VILLATA, *Paolo Zacchia, la medicina come sapere globale e la ‘sfida’ al diritto*, in A. PASTORE, G. ROSSI (a cura di), *Paolo Zacchia. Alle origini della medicina legale. 1584-1559*, Milano, 2008, pp. 23-49.

⁷⁵ M. BOARI, *Prospettive di mediazione tra sapere medico e sapere giuridico nell’opera di Paolo Zacchia*, *ibid.*, p. 92.

⁷⁶ A. MARCHISELLO, «*Culpa habet sociam poenam*». *La responsabilità del medico nelle Quaestiones medico-legales di Paolo Zacchia*, *ibid.*, p. 244.

⁷⁷ Cfr. *ibid.*, pp. 242-248. In questo studio si vedano in particolare, con riferimento all’*aegrotus invitus*, le pp. 246-247.

mondo giuridico medioevale emerge il differente orientamento della cultura canonistica rispetto a quella civilistica. La prevalenza della tutela della volontà individuale – intorno a cui si incentra la riflessione civilistica – impedisce o perlomeno presenta forti ostacoli all'intervento medicale, prestato *invito domino*. Fin dall'età cosiddetta intermedia, dunque, si percepisce il contrasto tra religione e diritto, in tema di rifiuto delle cure. E sempre dalla dottrina medioevale proviene la riflessione sulla necessità di valutare accuratamente da un lato la fragilità della *voluntas* del malato – secondo l'impostazione strettamente canonistica – d'altro lato l'interesse dello Stato alla tutela della vita, soprattutto allorché la medicina sia pubblica, cioè di responsabilità statale. D'altra parte, dalle elaborazioni della prima età moderna proviene la riflessione sulle possibili giuste cause all'origine della scelta di morte del malato che abbia mantenuto lucidità di giudizio, nonostante la malattia. La comparazione diacronica si presenta perciò ricca di spunti di riflessione e porta con sé non le risposte agognate ma certamente gli interrogativi ancora necessari per affrontare la questione degli 'ultimi termini naturales'. Forse una sola sentenza, quella ciceroniana, citata da Pedro Ruiz de Moros⁷⁸, può darsi ancora con valore universale: «sapientissimus quisque aequissimo animo moritur, stultissimus iniquissimo»⁷⁹.

⁷⁸ P. RUIZ DE MOROS, *Decisiones*, dec. I, sub n. 95 (p. 42).

⁷⁹ CICERONE, *Cato Maior de Senectute*, XXIII, 83.

CAPITOLO SESTO

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La dottrina giuridica medioevale ignora la distinzione tra il rifiuto delle cure e l'assistenza al suicidio, attraverso la quale è attualmente dibattuto il problema del fine vita. Si può dire che, in età intermedia, le due fattispecie sostanzialmente coincidano. Se, da un lato, l'aiuto al suicidio è escluso dal linguaggio dei giuristi, d'altro lato il rifiuto delle cure raffigura, in seno al diritto canonico, un comportamento vietato, di gravità pari a quella dell'omicidio-suicidio. Il malato *invitus* peraltro non è ascritto alla categoria dei suicidi giacché non pone in essere azioni violente contro se stesso. È però considerato *furiosus*, vale a dire non *compos mentis*. In poche parole l'*aegrotus* è *invitus* – senza distinzioni – allorché scelga la morte, mediante l'esercizio della volontà negativa. D'altra parte, il medico che, in ragione del rifiuto, ometta di intervenire è ritenuto moralmente responsabile per esser venuto meno all'obbligo morale della correzione fraterna. Egli è moralmente responsabile dell'eventuale decesso del malato, è senz'altro omicida. Questo quadro interpretativo rende particolarmente interessanti le dottrine medioevali d'area canonistica sul rifiuto delle cure al fine di ripercorrere storicamente lo sviluppo sia della dialettica tra la *voluntas* e il libero arbitrio del soggetto malato, sia della responsabilità medica, secondo un'impostazione che sorregge la questione dal punto di vista etico-religioso, almeno fino all'età moderna.

Il quadro canonistico tuttavia risulta avversato dalla dottrina civilistica fissata per la *negotiorum gestio*, figura giuridica alla quale deve essere ricondotta, sul piano dello *ius civile*, l'intera fattispecie della cura prestata all'*aegrotus invitus*. La civilistica medioevale è risolta nell'accordare tutela pressoché esclusiva alla *voluntas domini*. Ciò spiega il silenzio dei *doctores* impegnati sul fronte dello *ius civile* con riguardo al tema del rifiuto delle cure; quasi a lasciare in ombra ciò che pure è

avvertito, ma che si riuscirà a intravedere soltanto in età moderna. In età moderna la

scala di liceità giuridica (...) accanto agli atti ordinati o proibiti e puniti severamente, a quelli da cui derivano sole conseguenze civili, a quelli proibiti senza sanzione, ammette un larghissimo ambito di atti che per la “legge” dello Stato sono indifferenti, rimesse ad altre sfere di normatività (morale e religione) o permessi più specificatamente nel rispetto dei vincoli ancora più solidi e durevoli di quelli interamente dominati dal diritto¹.

Sennonché, durante il secolo XIV, a partire dalla dottrina di Baldo degli Ubaldi – ma a conclusione di elaborazioni argomentative precedenti circa il concetto di pericolo determinato da stato di necessità – si osserva un cambio di passo, proprio in seno alla disciplina dell’istituto della *negotiorum gestio*: non con riguardo all’*aegrotus invitus* – figura ancora mancante nella riflessione civilistica – con riguardo però al ruolo della *res publica* di fronte al *civis* che scelga di subire una grave mutilazione e finanche la morte piuttosto che l’espiazione di una pena fortemente lesiva della qualità della propria vita. La conclusione cui giunge Baldo è che ‘*interest rei publicae homines viventes conservari*’: qui si gettano le basi per la rifondazione a carattere pubblicistico della legittimità dell’intervento del terzo a beneficio di chi preferisce morire piuttosto che salvarsi; e che, per questa ragione – per evitare cioè di far fronte alle troppo gravose responsabilità – rifiuta di ricevere aiuto, sceglie di morire. La *res publica* non soltanto nega rilevanza giuridica a una simile forma di esercizio della libertà individuale, non soltanto attribuisce legittimità all’intervento ausiliario del terzo, ma addirittura riconosce in tal genere di sussidio un bene sociale, di carattere fondante, da difendere. Come a dire che oltre ai diritti dell’individuo esistono i diritti della collettività.

Il principio giuridico civilistico, elaborato da Baldo, tratteggia i caratteri del *civis invitus*: il soggetto terzo, in particolare chi sia in relazione di amicizia, può legittimamente pagare i debiti altrui, per evitare

¹ Cfr. M.S. TESTUZZA, “*Ius corporis, quasi ius de corpore disponendi*”. *Il Tractatus de potestate in se ipsum di Baltasar Gómez de Amescúa*, Milano, 2016 (Per la storia del pensiero giuridico moderno, 113), p. 22.

che l'insolvenza sia punita con gravi mutilazioni fisiche e anche con la morte. Non appare peraltro, questa, una forma di 'conversione' della norma etica in un precetto di carattere sociale², e infine giuridico. La questione è altra. Occorre osservare che il percorso interpretativo attraverso cui il civilista approda alla massima sopra menzionata si sviluppa nell'alveo della disciplina romanistica della *negotiorum gestio*, secondo la quale la libertà del soggetto *dominus* – anche la volontà negativa – prevale persino di fronte alla *bona gestio* posta in essere dal *negotiorum gestor*. Ma il medesimo impianto romanistico impone di ammettere un'eccezione, o meglio individua una fattispecie singolare che finisce per diventare un *genus* e un caso di scuola: la condizione particolare di disperazione in cui versa il *dominus* afflitto da gravi questioni patrimoniali legittima i consociati a prestare assistenza, anche contro la volontà dell'assistito. Significativo è che da questa impostazione resti escluso qualunque riferimento al dibattito canonistico sul rifiuto delle cure. Non l'*aegrotus*, ma il *civis invitus* di Baldo raffigura il soggetto bisognoso di sostegno perché vittima di circostanze gravi, tali da muovere la *res publica* a intervenire e perciò ad agevolare, non però a imporre, l'azione del terzo, con il riconoscere a quest'ultimo i diritti derivanti dall'intervento prestato, per l'esattezza il diritto di rivalsa.

Che poi la dottrina secondo la quale 'interest rei publicae homines viventes conservari' sia impiegata e citata dalla civilistica successiva a Baldo in relazione al problema dell'*aegrotus invitus* è altra e interessante questione, volta ad assimilare la *voluntas* dell'*aegrotus invitus* a quella del *civis invitus*. Non basta però a oscurare la genesi di una *interpretatio* maturata in seno alla riflessione giuridica-pubblicistica, per vie autonome e differenti da quelle della correzione fraterna e del rifiuto delle cure.

In sostanza, la dottrina della *negotiorum gestio* sviluppata dalla dottrina civilistica e quella del rifiuto delle cure impostata dalla canonistica avanzano su piani paralleli che soltanto in età tardo-medioevale trovano un punto di contatto, secondo le linee argomentative sviluppate in dottrina nel corso del secolo XV. Con una conseguenza di massimo rilievo: la questione dell'*aegrotus invitus* non è più questione da trattare con

² Sul punto cfr. *supra*, cap. I, § 1.

riferimento esclusivo alla sfera della volontà individuale ma si estende alla sfera pubblicistica. C'è una ragione umanitaria (*humanitatis ratio*) – secondo la pregnante espressione del canonista Guido da Baisio – che la civilistica declina come interesse pubblico e che diviene un interrogativo importante, meritevole di nuova riflessione. Ancora una volta vale la pena di sottolineare come, allorché ciò effettivamente avviene, non si realizza la ‘conversione’ tra teologia e diritto: è piuttosto la dottrina civilistica dell’interesse pubblico a preservare la vita dei cittadini ad essere impiegata per il caso del medico che omette di curare l’*aegrotus invitus*; non viceversa. Questa conclusione non vacilla neppure di fronte all’influsso di lungo termine, sulla cultura giuridica, proveniente dal pensiero tomista. Il tema è ben illustrato dal Villey in uno scritto degli anni Sessanta del 1900, riguardante la relazione gerarchica tra la giustizia divina e la giustizia temporale. Pur tenendo queste ultime distinte, Tommaso non dissocia la responsabilità morale dalla responsabilità penale³. Questa considerazione generale rappresenta senz’altro un punto di riferimento del sapere, nei tempi in cui sono attivi Tommaso e Baldo. Tanto più che, sempre secondo l’analisi del Villey, in Tommaso la giustizia divina e la giustizia temporale hanno una radice comune. Il principe è ministro di Dio, la sua funzione non è solo la difesa sociale. Come si legge in Aristotele la legge umana e la spada del principe giustiziere hanno per obiettivo l’esercizio di tutte le virtù. Dunque la responsabilità penale, nel principe, deve coincidere con la responsabilità morale: esse hanno lo stesso fondamento, la stessa natura⁴. Senza dubbio l’impostazione teologica pervade l’intero mondo delle idee che di

³ M. VILLEY, *La responsabilité pénale chez saint Thomas*, in *La responsabilité pénale. Travaux du colloque de philosophie pénale (12 au 21 janvier 1959)*, présentés par J. LEAUTE, Paris, 1961 (Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg, VIII), p. 127 osserva che san Tommaso «n’entend nullement à l’instar des positivistes, faire de la responsabilité morale et de la responsabilité pénale deux choses complètement séparées, incommunicables». Da qui l’A. conclude (pp. 132-133): «...saint Thomas réconcilie la vieille expérience des juristes, qui refusent de dissocier la responsabilité pénale de la responsabilité morale, et les thèses des positivistes constatant cette dissociation. Il ne se fait pas d’illusion sur les lois humaines, il ne confond point droit et morale, ou plutôt justice temporelle et justice divine; mais il ne les sépare pas non plus; il les hiérarchise».

⁴ *Ibid.*, p. 128.

essa è debitore. Ma accanto a ciò – e col sostegno del rinnovato pensiero aristotelico – si compie il passo ulteriore, come risulta da quanto il Villey stesso evidenzia: la ‘gerarchia’ tomista tra la responsabilità morale e la responsabilità penale

è il frutto di una filosofia realista, che afferra l’uomo in questo mondo, un uomo di carne, dipendente dal suo corpo e soggetto alle pressioni sociali; e la legge, i giudici terrestri così come sono realmente; ma integralmente realista, e che non rifiuta di vedere nell’uomo la parte della volontà libera, né rifiuta di cercare una più alta giustizia⁵.

La ‘più alta giustizia’ di Tommaso tende ad avere carattere immanente e per questo motivo rileva non tanto in ragione della dimensione teologica, quanto per la disposizione naturale a collocarsi sul piano dello stretto diritto: ciò che accade nella dottrina di Baldo. La locuzione secondo cui ‘*interest rei publicae homines viventes conservari*’ è significativa di un’etica nuova, in grado di elevarsi al di sopra e al di là del sistema di valori religiosi, incarnata e incarnante la *civitas*. Essa è riconducibile ai principi fondamentali dell’ordinamento civile: c’è una giustizia civile più alta rispetto alla volontà libera dell’uomo: «ad essere tratteggiato dunque è un sensibilissimo luogo di incontro tra soggettività e potere pubblico»⁶.

Il quadro medioevale imprime un carattere all’*interpretatio* della prima età moderna, la quale peraltro opera una scelta importante tra le differenti linee argomentative sviluppate per l’innanzi. L’intuizione baldesca dell’interesse pubblico risulta condivisa ed è resiliente. A essa si affianca l’ulteriore resistenza al tempo della riflessione del canonista Guido da Baisio circa il principio di *humanitatis ratio*, criterio guida per orientare la scelta del legislatore. A essere soggetta ai maggiori attacchi è invece la dottrina del glossatore ordinario del *Decretum Gratiani*, secondo il quale l’*aegrotus invitus* è presunto essere *furiosus* ed è perciò incapace di esprimere la valida volontà. Contro l’assolutez-

⁵ *Ibid.*, p. 133. La traduzione italiana è mia.

⁶ Così M.S. TESTUZZA, “*Ius corporis, quasi ius de corpore disponendi*”, cit., p. 22 con riferimento alla dottrina della Seconda Scolastica, nel caso di specie la dottrina di Baltasar Gómez de Amescúa: un giudizio che evidentemente ha una radice profonda nella tradizione medioevale.

za di questa *praesumptio* si schiera Andrea Alciato e poi l'allievo, lo spagnolo Pedro Ruiz de Moros. Questi ragiona sulle possibili differenti cause che possono indurre il malato a rifiutare la cura: non tutte le *causae* del rifiuto riconducono all'insanità di mente. Si ingenera così una riflessione dottrinale volta a imprimere un diverso indirizzo interpretativo rispetto al passato: si dovrà valutare volta a volta la ragione del rifiuto, anche con il supporto dei familiari dell'*aegrotus invitus*. La dottrina proveniente dall'impostazione della cosiddetta Seconda Scolastica, cui Ruiz de Moros appartiene, appare particolarmente acuta e originale. Senza cedere agli estremi 'solipsismi' – che verranno nel pieno dell'età moderna, in particolare con Thomas Hobbes per il quale «il singolo produce per sé solo i valori ai quali intende conformare la propria condotta»⁷ – egli sviluppa considerazioni capaci di mettere al centro l'*humanitas*. Si apre la strada per un temperamento tra le esigenze dello *ius civile* – latamente inteso, alla maniera dello *ius commune* – di tutelare la vita anche di fronte al soggetto stesso – tema per il quale le dottrine medioevali risultano particolarmente sensibili e chiarificatrici – e le esigenze della persona di poter essere accompagnata alla morte naturale. Da qui si è spinti a riflettere sull'insufficienza concettuale di una riflessione fondata sulla stretta considerazione della volontà individuale da cui far discendere il diritto all'aiuto al suicidio. Perciò la via della legislazione preventiva e astratta non appare adeguata in ordine a ciò che si presenta inevitabilmente in modo sempre diverso e personale.

Giunti a questo punto, va da sé che l'interesse pubblico, prospettato nella dottrina di Baldo, rappresenta il tema davvero centrale giacché apre una questione ampia e complessa: quella dell'intervento del potere sugli atti posti in essere dai soggetti. Anche per questo verso, la comparazione dottrinale diacronica offre spunti non trascurabili.

La scelta operata dall'ordinamento in ordine all'imposizione di un divieto, limitativo dell'esercizio del libero arbitrio, stimola la compara-

⁷ Cfr. A. PADOVANI, *L'eutanasia nella crisi del pensiero occidentale*, in *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 9 (2005), p. 665.

zione con i molti e articolati indirizzi interpretativi che nel corso del XX secolo hanno arricchito la riflessione penalistica. Al riguardo, la vecchia sintesi, incisiva tuttora, tracciata da Marc Ancel mostra l'esistenza di due grandi scuole classiche, entrambe fondate sul dato della relazione tra crimine e difesa sociale o, in altre parole, della reazione sociale contro il crimine. La prima⁸:

la réaction sociale contre le crime repose ici sur la mise en œuvre de la responsabilité morale, envisagée à la fois comme expression et comme garantie du rappel légal entre l'individu et la société.

La seconda:

le Positivisme, à l'inverse, pose le postulat du déterminisme et considère dès lors que le délinquant étant nécessairement conduit au crime par ses tendances innés ou par l'influence de son milieu, il est antiscientifique de parler de responsabilité et illusoire de parler de peine. La réaction anticriminelle peut tout au plus se fonder sur une responsabilité objective ou légale, résultant du seul fait matériellement commis et autorisant l'intervention étatique...: à la peine rétributive succèdera la mesure de sûreté visant, en dehors de toute considération éthique, à protéger la communauté sociale contre la péciculosité du délinquant.

Questo quadro di sintesi, può essere ulteriormente sintetizzato attraverso le riflessioni fondamentali di Jean Gaudemet⁹:

il apparaît ainsi que la notion de responsabilité n'est pas liée à tout système répressif et qu'elle est, d'autre part, connexe à plusieurs concepts qui concernent la nature de l'acte répressif et l'auteur de l'acte (liberté, volonté, connaissance, intelligence, etc.).

Libertà, volontà, difesa sociale – sia quest'ultima a carattere prevalentemente soggettivo (responsabilità morale) o prevalentemente oggettivo (responsabilità legale) – rappresentano da sempre i criteri di riferimento da cui dipende la scelta dell'ordinamento nel selezionare l'anti-

⁸ M. ANCEL, *Responsabilité et défense sociale*, in *La responsabilité pénale*, cit., pp. 356-357.

⁹ J. GAUDEMET, *Le problème de la responsabilité pénale dans l'antiquité*, in *La responsabilité pénale*, cit., p. 52.

giuridicità del comportamento umano. La difesa sociale, in particolare, è la chiave di volta delle cosiddette ‘dottrine intermedie’¹⁰:

elles prétendent conserver le principe de la responsabilité morale et de la peinechâtiment qui reste le principe de base, le droit commun applicable au criminel normal et, si l'on peut dire, traditionnel, tout en faisant une place – variable d'ailleurs – aux mesures de sûreté préventives qui... s'efforceront de réagir contre la dangerosité de l'anormal insensible aux impératifs de la morale courante.

La morale corrente costituisce il punto medio tra la responsabilità morale e la responsabilità legale. Del resto

già Hans Kelsen nella sua maturità (...) poneva in guardia – pur difendendo la ‘dottrina pura del diritto’ contro le teorie giusnaturalistiche – nei confronti di una visione superficialmente positivista, chiarendo che anche il costume e la morale, come il diritto, pongono in essere un loro potere concreto di coercizione¹¹.

Tuttavia, a mettere in crisi tal genere di impostazione dogmatica interviene il criterio numerico della maggioranza: la dittatura della morale di maggioranza, da cui prende forma il diritto voluto dalla maggioranza, è foriero di perplessità e di pericoli allorché sia in discussione la vita delle persone. La conseguenza è che il criterio della morale corrente, inteso come la somma delle mentalità religiose e non dei singoli, non tiene conto dei diritti fondamentali che non dipendono da alcuna *voluntas* né individuale, né collettiva, e sono posti al di sopra persino dei ‘credo’ individuali. Non è qui il caso di spingersi oltre in un dibattito che implica le competenze specifiche di giuristi filosofi e penalisti. Si vuole peraltro riflettere sul dato oggettivo che libero arbitrio, volontà libera e difesa sociale impattano con quella che, dal mondo delle idee medioevale potremmo imparare a definire, con san Tommaso, la più alta giustizia; e con Baldo degli Ubaldi come interesse di natura pubblicistica, in grado di ergersi al di sopra di qualunque *species* di maggioranza.

¹⁰ Cfr. M. ANCEL, *Responsabilité et défense sociale*, cit., p. 357.

¹¹ Così P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, 2000, p. 17.

L'argomentazione della tutela del libero arbitrio e della *dignitas* della persona, impiegata attualmente per ammettere la legittimità dell'eutanasia non tiene conto dell'esistenza del diritto della collettività alla comunità solidale, cui corrisponde il diritto del singolo a essere accompagnato alla morte naturale, a vivere in uno Stato che garantisce la vita anche nella fase finale. Come è stato scritto efficacemente¹²:

la morte è una questione da comprendere e da affrontare insieme: non si tratta di un problema di diritti individuali, di libertà, ma di molto di più, perché è la chiave di volta di una civiltà, di una cultura condivisa. Una cultura che necessariamente non vede semplicisticamente contrapposti cattolici e laici, ma che vede molte posizioni diverse, molte sfumature, paure, speranze, quelle di una collettività.

Del resto, i limiti del criterio del libero arbitrio sono noti fin dal 1800, nella dottrina penalistica d'area franco-belga¹³:

le libre arbitre, bien loin de porter obstacle à la production régulière des phénomènes sociaux, la favorise au contraire. 'Un peuple qui ne serait formé que de sages, offrirait annuellement le retour le plus constant des mêmes faits. Ceci peut expliquer ce qui semblait d'abord un paradoxe, c'est-à-dire que les phénomènes sociaux, influencés par le libre arbitre de l'homme, procèdent d'année en année, avec plus de régularité que les phénomènes purement influencés par des causes matérielles et forées'.

Il problema non si pone evidentemente per il rifiuto delle cure ma per il suicidio assistito. Nell'aiuto al suicidio il soggetto pone in essere un comportamento capace di ledere la difesa sociale in tanto quanto offensivo della vita come bene in sé e contrario allo spirito di solidarietà fondato sull'idea del soggetto non soltanto *uti singulus* ma anche *uti socius*. La valorizzazione della dimensione comunitaria del singolo può essere la chiave di volta per far uscire la polemica del fine vita fuori dal vicolo cieco della dialettica tra valori religiosi e valori laici; e per supe-

¹² L. SCARAFFIA, F. CANCELLI, *Nella morte a occhi aperti. Cattolici, laici e conflitto dei valori*, Brescia, 2021 (Orso Blu, 184), p. 189.

¹³ J. CONSTANT, *A propos de l'école franco-belge du milieu social au XIX^e siècle, in La responsabilité pénale*, cit., p. 311.

rare il dilemma cui conduce la stessa storiografia medica: la scelta cioè tra il medico *practicus* oppure il medico *practicus e sapiens*¹⁴. In questa prospettiva

...l'*internalizzazione* della sfera normativa può essere vista in una luce diversa: come costruzione sociale del sé, come creazione di uno *spazio interno* (e perciò metaforico) che è intrinsecamente legato alle regole del linguaggio e delle pratiche. Se l'Io è un prodotto sociale e culturale, esso allora coesiste alla norma, anzi trova in essa la ragione stessa della sua esistenza¹⁵.

Tutto ciò peraltro può realizzarsi a una condizione: a patto cioè che la considerazione del soggetto *uti socius* si collochi nel quadro dello Stato al servizio dell'uomo. Se l'obiettivo è quello della costituzione del diritto al fine vita, si dovrà allora tener conto dei principi generali che guidano il riconoscimento non dei diritti soggettivi, frutto dell'azione potestativa dell'individuo; ma dei diritti umani, posto che «il *senso* della retorica dei diritti umani (o naturali o fondamentali) è additato dalla storia... I diritti umani (...) hanno un *fondamento meramente storico*»¹⁶. La domanda cruciale che ci chiede «quali sono gli argomenti etici che danno sostanza al discorso sui diritti?»¹⁷ si scioglie se a essa si risponde storicamente, con l'attenzione rivolta alla persona inserita nella comunità: non propriamente in uno Stato ma in una *res publica*, dove i valori civilmente condivisi superano quelli individuali senza per questo divenire lesivi di questi ultimi. Non trascurabile appare dunque ri-

¹⁴ Il richiamo è alla notoria relazione tra medicina e filosofia. Essa impatta con altre direzioni della storiografia medica, di stampo positivistico e sociologico. Per una acuta sintesi cfr. M.D. GRMEK, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Storia del pensiero medico occidentale. Antichità e Medioevo*, Roma-Bari, 2007 (Biblioteca Storica Laterza), pp. IX-XXVIII.

¹⁵ F. MIGLIORINO, *Il corpo come testo. Storie del diritto*, Torino, 2008 (Nuova Cultura – Introduzioni, 183), p. 18.

¹⁶ Così, e con ulteriori considerazioni, D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, 2014 (Historia del derecho, 26), p. 83 e bibl. *ivi cit.*

¹⁷ *Ibid.*, p. 84.

portare alla memoria l'obiettivo principale della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo¹⁸:

invertire il rapporto (consolidato nell'Ottocento) fra Stato e diritti: lo Stato non è il "padrone" dei diritti, ma è al loro servizio... Il centro del mondo è l'individuo "come tale" e i diritti di cui egli è, in quanto essere umano, titolare.

Ciò vale ogniqualevolta si proceda al riconoscimento di un diritto della persona il cui contenuto *constituito* sia negativo o limitativo della capacità potestativa del singolo, a fronte del bene più alto della civile convivenza, dell'uomo *uti socius*, anch'esso protagonista dei diritti *constituendi*, nello specifico del diritto alla tutela della *ratio humanitatis*, secondo la felice espressione del canonista medioevale Guido da Baisio. Ciò significa abbandonare la dicotomia – nella quale la discussione bioetica attuale si impaluda – tra la sacralità della vita e l'autonomia morale della persona. Significa abbandonare, cioè, l'orizzonte individuale per allargare lo sguardo verso la comunità civile fondata sulla cultura della vita. Soltanto in questo luogo di riflessione 'comunitario' e non 'individuale' la scelta di morte – lo 'staccare la spina' – talora può essere accettata perché 'scelta buona'¹⁹. La via preventiva e astratta della norma positiva risulta pertanto insoddisfacente. Essa implica l'intervento paternalistico dello Stato, di segno uguale e contrario rispetto a quello posto in essere con il divieto assoluto, altrettanto generale e astratto di scelta del fine vita.

¹⁸ Cfr. P. COSTA, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, *ibid.*, p. 67.

¹⁹ In questa direzione si spinge attualmente parte della riflessione penalistica, come si mostra nelle considerazioni di O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, *ibid.*, p. 299: «Abbiamo già ricordato che la vicinanza con il fatto ha (...) il pregio di umanizzare il diritto, consentendo di passare dal piano del precetto astratto e della regola di comportamento alla valutazione del caso concreto: ad un piano, cioè in cui la dimensione umana dell'interprete non può restare indifferente alle persone, agli interessi specifici, alle situazioni di vita e a volte di dolore in cui si imbatte e che producono *emozioni*. Se questo è vero, la vicinanza con il fatto, mettendo in luce la dimensione equitativa del diritto, funge altresì da lubrificante psicologico per la creazione di diritti nuovi...».

In fondo, senza cedere a contestualizzazioni anacronistiche e contrarie allo spirito intrinseco della storicizzazione, si potrebbe ancora ripetere con Tommaso²⁰:

Et ideo lex humana non potuit prohibere quidquid est contra virtutem;
sed ei sufficit ut prohibeat ea quae destruunt hominum convictum.

²⁰ SAN TOMMASO, *Summa Theologiae*, IIa IIe, q. 77, art. 1.

INDICE DEI NOMI

- Accursio, 17-18, 30, 34n., 37n.,
38-40, 42, 59, 94, 114,
122n., 134n.
- Agostino (santo), 3n., 73, 73n.,
74, 80n.
- Agrimi, Jole, 6n., 10n.
- Aimone Braida, Pier Virginio,
14n., 16n.
- Alberico da Rosciate, 64, 97n.,
101-104, 107, 108 e n., 126
e n., 139n.
- Alciato, Andrea, 52, 133-138,
139, 140 e n., 143, 148, 156
- Alessandro III (papa), 8n., 15,
16, 48
- Amerini, Fabrizio, 73n., 74n.,
75n.
- Ancel, Marc, 157 e n., 158n.
- Angelo da Chivasso, 134n.
- Arabeyre, Patrick, 94n.
- Arangio-Ruiz, Vincenzo, 26n.,
36n.
- Arcidiaconus, vedi Guido da
Baisio
- Aristotele, 68n., 73n., 154n.
- Ayala (de), Francisco Javier,
8n.
- Azzone, 34n., 54n., 55-62, 63,
65, 76, 77, 91-93, 111
- Baldo degli Ubaldi, 87, 112-
115, 117, 122 e n., 124n.,
130n., 132n., 142, 146, 152-
156, 158
- Barbazza, Andrea, 120 e n.,
121-123
- Bartolomeo da Brescia, 53 e n.
- Bartolomeo da Saliceto, 120 e
n., 124n., 132n.
- Bartolo da Sassoferrato, 87,
110-112, 114, 117, 119n.,
122 e n., 124n., 131n.,
132n., 137 e n., 146
- Beckhaus, Friedrich G.C., 54n.
- Bellini, Piero, 2n.
- Bellomo, Manlio, 24n.
- Belloni, Annalisa, 28n., 29n.,
56n., 57n., 59n., 60n., 61n.,
94n.
- Bernardo da Parma, 52n.
- Bertram, Martin, 14n., 15n.
- Bertrando di Metz, 54n.
- Bettetini, Andrea, 12n.
- Bianchin, Lucia, 125n., 133n.
- Birocchi, Italo, 12n., 15n., 27n.,
33n., 53n., 98n., 99n., 113n.,
118n., 120n., 122n.
- Boari, Marco, 14n., 148n.
- Bodin, Jean, 133 e n.
- Bolognini, Ludovico, 118n.
- Bondolfi, Alberto, 83n.
- Bonifacio VIII (papa), 38, 123
- Bonino, Serge-Thomas, 65n.,
66n., 68n.

- Boquet, Damien, 67n.
 Branny, Andrzej, 147n.
 Broomball, Susan, 65n., 67n.,
 135n.
 Bulgaro, 27-29, 33, 38, 44,
 54n., 139
- Cagnolo, Girolamo, 131-133
 Camera, Francesco, 66n., 67n.
 Campodonico, Angelo, 66n.
 Cancelli, Ferdinando, 159n.
 Cao, Gian Mario, 67n.
 Caprioli, Severino, 54n.
 Caravaglios, Adelaide, 98n
 Caravale, Mario, 25n.
 Caroti, Stefano, 73n.
 Casagrande, Carla, 67n., 77n.
 Ceballos-Arévalo, Miguel,
 83n., 84n.
 Cerrone, Francesco, 138n.
 Cheney, Mary G., 48n.
 Chiabò, Myriam, 125n.
 Chiodi, Giovanni, 33n., 114n.
 Cicerone, 149n.
 Cino da Pistoia, 87, 96n., 97-
 99, 110, 114
 Cipolla, Carlo M., 113n.
 Clarke, Peter D., 7n., 13n.
 Clements, Raymond D., 140n.
 Colagrossi, Elisabetta, 66n.,
 67n.
 Condorelli, Orazio, 15n., 50n.,
 53n., 100n., 118n., 135n.
 Confortini, Massimo, 25n.
 Constant, Jean, 159n.
 Conte Emanuele, 54n.
- Cortese, Ennio, 12n., 15n.,
 27n., 33n., 53n., 94 e n.,
 98n., 99n., 113n., 118n.,
 120n., 122n.
 Cosmacini, Giorgio, 138n.
 Costa, Pietro, 161n.
 Crisciani, Chiara, 6n., 10n.,
 42n., 67n.
 Cristiani, Riccardo, 67n.
- De Concilio, David, 50n.
 Deciani, Tiberio, 138n.
 Decio, Filippo, 129, 130 e n.,
 131 e n., 132n.
 Demoulin-Auzary, Florence,
 103n.
 Di Giovine, Ombretta, 161n.
 Di Renzo Villata, Maria Giglio-
 la, 103n., 148n.
 Durand, Bernard, 138n.
 Duranti, Tommaso, 44n.
 Dyxon, Thomas, 65n., 66n.
- Echavarría, Martín F., 65n.,
 66n.
 Enrico da Susa, 108n.
 Eyler, Joshua R., 134n.
- Fiori, Antonia, 9n., 15n., 50n.,
 52n., 53n., 135n.
 Fornasari, Gabriele, 2n.
- Gaffuri, Laura, 13n., 84n.
 Gallo, Paolo, 31n., 33n., 36n.
 Gaudemet, Jean, 157 e n.
 Gerson, Jean, 134n.
 Giovanni Bassiano, 33, 38

- Giovanni d'Andrea, 122 e n.,
123, 124n.
- Giovanni da Imola, 130n.
- Giovanni di Friburgo, 102, 103
e n., 104-107
- Giovanni Faventino, 12-13
- Giovanni Teutonico, 34n., 46,
47-53, 54, 62, 63, 64, 65,
89, 90, 93, 96, 100 e n.,
103n., 118n., 119, 122n.,
124n, 126., 127n., 128n.,
130n., 134n., 135, 136, 137,
140, 142, 146
- Giustiniano (imperatore), 32,
37n.
- Gratianus, v. Graziano (*magi-
ster*)
- Graziano (*magister*), 10n., 13,
49, 132, 137, 155
- Grmek, Mirko D., 42n., 160n.
- Guglielmo di Rennes, 104 e n.,
105 e n.
- Guglielmo Durante, XI, 4, 64,
88-90, 102, 124n., 130n.
- Guido da Baisio, 34n., 99-101,
102n., 103, 110, 130, 154,
155, 161
- Haenel, Gustav, 33n., 34n.,
55n.
- Halperin, Jean-Louis, 94n.
- Hartmann, Wilfried, 7n., 23n.,
34n., 40n., 48n.
- Hoareau-Dodinau, Jacqueline,
16n.
- Holtzmann, Walter, 48n.
- Hsy, Jonathan, 134n.
- Huizinga, Johan, XI
- Innocenzo III (papa), 48, 52,
102, 109, 129, 132
- Innocenzo IV (papa), 107n.,
108-110, 137 e n.
- Jacques de Revigny, 56n., 93-
96, 97 e n., 118
- Kahm, Nicholas, 66n.
- Kermabon, Nicolas, 8n., 13n.,
16n.
- Kéry, Lotte, 6n., 15n., 16n.
- King, Peter, 68n.
- Knuuttila, Simo, 6n., 57n.
- Kremer, Andrzej, 140n.
- Krynen, Jacques, 94n.
- Kuttner, Stephan, 6n., 13n.,
46n., 48n., 49n.
- La Mendola, Joselita, 25n.
- Lambertini, Roberto, 133n.
- Landau, Peter, 10n.
- Larson, Atria, 7n.
- Laurent-Bonne, Nicolas, 103n.
- Lauwers, Michel, 13n., 16n.,
84n.
- Le Goff, Jacques, 43n., 139n.
- Léauté, Jacques, 46n., 78n.
- Lepsius, Susan, 137n.
- Liotta, Filippo, 99n., 120n.,
121n.
- Lorenzo Ispano, 40-44, 59, 90,
100
- Lynch, Andrew, 65n., 67n.,
135n.

- Maccarrone, Michele, 133n.
 MacDonald, Scott, 68n.
 Maffei, Paola, 98n.
 Magister M., vedi Melendus
 (canonista)
 Maglio, Gianfranco, 3n., 76n.
 Maierù, Alfonso, 73n.
 Maino, Giasone del, 136, 142.
 Mantovani, Dario, 54n.
 Mantovani, Mauro, 68n., 81n.
 Marchetto, Giuliano, 125n.
 Marchisello, Andrea, 148n.
 Martino Gosia, 34 e n., 37, 59,
 101
 Massironi, Andrea, 15n.
 Mattone, Antonello, 12n., 15n.,
 27n., 33n., 53n., 98n., 99n.,
 113n., 118n., 120n., 122n
 Mauro, Letterio, 67n., 68n.
 Mazzotta, Guido, 65n., 66n.,
 68n.
 Mc Laughlin, Terence Patrick,
 15n.
 Meccarelli, Massimo, 160n.
 Melendus (canonista), 34 e n.,
 37, 41, 42, 88, 98, 100
 Mellusi, Giovan Giuseppe,
 122n.
 Metz, René, 46n., 78n.
 Michaud- Quantin, Pierre,
 103n., 104n.
 Migliorino, Francesco, 160n.
 Mikula, Maciej, 147n.
 Miletti, Marco Nicola, 12n.,
 15n., 27n., 33n., 53n., 98n.,
 99n., 113n., 118n., 120n.,
 122n.
 Miner, Robert, 69n., 73n.
 Monagle, Clare, 67n.
 Morin, Alejandro Juan, 8n.
 Motzenbäcker, Rudolf, 52n.,
 136n.
 Müller, Wolfgang P., 7n., 8n.,
 9n., 26n.
 Nagy, Piroska, 67n.
 Natalini, Cecilia, 125n.
 Niccolò Tedeschi (Panormita-
 no), 18, 117-119, 120, 139
 Nicolini, Ugo, 92n.
 Oderico (glossatore), 33
 Odofredo, 34n.
 Oesterlé, Gerard, 106n.
 Padoa Schioppa, Antonio, 54n.
 Padovani, Andrea, 99n., 121n.,
 123n., 156n.
 Palchetti, Paolo, 160n.
 Palmieri, Giovanni Battista,
 27n.
 Panormitano, vedi Niccolò Te-
 deschi
 Paolo (giureconsulto), 90
 Paolo di Castro, 120 e n., 132n.
 Paravicini Bagliani, Agostino,
 XIV, 139n.
 Paris, Franco, XI
 Parlopiano, Brandon T., 50n.,
 51n., 137n.
 Parrinello, Rosa Maria, 13n.,
 84n.
 Paucapalea, 7-8, 10n., 16, 17

- Pearman, Tory V., 134n.
 Pennington, Kenneth, 7n., 8n.,
 9n., 23n., 26n., 34n., 40n.,
 48n.
 Petrarca, Francesco, 134n.,
 139n.
 Pfau, Aleksandra, 134n.
 Piacentino, 33, 54n.
 Picotti, Lorenzo, 2n.
 Pietro Cantore, 16
 Pifferi, Michele, 138n.
 Pillio da Medicina, 29 e n.
 Platone, 68n.
 Pomponio (giureconsulto), 37n.
 Prodi, Paolo, XIII
 Pulitanò, Domenico, 160n.
 Puza, Richard, 106n.
- Quagliioni, Diego, 125n., 133n.,
 138n.
- Ramos Maldonado, Sandra I.,
 140n.
 Raymondo di Peñafort, 102 e
 n., 103n., 104 e n., 105
 Reinoso-Barbero, Fernando,
 98n.
 Repetto, Giorgio, 138n.
 Riccobono, Salvatore, 31n.,
 36n.
 Rosenwein, Barbara H., 67n.
 Roumy, Franck, 50n., 103n.,
 135n.
 Rufino, 9-12, 13 e n., 107n.
 Ruiz de Moros, Pedro, 140-
 147, 148, 149 e n., 156
- Salvio Giuliano (giureconsul-
 to), 32, 33
 Sandeo, Felino, 129 e n., 130
 Saunier, Annie, 43n.
 Scaraffia, Lucetta, 159n.
 Schmoeckel, Mathias, 50n.,
 135n.
 Schrage, Eltjo J.H., 34n., 37n.,
 38n.
 Schulte (von), Johan Friedrich,
 7n., 13n.
 Scialoja, Vittorio, 37n.
 Sciuto, Italo, 77n.
 Simone da Bisignano, 14-18
 Simonetti, Manlio, XIII
 Simonotti, Edoardo, 66n., 67n.
 Singer, Heinrich, 9n., 10n.,
 13n.
 Soetermeer, Frank, 94n.
 Sotis, Carlo, 160n.
 Sournia, Jean-Charles, 43n.,
 139n.
 Speciale, Giacomo, 120n.
Speculator, v. Guglielmo Du-
 rante
 Stango, Cristina, 133n.
 Stump, Eleonore, 68n.
 Tartagni, Alessandro, 120 e n.,
 121 e n., 123, 132n., 136,
 142 e n.
 Testuzza, Maria Sole, XII, 2n.,
 152n., 155n.
 Texier, Pascal, 16n.
 Todescan, Franco, 3n.
 Todeschini, Giacomo, 106n.
 Tommaso (santo), 46, 66-86

- Tommaso Becket, 16n.
Torquemada, Juan de, 124-128,
131n.
Trisciuglio, Andrea, 51n.
Tutinetti, Luca F., 68n., 76n.

Ugolino Presbiteri, 33
Uguccione da Pisa, 5, 6, 18-26,
42, 44, 64, 90, 126, 127n.,
128n.

Vecchio, Silvana, 67n., 77n.
Vian, Giovanni Maria, XIII
Viejo-Ximénez, José Miguel,
7n., 10n.
Villey, Michel, 78n., 154 e n.,
155
Vinciguerra, Sergio, 2n.
Vives, André, 140n.
Vives, Juan Luis, 134n., 140n.

Weigand, Rudolf, 34n., 47n.
Winroth, Anders, 10n.

Zendri, Christian, 125n.

COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *Il GEIE «italiano» tra impresa e società* - ALESSIO BARTOLACELLI (2014)
2. *Sovranità e autonomia finanziaria negli ordinamenti composti. La norma costituzionale come limite e garanzia per le dimensioni della spesa pubblica territoriale* - FLAVIO GUELLA (2014)
3. *La dimensione proprietaria delle indicazioni geografiche. Uno studio di diritto comparato* - MATTEO FERRARI (2015)
4. *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita* - SIMONE PENASA (2015)
5. *Diritto e teologia alle soglie dell'età moderna. Il problema della potentia Dei absoluta in Giordano Bruno. Prefazione di Diego Quagliani* - MASSIMILIANO TRAVERSINO (2015)
6. *La successione a titolo particolare nel diritto controverso* - PAOLA WIDMANN (2015)
7. *Contributo allo studio del filtro in appello* - SILVANA DALLA BONTÀ (2015)
8. *«BONUS IUDEX». Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna* - CECILIA NATALINI (2016)
9. *BANNITI NOSTRI TEMPORIS. Studi su bando e consuetudine nel diritto comune* - CHRISTIAN ZENDRI (2016)
10. *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali* - SERGIO BONINI (2016)
11. *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema* - ANTONIA MENGHINI (2016)
12. *L'abbandono mero degli immobili* - CARLO BONA (2017)
13. *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle Regioni ad autonomia speciale* - MATTEO COSULICH (2017)
14. *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale* - ELENA MATTEVI (2017)

15. *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive* - EMANUELE CORN (2017)
16. *L'illecito dell'amministrazione. Questioni attuali e spunti ricostruttivi alla luce dell'indagine comparata* - SILVIA PELLIZZARI (2017)
17. *Contrasto al lavoro infantile e decent work* - MATTEO BORZAGA (2018)
18. *Retroattività e diritti reali* - CARLO BONA (2018)
19. *Fallimento e arbitrato rituale. Profili di interrelazione e autonomia tra i due procedimenti* - LAURA BACCAGLINI (2018)
20. *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico* - SERGIO BONINI (2018)
21. *La «giustizia» del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato* - UMBERTO IZZO (2018)
22. *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza, solidarietà e responsabilità* - MARTA TOMASI (2019)
23. *L'analisi economica del diritto penale dalla teoria alla pratica. Il livello di efficienza delle opzioni normative in tema di tossicodipendenza e criminalità correlata* - FRANCESCA PESCE (2019)
24. *Interdetti 'de locis publicis' ed emersione della categoria delle res in usu publico* - ALVISE SCHIAVON (2019)
25. *Vestire a modo altrui. Dal sumptus medioevale al luxus d'età moderna tra diritto e morale* - CECILIA NATALINI (2020)
26. *La transazione amministrativa* - ANTONIO CASSATELLA (2020)
27. *Il sistema penale della navigazione. Contributo allo studio del diritto penale marittimo* - STEFANIA ROSSI (2020)
28. *Federalismo e immigrazione. Un'indagine comparata* - DAVIDE STRAZZARI (2020)
29. *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio* - ANDREA PERIN (2020)
30. *Il giudizio di querela di falso: natura ed oggetto* - PAOLA WIDMANN (2020)

31. *Vigilanza bancaria e integrazione europea. Profili di diritto amministrativo* - ANDREA MAGLIARI (2020)
32. *Giustizia divina, diritti umani. Il conflitto tra diritti umani e diritti religiosi nell'Europa multiculturale* - FRANCESCA OLIOSI (2020)
33. *Il regime giuridico dei dati della ricerca scientifica* - PAOLO GUARDA (2021)
34. *La postergazione legale dei crediti. L'incentivazione delle condotte finanziarie virtuose di fronte alla crisi* - DANILO GALLETTI (2021)
35. *I paradigmi giuridici della pianificazione per lo sviluppo. Un'indagine di diritto comparato dell'economia* - GIANMATTEO SABATINO (2022)
36. *Studi sul diritto pubblico nell'età della Riforma* - LUCIA BIANCHIN (2022)
37. *(In)visibile bodies: disability, sexuality and fundamental rights* - CARLA MARIA REALE (2022)
38. *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta. Evoluzione e prospettive di una fattispecie discussa* - ELENA MATTEVI (2022)
39. *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti* - ANTONIA MENGHINI (2022)
40. *Diritto internazionale e migrazioni irregolari via mare nell'esperienza italiana* - FRANCESCA MUSSI (2023)
41. *L'indicizzazione del regolamento contrattuale* - FEDERICO PISTELLI (2023)
42. *L'informazione pubblicitaria nella regolamentazione giuridica dei mercati* - ANTONIO PAOLO SEMINARA (2023)
43. *Benchmark e gestione di portafoglio: tra «mezzi» e «risultato»* - UGO MALVAGNA (2023)
44. *I dati personali nell'amministrazione pubblica. Attività di trattamento e tutela del privato* - SIMONE FRANCA (2023)
45. *La sovranità declinata. Studi sulla tradizione giuridica occidentale* - CHRISTIAN ZENDRI (2024)
46. *Auto a guida autonoma e diritto penale: profili di responsabilità individuale e collettiva* - ROBERTO COMPOSTELLA (2024)

47. *Suicidio assistito e autodeterminazione responsabile. I limiti costituzionali dell'intervento penale* - ANDREA TIGRINO (2024)

48. *Intelligenza artificiale e responsabilità civile. Uno studio sui criteri di imputazione* - TOMMASO DE MARI CASARETO DAL VERME (2024)

49. *Intelligenza artificiale e costituzionalismo contemporaneo. Principi, diritti e modelli in prospettiva comparata* - MARTA FASAN (2024)

50. *'Humanitatis ratio'. Il problema del rifiuto delle cure nella letteratura di diritto comune (sec. XII-XV)* - CECILIA NATALINI (2025)