

forum historiae iuris

Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<http://www.forhistiur.de/>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)
Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp (Köln)
Prof. Dr. Christoph Paulus (Berlin)
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Andreas Thier (Zürich)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata)
Prof. Dr. Michele Luminati (Luzern)
Prof. Dr. Stefano Solimano (Milano)
Prof. Dr. Martin Josef Schermaier (Bonn)
Prof. Dr. Hans-Georg Hermann (München)
Prof. Dr. Thomas Duve (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Manuel Martínez Neira (Madrid)
Prof. Dr. D. Fernando Martínez Pérez (Madrid)
Prof. Dr. Marju Luts-Sootak (Tartu)
Prof. Dr. Heikki Pihlajamäki (Helsinki)

Artikel vom 15. November 2012

© 2012 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag:

<http://www.forhistiur.de/zitat/1211testuzza.htm>

ISSN 1860-560

Maria Sole Testuzza

***De coniugio leprosororum:* antiche questioni di bio-diritto**

A proposito di *born* e *made*

La crescente con-fusione tra *born* e *made*, che oggi fa parlare persino in termini di *post-umano*, ha in realtà messo a nudo ciò che non sfugge alla più attenta riflessione storico-giuridica: il carattere “artificiale” del soggetto-persona umana, in altri termini, il suo essere una “composita” astrazione, funzionale agli sforzi ordinamentali, versatile, multiforme e come tale difficile a decifrare¹.

I progressi della tecnologia sulla materia vivente, coi loro riflessi sulle scelte individuali e collettive che attengono al governo dei corpi, riescono a far percepire, in particolare modo nella sua drammatica ambiguità, la potenza di un dispositivo di lunghissimo periodo il cui effetto primario è stato la separazione di una zona umana fornita di altissimo valore, perché “animata”, razionale o volontaria, e un'altra, inferiore perché più vicina alla dimensione animale o a quella della cosa.

Non stupisce perciò che nonostante l'originalità del nostro attuale scenario, i giuristi – più di altri chiamati ad interpretare e dirigere i difficili equilibri comunitari² – insieme con gli storici, i filosofi e gli scienziati più inclini alla dialettica ed insofferenti ai pericolosi recinti degli “specialismi”, volgano anche sui modernissimi temi della c.d. bioetica lo sguardo al Passato. Non si tratta di una disperata resistenza al Presente, né tanto meno di cercare di rinvenirvi *tout-court* il titolo giustificativo di alcune aspettative odierne.

La tradizione restituisce la proposizione, nel prolifico scambio tra medicina, teologia, legge e politica, sia pure talvolta in rapporto a ipotesi di scuola o poco frequenti nella pratica, di alcuni interrogativi che presentano una singolare vicinanza con quelli contemporanei³. Nel mondo

¹ Se infatti l'antropologia ha mostrato come la nozione occidentale di persona, e conseguentemente quella di corpo, sia legata ad una società individualistica e sia, come tale, priva di significato fuori da questa tradizione (D. Le Breton, *Antropologia del corpo e modernità*, trad. it., Giuffrè, Milano 2007), la storiografia giuridica ha affrontato molti degli aspetti di tale costruzione simbolica mettendone in luce la grande varietà di situazioni. Cfr. P. Cappellini, «Status» accipitur tripliciter. - Postilla breve per un'anamnesi di 'capacità giuridica' e 'sistema del diritto romano attuale', (1987), in Id., *Storie dei concetti giuridici*, Giappichelli, Torino 2010, pp. 49-109; G. Alpa, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Laterza, Roma-Bari, 1993; Y. Thomas, *Fictio legis, L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales*, in *Droits*, XXI (1995), pp. 17-63; F. Migliorino, *Il corpo come testo. Storie del diritto*, Bollati Boringhieri, Torino 2008.

² Sui temi bioetici, con la problematizzazione delle tante opzioni morali e culturali proprie di un mondo instabilmente differenziato, sono tornati pressanti, nella loro grandissima varietà, i motivi di diffidenza nei confronti dell'onnipotenza del Legislatore (cfr. R. Sala, *Etica pubblica e biodiritto*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, I, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà - M. Tallacchini, Giuffrè, Milano 2010, cit., pp. 125-147). L'eclissi del Politico ha però rafforzato, quasi paradossalmente, nonostante cioè il fitto e potente intreccio tra medicina e tecnologia, il ruolo del giurista (cfr. da ultimo le osservazioni di S. Rodotà, *Il nuovo Habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Trattato di biodiritto, Ambito e fonti del biodiritto*, cit., pp. 169-230).

³ La scena del parto, coi suoi tipici conflitti di interesse, ha catalizzato l'attenzione della storiografia a partire soprattutto dagli anni '70 del novecento, in coincidenza con la promulgazione delle prime leggi che liberalizzavano o regolarizzavano l'interruzione di gravidanza. Con il decisivo contributo ora dell'ottica di

occidentale, per lungo tempo segnato dalla strenua credenza e difesa di verità teoretiche certe – come tale lontano dal pluralismo morale, religioso, politico della nostra attuale società –, questioni, che una sbrigativa codificazione culturale potrebbe raffigurare come per allora chiuse, o non ancora nate, si presentano invece come problemi già sorti e suscettibili, almeno in qualche loro limitata parte ed entro ambiti e contesti storicamente definiti, di soluzioni “discutibili”.

Affrontare i percorsi attraverso cui simili questioni sono emerse, mettere a confronto le diverse risposte, le procedure argomentative e lo sfondo etico entro cui esse si collocano, comprendere infine come tali logiche siano state assunte, imposte e trasformate nel complesso ventaglio di fonti normative, significa mettere – non strumentalmente – a disposizione della società contemporanea, assai complessa e “disciplinarmente” interconnessa, un consapevole e avvertito “progetto di lettura”. L'uomo moderno può del resto accettare che gli si rimproverino molte cose, ma – a voler utilizzare una *boutade* del sociologo canadese Jacques T. Godbout – non può certo accettare che gli si rimproveri di essere ingenuo⁴.

Nel corso di questo breve studio ci si concentrerà sulla secolare disputa intorno all’“uso del matrimonio” nel caso di malattia. Nella società di antico regime, la ricorrenza del male, preesistente o sopravvenuto, spiegava importantissimi effetti su tale fondamentale “istituto giuridico-sacralizzante” di competenza esclusiva ecclesiastica, sia sul piano normativo sia su quello giurisdizionale. Come vedremo, oltre che sulla sorte degli sponsali, l'affezione faceva sorgere dubbi sulla validità delle nozze, sulla persistenza dell'obbligatorietà del c.d. debito coniugale e più in generale sull'ammissibilità e l'“utilità” di un'unione potenzialmente pericolosa.

La patologia, per eccellenza esperienza soggettiva e collettiva, e il corpo malato, luogo privilegiato dei fantasmi individuali e della comunità politica, sono stati caratterizzati da sempre dai domini discorsivi di tipo religioso e di tipo sanitario. Le prossime pagine daranno conto di una fase in cui il rapporto di potere-sapere tra religione e scienza medica non si è ancora formalmente rotto a vantaggio di quest'ultima. Ad essere considerata sarà cioè quella lunga stagione europea che non

genere, ora dell'ottica teologica e canonistica si è avviata così un'attenta indagine storica su temi che oggi definiremmo bioetici (per delle prime indicazioni bibliografiche su tali ricerche ci si limita a rinviare ad una recente pubblicazione italiana: E. Betta, *Animare la vita. Disciplina della nascita tra medicina e morale nell'Ottocento*, Il Mulino, Bologna 2006; dello stesso autore si considerino poi le voci: *Aborto*; *Bioetica*; *Contracezione*; *Cremazione*; *Fecondazione Artificiale*, da lui curate per il *Dizionario storico dell'Inquisizione*, a cura di A. Prosperi - J. Tedeschi, Laterza, Roma-Bari 2007).

Come è noto inoltre, l'analisi foucaultiana della c.d. “biopolitica” o “biopotere” ha assunto una valenza centrale nella grammatica “utilizzata” dalla filosofia politica e dalle scienze sociali contemporanee per “narrare” questi fenomeni. Tra i contributi del filosofo francese più significativi in tal senso si ricordano esemplificativamente: M. Foucault, *Nascita della clinica: una archeologia dello sguardo medico*; trad. it, Einaudi, Torino 1995; Id., *Gli anormali. Corso al Collège (1974-1975)*, trad. it. Feltrinelli, Milano 2004; Id., *Nascita della biopolitica: corso al Collège de France (1978-1979)* trad. it., Feltrinelli, Milano 2005. Un ampio sguardo sulla vasta produzione nata attorno ai molteplici sviluppi della nozione di biopolitica è offerto in L. Bazzicalupo, *Biopolitica. Una mappa concettuale*, Carocci, Roma 2010.

L'attualità e il grande interesse di tali questioni ha determinato negli anni una proliferazione delle ricerche storiche assistite da una sempre più precisa contestualizzazione. In questa sede si ritiene però particolarmente interessante soffermarsi su alcune suggestioni, tipicamente storico-giuridiche, di alcuni lavori, fra cui si segnalano in particolare i testi di J.-P. Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, (Editions du Seuil, Paris 1993, tradotto in italiano nel 2003, *Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo*, Giuffrè, Milano 2003, e inserito nella collana “Derive” diretta da C. M. Mazzoni); Id., *Le droit de vie et de mort. Archéologie de la bioéthique*, Aubier, Paris 2001; ID., *Avant-propos. Ce que la bioéthique veut dire*, in *Droit et Cultures*, 51(2006) I.

⁴ T. Godbout, *Il linguaggio del dono*, in collaborazione con A. Caille, Bollati Boringhieri, Torino 2002, p. 9.

conosce ancora il cambiamento profondo rappresentato dalla diffusione della diagnosi preventiva clinico-statistica. Le categorie utilizzate dalle decisioni giuridiche che investono il corpo e la vita individuale, in tale lungo arco cronologico, vengono perciò fornite, con un approccio tipicamente casistico, dai teologi e dai canonisti attraverso una riflessione che mostra però una significativa «porosità»⁵ al contributo della disciplina medica.

Entro tali coordinate, il dibattito, che dalla sua prima enucleazione nel diritto comune ha un lunga proiezione sino alla piena età moderna, offre significative tematizzazioni. In tale composita trama è possibile cogliere infatti tentativi di “definizione” dello statuto ontologico-giuridico della persona; sforzi volti a regolare, rispetto ai corpi, la titolarità di poteri e doveri e considerazioni intorno agli interessi che la “gestione della vita” poteva o doveva soddisfare.

8

... e di diritti sui corpi

La tradizione occidentale «ogni volta che deve riconoscersi» guarda all’esperienza canonistica medievale come al suo luogo originario⁶. Ed è in effetti tale esperienza ad organizzare – attraverso uno spregiudicato uso delle tecniche del diritto civile, ma confrontandosi con un universo che è prima di tutto religioso – «uno spettacolare ritorno» del corpo, e dei “diritti” sul corpo, «nel campo visivo dei giuristi»⁷. Lo suggeriva Filippo Vassalli nel suo aureo libretto scritto in uno dei periodi più drammatici del XX secolo⁸, ma è stato più di recente, sottolineato, con altri argomenti, da Jean Pierre Baud. Nel suo saggio *L'affaire de la main volée*, lo studioso francese, fortemente critico nei confronti della tradizionale ricostruzione di Michel Villey⁹, con l’insistere sulla non assimilabilità storica della nozione di persona con quella di individuo (pensato come unità naturale di corpo e anima), ha posto l’accento sul pragmatismo che avrebbe consentito ai giureconsulti romani di attribuire, almeno in via potenziale, ad ogni uomo, considerato come identità puramente civile, una forma più o meno sviluppata di personalità giuridica¹⁰. Nel modello romano il corpo, considerato quale *res*, sarebbe stato così distinguibile dalla “persona”. Una “cosa”, dunque, rientrando però, nel caso dell’uomo libero, nel regime delle sacralità, fuori dalla competenza del diritto civile¹¹. A voler seguire la tesi di Baud, la lunga storia del diritto romano è così anche quella della «disincarnazione dei rapporti umani»¹². Tuttavia a questa lunga tradizione giuridica guarderà, a distanza di secoli, la

9

⁵ E. Betta, *Animare la vita*, cit., p. 15.

⁶ P. Legendre, *Gli scomunicanti. Saggio sull’ordine dogmatico*, trad. it., Marsilio, Venezia-Padova 1976, p. 49, ripubblicato più di recente in Italia in una versione con un titolo più fedele all’originale francese *L’amore del censore: saggio sull’ordine dogmatico*, Spirali, Milano 2007). Gli studi, soprattutto nella prospettiva storico-giuridica continuano in effetti a convergere su tale tesi. Per il largo successo goduto, ci si limita qui a ricordare la ricerca di H. Berman, *Law and Revolution: the formation of the western legal tradition*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1983.

⁷ J.-P. Baud, *Il caso della mano rubata*, cit., pp. 94-95.

⁸ F. Vassalli, *Del Ius in corpus, del debitum coniugale e della servitu d’amore, ovvero La dogmatica ludicra*, Bardi, Roma, 1944, pp. 23 ss.

⁹ M. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, trad. it., Jaca Book, Milano 1986.

¹⁰ J.-P. Baud, *Il caso della mano rubata*, cit., pp. 85- 89.

¹¹ Ibidem, cit., pp. 83 ss.

¹² Ibidem, cit., p. 95.

scienza canonistica medievale, e quella della prima età moderna, per trarre strumenti tecnici quando la disciplina “delle sacralità corporee” si porrà al centro dei suoi sforzi regolativi¹³. Sarà infatti tale scuola, come ha mostrato la più accorta storiografia, a riconoscere il requisito della *realitas* negli effetti di taluni patti. Si trattò di una forte tendenza volta a sottrarre dal campo delle obbligazioni tutti i rapporti di dipendenza stabili, per trasferirli ora in quello dello *status* personale, ora in quello dei diritti reali, ora addirittura in quello della norma consuetudinaria¹⁴. Il risultato fu quello di delineare, all'interno della visione cristiana e sul modello della servitù prediale, situazioni personali che, pur non limitando la formale libertà individuale, consentirono di configurare diritti su uomini, in tale concezione, necessariamente “incarnati”.

Il rapporto tra malattia e relazioni matrimoniali come già anticipato offre un punto di osservazione privilegiato su alcuni aspetti di tali vicende¹⁵.

10

L'uso del matrimonio e la *Malattia per eccellenza*. Una prima tematizzazione (XII-XIII sec)

La riflessione prende le mosse in relazione al vecchio flagello biblico: la lebbra. La deturpante affezione, a cui l'antropologia cristiana attribuiva tipicamente una forte e ambigua valenza morale, stigmatizzava anche socialmente le sue vittime¹⁶. La tendenza a considerare la malattia legata al *divinum iudicium*¹⁷ e la paura del contagio legittimarono del resto una radicale profilassi che si espresse talvolta, soprattutto nella legislazione alto-medievale, in una formula capace di imprimersi sul lebbroso e nell'immaginario europeo per la forza evocativa e liturgica: «tamquam mortuus habetur»¹⁸. Una serie di interdizioni, prevalentemente di ordine sanitario, volte nel loro complesso

11

¹³ In quanto specialista dell'anima la scienza canonista sarà tipicamente più avvezza a confrontarsi con la «realità» del corpo. «Tratta necessariamente, abbondantemente del corpo perchè tratta prima di tutto dell'anima, vale a dire della vita umana, della vita terrestre e della vita terrena. [...] la sua missione sapiente è prima di tutto una biologica» J.-P. Baud, *Il caso della mano rubata*, cit., p. 128.

¹⁴ E. Conte, *Servi medievali. Dinamiche del diritto comune*, Viella, Roma 1996, in particolare pp. 151-211.

¹⁵ La centralità del tema è stata messa in luce già da Charles J. Reid Jr. (The Canonistic Contribution to the Western Rights Tradition: An Historical Inquiry, 33 B.C.L. Rev. 37 (1991) <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol33/iss1/2>, pp. 37-92, in particolare pp. 86-88); e dallo stesso Filippo Vassalli (*Del Ius in corpus*, cit., pp. 115 ss).

¹⁶ Esiste al riguardo una vastissima letteratura; ci si limita qui a rinviare a: J. Imbert, *Les hopitaux en droit canonique*, J. Vrin, Paris 1947, pp. 151-188; F. Merzbacher, *Die Leprosen im alten kanonischen Recht*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, kanonistische Abteilung*, 53 (1967), pp. 27-45; S.N. Brody, *The disease of the soul; leprosy in medieval literature*, Cornell University Press, Ithaca (N.Y.) 1974; F. Bériac, *La paura della lebbra*, in *Per una Storia delle malattie*, a cura di J. Le Goff - J.-C. Sournia, trad. it., Dedalo, Bari 1986, pp. 173-186; P. Landau, *Die Leprakranken im mittelalterlichen kanonischen Recht*, in D. Schwab u.a. (Hg.), *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft, Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*, Duncker & Humblot, Berlin 1989, pp. 565-578; N. Bériou - F.O. Touati, 'Voluntate Dei leprosus'. *Les lépreux entre conversion et exclusion aux XIIe et XXIIIe siècles*, Centro italiano di studi sull'alto medioevo, Spoleto 1991. Per un più aggiornato quadro bibliografico cfr. B. Tabuteau, *Historical Research Developments on Leprosy in France and Western Europe*, in B.S. Bowers (ed.), *The Medieval Hospital and Medical Practice*, Ashgate, Aldershot 2007, pp. 41-56.

¹⁷ La crudele concezione della lebbra come segno esteriore del peccato, generalmente sessuale, e della maledizione divina attraverso l'intero Medioevo, tuttavia una progressiva attenuazione di tale credenza si avrà ad opera della scienza canonistica. Cfr. le osservazioni di Peter Landau intorno al dibattito sulla protezione dei chierici lebbrosi, P. Landau, *Die Leprakranken im mittelalterlichen kanonischen Recht*, cit., pp. 574-578.

¹⁸ Su questa celebre formula dell'Editto di Rotari e più in generale sulla durezza della legislazione alto-medievale che coinvolge la stessa disciplina ecclesiastica cfr. per tutti P. Landau, *Die Leprakranken im mittelalterlichen kanonischen Recht*, cit., pp. 565-568.

ad assicurare il contenimento dell'endemia e a tenere a margine della popolazione sana il malato, scandirono però, con differenze notevoli da luogo a luogo, la vita degli infetti. Può in tal senso essere improprio descrivere il lebbroso del medioevo in via generale come giuridicamente «mort quant au siècle»¹⁹. Intorno alla sua figura si andò infatti delineando, soprattutto nel corso dei secoli XII e XIII, una sorta di *status* deficitario, particolarmente “stimolante” per lo storico.

Michel Foucault ha indicato come cruciale, per la comprensione della moderna razionalità politica, la sostituzione, realizzatasi nel corso del XVIII secolo, delle pratiche di “esclusione” riservate ai lebbrosi con quelle di “inclusione” destinate agli appestati²⁰. Tuttavia può essere interessante soffermarsi sul modello teologico-canonistico costruito sul caso della lebbra, con specifico riferimento al legame matrimoniale, perché esso in effetti consente già di cogliere gli estremi di una osservazione che, fine e meticolosa, arriva a toccare in maniera sempre più vicina la vita dei singoli, sani e infermi, “normali” e “anormali”. Non a caso tale morbo, anche quando alla fine del Medioevo sarà divenuto per gli Europei prevalentemente un'infezione tropicale, continuerà a rappresentare la «Malattia per eccellenza»²¹. La sua disciplina, continuamente commentata e modificata, verrà considerata espressamente estendibile anche alle altre patologie contagiose e sarà essa stessa a fornire principi di trasformazione e di innovazione²².

Due decretali (*Pervenit ad nos* e *Quoniam nemini*) di Alessandro III²³, insieme ad una terza epistola di Urbano III (*Litteras*), prima inserite in una delle più antiche compilazioni di diritto canonico e poi raccolte nel quarto libro del *Liber Extra* sotto il titolo *De coniugio leprosororum*²⁴, godranno di larghissima fortuna e verranno citate quali importanti *auctoritates* anche nel dibattito europeo dei secoli successivi. In questa sede degne di attenzione sono soprattutto le prime due²⁵ perché è intorno a queste che si è sviluppata un'analisi dettagliata «sul corpo oggetto di diritti»²⁶. Esse condensano

12

13

¹⁹ J. Imbert, *Les hôpitaux en droit canonique*, cit., p. 183.

²⁰ M. Foucault, *Gli anormali. Corso al Collège (1974-1975)*, trad. it. Feltrinelli, Milano 2004, pp. 47 ss.

²¹ F. Bériac, *La paura della lebbra*, cit., p. 178.

²² Ancora nella seconda metà del secolo XVIII, il teologo avvocato Alfonso Maria de'Liguori dichiara applicabile questa disciplina, con tutti i suoi sviluppi, al «morbo gallico, phthisi, aut alio morbo contagioso» (*Theologia moralis*, IV, *Liber Sextus*, Tract. VI, n. 909, p. 93; n. 950 pp. 130-132).

²³ Sulla controversa datazione (1180) di queste decretali e sulla loro tradizione prima di essere raccolte nella *Compilatio I* cfr. P. Landau, *Die Leprakranken im mittelalterlichen kanonischen Recht*, cit., pp. 569-570.

²⁴ Il titolo *De Coniugio Leprosi* della *Compilatio I*, che raccoglie già tutte e tre le decretali che saranno poi inserite nel *Liber Extra* (rispettivamente 1 *Comp.* 4.8.1- X. 4.8.1; 1 *Comp.* 4.8.2- X. 4.8.2; 1 *Comp.* 4.8.3- X. 4.8.3), è consultabile nelle *Quinque Compilationes Antiquae*, ed. by E. Friedberg, Bernhard Tauschnitz, Leipzig: 1882. Reprint Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, Graz 1956, p. 49. Available at: http://works.bepress.com/david_freidenreich/21. Si confronti per il *Liber Extra* l'edizione E. Friedberg, *Corpus Iuris Canonici*, t. II, *Decretalium collectiones*, Leipzig 1879 (rist. Graz 1959), coll. 690-691.

²⁵ La decretale *Litteras* X. 4.8.3, che viene in questa sede tralasciata, indirizzata da Urbano III (1185-1187) al vescovo di Firenze rileva soprattutto sotto il profilo della tradizionale disputa intorno al momento perfezionativo del matrimonio ed intorno alla distinzione tra *sponsalia per verba de praesenti* e *sponsalia per verba de futuro* (per un primo chiaro orientamento sulla complessa questione cfr. P.A. d'Avack, *Cause di nullità e di divorzio nel diritto matrimoniale canonico*, Cya, Firenze 1952, pp. 29-36). Il pontefice nella sua epistola ammise, a differenza di Alessandro III, lo scioglimento di un matrimonio contratto (*sponsalia*), ma non consumato a causa della *lepra superveniens*. Raimondo da Peñafort aggiungerà però a *sponsalia* le parole *de futuro*, e la decretale verrà intesa solamente come relativa allo scioglimento di un fidanzamento, ovvero gli *sponsalia de futuro*. Cfr. A. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, ed. R. Génestal - J. Dauviller, Paris 1929-1935, I, p. 146; II, p. 99.

²⁶ J.-P. Baud, *Il caso della mano rubata*, cit., pp. 113 ss.

infatti le principali e tradizionali linee di forza che faranno della singolarissima definizione dello *jus in corpus* l'asse portante del matrimonio canonico²⁷ e, con progressivi assestamenti e significative precisazioni, il criterio risolutivo di alcune controversie a sfondo, diremmo oggi, bioetico e biogiuridico.

Il pontificato di Alessandro III (1159-1181) si colloca in anni in cui lo slancio demografico e la ripresa degli scambi avevano favorito in tutto il continente una forte recrudescenza del male. I lebbrosari, testimonianza di «una società in cui la solidarietà delle comunità allargate» sostituisce progressivamente e parzialmente «quelle del gruppo familiare»²⁸, iniziano a contraddistinguere il panorama dell'Europa occidentale già comunque profondamente segnato dalla prassi consuetudinaria («de consuetudine generali») di separare dalla “compagnia delle persone” («a communione hominum») il lebbroso²⁹.

Con queste due epistole, il papa si pronunciava perciò sul trattamento da riservare ai coniugi nel caso in cui uno dei due fosse stato colpito dalla sciagurata infezione e sulla sorte del loro matrimonio³⁰. Consideriamo sinteticamente gli argomenti utilizzati dal grande pontefice-giurista, perché sono quelli su cui si svilupperà la fecondissima attività esegetica.

Interrogato dall'arcivescovo di Canterbury, nella prima decretale, il papa richiamava innanzitutto il fondamentale tema *genesiacò* dell'unione dei due corpi, divenuti a seguito del matrimonio una sola carne (*una caro*)³¹. Per l'indissolubilità del legame che ne derivava, il coniuge sano doveva perciò esser restituito a quello infermo. La questione era affrontata più specificamente sotto il profilo della *coniugalis affectio*³². A detta del papa, l'alto prelato avrebbe dovuto indurre, *sollicitis exhortationibus*, il coniuge sano a seguire quello malato e a continuare così a *ministrare* la *coniugalis affectio*. Diversamente,

²⁷ Sulla graduale costruzione ad opera della dottrina classica del matrimonio centrata prevalentemente sullo *jus in corpus* cfr. A.C. Jemolo, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal concilio di Trento al codice del 1917*, Il Mulino, Bologna 1993; J. Gaudemet, *Il matrimonio in Occidente*, SEI, Torino 1989; J.A. Brundage, *Law, Sex, and Christian society in medieval Europe*, The University of Chicago Press, Chicago 1987; E. Dieni, *Tradizione «juscorporalista» e codificazione del matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano 1999. Sul fondamentale ruolo di Alessandro III nell'edificazione del matrimonio canonico cfr. Ch. Donahue, *The policy of Alexander the Third's Consent Theory of Marriage*, in *Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law*, ed. S. Kuttner, Città del Vaticano, pp. 251-281; in particolare sugli interventi di questo pontefice in ordine alla disciplina delle relazioni sessuali, seppure soprattutto in relazione al perfezionamento del matrimonio cfr. J.A. Brundage, *Marriage and Sexuality in the Decretals of Pope Alexander III*, in Id., *Sex, Law and Marriage in the Middle Ages*, Ashgate, Aldershot 1993, pp. 59-83.

²⁸ Sulla proliferazione dei lebbrosari, iniziata già a partire dagli anni 1070-1130 e che terminerà solo dopo il 1250 cfr. F. Bériac, *La paura della lebbra*, cit., p. 174. Sul loro carattere “ospedaliero” e sullo stretto rapporto con la comunità cittadina cfr. J. Imbert, *Les hôpitaux en droit canonique*, J. Vrin, Paris 1947, pp. 151-183; S. Reicke, *Das deutsche Spital und sein Recht in Mittelalter*, Enke, Stuttgart 1932, I, pp. 310-326; II, pp. 233-286.

²⁹ X. 4.8.1: «Pervenit ad nos, quod, quum hi, qui leprae morbum incurrunt, de consuetudine generali a communione hominum separantur, et extra civitates et villas ad loca solitaria transferantur [...]»

³⁰ Su queste due decretali e sulla loro interpretazione da parte della decretalistica si è soffermato anche P. Landau, *Die Leprakranken im mittelalterlichen kanonischen Recht*, cit., pp. 569-573.

³¹ Gen 2,18;22-24.

³² Cfr. X. 4.8.1. Sul nuovo apporto, in senso dinamico e soggettivo, dato da Alessandro III alla nozione e all'uso della formula *maritalis affectio* e sullo specifico rilievo della decretale *Pervenit ad nos* cfr. J.T. Noonan, *Marital affection in the Canonists*, in *Studia Gratiana*, XII (1968), pp. 479-509; M.M. Sheehan, *'Marital affection revisited'* in *The Olde Dance: Love, Friendship, Sex, and Marriage in the Medieval World*, ed. R.R. Edwards- S. Spector, University of New York press, Albany 1991, pp. 32-43.

gli sposi, uniti comunque in matrimonio, avrebbero dovuto scegliere, a pena di scomunica, la continenza³³.

Nella seconda decretale indirizzata al vescovo di Bayonne sono offerti poi ulteriori dati normativi³⁴. Non soltanto non si sarebbe dovuto allontanare il coniuge malato da quello sano, ma quest'ultimo non avrebbe potuto altresì *dimittere* l'altro a causa della grave infermità. Niente è più umano che condividere tra gli sposi la sorte avversa, commenterà Enrico da Susa³⁵, ma Alessandro III applicava al riguardo, con una netta intonazione giuridica, il vessatissimo inciso di Matteo. La fornicazione costituiva «ex multis auctoritatibus et praecipue ex evangelica veritate»³⁶ l'unico caso in cui una separazione poteva essere ammessa³⁷.

Nell'epistola il pontefice infine, oltre a riconoscere esplicitamente ai lebbrosi la libertà di contrarre matrimonio qualora non avessero voluto osservare una vita di continenza e avessero trovato qualcuno disposto a sposarli³⁸, affrontava un'ultima importante questione. Nel caso in cui il malato avesse richiesto l'adempimento del *carnale debitum*, il coniuge sano avrebbe dovuto soddisfarlo. L'esortazione paolina che enunciava il potere reciproco di ciascun coniuge sul corpo dell'altro³⁹, veniva indicata dal pontefice come generale precetto per il quale non poteva prevedersi alcuna eccezione.

17

18

³³ Cfr. X. 4.8.1. «[...] Mandamus, quatenus ut uxores viros, et viri uxores, qui leprae morbum incurrunt, sequantur, et eis coniugali affectione ministrent, sollicitis exhortationibus inducere non postponas. Si vero ad hoc induci non poterunt, eis arctius iniungas, ut uterque altero vivente continentiam servet. Quodsi mandatum tuum servare contempserint, vinculo excommunicationis adstringas».

³⁴ X. 4.8.2.

³⁵ L'*Hostiensis* nello specificare nella sua *Lectura* ad X. 4.8.2 v. *Aliqua gravi*, (Henricus de Segusio, *In Quartum Decretalium librum Commentaria*, Apud Iuntas, Venetiis 1581, rist., Bottega d'Erasmus, Torino 1965, n. 5, fol. 21Ab) che il principio valeva per qualunque altra patologia grave sopravvenuta indicava a tale riguardo anche altre forme di disabilità: «alia queaecunque esto, quae sit paralitica, vel brachium, vel coxam, vel nasum, vel oculos amiserit, vel omnino etiam fiat inhabilis et impotens, sicut truncus ex quo matrimonium praecessit ista [...] quia nihil tam humanum est, quam tales casus fortuitos coniuges adinvicem participare». Cfr. anche Id., *Summa* (Summa [Aurea] una cum summaris et adnotationibus Nicolai Superantii, Neudruck der Ausgabe, Lyon 1537, rist. Scientia, Aalen 1962, fol. 206rb n. 2). Come è noto, il divieto di “rimandare” il coniuge *pro aliqua macula seu deformitate corporis* è uno dei temi, insieme a quello della frigidità ai fini della legittimità del matrimonio, più discussi dalla scolastica (si consideri in tal senso l'ampia riflessione nata intorno alla *Distinctio* 34 del IV libro delle *Sentenze* di Pietro Lombardo) e dalla dottrina canonistica.

³⁶ X. 4.8.2.

³⁷ Sulla “clausola di impudicizia” («[...] excepta fornicationis causa[...]» Mt 5,32 e 19,9) esiste naturalmente una vastissima letteratura. Su questa definizione cfr. gli autori citati da E. Dieni, *Tradizione «juscorporalista» e codificazione del matrimonio canonico*, cit., p. 138 nota 19. Questi passi scritturistici sono stati al centro della secolare disputa intorno alla configurabilità nel caso di adulterio di un'eccezione al divieto di divorzio. L'interpretazione accolta dalla tradizione cattolica come è noto è quella che ha ricostruito l'ipotesi di adulterio (e in via estensiva quella di fornicazione spirituale) come un caso di separazione personale (*divortium quoad thorum*). Cfr. G. di Renzo Villata, *Separazione personale (storia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLI, Milano 1989, pp. 1350-176; G. Marchetto, *Il divorzio imperfetto. I giuristi medievali e la separazione dei coniugi*, Il Mulino, Bologna 2008.

³⁸ «Non facit Deus aliquem cui non provideat» annoterà Giovanni d'Andrea nei suoi *Commentaria* (Joannes Andreae, *In quartum Decretalium Novella Commentaria*, ad X. 4.8.2, Apud Franciscum Franciscum Senensem, Venetiis 1581, rist. Bottega d'Erasmus, Torino 1963, fol. 34b n. 2).

³⁹ 1 Cor 7,2-4: «Uxori vir debitum reddat, similiter autem et uxor viro. Mulier sui corporis potestatem non habet, sed vir; similiter autem et vir sui corporis potestatem non habet, sed mulier».

Come dicevamo, queste decretali non solo richiamano alcuni degli aspetti più tipici e originali, “juscorporalisti”, del matrimonio canonico, ma costituiscono anche il nucleo di una lunghissima elaborazione. 19

Le annotazioni che verranno apportate dai decretalisti a queste statuizioni pontificie ben mostrano innanzitutto come fosse estranea alla realtà normativa e culturale dell'età intermedia la considerazione di una qualunque “primarietà” degli ordinamenti giuridici positivi. La consuetudine – *altera lex*, come la definirà ancora nel suo commentario della fine del secolo XV Antonio da Budrio⁴⁰ – che voleva una separazione dei malati dal resto della comunità era senz'altro – si legge nella *Glossa Ordinaria* –, approvata dal diritto canonico, ma nella misura in cui avesse comportato la separazione dei due coniugi essa sarebbe diventava senz'altro una *mala consuetudo*⁴¹ perché in violazione dei, ben più alti, principi evangelici⁴². 20

È stato autorevolmente osservato che se si guarda al mondo medievale con l'intento di cogliere gli aspetti che più lo tipicizzano, a venire subito alla vista è questo fermo postulato della subordinazione “formale” di tutte le grandezze umane ad un assetto superiore⁴³. Il primato dello *ius divinum* non rispondeva infatti solamente ad una esigenza fideistica, ma assolveva anche una funzione *lato sensu* pubblicistica e costituiva una realtà tangibile perfettamente rilevabile, sotto vari profili, dal giurista. Lo dimostra ad esempio l'Ostiense che, proprio in relazione all'adempimento del debito coniugale nel caso di malattia, osservava nella sua *Lectura* come non ci si dovesse limitare alla ricerca di un qualche diritto positivo espresso e speciale per imporne la prestazione. La legittimazione piuttosto poteva discendere *ex praecepto apostoli et ex iuribus generalibus positivis*⁴⁴. 21

La stessa *facultas contrahendi matrimonium*, riconosciuta – come appena visto – da Alessandro III ai lebbrosi, testimonia, per altri versi poi, la precocissima tendenza ad immaginare, sulla base di un diritto superiore (*de iure divino*), un articolato sistema di diritti individuali⁴⁵. «A legally safeguarded zone of personal freedom», costituita da pretese individuali azionabili processualmente e opponibili, entro certi limiti, anche nei confronti delle diverse autorità mondane⁴⁶. 22

⁴⁰ Antonio da Budrio, *Lectura ad X.4.8.1 (Super quarto Decretalium, VI, Apud Iuntas, Venetiis 1578, rist. Bottega d'Erasmus, Torino 1967, fol. 29Ab, n. 7).*

⁴¹ Bernardo da Parma, Gl. *De consuetudine ad X. 4.8.1*. Per l'edizione glossata del *Liber Extra* si è utilizzata l'edizione: In Aedibus Populi Romani, Romae 1584.

⁴² Antonio da Budrio, *Lectura ad X. 4.8.2*, ed. cit., fol. 30a, n. 5: «Praeceptum Apostoli ligat, et pariter, sicut praeceptum Dei».

⁴³ P. Bellini, *Legislatore, giudici, giuristi nell'esperienza teocentrica della repubblica cristiana, ora in Saggi della esperienza canonistica*, Giappichelli, Torino 1991, pp. 115-156.

⁴⁴ Henricus de Segusio, *Lectura ad X. 4.8.1 v. Ministrent*, ed. cit., fol. 21Ab, n. 5.

⁴⁵ Ad avere posto l'attenzione sul sofisticato sistema di “diritti individuali” conosciuto dalla scienza canonistica classica: L. De Luca, *I diritti fondamentali dell'uomo nell'ordinamento canonico* (Settimana Canonistica, Romae 1952), ora ripubblicato in Id., *Scritti vari di diritto ecclesiastico e canonico*, II, Cedam, Roma 1997, pp. 177-192; B. Tierney, *L'idea dei diritti naturali: diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, trad. it., Il Mulino, Bologna 2002; J. Reid Jr, *The Canonistic Contribution*, cit.

⁴⁶ Bernardo da Parma nel glossare tale decretale pontificia (Gl. *Liberum ad X.4.8.2*) specificherà che tale libertà residua «cum non sit eis prohibitum», tuttavia è stato sottolineato da J. Reid Jr, (*The Canonistic Contribution*, cit., nota 191, p. 79): «There is inherent in this type of reasoning a certain circularity, unless one already has in mind a prior conception of situations where freedom of action is to prevail and where it is to be restricted». Sull'interpretazione canonistica in senso restrittivo dei *prohibitoria edicta* (legislazioni che proibivano la libertà di contrarre matrimonio) cfr. ancora le osservazioni di J. Reid Jr a pp. 78-80.

Se la logica intrinseca a tale universo culturale non consentiva dunque che gli ordini giuridici terreni, coesistenti e operanti l'uno accanto all'altro, potessero arrivare a contraddire i precetti divini, che li fondavano e legittimavano, questi ultimi tuttavia dovevano essere pur sempre interpretati. Anche per la disciplina del *coniugium leprosororum* si rendeva perciò necessaria una corretta intelligenza del debito coniugale. Il principio apostolico dal quale discendeva era infatti sì un precetto generale che *generaliter est intelligendum*, tuttavia – precisava Bernardo da Parma – il precetto indefinito poteva equivalere, *regulariter*, a precetto universale, a condizione che non fosse stato più specificamente, *lege vel canone*, determinato⁴⁷. 23

Fu questa la via attraverso cui si individuaronο e svilupparono le questioni sottostanti. 24

Tra teoria e prassi: la feconda problematizzazione della decretalistica

La regola generale, confermata dalle decretali pontificie, escludeva dunque che il coniuge sano potesse separarsi da quello malato, con conseguente invalidità di ogni statuto e consuetudine contraria⁴⁸. La lebbra non scioglieva del resto le nozze legittimamente contratte⁴⁹ e la pretesa del debito coniugale anche in questo caso avrebbe potuto ottenere una rigorosa tutela giudiziaria⁵⁰. 25

I canonisti, chiamati a discutere *de executione matrimonii*⁵¹, si confrontavano, tuttavia, con una realtà, come accennato, largamente caratterizzata dalla segregazione degli infetti in apposite comunità (*domus leprosororum*) e dal convincimento che fosse proprio la convivenza abituale ad essere una delle principali cause di trasmissione del male⁵². Occorreva perciò ragionare su tale importante dato. Nello sforzo di contemperare l'assoluto rispetto della legge divina e gli interessi sanitari in gioco si osservava così ad esempio che *ministrare l'affectio* e il *debitum* non significava certamente mantenere il dovere della coabitazione⁵³. Ciò valeva soprattutto in presenza di figli che avrebbero rischiato il contagio e che dunque avrebbero dovuto dimorare con il genitore in salute⁵⁴. Il coniuge sano del resto non avrebbe potuto seguire sempre quello malato anche per la stessa organizzazione 26

⁴⁷ Bernardo da Parma, Gl. *Generali praecepto* ad X. 4.8.2: «[...] indefinita aequipollet universalis, illud regulariter obtinet in iure, si lege vel canone non determinatur».

⁴⁸ Antonio da Budrio, *Lectura* ad X. 4.8.1, ed. cit., fol. 29Ab, nn. 3-4: «[...]consuetudo, per quam inducitur separatio matrimonii, tamquam obvians iuri divino, non valet, nec ab ecclesia est servanda, etiam inter laicos».

⁴⁹ Goffredo da Trani, *Summa* ad X. 4.8 (*Summa in Titulos Decretalium*, ad X. 4.8, Apud Ioannem Baptistam Hugolinum, Venetiis 1586, fol. 172va n. 1).

⁵⁰ Si ricorda al riguardo il formulario offerto dallo *Speculum iudiciale* di Guillaume Durand (*Speculum Iudiciale*, II, lib. IV, Partic. IV; Apud Ambrosium et Aurelium Frobenios fratres, Basileae 1574, rist. Scientia Verlag Aalen 1875, fol. 449): «Libellus: Coram etc. propono contra P. virum meum, quod licet inter nos matrimonium legitime per verba contractum fuerit de praesenti, ipsumque; fuerit carnali copula consummatum, nunc quia divino iudicio leprae morbum incurrit, me autoritate propria a suo dimisit consortio, et a sua cohabitatione reiecit: quare peto ipsum per vos cogi, quod mihi cohabitaret, et me maritali affectione pertractet, et reddat debitum coniugale [...]».

⁵¹ Antonio da Budrio, *Lectura* ad X. 4.8.1, ed. cit., fol. 29Ab, n. 6.

⁵² Così riporta ancora per esempio Alberico da Rosciate, alla voce *Lepra* nel suo *Dictionarium Iuris tam Civilis, quam Canonici* (ed. Apud Guerreos Frates, Venetiis 1573).

⁵³ Decisiva è in tal senso l'autorità di Alano Anglico, cfr. Goffredo da Trani, *Summa* ad X. 4.8, ed. cit., fol. 172va, n. 1; Henricus de Segusio, *Lectura* ad X. 4.8.1 v. *Ministrent*, ed. cit., fol. 21Aa, n. 5.

⁵⁴ cfr. Goffredo da Trani, *Summa* ad X. 4.8, ed. cit., fol. 172vb n. 2; Henricus de Segusio, *Summa*, ed. cit., fol. 206rb, n. 4.

della *domus leprosorum*⁵⁵. Il fatto che molte comunità fossero ad esempio istituzioni religiose suggerì all'Ostiense di tollerare, in presenza di precisi presupposti che garantissero soprattutto la continenza, una separazione di fatto dei due coniugi, estendendo a tutte le ipotesi di ingresso in lebbrosario le condizioni previste per l'ingresso in religione⁵⁶.

Dal punto di vista teorico di difficile soluzione rimanevano comunque le questioni sollevate proprio dall'adempimento della prestazione sessuale, nell'ipotesi in cui il coniuge malato non avesse voluto essere “defraudato del suo *debitum*”, e non avesse accettato, spontaneamente o previa ammonizione ecclesiastica, la continenza. Alcuni talvolta – lo ricordano ad esempio sia Bernardo da Pavia⁵⁷, sia Enrico da Susa⁵⁸ – distinguevano tra una forma di lebbra capace di trasmettersi con il contatto fisico e una meno contagiosa, e ritenevano legittimo il rifiuto della prestazione nel primo caso. Si trattava però, a detta dei celebri dottori, di una distinzione che non trovava alcun avallo nei canoni e che doveva essere rigettata come superstiziosa. Per altri versi appariva fermo sulla base dei testi paolini e della teoria agostiniana dei tre *bona nuptialia* il postulato secondo cui ciascun coniuge con il perfezionamento del matrimonio⁵⁹, avesse definitivamente dismesso a favore dell'altro ogni *potestas* sul proprio corpo e a fronte di ciò acquisito il diritto di pretendere il debito coniugale, a fini procreativi o destinandolo a *remedium fornicationis*⁶⁰.

Il nesso tra *potestas* e *debitum*, ricavato dai testi scritturistici e patristici, come è noto, legittimò però anche per il diritto coniugale il ricorso allo schema delle servitù prediali e della *quasi possessio*. Con il matrimonio ciascuno dei due coniugi avrebbe perciò dovuto sopportare in realtà solo un *usus* del diritto da parte dell'altro, *usus* che avrebbe mostrato tuttavia una peculiare natura di obbligazione personale⁶¹.

Per il caso della malattia, nello sforzo pregevole di cogliere il vero e principale *quid iuris*, poteva così osservarsi dunque che l'orrore dell'infermità sarebbe stato in grado di rendere la prestazione effettivamente impossibile. A fronte di tale eccezione a nulla quindi sarebbe giovata la sentenza di scomunica, e se irrogata questa avrebbe dovuto essere *relaxata*⁶².

⁵⁵ Goffredo da Trani, *Summa ad X. 4.8*, ed. cit., fol. 172va-b n. 2.

⁵⁶ G. Marchetto, *Il divorzio imperfetto*, cit., pp. 381 ss e pp. 387 ss.

⁵⁷ Bernardo da Pavia, *Summa Decretalium*, ad X. 4.8, ed. E.A.T. Laspeyres, Regensburg 1860, rist. Graz 1956, p. 153.

⁵⁸ Henricus de Segusio, *Summa Aurea*, ad X. 4.8, ed. cit., fol. 206rb, n. 2.

⁵⁹ Sui dubbi dei canonisti intorno all'elemento costitutivo del vincolo matrimoniale (che però già a partire dal 1160 vengono gradualmente risolti, senza disconoscere l'importanza della *copula carnis*, a favore dello teoria consensualista) si rimanda a J. Gaudemet, *Il matrimonio in Occidente*, cit., pp. 113-145; E. Dieni, *Tradizione «juscorporalista» e codificazione del matrimonio canonico*, cit., pp. 156-261.

⁶⁰ Nell'impossibilità di soffermarsi in questa sede sulla complessità, e le incertezze, della tradizione canonistica classica intorno alla costruzione del matrimonio e alla giustificazione della *copula coniugalis* attraverso la teoria agostiniana dei tre beni (*bonum fidei, bonum sacramenti, bonum prolis*) ci si limita a rimandare a J. Gaudemet, *Il matrimonio in Occidente*, cit., in particolare pp. 113-145; J.T. Noonan, *Contraception et mariage. Évolution ou contradiction dans la pensée chrétienne*, trad. de l'anglais, Cerf, Paris 1969; E. Dieni, *Tradizione «juscorporalista» e codificazione del matrimonio canonico*, cit.

⁶¹ G. Marchetto, *Diritto sul corpo e «servitù coniugale» nella dottrina canonistica pretridentina*, in *Annali dell'Istituto Storico Italo-Germanico in Trento*, XXXIV, (2008), p. 89-112 in particolare pp. 117 ss.

⁶² Henricus de Segusio, *Lectura*, ad X. 4.8.2, ed. cit., fol. 22, n. 6; Antonio da Budrio, *Lectura ad X. 4.8.2*, ed. cit., fol. 30b, n. 13: «si excommunicatur, excommunicatio ligat quo ad ecclesiam, non quo ad Deum, et sic hoc

Ancora, l'altissimo rischio di contagio, – come chiariva Giovanni d'Andrea laico, professore di diritto canonico in tante università italiane – avrebbe sollevato l'uomo *ethicus* dal rendere il debito poiché «ordinata charitas est ut prius sibi consulat»⁶³. L'utilizzo di questo celebre adagio⁶⁴ ripreso anche da Antonio da Budrio⁶⁵ e da Niccolò Tedeschi, suo allievo, tra i maggiori canonisti di tutto il medioevo tardivo⁶⁶, faceva dunque sì che per il fondato pericolo dell'infezione il debitore potesse legittimamente – argomentano i nostri giuristi – con il rifiuto tutelare l'incolumità della propria persona.

30

L'apporto teologico-scolastico

In un contesto in cui è completamente illogico legare il governo di sé all'idea stessa di una sovranità assoluta ed esclusiva sulla propria vita e sul proprio corpo, “l'ordine della carità” si spiegava, fuori da esigenze individuali, entro l'ambito del diritto naturale e di un'economia di salvezza. I grandi teologi consentono di chiarire meglio il quadro. Il matrimonio attraverso il quale è dato ad entrambi i coniugi una *potestas in corpore alterius respectu carnalis copulae*⁶⁷ – scrive Tommaso d'Aquino commentando le Sentenze di Pietro Lombardo –: «fu istituito come compito naturale, quindi nel suo atto bisogna considerare il moto della natura secondo il quale la facoltà nutritiva fornisce alla generativa solo ciò che sopravanza alla conservazione dell'individuo: poiché l'ordine naturale esige che uno completi se stesso, e successivamente trasmetta ad altri la propria perfezione»⁶⁸. La conservazione di sé rappresentava dunque in tale ottica un limite esterno che il debitore avrebbe dovuto considerare nell'adempiere la propria prestazione⁶⁹.

31

Nella ricca trattazione scolastica emergevano però anche altre argomentazioni. Il lebbroso, come accennato, era destinatario di una serie di limitazioni della sua capacità giuridica fra cui vi era l'incapacità ad accedere agli ordini sacri e, per chi fosse stato già ordinato, l'incapacità a somministrare i

32

constaret ecclesiae, non deberet contra eum sententiam dare, sed datam potius relaxare, quia non debet ligare ad impossibile [...].»

⁶³ Joannes Andreae, *Comm.*, ad X. 4.8.2, ed. cit., fol. 34Aa, n. 9.

⁶⁴ La massima “Ordinata charitas incipit a se ipso” ha ricevuto come è noto nella tradizione dei legisti, dei canonisti, e dei filosofi scolastici moltissime applicazioni. Alcuni importanti e ormai classici studi ne hanno indagato i riflessi sul bilanciamento tra interesse pubblico e interesse privato e sulla elaborazione del tema dell'autosacrificio patriottico (per un sintetico quadro bibliografico si rimanda a G. Post, *Studies in Medieval legal Thought. Public Law and the State, 1100-1322*, Princeton University Press, Clark, New Jersey 2006, p. 286 nota 93). Altri lavori più di recente hanno messo in luce la sua valenza nell'ambito dei rapporti privatistici cfr. W. Decock - J. Hallebeek, *Pre-contractual duties to inform in Early Modern Scholasticism*, in *The Legal History Review* 78 (2010), pp. 89-133.

⁶⁵ Antonio da Budrio, *Lectura*, ad X. 4.8.2, ed. cit., fol. 30 rb, n. 13.

⁶⁶ Niccolò Tedeschi, *Lectura*, ad X. 4.8.2 (*Lectura super quarto et quinto libro Decretalium*, Jenson Nicolas, Venetiis 1478 fol. 48b).

⁶⁷ Tommaso D'Aquino, *In IV Sent.*, dist. 34, q. 1, a.2 (*Commento alle sentenze di Pietro Lombardo*, IX, ESD, Bologna 2001, p. 532).

⁶⁸ Tommaso D'Aquino, *In IV Sent.*, dist. 32, q.1, aa. 1-2, ed. cit., p. 413.

⁶⁹ Tommaso D'Aquino, *In IV Sent.*, dist. 32, q.1, aa. 1, ed. cit., p. 413: «Siccome dunque la moglie ha potere sul marito solo rispetto alla potenza generativa, e non invece su quanto è ordinato alla conservazione dell'individuo, di conseguenza il marito è tenuto a renderle il debito coniugale in quelle cose che riguardano la generazione della prole, fatta salva tuttavia innanzitutto l'incolumità della persona».

sacramenti. Poteva dunque parlarsi nel caso di *lepra superveniens* di una inabilità *ad debiti solutionem*? Le due ipotesi non erano simili – si osservò – dal momento che, a differenza del caso di irregolarità, il malato, riguardo alle nozze, conservava una piena libertà di contrarre e il perfezionamento del vincolo matrimoniale, per la sua indissolubilità, faceva salvo il debito⁷⁰.

Di particolare nota in questa sede è poi la riflessione intorno all'interesse dei “non ancora concepiti”. Dal momento che la lebbra era ritenuta un *morbus haereditarius*, ci si chiese se costituisse un ostacolo legittimo all'adempimento del debito il rischio di procreare una prole deforme⁷¹. 33

Tutti i grandi dottori – tanto Bonaventura, quanto l'Aquinate, così come Riccardo di Mediavilla⁷² e a distanza di qualche anno Pietro della Palude⁷³ – rimasero concordi nell'escludere quale causa di rifiuto della prestazione la sola protezione dei nascituri (*ad vitandum periculum prolis*). 34

A nulla sarebbe giovato fare riferimento a quanto previsto intorno all'uso del matrimonio durante il mestruo. Anche in questo caso l'atto avrebbe esposto, secondo un'antichissima tradizione, al pericolo di una prole lebbrosa, elefantiaica o mostruosa. In considerazione di ciò ai due sposi veniva raccomandata l'astinenza e giustificato, entro limitatissime circostanze, il rifiuto della prestazione⁷⁴. I coniugi avrebbero del resto potuto *bonam prolem procreare* negli altri giorni. 35

Questa situazione non era comune invece ai lebbrosi, il cui stato di infermità era continuo e non momentaneo. Per essi il rifiuto del debito avrebbe comportato un più alto rischio di incontinenza. Tanto più che secondo una credenza diffusa, a cui si rifarà con ben diversi esiti la scienza medica ufficiale ancora molti secoli dopo⁷⁵, questo tipo di affezione provocava nei malati un'irresistibile tendenza per i piacere sessuali. Nel bilanciare gli interessi in gioco, si rilevò che nessun grave pregiudizio si avrebbe propriamente avuto sotto il profilo del *bonum prolis*. Sulla scia dell'ammonimento agostiniano «*Melium est esse miserum quam omnino non esse*»⁷⁶, si osservò infatti che anche se i figli fossero nati malati sarebbe stato comunque meglio per essi esistere così piuttosto che non esistere affatto. Un danno maggiore sarebbe derivato dalla non generazione («[...] *magis esset contra prolis bonum si leprosi nunquam generarent quam si proles nunquam nasceretur ex eis*»). Ad essere utilizzato un *tòpos* che mostrerà nei secoli le sue molte valenze dogmatiche e che segnerà la tradizione giuridica occidentale anche quando questa si sarà ormai formalmente emancipata dall'accoglimento di specifici concetti teologici. Seguendo tale impostazione, nessun 36

⁷⁰ Bonaventura, *In IV Sent.*, dist. 32, a. 2 q. 1 (Opera Omnia, V, Qvo Expositiones In Librvm III. Et IV. Sententiarum, Borde [u.a.], Lugduni 1668, foll. 385-386).

⁷¹ Bonaventura, *In IV Sent.*, dist. 32, a. 2 q. 1, ed. cit., foll. 385-386: «Lepra est morbus haereditarius: ergo transmittitur ad prolem: ergo cum coiuts qui est causa deformitatis in prolem sit contra bonum prolis, et talis sit prohibitus, quia propter hoc non licet ad menstruatam accedere [...] ergo nullo modo licebit mulieri coire cum leproso, aut enconverso».

⁷² Ricardus de Mediavilla, *In IV Sent.*, dist. 32, d. 4, q. 2 (*In Quartus Sententiarum resolutae questiones*, Soardus, Venetiis 1509, fol. 154va).

⁷³ Pierre de la Palud, *In IV Sent.*, dist. 32, q. 1 (*Scriptum in quartum Sententiarum Petri Lombardi*, Bonetus, Venedig 1493, fol. 162rb).

⁷⁴ Bonaventura, *In IV Sent.*, dist. 32, a. 3 q. 1, ed. cit., foll. 386-388.

⁷⁵ P.-A.-O. Mahon, *Medicina legale e Polizia medica: opere postume*, IV, trad. it. di G. Chiappari, Pirotta, Milano 1820, p. 317. Più in generale sul tema dei limiti alla libertà di contrarre matrimonio e al diritto di riprodursi in caso di malattia contagiosa o ereditaria in tale mutato contesto cfr. pp. 293-327.

⁷⁶ Agostino, *De libero arbitrio* lib. III, cap. 7.

uomo, nessuna autorità umana, nessuna scienza avrebbe potuto esibire o dare un valido titolo per rendere illegittima un'unione dalla quale sarebbe potuto nascere un infermo.

Nuovi e differenti sviluppi

Le opere teologico-giuridiche della prima età moderna, per l'accentuato approccio insieme enciclopedico e casistico, offrono nuovi approfondimenti e differenti sviluppi. 37

Nella nota *Summa theologica* di S. Antonino si citano così le autorità antiche, se ne sintetizzano le conclusioni, ma si approfondiscono anche nuovi dati. Nel valutare il rischio di contagio, bisogna accordare fiducia ai medici – si legge a testimonianza di una crescente attenzione per la medicina – e questi sostengono probabilità diverse di trasmissione tra uomo e donna⁷⁷. Fuori dal grave pericolo di salute dei coniugi – aggiunge comunque l'arcivescovo fiorentino – a nessuno può essere proibito di esercitare un proprio diritto, anche a costo del concepimento di figli malati, e soprattutto quando si tratta di evitare un pericolo spirituale imminente⁷⁸. 38

Nella *Summa Angelica*, il diffusissimo manuale quattrocentesco per i confessori, con l'escludere in maniera decisa che la scelta di non procreare potesse giustificare il rifiuto della prestazione del debito coniugale, si sottolineava invece, citando l'autorità di Riccardo di Mediavilla, l'aspetto inverso: nessuno può essere tenuto ad esercitare un proprio diritto. Non si ha l'obbligo di chiedere a meno che – precisa Angelo Carletti – la mancata richiesta possa risolversi in un pregiudizio per l'altro coniuge esposto al rischio di cadere in fornicazione⁷⁹. 39

Ma al lettore moderno la *Summa Angelica* offre anche una singolarissima analisi sulla configurabilità di un'eventuale responsabilità dei genitori per la procreazione di figli malati. Ancora una volta lo spunto fu dato dai dubbi che nascevano intorno all'uso del matrimonio durante il periodo mestruale. In questo caso come già visto, la considerazione del *bonum prolis* assumeva una valenza centrale tanto da giustificare lo stesso rifiuto del debito nell'ipotesi in cui si trattava di un flusso naturale, e non patologico, che non esponesse dunque perpetuamente i coniugi alla fornicazione. L'autore della *Summa* tuttavia, concentrandosi massimamente sull'aspetto interiore del fatto, distingueva alcune ipotesi in cui il pericolo di generare una prole lebbrosa avrebbe potuto rilevare diversamente. Certamente i coniugi avrebbero peccato mortalmente se, prefigurandosi tale ulteriore evento, avessero esatto e reso il debito per pura libidine. Seppure Angelo Carletti non lo dica, c'è da credere, seguendo la logica da lui usata, che il peccato mortale sarebbe sorto comunque a prescindere dalla reale procreazione. Differente sarebbe stato il caso in cui i due, rappresentandosi il rischio della prole deforme, avessero esercitato il diritto sul corpo dell'altro per evitare di cadere in fornicazione. I coniugi non sarebbero incorsi in peccato né nel chiedere né nel rendere perché 40

⁷⁷ Antoninus Florentinus, (*Summa theologica*, Andreas de Paltasichis, Venedig 1485, Pars. 3, tit. 1, cap. 21, v. *Quartus casus*, fol. 26) sulle orme del Paludano (Pierre de la Palud, *In IV Sent.*, dist. 32, q. 1, ed. cit., fol. 162rb) così scrive nel distinguere i diversi rischi di trasmissione tra uomo e donna: «utrum autem ex redditione debiti: in huiusmodi immineat periculum infectionis querendum esset a medicis, et eis credendis [...]».

⁷⁸ Antoninus Florentinus, *Summa theologica*, ed. cit., fol. 26.

⁷⁹ Angelo de Clavasio, *Summa Angelica de casibus conscientiae*, Enricus Gran, Hagenau 1509, voce *Debitum coniugale*, fol. 50va, nn. 14-15.

si sarebbe trattato comunque di una condotta lecita: l'uomo deve preferire infatti la sua salute (spirituale) e quella del suo prossimo alla protezione del corpo altrui, chiosava Angelo Carletti.

Nell'ipotesi in cui i due avessero agito invece trascurando inconsapevolmente il *periculum prolis* si sarebbe dovuto ulteriormente distinguere. Essi non avrebbero peccato mortalmente, anche se fosse nata una prole malata, qualora fossero ricorsi al debito per sfuggire alla fornicazione. Nonostante non si avesse utilizzato la dovuta cura, con il "chiedere e rendere" *causa fornicationis vitanda* si sarebbe rimasti pur sempre nell'ambito delle azioni consentite (*quare tunc debet operam rei licite*). Nel caso in cui i coniugi avessero agito invece per semplice diletto, il verificarsi dell'evento, ancorché non voluto né meramente immaginato, avrebbe fatto dipendere il sorgere della loro responsabilità. Trattandosi di un fatto-base illecito (la prestazione del debito per pura libidine), l'effettiva nascita dei figli malati li avrebbe fatti incorrere perciò in peccato mortale (*quare dedit operam rei illicitae*⁸⁰).

In una esperienza a cui era estraneo il confine rigido tra morale, diritto e teologia e tra delitto e peccato, accanto alla costruzione che ruotava intorno all'argomento del *melius esse quam non esse*, ne veniva dunque proposta anche una profondamente diversa che di fatto arrivava a contemplare anche una forma di responsabilità oggettiva riguardo alla generazione di soggetti infermi.

Il terreno di scontro di molteplici conflitti: la riflessione nella Seconda Scolastica

Un riassetto completo di tali questioni si ha tra i secoli XVI e il XVII soprattutto ad opera dei teologi-giuristi spagnoli. L'esperienza della Seconda Scolastica, e la successiva riflessione teologica tridentina e post-conciliare, sono infatti, anche su questi temi, gremite «di istanze e di presentimenti» e contrassegnate «da una intima modernità di discorso»⁸¹.

Le osservazioni, quasi sempre proposte sotto forma di risposte a dubbi e difficoltà sollevate dai testi delle antiche autorità, hanno l'effetto di porre su un piano di attualità le tradizionali fonti. Ad essere seguita, sebbene si tratti di vicende che spesso non travalicano il foro interno del confessionale o quello della coscienza – «segreto intermedio tra il giudiziario e il sacramentale»⁸² – è, ancora una volta, una procedura argomentativa tipicamente giuridica che ha ad oggetto lo *ius in corpus* e il suo esercizio. La progressiva risistemazione dogmatica del matrimonio – in risposta alla posizione dei riformatori – come incontro inscindibile di sacramento e intenzione coniugale non impedisce infatti di continuare a ricorrere alla logica dei diritti patrimoniali insieme a quella contrattuale per spiegare l'accesso alla corporeità⁸³.

Su queste basi, col ragionare intorno alla vincolatività del debito coniugale, Domingo de Soto ad esempio ne confermava il carattere precettivo e si sforzava di chiarirne la natura. I coniugi erano

⁸⁰ Angelo de Clavasio, *Summa Angelica de casibus conscientiae*, voce *Debitum coniugale*, n. 31, ed. cit., foll. 51rb-51va. Su tale tipo di responsabilità cfr. anche Pierre de la Palud, *In IV Sent.*, dist. 32, q. 1, ed. cit., fol. 163ra. Sulla nascita nel diritto penale canonico della teoria del *versari in re illicita* cfr. G.P. Demuro, *Il dolo. I. Svolgimento storico del concetto*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 88-95.

⁸¹ P. Grossi, *Introduzione a La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Incontro di studio, Firenze 16-19 ottobre 1972, Atti a cura di P. Grossi, Giuffrè, Milano 1973, p. 2.

⁸² E. Brambilla, *La giustizia intollerante. Inquisizione e tribunali in Europa (sec. IV-XVIII)*, Carocci, Roma 2006, p. 58.

⁸³ E. Dieni, *Tradizione «scorporalista» e codificazione del matrimonio canonico*, cit., pp. 343 ss.

tenuti *ex necessitate praecepti* a rendere il debito per i fini propri del matrimonio. Ciò si sarebbe tradotto – stando alle parole del domenicano – in una *mutua corporum traditio* finalizzata a tale uso. Essa faceva sorgere certamente una *obligatio*, nel senso che «in re gravi, sub reatu mortalis culpaie genere suo utrumque coniugium perstringit», riconducibile però all'interno del *genus quoddam servitutis*⁸⁴.

Come negare dunque legittimamente l'uso del diritto sul corpo? Occorre avvicinare i frutti di questa ingarbugliata elaborazione teorica alle circostanze della vita quotidiana. Non sempre – si sosteneva così – la richiesta dell'atto è avanzata *sub intentione obligandi sub peccato mortale*. Il rifiuto in tale evenienza non sarebbe stato causa di responsabilità, dal momento che il creditore non sempre esige *pecuniam sibi debitam sub illa ratione*. Ancora, ciascuno nell'esercitare il proprio diritto deve usare la giusta misura (*modus adhiberi*), perciò il coniuge non è tenuto a obbedire *ad nutum* alla richiesta dell'altro⁸⁵.

Si riproponeva con ciò la *quaestio difficilis*⁸⁶ della malattia, soprattutto quella grave, contagiosa ed ereditaria. L'argomento dell'orrore eventualmente provato dal coniuge sano, che poteva rendere, anche a pericolo di contagio scampato, impossibile e dunque nulla l'obbligazione⁸⁷, continuava ad essere ricorrente, ma naturalmente fu il principio della “conservazione di sé” a costituire il fulcro dell'intera riflessione («neuter teneri alteri debitum reddere cum detrimento salutis conservatricis proprii individui»⁸⁸). Giovava a tale scopo lo schema della condizione volontaria implicita, «nullus se obligat per matrimonii contractum, ad reddendum, nisi salva individui incolumitate»⁸⁹, tuttavia, come spiegava diffusamente Tomás Sánchez nel celebre Libro IX delle sue *Disputationes*⁹⁰, sarebbe stato comunque illecito rendere il debito, quando vi fosse stato *iudicio medicorum, un notabilis infectionis periculum*⁹¹. Nessuno ha il dominio sulla vita – scriveva il gesuita – e ciascuno è obbligato a salvaguardarla con una *moderata cura* e a non esporla se non a condizione di una *urgentior causa*⁹². Ed invero esporsi ad una così invalidante malattia, osservava Miguel de Palacio, avrebbe comportato un *molestissime vivere*, equivalente in tutto e per tutto alla morte⁹³.

La medesima *ratio* sarebbe stata applicabile perciò anche all'ipotesi in cui la prestazione del debito potesse comportare un rischio di infermità solo per il richiedente. Non si consegna la spada ad un

⁸⁴ Domingo de Soto, *In quartum Sententiarum commentarii*, Bruxelles 1601, dist. 31, q.I, a.1, fol. 686a.

⁸⁵ Domingo de Soto, *In IV Sent.*, dist. 32, q.I, a.1, ed. cit., fol. 686b.

⁸⁶ Tomás Sánchez, *Tomus tertius Disputationum de S. matrimonii sacramento*, Apud Ioannem Hasrey, Antuerpiae 1614, lib. IX (*De Redditione debiti coniugalis*), disp. 24, fol. 239a, n. 1.

⁸⁷ Tomás Sánchez, *De S. matrimonii sacramento*, disp. 24, ed. cit., fol. 241, n. 21.

⁸⁸ Domingo de Soto, *In IV Sent.*, dist. 32, q.I, a.1, ed. cit., fol. 686.

⁸⁹ Tomás Sánchez, *De S. matrimonii sacramento*, disp. 24, ed. cit., fol. 240b, n.17.

⁹⁰ Un dettagliato quadro sui saperi articolati dal teologo nel libro *De debito coniugali* è oggi dato dalla lettura di F. Alfieri, *Nella camera degli sposi. Tomás Sánchez, il matrimonio, la sessualità (secoli XVI-XVII)*, Il Mulino, Bologna 2010.

⁹¹ Tomás Sánchez, *De S. matrimonii sacramento*, disp. 24, ed. cit., fol. 240b, n. 17.

⁹² Tomás Sánchez, *De S. matrimonii sacramento*, disp. 24, ed. cit., fol. 239b, n. 7.

⁹³ Miguel de Palacio, *Disputationes theologicae in quartum librum sententiarum*, II, Ex officina Didaci a Benavides, Salmanticae 1579, dist. 32, disp. 1, a. 7, fol. 702a.

furioso, non si è tenuti d'altronde – affermano generazioni di dottori – a consegnarla nemmeno al proprio signore qualora questi voglia uccidersi⁹⁴.

La sacralità della vita, non rendeva dunque di per sé illegittimo disporre del proprio corpo, quasi come si trattasse di una *res*, così come non censurava il fatto che su di esso potessero gravare diritti contrapposti, poneva piuttosto dei fondamentali limiti al loro uso. 49

Dubbia diventava così ad esempio l'ipotesi in cui il coniuge sano sapesse, già prima delle nozze, del morbo contagioso dell'altro. In ogni contratto il vizio conosciuto è di per sé accettato – osservano alcuni – e come tale obbliga i contraenti alle loro prestazioni, come se questo non esistesse⁹⁵. Non manca però chi fa notare che i due casi non sono equiparabili. Chi compra una cosa che sappia essere viziata, col fare ciò rinuncia ad un diritto che bene può essere rinunciato, per il coniuge invece viene in considerazione la salute, un bene di cui non è signore⁹⁶. 50

La questione tuttavia cominciava ad essere esaminata sempre più specificamente sotto il profilo dei rapporti tra interesse privato e bene pubblico. La reddizione del debito sarebbe diventata dovuta, anche a scapito dell'incolumità fisica, osservava Sánchez, se ciò avesse giovato *ad bonum commune totius universi, sive regni, sive communitatis ad sui conservationem*. Il giurista di Cordova poneva l'esempio, che dichiarava meramente metafisico, del rischio di estinzione della specie umana, e, quello, assai più legato all'esperienza pratica ed ad una nuova e forte ragione politica, del pericolo di compromettere la potenza del regno⁹⁷. L'indisponibilità del corpo alle ragioni individuali avrebbe dunque potuto cedere di fronte alla giurisdizione dispositiva dello Stato. 51

Qualche decennio dopo l'austriaco Paul Laymann, confessore di Ferdinando II, su queste stesse basi, rovescherà ormai l'antico schema di orientamento medievale: il diniego del debito è dovuto quando ciò lo impongano le consuetudini locali che proibiscono, per evitare il contagio pubblico, l'accesso ai lebbrosi⁹⁸. 52

Si trattava dunque di un'analisi complessa che, nel cogliere la presenza del potere politico, del potere medico e del potere individuale, disegnava un più ampio campo di forze e indicava già i diversi itinerari che verranno solcati per secoli in tutta Europa. 53

⁹⁴ Tomás Sánchez, *De S. matrimonii sacramento*, disp. 24, ed. cit., fol. 239b, n. 9.

⁹⁵ Bartolomé de Ledesma, *Summarium*, excudebant haeredes Mathiae Gastii, Salmanticae 1585, *De sacramento matrimonii*, diff. 71, col. 1598.

⁹⁶ Enrique de Villalobos, *Suma de la teología moral y canonica, Primera parte*, Tratado XIII, *Del Sacramento del matrimonio*, costa de Iuan Antonio Bonet [...], Alcalá 1668, diff. 48 n. 2, fol. 325b: «aqui no le puede renunciar, que no es señor de la salud».

⁹⁷ Tomás Sánchez, *De S. matrimonii sacramento*, disp. 24, ed. cit., fol. 240a, n. 11: «Exemplum sit de bono universi, si casus metaphysicus accideret, quo species humana deficeret, nisi hi coniuges matrimonio uterentur. De bono autem regni casus est, si ad pacem, regnique tranquillitatem desideraretur proles habenda ex rege, cuius salutis notabiliter copula obsesset. Quia bonum universale privato praeponderat». Cfr. anche Petrus de Ledesma, *Tractatus de magno matrimonii sacramento super doctrinam Angelici doctoris*, Apud Marcum Antonium Zalterium, Venetiis 1595, Q. 64, a. 1, fol. 676a; Enrique de Villalobos, *trat. XIII diff. 48 n. 1*, ed. cit., fol. 325.

⁹⁸ Paul Laymann, *Theologia moralis*, II, Sumptibus Hieronimy de la Garde, Lugduni 1664, lib. V, tract. X, p. III, cap. I n. 6, fol. 978b.

La vita è danno? Il dibattito sul *bonum prolis*

La riflessione della Seconda Scolastica investe anch'essa, con importanti approfondimenti e fornendo spunti innovativi, il problema della legittimità del rifiuto della prestazione sessuale sotto il profilo del *bonum prolis*. Lo sguardo, in tale particolare orizzonte etico, cade nuovamente su figure limite della soggettività, che non si muovono ancora nella scena della realtà, ma che sono tuttavia considerate in quella del discorso teologico-giuridico⁹⁹. Non solo i *concepti* dunque, per i quali si moltiplicano ormai i casi di conflitto con la madre¹⁰⁰, ma anche i meramente *concipiendi*. 54

La problematizzazione nasceva, come è ovvio attendersi, in considerazione delle due tradizionali ipotesi di *copula* implicante un rischio di infermità per i nascituri: quella richiesta durante il mestruo e quella richiesta in presenza di un male contagioso ed ereditario. 55

Con riferimento al primo caso, se si guarda ancora una volta al massimo monumento della matrimonialistica controriformistica, l'opera di Tomàs Sánchez, sono due ormai le tesi principali che si contendono la scena. Secondo una prima ricostruzione sarebbe stato certamente responsabile il coniuge che avesse richiesto il debito durante il periodo mestruale *cum prolis detrimento*¹⁰¹. È vero che a ciascuno è consentito di esercitare il proprio diritto anche quando ne possa derivare *praeter intentionem* un danno per un terzo, ma ad un più attento sguardo (*re oculatius inspecta*) – scrive Sánchez nel riferire tale opinione – il diritto all'accesso coniugale è subordinato al *bonum prolis*, e a quest'ultimo deve essere rivolta dunque una primaria attenzione. Dal momento che il flusso mestruale dura solo pochi giorni il coniuge, che non aspetta il decorso di questo breve lasso temporale, dunque sicuramente delinque mortalmente, salvo che egli sia mosso dalla volontà di fuggire l'incontinenza¹⁰². Questo composito orientamento, non era tuttavia accolto dall'autore del *De Sancto matrimonii Sacramento*. A stranizzarlo soprattutto l'opinione di Angelo Carletti che, come abbiamo visto, a determinate condizioni, aveva previsto una sorta di responsabilità oggettiva dei genitori, facendo dipendere il sorgere del peccato mortale dalla effettiva procreazione di figli gravemente deformati. «Non so come questo si possa validamente sostenere» dichiarava il gesuita spagnolo «quia qualitas culpa ex causa data consurgens, ex meritis causae, quae volita fuit, et non ex futuro eventu omnino iam involuntario pendet»¹⁰³. 56

Tomàs Sánchez aderiva piuttosto alla diversa tesi, anch'essa raccolta nella sua opera, secondo la quale non si sarebbe potuto parlare di peccato mortale. Una tale responsabilità del genitore sarebbe stata da escludere affrontando la questione proprio sotto il profilo del danno ai nascituri. 57

⁹⁹ Si tratta di una operazione di finzione che avvicina in maniera estremamente suggestiva al dibattito contemporaneo sulla tutela degli interessi delle “generazioni future”. Cfr. P. Zatti, *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, Milano 2009, pp. 174-178.

¹⁰⁰ Sulla complessità del dibattito in età moderna e sui suoi lunghi riflessi cfr. N.M. Filippini, *La nascita straordinaria. Tra madre e figlio la rivoluzione del taglio cesareo (sec. XVIII-XIX)*, Franco Angeli, Milano 1995; V. La Venia, «D'animal jante». *Teologia, medicina legale e identità. Secoli XVI-XVII*, in *Salvezza delle anime, discipline dei corpi. Un seminario sulla storia del battesimo*, a cura di A. Prosperi, Edizioni della Normale, Pisa 2006, pp. 483-526. A. Prosperi, *Dare l'anima. Storia di un infanticidio*, Einaudi, Torino 2005; E. Betta, *Animare la vita*, cit., F. Alfieri, *Nella camera degli sposi*, cit. pp. 263-282.

¹⁰¹ Tomás Sánchez, *De S. matrimonii sacramento*, disp. 21, ed. cit., fol. 233a, n. 2.

¹⁰² Tomás Sánchez, *De S. matrimonii sacramento*, disp. 21, ed. cit., fol. 233a, n. 2.

¹⁰³ Tomás Sánchez, *De S. matrimonii sacramento*, disp. 21, ed. cit., fol. 233b, n. 2.

La colpa mortale era infatti da rifiutare non soltanto perché il concepimento in questi casi sarebbe stato estremamente raro (*ratione incertitudinis damni*), ma soprattutto perché per la prole sarebbe stato meglio comunque nascere «cum tali morbo, quam non esse [...]». Non gli sfuggiva del resto che la nozione di danno dovesse coincidere con quella di privazione o di diminuzione: nei confronti dei figli si sarebbe dovuto parlare perciò, piuttosto che di un nocumento, di un *beneficium*¹⁰⁴.

A meno che, quindi, si fosse agito per evitare il pericolo di fornicazione, evenienza che avrebbe escluso definitivamente ogni colpa, in capo al genitore richiedente sarebbe sorto, *ratione turpitudinis et indecentiae*, solo un peccato veniale per avere avuto un rapporto sessuale durante il periodo in cui la donna era da considerare “immonda”¹⁰⁵.

Per il coniuge a cui era stata rivolta la richiesta, stando a tale impostazione, il debito non sarebbe stato solo dunque consentito, ma addirittura sempre dovuto. È ancora una volta Sánchez a prevedere però, con una sensibilità incredibilmente vicina a quella contemporanea, un’ipotesi di rifiuto legittimo. Andando per astrazioni, egli proponeva di mettere da parte ogni preoccupazione circa il pericolo di fornicazione dell’altro coniuge, ipotesi che dichiarava però *moraliter impossibile*, e si chiedeva come si sarebbe dovuta comportare la moglie a fronte della domanda di un amplesso che avrebbe portato molto probabilmente al concepimento di un *monstrum*. Secondo il gesuita spagnolo questa sarebbe stata l’unica occasione in cui la donna ben avrebbe potuto negare il debito, non nell’interesse dei figli nascituri, dal momento che per costoro non vi era danno, ma nel proprio esclusivo interesse. Come sempre accade in questa lunga tradizione, mettendo in rilievo la sottile superficie di contatto dell’anima con il corpo, egli infatti osservava: quale danno è maggiore che avere una prole così tanto sofferente, quale dolore è equiparabile a quello di una madre che per sempre ha dinnanzi agli occhi un figlio così tanto malato?¹⁰⁶

La logica del *melius esse quam non esse* poteva ricevere una chiara applicazione anche nel caso del *coniugium leprosororum*. In presenza di una malattia contagiosa ed ereditaria il debito sarebbe stato, come mostrava ormai la secolare elaborazione, certamente dovuto. Con il solo limite di far salva la propria vita, il coniuge avrebbe infatti dovuto rendere la prestazione, primariamente per evitare il pericolo di fornicazione dell’altro. A tale scopo ben avrebbe potuto sopportare un più modesto nocumento fisico per se stesso¹⁰⁷ e accettare un’infermità grave per i figli. A nulla invece sarebbe giovato fare riferimento ad una *iniuria prolis* dal momento che «consequitur enim vitam ex eo concubitu, ac melius illi est leprosa exsistere, quam omnino non esse»¹⁰⁸.

In questa lunga e attenta disamina l’argomento fu opposto anche ad altre eccezioni.

Come considerare ad esempio la condotta di chi, sposato ad una persona di origine giudaica o saracena, avesse negato la prestazione per evitare di concepire figli *ex maculato sanguine*?

¹⁰⁴ Tomás Sánchez, *De S. matrimonii sacramento*, disp. 21, ed. cit., fol. 233b, n. 5: «[...] si tunc is coitus non haberetur, forsan postea non generaretur aut non esset eadem: quia cum non entibus nulla est unitas; conqueri nequit de damno sibi illato, immo maximo afficitur beneficio».

¹⁰⁵ Tomás Sánchez, *De S. matrimonii sacramento*, disp. 21, ed. cit., foll. 233b-234ab, nn. 5, 6, 7, 8.

¹⁰⁶ Tomás Sánchez, *De S. matrimonii sacramento*, disp. 21, ed. cit., fol. 235a, n. 17.

¹⁰⁷ Tomás Sánchez, *De S. matrimonii sacramento*, disp. 24, ed. cit., fol. 241b, n. 23.

¹⁰⁸ Tomás Sánchez, *De S. matrimonii sacramento*, disp. 24, ed. cit., fol. 241b, n. 25.

L'interrogativo era diventato di grande momento per i professori spagnoli impegnati ormai nelle Indie¹⁰⁹. Tale rifiuto sarebbe stato causa di peccato mortale¹¹⁰: il matrimonio è perfettamente valido, – affermano i giuristi-teologi – e il diritto all'amplesso può sicuramente considerarsi acquisito¹¹¹. Non si sarebbe potuto del resto immaginare per il figlio nessun danno: meglio infatti essere «maculado que no tener ser ninguno»¹¹².

Come valutare invece il motivo della indigenza familiare? La questione se fosse o meno legittimo il rifiuto del debito in considerazione della povertà a cui sarebbero stati destinati i figli, non fu risolta nel consueto modo, per lo meno non sempre¹¹³. Domingo de Soto, ammise non soltanto che tale ragione potesse giustificare, col consenso di entrambi i coniugi, una scelta di astinenza, ma che anche il singolo, ancorché si trattasse di un'ipotesi assai dubbia, potesse validamente rifiutarsi per il timore di non poter alimentare la prole, quando non vi fosse *periculum alterius pollutionis*¹¹⁴. Alla stessa condizione, lo stesso Sánchez, invocando una regola del diritto delle obbligazioni («ab aliis iustitiae debitis persolvendis excusat magna incommoditas»), ammise la *recusatio alterius*¹¹⁵. Con tale soluzione si componevano però interessi diversi. Sarebbe stato inadeguato introdurre per *factio* l'interesse dei non ancora concepiti, dal momento che si trattava infatti di tutelare in questo caso la posizione dei figli già nati o, come ha sottolineato John T. Noonan, di salvaguardare la reputazione socio-economica del nucleo familiare¹¹⁶.

Nel più rigoroso ancoraggio alla tradizione, il riferimento al danno alla prole *non concepta* e l'argomento del *melius esse quam non esse*, venivano perciò utilizzati come strumenti di individuazione di interessi collettivi o generali che il discorso teologico-giuridico tendeva a perseguire attraverso la regolazione del comportamento dei coniugi.

Come è noto, il dibattito intorno al pregiudizio sofferto dal *nondum conceptum* tornerà, con una singolare somiglianza di argomenti, nella scena contemporanea. Al diritto moderno si chiederà però di più: e cioè chiamare la madre o i genitori a rispondere effettivamente, nei confronti del figlio, del danno per non averlo abortito, o, più semplicemente, per avergli consegnato una vita segnata da gravi menomazioni. Proposta nei termini di un risarcimento per la nascita e in quelli di un “diritto di non nascere” o “di non esistere”, la questione ha senza dubbio prodotto fraintendimenti ed equivoci, ed in parte celato le reali intenzioni di tale rimedio giuridico¹¹⁷. Ma questa è comunque

¹⁰⁹ Bartolomé de Ledesma, *De sacramento matrimonii*, diff. 71, ed. cit., col. 1596.

¹¹⁰ Domingo de Soto, *In IV Sent.*, dist. 32, q.I, a.1 ed. cit., fol. 686b.

¹¹¹ Tomás Sánchez, *De S. matrimonii sacramento*, disp. 25, ed. cit., fol. 243b, n. 4.

¹¹² Enrique de Villalobos, *Suma de la teología moral y canonica*, Trat. XIII, diff. 49 n. 3, ed. cit., fol. 326.

¹¹³ Paul Laymann (*Theologia moralis*, II, lib. V, tract. X, p. III, cap. I n. 16, ed. cit., fol. 980b) anche in questo caso non esiterà a ricorrere al consueto argomento: «[...] melius est proli, ut vivas inops, quam ut omnino non vivas».

¹¹⁴ Domingo de Soto, *In IV Sent.*, dist. 32, q.I, a.1, ed. cit., fol. 686b. Su tale posizione che introduce come causa di giustificazione dell'astensione il motivo economico e sul relativo dibattito cfr. J.T. Noonan, *Contraception et mariage*, cit., pp. 421-428.

¹¹⁵ Tomás Sánchez, *De S. matrimonii sacramento*, disp. 25, ed. cit., fol. 243b, n. 3.

¹¹⁶ Sulla posizione comune intorno a tale causa di giustificazione di Pietro de Ledesma e di Tomás Sánchez, cfr. J.T. Noonan, *Contraception et mariage*, cit., pp. 421-425.

¹¹⁷ Il dibattito da tempo incorso tra i giuristi di *Common law* in tema di *wrongful life* si è riproposto, con grandissima enfasi, più di recente tra i giuristi di *Civil Law*. Su tali temi e problemi nonché sui primissimi *leading cases* non solo

un'altra storia, testimonianza di una sensibilità nuova nata sotto cieli che hanno ormai abbandonato la certezza assoluta del *melius esse quam non esse*.

nordamericani ma anche europei cfr. P. Rescigno, *Il danno da procreazione*, in *Rivista di diritto civile*, I (1956), oggi ripubblicato in Id. *Danno da procreazione e altri scritti tra etica e diritto*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 49-91; E. Picker, *Il danno della vita. Risarcimento per una vita non desiderata*, (1995) trad. it, a cura di P. Zatti-D.Canale, Giuffrè, Milano 2004, pp. 15-30; R. De Matteis, *Wrongful life: problemi e falsi dilemmi*, in *Dalla disgrazia al danno*, a cura di A. Braun, Giuffrè, Milano 2002, pp. 456 ss.; F. Bacchini, *Il diritto di non esistere*, McGraw-Hill, Milano 2002; O. Cayla-Y. Thomas, *Il diritto di non nascere. A proposito del caso Perruche*, trad. it., Giuffrè, Milano 2004.