



# BioLaw Journal

## Rivista di BioDiritto



UNIVERSITÀ  
DI TRENTO

2 23

*Special Issue*  
a cura di E. Camassa,  
F. Oliosì



**Special Issue || Anima e corpo: bioetica e minoranze  
religiose, tra nodi irrisolti e questioni emergenti**

The online Journal about law and life sciences

# BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto

**Editor in chief:** Carlo Casonato

**Steering Committee:** Roberto Bin, Antonio D'Aloia, Alessandro Pajno

**Scientific Committee:**

Roberto Andorno, Vittorio Angiolini, Charles H. Baron, Alberto Bondolfi, Paolo Benciolini, Patrizia Borsellino, Roger Brownsword, Massimiano Bucchi, Stefano Canestrari, Cinzia Caporale, Maria Chiara Carrozza, Paolo Carrozza (†), Lorenzo Chieffi, Ricardo Chueca Rodríguez, Roberto Cingolani, Roberto Giovanni Conti, Roberto Dias, Frédérique Dreifuss-Netter, Gilda Ferrando, Silvio Garattini, Francesca Giardina, Stefano Guizzi, Stéphanie Hennette-Vachez, Juan Alberto Lecaros, Sheila McLean, Laura Palazzani, Marco Pandolfi, Barbara Pezzini, Cinzia Piciocchi, Alessandra Pioggia, Anna Maria Poggi, Carlo Alberto Redi, Fernando Rey Martinez, Stefano Rodotà (†), Carlos Maria Romeo Casabona, Amedeo Santosuosso, Stefano Semplici, Paula Siverino Bavio, Mariachiara Tallacchini, Chiara Tripodina, Gianni Tognoni, Paolo Veronesi, Umberto Veronesi (†), Paolo Zatti.

**Associate Editors:** Lucia Busatta and Marta Tomasi

**Editorial Boards:**

**Trento:** Lucia Busatta, Marta Fasan, Paolo Guarda, Antonio Iannuzzi, Ilja Richard Pavone, Simone Penasa, Mariassunta Piccinni, Ludovica Poli, Elisabetta Pulice, Carla Maria Reale, Elena Scalcon, Marta Tomasi.

**Ferrara:** Paolo Veronesi, Giuseppina Barcellona, Fabio Ferrari, Migle Laukyte, Benedetta Liberali, Nicola Lucchi, Irene Pellizzone, Silvia Zullo.

**Parma:** Stefano Agosta, Giancarlo Anello, Maria Chiara Errigo, Giulia Formici, Valentina Gastaldo, Valeria Marzocco, Erika Ivalù Pampalone, Giovanna Razzano, Lucia Scaffardi, Veronica Valenti.

**Napoli:** Lorenzo Chieffi, Gianvito Brindisi, Claudia Casella, Gianpiero Coletta, Emilia D'Antuono, Luca Di Majo, Luigi Ferraro, Maria Pia Iadicicco, Carlo Iannello, Raffaele Manfredi, Ferdinando Menga, Franca Meola, Andrea Patroni Griffi, Virginia Zambrano.

E-mail: [biodiritto@gmail.org](mailto:biodiritto@gmail.org)

Website: <https://teseo.unitn.it/biolaw>

**Peer review system:** All academic articles that are submitted to *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto* are subject to a double blind peer review. Referees remain anonymous for the author during the review procedure and the author's name is removed from the manuscript under review.

November 2023  
ISSN 2284-4503  
© Copyright 2023



UNIVERSITY  
OF TRENTO - Italy

Università degli Studi di Trento  
Via Calepina, 14 – 38122 Trento  
Registrazione presso il Tribunale di Trento n. 6 dell'11/04/2014

In collaborazione con



**Front cover:** Graphic project based on “Tomba del tuffatore”, Paestum, 5<sup>th</sup> century b.C., on permission nr. 15/2014 by Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo – Soprintendenza per i Beni Archeologici di SA, AV, BN e CE.

**Cover design:** Marta Tomasi

## BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto

### Special issue n. 2/2023

#### Table of contents

<b>Editoriale</b> .....	1
<i>Ermina Camassa</i>	
<b>Il ruolo di mediazione all'interno del Comitato Nazionale per la Bioetica ...</b>	7
<i>Carlo Casonato, Luca Savarino</i>	
<b>Il potere normativo dei giudici nelle materie bioeticamente e religiosamente rilevanti</b> .....	15
<i>Francesco Alicino</i>	
<b>Le religioni in giudizio: il ruolo delle confessioni nelle vertenze bioeticamente sensibili</b> .....	67
<i>Francesca Oliosì</i>	
<b>Fondamenti e temi dell'etica ebraica della vita tra scienza e <i>halakhà</i></b> .....	89
<i>Massimo Giuliani</i>	
<b>La morte cerebrale nel diritto ebraico: un dialogo tra scienza e <i>Halachà</i></b> ....	97
<i>Bianca Gardella Tedeschi</i>	
<b>Aborto, eutanasia, donazione degli organi e del latte materno nell'Islam. Alcune questioni di bioetica islamica</b> .....	109
<i>Nibras Breigheche</i>	
<b>Questioni di bioetica e filiazione nel diritto iraniano</b> .....	127
<i>Deborah Scolart</i>	
<b>Aborto, eutanasia e trapianto di organi. Un punto di vista canonico ortodosso</b> .....	141
<i>Georgică Grigoriță</i>	
<b>Bioetica e diritto nell'Est Europa ortodosso</b> .....	155
<i>Federica Botti</i>	
<b>La Chiesa avventista del settimo giorno e il fine vita: linee guida confessionali e norme statali in dialogo</b> .....	179
<i>Tiziano Rimoldi</i>	
<b>Testimoni di Geova e bioetica, diritto alle cure e libertà religiosa</b> .....	195
<i>Laura Mattei</i>	
<b>Jehovah's Witnesses and Bioethics, Right to Treatment and Religious Freedom</b> .....	219
<i>Laura Mattei</i>	

Contents



<b>Trasfusioni di sangue e sicurezza sociale di fronte alla Corte di Giustizia dell'Unione europea</b> .....	243
<i>Rossella Bottoni</i>	
<b>Sapere e potere nella sfida biogiuridica della religione contemporanea. Conclusioni</b> .....	255
<i>Marco Ventura</i>	



## Le ragioni di un confronto

Erminia Camassa

**N**ell'introdurre questo *special issue* della rivista credo sia opportuna qualche breve premessa per chiarire le ragioni di alcune scelte e le modalità con le quali sono stati organizzati i testi che affrontano il tema "*Anima e corpo: bioetica e minoranze religiose, tra nodi irrisolti e questioni emergenti*".

Com'è facile intuire già dal titolo, le tematiche bioetiche saranno qui affrontate dalla particolare prospettiva del diritto ecclesiastico ma anche dei diritti delle religioni: se è facile intuire la rilevanza di quella parte del diritto secolare che disciplina le cosiddette "*res mixtae*" che riguardano il fattore religioso, forse lo è meno comprendere quanto profondamente l'appartenza confessionale e il vero e proprio ordinamento che ne deriva (fatto di diritti e doveri per il fedele) determinino la vita degli individui, soprattutto in una società multiculturale come quella contemporanea.

Il numero, esce a poca distanza dai Biolaw Days (dello scorso settembre), organizzati per riflettere e fare un parziale bilancio sul percorso ormai ventennale e sui risultati del Progetto BioDiritto. Un progetto di grande successo, che è ormai una realtà apprezzatissima a livello nazionale ed internazionale, caratterizzato dalla interdisciplinarietà e alla quale in qualche modo ci sentiamo di avere contribuito, seppure in una piccolissima, parte nella sua fase iniziale. A Trento il dialogo tra costituzionalisti ed ecclesiastici, in materia di bioetica ma non solo, è in atto da quasi un ventennio. Nel 2005 con Carlo Casonato, quando il gruppo Biodiritto era poco più che agli esordi, abbiamo organizzato e curato la pubblicazione degli atti di un Convegno sulla legge 40, "La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci"; lo stesso abbiamo fatto nel

2006 organizzando insieme il Convegno "Bioetica e confessioni religiose", pubblicandone i risultati che affrontavano il dibattito tra bioetica laica e bioetica cattolica e allargandolo al confronto con la bioetica di alcune diverse confessioni religiose. In particolare, riprendendo in mano il volume *Bioetica e confessioni religiose*, nonostante i 17 anni trascorsi, si rimane in realtà colpiti dal permanere dell'attualità di alcune riflessioni. Certo, il progresso medico – scientifico ha dilatato enormemente le possibilità e le cosiddette "zone grigie", così come l'avanzare sempre più vorticoso della globalizzazione e con essa della circolazione di persone e informazioni (basta fare riferimento al ruolo che rivestono i *social media*, impensabile fino a qualche anno fa) ha cambiato profondamente e per certi versi esasperato i termini del dibattito. Nonostante queste premesse le riflessioni che emergono dagli scritti qui raccolti si pongono a ben vedere in una linea di continuità con il convegno del 2006 e sono certa contribuiscano a fare il punto su quelli che già nel titolo abbiamo indicato come "nodi irrisolti" e "questioni emergenti": questioni sulle quali dottrina, giurisprudenza, scienza, politica si dividono e sulle quali, come giuristi, siamo chiamati urgentemente a riflettere.

Perché, come reso chiaro dal titolo, la scelta di concentrare l'attenzione sulle confessioni c.d. di minoranza?

Non sembra in primo luogo superfluo precisare che il termine minoranza è stato utilizzato in senso totalmente neutro, senza che a questo corrisponda alcun giudizio di valore, scegliendo volutamente di ignorare il dibattito e le polemiche che sono collegate al suo utilizzo, ma ben consapevoli della sua relatività e di quello che esso può significare nel tempo e nello spazio, nonché della sua continua dinamicità.

Anche se, nell'utilizzo che di solito se ne fa, il concetto di "minoranza" rinvia semplicemente e

quasi esclusivamente a termini numerico-quantitativi, in questa sede il vero focus della questione che ci interessa sottolineare è la visibilità sociale di queste collettività, delle quali, anche in materia bioetica, spesso si conoscono poco gli orientamenti e nei confronti delle quali, altrettanto spesso, si nutrono pregiudizi.

Mentre si è scritto tanto e si continua ad approfondire sia la “bioetica laica” che la “bioetica cattolica”, essendo queste posizioni che sia in un caso che nell’altro trovano spazio e modi di essere ampiamente rappresentate, il motivo per cui si è scelto di concentrarsi sugli orientamenti in materia bioetica delle confessioni di minoranza scaturisce dall’intento di provare a dare più voce e più spazio soprattutto alle posizioni di alcune confessioni i cui orientamenti sono meno noti, lasciando a loro di individuare, ognuno nella propria prospettiva, appunto i “nodi irrisolti” e le “questioni emergenti”.

Il dato dal quale non è possibile prescindere è che la gran parte delle confessioni religiose ha un proprio specifico approccio ai temi bioetici, con differenze significative sui temi fondamentali di inizio e fine vita, e sulla loro stessa definizione, sul rapporto tra ciò che è realizzabile dal punto di vista medico e ciò che è compatibile con i principi e i precetti religiosi. Non è possibile quindi ignorare o trascurare il ruolo che le confessioni religiose possono avere non solo per la vita di ciascun individuo ma anche nel processo di formazione dell’opinione pubblica e, soprattutto, di leggi che disciplinano le materie eticamente sensibili, avendo ben presente però che questo ruolo va ad inserirsi nel processo decisionale di uno stato laico.

Nel nostro ordinamento, sia a livello nazionale che europeo e sovranazionale, la libertà religiosa non solo è garantita a chiunque, a prescindere da quale sia l’appartenenza religiosa, ma vengono delineati una serie di principi che impongono la

pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede o che non si riconosca in nessuna. Quanto incide l’appartenenza confessionale sulle questioni bioeticamente sensibili? L’ordinamento è in grado di tutelare davvero chiunque, senza alcun tipo di discriminazione? L’intervento di poteri statali, siano essi consultivi (come nel caso del Comitato di Bioetica del Governo) o giurisdizionali (nei tribunali nazionali o europei) è in grado di tenere sufficientemente in conto l’appartenenza religiosa di ciascun individuo allor quando la tematica riguarda aspetti di bioetica? Gli interventi della prima parte credo possano offrire una esauriente risposta a questi interrogativi: l’idea di partenza infatti, è stata quella di approfondire le relazioni tra bioetica, confessioni religiose e poteri statali e individuare come l’ordinamento riesca a declinare e rispettare l’appartenenza religiosa nelle tematiche bioeticamente rilevanti. È su questo specifico aspetto che si concentra l’intervento di Carlo Casonato e Luca Savarino, che prende spunto dalla loro importante e lunga esperienza all’interno del Comitato nazionale per la bioetica, un organo consultivo ma che molto ci può dire sui processi decisionali del nostro Paese e su come e dove avvenga il dibattito riguardante appunto la bioetica. Un’esperienza diretta, dunque, che analizza certamente il funzionamento e la configurazione del CNB, ma permette anche di avere contezza di limiti e difficoltà dell’agire all’interno di un organismo pubblico che cerca una mediazione che raggiunga il massimo consenso possibile in una materia, come quella in esame, in cui – come si avrà modo di vedere – le differenze sono invece tanto profonde quanto numerose.

Se il primo contributo mette esaurientemente in luce i processi prodromici alla formazione di testi legislativi, Francesco Alicino e Francesca Oliosi

hanno concentrato la loro attenzione sulla funzione giurisdizionale dei tribunali, quando cioè in qualche modo il diritto fallisce nel suo ruolo di mediazione e viene richiesto che agisca nella funzione decisionale, su casi concreti. Francesco Alicino con il suo contributo ripercorre la giurisprudenza in materia bioetica, osservando come anche questioni date per assodate ed in qualche modo certe (basti pensare alla ormai celebre sentenza sulla natura del diritto all'aborto della Suprema Corte degli Stati Uniti), divengono inaspettatamente fonte di nuove ondate di forze antagonistiche proprio a partire dalle aule di tribunale. Così, poiché "alle prese con interessi elettorali e passioni mediatiche, i parlamenti rispondono con atteggiamenti che vanno dall'inerzia alla spiccata partigianeria", spetta ai giudici il difficilissimo ruolo di decidere, non potendo evitare o indugiare ad intervenire come spesso fa il legislatore (emblematica, in tal senso la sentenza n. 242/2019 della Corte Costituzionale italiana sulla non punibilità della fattispecie dell'aiuto al suicidio). Il lavoro, comparando la giurisprudenza della Corte Suprema Americana a quello della Consulta, offre così una serie di interessanti riflessioni sulle diverse concezioni sia della bioetica che del biodiritto.

Anche il contributo di Francesca Oliosi affronta il tema della giurisdizione secolare rispetto alle tematiche bioeticamente sensibili, soffermandosi tuttavia sul ruolo che rivestono le confessioni religiose nell'elaborazione di quel ventaglio di significati (basti pensare a concetti come vita, morte, dignità, corpo, famiglia...) che si trova *a monte* dei conflitti sempre più aspri che si registrano, non solamente nelle cosiddette *strategic litigations*, ma anche nella quotidianità delle cure, allorquando si registra quanto e come l'appartenenza religiosa influisca anche nella narrativa del paziente sul suo stato di salute e, inevi-

tabilmente, nella giusta diagnosi e nel vero e proprio diritto fondamentale alla salute di cui ciascun individuo è titolare.

Dopo questo *focus* sui poteri statali e secolari, i contributi seguenti offrono spunti di riflessione e non solo alla dottrina ma all'intero ordinamento: se è vero che la difesa delle identità e delle diversità è indispensabile per la costruzione di una società democratica e pluralista, altrettanto palese è che per tutelare e disciplinare, soprattutto in modo efficace, è necessario innanzitutto conoscere. La seconda parte del numero è così dedicata ad analizzare quali siano le risposte che i diritti religiosi hanno dato alle questioni bioetiche che sono emerse e che, fino a qualche decennio fa, erano semplicemente impensabili. La liceità delle diverse tecniche di procreazione medicalmente assistita, della gestazione per altri, delle cure palliative, dell'eutanasia, della donazione di organi, delle trasfusioni di sangue, della donazione del latte materno, sono solo alcune delle questioni che sono state affrontate. D'altro canto, il progresso scientifico e tecnologico ha spostato e reso ancora più labili i confini di vita, morte, cure, schiudendo a nuove possibilità ma anche ponendo nuovi interrogativi. Come rispondono a queste sollecitazioni le minoranze religiose? Rispondere non è solo questione accademica o dottrinale, perché per ciò che concerne le tematiche bioetiche, anche la tutela dei diritti delle minoranze religiose ma ancor prima la comprensione delle loro peculiarità è uno degli aspetti più significativi all'interno del tema generale della tutela dei diritti fondamentali nelle società multiculturali.

Ovviamente si è resa necessaria una scelta rispetto a quali minoranze coinvolgere e interpellare, e si è cercato – per quanto possibile – di strutturare gli interventi "a due voci" per poter rimanere fedeli all'idea di un dialogo che consideri le diverse prospettive e sfumature con le

quali le differenti confessioni disciplinano i più diversi aspetti. Come reso evidente dagli autori coinvolti, si è deciso di prediligere la prospettiva di chi, oltre ad essere studioso, è parte delle confessioni religiose interpellate, che può così offrire un *quid pluris* più aderente alla complessità delle tematiche affrontate e una conoscenza ed esperienza diretta anche del “sentire” e di tutta quella serie di dati difficilmente “intercettabili” e quindi decifrabili rispetto a chi studia i diritti religiosi da una prospettiva esterna ad essi e che, spesso, registra i mutamenti e ne capisce la portata con un fisiologico ritardo.

Questa l’impostazione di fondo, a partire da Massimo Giuliani e Bianca Gardella Tedeschi che analizzano come il diritto ebraico si struttura e risponde alle istanze bioetiche: il primo, in particolare, compie un’efficace ricostruzione del rapporto tra etica ebraica, *halakhah* e bioetica, fornendo un’esauriente ricostruzione metodologica che aiuta ad orientarsi nel mondo ebraico, mentre la seconda si sofferma sulla morte cerebrale e sulla sua compatibilità con il diritto ebraico, mostrando mirabilmente come questo diritto si misuri costantemente con i parametri e le conquiste provenienti dalla scienza.

Nibras Breigheische e Deborah Scolart illustrano invece quali sono le questioni bioetiche emergenti rispetto all’universo dell’appartenenza religiosa musulmana, compiendo la prima una rassegna delle fonti islamiche e delle loro interpretazioni delle principali questioni bioetiche (dall’aborto, trattato come caso paradigmatico, all’eutanasia, al trapianto di organi e alla donazione di latte materno alle banche del latte), la seconda invece come una parte di questo ventaglio di questioni venga disciplinato in Iran, uno dei pochi Paesi al mondo dove il diritto islamico è parte integrante di quello statale. Il quadro che ne emerge è particolarmente significativo, per-

ché ancora una volta dà contezza della complessità del mondo musulmano e della diversa convivenza di interpretazioni della tradizione giuridico-teologica, così come delle numerose prese di posizione di giuristi e organizzazioni sanitarie, se non – come nel caso iraniano – di intere nazioni.

Con un mero criterio cronologico rispetto alle confessioni religiose analizzate, George Gregorita e Federica Botti si occupano delle tematiche bioetiche rispetto alla chiesa ortodossa. Al primo si deve un’esauritiva ricostruzione di tutto l’assetto delle chiese ortodosse e un efficace spiegazione delle fonti e di come queste si coniugano per rispondere a tematiche nuove, mentre Federica Botti si occupa più nello specifico delle scelte legislative bioetiche nei Paesi dell’Europa dell’Est, dimostrando la peculiarità del ruolo dell’ortodossia, «intesa non solo come religione, ma come fattore culturale e di identità nazionale».

Tiziano Rimoldi, focalizza il suo intervento sulla questione del fine vita, individuata come “nodo irrisolto” in ambito bioetico nella prospettiva della Chiesa degli avventisti del settimo giorno. Analizzando le linee guida in materia emanate dalla Chiesa e intitolate *Care for the Dying* (pubblicate nel 1992 e riviste nel 2013), l’Autore compie un’attenta comparazione tra il documento e le normative statali come la legge dell’Oregon sul morire con dignità del 1997 o quella prefigurata dalla sentenza della Corte costituzionale italiana del 2019.

Laura Mattei e Rossella Bottoni affrontano infine le problematiche bioetiche con riferimento ai Testimoni di Geova, una confessione relativamente “giovane” ma frequentemente additata come incompatibile con gli ordinamenti statali, soprattutto per quanto riguarda la delicata tematica delle trasfusioni di sangue. Il primo contributo ha l’indiscutibile pregio di offrire una panoramica

dettagliata e allo stesso tempo esaustiva non solo della questione delle emotrasfusioni ma di tutta l'impostazione della confessione, offrendo interessanti spunti di riflessione sul consenso informato e sulla questione, invero irrisolta, delle direttive anticipate di trattamento. Rossella Bottoni, commentando una sentenza della Corte di Giustizia, offre un'emblematica analisi dell'iter giurisprudenziale sul punto, al crocevia tra diritto alla salute, diritto di libertà religiosa e ordine pubblico.

A Marco Ventura, infine, il compito di trarre le conclusioni di un così ricco e articolato lavoro, che inevitabilmente ha risentito della non semplice scelta di quali confessioni coinvolgere e, soprattutto, quali escludere. Ci piace però pensare che quest'iniziativa sia un punto di partenza e non di arrivo, al quale – speriamo – si aggiungeranno giornate e studi successivi che possano approfondire lo studio e l'analisi della posizione delle confessioni che in questa occasione non è stato possibile analizzare.



## Il ruolo di mediazione all'interno del Comitato Nazionale per la Bioetica

*Carlo Casonato, Luca Savarino\**

THE MEDIATING ROLE WITHIN THE NATIONAL BIOETHICS COMMITTEE

ABSTRACT: Ethics committees (ECs) constitute a galaxy of organisms for which different functions and compositions are provided. This contribution focuses on some aspects related to the configuration of the Italian National Bioethics Committee, analysing its functions of mediation-representation and mediation-conciliation. To this end, emphasis will be placed on the criteria chosen for the composition of an organism aimed at reflecting as much as possible the cultural and religious pluralism present in the country. Finally, some reflections will be advanced regarding how the role of a member of the National Bioethics Committee can be interpreted and the delicacy of acting within a public body that aims to seek mediation to achieve the maximum possible consensus. The search for the ideal solution must therefore be reconciled with that of a common, realistic, and practicable position, taking into account the context in which the opinions of a committee like the CNB are read and received.

KEYWORDS: Ethics committee; National Bioethics Committee; pluralism; consensus; mediation

ABSTRACT: I comitati etici costituiscono una galassia di organismi per cui sono previste funzioni e composizioni differenti. Il presente contributo si concentra su alcuni aspetti relativi alla configurazione del Comitato Nazionale per la Bioetica, analizzandone la funzione di mediazione-rappresentanza e quella di mediazione-conciliazione del CNB. A tale fine si darà rilievo ai criteri scelti per la composizione di un organismo volto a riflettere il più possibile il pluralismo culturale e religioso presente nel Paese. Infine, si avvanzeranno alcune riflessioni relative al modo in cui possa essere interpretato il ruolo di componente del CNB e della delicatezza dell'agire all'interno di un organismo pubblico che mira a cercare una mediazione per raggiungere il massimo consenso possibile. La ricerca della soluzione ideale deve dunque conciliarsi con quella di una posizione comune, realistica e praticabile, che tenga conto del contesto entro cui i pareri di un Comitato come il CNB vengono letti e recepiti.

PAROLE CHIAVE: Comitato etico; Comitato Nazionale per la Bioetica; pluralismo; consenso; mediazione

---

\* Carlo Casonato: professore ordinario dell'Università di Trento. Mail: [carlo.casonato@unitn.it](mailto:carlo.casonato@unitn.it). Luca Savarino: professore associato dell'Università del Piemonte Orientale. Mail: [luca.savarino@unipo.it](mailto:luca.savarino@unipo.it). Contributo su invito.

SOMMARIO: 1. Comitati etici e ruolo di mediazione: le variabili in campo – 2. Il CNB – 3. La funzione di mediazione-rappresentanza del CNB – 4. La funzione di mediazione-conciliazione del CNB – 5. La composizione del CNB: i criteri di rappresentatività – 6. Le divisioni interne al CNB: la polarità laici cattolici – 7. La logica operativa di un membro del CNB.

## 1. Comitati etici e ruolo di mediazione: le variabili in campo

I comitati etici (CE) costituiscono una galassia di organismi per cui sono previste funzioni e composizioni differenti<sup>1</sup>. In termini generali, essi assolvono a cinque compiti principali. Quello che per primo è stato svolto, e che anzi ha dato origine a tali organismi, è di carattere consultivo, e consiste nel supportare medici, amministratori, giudici ed altre categorie professionali che si trovino di fronte a casi complessi e delicati, nel prendere decisioni cui non si riesce a dare una soluzione attraverso una mera applicazione delle norme esistenti<sup>2</sup>. Un secondo compito riguarda la funzione di orientamento. In questo caso, non si tratta di indicare principi e regole in riferimento ad un caso specifico, ma di redigere provvedimenti su tematiche ampie (pareri, linee guida, direttive, codici di comportamento, ecc.), i quali sono dotati di carattere più generale. La predisposizione e la realizzazione di programmi di formazione per i professionisti o di alfabetizzazione e sensibilizzazione per la società costituiscono una terza funzione attribuita ad alcuni CE. Il compito di svolgere una valutazione etica dei progetti di ricerca sia in ambito clinico (*clinical trials*) che in altre aree e in riferimento alla cd. ricerca di base, costituisce una ultima funzione; quella per cui, in realtà, i CE sono maggiormente conosciuti. In Italia, sull'esempio di alcuni altri ordinamenti, a tali organismi è stato recentemente attribuito anche il compito di valutare, ai sensi della sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019, le situazioni di particolare vulnerabilità in riferimento all'accesso all'aiuto al suicidio<sup>3</sup>.

A motivo delle diverse funzioni attribuite, i CE sono solitamente composti in maniera differente, anche se ve ne sono alcuni che, nella stessa composizione, cumulano compiti diversi. A motivo della diversa funzione e composizione, i CE possono svolgere o meno un ruolo di mediazione, in riferimento, in particolare, alle posizioni culturali, etiche e religiose delle diverse componenti, anche minoritarie, della società. Anche in riferimento al ruolo di mediazione, in ogni caso, è bene svolgere alcune considerazioni di carattere introduttivo. Tale funzione, infatti, può essere svolta con diverse modalità e significati. In estrema sintesi, e in riferimento al tema trattato in questa sede, è possibile individuare una tipologia basata su due modelli: la mediazione-rappresentanza e la mediazione-conciliazione.

Il primo modello si caratterizza per una composizione del CE che renda presenti, pur in scala ridotta, le diverse componenti della società. In questo modello, la mediazione delle diverse istanze sociali è veicolata, a monte dell'attività, dal fatto che esse sono presenti all'interno dell'organo grazie ad una percentuale variamente rappresentativa dei componenti che a quelle istanze fanno riferimento. Una

<sup>1</sup> Fra gli altri, cfr. E. VALDES, J.A. LECAROS (eds), *Handbook of Bioethical Decisions*, II, 2023, 183-386; D.M. HESTER, T.L. SCHONFELD, *Guidance for Healthcare Ethics Committees*, 2022; L. FARBER POST, J. BLUSTEIN, *Handbook for Health Care Ethics Committees*, 2021. Per l'Italia, si veda E. FURLAN, *Comitati etici in sanità. Storia, funzioni, questioni filosofiche*, 2015; L. GALVAGNI, *Bioetica e comitati etici*, 2005.

<sup>2</sup> Per questa origine, si permetta il riferimento a C. CASONATO, *Biodiritto. Oggetto, fonti, modelli, metodo*, 2023, 28 ss.

<sup>3</sup> In generale, si veda il dossier dedicato all'interno del sito <https://www.biodiritto.org>.

delle variabili rilevanti di tale modello riguarda, ovviamente, il riconoscimento delle componenti (maggioritarie, minoritarie, qualificate) cui dare ingresso all'interno dell'organo. Il secondo modello si caratterizza, invece, per adottare strumenti di lavoro tesi a ricercare e per quanto possibile raggiungere, nello svolgersi dell'attività concreta del CE, forme di accomodamento e di accordo fra voci diverse. In questo senso, lavorando per così dire a valle, la mediazione consisterà nel tentativo di composizione dei diversi e talvolta antagonisti e confliggenti interessi rappresentati nel CE. Viste le loro caratteristiche e, in particolare, la diversità di funzioni, i due modelli non si escludono a vicenda, ma possono anche cumularsi all'interno di uno stesso CE.

## 2. Il CNB

Il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) svolge una pluralità di funzioni, all'interno di quelle menzionate. In assenza di una legge che ne regoli la composizione e le attività, le norme di riferimento vanno ricercate all'interno dell'originario decreto istitutivo (28 marzo 1990) e del regolamento e delle linee guida (entrambi modificati nel 2015) che ne specificano alcune caratteristiche<sup>4</sup>. Da tali provvedimenti, si desume che il CNB ha compiti relativi alla seconda e alla terza delle funzioni sopra segnalate, e in particolare: alla formulazione di pareri e all'individuazione di soluzioni, anche ai fini della predisposizione di atti legislativi in riferimento ai problemi di natura etica e giuridica emergenti con il progredire delle ricerche; ha funzioni di consulenza presso il Governo, il Parlamento e le altre istituzioni; ha compiti di informazione nei confronti dell'opinione pubblica sui problemi etici emergenti con il progredire degli studi e delle applicazioni tecnologiche nell'ambito delle scienze della vita e della cura della salute. Nello svolgimento di tali funzioni, il CNB redige documenti che, a seconda della natura e finalità, sono indicati come pareri, mozioni o risposte.

## 3. La funzione di mediazione-rappresentanza del CNB

Gli atti istitutivi e regolativi dell'attività del CNB non lo dotano di una composizione che garantisca una rappresentanza specifica, in termini di favore o di garanzia, per componenti individuate della società. Né il regolamento né gli atti istitutivi, ad esempio, prevedono alcuna "quota" per rappresentanze peculiari in termini professionali, ideologici o religiosi. Fin da principio, invece, si è garantito spazio, ma senza diritto di voto, ai rappresentanti del Consiglio Nazionale delle Ricerche, del Consiglio Superiore di Sanità, della Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici, dei Chirurghi e degli Odontoiatri e dell'Istituto Superiore di Sanità, cui si è aggiunto quello della Federazione Nazionale degli Ordini dei Veterinari Italiani. Si è data, inoltre, facoltà di consultare rappresentanti di associazioni od enti nella società «secondo le finalità del Comitato». Nonostante non vi fossero norme al riguardo, va registrato come fin dalla prima istituzione, la concreta composizione del CNB abbia assicurato una forte rappresentanza del mondo cattolico come della dimensione non confessionale, cui nel tempo si sono aggiunte presenze, pur numericamente inferiori, riconducibili al mondo ebraico (anche a livello di vicepresidenza) e a quello protestante. Altre confessioni religiose, sia diffuse che di carattere minoritario, sono invece ad oggi rimaste escluse.

<sup>4</sup> Si veda, al riguardo, il sito del CNB: <https://bioetica.governo.it>.

Tali considerazioni conducono ad iscrivere il CNB all'interno di un modello formalmente indifferente rispetto alle logiche tipiche della mediazione-rappresentanza di ordine religioso. Come accade anche in altri contesti, la capacità di rendere presente all'interno dell'organismo la pluralità degli interessi e delle sensibilità, anche culturali e religiose, presenti a livello sociale è affidata al galateo e alla correttezza istituzionale dell'autorità cui è attribuito il potere di nomina. In questo senso, ad un modello formalmente indifferente si è concretamente sostituito un modello di mediazione-rappresentanza attento alle particolarità di alcune delle componenti, anche religiose, più diffuse: un modello, in qualche modo, di mediazione-rappresentanza selettiva. Per quanto riguarda il CNB, in ogni caso, può rilevarsi come negli anni si sia formata, in termini convenzionali, una prassi tesa a dare almeno adeguato equilibrio alla componente confessionale rispetto a quella laica; prassi che, nelle ultime nomine, pare essere stata però fortemente indebolita.

#### 4. La funzione di mediazione-conciliazione del CNB

La seconda forma di mediazione citata riguarda la presenza di istituti e strumenti di lavoro tesi, oltre che a rendere presente la pluralità di orientamenti, a favorire forme di accomodamento e di accordo fra i diversi interessi rilevanti che possano condurre, per quanto possibile, ad una loro conciliazione. Anche in questo ambito, il discorso può svolgersi a livello formale e sostanziale. Dal primo punto di vista, il regolamento e le linee guida del CNB indicano una serie di strumenti in grado di svolgere, almeno a livello informale, una funzione di mediazione. Ciascun componente del CNB, ad esempio, ha la facoltà di formulare osservazioni e proposte in merito al programma di attività e ai documenti dei gruppi di lavoro. Al fine di rendere più completa la presenza dei diversi punti di vista, è espressamente contemplata la formula «alcuni/altri», con la possibilità di inserire i nomi dei componenti che aderiscono alle diverse posizioni. Al fine di dare conto delle opinioni divergenti, inoltre, è prevista la possibilità di presentare relazioni integrative o di dissenso (le cd. postille) destinate alle stesse forme di pubblicità del documento approvato. Dal punto di vista sostanziale, la funzione di mediazione-conciliazione si affida molto alla volontà dei diversi componenti di rendere compatibili o meno le proprie posizioni con quelle degli altri. La Presidenza adjuvata dal consiglio di Presidenza può, in ogni caso, adottare concrete modalità di lavoro (come il coordinamento delle attività, la fissazione dell'ordine del giorno, la disponibilità di tempo per la trattazione dei temi, l'audizione di esperti di diversi orientamenti) che permettano o contrastino le capacità di mediazione del CNB. Un metodo di lavoro tendenzialmente pluralista, in ogni caso, non pare poter dipendere dalla mera volontà del Presidente o della maggioranza dei componenti del CNB, a pena di delegittimare lo stesso comitato il quale, parafrasando la presentazione del suo primo Presidente, ha come suo motivo di esistenza l'essere una sede scientifica imparziale e indipendente, aperta a tutte le intelligenze ed esperienze che possono arricchire la cultura bioetica.

Una variabile da cui dipende la capacità di mediazione del CNB, inoltre, dipende anche dalla cifra della sensibilità etico-religiosa dello specifico tema trattato. A questo riguardo, può essere utile fare riferimento ad alcuni dei pareri recentemente adottati.



## 5. La composizione del CNB: i criteri di rappresentatività

Quanto alla composizione del Comitato nazionale della Bioetica, non esistono criteri stabiliti giuridicamente su chi possa farne parte e chi no. Non esiste neppure, almeno in Italia e nell'Europa continentale, una definizione precisa della figura del bioeticista che rimandi a un insieme esaustivo di competenze e a un *iter* formativo codificato. Questa situazione rinvia con tutta probabilità all'origine storica della riflessione bioetica. Negli anni Sessanta del secolo scorso, come racconta Albert Jonsen nel suo libro sulle origini della bioetica, alle prime conferenze sull'argomento partecipavano filosofi, giuristi, teologi, medici e scienziati che si confrontavano su temi di grande attualità e rilevanza sociale<sup>5</sup>. A ciò va aggiunto che la bioetica è per definizione un tipo di sapere in cui il dato medico e scientifico costituisce il presupposto indispensabile per poter discutere in modo competente di problemi etici e giuridici. Questa particolarità della disciplina nascente ha fatto sì che anche nei decenni successivi la bioetica abbia mantenuto il carattere di sapere multidisciplinare dai contorni molto ampi e variegati.

Ciò premesso, la composizione di un organismo come il CNB segue almeno due logiche di fondo. La prima riguarda la necessità di dare rappresentanza a figure professionali molto diverse tra loro che possano coprire l'ampio spettro di competenze richiesto: filosofi morali, giuristi, esperti di scienze sociali, tra cui per esempio economisti e sociologi, medici ed esponenti del mondo scientifico. La seconda logica rimanda alla necessità di dare rappresentanza alle diverse famiglie culturali che fanno parte della vita del Paese. Tali famiglie culturali coincidono talvolta, ma non sempre, con le confessioni religiose presenti all'interno di un dato territorio, ma devono ovviamente tenere in considerazione la cultura laica che da alcuni decenni nelle società occidentali secolarizzate e pluraliste è predominante. Se poi ci chiediamo quali confessioni religiose possano e debbano far parte di un organismo come il CNB, dobbiamo far riferimento innanzitutto alla loro consistenza numerica, alla possibilità di individuare un certo numero di esponenti che possano esprimere un punto di vista che le varie comunità fanno proprie, e infine alla competenza sui temi di bioetica. È noto l'esempio delle Chiese protestanti italiane che, a dispetto della loro esigua consistenza numerica, hanno istituito da circa trent'anni una commissione di bioetica (la Commissione di bioetica delle Chiese battiste metodiste e valdesi in Italia) che ha progressivamente acquisito uno spazio rilevante all'interno del dibattito pubblico italiano su questi temi<sup>6</sup>. Analoga considerazione vale per le Comunità ebraiche, il cui rappresentante occupa una carica istituzionale di rilievo all'interno del Comitato.

## 6. Le divisioni interne al CNB: la polarità laici cattolici

Se dunque, in astratto, è evidente che la composizione di un organismo come il CNB debba riflettere il più possibile il pluralismo culturale e religioso presente nel Paese, è altrettanto evidente come, per molti anni, questo pluralismo sia stato prevalentemente interpretato secondo lo schema della divisione tra bioetica cattolica e bioetica laica. Questa polarità, seppur valida a livello sociologico e politico, come riflesso della guerra culturale in campo bioetico che in Italia è intercorsa dalla prima metà

<sup>5</sup> Cfr. A. JONSEN, *The Birth of Bioethics*, Oxford, 1998.

<sup>6</sup> Cfr. <https://www.chiesavaldese.org/aria/cms.php?page=157>.

degli anni Novanta sino ai primi anni duemila nel campo tra due schieramenti che si rifacevano a una posizione di tipo cattolico romano e una posizione di tipo laico o secolare, non sembra avere un fondamento teorico solido e chiaramente riconoscibile. La contrapposizione tra il paradigma della sacralità della vita e il paradigma della qualità della vita, infatti, non sembra in grado di rispecchiare molta parte delle distinzioni più significative all'interno del dibattito bioetico internazionale, dal momento che appiattisce indebitamente l'etica religiosa sull'etica cattolica e trascura le evidenti differenze metodologiche e valoriali interne all'etica secolare. Non è un caso, del resto, che tale distinzione sia ormai valida solo in parte e limitatamente alle questioni poste dalla bioetica tradizionale, intesa come etica medica. Se si guarda invece alla cosiddetta bioetica globale, che negli ultimi anni ha in buona parte ridisegnato l'agenda della riflessione bioetica contemporanea portando in primo piano tutta una serie di questioni (che si potrebbero definire, in senso lato, "ecologiche") che la bioetica tradizionale aveva confinato in un luogo marginale, si può notare come tale partizione teorica abbia in gran parte perso di senso e di validità. Non è un caso che, nel momento in cui il CNB è stato chiamato a esprimersi su temi diversi da quelli tradizionali – in particolare su tutte le questioni legate all'emergenza pandemica, come il triage nelle terapie intensive, l'allocazione delle risorse sanitarie, le vaccinazioni o le questioni ambientali – gli schieramenti tradizionali fondati sulla partizione laicocattolici si siano quasi completamente ridisegnati. Se assumiamo che l'emergenza pandemica non sia stata un evento occasionale, dal momento che il contesto ideale per l'insorgenza di future possibile pandemie è in larga parte determinato dalla crisi ecologica, appare chiaro come, in un futuro non troppo lontano, il contesto della bioetica contemporanea sarà sempre più determinato da emergenze di carattere ambientale che renderanno con tutta probabilità obsoleta la distinzione tra bioetica cattolica e bioetica laica.

## 7. La logica operativa di un membro del CNB

Per finire, un'ultima considerazione che riguarda la logica che guida l'azione di un componente del CNB che appartenga a una famiglia culturale ben definita. In un articolo significativo pubblicato nella metà degli anni Novanta, dal titolo *Truth or Consequences*, lo studioso americano Dan Brock ha messo in evidenza la profonda differenza che intercorre tra essere membro di un Comitato etico dotato di rilievo pubblico e l'attività privata di studioso di bioetica<sup>7</sup>. Mentre il compito dello studioso è quello di "dire la verità" (nel senso di discutere criticamente le varie posizioni, criticare quelle con cui non si è d'accordo e illustrare nella maniera più ampia ed esaustiva possibile la propria posizione cercando di conferirle evidenza e radicalità), come membro di un Comitato etico che ha una funzione di consulenza nei confronti del governo e degli operatori pubblici, ciascuno è chiamato a contribuire e a elaborare una posizione che cerchi di raccogliere il più ampio consenso possibile. Un caso paradigmatico di questa differenza può essere individuato nel parere sul triage nelle terapie intensive che il CNB ha pubblicato agli inizi di aprile 2020, dunque nel pieno della prima fase dell'emergenza pandemica. Il parere contiene alcune affermazioni importanti e per certi aspetti storiche nel panorama della bioetica italiana, prima fra tutte l'affermazione che in quella specifica situazione fosse necessario fare triage. La soluzione proposta risiedeva in un criterio clinico di tipo particolare, secondo cui la priorità

<sup>7</sup> D. W. BROCH, *Truth or Consequences: The Role of Philosophers in Policy-Making*, in *Ethics*, 97, 4, 1987, 786-791.

nell'accesso avrebbe dovuto essere accordata a coloro che avevano maggiori possibilità di guarire. L'età non avrebbe dovuto essere considerata un criterio di esclusione a priori ma un criterio tra altri che giocava un ruolo fondamentale all'interno di un giudizio clinico complessivo. Molti commentatori hanno rimproverato agli estensori del parere una prudenza eccessiva, che avrebbe portato a una proposta che non era in grado di risolvere tutti i problemi allocativi che in quel momento si ponevano nelle terapie intensive del Nord Italia (nel caso di due pazienti con la stessa possibilità di guarigione, per esempio, sarebbe stato lecito passare da un criterio fondato sull'idea di salvare il più alto numero di vite a un criterio diverso, fondato sull'idea di salvare il più alto numero di anni di vita?). In realtà la scelta di scrivere un documento improntato a un criterio di prudenza e di responsabilità sociale era in quel momento in gran parte dettata dall'esigenza, che un organismo come il CNB aveva, di dare una risposta realistica ma al tempo stesso rassicurante all'opinione pubblica su un tema così delicato e scottante. Non va dimenticato infatti come l'opinione pubblica in quel momento fosse profondamente scossa dall'emergenza pandemica e da alcune campagne di stampa che sostenevano che le persone anziane non avrebbero potuto essere ricoverate in terapia intensiva. Non minare la fiducia di cui le misure di contenimento avevano bisogno per poter essere applicate efficacemente era la preoccupazione principale di ogni membro del CNB. In questo senso è emblematica la differenza tra il lavoro dello studioso e quella del membro di un organismo pubblico che mira a cercare una mediazione per raggiungere il massimo consenso possibile su posizioni che ovviamente non devono andare contro i principi fondamentali di coscienza di coloro che sottoscrivono un determinato documento: da un lato vi è la ricerca di una soluzione ideale, dall'altro quella di una posizione comune, realistica e praticabile, che tenga conto del contesto entro cui i pareri di un Comitato come il CNB vengono letti e recepiti.

*Special issue*



## Il potere normativo dei giudici nelle materie bioeticamente e religiosamente rilevanti

Francesco Alicino\*

THE NORMATIVE POWER OF JUDGES IN BIOETHICAL AND RELIGIOUS MATTERS

ABSTRACT: This article analyzes the power of judges in defining biolaw. It does so by dwelling on the jurisprudential and normative history of ethically sensitive subjects (abortion, assisted procreation, surrogacy, end-of-life), in which science and technology have led the basic notions of human life (birth, life, death, dignity, health, self-determination) to an epistemological crisis. In constitutional democracies they become a source of intense tensions, from which the need for codified state law emerges. Grappling with electoral interests, parliaments respond with tendencies ranging from inertia to partisanship. From the related normative narratives, the confrontation between different conceptions of bioethics comes out. Both secular and religious ideologies take part in the debate concerning the interpretation of constitutional principles, including those related to the theory of “constitutional originalism” and the “living constitution”. That is evident in the light of the Italian legislative and jurisprudential evolution of the last two decades, which is even more interesting when compared to other jurisdictional contexts. Those pertaining to the American Constitution are of particular interest for the present work.

KEYWORDS: Biolaw; bioethical; constitution; judiciary; parliament

ABSTRACT: Questo articolo analizza il potere dei giudici nel definire il biodiritto. Lo fa soffermandosi sulla storia giurisprudenziale e normativa di temi eticamente sensibili (aborto, procreazione assistita, maternità surrogata, fine vita), in cui la scienza e la tecnologia hanno portato le nozioni fondamentali dell’esistenza (nascita, vita, morte, dignità, salute, autodeterminazione) a una crisi epistemologica. Nelle democrazie costituzionali diventano fonte di tensioni antagoniste, da cui emerge la necessità di norme codificate. Alle prese con interessi elettorali e passioni mediatiche, i parlamenti rispondono con atteggiamenti che vanno dall’inerzia alla spiccata partigianeria. Dalle relative trame normative emerge il confronto tra diverse concezioni della bioetica. Da posizioni laiche e religiose le vediamo riversarsi nei dibattiti riguardanti il ruolo e l’esegesi delle disposizioni costituzionali, compresi quelli legati alla teoria del “constitutional originalism” e della “living constitution”. Ciò è evidente alla luce della storia legislativa e giurisprudenziale italiana degli ultimi due decenni, resa ancora più stimolante se

---

\* Professore ordinario, Università LUM di Bari. Mail: [f.alicino@lum.it](mailto:f.alicino@lum.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

comparata con altre giurisdizioni. Quella afferente alla Costituzione americana è di particolare interesse per il presente lavoro.

PAROLE CHIAVE: Biodiritto; bioetica; costituzione; potere giudiziario; Parlamento

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Bioetiche a confronto – 3. Irragionevoli compromessi – 4. Di là dell'esperienza – 5. La ricerca scientifica – 6. Natura, famiglia e procreazione – 7. Adozioni e maternità surrogate – 8. La società naturale e le formazioni sociali – 9. *Stepchild adoption* e genitori d'intenzione – 10. Genitore di intenzione e reato di maternità surrogata – 11. Ermeneutiche costituzionali a confronto – 12. La *living constitution* – 13. La rivincita degli originalisti – 14. La disciplina del fine vita – 15. Giudici e legislatori – 16. Etiche collettive e oggettive – 17. Etiche prudentemente relativistiche – 18. Dignità e diritto alla vita – 19. Autonomia individuale e disponibilità della vita – 20. Conclusioni e prospettive.

## 1. Introduzione

I progressi della scienza, della tecnologia e della medicina hanno toccato tutti gli ambiti dell'esistenza, dalla nascita alla morte. Lo hanno fatto in modo da veicolare le nozioni di vita, dignità e salute verso una crisi epistemologica. La loro irruenza è tale da impattare sulle materie eticamente sensibili (aborto, procreazione assistita, maternità surrogata, fine vita, per citare le più note), condizionando le rispettive discipline. Nelle democrazie costituzionali diventano fonte di tensioni antagoniste, dalle quali emerge il bisogno di norme codificate. Alle prese con interessi elettorali e passioni mediatiche, i parlamenti rispondono con tendenze che vanno dalla inerzia alla spiccata partigianeria. Nelle relative trame normative si inserisce la giurisprudenza, sovente accompagnata dal confronto fra differenti concezioni di bioetica. Dai fronti laici e religiosi le vediamo riversarsi nei dibattiti riguardanti il ruolo e l'esegesi delle disposizioni costituzionali.

Alcuni ritengono che in questi frangenti il giudice debba trovare la soluzione nello *ius scriptum*, anche quando manchino testi specifici: la tesi discende da una teoria delle fonti che postula un'auto-integrazione dell'ordinamento. Altri sottolineano l'attitudine del potere giudiziario a produrre diritto, sotto la cui influenza cade il paradigma della razionalità intrinseca della legge. Gli spettatori più disincantati si limitano a registrare come talvolta le corti giudiziali esercitino poteri paralegislativi<sup>1</sup>. E non è detto che da tale lavoro si possa ricavare una costante. Questo perché il giudice si muove tra una pluralità di forme di normatività<sup>2</sup>, comprese quelle derivanti dalle tecniche interpretative riguardanti, in particolare, i modi di leggere e applicare<sup>3</sup> la Costituzione<sup>4</sup>, il più politico dei documenti giuridici e il più giuridico

<sup>1</sup> F. CORDERO, *Diritto*, in 3 *Enciclopedia Einaudi*, 1978, 955-973.

<sup>2</sup> P. RESCIGNO, in P. RESCIGNO G. RESTA, A. ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, 142.

<sup>3</sup> Su cui G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 67, secondo i quali «il rapporto fra interpretazione e applicazione non è una congiunzione occasionale ma un nesso di inscindibilità: che nel diritto non vi sia applicazione senza interpretazione, può apparire chiaro, fino alla banalità; meno chiaro, ma altrettanto vero, è però anche l'inverso: che non c'è interpretazione senza applicazione. L'essenza del diritto è in questo nesso, nel quale si manifesta il suo valore pratico».

<sup>4</sup> E.W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, Costituzione, democrazia*, Milano, 2006, per il quale «una discussione sui metodi dell'interpretazione costituzionale è sempre anche una discussione sul concetto e sulla teoria della costituzione» (101).

dei documenti politici<sup>5</sup>. In ambito di biodiritto<sup>6</sup> tali tecniche risultano non di rado polarizzate tra una propensione conservatrice e una progressista: qui i sostenitori di una ermeneutica costituzionale evolutiva<sup>7</sup>; lì i difensori dell'interpretazione originalista basata sulla volontà degli uomini che storicamente hanno partecipato alla redazione della Carta, ovvero secondo il significato attribuito alle sue norme nel periodo in cui sono approvate<sup>8</sup>.

Innanzitutto a manufatti costituzionali più datati il dissenso s'accentua per il non-detto delle formule scritte: non detto perché non immaginabile nel momento in cui la Costituzione è entrata in vigore. Le composizioni testuali diventano così il terreno di contesa fra diversi quadri etici. Lo testimoniano per l'Italia alcuni eventi legislativi e giurisprudenziali, la cui analisi servirà a rendere più intellegibile siffatte dinamiche. Lo saranno anche alla luce dell'insegnamento derivante dalla comparazione con altre esperienze giurisdizionali. Di particolare interesse per il presente lavoro quelle afferenti alla Costituzione americana e alle novità ivi registrate nelle materie bioeticamente e religiosamente rilevanti. Danno la possibilità di rilevare come i giudici non siano in *sensu* stretto il prodotto del processo democratico. La funzione giudiziaria serve tuttavia alla democrazia, nel *sensu* costituzionale della formula.

## 2. Bioetiche a confronto

In Italia le differenze sono spesso schematizzate attraverso il richiamo alle bioetiche cattolica e laica<sup>9</sup>. Sono ricevibili nella misura in cui si precisa che per la prima si intende quella definita dai documenti

<sup>5</sup> Su questo punto *ex plurimis* F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, 1981; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 859; O. PFERSMANN, *Le sophisme onomastique: changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution*, in F. Mélin-Soucramanien (a cura di), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, 2005, 44; A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2003; 13; A. PACE, *Costituzioni rigide e flessibili*, in *Diritto pubblico*, 2000, 348; A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 35, spec. 37; F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale per valori*, in *Il Diritto ecclesiastico*, I, 1995, 69-85; F. BILANCIA, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 1993, 3036; F. RIMOLI, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazioni per valori*, in *Giur. cost.*, 1992, 3770.

<sup>6</sup> S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, 2011.

<sup>7</sup> Su cui già F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, schierato a favore di una interpretazione evolutiva fondata sull'evidenza empirica: «[è] inutile discutere intorno alla possibilità quando l'esperienza ci dimostra giorno per giorno la verità di questo fenomeno. Non tanto la interpretazione può evolversi quanto non può non evolversi. Il vero è che man mano che l'interprete si allontana, nello spazio e soprattutto nel tempo, dal legislatore, si impoverisce quel materiale, in cui, oltre i limiti della formula, consiste la forma della dichiarazione e alla cui conoscenza soprattutto è affidata la fedeltà dell'interpretazione, così che la forma, a poco a poco, si riduce nient'altro che alla formula» (388). Da cui il dibattito con S. ROMANO (*Interpretazione evolutiva*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947) ed E. BETTI (*Teoria generale della interpretazione*, edizione corretta e ampliata a cura di G. CRIFÒ, Milano, 1990), per cui si rinvia per tutti a F. GRECO, *L'interpretazione evolutiva della legge*, Firenze, 2006, 39 ss.

<sup>8</sup> Per una ricostruzione del dibattito attorno alla interpretazione della Costituzione italiana si vedano i contributi in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA, *Quaderno del "Gruppo di Pisa" Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Catania il 5 ottobre 2007*, Torino, 2008, e alla bibliografia ivi pure riportata.

<sup>9</sup> Si vedano *ex plurimis* G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano, 2009; L. LO SAPIO, *Bioetica cattolica e bioetica laica nell'era di Papa Francesco*, Milano, 2017; S. SERAFINI, *Da una storia di battaglie etico-politiche a*

della Chiesa, ben essendoci esponenti cattolici, anche della gerarchia, che sostengono almeno in parte la seconda, la bioetica laica nel senso di non religiosa. Non necessariamente significa antireligiosa, ma che trascende l'ipotesi di Dio. Il che non esclude in esponenti laici, agnostici o atei posizioni riconducibili alla bioetica cattolica<sup>10</sup>.

Entrambe considerano le implicazioni dei ritrovati della scienza, della tecnologia e della medicina, rispetto ai quali il giudizio cambia a seconda del sistema di valori utilizzato per definire la vita e la dignità delle persone. A una visione giusnaturalistica, propria delle bioetiche cattoliche, ribattono opinioni che, improntate a una concezione profana della natura, sottolineano la necessità di forme etiche nuove come risposta alle novità prodotte dal biodiritto<sup>11</sup>; che, proprio per questo, non esclude la possibilità di nuovi diritti<sup>12</sup>. In sede giuridica il confronto si problematizza quando rapportato ai momenti fisiologici e cruciali dell'esistenza, quali la nascita, l'unione tra due persone e la morte<sup>13</sup>.

Per quanto riguarda la prima, l'esempio giunge dalla legge italiana del 19 febbraio 2004 (n. 40) ideata per «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana e il ricorso alla procreazione medicalmente assistita»<sup>14</sup>. Sono tali da generare una serie di domande sui mezzi e sulle pratiche che facilitano o sostituiscono l'atto sessuale. La scriminante etica riguarda la loro ammissibilità nei casi in cui la procreazione presentasse delle difficoltà per la coppia (fecondazione omologa), superabili mediante l'intervento di una persona estranea all'unione; cioè a dire con il dono del seme o dell'ovocita (fecondazione eterologa) ovvero il prestito dell'utero (gestazione per altri, nota anche come maternità surrogata). In tutti i casi la soluzione passa dalla natura giuridica dell'embrione, se possa o no essere legalmente definito come persona e se debba essere o no considerato come frutto di una società naturale che, attraverso il matrimonio eterosessuale, fonda la famiglia (art. 29 Cost.)<sup>15</sup>. La bioetica cattolica prende posizione non condannando le ricerche finalizzate a ridurre la sterilità<sup>16</sup>. Le reputa però gravemente disoneste quando «dissociano l'atto sessuale dall'atto procreatore»<sup>17</sup> e non si conformano «alla dignità» della natura umana<sup>18</sup>. Le tecniche di fecondazione artificiale sono in altre parole incoraggiare a condizione che si pongano al servizio degli uomini, «dei suoi diritti inalienabili e del suo bene vero e integrale, secondo il progetto e la volontà di Dio»<sup>19</sup>. Devono perciò essere vietate se ledono «il diritto del figlio a nascere da un padre e da una madre conosciuti da lui e tra loro

---

*spiragli di dialogo tra pensiero cattolico e pensiero laico*, Roma, 2019; G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia volontaria*, Milano, 2020.

<sup>10</sup> N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Bologna, 2006, 281-283.

<sup>11</sup> U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, Milano, 1998, 189.

<sup>12</sup> S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma-Bari, 2009, 70. Da differente prospettiva si veda M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei «nuovi diritti»*. Saggio presentato all'Accademia dei Lincei, durante il Convegno 9-10 gennaio 2008 su *La Costituzione ieri e oggi*.

<sup>13</sup> Sono questi gli argomenti affrontati nel presente lavoro, come si potrà notare dalle pagine che seguono.

<sup>14</sup> Art. 1 Legge n. 40/2004.

<sup>15</sup> Su quest'ultimo punto si tornerà a breve quando, appunto, si analizzerà la giurisprudenza costituzionale sul sintagma «società naturale» di cui all'art. 29 Cost.

<sup>16</sup> Catechismo della Chiesa cattolica, n. 2375.

<sup>17</sup> *Ivi*, n. 2377.

<sup>18</sup> *Ivi*, n. 2377.

<sup>19</sup> *Ivi*, n. 2375.

legati dal matrimonio»<sup>20</sup>. Diritto, questo, che discende da quello di tutti, compreso il concepito, ad essere rispettati come persone<sup>21</sup>.

Siamo innanzi a formule che alludono a una geometria di figure etiche sospese *ab eterno* secondo postulati *de Deo legislatore*. Ingenuo chi le condanni senza appello scrollandosene di dosso con snobistici atteggiamenti: rispecchiano legittime specificità confessionali, più o meno corrispondenti a pratiche presenti nelle relative comunità. Il problema si pone sul piano giuridico quando non obbligano in coscienza il singolo cittadino-fedele, ma investono l'intero ordinamento positivo. Lo fanno ostentando Verità che, ponendosi al di sopra delle etiche e delle sapienze diverse, aspirano alla *longa manus* dello Stato, al sigillo tutelare di norme valide *erga omnes*. D'altra parte, la critica a questa impostazione non legittima opposti fondamentalismi, magari improntati a scetticismi estremi o a nichilismi giuridici, per cui tutte le scelte registrate in materia devono essere poste sullo stesso piano, essere cioè sempre e comunque giustificate.

Ne consegue il bisogno di ragionevoli compromessi. A chiederli è un ordinamento democratico, costituzionale, laico e di diritto che, come tale, non si fa specchio di valori religiosi o secolarizzati infallibilmente presupposti. S'atteggia invece a organo improntato a un sostenibile e pragmatico pluralismo etico, il più possibile inclusivo e non escludente. In questi casi la politica legislativa è sottoposta al vaglio delle verità (con la minuscola) costituzionali che, senza sorvolare sulla mischia dell'esperienza empirica, sono indefinitamente perfezionabili. Il che premette la ricerca di mediazioni valutabili al lume di seri tentativi di falsificazione e severi processi conoscitivi per prova ed errore *sine praeiudicio melioris sententiae*. Quello che in effetti è mancato nel processo di elaborazione della legge 40/2004: qui il compromesso è stato trovato a un livello talmente basso da creare irragionevoli e sproporzionati sbilanciamenti.

### 3. Irragionevoli compromessi

Già dal primo articolo la formula legislativa del 2004 si pone sulla difensiva. Lo fa mettendo in guardia i consociati dalle pratiche eugenetiche, dalle sperimentazioni non rispettose della dignità degli embrioni e dalla possibilità che in futuro la dissociazione tra atto sessuale e procreazione in provetta si attesti come un'opzione da esercitare anche fuori dei casi patologici e di necessità. Il risultato è che la fecondazione omologa è ammessa entro notevoli limiti, mentre quella eterologa è assolutamente vietata. L'esito eticamente partigiano si palesa però con più evidenza in un'altra attestazione di principio contenuta nel medesimo articolo e volta a tutelare «tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito». Di modo che quest'ultimo diventa soggetto di diritti fondamentali, a cominciare da quelli alla vita, alla personalità, quindi alla nascita; sempre e comunque rispettosa dello stato di natura. Nel prendere partito a favore dell'etica cattolica, la legge del 2004 si schiera così contro un risalente e consolidato orientamento della Corte costituzionale, come impostato nel 1975<sup>22</sup> e solcato tre anni dopo dall'intervento

<sup>20</sup> *Ivi*, n. 2377.

<sup>21</sup> *Ivi*, n. 2378.

<sup>22</sup> Corte cost. 18 febbraio 1975, n. 27.

del legislatore<sup>23</sup>: per cui, non essendo il feto ancora una persona, i suoi diritti arretrano davanti alla tutela della salute della gestante, che persona lo è già.

I principi di cui all'art. 1 si declinano nelle successive disposizioni. Sono non a caso almanaccate da una serie di divieti, dal cui sfondo politico affiora la tendenza a conferire una impronta quasi teologale al diritto statale. Ciò spiega la discesa in campo della gerarchia ecclesiastica nella campagna elettorale per la consultazione referendaria del 2005, ideata per l'abrogazione della legge 40/2004. La Conferenza episcopale italiana sfrutta l'agone elettorale per difendere l'impianto legislativo. Lo fa mediante una strategia comunicativa senza precedenti: non dà indicazioni sul voto, invita bensì a disertare le urne per impedire il raggiungimento del numero minimo degli aventi diritto, soglia costituzionalmente necessaria affinché il referendum *ex art. 75 Cost.* produca effetti<sup>24</sup>. E si comprende con altrettanta evidenza perché, raggiunto l'obiettivo del fallimento del quorum, l'attenzione della gerarchia abbia poi virato in direzione dei giudici.

Lo attestano convinti sostenitori della legge del 2004, per cui le vicende giurisprudenziali successive all'entrata in vigore palesano una «antinomia tra Parlamento e magistratura, che ha smontato molto di quanto il Parlamento ha deciso e il popolo lasciato intatto con il referendum (che fu una grande prova di unità dei cattolici in politica)»<sup>25</sup>. L'occasione è propizia anche per precisare che quella «legge intendeva aiutare le coppie sterili ad avere un figlio tutelando la salute della donna, la dignità dell'embrione e la coesione della famiglia, e ponendo un criterio etico alla ricerca»<sup>26</sup>.

In realtà, sotto l'imperativo del divieto di denegata giustizia, i giudici non hanno potuto esimersi dall'applicare, e dunque interpretare, la legge in questione. Il che, a sua volta, ha determinato già in sede di corti di merito l'emersione di insuperabili incongruenze, frutto di un'indole normativa eminentemente confessionista e irragionevolmente dirigista<sup>27</sup>.

#### 4. Di là dell'esperienza

La riprova giunge dagli artt. 13 e 14 della legge 40/2004: il primo pone un «divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale che non sia finalizzata alla tutela dell'embrione»; il secondo prescrive di non creare un numero di embrioni superiore «a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre». Disposizioni, queste, che si raccordano con quelle relative al congelamento in azoto liquido e ai tempi per l'impianto: in casi di necessità crioconservazione il trasferimento degli embrioni nell'utero deve essere realizzato «non appena possibile». La legge del 2004 si candida in tal modo a produrre contrasti con la Carta del 1948. Sono sanabili solo a costo

<sup>23</sup> Legge 22 maggio 1978, n. 194, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*.

<sup>24</sup> Si veda per tutti il Comunicato della CEI, *Legittimo non partecipare al voto referendario sulla legge 40*, in *SIR-Servizio Informazione Religiosa*, 15 marzo 2005.

<sup>25</sup> Così P. BINETTI in E. NEGROTTI, *Procreazione. Legge 40, provetta, vita umana: cosa resta 15 anni dopo il referendum*, in *Avvenire*, 18 giugno 2020.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> Si veda, ad esempio, il Trib. Cagliari, 24 settembre 2007, poi seguito da Trib. Firenze, 17 dicembre 2007 e recepito dal ministero della Salute nelle nuove linee-guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, art. 7, L. n. 40/2004, emanate il 30 aprile 2008.

di ermeneutiche costituzionali improntate a quadri etici univoci e religiosamente orientati. Fuori da queste ipotesi, molte formule legislative del 2004 non superano il test del diritto all'eguale libertà, pilastro portante del modello di ordinamento che opera nella cornice ragionevole di un prudente e democratico relativismo.

Opera cioè nell'ottica del «compromesso nella formazione della volontà generale», mettendo «in secondo piano ciò che separa gli elementi da unire, in favore di ciò che li unisce»<sup>28</sup>. La legge 40/2004 è invece frutto di una volontà maggioritaria che privilegia una delle concezioni di bioetica in campo, escluse le altre. Il risultato è un accordo di parte completamente disgiunto dall'accordo più generale sul ruolo, sul senso e sul significato della Costituzione: elementi che, tenendo assieme maggioranza e minoranze, giustificano gli interventi legislativi<sup>29</sup>. La legge in questione ha in altri termini disatteso l'essenziale promessa delle democrazie costituzionali<sup>30</sup>, per cui la maggioranza si impegna a rispettare l'uguaglianza e la dignità delle minoranze, tutelandole contro le presunzioni della «nuda forza della società»<sup>31</sup>. Una forza che porta le libertà fondamentali ad essere assoggettate alla sovranità del Parlamento a scapito di quella degli individui. In lingua costituzionale, l'impostazione della 40/2004 si scosta da una lettura razionale degli artt. 3 e 32 Cost., ai sensi dei quali la legge non può superare i limiti imposti dal rispetto della persona umana<sup>32</sup>.

A sancirlo è la decisione della Consulta del 2009 che, attenta all'effetto pratico dei fatti normativi, registra una improvvida invasione del legislatore del 2004 nel campo della comunità scientifica e della professionalità medica. Al punto che l'incursione, trascendendo la concreta fatica dell'esperienza, finisce per impattare non solo sulla salute della donna ma, con strabilianti effetti di eterogenesi dei fini, anche su quella del feto<sup>33</sup>. Detto con le parole della Corte, la legge «non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento»<sup>34</sup>. Non gli consente in particolare di individuare, caso per caso e al lume della pratica medica, il numero di embrioni ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita. Il che costringe gli operatori sanitari a non ridurre al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto, come i principi costituzionali e la deontologia professionale imporrebbero<sup>35</sup>. Ecco spiegato il contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost.: da un lato, riservando «il medesimo trattamento a situazioni dissimili», si crea un vulnus sotto il duplice profilo del principio di

<sup>28</sup> Come già scriveva H. KELSEN, *La democrazia*, Bologna, 2001, 151.

<sup>29</sup> C.R. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, 2009, 74.

<sup>30</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge-Mass, 1977, trad. it. a cura di G. REBUFFA, *I diritti presi sul serio*, Bologna, il Mulino, 1982, 292. Nello stesso senso P. HÄBERLE, *I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo*, in M. LUCIANI (a cura di), *La democrazia alla fine del secolo*, Roma-Bari, 1994, 97. Sul punto anche M. PEDRAZZA GORLERO, *L'eguaglianza fra libertà e convivenza*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Principi dell'89 e costituzione democratica*, Padova, 1991, 113 ss.; A CAVARERO, *Il modello democratico nell'orizzonte della differenza*, in *Democrazia e diritto*, 2, 1990, 238 ss.

<sup>31</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 2008, 115.

<sup>32</sup> Per dirla con le parole di Luigi Ferrajoli, la maggioranza si appropria della sfera dell'indicibile costituzionale; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit., 19-44 nonché 92.

<sup>33</sup> Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> *Ibid.*

ragionevolezza e di quello di uguaglianza<sup>36</sup>; dall'altro, si legittima un «pregiudizio» nei confronti della «salute della donna ed eventualmente – come si è visto – del feto»<sup>37</sup>.

La legge 40/2004 è pertanto dichiarata incostituzionale con riferimento al numero degli embrioni da impiantare nell'utero e nella parte in cui non prevede che il loro trasferimento debba essere effettuato indipendentemente dalle condizioni di salute della persona che aspira alla gestazione<sup>38</sup>. La Consulta introduce così una deroga al divieto sancito, in via generale, nel comma 1 dell'art. 13 della legge 40/2004. Lo fa alla luce della necessità del ricorso alla citata tecnica di crioconservazione, nei centri di procreazione medicalmente assistita, con riguardo agli embrioni prodotti ma non impiantati<sup>39</sup>.

Incurante delle evidenze empiriche, la formula legislativa del 2004 genera anche cortocircuiti legali con gli orientamenti del giudice sovranazionale. Quelli in particolare solcati dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), a cominciare dalla sentenza *Costa e Pavan c. Italia* del 2012, in cui il giudice non può non constatare l'incoerenza del sistema legislativo italiano: un sistema che, per un verso, vieta l'impianto dei soli «embrioni non affetti dalla malattia» e, per l'altro, autorizza la gestante «ad abortire un feto affetto da quella stessa patologia»<sup>40</sup>. Maggiormente tutelato quando si trova in vitro, l'embrione vede così ridimensionare i margini di protezione quando diventa feto nel ventre della donna, alla quale è comunque riconosciuta la possibilità di accedere all'interruzione volontaria della gravidanza nei limiti e con i modi previsti dalla legge 194/1978<sup>41</sup>. Piove e non piove, avrebbe chiosato Wittgenstein.

Va anche notato che nel frattempo la Corte europea ha emesso decisioni riguardanti il caso *S.H. et al. c. Austria* dove, riconoscendo agli Stati membri un certo margine di apprezzamento, si sottolinea il bisogno di aggiornare le legislazioni in ambito di procreazione medicalmente assistita, e di farlo alla luce dei continui cambiamenti scientifici<sup>42</sup>. Ma se i legislatori non intervengono o intervengono in modo sbilanciato? La risposta, manco a dirlo, giunge dal potere normativo del giudice che, con riferimento all'Italia, è non a caso intervenuto sul dettato legislativo del 2004. Lo ha fatto attraverso il filtro di interpretazioni costituzionalmente orientate, talvolta stimulate dalla giurisprudenza convenzionale. Si sono così affermate tendenze che, nel rimarcare la necessità costituzionale di una disciplina in materia di procreazione assistita<sup>43</sup>, hanno incanalato il materiale legislativo del 2004 verso la tutela della

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> Come si ribadirà poi in Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84.

<sup>40</sup> Corte EDU 28 agosto 2012, Ric. n. 54270/10, p.to 64.

<sup>41</sup> Sul punto A. IANNUZZI, V. ZAMBRANO, *Sentenza Costa e Pavan: il giorno dopo. L'emersione del «desiderio» di concepire un figlio sano come paradigma delle interazioni tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Costituzionalismo.it*, 2014; A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Tribunale di Roma, I sezione Civile, che da "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan*, in *Diritticomparati.it*, 2013.

<sup>42</sup> Corte EDU, 1 aprile 2010, Ric. n. 57813/00; Corte EDU (Grande camera), 3 novembre 2011, Ric. n. 57813/00.

<sup>43</sup> La natura costituzionalmente necessaria della disciplina in suddetta materia è stata affermata espressamente nel giudizio di ammissibilità del citato referendum del 2005, di cui a Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 49. Sul punto M. AINIS (a cura di), *referendum sulla fecondazione assistita*, Milano, 2005.

pluralità dei diritti e degli interessi in gioco, soppesandoli sulla bilancia di laiche e ragionevoli considerazioni<sup>44</sup>.

L'evento normativo del 2004 ha in altre parole avuto il merito di coprire un vuoto legislativo sulle questioni di inizio vita, in cui si registrano varietà di beni bisognevoli di sostenibili bilanciamenti. Come però si è notato, il legislatore, scegliendo la strada di una bioetica di parte e partigiana, ha spalancato le porte all'irragionevolezza<sup>45</sup>. Tanto più evidente alla luce di una laica bioetica costituzionale<sup>46</sup>, sotto la cui vigenza si dichiara, tra l'altro, illegittima la parte della legge 40/2004 volta a sancire il divieto assoluto di accesso alle tecniche di fecondazione assistita di tipo eterologo<sup>47</sup>. In questo ambito, precisa la Consulta, il legislatore non deve astenersi dall'intervenire. L'intervento deve però solcare percorsi giuridici improntati alla dignità delle persone, a un concetto laico e secolarizzato di sacralità della vita e, come si diceva, al pluralismo cultural-religioso: ciò che, non a caso, si attesta come principio supremo, come cioè canone interpretativo di altre disposizioni sancite dalla Costituzione e, quindi, anche dalle leggi e dagli atti aventi forza di legge. Motivo per cui il legislatore deve rifuggire da scelte radicali che, insistendo unidirezionalmente su date visioni etiche, creano i presupposti per comprimere in modo eccessivo gli spazi di autodeterminazione delle persone. Una lesione tanto più marcata quanto più esposta ai principi di ragionevolezza e di proporzionalità consentanei, appunto, a quello di laicità<sup>48</sup>. Si comprende in tal modo perché, oltre a ledere i diritti fondamentali della coppia destinataria della legge 40/2004, l'assolutezza del divieto di fecondazione eterologa non trovi giustificazione «nella esigenza di tutela del nato»<sup>49</sup>.

## 5. La ricerca scientifica

La linea di composizione dei diritti e degli interessi bioeticamente rilevanti si colloca nell'area del potere legislativo, interprete della volontà della collettività. In questa veste deve tradurre sul piano normativo il bilanciamento tra principi fondamentali e supremi in conflitto. Lo deve fare tenendo conto delle istanze e delle tendenze maggiormente radicate «nella coscienza sociale»<sup>50</sup>. Il che non esclude un controllo di ragionevolezza, come ha fatto il suo custode<sup>51</sup> quando ha dichiarato illegittima la

<sup>44</sup> A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in L. CHIEFFI, S. HERNÁNDEZ, JOSÉ RAMÓN (a cura di), *Questioni di inizio vita: Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, Milano, 2015, 179-2010.

<sup>45</sup> Sul punto, tra gli altri, già M. MANETTI, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.*, 2004, 3, 453; C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della Legge 40/2004, recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2004, 501; A. PATRONI GRIFFI, *L'embrione umano: dimensione costituzionale, modelli legislativi e bilanciamenti ragionevoli, relazione al convegno Quale statuto per l'embrione?*, in *forumcostituzionale.it*, 9 giugno 2005.

<sup>46</sup> L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, XVI.

<sup>47</sup> Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162.

<sup>48</sup> Come si è cercato di spiegare in F. ALICINO, *Laicità e bilateralità a trent'anni dalla sentenza madre. I test dell'Islam italiano e dell'ateismo militante*, in *Rivista telematica (www.statoe.chiese.it)*, 1, 2021, 21-42.

<sup>49</sup> Corte cost., n. 162/2014.

<sup>50</sup> Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84.

<sup>51</sup> A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Roma, 2000.

disposizione che comprime la possibilità per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche di ricorrere alle tecniche di procreazione assistita: una dichiarazione sostenuta dal fatto che queste stesse malattie corrispondono ai criteri di gravità per accedere legalmente all'aborto terapeutico<sup>52</sup>.

Specchio di stati diffusi di *wishful thinking* bioeticamente orientati, la disciplina del 2004 viola il canone di razionalità dell'ordinamento<sup>53</sup>. Innanzi a questo vulnus, la Corte costituzionale ha il potere-dovere di rimediare. Lo può fare nei limiti di un sistema di regole di convivenza che qualifica i fatti (normativi ed empirici) al lume della ragione costituzionale<sup>54</sup>. Elimina perciò le barriere che impediscono alle coppie affette da patologie ereditarie di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, inclusa l'analisi preimpianto. Al contempo sottolinea l'importanza del ruolo del legislatore, chiamato a introdurre specifiche discipline al fine dell'auspicabile individuazione delle patologie che giustifichino l'accesso<sup>55</sup>. Ne consegue l'"invito" della Corte costituzionale<sup>56</sup> al Parlamento affinché intervenga con apposita normativa sul divieto assoluto, previsto dall'art. 13 della legge 40/2004, «di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso». Un intervento necessario *a fronte* della citata deroga introdotta dalla stessa Corte al divieto generale di crioconservazione degli embrioni nei casi in cui il medico rilevi fondati rischi per la salute della donna nel procedere al loro impianto<sup>57</sup>. L'azione del legislatore è insomma necessitata per *far fronte* a situazioni caratterizzate da valutazioni divisive sul piano etico e scientifico, ciò che a volte si traduce nella tragicità delle scelte: quella di rispettare il principio della vita che si racchiude negli embrioni congelati affetti da patologia genetica e, quindi, non più impiantabili; e quella volta a favorire la ricerca biomedica su questi stessi embrioni in funzione della prevenzione e della cura di stati patologici e sanitari, compresi quelli cronici e terminali. Scelte, queste, rese ancor più drammatiche dal fatto che il materiale criocongelato è sovente destinato alla distruzione.

Come sottolinea la decisione delle Corte EDU *Parrillo c. Italia* del 27 agosto 2015<sup>58</sup>, tale dilemma non trova soluzioni nel sistema convenzionale, rispetto al quale i documenti di diritto comparato registrano posizioni e tendenze non uniformi: a Stati che hanno adottato un approccio permissivo<sup>59</sup> si contrappongono Paesi che vietano espressamente qualunque ricerca sulle cellule embrionali<sup>60</sup> o, ancora, quelli che la consentono ma a condizioni rigorose<sup>61</sup>. Motivo per cui la Corte di Strasburgo ha ritenuto che l'Italia non abbia ecceduto il margine di discrezionalità di cui gli ordinamenti statali godono in questo ambito<sup>62</sup>. Del resto, l'altro grado di tecnicità della materia si riflette anche nella possibilità di una serie di opzioni intermedie che, nell'ottica del bilanciamento dei diritti e degli interessi in gioco, unicamente il legislatore può valutare. Il che, ad esempio, s'impone in ordine: alla utilizzazione a fini di ricerca dei soli embrioni affetti da malattia, ai criteri di individuazione degli embrioni scientificamente non

<sup>52</sup> Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> Corte cost., n. 162/2014.

<sup>55</sup> Corte cost., n. 96/2015.

<sup>56</sup> Corte cost., n. 84/2016.

<sup>57</sup> Corte cost., n. 151/2009.

<sup>58</sup> Grande Camera, Ric. n. 46470/11.

<sup>59</sup> *Ivi*, par. 176.

<sup>60</sup> *Ivi*, par. 177.

<sup>61</sup> *Ivi*, par. 178.

<sup>62</sup> *Ivi*, par. 197.

biopsabili, alle finalità della ricerca suscettibili di giustificare il sacrificio dell'embrione, alla eventualità di un previo periodo di crioconservazione, alle cautele più idonee a evitare la commercializzazione degli embrioni residui, all'opportunità di un interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell'embrione e di sua destinazione alla sperimentazione<sup>63</sup>. Onde tuttavia evitare cadute in insanabili incongruenze, il legislatore deve tener conto dell'evoluzione tecnico-scientifica, attingendo eventualmente all'esperienza di «discipline già appositamente individuate dalla maggioranza degli ordinamenti giuridici europei in cui tale forma di pratica medica è ammessa»<sup>64</sup>. Per via giurisprudenziale iniziano così ad emergere gli elementi di una bioetica costituzionale che, assoggettando a dignità logica i diritti della persona e i progressi della scienza, si apre all'insegnamento derivante dalla comparazione con altre esperienze giurisdizionali.

## 6. Natura, famiglia e procreazione

Si concepita, la bioetica costituzionale cerca di indirizzare la disciplina legislativa in modo da renderla idonea al governo degli avanzamenti scientifici e tecnologici. Lo fa attraverso la giurisprudenza e nell'ambito di sostenibili bilanciamenti, come tali prudentemente inclusivi rispetto alla pluralità dei quadri etici. È l'unico modo per farli coesistere tollerabilmente gli uni accanto agli altri. Tanto più alla luce dell'attuale rivoluzione medico-scientifica, il cui impatto è tale da bypassare lo spazio e il tempo, le due categorie antropologicamente rappresentative delle forme apriori dell'umano, per dirla con Kant.

Questi cambiamenti mettono infatti in discussione il detto biblico del «tutto ha il suo momento, e ogni evento ha il suo tempo sotto il cielo. C'è quindi un tempo per nascere e un tempo per morire»<sup>65</sup>. E, si potrebbe aggiungere, c'è anche un tempo per contrarre matrimonio, un altro evento essenziale dell'esistenza per una vastissima categoria di persone, dalla quale, manco a dirlo, affiorano visioni cultural-religiose differenti. Alcune si sono tradotte in domande di riconoscimento legale di famiglie diverse da quella tradizionale cui, d'altra parte, si è opposta l'esigenza di preservazione di modelli naturali di sessualità e vita coniugale. Ciò ha finito per interrogare la razionalità costituzionale, determinando nuovamente la scesa in campo del suo massimo interprete e custode. Attraverso gli orientamenti del 2014-2015 lo vediamo ancora una volta alle prese con le tematiche bioeticamente sensibili proprie della procreazione assistita, nel loro dialettico confronto con le discipline del matrimonio e della famiglia.

Il nesso è in prima istanza determinato dalla «fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi» della coppia nel «diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli»<sup>66</sup>: le limitazioni a tale libertà possono, anzi devono, essere sancite dal legislatore, ma «devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango»<sup>67</sup>. La Consulta s'appiglia così a un modello di famiglia frutto, sembrerebbe, di una interpretazione evolutiva della

<sup>63</sup> Corte cost., n. 84/2016.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *Qoelet* 3:1-2.

<sup>66</sup> Corte cost., n. 162/2014.

<sup>67</sup> *Ibid.*

Carta del 1948. Laddove, all'opposto, una lettura originalista esalta l'impostazione confessionalmente orientata. Quella che, con una parte non trascurabile dell'Assemblea costituente degli anni Quaranta del secolo scorso, s'impronta alla concezione dello stato di natura come definito dalla Chiesa cattolica<sup>68</sup>. La quale, non a caso, si ritiene massimo interprete della «famiglia come società naturale fondata sul matrimonio» (art. 29 Cost.). Tanto che, nei decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, la Chiesa si fa carico di contrastare tendenze che s'orientano verso la privatizzazione e la secolarizzazione dell'istituzione familiare: lo sono, ad esempio, quelle impresse dalla legge n. 898/1970 che disciplina i casi di scioglimento delle unioni matrimoniali. Una legge, è bene ricordarlo, che alla prova dei fatti non ha sponsorizzato un esasperato individualismo incurante dei doveri di solidarietà e delle relazioni con l'altro. Ha invece spostato l'attenzione dall'*atto* al *rapporto* matrimoniale, e senza per questo dimenticare che il primo rimane il presupposto per la nascita e la vita (giuridica) del secondo.<sup>69</sup>

L'impressione a favore di una ermeneutica costituzionale evolutiva è tuttavia attenuata dalla decisione della Consulta del 2019, saldamente attestata sull'idea tradizionale di famiglia naturale: quella che, composta da un padre e una madre, si candida ad essere unica beneficiaria delle possibilità dischiuse dalle tecniche di procreazione medicalmente assistita<sup>70</sup>. Queste possibilità, chiarisce la Corte, implicano una scissione tra atto sessuale e atto procreativo. Mediata dall'intervento medico, la scissione genera a sua volta un interrogativo: è configurabile, e con quali limitazioni, un diritto a procreare, a diventare cioè genitori? Un quesito che, investendo non solo l'*an* e il quando ma anche il *quomodo*, si declina in altro modo: è configurabile, e con quali limitazioni, un diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale? Si tratta insomma di stabilire se, attraverso i cambiamenti imposti dalla scienza e dalle odierne forme di globalizzazione, pure legate ai progressi scientifici, il desiderio di avere un figlio tramite l'uso delle tecnologie mediche meriti di essere soddisfatto, o se sia invece giustificabile la previsione di limiti più o meno assoluti a tali pratiche<sup>71</sup>.

Le soluzioni adottate in questo ambito dalla legge 40/2004 sono, come si è notato, di segno restrittivo: queste tecniche devono essere considerate come rimedio alla sterilità o infertilità umana avente cause patologiche non altrimenti rimovibili; non possono assurgere a modalità di realizzazione del desiderio di genitorialità alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati. A queste limitazioni si sommano quelle determinate dalla struttura del nucleo familiare. Il modo di concepirla spiega l'intento del legislatore del 2004. È improntato a modello di famiglia caratterizzata «dalla presenza di una madre e di un padre»<sup>72</sup>. Ciò si riverbera sul versante sanzionatorio che, prendendo corpo per via amministrativa e pecuniaria (da 200.000 a 400.000 Euro), colpisce chi applica tecniche di procreazione assistita a: coppie formate da persone dello stesso sesso,

<sup>68</sup> Da cui la «contraddizione», secondo le parole di Piero Calamandrei, che «sorge dal matrimonio, cioè, in sostanza, da un negozio giuridico»; *Assemblea Costituente*, seduta del 23 aprile 1947. Sul punto, tra gli altri, R. BIN, *La famiglia alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, per cui le espressioni ivi richiamate riflettono «attributi tra loro incompatibili» (1068).

<sup>69</sup> N. COLAIANNI, *La lotta per la laicità. Stato e Chiesa nell'età dei diritti*, Bari, 2017, 227-230.

<sup>70</sup> Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221.

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> *Ibid.*

soggetti non entrambi viventi, minorenni, non coniugati e unioni non connotate da convivenze<sup>73</sup>. Contraria ad attività sostitutive della copula naturale, la normativa esclude dalla fecondazione artificiale single, omosessuali, non conviventi e inseminazione *post mortem*<sup>74</sup>.

Da parte sua la Corte costituzionale ribadisce che la Carta del 1948 «non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli»<sup>75</sup>. D'altro canto, gli atti volitivi diretti al progetto genitoriale non possono esplicitarsi senza limiti<sup>76</sup>. Devono essere bilanciati con altri interessi costituzionalmente protetti. Tanto più quando si discute della scelta di ricorrere a tecniche di procreazione assistita che, alterando le dinamiche naturalistiche del processo di generazione degli individui, aprono «scenari innovativi rispetto ai paradigmi della genitorialità e della famiglia storicamente radicati nella cultura sociale»<sup>77</sup>. Paradigmi attorno ai quali, si tiene a precisare, si «è evidentemente costruita la disciplina della famiglia e del matrimonio di cui agli artt. 29, 30 e 31 Cost.»<sup>78</sup>.

## 7. Adozioni e maternità surrogata

Tutto ciò suscita altri dilemmi di ordine etico<sup>79</sup>. La globalizzazione ha in particolare favorito l'emersione di quelli che attengono alla gestazione per altri, nota anche come maternità surrogata. Si tratta di una pratica utilizzabile da coppie eterosessuali o omosessuali, anche maschili, con la quale una donna accetta di farsi impiantare un ovulo fecondato e di portare avanti la gravidanza per poi consegnare il figlio a una coppia o anche a un singolo<sup>80</sup>. La legge 40/2004 la sanziona anche sul piano penale<sup>81</sup>. In altri ordinamenti è invece consentita e regolata. Lo è sia per le coppie eterosessuali, che possono farvi ricorso quando la donna non è in condizione di portare avanti la gravidanza, sia per le coppie omosessuali, comprese quelle formate da due uomini. Può essere praticata utilizzando il seme di uno dei componenti della coppia, che mantiene così il legame genetico con il nato. Ma prende anche corpo attraverso forme di fecondazione eterologa, facendo quindi ricorso al seme di un donatore. Molti dei suddetti ordinamenti si preoccupano di disciplinare le modalità per ottenere – talvolta in modo automatico, talvolta mediante una decisione giudiziale – l'atto di nascita con cui al padre e alla madre di intenzione (che cioè non vanta legami genetici con l'infante) è riconosciuto lo status legale di genitore<sup>82</sup>. Importante notare quanto affermato dalla Corte di Cassazione con riguardo all'affidamento del minore nato da una precedente relazione eterosessuale, dopo la manifestazione dell'omosessualità della

<sup>73</sup> Art. 12 Legge n. 40/2004.

<sup>74</sup> Su cui già M.R. MARELLA, *Esercizi di biopolitica*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1, 2004, 4.

<sup>75</sup> Corte cost., n. 221/2019.

<sup>76</sup> Corte cost., nn. 162/2014 e 221/2019.

<sup>77</sup> Corte cost., n. 221/2019.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> Su cui, tra gli altri, K. ZEILER, A. MALMQUIST, *Lesbian Shared Biological Motherhood: The Ethics of IVF with reception of oocytes from partner*, in *Med Health Care Philos*, 17(3), 2014, 347-55.

<sup>81</sup> Art. 12, comma 6: «[c]hiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

<sup>82</sup> V. BARBA, *Tecniche procreative, genitorialità e interesse del minore*, in A. CORDIANO, R. SENIGAGLIA (a cura di), *Diritto civile minorile*, Napoli, 2022, 125 e 154.

madre e l'instaurazione, da parte sua, della convivenza con altra donna. La Suprema Corte ha rilevato che per questo tipo di convivenza non è configurabile un divieto costituzionale di accogliere e generare figli: non esistono certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del bambino in una siffatta unione abbia ripercussioni negative sul piano educativo e sullo sviluppo della sua personalità. Allo stato delle attuali conoscenze, la dannosità di tale inserimento, se esiste, non può essere dimostrata<sup>83</sup>. Per la Corte costituzionale tale orientamento non esclude la validità del divieto della maternità surrogata, come imposto dal legislatore del 2004<sup>84</sup>. La Consulta lo afferma sottolineando la differenza tra adozione e procreazione medicalmente assistita posta al servizio della gestazione per altri: la prima presuppone l'esistenza in vita dell'adottando e non serve per dare un figlio a una coppia, bensì per dare una famiglia al minore; la seconda dà corpo ad aspirazioni genitoriali, serve a dare un figlio non ancora venuto ad esistenza a una coppia o a un singolo<sup>85</sup>.

Fatta questa premessa, il giudice costituzionale osserva che l'interesse del minore va comunque tutelato. Ciò legittima il ricorso a istituti quali l'adozione in casi particolari,<sup>86</sup> appositamente ideati per dare veste giuridica a legami che si sono istaurati in via di fatto<sup>87</sup>: una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con il genitore intenzionale, è ben possibile<sup>88</sup>, soprattutto quando occorre attenuare il divario tra realtà fattuale e realtà legale. Le forme per attuarla vanno però rintracciate nel «piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore»<sup>89</sup>.

In attesa che la macchina parlamentare scelga tra le possibili alternative, le Sezioni Unite della Cassazione formulano un altro principio di diritto: il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui è stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto di cui all'art. 12 della legge 40/2004. Il divieto è posto a tutela della dignità umana della gestante ed è definito alla luce dell'istituto dell'adozione. In attesa di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non è tuttavia esclusa la possibilità di conferire rilievo al rapporto fattualmente stabilito. Il conferimento è possibile con il ricorso ad altri strumenti giuridici quali, appunto, l'adozione in casi particolari di cui all'art. 44 (comma 1, lett. d) della legge n. 184/1983<sup>90</sup>: configurata come una clausola di chiusura, questa forma di adozione consente al minore di salvaguardare la continuità della relazione affettiva ed educativa<sup>91</sup>.

<sup>83</sup> Cass., Sez. I civ., 30 settembre 2016, n. 19599; Cass., Sez. I civ., 11 gennaio 2013, n. 601.

<sup>84</sup> Corte cost., n. 221/2019.

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> Su cui N. CIPRIANI, *Adozione in casi particolari*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, 2022, 25-46.

<sup>87</sup> Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272.

<sup>88</sup> Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230, su cui M. PICCHI, *"Figli di un dio minore": quando lo status filiationis dipende dal luogo di nascita (Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 230/2020 della Corte costituzionale)*, in *Forum quaderni costituzionali*, 2021; A. GIUBILEI, *L'aspirazione alla genitorialità delle coppie omosessuali femminili*, in *Nomos*, 3, 2020; E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n. 230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2021.

<sup>89</sup> Corte cost., n. 230/2020.

<sup>90</sup> Cass., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193.

<sup>91</sup> Cass., Sez. I civ., 22 giugno 2016, n. 12962.

Sulla stessa linea si trova la giurisprudenza della Corte EDU, dalla quale affiora una importante precisazione: l'adozione da parte della madre intenzionale può servire a tale scopo nella misura in cui la procedura sia rapida e la relazione con il minore non subisca alcuna interruzione. Il *best interests of the child* deve prevalere anche su norme imperative del singolo Stato<sup>92</sup>. Considerazioni, queste, che indirizzano il giudice delle leggi italiano a ricalibrare la sua giurisprudenza, tenendo anche conto del sopravvenuto riconoscimento del sistema convenzionale (disposizioni della CEDU come interpretate dalla Corte di Strasburgo) a fonte sub-costituzionale e interposta<sup>93</sup>.

Sicché, nel marzo 2021 la Consulta stabilisce che l'adozione in caso di maternità surrogata dovrebbe «essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della situazione in esame», assai distante da quelle regolata per mezzo del citato art. 44 della legge 184/1983. Una norma, questa, che non accorda al minore lo status di figlio legittimo dell'adottante e non assicura la creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante<sup>94</sup>. Il che è anche determinato dall'incerta incidenza operata dalla legge 10 dicembre 2012 (n. 219) recante disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali<sup>95</sup>.

## 8. La società naturale e le formazioni sociali

Nessuna incertezza, invece, emerge dal Codice di Camaldoli del 1943, testo di riferimento dei deputati democristiani all'Assemblea costituente italiana. Per ovvie e legittime ragioni, qui si afferma una visione giusnaturalistica della famiglia, che «ha come base e sorgente il matrimonio, nel senso cristiano di unione giuridica e spirituale, perpetua, una e indissolubile per la procreazione e l'educazione della prole il mutuo aiuto e il rimedio alla concupiscenza»<sup>96</sup>. Ne discendono a cascata altre impostazioni culturali, come emblematicamente schematizzate nei successivi quattro punti programmatici: «a) soltanto nell'unione matrimoniale c'è il diritto alla procreazione della prole; b) il divorzio come soluzione del vincolo è in ogni diritto inammissibile; c) il matrimonio cristiano come Sacramento è soggetto all'esclusivo regime della Chiesa, salva la competenza dello Stato per effetti meramente civili di esso; d) la distinzione fra figli legittimi e illegittimi non è una distinzione convenzionale, ma fondata nella natura delle cose»<sup>97</sup>.

Anche a queste posizioni si deve la chiusura del legislatore che, dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975, ha impiegato altri quarant'anni per dare dignità normativa al principio per cui tutti i bambini,

<sup>92</sup> Questo orientamento è espresso nel primo parere (richiesta n. P16-2018-001) della Corte EDU (adottato nell'esercizio della nuova competenza prevista dal Protocollo addizionale n. 16) che successivamente viene trasfuso nelle seguenti decisioni: 19 novembre 2019, *C. c. Francia e E. c. Francia*, Ric. nn. 1462/18 e 17348/18; 10 ottobre 2020, *D. c. Francia*, Ric. 11288/18.

<sup>93</sup> Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

<sup>94</sup> Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33.

<sup>95</sup> Su cui *ex plurimis* P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. dir.*, 2013, 838; L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *N. giur. civ.*, II, 2013, 201; M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2013, 231; C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 2.

<sup>96</sup> Codice di Camaldoli, *Il Famiglia*, 1943, reperibile in <https://bit.ly/46laA4V> (ultimo accesso 28 gennaio 2023).

<sup>97</sup> *Ibid.*

compresi quelli illegittimi, «hanno lo stesso stato giuridico»<sup>98</sup> e che ciò risponde «all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio»<sup>99</sup>. Ma ciò può anche aiutare a spiegare il tempo impiegato per introdurre nell'ordinamento una disciplina per unioni che, diverse da quelle tradizionali, comprendano le coppie omosessuali tutelando da irragionevoli distinzioni.

L'attenzione si focalizza sull'evento legislativo del 2016 (n. 76), definito nelle sue linee essenziali dalla giurisprudenza. Quella, in particolare, impostata con la sentenza del 23 marzo 2010 (n. 138) con cui il giudice delle leggi tiene assieme due ermeneutiche costituzionali: una informata all'interpretazione prevalentemente originalista, l'altra improntata alla tecnica interpretativa evolutiva propria della *living constitution*. Il che, peraltro, finisce per riflettersi sulla bioetica costituzionale e sul relativo dibattito giuspolitico. Un dibattito conteso fra il *favor religionis* e il *favor libertatis*: qui l'apertura nei confronti di nuovi modelli di unioni famigliari, incluse le coppie omosessuali; lì la visione confessionale dell'unione matrimoniale, connotata dalla procreazione della prole secondo gli stati della natura. E forse non è un caso se la distanza fra queste due prospettive sia stata rimarcata attraverso i sintagmi «società naturale» (art. 29 Cost.) e «formazione sociale» (art. 2 Cost.).

Quanto al primo, la Consulta lo spiega con il rinvio alla «(potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale»<sup>100</sup>. La procreazione, si può aggiungere, è un elemento imprescindibile del matrimonio canonico, non per quello civile: basti dire che nell'ordinamento dello Stato tale finalità può essere volontariamente esclusa senza dar luogo a causa di nullità. Ciò non toglie, spiega la Corte costituzionale, che «i costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile». Lo certificano i «lavori preparatori dell'Assemblea», dai quali emerge l'intenzione del legislatore costituzionale di «sottolineare che la famiglia contemplata dalla norma aveva dei diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere»<sup>101</sup>. La frase contiene implicazioni tali da richiedere un lavoro, per dir così, di dissezione storica e concettuale.

Dalla disposizione di cui all'art. 29 Cost. emerge il legame tra famiglia e società naturale. Siamo innanzi alla classe degli enunciati che, in ragione di una più elevata carica di generalità e astrattezza<sup>102</sup>, covano sensi normativi più ampi e, di conseguenza, maggiori possibilità interpretative<sup>103</sup>. Il giudice costituzionale li riempie calando il sintagma nel contesto culturale e semantico di origine, quello dell'Assemblea costituente. Veste in altre parole i panni dell'archeologo che, disseppellendo i citati lavori preparatori<sup>104</sup>, rievoca le tipiche movenze dell'interpretazione originalista. Dà così voce alle donne e agli uomini che storicamente parteciparono alla redazione della Costituzione, scoprendo che «tennero

<sup>98</sup> Art. 315 c.c., come novellato dalla citata legge n. 219/2012.

<sup>99</sup> Art. 251 c.c., come novellato dalla legge n. 219/2012. Su cui R. PANE, *Delle adozioni e dintorni: spunti critici a margine della riforma della filiazione*, in R. PANE (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, Napoli, 2015, 213.

<sup>100</sup> Corte cost., 14 aprile 2010, n. 138.

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> Su cui già C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, spec. 181, nonché in anni più recenti A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in *www.costituzionalismo.it.*, 30-5-2007, spec. 7.

<sup>103</sup> Sul punto si permetta inoltre il rinvio a F. ALICINO, *Souveraineté et séparation des Pouvoirs. Tra bouche de la loi e giusrealismo scettico*, in *Historia constitucional*, 11, 2010, 1-45, e alla bibliografia ivi pure riportata, <https://doi.org/10.17811/hc.v0i11.263>.

<sup>104</sup> Citati più volte nella sentenza in commento; Corte cost., n. 138/2010.

presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942», per cui i coniugi erano (e sono) «persone di sesso diverso»<sup>105</sup>. E sono sempre i suddetti lavori preparatori ad evidenziare che «la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta»<sup>106</sup>. Il risultato giuridico finale è che le coppie dello stesso sesso non possono accedere alla tutela di cui all'art. 29 Cost.

Non possono anche perché l'estensione della protezione costituzionale a casi e fenomeni non contemplati espressamente da riferimenti testuali segna una linea classica di giurisprudenza evolutiva imposta sulla *living constitution*, opposta a quella appena evocata. Fatto sta che anche la tecnica interpretativa di tipo evolucionista trova posto nel medesimo quadro decisorio del 2010. Solo che su questo versante ermeneutico a venire in rilievo non è il sintagma dell'art. 29. È invece quello di cui all'art. 2 Cost. che, alla maggior carica di astrattezza e generalità, accosta una più marcata neutralità sul piano cultural-religioso. Il che favorisce un diritto vivente sotto la cui vigenza vengono tutelate le coppie dello stesso sesso. Sono formazioni sociali, afferma la Consulta. In quanto tali, sono idonee «a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico»<sup>107</sup>. A coloro che ne fanno parte spetta «il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»<sup>108</sup>.

La Corte si rende conto dei danni sottesi a una visione dei principi e delle regole costituzionali cristallizzata all'epoca dell'Assemblea: dotati di duttilità, vanno invece «interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi»<sup>109</sup>. Ma, in posizione intermedia fra originalismo ed evolucionismo, la Consulta tiene anche a precisare che questa duttilità non può «spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata»<sup>110</sup>. Quindi, interpretazione originalista per quanto concerne l'art. 29 ed ermeneutica evolucionista per quanto attiene all'art. 2. Se nel primo caso l'ambito applicativo della disposizione si restringe in ossequio al contesto e alla *mens et ratio legislatoris* del 1948, nel secondo si allarga a fatti non considerati meritevoli di specifica tutela al momento dell'approvazione. Per entrambe il *tempo* passato (per l'art. 29) e presente (per l'art. 2) diviene una componente immanente alle vicende interpretative riguardanti il matrimonio tradizionale e le unioni omosessuali<sup>111</sup>. Per il primo esiste già il codice civile, quello approvato nel 1942. Dall'analisi del ruolo delle unioni dello stesso sesso affiora un vuoto legislativo che, come tale, deve essere riempito dal Parlamento, chiamato a individuare le forme concrete di garanzia e di riconoscimento, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni. Può infatti accadere che, in relazione a ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione delle coppie coniugate e quelle

<sup>105</sup> Corte cost., n. 138/2010.

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> *Ibid.*

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> Per dirla con E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, cit., 814, su cui A. LONGO, *La peculiarità ermeneutica della Costituzione nel tempo: quattro passi su una strada tortuosa*, in *ConsultaOnline*, 2014.

dello stesso sesso. Trattamento che, come nei casi afferenti alla procreazione assistita, la Consulta «può garantire con il controllo di ragionevolezza»<sup>112</sup>.

Ciò spiega il monito nei confronti della macchina legislativa, naturale interlocutore del giudice delle leggi<sup>113</sup>. Il Parlamento rimane però inerte. Tanto che nel 2014 la Consulta interviene nuovamente. Lo fa non limitandosi alla esortazione<sup>114</sup>. Emana bensì una pronuncia additiva di principio. E questo perché, nel vuoto normativo, il meccanismo di caducazione automatica del vincolo matrimoniale (c.d. divorzio imposto)<sup>115</sup> produce effetti incompatibili con la nuova ermeneutica costituzionale, quella determinata dalla sentenza 138/2010 con riferimento all'art. 2 Cost.<sup>116</sup>. A sua volta, questo orientamento condiziona quello della Corte di Cassazione, nel caso di specie già giudice *a quo*: con l'obiettivo di dare concretezza alla declaratoria d'illegittimità costituzionale, riconosce i diritti e i doveri conseguenti al vincolo legittimamente contratto dai due ricorrenti prima della rettificazione del sesso di uno di essi<sup>117</sup>. La conservazione dello loro status giuridico pseudo matrimoniale ha tuttavia una scadenza, è cioè sottoposta a condizione temporale risolutiva. Quella che, com'è noto, si concreta un anno dopo con l'entrata in vigore della legge 20 maggio 2016 (n. 76)<sup>118</sup>, approvata peraltro a seguito della condanna della Corte EDU nel caso *Oleari c. Italia*<sup>119</sup>. Una legge questa che, sotto la pressione di interessi elettoralespeculativi improntati al "si fa ma non si dice", non manca di manifestare una inedita versione di truffa delle etichette<sup>120</sup>.

## 9. Stepchild adoption e genitori d'intenzione

La vediamo affiorare dalle disposizioni connesse con la questione della *stepchild adoption*. Si tratta della possibilità che il genitore non biologico adotti il figlio, naturale o adottivo, del partner. È presente nella proposta di legge sulla disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso. Una parte della coalizione dell'allora maggioranza di governo non la vuole. Il riferimento a tale forma di adozione svanisce così dal testo poco prima della sua definitiva approvazione. È depennato assieme all'obbligo di fedeltà<sup>121</sup>: ciò che, sempre nell'ottica delle passioni mediatiche sottese al dibattito parlamentare, si

<sup>112</sup> Corte cost., n. 138/2010.

<sup>113</sup> Come è stato in più occasioni definito dalla stessa Consulta.

<sup>114</sup> Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170. Si veda anche Corte cost., *Riunione straordinaria del 12 aprile 2013. Relazione del Presidente prof. Franco Gallo*, cit., p.to 4, 8.

<sup>115</sup> Artt. 2 e 4 della Legge 14 aprile 1982, n. 164.

<sup>116</sup> Corte cost., n. 170/2014.

<sup>117</sup> Cass., Sez. I civ., 21 aprile 2015, n. 8097/2015, spec.14-18.

<sup>118</sup> *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, in *GU Serie generale* n. 118 del 21 maggio 2016.

<sup>119</sup> Corte EDU, *Oleari ed altri c. Italia*, 21 luglio 2015, Ric. 18766/11, su cui si premetta il rinvio a F. ALICINO, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, in *Forumquadernicostituzionali*, 22 agosto 2015, e alla bibliografia ivi pure riportata.

<sup>120</sup> Sul punto già N. COLAIANNI, *La lotta per la laicità. Stato e Chiesa nell'età dei diritti*, cit., 241.

<sup>121</sup> Su cui già Cass., Sez. I civ., 11 giugno 2008, n. 15557, per la quale l'obbligo di fedeltà è da «intendere non soltanto come astensione da relazioni sessuali extraconiugali, ma quale impegno, ricadente su ciascun coniuge, di non tradire la fiducia reciproca, ovvero di non tradire il rapporto di dedizione fisica e spirituale tra i coniugi, che dura quanto dura il matrimonio. In questo modo, il concetto di fedeltà si accosta a quello di "lealtà come emERGE dalla medesima sentenza: «[i]n effetti la nozione di fedeltà coniugale va avvicinata a quella di lealtà, la

giustifica per marcare la distanza tra le unioni omosessuali e il matrimonio tradizionale eterosessuale<sup>122</sup>. Per le prime rimane l'obbligo di assistenza morale e, soprattutto, il sorprendente comma 20 dell'art. 1 della legge 76/2016.

In esso si afferma che, al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi, «le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso»<sup>123</sup>. Quindi, si applica anche alla disciplina delle adozioni in casi particolari, sembra affermarsi<sup>124</sup>. Senonché, nella frase successiva si stabilisce che la disposizione ora evocata «non si applica alle norme del Codice civile non richiamate espressamente nella presente nonché alle disposizioni di cui alla legge n. 184/1983» la quale, tra le altre cose, regola le adozioni in casi particolari. Dunque, nessuna adozione per le unioni civili fra persone dello stesso sesso, parrebbe di capire. Vero, se non fosse per quanto disposto a chiusura del comma 20 dell'art. 1, in cui il legislatore del 2016 ribadisce che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». Pertanto, le coppie dello stesso sesso possono quantomeno usufruire dell'adozione di cui all'art. 44 della legge n. 184/1983 che, appunto, oltre che ai coniugi, consente l'adozione di minori a chi non è coniugato.

Insomma, un ballo di regole ed eccezioni, di brusche frenate e spinte in avanti, che raggiunge un solo risultato: passare nuovamente la palla nel campo della giurisprudenza. Lo attesta la sentenza del 30 dicembre 2022 delle Sezioni Unite della Cassazione (n. 38162). Le quali, registrata l'inerzia del legislatore innanzi ad un altro monito costituzionale (come contenuto nella sentenza del 2021)<sup>125</sup>, si trovano a dover dirimere una controversia riguardante lo status del figlio di una coppia dello stesso sesso nato all'estero mediante maternità surrogata; una tecnica che, è bene ricordarlo, è sanzionata penalmente dalla legge 40/2004<sup>126</sup>. Ed è così che, onde evitare di fare la fine dell'oca nell'omonimo gioco, le Sezioni Unite affermano la necessità di non lasciare i diritti dei bambini nati con tale tecnica indefinitamente sospesi. Nello specifico, le istanze giudiziali inferiori devono «ricercare nel complessivo sistema

---

quale impone di sacrificare gli interessi e le scelte individuali di ciascun coniuge che si rivelino in conflitto con gli impegni e le prospettive della vita comune. In questo quadro la fedeltà affettiva diventa componente di una fedeltà più ampia che si traduce nella capacità di sacrificare le proprie scelte personali a quelle imposte dal legame di coppia e dal sodalizio che su di esso si fonda».

<sup>122</sup> E, come è stata osservato, «non è malizioso, vista la mediocrità che ha caratterizzato il dibattito parlamentare, avanzare il sospetto che si sia voluto conservare un'immagine libertina e licenziosa della l'Unione omosessuale rispetto al matrimonio etero sessuale»: N. COLAIANNI, *La lotta per la laicità. Stato e Chiesa nell'età dei diritti*, cit., 238.

<sup>123</sup> Art. 1, comma 20, Legge n. 76/2016.

<sup>124</sup> Art. 44 e ss. della Legge 4 maggio 1983, n. 184.

<sup>125</sup> Corte cost., n. 33/2021. Si veda sul punto l'ordinanza (Sez. Un. civ., ord. 29 aprile 2020, n. 8325) con cui le Sezioni Unite sollevano la questione di legittimità costituzionale relativamente all'art. 12 (comma 6) della 40/2004, su cui G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Luci e ombre nella recente pronuncia delle Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 337; G. RECINTO, *La decisione delle Sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere 'filiazione'*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 347; M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle sezioni unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore*, in *Famiglia*, 2019, 369

<sup>126</sup> Art. 12, comma 6, su cui *supra*.

normativo l'interpretazione idonea ad assicurare, nel caso concreto, la protezione dei beni costituzionali<sup>127</sup>, tenendo conto delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza del giudice delle leggi<sup>128</sup>.

Va notato che la decisione in questione riguarda un bambino nato in Canada mediante la gestazione per altri. A questa tecnica aveva fatto ricorso una coppia maschile di cittadini italiani uniti in matrimonio presso lo Stato canadese e con atto trascritto in Italia nel registro delle unioni civili in base alla legge 76/2016: una legge che, come notato con riferimento alle adozioni, è affetta da una patologica confusione. Non così per le Sezioni Unite, quantomeno riguardo alla maternità surrogata: questa «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, assecondando un'inaccettabile mercificazione del corpo»<sup>129</sup>; ciò che porta ad escludere l'automatica trascrivibilità del provvedimento straniero e dell'originario atto di nascita in cui, oltre al padre biologico, è indicato quale genitore del bambino quello d'intenzione<sup>130</sup>. Tutto questo, però, non toglie che il bambino nato con la gestazione per altri sia titolare del diritto fondamentale al «riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale»<sup>131</sup>. Ad imporlo è l'ineludibile esigenza di assicurare la tutela garantita ad altri suoi simili, e di farlo «attraverso l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983»<sup>132</sup>. Tanto più che, alla luce della normativa vigente, l'adozione rappresenta l'unico strumento in grado di dare riconoscimento legale al legame istaurato di fatto con il partner del genitore genetico, che «ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita»<sup>133</sup>.

In sintesi, l'esclusione dell'automatica trascrivibilità del provvedimento straniero non cancella né affievolisce l'interesse superiore del bambino. Nei casi particolari, quali quello del progetto genitoriale determinato attraverso la gestazione per altri, l'adozione presuppone un accertamento sulla idoneità dell'adottante. Va da sé che una valutazione negativa non può fondarsi sull'orientamento sessuale del richiedente l'adozione e del suo partner.

## 10. Genitore di intenzione e reato di maternità surrogata

Nel frattempo sulla scena funambolica della politica italiana si insedia (elezioni del 25 settembre 2022) un nuovo Parlamento che, su punto, non manca di solcare la tendenza delle norme manifesto. Lo dimostra la proposta di legge n. 887 presentata alla Camera dei Deputati il 23 febbraio 2023<sup>134</sup>. L'obiettivo è relegare la gestazione per altri nell'ambito dei reati universali, per cui gli autori di questa condotta potranno essere perseguiti per tutto il globo terraqueo. Le posizioni bioetiche e morali contro o

<sup>127</sup> Cass. Sez. Un. Civ., n. 38162/2022.

<sup>128</sup> Come, appunto, ricavabile da monito in Corte cost., n. 33/2021.

<sup>129</sup> Cass. Sez. Un. Civ., n. 38162/2022.

<sup>130</sup> Ancorché formato in conformità alla *lex loci*, l'atto di nascita deve essere delibato mediante i relativi procedimenti.

<sup>131</sup> Cass. Sez. Un. Civ., n. 38162/2022.

<sup>132</sup> *Ibid.*

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> Atto Camera 887 Varchi ed altri "Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano".

a favore della maternità surrogata si attestano così come ennesima occasione per piantare bandierine partigiane e ideologiche, ad uso e consumo di folle e tifoserie compiacenti.

Il punto di partenza della proposta n. 887 è il citato art. 12 della legge 40/2004 che, delineando il delitto di surrogazione di maternità, lo sanziona con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da seicentomila a un milione di euro. L'elevata pena pecuniaria trasmette l'idea non tanto di un mezzo di dissuasione del desiderio di genitorialità dei committenti, quanto di uno strumento legal-repressivo volto a contrastare l'esercizio economico organizzato della gestazione per altri. La pena detentiva, invece, si assesta entro una cornice edittale che colloca il delitto nella fascia medio-bassa di fattispecie per le quali sono possibili gli istituti deflattivi, che consentirebbero di non arrivare ad una sentenza di condanna, comunque di evitare la detenzione. Alla prova dei fatti l'articolo 12 della legge 40/2004 ha prodotto l'incremento del cosiddetto turismo procreativo, in virtù del quale coppie di aspiranti genitori, in maggioranza eterosessuali, fanno ricorso alla maternità surrogata recandosi all'estero. Per contrastarlo la proposta di legge n. 887 intende ampliare l'ambito di applicazione delle pene anche se la condotta è commessa in ordinamenti stranieri, compresi quelli in cui la surrogazione di maternità è regolamentata: Stati Uniti, Canada e Ucraina, ad esempio. Ne derivano insostenibili paradossi, offuscati dagli interessi di imprenditori del consenso, abili nell'ostentare mediaticamente la propria rettitudine morale contro una «esecrabile commercializzazione del corpo femminile e degli stessi bambini che nascono attraverso tali pratiche»<sup>135</sup>. Resta che, sul terreno degli effetti concreti, la proposta rischia di tracciare percorsi inversi e produrre effetti giuridicamente distorsivi.

Alcuni emergono anche a seguito dell'emendamento n. 1.13 del 30 maggio 2023 che, approvato in sede referente dalla Commissione giustizia, confina il divieto di surrogazione di maternità ai soli cittadini italiani. Chi pensa che sia volto a rendere per la prima volta in Italia punibile il turismo procreativo si sbaglia. L'articolo 9 (comma 2) del codice penale stabilisce che i delitti comuni commessi all'estero da italiani e sanzionati con la reclusione inferiore a tre anni – è il caso dell'art. 12 della legge 40/2004 – possono essere legalmente perseguiti su espressa richiesta del Ministro della giustizia. A ribadirlo è la giurisprudenza della Cassazione<sup>136</sup>, dallo sfondo della quale si staglia un'altra esecrabile contraddizione insita nella proposta legislativa in discussione.

Una proposta che, a ben guardare, mira a derogare il principio della doppia incriminazione, per cui nell'arena transnazionale un fatto è punibile quando definito come illecito penale nel territorio italiano e nel Paese nel quale è stato eseguito<sup>137</sup>. È un principio che favorisce una ragionevole ed efficiente collaborazione giudiziaria fra Stati democratici. Tanto più importante in materia di surrogazione di maternità che, nel panorama comparato del costituzionalismo occidentale, si assoggetta a valutazioni etiche rimesse ai singoli ordinamenti. La loro diversità è un dato di realtà: non possiamo farci nulla, a meno di non voler rompere le relazioni con Stati come il Canada, l'America e l'Ucraina inserendoli in una sorta di lista nera<sup>138</sup>. Al lume di queste considerazioni, la deroga al principio della doppia

<sup>135</sup> È quanto riferiva il 25 giugno 2023 alla Camera dei Deputati l'On. Maria Carolina Varchi, relatrice per la maggioranza della proposta di legge atto camera n. 887.

<sup>136</sup> Cass. Sez. III pen., 8 ottobre 2020, n. 5198; e Cass. Sez. IV pen., 5 aprile 2016, n. 13525.

<sup>137</sup> A. MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Torino, 2006, 282 ss.

<sup>138</sup> A. MANNA, *Rilievi critici sulla penale rilevanza tout court della maternità surrogata e sulle proposte governative di qualificarla come "reato universale"*, in *Sistema penale*, 18 luglio 2023.

incriminazione rischia di affermare l'universale punibilità della surrogazione di maternità solo in astratto e mai in concreto: è evidente la difficoltà dei giudici italiani nel dover sanzionare una siffatta condotta senza la cooperazione delle autorità estere, difficile da ottenere nel caso di Paesi in cui la gestazione per altri è legalizzata. Allo stesso modo, la deroga alla richiesta di cui all'articolo 9 (comma 2) c.p. rischia di impattare sui rapporti internazionali<sup>139</sup> che, in questi ambiti, richiedono canali comunicativi solcati da specifiche circostanze e da valutazioni politico-istituzionali degli organi governativi, nella specie il Ministro della giustizia<sup>140</sup>.

A queste condizioni l'universale affermazione del reato di gestazione per altri equivale al pugno identitario che, sbattuto sul tavolo delle opzioni etiche, vuole ostentare il primato morale della giurisdizione italiana. Lo fa con effetti simbolici e propagandistici. Al punto che, incurante delle conseguenze pratiche dei fatti normativi, le ragioni della proposta di legge n. 887 restano in piedi solo in un orizzonte di scopi strumentali degli impresari del consenso, ai quali non per nulla si contrappongono giudici potenti: i primi usano la legge come corpi contundenti per alimentare battaglie culturali e corporative, i secondi sottolineano, a volte eccentricamente, il potere normativo insito nella funzione giurisdizionale. Lo testimoniano le vicende legate allo *status filiationis* di bambini nati, manco a dirlo, con le tecniche di procreazione medicalmente assistita e di gestazione per altri.

I certificati di nascita registrati con due mamme sono in contrasto con le leggi italiane, ha affermato la Procuratrice di Padova. Lo ha fatto nel periodo aprile-maggio 2023, quando notifica 33 atti giudiziari: solcando le decisioni della Cassazione, chiede al Tribunale del luogo la cancellazione dai suddetti documenti del nome della madre o del padre non biologici<sup>141</sup>. In precedenza il Prefetto, sollecitato da una Circolare del Ministro dell'interno (Dipartimento per gli affari interni e territoriali)<sup>142</sup>, aveva invitato tutti i Sindaci della provincia a rispettare la citata decisione del 30 dicembre 2022 (n. 38162) delle Sezioni Unite della Suprema Corte, che ha disconosciuto l'automatica trascrizione in Italia di dati anagrafici formati all'estero per figli di coppie omogenitoriali: «sono casi uguali», fa sapere la Procuratrice, «non c'è nessun motivo per differenziare»<sup>143</sup>. In realtà la richiesta riguarda neonati venuti al mondo mediante tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo. La sentenza delle Sezioni Unite è invece riferita a un bambino che, nato attraverso la gestazione per altri, è in possesso di un certificato di nascita emesso dalle autorità estere con cui si riconoscono come genitori sia il padre biologico che quello d'intenzione. L'elemento comune riguarda semmai gli adulti e non gli infanti. Riguarda, ad esempio, il fatto che alcune delle coppie in questione sono unite civilmente ai sensi della legge n. 76/2016. La distinzione fra le due fattispecie connota la decisione emessa negli stessi giorni

<sup>139</sup> Sul punto già M. PELLISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, Camera dei Deputati, in *Sistema penale*, 29 giugno 2023.

<sup>140</sup> Come affermò in una ordinanza la Corte cost., 25 maggio 1989, n. 289.

<sup>141</sup> Si veda la richiesta della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Padova depositata il 16 maggio 2023, reperibile in <https://www.questionegiustizia.it/data/doc/3579/rettifica-atto-di-nascita-oscurato.pdf> (ultimo accesso il 25 luglio 2023).

<sup>142</sup> Circolare n. 3/2023 del 19 gennaio 2023.

<sup>143</sup> Si veda ANSA, *Padova, la Procura dichiara illegittimo un atto nascita con 2 mamme. "Notifiche per 33 casi"*, 20 giugno 2023.

dal Tribunale di Milano<sup>144</sup>. Qui si dichiarano inammissibili tre ricorsi della Procura per l'annullamento della trascrizione dell'atto di nascita di tre figli di altrettante coppie composte da donne che hanno fatto ricorso all'estero alla procreazione medicalmente assistita. In questa stessa sede è invece annullata la trascrizione del genitore d'intenzione: non può comparire nel certificato di nascita riguardante un minore nato all'estero attraverso la gestazione per altri<sup>145</sup>.

Questi orientamenti rendono alquanto difficile l'individuazione di armoniche e ragionevoli costanti, oltremodo sacrificate sull'altare di interessi di parte e partigiani. Quelli che hanno caratterizzato gli interventi legislativi in materia di bioetica, su cui pesano i moniti dei giudici costituzionali e apicali. Sono rivolti al detentore della macchina normativa statale, chiamato ad adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini, compresi quelli nati mediante la surrogazione di maternità. E non pare che possa condurre a diverse conclusioni la decisione del 22 giugno 2023 della Corte EDU, con cui si dichiarano inammissibili una serie di ricorsi di coppie omogenitoriali ed eterosessuali, le quali chiedevano di condannare lo Stato italiano perché non permette di trascrivere all'anagrafe gli atti di nascita redatti a seguito del ricorso alla pratica di gestazione per altri: la Corte europea lascia al legislatore nazionale il diritto-dovere di tutelare i bambini nati con tecniche siffatte<sup>146</sup>.

## 11. Ermeneutiche costituzionali a confronto

La valenza e l'impatto di questi orientamenti e dei relativi riverberi legislativi possono assumere una differente, o se si vuole più chiara, connotazione se comparati con coevi eventi giurisprudenziali registrati dall'altra parte dell'Oceano, dove il dibattito sulla disciplina delle materie eticamente e religiosamente rilevanti si intreccia con la lotta per l'interpretazione della Costituzione. Il che, fendendo la tendenza alla polarizzazione fra istanze liberal-progressiste e quelle conservatrici, irrompe nella discussione sul ruolo dei giudici supremi e apicali delle democrazie costituzionali.

Dall'ambito politico, passando da una sempre più pervasiva spettacolarizzazione mediatica, la tendenza alla polarizzazione della società americana ha difatti varcato le soglie dei tribunali. Ivi inclusa quella della Corte Suprema, affetta da una spaccatura tale da rievocare i tempi della fallita conferma (1987) di Robert Bork – l'antesignano degli odierni originalisti<sup>147</sup> – al supremo consesso giudiziale: scelto dal Presidente Reagan come successore di Lewis Powell, la nomina di Bork fu travolta in sede di conferma in Senato al termine di una campagna talmente intensa da lasciare tracce nel vocabolario inglese con un verbo di nuovo conio; *to bork*, appunto<sup>148</sup>. Ora come allora approcci interpretativi di

<sup>144</sup> Si veda il Comunicato stampa del Tribunale di Milano "sulla trascrizione del riconoscimento di figli omogenitoriali" del 23 giugno 2023, firmati dal Presidente della Sezione VIII civile Giovanni Battista Rollero e dal Presidente del Tribunale Fabio Roia.

<sup>145</sup> Si veda sul punto Tribunale di Milano, Sez. III civ., sent. 24 aprile 2023, n. 562/2023. Per un primo commento si veda G.M. LOCATI, *Indicazione nell'atto di nascita del genitore intenzionale*, in *Questione giustizia*, 23 giugno 2023.

<sup>146</sup> Corte EDU, 22 giugno 2023, *Stefano Maurizio Bonzano ed altri c. Italia*, n. 10810/20.

<sup>147</sup> Per cui si rinvia a S.R. VINCETI, *L'originalista: l'interpretazione costituzionale nel pensiero e nella vita di Robert Bork*, in *DPCE online*, 2020, 4781-4816 nonché O. CHESSA, *La novità delle origini. Recenti sviluppi del pensiero originalista*, in *Diritto @ Storia*, 2014, 2, e ai riferimenti bibliografici ivi pure contenuti.

<sup>148</sup> Per l'*Oxford dictionary*, *borkizzare (to bork)* significa diffamare o vilificare sistematicamente qualcuno con l'obiettivo di renderne difficile la candidatura ad una carica pubblica: «obstruct (someone, especially a candidate

tipo originalistico ed impostazioni evoluzionistiche si contendono la scena giuspolitica. Una scena tanto più polarizzata quanto più connessa con le materie eticamente e religiosamente sensibili<sup>149</sup>.

Basti dire di due recenti filoni giurisprudenziali capeggiati dalle decisioni *Obergefell v. Hodges* del 26 giugno 2015<sup>150</sup> e *Dobbs v. Jackson* del 24 giugno 2022<sup>151</sup>. La prima, sfruttando linee interpretative evolutive improntate alla *living constitution* e al *progressive constitutionalism*<sup>152</sup>, ha sancito il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso, valido per tutto il territorio federale. La seconda, attribuendo il potere di regolamentazione dell'aborto ai singoli Parlamenti statali, ha ribaltato il precedente di *Roe v. Wade* del 1973<sup>153</sup>, considerato dagli esponenti dell'originalismo il manifesto dell'abuso di potere da parte del giudiziario<sup>154</sup>. E non è certo un caso se l'arco temporale (2015-2022) disegnato dalle decisioni *Obergefell* e *Dobbs* sia stato marcato dalla prorompente figura di Donald Trump, sotto la cui amministrazione prende vigore una vecchia massima: se con presidenti, senatori e deputati è possibile influire sull'attività normativa della prossima legislatura, con la nomina a vita dei giudici della Corte Suprema è possibile influire sul diritto delle prossime generazioni<sup>155</sup>.

## 12. La living constitution

Con la sentenza *Obergefell v. Hodges* nel 2015 la Suprema Corte stabilisce che la Costituzione americana garantisce alle coppie dello stesso sesso il diritto al matrimonio in tutti gli Stati Uniti d'America. Lo fa senza denigrare la tesi di chi, in base a convinzioni religiose o filosofiche, ritiene il matrimonio omosessuale un affronto ai diritti naturali. Tuttavia, aggiunge la Corte, quando questa sincera posizione diventa legge approvata a maggioranza, l'immediata conseguenza è un imprimatur normativo che, imponendosi in modo non inclusivo, rischia di comprimere il pluralismo e svilire i diritti fondamentali di una parte importante della popolazione<sup>156</sup>.

---

for public office) by systematically defaming or vilifying them». Sul punto, tra tanti, T.B. GRIFFITH, *Was Bork Right about Judges?*, *Harv. J. L. & Pub. Pol'y*, 2011, 34, 157.

<sup>149</sup> Per un inquadramento generale si vedano tra gli altri R. BARNETT, *An Originalism for Nonoriginalists*, in *Loy. L. Rev.*, 1999, 45; I. SOYMIN, *Originalism and Political Ignorance*, in *Minn. L. Rev.*, 2012, 97, 625, 625-27; D. STRAUSS, *The Living Constitution*, New York, 2010, 7-31; M. BERMAN, *Originalism is Bunk*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 1999, 84, 1; J. FLEMING, *Are We All Originalist Now? I Hope Not!*, in *Tex. L. Rev.*, 2013, 91; G. LAWSON, *Reflections Of An Empirical Reader (Or: Could Fleming Be Right This Time?)*, in *B.U. L. Rev.*, 2016, 96, 1457; T. COLBY, P. SMITH, *Living Originalism*, in *Duke L. J.*, 2009, 239.

<sup>150</sup> 576 U.S. 644 (2015).

<sup>151</sup> 19-1392, 597 U.S. (2022): «any such right must be deeply rooted in this Nation's history and tradition and implicit in the concept of ordered liberty» (5 e 36)

<sup>152</sup> Si vedano *ex plurimis* R. WEST, *Progressive Constitutionalism Reconstructing the Fourteenth Amendment*, Durham and London, 1994; J.E. FLEMING, L.C. McCLAIN, *Ordered Liberty: Rights, Responsibilities and Virtues*, Cambridge-MA, 2013.

<sup>153</sup> 410 U.S. 113 (1973).

<sup>154</sup> Come emerge, tra gli altri, dalle riflessioni dello stesso R. BORK, *The Tempting of America*, New York, 1991, 110-126.

<sup>155</sup> Su cui, tra gli altri, J. ADDICOTT, *Reshaping American Jurisprudence in the Trump Era. The Rise of "Originalist" Judges*, in *Cal. W. L. Rev.*, 2019, 55, 341; P. BONINI, *Gorsuch After Scalia. Il Procedimento di nomina ed il pensiero del primo justice di Donald Trump alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Nomos*, 2017, 2.

<sup>156</sup> *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015), 18.

Nell'interpretare la Costituzione la Corte Suprema del 2015 riconosce che nuove prospettive sociali possono far affiorare disegualanze durature e stratificate, perciò spesso non notate né censurate. Si aggiunga che se i diritti fossero storicamente definiti da chi li ha esercitati per lungo tempo o secondo il significato attribuito alle disposizioni costituzionali nel momento in cui sono approvate, alcune pratiche manifestamente discriminatorie potrebbero essere giustificate in base alla loro persistenza. L'esempio è fornito dalla millenaria dottrina della *coverture*<sup>157</sup>, con cui fino agli anni Settanta del secolo scorso alcuni Stati americani hanno considerato una coppia sposata come entità legalmente dominata dal maschio; donde le formule legislative improntate all'idea del marito come «capo della famiglia» e della moglie come persona «a lui assoggettata», al punto che lo stato legale della donna deve essere «assorbita in quella del marito salvo e fintanto che la legge non la riconosca separatamente per la sua propria protezione o per suo beneficio»<sup>158</sup>. Il Supremo consesso del 2015 sottolinea come, alla luce di una nuova consapevolezza delle relazioni di coppia e delle disparità di genere, la giurisprudenza abbia giustamente utilizzato le clausole costituzionali del giusto processo e dell'eguale protezione per definire e correggere siffatte tendenze<sup>159</sup>. E questo indipendentemente dalla loro propensione a durare nel tempo o, addirittura, a vestire i panni dei valori naturali e ordinatori della società<sup>160</sup>.

Alla maggioranza del collegio di *Obergefell v. Hodges* ribattono il *chief justice* John Glover Roberts e i giudici Samuel Anthony Jr Alito, Antonin Scalia e Clarence Thomas. Lo fanno mediante *dissenting opinions* il cui contenuto può essere assunto a manifesto dei più importanti e influenti filoni dell'odierno originalismo.

I dissenzienti sottolineano come la «Costituzione nulla dica sul diritto al matrimonio omosessuale»<sup>161</sup>. Ciononostante, la maggioranza della «Corte ritiene che il termine "libertà" di cui alla clausola del giusto processo del XIV Emendamento comprenda questo diritto»<sup>162</sup>. La nostra nazione, precisa Alito, è stata fondata sul principio per cui ogni persona ha il diritto inalienabile alla libertà, ma "libertà" è termine con molteplici significati: «per i liberali classici può includere i diritti economici ora limitati dalla regolamentazione governativa; per i socialdemocratici può comprendere il diritto a una serie di benefici governativi; per la maggioranza della Corte ha un significato distintamente postmoderno»<sup>163</sup>. Lo è a tal punto da porsi in contrasto con la volontà degli Stati che difendono la concezione tradizionale del matrimonio<sup>164</sup>: quella che, incoraggiando una «condotta potenzialmente procreativa (*potentially*

<sup>157</sup> Si veda *ex plurimis* F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *The History of English Law*, Cambridge, 1968, vol. II, 432; C. MCCARTHY, *Marriage in Medieval England*, Cambridge, 2004, 153-164.

<sup>158</sup> *Ga Code Ann. §53-501 (1935)*: «[t]he husband is the head of the family and the wife is subject to him; her legal civil existence is merged in the husband, except so far as the law recognizes her separately, either for her own protection, or for her benefit». Tutte le traduzioni (dall'inglese e dal francese) presenti in questo lavoro sono mie.

<sup>159</sup> Si vedano, ad esempio, le seguenti decisioni: *Kirchberg v. Feenstra*, 450 U. S. 455 (1981); *Wengler v. Druggists Mut. Ins. Co.*, 446 U. S. 142 (1980); *Califano v. Westcott*, 443 U. S. 76 (1979); *Orr v. Orr*, 440 U. S. 268 (1979); *Califano v. Goldfarb*, 430 U. S. 199 (1977); *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U. S. 636 (1975); *Frontiero v. Richardson*, 411 U. S. 677 (1973).

<sup>160</sup> Come si dimostra nella stessa *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

<sup>161</sup> Chief Justice ROBERTS, dissenting, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

<sup>162</sup> THOMAS, dissenting, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

<sup>163</sup> ALITO, dissenting, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

<sup>164</sup> ALITO, dissenting, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

*procreative conduct*) all'interno di un'unità di coppia, è in grado di fornire l'atmosfera migliore per la crescita dei figli»<sup>165</sup>. Ne consegue l'accusa nei confronti dei giudici di maggioranza, rei di legittimare lo strapotere di soggetti non eletti: «se un numero risicato di magistrati può inventare un nuovo diritto e imporlo al resto del Paese, la decisione *Obergefell v. Hodges* dimostra che decenni di tentativi di limitare l'abuso di autorità da parte della Corte Suprema sono falliti»<sup>166</sup>. Antonin Scalia è ancora più netto: «sempre accompagnata (come oggi) da stravaganti elogi della libertà, questa pratica di revisione costituzionale da parte di un comitato non eletto di nove persone priva il popolo della libertà più importante come affermata nella Dichiarazione di indipendenza e nella Rivoluzione del 1776: la libertà di governarsi da soli»<sup>167</sup>.

Passa un anno, e la minoranza conservatrice-originalista scopre di essere maggioranza. A favorire il cambiamento è il ritiro dalla scena giudiziaria e terrena di alcuni magistrati, inclusa Ruth Bader Ginsburg, pilastro del *progressive constitutionalism*<sup>168</sup>. Ne approfitta Donald Trump. Attraverso la sua presidenza i rapporti di forza all'interno dell'organo giurisdizionale letteralmente si capovolgono. Al punto che oggi tre dei nove giudici della Corte si autodefiniscono espressamente e senza esitazioni originalisti: sono Clarence Thomas, Neil Gorsuch e Amy Coney Barrett. Altri due, John Roberts e Samuel Alito si esprimono con opinioni aderenti alle tesi originaliste, come peraltro testimoniano le omonime opinioni dissenzienti alla citata *Obergefell v. Hodges*. A questi s'aggiunge Brett Kavanaugh che, solcando la stessa linea di pensiero, alimenta il disegno di policy giudiziaria come intessuto negli anni da una vecchia conoscenza del conservatorismo americano, il Senatore Mitch McConnell. Il quale, approfittando della presidenza Trump, dopo Gorsuch e Kavanaugh, ha sponsorizzato l'ascesa al supremo scranno di Amy Coney Barrett. Quest'ultima vi accede prendendo idealmente il testimone da Antonin Scalia che, assieme a Robert Bork, è considerato come il caposcuola dell'odierno originalismo<sup>169</sup>, di cui la Barrett diventa massimo esponente e sostenitore<sup>170</sup>.

È la rivincita di questa corrente di pensiero<sup>171</sup>, celebrata anche dal fatto che durante la sua presidenza Trump ha nominato più di un quarto di tutti i giudici dei tribunali federali, incluso il 30% di quelli presenti nelle Corti d'Appello: molti sono membri della *Federalist Society* e abbracciano l'originalismo<sup>172</sup>.

<sup>165</sup> *Ibid.*

<sup>166</sup> *Ibid.*

<sup>167</sup> SCALIA, dissenting, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

<sup>168</sup> Su cui per tutti si veda K.L. GIBSON, *Ruth Bader Ginsburg's Legacy of Dissent. Feminist Rhetoric and the Law*, Tuscaloosa, 2018, spec. 115.

<sup>169</sup> Si veda, tra gli altri, D. TEGA, *La mia concezione dei diritti. Intervista a cura di Diletta Tega ad Antonin Scalia*, in *Quad. cost.*, 3, 2013, 669-678. G.F. FERRARI, *Nino Scalia. Analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giur. cost.*, 3, 2016, 1191-1216.

<sup>170</sup> E. CHERMERINSKY, *Worse Than Nothing, The Dangerous Fallacy of Originalism*, New Haven and London, 2022.

<sup>171</sup> Si vedano gli episodi del documentario di M. KIRK ET AL., *Supreme Revenge, Battle for the Court*, in *Frontline*, 2019-2020, in cui si sottolinea il ruolo esercitato del potente Mitch McConnell, soprattutto nelle nomine di Gorsuch, Kavanaugh e Barrett, <https://www.pbs.org/wgbh/frontline/documentary/supreme-revenge/> (ultimo accesso 30 gennaio 2023).

<sup>172</sup> E. CHERMERINSKY, *Worse Than Nothing, The Dangerous Fallacy of Originalism*, cit., 7.

Il che incide sul ruolo contro-maggioritario delle Corti, in particolare della Corte Suprema, nell'architettura dei poteri di vertice della più longeva Costituzione occidentale<sup>173</sup>.

### 13. La rivincita degli originalisti

Va detto che dell'originalismo americano si registrano differenti varianti. Tutte però partono da una convinzione: il significato di una disposizione è fissato al momento della sua adozione e può essere modificato solo attraverso il processo democratico<sup>174</sup>. Considerato il gran numero di persone coinvolte nella stesura e nell'approvazione delle disposizioni costituzionali, è però una finzione affermare che il testo sia frutto di un intento chiaramente identificabile e in attesa di essere scoperto<sup>175</sup>. In risposta a queste critiche si è allora sviluppata una versione 2.0 dell'originalismo<sup>176</sup>, la quale ha ricalibrato l'impostazione di partenza: bisogna tenere conto del modo con cui i legislatori e le "persone ragionevoli" hanno concepito il manufatto normativo al momento dell'entrata in vigore. Il giudice Scalia lo ha spiegato affermando che gli originalisti analizzano «the original meaning of the text, not what the original draftsmen intended»<sup>177</sup>. Come a dire, dove va a finire la pioggia quando non cade? La formula, infatti, risulta insopportabile alla luce di un impianto minimo di economia logica: può voler dire tutto e il suo contrario. Non così per la giudice Barrett che, non appena nominata alla Corte Suprema, ribadisce la sua adesione alla filosofia giudiziale di Scalia: il giudicante deve applicare la legge sulla base dello *ius scriptum* (*his [Scalia's] judicial philosophy is mine, too. A judge must apply the law as written*)<sup>178</sup>; i tribunali non devono usurpare poteri legislativi; devono al contrario essere risolti nell'accantonare le

<sup>173</sup> *Ibid.* Una tendenza che, in verità, in modo strisciante è presente da tempo nell'esperienza politica e giurisprudenziale di questo Paese come, fra gli atri, testimonia A.M. BIKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, 1986.

<sup>174</sup> E. CHERMERINSKY, *Worse Than Nothing, The Dangerous Fallacy of Originalism*, cit., 9.

<sup>175</sup> Sul punto già G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, per il quale è molto problematico ricostruire la volontà psicologica di un'assemblea legislativa, forse questa volontà neanche esiste. Non esiste «quando l'iter e le procedure di formazione dei documenti legislativi sono troppo complessi e vi partecipano troppe persone in troppi successivi momenti. Ciò, in ogni caso, non avviene allorché all'iter di formazione del documento partecipano portatori di diversi e confliggenti interessi, volontà e pretese, e questi soggetti pervengono a una soluzione di compromesso non già sulla norma bensì sulla formula, cioè sull'enunciato normativo, proprio in grazia della sua interpretabilità in sensi diversi e confliggenti; in questi casi, ovviamente, si attua nella sostanza una delegazione di potere normativo agli operatori dell'interpretazione, i quali potranno basarsi o farsi convincere dai più disparati argomenti, tranne che da quello relativo alla volontà psicologica del legislatore storico» (365). Sul punto anche G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1988, 73; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 394; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, 399.

<sup>176</sup> K.J. KESSLER, D.E. POZEN, *Working Themselves Impure: A Life Cycle Theory of Legal Theories*, in *The University of Chicago Law Review*, 83, 2016, 1819-1844.

<sup>177</sup> A. SCALIA, *Address Before the Attorney General's Conference on Economic Liberties in Washington, D.C. (June 14, 1986)*, in *Original Meaning Jurisprudence: A Sourcebook*, 1987, 106. Si veda anche A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, in A. SCALIA, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton-NJ, 1997, 38.

<sup>178</sup> M. COYLE, *Amy Barrett Touts Scalia in Remarks from Rose Garden*, in *The National Law Journal*, 2020, <https://www.law.com/nationallawjournal/2020/09/26/his-judicial-philosophy-is-mine-amy-barrett-touts-scalia-in-remarks-from-rose-garden/> (ultimo accesso 28 gennaio 2023).



personali convinzioni dei loro membri<sup>179</sup>. In occasione dell'audizione in Senato è ancora più chiara: «in lingua inglese significa che io giudice interpreto la Costituzione come una legge, che interpreto il suo testo attraverso il significato che aveva nel momento in cui è stato approvato. È un significato che non cambia nel tempo. E non spetta a me aggiornarlo o infondervi le mie opinioni»<sup>180</sup>.

Che poi sono le stesse considerazioni dei dissenzienti alla decisione *Obergefell v. Hodges* da dove, come si è notato, affiora la preoccupazione a porre vincoli stringenti al giudiziario, a cominciare dalla Corte Suprema. In modo che il contenuto effettivo del diritto costituzionale non sia modellato dalle preferenze di chi veste i panni dell'interprete. Deve invece essere affidato alle macchine legislative democraticamente elette<sup>181</sup>, quotidiana espressione della volontà generale, avrebbe aggiunto Jean-Jacques Rousseau. In effetti, con tutti gli accorgimenti dettati dal tempo e dal contesto giuspolitico di riferimento, non si può fare a meno di notare una certa similitudine con filoni di pensiero impressi dalla Grande Rivoluzione francese del 1789. Uno, in particolare, salta subito alla mente con l'invettiva che, nell'Assemblea del 10 novembre 1790, Robespierre scaglia contro la *jurisprudence des tribunaux*<sup>182</sup>.

Anche in questo caso Maximilien-François-Marie-Isidore vuole che il significato e il ruolo della giurisprudenza siano ripensati a partire *de notre langue*: occorre che le decisioni del giudicante non siano *autre chose que la loi*; e se il contenuto del testo risultasse dubbio, il giudice deve riferire al legislatore che, *expression de la volonté générale*, è idoneo a fornire interpretazioni autentiche. Lo impone la legge 16 agosto 1790<sup>183</sup> che, non a caso, ha dato corpo all'istituto del *référé au législateur*. Solo che, dopo vari travagli normativi, l'illusoria idea che *il y a identité* fra la legge e la giurisprudenza inizia ad essere scardinata sotto i colpi della quotidiana fatica dell'esperienza pratica. Si sgretola alla luce del più pragmatico art. 4 del *Code Napoléon* (antesignano dell'odierno divieto di denegata giustizia), per essere definitivamente demolita dalla prassi. A codificarla è l'art. 29 della legge 1° aprile 1837<sup>184</sup> riguardante l'autorità delle sentenze rese dalla Cassazione: è ammessa una decisione del giudice difforme dalla massima in base alla quale la *Cour de cassation* annulla la sentenza, ma dopo il secondo annullamento il giudicante deve conformarsi *à la décision sur le point de droit*. In questo modo, solcando la differenza fra giudici di merito e di legittimità, inizia a farsi strada l'ipotesi del *troisième degré de juridiction* che, affidando l'intero metabolismo giurisprudenziale alla Cassazione, consegna i *référés* ai libri di storia. Ciò che resta può essere sintetizzato in una massima: è diritto quello che la Cassazione dichiara tale<sup>185</sup>. Alcuni se ne lamentano denunciando un giudice apicale che si pone *en dehors du pouvoir*

<sup>179</sup> *Ibid.*

<sup>180</sup> *Nomination of Amy Coney Barrett for Supreme Court of the United States: Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary, 116th Cong. (2020) (statement from Hon. Amy Coney Barrett, J., then nominee):* «So in English, that means that I interpret the Constitution as a law, that I interpret its text as text and I understand it to have the meaning it had at the time people ratified it. So that meaning doesn't change over time. And it's not up to me to update it or infuse my own policy views into it».

<sup>181</sup> A. CONEY BARRETT, *Precedent and Jurisprudential Disagreement*, 2012, 1391, in *Tex. L. Rev.*, 2012-13, 1711.

<sup>182</sup> Tutti i discorsi parlamentari tenuti alle Camere francesi, che qui (e di seguito) sono riportati sono tratti dagli *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, in J. MAVIDAL, E. LAURENT (a cura di), *Is. 1787-1799, IIs. 1800-1860*, Paris, 1862-2000.

<sup>183</sup> *Loi dite des 16-24 août 1790*.

<sup>184</sup> *Loi du 1 avril 1837 relative à l'autorité des arrêts rendus par la Cour de cassation après deux pourvois*.

<sup>185</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2001, 118, al quale si rinvia anche per una puntuale ricostruzione delle suddette vicende francesi (1111-1119).

*judiciaire*: in questo modo si attenta alla sovranità democratica e all'autorità della legge, precisano epigoni di Robespierre<sup>186</sup>.

Tesi queste che, in formule attualizzate e contestualizzate, riecheggiano nelle posizioni degli originalisti americani. La conferma giunge dalle obiezioni allo *stare decisis* la cui rigida e, secondo la Barrett, inconstituzionale applicazione priverebbe un ricorrente del diritto a un'udienza sul merito<sup>187</sup>. Ne consegue la battaglia contro le ermeneutiche basate sulla *living constitution*, come affermata in alcune storiche decisioni, inclusa la *Obergefell v. Hodges* che, sul punto, sostiene l'impostazione dell'altrettanto celebre sentenza *Roe v. Wade* del 1973<sup>188</sup>. Una battaglia, questa, rinfocolata dalla decisione *Dobbs v. Jackson* del 24 giugno 2022<sup>189</sup> lì dove, intervenendo sulla questione eticamente delicata dell'interruzione di gravidanza, la Corte Suprema compie un *overruling* proprio rispetto al precedente del 1973<sup>190</sup>. Lo fa con l'opinione maggioritaria del giudice Alito sostenuta, inutile dirlo, dai colleghi Thomas, Gorsuch, Kavanaugh e Barrett<sup>191</sup>.

Per essere tutelati, i diritti non espressamente previsti dalla Costituzione devono essere radicati «nella storia e nella tradizione della nazione», per un verso, e inchiavardati nel concetto di «libertà ordinata», per l'altro<sup>192</sup>. Questa generica premessa serve ad Alito per sostenere che la Costituzione americana non fa alcun riferimento all'interruzione di gravidanza: nessun diritto di questo tipo è esplicitamente protetto dalle disposizioni costituzionali. Si aggiunga che «sino all'ultima parte del XX Secolo tale diritto era del tutto sconosciuto alla storia legislativa americana»<sup>193</sup>. L'aborto, peraltro, ha specifiche connotazioni che lo differenziano dai comportamenti che attengono alle relazioni intime, alla contraccezione e al matrimonio. Lo è perché distrugge ciò che Alito definisce come *unborn human being*, l'essere umano non ancora nato. Ne consegue l'attacco al precedente del 1973: affetta da un marcato grado di genericità e astrattezza, l'impostazione interpretativa adottata dalla maggioranza dei giudici in *Roe v. Wade* porta a «licenziare come diritti fondamentali l'uso illecito di droghe e la prostituzione», nonostante «none of these rights has any claim to being deeply rooted in history»<sup>194</sup>. E quand'anche si volesse ricondurre l'aborto al diritto all'autodeterminazione personale, esso non giustifica un'incondizionata libertà individuale: la convivenza sociale dà conto di altri diritti e di altri interessi meritevoli di tutela<sup>195</sup>. In breve, la maggioranza dei giudici della decisione *Dobbs* del 2022 mette in risalto il fatto

<sup>186</sup> A.S. PATAILLE, intervento alla seduta dell'Assemblea nazionale, 30 marzo 1837.

<sup>187</sup> A. CONEY BARRETT, *Stare Decisis and Due Process*, in *U. Colo. L. Rev.*, 2003, 1011-1013.

<sup>188</sup> *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973). Il caso *Roe* origina da una *class action* promossa da Jane Roe (pseudonimo) alla quale era stato proibito un aborto in base ad una legge del Texas. Si veda anche *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 US at 856.

<sup>189</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, no. 19-1392, 597 U.S. (2022): «any such right must be deeply rooted in this Nation's history and tradition and implicit in the concept of ordered liberty» (5 e 36).

<sup>190</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, no. 19-1392, 597 U.S. (2022).

<sup>191</sup> Per una ricostruzione della storia normativa e giurisprudenziale relativa alla disciplina d'interruzione di gravidanza negli Stati Uniti si rinvia all'ampio ed articolato studio di L. FABIANO, *Tanto tuonò che piovve: l'aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell'esperienza federale statunitense*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2021, 6-66, e alla letteratura (bibliografica e giurisprudenziale) ivi pure riportata.

<sup>192</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, no. 19-1392, 597 U.S. (2022): «[a]ny such right must be deeply rooted in this Nation's history and tradition and implicit in the concept of ordered liberty» (5 e 36).

<sup>193</sup> *Ivi*, 7.

<sup>194</sup> *Ivi*, 32.

<sup>195</sup> *Ivi*, 33.

che la sentenza del 1973 sia democraticamente e costituzionalmente incomprensibile: oltre a non trovare appigli testuali nella Carta, a non essere condivisa da molti Stati, a non poter essere legittimata attraverso la tradizione, l'interpretazione costituzionale adottata in *Roe v. Wade* non bilancia interessi e diritti di pari grado, a cominciare da quello dell'*unborn human being*<sup>196</sup>.

Per la Corte Suprema del 2022, in assenza di vincoli costituzionali e di riferimenti *deeply rooted in history*, è necessario un radicale cambio di orientamento. La scelta se vietare o no l'aborto deve in altre parole essere affidata al processo democratico, quindi ai margini di discrezionalità politica riconosciuti dalla Costituzione ai legislatori statali. Non mancano note polemiche nei confronti di coloro che sostengono la *living constitution* come espressa nelle *dissenting opinions*.

Si tratta di opinioni che aderiscono all'idea per cui la tradizione costituzionale non si esaurisce in un singolo momento: il suo significato si acquisisce attraverso la storia e la giurisprudenza, «l'una guardando all'altra e ognuna cercando di applicare i fondamenti della Costituzione a nuove condizioni di vita individuale e sociale»<sup>197</sup>. Ciò spiega perché gli americani hanno «il diritto di sposarsi indipendentemente dai pregiudizi razziali e sessuali», per restare all'esempio di *Obergefell v. Hodges*<sup>198</sup>. Ma questo chiarisce anche perché, per citare altri noti precedenti, «gli americani possono usare i contraccettivi in modo da scegliere se avere o no figli»<sup>199</sup>. Sono esempi tirati in ballo per nascondere l'inconsistenza delle argomentazioni, ribatte la maggioranza dei giudici di *Dobbs v. Jackson*: non in grado di sostenere un diritto all'aborto radicato nella tradizione della nazione, i dissenzienti fanno ricorso a formulazioni talmente vaghe da giustificare quello che nella *dissenting opinion* a *Roe v. Wade* il giudice White chiamava l'esercizio di un grezzo potere giudiziario (*the exercise of raw judicial power*)<sup>200</sup>.

L'impressione è che, a parti invertite, questa stessa critica potrebbe essere rivolta alla maggioranza dei giudici di *Dobbs*, il cui impatto normativo va oltre l'aborto: riconoscendo l'embrione come persona titolare di diritti fondamentali, si candida ad influire su altre questioni bioeticamente rilevanti, incluse le pratiche di procreazione medicalmente assistita. Lo fa mettendo in discussione l'autorità dello *stare decisis* e con il ritorno ad una versione moderata di testualismo e di legicentismo: per cui in materia di teoria delle fonti si ritiene indispensabile trattare la Costituzione a partire da riferimenti al testo e alle intenzioni di chi l'ha scritto, o quantomeno al contesto culturale in cui è stato approvato<sup>201</sup>. L'esatto contrario della tesi di Michel Troper, secondo il quale «è noto, almeno dai tempi di Marcel Duchamp, che una cosa può essere interpretata sia come ruota per bicicletta sia come un'opera d'arte; sicché,

<sup>196</sup> *Ivi*, 39.

<sup>197</sup> BREYER, SOTOMAYOR e KAGAN, *Joint dissenting. Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, no. 19-1392, 597 U.S. (2022), 18.

<sup>198</sup> *Ibid.*

<sup>199</sup> *Ibid.* Sul punto già R. BADER GINSBURG, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, in *North Carolina Law Review*, 1985, 63, 375-386; G. CALABRESI, *Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)*, in *Harvard Law Review*, 105, 1991, 80-151.

<sup>200</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, no. 19-1392, 597 U.S. (2022), 36.

<sup>201</sup> Sul punto le accurate osservazioni di R. TONIATTI, *La sfida di Dobbs al mainstream constitutionalism: il ruolo negli stati membri: prove di resilienza di una poliarchia*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1, 2023, 39-51, spec. 43-44.

come l'interpretazione costituisce l'oggetto e l'opera d'arte, così l'interpretazione costituisce la Costituzione»<sup>202</sup>.

Una tesi, quella di Troper, che, non pienamente condivisibile<sup>203</sup>, serve qui a evidenziare gli insostenibili paradossi sottesi all'interpretazione originalista. Al punto che i vincoli al giudiziario possono essere affermati ma solo al prezzo di risultati ritenuti inaccettabili dagli stessi originalisti, come del resto dimostra il caso della plurisecolare dottrina della *coverture*. Né basta per superare l'impasse il ricorso alle legittimità democratica dei parlamenti: per quanto presentati come attuativi della volontà generale, i loro interventi sono solo in apparenza neutri; in realtà incidono sui diritti delle persone, comprese quelle afferenti ad orientamenti minoritari. I quali, se e quando diventeranno maggioranza, potranno utilizzare le stesse armi argomentative per ribaltare il contenuto dei manufatti legislativi.

Per dirla con altre parole, questi argomenti incidono sulla sfera dell'indicibile che, disegnata in base alla garanzia costituzionale delle libertà fondamentali a presidio della dignità di tutti gli esseri umani, non appartiene alla sovranità dei parlamenti, ma a quella dei singoli individui. Il rischio è quello di stravolgere il significato del principio di eguaglianza piegandolo alla nuda forza del numero<sup>204</sup>. Il che, come si diceva, potrebbe impattare sulla fondamentale promessa del costituzionalismo, per cui la maggioranza deve rispettare le minoranze, tutelare i loro diritti e la loro dignità. Tanto più nelle materie cariche di implicazioni etiche,<sup>205</sup> dove emerge con più vigore l'importanza dello statuto logico delle libertà fondamentali: non sempre sono volute da tutti, ma servono a tutti; non necessariamente si reggono sul consenso popolare, ma sono indispensabili per la vita di una qualsiasi democrazia costituzionale. Ragione per la quale queste libertà ampliano la possibilità di scelte personali, contenendo e limitando le tendenze involute della democrazia: quelle che, agevolando il passaggio dal *quod populo placuit legis habet vigorem* al *quod principi placuit legis habet vigorem (cum lege regia, quae de imperio eius lata est)*<sup>206</sup>, ne segnano sovente il trapasso<sup>207</sup>.

Se portato ad estreme conseguenze l'originalismo rischia di fondere due assolutismi: quello improntato alla dittatura della maggioranza e quello basato su una mascherata tirannia di alcuni diritti su altri. Ed ecco che per salvarlo da simili risultati è sovente definito in modo approssimativo e sfuggente. Lo è a tal punto che a farne le spese sono proprio i vincoli interpretativi pretesamente imposti al giudicante. In modo che i giudici conservatori possono utilizzare l'originalismo per giustificare decisioni ideologiche. Diventano però non-originalisti non appena ciò serve alla causa. Il che mina alla base l'affermazione della Barrett secondo cui l'originalismo limita il potere giudiziario depurandolo dalle opinioni politiche dei giudicanti, quando invece di fatto opera in senso diametralmente opposto; come peraltro dimostrano le biografie (politiche) degli originalisti e proprio con riferimento alle materie eticamente

<sup>202</sup> «On sait bien, au moins depuis Marcel Duchamp, qu'une chose peut parfaitement être interprétée soit comme route de bicyclette, soit comme une œuvre d'art et de même que l'interprétation constitue l'objet comme l'œuvre d'art, c'est l'interprétation qui constitue la Constitution»; M. TROPER, *L'interprétation constitutionnelle*, in F. MELIN-SOUCRAMANIEN (a cura di), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, 2005, 23.

<sup>203</sup> Sul punto si permetta il rinvio F. ALICINO, *Souveraineté et séparation des Pouvoirs. Tra bouche de la loi e giusrealismo scettico*, cit., 1-45, e alla bibliografia ivi pure riportata.

<sup>204</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli sulla giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, 115.

<sup>205</sup> Cassazione, Sez. Unite civili, n. 24414/ 2021, cit., p.to 22.

<sup>206</sup> D. 1,4,1, pr. Ulp.; Gai.1,5.

<sup>207</sup> Su cui lucidamente L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit., 220.

e religiosamente sensibili. Né più e né meno che l'affermazione del metodo induttivo a ritroso: dalla catena discorsiva si escludono a priori tutte le argomentazioni che non supportano la preventiva presa di posizione. Ciò spiega l'ampio uso di scappatoie retoriche che, sottolineando i pericoli di un giudice con funzioni paralegislative, legittimano di fatto giudici con poteri normativi<sup>208</sup>. L'operazione da truffa delle etichette riesce annacquando gli enunciati costituzionali di concetti talmente vaghi e modellabili (storia, nazione, tradizione; per non parlare del *original meaning of the text, not what the original draftsmen intended*) che l'originalismo è continuamente costretto a smentire se stesso. È cioè costretto a diventare qualcosa che è indistinguibile dal non-originalismo. Ed è proprio la sentenza *Dobbs v. Jackson* a testimoniarlo platealmente. Qui, infatti, si finge che il giudice trovi la soluzione nel testo e nel rispetto della legge. Salvo poi produrre diritto di nuovo conio la cui matrice di parte e partigiana affiora dai fisiologici spazi vuoti presenti nel manufatto costituzionale<sup>209</sup>. Anche perché, oltre ad essere stata approvata più di duecento anni fa, la Carta americana impone una procedura di revisione simile a una «gabbia d'acciaio con sbarre quasi di kryptonite»<sup>210</sup>. Onde quindi evitare di cadere in insopportabili contraddizioni, gli originalisti accantonano il testo costituzionale per approdare ad alti strumenti argomentativi quali, appunto, «Nation's history and tradition» o «Nation's concept of ordered liberty».<sup>211</sup> La finzione regge finché il prodotto corrisponde alla politica del gruppo dominante in seno alla Corte Suprema. Quando, invece, con nuove nomine cambieranno i rapporti di forza all'interno dell'organo, altre matrici ideologiche si imporranno nella policy giudiziale. In tutti i casi i giudicanti continueranno a definire gli effetti concreti dei fatti normativi, delimitandone l'ambito del giuridicamente concepibile. Tanto più nelle materie divisive a forte impatto etico, innanzi alle quali vale l'insegnamento di Franco Cordero: a formule legislative irragionevolmente faziose o eccessivamente indeterminate corrispondono giudici potenti<sup>212</sup>. La riprova è fornita dagli eventi giurisprudenziali italiani relativi alle discipline del fine vita, rispetto alle quali gli avanzamenti della tecnologia e della scienza medica alimentano nuovi interrogativi etici.

<sup>208</sup> Si veda sul punto il Capitolo 7, *The Hypocrisy Problem*, in E. CHERMERINSKY, *Worse Than Nothing, The Dangerous Fallacy of Originalism*, cit., 126-147.

<sup>209</sup> Del resto, come è stato opportunamente affermato, «[i]l diritto costituzionale rappresenta una realtà normativa dotata di un potenziale troppo ricco ed "effervescente" per poter essere identificato esclusivamente con fonti di diritto positivo ed essere privato del contributo offerto da dinamiche evolutive che è compito del giurista saper cogliere ed elaborare con il rigore del metodo giuridico»; R. TONIATTI, *La sfida di Dobbs al mainstream constitutionalism: il ruolo negli stati membri: prove di resilienza di una poliarchia*, cit., 40.

<sup>210</sup> S. LEVINSON, *Our Undemocratic Constitution. Where the Constitution Goes Wrong (and how We the People Can Correct It)*, Oxford and New York, 2008, p. 165. Di qui il paradosso sotteso all'eternità ordinamentale cui aspirano i testi costituzionali, su cui M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 48: «[l]a Costituzione ha questo, di specificamente peculiare: essa contiene regole che aspirano a quella che potremmo chiamare l'eternità ordinamentale. Anche la legge, certo, è pensata per durare, ma solo la Costituzione ambisce a prescrivere le regole del gioco di un ordinamento che vivrà come tale proprio solo fino a che quelle regole, dettate da quella Costituzione, dureranno».

<sup>211</sup> *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, no. 19-1392, 597 U.S. (2022), 3, 5, 7, 9, 12, 13, 14, 15, 25, 35, 36.

<sup>212</sup> F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, 1981, 763.

#### 14. La disciplina del fine vita

Sotto l'imperativo del divieto di denegata giustizia, i giudici se ne sono fatti carico imponendosi laddove possibile *self-restraint* e lasciando al legislativo il potere di scrivere apposite discipline: il compito di ponderare gli interessi in gioco e di trovare un punto di equilibrio fra «le diverse istanze – tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico – deve ritenersi affidato in via primaria al legislatore»<sup>213</sup>. Come però si è notato, il Parlamento italiano si distingue con atteggiamenti che dall'inerzia, passando dall'indeterminatezza, finiscono sovente nella partigianeria. E, in questo vagar confusamente tra trame etiche differenti, produce con altrettanta frequenza deleghe alla giurisprudenza, a cominciare da quella costituzionale. Ovvio che questa tendenza proietti sulla magistratura e sulla Consulta la mappa sociopolitica e cultural-religiosa del Paese, tanto più evidente quanto più rapportata alle lacune delle formule legislative. Lo sono quelle sperimentate a proposito delle questioni relative al testamento biologico, alle cure palliative, al suicidio assistito e all'omicidio del consenziente. Questioni che, assieme alla nascita e al matrimonio, incidono sulla bioetica costituzionale, la cui definizione passa anche dall'insegnamento derivate dalla comparazione e dagli stimoli provenienti dal sistema convenzionale (le disposizioni della CEDU come interprete dalla Corte di Strasburgo), al quale si possono far risalire recenti orientamenti giurisprudenziali.

Nella decisione del 29 aprile 2002 *Pretty c. Regno*<sup>214</sup> la Corte EDU stabilisce che dai diritti convenzionali alla vita<sup>215</sup>, alla vita privata e familiare<sup>216</sup>, alla libertà di coscienza e di religione<sup>217</sup> nonché dal divieto di trattamenti inumani e degradanti<sup>218</sup> e di discriminazione<sup>219</sup> non può derivare il diritto a morire. In base alla sistematica interpretazione della CEDU, la Corte riconosce tuttavia all'individuo una sfera di autonomia nelle decisioni che coinvolgono il proprio corpo e la propria salute. Ciò significa che, in presenza di patologie irreversibili e sofferenze ritenute intollerabili da persone capaci di intendere e di volere, risulta irragionevole negare la libertà di decidere come e in quale momento debba avere fine un'esistenza. L'interferenza delle autorità statali è possibile, ma solo se prevista da una legge, il cui contenuto deve in ogni caso essere improntato agli scopi precisi di una società democratica e al rispetto del diritto dei singoli<sup>220</sup>. Ne consegue una barriera all'imposizione generalizzata di trattamenti sanitari che, considerati gli impetuosi sviluppi della scienza medica, sono capaci di strappare alla morte persone in condizioni cliniche compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali. A volte non

<sup>213</sup> Corte cost., n. 221/2019.

<sup>214</sup> Corte EDU, *Pretty c. Regno*, Ric. n. 2346/02.

<sup>215</sup> Art. 2 CEDU.

<sup>216</sup> Art. 8 CEDU.

<sup>217</sup> Art. 9 CEDU.

<sup>218</sup> Art. 3 CEDU.

<sup>219</sup> Art. 14 CEDU.

<sup>220</sup> Sul punto oltre a *Pretty c. Regno Unito*, cit., si vedano anche Corte EDU: *Haas c. Svizzera*, 20 gennaio 2011, Ric. n. 31322/07; *Koch c. Germania*, 12 luglio 2012, Ric. n. n. 497/09; *Gross c. Svizzera*, 30 settembre 2014, Ric. n. 67810/10; *Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia.*, 10 giugno 2010, Ric. n. 302/02, para. 135-137. Si veda anche Commissione EDU, *Acmanne and Others v. Belgium*, 10 dicembre 1984, Ric. n. 10435/83.

riescono neanche ad alleviare sofferenze fisiche e psicologiche, che i soggetti affetti da siffatte patologie possono ritenere incompatibili con la propria concezione di vita libera e dignitosa<sup>221</sup>.

Lo attesta nel 2006 Piergiorgio Welby, colpito da un gravissimo stato morboso degenerativo, clinicamente diagnosticato col nome di distrofia fascioscapolomerale. La sua condizione sale agli onori della cronaca anche per una lettera aperta al Presidente della Repubblica. Ripresa dal GUP del Tribunale di Roma<sup>222</sup>, la missiva afferma la necessità di «non giocare con le parole» e di chiedersi seriamente se talune condizioni possono essere definite come vita o se, invece, non si è innanzi a stati mortali artificialmente rimandati. In realtà Welby non sta interrogando il Presidente. O meglio, attraverso il Presidente, sta interrogando l'ordinamento e le sue matrici costituzionali, a cominciare dall'art. 32 Cost. che, come emerge tecnicamente dall'ordinanza del GUP, registra l'esistenza di un diritto «di autodeterminazione individuale e consapevole»: un diritto «che non è consentito lasciare senza tutela attraverso una legislazione positiva inesistente o che irragionevolmente si orienta in senso opposto»<sup>223</sup>.

Un anno dopo con il caso *Englaro*<sup>224</sup> al vuoto legislativo si aggiunge la mancanza assoluta di precedenti specifici nell'ordinamento italiano<sup>225</sup>. Ragione per la quale la Cassazione attinge, oltre che dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina<sup>226</sup>, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE<sup>227</sup> e dalle esperienze giurisprudenziali di altri Paesi<sup>228</sup>. In particolare, quelle afferenti alla tradizione del *common law*, «dove la questione del *living will* era da tempo discussa»<sup>229</sup>. È una delle prime volte in cui la Cassazione fa un uso importante della comparazione<sup>230</sup>, in base alla quale i giudici valorizzano una differente connotazione del diritto ad una vita libera e dignitosa, il «diritto dei diritti»<sup>231</sup>. Lo fanno sottolineando l'importanza del *favor libertatis* in materia di trattamenti sanitari e di autodeterminazione personale, come prefigurati dal combinato degli artt. 2, 13 e, appunto, 32 della Costituzione. In breve, la Cassazione parte dal presupposto universalistico della vita umana che ha «un valore in sé». Ma questo presupposto non può spingere il principio di eguaglianza fino al punto da comprimere la tutela della differenza del singolo individuo, la sua integrità personale e il «fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive»<sup>232</sup>.

<sup>221</sup> Sul punto cfr. C. SALAZAR, «Morire sì, non essere aggrediti dalla morte». *Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2019, 567-596.

<sup>222</sup> 16 ottobre 2007, n. 2049.

<sup>223</sup> *Ibid.*

<sup>224</sup> Cass., Sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748.

<sup>225</sup> G. TRINCHELLA, *Eluana Englaro. Così in Cassazione stabilimmo che la dignità è il diritto dei diritti. Poi la fase oscura della politica*, in *Il Fatto Quotidiano*, 9 febbraio 2019.

<sup>226</sup> Convenzione approvata ad Oviedo il 4 aprile 1997 e resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica 28 marzo 2001, n. 145. La Cassazione in questo caso rinvia all'art. 5 della Convenzione, secondo cui «[u]ne intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé».

<sup>227</sup> Qui il riferimento è all'art. 3 (*Diritto all'integrità della persona*) del Capo I (*Dignità*) della Carta.

<sup>228</sup> Si veda in particolare il p.to 7 dei *Motivi della decisione* di Cassazione, Sezione Prima civile, n. 21748/2007, cit.

<sup>229</sup> G. TRINCHELLA, *Eluana Englaro*, cit.

<sup>230</sup> *Ibid.*

<sup>231</sup> *Ibid.*

<sup>232</sup> Cass., Sez. I civile, n. 21748/2007, cit., p.to 6.1 *Motivi della decisione*.

Non la pensa così una parte della dottrina, per cui nei casi *Welby* ed *Englaro* si annidano le origini di una giurisprudenza creativa connotata da una «non pacifica lettura dell'art. 32 Cost. tesa ad assolutizzare il principio di autodeterminazione»: una assolutizzazione che, trasformando «l'autonomia individuale nella scelta delle possibili terapie in una sorta di *diritto potestativo fonte*» finalizzato ad anticipare artificialmente la morte, sfocerà qualche anno dopo in quella che i critici definiscono come interpretazione altrettanto disinvolta della Corte costituzionale<sup>233</sup>.

## 15. Giudici e legislatori

Rispetto alla decisione *Englaro* del 2007 la coeva maggioranza parlamentare e, con essa, il Governo in carica si spingono oltre: alla denuncia di un potere giudiziario in balia della deriva creativa s'aggiunge l'accusa di usurpazione di quote importanti di potestà legislativa. La protesta è gridata attraverso la formalità degli atti, tra cui si annoverano: una deliberazione delle Camere volta a promuovere un conflitto di attribuzione di fronte alla Corte costituzionale<sup>234</sup>; un atto di indirizzo del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali rivolto ai Presidenti delle regioni affinché le strutture sanitarie pubbliche e private assicurino alle persone in stato vegetativo l'alimentazione e l'idratazione<sup>235</sup>; un decreto-legge deliberato dal Consiglio dei Ministri con il quale si stabilisce l'impossibilità di sospendere l'alimentazione e l'idratazione per «i soggetti non in grado di provvedere a se stessi»<sup>236</sup>; un disegno di legge calendarizzato per l'esame presso la 12° Commissione permanente e subito trasmesso all'aula del Senato<sup>237</sup>. A questi atti s'accosta quello del Direttore generale della sanità della Giunta della Lombardia, Regione dove Eluana Englaro è ricoverata<sup>238</sup>. La corposa documentazione converge verso un solo e unico scopo: impedire l'esecuzione della sentenza della Cassazione n. 21748/2007.

Ciononostante, la giurisprudenza fa il suo corso continuando a condizionare e indirizzare l'attività del Parlamento che, con maggioranze differenti rispetto a quella vigente durante il caso *Englaro*, approva la legge 15 marzo 2010 (n. 38) sulle cure palliative e la legge 22 dicembre 2017 (n. 219) sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento. Il risultato è una storia giurisprudenziale e normativa che colloca il biodiritto costituzionale in posizione mediana rispetto ai poli etici

<sup>233</sup> A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Rivista telematica (www.statoe.chiese.it)*, 14, 2019, 19-20 (corsivo dell'Autore).

<sup>234</sup> Camera dei deputati 31 luglio 2008, Senato della Repubblica 1° agosto 2008; poi dichiarata inammissibile con ordinanza dalla Corte cost., 8 ottobre 2008, n. 334.

<sup>235</sup> 16 dicembre 2008.

<sup>236</sup> Decreto emanato il 6 febbraio 2009 ma non firmato dal Presidente della Repubblica.

<sup>237</sup> AS 1369. La votazione, già programmata per una seduta notturna, non si è svolta a causa del concomitante decesso di Eluana Englaro.

<sup>238</sup> Con il quale «si nega che il personale del servizio pubblico sanitario regionale possa procedere, all'interno delle sue strutture, alla sospensione del sostegno vitale» (3 settembre 2008): da cui poi la Sentenza del TAR Lombardia (2016, n. 52/2015) che ha condannato la Regione a risarcire i danni patrimoniali e non patrimoniali scaturiti dalla decisione di impedire l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, contrariamente a quanto stabilito dalla Corte d'Appello di Milano (25 giugno 2008), in seguito alla pronuncia della citata pronuncia della Cassazione del 2007.

dell'assoluta intangibilità della vita e dell'illimitata autodeterminazione individuale<sup>239</sup>. A solcare questa tendenza è ancora una volta la Corte costituzionale che, sollecitata dai fatti concreti sottostanti ai singoli ricorsi presso i giudici ordinari, imprime una svolta al diritto italiano. Lo fa con l'ordinanza del 16 novembre 2018 (n. 207) riguardante l'art. 580 del codice penale e l'intervento di terzi nel porre fine all'esistenza, ciò che in casi particolari può attestarsi come scelta meritevole di considerazione costituzionale<sup>240</sup>.

Accade in presenza di una vita profondamente vincolata da supporti medico-artificiali e attraversata da gravissime sofferenze fisiche o psicologiche, che la persona malata può ritenere non compatibile con la sua concezione della dignità e che, per questi stessi motivi, deve essere in grado di rifiutare. Deve in altre parole avere la possibilità di chiudere il sipario sulla propria esistenza, rispetto alla quale emerge la necessità di aiuto e assistenza nel momento estremo della vita. Motivo per cui la Consulta, dopo aver atteso invano l'intervento del Parlamento, il 22 novembre 2019 dà seguito alla sua stessa ordinanza. Lo fa dichiarando l'illegittimità dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità di chi agevoli «l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile»<sup>241</sup>. Ciò significa che la norma in esame non è abrogata. La sua applicazione si attesta però entro gli argini di una interpretazione evolutiva costituzionalmente orientata.

## 16. Etiche collettive e oggettive

Mediante l'art. 580 c.p. (il cui contenuto rispecchia il previgente art. 370 del codice penale del 1889), il legislatore del 1930 intendeva tutelare la vita umana intesa come bene indisponibile, anche in funzione dell'interesse che la collettività riponeva nella conservazione delle condizioni dei cittadini. La Corte costituzionale ritiene che la disposizione sia valida anche nel tempo presente. Lo è soprattutto con riguardo alle persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine. Potrebbero essere indotte a «congedarsi prematuramente dalla vita, qualora l'ordinamento consentisse a chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragioni di personale tornaconto»<sup>242</sup>. Non è quindi affatto arduo cogliere, oggi, la ratio di tutela sottesa

<sup>239</sup> È il risultato di un orientamento che cerca laicamente di bilanciare esigenze connesse con la dignità e i diritti umani, così come imposte alla ribalta della scena pubblica mediante alcune vertenze giudiziarie eclatanti. Lo sono quelle che, oltre a *Pretty c. Regno Unito*, conducono alla Corte EDU, *Grande Camera, Lambert e altri c. Francia*, 5 giugno 2015 (ric. N. 46043/14). In questo caso il giudice di Strasburgo ha affermato che, in materia di sospensione dell'alimentazione e delle idratazioni artificiali, nello spazio giuridico europeo esiste un consenso, se non diffuso, quantomeno maggioritario all'autorizzazione. Si veda anche *Ada Rossi e altri c. Italia*, 22 dicembre 2008 (ric. nn. 55185/08, 55483/08, 55516/08, 55519/08, 56010/08, 56278/08, 58420/08 e 58424/08).

<sup>240</sup> Sull'ordinanza n. 207/2018 si vedano *ex plurimis* i contributi di Antonio Ruggeri, Marco Bignami, Ugo Adamo, Chiara Tripodina, Salvatore Prisco, Cristiano Cupelli, Pier Francesco Bresciani, Marta Picchi, Giovanna Razzano, Michele Massa, Stefano Canestrari, Costanza Masciotta, Luciano Eusebi, Concetta Giunta, Roberto Bartoli, Antonino Sessa, Andrea Pugiotto, Francesco Dal Canto, Claudio Panzera, Giusi Sorrenti, Gabriella Luccioli, Tomaso Epidendio, Silvia Mattei, Marco D'Arma, Anna Gragnani, rinvenibili in <http://www.giurcost.org/decisioni/2018/0207o-18.html> (accesso 5 gennaio 2023).

<sup>241</sup> Sempre che, come si vedrà, «tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»; Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242.

<sup>242</sup> Corte cost., ord. 207/2018.

all'art. 580, e farlo anche alla luce del mutato quadro costituzionale. Tanto più che, rispetto al fascismo, il sistema normativo repubblicano «guarda alla persona umana come a un valore in sé, e non come a un semplice mezzo per il soddisfacimento di interessi collettivi»<sup>243</sup>. La conferma arriva dalle citate discipline legislative del 2010 (n. 38) e del 2017 (n. 219): come sottolinea la Consulta, queste leggi recepiscono e sviluppano, da un lato, le conclusioni alle quali era già pervenuta nella seconda metà degli anni 2000 la giurisprudenza ordinaria<sup>244</sup> e, dall'altro, le indicazioni della stessa Corte costituzionale riguardo al consenso informato del paziente al trattamento sanitario proposto dal medico. Principio, questo, «qualificabile come vero e proprio diritto della persona», rispetto al quale gli orientamenti giurisprudenziali e i rispettivi riverberi legislativi svolgono una funzione di sintesi tra autodeterminazione e tutela della salute<sup>245</sup>. Il che pone sotto una nuova prospettiva interpretativa l'art. 580 del codice penale, dichiarato illegittimo ma solo nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, appunto,

«agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»<sup>246</sup>.

La giurisprudenza costituzionale registra così novità sia dal punto di vista processuale che sul piano del diritto sostanziale. In ordine al primo, la Corte elabora una versione italiana dell'*Unvereinbarkeit*, una tecnica decisoria a due fasi sulla scia della giurisprudenza della giustizia costituzionale tedesca<sup>247</sup>: più precisamente, quello definito dalla Consulta evoca un modello di controllo operato sulle omissioni del legislatore affine alle più recenti evoluzioni del costituzionalismo, come positivizzato in alcune democrazie<sup>248</sup>. Nell'ambito del diritto sostanziale si sottolinea il rinvio all'esperienza sviluppata nei contesti

<sup>243</sup> *Ibid.*

<sup>244</sup> Ossia decisioni *Welby* (Tribunale ordinario di Roma, 17 ottobre 2007, n. 2049) ed *Englaro* (Corte di cassazione, Sez. I civile, 16 ottobre 2007, n. 21748) espressamente citate in Corte cost., ord. 207/2018.

<sup>245</sup> Corte cost.: 23 dicembre 2008, n. 438, e 30 luglio 2009, n. 253.

<sup>246</sup> Corte cost., 242/2019, cit.

<sup>247</sup> Queste tipo di pronunce si sostanziano nella dissociazione tra l'accertamento dell'incompatibilità fra la disposizione legislativa e la Costituzione, con monito al Parlamento a migliorare la disposizione mediante adattamenti prefigurati dal giudice costituzionale, e la successiva produzione di effetti di incostituzionalità nell'ipotesi di inadempienza da parte del Legislatore. Sul punto si veda anche Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10. In dottrina *ex plurimis* E. FURNO, *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, 1 Osservatorio costituzionale, 2020, 303-316. D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n.207/2018 della Corte costituzionale*, 3 Corti supreme e salute, 2018, 489; N. FIANO, *Caso Cappato. Vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, Forum quad. cost., 25 ottobre 2018; M.T. RORIG (a cura di), *Le pronunce d'incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, www.cortecostituzionale.it., ottobre 2018; R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, 1993, 99; e alla bibliografia ivi pure riportata.

<sup>248</sup> Basti dire della formale segnalazione delle lacune da parte della Corte costituzionale al legislatore, soprattutto in materia di diritti fondamentali, come disciplinate dall'art. 283 della Costituzione portoghese riveduta nel 1982 e dall'art. 103, § 2, di quella brasiliana del 1988. Sul punto L. CASSETTI, *Corte costituzionale e silenzi del legislatore: le criticità di alcuni modelli decisori nel controllo di costituzionalità sulle lacune legislative e il ruolo dei giudici*, in L. CASSETTI, A.S. BRUNO, *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore. Le tradizioni europee e l'esperienza*

di *common law*. Lo testimonia, fra gli altri, il richiamo alla decisione *Carter v. British Columbia* del 2015, con cui la Corte Suprema canadese dichiara l'incostituzionalità del divieto generalizzato di suicidio assistito: compiendo l'*overruling* del precedente del 1993<sup>249</sup>, questa decisione legalizza alcune forme di suicidio, quindi riesce dove il legislatore ha fallito in più di una occasione<sup>250</sup>.

Su questo filone giurisprudenziale si riversa il dibattito dottrinario, a sua volta legittimamente attraversato da profonde critiche. Lo sono quelle che evidenziano i rischi di una eccessiva fiducia nel diritto comparato nell'«offrire modelli e soluzioni concrete acriticamente trasponibili, senza ogni necessaria cautela, fuori dal contesto di cultura, di valori, di principi e di regole in cui sono maturate»<sup>251</sup>. L'allontanamento da schemi di giustizia costituzionale consolidati, si precisa, finisce per impattare sul piano del diritto sostanziale, aumentando il «sospetto di un'invasione delle prerogative discrezionali del legislatore», quindi stravolgendo gli equilibri esistenti «tra meccanismi democratici di rappresentanza politica e forme di garanzia affidate a organismi politicamente imparziali»<sup>252</sup>.

Altri autorevoli commentatori si spingono oltre, paventando rischi più incisivi e penetranti. Si annidano nel «tasso d'innovatività» introdotto dalla Corte costituzionale: è talmente elevato da produrre «legislazione rivestita delle candide forme della sentenza»<sup>253</sup>. Un vero e proprio «snaturamento dei ruoli istituzionali»<sup>254</sup>, che l'ordinamento costituzionale non è in grado di sopportare, anche perché esso «fatalmente contagia gli stessi diritti, secondo la ispirata intuizione dei rivoluzionari francesi, mirabilmente scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione del 1789. Zoppo di una delle due gambe su cui si regge e con le quali soltanto può portarsi avanti nel suo non lineare, comunque sofferto, cammino, lo Stato costituzionale sarebbe infatti condannato a dissolversi e con esso, perciò, ad essere sacrificati proprio quei diritti per la cui salvaguardia è venuto ad esistenza»<sup>255</sup>. Dal principio della separazione dei poteri, la critica per l'eccessivo grado di creatività della giurisprudenza si sposta allora sul versante bioetico della vicenda.

È una materia, quella trattata dalla Corte costituzionale con il caso *dj Fabo/Cappato*, «a forte impatto etico che, in assenza di orientamenti universalmente condivisi, la circolazione o la definizione per via prevalentemente giurisprudenziale dei modelli stessi di soluzione delle questioni più delicate e controverse può finire con l'ingenerare il dubbio che si vogliano privilegiare convincimenti o sensibilità individuali, non necessariamente coincidenti con quelli più diffusi nell'ambito della comunità, cui si

---

*latino-americana*, Torino, 2019, 5; A. RAMOS TAVARES, *The legislative Omission of the Legislative Branch in Brazil: a study about the role of the constitutional jurisdiction*, in *ivi*, 51.

<sup>249</sup> *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, 1993, 3 SCR 519, no. 23476.

<sup>250</sup> *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015, 1 SCR 331, no. 35591.

<sup>251</sup> A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, cit., 31.

<sup>252</sup> *Ivi*, 32.

<sup>253</sup> A. Ruggeri, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme*, 27 novembre 2019.

<sup>254</sup> *Ibid.*

<sup>255</sup> *Ibid.*

darebbe piena legittimazione senza alcun previo momento di rilevazione e verifica del livello di consenso sociale da cui sono sorretti»<sup>256</sup>.

Possiamo chiamare le cose come vogliamo, rilanciano altri, «darne una edulcorata (e, in buona sostanza, deformata) rappresentazione, ma resta il fatto che la Consulta, pur avendo in premessa (già nella 207) ribadito la insussistenza di un diritto a morire, in conclusione della vicenda approda alla sponda opposta, dandone il riconoscimento, sia pure a condizioni dalla stessa poste e – va detto senza infingimenti – non discendenti “a rime obbligate” dalla Carta costituzionale»<sup>257</sup>. Di qui il non lineare passaggio motivazionale che avrebbe operato la Corte la quale, «dalla esaltazione del diritto alla vita, primo dei diritti inviolabili dell’uomo», passa «al diritto di ottenere una morte rapida e dignitosa», lasciando così trasparire «tutte le aporie della decisione»<sup>258</sup>.

Questo filone critico-interpretativo registra in tal modo altri pericoli. Quello in particolare «di una fessura nella cinta di garanzia posta a tutela della vita. Se le condizioni di non punibilità poste dalla Corte, per un verso, restringono la cerchia di coloro che possono essere aiutati nel suicidio senza conseguenze per chi li assiste, ciò implica inevitabilmente, per altro verso, che solo nei confronti di alcuni soggetti, in determinate condizioni psico-fisiche, lo Stato allenta la garanzia»<sup>259</sup>. Sicché, in uno scivolamento concettuale progressivo, si giudica negativamente l’ordinamento che «considera in modo differente i soggetti a seconda delle condizioni in cui si trovano»<sup>260</sup>. Se si ritiene non più riprovevole «l’aiuto a morire di chi si trova in certe condizioni di salute, si determina, automaticamente, un sottoinsieme: la categoria delle persone che possono lecitamente essere aiutate a morire. E questo non può che indurre ad una percezione sociale di minore considerazione e dignità di costoro: vi sono vite meno tutelate, diverse, violabili»<sup>261</sup>. Ragione per la quale, si tiene a precisare, le conseguenze «non si ripercuotono solo sul diritto alla vita e sulla sua inviolabilità, ma anche sull’uguaglianza quale pari dignità, senza

<sup>256</sup> A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all’autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l’ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, cit., 32.

<sup>257</sup> A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, cit.

<sup>258</sup> E. FURNO, *Il “caso Cappato”: le aporie del diritto a morire nell’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, I, 2019, 152.

<sup>259</sup> G. RAZZANO, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all’invioabilità della vita e chiama «terapia» l’aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 632.

<sup>260</sup> *Ivi*, 633. Sul punto si veda C. TRIPODINA, *Quale morte per gli “immersi in una notte senza fine”? Sulla legittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio e sul “diritto a morire per mano di altri”*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, per cui «una cosa è omettere o sottrarre trattamenti terapeutici salva-vita per lasciare che la malattia faccia il suo corso; altra cosa è aiutare a suicidarsi o uccidere un consenziente provocandone attivamente e direttamente la morte». Non è solo un’ipocrisia decidere in base all’omissività o alla commissività che la scelta richiede. Si tratta di andare a toccare il radicato tabù del non uccidere, fondamento del vivere sociale e di ogni ordinamento giuridico. Non è un tabù che non ammette eccezioni (si pensi all’uccisione per legittima difesa; o alla pena di morte, negli ordinamenti in cui viene ammessa). Ma le eccezioni non possono essere introdotte per analogia; per scivolamento da una fattispecie all’altra; e neppure fatte discendere fumosamente da principi costituzionali tessuti insieme purchessia. Occorre un processo di maturazione collettiva e, alla luce di questo, una decisione politica democratica per introdurre nel nostro ordinamento un’altra eccezione al tabù del non uccidere in nome del diritto di morire per mano d’altri» (147-148).

<sup>261</sup> G. RAZZANO, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all’invioabilità della vita e chiama «terapia» l’aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 632.



distinzione di condizioni personali e sociali (art. 3 Cost.)»<sup>262</sup>. Un risultato nefasto che, sul piano costituzionale, genera un altro: quello di una concezione di dignità «estranea alla tradizione giuridica europea, che si dimostra piuttosto incline a valorizzare della dignità la sua *dimensione di carattere sociale, comunitario o relazionale* per coglierne il riflesso di parametri oggettivi ed *eterodeterminati egualmente validi per tutti* (art. 3 Cost.), qualunque sia, sembrerebbe, lo stadio e il livello qualitativo dell'esistenza, e destinati a prevalere su visioni individualistiche e personali»<sup>263</sup>.

Prese seriamente, queste affermazioni dovrebbero condurre a una conseguenza logico-giuridica, per cui tutti devono essere trattati allo stesso modo, indipendentemente dalle evidenze empiriche, dalle condizioni sanitarie e dagli orientamenti etici, religiosi, culturali e filosofici che orientano le determinazioni volitive di ciascuno in materia di vita libera e dignitosa. Il che sembra trovare conferma in una attestazione di principio basata sulla similitudine fra suicidio assistito, omicidio e pena di morte: «quanto operato dalla Corte è una deroga al divieto assoluto di uccidere (sia pure chi vuole ed è in un certo stato) e resta grave così come lo sarebbe un'eventuale deroga al divieto di pena di morte, costituzionalmente inaccettabile anche ove fosse reiteratamente richiesta dagli stessi condannati, in casi limitati, dopo aver avuto possibilità alternative, all'esito di una verifica rigorosa sulla loro piena capacità e libertà, oltre che sulle modalità della procedura»<sup>264</sup>.

## 17. Etiche prudentemente relativistiche

Ora, l'impressione è che, occupate a sottolineare i pericoli di un giudice con poteri paralegislativi, tali critiche sorvolino sulla quotidiana fatica dell'esperienza umana, indi sugli effetti concreti di una siffatta giurisprudenza. Nel farlo pongono l'accento sul bisogno di riportare l'opera dei giudicanti nei classici confini funzionali come disegnati da una risalente concezione della separazione dei poteri, in cui i tribunali devono tenersi alla larga dalla potestà normativa. E pur di arrestare tendenze opposte si è disposti ad eclissare la loro autorità esaltando, se del caso, quella della collettività, della società e dei medici. Lo testimoniano i continui richiami all'insistenza della Corte costituzionale per una medicalizzazione dell'aiuto al suicidio. Una insistenza che, secondo le suddette critiche, «appare non solo una forzatura, ma anche un'irruzione nella c.d. riserva di scienza»<sup>265</sup>: la professione del medico «segue da millenni un paradigma che vieta di procurare la morte del paziente. Un dato incontestabile che trova riscontro, com'è noto, in tutti i codici deontologici del mondo e, in particolare, nell'art. 17 del Codice di deontologia medica italiano del 2014 (intitolato Atti finalizzati a provocare la morte), il quale prevede che "il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocarne la morte"»<sup>266</sup>. Ma se siano innanzi a dati sì certi, incontestabili e generalmente applicabili, allora il medico non dovrebbe favorire atti finalizzati a cessare i trattamenti sanitari anche quando è il paziente a chiederlo. Per non parlare delle cure palliative (legge n. 38/2010) e delle dichiarazioni anticipate di trattamento (legge n. 219/2017) le

<sup>262</sup> *Ibid.*

<sup>263</sup> A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, cit., 31 (corsivo dell'Autore).

<sup>264</sup> G. RAZZANO, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all'inviolabilità della vita e chiama «terapia» l'aiuto al suicidio*, cit., 634.

<sup>265</sup> *Ivi*, 636.

<sup>266</sup> *Ivi*, 637.

quali, prevendendo l'intervento del medico, lo vedono porre in essere atti che, possiamo chiamarli come vogliamo, sono comunque finalizzati a provocare la morte, o almeno la possono favorire.

Insomma, l'impressione è che queste critiche estremizzino, e in un certo qual modo distorcano, il senso della giurisprudenza costituzionale. Lo fanno oscurando la complessità del difficile equilibrio del diritto positivo, tanto più in una materia stravolta dalle possibilità di intervento della tecnica. Possibilità, queste, sconosciute al legislatore del 1930 e al Costituente del 1948, quando l'art. 580 c.p. e la Costituzione furono approvate e, per le ragioni suesposte, non si poneva il problema di assicurare un prolungamento qualitativamente dignitoso della vita in certe condizioni sanitarie. Il che porta a riconsiderare gli orientamenti della Consulta, la quale non può essere accusata di sponsorizzare una tirannica assolutizzazione del principio di autodeterminazione, frutto a sua volta di una conformistica tendenza dei giudici in generale e della Corte costituzionale in particolare verso posizioni di spinto relativismo e di spiccato individualismo. È vero invece il contrario.

In virtù di un laico e sostenibile pluralismo etico, questo filone giurisprudenziale segna semmai il passaggio dei concetti di vita e dignità da una prospettiva definitoria autoritativamente oggettiva e collettiva a una soggettiva e prudentemente relativistica. Lì il bene della dignità e il dono della vita sono definiti dall'alto in conformità alla volontà della collettività come tradotta in norme da legislatori democraticamente eletti e, quindi, da maggioranze contingenti. Nel secondo caso, è la persona che, in base a regole di pacifica convivenza destinate a durare nel tempo, decide cosa sia più giusto e dignitoso per la propria esistenza<sup>267</sup>, ma senza intaccare i processi democratici né scadere nello scetticismo estremo, o peggio nel nichilismo giuridico. Sono scelte che in quanto tragiche attengono alla sfera personale<sup>268</sup>. Di modo che per la Consulta i pur ampi margini di discrezionalità politica attribuiti alle macchine legislative non possono spingersi fino al punto da imporre al malato la continuazione della vita anche quando egli la considera non più compatibile con la (sua) concezione di dignità di essere umano. Una dignità che, alla luce e in presenza di gravi patologie, è impedita da sofferenze estreme di cui la scienza medica, lungi da legittimare accanimenti terapeutici, deve ragionevolmente ridurre la portata distruttiva<sup>269</sup>. Deve cioè evitare che la dignità si traduca nel suo opposto, nell'umiliazione del malato e delle sue determinazioni volitive.

Sul punto è opportuno sottolineare le differenze fra l'ordinanza 207/2018 e la sentenza 242/2019 sul caso *Cappato*. La prima sottolinea la connotazione soggettiva della dignità, declinata nell'«idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale»<sup>270</sup>. Nella seconda l'inciso è risultato ormai squilibrato dopo che, nell'intervallo di tempo tra ordinanza e sentenza, la Corte, nel respingere la questione di costituzionalità del reato di sfruttamento della prostituzione, ha richiamato il concetto di dignità della persona umana, intesa però in senso oggettivo: un senso

<sup>267</sup> V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, spec. 32, 40, 96.

<sup>268</sup> Sul punto già Cass., Sez. I civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, che vede «nella persona umana un valore etico in sé». Il che «vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo e assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del 'rispetto della persona umana' in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive».

<sup>269</sup> Così Cass., Sez. IV pen., 4 giugno 2019, n. 23252.

<sup>270</sup> Corte cost., ord. 207/2018, p.to 9 *Considerato in diritto*.

diverso da quello rinvenibile nella nozione di «“dignità soggettiva”, quale la concepisce il singolo imprenditore o il singolo lavoratore»<sup>271</sup>. Il che pone sotto una luce differente i contenuti dell’ordinanza 207/2018, dove si privilegia la nozione soggettiva di morte dignitosa: quella del malato che, nel respingere condotte paternalistiche del legislatore e informate al comune sentimento sociale<sup>272</sup>, contiene una forza espansiva tale da oltrepassare la fattispecie dell’aiuto al suicidio per scivolare sul terreno, se possibile più eticamente spigoloso, dell’eutanasia. Il che, d’altra parte, rischia di produrre contrasti e paradossi rispetto al cardinale rilievo del valore della vita, pure affermato dalla Corte costituzionale nella suddetta ordinanza.

Il risultato più importante è la rimozione dell’inciso “morte dignitosa” dalla sentenza n. 242/2019. Un intervento imposto da una concezione di dignità non assolutizzata ma, appunto, calata nella realtà della malattia e degli effetti concreti dei fatti scientifici e normativi. Quelli che, sotto i poderosi progressi della scienza medica, sono stati registrati e assunti nell’ordinamento in modo da offrire al malato la possibilità di continuare indefinitamente le terapie, ma senza oscurare il divieto di accanimenti medicali e la possibilità di accedere alle cure palliative, compresa la sedazione profonda. La Corte connette così la razionalità costituzionale con le scelte del paziente, alle quali è conferita maggiore dignità<sup>273</sup>. Opera perciò una prudente relativizzazione del concetto che, alieno da una dimensione di pura astrazione, si concretizza entro le coordinate delle condizioni reali della persona. Dovesse trascendere dai suoi bisogni e dai suoi diritti, la dignità rischierebbe di tramutarsi nel suo contrario: nell’umiliazione del malato e delle sue determinazioni volitive.

## 18. Dignità e diritto alla vita

La prudente caratterizzazione della dignità è ormai un tratto consolidato del diritto vivente che, alle prese con i casi concreti sottostanti alle singole dispute, ha valorizzato «la specifica percezione del sé quale soggetto responsabile, e non mero oggetto passivo, della propria esperienza esistenziale»<sup>274</sup>. Una valorizzazione tanto più importante quanto più alle prese con i momenti intensi ed emotivamente pregnanti «della vita, qual è il confronto con la realtà della fine»<sup>275</sup>. La dignità non può prescindere dalla protezione giuridica di una specifica forma dell’autodeterminazione individuale, quella che si esplica nella condizione di una esistenza affetta da patologie a esito certamente infausto<sup>276</sup>. In questo modo la dignità non assolutizza l’autodeterminazione. Al contrario la relativizza alla luce del bene della vita, a sua volta definita al lume delle situazioni particolari che, per tragica evenienza, la persona malata quotidianamente sperimenta. Il rispetto della sua (personale) dignità si declina nella tutela della

<sup>271</sup> Corte cost., 7 giugno 2019, n. 141. Va infatti precisato che qui il concetto in questione è evocato nella cornice dell’art. 41 (comma 2) Cost.

<sup>272</sup> Come del resto evocato da Corte cost., n. 141/2019: «[è], dunque, il legislatore che – facendosi interprete del comune sentimento sociale in un determinato momento storico – ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, una attività che degrada e svisciva l’individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente».

<sup>273</sup> N. COLAIANNI, *Incostituzionalità prospettata e causa di giustificazione dell’aiuto al suicidio: novità nella continuità*, in *Rivista telematica* ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 2, 2020, 1-26.

<sup>274</sup> Cass., Sez. III civ., 23 marzo 2018, n. 7260. Si veda anche Cass., Sez. III civ., 15 aprile 2019, n. 10424.

<sup>275</sup> *Ibid.*

<sup>276</sup> *Ibid.*

sua (personale) autonomia decisionale che, per gli stessi motivi, non può essere circoscritta al rifiuto dei trattamenti sanitari e terapeutici senza poi prevedere una qualche forma di aiuto e di assistenza nel momento estremo e finale dell'esistenza.

La denunciata contraddizione tra l'affermazione dell'inviolabilità della vita, il divieto di uccidere e la depenalizzazione dell'aiuto al suicidio sconta invece la presupposizione ideologica del diritto di vivere che implica il dovere di vivere: entrambi non ammettono eccezioni, neppure in situazioni estreme come quelle prese in esame dalla Corte con la decisione 242/2019. Una presupposizione che in sede filosofica coincide con il Catechismo della Chiesa cattolica, per cui «siamo gli amministratori, non i proprietari della vita che Dio ci ha affidato. Non ne disponiamo»<sup>277</sup>: va pertanto «negato che esista un diritto a darsi la morte; vivere è un dovere, anche per chi è malato e sofferente»<sup>278</sup>. Non siamo innanzi a un pensiero violento, anzi può portare «molta consolazione il riconoscere che la vita, più che un nostro possesso, è un dono che abbiamo ricevuto e dobbiamo condividere, senza buttarlo, perché restiamo debitori agli altri dell'amore che dobbiamo loro e di cui hanno bisogno»<sup>279</sup>. Posizione, questa, legittima che, in certo qual modo, riflette attestazioni di principio sviluppate attorno all'art. 2 Cost. e al relativo dovere di solidarietà. Legittima, certo, ma non traducibile in diritto positivo valevole *erga omnes*. Come, del resto, non può trovare tutela generalizzata il diritto a morire. In caso contrario, quest'ultimo implicherebbe la punizione di chi, salvando qualcuno dalla morte, costringe un soggetto a non portare a termine il tentativo di suicidio: condotta ritenuta addirittura doverosa tanto che la sua mancata attuazione, ricorrendone gli altri presupposti, configura il reato di omissione di soccorso (art. 593 c.p.). Allo stesso modo, se il diritto alla vita comprendesse il dovere di vivere bisognerebbe punire anche il tentativo di suicidio non riuscito per cause indipendenti dalla volontà dell'aspirante: pur considerandolo un disvalore ricavabile dall'art. 580 c.p., l'ordinamento razionalmente non ne punisce la condotta<sup>280</sup>.

Si può quindi osservare che di fronte a casi come quelli di Fabiano Antoniani non si tratta solamente di rispetto della funzione legislativa, di lotte per l'interpretazione costituzionale, di conflitto tra bioetiche, di ideologiche contrapposizioni tra *pro life* e *pro choice*. Si tratta anche e soprattutto di adottare compromessi ragionevoli, ammissibili in quanto compatibili con un circuito semantico a effetti legali in cui i principi costituzionali e le determinazioni volitive delle persone possano confrontarsi senz'odio filosofico e teologico<sup>281</sup>. Solo così può essere recuperata la sacralità della dignità degli esseri umani, reinterpretata laicamente come protezione delle vite in senso bio-grafico e socio-logico, e non in senso puramente bio-logico<sup>282</sup>. Di modo che la inviolabilità della vita possa poi essere concepita nella sua concretezza e alla luce delle sapienze diverse, evitando le movenze di un diritto tirannico, tale da imporsi sulle persone, indipendentemente dagli orientamenti morali, etici, culturali e religiosi. Se vuol

<sup>277</sup> *Catechismo della Chiesa cattolica*, cit., 561.

<sup>278</sup> G. BASSETTI, *Eutanasia e suicidio assistito, quale dignità della morte e del morire?*, in *Avvenire*, 11 settembre 2019.

<sup>279</sup> *Ibid.*

<sup>280</sup> Sul punto efficacemente N. COLAIANNI, *Incostituzionalità prospettata e causa di giustificazione dell'aiuto al suicidio: novità nella continuità*, cit., 1-26.

<sup>281</sup> U. SCARPELLI, *Bioetica laica*, cit., 28.

<sup>282</sup> J. RACHELS, *La fine della vita. La moralità dell'eutanasia*, Torino, 43.

essere dignitosa, l'invulnerabilità del diritto alla vita tiene conto delle differenze. Tiene cioè conto di quanto capita ad ogni persona e di quello che ogni persona è, ha, apprezza e desidera.

Detto in lingua costituzionale, la laica sacralizzazione della vita si traduce in un bilanciamento tra invulnerabilità e disponibilità. Talché, il cardinale rilievo del suo valore «non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari, anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore)»<sup>283</sup>. E, allo stato attuale dell'umile e fallibile conoscenza umana, non si capisce perché il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento, conseguente all'interruzione delle terapie e dei presidi di sostegno vitale: se può rifiutare e sospendere questi (trattamenti sanitari) non si comprende perché non possa accedere a quello (aiuto al suicidio)<sup>284</sup>.

Il che serve a scandagliare l'effetto pratico di un vuoto normativo, rispetto al quale è opportuno distinguere la posizione del giudice delle leggi da quella del legislatore: qui si impone la discrezionalità politica; lì invece a rilevare è l'obbligatorietà. Sicché, posta di fronte a un vulnus costituzionale non sanato dal Parlamento, la Consulta «è tenuta comunque a porvi rimedio»<sup>285</sup> evitando che «l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale: e ciò specie negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte [o dall'inerzia] del legislatore»<sup>286</sup>.

## 19. Autonomia individuale e disponibilità della vita

Il fatto è che queste scelte (o non scelte) sovente si traducono in delegazione di potere normativo dal Parlamento ai giudici: a causa della difficoltà dei compromessi politici per l'approvazione delle leggi in

<sup>283</sup> Corte cost., ord. 207/2018.

<sup>284</sup> *Ibid.* Sul punto in senso contrario A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. n.207 del 2018)*, in *Consulta online*, 2019, I, per cui il diritto all'aiuto al morire poggia sul diritto a morire della persona gravemente malata ed in tanto «se ne può predicare la esistenza e reclamare la tutela, in quanto previamente si ammetta quest'ultimo. Ciò che, però, non può aversi e non si ha, la Costituzione (e le altre Carte dei diritti) salvaguardando la vita, non la morte». Secondo l'A., «si assiste così ad un ribaltamento dell'ordine logico ed assiologico risultante dalla Carta: il diritto alla vita è snaturato, fatto scivolare e risolto nel diritto alla morte». Su questa intercettazione anche E. FURNO, *Il "caso Cappato": le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit., 147: «[l]a "posta in palio" della quaestio riguarda il passaggio dalla presa d'atto della pretesa individuale alla autodeterminazione terapeutica al riconoscimento di un diritto soggettivo assoluto, in modo da forzare il legislatore a superare il sottile crinale che separa il rifiuto delle cure (legittimo) e la richiesta di una condotta eutanasi (sinora illecita), il "letting die or nature take its course" ed il "killing" del suicidio medicalmente assistito, il lasciarsi morire e "l'uccisione pietosa" del consenziente, che, allo stato, rappresenta una lacuna della nostra legislazione». Di «assolutezza del diritto all'autodeterminazione terapeutica e la sua prevalenza sulla "indisponibilità" del diritto alla vita» parla A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, 9-18.

<sup>285</sup> Corte cost.: 10 giugno 2014, n. 162; 7 aprile 2011, n. 113; 5 giugno 2015, n. 96 Tutte richiamate in Corte cost. 242/2019.

<sup>286</sup> Corte cost., 19 aprile 2019, n. 99.

materie sì divisive, il primo finisce per investire i secondi del compito di fornire contenuti giuridici precisi e costituzionalmente orientati. Da parte loro, i giudici si trovano innanzi a problemi complessi e intricati, tali perché generati dal rapporto fra diritti fondamentali e utilizzo della tecnica in ambito medico e sanitario. Ne consegue l'ulteriore delega alla Corte costituzionale, chiamata a risolvere le contraddizioni all'interno del tessuto normativo o addirittura a riempirne i vuoti. Ciò incide sulla fisiologia della produzione legislativa e sulla separazione dei poteri, complicati anche dall'atteggiamento del Parlamento: sovente omette di legiferare, lascia che i nodi vengano al pettine del giudiziario e implicitamente affida alle corti la soluzione. Salvo poi insorgere e gridare contro l'usurpazione di potere normativo. Motivo per cui i giudici costituzionali, prima di intervenire in modo incisivo, si ritraggono in ossequio alla discrezionalità del legislatore, molto più attrezzato a fornire indicazioni generali su problemi drammatici e specifici senza dover sottostare agli elementi del singolo ricorso<sup>287</sup>. Non rinunciano tuttavia a delegare il Parlamento con indicazione dei principi e delle regole costituzionali, come del resto è accaduto con l'ordinanza n. 207/2018 e la conseguente sentenza n. 242/2019<sup>288</sup>.

Da notare che l'intervallo tra questi due eventi è stato segnato dalla precisazione del Comitato nazionale per la bioetica, per il quale «permane una netta differenza di fatto, con effetti sul piano etico e giuridico, tra il paziente libero di rifiutare o di accettare un trattamento terapeutico e il paziente che chiede di farsi aiutare a morire»<sup>289</sup>. Rifiutare trattamenti terapeutici per lasciare che la malattia faccia il proprio corso differisce dalla richiesta finalizzata all'aiuto nel suicidio. Sono due situazioni giuridicamente diverse: «l'una ammessa in forza dell'art. 32, comma 2, della Carta costituzionale e della legge 219/2017; l'altra vietata sulla scorta del principio di "non uccidere", posto a fondamento del vivere

<sup>287</sup> La riprova è data dalla confusione generata a seguito della sentenza *Cappato* attorno alla nozione di "sostegno vitale", per alcuni circoscritta ad un macchinario che assicura alla persona malata la persistenza di funzioni vitali, come è accaduto nel caso di Fabiano Antoniani e della relativa condizione presa in esame dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 207/2018 e la sentenza n. 242/2019. Per altri, invece, tale nozione deve essere estesa alle terapie farmacologiche. Sul punto nel momento in cui si scrive il Procuratore di Bologna Giuseppe Amato ha avanzato una richiesta di archiviazione del fascicolo a carico di Felicetta Maltese, Virginia Fiume e Marco Cappato (auto denunciati per l'aiuto offerto alla signora Paola, morta in Svizzera dove ha ottenuto la morte volontaria assistita) per il reato di cui agli articoli 110 e 580 c.p., nella quale si afferma testualmente che «diversamente, essendo la questione empiricamente rilevante, dovrebbe porsi una questione di costituzionalità dell'art. 580 c.p., per contrasto con gli articoli 2 e 3 della Costituzione, laddove si ritenesse ancora di rilievo penale la condotta di aiuto al suicidio intendendo la condizione dell'essere 'tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale' come impeditiva dal ricomprendersi anche la somministrazione di farmaci non immediatamente "salva vita"»; cit. in Associazione Luca Coscioni, *Aiuto al suicidio: la Procura di Bologna applica ed estende la sentenza della Consulta su Dj Fabo e la sentenza della Corte di Massa su Davide Trentini*, 13 febbraio 2023, <https://www.associazionelucacoscioni.it/notizie/comunicati/richiesta-di-archiviazione-del-fascicolo-aperto-per-felicetta-maltese-virginia-fiume-e-marco-cappato> (ultimo accesso 15 febbraio 2023). Sul punto si veda anche F. OGNIBENE, *Suicidio assistito "allargato"? Ma così si forza la Consulta*, in *Avvenire*, 14, febbraio 2023; L. LUNDARI PERINI, *La legale "Scelta decisiva ora attendiamo i giudici*, in *la Repubblica Bologna*, 14 febbraio 2023.

<sup>288</sup> Sul punto si vedano le considerazioni di S. PRISCO, *Il diritto e la fine della vita. Note preliminari*, in *Astrid*, [https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Pris/Prisco\\_fine-vita\\_.pdf](https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Pris/Prisco_fine-vita_.pdf) (ultimo accesso 15 febbraio 2023) per cui «[u]na difficoltà ontologica, per così dire, investe peraltro le relazioni tra bioetica e diritto. Per dirla in breve, si tratta dell'incommensurabilità di principio tra lo strumento primario in cui si esprime ordinariamente il secondo (la legge dell'assemblea rappresentativa) e la strutturale irriducibilità a norma dei problemi posti dalla prima».

<sup>289</sup> Comitato nazionale di bioetica, *Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito*, 18 luglio 2019, 12.

sociale»<sup>290</sup>. Le eventuali «eccezioni non possono essere invocate per analogia, ma in merito alla loro possibile liceità, essere semmai oggetto di una decisione specifica da parte della Corte costituzionale o del legislatore»<sup>291</sup>. L'inerzia di questo si è infatti tradotta nella decisione (n. 242/2019) di quella. In entrambi i casi assume ancor più rilievo l'ordinanza del 15 dicembre 2021 con cui la Cassazione trasmette alla Corte costituzionale la richiesta di referendum *ex art. 75 Cost.*

L'obiettivo dei suoi promotori è una parziale abrogazione dell'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente), in particolare dell'intero comma 2 e, per quanto riguarda il primo e il terzo comma, delle parole «la reclusione da sei a quindici anni» e «si applicano». Fosse ammesso alla consultazione ed approvato per via popolare, l'art. 579 così reciterebbe:

«[c]hiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso: 1) contro una persona minore degli anni diciotto; 2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno»<sup>292</sup>.

In questo modo, la richiesta fa venire al pettine il nodo lasciato irrisolto dalla Consulta con la citata sentenza *Cappato* che, come si è notato, esclude la punibilità della interruzione dei trattamenti sanitari «anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore)»<sup>293</sup>. In altre parole, la proposta referendaria sottolinea con più vigore la porosità tra la condotta omissiva delle cure e la condotta attiva dell'aiuto al suicidio che, in determinate circostanze (quelle previste dalla sentenza *Cappato*) sostanzialmente si equivalgono, quantomeno sul piano naturalistico. Tanto più che, secondo la Consulta, non vi è ragione per la quale il fondamentale rilievo del valore della vita debba tradursi in un rifiuto alla richiesta di un aiuto da parte del malato di interrompere le cure e rendere meno doloroso, quindi più dignitoso, il congedo dall'esistenza terrena. Il che, a sua volta, rende permeabile il muro tra omissione o rifiuto delle cure e intervento di un terzo finalizzato all'aiuto al suicidio, sostanzialmente equivalenti in ordine – appunto – agli effetti naturali e finali<sup>294</sup>. Ammessa la capacità del soggetto di prendere decisioni libere e consapevoli, emerge anche una affinità fra gli articoli 580 e 579 c.p., al punto da prospettarsi una irragionevolezza della differenza di trattamento sanzionatorio e di esigibilità della pena: almeno nell'area individuata dalla sentenza *Cappato*, sanzione ed esigibilità sono escluse dal primo articolo, non anche dal secondo.

Il problema giuridico che tuttavia si prospetta con la richiesta referendaria è l'effetto generalizzato di liceità dell'omicidio del consenziente: un effetto che, conseguente alla vittoria del SI alla consultazione popolare, non sarebbe circoscritto alla causazione, con il suo consenso, della morte di una persona

<sup>290</sup> *Ibid.*

<sup>291</sup> *Ibid.*

<sup>292</sup> Sull'ammissibilità di questo quesito referendario si vedano i lavori in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali - Rassegna*, 1, 2012 reperibile in <http://www.amicuscuriae.it/wp-content/uploads/2022/01/volume-intero-Amicus-Curiae-2021.pdf> (ultimo accesso 10 febbraio 2023).

<sup>293</sup> Corte cost., n. 242/2019.

<sup>294</sup> *Ibid.*

affetta da malattie gravi e irreversibili. Questa delimitazione non emerge dal quesito, bensì dalle intenzioni del comitato promotore, per il quale l'intervento mediante referendum consente l'eutanasia attiva nelle forme previste dalla legge, attraverso cioè l'alleanza terapeutica e la dichiarazione anticipata di trattamento: lecita «in presenza dei requisiti introdotti dalla Sentenza della Consulta sul "Caso Cappato"», la condotta rimarrà punita se «commessa contro una persona incapace o contro una persona il cui consenso sia stato estorto con violenza, minaccia o contro un minore di diciotto anni»<sup>295</sup>. Fatto sta che, come si diceva, queste informazioni non si desumono dal quesito referendario che, alla luce delle considerazioni del comitato, è importante non tanto per quello che dice, quanto per quello che non afferma, per il non-detto improntato alla piena disponibilità della vita. Fuori da queste intenzioni e dai casi di incapacità o dai vizi nella formazione del consenso, il successo dell'iniziativa referendaria renderebbe lecita l'uccisione di una persona con l'accordo della stessa: né più e né meno che un generico diritto all'autodeterminazione individuale e una generale inoffensività della condotta prevista dall'art. 579 c.p., condotta esercitabile anche di là delle ipotesi individuate dalla sentenza *Cappato* in relazione all'art. 580 c.p. La riprova arriva dagli stessi promotori, per cui «l'esito abrogativo del referendum farebbe venir meno il divieto assoluto dell'eutanasia e la consentirebbe limitatamente alle forme previste dalla citata legge n. 219/2017 in materia di consenso informato»<sup>296</sup>: quando valido (cioè quando reso da un soggetto capace di agire, intendere, volere e non vittima di reati contro la sua libertà morale) il consenso di cui all'art. 579 andrebbe incanalato nelle forme previste dalla legge del 2017 e nei limiti introdotti dalla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale. Ma ciò è relegato nell'ambito degli auspici. L'inserimento del nuovo art. 579 (ossia quello della normativa di risulta a seguito dell'eventuale successo del SI al referendum) nel quadro ordinamentale indicato dal comitato non è automatico. È il frutto di una interpretazione futura, quindi incerta: una interpretazione difficilmente praticabile dalle giurisdizioni ordinarie se non «sollevando una eccezione di incostituzionalità sulla disparità di trattamento dei soggetti vulnerabili, e quindi degli agenti che a loro prestino aiuto, a seconda che essi siano o non fisicamente in grado di procurarsi da soli la morte»<sup>297</sup>.

Si aggiunga che l'applicabilità della legge n. 217/2019 al fine di procedimentalizzare il consenso riguarda «la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza»<sup>298</sup>, non anche un trattamento sanitario che, all'opposto, procura la morte. Il che illumina la differenza rispetto all'ipotesi previste dall'art. 580 che, a seguito della sentenza *Cappato*, è possibile inquadrare in un contesto di cure ritenute, come nel caso di Fabiano Antoniani, insopportabili al punto di volerne l'interruzione ex art. 32 Cost.

Per tutte queste ragioni, la Corte costituzionale giudica inammissibile la richiesta, proprio perché, eliminando la fattispecie meno severamente punita di omicidio consentito e limitando l'applicabilità delle disposizioni sull'omicidio comune alle sole ipotesi di invalidità del consenso, «il testo risultante dall'approvazione del referendum escluderebbe implicitamente, ma univocamente, a contrario, la rilevanza

<sup>295</sup> Referendum Eutanasia Legale, *Liberi fino alla fine*, <https://referendum.eutanasialegale.it/il-quesito-referendario/> (ultimo accesso 15 febbraio 2023).

<sup>296</sup> *Ibid.*

<sup>297</sup> N. COLAIANNI, "A chiare lettere - Confronti". *Ammissibile? Alcuni dubbi sul referendum fine vita*, in *Rivista telematica* ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 2021, 22, 42, anche in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, 77-83.

<sup>298</sup> Art. 1, quinto comma, legge 219/2017.



penale dell'omicidio del consenziente in tutte le altre ipotesi: sicché la norma verrebbe a sancire, all'inverso di quanto attualmente avviene, la piena disponibilità della vita da parte di chiunque sia in grado di prestare un valido consenso alla propria morte, senza alcun riferimento limitativo»<sup>299</sup>. A dimostrazione del fatto che il risultato auspicato dai promotori non è per definizione automatico. Non lo è anche perché la Corte costituzionale non si trova nella posizione del legislatore. Si aggiunga che in sede di giudizio di ammissibilità del referendum la Corte deve valutare la chiarezza del quesito anche alla luce della determinatezza della norma di risulta. Sul punto occorre ribadire che in apparenza la domanda referendaria è chiara: si vuole la decriminalizzazione dell'omicidio del consenziente. Se però l'oggetto vero è il non-detto, allora diventa opaca: per coglierne il senso non basta la lettura, bisogna conoscere anche l'intenzione dei proponenti. Ma come precisato a più riprese dalla giurisprudenza costituzionale, i propositi e gli intenti dei comitati promotori circa la futura disciplina legislativa che potrebbe o dovrebbe eventualmente sostituire quella abrogata sono irrilevanti. Né tanto meno «ad una richiesta referendaria abrogativa è possibile di per sé attribuire un significato ricostruttivo di una nuova e diversa disciplina»<sup>300</sup>. Quello che conta è il quesito, che va valutato nella sua portata concreta ed effettiva. E il quesito in esame incide su una normativa costituzionalmente necessaria<sup>301</sup>: l'oggetto della richiesta ex art. 75 Cost. è una disposizione legislativa ordinaria a contenuto costituzionalmente vincolato, il cui nucleo «normativo non può essere alterato o privato di efficacia senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa (o di altre leggi costituzionali)»<sup>302</sup>.

Detto altrimenti, l'effetto pratico del fatto normativo conseguente al successo referendario sarebbe stato quello di una liberalizzazione della disciplina del fine vita. Una sorta di effetto tirannico dell'autodeterminazione individuale, invocabile anche in assenza di malattia, da parte di chiunque e al di fuori di procedimenti preventivi di autorizzazione e verifica in ambiente medico e sanitario. Con la conseguenza di un controllo affidato al solo procedimento penale che, sebbene obbligatorio, interviene *ex post*, ovvero mediante un accertamento sulla validità del consenso di un soggetto ormai deceduto. Il che porta nuovamente a focalizzare l'attenzione su quanto esaminato in precedenza rispetto al doppio intervento della Corte costituzionale del 2018 (n. 207) e del 2019 (n. 242).

<sup>299</sup> Corte cost., 2 marzo 2022, n. 50. Per commenti alla decisione si vedano per tutti G. LUCCIOLI, *Le ragioni di un'inammissibilità. Il grande equivoco dell'eutanasia*, in *Giustizia Insieme*, 8 marzo 2022; A. RUGGERI, *Autodeterminazione versus vita, a proposito della disciplina penale dell'omicidio del consenziente e della sua giusta sottrazione ad abrogazione popolare parziale (traendo spunto da Corte cost. n. 50 del 2022)*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2022, 465-485; S. TROZZI, *Aspetti de iure condito e prospettive de iure condendo in materia di fine vita. La Consulta si pronuncia per l'inammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2022, 323-345; S. PENASA, *Una disposizione costituzionalmente necessaria ma un bilanciamento non costituzionalmente vincolato? Prime note alla sentenza n. 50 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Diritto comparati*, 17 marzo 2022; R. D'Andrea, *Inammissibile il quesito sull'omicidio del consenziente: tutela minima della vita o conferma del dovere di vivere?*, in *Sistema penale*, 1 aprile 2022.

<sup>300</sup> *Ibid.* Sul punto si veda la capostipite di questo filone giurisprudenziale ossia Corte cost., 7 febbraio 1978, n. 16. Su cui per tutti si veda G. AZZARITI, *Il "modello" della sentenza n. 16 del 1978 e il carattere abrogativo del referendum: un ritorno al futuro?*, in *Costituzionalismo.it*, 25 maggio 2005. Si veda anche Corte cost.: 10 ottobre 1997, n. 35; 7 febbraio 2000, n. 49; 28 gennaio 2005, n. 45. Si veda anche F. ALICINO, *Un referendum sull'otto per mille? Riflessioni sulle fonti*, in *Rivista telematica (www.statoechiase.it)*, 33, 2013, 1-35, e alla bibliografia ivi pure riportata.

<sup>301</sup> Corte cost., n. 50/2022.

<sup>302</sup> *Ibid.*

Vero è che il cardinale rilievo del valore della vita non può tradursi in un dovere di vivere a tutti i costi. Ma è altrettanto evidente che questo valore neppure consente una disciplina delle scelte di fine vita che, in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale, ignori le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite<sup>303</sup>. Innanzi al bene della vita umana, la libertà di autodeterminazione non può mai prevalere incondizionatamente sulle ragioni di tutela del medesimo bene risultando, al contrario, necessario un bilanciamento che assicuri una protezione minima<sup>304</sup>. D'altra parte, ciò autorizza l'affermazione per cui, in materie caratterizzate da delicate questioni di bioetica e da un alto grado di tecnicità, l'intervento dei giudici da solo non basta. Alla luce di istanze etiche di vario genere, i limiti del potere normativo dei giudicanti semmai s'accennano.

## 20. Conclusioni e prospettive

Lo testimonia il tragico precedente di Federico Carboni, la prima persona a morire in Italia mediante suicidio medicalmente assistito. Un caso, questo, risolto con l'intervento dell'amministrazione sanitaria marchigiana, nel solco di quanto stabilito dalla Consulta con la sentenza *Cappato*. Ma solo dopo anni di indecente attesa, almanaccata da vani dibattiti, molteplici pareri<sup>305</sup> e ulteriori pronunce giudiziarie<sup>306</sup>. Con il risultato che Federico Carboni ha dovuto reperire il farmaco (costoso) dietro prescrizione di un medico privato e si è pure dovuto procurare la strumentazione necessaria per l'auto-somministrazione. Cosa che è stata possibile con l'aiuto di una associazione<sup>307</sup>, quella di cui è tesoriere Marco Cappato, protagonista della vicenda giudiziaria sfociata nel doppio intervento della Corte costituzionale del 2018-2019. Per evitare simili crudeltà è bene allora che le Regioni intervengano preventivamente e in spirito di leale e costituzionale collaborazione. Lo possono fare per via amministrativa, nelle more del provvedimento parlamentare e della conseguente legge regionale, come richiesto, anche sul piano procedurale, dall'art. 117 Cost.: «nelle materie di legislazione concorrente [e la sanità è una di queste] spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato». E, in assenza di questi principi, la bussola per le Regioni è oggi rappresentata da quelli fondamentali minimi, come impressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>308</sup>, con cui non si pongono neanche problemi di obiezione di coscienza: attribuito

<sup>303</sup> Corte cost., ord. n. 207/2018.

<sup>304</sup> Corte cost., n. 50/2022.

<sup>305</sup> Si veda quello dell'Azienda sanitaria unica regionale delle Marche, in <https://www.associazionelucacoscioni.it/wp-content/uploads/2021/03/Diniego-Asur-Marche.pdf> (ultimo accesso 2 febbraio 2023).

<sup>306</sup> Si veda Trib. di Ancona, 26 marzo 2021, in <https://www.associazionelucacoscioni.it/wp-content/uploads/2021/03/Decisione-Trib-Ancona.pdf> (ultimo accesso 2 febbraio 2023) nonché Trib. di Ancona, 9 giugno 2021, <https://www.associazionelucacoscioni.it/wp-content/uploads/2021/06/Tribunale-Ancona-Ordinanza-Collegio.pdf> (ultimo accesso 2 febbraio 2023).

<sup>307</sup> Per approfondimenti Associazione Luca Coscioni, *È morto "Mario", il primo caso di suicidio assistito in Italia*, <https://www.associazionelucacoscioni.it/il-caso-di-mario-che-chiede-la-morte-assistita-in-italia-e-porta-in-tribunale-la-asl-punto-per-punto> (ultimo accesso 2 febbraio 2023).

<sup>308</sup> Sul punto va notato che il 18 gennaio 2023, dopo la bocciatura di una proposta di legge regionale sul suicidio medicalmente assistito, una delibera della Giunta della Puglia impone alle strutture sanitarie di «dare attuazione alla sentenza della Corte costituzionale sul fine vita», la sentenza *Cappato*, per l'appunto; PRESS Regione Puglia,

al medico il diritto di prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato, l'obbligo semmai si impone nei confronti della struttura sanitaria<sup>309</sup>. Il che porta ad altre e, va detto, per nulla conclusive riflessioni. È innegabile che nelle materie eticamente sensibili l'atteggiamento del giudice possa a volte essere quello di un legislatore. Al contempo, non si esclude che i tribunali possano dare l'impressione di forzare l'interpretazione sino al punto di sgretolare il testo, corrodere le leggi «dal di dentro come i tarli, e alla fine farle cadere in polvere, ridotte a formule vuote»<sup>310</sup>. Lo possiamo evitare? Impossibile dirlo alla luce delle attuali conoscenze. Quello che si può fare è definire correttamente cosa s'intende per potere discrezionale dei giudici, a cominciare da quelli costituzionali. I quali sono chiamati a risolvere un problema d'applicazione della Costituzione. Devono, ad esempio, capire se un organo dello Stato sia obbligato ad agire in un certo modo o se questo stesso organo, nell'esercizio delle sue funzioni, abbia oltrepassato competenze assegnategli dalla Carta. Si tratta di comprendere quali comportamenti le Costituzioni autorizzano, obbligano o interdicono. La risposta risulta da un'attività interpretativa. E questo perché, come in tutti quei casi in cui v'è di mezzo una formula normativa, il responso è raramente iscritto in modo chiaro nel testo.

Di più, gli enunciati costituzionali sono generalmente molto più indeterminati sul piano del significato di quanto lo possano essere le disposizioni legislative o regolamentari: queste di solito sono più tecniche e specifiche di quelli. Perciò, alle prese con il materiale costituzionale, l'interpretazione si risolve innanzitutto nell'individuazione di un insieme di soluzioni possibili fra le quali il giudice deve effettuare una scelta, motivandola. Si scopre così che la norma è anche il prodotto del giudice che, interpretando la legge, l'applica al caso concreto<sup>311</sup>. E si è ben consapevoli che non esiste un significato in sé del testo, a meno di naturalizzare il diritto, e che la disposizione generale ed astratta non è più la stessa – qualunque cosa ciò voglia dire – nel momento in cui è utilizzata per il caso particolare. Questo però non significa che la creazione giudiziaria del diritto è una creazione *ex nihilo*: l'applicazione del diritto da

18 gennaio 2023, <https://press.regione.puglia.it/-/giunta-18-gennaio-delibera-su-fine-vita> (ultimo accesso 2 febbraio 2023).

<sup>309</sup> Corte cost., n. 242/2019. Sul punto cfr. P. VERONESI, *Per una legge sull'aiuto al suicidio (e l'eutanasia volontaria) dopo l'ord. cost. n. 207 del 2018: una possibile mappa*, in *Studium Iuris*, 5, 2019, 569; N. VETTORI, *Suicidio assistito e amministrazione sanitaria. Note a prima lettura sulle prospettive aperte dalla Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal*, 1, 2020, 229; M.E. BUCALO, *La "circoscritta (e puntellata) area" di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. fra self-restraint della Corte costituzionale e perdurante inerzia del legislatore*, in *Biolaw Journal* 1, 2020, 119; B. LIBERALI, *L'aiuto al suicidio "a una svolta", fra le condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?*, in *Diritticomparati.it.*, 9 dicembre 2019; P. VERONESI, *La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia": dubbi e conferme nella sentenza sul "caso Cappato"*, in *Biolaw Journal*, 1, 2020, 19-20; M. D'ARIENZO, *Scelte di fine vita, tutela della dignità del disabile e diritto all'autodeterminazione dell'esercente la professione sanitaria: considerazioni a margine della legge n. 219/2017 alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019*, in *Federalismi.it*, 20, 2020, 403; C.B. CEFFA, *Obiezione di coscienza e scelte costituzionalmente vincolate nella disciplina sul "fine vita": indicazioni e suggestioni da una recente giurisprudenza costituzionale*, in *Nomos*, 1, 2021, 1-26.

<sup>310</sup> P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in *Id.*, *Opere giuridiche*, Napoli, 1965, I, 511.

<sup>311</sup> G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 68, per cui «[n]ell'uso giudiziario del diritto, l'applicazione è in funzione dell'interpretazione e l'interpretazione è in funzione dell'applicazione».

parte del giudice presuppone l'esistenza di un testo, senza il quale non può esserci alcuna interpretazione<sup>312</sup>.

Al contempo, bisogna ricordare che la democrazia è sovente la via consueta per «il regime delle fazioni; una parte, sia pure la maggioranza, può pretendere di valere come totalità e così impadronirsi della cosa comune, di farsene cosa propria. Le leggi che obbediscono a interessi di parte sono manifestazione di questa corruzione; le leggi personali, ne sono la manifestazione estrema»<sup>313</sup>. Senza che nessuno si scandalizzi, possiamo quindi dire che le istituzioni giudiziarie e la stessa giustizia costituzionale non fanno parte della democrazia<sup>314</sup>. Non ne fanno parte, ma la proteggono dai suoi eccessi limitandola in conformità al testo, al quale il giudice deve comunque appigliarsi, se non altro come pretesto<sup>315</sup>. In questo senso le Corti, a cominciare da quelle costituzionali, servono a preservare nella democrazia l'elemento – appunto – della costituzionalità. I giudici non sono in *sensu* stretto il prodotto del processo democratico, ma servono alla democrazia, nel *sensu* costituzionale della formula.

Allo stesso modo si dovrà pure ricordare che gli odierni progressi tecnologici e scientifici sono tali da aver generato una crisi epistemologica attorno ai concetti cardini dell'esistenza quali vita, morte e dignità. Innanzi a questa rivoluzione la discrezionalità dei giudicanti si estende o si restringe anche in connessione ai variabili atteggiamenti dei parlamenti. Lo dimostra quello italiano che, nelle materie eticamente sensibili, ha negli anni oscillato fra stati di inerzia e regole di parte e di eccezione. A causa della vaghezza degli enunciati normativi, spesso necessaria per raggiungere il compromesso per l'approvazione della legge, ha di fatto delegato il giudiziario a riempirli di contenuto preciso o costituzionalmente orientato. Ha finito così per conferire potere normativo alla giurisprudenza. Salvo poi riservarsi la possibilità di gridare all'usurpazione, come è accaduto nei casi della legge 40/2004, della sentenza *Englaro* del 2007 e del doppio intervento *Cappato* del 2018-2019 della Corte costituzionale.

Va anche detto che in questi ambiti la lotta per l'interpretazione costituzionale si è spesso giocata sotto i crismi della santificazione della Costituzione, particolarmente evidente in quella americana, venerata alla stregua di una potenza suprema che dal *vacuum* irrompe nel mondo materiale<sup>316</sup>. L'osservatore disincantato, invece, si limita umilmente a registrare che la Costituzione è una nostra fallibile invenzione, come il diritto in tutte le sue sfaccettature. L'unico criterio decente per definirla è quindi la *recta ratio*, dove *rectitudo* non significa contemplazione di valori dogmatici ossequiosamente adorati. L'interpretazione è *recta* quando il valutante la utilizza pragmaticamente e con scandaglio critico: ciò che, nelle democrazie costituzionali, si conforma a un laico pluralismo etico, ammissibile nella misura in cui onora le verità costituzionali indefinitamente perfettibili, tali perché rispettose della persona umana, la sua dignitosa imperfezione e fallibilità.

<sup>312</sup> O. PFERSMANN, *Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution*, in MELIN-SOUCRAMANIEN (a cura di), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, 2005, 34-35 52.

<sup>313</sup> G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Torino, 2005, 119.

<sup>314</sup> *Ivi*, 120.

<sup>315</sup> Cfr. L.H. TRIBE, *Taking Text and Structure Seriously: Reflections on Free-Form Method in Constitutional Interpretation*, in *Harv. L. Rev.*, 1995, 108.

<sup>316</sup> Su cui da ultimo C. DAWES, J. ZINK, *Is "Constitutional Veneration" an Obstacle to Constitutional Amendment?*, in *Journal of Experimental Political Science*, 2022, 9(3), 395-406 ; A. R. BROWN, J. C. POPE, *Measuring and Manipulating Constitutional Evaluations in the States: Legitimacy Versus Veneration*, in *American Politics Research*, 2019 47(5), 1135-1161; S.V. LEVINSON, *The Iron Cage of Veneration*, in *VerfBlog*, 2021 27, <https://verfassungsblog.de/the-iron-cage-of-veneration/>, DOI:10.17176/20211227-205148-0, e alla bibliografia *ivi* pure citata.

Ora, non si esclude che tutte queste attestazioni celino altrettante mistificazioni. Quantomeno però consentono di evitare la tragica illusione di chi vuole realizzare il paradiso in terra quando, al contrario, sta preparando per gli altri un molto rispettabile inferno etico<sup>317</sup>.

---

<sup>317</sup> È qui evidente il rinvio a K.R. POPPER, *La miseria dello Storicismo*, Milano, 2002, 22.

## Le religioni in giudizio: il ruolo delle confessioni nelle vertenze bioeticamente sensibili

Francesca Oliosì\*

RELIGIONS ON TRIAL: THE ROLE OF CONFESSIONS IN BIOETHICALLY SENSITIVE DISPUTES

ABSTRACT: The essay examines the relation between human rights, the right to health, bio-ethics questions and religious freedom. After some preliminary remarks on methodological issues, the paper focuses on the difficulty of understanding the importance of religions in bioethical issues. The paper aims to reflect on the relevance of religion to full and “universal” protection of health protection for all, regardless of religious affiliation and the meanings that this implies.

KEYWORDS: Bioethics of Religions; secularization; religious freedom; right to health

ABSTRACT: Il saggio esamina il rapporto tra diritti umani, diritto alla salute, questioni bioetiche e libertà religiosa. Dopo alcune osservazioni preliminari di tipo metodologico, lo studio approfondisce l'importanza di riconoscere alle religioni un ruolo fondamentale nelle questioni bioetiche: solo così si potrà avere una tutela piena e “universale” del diritto alla salute per tutti, indipendentemente dall'appartenenza religiosa e dai significati che ciò implica.

PAROLE CHIAVE: Bioetica delle religioni; secolarizzazione; libertà religiosa; diritto alla salute

SOMMARIO: 1. *Civis-fidelis-patiens*: oltre i confini della bioetica delle religioni – 2. «Vivo, Morto, X»: una crisi di metodo, un metodo in crisi – 3. «Giudizi universali» su casi particolari: le confessioni religiose nel dibattito pubblico – 4. «La cura»: tra responsabilità medica e patto ospedaliero, l'urgenza (anche giuridica) di capire quanto ognuno sia «un essere speciale».

### 1. *Civis-fidelis-patiens*: oltre i confini della bioetica delle religioni

**P**arlare oggi di bioetica e religioni è impresa tanto difficile quanto rischiosa: le questioni attinenti l'interferenza tra le due sembrano non avere altra declinazione che non siano il conflitto o la reciproca incomprensione. Sul tema «esplodono» in modo quasi patologico dibattiti mediatici, politici e anche giuridici che spesso trovano tregue momentanee per poi riaccendersi su posizioni opposte ancora più veementi e che, pare, non abbiano soluzioni possibili. Per questa ragione, nell'affrontare il tema «*Le religioni in giudizio: il ruolo delle confessioni nelle vertenze bioeticamente*

---

\* Ricercatrice, Università di Trento. Mail: [francesca.oliosi@unitn.it](mailto:francesca.oliosi@unitn.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

*sensibili*» non è sufficiente delimitare l'argomento a una mera ricostruzione di precedenti giurisprudenziali su tematiche bioetiche in cui le religioni si siano costituite in giudizio: l'area di indagine, invece, richiede un approfondimento che vada «a monte» di ciò che si registra nei sempre più frequenti conflitti bioeticamente sensibili nei quali si registra il coinvolgimento delle religioni, ponendosi da una visuale diversa rispetto a quella che spesso i giuristi tendono ad adottare.

Per fare questo è necessaria una breve ma fondamentale premessa. Bioetica e diritti umani condividono la stessa dinamica dell'esperienza giuridica: il passaggio cioè da un universalismo aprioristico a una frammentazione e differenziazione che crea conflitto, e che deflagra e fallisce ogni volta che il «cittadino – fedele» non viene compreso nella complessità (e per certi versi ambiguità) della sua doppia appartenenza<sup>1</sup>. Questo è ancora più evidente quando al binomio *civis-fidelis* si aggiunge un terzo *nomen*: quello di *patiens* (l'utilizzo del latino è strumentale a sottolineare l'etimologia della parola, ossia il participio presente del verbo «patire» e anche «sopportare», «portare pazienza»).

Nel sempre più difficile rapporto tra l'universalismo dei diritti umani e quello radicato nei diritti religiosi<sup>2</sup>, i conflitti bioeticamente rilevanti assumono così un ruolo tutt'altro che irrilevante: basti pensare a quanto diversi (se non in antitesi) possano essere i contenuti di parole come «dignità», «vita», «sacralità» a seconda del contesto in cui vengono utilizzati.

Il moltiplicarsi di conflitti bioeticamente rilevanti è dunque davvero irrisolvibile e destinato - come sembra suggerire l'attualità - ad accrescersi a più livelli? Da questa domanda ne scaturiscono altre, altrettanto fondamentali: è la presunta polarità tra i diritti fondamentali e le religioni la vera causa dell'incapacità di arginare la conflittualità, oppure è l'uso che si fa di essi a essere responsabile di una confusa eterogeneità di fini che, se non prefigurata e controllata, non potrà che continuare ad autoalimentarsi? Quale ruolo può rivestire in questo ambito il diritto? Come può intervenire un'analisi critica del discorso giuridico, e in che veste?

Rispondere, o quantomeno provare a tracciare una rotta possibile, significa spostare anzi direi alzare lo sguardo, e come giuristi proporre soluzioni *de iure condendo*, in un momento storico - come quello attuale - che schiude costantemente nuovi spazi e nuovi confini sempre più mobili. Non parlo ovviamente dei confini geografici posti costantemente sotto tensione dai flussi migratori ma anche, anzi soprattutto, di frontiere scientifiche e tecnologiche, nelle quali concetti come «vita» e «morte», fino a qualche decennio fa assunti acriticamente come dati oggettivi e universali, assumono ora significati declinati su base statale, sfumati dalle identità, per certi versi opposti da chi vede fede e scienza in evitabile antitesi, infine «sganciati» dai ritmi imposti dalle leggi naturali grazie all'ausilio dei macchinari. Il tutto avviene in un contesto costantemente accelerato dalla globalizzazione, che veicola idee e

<sup>1</sup> L'idea di «doppia appartenenza» e anche quella di «doppia realtà» si collega alla questione delle identità sovrapposte e della pluralità dei sé (il cosiddetto multiple self) con i conflitti che ne derivano sono questioni non nuove ma che il costituzionalismo occidentale ha cercato di declinare solamente nel senso di un appiattimento al principio di laicità variamente definito e ad un "ideale di secolarizzazione" nei fatti mai raggiunto. L'impressione più che mai attuale è che il sé religioso, l'appartenenza a una confessione e le istanze da essi derivanti, usciti "dalla porta" hanno finito per assaltare il dibattito pubblico rientrando "dalla finestra". Per un approfondimento sul concetto di pluralità di sé si veda J. ELSTER (a cura di), *The Multiple Self*, Cambridge, 1987.

<sup>2</sup> Mi sia permesso il rinvio a F. OLIOSÌ, *Giustizia divina, diritti umani. Il conflitto tra diritti umani e diritti religiosi nell'Europa multiculturale*, Napoli, 2020.

informazione ma anche possibilità: basti pensare a quelle offerte dalla gestazione per altri o dall'eutanasia, a cui i cittadini italiani possono accedere valicando i confini (questi sì, fattisi progressivamente rigidi) della sovranità nazionale.

Questo studio si svilupperà partendo dapprima dalla chiarificazione di un'impostazione di metodo. A mio giudizio, l'individuazione di inedite coordinate di significato è l'unica via utile a poter trasformare in «fatti», o se non altro in «situazioni connotate dall'effettività sociale», le istanze bioetiche.

Il secondo punto che verrà analizzato riguarda il ruolo delle confessioni nelle vertenze bioeticamente sensibili. La rassegna giurisprudenziale che sarà proposta, rapsodica ma significativa, darà contezza delle sempre più frequenti *strategic litigations*, all'interno delle quali irrompe la religione e agiscono le confessioni, intervenendo e detenendo un ruolo sempre più accreditato attraverso associazioni religiose o altri tipi di formazioni collettive religiosamente caratterizzate. D'altro canto, è ormai sotto gli occhi di tutti che la post-secolarizzazione ha visto fallire completamente l'idea della morte delle religioni che non solo sono risorte, ma hanno anche inaugurato un percorso di de-privatizzazione<sup>3</sup>, entrando nell'agorà pubblica e nelle aule di tribunale come interlocutori accreditati.

Con la terza e ultima parte si cercherà infine di offrire spunti di riflessione e strumenti concreti per una lettura della realtà che possa proporre soluzioni e non solo commentare *fatti* intesi come fatti giuridici – sentenze o leggi – nel senso latino del termine: cose che ormai sono state fatte. Per questo le ripercussioni di quanto emerso verranno analizzate anche dal punto di vista giuridico: in fondo il ruolo del giurista è proprio quello di attingere alle aree del sapere umano non solo per regolare ma *in primis* per decifrare la realtà. E ciò nella convinzione che una limitata comprensione della complessità del reale non può che portare a un diritto «zoppo», così come un diritto zoppo non potrà che alimentare il moltiplicarsi di conflitti, invece che prevenirli o dirimerli efficacemente. Il risultato (che poi è anche il presupposto, in un ininterrotto circolo vizioso) è ben evidente sotto gli occhi di tutti: una società dove ogni singolo individuo sembra avere la sua personalissima torre di Babele, cosicché trovare un linguaggio comune sembra essere ormai un'impresa impossibile. Il grave paradosso è che lo stesso diritto genera e alimenta tali disomogeneità e discontinuità sia dal punto di vista comunicativo che relazionale, avvicinando l'ordinamento a una sorta di condizione di collasso e insanabile incoerenza interna: in una parola, una radicale crisi di legittimazione.

Pur rimanendo nell'ambito e nella prospettiva della scienza giuridica, la tematica affrontata riguarda però ogni individuo, nella sua persona e in ciò che gli è più caro: i suoi affetti. Per questo il contributo si articolerà utilizzando come spunto delle celebri canzoni *pop*, con l'intento di sottolineare quanto l'analisi non sia solo una questione teorica o di nicchia, ma un problema tanto universale quanto individuale, tanto giuridico quanto sociologico e medico, tanto teorico quanto pratico.

---

<sup>3</sup> Il riferimento è a J. CASANOVA, *Oltre la Secolarizzazione. Le religioni alla riconquista della sfera pubblica*, Bologna, 2000. L'A. osserva come a partire dagli anni Ottanta diverse religioni abbiano cominciato ad acquisire spazio al di fuori della sfera pubblica, configurando una "deprivatizzazione della religione", e tornando a sfidare le forze sociali, politiche e culturali dominanti, arrivando a mettere in ultima battuta in discussione la pretesa neutralità dello Stato sul piano dei valori e la distinzione – forse utopica – tra etica pubblica e privata.

## 2. «Vivo, Morto, X»: una crisi di metodo, un metodo in crisi

La prima questione da affrontare riguarda la crisi di metodo che sta alla base della definizione e delle caratteristiche dei soggetti-oggetti della relazione: la bioetica<sup>4</sup> da un lato, la religione dall'altro<sup>5</sup> e, come mediatore tra le due o talvolta antagonista di entrambe, il diritto, e non soltanto il bio-diritto (corso di studi ormai presente in molte facoltà ma istituito tra i primi proprio a Trento<sup>6</sup>).

Non merita quasi menzione quanto le frontiere della scienza siano ormai mobili e con esse anche i confini tra vita e morte. Un noto cantante, in arte Luciano Ligabue, intonava negli anni Novanta «Vivo, Morto o X» e, seppur con un filo di penosa ilarità, fa molto riflettere soffermarsi sull'essenza e la dilatazione della condizione «X». È «X» un malato terminale? È «X» un morto cerebrale? È «X» un em-

<sup>4</sup> La bioetica è «lo studio sistematico dei comportamenti umani nell'area delle scienze della vita e della cura della salute, condotto alla luce dei valori e dei principi morali», così V.R. POTTER, *Bioethics: the science of survival in Perspectives in Biology and Medicine*, 1970. Per una prima analisi della tematica, si rinvia *ex multis* a W.T. REICH *Encyclopedia of Bioethics*, New York, 1995; A. PESSINA *Bioetica, L'uomo sperimentale*, Milano, 1999.

<sup>5</sup> Uno dei primi a cogliere la rilevanza della bioetica per le questioni giuridiche ma anche riguardanti la libertà religiosa è stato Giuseppe Dalla Torre. Molto ricca la produzione scientifica dell'Autore tra cui si segnala, la più recente raccolta tematica (a cura di L. PALAZZANI), G. DALLA TORRE *Etica, bioetica e diritto*, Roma, 2021; ID. *Riflessioni su diritti umani e bioetica* in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 795 ss; ID., *Principio di uguaglianza e bioetica* in ASSOCIAZIONE SCIENZA & VITA (a cura di) *Vita Ragione Dialogo. Scritti in onore di Elio Sgreccia Cantagalli*, Siena, 2012, 129 ss.; ID., *Diritti umani e bioetica* in *Pedagogia e Vita* 2009, 45 ss.; ID., *L'obiezione di coscienza dei farmacisti* in S. F. ANUELE (a cura di), *Bioetica e società. Speranze per l'umanità. Sfide scientifiche e morali*, Roma Bari, 2004, 103 ss.; ID., *Il diritto e le trasformazioni della famiglia* in S. F. ANUELE (a cura di), *Bioetica e società. Speranze per l'umanità*, cit., 175 ss.; ID., *Multietnicità bioetica e diritto* in *Nuovi studi politici* 2001, 9 ss; ID., *Bioetica: i nuovi problemi della cittadinanza* in G. DALLA TORRE, L. PALAZZANI (a cura di), *La bioetica. Profili culturali sociali politici e giuridici*, Roma, 1997, 13 ss.; ID., *Laicità dello Stato e questione bioetica* in M. TEDESCHI (a cura di), *Il principio di laicità nello stato democratico*, Napoli, 1996, 285 ss.; ID., *Nuove frontiere dei rapporti fra Chiesa e comunità politica: la questione bioetica* in *Archivio giuridico* 1, 1994, 275 ss; ID., *Bioetica e diritto*, Torino, 1993; ID., *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Roma, 1992, 99 ss.; ID., *Sperimentazione e consenso. A proposito delle «norme di buona pratica clinica»* in *Iustitia* 1992, 312 ss. Infine, per una ricostruzione recente ed organica del ricco contributo che Giuseppe Dalla Torre ha apportato al tema si veda P. LILLO, *Orizzonti giuridici della dimensione bioetica*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 1, 2023, 49-72. Sul solco dell'insigne giurista, diversi Autori ecclesiastici si sono occupati di tematiche bioetiche; senza pretese di esaustività si segnalano, tra i più recenti, P. CAVANA, *La bioetica come res mixta. Autonomia e collaborazione: la bilateralizzazione delle tematiche bioetiche?*, in *Quaderni di Diritto e Politica ecclesiastica*, 1, 2015, 39-56; S. BERLINGÒ, *È l'ecclesiasticista scientificamente legittimato ad occuparsi di bioetica?* in *Quaderni di Diritto e Politica ecclesiastica*, 1, 2015, 11- 24; E. CAMASSA, *Procreazione e diritto. Le mobili frontiere dell'obiezione di coscienza*, in *Quaderni di Diritto e Politica ecclesiastica*, 1, 2015, 99-116. D. ATICHETCHI, D. MILANI, A. M. RABELLO, *Intorno alla vita che nasce. Diritto ebraico, canonico e islamico a confronto*, Torino, 2013.

<sup>6</sup> Uno dei testi di riferimento riguardo la bioetica e le confessioni religiose è quello che raccoglie gli atti di un Convegno tenutosi proprio a Trento: E. CAMASSA, C. CASONATO (a cura di) *Bioetica e confessioni religiose. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 12 maggio 2006*, Trento, 2008. Il testo di riferimento della materia del biodiritto è quello di C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012. Si segnala anche G. D'AMICO, 2019. *La nascita del biodiritto come prodotto della costituzionalizzazione dell'ordinamento*, in *Costituzione e Biodiritto. I principi, i motori e i luoghi del Biodiritto in Costituzione*, in C. CASONATO, L. BUSATTA, S. PENASA, M. TOMASI, *Special Issue di Biolaw Journal - Rivista di Biodiritto*, 2, 2019, 173 ss. Di «biodiritto» parla anche F. FRENI, *La laicità nel biodiritto. Le questioni bioetiche nel nuovo incedere interculturale della giuridicità*, Milano, 2012.

brione? E un feto? Quando si muore e da quando si inizia a vivere? Un tempo, organicamente e clinicamente sembrava semplice fornire una risposta; ora è del tutto evidente come la situazione sia divenuta completamente diversa.

Antropologicamente ma anche religiosamente, ancor prima che giuridicamente, vita e morte costituivano un'unica frontiera, reciprocamente escludente. Come insegnava Epicuro: «dove c'è la morte non ci sono io, dove ci sono io non c'è la morte».

Il dualismo vita/morte o vita/non vita e quindi, osservando questa scansione dal punto di vista clinico, accanimento terapeutico/cura, con tutte le proiezioni giuridiche che ne discendono, è in continua evoluzione, e questo crea una crisi, una frattura che va al di là del diritto e dell'ordinamento fino a radicarsi nell'esistenza stessa di ogni persona che, per vicissitudini personali, prima o poi si trova ad affrontare e vivere profondamente quanto sia difficile definire con esattezza cosa sia vita e cosa non lo sia.

Accennare alla profondità di questa crisi di significati, prima ancora che di norme, serve a rendere chiaro quanto drammatica ma allo stesso tempo inevitabile risulti l'incapacità del diritto a decifrare e disciplinare efficacemente la realtà: è per questo che l'ordinamento giuridico si trova in una situazione di crisi *tout court*; una crisi che affonda le sue ragioni in un triplice ordine di motivazioni.

La prima (almeno in apparenza) è molto semplice: la scienza dilata i confini del vivere corporeo e rende possibili situazioni addirittura impensabili fino a qualche tempo addietro. Gli anni di pandemia appena trascorsi e il dibattito bioetico e giuridico<sup>7</sup> circa l'utilizzo dei limitati strumenti di supporto alla respirazione sono solo l'ultimo esempio di come e quanto l'incrementarsi delle conoscenze tecnologiche abbia finito per schiudere all'azione umana nuovi orizzonti pragmatici ed esistenziali, soprattutto riguardo la «manipolazione» delle modalità di concepimento della vita ma anche con riferimento alla gestione del tempo della morte.

È palese che non siamo onnipotenti, come lo è che (per fortuna) siamo ancora mortali, certo; ma è anche altrettanto indiscutibile che, al di là delle emergenze, ciò che ordinariamente si riesce a fare con l'ausilio della tecnologia in ordine sia alla fecondazione, sia alla modulazione della fine della vita o alla rianimazione o alla donazione degli organi, rende vita e morte non più un eventi-avventi dal significato univoco e dai contorni inequivocabili. Ovuli destinati a non essere fecondati, o individui un tempo destinati a trapassare in breve o, ancora, persone il cui battito cardiaco si era arrestato e si è poi riattivato

<sup>7</sup> All'interno della ricca produzione scientifica sul tema, si segnalano senza pretesa di esaustività: C. CASONATO, *Health at the time of CoViD-19: tyrannical, denied, unequal health*, in *Journal-Rivista di Biodiritto*, 3, 2020, 315-322; M. D'ARIENZO, *Scienza e coscienza ai tempi dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 22, 2020, 13-28; L. PALAZZANI, *La pandemia Covid 19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in *Biolaw Journal-Rivista di Biodiritto*, Special Issue, 1, 2020, 359-370; L. D'VACK, *Covid-19: criteri etici*, in *BioLaw Journal-Rivista di Biodiritto*, Special issue, 1, 2020, 371-378; L. PALAZZANI, *La pandemia e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in C. CAPORALE, A. PIRNI (a cura di), *Pandemia e resilienza. Persona, comunità e modelli di sviluppo dopo la Covid 19*, Consulta scientifica del Cortile dei Gentili, Prefazione di G. AMATO, Roma, 2020, 79-83. Per una raccolta di studi con taglio ecclesiasticistico sull'argomento si rimanda a P. CONSORTI, *Law, religion and Covid-19 emergency*, Pisa, 2020; G. MAZZONI, A. NEGRI (a cura di), *Libertà religiosa e covid-19: tra diritto alla salute e salus animarum. I Focus del dossier OLIR emergenza coronavirus*, Milano, 2021, in particolare A. FUCCILLO, *La religione "contagiata" dal virus? La libertà religiosa nella collaborazione Stato-Chiesa nell'emergenza Covid-19*, 75-80; D. BILOTTI, *Resistere al contagio. Traduzioni interculturali della relazione di cura*, in *Calumet*, 2020, 103-108; G. MACRÌ, *La libertà religiosa alla prova del Covid-19. Asimmetrie giuridiche nello "stato di emergenza" e nuove opportunità pratiche di socialità*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 9, 2020, 23-49.

grazie all'utilizzo di defibrillatori, sono tutte fattispecie rese possibili (o anche solo pensabili) grazie all'ausilio dell'avanzamento tecnologico.

Il secondo motivo di crisi affonda le sue motivazioni nelle religioni. Tutte le culture hanno fatto, in un modo o nell'altro, i conti con la corporalità, colta nello spettro della relazione tra la morte e la vita. Cioè è avvenuto, tuttavia, sempre entro lo schema del loro dualismo oppositivo. Tra l'altro, dalle modalità di impostazione di questa dialettica sono derivate diverse visioni cosmogoniche, diverse letture del ruolo stesso del corpo e della vita terrena. È inevitabile, dunque, che i progressi della medicina mettano in subbuglio in modo diverso e talvolta contraddittorio gli assunti esistenziali che troviamo nelle tradizioni culturali, all'interno delle quali l'ambito religioso riveste ovviamente un ruolo di primaria importanza come motore semantico – anche se spesso sotto-considerato e indeciftrato – della dinamica sociale.

Prima di procedere oltre è necessaria un'ulteriore precisazione preliminare di carattere terminologico. Il titolo di questo contributo è «*Le religioni in giudizio: il ruolo delle confessioni nelle vertenze bioeticamente sensibili*». In esso compaiono sia il termine «confessione», sia il termine «religione» che non sono però sinonimi: con specifico riguardo all'ambito medico e bio-medico è infatti necessario distinguere i loro rispettivi significati, con implicazioni che si riverberano in generale sulla teoria della secolarizzazione e delle sue proiezioni giuridiche.

Con il termine «religione» s'intende fare riferimento a un *range* semantico/pragmatico molto più ampio di quello pertinente al termine «confessione». Il modo in cui concepiamo la vita, la morte, ma anche la salute, la dimensione del corpo, la malattia o il dolore, è fortemente impregnato della concezione religiosa che sottostà al *background* culturale e identitario della nostra società. Quel *background*, tuttavia, è a sua volta frutto di una sorta di trasfigurazione o, per meglio dire (utilizzando un'espressione che fonde i due termini) una «trans-duzione»: più che una mera traduzione ma piuttosto una trasfigurazione e traduzione al tempo stesso del religioso nella dimensione antropologica e, quindi, culturale. Questa «trans-duzione» – un po' come avviene quando il segnale elettrico è trasformato da amplificatori e diffusori acustici in suono – produce una metamorfosi semantica ma anche politica. Ciò che deriva dalla «religione» come «motore antropologico» penetra nel linguaggio secolare divenendo culturalmente «generale», di senso comune, e quindi politicamente e anche giuridicamente assorbito nel dominio della laicità. Esso sfugge, quindi, alla dialettica sfera pubblica/sfera privata, dimensione oggettiva/dimensione soggettiva, che ha accompagnato in epoca moderna la tutela, ma anche il confinamento, della religione entro la «gabbia dorata della libertà», e quindi la sua relativa clandestinità *rispetto a* e all'*interno della* dimensione politica secolare.

L'espressione «confessioni religiose», viceversa, avrà come referente, di qui in avanti, la dimensione istituzionale e strettamente fideistica dell'esperienza religiosa, la stessa, appunto, risultante dal processo di secolarizzazione e dalla conseguente emersione, in ambito politico, del paradigma della laicità. Una dimensione istituzionale capace di incarnarsi nelle manifestazioni sia individuali sia collettive che percorrono, con i relativi margini di legittimità imposti dalla laicità di matrice costituzionale, le corsie della comunicazione pubblica.

A questo proposito, è forse utile proporre un'ulteriore precisazione che concerne l'espressione «minoranze religiose». Come noto, anche esse devono il proprio significato al proprio collocarsi all'interno di concreti e definiti contesti storico-politico-sociali e all'interno di determinate coordinate spazio-



temporali: ciò che è minoranza in Italia oggi, può non essere tale in altre parti del mondo o diversi momenti della storia.

Quanto appena posto in evidenza potrà forse apparire a qualcuno frutto di un mero puntiglio terminologico, ma dalle considerazioni precedenti è invece possibile (e anche necessario) trarre spunto per una revisione complessiva del lessico utilizzato in ambito bioetico e giuridico.

Corporeità, cultura e religioni sono strettamente legate e compenstrate, perché il modo in cui ciascuno di noi concepisce il proprio corpo è condizionato dalla propria prospettiva culturale e religiosa – almeno se intesa nella sua massima latitudine antropologica. Rimanendo nell’ambito confessionale più «familiare» al contesto occidentale contemporaneo, dalla celebre frase paolina sul «corpo come tempio dello spirito santo»<sup>8</sup>, all’idea che solo la resurrezione possa vincere l’evento-morte, anzi «sorella morte corporale»<sup>9</sup> che esclude tutto il resto, al paradigma genealogico per cui – citando testualmente il Profeta Geremia – «Prima di formarti nel grembo materno, ti conoscevo, prima che tu uscissi alla luce, ti avevo consacrato»<sup>10</sup>, è facile intuire come siano assai numerosi i significati religiosi che impregnano (non sempre in modo decifrato esplicito e consapevole) le concezioni della nostra corporalità. Allo stesso tempo, la religione deve «fare i conti» con il progresso scientifico e rispondere a domande del tutto impensabili fino al secolo scorso. Come si coniuga l’invito ad avere figli con il progresso scientifico concernente la procreazione assistita per chi non ci riesce – canonicamente parlando – *humano modo*<sup>11</sup>? (I *responsa* dei singoli rabbini e le diverse posizioni delle scuole ebraiche sulle tematiche attinenti la fecondazione assistita costituiscono un esempio lampante<sup>12</sup> al riguardo).

Il terzo motivo di crisi è tutt’altro che semplice, per la banale ragione che raramente le culture si guardano allo specchio: il diritto, così come la medicina, sono fortemente etnocentrici. E, come tutto ciò che si assume per oggettivo ma oggettivo non è, questo è divenuto palese quando culture e religioni «altre» rispetto alla tradizione giudaico-cristiana storicamente presente nel Vecchio Continente hanno fatto irruzione in modo massiccio all’interno di esso e, più in generale, della c.d. società occidentale. A tal proposito, va osservato come l’Italia presenti un’immigrazione relativamente recente rispetto al resto d’Europa, caratterizzata dalla più ampia pluralità di provenienze, riconducibili ad aree geografiche ed etniche assai differenziate e distanti tra loro. Questo non ha fatto altro che accentuare le differenze di significato presenti in ambito sia culturale sia religioso. Pensiamo all’idea di re-incarnazione,

<sup>8</sup> Il riferimento è al celebre capitolo 6 della Prima Lettera di San Paolo apostolo ai Corinti: «Non sapete che il vostro corpo è tempio dello Spirito Santo, che è in voi? Lo avete ricevuto da Dio e voi non appartenete a voi stessi. Infatti siete stati comprati a caro prezzo: glorificate dunque Dio nel vostro corpo!» (1 Cor. 6, 19-20).

<sup>9</sup> Secondo la celebre locuzione di San Francesco nel suo Cantico delle Creature: «Laudato si’ mi’ Signore per sora nostra morte corporale, da la quale nullu homo vivente pò scappare: guai a quelli che morrano ne le peccata mortali; Beati quelli che trovarà ne le tue santissime voluntati, ka la morte secunda no ‘l farrà male».

<sup>10</sup> Si tratta del versetto di Ger 1,5.

<sup>11</sup> Secondo il diritto canonico, ex Can. 1061: § 1. *Matrimonium inter baptizatos validum dicitur ratum tantum, si non est consummatum; ratum et consummatum, si coniuges inter se humano modo posuerunt coniugalem actum per se aptum ad prolis generationem, ad quem natura sua ordinatur matrimonium, et quo coniuges fiunt una caro.*

<sup>12</sup> Per un’interessante ricostruzione della bioetica ebraica in generale si rinvia al recente E. MARTINELLI, *Procreazione e biotecnologie nel pensiero ebraico e nel sistema giuridico israeliano*, Torino, 2023; per una ricostruzione invece *tout court* delle questioni bioetiche si rinvia a Id. (a cura di) *Questioni bioetiche e diritto ebraico*, Firenze, 2019, così come per le recenti problematiche l’indicazione è alle relazioni del Professor Massimo Giuliani e della Professoressa Bianca Gardella Tedeschi all’interno del presente *Special Issue*.

a quella di *dharma* o, ancora, alla *sura* del Corano che parla dell'insufflaggio dell'anima del feto a partire dal terzo mese o della fine della vita con l'arresto cardiaco.

A seguito dei fenomeni migratori ha preso forma un paesaggio sociale ma anche semantico del tutto nuovo<sup>13</sup>, che incapsula in sé anche quello spesso indecifrato sia dalla cultura secolare sia proveniente dalle religioni, a loro volta poste in subbuglio dal progresso scientifico.

A questo riguardo, in effetti, bisogna porre una domanda fondamentale: quanta religione c'è nei fatti che riteniamo oggettivi? A mio avviso, assai più di quanto la *vulgata* del secolarismo non ci lasci intendere di solito. Si prenda, come esempio, la medicina occidentale, quella ovviamente a noi più nota ma certamente non l'unica possibile. Spesso si identifica la scienza medica con l'approccio diagnostico scientifico, che tratta il sintomo nella sua fisiologia biomedico-riduzionista, scindendo spesso tutto ciò che riguarda invece l'aspetto psicosomatico e discorsivo, ma non è così: basta pensare al diverso approccio della medicina orientale per averne una percezione immediata<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Si veda in tal senso M. RICCA, *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino, 2013, nel quale l'A. mostra chiaramente come sia necessario un approccio interdisciplinare che elabori una piattaforma concettuale condivisa (il diritto interculturale), necessaria per uscire dalla crisi di legittimità che sta attualmente vivendo il diritto a causa del massiccio avvento di persone che vivono una realtà che gli risulta "culturalmente opaca". Questo è dovuto al fatto che l'ordinamento (e così anche il suo diritto) è intriso di significati impliciti e non detti che sono ritenuti condivisi e pacifici ma che contengono un sapere implicito e un vasto patrimonio sommerso culturale al quale solo gli autoctoni, seppur inconsapevolmente, hanno accesso da sempre ma che non è né condiviso né compreso da chi invece, straniero, è anche estraneo. Della stessa idea anche G. ANELLO, "Fratture culturali" e "terapie giuridiche". *Un percorso giurisprudenziale tra multiculturalità e soluzioni interculturali*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 2009.

<sup>14</sup>G. GIARELLI, B. GOOD, B. M. J. DEL VECCHIO GOOD, M. MARTINI, C. RUOZZI, *Storie di cura. Medicina narrativa e medicina delle evidenze: l'integrazione possibile*, Milano, 2005. Ovviamente l'esempio della differente modalità diagnostica è solo uno dei possibili. D'altro canto, non è un caso che con il cambiamento della società in senso marcatamente multiculturali si stia sempre di più affermando l'importanza dell'apporto dell'antropologia medica alla biomedicina. L'antropologia medica, infatti, si occupa proprio di portare alla luce il significato che i pazienti attribuiscono all'esperienza della malattia, mettendo in luce che ignorare la dimensione esperienziale può minare l'efficacia terapeutica stessa. Per farlo è necessario tener conto della fondamentale distinzione tra *disease* (interpretazione biomedica della medicina come patologia) e *illness* (il significato attribuito dai pazienti alla propria esperienza di malattia). Sul punto si veda L. EISENBERG, *Disease and illness. Distinction between professional and popular ideas of sickness*, in *Culture, Medicine and Psychiatry*, 1, 1977, 9-23. «Facciamo un esempio concreto, apparentemente banale. Una bimba di poco più di due anni, giocando al dottore con la sua bambola, le chiede: "Dimmi, dove hai la bua? Fammi vedere, così te la tolgo". Nessuno le ha mai esplicitamente detto che a caratterizzare culturalmente la nostra visione della malattia è una certa concezione materialistica della realtà, una determinata idea della persona in termini individuali e, dunque anche una specifica immagine della conoscenza basata sull'osservazione e sulla descrizione di tale realtà empirica al livello dell'organismo. Eppure, per esposizione a un determinato contesto, specifiche forme simboliche sono state apprese, realizzando simultaneamente il duplice processo di plasmazione della persona e di costruzione della realtà. Durante le mie ricerche nel Nord-ovest del Camerun, ebbi modo di assistere a una scena simile, in cui un bambino chiedeva a un coetaneo con cui stava giocando a fare lo *Ngashiv* (il detentore della medicina, letteralmente): "Che cos'hai fatto? Sei andato dove non dovevi [hai violato una qualche interdizione]? Hai attirato il risentimento di qualcuno, che potrebbe avverti fatto qualcosa?". In quello specifico contesto la persona, ad esempio, non declinata culturalmente in termini individuali, ma relazionali: essa coincide con i rapporti sociali in cui è inserita, e dunque la sua stessa natura non si esaurisce nelle dimensioni biopsichiche, ma si estende oltre il corpo del singolo, al punto che l'alterazione nelle relazioni sociali può generare effetti a carico del singolo. Siamo in un contesto in cui a essere selezionate come culturalmente rilevanti sono le dimensioni sociali dell'esistenza personale. In entrambi i casi, per i due bimbi era

Con riferimento alla bioetica è sempre più condivisa l'idea che le «questioni emergenti e i nodi irrisolti»<sup>15</sup> non riguardino solamente le note frontiere della bioetica come il fine vita o la procreazione medicalmente assistita, (spesso oggetto delle *strategic litigation*) ma si registrino molto più frequentemente (e con un potenziale assai più destabilizzante sul lungo periodo, seppur meno frequentemente oggetto di discussioni mediatiche) nella quotidianità delle cure. Donazione degli organi, trasfusione di sangue, pratiche di rianimazione e defibrillazione, ma anche solo accettazione delle cure palliative o un efficiente procedimento diagnostico in grado di tradurre i sintomi del paziente e instaurare con lui un rapporto cooperativo e fruttuoso, sono ambiti casistici talvolta meno evidenti ma altrettanto socialmente dirompenti: e proprio per questo suscettibili d'essere affrontati anche dal diritto e, perciò, bisognevoli di un'adeguata qualificazione normativo/giurisprudenziale.

C'è da dire che in questa materia i tribunali hanno dovuto iniziare – prima del legislatore – a dare risposte concrete a istanze e vertenze il cui coefficiente di complicazione esponenziale non ha fatto altro che aumentare esponenzialmente il senso di inadeguatezza e insoddisfazione per le opzioni che man mano hanno preso forma, polarizzandosi all'interno del dibattito dottrinale.

Tutto questo anche perché il discorso pubblico sembra ancorarsi a un'idea di secolarizzazione che si potrebbe definire «strabica»: a ben vedere infatti l'atteggiamento sia ermeneutico sia epistemologico delle nostre società rispetto alla secolarizzazione è così dicotomico da dare esiti difficilmente conciliabili, proprio come chi ha gli occhi che sembrano guardare in due direzioni completamente diverse. Da una parte, si relega l'appartenenza religiosa a mera dimensione intima e personale – così come è richiesto dalla grammatica costituzionale dell'esperienza giuridica moderna; dall'altra, tuttavia, il carattere di «zona protetta dalle incursioni del potere pubblico», riconosciuto a quella sfera intima, finisce per dare la stura a una sorta di colonizzazione del dibattito pubblico da parte delle confessioni religiose. Ciò accade, paradossalmente, perché la proiezione politica del processo di secolarizzazione – e cioè la sintassi della laicità – alimenta rivendicazioni anche da parte di rappresentanze confessionali indotte a continue «migrazioni» all'interno delle aule giudiziarie. La giurisdizionalizzazione delle proiezioni pubbliche della religione si concreta nel sollevare istanze di riconoscimento che si radicano nelle denunce di lesione della propria sfera di libertà. Quella stessa sfera di libertà (religiosa) disegnata dal dualismo epistemologico-culturale della secolarizzazione che dovrebbe avere nella laicità la sua proiezione politico-giuridica, rintracciando in essa una sorta di pantografo destinato a disegnare con tratto sicuro la mappa delle relazioni sociali e delle rispettive aree di competenza. Quando, invece, i dati d'esperienza dimostrano che da pantografo il c.d. principio di laicità dello stato si converte esso stesso in una frontiera – innanzi tutto semantica – continuamente contesa e, quindi, fomento di un'inesausta conflittualità sociale.

Con molta probabilità, la condizione di subbuglio appena delineata a larghi tratti è da ricondursi alla dinamica dei valori e di significati giuridici che non possono più assumersi come condivisi. In ragione di

---

assolutamente naturale e sensato concepire la malattia da un lato come problema individuale la cui natura andava ricercata nelle dimensioni somatiche, dall'altro come problema la cui origine era parimenti da rintracciare nell'alterazione della natura della persona, solo che la persona era concepita e vissuta in termini relazionali e, dunque, era ai rapporti sociali che si sarebbe dovuto guardare per rintracciarne l'alterazione». Così M. RICCA, I. QUARANTA, *Malati fuori luogo. Per una medicina interculturale*, Milano, 2012, 33-35.

<sup>15</sup> Per riprendere il titolo del Convegno tenutosi a Trento il 23 e 14 novembre 2023: *Anima e corpo: bioetica, minoranze religiose, nodi irrisolti e questioni emergenti*.

ciò, e in una prospettiva critica, la seconda tappa intende affrontare il tema dell'universalità/razionalità dei giudizi che il discorso secolare pone alla base della sua stessa legittimazione<sup>16</sup>.

Ovviamente si tratta di giudizi universali che universali non sono ma che, se analizzati nella fruttuosa problematicità dell'evocazione di un orizzonte di universalizzazione, possono indicare i primi passi per tratteggiare l'*incipit* di un percorso di condivisione su temi tanto scabrosi quanto ineludibili rispetto agli snodi cruciali dell'esistenza umana.

### 3. «Giudizi universali» versus casi particolari: le confessioni religiose nel dibattito pubblico

Parlare di confessioni religiose e vertenze bioeticamente sensibili significa approssimarsi a un numero sconfinato di casi e alle più disparate fattispecie, che a turno si propongono all'attenzione delle corti sia nazionali sia sovranazionali.

In ambito bioetico e medico, poi, gli snodi problematici sono numerosi, alcuni persino risalenti: anche se questa non è la sede per una ricostruzione pedissequa ai fini della trattazione è interessante individuare alcuni profili che appaiono ineludibili.

Il primo riguarda l'incremento del fenomeno delle cosiddette *strategic litigation*, (anglicismo più comunemente impiegato rispetto all'italiano «contenzioso strategico») che fa riferimento a una pratica relativamente recente ma sempre più rilevante e frequente nel panorama giurisdizionale contemporaneo. Non esistendo una pacifica e univoca definizione di "strategic litigation" è necessario specificare che con tale locuzione si fa riferimento a tutte quelle questioni che non mirano solamente ad una decisione *de quo*, ma piuttosto a utilizzare la funzione giurisdizionale in chiave nomopoietica, per creare diritto. Il fine, in altre parole, sembra non tanto (e non solo) ottenere un'equa soddisfazione di un'istanza concreta, quanto conseguire un risultato politico di portata generale o, se non altro, sottoporre determinate tematiche all'attenzione pubblica e al dibattito mediatico. Ciò che caratterizza questo tipo di vertenze è il frequente manifestarsi, con riguardo a tematiche bioetiche, di un intervento colonizzato e – verrebbe da dire – "militarizzato" delle confessioni religiose (si tratta di confessioni, non di minoranze né di religioni) attraverso associazioni di volontariato che, tra le altre cose, spesso si

<sup>16</sup> Cfr. H. BLUMENBERG, *La legittimazione dell'età moderna*, Torino, 1992. Il filosofo tedesco non condivideva, anzi si opponeva fermamente all'affidabilità teoretica ed ermeneutica della categoria della secolarizzazione. Già la prima parte dell'opera (*Secolarizzazione, Critica di una categoria dell'ingiustizia storica*) ne fornisce un'anticipazione: il filosofo sosteneva infatti che la categoria della secolarizzazione era caratterizzata da una sostanziale eterogeneità, per cui il mondo e la sua mondanità non possono essere interpretati da un concetto, come quello della secolarizzazione, che trae la sua forza semantica dall'appartenenza e dal riferimento a orizzonti di senso semplicemente trascendenti quel mondo stesso. Blumenberg non ammette, nella pratica ermeneutica, qualcosa come la possibilità di una eterogenesi dei fini ovvero una «storia degli effetti», per la quale un concetto possa avere valenza esplicativa e produrre risonanze ermeneutiche anche al di là dei circuiti culturali inizialmente conformi. Il concetto di secolarizzazione rimanda per lui ad un contesto semantico che, proprio per il suo riferimento fontale alla trascendenza, lo rende improponibile quale principio interpretativo della realtà mondana, ad esso antagonista. Parlare di un mondo che si è allontanato dalla sua prima origine divina nasconde quindi una mistificazione ideologica, in quanto omette di dire che un mondo secolarizzato è tale solo rispetto ad un presunto *incipit* trascendente, inadatto, proprio in quanto trascendente e dunque eterogeneo ad ogni tipologia mondana, a fornire le chiavi per una lettura filosofica del processo evolutivo di quel mondo. L'utilizzo della categoria di secolarizzazione sviluppa pertanto una sorta di cortocircuito ermeneutico, che ne rende inutile e decisamente fuorviante il ricorso.

offrono di prestare assistenza legale gratuita o altre forme di supporto, *in primis* di tipo mediatico. Gli esempi sono noti, in ambito sia europeo sia italiano, ma riprenderli seppure rapsodicamente permette di sottolineare alcuni profili spesso rimasti involuti nel dibattito mediatico così come nella riflessione giuridica.

Per quanto concerne l'ambito europeo, si potrebbe suddividere l'attività della Corte Edu in materia bioetica in due fasi. Nella prima i giudici di Strasburgo si sono occupati in via pressoché esclusiva dell'obiezione di coscienza da parte dei vari operatori sanitari coinvolti nell'interruzione volontaria di gravidanza. Nella seconda fase, che arriva fino ai giorni nostri, si registra come lo scontro più intenso si radichi nelle fattispecie nelle quali agiscono in giudizio i parenti di persone gravemente malate (sia per malattie degenerative irreversibili sia a seguito di incidenti), e come convenuti gli Stati firmatari (in particolare Francia e Regno Unito) i cui giudici abbiano deciso per la sospensione dell'assistenza medico-sanitaria o dell'idratazione e alimentazioni artificiali senza le quali, di fatto, la vita di queste persone non potrebbe proseguire.

I nomi di Isaiah Hastrup, Charlie Gard, e ancora più di Alfie Evans e in questi ultimi giorni di Indi Gregory sono stati i protagonisti della cronaca in un crescendo di coinvolgimento mediatico, politico e confessionale, le cui rappresentanze hanno via via offerto ai giovani genitori del bimbo una sempre più organizzata resistenza al sistema. Il dibattito sui *best interest* di questi bambini inglesi affetti da gravi patologie e mantenuti in vita con l'ausilio di macchinari è stato ed è oggetto di accesi confronti anche al di fuori del Regno Unito. Contro la sentenza definitiva che aveva stabilito che «Alfie cannot breathe, or eat, or drink without sophisticated medical treatment. It also means that there is no hope of his ever getting better»<sup>17</sup> e autorizzato l'ospedale dove il bimbo era ricoverato a staccarlo dai macchinari che gli permettevano di respirare i genitori, assistiti dall'associazione cattolica italiana «Giuristi per la vita»<sup>18</sup>, proposero alla Corte Edu (un ricorso che tuttavia venne rigettato). I giudici di Strasburgo furono

<sup>17</sup> Cfr. Supreme Court of United Kingdom, 20 aprile 2018, § 2.

<sup>18</sup> Esemplificativo, in tal senso, lo Statuto dell'Associazione, in particolare l'art. 5 che ne enuclea gli scopi: «L'Associazione non ha scopo di lucro. Essa si prefigge di promuovere, difendere e tutelare il diritto alla vita di ogni essere umano dal concepimento alla morte naturale, come fondamento di tutti gli altri diritti. Ai fini del perseguimento delle finalità associative, nel concetto di vita viene ricompresa la struttura naturale della famiglia, intesa come unione tra un uomo e una donna fondata sul matrimonio, il diritto dei genitori ad educare i propri figli, e la libertà di professare pubblicamente la propria fede religiosa. L'Associazione ha inoltre lo scopo di offrire un concreto sostegno sul piano consultivo ed operativo a coloro che, per qualsiasi ragione connessa alla loro attività o alle loro convinzioni manifestate a favore della vita umana, fosse colpito da esposti, minacce, diffide, azioni giudiziarie, ecc. da parte di persone, enti pubblici o privati, offrendo loro, se del caso, adeguata difesa tecnica facendo riferimento ad una rete di professionisti sparsi sul territorio nazionale che sarà costituita secondo tempi e modalità da stabilirsi. Per il raggiungimento dei predetti fini, l'Associazione si propone di interloquire anche criticamente con le istituzioni politiche e giurisdizionali, di intervenire nei dibattiti giuridici e, più in generale, ovunque sia posto in discussione il principio della sacralità e intangibilità della vita umana. L'Associazione, inoltre, promuove la collaborazione con le altre organizzazioni che perseguono finalità consimili e propone iniziative comuni per la riaffermazione della cultura della vita come universale espressione di civiltà. A titolo esemplificativo, l'attività dell'Associazione esplicherà la propria azione: - promuovendo su tutto il territorio nazionale convegni, incontri, dibattiti, iniziative culturali, formative, sociali e politiche; - promuovendo forum sulla rete, interventi su tutti i mezzi di informazione, televisivi, radiofonici, giornalistici; - promuovendo centri di ascolto per medici, sanitari, donne, ecc. che si trovino in difficoltà per la loro testimonianza a favore della vita». Per lo Statuto integrale si rinvia al sito web dell'Associazione: <http://www.giuristiperlavita.org/joomla/chisiamo/atto-costitutivo-e-statuto>, data ultima consultazione 20 aprile 2022.

invero aditi due volte: la prima in marzo, quando rigettarono il primo ricorso dei genitori basato sull'art. 14 (divieto di discriminazione<sup>19</sup>) e sull'art. 8 (diritto al rispetto per la vita privata e familiare<sup>20</sup>); la seconda in aprile, quando dichiararono nuovamente inammissibile un ricorso dei genitori fondato, questa volta, sull'art. 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza<sup>21</sup>), in cui si richiedevano anche *interim measures*, anch'esse respinte, nonostante fosse evidente il pericolo per la salute e la vita di Alfie ove il sostegno respiratorio fosse stato rimosso<sup>22</sup>.

È interessante accennare al fatto che sia per Alfie Evans che in questi giorni a Indi Gregory il Parlamento italiano ha concesso la cittadinanza, aumentando ancora una volta il dibattito anche all'interno delle frontiere del Belpaese mentre – nelle more del rigetto finale delle summenzionate istanze in sede giurisdizionale – qualche mese fa papa Francesco aveva ricevuto il signor Evans- cattolico - offrendo l'assistenza medica del nosocomio del Bambin Gesù. A fronte di un caso che si ripete nelle stesse esatte scansioni a distanza di qualche mese (decisione giurisdizionale di interruzione del sostegno respiratorio, riconoscimento della cittadinanza italiana, coinvolgimento del Papa), non si può che osservare quanto l'Italia, per una questione di vicinanza geografica che però è anche vicinanza sociale, politica e

<sup>19</sup> Art. 14 Cedu: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

<sup>20</sup> Art. 8 Cedu: «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

<sup>21</sup> Art. 5 Cedu: Diritto alla libertà e alla sicurezza: «Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge: (a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente; (b) se si trova in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge; (c) se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso; d) se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente; (e) se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo; (f) se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione. 2. Ogni persona arrestata deve essere informata, al più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico. 3. Ogni persona arrestata o detenuta, conformemente alle condizioni previste dal paragrafo 1 c del presente articolo, deve essere tradotta al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere messa in libertà durante la procedura. La scarcerazione può essere subordinata a garanzie che assicurino la comparizione dell'interessato all'udienza. 4. Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso a un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima. 5. Ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione di una delle disposizioni del presente articolo ha diritto a una riparazione».

<sup>22</sup> Sentenza *Evans v. the United Kingdom*, application no. 18770/18, 28 marzo 2018, (depositata il 23 aprile 2018).

antropologica, abbia una visione di concetti quali «vita», «dignità», «best interest» molto diversi da quelli inglesi, e molto vicini (forse perché provenienti proprio da lì?) a quelli della Chiesa cattolica.

Un altro esempio significativo di sospensione di idratazione e alimentazione accompagnato da un clamoroso riverbero in ambito mediatico quanto confessionale, è il caso di Vincent Lambert, un caso difficile (oltre che un «diritto difficile», per citare il professor Casonato<sup>23</sup>). Il ricorso era stato presentato dai genitori e dai fratelli del sig. Lambert, che lamentavano, in particolare, la violazione dell'art. 2 Cedu<sup>24</sup>. Dopo aver negato che i ricorrenti potessero agire in nome di Vincent Lambert (poiché tale diritto spettava alla moglie), la Corte pur riconoscendo ad essi lo *status* di vittime indirette, escludeva la sussistenza della violazione lamentata. Riteneva poi che la legislazione francese costituisse un quadro giuridico sufficientemente chiaro per disciplinare con precisione le decisioni prese dai medici in situazioni come quelle del caso di specie e che il processo decisionale sulla situazione di Vincent Lambert fosse stato condotto in modo meticoloso; concludeva, quindi, che lo Stato avesse correttamente adempiuto agli obblighi positivi derivanti dall'art. 2 Cedu.

Un profilo rilevante rispetto al tema qui trattato e che accomuna questi casi eterogenei è l'appartenenza cattolica di entrambe le famiglie<sup>25</sup>: per entrambe la Chiesa intesa come confessione e istituzione ha provato a intervenire a diverse riprese e con svariate modalità, compresi i Tweet del Romano Pontefice tra cui uno che mi è apparso molto significativo, il giorno della morte di Vincent Lambert: «Non costruiamo una civiltà che elimina le persone la cui vita riteniamo non sia più degna di essere vissuta: ogni vita ha valore, sempre».

Il terzo ed ultimo caso di *strategic litigation* è invece entro i confini nazionali e riguarda il caso di non punibilità di Marco Cappato per il suicidio assistito di Fabiano Antoniani (detto Dj Fabo). Il radicale italiano era «imputato del reato p. e .p. dall'art. 580 c.p. per aver rafforzato il proposito suicidario di Antoniani Fabiano (detto Fabo), affetto da tetraplegia e cecità a seguito di incidente stradale avvenuto il 13 giugno 2014, prospettandogli la possibilità di ottenere assistenza al suicidio presso la sede dell'associazione Dignitas, in Svizzera, e attivandosi per mettere in contatto i familiari di Antoniani con la Dignitas fornendo loro materiale informativo; inoltre, per aver agevolato il suicidio dell'Antoniani, trasportandolo in auto presso la Dignitas in data 25 febbraio 2017, dove il suicidio si verificava il 27 febbraio 2017».

In attesa di quello che la Corte stessa definisce un doveroso intervento del legislatore, la Consulta adita *incidenter tantum* sulla legittimità costituzionale della previsione normativa oggetto della notizia di

<sup>23</sup> Il riferimento è a C. CASONATO, *Un diritto difficile. Il caso Lambert fra necessità e rischi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 9, 2015, 489-501.

<sup>24</sup> Art. 2 Cedu: «1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena. 2. La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza reclusi assolutamente necessario: a. per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale; b. per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta; c. per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione».

<sup>25</sup> È solo il caso di rilevare che a tutti gli effetti si tratta di una "minoranza" sia in Uk che in Francia, solo che in terra inglese per la presenza preponderante della chiesa anglicana, mentre in terra gallica per la forte componente laicista ed atea presente. È interessante notare come nel caso di Indi Gregory, invece, la famiglia - atea - abbia chiesto comunque aiuto all'Italia e alla Chiesa cattolica: a dimostrazione che la religione *soluta* nella società sia un elemento prima di tutto antropologico, insieme, se non prima che schiettamente confessionale

reato, si è pronunciata con la sentenza 242 del 2019. In essa viene sancita l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi [...] agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»<sup>26</sup>.

Sorprendentemente, una cosa accomuna il tweet di Papa Francesco che ho prima riportato e la sentenza della Corte costituzionale: in entrambe il grande assente è la messa in discussione del fatto, la qualificazione del "fatto - vita" e, correlativamente, i significati da ascrivere a parole come "valore" o "dignità".

Ora, se una visione aprioristica e assolutistica è assolutamente fisiologica delle religioni, altrettanto non può dirsi per le istituzioni civili. La Corte non dice cosa sia vita e cosa non lo sia. Essa sembra darlo per sottinteso, focalizzando il suo lavoro ermeneutico su un discorso che oscilla tra autonomia e dignità, con un'ampia digressione sul fondamento dei diritti soggettivi, colti in bilico tra prospettive libertarie (volontaristiche e soggettivistiche) e prospettive dignitarie (obiettivistiche e condizionate dal principio di precauzione). Stabilendo la non punibilità ex art. 580 cp a determinate condizioni, la Consulta sollecita esplicitamente il legislatore a provvedere in materia ma è innegabile come - nel frattempo - essa stessa crei diritto. La domanda tuttavia è: su quale presupposto di fatto? Qual è l'iter seguito dalla Corte nel costruire il termine medio del sillogismo giudiziario<sup>27</sup>, lo stesso che ha a oggetto il *fatto vita*? Nella sentenza questo profilo appare come il grande assente<sup>28</sup>.

Durante la gestazione del giudizio costituzionale, la Chiesa cattolica tuttavia si è mossa, con una pleora di interventi, dispiegatisi lungo le più diverse direttrici comunicative, ma che insieme hanno dato vita a un "coro muto", nell'aula della Consulta, ma a dibattiti talvolta anche molto violenti nei circuiti mediatici.

Certo, alla fine la Chiesa non è stata ascoltata quanto avrebbe voluto, ma comunque si è fatta «intendere» e la sua «ombra» ha popolato il processo come una sorta di «fantasma nella stanza». Si tratta di un caso emblematico in cui una «confessione in giudizio» ha agito efficacemente nella sua veste di

<sup>26</sup> Per una ricostruzione giuridica della nota vicenda giurisdizionale, si rimanda tra gli altri a A. LICASTRO, *L'epilogo giudiziario della vicenda Cappato e il ruolo «sussidiario» del legislatore nella disciplina delle questioni «eticamente sensibili»*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3, 2019, 602-932; ID., *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 14, 2019, 1 ss. ; N. COLAIANNI, *La causa di giustificazione dell'aiuto al suicidio (rectius: dell'assistenza nel morire)*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3, 2019, 591-907.

<sup>27</sup> Il riferimento è alla dottrina aristotelica del ragionamento logico deduttivo: partendo da premesse logiche in fatto giuridicamente valide è possibile giungere a conclusioni fondate. La teoria del "sillogismo giudiziale", apparsa nel panorama dottrinale italiano ed europeo dalla metà del XVIII secolo, si rifà alla dottrina aristotelica del sillogismo come forma logica ideale del giudizio in generale, per farne derivare una rappresentazione sillogistica del procedimento decisorio. Sulla teoria del sillogismo giudiziale v. P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi di diritto proc. civ.* I, Padova, 1930, 3 ss.

<sup>28</sup> Della stessa idea anche M. RICCA, *A corpo morto. Suicidio assistito e accudimento o altrimenti che essere*, in S. PETRILLI (a cura di), *Diritti umani e diritti altrui. Per una semiotica della comunicazione globale*, in *Mimesis/Anthon. Semiotica, filosofia, arte, letteratura*, 30, 2023, 97-160.

«istituzione confessionale». Questo per la peculiare realtà socio-culturale italiana di certo non stupisce: Roma è la capitale del cattolicesimo planetario e da sempre il diritto occidentale si nutre, si evolve e si radica in un dialogo con il diritto canonico. Se ha potuto farlo, tuttavia, è perché il tema “vita”, direi l’oggetto “vita”, nel lessico sociale secolare, non è pensabile come integralmente scisso dalle sue connessioni con un immaginario antropologico mai divorziatosi, almeno sul piano semantico e assiologico, dagli orizzonti di senso disegnati dall’Ebraismo prima e dal Cristianesimo, poi.

Proprio per questa ragione, discorso assai diverso andrebbe fatto per le minoranze religiose e, in questo ambito, per il loro ruolo di religioni, intese come universi di significati non sempre decifrati ma, non per questo, trascurabili. Siamo di fronte ad una vera e propria realtà sommersa, che oltre le presuntivamente nitide scansioni della libertà religiosa e della laicità, anima uno sciame sismico nel paesaggio dei significati sociali. Uno sciame le cui continue scosse, anche se non sempre percepite, sono però destinate sul lungo periodo a destabilizzare a vasto raggio e sempre più irrimediabilmente l’ordinamento sia dal punto di vista delle sue fonti di legittimazione sociale, sia dal punto di vista tecnico-ricostruttivo.

Al di là da casi eclatanti come quelli appena richiamati, anche quando non sono in gioco *strategic litigation* o questioni *de iure condendo* che danno vita a vividi dibattiti televisivi o giurisprudenziali, non significa che le religioni non siano in giudizio, anzi. Si è soliti pensare al ruolo del diritto in ambito bioetico solo con riferimento alle questioni mediche di confine (inizio e fine vita) ma non meno importante (e sicuramente ormai numericamente altrettanto se non più significativo) è il ruolo che il diritto da una parte e le religioni dall’altra rivestono nelle questioni che riguardano un ventaglio sempre più ampio di fattispecie di portata (in apparenza) anche più limitata e concernenti “la cura”.

#### 4. “La cura”. Tra responsabilità medica e patto ospedaliero, l’urgenza (anche giuridica) di capire quanto ognuno sia “un essere speciale”

“Perché sei un essere speciale, ed io avrò cura di te”, cantava Battiato. Attualmente l’ordinamento considera davvero ogni individuo un essere speciale? E ne ha cura, anzi lo cura?<sup>29</sup>

Come si diceva all’inizio: esiste un universo di significati legato al modo di intendere il rapporto tra corpo e cura, vita e morte, scienza e fede, bioetica e medicina. Si tratta di un universo legato alle religioni ma non ancora decifrato nella sua possente espansività, un universo che tuttavia presto o tardi genererà risvolti anche giuridici riguardanti, tra le altre cose, la responsabilità medica, il patto di ospedalità sancito dalla stessa Corte di Cassazione e, più in generale, l’intero assetto costituzionale.

Non si tratta (solo) di libertà religiosa, o non discriminazione o, ancora, di disquisizioni puramente teoriche: tutto ciò ha ripercussioni concrete, come delle crepe per ora esiziali ma che, col tempo, non potranno che diventare ancora più evidenti e destabilizzanti.

<sup>29</sup> Sull’importanza sempre più avvertita anche dalla dottrina della rilevanza giuridica della relazione di cura, si vedano tra gli altri C. CHARLES, A. GAFNI, T. WHELAN, *Shared decisionmaking in the medical encounter: What does it mean? (Or it takes at least two to tango)*, in *Social Science and Medicine*, 44, 1997, 681-692; C. CHARLES, A. GAFNI, T. WHELAN, *Decision-making in the physician-patient encounter: Revisiting the shared treatment decision-making model*, in *Social Science and Medicine*, 49, 1999, 651-661.

Il moltiplicarsi di nazionalità e appartenenze religiose dovuto al massiccio fenomeno immigratorio degli scorsi decenni ha portato a un'inevitabile metamorfosi in senso multiculturale e multireligioso anche dell'utenza dei servizi medico-sanitari, connotata da una diversificazione sempre più marcata. Questo ha reso ancora più evidente quanto la religione sia un formante dinamico che agisce nel tessuto sociale e continua a ridisegnare i significati che per una sorta di strabismo etnocentrico si continuano a dare per oggettivi.

Un paio di esempi possono essere interessanti e molto significativi.

Nel libro "Malati fuori luogo"<sup>30</sup> – elaborato in collaborazione con l'antropologo medico Ivo Quaranta – Mario Ricca propone due esempi assai interessanti. Il primo riguarda le cure palliative rispetto ai malati di religione hindu: per un induista la dignitosa sopportazione della sofferenza fa parte del proprio *dharma* e rifiutarla o tentare di escluderla significa sottrarsi al processo di espiazione della propria colpa, del proprio karma negativo che così si accrescerebbe. Il mancato adempimento del proprio dovere e del proprio destino, poi, si ripercuoterebbero nel reinserimento del ciclo delle reincarnazioni in posizione peggiore. La ricerca di un canale di negoziazione ha portato a rappresentare la prospettiva della fruizione delle cure palliative come un'offerta del medico, un omaggio animato dalla carità intesa in senso induista<sup>31</sup>. Questa strategia fa leva sulla circostanza per cui, nell'ortoprassi teologico-morale hindu, rifiutare un atto di carità e insieme un dono costituisce l'equivalente di una colpa, di commettere peccato. Così prospettata, la soluzione coniuga un conflitto solo apparentemente irrisolvibile tra aspettative del malato ed esigenze di cura. Certo si tratta di soluzioni transattive di compromesso ma non per questo non efficaci o accettabili. A ben vedere, tutte le religioni presentano un coefficiente di elasticità che - se conosciuto e decifrato - può essere un alleato ben più valido di una spinta secolarizzazione che miri solo ad escludere la religione senza comprendere né rispettare le drammatiche implicazioni etiche e psicologiche dei *patientes-fideles*.

Un altro esempio: la visione dell'islam in riferimento ai cosiddetti *do not resuscitate orders*, ossia la volontà a non essere sottoposti a rianimazione in seguito all'eventualità di un arresto cardiaco. Da Al-Ghazali nel XII secolo in poi tutto l'insegnamento tradizionale musulmano identificava il momento della morte con l'avvenuto arresto cardiaco-respiratorio e con la cessazione di qualsiasi movimento del corpo del malato<sup>32</sup>. Nonostante il dibattito non sia ancora del tutto sopito, solo relativamente di recente le autorità istituzionali dei Paesi islamici si sono aperte a considerare come momento del trapasso la cessazione delle attività del tronco encefalico, legittimando così, tra l'altro, l'utilizzo di defibrillatori nonostante il cuore si sia (momentaneamente) arrestato.

In entrambi i casi i diritti religiosi hanno col tempo dimostrato la loro elasticità, resa ancora più evidente (perché accelerata) se si comparano le comunità islamiche o induiste presenti nei paesi occidentali rispetto a quelle di origine: una diversità di visioni che non solo viene sollecitata dal progresso e l'approccio della medicina occidentale, ma che «si deve anche alla riarticolazione personale dei propri

<sup>30</sup> I. QUARANTA, M. RICCA, *Malati fuori luogo. Medicina interculturale*, Milano, 2012.

<sup>31</sup> In questo senso, R. BALLARD, *The Implications of Cultural Diversity for Health Care Practice: An Anthropological Perspective* ([www.casas.org.uk](http://www.casas.org.uk)), 2003.

<sup>32</sup> Per un'approfondita ricostruzione del significato del fine vita nella bioetica musulmana si rinvia al contributo di Nibras Breigheche, su questo numero, così come D. ATIGHETCHI, *Islam, Musulmani e Bioetica*, Roma, 2009; Id., *La persona malata nella medicina islamica, nel volume a cura di F. COMPAGNONI, F. D'AGOSTINO, Il confronto interculturale: dibattiti bioetici e pratiche giuridiche*, Cinisello Balsamo, 2003.

codici culturali da parte dei singoli, che si dimostrano così spontaneamente aperti ad una transazione degli indici e delle direttive di comportamento, anche religioso»<sup>33</sup>.

Di primo acchito, si potrebbe pensare che tutto questo discorso riguardi innanzi tutto l'antropologia medica. Tuttavia, esso ha importanti ripercussioni sul piano giuridico e anzi, trova nel piano giuridico una sorta di chiave di volta per la trasformazione degli abiti antropologici fatti propri e posti in essere dai soggetti di diritto. Ripercussioni che cercherò brevemente di illustrare e che, credo, costituiscano la vera sfida non solo del biodiritto, ma dell'intero ordinamento.

Per farlo partirò proprio da un esempio presente sul volume appena citato, risultato di un'ampia indagine condotta sul campo e di una rielaborazione di dati ed esperienze empiriche che sono risultate davvero molto significative. Il caso è quello di un paziente di nazionalità malese, ormai in Italia da diversi anni, che sente un forte affaticamento fisico ed emotivo, un senso di oppressione che traduce con "male al fegato", in malese *hati*. Nella cultura malesiana, è il fegato il luogo dell'intelligenza emotiva: coraggio, livore, oppressione, rabbia, risiedono tutti nell'*hati*. Giunto in ospedale, l'uomo lamentava quindi un "mal di fegato", senza specificare che la traduzione non è del tutto esatta: dopo la colonizzazione della cultura medica occidentale, infatti, i malesi "hanno due fegati": uno, *hati*, è appunto la sede dell'intelligenza emotiva, l'altro, *liver*, è invece l'organo che produce bile, il fegato "non metaforico" della medicina occidentale. Senza specificare che il malessere veniva dal senso di oppressione, ansia e affaticamento, dalla fiacchezza e dalla mancanza di respiro, il paziente riferiva così di avere un "mal di fegato" senza ottenere riscontri dall'ecografia addominale predisposta (salvo un lieve ingrossamento di fegato e colon compatibili, sulla base dei dati clinici e diagnostici, con un problema di origine digestiva addominale). Una volta dimesso, entro 24 ore il paziente morirà per un arresto cardiaco: senza il malinteso culturale di intendere come malessere, oppressione, ansia, il fegato (l'*hati*), o con una proprietà di linguaggio diversa e una situazione di non vulnerabilità come quella che affligge l'essere *patients*, forse ponendo l'accento su affaticamento, oppressione, ansia, spossatezza, il medico sarebbe riuscito a ricollegare i sintomi ad un problema cardiaco e così a salvarlo. Senza essere in grado di riconoscere, anzi "decifrare" il sintomo, viene meno una diagnosi davvero efficace che, per definizione, richiede in primis un'anamnesi che implica la ricostruzione di mappe di significati legate alla propria personale esperienza di corporeità, che sembrano universali ma universali non sono.

Nel momento in cui si prospetta al paziente una determinata cura o, ancor prima, nella fase di diagnosi della malattia, l'assenza di un lessico davvero condiviso nei suoi significati o l'incomprensione del *background* culturale e religioso che dà per sottintese definizioni che da sottintendere non sono, dà luogo a conseguenze giuridiche in termini di responsabilità?

---

<sup>33</sup> Così M. RICCA, *ult. op. cit.*, 63.

Senza addentrarsi nella disciplina civilistica, che distingue la responsabilità medica per negligenza<sup>34</sup>, imprudenza<sup>35</sup> o imperizia<sup>36</sup>, basta fare un cenno a una sola fattispecie per rispondere affermativamente alla domanda: il cenno è al cosiddetto “consenso informato”. Nel diritto canonico il consenso ha un ruolo così essenziale, soprattutto in materia matrimoniale, da avere una serie definita e scandita di sfumature che possano in qualche modo inficiarne la validità: è l’ordinamento canonico che, nel tentativo di scandire i moti del foro interno, ha iniziato un percorso di valorizzazione dell’elemento della volontà e della conoscibilità che ha permesso al diritto penale le moderne scansioni riguardo al dolo e alla colpa. Tuttavia anche in ambito medico la questione del consenso (accompagnato dall’aggettivo «informato») è altrettanto delicata e solo superficialmente data per acquisita con la firma del classico modulo che si fa firmare al paziente a ogni piè sospinto in ospedale che solleva, se non altro giuridicamente, l’operatore dalla responsabilità. Ma è davvero un consenso? E un consenso informato? La domanda non è retorica, e lo risulta ancor meno se si considera che il dovere di informare il malato e di raccogliere il suo consenso a qualsiasi trattamento o cura è configurato come un imperativo professionale da tutti i testi legali vigenti in Occidente ed è facile affondare il riferimento normativo nella Convenzione di Oviedo sui diritti dell’uomo e sulla biomedicina del 1997 e ratificata in Italia con la legge 145/2001, articolo 5<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Il medico risponde per negligenza quanto viene meno alla diligenza specifica e qualificata alla sua preparazione professionale e al tipo di prestazione posta in essere (in questo senso, il parametro è alle *leges artis medicae* - Vedi art. 1776, secondo comma, cod. civ. e Cassazione civile, Sez. ii, n. 5885/1982; Cass. civ., Sez. iii, n. 2334/2011). «Questa prima considerazione pone già un quesito sul fronte delle relazioni interculturali. In una società multiculturale, com’è ormai quella italiana, si può presumere che emerga dalla diligenza professionale del medico la consapevolezza della differenza culturale tra sé e il paziente, così come della sua rilevanza ai fini dell’adempimento della prestazione sanitaria?» Così M. RICCA, *Malati fuori luogo*, cit., 96.

<sup>35</sup> Il parametro dell’imprudenza serve per valutare la capacità del medico di prevedere le implicazioni delle proprie scelte terapeutiche e il dovere di evitare rischi inutili per la salute del paziente. In questo senso, la capacità di comunicare efficacemente coi pazienti ha un grande profilo: «Ordinariamente, l’imprudenza è riferita ad aspetti strettamente tecnico-sanitari, e ciò in ossequio a una lettura fortemente riduzionistica e biologicamente orientata dell’attività di cura. Tuttavia, anche sotto questo profilo, rileva la relazione comunicativa ed assume un ruolo fondamentale la relazione comunicativa, che è fondamentale nel condizionamento sugli esiti complessivi dell’attività terapeutica. Se il medico fallisce sul piano della comunicazione, gestendo il rapporto con il paziente in modo frettoloso, inavveduto, carente sotto l’aspetto dell’analisi e dell’accertamento delle condizioni cliniche complessive del paziente, allora potranno configurarsi gli estremi di una condotta imprudente», *ult.op.cit.*, 96-97.

<sup>36</sup> Con riferimento all’imperizia, il parametro rileva per lo più i profili tecnico-scientifici. «Tuttavia, la cultura non è un’appendice secondaria o di contorno rispetto all’attività biomedica. L’opposta visione tradizionale affonda le sue radici tanto nel riduzionismo scienziato quanto nella sottovalutazione, se non pure nell’oscuramento, dell’attività di comunicazione/traduzione compiuta quotidianamente dai medici nel contatto con i pazienti. Proiettare l’agire del personale sanitario nello specchio della relazione interculturale fa emergere questa dimensione implicita della relazione terapeutica, portando alla luce la sua cruciale incidenza sulla fase diagnostica e su quella terapeutica. Come illustrato nell’introduzione, il medico rischia di sbagliare sia la diagnosi sia la cura, qualora non tenga conto del fattore culturale nella rappresentazione dei sintomi da parte del paziente o non lo consideri tra i dati salienti nell’elaborazione dell’anamnesi. Un’eventuale denuncia per imperizia vedrebbe quindi in primo piano la dimensione culturale e gli eventuali deficit interculturali tra le cause del danno alla salute procurato al paziente da una prestazione medica erronea», *ult.op.cit.*, 98.

<sup>37</sup> Convenzione di Oviedo, art. 5: «Qualsiasi intervento in campo sanitario non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato il proprio consenso libero e informato. Questa persona riceve preventivamente un’informazione adeguata in merito allo scopo e alla natura dell’intervento nonché alle sue conseguenze

Nella Costituzione italiana, il consenso informato trova il proprio architrave negli articoli 32, 13 e 2, rivolti a tutelare, rispettivamente, il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari, la libertà personale e la dignità della persona. A completare il quadro interviene anche il codice italiano di deontologia medica, con i suoi articoli 30, 34 e 35<sup>38</sup>.

Per via giurisprudenziale è stata fatta un'articolata gradazione della rilevanza giuridica del consenso informato, ritenuto a tutti gli effetti un diritto fondamentale a prescindere dalla circostanza per cui il titolare sia un malato bisognoso di cure, per cui il diritto di informazione e il corrispondente obbligo da parte del medico sono considerati prerogative autonome rispetto alla prestazione terapeutica<sup>39</sup>. In forza di quest'autonomia la responsabilità del medico per le mancate informazioni dovute al paziente è indipendente da qualsiasi eventuale condotta negligente: il malato potrà essere stato curato benissimo, potrà essere persino guarito, ma in mancanza del consenso informato il medico resterà responsabile. Questo perché a essere leso è il diritto fondamentale del paziente di potersi autodeterminare, valutando in tutti i suoi elementi un eventuale percorso di cura o le conseguenze di non intraprenderlo. Nell'ambito del consenso informato non basta la biomedicina perché entra in gioco anche la volontà di gestire il proprio corpo in relazione ai fini, alle percezioni, alle valutazioni della persona - individuo - paziente - fedele. Allo stesso tempo, non basta la volontà del paziente di guarire per porre in essere un consenso davvero informato, che cioè non tragga implicazioni o scelte errate perché basate su un modo di concepire i fatti non coincidente con le coordinate occidentali<sup>40</sup>.

---

e ai suoi rischi. La persona interessata può liberamente ritirare il proprio consenso in qualunque momento nell'ambito della medicina, deve essere rispettato il consenso libero e informato della persona interessata secondo le modalità definite dalla legge».

<sup>38</sup> Codice italiano di deontologia medica, art. 30: «Il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate [...] [anche] aggiungendo le eventuali altre informazioni richieste dal paziente»; art. 34: «Il medico deve attenersi, nel rispetto della dignità, della libertà e dell'indipendenza professionale, alla volontà di curarsi, liberamente espressa dalla persona»; art. 35: «Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente [...] in presenza di un documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona».

<sup>39</sup> Vedi Cass. civ., Sez. III, n. 16453/2011: «Il diritto al consenso informato è un vero e proprio diritto della persona e trova fondamento [...] [nelle] norme costituzionali [artt. 2, 3, 32 Cost.]; nell'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina [Oviedo] [...] ma che soprattutto trova fondamento nell'a priori della dignità di ogni essere umano, che ha trovato consacrazione anche a livello internazionale nell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione sulla biomedicina del 12 gennaio 1998, n. 168». Nello stesso senso si è espressa la Corte costituzionale nella pronuncia n. 438/2008: «Il diritto a essere informati e, di conseguenza, a decidere come affrontare un eventuale intervento o terapia ha un sicuro fondamento costituzionale negli artt. 2, 13 e 32 della Carta fondamentale. [...] Il consenso informato svolge la funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute». Vedi, altresì, sent. CEDU 29 aprile 2002, *Pretty vs United Kingdom*, per il collegamento con il diritto di autodeterminazione.

<sup>40</sup> Sempre nel volume *Malati fuori luogo*, si parla a tal proposito di "dissenso disinformato": «Rifiutare le cure può essere un atto di inconsapevole autolesionismo, qualora si sia a corto di informazioni corrette. In proposito, la responsabilità del medico non può essere oscurata dalla luce abbagliante dell'atto di autodeterminazione negativa. La profondità e il rispetto che merita la decisione di rifiutare una cura in nome della dignità o della qualità del vivere potrebbero anche rivelarsi solo il frutto di un errore di rappresentazione, di un tragico fraintendimento. Scoprire che la ragione del rifiuto delle cure è infondata può trasformare quella scelta e la libertà di effettuarla in un'amara beffa. Si tratta di un problema grave, anche perché c'è il rischio che, dopo il rifiuto, scenda il silenzio,

Sempre in riferimento alle ripercussioni giuridiche e come corollario della responsabilità medica, vorrei fare un breve cenno al cosiddetto “patto di spedalità tra clinica e paziente”, affacciato nel panorama giurisprudenziale a partire da un’interessante sentenza della Terza Sezione della Cassazione Civile., la n. 8826 del 2007.

«L’accettazione del paziente in una struttura (pubblica o privata) deputata a fornire assistenza sanitaria-ospedaliera, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto di prestazione d’opera atipico di spedalità, essendo essa tenuta a una prestazione complessa che non si esaurisce nella prestazione delle cure mediche e di quelle chirurgiche (generali e specialistiche) già prescritte dell’art. 2, legge n. 132/1968, ma si estende a una serie di altre prestazioni, quali la messa a disposizione del personale medico ausiliario e di personale paramedico, di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle *latu sensu* alberghiere. Ne consegue a tale stregua che la responsabilità della struttura sanitaria ha natura contrattuale sia in relazione a propri fatti di inadempimento (ad esempio in ragione della carente o inefficiente organizzazione relativa alle attrezzature o alla messa a disposizione di medicinali o del personale medico ausiliario e paramedico, o alle prestazioni di carattere alberghiero), sia per quanto concerne il comportamento dei medici dipendenti, trovando nel caso applicazione la regola posta dall’art. 1228 c.c., secondo cui il debitore che nell’adempimento dell’obbligazione si avvale dell’opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro, ancorché non siano alle sue dipendenze. [...]. Ove si ritenga sussistente un contratto di spedalità tra clinica e paziente, la responsabilità della clinica prescinde dalla responsabilità o dall’eventuale mancanza di responsabilità del medico in ordine all’esito infausto di un intervento o al sorgere di un danno che non ha connessione diretta con l’esito dell’intervento chirurgico».

La Corte di Cassazione ha così iniziato a riconoscere un ventaglio di responsabilità in capo alla clinica, a prescindere dall’esito dell’intervento chirurgico, che riguardano invece il modo di gestire il paziente, anzi oserei dire il dovere di comprenderlo.

Quanto ci vorrà prima che lo stesso giudice civile non riconosca una forma di responsabilità sia medica che per patto di spedalità allorché la struttura sanitaria o il singolo specialista non siano stato in grado di comprendere la diversità, intesa in senso lato, dovuta alla diversa cultura del paziente che gli stava di fronte? è ormai di conoscenza comune l’abnorme crescita del contenzioso riguardante gli obblighi del medico, sia per i casi di cosiddetta *malpractice* sia per quelli riguardanti il consenso informato, ma forse ancora per pochi è evidente la portata dirompente della conflittualità ancora latente ma non per questo meno evidente che si registra in ogni nosocomio del Vecchio continente proprio per le religioni.

Ovviamente il diritto ha un ritardo inevitabilmente fisiologico rispetto alla realtà, interviene in un secondo momento, in linea di massima quando le istanze sociali (divenute diffuse e mediaticamente pressanti) muovono la politica e quindi il legislatore a provvedere in tal senso. Quanto ci vorrà prima

---

che nessuno spieghi né parli più. Così, alla fine, non ci saranno né responsabili né colpevoli. Come se il “no” del malato coprisse il dedotto e il deducibile. Nel contatto con gli stranieri, la questione diventa ancora più scabrosa. I casi di rifiuto dei trattamenti sanitari per scarsa comprensione sono moltissimi, anche se spesso non emergono. [...] Se non vi è nessuno in grado di gestire una traduzione adeguata, ispirata a criteri di transazione interculturale tra i codici di senso del malato e quelli della cultura sanitaria soggiacente alle parole proferite del medico, lo straniero si ritroverà sostanzialmente abbandonato a se stesso, vittima della sua libertà formale e di una dignità ingannata dal suo non sapere culturale.» M. RICCA, *Malati fuori luogo, cit.*, 121-122.

che la giurisprudenza ed il legislatore contemplino tra le fattispecie di imperizia medica o di responsabilità civilistica o penalistica per mancato consenso informato casi simili a quelli che ho accennato, riguardanti il malinteso di significati dovuto anche all'influenza delle religioni? Per quanto ancora medici e strutture ospedaliere potranno «permettersi il lusso» di non prendere in considerazione queste ultime, e più in generale il background culturale di ogni *patients*, senza incorrere in fattispecie civilmente e penalmente rilevanti? Infine, la domanda più importante: è possibile che l'unico ambito di intervento del diritto sia quello del contenzioso, che interviene per definizione quando il diritto «ha fallito» e ci sono in qualche modo vittime a cui riconoscere eventuali risarcimenti? Io non lo credo.

Penso che un primo passo sia quello di avere l'umiltà di rimettere in discussione l'universalità di cui ci facciamo fieri portabandiera, ma che, escludendo pervicacemente la religione, non può che tradursi in atteggiamenti istituzionali «particolari», non validi davvero per tutti. Per farlo, è necessario aprire le reti di significato e cogliere come e quanto la dimensione religiosa si «trans-duca» negli ambiti culturali secolari, i cui contenuti ci ostiniamo a dare per universali ma universali non sono.

Spero di essere riuscita nel mio intento e di aver risposto ad alcune delle domande che avevo posto all'inizio, di cui ripropongo a mio avviso la più importante: quale ruolo può rivestire il diritto nelle questioni bioetiche che vedono coinvolta la religione?

Forse la risposta, a ben vedere, è già nel titolo, se si invertono le parti che lo compongono. Non più «*Le religioni in giudizio: Il ruolo delle confessioni nelle vertenze bioeticamente sensibili*» ma «*Il ruolo delle confessioni nelle vertenze bioeticamente sensibili e le religioni in giudizio*». Ho cercato di mostrare come in ambito bioetico le confessioni religiose abbiano avuto e abbiano un ruolo nelle cosiddette *strategic litigation*, ma nella seconda parte spero di essere riuscita a sottolineare sufficientemente quanto altrettanto importante e dirompente sia il ruolo delle religioni in giudizio su questioni forse più di ordinaria amministrazione ma non per questo meno importanti. Credo che il primo ineludibile passo da fare sia quello di rinunciare, abbagliati da un'idea di secolarizzazione che nella realtà non si è mai realizzata compiutamente, a mettere le religioni in giudizio, anzi sotto giudizio, oserei dire quasi alla porta. Solo accettando quanta religione c'è in ogni significato della vita (e della morte), solo decifrando quanto proprio a partire da vita, morte e salute possano darsi significati diversi proprio a seconda della differenza religiosa, saremo davvero in grado di edificare un sistema normativo *umanisticamente* in ascolto. D'altro canto, se interpellati, i diritti religiosi hanno sempre dato prova di un'elasticità sorprendente e molto più efficiente del modello della laicità *de combat* alla francese che cerca semplicemente (quanto fallacemente) di relegare l'appartenenza a mera contingenza personale. Non è emarginando la religione che si costruisce un dialogo che – anche in ambito bioetico – rispetti l'altro e ancor prima lo comprenda, come un essere speciale appunto. Questa chiamata alle armi, alla preparazione, allo studio, alla reciproca comprensione, al dialogo e quindi alla traduzione, non riguarda solo le minoranze religiose, ma ognuno di noi. Per questo credo che la differenza possiamo farla proprio a partire da occasioni di reciproco scambio, di dialogo e confronto prima di conflitto e di scontro. Non solo perché una minoranza di oggi può essere la maggioranza di domani, ma perché solo comprendendo – e lottando – anche per «chi viaggia in direzione ostinata e contraria col suo marchio speciale di speciale

disperazione»<sup>41</sup>, un ordinamento può dirsi davvero democratico e un diritto, come quello alla salute, davvero umano nel senso più etimologico e «comprendente» del termine.

---

<sup>41</sup> Il riferimento è alla canzone di Fabrizio De André, «Smisurata Preghiera», dall'album «Anime Salve» del 1996. Il brano parla anche della maggioranza, concetto molto evocativo in questa sede: "La maggioranza sta la maggioranza sta / Recitando un rosario / Di ambizioni meschine / Di millenarie paure/ Di inesauribili astuzie / Coltivando tranquilla / L'orribile varietà / Delle proprie superbie / La maggioranza sta/ Come una malattia / Come una sfortuna / Come un'anestesia / Come un'abitudine"

## Fondamenti e temi dell'etica ebraica della vita tra scienza e halakhà

*Massimo Giuliani\**

FOUNDATIONS AND TOPICS OF THE JEWISH ETHICS OF LIFE BETWEEN SCIENCE AND HALAKHAH

ABSTRACT: Jewish ethics is derived from the Torah, written and oral, and as such it is heteronomous, although the oral Law (halakhah) develops within the human progress of scientific knowledge. In Judaism and the Jewish Tradition the basic value is life: it serves as the framework for all the subsequent decisions in the moral practical sphere. There the first duty is always "to save life", every life, and this means to protect and heal and take care of the integral unity of body and soul, at any stage of life. Scientists and doctors, nurses and patients, as well as halakhic decision makers, all are bounded to this fundamental value. Before being a right, to be and stay healthy is a duty that implies to choose a responsible style of life and a "preventive ethics" to prevent damages to our life.

KEYWORDS: Ethics of Life; prevention; halakhah; medical code; Torah

ABSTRACT: L'etica ebraica deriva dalla Torah, scritta e orale, e come tale è eteronoma, sebbene la Legge orale (halakhah) si sviluppi all'interno del progresso umano della conoscenza scientifica. Nell'ebraismo e nella tradizione ebraica, il valore fondamentale è la vita: essa funge da quadro di riferimento per tutte le decisioni successive nella sfera morale pratica. Il primo dovere è sempre quello di "salvare la vita", ogni vita, e questo significa proteggere, curare e prendersi cura dell'unità integrale di corpo e anima, in qualsiasi fase della vita. Scienziati e medici, infermieri e pazienti, così come i decisori halakhici, sono tutti vincolati a questo valore fondamentale. Prima di essere un diritto, essere e rimanere in salute è un dovere che implica la scelta di uno stile di vita responsabile e di una "etica preventiva" per evitare danni alla nostra esistenza.

PAROLE CHIAVE: Etica della vita; prevenzione; halakhah; Codice medico; Torah

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Alcune premesse di metodo e di valore – 3. Primato dei doveri etici concernenti la vita (ha-chayim) e i principi che li fondano.

---

\* Professore associato, Università di Trento. [massimo.giuliani@unitn.it](mailto:massimo.giuliani@unitn.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

## 1. Introduzione

**T**ra le molte possibili e diverse definizioni di *bioetica*, al fine di avviare una riflessione a cavallo tra scienza, soprattutto biologia e medicina, e normativa giuridico-religiosa ebraica, tecnicamente detta *halakhà*, propongo la definizione sintetica data da Riccardo Shmuel Di Segni, vice-presidente del Comitato nazionale per la bioetica nonché rabbino capo della comunità ebraica di Roma, per il quale la bioetica è l'insieme delle domande su «cosa sia giusto fare o non fare nell'esercizio della pratica medica e della ricerca scientifica riguardante la vita, domande che coinvolgono un po' tutti, dallo scienziato di laboratorio al medico, dall'infermiere nelle corsie al paziente stesso, che deve partecipare alle decisioni che lo riguardano, fino al politico che deve stabilire in termini di legge cosa lo Stato consenta o proibisca ai suoi cittadini»<sup>1</sup>, ovviamente quando si tratta di temi di "inizio e fine" vita quali: aborto, eutanasia, trapianti di organi vitali, inseminazione artificiale, impiego di cellule staminali e persino clonazione. Pur non essendo un *morè horaà*<sup>2</sup>, in questa riflessione vorrei delineare alcuni principi o fondamenti che stanno alla base di questa delicata branca della sapienza ebraica, nei suoi aspetti teorici e pratici, e fare riferimento a qualche "decisione bioetica", da parte delle competenti autorità rabbiniche, soprattutto concernente l'inizio-vita umana.

## 2. Alcune premesse di metodo e di valore

Inizialmente occorre porre un paio di premesse metodologiche. La *prima* è sul versante dell'*halakhà*: come ha spiegato il biologo e rabbino David Gianfranco Di Segni, la moderna legislazione ebraica, inclusa la normativa bioetica, ha un carattere essenzialmente "casistico", «cioè parte generalmente da casi concreti che si sono posti ai membri della collettività ebraica; [si consideri inoltre che] all'interno del mondo ebraico manca, da circa duemila anni, un'autorità centrale, universalmente riconosciuta e accettata da tutti gli ebrei»<sup>3</sup>. È un approccio simile a quella che in filosofia chiamiamo "etica situazionale". Ne consegue che in materia di *halakhà* medica, per quanto unitario sia l'approccio e condivisi i fondamenti teologici, difficilmente si troverà una normativa assolutamente unitaria o senza opinioni, per così dire, di minoranza. Da qui la consapevolezza della difficoltà di generalizzare tesi e/o norme che riguardano questa materia.

Una *seconda* premessa è sul versante della scienza, più modestamente della ricerca scientifica: neppure il discorso scientifico è sancito da un'autorità centrale e mai auto-dichiara come "incontrovertibili" – quasi fossero verità metafisiche – le proprie acquisizioni; in generale, esso resta sempre aperto a nuove scoperte che, grazie al progredire e al perfezionarsi della strumentazione tecnologica (intelligenza artificiale inclusa), mostrano non solo quanto sia complessa la natura biologica dei viventi ma anche quanto tale natura sia manipolabile, per migliorarla o di contro per danneggiarla, da parte dello stesso essere umano che la esplora e la decodifica. Il filosofo ebreo-tedesco Hans Jonas ci ha mes-

<sup>1</sup> R. DI SEGNI, *Prefazione a: Cesare Efrati, Aspetti di bioetica medica alla luce della tradizione ebraica*, Milano, 2011, 5. Cfr. il volume: E. MARTINELLI (a cura di), *Questioni bioetiche e diritto ebraico*, Firenze, 2019.

<sup>2</sup> «Guida o maestro della decisione» come si legge nel *Talmud Bavli*, trattato *Ketubot* 79a.

<sup>3</sup> G. D. DI SEGNI, *Ebraismo e bioetica*, in D. BIDUSSA (a cura di), *Ebraismo*, Torino, 2008, 490. In questo saggio è inclusa un'importante bibliografia cui rimando per gli approfondimenti.

so in guardia, già decenni fa, da questi rischi e pericoli<sup>4</sup>. Ma qui la mia premessa mira ad accrescere la consapevolezza che anche sul fronte scientifico non si dà un sapere chiuso e definitivo e neppure facilmente applicabile in modo univoco e universale. In un certo senso, sia il sapere delle scienze biologiche sia l'*halakhà* sono approcci aperti, dinamici, sempre attenti a dove si sposta l'asticella delle conoscenze umane per potere, di conseguenza e ciascuno dal proprio punto di partenza, valutare le rispettive sfere d'azione. Di più, là dove scienze come la biologia e la medicina hanno dubbi, la bioetica ebraica è ancora più cauta e tende a limitare e, in termini halakhici, proibire, in nome dei valori che la ispirano e che essa intende preservare.

A queste precauzioni occorre ora aggiungere forse una *terza* premessa, che credo fondamentale e che riguarda proprio il punto di partenza. Per l'*halakhà*, a differenza che per il discorso e la prassi della scienza, il perno attorno a cui tutto ruota, la premessa a ogni altra premessa o, come dice il medico e halakhista medievale Mosè Maimonide il «fondamento dei fondamenti e il pilastro di ogni sapienza» – *yesod ha-yesodot ve-'amud ha-chokhmot* (cfr. *Hilkhot yesodè ha-Torà* I,1) – resta l'autorità di Iddio benedetto e la Sua rivelazione, la Torà, la quale riassume in sé e articola per il mondo ebraico tanto gli insegnamenti etico-morali quanto i precetti connessi al patto di alleanza con il popolo di Israele. La legge naturale di cui parlano i filosofi antichi e moderni, ossia l'etica dei valori universali, è "conosciuta" e diventa vincolate, nel mondo religioso ebraico, non solo in quanto frutto di principi razionalmente giustificati ma soprattutto attraverso la rivelazione e in quanto insieme di *mitzwoth*, cioè comandi dati da Iddio benedetto nella sua Torà che è il manifesto di quella rivelazione. Ne consegue, qui sta l'ulteriore e fondamentale premessa, che l'etica ebraica è derivata dalla Torà e fondata sulla Tradizione rabbinica che quella Torà interpreta (ecco l'*halakhà*), e come tale è un'etica eteronoma, ossia non è autonoma, non è norma-a-se-stessa, ma viene da una Legge, per così dire, superiore, con la L maiuscola. Su questo aspetto la simmetria con il discorso scientifico si interrompe, e un tale appello – alla o fondazione – nella Torà fa tutta la differenza. Non che il lume naturale della ragione non sia altrettanto importante nelle decisioni halakhiche, almeno quanto lo è nel discorso scientifico; ma in ultima istanza la ragione deve ragionare sulla Torà e a partire dalla Torà, non al posto ossia in sostituzione della Torà. L'autonomia del decisore nella decisione halakhica esiste, ma nei limiti fissati dalla tradizione religiosa ebraica, ossia della stessa *halakhà*. Questa premessa implica, inoltre, che quelle decisioni siano da considerarsi, sempre dal punto di vista ebraico, come veri e propri doveri (non solo meri consigli oppure "diritti"), sebbene, come già detto, essi siano da accertarsi "caso per caso" da parte di chi ha competenze nella valutazione e nella direttiva pratica sui singoli casi. In altre parole, l'etica ebraica – e dunque anche una bioetica ispirata alla visione ebraica della vita – presuppone un atteggiamento di fede (religiosa) negli ordinamenti che Iddio benedetto ha comandato all'uomo (idealmente a tutta l'umanità) e che Israele si è assunto la responsabilità, al Signore, di eseguire (con gli oneri connessi).

<sup>4</sup> Cfr. H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi sul principio responsabilità*, Torino, 1997. Considero questa raccolta di saggi uno dei testi fondamentali della bioetica, almeno in termini storico-filosofici generali.

### 3. Primato dei doveri etici concernenti la vita (*ha-chayim*) e i principi che li fondano

La bioetica, stando al termine greco, è un set di principi e di norme che riguardano la vita umana e che tale vita intendono tutelare, dal suo *incipit* alla sua fine naturale. Non è facile stabilire o fissare tale *incipit*; anche nel giudaismo esistono opinioni diverse, seppure vi sia un consenso maggioritario circa il quarantesimo giorno dal concepimento (ma quaranta è, nel giudaismo, un numero simbolico, che indica una pienezza o un giungere a maturazione). Inoltre, esistono in ambito ebraico almeno due definizioni mediche di morte (arresto cardiaco oppure blocco di ogni attività cerebrale) che rendono difficile stabilire cosa sia “fine naturale” della vita. Con tutto ciò, il *bios* ovvero la realtà della vita, non in generale ma nella sua forma umana, resta la centralità assoluta per quest’etica, come discorso normativo e fondativo lo stesso agire morale. L’ebraico ha molti modi per esprimere l’esistenza/essenza vitale dell’uomo: la sua materia organica – ma anche inorganica, da un punto di vista chimico – diventa “vita” grazie a un elemento diverso, cioè spirituale, chiamato “anima”, per il quale si usano i termini (che non sono sinonimi) di *nefesh*, *ruach* e *neshamà*. Insieme vengono, per così dire, a comporre l’unità vitale umana per la quale il termine corrente, in ebraico, è *chayim*, che sta appunto per vita o, grammaticalmente, [essere] vivente. Sempre grammaticalmente si tratta però di un termine al plurale, e ciò potrebbe già rimandare al fatto che è difficile parlare della vita in modo univoco, singolare, monologico. La complessità del fenomeno-vita descritta dalle scienze biologiche e psicologiche moderne (vi si includa pure quella prassi terapeutica molto vicina all’ebraismo che è la psicoanalisi) è già allusa da quel plurale, *chayim*, che non permette di chiudere la vita in una sola dimensione, quella fisica o fisiologica, come è stata tendenza tra gli scienziati detti positivisti tra Otto e Novecento. Nella Torà e nel giudaismo il valore inestimabile della vita come *chayim* sta alla base di tutto, è il criterio regolatore sia del sistema morale sia delle norme di purità, è la cornice della *Weltanschauung* o *hashqafà* dell’intero giudaismo, nel quale poi troviamo articolati i precetti (*mitzwot*) e il resto degli insegnamenti morali (*musar*). La vita, ebraicamente, è sacra e inviolabile; tale sacralità (*qedushà*) deriva, in una prospettiva di fede religiosa, dall’essere creati *be-tzelem Elohim*, a immagine del Divino, e ad essa si ispira *de jure et de facto* tutta la bioetica ebraica. Da qui si deduce il dovere inderogabile di “salvare ogni vita umana” e in quel *salvare* va compreso il proteggere, il tutelare, il custodire la vita umana così come il soccorrerla e il curarla qualora sia ferita o in pericolo di morte. La vita nell’unità di corpo-e-anima, si intende, perché in quest’ottica non c’è vita senza corpo e la sanità del corpo è condizione dell’integrità e della salute dell’anima. Non solo, ma qui il corpo va inteso non come una “proprietà privata” di cui disporre a piacimento, ma come un dono e una responsabilità per sé stessi e per altri (la comunità, il corpo sociale/politico appunto), perché nessun *io* è comprensibile né può vivere o sussistere senza il *noi* di una famiglia e di una comunità. Come ha ben spiegato Cesare Efrati, medico e *maskil*: «L’infinito valore della vita umana non consente [in ambito ebraico] di sacrificare un solo istante della vita di un essere umano, qualunque sia lo scopo [di quell’eventuale sacrificio], persino se questo potrebbe procurare molti altri anni di vita a un altro individuo»<sup>5</sup>. È in rapporto a questa sacralità e questo dovere che viene interpretato il versetto della Torà: «Osserverete le Mie leggi [*chuqqotai*] e i Miei statuti [*mishpatai*], praticando i quali l’uomo ha la vita [*wa-chai ba-hem*]» (*Wayqrà/Lv 18,5*; ripreso dal *Talmud Bavli*, trattato *Yomà 85b*, dove si insiste sull’idea per

<sup>5</sup> C. EFRATI, *Aspetti di bioetica medica alla luce della tradizione ebraica*, Milano, 2010.



cui attraverso i precetti l'uomo, non solo l'ebreo, deve vivere e non morire). La Torà è perentoria su tale imperativo: *U-vacharta ba-chayim!* ossia *Scegliderai la vita!* (*Devarim/Dt 30,19*).

A questo fondamentale principio, teorico e concreto, devono attenersi tutti gli "attori" della bioetica, elencati all'inizio: scienziati e medici, infermieri e decisori halakhici e/o politici, ma soprattutto il malato, il cosiddetto "paziente" (o il "cliente" delle cliniche private) sul quale ricadono i primi, se non i principali, doveri bioetici di cui stiamo parlando. Spesso si crede che la bioetica riguardi il sistema sanitario in quanto tale, o le corporazioni di medici e paramedici, o verta soltanto sulle relazioni tra medico e malato, e si sottovaluta la consapevolezza etica che anzitutto il malato deve avere (e malati possiamo diventare tutti, medici e infermieri inclusi, in ogni momento della nostra esistenza). Potremmo dire che ogni malato è o dovrebbe considerarsi il primo medico di sé stesso, nel senso che deve essere il primo a cui sta a cuore la propria salute e la propria guarigione. «Se io non sono per me, chi sarà per me?» (*Pirqé Avot 1,14*) è un detto attribuito a Hillel l'anziano, che si legge nel trattato etico-morale della Mishnà, il codice halakhico alla base del Talmud. Prima di essere un diritto, quello alla salute è un dovere che implica lo scegliere uno stile responsabile di vita, teso a prevenire eventuali rischi per la nostra incolumità sanitaria. Chiamiamola "bioetica preventiva", così come c'è una medicina preventiva allo stesso scopo. Come ogni vera etica della responsabilità, anche la bioetica ebraica è volta a valutare l'eticità/la moralità di un'azione in base alle sue conseguenze, e mentre può essere dubbio che un'azione dalle conseguenze positive sia "comandata" dalla Torà e in genere dalla tradizione ebraica, è certo che un'azione che abbia conseguenze negative, per sé e/o per altri o che danneggi il corpo o l'animo/la psiche umana, è sempre riprovevole e condannata dal punto di vista ebraico, memori del monito del già citato rabbi Hillel: «Non fare ad altri quello che non vorresti fosse fatto a te», ossia quella regola aurea che, in termini comparativi, il giudaismo condivide con altre tradizioni religiose.

La questione delle conseguenze etiche assume nella bioetica ebraica un ruolo centrale, accanto all'altro e più ovvio criterio che è l'ottemperanza alle norme della Torà e dell'*halakhà*. Là dove queste sono esplicite, occorre solo "dedurre" logicamente e "applicare" la norma generale ai casi specifici. Ma là dove i casi specifici non sono esplicitamente menzionati nella norma generale, occorre uno sforzo ermeneutico-applicativo che richiede una valutazione oggettiva, una ponderazione dei molteplici e diversi approcci al problema e un discernimento casistico che soppesi anche un principio di gradualità. Questo avviene nei casi di interruzione della gravidanza, che la bioetica ebraica – in sintonia con l'*halakhà* – proibisce in generale ma permette quando il portarla a termine comporterebbe gravi danni alla salute fisica e/o psichica della madre. Non si tratta di un "diritto all'aborto", ma di un'eccezione al dovere di far nascere una vita (quella del nascituro, potenzialmente piena solo al momento della nascita) comparato al rischio di perdere una vita, quella della madre (già pienamente sviluppata ora). Il dovere di tutelare la vita qui si applica anzitutto a quella della madre, con un approccio graduale al valore fondamentale della sacralità della vita ma che, nel caso specifico, esige di essere ponderato alla luce di una situazione di emergenza (si esclude tassativamente, ad esempio, un'interruzione della gravidanza per futili motivi personali o anche per povertà economica). Va infine ricordato che, sebbene l'aborto sia atto illecito, «esso non è punibile alla stessa stregua di un omicidio, giacché il feto non è considerato "persona" a tutti gli effetti»<sup>6</sup>, e certamente prima del quarante-

<sup>6</sup> D. G. DI SEGNI, *Ebraismo e bioetica*, cit., 494.

simo giorno, come detto. Ancora più stringenti nel divieto diventano le norme in materia di inseminazione artificiale quando si tratti di fecondazione assistita con seme eterologo. Come afferma infatti rav David Gianfranco Di Segni, «La maggior parte delle autorità rabbiniche contemporanee giudica favorevolmente le tecniche che facilitano il concepimento come l'inseminazione artificiale e la fecondazione in vitro, qualora sia l'ovulo sia il seme maschile provengano dai due membri della coppia regolarmente sposata (cioè fecondazione omologa). La questione [ovvero il problema bioetico] sorge quando l'ovulo o il seme o entrambi non appartengono alla coppia (fecondazione eterologa)... »<sup>7</sup>.

In questi ultimi casi la questione delle conseguenze investe non soltanto la coppia di per sé ma il figlio/la figlia che da quel tipo di fecondazione viene generato/a, in concreto il suo *status*, che diventa halakhicamente impossibile da accertare, e potenzialmente aperto al caso di adulterio o di incesto, due trasgressioni gravissime secondo la Torà. I danni potrebbero anche essere psicologici per la coppia stessa. La clonazione pone problemi in parte analoghi, e resta nella maggior parte delle trattazioni bioetiche ebraiche solo un'ipotesi di studio, tanto è lontana dalla stessa sensibilità ebraica che considera la vita un dono assolutamente personale e la personalità dei figli come a sé stante rispetto a quella dei genitori, figli che non devono ripetere la vita o le qualità dei genitori come automi, o cloni appunto. Tanto meno, quelle tecniche riproduttive possono essere usate per "selezionare" gli individui a scopi politici o sociali, come avverrebbe con ogni tipo di programma eugenetico, bioeticamente – e dunque anche ebraicamente – aberrante. Diverso, e più aperto è l'atteggiamento ebraico verso la ricerca sulle cellule staminali, a patto che l'embrione non sia stato ancora impiantato in una donna, non abbia superato il quarantesimo giorno e sia soprannumerario. La ricerca bio-medica deve sempre avere scopi terapeutici, e in ciò si manifesta il carattere profondamente teleologico, più che teologico, della bioetica in prospettiva ebraica: lo scopo è preservare la sacralità della vita favorendo la vita stessa, che è un valore in sé; le argomentazioni di tipo teologico o di fede – la credenza per cui ogni uomo e ogni donna sono creati/voluti da Dio benedetto e sono *imago Dei* – rafforzano le motivazioni con cui ci si impegna a quello scopo, e la ricerca sulle cellule staminali «può portare dei benefici all'umanità, per la cura di malattie e in generale per la comprensione delle leggi che governano l'universo e la vita»<sup>8</sup>.

In tanta complessa materia di studio scientifico e di prassi medica, ovviamente il mondo ebraico può trovarsi dinanzi a dubbi e a dilemmi, specie quando i singoli o le coppie hanno una forte coscienza religiosa e vogliono agire conformemente all'*halakhà*, ma al contempo sono persone razionali, e sanno che l'infertilità non è una maledizione divina ma un problema fisiologico a cui la medicina moderna sa porre rimedio, seppure non sempre. In questi casi può insorgere un altro dubbio: se debba prevalere il consiglio del rabbino o il parere del medico (non rabbino). Ma anche qui, non si tratta di un "rabbino" generico ma di quella che si definisce una «autorità rabbinica competente», che spesso si esprime in un'assemblea rabbinica o un comitato *ad hoc* di rabbini che combinano nelle stesse persone sia le competenze halakhiche sia l'*expertise* medico-biologica. Un caso emblematico in tal senso è stato il pronunciamento dell'assemblea dei rabbini italiani (ARI) del 2000 in materia di donazione degli organi, materia che presuppone una condivisa accettazione del concetto di morte, al fine di poter procedere con l'espianto, concetto sul quale la tradizione ebraica antica e la scienza moderna non

<sup>7</sup> *Ivi*, 495.

<sup>8</sup> *Ivi*, 498.

sono sempre d'accordo. Là dove, comunque, la questione ha chiari contorni halakhici, in caso di conflitto con la competenza medica, prevale la norma halakhica, ossia la scelta di fede.

Per fortuna il mondo ebraico è sempre stato ricco di maestri di *halakhà* che sono stati, al contempo, medici o esperti di scienze naturali: dal più famoso di tutti, il già citato Mosè Maimonide (1135-1204), a quell'Elia da Candia (1458ca-1493) conosciuto come Delmedigo appunto per tale attività, dal romagnolo Ovadia Sforno (1475-1550) al praghese Shabbetay Horowitz (1565-1619), dal romano Jacob Zahalon (1630-1693) al ferrarese Isacco Lampronti (1679-1756) nonché al suo coetaneo friulano Samson Morpurgo (1681-1740)<sup>9</sup>, fino ai rabbini italiani di oggi che ho citato in questa riflessione. Sia chiaro: la prospettiva religiosa emerge non dalla tecnica o dalla professionalità dei medici ebrei, che seguono leggi laiche per definizione (in tal senso esistono medici ebrei, gastroenterologi ebrei, cardiologi ebrei, ecc., ma non una medicina ebraica o una cardiologia ebraica); essa emerge piuttosto dal sistema valoriale-deontologico a cui tecnica e professionalità si ispirano. A differenza del pensiero e dell'etica, la scienza è scienza, e in forza del suo metodo euristico è senza aggettivi etnici né orientamenti religiosi. La qualità tecnico-professionale del medico dipende dalla sua personale preparazione attraverso gli studi e l'esperienza, non dalla sua fede o dall'appartenenza a una comunità religiosa, quale che sia. Nondimeno, le motivazioni allo studio e persino gli standard professionali là dove siano eticamente ispirati possono dipendere e spesso di fatto dipendono anche dalla fede religiosa che un medico o uno scienziato e persino un infermiere professa.

Nel caso del giudaismo la fede crede che, alla fin fine, la vita e la morte hanno anche una dimensione trascendente, e spesso i percorsi della salute fisica dell'essere umano non sono sempre lineari e predicibili da parte della scienza medica. Inoltre vale per tutti (credenti e non) il fatto che, a volte, le medesime medicine possono avere effetti diversi quando somministrate a pazienti diversi, e che non tutti i malati rispondono allo stesso modo alle medesime terapie. In essenza la fede insegna che la chiave ultima della vita non è nelle nostre mani, un insegnamento che Tradizione da sempre professa attribuendo a Iddio benedetto il titolo di *Rofè* ossia Colui che guarisce, il Medico per antonomasia (come attestato anche dal nome dell'arcangelo Rafael, o Raffaele/Raffaello, che etimologicamente significa: il Signore è medico, il Signore guarisce). In tal senso la professione medica è, dal punto di vista ebraico, una vera e propria *imitatio Dei* e forse nessuno più dei medici, dei paramedici e degli speciali (i farmacisti, vecchio stile) contribuiscono all'ideale del *tiqqun 'olam*, al "miglioramento del mondo", attraverso la cura dei corpi e l'alleviamento delle sofferenze umane, che anche quando sembrano solo corporali sono anche *tout court* psico-spirituali. In fondo, la bioetica non è che uno dei modi per indicare la via – il *derekh eretz*, *halakhà* nel suo significato metaforico – verso tale miglioramento del mondo.

<sup>9</sup> Cfr. G. COSMACINI, *Medicina e mondo ebraico. Dalla Bibbia al secolo dei ghetti*, Roma-Bari, 2001.





## La morte cerebrale nel diritto ebraico: un dialogo tra scienza e Halachà

*Bianca Gardella Tedeschi\**

BRAIN DEATH IN JEWISH LAW: A DIALOGUE BETWEEN SCIENCE AND HALAKHA

ABSTRACT: Brainstem death and *Halachà* are compatible? The article reviews the most relevant literature on the subject in order to ascertain whether Jewish Law can adopt brainstem death as a criterion to declare a patient's death. The conclusion is that there is not a shared consensus in the Jewish law, even though brainstem death has been recognized by important auctoritates, among them the Chief Rabbinate of Israel, as valid for Jewish law.

KEYWORDS: Brain death; brainstem death; *Halakhah*; transplantation of vital organs

ABSTRACT: Morte cerebrale e Halachà sono compatibili? L'articolo passa in rassegna la letteratura più rilevante sull'argomento per verificare se il diritto ebraico possa adottare la morte del tronco encefalico come criterio per dichiarare la morte di un paziente. La conclusione è che non possiamo rinvenire un consenso tra i commentatori e i decisori, , anche se la morte del tronco encefalico è stata riconosciuta come valida per il diritto ebraico da importanti autorità, tra cui il Gran Rabbinate di Israele.

PAROLE CHIAVE: Morte cerebrale; morte del tronco encefalico; *Halakhah*; trapianto di organi vitali

SOMMARIO: 1. Il cambio di paradigma sul momento della morte: dalla funzione cardiaca alla funzione neurologica – 2. Le fonti del diritto ebraico – 3. La scienza e la *Halachà*, un rapporto complesso – 4. Opinioni che ritengono centrale l'attività cardiaca per decidere della presenza in vita – 5. *Halachà* e Scienza: quando una si adatta all'altra – 6. Qualche posizione ambivalente – 7. La dichiarazione del Rabbinate di Israele – 8. Il documento del Rabbinate centrale degli Stati Uniti – 9. Conclusioni. La morte cerebrale è compatibile con la *Halachà*, ma non per tutti.

### 1. Il cambio di paradigma sul momento della morte: dalla funzione cardiaca alla funzione neurologica

**A** partire dalla seconda metà XX secolo, lo sviluppo della tecnologia medica ha mutato i termini della discussione sulla determinazione del momento della morte. Infatti, lo sviluppo di nuove apparecchiature per la rianimazione e l'istituzione di unità di terapia intensiva hanno

---

\* *Associata di diritto privato comparato, Università del Piemonte orientale. Mail: [bianca.gardella@uniupo.it](mailto:bianca.gardella@uniupo.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo. L'autrice ringrazia Rav Ariel Di Porto per l'aiuto nel reperimento delle fonti. Gli errori sono, come sempre, di chi scrive.*

permesso di mantenere in vita una persona, le cui funzioni respiratorie o cardiache sarebbero, in tempi passati, invece venute meno. Il momento della cessazione della vita non è più solo un evento naturale e ineluttabile, ma può essere influenzato, e anche determinato, da apparecchiature create dalla scienza. Attraverso le apparecchiature mediche, si possono infatti artificialmente mantenere le funzioni respiratorie, e di conseguenza una attività cardiaca, e questa tecnologia mantiene in vita la persona, anche quando si trova in coma irreversibile, o altre situazioni che rendono altamente improbabile o certamente improbabile il ritorno al funzionamento indipendente delle funzioni neurologiche e cardiache. È diventato quindi necessario dare una definizione più articolata del momento della morte, quando attività cardiaca e respiratoria sono mantenute artificialmente.

La determinazione del momento della morte è diventata centrale nel momento in cui si è perfezionata la scienza dei trapianti di organi vitali, quali fegato o cuore. In questi casi, per poter espantare gli organi, è necessario che la persona sia morta, e anche qui è necessaria una definizione precisa del momento della morte.

A queste istanze, nel 1968 la scienza ha risposto con la proposta della Harvard Medical School di considerare quale momento del trapasso quello della morte cerebrale<sup>1</sup>. Secondo questa definizione, la persona è considerata clinicamente morta quando cessa ogni funzione cerebrale, anche se è ancora attivo il cuore o la respirazione per l'impiego di ventilatori o altre apparecchiature. A partire dalla dichiarazione della cessazione delle funzioni neurologiche, è quindi possibile disconnettere il respiratore o interrompere la rianimazione perché il paziente è clinicamente morto. I criteri di Harvard sono anche la base per le leggi in materia di trapianti: gli organi sono prelevabili dal donatore, dopo l'accertamento della morte cerebrale<sup>2</sup>.

Le innovazioni della tecnica hanno sollecitato anche il mondo ebraico a interrogarsi sull'individuazione del momento della morte e, dopo la definizione dei criteri della Harvard Medical School, a verificare la compatibilità del criterio della morte cerebrale con la legge ebraica.

## 2. Le fonti del diritto ebraico

La *Torah* non dà una definizione di morte, nonostante vi siano plurimi riferimenti sia alla morte che alla resurrezione<sup>3</sup>. È nel Talmud, invece, che troviamo discussioni mediche che esaminano il momento della morte. Al Talmud, si aggiungono poi i commenti e i *responsa* degli interpreti di epoca successiva<sup>4</sup>. Nel Talmud di Gerusalemme, è riportata la discussione tra Rav Zera e Rav Hiyya da una parte, e Rav Hurna dall'altra, sulle regole da osservare nel caso di crollo di una casa nella ricerca delle vittime (Yoma

<sup>1</sup> Report of the ad hoc committee of the Harvard Medical School to examine the definition of brain death. «A definition of irreversible coma,» JAMA 205:6 (1968): 85-88.

<sup>2</sup> In Italia, L.29.12.1993 n. 578; DM 22 agosto 1994, n. 582 relativo al: «Regolamento recante le modalità per l'accertamento e la certificazione di morte», aggiornato da DM 11.04.2008 (GU n. 136 del 12-6-2008).

<sup>3</sup> J. A. PARASHOS, *Biblical Account of Resuscitation*, in *Journal of the History of Medicine*, 47, 1992, 310.

<sup>4</sup> L'esposizione delle fonti si può trovare in E. REICHMAN, *The Halakhic Definition of Death in Light of Medical History, The Torah U-Madda Journal*, 4, 1993, 148-174; D. S. NEVINS, *Contemporary Criteria for the Declaration of Death in Hakol Kol Yaakov: The Joel Roth Jubilee Volume*, Leida, 2021, 201; Y. M. BARILAN, *Jewish Bioethics. Rabbinic Law and Theology in their Social and Historical Contexts*, Cambridge, 2013, 200. *Halachic Issues in the Determination of Death and in Organ Transplantation*, Rabbinical Council of America (June 2010), accessible at [http://www.rabbis.org/pdfs/Halachi %20Issues the Determination.pdf](http://www.rabbis.org/pdfs/Halachi%20Issues%20the%20Determination.pdf).

(85a)). I saggi del Talmud in questo passo si chiedono quando smettere di scavare all'approssimarsi del Sabato, giorno di riposo in cui le attività lavorative, e quindi anche la rimozione dei detriti, sono proibite e vanno sospese. Questo perché se la persona rimasta sotto le macerie è viva, allora è possibile continuare a scavare, senza violare i divieti, altrimenti bisogna fermarsi e attendere la fine del Sabato. I criteri individuati dai saggi per accertare la permanenza in vita della persona sepolta sotto le macerie sono due: per gli uni è necessario scavare fino a liberare le narici, l'altro sostiene, invece, che è necessario scavare fino a liberare dalle macerie l'ombelico. Se può essere chiaro il primo criterio, controllare la respirazione attraverso le narici, rimane meno chiaro il criterio medico associato all'accertamento della morte attraverso l'esame dell'ombelico. Un commentatore ci propone due spiegazioni<sup>5</sup>. Il primo suggerimento riguarda la ricerca del polso, attraverso l'aorta addominale. La seconda spiegazione porterebbe all'analisi della respirazione attraverso i movimenti addominali, in cui il diaframma scende e l'addome si espande. L'analisi può essere anche condotta da un punto di vista filosofico, cioè nella ricerca della parte del corpo che è considerata l'origine o la fonte della vita.

Il Talmud babilonese (Yoma 85a) riporta una teoria più articolata sulle parti del corpo da ispezionare per determinare se una persona sia viva o morta, e quindi se si debba continuare a scavare oppure sia meglio smettere in ragione dell'approssimarsi del Sabato. Innanzitutto, il Talmud babilonese non parla più di ombelico ma di battito cardiaco. Ma qui viene la parte più interessante, per ciò che poi concerne la compatibilità della *Halachà* con la morte cerebrale. I saggi infatti fanno un paragone tra la nascita e la morte, per determinare da dove origina la vita. Riportano quindi il dato che l'embrione si forma prima dalla testa mentre per altri sarebbe l'ombelico, il punto in cui il feto è attaccato alla madre. Nonostante questo intermezzo, non confondono embriologia e fisiologia, e ritengono che per determinare se la persona è ancora viva, sia necessario controllare la sua respirazione attraverso le narici<sup>6</sup>. Rav Pappa, l'ultimo a commentare riassume sostenendo che tutte le opinioni esposte nei commenti concordano nel ritenere l'assenza di respirazione dalle narici un criterio pienamente sufficiente per indicare che la persona non è più in vita.

Tra i commentatori del Talmud, un posto fondamentale spetta a Rashi. Rashi spiega che entrambi i criteri, controllo della respirazione o della attività cardiaca, sono validi per determinare se la persona è ancora viva. Il controllo della respirazione sarebbe però più affidabile quando l'esame del cuore da solo non sarebbe sufficiente. Questa formulazione è stata intesa nel senso che Rashi riconosce l'attività cardiaca come un indicatore definitivo della vita, e che l'unica ragione per cui è necessario l'esame del naso è che la respirazione è più facile da controllare. Secondo questa linea di ragionamento, se si presentasse una situazione in cui si accerta la presenza del battito cardiaco, l'assenza di respirazione non sarebbe sufficiente a dichiarare la morte della vittima<sup>7</sup>.

Leone da Modena, uno studioso vissuto a Ferrara tra la fine del 1500 e la prima metà del 1600, sposta il dibattito della fine e inizio vita a qualcosa di molto vicino all'idea di morte cerebrale. Per comprendere la teoria di Leone da Modena è necessario comprendere che, alla sua epoca, era opinione condivisa che le narici fossero strettamente collegate al cervello. Da qui, la teoria secondo cui sia il cervello

<sup>5</sup> E. REICHMAN, *The Halakhic Definition of Death in Light of Medical History*, cit., 152-153.

<sup>6</sup> E. REICHMAN, *The Halakhic Definition of Death in Light of Medical History*, 155.

<sup>7</sup> D. REIFMAN, *Ancient Sources, Modern Problems: a Methodological Analysis of Rashi's position on Brainstem Death, Tradition*, 45, 2012, 9; J.D. BLEICH, *Establishing Criteria of Death, Tradition* 13, 1973, 95.

sia il luogo della vita e, dato lo stretto legame tra i due organi, che la mancanza di respirazione fosse un chiaro segno della cessazione dell'attività cerebrale. Come nota un autore, ciò che è importante nella discussione di Leone da Modena, che scende in particolari dettagliati anche sulla relazione tra battito cardiaco e respirazione, è la metodologia che adotta, dal momento che imposta la discussione in un contesto più vicino alla scienza medica a lui contemporanea, proponendo quindi dei risultati diversi da quelli suggeriti all'interno del Talmud<sup>8</sup>.

La cd. codificazione della *Halachà* è compiuta da Rav Caro nello *Shulchan Aruch*. Con riguardo al momento della morte (Orach Chaym 329:4) si legge che se una persona è rinvenuta sotto le macerie e non respira, è considerata morta.

Il Hatam Sofer che ha vissuto a cavallo tra il XVII e il XVIII secolo afferma che i saggi ci hanno lasciato il criterio per determinare il momento della morte: tutto dipende dalla respirazione (Yoreh De'ah 338)<sup>9</sup>. Nonostante la difficoltà e, a volte, la contraddittorietà delle fonti storiche, un autore riporta alla stessa creazione dell'uomo il criterio per comprendere le posizioni degli autori. La chiave per comprendere le diverse possibili interpretazioni delle fonti storiche si trova nella frase «fino a che la vita lo abbandona», che riporta direttamente alla Genesi, in cui il Signore, dopo aver formato l'uomo di polvere della terra, «gli ispirò nelle narici il soffio vitale e l'uomo divenne un essere vivente (Gen. 2:7)»<sup>10</sup>. E così anche il feto diventa una vita indipendente solo quando comincia a respirare<sup>11</sup>.

Accanto a queste fonti che trattano della mancanza della respirazione o dell'attività cardiaca quale criterio per determinare il momento della morte, troviamo discusse anche dei passi della Mishnah che tratta della decapitazione e dei movimenti che il corpo può avere dopo la morte. Il passo è in Oholot (1:6) in cui si afferma che il corpo di una persona è impuro solo dopo la sua morte. Se è la testa è recisa dal corpo, e il corpo continua a muoversi, così come accade per la coda di una lucertola, la persona è comunque da considerare morta. In alcune argomentazioni, la morte cerebrale è considerata una decapitazione fisiologica<sup>12</sup>.

Accanto a queste, vi è una discussione che riguarda la possibilità di un corpo di vivere senza il cuore. Bisogna qui ricordare il responso di Hakham Zevi che riteneva invece che la sede della vita fosse nel cuore, coerente con gli insegnamenti medici largamente accettati ai suoi tempi<sup>13</sup>.

La storia ci ha consegnato una serie di decisioni frastagliate che partendo dall'interpretazione delle medesime fonti giungono a soluzioni diverse e contraddittorie.

<sup>8</sup> Cfr. E. REICHMAN, *The Halakhic Definition of Death in Light of Medical History*, cit., 157-158 che riporta in traduzione inglese la citazione di Leone da Modena.

<sup>9</sup> D. REIFMAN, *Ancient Sources, Modern Problems: A Methodological Analysis Of The Hatam Sofer's Position On Brainstem Death, Tradition*, 46, 2013, 1. L'opinione del Hatam Sofer è stata poi utilizzata dal Gran Rabbinate di Israele come supporto alla decisione che la morte cerebrale è il criterio valido per determinare la morte di una persona, su cui *infra*.

<sup>10</sup> Traduzione italiana in AA.VV., *Pentateuco e Haftaroht*, Marietti, 1960.

<sup>11</sup> D. S. NEVINS, *Contemporary Criteria for the Declaration of Death*, cit., 216.

<sup>12</sup> E. REICHMAN, *The Halakhic Definition of Death in Light of Medical History*, cit., 158.

<sup>13</sup> E. REICHMAN, *The Halakhic Definition of Death in Light of Medical History*, cit., 162.

### 3. La scienza e la *Halachà*, un rapporto complesso

Come dobbiamo trattare queste fonti e quali autorità hanno? Il problema per il diritto ebraico è di comprendere se e fino a che punto si possono superare le interpretazioni date nel corso dei secoli nel momento in cui si dimostra con evidenze scientifiche che le opinioni espresse dai maestri non sono più in linea con i progressi della scienza.

A questo proposito, è rilevante l'articolo di Reichman<sup>14</sup> in cui dimostra i parallelismi tra le diverse opinioni dei saggi, a partire dal Talmud, e i progressi della scienza medica. L'analisi da lui condotta con grande rigore, dimostra, infatti, che le diverse opinioni dei saggi del Talmud e della *Halachà* sono fortemente influenzate dallo stato delle scienze mediche al momento della redazione dei testi e della formazione delle opinioni. Dal momento che nella Torah non vi sono indicazioni cristalline e irrefutabili sul momento in cui dobbiamo considerare una persona ormai morta, possiamo appoggiarci alle loro opinioni ma dobbiamo considerare lo stato della scienza medica nel decidere al riguardo.

Recentemente, una studiosa della Bar-Ilan University, ha analizzato il rapporto tra l'insegnamento dei saggi e la scienza nei *responsa* di importanti decisori del XX secolo<sup>15</sup>. Dalla sua analisi, emergono diverse posizioni interpretative che hanno assunto i decisori, con riguardo alla questione della compatibilità della morte cerebrale con la *Halachà*. L'autrice individua quattro principali direttive lungo cui si muovono i decisori. Definisce la prima «rationalist approach», perché basandosi sulla ragione, i decisori giungono a considerare errate le opinioni espresse dai saggi nel passato, dando preminenza, per la soluzione della controversia, alle conclusioni cui è giunta la scienza medica contemporanea. La seconda è definita «religious-internal», perché adotta un principio di coerenza del presente con il passato. Di conseguenza, le decisioni cui si è giunti nel passato sono quelle valide, mentre non può essere presa in considerazione la scienza contemporanea per la decisione, che è quindi considerata errata. Una terza linea, definita «changing nature» è quella in cui si cerca di salvare presente e passato. Infatti, si fa leva sul fatto che sia la natura, quindi il dato fisico, a essere cambiato. Gli antichi avevano quindi ragione perché al loro tempo il fisico dell'uomo e della donna era diverso; oggi, alcune caratteristiche sono cambiate, quindi è necessario seguire la scienza a noi contemporanea che meglio si adatta alla nuova natura dell'uomo e della donna. La quarta direttrice è definita dall'autrice «even so» e si fonda su un'accettazione incondizionata del passato. Si tratta di decisioni che pur ammettendo che le opinioni del passato sono errate e la scienza contemporanea è invece corretta, ritiene che debba comunque essere seguita la *Halachà* tramandata dal passato.

### 4. Opinioni che ritengono centrale l'attività cardiaca per decidere della presenza in vita

L'approccio religioso-interno è quello che caratterizza le decisioni di Rav Waldenberg (1915-2006), un importante giudice delle corte rabbiniche in Israele e rabbino nell'Ospedale Sha'rei Tzadek. Egli è estremamente chiaro nel rifiutare il criterio della morte cerebrale per determinare il momento in cui la

<sup>14</sup> E. REICHMAN, *The Halakhic Definition of Death in Light of Medical History*, cit.

<sup>15</sup> I. OFFER-STARK, *When Halachà, Science, Technology and Ethics Converge: A study of the Halakhic Debate Regarding the Determination of the Moment of Death and the Transplantation of Vital Organs*, Jewish Law Association Series, 2019, 174.

persona non è più in vita e può quindi essere distaccata dai respiratori<sup>16</sup>. È invece la cessazione del battito cardiaco che determina la morte della persona. I suoi *responsa* in questa materia sono stati dati con riguardo al trapianto di cuore. Il trapianto di cuore sarebbe quindi proibito perché togliere il cuore ancora pulsante da una persona, per quanto sia accertata la morte cerebrale, costituirebbe un omicidio<sup>17</sup>. L'argomento halachico su cui si basa Rav Waldenberg poggia sulla interpretazione di Rashì, secondo cui la cessazione del battito cardiaco è un'indicazione della cessazione della respirazione e ritiene quindi che siano necessarie indagini approfondite sulla respirazione oltre alla indagine sulla cessazione dell'attività cardiaca per determinare la morte di una persona. Oltre che sulla citazione di Rashì, Rav Waldenberg si appoggia sulla collezione dei *responsa* Hakham Tzvi, di Rav Tzvi Hirsch Ashkenazi, il quale, come Rashì, riteneva che la cessazione della respirazione è solo un indizio della cessazione dell'attività cardiaca ed è quindi solo il mancato funzionamento del cuore che determina la morte. La Offer-Stark si chiede<sup>18</sup>, a dire il vero giustamente, come mai un'autorità nel campo della *Halachà* e della scienza medica, che ha lavorato all'interno di un importante ospedale, preferisca basare le sue decisioni sulla scienza medica del XVII secolo, oggi ormai superata, piuttosto che sulle risultanze della moderna medicina. Waldenberg stesso risponde a questa domanda in uno dei suoi *responsa*: le nuove scoperte della scienza non sono affidabili perché possono poi essere considerate sbagliate e sostituite da nuove teorie. Per non sbagliare, è meglio affidarsi alle opinioni degli antichi, che sono immutabili e quindi affidabili. In risposta, Offer-Stark dimostra come Rav Waldenberg usi argomenti basati su un approccio naturalistico, ritenendo che l'impianto di un cuore artificiale non è "naturale" con riguardo alla creazione divina<sup>19</sup>.

L'approccio «even-so» è adottato da Rav Wosner, uno dei maggiori decisori ultra-ortodossi del XX secolo<sup>20</sup>. Anche Rav Wosner accetta sia gli insegnamenti di Rashì, che il Hakham Tzvi, secondo cui una persona è da considerare morta quando non vi è più né battito cardiaco né respirazione. Ma Rav Wosner mette in luce come i due autori cui si appoggia hanno dato il loro parere sul tema del rispetto dello Shabbat e non direttamente sulla scienza, basandosi esclusivamente su risultanze halachiche e non scientifiche del suo tempo. Secondo la Offer-Stark<sup>21</sup>, qui Rav Wosner lascerebbe un margine di interpretazione per poter dire che la *Halachà* deve tenere in conto le moderne risultanze della scienza<sup>22</sup>. La dimostrazione si basa sulla riflessione che gli antichi basavano le proprie decisioni su un fatto scientifico, e non direttamente ed esclusivamente sullo stesso diritto ebraico. Cambiando quindi il fatto scientifico, si dovrebbe poter dare ingresso a conclusioni che non entrino in collisione con la moderna scienza medica. Ma rav Wosner ritiene che la scienza medica sbaglia nel ritenere la morte

<sup>16</sup> RABBI ELIEZER YEHUDA WALDENBERG, *Responsa Tzit Eliezer* 17, 66; I. OFFER STARK, *op.cit.*, 178-186.

<sup>17</sup> Non solo: anche il prelievo del cuore dal ricevente per far posto al cuore del donatore sarebbe a sua volta un omicidio, perché la persona è viva, e viene privata dell'organo vitale.

<sup>18</sup> I. OFFER-STARK, *When Halachà, Science, Technology and Ethics Converge*, 182.

<sup>19</sup> I. OFFER-STARK, *When Halachà, Science, Technology and Ethics Converge*, 185.

<sup>20</sup> RABBI S.H. WOSNER, *Heart Transplants, Bishvilei HaRefuah—Medicine in Light of the Halachà and Jewish Outlook*, vol. 8, Netanya, Laniado Medical Center, 1987.

<sup>21</sup> I. OFFER-STARK, *When Halachà, Science, Technology and Ethics Converge*, 186-188.

<sup>22</sup> Si può leggere la prova di quanto affermato, con i riferimenti alle fonti, in I. OFFER STARK, *When Halachà, Science, Technology and Ethics Converge*, 187.

cerebrale segno della cessazione della vita della persona, e quindi è corretto aderire alle opinioni dei saggi che danno valore all'arresto dell'attività cardiaca per determinare la morte di un paziente.

## 5. Halachà e Scienza: quando una si adatta all'altra

La necessità di adattare la *Halachà* alle nuove scoperte della scienza è sempre stata sentita come un tema centrale nello sviluppo della legge ebraica, dove si sono avuti cambiamenti basati sulle scoperte della scienza, che hanno superato false credenze del passato<sup>23</sup>. Proseguendo nella ricognizione delle diverse attitudini dei decisori del XX secolo proposta da Offer-Stark, vediamo come l'approccio razionalistico sia quello che permette alla legge ebraica di comprendere al suo interno il cambiamento del paradigma proposto dalla scienza. Rav Goren<sup>24</sup> è il principale esponente di questo approccio. Innanzitutto, Rav Goren è entusiasta dei progressi della scienza e della possibilità che offre di un aumento della durata della vita umana, e lo è senza ambivalenze, dal momento che la Torah stessa (Deut. 11:21) è favorevole all'aumento della durata della vita di ciascuno sulla terra.

L'argomento di Rav Goren è piuttosto razionale. Egli si appoggia a quegli autori che ritengono che la fine della vita sia da collegare alla cessazione della respirazione, quali lo Schulchan Aruch e il Hatam Sofer. Dal momento che la scienza ha dimostrato che la sede della respirazione è nel tronco-encefalo, la morte di questo organo comporta la fine della respirazione. Da queste evidenze, Rav Goren conclude che la morte cerebrale determini la morte della persona. Quanto all'attività cardiaca, Rav Goren distingue tra un cuore che batte e un cuore che espleta le sue funzioni, cioè portare sangue e ossigeno alle varie parti del corpo. Solo in questa ultima accezione, il cuore può essere considerato vitale. Se sopraggiunge la morte cerebrale, il cuore non può essere completamente funzionante dal momento che il sangue ossigenato non arriva al cervello<sup>25</sup>.

È chiaro come per Rav Goren e per coloro che lo seguono che la *Halachà*, debba adattarsi e progredire alla luce delle diverse evidenze scientifiche all'interno delle quali si svolge e si sviluppa la nostra esistenza, in modo da migliorare, e nel caso del trapianto di organi, di allungare la vita di coloro che possono ricevere un organo da un donatore. La sua visione della scienza è positiva: l'intervento nel creato migliora la vita dell'umanità e quindi è legittimo.

Un'altra autorità del rabbinato israeliano favorevole a riconoscere il criterio della morte cerebrale quale momento per determinare la morte di una persona è stato Rav Shaul Yisraeli, che ebbe un importante ruolo all'interno del Consiglio Rabbinico di Israele dal momento che era il componente più anziano sia all'interno del consiglio che del più ristretto comitato che discuteva della legittimità del trapianto di cuore. Egli propone un'argomentazione diversa da quella di Rav Goren per decidere della compatibilità halachica della morte cerebrale. Anche Rav Yisraeli parte dall'evidenza della mancanza

<sup>23</sup> L'argomento è vastissimo, ma si può ricordare ad esempio la necessità di adattare la *halachà* alla nuova scoperta dell'elettricità: I. ROBINSON, *Halachà Adapts to Modern Technology in the Early Twentieth Century*, *Rabbi Yudel Rosenberg and Shlomo Zalman Auerbach on Electricity*, 6 *Journal of Modern Jewish Studies*, 41, 2007.

<sup>24</sup> Rav Goren (1917-1994) è stato rabbino capo dell'esercito israeliano e poi rabbino capo ashkenazita di Israele. Cfr. S. FREEDMAN, *Rabbi Shlomo Goren. Torah Sage and General*, Ann Arbor, 2006; S. GOREN, a cura di A. RATH, *With Might and Strength. An Autobiography*, Gerusalemme, 2016.

<sup>25</sup> I *responsa* in questa materia sono compresi in S. GOREN, *The Torah of Medicine: Halakhic Inquiries in Medical Matters*, *Hadrai Rabba*, 2001, indicato da I. OFFER STARK, *op.cit.*, n. 36.

di respirazione quale momento rilevante per determinare la morte di una persona. Egli però ragiona intorno a ciò che sapevano gli antichi: chiaramente, i Saggi sapevano che il cuore può continuare a battere anche quando non c'è più attività cerebrale, ma il fatto che ritengano di dover analizzare le "narici" e quindi la respirazione per decidere del rispetto dello Shabbath, dimostra come essi stessi fossero convinti che fosse espirazione a determinare la morte della persona. Secondo Rav Yisraeli, quindi, la *Halachà* è totalmente compatibile con la moderna scienza medica<sup>26</sup>.

## 6. Qualche posizione ambivalente

Alcuni decisori hanno un atteggiamento ambivalente nel rapporto tra scienza medica e *halachà*. Da un lato, infatti, sentono il bisogno di adattare la *halachà* alle nuove risultanze della scienza medica ma allo stesso tempo temono il cambiamento, dal momento che una volta che qualcosa cambia, è poi difficile fermare e soprattutto cambiare il movimento. Sarebbe quindi più rassicurante e coerente con gli insegnamenti dei saggi rimanere fedeli alla tradizione.

Questa postura è stata adottata da due importanti decisori del 1900, anche se in maniera diversa. Rav Feinstein ha scritto molti *responsa* sul problema della morte cerebrale. La sua importanza lo ha posto al centro di molte decisioni e, come affermano alcuni, è stato anche frainteso<sup>27</sup>. Da un lato, infatti, Rav Feinstein sembra propendere in favore della morte cerebrale quale criterio per decidere della morte della persona. Egli si appoggia alla Mishnah in Oholot 1:6 sulla decapitazione per affermare che la cessazione di ogni attività neurologica nel cervello equivale alla decapitazione e la persona può quindi essere dichiarata morta. Sembrerebbe a questo punto che Rav Feinstein si sia espresso a favore della morte cerebrale. In effetti, in alcune precisazioni successive, emerge come Rav Feinstein ritenga che solo la totale cessazione di ogni attività cerebrale possa validare il criterio della morte cerebrale, cosa che la scienza medica non può invece garantire. È per questo che le opinioni di Rav Feinstein hanno sollevato molte discussioni e ci sono articoli specialmente dedicati a chiarire il suo pensiero. La centralità della sua opinione risiede non solo nella sua auctoritas, ma anche nella espressa menzione alla sua accettazione della morte cerebrale posta alla base, insieme ad altri criteri, della dichiarazione del Rabinato israeliano.

Rav Auerbach (1910-1995) si è opposto al criterio della morte cerebrale quale momento corretto per dichiarare la morte della persona ed è rimasto dell'opinione che sia la cessazione dell'attività cardiaca a determinare la fine della vita. Uno degli argomenti citati da Rav Auerbach riguarda la nascita da una donna che è in stato di coma irreversibile. Dal momento che il feto può nascere, non si può considerare morta la madre. Rav Auerbach ha poi condotto esperimenti per verificare le risultanze della scienza e

<sup>26</sup> S. YISRAELI, *On Permitting Heart Transplants in our Time*, in M. HALPERIN (cur.), *Establishing the Moment of Death, a Collection of Essay*, Gerusalemme, 2007, in ebraico, indicato da I. OFFER-STARK, *op.cit.*, n. 13 e n. 62.

<sup>27</sup> Le opinioni di Rav Feinstein sono ampiamente esaminate nello studio del Rabinato centrale degli Stati Uniti, *Halachic Issues in the Determination of Death and in Organ Transplantation*, su cui *infra*, e in D. REIFMAN, *Rabbi Moshe Feinstein on Brainstem Death: A Reassessment*, Z. FARBER (cur.), *Halakhic Realities: Collected Essays on Brain Death*, Jerusalem, 2015; J. KUNIN, *Brain Death: Revisiting The Rabbinic Opinions In Light Of Current Medical Knowledge, Tradition* 38, 2004, 48; D. NEVINS, *Contemporary Criteria for the Declaration of Death*, cit.; D. REIFMAN, *Ancient Sources, Modern Problems: A Methodological Analysis Of The Hatam Sofer's Position On Brainstem Death*, cit.

nonostante gli esperimenti andassero in direzione contraria alle sue convinzioni, ritenne necessario non cambiare la sua opinione, rimanendo saldo nella convinzione che sia necessaria la cessazione del battito cardiaco per dichiarare la morte di una persona. Offer-Stark vede nella decisione di non mutare opinione, un atteggiamento di conservazione della *halachà*<sup>28</sup>. Infatti, virare verso la accettazione della morte cerebrale costituirebbe una innovazione nella *halachà* che potrebbe aprire la strada a molti altri cambiamenti. Si tratta, a suo dire, di introdurre non solo soluzioni nuove ma anche categorie, la morte cerebrale appunto, che non sono presenti nella tassonomia della legge ebraica. Rifiutare il criterio della morte cerebrale costituirebbe, quindi, l'espressione di uno spirito di conservazione, che sempre caratterizza il diritto ebraico, ma anche altri sistemi giuridici, di fronte alle innovazioni portate dalla tecnologia.

## 7. La dichiarazione del Rabbinato di Israele

Nel 1986, il Ministero israeliano della Sanità ha chiesto al Rabbinato di Israele di esprimere la posizione del rabbinato con riguardo al trapianto di cuore. Gli incidenti stradali sono stati il motivo scatenante della richiesta, dal momento che le vittime degli incidenti stavano, ahimè, aumentando e quindi anche la possibilità di trapianto di organi. Il Rabbinato centrale ha quindi nominato un comitato che studiasse lo stato della scienza medica e le questioni che poteva sollevare per la legge ebraica<sup>29</sup>.

Il comitato prende atto del fatto che quando si incominciò a parlare di trapianto di cuore, due importanti decisori presero netta posizione contro il trapianto che consideravano un doppio omicidio, sia quello del donatore che quello del ricevente, dal momento che ritenevano fondamentale ai fini della determinazione della morte di una persona la cessazione dell'attività cardiaca. Il Comitato prende però atto del progresso della conoscenza medica. Considerano rilevanti il fatto che con le conoscenze mediche contemporanee sia possibile confermare in modo affidabile e indiscutibile che la cessazione della respirazione in una persona che sta morendo è definitiva e irreversibile. A questo si aggiunge che la scienza medica dà un risultato positivo nell'80% dei casi per il ricevente, e nel 70% in un periodo di 5 anni. In questo modo, sarebbe compatibile con la legge ebraica sia dal punto di vista del momento della morte, sia dal punto di vista del dovere di salvare una vita.

L'argomento halachico per il Rabbinato di Israele si basa quindi sull'accettazione del principio della cessazione della respirazione quale criterio per determinare il momento del fine vita. Combinando il criterio halachico con il progresso della scienza, il rabbinato di Israele aggiunge i criteri oggi noti per determinare la fine della attività respiratoria, cioè la distruzione del cervello, incluso il tronco-encefalo, che attiva la respirazione. Da qui, la compatibilità, e quindi la possibilità, negli ospedali israeliani di procedere all'espianto del cuore, in presenza di cessazione dell'attività cerebrale<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> La sua analisi si appoggia su AMIR MASHIAH, *The Halakhic Philosophy of Rabbi Shlomo Auerbach*, Ph.D Thesis, Bar Ilan University (in ebraico).

<sup>29</sup> *Brain Death and Heart transplants: The Israeli Chief Rabbinate's Directives*, translated and annotated by YOEL JAKOBOVITS, *Tradition* 24, 1989, 1. La versione originale in ebraico è pubblicata in *Sefer Assia*, 6, Gerusalemme, 1989, 27-38.

<sup>30</sup> Il rabbinato chiede inoltre che ci sia un delegato del Rabbinato centrale nel comitato che accerta la morte del donatore, così come il consenso scritto del donatore al prelievo degli organi. La parte finale della decisione è un

## 8. Il documento del Rabbinate centrale degli Stati Uniti

Nel giugno del 2010, il Rabbinical Council of America, attraverso il comitato Vaad Halacha, pubblica un documento sulle questioni halachiche con riguardo alla determinazione della morte e il trapianto di organi<sup>31</sup>. Lo studio era stato chiesto al comitato già nel 2006, dal momento che le comunità rinvenivano molta confusione nelle diverse decisioni prese nel corso degli anni e che i rabbini delle congregazioni locali non sapevano quale decisione prendere nei diversi casi sottoposti alla loro conoscenza. A questa confusione di fondo, si aggiunge nelle parole del comitato, il fatto che la scienza medica ha acquisito nuove informazioni utili per stendere un documento. Il documento non è la posizione ufficiale del Rabbinic Council of America, ma intende essere uno strumento di supporto ai decisori che si trovano a dover assistere chi si rivolge loro<sup>32</sup>.

Il Comitato segue una linea metodologica chiara. Afferma infatti che la sua analisi non parte da alcuna precomprensione per l'accettazione o meno del criterio neurologico, alternativo al criterio cardiopolmonare, per determinare la morte di una persona. I componenti del Comitato premettono che analizzeranno quaranta anni di decisioni che si sono stratificate nel tempo alla luce dei progressi della scienza medica per vedere se la determinazione della morte che si basa sul criterio neurologico della "morte cerebrale" sia accettabile «beyond reasonable doubt»<sup>33</sup>. La metodologia è di rispetto e accettazione della scienza: «The halachic process has abiding respect for medical and scientific knowledge that reflects scientific research, methodology, and well-established conclusions»<sup>34</sup>. D'altra parte, sempre dalle parole del documento, il Comitato non crede che la decisione sulla vita e la morte, e su quale vita prolungare, siano un dominio esclusivo della scienza, della medicina o della tecnologia, dal momento che coinvolge le definizioni fondamentali per la filosofia e l'etica di vita e morte. Vi è dunque spazio, nell'argomentazione del comitato per una definizione halachica di vita, e soprattutto morte: «In many cases, these are not just scientific determinations, but halachic ones, to be determined for the Jew by a reference to Torah sources and expert rabbinic opinion»<sup>35</sup>.

Il documento che il comitato licenzia è articolato ed estremamente documentato. Consiste di un'accurata ricognizione dello stato dell'arte della medicina sulla morte cerebrale, di una dotta esposizione delle fonti, a partire dal Talmud. Vengono poi riportate le opinioni dei diversi decisori statunitensi

---

documento che riassume le condizioni mediche in cui si deve trovare il paziente ai fini della sua dichiarazione di morte per cessazione dell'attività cerebrale.

<sup>31</sup> *Halachic Issues in the Determination of Death and in Organ Transplantation Including an Evaluation of the Neurological "Brain Death" Standard, A Study by the Vaad Halacha of the Rabbinical Council of America of the Halachic and Medical Issues Relating to Organ Transplantation from both Live & Cadaver Donors, and the Determination of Death in Halacha*, Giugno, 2010.

<sup>32</sup> «This Study is Designed to Assist Members of the RCA in the Process of Psak Halacha and is itself not Intended as a Formal Ruling» nel titolo.

<sup>33</sup> *Halachic Issues in the Determination of Death*, cit., 7.

<sup>34</sup> Indeed, we at the RCA's Vaad Halacha have, in recent years, followed precisely such an approach when ruling that the use of tobacco and smoking is forbidden, basing our ruling on the preponderance of scientific and medical evidence that conclusively established the life and health-threatening dangers of such activities. Moreover, the Vaad Halacha ruled this way in spite of numerous halachic sources and precedents to the contrary, insofar as we believed that earlier halachic rulings were not (and could not have been) aware of the compelling scientific evidence that has become available in recent years. *Halachic Issues in the Determination of Death*, 10.

<sup>35</sup> *Halachic Issues in the Determination of Death*, 9.

contenute nei *responsa*. Successivamente è analizzata la posizione del Rabbinate di Israele e dei suoi principali esponenti.

Come era stato anticipato in apertura del documento, lo studio non vuole essere la posizione ufficiale del Rabbinic Council of America sulla questione del criterio da scegliere sulla morte e non vi si trova quindi la risposta risolutiva e definitiva, che nell'ebraismo non c'è. Vengono invece vagliate le decisioni delle diverse *auctoritates*, con una spiegazione delle informazioni mediche, anche alla luce del singolo caso di specie. Lo studio si sofferma sulla natura della regola esposta da ciascun autore, se cioè fosse una regola propria del decisore, oppure la ripetizione di decisioni prese da altri decisori (p. 11).

Negli Stati Uniti, sia il movimento Conservative che il movimento Reformed considerano il criterio della morte cerebrale quale momento che fa cessare la presenza in vita di una persona. Le motivazioni si appoggiano sempre sulla centralità delle evidenze scientifiche che sono compatibili con la *halachà*, come abbiamo visto anche sopra<sup>36</sup>.

## 9. Conclusioni. La morte cerebrale è compatibile con la Halachà, ma non per tutti.

In conclusione della rassegna delle fonti sul criterio da scegliere per determinare la morte di una persona, risulta che non vi è un criterio unanimemente condiviso per i decisori a noi contemporanei. Rimane una certa diffidenza delle persone a considerare la morte cerebrale come il momento in cui la vita non c'è più, dal momento che il cuore batte ancora, e quindi a considerare di poter staccare le persone dalle macchine che tengono artificialmente in vita le persone. Alcune indagini sociologiche hanno dimostrato che i parenti e le famiglie del paziente che si trova in questo stato ritengono che la decisione di staccare la macchina sia da riportare alla *Halachà* e che per molti la legge ebraica vedrebbe come unico criterio quello della cessazione del battito cardiaco<sup>37</sup>. In effetti, abbiamo visto che non è così per tutti: molti decisori ritengono che il criterio della morte per cessazione delle funzioni neurologiche sia perfettamente compatibile con la *Halachà*. Questa è appunto la decisione assunta dal Rabbinate di Israele che permette l'espanto degli organi, in caso di incidente stradale, ai fini di donazione se vi è l'inattività del tronco-encefalo. Questa è anche la posizione del movimento conservative degli Stati Uniti. In Italia, non abbiamo una posizione ufficiale del Rabbinate: da alcuni interventi pubblici di Rav Di Segni, rabbino capo della Comunità di Roma, non emerge una contrarietà manifesta al criterio della morte cerebrale quale criterio per determinare la fine della vita di una persona<sup>38</sup>. Rav Rabello, che conosce la realtà italiana e israeliana, non prende posizione ufficiale contro la morte cerebrale pur

<sup>36</sup> D. S. NEVINS, *Contemporary Criteria for the Declaration of Death*, cit.

<sup>37</sup> Cfr. RABBI M.A. POPOVSKY *Jewish Ritual, Reality and Response to the End of Life, A Guide to Caring for Jewish Patients and Their Families*, Duke Institute on Care at the End of Life, 2007, 25; T.ASHKENAZI, A. STEINBERG, J. COHEN, *A National Survey of Attitudes of the Zionist Ultra-Orthodox Community in Israel to Organ Donation, Progress in Transplantation*, 29, 2019, 43.

<sup>38</sup> R. TERCATIN, *Legge ebraica e donazione di organi: salvaguardia della vita al centro* in *Moked, il portale dell'ebraismo italiano*, disponibile in <https://moked.it/blog/2019/06/21/legge-ebraica-donazione-organi-salvaguardia-della-vita-al-centro/> (ultima consultazione 02/11/2023); R. R. DI SEGNI, *Eutanasia e bioetica degli stati terminali: la bioetica dei trapianti*, disponibile in <http://www.e-brei.net/articoli/attcul/bioetica.htm> (ultima consultazione 02/11/2023).

affermando che tradizionalmente è la cessazione del battito cardiaco che determina il momento del passaggio dalla vita alla morte<sup>39</sup>.

In presenza di interpretazioni autorevoli eppur confliggenti, possiamo semplicemente concludere che non c'è una indicazione definitiva e dipenderà quindi dal decisore cui si rivolgono i familiari del paziente dare la sua interpretazione della *Halachà* che sia applicabile al singolo caso di specie, pur ritenendo molti decisori che la morte cerebrale sia compatibile con la legge ebraica.

---

<sup>39</sup> A.M. RABELLO, *Problemi connessi con la fine della vita e l'eutanasia alla luce del Diritto Ebraico*, in E. CAMASSA, C. CASONATO, *Bioetica e confessioni religiose. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 12 maggio 2006*, Trento, 2008, 29.

## Aborto, eutanasia, donazione degli organi e del latte materno nell'Islam. Alcune questioni di bioetica islamica

*Nibras Breigheche\**

ABORTION, EUTHANASIA, ORGAN AND BREAST MILK DONATION IN ISLAM. SOME ISSUES OF ISLAMIC BIOETHICS

ABSTRACT: The article offers a review of Islamic sources and their interpretations of the main bioethical issues: from abortion, which is treated as a paradigmatic case, to euthanasia, organ transplantation and the donation of breast milk to milk banks. Not only the interpretations of the legal-theological tradition are presented, but also numerous stances of jurists and health organisations of the present time. A clear picture emerges of the underlying principles, trends and discussions on these issues in Islam today.

KEYWORDS: Islamic bioethics; abortion; euthanasia; breast milk banks; transplantation

ABSTRACT: L'articolo offre una rassegna delle fonti islamiche e delle loro interpretazioni delle principali questioni bioetiche: dall'aborto, trattato come caso paradigmatico, all'eutanasia, al trapianto di organi e alla donazione di latte materno alle banche del latte. Vengono presentate non solo le interpretazioni della tradizione giuridico-teologica, ma anche numerose prese di posizione di giuristi e organizzazioni sanitarie del giorno d'oggi. Emerge un quadro chiaro dei principi di fondo, delle tendenze e delle discussioni su questi temi nell'islam contemporaneo.

PAROLE CHIAVE: Bioetica islamica; aborto; eutanasia; banche del latte materno; trapianti

SOMMARIO: 1. L'aborto nell'Islam – 1.1. L'inizio vita nel Corano – 1.2. L'aborto prima dell'infusione dell'anima – 1.3. L'aborto dopo l'animazione – 1.4. Questioni di bioetica islamica legate all'aborto – 2. L'eutanasia – 3. L'allattamento – 3.1. Le banche del latte materno – 4. La donazione e il trapianto degli organi – 4.1. Trapianto da un donatore vivente – 4.2. Trapianto da cadavere, ossia da donatore deceduto.

---

\* *Professoressa incaricata, IULM di Milano. Membro del Consiglio dei Garanti dell'Associazione Islamica Italiana degli Imam e delle Guide Religiose e del "Tavolo di confronto con i rappresentanti delle comunità e delle associazioni dell'islam italiano" istituito dal Ministero dell'Interno della Repubblica Italiana. Mail: [nibras.breigheche@gmail.com](mailto:nibras.breigheche@gmail.com). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

## 1. L'aborto nell'Islam

### 1.1. L'inizio vita nel Corano

Il Corano e i detti del profeta Muḥammad contengono numerosi riferimenti allo sviluppo dell'embrione, passaggi che da tempo suscitano l'interesse di medici ed esperti musulmani impegnati ad evidenziare gli elementi di modernità presenti nel libro sacro per i musulmani<sup>1</sup>. Nel Corano, ad esempio, si legge:

خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْهَا رَوْحَهَا وَأَنْزَلَ لَكُمْ مِنَ الْأَنْعَامِ ثَمَانِيَةَ أَزْوَاجٍ يَخْلُقْكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظِلْمَاتٍ ثَلَاثٍ ۚ ذَٰلِكُمْ اللَّهُ رَبُّكُمْ لَهُ الْمُلْكُ ۚ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ ۚ فَآتَىٰ نُصْرَتُونَ

Vi ha creati da un solo essere, da cui ha tratto il suo coniuge; poi vi ha dato otto coppie di animali. Vi crea nel ventre delle vostre madri, creazione dopo creazione, in tre tenebre [successive]. Questi è Dio, il vostro Signore [...] (39:6)<sup>2</sup>.

dove per «creazione dopo creazione» si intende «per stadi successivi» alludendo alla formazione e allo sviluppo dell'embrione e del feto in stadi successivi; le «tre tenebre» sono secondo gli esegeti del Corano, la placenta, l'utero, il ventre materno<sup>3</sup>.

In diversi passi del Corano – come ad esempio i versetti 22:5, 35:11, 75:36-40, 77:20-22, 96:2 – si fa riferimento all'embriologia, il più esaustivo è il 23:12-14 in cui vengono elencate sei tappe dell'evoluzione dell'embrione nel ventre materno a partire dalla creazione<sup>4</sup>:

وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سَلَالَةٍ مِنْ طِينٍ (١٢) ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ (١٣) ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ ۚ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ (١٤) ثُمَّ إِنَّكُمْ بَعْدَ ذَٰلِكَ لَمَيِّتُونَ (١٥) ثُمَّ إِنَّكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ تُبْعَثُونَ (١٦)

In verità creammo l'uomo da un estratto di argilla./Poi ne facemmo **una goccia di liquido** [posta] in un sicuro ricettacolo./ Poi di questa goccia facemmo un'aderenza e dell'aderenza una **massa molle** (mudga); dalla massa molle creammo le **ossa** e rivestimmo le ossa di **carne**. E quindi ne facemmo una creatura diversa/**un'altra creatura**. Sia benedetto Dio, il Migliore dei creatori! / E dopo di ciò certamente morirete/ e nel Giorno del Giudizio sarete risuscitati. (23:12-16)

Nel commentare il primo di questa serie di versetti (23:12), il giurista e teologo andaluso Abū 'Abd Allāh al-Qurṭubī (m. 671/1272) si sofferma inizialmente sul fatto che l'origine del primo uomo, Adamo, sia l'argilla, «mentre i suoi figli sono di argilla e sperma»<sup>5</sup>. Per quanto riguarda il significato del versetto 14, il noto esegeta cordovano riporta:

<sup>1</sup> D. ATIGHETCHI, *Islam e bioetica*, Roma, 2009, 86.

<sup>2</sup> La traduzione dell'originale arabo, qui e altrove in questo lavoro, è mia. Per la traduzione dei versetti del Corano mi è stato utile consultare in particolare la traduzione di Ida Zilio-Grandi: A. VENTURA (a cura di), *Il Corano*, Milano, 2010, e quella di R. PICCARDO, *Il Corano*, Roma, 2006.

<sup>3</sup> A. VENTURA (a cura di), *Il Corano*, cit., commento al versetto 39:6, 733.

<sup>4</sup> D. ATIGHETCHI, *op. cit.*, 87.

<sup>5</sup> Per i riferimenti alla letteratura esegetica, cfr. <http://www.altafsir.com>; <https://www.altafsir.com/Tafasir.asp?tMadhNo=1&tTafsirNo=5&tSoraNo=23&tAyahNo=12&tDisplay=yes&Use>

riguardo alle parole di Dio *E quindi ne facemmo una creatura diversa / un'altra creatura*, vi sono diverse interpretazioni: Ibn 'Abbās, al-Ši'bī, Abū al-'Ālyā, al-Ḍaḥḥāk e Ibn Zayd sostengono che si tratti del momento dell'insufflazione dell'anima in esso, dopo che era materia inanimata<sup>6</sup>. È stato riferito anche che Ibn 'Abbās abbia detto che si tratti del momento in cui fuoriesce [dal ventre materno] quando viene al mondo. Qatāda disse che è il momento in cui inizia ad avere capelli/peli. Al-Ḍaḥḥāk: il momento in cui spuntano i denti e crescono i capelli. Muğāhid: quando è nel pieno della giovinezza. Si riferisce che anche Ibn 'Omar abbia detto questo<sup>7</sup>.

Nel commentare le parole *nutfa* e *'alaqa* Qurṭubī rimanda al suo lungo e dettagliato commento al versetto che riporto di seguito, ossia «all'inizio della sura del Pellegrinaggio, dove abbiamo trattato di questo e delle relative prescrizioni, lode e grazie a Dio per questo»<sup>8</sup>.

يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبُعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّن تُّرَابٍ ثُمَّ مِّن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِّن عَلَقَةٍ ثُمَّ مِّن مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَكُمْ  
وَوَقَّرُ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ وَمِنْكُمْ مَّن يُتَوَقَّىٰ وَمِنْكُمْ مَّن يُرْدُّ إِلَىٰ أَرْدَلِ الْعُمُرِ لِكَيْلَا يُعْلَمَ  
مِن بَعْدِ عِلْمٍ شَيْئًا وَتَرَىٰ الْأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنْبَتَتْ مِنْ كُلِّ رَوْحٍ بِهِيجٍ

Oh uomini, se avete dubbi sulla resurrezione, sappiate che Noi vi abbiamo creato dalla terra, poi da una **goccia di sperma**, poi da un'**aderenza**, poi da una **massa molle**, dotata di forma e informe, per manifestarvi [la Nostra potenza]. Noi diamo dimora a quel che vogliamo nell'utero materno fino a un termine stabilito, poi vi facciamo uscire lattanti, per condurvi poi alla pubertà. Qualcuno di voi muore e altri portiamo fino all'età decrepita tanto che non sanno più nulla dopo aver saputo. Vedrai [allo stesso modo] la terra arida ma, quando Noi facciamo scendere l'acqua su di essa, freme e si gonfia e produce ogni sorta di coppie di piante. (Corano 22: 5)

Dopo aver dichiarato che «a questo versetto sono collegate dodici questioni giuridiche», Qurṭubī inizia il lungo e articolato elenco:

La prima: [...] Il significato di *vi abbiamo creati* è abbiamo creato vostro padre Adamo, su di lui la pace, che è l'origine dell'umanità, *dalla terra*, poi abbiamo creato la sua prole/ i suoi discendenti dallo sperma ... *poi da un'aderenza* ossia da sangue solidificato, l'*aderenza* è del sangue morbido, si dice anche che sia il sangue di colore rosso intenso; *poi da una massa molle* che è un pezzetto di carne delle dimensioni di un boccone masticato [...] e questi stadi sono di quattro mesi. Ibn 'Abbās ha detto: «e nei dieci giorni successivi al quarto mese gli viene insufflata l'anima, e questo è il periodo che la vedova deve attendere prima di poter risposarsi dopo la morte di suo marito: quattro mesi e dieci giorni».

La seconda: [...] nel Ṣaḥīḥ si riporta che [...] il Profeta [...] ha detto: «Dopo che quarantadue notti sono trascorse da quando lo sperma è penetrato, Dio invia un angelo che gli dà forma dando luogo all'udito, alla vista, alla pelle, alla carne e alle ossa; poi l'angelo dice: "Oh Signore, è maschio o femmina?" [...] e il

[rProfile=0&Languageld=1](#). La traduzione dell'originale arabo, qui e altrove in questo lavoro, è mia (ultima consultazione 05/03/2023).

<sup>6</sup> Questa convinzione è attestata da al-Zamaḥṣārī (m. 538/1144) nella sua opera di esegesi *al-Kaššāf*, da Faḥr al-Dīn al-Rāzī (m. 606/1209) nelle *Mafātīḥ al-ġayb*, e anche a titolo di esempio, in una più recente opera di esegesi *Faḥḥ al-qadīr* di al-Šawkānī (m. 1250/1834).

<sup>7</sup> Anche qui è stata consultata la versione digitale della già citata monumentale opera di esegesi: <https://www.altafsir.com/Tafasir.asp?tMadhNo=1&tTafsirNo=5&tSoraNo=23&tAyahNo=14&tDisplay=yes&UseRProfile=0&Languageld=1> (ultima consultazione 05/03/2023).

<sup>8</sup> *Ibidem*.

Signore decide ciò che vuole [...]». In un altro Ṣaḥīḥ è riportato che ‘Abd Allāh Ibn Mas‘ūd ha detto: «Il Profeta su di lui la pace e le benedizioni di Dio, che è il veridico, ci ha detto: “La creazione di ognuno di voi viene riunita nel ventre di sua madre per quaranta giorni, poi esso è un’aderenza per altri quaranta giorni, poi è una massa molle per lo stesso periodo, poi viene mandato l’angelo che soffia l’anima in esso». Questo ḥadīṭ spiega il primo ḥadīṭ [...].

La terza: il fatto che la creazione e la formazione [del feto negli aḥādīṭ] sia attribuito all’angelo è una metafora, perché ciò avviene per volontà di Dio e per Sua invenzione. Non vedi che Dio ha attribuito a Sé stesso la vera creazione [segue la citazione dei versetti 7:11, 23:12-13, 64:2, 40:64, 95:4, 96:2] e altri versetti indicano la prova certa che non vi è Creatore di nessuna creatura se non il Signore dei mondi. E lo stesso vale per *poi viene mandato l’angelo che soffia l’anima in esso*: il soffio è lo strumento della creazione da parte di Dio dell’anima e della vita [...].

La quarta: i sapienti sono concordi sul fatto che l’anima viene insufflata [nel feto] dopo centoventi giorni, cioè dopo che sono passati quattro mesi ed è entrato nel quinto, come abbiamo dimostrato tramite gli aḥādīṭ, e a questo bisogna fare riferimento quando ce n’è bisogno per le questioni controverse, e per quanto riguarda il mantenimento delle mogli divorziate, per via della certezza della presenza del feto tramite il suo movimento. Si è detto che la saggezza del precetto per cui la donna debba attendere quattro mesi e dieci giorni prima di risposarsi dopo la morte del marito, consiste nel fatto che con l’inizio del quinto mese si acquisisce la certezza che non vi sia una gravidanza in corso. [...]

L’undicesima: *Noi diamo dimora a quel che vogliamo nell’utero materno* ha detto *quel che vogliamo* e non ha detto *chi vogliamo*, perché si riferisce al feto, cioè «diamo dimora nell’utero materno a ciò che vogliamo di feto e di massa molle» che sono *materia (ġamād)* e quindi sono state citate con *quel*.

Il commentatore e giurista Qurṭubī non ha dubbi: il feto prima dell’inizio del quinto mese di gravidanza è *ġamād* ossia materia inanimata. Tra le definizioni riportate nel noto lessico arabo *Lisān al‘Arab* alla voce *ġamād* troviamo: «ciò che è secco o prosciugato [...] sassi, rocce, ciò che si trova sulla terra, come piccoli rilievi [...]»<sup>9</sup>.

Tre secoli prima, Ibn Ġarīr al-Ṭabarī<sup>10</sup> (m. 310/923) nel suo *Ġāmi‘ al-bayān* non si era dilungato sulle questioni giuridiche, che sono le predilette di Qurṭubī<sup>11</sup>. Il commento dell’illustre esegeta Ṭabarī al versetto 22:5 è infatti molto più breve di quello del collega cordovano (una pagina il primo, sei pagine quest’ultimo). Ṭabarī affronterà la questione dell’inizio vita nelle tre pagine di commento ai versetti 23:13-14:

Gli esegeti sono discordi riguardo al significato di *E quindi ne facemmo un’altra creatura*, alcuni di loro hanno detto che si tratta dell’insufflazione dell’anima in esso da parte di Dio, che lo rende in quel momento un essere umano, e prima di allora era un’immagine. [...] Ibn ‘Abbās ha detto: «*e quindi ne facemmo un’altra creatura* è l’insufflazione dell’anima in esso».

Altri hanno detto: il farne un’altra creatura si riferisce al farlo vivere in diverse condizioni dopo la nasci-

<sup>9</sup> <https://bit.ly/45Xupny> (ultima consultazione 05/03/2023).

<sup>10</sup> Tradizionista e giurista, celebre per il grande commentario coranico dal titolo *Ġāmi‘ al-bayān ‘an ta’wīl al-Qur‘ān* (noto anche sotto altri titoli) oltre che per la grande opera storica dal titolo *Muḥṭaṣar ta’rīḥ al-rusul wa al-mulūk wa al-ḥulafā’*.

<sup>11</sup> Lo dice il titolo stesso dell’imponente opera di esegesi di Qurṭubī, *Al-Ġāmi‘ li aḥkām al-Qur‘ān [Compendio dei precetti giuridici del Corano]*.

ta: l'infanzia, l'età avanzata, l'alimentazione, la crescita dei capelli, dei peli e dei denti e altre condizioni simili che riguardano la vita terrena [...]. Ibn 'Abbās ha detto: «*e quindi ne facemmo un'altra creatura, sia benedetto Dio il Migliore dei creatori*, ossia è uscito dal ventre di sua madre dopo che è stato creato, e uno [dei segni] della Sua nuova creazione è il suo pianto, un altro segno è che gli viene indicato il seno materno, un altro segno della Sua creazione è il fatto che ha saputo stendere le gambe, fino a sedersi, per poi muoversi gattonando, e poi alzarsi in piedi, e poi camminare, per poi essere svezzato e imparare a mangiare e a bere, e poi diventare adolescente e essere in grado di andare in giro da solo<sup>12</sup>.

L'illustre esegeta, sorretto come sempre dal proprio ragionamento indipendente o *iğtihād*, conclude:

L'interpretazione più giusta è quella di chi ha detto che si intende l'insufflazione dell'anima in esso, e con l'insufflazione dell'anima si trasforma in un'altra creatura, e prima di ciò era nelle condizioni in cui Dio l'ha descritto, ossia una goccia di sperma, poi un'aderenza, poi una massa molle, poi ossa. E con l'insufflazione dell'anima in esso, si trasforma da tutti quei significati e acquisisce il significato di umanità, così come suo padre Adamo si è trasformato in essere umano, e quindi in una creatura diversa dall'argilla dalla quale è stato plasmato, con l'insufflazione dell'anima nell'argilla da cui è stato creato.<sup>13</sup>

Riguardo al significato della parola *rūḥ*, che finora abbiamo tradotto con "anima", interroghiamo l'antico lessicografo Ibn Manzūr (m. 711 dell'egira/1312-3 d.C.), autore del già citato celebre dizionario *Lisān al-'arab*, che corrobora costantemente la trattazione linguistica con le espressioni e gli idiomi ritenuti dall'autore non solo i più corretti e alti, ma anche i più diffusi; e che in tal modo, tra le altre cose, offre uno spaccato del bagaglio culturale dell'epoca. La voce dedicata al lemma *rūḥ* nel *Lisān al-'arab* è abbastanza corposa, ne riportiamo una parte significativa:

Ibn al-Aṭīr disse: "il termine *rūḥ* ricorre più volte sia nel Corano che nel ḥadīth con diversi significati, quello prevalente è «ciò tramite cui il corpo è vivo»; è usato anche per designare il Corano, la Rivelazione, la Misericordia, e Ġibrīl [l'arcangelo Gabriele] definito da Dio nel Corano "lo Spirito fedele".<sup>14</sup>

Il termine *'alaqa*, spesso tradotto come "aderenza", significa letteralmente "qualcosa che si aggrappa". Il chirurgo francese convertitosi all'islam M. Bucaille, nel libro *La Bible, le Coran et la science: Les écritures saintes examinées à la lumière des connaissances modernes* (Paris, Seghers, 1976) afferma che l'espressione "qualcosa che si aggrappa" si accorda con la fase dell'attecchimento messa in luce dall'embriologia contemporanea costituendo una delle prove della modernità e del miracolo scientifico del Corano<sup>15</sup>.

Nella fase successiva all'attecchimento, nei versetti coranici l'embrione viene definito *muḍġa* (dal verbo *maḍaġa*, masticare), in questa fase l'embrione assomiglia a un pezzo di carne masticato: osservandolo al microscopio si ha appunto l'impressione di vedere le tracce dei denti che l'hanno masticato.

Ma è l'espressione coranica "un'altra creatura" (23:14) che introduce la riflessione più caratteristica del pensiero islamico riguardo all'inizio vita, cioè l'infusione dell'anima nel feto da parte di Dio, come riaffermato in altri versetti (*Il tuo Signore disse agli angeli: «lo creerò un uomo dall'argilla / e quando*

<sup>12</sup> <https://bit.ly/3SpSEb2> (ultima consultazione 05/03/2023).

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> <https://bit.ly/3Sq8ZMX> (ultima consultazione 05/03/2023).

<sup>15</sup> D. ATIGHETCHI, *op. cit.*, 87.

*l'avrò plasmato e avrò insufflato in lui del mio spirito, prosternatevi davanti a lui» 38: 71-72).* L'animazione assume infatti un'importanza fondamentale per due ragioni. Anzitutto sottolinea la superiorità dell'uomo – essere dotato di anima originariamente insufflata da Dio – rispetto alle altre creature viventi, come sottolineato nella maggior parte delle opere di esegesi del Corano riguardo a questo versetto. Inoltre distingue due fasi nello sviluppo fetale: la prima senza anima, la seconda animata; una distinzione che ha assunto storicamente una grande rilevanza nei tentativi di determinare la qualificazione giuridica dei differenti atti abortivi, cioè se si tratta di un atto *jā'iz* (permesso), *makrūh* (biasimevole) o *harām* (proibito) dal punto di vista islamico.

I detti autentici del Profeta rappresentano per la tradizione islamica il commento “autentico” della Parola di Dio, giacché sviluppano e completano le indicazioni e i precetti in essa contenuti. Il versetto 23:14 non precisa quando avviene l'infusione dell'anima, quest'informazione viene fornita da diversi *aḥādīth* presenti, tra gli altri, nelle due più note raccolte di detti del profeta Muḥammad: quella redatta da Buḥārī e quella di Muslim.

In un *ḥadīṭ* di Buḥārī Muḥammad afferma: «Ciascuno di voi viene creato nel ventre della madre per quaranta giorni; in altri quaranta diventa un'aderenza; in altri quaranta [una massa molle simile per dimensioni e forma a] un boccone masticato [...] Poi Dio soffia in lui lo spirito».

Un altro detto in Muslim indica come nella quarantaduesima notte dal concepimento, un angelo inviato da Dio inizia a differenziare gli organi del feto, ma il testo non fa alcun accenno all'infusione dell'anima: «Dopo che quarantadue notti sono trascorse da quando lo sperma è penetrato, Dio invia un angelo che lo forma dando luogo a orecchie, occhi, pelle, carne e ossa. Poi l'angelo dice: “Oh Signore! È maschio o femmina?” E il tuo Signore decide ciò che vuole [...]»<sup>16</sup>.

In un celebre *ḥadīṭ* che ritroviamo sia nella raccolta di Buḥārī che in quella di Muslim si legge: «La creazione di ciascuno di voi avviene per quaranta giorni sotto forma di sperma, per altrettanti sotto forma di aderenza, per altrettanti sotto forma di massa molle, quindi gli viene inviato l'angelo che vi insuffla lo spirito/l'anima»<sup>17</sup>.

Infine due *aḥādīṭ* in Nawawī citano la discesa dell'angelo dopo che la *nutfa* è rimasta nell'utero per 40 o 45 notti oppure la discesa angelica dopo 40 notti di permanenza della *nutfa* nell'utero allo scopo di dargli una forma<sup>18</sup>.

Sulla base di questi testi, nel corso della storia è scaturita da parte degli studiosi musulmani una notevole mole di commenti e valutazioni. È sempre esistito un sostanziale accordo nel vietare il procurato aborto dopo l'infusione dell'anima (120 giorni dalla fecondazione o 40) tranne nel caso di aborto terapeutico (cioè per salvare la vita materna) in quanto con l'animazione il feto acquisisce caratteri che ne impongono una maggiore tutela. Al contrario, prima dell'infusione le opinioni dei giuriconsulti sul procurato aborto oscillano dall'autorizzazione al divieto, mentre l'aborto per salvare la vita della madre non ha mai provocato forti obiezioni.

Abortire per timore di non essere in grado di provvedere al mantenimento del futuro nascituro dal punto di vista economico non è accettabile dal punto di vista islamico, infatti nel Corano si legge:

<sup>16</sup> A.F.M. EBRAHIM, *Biomedical Issues-Islamic Perspective*, Mobeni, I.M.A., South Africa, 1998, 115-116.

<sup>17</sup> [http://library.islamweb.net/newlibrary/display\\_book.php?idfrom=17&idto=19&bk\\_no=81&ID=6](http://library.islamweb.net/newlibrary/display_book.php?idfrom=17&idto=19&bk_no=81&ID=6) (ultima consultazione 05/03/2023); cfr. anche R. PICCARDO, *Il Corano*, cit., nota al versetto 23:14.

<sup>18</sup> S. AKSOY, *Can the Time of Ensoulment be the Beginning of an Individual Person?*, in *JIMASA*, 1998, 4, 1.

«Non uccidete i vostri figli per timore della miseria: Noi provvediamo a loro, come [provvediamo] a voi stessi. Ucciderli è veramente un peccato gravissimo» (17: 31)<sup>19</sup>.

## 1.2. L'aborto prima dell'infusione dell'anima

Secondo la scuola *hanafita* (comprendente la maggioranza dei giuristi negli ultimi secoli) l'aborto è consentito sulla scorta di una valida giustificazione, la più frequente tra le quali era l'esistenza di un bimbo da allattare mentre iniziava la nuova gravidanza; una situazione che si credeva provocasse il prosciugamento o l'impoverimento del latte materno a danno del lattante<sup>20</sup>. L'erudito hanafita Haskafi (m. 1677 d.C.) accordava alla gravida la possibilità di abortire entro i primi quattro mesi anche senza il consenso del marito. Secondo Ibn 'Abdīn (m. 1836) «provocare un aborto è autorizzato a meno che una parte del feto non sia già pienamente creato, il che non accade prima dei centoventi giorni di gravidanza» e col supporto di un valido motivo come l'evitare una nuova gravidanza in presenza di un lattante<sup>21</sup>.

Tra le più significative opinioni della scuola *shafi'ita* emerge quella di Ġazālī (m. 1111) che rappresenta un tentativo di sintesi tra le differenti tesi giuridiche elaborate partendo dalle sei fasi elencate nel Corano (23:12-14). Ġazālī dichiara:

Il primo grado dell'esistenza è quello in cui lo sperma scorre nell'utero e si meschia con lo sperma della donna diventando in tal modo ricettivo alla vita; distruggere ciò costituisce già un attentato contro un essere esistente; se la goccia di mescolanza diventa *muḍġa* e *'alaqa* (aderenza), l'attentato è già più grave; lo è ancora di più quando l'anima vi è stata infusa ed esso ha assunto forma umana; ma il massimo dell'atrocità viene raggiunto quando il crimine è commesso dopo che il feto è nato vivo" (*Iḥyā' 'ulūm al-dīn* 2,58)<sup>22</sup>.

Da questo brano si evince che, secondo Ġazālī, la vita biologica inizia con la fecondazione e che l'interruzione dello sviluppo fetale in questa fase è già un reato, che si aggrava progressivamente fino all'omicidio di un bimbo già nato. L'opinione di Ġazālī si presta a due interpretazioni contrapposte nel diritto musulmano sul fenomeno abortivo. La prima vieta l'aborto sin dalla fecondazione ad eccezione dell'aborto terapeutico. La seconda interpretazione, forse la più diffusa, pone l'accento sulla progressione della gravità dell'atto abortivo col passare del tempo. A parte Ġazālī, tuttavia, la maggioranza dei giuristi shafi'iti consentiva l'aborto entro 40 o 42 giorni col permesso dei coniugi, aborto che in ogni caso rimaneva un atto giuridicamente biasimevole (*makrūh*)<sup>23</sup>.

Parecchi giureconsulti della scuola *hanbalita* tolleravano la pratica abortiva nei limiti di 40, 80, o 120 giorni dalla fecondazione. Il giurista medievale Ibn Rajab (XIV sec.) contestava l'opinione di quei giureconsulti che equiparavano l'aborto di un feto privo di spirito al *coitus interruptus*, perché l'embrione è un feto già concepito, mentre nel *coitus interruptus* non c'è ancora il feto<sup>24</sup>. I dotti han-

<sup>19</sup> Al riguardo si veda anche il versetto 6:151.

<sup>20</sup> I. NAZER, H.S. KARMI et al. (Eds.), *Islam and Family Planning: A Faithful Translation of the Arabic Edition of the Proceedings of the International Islamic Conference held in Rabat (Morocco), December 1971*, Beirut, 1974, II, 538 e 543.

<sup>21</sup> D. ATIGHETCHI, *op. cit.*, 88.

<sup>22</sup> M. GHAZALI, *Le Livre des Bons Usages en Matière de Mariage*, Paris-Oxford, Maisonneuve-Thornton, 1953, 90.

<sup>23</sup> D. ATIGHETCHI, *op. cit.*, 89.

<sup>24</sup> [http://library.islamweb.net/newlibrary/display\\_book.php?idfrom=17&idto=19&bk\\_no=81&ID=6](http://library.islamweb.net/newlibrary/display_book.php?idfrom=17&idto=19&bk_no=81&ID=6).



baliti dichiarano che quando l'embrione è già consolidato diventa illecito abortirlo, a differenza della goccia di sperma che non è ancora consolidata e non può produrre un feto<sup>25</sup>. Altri giurisperiti hanbaliti permettono la fuoriuscita dello sperma entro 40 giorni come sostenuto nel *Ġāyat al Muntahā* di Ibn Abī Bakr (XVII sec.): una donna può prendere un medicamento lecito per espellere lo sperma ma non un grumo di sangue<sup>26</sup>.

La scuola *malikita* risulta essere la più rigida nei confronti dell'aborto nei primi quattro mesi: la maggioranza degli studiosi di questa scuola proibisce l'aborto anche anteriormente ai 40 giorni dall'inizio della gravidanza. Contemporaneamente i malikiti concordano nel vietarlo dopo quattro mesi, ma con una forte disponibilità nei confronti dell'aborto terapeutico. Così si esprimeva Al-Dardir (m. 1786): «[...] non è consentito togliere dall'utero il seme in via di sviluppo anche precedentemente ai 40 giorni; e ciò è unanimemente interdetto dopo l'animazione»<sup>27</sup>. Analoga posizione viene rivendicata da al-Dasuqi (XIX sec.). La ragione di tale rigidità deriva dalla concezione dell'embrione inteso quale creatura in attesa dell'anima a cui è destinato da Dio. A tal fine il seme non andrebbe mai manipolato una volta nell'utero. Solo una minoranza dei malikiti tollera l'aborto entro 40 giorni, nel qual caso l'atto viene comunque giudicato biasimevole (ma non proibito).

### 1.3. L'aborto dopo l'animazione

Con l'infusione dell'anima l'interruzione di gravidanza è considerata vietata dai dotti musulmani in quanto il feto acquisisce dei caratteri che ne impongono una maggiore tutela. Questo divieto di abortire dopo l'animazione in genere non vale, come abbiamo segnalato, per l'aborto "terapeutico". Ma tale espressione è elastica e può includere casi differenti.

È intuibile che l'accettazione dell'aborto terapeutico per salvare la donna sacrificando il feto derivi da uno specifico giudizio di valore tra le due vite. Per la maggioranza dei giurisperiti musulmani, infatti, alla madre si riconosce un valore superiore a quello del feto, in quanto forma di vita già sviluppata ed eventualmente ancora fonte di una nuova vita; inoltre, in soccorso della madre si ricorre al principio giuridico del "male minore" e a quello dell'albero e del ramo in cui il secondo (il feto-ramo) è sacrificabile alla sopravvivenza del primo (la madre-albero).

Uno dei più apprezzati giurisperiti egiziani degli anni '1950, lo sheikh Mahmud Shaltut (1893-1963), incarna l'opinione "mediana" prevalente sull'aborto, in quanto ritiene che i giuristi musulmani concordino sul divieto di abortire dopo quattro mesi di gravidanza e dopo l'infusione della vita nel feto, considerandolo un crimine contro una creatura vivente. Ma se questa esistenza, dopo che la vita è stata infusa, rischia di provocare la morte della madre, allora i principi della religione islamica permettono di ricorrere al minore tra i due mali, cioè all'aborto.

La casistica dei cosiddetti "validi motivi" per legittimare l'interruzione della gravidanza è assai varia. Secondo la versione *hanafita* sviluppata da Mustafa al-Zarqa (Siria, 1904-1999) questi validi motivi

<sup>25</sup> O.S. ASHQAR (AL), *The Inception and End of Life*, in K. MAZKUR (AL), A. SAIF (AL), et al. (Eds.), *Human Life. Its Inception and End as viewed by Islam*, Kuwait, Islamic Organization for Medical Sciences (IOMS), 1989, 123 – 146, 140.

<sup>26</sup> T. WA'II (AL), *Islamic Verdict on Abortion*, in K. MAZKUR (AL), A. SAIF (AL), *Human life. Its Inception and End as viewed by Islam*, Kuwait, Islamic Organization for Medical Science (IOMS), 1989, 210-221, 216.

<sup>27</sup> M. BOUZIDI, *L'Islam e la société marocaine face à la contraception*, in *Annuaire de l'Afrique du Nord*, XVIII, 1979, 285-303, 290.

prevedono una salute materna debole oppure la convinzione che la salute del lattante venga danneggiata (causa deterioramento del latte) se la madre è nuovamente gravida e se il padre non può pagare una balia. In realtà la medicina attuale dimostra che l'allattamento in una donna nuovamente gravida non provoca danni al lattante per cui tale giustificazione risulta scientificamente superata, anche se era accettata da parecchi giurisperiti dell'Università Al-Azhar tra gli anni '60 e '80 del secolo scorso.

Accanto all'orientamento dominante, favorevole dell'aborto terapeutico, è sempre esistita una minoranza di giurisperiti (rientranti nelle diverse correnti) contraria ad esso, soprattutto successivamente all'animazione, in base a due considerazioni principali:

1. Non è sicuro che la madre muoia se il feto non viene abortito, per cui tale dubbio rappresenta un motivo sufficiente per non ucciderlo. La morte materna quale effetto della gravidanza è presunta e non è consentito uccidere un essere umano sulla base di una supposizione; Ibn 'Abdin, fautore di questa idea, sostiene:

Se il feto è vivo e la vita materna risulta minacciata dalla gravidanza, non è permesso abortire perché la morte della madre viene supposta e non è lecito interromperla [la gravidanza]. La morte materna quale effetto della gravidanza è presunta e non è consentito uccidere un essere umano sulla base di una supposizione.<sup>28</sup>

2. Dopo l'infusione il feto è un essere umano e come tale deve essere sempre difeso (cfr. fatwa del Gran Mufti d'Egitto Abdul-Majid Salim nel 1937).

#### 1.4. Questioni di bioetica islamica legate all'aborto

La posizione prevalente nell'Islam faceva (e fa tutt'ora) coincidere l'inizio della vita biologica con la fecondazione, mentre la vita umana ha luogo solo con l'animazione, come risulta dalle opere di esegesi che abbiamo citato, sia quelle più recenti che quelle più antiche.

Secondo la dottrina giuridica islamica, il nascituro nell'utero è persona di cui si spera l'esistenza, per cui si riconosce l'esigenza di tutelarne alcuni diritti ed interessi prima della nascita. Di conseguenza il nascituro può acquisire una donazione e si può istituire una fondazione a suo favore. Tuttavia gli shaf'iti non concordano con questa posizione, in quanto il nascituro non può prenderne possesso, condizione indispensabile alla validità della donazione.

Quando si apre una successione, se esiste un nascituro si deve sospendere la divisione fino al parto e secondo alcuni giurisperiti ('Āsim, Khalīl, Dasūqī) si deve riservare la quota al nascituro. Se esso non nasce o nasce morto, decade ogni diritto riservatogli. Si considera nato morto il neonato che non ha dato segni di vita, specialmente grida o vagiti; il feto nato morto o non vitale si reputa non nato e inesistente, non acquista diritti né li trasmette. Una serie di dettagli riguardo a tali questioni giuridiche si trova in vari commenti del Corano, soprattutto in quelli classici; la più lunga e dettagliata è quella del già citato Qurṭubī.

Di seguito riportiamo alcune delle opinioni espresse negli ultimi decenni da singole autorità o da organizzazioni islamiche, opinioni che ricalcano le differenti vedute emerse storicamente.

<sup>28</sup> M. N. YASIN, *Abortion between Islamic Regulation and Medical Findings*, in A.R. GINDI (AL) (Ed.), *Human Reproduction in Islam*, Kuwait, Islamic Organization for Medical Sciences (IOMS), 1989, 202-209, 202-203.

In una fatwa del 1964 il Gran Mufti del Regno di Giordania, sheykh 'Abd Allah Al-Qalqālī, sosteneva che le quattro scuole giuridiche più diffuse nel mondo islamico accettano il *coitus interruptus* e la contraccezione. Per analogia risulta accettabile il ricorso a farmaci abortivi prima di 120 giorni in quanto il feto non ha ancora assunto una forma umana; gli *hanafiti* lo permetterebbero in presenza di qualche giustificazione come la presenza di un figlio da svezzare<sup>29</sup>. Tra le giustificazioni valide non rientra quasi mai l'aborto quale mezzo di controllo delle nascite su larga scala, proprio perché l'islam non vieta la contraccezione. Un esempio venne fornito nel 1965 dal II Congresso dell'Accademia egiziana delle Ricerche islamiche che riaffermava il divieto sharaitico di ricorrere all'aborto e alla sterilizzazione per limitare le nascite.

Un hanafita contemporaneo, il siriano Muhammad Al-Būṭī (m. 2014), consente l'aborto entro i 40 giorni in quanto la *nutfa* è una goccia-cellula di vita priva di anima e forma; entro questo termine si richiede il consenso di entrambi i genitori. Entro 120 giorni l'aborto può essere lecito se la vita del lattante è a rischio a causa della scarsità di latte che sarebbe provocata, secondo Al-Būṭī, da una nuova gravidanza. Inoltre sostiene che oltre i 120 giorni l'aborto è lecito se il medico teme per la vita materna o esistono pericoli per il lattante<sup>30</sup>.

Il Comitato Etico dell'Associazione Medica Islamica del Nord America ha recentemente sostenuto la legittimità dell'aborto nei primi 120 giorni per salvare la vita e/o la salute materna da gravi danni psico-fisici<sup>31</sup>. L'aborto è permesso nello stesso periodo nel caso di malformazioni letali del feto, ma anche non letali purché dietro il consenso degli esperti. L'aborto è inoltre lecito in caso di stupro, incesto e crimini di guerra.

Nel 2004, l'ultima versione del Codice Islamico di Etica Medica dell'Organizzazione Islamica per le Scienze Mediche (IOMS) proibiva l'aborto, tranne qualora la salute e la vita materna risultassero minacciate. In questi casi l'aborto veniva consentito prima della fine del quarto mese di gravidanza.

Nel 1971 la dichiarazione finale del Congresso sull'Islam di fronte alla regolamentazione delle nascite, svoltosi a Rabat (Marocco) alla presenza di esperti di oltre una ventina di Stati musulmani, riassumeva chiaramente la posizione prevalente nel mondo musulmano: il congresso affermava che i giureconsulti musulmani sono concordi nel dichiarare l'aborto vietato (*ḥarām*) dopo il quarto mese, eccetto che per salvare la vita della madre. Tale congresso giungeva di fatto a proibirlo in ogni fase della gravidanza, tranne in caso di necessità, cioè per proteggere la vita materna, nonostante l'esistenza, in proposito, di divergenti opinioni tra i giureconsulti.

Dall'osservazione delle legislazioni degli Stati a maggioranza islamica sull'aborto non si può non notare come, il più delle volte, le normative statali siano intrecciate ai parametri, peraltro diversificati, della tradizione giuridica classica in materia di aborto.

Di notevole interesse la legge dell'Arabia Saudita, che fa contemporaneamente riferimento ai termini legali di 40 e 120 giorni per abortire, espressa nell'articolo 24 della Risoluzione ministeriale 288/17/L del 23/1/1990 promulgante le norme di attuazione dei regolamenti sulla Pratica Medica ratificati con il Regio Decreto M/3 del 2/10/1988. L'articolo in questione vieta l'aborto tranne nel caso in cui venga effettuato per salvare la vita materna; tuttavia, prima dei quattro mesi si può abortire quando esiste

<sup>29</sup> O. SCHIEFFELIN (ed.), *Muslim Attitudes toward Family Planning*, New York, 1974, 3-5; M. BOUZIDI, art. cit., 302.

<sup>30</sup> A.R. OMRAN, *Family Planning in the Legacy of Islam*, London, 1994, 192-193.

<sup>31</sup> D. ALTIGHETCHI, *Islamic Bioethics*, cit., 113.

la certezza che la prosecuzione della gravidanza causerà gravi danni alla salute della donna. Per articolare meglio questo principio generale il testo di legge include la risoluzione n. 140 del Consiglio dei grandi ulema sauditi del 19/2/1987 che inizia riaffermando il divieto di abortire in qualsiasi stadio della gravidanza, tranne nei limitati casi consentiti dalla sharia: nei primi 40 giorni l'aborto è lecito per produrre un beneficio legittimo (non si precisa quale) o evitare un danno previsto (non si precisa quale). Dal quarantesimo giorno fino alla fine dei quattro mesi l'aborto è illecito a meno che un apposito comitato di medici attesti che la prosecuzione della maternità danneggerà la salute della donna potendo causarne anche la morte. Dopo quattro mesi è vietato abortire tranne nel caso in cui i medici attestino che la prosecuzione della gravidanza ucciderà la madre. L'aborto risulta consentito entro questi limiti al fine di evitare il più grave tra due rischi e scegliere il migliore tra due benefici (classico principio generale del diritto musulmano e dell'etica medica islamica). L'articolo 24.2.L precisa la procedura da seguire per realizzare l'aborto. Il direttore dell'ospedale in cui si trova il reparto maternità deve formare un comitato di tre specialisti col compito di preparare una relazione (firmata dai membri del comitato e approvata dal direttore dell'ospedale) in cui vengono illustrati i rischi che la madre correrà nell'eventuale continuazione della maternità. Se l'aborto viene raccomandato, la situazione deve essere esposta alla donna e al marito, e il loro consenso scritto risulta necessario per intervenire.

Il Consiglio della Giurisprudenza Islamica (organo della Muslim World League), nella XII sessione, tenutasi a Mecca nel 1990, aveva approvato l'aborto entro i primi 120 giorni dal concepimento se il feto è affetto da incurabili handicap e la vita, dopo la nascita, rischia di essere miserabile per il neonato e per i famigliari. Anche in questo caso è richiesto il consenso preventivo di entrambi i genitori.

## 2. L'eutanasia

Va premesso che, nonostante vi siano dei principi generali del credo islamico inerenti alle principali questioni di bioetica, nella maggior parte dei numerosi documenti scientifici e giuridico-religiosi prodotti da esponenti di fede e cultura islamica nel mondo il discorso è assai articolato e lascia ampio spazio alla valutazione caso per caso, come abbiamo visto sopra per quanto riguarda l'aborto. La posizione delle autorità religiose islamiche considera infatti positivamente l'uso dei progressi scientifici e tecnologici per migliorare la qualità della vita e per allungarla, ma allo stesso tempo le fatwe, i documenti giuridico-religiosi o quelli dei comitati di bioetica islamica o i codici deontologici dei medici musulmani, possono presentare pareri differenti a seconda delle valutazioni che vengono fatte per ogni singolo caso. Sono i sanitari a decidere caso per caso come procedere, ad esempio anche per quanto riguarda la donazione degli organi, come vedremo, data la necessità di valutare con attenzione la morte cerebrale del paziente.

La sacralità della vita umana è un principio fondamentale nell'Islam. Nel Corano, infatti, si legge: «Chiunque uccida una persona è come se avesse ucciso tutta l'umanità, e chiunque salvi la vita di una persona, è come se avesse salvato tutta l'umanità» (5:32); «Non prendere alcuna vita che Dio ha reso sacra» (6:151). Numerosi aḥādīṭ esprimono lo stesso orientamento: il profeta Muḥammad aveva ad esempio dichiarato che è meno grave che venga rasa al suolo la Ka'ba (la moschea più sacra per i musulmani) piuttosto che vi sia spargimento di sangue.

Detto questo, appare evidente che nell'Islam non vi è posto per un diritto al suicidio. È un peccato gravissimo causare la morte di una persona, ma anche uccidersi o tentare di uccidersi. Dal momento che non abbiamo creato il nostro corpo, esso non ci appartiene in modo esclusivo. Il musulmano ha il dovere di curarlo, nutrirlo, salvaguardarlo senza violare il diritto che su di esso ha il suo creatore, Dio. Nel Corano si legge: «Non uccidete voi stessi, perché in verità Dio è più misericordioso con voi» (4:29).

Il concetto di «vita senza valore» o non degna di essere vissuta così come il concetto di «uccidere per atto di misericordia», cioè per evitare una sofferenza, sono alieni all'Islam.

Il Codice Islamico di Etica Medica stabilito dalla Prima Conferenza Internazionale di Medicina Islamica svoltasi a Kuwait, nel 1981, riguardo all'eutanasia stabiliva:

L'eutanasia, come il suicidio, non ha supporti se non in una visione atea della vita, la quale ritiene che la vita sulla terra sia seguita dal nulla. L'Islam rifiuta la pretesa di poter sopprimere un essere umano anche nel caso di una malattia incurabile particolarmente dolorosa, poiché *non* vi è dolore umano che non possa essere trattato dalla medicina palliativa o dalla neurochirurgia. Se è scientificamente accertato che le funzioni vitali non possano essere restaurate, in quel caso è inutile mantenere il paziente in uno stato vegetativo grazie all'uso di macchinari o attraverso l'ibernazione o altri metodi artificiali. Il medico mira a mantenere il processo della vita, non quello della morte. In ogni caso, il medico non prenderà alcuna misura atta a mettere fine volontariamente alla vita del paziente<sup>32</sup>.

Nell'Islam è prioritario cercare il trattamento medico della malattia, ossia cercare la cura e curarsi è un dovere anche religioso. Il Profeta Muḥammad disse: «Cercate la cura, con l'aiuto di Dio, poiché, per ogni malattia, Dio ha dato anche una cura»; disse anche: «Il vostro corpo ha dei diritti su di voi». Quando, però il trattamento, sia esso chirurgico, farmaceutico o, secondo la maggioranza degli studiosi islamici, dovuto agli equipaggiamenti per l'animazione artificiale, non offre alcun risultato, allora cessa di essere obbligatorio. Fino a quando, però, la vita del paziente non termina spontaneamente, devono essergli garantiti tutti i diritti di ogni essere umano, compreso il diritto all'assistenza, al sollievo dal dolore (anche tramite le cure palliative), al nutrimento e all'idratazione.

### 3. L'allattamento

Anche l'allattamento è regolato da alcuni versetti del Corano. Il Corano raccomanda l'allattamento al seno e i seguenti versetti ne valutano la durata fino a due anni: «Abbiamo raccomandato all'uomo di trattare bene i suoi genitori: sua madre l'ha portato in grembo di travaglio in travaglio, [lo allattò] e lo svezzò dopo due anni: sii riconoscente a Me e ai tuoi genitori [...]» (31:14). «Abbiamo ordinato all'uomo la bontà verso i genitori: sua madre lo ha portato in grembo con fatica e con fatica lo ha partorito. La gestazione e lo svezzamento sono durati [almeno] trenta mesi [...]» (46: 15)<sup>33</sup>. Dal punto di vista islamico quindi l'allattamento è un sacrosanto diritto del bambino, come si evince anche dal seguente versetto, nel quale troviamo delle raccomandazioni ancora più precise:

<sup>32</sup> <https://www.encyclopedia.com/science/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/islamic-code-medical-ethics-kuwait-document> (ultima consultazione 25/03/2023).

<sup>33</sup> Gli esegeti del Corano hanno dedotto da questi due versetti – visto che l'allattamento deve durare dove è possibile due anni – che il minimo di una gravidanza per una vita possibile per il feto è di sei mesi.

Quanto a coloro che vorranno dare ai loro figli un allattamento completo, le madri li allatteranno per due anni interi. Il padre del bambino dovrà provvedere al cibo della madre e ai suoi vestiti come si conviene, ma nessuno è obbligato a fare più di quello che può. La madre non dovrà patire un danno per il figlio, e nemmeno il padre. L'erede ha i medesimi obblighi. E se, dopo che si siano consultati, i coniugi concorderanno di svezzarlo, non faranno peccato. Né farete peccato se darete da allattare i vostri figli a una nutrice a patto che versiate il dovuto, come si conviene. Temete Dio e sappiate che in verità Egli osserva quello che fate. (Corano, 2:233)

In un altro versetto sono riportate importanti raccomandazioni riguardo all'allattamento e al divorzio:

Fatele abitare dove voi stessi abitate, secondo i vostri mezzi. Non fate loro del male mettendole in ristrettezze. Se sono incinte, provvedete al loro mantenimento fino a che non abbiano partorito. Se allatteranno per voi, date loro un compenso e accordatevi tra voi convenientemente. Se avrete difficoltà, un'altra donna allatti il vostro bambino. (Corano 65:6)

In questi versetti e da diversi detti del profeta Muhammad si trovano dunque raccomandazioni che sono in perfetta sintonia con le più recenti raccomandazioni delle organizzazioni sanitarie a livello internazionale in materia di allattamento. L'OMS (Organizzazione Mondiale della Sanità) ad esempio considera l'allattamento uno degli obiettivi prioritari per la salute pubblica a livello mondiale.

Dal punto di vista islamico, quindi, il bambino ha diritto all'allattamento al seno possibilmente per 24 mesi. Il padre ha il dovere di provvedere a tutto ciò di cui necessita la madre per poter allattare serenamente il loro neonato. In caso di difficoltà da parte della madre ad allattare, è dovere del padre del bambino assicurare un'alternativa affinché venga allattato al seno, ricorrendo ad esempio ad una nutrice (balia) e provvedendo a corrisponderle il compenso pattuito. Questi obblighi si estendono ai parenti o allo Stato quando il padre del neonato non dispone dei mezzi sufficienti per provvedere ai bisogni della madre necessari per permetterle di dedicarsi serenamente all'allattamento del neonato. In caso di morte del padre, i suoi eredi devono provvedere al mantenimento della madre e a provvedere a che il neonato venga allattato al seno.

Nella Dichiarazione del Cairo sui diritti umani nell'Islam (1990) si legge:

Fin dal momento della nascita ogni bambino ha diritto, nei confronti dei genitori, della società e dello Stato, ad avere in modo appropriato nutrimento, educazione e cure materiali, igieniche e morali. Sia il feto sia la madre devono essere protetti e ricevere speciale assistenza. (Articolo 7, paragrafo a.)

Questi obblighi valgono anche in caso di divorzio per tutto il periodo di gravidanza e per il successivo periodo di allattamento.

### 3.1. Le banche del latte materno

Per quanto riguarda il concetto del dono, le donazioni *fī sabīl Allah*, cioè le offerte fatte per ottenere il compiacimento da parte di Dio e senza che vi sia alcun interesse personale, sono fortemente incoraggiate e raccomandate nell'Islam come forma di purificazione della propria ricchezza e come atto necessario per l'espiazione dei peccati ai quali tutti siamo esposti. Molti dei versetti del Corano e degli insegnamenti del profeta Muhammad invitano a donare anche quando non si è particolarmente benestanti, ossia tutti sono tenuti a donare quando possono, ciascuno a seconda della propria condi-

zione economica. Queste offerte si chiamano *sadaqa*, ossia «prova di una fede sincera». D'altro canto uno dei pilastri della religione islamica è la *zakāt* che ogni musulmano deve versare annualmente per aiutare alcune categorie svantaggiate, se la sua ricchezza supera una certa soglia chiamata *niṣāb*. In questa ottica e in questi valori si può assolutamente far rientrare il concetto del dono del latte materno da parte di donne che hanno la possibilità di farlo gratuitamente, ma anche dietro compenso se ne avessero bisogno, sia come nutrici (balie) che si rendono disponibili ad allattare un neonato sia donando il proprio latte alle banche del latte per essere conservato e utilizzato, naturalmente nel rispetto delle norme igienico sanitarie. È un atto che dal punto di vista islamico è considerato di grande valore perché rientra nell'ambito del dovere etico islamico di salvare la vita altrui.

La questione della istituzione delle banche del latte nel mondo islamico è attualmente oggetto di dibattito e ci sono principalmente due pareri al riguardo. Coloro che sono contrari alle banche del latte materno giustificano il loro parere con le seguenti due motivazioni: 1) i costi troppo alti per la gestione di un progetto del genere nei Paesi in via di sviluppo; 2) un altro motivo è quello che riguarda "la parentela di latte", che nella giurisprudenza islamica è equiparata sotto molti aspetti alla parentela di sangue: un bambino che riceve cinque (o più di cinque) poppate da una donna, viene considerato "figlio per allattamento" della donna che lo ha allattato e quindi "fratello di latte" delle sue figlie, e quindi non potrà da adulto contrarre matrimonio con loro.

Coloro che invece sono favorevoli alla donazione del latte materno e alle banche del latte non prendono in considerazione queste argomentazioni considerando che quelle regole giuridico religiose sono applicabili esclusivamente quando l'assunzione del latte avviene direttamente dal seno della nutrice, interpretando in quest'ottica i detti del profeta Muhammad, nei quali in effetti si fa riferimento a cinque poppate sazianti ottenute direttamente dal seno della nutrice. Quest'ultimo parere è considerato più logico dalla maggior parte degli studiosi e degli esperti di diritto islamico.

#### 4. La donazione e il trapianto degli organi

I trapianti d'organo in terra musulmana risalgono agli inizi degli anni Settanta. La stragrande maggioranza dei giurisperiti musulmani è favorevole al trapianto, essi fanno riferimento ai seguenti principi ripresi dalla dottrina giuridica islamica:

1. il versetto coranico 5:32 «Chiunque salva la vita di una persona è come se avesse salvato tutta l'umanità». Questo versetto è in perfetta sintonia (allo scopo di giustificare i trapianti) con due detti del profeta Muhammad riportati nel Codice Islamico di Etica Medica (Kuwait, 1981). Il primo afferma che i credenti, uniti nell'amore, sono come un solo corpo per cui, se una sua parte viene colpita da una malattia, tutte le altre parti del corpo verranno in suo soccorso; il secondo ricorda che i credenti sono come i mattoni di una stessa casa che si sorreggono a vicenda.
2. Un detto del Profeta, che abbiamo già citato, riportato nel *Ṣaḥīḥ al-Bukhārī* afferma: «Non esiste una malattia per la quale Dio non abbia creato anche la cura». Questo ḥadīṭ viene interpretato come un esplicito invito ai medici a scoprire le cure necessarie per sconfiggere le varie patologie, e in questo senso in alcuni casi il trapianto può essere una delle cure o l'unica cura possibile.
3. Un principio giuridico islamico afferma che «la necessità fa eccezione alla regola e rende lecito ciò che altrimenti sarebbe vietato». Vi è infatti un detto nel quale il Profeta afferma che spezzare un os-

so a un morto equivale a rompere quello di un vivente; in realtà alla luce del principio di necessità, tale ḥadīṭ intenderebbe sottolineare che nessun danno ingiustificato deve essere inferto a un defunto, mentre determinati trattamenti “necessari” non rientrerebbero tra quelli proibiti. In ogni caso l’islam insegna che il cadavere di qualsiasi essere umano deve essere oggetto di rispetto e vieta qualunque forma di offesa o di sfregio per la salma di qualsiasi persona. Sulla base del versetto «In verità abbiamo reso nobile l’essere umano» (Corano 17:70) l’islam impone di preservare la dignità di ogni essere umano sia da vivo che da morto. Gli studiosi e i giuristi musulmani riconoscono la possibilità di violare alcuni diritti dei morti per rispettare i diritti dei vivi. Il noto imam Al-Nawawī (m. 1277) affermò ad esempio: «Si taglia l’addome di una donna morta durante la gravidanza per far uscire dal suo grembo il feto vivo, perché si tratta di mantenere una vita sacrificando una parte del corpo del morto». Prima di lui, un altro noto giurista e teologo, Ibn Qudāma (m. 1223), disse: «[Ciò è lecito] Perché si tratta di danneggiare una parte del morto per salvare un vivo». An-Nawawī riferisce ancora: «Salvare il vivo ha priorità rispetto al fatto di non violare la dignità del morto»<sup>34</sup>.

4. Il principio del “male minore”<sup>35</sup> in base al quale un danno su un cadavere (violare un morto per prelevargli un organo) è tollerato per prevenire un danno maggiore su un vivente che senza tale organo morirebbe. Ma allo stesso tempo il principio «Non si può allontanare un danno per mezzo di un altro danno equivalente o superiore» pone dei limiti alla pratica del trapianto, che va praticato con la dovuta cautela.

Secondo il saudita M.A. Albar, la donazione degli organi è un atto di carità, altruismo e amore verso il genere umano<sup>36</sup>. Analogamente in una fatwa del noto sheykh Yūsuf Al-Qaradāwī (m. 2022), in occasione di un congresso sui trapianti d’organo ad Abu Dhabi nel febbraio 1998, si affermava che la giurisprudenza islamica non vieta ad un musulmano di donare un organo a un non musulmano o viceversa, riprendendo la propensione umanitaria dell’etica medica e collegandola a determinati versetti del Corano (ad es. il già citato 5:32) e ai numerosi detti del Profeta che vanno in questa direzione.

#### 4.1. Trapianto da un donatore vivente

Riguardo ai trapianti, furono stabiliti i principi generali dal Codice Islamico di Etica Medica (Kuwait, 1981)<sup>37</sup>. Essi hanno poi guidato la successiva riflessione e regolamentazione di questa materia nei vari paesi a maggioranza musulmana, che riassumiamo qui di seguito.

<sup>34</sup> M.B.K. QATTAN, *Islamic Jurisprudential Judgment on Human Organ Transplantation*, in *Saudi Medical Journal*, 13(6), 1992, 483-487.

<sup>35</sup> Secondo il principio «Si può rimuovere un danno maggiore per mezzo di un danno minore» ad esempio i danni collaterali di determinate cure sono considerate un danno minore.

<sup>36</sup> M.A. ALBAR, *Organ Transplantation – An Islamic Perspective*, in *Saudi Medical Journal*, 12(4), 1991, 280-284, 282.

<sup>37</sup> Nel gennaio 1981 si è tenuta nel Kuwait la Conferenza Internazionale sulla medicina islamica che, oltre ai temi relativi allo sviluppo delle ricerche scientifiche in campo medico, ha dedicato ampio studio ai problemi di etica medica. Al termine dei lavori è stata approvata la «Dichiarazione del Kuwait», conosciuta come *Codice islamico di etica medica*, che pone precise norme di carattere etico nell’esercizio della medicina da parte di tutti i medici del mondo islamico. È stata tradotta tempestivamente dalla *Rivista italiana di medicina legale* 1, 1982, 1176-1191 e ripresa in S. SPINSANTI (a cura di), *Documenti di deontologia ed etica medica*, Cinisello Balsamo (MI) 1985m 166-186.

Secondo il Codice del 1981, la donazione di un organo deve essere l'effetto di un atto libero e volontario realizzabile quando il donatore non corre pericoli per la propria vita mentre il danno subito risulta minimo. La donazione non deve condurre alla morte o alla menomazione del donatore anche qualora sia effettuata per la salvezza del prossimo<sup>38</sup>. Il Gran Mufti d'Egitto Tantawi, nel corso di un simposio organizzato dalla Egyptian Organization for the Care of Patients suffering from Kidney Disorders affermò che, se il donatore soffrirà un danno del 5% mentre il beneficiario del ricevente raggiungerà il 95%, tale azione risulterà particolarmente gradita a Dio<sup>39</sup>.

Prelevare l'organo da un donatore vivente può avere due scopi:

1. Il prelievo di un organo o di un tessuto di un individuo in vita per trapiantare lo stesso organo o tessuto *nella persona stessa*, come nei casi in cui la cute sia danneggiata da ustioni o simili, può essere eseguito nei casi di necessità, o di estremo bisogno, una volta esperite le seguenti condizioni, oltre alle generiche raccomandazioni riportate sopra:

- il pieno consenso della persona stessa se ritenuta capace di intendere e volere, ovvero il consenso dei familiari, dei genitori o dei responsabili per i minorenni in affidamento;
- accertare l'efficienza dell'operazione riguardo al risultato previsto tenendo in debita considerazione il fatto di non nuocere alla salute del paziente.

Si può procedere a questo tipo di trapianti per motivi anche estetici oltre che terapeutici, quando necessari.

2. Il prelievo da un donatore vivo per trapiantare un suo tessuto o organo *in un'altra persona*. Anche in questo caso è necessario il pieno consenso del donatore quando si tratta di un maggiorenne e inoltre accertare l'efficienza dell'operazione e non mettere in alcun modo a rischio la vita del donatore. Inoltre si ritiene che sia possibile utilizzare un organo o parte di esso, trasferendolo da una persona viva ad un'altra anch'essa viva, se quest'organo si rinnova spontaneamente, come il sangue e la pelle, con il consenso del donatore e secondo le già citate raccomandazioni generali della giurisprudenza islamica. Inoltre non è ammesso prelevare un organo indispensabile per la vita del donatore come il cuore; come non è ammesso prelevare un organo da una persona viva annullando una funzione essenziale, come ad es. prelevare entrambe le cornee. Il danneggiamento parziale di una di queste funzioni essenziali, allo scopo di trapianto è una questione che è tutt'ora in fase di dibattito.

#### 4.2. Trapianto da cadavere, ossia da donatore deceduto

Anche nel caso di trapianto da cadavere si devono rispettare alcune condizioni.

a) La necessità.

Come accennato sopra, il trapianto è ammesso solamente in casi di necessità terapeutica e quando risulti l'unico mezzo per riparare un danno o per salvare una vita umana. Sono esclusi pertanto i trapianti a fini estetici, se non nei casi che potrebbero comportare concrete conseguenze psicologiche. Non è ammesso inoltre prelevare più del fabbisogno effettivo provocando deformazioni al donatore deceduto, o danni funzionali al donatore vivo.

b) Il consenso esplicito del donatore.

<sup>38</sup> A. FURQAN, *Organ Transplantation in Islamic Law*, in *Islamic and Comparative Law Quarterly*, VII (1), 1987, 132-136, 134.

<sup>39</sup> *Cairo Press Review*, 29/3/1988.

Il diritto all'anima ed al corpo – al di là della suprema titolarità del Creatore – appartiene all'individuo nel quale essi sono presenti. L'Islam considera come soggetti a deroghe e facilitazioni verso l'uomo i vari diritti divini, nel senso che Dio consente a chi si trova in stato di necessità di trasgredire ed oltrepassare i limiti del lecito, laddove invece i diritti dell'uomo non sono alienabili. Ciò se una persona, in stato di difficoltà, trova da mangiare sia del cibo illecito sia del cibo di proprietà altrui, deve scegliere il cibo illecito, perché il divieto viene da Dio e non può toccare la proprietà altrui senza il consenso di questi; Allah perdona ogni peccato, ma non perdona, malgrado il pentimento, i torti, i danni e le ingiustizie verso gli altri finché non vi sia il perdono da parte di chi ha subito il torto, il danno o l'ingiustizia. A tale proposito vi è un fondamentale principio islamico secondo il quale «la necessità non abolisce i diritti degli altri». Da ciò si evince che non è ammesso nessun prelievo da un corpo umano a meno che il suo consenso non sia stato espresso in modo esplicito.

L'espressione del consenso al trapianto avviene:

- dalla persona stessa se maggiorenne, cosciente e capace di decidere sia che il prelievo avvenga in vita o dopo la morte;
- dai genitori del minore morto, ma gli stessi genitori non possono decidere al suo posto se questi è in vita, a meno che non si tratti di prelevare – senza rischi né conseguenze – un organo a favore di un altro componente dello stretto nucleo familiare;
- dai familiari stretti in caso di morte; Al-Nawawī afferma che «I familiari hanno priorità sul loro morto»;
- dai giuristi e dai giudici, in mancanza di una decisione esplicita del defunto, e in mancanza di genitori o parenti stretti.

L'insufficiente reperimento degli organi non è una valida giustificazione per imporre la condizione del silenzio-assenso. Un modo efficace per accrescere il numero dei donatori è quello di combattere il mancato consenso alla donazione promuovendo campagne culturali e d'informazione al fine di favorire la propensione a donare i propri organi. Una delle campagne portate avanti da varie associazioni islamiche italiane come l'UCOII e l'Associazione Islamica Italiana degli Imam e delle Guide Religiose, infatti, è proprio quella di donare il sangue ad esempio. Diversi imam e guide religiose in Italia hanno dato e danno il buon esempio in questo senso.



## Questioni di bioetica e filiazione nel diritto iraniano

Deborah Scolart\*

ISSUES OF BIOETHICS AND FILIATION IN IRANIAN LAW

ABSTRACT: In Iran, the complex relation between science and law in the field of filiation is mainly in the hands of the 'ulamā' who are called to solve questions related to the legitimacy of children born from heterologous insemination or to discuss the concept of motherhood and surrogacy; at the same time the legislator seems unable to solve some of the doubts raised by the new technologies. While science in procreation is assisted by innovative doctrinal approaches, old questions like abortion are still accompanied by conservative solutions. The doctrine debates, whereas the statute law more often than not leaves room for doubts and uncertainty.

KEYWORDS: Shia law; filiation; nasab; surrogacy; abortion

ABSTRACT: In Iran, il complesso rapporto tra scienza e diritto nel campo della filiazione è principalmente nelle mani degli 'ulamā' che sono chiamati a risolvere questioni legate alla legittimità dei bambini nati da inseminazione eterologa o a discutere dei concetti di maternità e maternità surrogata; allo stesso tempo il legislatore sembra incapace di risolvere alcuni dei dubbi sollevati dalle nuove tecnologie. Mentre la scienza della procreazione è assistita da approcci dottrinali innovativi, vecchie questioni come l'aborto sono ancora accompagnate da soluzioni conservatrici. Mentre la dottrina discute, la legge lascia spazio a dubbi e incertezze.

PAROLE CHIAVE: Diritto sciita; filiazione; nasab; maternità surrogata; aborto

SOMMARIO: 1. Il ruolo della dottrina sciita nel diritto iraniano – 2. La procreazione (legittima) tra natura e scienza – 3. La maternità surrogata e la donazione di embrioni – 4. L'interruzione di gravidanza – 5. Osservazioni conclusive.

### 1. Il ruolo della dottrina sciita nel diritto iraniano

**L**o sciismo (da *šī'a 'Alī*<sup>1</sup>, amici, seguaci di 'Alī, cugino e genero del Profeta Muhammad nonché quarto califfo) nasce come scisma politico generato dalla questione della legittimità del

\* Professoressa associata, Università di Napoli l'Orientale. Mail: [deborah.scolart@unior.it](mailto:deborah.scolart@unior.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

<sup>1</sup> Nel testo si utilizzano le trascrizioni scientifiche dei lemmi persiani e arabi. Le parole entrate nell'uso comune della lingua italiana (Muhammad, califfo, ayatollah) vengono rese in forma semplificata. Il vocabolo *imām*, anch'esso di uso comune italiano, è reso in trascrizione scientifica per segnalare il diverso valore che il lemma

potere successivamente alla morte del Profeta per poi divenire un credo che si coagula attorno a capi spirituali (*imām*) discendenti di ‘Alī e Fāṭima (figlia del Profeta). Nello sciismo la famiglia del Profeta (*ahl al-bayt*) è investita di una sorta di sacralità e da essa emergono diverse figure di *imām* i quali dalla dottrina sciita sono ritenuti svolgere non solo le funzioni temporali che il sunnismo attribuisce al califfo, ma anche quelle spirituali di interpreti della Legge (*šarī‘a*). Nel corso dei primi secoli dell’islam attorno ai discendenti di ‘Alī e Fāṭima si articolano diverse fazioni che producono delle scissioni interne alla *šī‘a*; quella maggioritaria in termini numerici è lo sciismo duodecimano (che riconosce dodici *imām* prima del cosiddetto occultamento, *ḡayba*<sup>2</sup>, avvenuto nell’874 d.C.) o giafari, dal nome del sesto *imām* Ġa‘far al-Šādiq sul cui insegnamento si fonda la scuola giuridica seguita dai duodecimani<sup>3</sup>.

Dal punto di vista del diritto, lo sciismo condivide con il sunnismo alcune fonti: il Corano, la *sunna*<sup>4</sup> del Profeta (come trasmessa dalla *ahl al-bayt*; detti e azioni degli *imām* sciiti sono un supplemento della *sunna*) e il consenso (*iḡmā‘*) che è dagli sciiti connesso alla concezione dell’imamato<sup>5</sup>; diversamente dai sunniti, che ammettono l’analogia (*qiyās*), gli sciiti favoriscono il ragionamento individuale (*‘aql*) perché solo la ragione, creata da Dio, consente di giungere a una decisione valida. La costruzione concettuale dell’imamato è centrale nello sciismo: l’*imām*, immune dal peccato e infallibile, è la guida spirituale della comunità e interprete della Legge. L’occultamento (*ḡayba*) dell’*imām* e l’elaborazione concettuale di un modello in cui la comunità non può fare a meno di una guida capace di spiegare la Legge, portano lo sciismo a riconoscere lo sforzo interpretativo (*iḡtihād*) come sempre aperto e frutto del lavoro dell’interprete (*muḡtahid*) vivente che interpreta la Legge alla luce sia dei suoi principi immutabili, sia della situazione (tempo, *zamān*, e luogo, *makān*) in cui si trova la comunità<sup>6</sup>. Il *muḡtahid* si forma in seno alla classe dei teologi (*‘ulamā‘*) che, in assenza dell’*imām*, sono i punti di riferimento della comunità perché dotti nelle scienze religiose e in grado di esercitare la scienza giuridica (*fiqh*); gli *‘ulamā‘* sono ritenuti agire in nome e per conto dell’*imām* occulto e deputati a emanare norme e responsi basati sull’*iḡtihād*. Nel tempo ciò conduce alla formazione di un clero tendente a strutturarsi in modo gerarchico sulla base del livello di conoscenza giuridico-religiosa raggiunta; il rafforzamento del

---

assume nella pratica religiosa sciita. *Imām* indica infatti, nell’uso corrente, il credente musulmano che si pone alla guida dei movimenti rituali della preghiera comunitaria, ma il vocabolo ha anche un chiaro connotato politico e spirituale: se nel mondo sunnita è prevalso il termine califfo per indicare il capo politico della *umma* (comunità dei credenti), in ambito sciita *imām* esprime meglio la funzione spirituale e non solo politica attribuita ai discendenti del Profeta chiamati a guidare la comunità.

<sup>2</sup> La *ḡayba*, occultamento, è un tratto caratteristico dello sciismo; si tratta di una dimensione in cui l’*imām* non è vivo e non è morto, ma resta, appunto, nascosto in attesa di tornare alla fine dei tempi e restaurare la giustizia sulla terra. L. CAPEZZONE, M. SALATI, *L’islam sciita. Storia di una minoranza*, Roma, 2006; C. PELLAT, s.v. *ḡhayba*, in *Encyclopaedia of Islam*<sup>2</sup>, II, 1991, 1026.

<sup>3</sup> Per una prima introduzione allo sciismo si rinvia a A. VANZAN, *Gli sciiti*, Bologna, 2008; L. CAPEZZONE, M. SALATI, *op. cit.* Gli sciiti giafari sono presenti, oltre che in Iran, in Iraq (dove sono la maggioranza della popolazione), in Libano, Siria, Arabia Saudita e Pakistan. Altri gruppi sciiti rilevanti, pur essendo numericamente assai meno consistenti, sono gli ismailiti, gli zayditi e gli alawiti.

<sup>4</sup> *Sunna* è, letteralmente, tradizione. In termini giuridici indica l’insieme dei detti e fatti del Profeta, articolati in racconti (*ḥadīṭ*) e raccolti in compilazioni degne di fede.

<sup>5</sup> Cfr. S. A. ABU SAHLIEH, *Il diritto islamico. Fondamenti, fonti, istituzioni*, ed. it. a cura di M. ARENA, Roma, 2008, 61; I. GOLDZIEHER, J. SCHACHT, s.v. *fiqh*, in *Encyclopaedia of Islam*<sup>2</sup>, II, 1991, 886-891; A. D’EMILIA, *Scritti di diritto islamico*, a cura di F. CASTRO, Roma, 1976.

<sup>6</sup> S.H. NASR, s.v. *Iḥnā ‘ashariyya*, in *Encyclopédie de l’Islam*, IV, 1978, 289-291.

clero successivo alla proclamazione dello sciismo come religione di Stato con i Safavidi nel XVI secolo porta a un mutamento della figura degli *'ulamā'*, ora considerati *nā'ib al-'āmm*, rappresentanti dell'*imām* occulto la cui autorità di interprete esclusivo della Legge è, appunto, trasferita agli *'ulamā'*. Nel XIX secolo il dibattito tra razionalisti (*uṣūlī*) e tradizionalisti (*aḥbārī*, da *aḥbār*, termine che gli sciiti preferiscono a *ḥadīṭ* e che indica le tradizioni degli *imām*) si risolve a favore dei razionalisti che invocano il primato dell'*iḡtihād* fondato sui principi (*uṣūl*) della Legge, mentre i tradizionalisti considerano solo il Corano e i quattro libri della *sunna* sciita come strumenti di interpretazione della Legge<sup>7</sup>. Ne deriva il rafforzamento del ruolo dell'interprete (*muḡtahid*) che può a suo insindacabile giudizio scegliere la tradizione più confacente al caso concreto; gli interpreti più autorevoli diventano *marḡa' al-taqīd*, fonte di emulazione.

La tendenza verso la ierocrazia manifestata in più occasioni dal clero sfocia in un conflitto aperto con l'apparato statale sotto i Pahlavi nel XX secolo; in questo contesto si inquadra l'opera di Khomeini, *Il Governo islamico*<sup>8</sup>, nella quale si afferma il diritto di governare degli *'ulamā'* più qualificati come conoscitori della legge sacra. Istituzionalizzata con la rivoluzione del 1979, la teoria del *Velayat-e faqihī* prevede, in omaggio al principio della continuità dell'imamato e della *wilāyat al-amr* (da intendere qui come mandato divino del governo) citati nel preambolo della costituzione del 1979, che «durante il tempo in cui il Dodicesimo Imam (possa Dio accelerare la sua parusia) rimane in occultazione, nella Repubblica Islamica dell'Iran la tutela degli affari e l'orientamento del popolo sono affidati alla responsabilità di un giurisperito islamico (*faqih*) giusto e pio, conoscitore della propria epoca, coraggioso, dotato di energia, di iniziativa e di abilità amministrativa, il quale assume questo incarico in conformità all'art. 107» (art. 5 Cost.)<sup>9</sup>. Questa persona assume la funzione di *rahbarī*, Guida suprema dello Stato, e la procedura per la sua nomina è governata dall'art. 107 Cost.<sup>10</sup>

È qui che si incardina la complessa relazione che lega, nell'Iran contemporaneo, gli *'ulamā'* e gli apparati dello Stato; dal punto di vista legislativo, la costituzione prevede che tutte le leggi e le normative siano fondate sui precetti islamici e che i giuristi islamici (*foqahā*) che compongono il Consiglio dei Guardiani<sup>11</sup> siano incaricati del rispetto di questo principio (art. 4 Cost.). Allo stesso tempo, nel silenzio non di rado assordante della legge statale su determinate questioni, è al parere dottrinale degli *'ulamā'* che ci si rivolge per un giudizio sulla legittimità di comportamenti e procedure; l'esercizio intellettuale del giurisperito, in altri termini, non resta confinato alla mera sfera speculativa, ma svolge un ruolo

<sup>7</sup> A.J. NEWMAN, s.v. *uṣūliyya*, in *Encyclopaedia of Islam*<sup>2</sup>, X, 2000, 935-937.

<sup>8</sup> R. KHOMEINI, *Il governo islamico. O l'autorità spirituale del giuriconsulto*, Rimini, 2007.

<sup>9</sup> La traduzione italiana della costituzione iraniana qui citata è a cura di ALHODA International Publication & Distribution, con sede a Teheran, 2010.

<sup>10</sup> Il primo *rahbarī* è stato l'Ayatollah Khomeini; attualmente è Ali Khamenei. Il *rahbarī* è scelto dal Consiglio degli esperti (*Majles-e ḥobregān*) tra coloro che hanno la competenza scientifica per emettere pareri giuridici (*fatwā*) fondati sul diritto islamico e che abbiano anche spiccate doti in campo politico e sociale (art. 109 Cost.). Gli enormi poteri e prerogative della Guida, che attraverso un complesso gioco di nomine è in grado di controllare il funzionamento dei diversi apparati dello Stato, sono determinati dall'art. 110 Cost. Così, ad esempio, sebbene l'Iran sia una Repubblica presidenziale dotata di un'Assemblea parlamentare, le politiche generali dello Stato sono determinate dalla Guida di concerto con il Consiglio dei Guardiani della Rivoluzione.

<sup>11</sup> Il Consiglio dei Guardiani della Rivoluzione è un organo costituzionale composto di dodici membri, sei *foqahā* (giuristi islamici) scelti dalla guida suprema (*rahbarī*) e sei giuristi nominati dal potere giudiziario, aventi il compito di vegliare sulla compatibilità delle leggi con la costituzione e i principi islamici (art. 91 cost.).

attivo nella formazione del sentire giuridico dei cittadini. Un esempio di questo attivismo è ben visibile nelle questioni bioetiche che formano oggetto di queste riflessioni. Per ragioni di spazio, si è scelto di concentrare l'attenzione solo sulla filiazione e sulle sfide etiche e morali che la scienza pone quando si tratta di determinare come inizia e come finisce la vita del feto, questioni alle quali la dottrina ha dedicato molta attenzione perché sfidano il concetto stesso di famiglia elaborato dalla dottrina islamica.

## 2. La procreazione (legittima) tra natura e scienza

In Iran come in numerosi Stati islamici il figlio nato fuori dal matrimonio è considerato illegittimo<sup>12</sup>, il suo status non è sanabile dal successivo matrimonio dei genitori e non esiste il principio dell'unicità dello stato di figlio che consente di riconoscere uguali diritti ai bambini a prescindere dalle circostanze della loro nascita. Per questo motivo la legge si occupa solo della filiazione legittima e le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono accessibili, almeno formalmente, solo alle coppie eterosessuali sposate.

Determinante ai fini della legittimazione del figlio è il suo essere nato in costanza di matrimonio valido, principio classico della dottrina sciita consolidato dall'art. 1158 del codice civile iraniano ai sensi del quale il figlio è legittimo solo se nasce da una coppia sposata ed entro una precisa finestra temporale: non prima di 6 mesi dalla presunta consumazione del matrimonio<sup>13</sup> e non oltre 10 mesi dalla sua cessazione (per morte del coniuge o scioglimento per ripudio o divorzio)<sup>14</sup>. La presunzione di legittimità non è però assoluta perché ove sia possibile provare che tra i coniugi non è avvenuto il rapporto sessuale il figlio partorito dalla moglie non sarà attribuito al di lei marito<sup>15</sup>. Se per la paternità è necessario il doppio canone dell'esistenza di un matrimonio valido e del rispetto della finestra temporale indicata, per l'attribuzione della maternità le cose stanno diversamente: per secoli è stata considerata madre colei che partoriva, regola universale che riflette il fatto naturalistico della gravidanza e accolta implicitamente dal legislatore iraniano che non ha ritenuto necessario precisare il principio della filiazione

<sup>12</sup> «Il bambino nato da adulterio non è attribuito agli adulteri» (art. 1167 c.c. iraniano). Il codice utilizza il vocabolo *zenā*, reso dal traduttore con adulterio. Il lemma, di derivazione araba (*zinā*), ha portata più ampia perché si riferisce sia al rapporto adulterino in senso stretto, dunque alla relazione extraconiugale di persona sposata, sia alla fornicazione, cioè al rapporto sessuale in assenza di matrimonio. Entrambe le condotte sono penalmente rilevanti, sebbene punite con sanzioni diverse, e da entrambe non può derivare la legittimazione del figlio eventualmente generato. Le citazioni dal codice civile iraniano sono tratte dalla traduzione italiana promossa dall'Istituto culturale della Repubblica Islamica dell'Iran a Roma e curata da Raffaele MAURIELLO per Eurlink nel 2015.

<sup>13</sup> Termine unanimemente condiviso dalla dottrina classica sunnita e sciita, e oggi accolto da tutti gli ordinamenti giuridici islamici, che si ricava dalla combinazione dei versetti coranici XLVI, 15: «[...] sua madre lo ha portato in grembo con fatica, e con fatica lo ha partorito: la gestazione e lo svezzamento sono durati trenta mesi [...]» e XXXI, 14: «[...] sua madre l'ha portato in grembo, stento dopo stento, e l'ha svezzato a due anni [...]».

Tutte le citazioni coraniche sono tratte dalla traduzione di Alessandro BAUSANI per Rizzoli, Milano, 1997.

<sup>14</sup> In questo differenziandosi dalle scuole giuridiche sunnite che ammettono la teoria del feto dormiente (*al-walad al-marqūd*) e una gravidanza che può estendersi, sia pure nell'opinione minoritaria di alcuni giuristi malikiti, fino a 7 anni, attestandosi la maggioranza della dottrina sui due anni, termine ancora oggi accolto, ad esempio, dall'art. 128 *qanun-e-shahadat order* (legge sulle prove) pakistano del 1984.

<sup>15</sup> In questo senso si è espressa la Corte Suprema nel 1995; cfr. N. YASSARI, *Iran*, in N. YASSARI, L.M. MÖLLER, M.C. NAJM (a cura di), *Filiation and the Protection of Parentless Children. Towards a Social Definition of the Family in Muslim Jurisdictions*, The Hague, 2019, 67-102, alla p. 71.

materna per parto come invece fanno altri ordinamenti<sup>16</sup>. Questo silenzio, come vedremo, consente oggi alla dottrina iraniana di riflettere sul significato della maternità e aprire la porta a soluzioni interpretative decisamente innovative nel panorama dei Paesi islamici.

In tema di procreazione medicalmente assistita (PMA) non sono, infatti, poche le differenze tra la dottrina sunnita e quella sciita, conseguenza della diversa costruzione concettuale della famiglia che caratterizza i due gruppi. I sunniti danno rilevanza alla famiglia patrilineare estesa, come si evince anche dalle regole ereditarie che affiancano alla successione per quote degli eredi legittimari (*farḍ*) il diritto degli agnati (*‘aṣaba*) a soddisfarsi sull’eventuale residuo; ne consegue che l’appartenenza del bambino al gruppo è determinata essenzialmente in funzione della filiazione paterna. Al contrario, nel diritto sciita la famiglia è fondata sulla filiazione bilaterale in cui *nasab*<sup>17</sup> paterno e materno hanno la stessa importanza<sup>18</sup>; nel diritto ereditario questo concetto si traduce nella negazione del vincolo agnatizio e nell’identificazione di cerchi concentrici di eredi (ascendenti in primo grado e discendenti; fratelli e sorelle del *de cuius* e loro discendenti e ascendenti oltre il primo grado; tutti gli zii e le zie dal lato sia materno che paterno, inclusi zii e zie del padre e della madre e i loro discendenti; marito e moglie sono gli unici che hanno diritto a ereditare in concorso con gli ascendenti diretti e con i discendenti di qualsiasi grado), integrata dal vincolo di prossimità per cui il gruppo più vicino al *de cuius* esclude gli altri<sup>19</sup>. Applicando questi concetti alla procreazione medicalmente assistita ne derivano alcune conseguenze interessanti, perché gli sciiti ammettono la rilevanza del *nasab* paterno (*nasab-e pedari*) e materno (*nasab-e mādari*), chiaramente distinti, ma che concorrono entrambi a determinare lo status del figlio. Così, se con riferimento alla fecondazione omologa sunniti e sciiti si trovano concordi nell’ammettere ampio ricorso ai mezzi scientifici, in tema di fecondazione eterologa e maternità surrogata il quadro cambia notevolmente. Infatti, mentre i sunniti equiparano senza dubbi la PMA eterologa all’adulterio (*zinā*) e quindi ne escludono la liceità, i giuristi sciiti muovono dalla definizione di *zinā*’ come di rapporto sessuale illecito che prevede il contatto carnale tra individui di sesso opposto tra loro non legalmente sposati<sup>20</sup> per concludere che nella PMA eterologa non è ravvisabile un caso di *zinā*’ perché

<sup>16</sup> Ad esempio, la *Mudawwana al-‘usra*, la legge marocchina della famiglia del 2004, all’art. 147.

<sup>17</sup> Il *nasab* indica la genealogia e segnala di norma il legame legittimo che unisce il padre al figlio; nondimeno, il *nasab* inteso come matronimico ha avuto nella storia delle società islamiche la sua rilevanza e nel diritto sciita la discendenza materna ha assunto anche una dimensione spirituale (vd. nota 18).

<sup>18</sup> Per comprendere questa differenza non è da sottovalutare il fatto che, in termini di legittimazione al potere dei discendenti di ‘Alī e Fāṭima, è certamente significativo il rapporto agnatizio che esisteva tra ‘Alī e Muhammad (cugini di primo grado, figli di due fratelli), ma determinante era il contributo di Fāṭima, la figlia del Profeta, perché solo i figli da lei generati poterono aspirare al ruolo di *imām*, diversamente dal figlio che ‘Alī ebbe da un’altra moglie e che non fu riconosciuto come *imām* legittimo dalla maggioranza degli sciiti. A. VANZAN, *op. cit.*, 15, L. CAPEZZONE, M. SALATI, *op. cit.*, 46-49; L. VECCIA VAGLIERI, s.v. *Fāṭima*, in *Encyclopaedia of Islam*<sup>2</sup>, II, 1991, 841-850.

<sup>19</sup> Z. MIR-HOSSEINI, *Paternity, patriarchy and matrifocality in the Shari‘a and in social practice: the cases of Morocco and Iran*, in *The Cambridge Journal of Anthropology*, 16, 2, Special Issue: Islamic Family Law: Ideals and Realities (1992/1993), 22-40; A. CILARDO, *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche ismailita e imamita. Casistica*, Roma-Napoli, 1993; Id., *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite (Hanafita, Mālikita, Šāfi‘ita e Ḥanbalita) e delle scuole giuridiche Zaydita, Zāhirita e Ibāḍita. Casistica*, Roma-Napoli, 1994.

<sup>20</sup> R. PETERS, s.v. *zinā*, in *Encyclopédie de l’Islam*<sup>2</sup>, XI, 2005, 551-552; M.H. BENKHEIRA, s.v. *Adulterio*, in *Dizionario del Corano*, Milano, 2007, 25-29. Per una prima introduzione al diritto penale islamico mi permetto di rinviare al mio *L’islam, il reato, la pena. Dal fiqh alla codificazione del diritto penale*, Roma, 2018.



manca il rapporto sessuale tra le parti e la fecondazione è frutto di una mera attività di laboratorio. In Iran, l'apertura alla fecondazione eterologa si ha con una *fatwā* di Ali Khamenei (attuale Guida, *rahbari*, della Repubblica islamica dell'Iran) del 1999 nella quale si ammette che, in caso di sterilità del marito, si possa fecondare in laboratorio l'ovulo della moglie con lo sperma di un donatore e poi impiantare l'ovulo fecondato nell'utero della donna; l'assenza di contatto diretto tra la donna e il donatore (la donazione è ammessa nella misura in cui né sguardo né tocco abbiano luogo tra donatore e ricevente), così come il fatto che lo sperma sia utilizzato in laboratorio e non inserito direttamente nella vagina della donna, consentono di superare i rilievi critici circa l'assimilazione dell'eterologa allo *zinā*<sup>21</sup>.

Un ulteriore elemento contribuisce a semplificare, almeno in certa misura, l'accesso alla PMA eterologa, e cioè il fatto che in Iran il matrimonio non sia soggetto a vincoli formali quali la registrazione: ciò consente di sfruttare a fini riproduttivi l'istituto del matrimonio a tempo (*nikāḥ al-mut'a*) per legittimare la donazione di ovuli sulla quale si è sviluppato un generale consenso della dottrina. L'ovulo della moglie temporanea, fecondato artificialmente con il seme del marito, viene poi impiantato nell'utero della moglie sterile che partorirà un bambino. La legittimità del matrimonio a tempo, la scarsa burocratizzazione del matrimonio e la poligamia che permette la compresenza di più mogli contemporaneamente rendono agevole il ricorso alla donazione dell'ovulo a cui, invece, non corrisponde il *favor* per la donazione dello sperma, che incontra la riprovazione dei giuristi e della società pur essendo teoricamente possibile<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Mi è stato impossibile accedere alle compilazioni stampate dei pareri dei giuristi e teologi iraniani. Tuttavia, con riferimento a Khamenei, attuale Guida dell'Iran, e a Sistani, celebre teologo iraniano naturalizzato iracheno, molti loro pareri sono accessibili online.

I pareri di Khamenei in materia di PMA sono pubblicati in diverse lingue sul sito <https://www.leader.ir/en/book/135/Medical-Issues> (ultima consultazione 03/11/2023). Nel sito di Khamenei le *fatāwa* sono catalogate per argomento; ad esempio, nella sezione in lingua inglese le questioni di bioetica (*medical issues*) sono a loro volta divise in: contraccezione, aborto, inseminazione artificiale, cambiamento di sesso, autopsia e dissezione anatomica, circoncisione, studio della medicina, numerate progressivamente senza soluzione di continuità e senza data. Date queste caratteristiche del sito, si citeranno di volta in volta in inglese le domande e risposte per consentire ai non parlanti farsi, in assenza di più precisi riferimenti bibliografici, di verificare la correttezza delle affermazioni riportate nel testo. Il quesito relativo alla fecondazione eterologa si trova così espresso nel sito di Khamenei: «Q21. Is it permissible for a woman, whose husband is sterile, to be artificially inseminated with sperm from a non-maḥram man (other than her husband), i.e., through placing the sperm in her womb? A: In itself there is no legal impediment to inseminating a woman with the sperm of a non-maḥram man. However, it is obligatory to avoid the preliminary steps which are ḥarām [vietato], such as looking and touching. However, the born child in this way does not belong to the husband of the woman, rather to the person who donated the sperm and the woman whose egg and womb were used in the process».

Il sito internet di Sistani <https://www.sistani.org/english/qa/> alla pagina inglese elenca le questioni di bioetica in ordine alfabetico sotto la sezione Q&A (*questions and answers*) con numerazione progressiva per argomento e senza data. Sul sito di Sistani l'inseminazione artificiale (*artificial insemination*) è trattata nei termini seguenti: «Question 1: What is the general ruling regards to artificial insemination? Answer: There is no problem in it per se, however, since the process may involve masturbation, and implanting involves touching and seeing the private part, insemination would only be allowed when the parties involved may face difficulty in their life which is not normally bearable. Also, regards to the matters of inheritance and Mahramiyat the parties involved need to refer to the specific Islamic Law rulings». Vd. anche M. CLARKE, *Children of the Revolution: 'Ali Khamenei's 'Liberal' Views on in vitro Fertilization*, in *British Journal of Middle Eastern Studies*, 34, 3, 2007, 287-303.

<sup>22</sup> In tema di donazioni di ovuli la *fatwā* di Sistani (<https://www.sistani.org/english/qa/01128/>) è in questi termini: «Question 2: Due to a number of miscarriages, the doctors have stated due to my condition, I can no longer get

Le cose, però, non sono semplici come può sembrare. È vero che la *fatwà* e i pareri espressi successivamente dai maggiori *'ulamā'* iraniani autorizzano la donazione di gameti e anche la maternità surrogata, su cui si tornerà a breve, ma allo stesso tempo stabiliscono che il bambino generato da donazione di sperma non appartiene al marito della donna bensì al donatore di sperma (così come, per Khamenei, il figlio generato da donazione di ovulo appartiene alla donatrice), il che significa non solo che la donazione non può essere anonima, ma anche che il bambino vanta diritti ereditari nei confronti del donatore o della donatrice. Il tema dei diritti ereditari del figlio frutto della donazione dei gameti è ricorrente e la dottrina non prende una posizione chiara sul punto, limitandosi a segnalare l'esistenza di un *vulnus* e la necessità di usare cautela<sup>23</sup>.

Tra i quesiti posti agli studiosi rientra anche quello sul possibile uso *post portem* dello sperma del marito: secondo Khamenei non vi è un'obiezione specifica a questa ipotesi ed è anche possibile per la moglie utilizzare lo sperma del marito deceduto in costanza di nuovo matrimonio purché, naturalmente, con il consenso del nuovo coniuge; in ogni caso, il figlio generato *post portem* con il seme del marito non eredita dal padre premorto<sup>24</sup>. Colpisce, ma non stupisce, che i pareri in materia di

---

pregnant, are we, as husbands and wives, able to use our own fertilised egg and use a "surrogate mother", to carry the fetus in their womb? Answer: If the sperm and egg belong to the husband and wife and the inseminated egg is then implanted in another woman's womb, there is no problem. It is permissible per se. However, since implanting involves touching and seeing the private part, insemination would be allowed only when the parties to the marriage may face difficulty in their life which is not normally bearable. If this is the case, looking and touching would be allowed to the necessary extent. However, when it comes to who the child belongs to, the owner of the egg or the owner of the womb, that is a problematic issue. In any case, precaution has to be observed in inheritance. As for mahramiyah, the owner of sperm is the legal father and the owner of the egg is mahram (related) to the child because she is her father's wife and the owner of the womb is mahram to him because she is like his mother». Sul sito di Khamenei (<https://www.leader.ir/en/book/135/Medical-Issues>) il quesito è più articolato: « Q22. 1) Can a married woman, who has passed the age of ovulation due to menopause or the like, get pregnant with and be the surrogate mother of a fertilized egg of a second wife of her husband? Would the ruling be different if she or the second wife, whose egg was fertilized, is a permanent wife or a temporary one? 2) Who will be the mother of the child, the person who donates the egg or the one who gets pregnant with it? 3) Is the procedure permissible if the other's egg is needed because the egg of the wife is so weak that it is feared that the born child would be deformed had it been fertilized with the husband's sperm? A: 1) There is no sharī objection to the procedure in itself. The ruling would be the same whether they are permanent marriages or temporary ones. Nor is it different if one of them is permanent and the other temporary. 2) The born child belongs to those whose sperm and egg are used in the procedure. It is problematic to say that the one whose uterus is used is the mother. Therefore, caution in matters of lineage insofar as the said woman is concerned has to be observed. 3) In itself, this procedure is permissible». Si veda anche S. TREMAYNE, *The "down side" of gamete donation: challenging "happy family" rhetoric in Iran*, in M.C. INHORN, S. TREMAYNE (eds), *Islam and assisted reproductive technologies. Sunni and Shia perspectives*, New-York – Oxford, 2012, 130-156.

<sup>23</sup> Così Khamenei (<https://www.leader.ir/en/book/135/Medical-Issues>) al quesito 19: «Q19. Some childless couples get separated mainly because of the strains and stresses put on the marriage due to the fact that the wife is barren because of ovulation problems. Is it permissible to use an egg donated by another woman to carry out the fertilization procedure in a tube by the husband's sperm and the implantation of the fertilized egg in the wife's womb? A: Although there is no legal problem in carrying out the said procedure in itself, the born child belongs to the genetic parents. There is a problem in referring the baby to the mother who became pregnant with it. Therefore, they should observe caution insofar as the sharī rules governing lineage are concerned». Si veda anche il quesito 21 citato per esteso alla nota 21.

<sup>24</sup> <https://www.leader.ir/en/book/135/Medical-Issues>: «Q23. Is it permissible to inseminate a woman with the sperm of her dead husband in the following cases? 1) After the death of the husband but before the end of the

concepimento *post mortem* non si rappresentino il problema della compatibilità di questa autorizzazione con la finestra temporale di legittimazione del figlio rispetto al padre dettata dall'art. 1158 c.c.; non stupisce, perché il parere del giurista (*faqih*) riguarda solo i profili sciaraitici della questione e non anche quelli civili, che spetterebbe al parlamento risolvere.

### 3. La maternità surrogata e la donazione di embrioni

Le considerazioni sopra svolte, e la verve interpretativa della dottrina, spiegano anche l'esistenza di un dibattito articolato in tema di maternità surrogata (*eğāre raḥem o raḥem-e ġāy-gozin*): vietata senza esitazioni dai paesi sunniti<sup>25</sup>, nel contesto iraniano essa è, invece, oggetto di una discussione che prende le mosse dal fatto che l'introduzione dell'embrione formato in laboratorio nell'utero della madre gestazionale non è paragonabile all'introduzione dello sperma nel corpo di una donna con la quale non si è sposati. Ne consegue che, al pari della PMA con donazione eterologa dei gameti, non è possibile assimilare la surrogazione di maternità a un rapporto adulterino; è, invece, possibile omologare la madre gestazionale alla balia per l'allattamento del figlio<sup>26</sup>. Così come nel baliatico non vi è dubbio che la donna che allatta non sia la madre legale del bambino<sup>27</sup>, allo stesso modo si dovrebbe ritenere madre biologica del bambino – nel caso della surrogazione – colei cui appartiene l'ovulo e non la gestante. Ancora una volta, però, l'apparente linearità del ragionamento si scontra, sotto il profilo legale, con la questione di chi sia giuridicamente madre, non altrettanto semplice da risolvere. Shirin Garmaroudi Naef<sup>28</sup> dà conto delle diverse posizioni espresse dalla dottrina sciita contemporanea e che sono riconducibili a tre diversi modelli. Il primo appartiene a coloro che si attengono al modello concettuale tradizionale, basato sul fatto naturalisticamente accertabile del parto: *mater semper certa est*, ed è appunto colei che partorisce; a sostegno di questa impostazione si porta anche il versetto coranico LVIII, 2: «le loro madri sono solo quelle che li hanno generati».

---

waiting period? 2) After the death of the husband and after the end of the waiting period? 3) Suppose the widow remarried, is it permissible for her to be inseminated with the sperm of her former husband? And is it permissible for her to be inseminated with the sperm of her former husband after the death of the second husband? A: In itself, there is no objection to that, be it before or after the waiting period and whether she remarried or remained unmarried. The ruling would also not be different if the insemination takes place with the sperm of her former husband at the lifetime of the second husband or after his death. However, if the procedure takes place during the lifetime of the second husband, his permission should be obtained».

<sup>25</sup> Ne sono esempi l'art. 45 bis della legge algerina di famiglia n. 1984 del 2005; l'art. 9 della legge federale degli Emirati Arabi Uniti n. 7 del 2019.

<sup>26</sup> S. GARMAROU DI NAEF, *Gestational surrogacy in Iran. Uterine kinship in Shia thought and practice*, in M.C. INHORN, S. TREMAYNE (eds), *op. cit.*, 157-193, 174. Il latte artificiale ha notevolmente ridotto il ricorso al baliatico, ma nelle leggi di molti Paesi islamici si trovano ancora numerose disposizioni relative all'allattamento. In Iran, ad esempio, il codice civile precisa che la madre non è obbligata ad allattare il proprio figlio a meno che «non sia possibile nutrire il bambino eccetto che col latte della madre» (art. 1176).

<sup>27</sup> Ciononostante, dall'allattamento i giuristi classici sunniti e sciiti fanno derivare un impedimento matrimoniale che interdice le nozze tra coloro che sono stati allattati dalla stessa donna, impedimento previsto anche dal codice civile iraniano all'art. 1046.

<sup>28</sup> S. GARMAROU DI NAEF, *op. cit.*; si veda anche R. TAPPAN, *More than fatwas. Ethical decision making in Iranian fertility clinics*, in M.C. INHORN, S. TREMAYNE (eds), *op. cit.*, 103-129.

Una seconda teoria considera madre colei che ha prodotto l'ovulo perché la maternità, come la paternità, è determinata al momento del concepimento: si ascrivono a questa corrente interpretativa personaggi del calibro (e del peso politico) di Khomeini, Montazeri, Sistani e Khamenei. Gli studiosi attribuiscono uguale importanza a entrambi i semi, materno e paterno, e così come padre è considerato il proprietario dello sperma, madre è colei che è proprietaria dell'ovulo. Anche in questo caso si cerca il sostegno del Corano, citando versetti che danno rilevanza al contributo maschile e femminile al concepimento: in Cor. XXV, 54 è detto: «egli è colui che ha creato l'uomo dall'acqua (*halaqa min al-mā'*) e gli ha dato discendenza per parte di madre e di padre» mentre in Cor. LXXVI, 2 si legge: «Noi creammo l'uomo da una goccia di sperma e di umori mischiati (*min nuṭfa amšāğ*)». Vi sono però delle divergenze tra i giuristi perché, ad esempio, l'ayatollah Sane'i ritiene che i genitori del bambino siano solo gli artefici dello zigote; il bambino non sarebbe considerato *maḥram* (cioè di grado proibito per il matrimonio) per la madre surrogata e per suo marito, perché non esiste un legame biologico e giuridico tra loro; la madre surrogata può essere sposata o nubile, *maḥram* e *namaḥram*, sorella della moglie o del marito, perché il figlio partorito dalla madre gestazionale non sarebbe considerato *walad al-zinā'* (figlio adulterino) e dunque non rileva né lo stato coniugale della donna né il suo eventuale legame di parentela con i genitori biologici. Khamenei e Sistani sono più cauti: se da un lato ammettono la donazione di gameti e la maternità surrogata, e considerano la proprietaria dell'ovulo come madre, allo stesso tempo ritengono problematica la questione della determinazione dello status legale del figlio nelle materie successorie e stabiliscono l'impedimento matrimoniale rispetto a tutte le parti coinvolte<sup>29</sup>.

Infine, la terza teoria sostiene che la maternità è stabilita da due principi: attraverso la fecondazione (*erteḇaṭ-e takvini*) e attraverso gestazione e parto (*erteḇaṭ-e ḥamli*), con la conseguenza che il bambino avrebbe due mamme, una donatrice di ovulo (*ṣaḥḇ-e toḥm-e morq*) e l'altra gestante (*ṣaḥḇ-e raḥem*) e potrebbe ereditare da entrambe.

Al dibattito dottrinale sul piano dei principi del diritto religioso si accompagna quello che, partendo dalle disposizioni presenti nel codice civile, si interroga sulla possibilità di concludere un valido contratto di gestazione per altri. Le norme di riferimento sono identificate innanzitutto nell'art. 10 c.c., ai sensi del quale i contratti privati hanno efficacia nei confronti di coloro che li hanno stipulati a condizione che non siano contrari a quanto previsto dalla legge; in Iran attualmente manca una legge in materia, mentre la dottrina, come abbiamo visto, si esprime in termini possibilistici, sia pure invitando alla cautela. Rileva inoltre l'art. 190 c.c. che detta le condizioni di validità del contratto, identificandole nell'intenzione delle parti e nel loro consenso (intenzione che sarebbe resa evidente dall'offerta della coppia cui appartiene l'ovulo fecondato e dall'accettazione della madre surrogata), la capacità di agire delle parti (*ahliyat*: le parti devono essere puberi e capaci di intendere e volere), la determinazione dell'oggetto del contratto (cui fa da corollario l'art. 216 c.c. per il quale l'oggetto del contratto non deve essere ambiguo) e la legittimità (*mašru'iyat*) della causa del contratto. Infine, il contratto sarebbe da inquadrare tra quelli irrevocabili (*lāzem*) ai sensi dell'art. 185 c.c., tale che nessuna delle parti abbia il diritto di recedere o annullarlo se non in casi eccezionali; applicata al contratto di surrogazione, la

<sup>29</sup> Si vedano i responsi di Khamenei e Sistani citati alle note 21, 22 e 23.

regola consentirebbe il recesso solo prima dell'impianto dell'embrione nell'utero della madre surrogata<sup>30</sup>.

Sempre in tema di PMA, un problema ancora diverso è rappresentato dalla sorte degli embrioni sovranumerari frutto della fecondazione assistita omologa. La legge del 2003 sulla «donazione di embrioni alle coppie sterili» (*qānun naḥve ehdā-ye ġenin be zouġein nā-bārvar*)<sup>31</sup> risolve parzialmente il problema fissando alcune condizioni per la donazione: la coppia donatrice deve essere legalmente sposata (rientrando, in assenza di ulteriori indicazioni, nel concetto di legalmente sposate anche le coppie unite da matrimonio a tempo, *nikāḥ al-mut'a*) e in buone condizioni di salute fisica e mentale. Allo stesso modo, la coppia ricevente deve essere sposata e sterile (uno o entrambi i coniugi), di cittadinanza iraniana e deve professare la stessa religione della coppia donatrice. La donazione deve essere volontaria e a titolo gratuito, ed è subordinata a una previa richiesta al tribunale civile. Il rapporto genitoriale che si instaura tra la coppia ricevente e il bambino nato dall'embrione donato è regolato dall'art. 3 della legge, ai sensi del quale i diritti, doveri e responsabilità dei genitori (cioè la tutela – *negahdari*, l'educazione – *tarbiyat*, il mantenimento – *nafaqa*, il rispetto – *eḥterām*) propri della relazione parentale biologica si estendono alla parentela frutto della fecondazione assistita. Tuttavia, dato che il legame successorio è nel diritto iraniano generato dal matrimonio e dalla consanguineità, alla luce della formulazione della legge si ritiene che il bambino non possa vantare diritti ereditari nei confronti dei genitori intenzionali e che conservi, quanto meno sotto questo profilo, diritti nei confronti dei genitori biologici i quali, a loro volta, potrebbero essere dissuasi dal donare l'embrione proprio in virtù del fatto che il bambino resta, in certa misura, una loro diretta responsabilità<sup>32</sup>.

#### 4. L'interruzione di gravidanza

La questione dell'aborto è dai giuristi affrontata a partire dalle tappe dello sviluppo dell'embrione indicate dal Corano; nella sura XXIII, 12-14 è detto: «E certo Noi creammo l'uomo d'argilla finissima poi ne facemmo una goccia di sperma [*nutfa*] in ricettacolo sicuro. Poi la goccia di sperma trasformammo in grumo di sangue [*alaqa*], e il grumo di sangue trasformammo in massa molle [*mudġa*], e la massa molle trasformammo in ossa, e vestimmo l'ossa di carne e produciamo ancora una creazione nuova!». La creazione necessita di un ulteriore passaggio perché possa divenire un essere umano, e cioè l'infusione dell'anima: «Allorché disse il tuo Signore agli angeli: "Io creerò un uomo d'argilla! E quando l'avrò plasmato ed avrò alitato in lui del Mio Spirito (*rūḥ*), gettatevi prostrati davanti a lui"» (Cor. XXXVIII, 71-72). Il Corano, però, non indica il momento esatto dell'animazione, e i giuristi hanno perciò guardato alla *Sunna* del Profeta; la dottrina maggioritaria sunnita e sciita fa riferimento alla tradizione (*ḥadīth*) che prevede l'animazione al 120° giorno della gravidanza: «Ciascuno di voi viene creato nel ventre della

<sup>30</sup> N. JAHANI SHURAB, R.L. NEJAD RUDSARI, *Moruri bar ġanbehay-e ḥuquqi, qānuni, aḥlāqi ve fiḥi raḥem-e ġāy-gozin dar Iran* (Una panoramica sugli aspetti legali, normativi, etici e giurisprudenziali della maternità surrogata in Iran), in *IJOI*, 19, 4, 2017, 33-44.

<sup>31</sup> La legge è stata emanata il 29 *tir* 1382 del calendario iraniano, corrispondente al 20 luglio 2003.

<sup>32</sup> Z. BEHJATI-ARDAKANI, M.T. KAROUBI, A.R. MILANIFAR, R. MASROURI, M.M. AKHONDI, *Embryo Donation in Iranian Legal System: A Critical Review*, in *Journal of Reproduction and Infertility*, 16, 3, 2015, 130-137.

madre per quaranta giorni; in altri quaranta diventa un grumo di sangue; in altri quaranta un pezzo di carne; ... poi Dio soffia in lui lo spirito [*rūh*]»<sup>33</sup>.

Su queste basi, la dottrina sunnita si è orientata nel senso di ritenere riprovevole, ma non vietato, l'aborto prima dell'animazione del feto e una posizione simile è riscontrabile nella dottrina sciita classica. Già vietato dal codice penale del 1926, che ammetteva come unica giustificazione dell'aborto la necessità di salvare la vita della madre, l'interruzione di gravidanza trova nuovi limiti nell'Iran khomeinista; il nuovo codice penale islamico<sup>34</sup> sanziona l'aborto in ogni fase dello sviluppo del feto: l'art. 306 stabilisce che il reato volontario contro il feto (*ġenāyat-e 'amdi bar ġenin*) non è passibile di taglione (*qeṣāṣ*)<sup>35</sup> e deve essere punito con la sanzione prevista nel libro V dedicato al *ta'zir* (reati la cui disciplina non è prevista dal Corano). La nota (*tabṣere*) all'articolo chiarisce, però, che se il feto nasce vivo e vitale e il delitto commesso prima della nascita ne causa un difetto (*naqṣ*) o la morte dopo la nascita, al reo è applicabile il taglione.

Nella sezione del codice relativa al prezzo del sangue (*diye*<sup>36</sup>) se ne determina l'ammontare sulla base degli stadi di sviluppo del feto abortito (art. 716): alla *nutfa*, ovvero sperma nell'utero e interruzione del processo riproduttivo [il feto ha meno di 4 settimane] è attribuito il 2% della *diye* intera; *alaqa* o grumo di sangue [da 4 a 8 settimane], 4%; *mudġa* o piccola massa di carne [8-12 settimane], 6%, *eṣām*, feto con ossa ma senza carne [12-16 settimane], 8%; feto con carne e ossa ma senza anima [da 16 a 19 settimane], 10%; feto animato di sesso maschile [*diye* intera], feto animato di sesso femminile [metà della *diye*], feto di sesso dubbio (*moštābeh*)  $\frac{3}{4}$  della *diye*. Se l'aborto è avvenuto in conseguenza di un'aggressione o dell'omicidio della madre, si somma la *diye* della madre a quella del feto (art. 717); se è la madre ad aver provocato il proprio aborto, volontariamente (*'amd*), involontariamente (*šebh-e*

<sup>33</sup> *Ṣaḥīḥ al-Buḥārī, k. bad' al-ḥalq, b. đikri al-malā'ika*, 19 (www.sunnah.com), ultimo accesso 15 gennaio 2023.

<sup>34</sup> La storia del codice penale islamico iraniano è piuttosto complessa. Un primo testo relativo ai reati coranici (cosiddetti *hudūd*) e ai reati di sangue passibili di taglione e prezzo del sangue è stato emanato subito dopo la rivoluzione del 1979, per essere poi emendato nel 1982, nel 1992 e infine nel 2013 (questo codice è oggi noto come codice penale islamico, *qānun-e mağazāt-e eslāmi*); a parte è stato emanato il quinto libro del codice penale dedicato ai reati non coranici (*ta'zirāt ve mağazāt bāz-dārande*) la cui versione più recente è del 1997 e reca una numerazione degli articoli particolare perché ancora fondata sulle precedenti versioni della parte sciaraitica del codice penale. Per evitare la confusione generata dalla parziale sovrapposizione della numerazione degli articoli, si preferisce qui citare le disposizioni contenute nel libro relativo ai reati non sciaraitici specificando che si tratta del V libro del codice.

<sup>35</sup> La precisazione è utile pur non essendo necessaria perché è regola generale che per l'applicazione del taglione il Corano richiede la perfetta equivalenza dei soggetti («libero per libero, schiavo per schiavo, donna per donna», Cor. II, 178) ed è evidente che una persona umana già esistente e un feto nel grembo materno non sono uguali in quanto il feto non è capace di vita autonoma. Il taglione è applicabile all'omicidio (una vita per una vita) e alle lesioni personali («E, nella Tōrāh, prescrivemmo a voi anima per anima, occhio per occhio, naso per naso, orecchio per orecchio, dente per dente, e per le ferite la legge del taglione. Ma chi dà in elemosina il prezzo del sangue, ciò sarà per lui di purificazione», Cor. V, 45).

<sup>36</sup> La *diye* (*diya* in arabo) o prezzo del sangue è un valore attribuito alla persona umana che rileva nella disciplina sciaraitica dei reati di sangue; applicabile ai reati colposi e preterintenzionali, nonché in tutti i casi in cui non è possibile applicabile il taglione (*qiṣāṣ*), è calcolata a partire dal valore attribuito alla vita di un maschio musulmano adulto, pari a 100 cammelli o al loro controvalore di mercato. Nei codici moderni che riprendono il modello sciaraitico la *diya* si trova normalmente espressa in cammelli o grammi d'oro.

'*amd*) o per errore (*ḥaṭā*) e indipendentemente dallo sviluppo del feto, lei o la sua '*āqele*<sup>37</sup> devono versare la *diyye* (art. 718) agli eredi del feto (ad esempio, il padre o i fratelli). Se ci sono più feti, il reo paga la *diyye* per ciascuno di essi (art. 719). Nel V libro del codice penale gli artt. 622-625 prendono in considerazione l'aborto come conseguenza di altro reato (quali percosse o somministrazione di droghe) e l'aborto provocato da un medico, un'ostetrica o un farmacista al di fuori dei casi previsti dalla legge, sanzionando la condotta con la reclusione e con il pagamento della *diyye*.

La questione dell'aborto terapeutico è affrontata da una *fatwā* di Khamenei del 1999 che lo ammette per i feti affetti da talassemia major; su questa base negli anni successivi sono approvate delle linee guida che permettono l'aborto terapeutico in presenza di una serie (limitata) di disturbi del feto<sup>38</sup>. Nel 2005 è entrata in vigore la "legge sull'aborto terapeutico" (*qānun-e seqt-e darmāni*) che consta di un solo articolo e stabilisce che, previo il parere di tre medici specialisti e la conferma da parte del medico legale (*ta'yid-e pezeški qānuni*) dell'esistenza di una malattia del feto (*bimāri-ye ġenin*) che ne provoca lo sviluppo incompleto o di una malattia della madre che ne mette a rischio la vita, è possibile l'aborto prima dell'infusione dell'anima (*qabl az voluġ-e ruḥ*), cioè entro quattro mesi, con il consenso della donna e senza conseguenze penali per il medico che esegue l'interruzione di gravidanza. Il limite temporale dell'infusione dell'anima solleva la questione delle conseguenze legali dell'aborto terapeutico eseguito dopo il quarto mese, alla quale si può ritenere che la legge risponda in modo implicito vietandolo, perché la concessione del diritto di abortire rappresenta un'eccezione alla disciplina penale e deve considerarsi vietato tutto ciò che non è espressamente autorizzato dalla legge. A complicare il quadro, però, interviene il parere dei dotti: Khamenei, ad esempio, ritiene che dopo l'animazione sia lecito abortire nel caso in cui portare avanti la gravidanza potrebbe rivelarsi fatale sia per il feto che per la madre e non ci sia modo di salvare la vita del bambino mentre è possibile salvare la vita della madre attraverso l'interruzione di gravidanza<sup>39</sup>.

Nel silenzio (e nell'ambiguità) della legge, trovano spazio altre questioni etiche cui la risposta è demandata agli ayatollah: che fare, ad esempio, nel caso di una gravidanza frutto di una violenza sessuale?

<sup>37</sup> Dall'arabo '*āqila*, indica il gruppo di parenti che rispondono del prezzo del sangue dovuto dal reo in caso di sua incapacità di intendere e volere.

<sup>38</sup> Tra le malattie fetali rientrano disturbi della coagulazione come l'emofilia di tipo A, trisomie e monosomie incompatibili con la vita, agenesia o aplasia polmonare, toxoplasmosi, atresia valvolare, ernia diaframmatica, acondroplasia, fenilchetonuria. S.A. MAHDAVI et al., *Therapeutic abortion in Iran: an epidemiologic study of legal abortion in 2 years*, in *BMC Research Notes*, 13, 2020, 261 ss., disponibile in <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7254741/> (ultima consultazione 03/11/2023).

<sup>39</sup> <https://www.leader.ir/en/book/135/Medical-Issues>: «Q12. What is the ruling in the matter of abortion itself? Is the ruling different if keeping the baby poses a danger to the mother's life?

A: Aborting the fetus is ḥarām [vietato] by Islamic law. It is not permissible at any count, barring pregnancy which poses danger to the mother's life. In this case, there is no objection to terminating the pregnancy before the soul has entered the fetus. Should the spirit enter the fetus, it is not permissible to abort it, even if the pregnancy spells danger to the mother's life, except in the event where carrying on with the pregnancy could prove fatal to both the fetus and the mother, and there is no way to save the baby's life but it is possible to save the mother's life through abortion». Nello stesso senso si pronuncia Sistani s.v. *abortion* (<https://www.sistani.org/english/qa/01121/>): «Question: Is a mother allowed to abort the feotus, if she does not want it while the soul has not yet entered it and there is no serious danger to the mother's life? Answer: She is not allowed to do that, except if the continuation of the pregnancy would considerably harm her health or put her in an unbearable difficulty, then it is permissible before the soul enters the feotus (i.e. the fourth month)».

La legge tace e gli ayatollah sono unanimi nel non ammettere l'aborto neanche prima dell'animazione del feto<sup>40</sup>, senza peraltro offrire spiegazioni. Si tratta di una posizione molto dura nei confronti della vittima della violenza sessuale, la cui salute psichica evidentemente non è ritenuta rilevante dai giuristi; tale rigidità risulta anche incomprensibile alla luce delle regole in tema di filiazione perché nel caso di violenza sessuale su una donna coniugata, il figlio da lei partorito sarebbe per legge attribuito al di lei marito, il che è quanto meno sconcertante alla luce delle considerazioni sopra svolte in merito alla determinazione del *nasab* nel caso di PMA eterologa.

## 5. Osservazioni conclusive

Il diritto iraniano contemporaneo è la risultante di due forze diverse: da un lato, gli atti legislativi parlamentari e, dall'altro, i pareri resi dai giurisperiti islamici in risposta a quesiti specifici portati alla loro attenzione o come frutto di una più ampia riflessione su temi di interesse generale. Normalmente la legge statale è conforme agli indirizzi maggioritari espressi dalla dottrina, ma non di rado accade, e la bioetica applicata alla filiazione ne è un esempio lampante, che la legge sia incompleta o silente su molti profili giuridici di una specifica questione. Anche una tecnica legislativa non sempre brillante genera lacune normative che devono essere colmate in via interpretativa dalla dottrina e dalla giurisprudenza (purtroppo, almeno ai fini di questo studio, non facilmente accessibile).

In questo quadro emergono alcuni aspetti a mio avviso degni di nota.

Il primo riguarda, in generale, la propensione della dottrina sciita a una interpretazione dinamica del diritto che permette ai giuristi di confrontarsi con temi della più stretta attualità con grande autonomia di pensiero. Ciò, naturalmente, non significa che non siano presenti elementi di conservatorismo, che si scorgono nei parametri di partenza da cui muove l'interprete: ne è un esempio la disciplina dell'aborto. Negare alla donna vittima di violenza sessuale il diritto ad abortire il figlio generato dallo stupro, o condizionare l'aborto terapeutico allo stretto termine dell'animazione per poi lasciare i genitori e i medici nell'incertezza giuridica con riferimento all'aborto eseguito dopo il quarto mese, illustrano un approccio conservativo che tende a far prevalere la funzione meramente riproduttiva della donna su ogni altra considerazione. Tale lettura è, a mio avviso, confermata dalla recente "legge sulla protezione della famiglia e della gioventù" (*qānun-e hemāyat az hānevāde ve ġavāni-ye ġam'iyat*) del 2021<sup>41</sup> che opera su più livelli: da un lato, protegge e incentiva la maternità raccomandando (tra le altre cose) di evitare tutte le pubblicità che inneggiano alle famiglie nucleari o, più in generale, con pochi figli (art. 28); enfatizza l'importanza dei trattamenti contro l'infertilità (artt. 40-43), sottolineando gli aspetti positivi della gravidanza, del parto naturale, della filiazione plurima, consigliando di ridurre l'intervallo di tempo tra la celebrazione del matrimonio e la nascita del primo figlio e

<sup>40</sup> Cfr. H. RABBANY ESFAHANI, M.J. HABIBZADEH, *Woman's Right in Embryo Preservation or Abortion in Pregnancy Caused by the Rape (ħaqq-e zan dar hefz-e ġenin yā seqt-e ān dar bārdāri nāši az zenā-ye be 'onf)*, in *Iran Journal of Medical Law*, 12, 45, 2018, 153-170, disponibile in <https://ijmedicallaw.ir/article-1-883-en.pdf> (ultima consultazione 03/11/2023).

<sup>41</sup> La legge è stata emanata il 27 *ābān* 1400 del calendario iraniano equivalente al 18 nov. 2021; prevede un periodo di applicazione sperimentale di sette anni; si tratta di una caratteristica ricorrente nell'ordinamento iraniano dove anche le leggi penali sono spesso emanate per un periodo transitorio.

raccomandando di ridurre l'intervallo tra le nascite (art. 46)<sup>42</sup>. Dall'altro, coerentemente con queste premesse, sottolinea i danni materiali e spirituali dell'aborto e gli effetti collaterali delle terapie contraccettive, vieta la distribuzione gratuita o sovvenzionata di contraccettivi ordinando la necessaria prescrizione medica degli stessi (art. 51); vieta la sterilizzazione se non nei casi in cui la gravidanza rappresenti un pericolo mortale per la madre (art. 52); conferma all'art. 56 il divieto di aborto (rinviano agli artt. 716-720 del codice penale islamico) e riprende alla lettera la disciplina della legge sull'aborto terapeutico confermando il divieto di aborto dopo l'animazione. Dalla lettura della legge si ricava chiaramente il favor del legislatore verso la funzione riproduttiva della donna accompagnata da una scarsa attenzione al suo benessere psico-fisico: in questo senso, si tratta di una legge in linea con altre disposizioni dell'ordinamento iraniano (quali quelle su matrimonio e divorzio) che tendono a sacrificare la libertà e l'emancipazione femminile in nome del (presunto) benessere della società.

Il secondo aspetto interessante riguarda il modo di procedere di tutti coloro che sono, a diverso titolo, coinvolti nel processo legislativo nel suo significato più ampio. Il dibattito dottrinale sulla PMA si accompagna, come detto, a serie lacune normative che finiscono per incidere in misura rilevante sul ricorso ai mezzi messi a disposizione della scienza per superare i problemi legati all'infertilità. Aprire alla fecondazione eterologa e alla maternità surrogata senza chiarire per via legislativa quali siano i diritti e i doveri di tutte le parti coinvolte nei confronti del bambino lascia spazio a questioni etiche di enorme impatto sulla società; è un peccato che la legge sulla protezione della famiglia e della gioventù del 2021 perda una magnifica occasione per chiarire aspetti critici che a più di vent'anni dalla *fatwà* che autorizzava la fecondazione assistita ancora non trovano una soluzione condivisa.

<sup>42</sup> Con ciò discostandosi dalle linee guida dell'OMS che raccomandano un intervallo di tempo di almeno 24 mesi per tutelare la salute sia della madre sia del figlio; World Health Organization, Report of a WHO Technical Consultation on Birth Spacing. Department of Reproductive Health and Research, Geneva, 2007 (WHO/RHR/07.1).

## Aborto, eutanasia e trapianto di organi. Un punto di vista canonico ortodosso

*Georgică Grigoriță\**

ABORTION, EUTHANASIA AND ORGAN TRANSPLANTATION. AN ORTHODOX CANONICAL POINT OF VIEW  
ABSTRACT: The Orthodox Church constantly preserves and promotes its teaching of faith and its canonical discipline concerning human life, health and care of them, being at the same time attentive and open to new medical discoveries that can help man in his journey to the eternal Creator. Therefore, the Orthodox Church condemns any act by which human life is endangered or destroyed, as well as all those involved in such actions, considering them inconsistent with its teaching of faith and its own canonical discipline. For questions relating to abortion, euthanasia and organ transplantation, the canonical point of view is known and promoted by all the autocephalous Orthodox Churches, which seek to insert the fundamental principles relating to these into state legislation through their own missionary pastoral activity of faith on life, on the human person and on his relationship with God and with his fellow men, as well as on health understood as a gift from God. With regard to organ transplantation, the Orthodox Church shows an openness to this medical practice, but circumscribes it in the spirit of Christian love and the promotion and the defense of the dignity of the human person.

KEYWORDS: Abortion; euthanasia; organ transplantation; orthodox theology; orthodox bioethics

ABSTRACT: La Chiesa ortodossa conserva e promuove costantemente il suo insegnamento di fede e la sua disciplina canonica riguardo alla vita umana, alla salute e alla sua cura, essendo allo stesso tempo attenta e aperta alle nuove scoperte mediche che possono aiutare l'uomo nel suo cammino verso il Creatore eterno. Pertanto, la Chiesa ortodossa condanna qualsiasi atto che metta in pericolo o distrugga la vita umana, così come tutti coloro che sono coinvolti in tali azioni, considerandole incoerenti con il suo insegnamento di fede e la sua stessa disciplina canonica. Per quanto riguarda le questioni relative all'aborto, all'eutanasia e al trapianto di organi, il punto di vista canonico è conosciuto e promosso da tutte le Chiese ortodosse autocefale, che cercano di inserire i principi fondamentali relativi a queste nella legislazione statale attraverso la propria attività pastorale missionaria di fede sulla vita, sulla persona umana e sul suo rapporto con Dio e con i suoi simili, nonché sulla salute intesa come dono di Dio. Per quanto riguarda il trapianto di organi, la Chiesa ortodossa si mostra aperta a questa

---

\* Professore Ordinario dell'Università di Bucarest. Mail: [george.grigorita@unibuc.ro](mailto:george.grigorita@unibuc.ro). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

pratica medica, ma la circoscrive nello spirito dell'amore cristiano e della promozione e difesa della dignità della persona umana.

PAROLE CHIAVE: Aborto; eutanasia; trapianto d'organi; teologia ortodossa, bioetica ortodossa

SOMMARIO: 1. Il mondo ortodosso e la bioetica: alcune premesse necessarie – 2. La bioetica nella Chiesa ortodossa – 3. La vita umana, la salute dell'uomo e la cura di loro: punto di vista canonico ortodosso – 4. L'aborto – 5. L'eutanasia – 6. Il trapianto di organi – 7. Conclusioni.

### 1. Il mondo ortodosso: alcune premesse necessarie

**P**rima di iniziare la mia presentazione, desidero fare alcune precisazioni e definire alcune nozioni introduttive sulla Chiesa Ortodossa e su come essa si rapporta alla *Bioetica*. La Chiesa Ortodossa si definisce come una comunione di Chiese autocefale<sup>1</sup>, che s'organizzano etnicamente (secondo il canone 34 apostolico) e che mantengono l'*unità dommatica*, l'*unità canonica* e l'*unità di culto*. Preservare l'*unità dogmatica* e *canonica* significa che ogni Chiesa autocefala deve rispettare l'*insegnamento di fede* e la *disciplina ecclesiale* stabiliti dai *Sinodi ecumenici*, e non rispettarli significa perdere la comunione con la Chiesa ortodossa, cioè essere fuori della Chiesa ortodossa. Risulta dunque che ogni Chiesa autocefala deve rispettare rigorosamente tutto quello che i *Sinodi ecumenici* hanno deciso circa l'*insegnamento di fede* e la *disciplina ecclesiale*, cioè deve rispettare i *dogmi* (δόγματα) ed i *sacri e santi canoni* (ιερούς και θείους κανόνες) della Chiesa ortodossa<sup>2</sup>. Inoltre,

<sup>1</sup> In base all'ordine di precedenza della Chiesa ortodossa, le *Chiese autocefale* sono: il Patriarcato Ecumenico (sede a Istanbul, Turchia), il Patriarcato d'Alessandria (sede ad Alessandria, Egitto), il Patriarcato d'Antiochia (sede a Damasco, Siria), il Patriarcato di Gerusalemme (sede a Gerusalemme, Israele), il Patriarcato di Mosca (sede a Mosca, Russia), il Patriarcato di Romania (sede a Bucarest, Romania), il Patriarcato di Bulgaria (sede a Sofia, Bulgaria), il Patriarcato di Serbia (sede a Belgrado, Serbia), il Patriarcato di Georgia (sede a Tbilisi, Georgia), l'Arcivescovado di Cipro (sede a Nicosia, Cipro), l'Arcivescovado di Grecia (sede ad Atene, Grecia), la *Metropolia* di Polonia (sede a Varsavia, Polonia), la *Metropolia* della Repubblica Ceca e della Slovacchia (sede a Prešov, Slovacchia), l'Arcivescovado d'Albania (sede a Tirana, Albania) e l'Arcivescovado di Macedonia del Nord (sede a Skopje, Macedonia del Nord). La Chiesa ortodossa americana (*Orthodox Church of America*), organizzata come *metropolia* con sede a Washington negli Stati Uniti d'America, non è stata ancora inserita nell'elenco delle Chiese autocefale, anche se ha ricevuto canonicamente l'autocefalia nel 1970 dalla sua Chiesa madre, perché il Patriarcato ecumenico non vuole riconoscerla, affermando in modo del tutto errato e ingiustificato che solo lui poteva concedere l'autocefalia nella Chiesa ortodossa. Per i dettagli riguardanti l'autocefalia e la sua applicazione nella Chiesa ortodossa, nonché gli attuali aspetti problematici ad essa correlati, si veda: G. GRIGORIȚĂ, *L'autocéphalie dans l'Église orthodoxe: les réalités ecclésiales du XXe siècle. Une analyse canonique*, in M.-H. BLANCHET, F. GABRIEL, L. TATARENKO (ed.), *Autocéphalies. L'exercice de l'indépendance dans les Églises slaves orientales (IXe-XXIe siècle)*, Roma, 2021, 543-580. Inoltre, va ricordato che ogni Chiesa autocefala si prende cura della propria diaspora pastorale, organizzata soprattutto in Occidente. Cf. G. GRIGORIȚĂ, *La diaspora ortodossa: realtà attuali e prospettive per il futuro. Un'analisi dal punto di vista canonico*, in *Il diritto ecclesiastico*, 130, 3-4, 2019, 495-526.

<sup>2</sup> Per i dettagli riguardanti il significato, l'importanza e l'applicazione dei sacri canoni nella Chiesa ortodossa, nonché il loro rapporto con i dogmi, si veda G. GRIGORIȚĂ, *Sfintele și dumnezeieștile canoane în Biserică: între tradiție eclezială și necesitate pastorală. O analiză a izvoarelor Teologiei canonice în actualul context ecleziologic*, Bucarest, 2017.

per gli ortodossi, i *sacri canoni* sono in realtà l'applicazione pratica dei *dogmi*, perché il *dogma* specifica ciò che crediamo, e il *canone* spiega come crediamo e applichiamo la fede in modo pratico<sup>3</sup>.

Secondo la teologia ortodossa, una *Chiesa autocefala* è una Chiesa etnicamente organizzata che si amministra autonomamente senza alcuna ingerenza esterna, avendo il diritto di scegliere il proprio *protos* (πρώτος – *primus*) ossia il suo *protogerarca*, senza che questo sia confermato o riconosciuto da un'autorità esterna. Il più alto organo di autorità di una Chiesa autocefala è il suo Sinodo dei vescovi, presieduto dal *protogerarca* eletto da quel sinodo. Il supremo organo di autorità dell'Ortodossia è costituito dal *Sinodo panortodosso*, e nella situazione in cui non può riunirsi, le decisioni nell'Ortodossia possono essere prese per consenso di tutte le Chiese autocefale, cioè per *consensus Ecclesiae dispersae*. Le decisioni prese da un sinodo di gerarchi, anche panortodosso, o per consenso non sono immediatamente applicabili nella Chiesa, cioè non entrano in vigore subito dopo l'approvazione, ma queste devono essere ricevute/accolte prima dal *pleroma* (πλήρωμα) della Chiesa, cioè della plenitudine della Chiesa rappresentata dalla totalità dei credenti (laici, monaci e chierici)<sup>4</sup>.

Una Chiesa locale può chiedere l'autocefalia della sua Chiesa-madre, se soddisfa le condizioni stabilite canonicamente. Se si riscontra che tutte le condizioni sono soddisfatte, il Sinodo dei gerarchi della Chiesa-madre concede l'autocefalia attraverso un documento chiamato *tomos* (τόμος), in cui sono scritti i suoi diritti e doveri insieme al suo posto nel *Dittico*, e poi le altre Chiese autocefale riconoscono la nuova Chiesa autocefala, accogliendola in comunione.

L'Ortodossia, basandosi sui *sacri e santi canoni*, si è organizzata come una comunione di Chiese autocefale che non conosce però nessun centro di comunione e nessuna Chiesa autocefala superiore alle altre Chiese autocefale. Infatti, nella loro comunione, le Chiese autocefale conoscono un ordine di precedenza onorario (ταξίς), basato principalmente su 3 elementi fondamentali stabiliti dal canone 3 del secondo concilio ecumenico di 381: l'importanza politica della città in cui risiede il *protogerarca*, il titolo amministrativo del *protogerarca* (arcivescovo, metropolita o patriarca) e la consistenza e l'importanza dell'attività missionaria-pastorale svolta. Questa priorità riconosciuta nell'Ortodossia è intesa come una *primogenitura d'onore* (πρεσβεία της τιμης), così come risulta dal testo del canone 3 del Secondo Sinodo ecumenico, e l'ordine di precedenza onorario creato così si chiama *dittico* (δίπτυχος – *diptycum*). L'ordine di precedenza onorifico del Dittico non crea, in realtà, nessuna subordinazione di una Chiesa autocefale ad un'altra Chiesa autocefale, ma indica soltanto il posto di una Chiesa autocefale nell'ordine di precedenza. Si tratta, dunque, piuttosto di una priorità d'alcune Chiese autocefale davanti ad altre, ma di una "priorità in famiglia", come se si trattasse di una priorità del primogenito fra i suoi fratelli<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Cfr. G. GRIGORIȚĂ, *The Canon: the fundamental pastoral rule of the Church. An etymological, semantic and theological approach*, in *Icoana Credinței*, 4, 8, 2018, 23-53; *Théologie canonique et Droit ecclésiastique: une relation synergique et complémentaire*, in G. GRIGORIȚĂ (ed.), *Ius ecclesiasticum in the life of the Church. Proceedings of the International Symposium on Ecclesiastical Law. Ius ecclesiasticum in the life of the Romanian Orthodox Church: 130 Years of Canonical Theology in the Faculty of Orthodox Theology in Bucharest (September 20-21, 2018)*, Bucarest, 2019, 95-152.

<sup>4</sup> Cfr. G. GRIGORIȚĂ, *Le concept de la primauté dans l'Eglise et son rôle dans la synodalité. Les prescriptions des saints canons et les réalités ecclésiales actuelles*, in *Kanon*, 25, 2019, 125-175.

<sup>5</sup> Si veda G. GRIGORIȚĂ, *Dipticele în Biserica Ortodoxă. O analiză din punct de vedere al teologiei canonice ortodoxe*, in S. ȘELARU, P. VLAICU (ed.), *Misiunea sacramentală a Bisericii Ortodoxe în context european*, Bucarest, 2013, 379-430.

In conclusione, quando parliamo della comprensione ortodossa di un argomento, dobbiamo fare riferimento a quanto stabilito nei *canoni* e nei *dogmi* della Chiesa ortodossa, così come quelli stabiliti dalle decisioni del Sinodo panortodosso<sup>6</sup>, perché solo sulla base di questi ogni Chiesa autocefala può formulare il proprio punto di vista. Naturalmente, anche nel caso della bioetica, le Chiese autocefale hanno applicato lo stesso metodo, prendendo decisioni su vari argomenti di bioetica, che sono state pubblicate sui loro siti ufficiali<sup>7</sup>.

## 2. La bioetica nella Chiesa Ortodossa

Quando si parla di *bioetica* nella Chiesa ortodossa, abbiamo, da un lato, una parte che riguarda l'insegnamento della fede ortodossa sulla *vita*, la *salute* e la loro cura, e dall'altro lato abbiamo la disciplina ecclesiastica riguardante il modo in cui i rispettivi insegnamenti di fede ed i santi canoni devono essere praticamente applicati dai credenti cristiano-ortodossi nella loro vita, così come i modi con cui l'autorità della Chiesa vigila sulla loro corretta osservanza. Usualmente, gli autori ortodossi che si occupano di questioni bioetiche (compresi i temi dell'aborto, dell'eutanasia e del trapianto di organi) sono tentati di presentare punti di vista dogmatici e/o morali (etici), senza sempre corroborarli con le disposizioni canoniche<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Sfortunatamente, finora non c'è stata alcuna decisione del Sinodo panortodosso in merito alle questioni trattate in questo studio. Al Sinodo panortodosso di Creta del 2016, un solo documento, ovvero "Missione della Chiesa ortodossa nel mondo contemporaneo", tocca tangenzialmente temi bioetici, nel senso che parla del valore della persona umana e della sua libertà e responsabilità.

<sup>7</sup> Così, nel 2000 il Santo Sinodo del Patriarcato di Mosca ha approvato il documento intitolato "*Le basi del concetto sociale della Chiesa ortodossa russa*", in cui il capitolo 12 è interamente dedicato alle questioni bioetiche (<http://www.patriarchia.ru/db/text/419128.html>). Nel 2005, il Santo Sinodo del Patriarcato rumeno ha approvato 3 documenti che esprimono il punto di vista della Chiesa ortodossa rumena in merito all'aborto, all'eutanasia e al trapianto di organi (<https://patriarhia.ro/bioetica-2007/>). Nel 2007, il Santo Sinodo della Chiesa ortodossa di Grecia ha approvato documenti relativi a 3 temi bioetici, vale a dire la riproduzione assistita, l'eutanasia e il trapianto di organi, che ha poi pubblicato in greco, inglese, francese e russo sul suo sito ufficiale (cf. <https://www.bioethics.org.gr/en/Assisted%20Reproduction4l.pdf>; <https://bit.ly/3sfn7Oo>; <https://www.bioethics.org.gr/en/Transplantations4l.pdf>). Nell'incontro dei *Proto-gerarchi* delle Chiese ortodosse autocefale a Costantinopoli (Istanbul, Turchia) dal 9 al 12 ottobre 2008, si è deciso di istituire una *Commissione interortodossa di bioetica*, per dibattere questioni di bioetica, alla quale le Chiese ortodosse autocefale avrebbero espresso un punto di vista comune. Pertanto, dal 23 al 26 maggio 2011, il Patriarcato ecumenico ha organizzato l'incontro di questa commissione presso l'Accademia ortodossa di Creta, a cui hanno partecipato i rappresentanti di tutte le Chiese autocefale, ad eccezione dei rappresentanti del Patriarcato bulgaro. Sfortunatamente, non ci sono state ulteriori riunioni della *Commissione interortodossa di bioetica*. M. GRINIEZAKIS, *The Science-Theology Dialogue through the Inter-Orthodox Bioethics Committee*, in V.N. MAKRIDES, G.E. WOLOSCHAK (ed.), *Orthodox Christianity and Modern Science. Tensions, Ambiguities, Potential*, Turnhout, 2019, 181-189.

<sup>8</sup> Cf. M. G. BUTA, *Bioetică și slujire creștină. Analize, perspective, convergenți*, Cluj-Napoca, 2017; Ș. ILOAIE, *Cultura vieții. Aspecte morale și bioetice*, Cluj-Napoca, 2009; P. CHIRILĂ, L. GAVRILĂ, C. GAVRILOVICI, A. BĂNDOIU, *Principii de bioetică*, București, 2008; J. BRECK, L. BRECK, *Stages on Life's Way. Orthodox Thinking on Bioethics*, Crestwood-New York, 2005; K. SCOUTERIS, *Bioethics in the Light of Orthodox Anthropology*, in *Icoana Credinței*, 2, 3, 2016, 56-62; S.S. HARAKAS, *Bioethics in Eastern Orthodox Christianity*, in S.G. POST (ed.), *Encyclopedia of Bioethics*, New York, 2, 2014, 691-697; R. PREDĂ, *Tradiție și modernitate în dezbateră bioetică actuală. Considerații social-teologice*, in *Studia Universitatis Babeș-Bolyai. Bioethica*, 54, 2, 2009, 19-48; J. BRECK, *Bioethical Challenges in the New Millennium*, in *Saint Vladimir's Theological Quarterly*, 46, 4, 2002, 315-329; V. RĂDUȚĂ, *Bioetica, familia și morală creștină*, in *Studii Teologice*, 3-4, 1999, 103-118. Si veda ID., *I fondamenti antropo-teologici della bioetica. La*

E, qui, vi chiedete come i *santi canoni*, approvati nel primo millennio come universalmente validi nella Chiesa, vengono applicati nella vita dei fedeli ortodossi e come la Chiesa ortodossa vigila sulla loro corretta applicazione. Il modo pratico è quello di applicare i *principi canonici fondamentali*, cioè quelli che si trovano nel testo dei *sacri e santi canoni*. Questi principi sono applicati in modo adeguato a ciascuna situazione particolare. Allo stesso tempo, ciascuna Chiesa autocefala, in dialogo con le autorità dello Stato in cui è organizzata ed opera, cerca di promuovere l'insegnamento della fede e la disciplina ecclesiale sulla vita, la salute e la loro cura davanti alle competenti autorità statali affinché che gli *insegnamenti dogmatici e principi canonici fondamentali* possano essere trovati nella legislazione emanata dal rispettivo stato. A volte la Chiesa riesce a farsi ascoltare meglio dalle autorità statali per quanto riguarda i suoi valori morali, a volte no... Questo modo di rapportarsi alle autorità statali non sminuisce in alcun modo l'insegnamento dogmatico e la disciplina canonica proposti dalla Chiesa ai suoi fedeli riguardo alla vita, alla salute e alla loro cura, che si riflettano soprattutto nella vita liturgica e pastorale della Chiesa.

All'interno della Chiesa, l'insegnamento della vita, della salute e della loro cura è intensamente promosso e difeso attraverso specifici mezzi di comunicazione e di formazione spirituale di ogni Chiesa autocefala. Rispettarli è, però, un atto eminentemente personale, che implica una presunta coscienza ecclesiale che si manifesta soprattutto nel proprio modo di vivere la vita secondo l'insegnamento e la disciplina ecclesiale. La vigilanza dell'autorità ecclesiastica sul retto modo di intendere e vivere la vita cristiana si manifesta su tre livelli, uno *privato*, all'interno della Confessione, un altro *comunione*, all'interno dei tribunali ecclesiastici che possono sanzionare eventuali inosservanze degli insegnamenti della fede o della disciplina canonica, e un altro *pubblico*, attraverso interventi pubblici tempestivi per difendere, sostenere e promuovere i valori morali cristiani ortodossi nella società in cui quella Chiesa autocefala è organizzata ed opera.

Per questi motivi, nel 2011, il filosofo americano Hugo Tristram Engelhardt jr. (1941-2018) affermava che:

«la bioetica ortodossa non è sostenuta da un quadro filosofico-morale indipendente. Né possono le visioni bioetiche cristiane ortodosse essere adeguatamente condivise con altri fuori della vita comune sostenuta dal perseguimento della salvezza nella retta *fede*, nella retta *disciplina* e nel retto *culto*, poiché solo attraverso e in una simile di retta *fede*, di retta *disciplina* e di retto *culto* si può correttamente sperimentare il Santo. Termini bioetici cristiani possono essere usati in comune con altre bioetiche, ma essi hanno diversa intensione ed estensione»<sup>9</sup>.

In questa luce, non sorprende che per l'Ortodossia la forma liturgica costituisca e disegni la forma stessa della Chiesa che è fondamentalmente sinodale. Infatti, così come avevo già detto, nella Chiesa ortodossa non esiste una autorità centrale, né un centro della Chiesa, né una autorità personale, ma il sinodo di tutti i vescovi ortodossi rappresenta l'autorità suprema della Chiesa e le sue decisioni devono poi essere accettate dal pleroma della Chiesa per essere applicate. Per questo motivo, quando si parla di questioni bioetiche dal punto di vista ortodosso dobbiamo seguire quelli stabiliti dall'insegnamento

---

*prospettiva ortodossa*, in *Studia Moralia*, 54, 2, 2016, 293-319; M. YAREMA, *La bioetica ortodossa. La storia e la particolarità* (tesi di dottorato), Roma, 2016.

<sup>9</sup> H.T. ENGELHARDT JR., *Orthodox Christian Bioethics: Some Foundational Differences from Western Christian Bioethics*, in *Studies in Christian Ethics*, 24, 2011, 494.

di fede e dalla disciplina ecclesiale, e possibilmente seguire quanto il sinodo panortodosso dei vescovi ha recentemente chiarito su alcuni temi.

### 3. La vita umana, la salute dell'uomo e la cura di loro: punto di vista canonico ortodosso

Nell'esprimere il suo punto di vista sull'aborto, l'eutanasia e il trapianto, la Chiesa ortodossa agisce secondo il suo insegnamento di fede sull'origine della vita in generale e della vita umana in particolare. La vita umana e la salute dell'uomo sono dei doni di Dio, di cui ogni persona ha il dovere di prendersi cura nel miglior modo possibile. La vita specifica della persona umana, unica e irripetibile, è un dono di Dio, inteso come vita dell'anima nel corpo; il cristiano ortodosso si prenderà cura di entrambi, ma darà la massima importanza all'anima, lottando per la sua salvezza. Il dono della vita consiste nella sua santità, perciò la ricerca della "qualità della vita" va fatta per accrescere la santità, e il prolungamento della vita per l'ulteriore opera di salvezza e la presenza benefica della persona tra i suoi simili. L'insegnamento ortodosso attribuisce grande importanza all'onore del corpo umano, sia durante la sua vita che dopo la morte, e questo perché il corpo rappresenta una materia strutturata da Dio nel mistero della persona. Il corpo umano «è il tempio dello Spirito Santo» (I Corinzi 6, 9) e l'anima e il corpo formano un'unità che, dopo la morte, è possibile solo mediante la risurrezione del corpo (cf 1 Ts 4, 13-14). Un famoso teologo ortodosso romeno, padre Dumitru Stăniloae (1903-1993), affermava che il corpo umano deve essere rispettato anche perché il suo scopo «è che lo spirito umano operi attraverso di esso per trasfigurare o spiritualizzare l'intero universo, l'intera natura. Deve essere nobilitato e trasfigurato o spiritualizzato nei suoi sentimenti, perché attraverso di lui possiamo trasfigurare il mondo. È Gesù Cristo che ci dà questo esempio e questa forza»<sup>10</sup>. Risulta dunque che, secondo la teologia ortodossa, il corpo umano, in forma spiritualizzata, parteciperà anche lui alla vita eterna, cioè alla vita oltre la tomba<sup>11</sup>.

La vita umana non è il prodotto del divenire spontaneo del mondo, ma, per la sua apparizione, Dio ha avuto una cura speciale: l'uomo non appare per comando, ma seguendo un consiglio e un atto speciale della Santissima Trinità, atto espresso dall'agiografo con il termine plasmare e respirare la vita. La vita umana è determinata non solo dalla creazione dell'uomo dalla terra, ma anche (o soprattutto) dal soffio vivificante di Dio. Questo ci prova che l'uomo non è un semplice essere biologico ("essere vivente" dotato di un'anima razionale), ma è un'anima vivente (Genesi 2,7) e un corpo umano vivente (non un corpo qualsiasi). L'uomo è, quindi, un essere psico-fisico che è stato ed è creato da Dio a sua immagine (Genesi 3, 28), per somigliargli. Risulta che tutti gli esseri umani sono fundamentalmente uguali tra loro, per natura e vocazione, che essi possiedono la stessa dignità e lo stesso valore: sono immagine di Dio, ma una immagine in un continuo processo di somiglianza a Dio. Poiché è portatore dell'immagine di Dio, ogni essere umano, qualunque sia la sua età, situazione o condizione fisica, possiede una vera dignità ed esige un rispetto speciale. Pertanto, tutto ciò che viene commesso contro

<sup>10</sup> D. STĂNILOAE, *Teologia Dogmatică Ortodoxă*, Bucarest, I, 1978, 369.

<sup>11</sup> J. BRECK, *The Sacred Gift of Life. Orthodox Christianity and Bioethics*, Crestwood – New York, 1998, 5-11.

l'essere umano è commesso, in una certa misura, contro la volontà di Dio, così come tutto il bene che facciamo al nostro prossimo è bene fatto a Dio stesso<sup>12</sup>.

Se la vita, e specialmente la vita umana, non è il prodotto del caso, neppure la perpetuazione della vita umana è effetto del caso, né è esclusivamente il prodotto degli sforzi umani. La vita dell'uomo è da Dio e si perpetua attraverso gli esseri umani, secondo quelli ordinati da Dio. L'uomo gode della vita e del potere della vita; ha il diritto alla vita, ma anche la responsabilità di rispettare questa vita, di difenderla in ogni circostanza, sapendo che, nell'esistenza storica nel corpo, l'uomo prepara la sua partecipazione al Regno di Dio.

#### 4. L'aborto

L'aborto è stata una pratica estranea al cristianesimo, conosciuta all'epoca in un mondo dove non c'era né timore né amore di Dio. Tutti i Santi Padri della Chiesa segnalano che, in qualunque fase avvenga, l'aborto resta un *infanticidio*. Attraverso di lui viene violato il comandamento divino: «Non uccidere» (Esodo 20, 13). È tanto più grave in quanto costituisce l'uccisione di un essere umano che non è in grado di difendersi.

La prima decisione sinodale presa al riguardo è stata quella del Sinodo di Ancira<sup>13</sup> del 314 che, dopo aver analizzato il problema dell'aborto e di coloro che lo commettono, stabilì nel canone 21 che: «le donne che fornicano e uccidono le creature del loro grembo o tentano di abortire erano scomunicate fino alla fine della loro vita dalle precedenti disposizioni, e ad esse si adattavano; avendo ora pensato a un trattamento più benevolo, si è deciso che si sottomettano per dieci anni alle pratiche penitenziali nei gradi fissati»<sup>14</sup>.

Successivamente, sempre nel IV secolo, san Basilio (†379) rigettava nel suo canone 2 (in realtà un frammento di una lettera indirizzata al vescovo Amphilochium di Iconium<sup>15</sup>) la sottile distinzione di derivazione aristotelica, circa il feto formato o meno (cioè tra il feto animato e quello inanimato), e anche d'allora condannava l'aborto come crimine, precisando che:

«Coei che uccide con artificio il feto è colpevole di omicidio. Presso di noi (cioè i cristiani), infatti, non si fa la sottile distinzione tra un essere formato e uno informe. In questo modo, si vuole tutelare con la giustizia non solo il nascituro, ma anche la madre stessa che si è procurata un danno poiché, per lo più, le donne muoiono in seguito a tali pratiche. Si aggiunge a questo anche l'uccisione del feto, da considerarsi omicidio, almeno nell'intenzione di coloro che hanno avuto tale audacia. Ma bisogna che la loro

<sup>12</sup> K. WARE, "In the Image and Likeness": The Uniqueness of the Human Person, in C. CHALAMET, K. DELIKOSTANTIS, J. GETCHA, E. PARMENTIER (ed.), *Theological Anthropology, 500 Years after Martin Luther. Orthodox and Protestant Perspectives*, Boston, 2021, 48-64.

<sup>13</sup> Attualmente, sul sito dell'antica città di Ancira, si trova la città di Ankara, l'odierna capitale della Turchia.

<sup>14</sup> P.P. JOANNOU, *Discipline générale antique (IVe – IXe s.)*, t. I-2 *Les canons des Synodes Particuliers*, Roma, 1962, 71.

<sup>15</sup> Lettera n. 188, PG 32, 671.

espiazione si prolunghi non fino alla morte, ma che sia limitata a dieci anni. Non sul tempo, ma sull'intensità del pentimento si misura se un'anima è sanata»<sup>16</sup>.

Poi, nel canone 8 (altro frammento della lettera al vescovo Amphilochium), san Basilio riprende il tema dell'aborto, precisando ancora che: «ancora, se uno ha preparato una pozione atta a ottenere qualche altro scopo, ma poi essa ha ucciso, noi costui lo poniamo tra gli omicidi volontari [...]. Quindi anche quelle donne che procurano farmaci capaci di fare abortire sono omicide pure loro, così come quelle che accettano tali farmaci»<sup>17</sup>.

Nel suo approccio, san Basilio condanna l'aborto come omicidio adducendo due motivi principali, vale a dire: 1. l'aborto distrugge volontariamente e consapevolmente una persona umana che sta per nascere, 2. l'aborto minaccia involontariamente, ma con le conseguenze più gravi, la salute e anche la vita della madre<sup>18</sup>. Risulta dunque che la donna che abortisce commette tre peccati gravi: infanticidio, distruzione della salute e persino tentato suicidio. Pertanto, tutti coloro che sono coinvolti nell'aiuto, favoreggiamento e realizzazione di un aborto sono colpevoli di aver commesso i tre peccati gravi sopra menzionati.

Alla fine del VII secolo, il Sinodo *in Trullo* (691-692), attraverso il canone 91, ha ribadito, in modo succinto e concentrato, la dottrina canonica sull'aborto, così: «quelle che offrono farmaci abortivi e quelli che accettano veleni per uccidere gli embrioni le sottoponiamo alla pena dell'omicidio»<sup>19</sup>.

Risulta, dunque, che per la Chiesa ortodossa, tutti coloro che sono coinvolti in un atto di aborto sono colpevoli di omicidio, più preciso di infanticidio. Per sancire ogni forma di deviazione dagli insegnamenti di fede e dalla disciplina canonica della Chiesa riguardo alla vita e al modo in cui essa è concepita, sono state stabilite diverse forme di penitenza, che vengono date dal sacerdote all'interno del Sacramento della Confessione e che differiscono a seconda del grado di pentimento del penitente<sup>20</sup>.

D'altra parte dobbiamo precisare che la Chiesa ortodossa lo ha sempre considerato un peccato gravissimo, uguale all'aborto in gravità anche l'assunzione di medicine abortive. Pertanto, altrettanto gravi dell'aborto chirurgico sono anche le barriere meccaniche che hanno lo scopo di impedire all'ovulo fecondato di impiantarsi sulle pareti dell'utero (anche queste sono pratiche abortive) ed i farmaci contraccettivi, che, a loro volta, hanno conseguenze negative per il corpo della donna. Tuttavia, la teologia ortodossa è consapevole che il contraccettivo è diverso dall'abortivo, perché il contraccettivo non permette il concepimento del bambino, mentre l'abortivo distrugge il concepito e lo espelle.

Inoltre, la teologia ortodossa ritiene che anche nel caso della fecondazione in vitro si tratti di aborti, perché questa tecnica di riproduzione assistita sceglie solo uno o due degli embrioni ottenuti in vitro e

<sup>16</sup> P.P. JOANNOU, *Discipline générale antique (IVe – IXe s.)*, t. II *Les canons des Pères Grecs*, Roma, 1963, 99-100. Per dettagli, si veda: M.-H. CONGOURDEAU, *L'embryon et son âme dans les sources grecques (VIe siècle av. J.-C. – Ve siècle apr. J.C.)*, Paris, 2007, 319-322.

<sup>17</sup> P.P. JOANNOU, *Discipline générale antique (IVe – IXe s.)*, t. II *Les canons des Pères Grecs*, Roma, 1963, 107-108.

<sup>18</sup> S. MOLDOVAN, *Tradiția canonică răsăriteană privitoare la avort. Poziția Sf. Vasile c el Mare*, in *Anuarul Academic al Facultății de Teologie, Andrei Șaguna din Sibiu*, 2006-2007, 113-125.

<sup>19</sup> P.P. JOANNOU, *Discipline générale antique (IVe – IXe s.)*, t. I-2 *Les canons des conciles œcuméniques (IIe – IXe s.)*, Roma, 1962, 227.

<sup>20</sup> Per dettagli, si veda G. PAPHOMAS, *L'enfant qui vient et sa naissance, vus par la Tradition canonique de l'Eglise*, in *Bioéthique orthodoxe. Actes du 3e colloque – 15 avril 2000*, t. III, Paris, 2001, 57-102; E. ROMAN, *Canonica land Theological Perspectives on Abortion and Incest*, in *Analele Științifice ale Universității, Alexandru Ioan Cuza din Iași. Teologie Ortodoxă*, 2, 2009, 125-138.

li trasferisce nell'utero della donna per ottenere la gravidanza, e gli altri embrioni vengono o criogenizzati (di solito quelli di qualità), oppure vengono distrutti. Poiché, per la teologia ortodossa, l'embrione è una persona umana vivente in via di sviluppo, ogni forma di distruzione di un embrione rappresenta un omicidio, più precisamente un *infanticidio*, sanzionato come tale dalla Chiesa ortodossa<sup>21</sup>. Inoltre, la tecnica di fecondazione in vitro è accompagnata anche da uno specifico trattamento farmacologico applicato alla donna che vuole rimanere incinta, che secondo alcuni autori metterebbe in pericolo la sua salute fisica e/o psichica. Pertanto, la teologia ortodossa non sostiene la tecnica medica della fecondazione in vitro, ma la condanna come pratica incoerente con il suo insegnamento della fede ortodossa e con le sue regole ecclesiastiche di vita<sup>22</sup>.

Per la Chiesa ortodossa, l'aborto e tutte le pratiche abortive, in qualsiasi modo sarebbero stati commessi, sono peccati gravi, sia per chi li commette sia per chi aiuta o partecipa attivamente a commetterli, anche perché:

- a) uccidono un essere umano: il bambino;
- b) non rispettano la vocazione e la dignità della donna;
- c) presentano il rischio di mutilazione del corpo della donna, di malattia e di morte prematura della madre e della giovane donna.

La Chiesa ortodossa insegna che la donna non deve essere ridotta al livello di oggetto del piacere dell'uomo, non deve essere disprezzata e umiliata in ciò che le è proprio, cioè la femminilità e la maternità. Promuovendo e/o praticando l'aborto, la donna non solo commette l'infanticidio, ma perde anche, volontariamente e consapevolmente, il suo dono specifico ricevuto da Dio, cioè quello di essere madre. In questo senso, si deve precisare che, secondo la teologia ortodossa, l'aborto, i trattamenti abortivi o contraccettivi sono *peccati gravi* che uccidono gli esseri umani, impediscono il naturale processo di procreazione degli esseri umani, intaccano e mettono in pericolo la dignità e la vita della giovane donna e, in ultima analisi, ci escludono dal Regno di Dio a cui aspirano i cristiani<sup>23</sup>.

D'altra parte, è necessario precisare che, per alcune situazioni particolari, nella Chiesa ortodossa si osservano le seguenti pratiche tradizionali, anche se non è stata presa una decisione ufficiale per esse a livello pan-ortodosso:

- se la vita della madre è effettivamente messa in pericolo dalla gravidanza o dal parto, si dia priorità alla vita della donna, non perché la sua vita abbia un valore più grande in sé, ma per i rapporti e le responsabilità verso le altre persone, che dipendono da lei;
- se l'indagine genetica scopre un nascituro anomalo, la raccomandazione è di partorire il bambino, rispettando il suo diritto alla vita, ma la decisione sarà presa dalla famiglia, dopo che ne sarà stata informata dal medico e dal sacerdote su tutte le implicazioni morali e di mantenimento;

<sup>21</sup> Per la visione ortodossa sull'embrione, vedi: S. N. BUTE, I. STOICA, *Demnitatea și statutul embrionului uman din perspectiva teologiei ortodoxe*, in *Revista de Bioetică*, 8, 1, 2010, 27-32. Si veda anche S. TROIANOS, *L'embryon dans le droit canon byzantine*, in *Etique. La vie en question*, 4, 1992, 44-57.

<sup>22</sup> Si veda anche B. PETRÀ, *Inseminazione e fecondazione artificiale nella teologia ortodossa contemporanea*, in *Rivista di teologia morale*, 19, 1987, 45-60.

<sup>23</sup> Cfr. P. STRUVE, *Le contrôle des naissances (jalons pour une perspective orthodoxe)*, in *Le Messager Orthodoxe*, 1, 17, 1962, 48-53. Si veda anche B. PETRÀ, *La contraccezione nella tradizione ortodossa. Forza della realtà e mediazione pastorale*, Bologna, 2009.

- il rischio di aborto dovuto a stupro o incesto deve essere prima evitato a livello di educazione per quanto riguarda il non commettere questi peccati. In caso di gravidanza avvenuta, il bambino dovrà nascere e, a seconda dei casi, dovrà essere adottato.

In conclusione, per la Chiesa ortodossa l'aborto è un peccato grave e non può mai essere giustificato, moralmente, dalla situazione economica della famiglia, da dissapori tra i coniugi, del possibile danno alla carriera o all'aspetto fisico della futura madre. Tutti quelli coinvolti in un atto di aborto sono colpevoli di *infanticidio*. Inoltre, per gli ortodossi, anche la pratica della fecondazione in vitro è assimilata all'aborto, poiché alcuni embrioni creati vengono abortiti o criogenizzati. In più, la teologia ortodossa condanna anche i trattamenti abortivi e quelli contraccettivi in quanto incoerenti con l'insegnamento della Chiesa sulla vita e sulla persona umana.

## 5. L'eutanasia

Come poc'anzi illustrato, la vita umana costituisce il supremo dono di Dio, l'inizio e la fine del quale dipende interamente da Lui: «nella sua mano è la vita di ogni essere vivente» (Giobbe 12:10). È all'interno della vita biologica che la libertà personale dell'uomo trova la sua piena espressione, incontra la grazia di Dio e così si realizza la sua salvezza. Di conseguenza, ogni sforzo per determinare i limiti della vita esclusivamente sulla base della volontà, decisione o capacità umana priva la vita del suo carattere sacro, cioè mette l'uomo fuori della sua comunione con Dio. Infatti, l'uomo non è fatto per la morte, ma per la vita eterna, perché per gli ortodossi non c'è vita fino alla morte e vita dopo la morte, ma solo una vita, che è unica: dalla nascita all'eternità<sup>24</sup>.

Di conseguenza, il cristianesimo ortodosso rifiuta qualsiasi azione o omissione con cui si tenti di elevare la vita di qualcuno e qualsiasi modo con cui qualcuno tenti di togliersi la propria vita. Per l'Ortodossia l'eutanasia è l'espressione di una mentalità secolarizzata che afferma che l'uomo ha il diritto di disporre della propria vita e di quella di un altro. L'eutanasia è, per gli ortodossi, anche l'espressione di un'etica edonistica e utilitaristica che non vede il senso della sofferenza nella vita umana<sup>25</sup>. L'atto di eutanasia viene sempre eseguito con il consenso o su richiesta del paziente o dei suoi familiari o parenti. Con ciò l'eutanasia si costituisce come peccato di doppia gravità: *uccisione* e *suicidio*, perché il peccato ricade sia sul medico che compie l'atto d'eutanasia, diventa un criminale, sia su colui che acconsente a porre fine alla propria vita, che è considerato suicida e che perde così ogni possibilità e speranza di salvezza.

Il canone 14 di San Timoteo d'Alessandria (†385) distingue tra suicidi coscienti e quelli fuori di testa, affermando che coloro che si sono suicidati mentre erano coscienti non possono nemmeno ricevere un servizio funebre. Allo stesso tempo, il canone prevede anche sanzioni per il ministro ecclesiastico che violerebbe questa disposizione. È ovvio che, nel caso dell'eutanasia, si tratta sempre di un atto suicida consapevole e al tempo stesso di un'uccisione consapevole, perché la persona soppressa dà il

<sup>24</sup> Per una visione approfondita della malattia e della morte dal punto di vista ortodosso, vedi: D. BEAUFILS, "Ta foi t'a sauvé": *approche orthodoxe de la maladie et de la mort*, Parigi, 1996; N. HATZINIKOLAOU, *Prolonging Life or Hindering Death? An Orthodox Perspective on Death, Dying and Euthanasia*, in *Christian Bioethics*, 9, 1-2, 2003, 187-201.

<sup>25</sup> V. JEŽEK, *Euthanasia and Orthodox theology of Communion*, in *Review of Ecumenical Studies*, 6, 2, 2014, 214-226.

proprio consenso ad essere uccisa assistita (l'espressione solitamente usata è "morire assistito"<sup>26</sup>), e gli /coloro che lo aiutano lo fanno consapevolmente.

Comunque, che sia attiva o passiva, volontaria o involontaria, l'eutanasia rimane, per la Chiesa ortodossa, un atto diretto contro Dio, che crea non solo disobbedienza e ribellione, ma anche molta sofferenza per tutti coloro che sono coinvolti in un tale atto in cui una persona, di fatto, si suicida. La persona che decide di eutanizzarsi non può avere un servizio funebre fatto da un prete, perché si tratta di un suicidio e ai suicidi è stato vietato il servizio funebre. Infatti, l'uomo non può minacciare la sua vita, né la vita di nessuno dei suoi simili, perché, in ultima istanza, ciò significa un attacco alla sovranità di Dio<sup>27</sup>. Nel caso di malattie incurabili, la Chiesa Ortodossa raccomanda l'uso di tutti i mezzi per alleviare il dolore causato dalla malattia: anzitutto quelli di natura spirituale, intendendo con ciò l'amministrazione dei Santi Sacramenti, il consiglio spirituale, la preghiera e supporto morale, e, in secondo luogo, di natura medica, somministrando cure normali, assicurando una corretta igiene e cure palliative<sup>28</sup>.

Per capire l'insegnamento ortodosso riguardante l'eutanasia, dobbiamo precisare che, per la teologia ortodossa, la morte fisica è una realtà che attraversa ogni essere creato. Quando avviene nella vita umana, con o senza sofferenza, deve essere visto come un mezzo di unione con Dio, come un momento solenne del nostro passaggio nel Regno eterno di Dio «dove non c'è dolore, né tristezza, né sospiro»<sup>29</sup>. Risulta, quindi, che la Chiesa ortodossa condanna fermamente l'eutanasia come atto diretto contro Dio.

## 6. Il trapianto di organi

Il trapianto di tessuti e organi è una delle forme più alte della pratica medica contemporanea, che trasforma la sofferenza in speranza per più vita. È una performance di scienza e pratica medica che la Chiesa ortodossa benedice purché, attraverso il trapianto, si risolva la crisi determinata dalla mancanza di altre soluzioni di guarigione e si riporti alla normalità la vita di una persona, senza elevarla ad un'altra: *nessuno dovrebbe essere ucciso perché qualcun altro viva*. D'altra parte, alcuni autori hanno anche rivelato il problema della parentela tra il donatore e il ricevente dell'organo trapiantato, chiamando questo tipo di relazione parentela bioetica<sup>30</sup>.

Il tema del trapianto di organi non è espressamente analizzato nei sacri canoni, né vi sono decisioni dogmatiche direttamente rivolte a questo tema. Tuttavia, quando si riferisce al trapianto di organi, la

<sup>26</sup> In questo senso, alcuni sostenitori dell'eutanasia parlano addirittura di un "diritto alla morte" per qualsiasi persona, senza tener conto del fatto che nessuna persona ha scelto personalmente di nascere, ma è venuta al mondo per l'amore misericordioso di Dio.

<sup>27</sup> J. BRECK, *Euthanasia and the Quality of Life Debate*, in *Christian Bioethics*, 1, 3, 1995, 322-337.

<sup>28</sup> S. STYLIANIDOU, *Terminal cancer patients and euthanasia. The Church's position*, in *Hellenic Journal of Surgery*, 85, 2013, 105-108.

<sup>29</sup> G. VERZEA, *La morte nel pensiero cristiano ortodosso*, in S. MORANDINI, R. PEGORARO (ed.), *Alla fine della vita: religioni e bioetica*, Padova, 2003, 94. Per la comprensione ortodossa della morte e della sua importanza per la persona, cfr. J.C. LARCHET, *Une fin de vie paisible sans douleur, sans honte... Un éclairage orthodoxe sur les questions éthiques liées à la fin de vie*, Paris, 2010.

<sup>30</sup> Cfr. S. MOLDOVAN, *Human organ transplantation as biomedical kinship*, in *Anuarul Academic al Facultății de Teologie „Andrei Șaguna” din Sibiu*, 2011-2012, 181-212; ID., *Transplantul, o înrudire?*, in M.G. Buta (ed.), *Medicii și Biserica*, VII, 2009, 108-128.

Chiesa ortodossa lo fa riferendosi in primo luogo al suo insegnamento di fede sull'unicità della persona e sul suo rapporto con Dio e con i suoi simili, sul valore della vita umana, nonché sull'importanza della salute, intesa come dono di Dio. In questo senso, la teologia ortodossa afferma che il trapianto deve basarsi sull'amore cristiano di chi dona e il suo compimento nell'amore di chi riceve, e che tutti i trapianti d'organi devono soddisfare le seguenti condizioni:

- rispettare la dignità della persona (donatore, ricevente, medico);
- avere uno scopo esclusivamente terapeutico;
- essere a beneficio del prossimo;
- rispettare la vita e anche la morte della persona umana;
- rispettare i diritti umani e la dimensione spirituale dell'esistenza umana, fin dal momento del suo concepimento;
- non essere determinato dall'opportunità politico o economico, dalle curiosità mediche, di moda, o da altri interessi meschini del nostro mondo secolarizzato<sup>31</sup>.

Secondo la teologia ortodossa l'atto di donazione dovrebbe essere basato sull'amore cristiano per il prossimo e sul sacrificio di sé, e per questo motivo la donazione d'organi non può essere mai oggetto di transazioni finanziarie manipolazioni o di coercizioni di alcun genere. Dal punto di vista della finalità di tale atto, la teologia ortodossa afferma che il prelievo e il trapianto di organi e tessuti vengono effettuati solo a scopo terapeutico. Più precisamente, il trapianto dovrà rivelarsi l'unico rimedio valido per prolungare e migliorare (nel caso di cornea, trapianto di pelle, ecc.) la vita di un paziente. Poiché il prelievo di organi richiede il consenso del donatore<sup>32</sup>, sarà inaccettabile prelevare tessuti da un embrione, dato che, pur essendo un essere vivente, non è in grado di dare il proprio consenso. Risulta, dunque, che è inammissibile provocare intenzionalmente la mutilazione o la morte mediante prelievo di organi, anche allo scopo di salvare la vita di un'altra persona. Per questi motivi, il trapianto dovrà essere ben giustificato: sarà perseguito l'obiettivo immediato e a lungo termine del trapianto, oltre a fornire una soddisfacente qualità di vita al ricevente. Essendo effettuato per amore e rispetto per la vita umana, il trapianto terrà conto della vita della persona umana in tutta la sua complessità, non solo della vita che si consuma in forma e livello esclusivamente biologico, ma anche spirituale, dimensione

<sup>31</sup> Cf. S. MOLDOVAN, *Transplantul de organe și argumentul creștin-ortodox al iubirii*, in *Revista Română de Bioetică*, 7, 4, 2009, 84-95.

<sup>32</sup> La teologia ortodossa non accetta la nozione di "consenso presunto", perché va contro i principi morali cristiano-ortodossi, annulla il principio del dono di sé e dell'amore fraterno contenuto nel consenso esplicito ed esclude il ruolo della famiglia nel caso di persone decedute o clinicamente morte, se non lo fanno, hanno chiaramente espresso il loro consenso durante la loro vita. In questo senso, la Chiesa ortodossa riconosce che l'atto del prelievo di organi, come l'accettazione della donazione di organi, ha valore morale solo quando è fatto consapevolmente, informato e altruisticamente; il *presunto consenso/accordo*, anche se aumenterebbe notevolmente il numero di organi e tessuti prelevati da donatori deceduti, rappresenta una mancanza di rispetto per l'essere umano e può aprire la strada ad abusi e alla soddisfazione di interessi professionali e/o materiali. Inoltre, l'accettazione del *presunto consenso* potrebbe portare alla distruzione della fiducia dei pazienti nei confronti dei medici, in quanto i pazienti riterranno che, una volta in condizioni critiche, la loro vita non ha valore se non come fonte di organi e tessuti. Si veda anche P.H. REARDON, *The Commerce of Human Body Parts: An Eastern Orthodox Response*, in *Christian Bioethics*, 6, 2, 2000, 205-213.

eterna della vita umana. Come metodo eccezionale di trattamento, il trapianto è giustificato soltanto dopo che tutte le altre forme e metodi di trattamento sono state esaurite<sup>33</sup>.

La Chiesa ortodossa benedice qualsiasi pratica medica al fine di ridurre le sofferenze nel mondo, quindi anche il trapianto, effettuato con rispetto nei confronti del ricevente e del donatore, vivo o morto. Anche il corpo umano inanimato deve avere tutto il nostro rispetto. La Chiesa ortodossa, tuttavia, esorta tutti a intendere il trapianto come una pratica medica volta a rimuovere la sofferenza dei suoi membri, e non come quella che alimenta l'idea dell'autonomia della vita fisica e della sua eternizzazione, a scapito della credenza nella vita eterna (vita vera) e trascurando la preparazione per questo.

## 7. Conclusioni

La Chiesa ortodossa custodisce e promuove costantemente il suo insegnamento di fede e la sua disciplina canonica riguardante la vita umana, la salute e la cura di loro, essendo allo stesso tempo attenta ed aperta alle nuove scoperte mediche che possono aiutare l'uomo nel suo cammino verso l'eterno Creatore. In più, la Chiesa ortodossa cerca di promuovere e di difendere i suoi valori morali negli stati in cui è organizzata e opera, per venire così in aiuto ai suoi fedeli che si confrontano con tutte le sfide della società contemporanea, che non solo è secolarizzata, ma è diventata addirittura secolarizzante. In questo senso, in ogni Chiesa autocefale esiste un organismo proposto alla bioetica (di solito una commissione composta da specialisti), che analizza i problemi contemporanei e offre risposte pastorali, che poi trasmette alle autorità responsabili della Chiesa e dello Stato, per prendere le migliori decisioni. Al livello generale, il Sinodo della Chiesa Ortodossa si riunisce per analizzare e prendere delle decisioni sui principali problemi contemporanei.

Per le questioni relative all'aborto, all'eutanasia e al trapianto di organi, il punto di vista canonico è conosciuto e promosso da tutte le Chiese ortodosse autocefale, che cercano di inserire nella legislazione statale i principi fondamentali relativi all'educazione attraverso la propria pastorale missionaria attività di fede sulla vita, sulla persona umana e sul suo rapporto con Dio e con i suoi simili, nonché sulla salute intesa come dono di Dio. Pertanto, la Chiesa ortodossa condanna ogni atto con cui la vita umana è messa in pericolo o distrutta, così come tutti coloro che sono coinvolti in tali azioni, considerandole incoerenti con il suo insegnamento di fede e la sua stessa disciplina canonica. Per quanto riguarda il trapianto di organi, la Chiesa ortodossa mostra un'apertura per tale pratica medica, ma la circoscrive nello spirito dell'amore cristiano e della promozione e difesa della dignità della persona umana.

La Chiesa ortodossa vuole così essere attenta a tutti le sfide del mondo contemporaneo e offrire utili risposte pastorali ai suoi credenti e alla società.

---

<sup>33</sup> Si veda, V. RĂDUCĂ, *Despre transplantul de organe din punct de vedere ortodox*, in *Ortodoxia*, 55, 3-4, 2004, 116-130; C. CIULINARU, *Transplantul de organe și valoarea persoanei umane*, in *Studia Universitatis Babeș-Bolyai. Bioethica*, 55, 2, 2010, 37-49; I.M. CROITORU, *Transplanturile în lumina teologiei ortodoxe. Câteva considerații din gândirea unor teologi greci*, in *Studia Universitatis Babeș-Bolyai. Bioethica*, 53, 2, 2008, 57-79 e 54, 1, 2009, 39-92; M. ANDRONIKOF, *Un punct de vedere ortodox asupra transplanturilor de organe*, in *Revista Teologică*, 1, 1998, 105-110; M. ANDRONIKOF, *Transplantation d'organes et éthique chrétienne*, Suresnes, 1993.



## Bioetica e diritto nell'Est Europa ortodosso

*Federica Botti\**

BIOETHICS AND LAW IN EASTERN ORTHODOX EUROPE

ABSTRACT: The relationship between orthodox bioethics and bioethical legislative choices in the countries of Eastern Europe necessarily passes from the analysis of the relations that in these countries exist between the State and the Churches and the role played by orthodoxy, not only understood as religion but as a cultural factor and national identity. The study of the development of abortion legislation, starting from Soviet Russia, on the one hand, and the current regulations in those countries of surrogacy, on the other, make us understand how the relationship between bioethics and law is not only constantly evolving, but also how it reserves surprises, but without betraying completely the legacies of orthodoxy.

KEYWORDS: Orthodox bioethics; abortion; surrogacy; bioethical legislation in Eastern European countries; State-Church relations in Eastern Europe

ABSTRACT: Il rapporto tra bioetica ortodossa e scelte legislative bioetiche nei Paesi dell'Europa dell'Est passa necessariamente dall'analisi delle relazioni che in questi Paesi intercorrono tra Stato e Chiese e del ruolo giocato dall'ortodossia, intesa non solo come religione, ma come fattore culturale e di identità nazionale. Lo studio dello sviluppo della legislazione in tema di aborto, a partire dalla Russia sovietica, da un lato, e, dall'altro, l'attuale regolamentazione della maternità surrogata in quei Paesi ci fanno capire come il rapporto tra bioetica e diritto non solo sia in continua evoluzione, ma anche come esso riservi sorprese, senza però tradire del tutto i retaggi dell'ortodossia.

PAROLE CHIAVE: Bioetica ortodossa; aborto; maternità surrogata; legislazione bioetica nei Paesi dell'Europa orientale; relazioni Stato-Chiese nell'Europa orientale

SOMMARIO: 1. Una breve premessa – 2. La bioetica ortodossa – 2.1. La bioetica ortodossa tra principi teologici e rapporti Stato-Chiese – 3. Le influenze russe nella legislazione sull'aborto e la bioetica ortodossa dei Paesi dell'Est Europa – 4. Verso una conclusione.

---

\* *Professoressa Associata, Università di Bologna. Mail: [federica.botti2@unibo.it](mailto:federica.botti2@unibo.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

## 1. Una breve premessa

**A**i fini della presente indagine sul rapporto tra bioetica ortodossa e normativa statale nei Paesi dell'Est Europa occorre fare necessariamente una premessa che delimiti al meglio l'oggetto della ricerca che mi appresto a esporre. La bioetica ortodossa nasce all'interno della teologia ortodossa e inizialmente non costituisce una disciplina dai confini certi dal momento che è pienamente assorbita da quest'ultima. Di bioetica come disciplina a sé stante si comincia infatti a parlare a partire dalla fine degli anni Sessanta allorché le Chiese si vedono e sentono direttamente coinvolte dal dibattito sulla eticità delle nuove scoperte in campo medico-scientifico. La necessità di una giustificazione (o di una condanna) delle scelte etiche che vengono intraprese nel settore medico non è propria, infatti, solo degli esponenti del pensiero secolarizzato, ma è ampiamente presente anche nella tradizione cristiana, ed è a questo punto della storia che nasce e si sviluppa una bioetica religiosa come disciplina, acquistando una propria identità anche all'interno della più ampia teologia ortodossa.

Lo studio della teologia ortodossa, come dimostra il contributo che mi precede, è imprescindibile per comprendere lo sviluppo della bioetica ortodossa, ma, per comprendere l'impatto che quest'ultima ha avuto sulla legislazione statale, occorre focalizzare l'attenzione sullo studio delle relazioni tra Stato e Chiese che soprattutto nel corso degli ultimi due secoli hanno caratterizzato e stanno caratterizzando i Paesi ortodossi dell'Est Europa.

Tra gli elementi che accomunano e caratterizzano questi sistemi giuridici troviamo il peculiare rapporto che gli Stati hanno instaurato con la Chiesa maggioritaria ortodossa, modellato alla luce della cosiddetta "teoria della sinfonia", enunciata da Giustiniano nella *Praefatio* della *Novella 6* nell'anno 535<sup>1</sup> e tornata alla ribalta negli ultimi decenni con la riscoperta dei nazionalismi e il dilagare dei movimenti populistici.

I Paesi dell'Europa orientale a seguito della Seconda guerra mondiale hanno subito la sovietizzazione dei loro sistemi giuridici<sup>2</sup> introiettando in misura diversa il rapporto sinfonico con le confessioni religiose autoctone, pur dietro una dichiarata opzione ateista che di fatto ha convissuto con le Chiese di Stato, controllate ed asservite al potere politico. Con la fine degli Stati di democrazia socialista nel 1989 le strade di alcuni di questi divergono e, mentre Bulgaria e Romania avviano un processo di trasformazione che le porterà all'interno dell'Unione Europea – seguite col tempo dai numerosi Stati nei quali si frantuma la Jugoslavia –, la Russia, la Bielorussia e l'Ucraina, Paesi nei quali è maggioritaria l'ortodossia di osservanza del Patriarcato di Mosca, seguono tutt'altra strada.

La Bulgaria, adottando nel 1992 la Costituzione attualmente in vigore, decide di stabilire uno stretto legame tra le istituzioni civili, i principi che le ispirano e la religione ortodossa nella forma professata dalla sua Chiesa nazionale<sup>3</sup>. La Romania, invece, sceglie di instaurare un particolare rapporto con le due confessioni religiose maggioritarie, la Chiesa ortodossa rumena e la Chiesa greco-cattolica in

<sup>1</sup> A riguardo vedi: M.T. CAPOZZA, *Sacerdotium nelle Novelle di Giustiniano. «Consonantia» (συμφωνία) e «amplificatio» della «res publica»*, Torino, 2018.

<sup>2</sup> G. AJANI, *Il modello post-socialista*, Torino, 2008.

<sup>3</sup> Sul rapporto tra religione e Stato in Bulgaria: K. PETROVA, *La Bulgaria e l'Islam. Il pluralismo imperfetto dell'ordinamento bulgaro*, Bologna, 2015. V. anche *infra*: note 27 e 31.

Romania, confessioni con le quali stipula accordi di preventiva consultazione prima di emanare provvedimenti a carattere economico-sociale<sup>4</sup>.

Diverso e più complesso è il rapporto tra il Patriarcato ortodosso di Mosca e le sue Chiese sui territori di Russia e Bielorussia<sup>5</sup>; mentre sta subendo una rilevante trasformazione l'Ucraina per effetto del riconoscimento dell'autocefalia della neocostituita Chiesa ortodossa autocefala d'Ucraina (2019) e a causa della guerra in corso.

Ciò premesso, ai fini della presente indagine è necessario e opportuno guardare all'evoluzione dei rapporti tra il potere temporale e la Chiesa ortodossa russa per comprendere le scelte bioetiche passate e presenti dei Paesi a maggioranza ortodossa che ruotavano attorno al blocco sovietico.

Da questo punto di vista sono emblematiche le vicende che hanno accompagnato la legalizzazione dell'aborto negli anni Venti dello scorso secolo nell'ex Unione sovietica e che hanno in parte condizionato la regolamentazione delle Repubbliche ex socialiste portandole all'adozione di una legislazione che potremmo definire moderatamente liberale a partire dagli anni Cinquanta, frutto del portato laico e progressista del comunismo delle origini<sup>6</sup>. La legalizzazione dell'aborto in Russia ha avviato al contempo un processo di ritorno all'etica della tradizione ortodossa da parte degli intellettuali e dei religiosi russi della diaspora prodotta dall'opposizione al bolscevismo; alcuni di essi, fuggiti dalle persecuzioni dell'epoca, sono stati tra i fondatori dell'*Institut de théologie orthodoxe Saint-Serge* di Parigi, la più antica istituzione di teologia ortodossa nell'Europa occidentale. Tale istituzione, a partire dagli anni Settanta, con la nascita della scienza bioetica e lo sviluppo della bioetica ortodossa statunitense, rappresenta una delle tappe principali dell'evoluzione della bioetica ortodossa che diviene sempre più una disciplina autonoma dell'etica, volta ad applicare il pensiero teologico e della tradizione ortodossa alla pratica, non senza però arrivare a qualche compromesso come l'accettazione teologica dell'interruzione artificiale della gravidanza al ricorrere di particolari e definite condizioni. Questa riflessione, unita all'operato delle Chiese locali ortodosse, si ripercuote oggi sulla legislazione nelle materie di bioetica. La normativa sull'aborto è la prima a risentire di questo processo, tant'è che nelle società post-sovietiche dalla fine del XX° secolo le questioni dell'aborto sono diventate dominanti nei dibattiti pubblici, vedendo un crescente coinvolgimento delle Chiese e delle organizzazioni legate ad esse<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Protocollo di cooperazione, nel settore dell'inclusione sociale fra il governo di Romania ed il Patriarcato romano, in <http://licodu.cois.it/> (ultima consultazione 03/01/2023); Protocollo di cooperazione, nel settore dell'inclusione sociale fra il governo di Romania e la Conferenza dei Vescovi di Romania, in <http://licodu.cois.it/> (ultima consultazione 03/01/2023).

<sup>5</sup> In Bielorussia i rapporti tra Stato e Chiesa ortodossa russa esarcato di Minsk sono regolati da accordi su tutte le materie a carattere sociale e culturale al punto da farne uno Stato confessionale. A riguardo v.: G. CIMBALO, *La Bielorussia alla ricerca della propria identità e il processo di confessionalizzazione dello Stato*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista elettronica (<https://www.statoechiese.it>), 39, 2018, 1-34.

<sup>6</sup> Lo scioglimento della Duma nel 1917 e l'istituzione del governo dei Soviet vide prevalere in un breve periodo le istanze rivoluzionarie più radicali che portarono nel settore dei diritti civili all'introduzione delle libere unioni e del divorzio. L'ascesa al potere dei bolscevichi portò alla "normalizzazione normativa" al punto che nel 1918 si ritenne di dovere sancire per decreto sia la separazione tra Stato e Chiesa [Декрет о свободе совести, церковных и религиозных обществах, (20 января (2 февраля) 1918 г.)] che di introdurre per legge il divorzio, mentre venne abbandonato il progetto di adozione di una legge sull'eutanasia.

<sup>7</sup> Per un approfondimento v.: G. CIMBALO, *Strategie sovraniste e politiche familiari nell'Est Europa*, in *QDPE*, 2, 2018, 404-435.



## 2. La bioetica ortodossa

A una bioetica laica ispirata al motto “*etsi Deus non daretur*”, a significare che laico è colui che ragiona come se Dio non fosse dato e pertanto non in nome della fede, ma della ragione umana<sup>8</sup>, si è da subito contrapposta una bioetica religiosa nelle sue varie declinazioni confessionali, da quelle protestante e cattolica a quella ortodossa, ma forse proprio quest’ultima è tra le tre la meno esplorata negli studi giuridici occidentali dedicati alle bioetiche cristiane.

Se la bioetica di stampo laico, pur ammettendone al suo interno diverse correnti, probabilmente è la più facile da circoscrivere dal momento che si connota per una sua a-religiosità e quindi per escludere nell’applicazione pratica della sua etica premesse metafisiche o religiose che pretendono di valere per tutti<sup>9</sup>, più complessa da definire è la bioetica di stampo religioso cristiano, tanto più se consideriamo anche le diverse variabili in cui può articolarsi e che contribuiscono ad allontanarla da un modello che potremmo definire puro.

In senso stretto di bioetica cristiana si può parlare solo in relazione a quella specifica branca della teologia di riferimento a ciascuna confessione religiosa che affronta le implicazioni etiche della condotta umana nel campo delle scienze, della vita, della cura e della salute, alla luce di valori e principi morali i cui referenti non sono solo il prossimo e la natura, ma Dio stesso<sup>10</sup>. Questa obbligazione morale, tuttavia, all’atto pratico risente di una serie di variabili che vanno dall’ispirazione più o meno liberale assunta da talune Chiese protestanti<sup>11</sup>, all’appello alla filosofia e alla ragione naturale da parte della morale cattolica, che contribuiscono in questo modo ad allontanare le loro riflessioni in materia di bioetica da un paradigma etico specifico<sup>12</sup>. L’esistenza invece di questo archetipo sussiste nella bioetica cristiana ortodossa, la quale pone il fondamento della sua morale interamente su base liturgica, a differenza della base della morale cattolica che si appella non esclusivamente alla Rivelazione cristiana, ma anche alla filosofia e alla ragione naturale<sup>13</sup>. Nell’ortodossia, infatti, la Tradizione, che unisce in sé la Santa Scrittura, gli scritti dei Padri, i canoni conciliari, l’iconografia, ecc., è non solo primaria, ma di fatto è l’unica fonte della morale. Tutta l’antropologia ortodossa è cristocentrica, l’archetipo dell’uomo è Cristo, pienamente Dio e Uomo. La vita morale a sua volta si percepisce come dimensione essenziale della divinizzazione in Cristo e diventa allo stesso tempo l’esito dello stesso processo della divinizzazione<sup>14</sup>.

Il rinnovamento della teologia morale che la Chiesa ortodossa ha vissuto nel corso del XX° secolo, per lo più portato avanti dai rappresentanti di una tendenza rinnovatrice, non prevedeva lo sviluppo di un ramo separato e concreto dell’etica morale che si occupasse delle questioni contemporanee di natura biomedica, dato che la teologia morale per la maggior parte degli autori ortodossi «appare

<sup>8</sup> G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano, 2005, 71 ss.

<sup>9</sup> L. NUOZZI, *La bioetica: visione laica e cattolica*, Montenero di Bisaccia, 2019.

<sup>10</sup> S. MANCINI, *L’etica teologica e i principi della bioetica: una prospettiva protestante*, in *Bioetica*, 4, 2011, 741.

<sup>11</sup> Schematicamente, sulla distinzione tra Chiese protestanti più liberali, come quelle comprese nel nucleo storico presente in Italia, e Chiese di area protestante più tradizionale, come i pentecostali, v.: A. FUCCILLO, *Giustizia e Religione*, I, Torino, 213.

<sup>12</sup> S. MANCINI, *L’etica teologica e i principi della bioetica*, cit., 747.

<sup>13</sup> B. PETRÀ, *I fondamenti antropo-teologici della bioetica. La prospettiva ortodossa*, in *Studia Moralia*, 54/2 luglio-dicembre 2016, 293-295.

<sup>14</sup> M. YAREMA, *La bioetica ortodossa. La storia e la particolarità*, Roma, 2016, 22

come una parte della spiritualità cristiana oppure dell'antropologia teologica, [e] la specificità etica rimane oscurata, cosa che naturalmente impedisce il generarsi della bioetica ortodossa come tale»<sup>15</sup>. La situazione muta a partire dal 1978, quando appare la prima sintetica presentazione del pensiero ortodosso nel campo della bioetica di Samuel Stanley Harakas<sup>16</sup>; «fino ad allora i problemi connessi alla fecondazione/nascita della vita, alla sessualità e alla malattia/terapia/morte erano stati toccati – quando erano stati presi in considerazione – all'interno dei trattati di morale speciale, seguendo l'ordine dei comandamenti o quello dei doveri, oppure nelle guide per i confessori o anche nei trattati di diritto canonico penale»<sup>17</sup>.

Il processo di generazione della bioetica ortodossa è il risultato della realizzazione da parte dell'ortodossia della necessità di pronunciarsi nell'ambito del conflitto tra i valori cristiani e le novità scientifiche. La bioetica ortodossa è quindi la risposta della Chiesa alla necessità di prendere posizione nelle questioni riguardanti i valori fondamentali della fede.

La nascita della scienza bioetica risale al 1970, infatti, oltre a suscitare un interesse scientifico che si sviluppa a partire dagli Stati Uniti, causa assai presto l'interesse anche delle diverse confessioni religiose. Il mondo scientifico fornisce nuove tecnologie e invenzioni insieme ai dilemmi morali connessi al loro utilizzo, però quel mondo non è capace di garantire il lato morale e spirituale della vita. Risulta pertanto inevitabile che tali tematiche trovassero spazio anche all'interno delle Chiese locali ortodosse che vengono così chiamate a rispondere in modo strutturato ai problemi posti dalla bioetica<sup>18</sup>. In Grecia, in seno alla Chiesa ortodossa greca, viene per questa via fondato nel 1993 il primo Centro greco di Etica e deontologia biomedica per opera dell'allora archimandrita, poi metropolita, Nikolaos (Hatzinikolaou) divenuto inoltre presidente della Commissione di Bioetica della Chiesa di Grecia dall'anno della sua fondazione nel 1998<sup>19</sup>. Non da meno è anche l'operato della Chiesa ortodossa russa che, in concomitanza all'istituzione greca della Commissione di Bioetica, istituisce a sua volta il Consiglio Chiesa-Pubblico di Etica Biomedica nel gennaio del 1998 sulla base delle decisioni della comunità medica ortodossa adottate nella (VI) sezione biomedica delle "Lectures didattiche natalizie" (Рождественские образовательные чтения). Si tratta quest'ultimo di un forum pubblico nel campo dell'educazione, della cultura, del servizio sociale e dell'educazione spirituale e morale che, a partire dal 1993, si svolge annualmente sotto la presidenza onoraria del Patriarca di Mosca e di tutta

<sup>15</sup> M. YAREMA, *La bioetica ortodossa*, cit., 137.

<sup>16</sup> Samuel Stanley Harakas, sacerdote dell'arcidiocesi greco-ortodossa d'America, afferente al Patriarcato ecumenico di Costantinopoli, è considerato il decano della bioetica ortodossa dal momento che è stato il primo a pronunciarsi nel 1978 sulla comprensione ortodossa della bioetica stilando la voce enciclopedica dedicata all'*Eastern Orthodox Christianity*. S.S. HARAKAS, *Eastern Orthodox Christianity*, in *Encyclopedia of Bioethics*, I, New York, 1978, 347-355; trad. it. S. SPINSANTI (a cura di), *Bioetica e grandi religioni*, Cinisello Balsamo (Milano), 1987. Il suo contributo è rimasto per vent'anni la sola voce dell'ortodossia nel campo della bioetica, fin quando J. BRECK, convertitosi dal protestantesimo all'ortodossia, non ha presentato nel 1998 al mondo ortodosso il suo manuale di bioetica *The Sacred Gift of Life. Orthodox Christianity and Bioethics* (Crestwood – New York, 1998). Tristram Engelhardt jr., convertito anch'egli all'ortodossia, a sua volta elabora un nuovo approccio alla bioetica ortodossa nella sua opera del 2000 *The Foundations of Christian Bioethics*. Accanto al suo più celebre *The Foundations of Bioethics* del 1986, dopo la sua conversione avvenuta nel 1991 dal cattolicesimo all'ortodossia troviamo così uno speculare manuale: H.T., ENGELHARDT JR. *The Foundations of Christian Bioethics*, Lisse, 2000.

<sup>17</sup> B. PETRÀ, *L'etica ortodossa. Storia, fonti, identità*, Assisi, 49-50.

<sup>18</sup> M. YAREMA, *La bioetica ortodossa. La storia e la particolarità*, cit., 11-12.

<sup>19</sup> B. PETRÀ, *I fondamenti antropo-teologici della bioetica*, cit., 308-309.

la Rus'. Il Santo Sinodo del Patriarcato di Mosca, inoltre, in una riunione del 13 aprile 2021, ha rilevato l'importanza di «studiare i problemi bioetici dal punto di vista del dogma ortodosso con la partecipazione di specialisti di diverse specialità e punti di vista», testimoniata dall'esistenza di una Commissione presso il Sinodo che si occupa in modo specifico dei problemi bioetici e della loro diffusione nella popolazione. A tal fine ha istituito la Commissione sinodale sulla bioetica abolendo il precedente Consiglio Chiesa-Pubblico di Etica Biomedica<sup>20</sup>.

Dal momento poi che la bioetica religiosa, o laica che sia, trova una sua concretezza allorquando si traduce in norma giuridica<sup>21</sup>, per potere individuare l'apporto che la bioetica religiosa ortodossa ha dato alla produzione normativa dei singoli Stati a maggioranza ortodossa, non si può prescindere dalla conoscenza dei rapporti che questi ultimi intrattengono con le Chiese e che caratterizzano i loro ordinamenti, come, d'altra parte, non ci si può del tutto esentare, sebbene sia un tema esaurientemente descritto nel contributo che mi precede<sup>22</sup>, da un richiamo alla teologia ortodossa.

### 2.1. La bioetica ortodossa tra principi teologici e rapporti Stato-Chiese

La bioetica ortodossa è forse la meno conosciuta nell'Occidente europeo tra le bioetiche dell'area cristiana; le motivazioni di questo ruolo di nicchia che spesso le conferisce dei tratti sfumati dal momento che le sue deduzioni in materia bioetica tendono a venire genericamente assorbite dalla più ampia categoria della bioetica cristiana o comunque religiosa, si rinvengono in diversi fattori che, se analizzati con la sensibilità di uno studioso di diritto ecclesiastico, possono essere ricondotti a due in particolare, tra loro strettamente connessi e tornati in auge con l'affiorare delle correnti nazionalistiche e populiste che interessano (anche) i territori dell'Est.

Mi riferisco *in primis* al principio del territorio canonico che permea la struttura canonica e giurisdizionale delle Chiese ortodosse e *in secundis* al principio bizantino della sinfonia dei poteri che lega indissolubilmente la vita di queste ultime al potere politico.

Per quanto riguarda il principio del territorio canonico, «nel senso ortodosso attuale, è un fenomeno relativamente recente, ma con rimandi teologici molto più antichi»<sup>23</sup>. In base a esso ogni Chiesa or-

<sup>20</sup> Per consultare i relativi documenti, v.: <http://www.patriarchia.ru/> (ultima consultazione 08/01/2023).

<sup>21</sup> Le materie oggetto d'interesse della bioetica sono tra le più sensibili al processo di formalizzazione, in quanto fanno riferimento a valori da sempre considerati come irrinunciabili, il cui catalogo è destinato ad allargarsi in un mondo ormai globalizzato, nel quale coesistono culture, tradizioni, usi, costumi, religioni. La complessità delle relazioni che si stabiliscono in un contesto, in uno spazio di fatto senza limiti, ha stimolato la ricerca di valori condivisi, capaci di raccogliere perciò stesso un'adesione comune, in grado di generare coesione sociale. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995; *Id.*, *Modelli culturali e orizzonti della bioetica*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, 1997.

<sup>22</sup> V.: G. GRIGORITA, *ivi*.

<sup>23</sup> P. ERDÖ, *Un trattato costituzionale per i rapporti tra Chiesa latina e Chiese orientali*, in PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI (a cura di), *La Legge canonica nella vita della Chiesa. Indagine e prospettive, nel segno del recente Magistero Pontificio*, Convegno di studio in occasione del venticinquesimo anniversario della promulgazione del *Codex iuris canonici*, 24-25 gennaio 2008, consultabile in <https://www.vatican.va/> (ultima consultazione 02/01/2023). Sull'evoluzione e sul significato del concetto di territorio canonico, v.: G. CODEVILLA, *Stato e Chiesa nella tradizione ortodossa russa*, in *La laicità nella costruzione dell'Europa. Dualità del potere e neutralità religiosa* (Atti del colloquio internazionale a cura di R. COPPOLA), in *Diritto@Storia*, 10, 2011-2012 (Memorie), <https://www.dirittoestoria.it/> (ultima consultazione 03/01/2023); G. CIMBALO, *Autocefalia vo' cercando ch'è si*

ortodossa rivendica la giurisdizione esclusiva su un territorio che di solito coincide con i confini etnici di una popolazione e che, a sua volta, può coincidere col territorio di uno Stato al quale corrisponde una sola sede episcopale. Questo tipo di struttura territoriale in cui sono organizzate le Chiese ortodosse comporta un pluralismo religioso “controllato”, fondato cioè sulla coesistenza di due elementi: quello maggioritario, basato cioè sull’esistenza di una Chiesa ortodossa di maggioranza, e quello tradizionale che trova la sua ragion d’essere nel legame tra la Chiesa di maggioranza e le (poche) altre confessioni riconosciute con la storia del territorio, tanto da essere considerate dallo stesso ordinamento giuridico per l’appunto Chiese tradizionali. L’esistenza del territorio canonico di una Chiesa ortodossa tradizionale comporta che le altre confessioni religiose possono sì operare sul medesimo territorio, ma devono accettare di essere sottoposte ad un rapporto di subordinazione dal momento che esse devono riconoscere lo *status* della Chiesa maggioritaria e il suo conseguente ruolo di preminenza e privilegio nei rapporti con lo Stato. Tale rapporto gerarchico lo si evince in modo ancora più evidente dal momento che alle altre Chiese ortodosse locali il principio del territorio canonico vieta di creare proprie strutture nel territorio canonico di un’altra Chiesa ortodossa<sup>24</sup>.

Il fatto poi che territorio canonico e territorio dello Stato coincidono, comporta che la popolazione troverà nell’ortodossia un forte elemento identitario, non solo sotto l’aspetto religioso, ma anche, e più in generale, culturale, venendosi per questa via a creare di fatto una sostanziale sovrapposizione tra lo *status* di cittadino e quello di credente.

La convergenza tra identità religiosa e identità nazionale su di un unico territorio e l’impronta culturale ortodossa che caratterizza la cultura di questi Paesi enfatizza a partire dal 1989, e oggi con la riscoperta dei populismi ancora di più<sup>25</sup>, l’insorgenza di uno stretto legame tra il potere politico e la Chiesa ortodossa locale tradizionale<sup>26</sup>. Tant’è che principi di natura teologica, come quello del territo-

---

*cara*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista elettronica (<https://www.statoechiese.it>), 19, 2020, 24-61; F. BOTTI, *La transizione dell’Est Europa verso la libertà religiosa*, cit., 4-10.

<sup>24</sup> Per quanto riguarda la Chiesa ortodossa russa il territorio canonico si identifica per un verso con l’appartenenza etnica ovvero con i territori un tempo incorporati nell’Unione Sovietica (Federazione russa, Bielorussia, Ucraina, Moldavia, Repubbliche baltiche, Azerbajdžan, Kazachstan, Kirgizija, Tadžikistan, Turkmenistan, Uzbekistan). Ne faceva parte anche la Georgia, durante il periodo sovietico, ma la sua autocefalia è stata nuovamente riconosciuta nel 1989; mentre l’Armenia ha conservato la propria Chiesa apostolica, una delle più antiche del mondo. Inoltre, ai sensi dello Statuto della Chiesa ortodossa russa, approvato dal Concilio nell’agosto del 2000, <http://www.patriarchia.ru/db/text/133115.html> (ultima consultazione 05/01/2023), essa ha creato proprie strutture in Mongolia, Giappone, Lettonia, Estonia e Lituania. Di conseguenza nessun’altra Chiesa locale che afferisce ad un altro Patriarcato potrebbe insediarsi in questi territori (I. ALFEEV, *La chiesa ortodossa*, I *Profilo storico*, Bologna, 2013, 363), ciò ha indotto il Patriarcato Ecumenico ad accusare quello russo di neo-filetismo (amore per la nazione più che per la Chiesa).

La Chiesa ortodossa d’Ucraina, la cui autocefalia è stata riconosciuta con il Tomos del 2018. Nasce dalla confluenza di precedenti Chiese ortodosse autonome in contrapposizione alla Chiesa ortodossa ucraina Metropolia di Kiev, afferente al Patriarcato di Mosca. Relativamente alla giurisdizione ortodossa sull’Ucraina, contesa tra Costantinopoli e Mosca: v.: F. BOTTI, C. BIANCHI, *Cultural heritage and religious phenomenon between uricide and cancel culture: the other side of the Russian-Ukrainian conflict*, in *Religions*, Special Issue: “Law and Religion in Europe in an Age of Fear and Insecurity”, 14, 2023.

<sup>25</sup> B. PETRÀ, *La teologia morale ortodossa dal XX secolo all’inizio del terzo millennio*, in *Il Regno – Moralia Dialoghi*, 25 aprile 2017, <https://www.ilregno.it/> (ultima consultazione 28/01/2023).

<sup>26</sup> Il legame tra Chiese ortodosse nazionali autocefale e rispettivi governi si è intensificato a partire dal 1989 con la caduta del blocco sovietico e la riscoperta da parte dei nuovi Stati di formanti culturali identitari; tra questi

rio canonico, vengono in un certo senso fatti propri dall'istituzione politica trovando la loro legittimazione giuridica nel rapporto che intercorre tra Stato e Chiese, dove al potere statale è demandato, secondo i dettami ispirati a un modello giurisdizionalista, l'esercizio della sovranità giuridica sul territorio<sup>27</sup>. Lo Stato svolge sempre il compito di determinare lo *status* giuridico della Chiesa locale e delle altre confessioni religiose dal momento che ha la responsabilità giuridica della legittimità delle rela-

ultimi hanno assunto una rilevanza particolare quelli legati all'ortodossia e al tradizionale ruolo svolto dalla Chiesa ortodossa di maggioranza. Sul punto v.: G. CIMBALO, *Tutela individuale e collettiva della libertà di coscienza e modelli di relazione tra Stato e Confessioni religiose nei paesi dell'Est Europa*, in G. CIMBALO, F. BOTTI (a cura di), *Libertà di coscienza e diversità di appartenenza religiosa nell'Est Europa*, Bologna, 2008, 15-29. Anche per quanto riguarda la Federazione Russa, «[...] oggi l'aspirazione della Chiesa Ortodossa Russa è quella di ritornare alla situazione anteriore al sovvertimento del 1917, quando valeva il principio: "L'ortodossia è riconosciuta come la prima tra le diverse religioni professate in Russia"»; e: «Conseguentemente la fede ortodossa gode di una priorità (*preimuschestvom*) in tutti gli atti della vita statale nei quali lo Stato si rivolge alla religione e nelle cerimonie pubbliche religiose», G. CODEVILLA, *Stato e Chiesa nella tradizione ortodossa russa*, cit.; ID., *Laicità dello Stato e separatismo nella Russia di Putin*, in A. CHIZZONITI (a cura di), *Chiesa cattolica ed Europa centro-orientale. Libertà religiosa e processo di democratizzazione*, Milano, 2004, 137-286 e 430-454.

<sup>27</sup> In questo contesto l'adesione al modello giurisdizionalista comporta «[...] da un lato la legittimazione della sovranità dello Stato e dall'altro la concessione di una posizione privilegiata alla Chiesa», per cui quest'ultima si propone «come *instrumentum Regni*, nella speranza che lo Stato si adoperi attivamente per contribuire alla *salus animarum*». G. CODEVILLA, *Stato e Chiesa nella tradizione ortodossa russa*, cit.

Queste relazioni di stampo giurisdizionalista che caratterizzano i rapporti tra Stato e Chiese ortodosse maggioritarie presentano delle eccezioni, come ne sono una testimonianza i casi della Grecia e di Cipro, sebbene anche in questi due Paesi si sta cercando di intraprendere una strada di effettiva separazione tra l'istituzione statale e quella religiosa.

Nella Costituzione greca, ad esempio, il riferimento presente nell'art. 3.1. che definisce la religione della Chiesa orientale ortodossa cristiana come "predominante" non solo comporta un effettivo sbilanciamento nel campo della tutela dei diritti religiosi che va a falsare inevitabilmente il pluralismo, ma altresì richiama il concetto di ordinamento eterointegrato, per cui l'ordinamento giuridico è integrato (anche) dal ricorso a fonti diverse dalla legge. V.: D. FERRI, *La "religione predominante" e l'ordinamento giuridico in Grecia: una differenza persistente*, in S. BALDIN (a cura di), *Diritti tradizionali e religiosi in alcuni ordinamenti contemporanei*, Trieste, 2005, 118. Questa commistione tra Stato e Chiesa ortodossa greca, in realtà non è un caso isolato, dal momento che è accostabile a quanto accade in Danimarca e Svezia con le rispettive Chiese luterane tradizionali o, ancora, in Gran Bretagna con le Chiese anglicane d'Inghilterra, di Scozia, d'Irlanda del Nord e del Galles. Tutte queste relazioni tra Stato e Chiesa pur essendo inserite in un contesto giuridico improntato sulla neutralità dello Stato rispetto al fenomeno religioso, si caratterizzano tuttavia per un principio di collaborazione in virtù del quale «si fa una parziale eccezione per quelle confessioni storicamente maggioritarie nella rispettiva tradizione nazionale. Non si esclude pertanto che vengano previsti regimi preferenziali per alcune confessioni riconosciute [...]. Tale preferenza assume contorni giuridici più marcati quando certe confessioni coincidono col riconoscimento di Chiese nazionali». G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, VI ed., I, Padova, 2004, 349. Sul punto v. anche le riflessioni di: T. RIMOLDI, *I rapporti Chiesa-Stato nell'Europa dei Quindici*, in AA.VV., *I protestanti e l'Europa*, a cura della Federazione delle Chiese evangeliche in Italia e dell'Unione italiana delle Chiese cristiane avventiste del 7° giorno, Roma, 2003, 41-61.

Particolari sono inoltre i rapporti tra Stato cipriota e Chiesa ortodossa di Cipro, dal momento che nel corso dei secoli l'arcivescovo ha assunto anche la funzione di "etnarca", cioè di rappresentante della popolazione greca dell'isola di fronte al potere costituito. Il suo ruolo si è quindi rivestito anche di un carattere politico ed è per questo motivo che è eletto direttamente dal popolo fin dalla lunga dominazione ottomana del 1571-1878. H. JEDIT (a cura di), *Storia della Chiesa. Vol. 10: La Chiesa nel ventesimo secolo (1914-1975)*, X, Milano, 2006, 431-432.



zioni che intrattiene con esse; rientra infatti tra i pubblici poteri garantire (o limitare) alla Chiesa tutte le condizioni necessarie per realizzare la sua missione<sup>28</sup>.

Questa convivenza tra Chiesa e Stato si realizza in campi di azione tra loro diversi e, sebbene queste due istituzioni rimangano indipendenti l'una dall'altro, non si sostanzia né in un atteggiamento di neutralità dello Stato nei confronti del fenomeno religioso né «nella disarmonia del cesaropapismo o del papocesarismo», trovando invece un equilibrio nella «equisonanza (*ravnozvučie*) tra *Imperium* e *Sacerdotium*»<sup>29</sup>.

Costituisce elemento peculiare del modello giurisdizionalista sin qui accennato e che connota i rapporti tra Stato e Chiesa ortodossa tradizionale<sup>30</sup> il secondo aspetto (principio) sul quale volevo soffermare l'attenzione, cioè quello della sinfonia tra *Sacerdotium* e *Imperium*. In molti dei Paesi nei quali la Chiesa ortodossa è la Chiesa tradizionale maggioritaria, si è avuto modo di vedere *supra* che si tende a dare vita a una collaborazione privilegiata tra l'ortodossia e il pubblico potere, ben al di là di un semplice regime di separazione che pone invece come obiettivo la pacifica coesistenza e convivenza dei due ordini<sup>31</sup>. Il rapporto che in questi casi lega Stato e Chiesa si definisce per l'appunto sinfonico e implica che tra queste due istituzioni vi sia «*consonantia*, armonica combinazione (*sočeta-nie*) delle rispettive sfere d'azione e ripartizione (*raspredelenie*) delle responsabilità [...]»<sup>32</sup>. La combinazione armonica delle rispettive sfere comporta che Stato e Chiesa maggioritaria in alcuni settori, e in particolar modo quelli che riguardano l'etica, non possono essere indifferenti né per l'uno né per

<sup>28</sup> V. ZYPIN, *Sinfonia di sacerdotium e Imperium in Russia. Studio storico e prospettive*, in *Diritto@Storia*, 8, 2009 (Memorie), <https://www.dirittoestoria.it/> (ultima consultazione 25/01/2023).

<sup>29</sup> G. CODEVILLA, *La politica ecclesiastica russa*, in *QDPE*, 1, 2014, 243.

<sup>30</sup> Per un inquadramento del modello giurisdizionalista e una disamina degli altri sistemi di relazione tra Stato e Chiese, tra i tanti, cfr. L. MUSSELLI, *Diritto e religione in Italia ed in Europa dai concordati alla problematica islamica*, Torino, 2016, 5-17 in particolare.

<sup>31</sup> G. CODEVILLA, *La politica ecclesiastica russa*, cit., 243-257. Il rapporto sinfonico tra Stato e Chiesa è fortemente legato alla tradizione ortodossa, infatti, sebbene alterne vicende abbiano interessato questa alleanza rendendola non sempre continuativa, in linea di massima possiamo affermare che nei Paesi a maggioranza ortodossa nonostante sussista almeno formalmente un regime di separazione, le Chiese tradizionali non solo godono del rispetto da parte dello Stato, ma ne costituiscono un'importante forza sociale. C.G. PITSAKIS, *Dalla Nuova Roma al Commonwealth bizantino: il modello politico-religioso di Costantinopoli e la sua espansione oltre i confini dell'Impero*, in A. PACINI (a cura di) *L'ortodossia nella nuova Europa. Dinamiche storiche e prospettive*, Torino, Edizioni Fondazione Giovanni Agnelli, 2003, 5-6. Tant'è che esse assumono sempre una posizione di privilegio in virtù, ad esempio, del ruolo che hanno svolto per la storia nazionale del Paese, come accade in Romania dove la Legge sui culti del 2006 all'art. 7.2 sancisce che «Lo Stato rumeno riconosce l'importante ruolo della Chiesa ortodossa rumena e delle altre chiese e culti riconosciuti presenti nella storia nazionale della Romania e nella vita della società rumena», <http://licodu.cois.it/> (ultima consultazione 03/01/2023). O ancora, questo ruolo privilegiato è riportato nella stessa Costituzione, come avviene in Bulgaria laddove, pur nella proclamazione del pluralismo e del principio di separazione, si afferma che la fede ortodossa orientale è religione tradizionale (V.: art. 13.3 Costituzione del 1991 con gli emendamenti del 2015, <https://www.constituteproject.org/> (ultima consultazione 08/01/2023) Anche in Grecia, sebbene nel 2018 si sia tentato di raggiungere un accordo tra l'allora primo ministro Alexis Tsipras e il primate della Chiesa greca per distinguere i ruoli delle due istituzioni, e nonostante gli emendamenti alla Costituzione del 1975 intervenuti nel 2019, l'art. 3.1. è rimasto invariato. Esso, pur non riconoscendo l'ortodossia come Chiesa di Stato, continua a definirla come religione predominante («La religione prevalente in Grecia è quella della Chiesa ortodossa orientale di Cristo») rendendo in questo modo sempre più lontana una effettiva separazione di poteri e funzioni tra Stato e Chiesa ortodossa greca.

<sup>32</sup> G. CODEVILLA, *La politica ecclesiastica russa*, cit., 255.

l'altra. Intendo riferirmi soprattutto alla bioetica sociale<sup>33</sup> che da un lato è legata alla salvezza dell'uomo che è missione della Chiesa e dall'altro costituisce il perno della solidità del governo statale e corrobora lo *status* giuridico della Chiesa nello Stato<sup>34</sup>. La sinfonia così delineata che caratterizza le relazioni tra potere temporale e potere spirituale nei Paesi a maggioranza culturale ortodossa si riverbera dunque nella produzione normativa che, nel tendere a privilegiare la Chiesa tradizionale di maggioranza, ne recepisce, pur secolarizzandoli, anche gli orientamenti nelle materie a sfondo etico<sup>35</sup>.

Se a questi due fattori aggiungiamo l'influenza che il diritto sovietico ha avuto sui rapporti Stato-Chiese e sulla produzione legislativa dei Paesi ricadenti nella sua orbita, il quadro che ne viene così tratteggiato non può che non avere inciso anche sulla stessa diffusione e applicazione della bioetica ortodossa. Le Chiese ortodosse locali, intrappolate dapprima tra le maglie del diritto sovietico e tra gli alti e i bassi delle relazioni con lo Stato<sup>36</sup>, si sono trovate poi, con la caduta dell'URSS e la scompar-

<sup>33</sup> G. ACOCELLA, *Etica sociale*, Napoli, 2003; Id., *Elementi di bioetica sociale. Verso quale mondo nuovo?*, Napoli, 1998.

<sup>34</sup> V. ZYPIN, *op. cit.* Sebbene la stessa Chiesa ortodossa russa sottolinei la separazione tra le due entità, quella teandrica – la Chiesa – e quella laica (CHIESA ORTODOSSA RUSSA, *Fondamenti della dottrina sociale* (2000), Bologna, Edizioni Studio Domenicano, 2011, 34-36), si evidenzia, tuttavia, che il desiderio di preservare il bene comune e la libertà di coscienza sono principi fondamentali per entrambi, il che crea importanti ponti di dialogo tra di essi, v.: I.M. MORAIU, *Fondamenti della dottrina sociale della Chiesa ortodossa russa*, in *Oikonomia*, 2, giugno 2020, 34.

<sup>35</sup> Parzialmente diverso è invece il caso delle materie *mixtae* che caratterizzano i rapporti tra Stato e Chiesa cattolica in Italia. Si tratta di materie anch'esse che per alcuni aspetti (si pensi al matrimonio, all'istruzione, ai beni culturali, all'assistenza spirituale, alla salute e alla sanità) riguardano entrambi gli ordinamenti e proprio per questa ragione possono essere oggetto di conflitto. Pur rimanendo allo Stato la potestà di imperio su queste materie, la strada che si è scelta da percorrere per dirimere eventuali controversie sull'applicazione di queste materie è quella del confronto e del rapporto dialogico con la Chiesa cattolica (v.: art. 14 del Concordato del 1984 in base al quale «la Santa Sede e la Repubblica italiana affideranno la ricerca di una amichevole soluzione ad una Commissione paritetica da loro nominata»). Cfr. P. LILLO, *Le materie miste nei protocolli internazionali concordatari*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, 2014, 239-270. Ciò comporta, o almeno dovrebbe comportare, che le soluzioni legislative non siano mai il frutto di una sola visione (laica o cattolica) e che tengano conto del processo di secolarizzazione che interessa la società. Nelle materie squisitamente bioetiche è avvenuto per esempio con l'aborto, con la fecondazione assistita, con la legge 219/2017 sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento, tutte materie *mixtae* la cui regolamentazione è frutto di un compromesso dal momento che in esse non prevale mai un'ideologia sull'altra. Tale modo di operare fa sì che in Italia non vi sia mai una presa di posizione forte da parte dello Stato, pertanto, nonostante l'emanazione di una legge, spesso gli spiragli lasciati per dare voce anche alla "controparte" religiosa portano ad una applicazione parziale o quantomeno incostante della normativa di stampo bioetico. Sul punto e sulla questione dell'obiezione di coscienza, rinvio a F. BOTTI, *La fine di un lungo viaggio al termine della notte: la legge 219/2017 sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *QDPE*, 2, 2018, 619-640.

<sup>36</sup> Nel travagliato rapporto tra comunismo e Chiesa ortodossa, in URSS a partire dal 1917 la Chiesa ortodossa e le altre comunità religiose furono oggetto di una politica ferocemente repressiva dal momento che erano le uniche realtà sociali non omologabili ai principi dell'ideologia marxista-leninista presenti in Unione Sovietica. Ciò, tuttavia, non impedì al Patriarcato di Mosca, o ciò che ne restava, di sopravvivere dal momento che Stalin si rese conto che la religione ortodossa rappresentava un forte elemento identitario e unificante anche per i nuovi cittadini sovietici, acquisiti a seguito degli avvenimenti del 1939-1940. Tale presa di coscienza comportò che nel 1943 Stalin autorizzò la convocazione di un concilio e la conseguente elezione di un nuovo patriarca con l'obiettivo di coinvolgere la Chiesa russa nei suoi piani di espansione dell'influenza sovietica. Ciò consentì al ricostituito Patriarcato di Mosca di sopravvivere seppur in un ruolo di sottomissione all'Imperium. A. Rocucci,

sa del diritto sovietico o di ispirazione sovietica, a potere esternare le relazioni con i nuovi governi e potersi non solo affermare nell'ordinamento, in virtù del ruolo identitario e tradizionale rivestito per la nazione e per il territorio, ma anche acquisire un potere di indirizzo più incisivo e strutturato nel condizionamento delle scelte etiche via via intraprese dal legislatore. Tale ruolo etico e identitario, tuttavia, si è dovuto presto scontrare con un contesto fortemente secolarizzato come quello dell'Unione Europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo, che non solo ridisegna le relazioni tra Stato e Chiesa in un'ottica pluralista e inclusiva, ma che impone ad esse di aprirsi alle mutate esigenze etiche sociali e a rinunciare alla omogeneità della cultura ortodossa tradizionale sul proprio territorio.

### 3. Le influenze russe nella legislazione sull'aborto e la bioetica ortodossa dei Paesi dell'Est Europa

La Rivoluzione d'ottobre del 1917, la legislazione in favore dell'aborto del 1920, la formazione dell'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche e la sua successiva dissoluzione, sono stati gli avvenimenti che hanno avuto un influsso decisivo sulla produzione normativa bioetica dei Paesi rientranti nell'orbita sovietica e nei quali vigevano precedenti norme giuridiche.

La Russia è stata tra i primi Paesi a legalizzare l'aborto in occasione dell'avvento al potere dei bolscevichi con la pubblicazione nel 1920 nella allora costituita Repubblica Socialista Federativa Sovietica Russa del decreto n. 471<sup>37</sup>. Prima della Rivoluzione di ottobre i rapporti tra Impero e Chiesa ortodossa avevano ormai da tempo abbandonato quella connotazione sinfonica che in realtà già a partire dal 1645<sup>38</sup> aveva dato i primi segni di cedimento. Ma è stato con l'avvento di Pietro il Grande che questa sinfonia fu completamente sostituita da un processo di secolarizzazione che, con l'abolizione nel 1721 del Patriarcato di Mosca, ha trasformato la Chiesa ortodossa in un apparato dello Stato, facendole così perdere definitivamente quell'indipendenza che ancora fino ad allora manteneva. La situazione dei rapporti Stato-Chiesa rimane pressoché invariata anche con Caterina II per cui la Chiesa rimane una semplice branca amministrativa dello Stato, nonostante la posizione di assoluto privilegio assegnatale dalle leggi fondamentali dello Stato<sup>39</sup>. La Chiesa ortodossa, tuttavia, pur non svolgendo un ruolo decisivo negli avvenimenti del tempo ed esercitando un'influenza marginale sul piano culturale, riesce a mantenere comunque vivo il sentimento religioso dell'ortodossia nella popolazione, tant'è che la legislazione che punisce con la pena di morte l'uccisione di "bambini non nati" risponde

*Stalin e il patriarca. La Chiesa ortodossa e il potere sovietico*, Torino, 2011, 132, 174; A. GRAZIOSI, *L'Urss di Lenin e Stalin. Storia dell'Unione Sovietica*, Bologna, 2007, 381. L'esperienza del socialismo reale, dunque, non ha mai tolto la coincidenza tra identità nazionale e identità ortodossa, tant'è che anche nelle repubbliche di democrazia socialista i rapporti tra Chiesa ortodossa di maggioranza e governo non si sono mai del tutto sopiti, anche nei periodi più bui, dal momento che i vertici della gerarchia ecclesiastica riuscirono a mantenere buone relazioni con il regime comunista. V.: F. BOTTI, *La transizione dell'Est Europa verso la libertà religiosa*, cit., 2-3.

<sup>37</sup> Decreto dei Commissariati del popolo di sanità e giustizia n. 471 del 18 novembre 1920, Sulla salute delle donne. Consultabile in lingua russa in: <https://istmat.org/> (ultima consultazione 13/02/2023).

<sup>38</sup> Con il regno di Aleksej Michajlovič (1645-1676), padre di Pietro il Grande, prevale un clima sinfonico con la Chiesa ortodossa, nonostante che con l'*Uloženie* del 1649 la Chiesa viene sottomessa allo Stato. A.M. AMMANN, *Storia della Chiesa russa e dei paesi limitrofi*, Torino, 1948, 241.

<sup>39</sup> G. CODEVILLA, *Stato e Chiesa nella tradizione ortodossa russa*, cit.

agli imperativi dei Paesi cristiani dell'epoca; conformemente a questa visione in Rus' esisteva infatti la pena di morte per l'aborto. Introdotta nel 1649 nel Codice adottato sotto il sovrano Alexei Mikhailovich, al cap. 22, art. 26, si punivano con la decapitazione le donne che praticavano la stregoneria o che avessero compiuto un omicidio, mentre quelle che avevano ucciso colposamente dei bambini o avevano abortito venivano seppellite vive<sup>40</sup>. Nel 1715 la pena di morte per l'aborto venne abolita da Pietro il Grande, ma l'aborto ha continuato comunque a rimanere un reato e a essere punito severamente nonostante che i rapporti sinfonici con la Chiesa ortodossa come abbiamo visto fossero definitivamente scomparsi per volere dello stesso Zar.

Secondo le disposizioni sulle pene del 1845, l'aborto era equiparato all'infanticidio deliberato e la colpa era estesa, oltre che alla donna, anche alle persone che l'avevano aiutata nell'espulsione del feto. L'aborto era punibile con i lavori forzati dai quattro ai dieci anni per il medico e con l'esilio in Siberia o con la permanenza in un istituto correzionale da 4 a 6 anni per la donna stessa. Più nello specifico, il Regolamento punitivo (artt. 1461-1462) condannava i colpevoli di "fruizione criminale" sottoponendoli, se l'operazione di interruzione della gravidanza andava a buon fine, alla «privazione di ogni diritto di proprietà e all'esilio in un insediamento nei luoghi più remoti della Siberia» (art. 1462). Se l'aborto risultava poi dannoso per la salute della donna, l'autore dello stesso era punito con i lavori forzati per un periodo che andava dai sei sino a un massimo di otto anni nel caso in cui avesse una formazione medica. Con il Codice penale del 1903 le pene vengono ammorbidite e si prevede per la madre colpevole di aver ucciso il suo feto la reclusione in una casa correzionale per non più di tre anni, mentre il complice veniva punito con la reclusione da un anno e mezzo a sei anni<sup>41</sup>. Tuttavia, conformemente ai precetti ortodossi, gli aborti commessi per motivi di salute erano consentiti; la condanna esplicita dell'aborto da parte del magistero ortodosso, infatti, non è a tutt'oggi assoluta come invece lo è nei documenti del magistero cattolico<sup>42</sup>. L'ortodossia ammette gli aborti cosiddetti "terapeutici", come riportato anche nel contemporaneo documento ufficiale della Chiesa russa del 2000, secondo il quale: «Nel caso in cui la vita della madre sia messa in grave pericolo dal proseguimento della gravidanza, soprattutto se vi sono già altri bambini, la pratica pastorale raccomanda l'indulgenza: così la donna che ha abortito in queste circostanze non è esclusa dalla comunione eucaristica della Chiesa, ma è comunque chiamata ad un pentimento personale attraverso la preghiera, nelle forme stabilite dal sacerdote che ha accolto la sua confessione»<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Mia traduzione dall'originale: «А смертные казни женскому полу бывают за чаровство, убийство – отсекать головы, за погубление детей и за иные такие же злые дела – живых закапывать в землю».

<sup>41</sup> L. BERDNIKOV, *Дерзкая империя. Нравы, одежда и быт Петровской эпохи*, Russia, ООО «Издательство АСТ», 2018.

<sup>42</sup> CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Chiarificazione della Congregazione per la dottrina della fede sull'aborto procurato*, in *L'Osservatore Romano*, Anno CXLIX, 157 (11 luglio 2009), 7: «un intervento che direttamente provoca la morte del feto, chiamato talvolta in modo inappropriato aborto "terapeutico", [che] non può mai essere lecito in quanto è l'uccisione diretta di un essere umano innocente».

<sup>43</sup> CHIESA ORTODOSSA RUSSA, *Fondamenti della dottrina sociale* (2000), cit., 224.

In merito alla concezione del pentimento nell'etica ortodossa, v.: *Fondamenti dell'insegnamento della Chiesa ortodossa russa su dignità, libertà e diritti umani*, Mosca, Cattedrale di Cristo Salvatore, 26 giugno 2008, consultabili su <https://www-patriarchia-ru> (ultima consultazione 09/01/2023), per cui, ai sensi del punto 1.5. «Il pentimento, che si fonda sulla consapevolezza del peccato e sul desiderio di cambiare vita, è di particolare importanza per restituire alla persona la conformità alla propria dignità. Nel pentimento, una persona riconosce

Con la Rivoluzione di ottobre, coerentemente con le idee marxiste che la animarono, si fece strada nell'etica medica un rifiuto delle idee religiose sulla gravidanza e sull'anima del feto che nel 1920 con il decreto n. 471 che legalizzava l'interruzione di gravidanza contribuirono a spazzare via, anche se come vedremo non del tutto, le influenze cristiano-ortodosse in materia di aborto.

Sebbene il principale motivo ispiratore della politica religiosa dei bolscevichi risiedesse nell'eliminazione della presenza dei credenti nella società comunista, questa anti-religiosità manifesta e ferocemente attuata non è stata comunque l'unico motivo che ha portato alla legalizzazione dell'aborto. Tanto più che, nonostante la sofferenza della Chiesa ortodossa per via delle sanguinose persecuzioni nei confronti degli ecclesiastici che costrinsero molti di loro ad abbandonare il Paese, l'adozione di provvedimenti per la separazione della Chiesa dallo Stato e della scuola dalla Chiesa, l'esproprio delle terre ecclesiastiche e il trasferimento allo Stato degli istituti confessionali<sup>44</sup>, il sentimento religioso ortodosso era comunque riuscito a sopravvivere e continuò a rimanere diffuso su tutto il territorio<sup>45</sup>.

Il decreto 471 del 1920 sull'autorizzazione all'aborto programmato infatti, più che un'affermazione dell'anti-religiosità e di un distacco dall'etica ortodossa, era funzionale alla realizzazione degli obiettivi del materialismo storico perseguiti dalla rivoluzione socialista che intendevano eliminare il sistema economico della vecchia famiglia patriarcale contadina o artigiana anche attraverso l'emancipazione del ruolo delle donne<sup>46</sup>. Tali ideali, tuttavia, paiono ancora lontani da una vera e propria tutela dei diritti individuali dal momento che anche nei manifesti realizzati a partire dagli anni Venti la donna compariva sì come lavoratrice, ma sempre in posizione subordinata rispetto all'uomo<sup>47</sup>.

Come si evince poi dalla lettura del decreto in questione, il governo operaio e contadino, in realtà, mantenne ferma la condanna dell'aborto conformemente alla legislazione precedente e all'inaccettabilità di questa pratica per l'etica cristiana tradizionale per la quale, come confermato dalla stessa liturgia ortodossa, le persone devono essere riconosciute come tali nel seno materno<sup>48</sup>. Quello che infatti il decreto voleva evitare non era l'impossibilità per le donne di ricorrere all'aborto,

---

l'incoerenza dei suoi pensieri, parole o azioni con la dignità data da Dio e testimonia davanti a Dio e alla Chiesa della sua indegnità. Il pentimento non umilia una persona, ma gli dà un potente incentivo per il lavoro spirituale su sé stesso, per un cambiamento creativo nella sua vita, per preservare la purezza della dignità data da Dio e crescere in essa». Per un approfondimento della visione etica russa applicata all'aborto, v. anche: B. PETRÀ, *Basilio il Grande e l'aborto. L'insufficienza dell'interpretazione tradizionale e la necessità di andare oltre*, *Nicolaus. Rivista di teologia ecumenico-patristica*, 37, 2010, 247-266; ID., *Vita del feto, aborto ed intenzionalità omicida in Basilio il Grande (329-379)*, in *Studia Moralia*, 19, 1981, 177-193.

<sup>44</sup> Il 31 dicembre 1917 i giornali pubblicano il progetto di decreto di separazione della Chiesa dallo Stato e il divieto dell'insegnamento della religione nelle scuole, la chiusura di tutte le istituzioni educative ecclesiastiche, comprese quelle eparchiali, la nazionalizzazione delle opere pie, di assistenza e beneficenza, la chiusura e la successiva confisca della Tipografia sinodale di Mosca e di quella di Pietrogrado. Inoltre, il decreto priva gli enti religiosi della personalità giuridica e nazionalizza tutti i beni della Chiesa, compresi i monasteri, in cui era custodita sin dall'antica Rus' la più genuina tradizione ortodossa.

<sup>45</sup> A. GRAZIOSI, *L'Urss di Lenin e Stalin. Storia dell'Unione Sovietica*, Bologna, 2007, 382.

<sup>46</sup> C. ZETKIN, *La questione femminile e la lotta al riformismo*, Milano, 1977, 3-4; G. SICARI RUFFO, *Clara Zetkin*, in *Enciclopedia delle donne*, <http://www.enciclopediadelledonne/> (ultima consultazione 21/01/2023).

<sup>47</sup> G. PERONI, *Raisa Orlova: radici ebraiche, educazione russa. Un percorso comune a diverse protagoniste dell'intelligencija sovietica*, in *Letteratura Ebraica "al femminile"*, 5, 2014, 283.

<sup>48</sup> B. PETRÀ, *Tra cielo e terra. Introduzione alla teologia morale ortodossa contemporanea*, Bologna, 1992, 225-254, in part. 232-234.

ma che esse ricorressero all'aborto clandestino con gravi conseguenze per la loro incolumità nonché per l'intera collettività.

Pertanto, attuando i principi della Tutela della Maternità e dell'Infanzia<sup>49</sup>, il decreto prevedeva la graduale scomparsa non delle disposizioni contro l'aborto, ma della sua clandestinità consentendo ai soli medici di eseguire l'interruzione artificiale della gravidanza che doveva essere gratuita e svolta esclusivamente presso gli ospedali sovietici per garantire le necessarie condizioni igienico-sanitarie (I e II). Tale circostanza portava ad un più serrato controllo sulle procedure abortive consentendo di combattere l'aborto clandestino con la pianificazione della gravidanza. Se un medico avesse eseguito tale operazione in uno studio privato, sarebbe stato assicurato alla giustizia (IV). L'ostetrica o chi altri, colpevoli di aver procurato un'interruzione artificiale di gravidanza venivano privati del diritto di esercitare ed erano sottoposti al tribunale del popolo (III).

Tale provvedimento fu presto modificato con il mutare delle condizioni e delle esigenze demografiche, sociali e politiche in virtù delle quali subì delle progressive limitazioni. Dal 1936 al 1954, a causa della difficile situazione demografica, le operazioni di aborto furono vietate con decreto del Comitato esecutivo centrale e del Consiglio dei commissari del popolo dell'URSS del 27 giugno 1936<sup>50</sup>. Ora l'aborto veniva eseguito solo per stringenti motivazioni mediche legate alla salute della donna o alla trasmissibilità di grave malattia al feto, con la speranza che così procedendo sarebbe stato possibile incrementare la natalità e quindi la popolazione.

La Rivoluzione d'ottobre aveva poi comportato un esodo verso Occidente di teologi e intellettuali russi che «tra fine '800 e inizio '900 avevano attraversato il positivismo e il marxismo, per ritrovare infine l'Ortodossia e la critica antioccidentale lasciata in eredità dal pensiero slavofilo»<sup>51</sup> rinvenibile nella tradizione teologica di Grecia, Bulgaria, Romania e Serbia.

Un ruolo fondamentale nella diaspora russa venne ricoperto dall'Istituto San Sergio a Parigi che, dal periodo che va dalle due guerre ad oggi è stato testimone, nonostante abbia attraversato anche drammatiche vicissitudini<sup>52</sup>, del rinnovamento teologico ortodosso in continuità con la tradizione patristica come reazione alla critica alla razionalistica occidentale che aveva contagiato le discipline teologiche. Con la fine della Seconda guerra mondiale, l'Istituto si trasformò da istituto scolastico dell'emigrazione russa in istituto scolastico teologico internazionale, così nel 1949-1951 vennero at-

<sup>49</sup> Le questioni legate alla maternità e all'infanzia sono entrate a gamba tesa nel dibattito iniziato nel 1914, allorché dagli ambienti medici [v.: *supra* nel testo] e criminologi era emersa la necessità di salvaguardare la salute delle donne che ricorrevano agli aborti clandestini attraverso la depenalizzazione del reato di aborto. Al dibattito si aggiunsero presto le donne lavoratrici che, organizzate in Dipartimenti [Отделы работниц], furono tra le fautrici dell'approvazione del decreto stesso.

<sup>50</sup> Decreto del 27 giugno 1936 "Sul divieto di aborto, l'aumento dell'assistenza materiale alle donne durante il parto, l'istituzione dell'assistenza statale a famiglie numerose, l'ampliamento della rete di maternità, nidi e asili nido, l'inasprimento delle sanzioni penali per il mancato pagamento degli alimenti e alcune modifiche alla legge sul divorzio", Постановление ЦИК и СНК СССР от 27 июня 1936 г. "О запрещении абортов, увеличении материальной помощи роженицам, установлении государственной помощи многодетным, расширении сети родительных домов, детских яслей и детских садов, усилении уголовного наказания за неплатеж алиментов и некоторые изменения в законодательство о разводах". Il testo in lingua russa è consultabile in: <https://istmat.org/> (ultima consultazione 08/02/2023).

<sup>51</sup> B. PETRÀ, *La teologia morale ortodossa dal XX secolo*, cit.

<sup>52</sup> Sulle vicissitudini dell'Istituto di San Sergio, v.: V. PARLATO, *Le Chiese ortodosse in Italia, oggi*, in *Studi Urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 61, 3, 2010, 492 ss., 481-501.

tratti nella sua orbita greci, serbi, siriani, tedeschi, polacchi e finlandesi. Nel 1953 l'Istituto ha ospitato il primo Congresso liturgico, al quale hanno partecipato studiosi di liturgia provenienti da tutto il mondo. Questo Congresso, che oggi è diventato un forum scientifico annuale per i ricercatori del culto ortodosso, ha contribuito a elevare l'Istituto tra i centri più significativi del mondo ortodosso, sviluppando i diversi rami della teologia, del pensiero religioso e filosofico. Due correnti parallele hanno segnato l'attività dell'Istituto: 1) l'accento sulla tradizione dell'ortodossia, cioè sulla liturgica e patriistica; 2) il tentativo di trovare «una nuova sintesi religiosa nel dialogo con il mondo contemporaneo»<sup>53</sup>.

Mentre l'Istituto cresceva e con lui la riflessione etica ortodossa, in quegli stessi anni decadeva il decreto sul divieto di aborto rimasto in vigore in URSS dal 1936 fino al 1955. Il 5 agosto 1954 venne introdotto un primo decreto del *Presidium* del *Soviet Supremo* dell'URSS "Sull'abolizione della responsabilità penale delle donne incinte per l'aborto" che depenalizzava tale pratica<sup>54</sup>; ad esso, seguì il 23 novembre 1955, il decreto "Sull'abolizione del divieto di aborto"<sup>55</sup>, che consentiva l'aborto fino alle dodici settimane ed entro le strutture mediche specializzate. L'aborto eseguito al di fuori di queste strutture restava un reato penale e il medico complice rischiava la reclusione fino a un anno e, in caso di morte della paziente, fino a otto anni. Tale normativa venne completata con l'ordinanza del Ministero della Salute dell'URSS del 29 novembre 1956, con la quale fu adottata l'istruzione "Sulla procedura per eseguire l'operazione di interruzione artificiale della gravidanza (aborto)"<sup>56</sup> che venne emendata poi nel 1961 nella parte relativa al rilascio del congedo per malattia dal lavoro<sup>57</sup>.

In linea con l'impostazione generale dei Paesi del blocco socialista in quel momento anche Romania e Bulgaria legalizzano l'aborto. Sebbene la Romania avesse pochi legami culturali e storici con la Russia, tanto più che si era risolutamente opposta alla dominazione dell'Unione Sovietica, la legislazione sull'aborto risentì fortemente della sua influenza. Prima della sovietizzazione, l'aborto era infatti proibito tanto più che la società romena tra le due guerre aveva conosciuto una rinascita del sentimento religioso, soprattutto ad opera della classe contadina che, grazie all'introduzione del suffragio

<sup>53</sup> M. YAREMA, *La bioetica ortodossa*, cit., 152-153.

<sup>54</sup> *Vedomosti* del Soviet Supremo dell'URSS, 1954, n. 15, art. 334. Указ Президиума ВС СССР от 05.08.1954 (с изм. от 13.04.1959) "Об отмене уголовной ответственности беременных женщин за производство аборта".

<sup>55</sup> *Vedomosti* del Soviet Supremo dell'URSS, 1955, n. 22, art. 425: «[...] Al fine di fornire a una donna l'opportunità di decidere da sola la questione della maternità, nonché di prevenire i danni causati alla salute delle donne dagli aborti in comunità, il *Presidium* del *Soviet Supremo* dell'URSS

Decide:

1. Annullare l'articolo 1 del decreto del Comitato esecutivo centrale e del Consiglio dei commissari del popolo dell'URSS del 27 giugno 1936 sul divieto dell'aborto.
2. L'operazione di interruzione artificiale della gravidanza è consentita solo negli ospedali e in altre istituzioni mediche in conformità con le istruzioni del Ministro della sanità dell'URSS.
3. Mantenere la responsabilità penale stabilita sia dei medici che delle persone prive di un'educazione medica speciale che eseguono aborti al di fuori degli ospedali o di altre istituzioni mediche».

<sup>56</sup> Приказом Минздрава СССР от 29 ноября 1956, Инструкция "О порядке проведения операции искусственного прерывания беременности (аборта)".

<sup>57</sup> Tale emendamento, anziché la diminuzione, comportò un aumento del ricorso all'aborto clandestino in quanto nel certificato di inabilità al lavoro che veniva rilasciato dall'ospedale, compariva la parola aborto nella diagnosi e, dal momento che non tutte le donne erano intenzionate a rendere pubblici tali dettagli della loro vita privata, preferivano ricorrere alla clandestinità.



universale e alla grande riforma agraria avvenuta dopo la Prima guerra mondiale, permise ai suoi componenti di esprimersi come cittadini e di potere trasmettere i loro valori la cui dimensione principale era quella religiosa della Chiesa ortodossa rumena<sup>58</sup>.

L'instaurazione definitiva del regime comunista nel 1948 portò con sé la drastica restrizione della libertà religiosa in Romania. Il nuovo quadro giuridico e l'esercizio della missione ecclesiale in Romania ricalcavano ora il modello sovietico stalinista e la Chiesa ortodossa rumena fu progressivamente sottratta dalla vita dello Stato; tuttavia, come accadde per la Chiesa ortodossa russa, riuscì comunque a sopravvivere uscendo dall'ombra<sup>59</sup>. In questo contesto si colloca l'introduzione della nuova normativa in materia di aborto che, per la prima volta nella storia rumena, viene legalizzato nel 1957<sup>60</sup>. La nuova legislazione consentiva l'aborto in caso di pericolo di vita della donna o se uno dei genitori soffriva di alienazione mentale e c'era il rischio di trasmettere questa malattia al bambino. In qualsiasi altra situazione, l'aborto rimaneva punibile. Agli inizi degli anni Sessanta il governo rumeno iniziò a prendere le distanze dalla politica dell'Unione sovietica e il consolidamento al potere di Ceaușescu portò nel 1966 all'adozione di una legge che vietava il ricorso all'aborto e alla contraccezione. Tale provvedimento non solo contrastava con gli altri Stati comunisti, nei quali l'aborto rimaneva legalizzato, ma venne utilizzato come leva affinché la Chiesa ortodossa rumena promuovesse il nuovo regime e il definitivo distacco della Repubblica socialista di Romania dall'Unione Sovietica<sup>61</sup>. Dopo il 1989, con la seconda legalizzazione dell'aborto, la Chiesa ortodossa rumena cominciò a manifestare una preoccupazione per le anime dei bambini abortiti raccomandando la preghiera e, in particolare, la sacra Liturgia. La bioetica ortodossa era a questo punto alla ricerca di una nuova sintesi religiosa nel dialogo con il mondo contemporaneo. Con gli anni Settanta e lo sviluppo della bioetica come disciplina a partire dall'esperienza statunitense, tale dialogo è stato favorito all'interno dell'Istituto di San Sergio dove l'interesse nel campo della bioetica ha dato il via allo sviluppo della bioetica ortodossa nel contesto parigino ed europeo.

A partire proprio dal 1989, le questioni sociali, politiche, economiche, familiari e sessuali sono sempre più diventate oggetto della riflessione teologica non solo nella diaspora, ma anche nelle varie Chiese ortodosse nazionali<sup>62</sup>. La caduta dell'URSS e delle Repubbliche socialiste e la maggiore libertà assegnata alle Chiese ortodosse locali nella vita pubblica dei nuovi Stati ha portato quest'ultime ad un interesse sempre più crescente alle dinamiche bioetiche.

<sup>58</sup> G. ENACHE, *Biserică – societate – națiune – stat în România interbelică I. Explorări în orizont liberal*, in *Revista Teologica*, 2, 2010, 170.

<sup>59</sup> Sulla situazione della Chiesa ortodossa rumena nel periodo 1945-1964, cfr.: B. GEORGESCU, *Biserica Ortodoxa Romana Si Puterea Comunista (1945-1964)*, Madrid, 2015.

<sup>60</sup> Salvo poi essere di nuovo condannato con pene severissime a partire dal 1966 con l'avvento di Nicolae Ceaușescu. Prima del 1957 l'aborto in Romania era regolamentato ai sensi del Codice penale di Carlo II, entrato in vigore il 1° gennaio 1937, che a sua volta apportò un'importante modifica al Codice di Cuza, valido nell'Antico Regno, che non ammetteva l'aborto in nessun caso, mentre il Codice del 1936 introdusse delle eccezioni, ricalcando a grandi linee la legislazione sovietica del 1924. G. CIMBALO, *Strategie sovraniste e politiche familiari nell'Est Europa*, cit., 418.

<sup>61</sup> L. STAN, L. TURCESCU, *The Romanian Orthodox Church and Post-Communist Democratisation. Europe-Asia Studies*, 52, 8, Dec. 2000, 1467-1488.

<sup>62</sup> B. PETRÀ, *La teologia morale ortodossa dal XX secolo all'inizio del terzo millennio*, cit.

Con la caduta dell'Unione Sovietica avvenuta il 26 dicembre 1991, nell'immediato non si sono avute particolari ripercussioni sulla legislazione in materia di interruzione volontaria di gravidanza, salvo poi divenire progressivamente sempre più restrittiva, segnando in questo modo un distacco dalla Russia Bianca e da quella Piccola<sup>63</sup>.

Così, nella Federazione Russa e in Bielorussia nel 2003 si permette inizialmente l'interruzione della gravidanza senza limitazioni solo fino alla dodicesima settimana mentre fino alla ventiduesima settimana si può compiere l'aborto per i cosiddetti motivi sociali<sup>64</sup>. La procedura abortiva è regolata dall'istruzione sulla procedura per l'esecuzione di un'interruzione artificiale della gravidanza (approvata dall'Ordine del Ministero della Salute della Federazione Russa n. 242 dell'11 giugno 1996); il suo mancato rispetto da parte del medico comporta la reclusione fino a cinque anni e la privazione del diritto di esercitare attività mediche. Le donne incinte minorenni di età inferiore ai quindici anni possono abortire solo con il consenso dei genitori o delle persone che li sostituiscono, quali il medico o un Consiglio di esperti<sup>65</sup>. Tale normativa è stata modificata e resa più rigorosa dalla legge federale n. 323-FZ del 21 novembre 2011 (modificata il 28 dicembre 2022) "Sui fondamenti della protezione della salute dei cittadini nella Federazione Russa", in vigore dall'11 gennaio 2023. Il suo articolo 56 in materia di interruzione artificiale di gravidanza continua, comunque, a prevedere che ogni donna possa decidere autonomamente sulla questione della maternità prestando il consenso libero e informato all'interruzione artificiale della gravidanza, consentita entro la dodicesima settimana di gestazione. Dopo le dodici settimane, la gravidanza può essere interrotta solamente in due casi. Entro le 22 settimane allorquando si rientri nelle indicazioni sociali previste dalla legge, ad oggi ristrette al solo caso in cui si tratti di una gravidanza avvenuta a seguito di stupro. Il secondo caso in cui è consentito l'aborto anche dopo le 22 settimane è la presenza di indicazioni mediche quando la gravidanza può minacciare la vita e la salute della donna (la morte del feto nell'utero, la necessità di procedure mediche che possono influire negativamente sul feto e lo sviluppo intrauterino anormale del feto, gravi anomalie dello sviluppo che sono incompatibili con la vita). Tale provvedimento va letto co-

<sup>63</sup> Con il crollo dell'Unione sovietica, la Russia si è ritrovata a doversi costruire un'identità nuova. Amputata dei territori delle ex repubbliche socialiste, dove milioni di russi si sono improvvisamente ritrovati tagliati fuori dalla propria patria, Mosca si è affidata alla Chiesa ortodossa, custode delle vestigia imperiali e con una vocazione multinazionale. Abituata a tenere e contenere popoli diversi sotto un unico credo, l'ortodossia moscovita è diventata pilastro del "Mondo russo", il *Russkij Mir*, progetto culturale e politico elaborato a metà anni Novanta con l'obiettivo di consolidare l'interno per garantirsi l'esterno vicino. Non a caso, Kirill I e tutti i suoi predecessori non sono patriarchi della sola Russia, bensì di tutte le Russie, ovvero di quella Grande, di quella Bianca – la Bielorussia – e di quella Piccola – l'Ucraina.

<sup>64</sup> I "motivi sociali" consistono in una dettagliata elencazione di motivazioni sociali e mediche che legittimano l'accesso all'aborto in situazioni nelle quali esso normalmente sarebbe proibito. L'elencazione di questi elementi muta con il cambiare delle esigenze governative che via via vengono in evidenza, divenendo più o meno restrittive. Così è successo per il decreto del governo della Federazione Russa dell'11 agosto 2003 n. 485 "Sull'elenco delle indicazioni sociali per l'interruzione artificiale della gravidanza" che è stato abrogato con la risoluzione del 6 febbraio 2012 n. 98 "Sull'indicazione sociale per interruzione artificiale di gravidanza", in <http://www.consultant.ru> (ultima consultazione 14/01/2023).

<sup>65</sup> V.: articolo 32 dei Fondamenti della legislazione della Federazione Russa sulla protezione della salute dei cittadini, approvato dalla Corte Suprema della Federazione Russa il 22 luglio 1993, n. 5487-1 e modificato il 7 dicembre 2011.

munque nel combinato disposto dell'art. 123 del Codice penale della Federazione Russa del 1996<sup>66</sup>, così come modificato il 29 dicembre 2022 che punisce severamente l'aborto illegale<sup>67</sup>. In Ucraina, invece, la legislazione oltre che consentire l'aborto legale senza limitazioni fino a dodici settimane, prevede che fino a ventidue settimane esso è consentito per motivi giuridici, genetici, medici e sociali, come pure per motivi personali, dopo avere ottenuto l'autorizzazione di una commissione medica locale<sup>68</sup>.

#### 4. Verso una conclusione

L'ortodossia, come molte manifestazioni religiose, non può essere ricondotta ad una mera denominazione religiosa (la Chiesa ortodossa) dal momento che si tratta di un fenomeno più vasto che, come abbiamo visto, interessa non solo la religione, ma anche la cultura e le tradizioni. L'ortodossia, infatti, oltre alla fede contrassegna l'identità, tant'è che il legame che la stringe al potere temporale nei Paesi dell'Est è tale da essere oggi riconosciuto dall'ordinamento che accredita alla Chiesa che la rappresenta un ruolo storico e tradizionale nella nascita dell'identità nazionale. Un'identità, questa, fondata sulle forti tradizioni che si tramandano di generazione in generazione e che fanno del popolo «un'entità unitaria e omogenea per pensiero e volontà»; presupposti questi indispensabili non solo per il radicamento dell'ortodossia, e più in generale della religione, ma anche del populismo che, al pari della prima, mal sopporta pluralismi e differenziazioni di sorta<sup>69</sup>.

La ricerca di una propria identità dopo il crollo dei regimi ha condotto i Paesi dell'Est a operare un bilanciamento tra la restaurazione del passato, che ha giustificato il ruolo privilegiato assegnato all'ortodossia e alle Chiese ortodosse, e l'imitazione dei valori e dei modelli liberali occidentali.

Ed è proprio su (e contro) questi ultimi che si sta oggi combattendo una “guerra silenziosa” condotta dalle Chiese e dalle correnti nazionalistiche della politica, le quali, pur riconoscendo utile il processo d'integrazione europea dal momento che porta dei vantaggi appartenere ad un grande spazio economico e politico continentale, intravedono i limiti del modello occidentale. Fattori come la crisi economica del 2008, il processo di globalizzazione e il fenomeno dei flussi migratori, solo per citarne alcuni, non solo li hanno messi in evidenza, ma hanno inevitabilmente portato con loro degli stravolgimenti sia a livello sociale sia culturale che hanno contribuito a riaccendere nei Paesi dell'Est il ritorno alle radici e alle loro tradizioni in contrapposizione al modello occidentale che evidentemente non era così infallibile come l'entusiasmo iniziale dopo la caduta dei regimi poteva fare credere.

La rivendicazione di una loro identità ha portato questi Paesi a rinunciare almeno in parte al programma separatistico dello Stato liberale e al sacrificio del ripristino dei principi di libertà che l'adesione all'Occidente aveva comportato. In particolare, ad essere colpite sono state le materie legate alla bioetica, in primis l'aborto, dimostrato dal fatto che, a partire dal 2011 ha preso il via un

<sup>66</sup> Codice penale della Federazione Russa del 13 giugno 1996 N 63-FZ, modificato il 29 dicembre 2022.

<sup>67</sup> Consultabile su: <https://www-consultant-ru> (ultima consultazione 14/01/2023).

<sup>68</sup> L'elenco delle motivazioni sociali che consentono l'aborto tra le 12 e le 22 settimane è contenuto nella risoluzione del Consiglio dei ministri n. 144 del 15 febbraio 2006, “Sull'attuazione dell'articolo 281 del Codice civile ucraino”, consultabile in <https://zakon.rada.gov.ua/> (ultima consultazione 14/01/2023).

<sup>69</sup> N. COLAIANNI, *Populismo, religioni, diritto*, in *Questione giustizia*, 1, 2019.

processo di restrizione dei diritti riproduttivi delle donne<sup>70</sup>. Basti pensare che proprio in quell'anno il governo rumeno ha smesso di finanziare i sussidi per la contraccezione, rendendo molto più difficile l'accesso al controllo delle nascite, e ha interrotto l'insegnamento di educazione sessuale responsabile nelle scuole pubbliche<sup>71</sup>. Il dilagare poi di organizzazioni pro-vita, i cui attivisti anti-aborto spesso sono membri di movimenti fondamentalisti ortodossi, che si oppongono oltre all'educazione sessuale anche alla contraccezione, ha contribuito a rendere l'accesso all'interruzione di gravidanza molto limitato, con il rischio dell'incremento degli aborti clandestini e degli infanticidi.

Sempre nel 2011, il governo della Federazione Russa ha approvato una legge che ha ristretto alla dodicesima settimana la possibilità di abortire in modo legale. Ogni donna russa ha il diritto di interrompere la sua gravidanza gratuitamente entro le dodici settimane, in caso di stupro fino a 22 settimane e in qualsiasi momento se c'è un'indicazione medica. Le donne non possono però abortire immediatamente. Secondo la legge, il medico deve dare alla donna il "tempo di pensare", in modo che la decisione sia ponderata, e il periodo di "riflessione" va dai due ai sette giorni.

In questo lasso temporale i medici sono tenuti a mostrare alla donna l'embrione sullo schermo dell'ecografo e a fare sentire il suo battito cardiaco. Tra l'altro, i medici che sono stati in grado di dissuadere una donna dall'aborto possono prendere parte al concorso "Santità della maternità" e ricevere premi da 60 a 100 mila rubli (da 833 a 1.138 euro). La Chiesa ortodossa russa è riuscita inoltre a fare introdurre nell'iter per l'interruzione volontaria della gravidanza un colloquio con un sacerdote. Sebbene sia previsto su base volontaria e non obbligatoria, può divenire vincolante dal momento in cui venga inserito tra le prescrizioni degli ospedali pubblici. Inoltre, dietro la spinta del patriarca Kirill, che ha inviato più volte la leadership della Federazione Russa a rendere gli aborti solo a pagamento e vietarne completamente la pubblicità, nel 2013 è stata firmata da Putin la legge federale che restringe la possibilità di realizzare spot pubblicitari oltre che in riferimento all'aborto, anche per quello che riguarda la pratica illegale della "medicina popolare" oltre che il divieto di offrire campioni gratuiti di medicine che contengano sostanze narcotiche<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> G. CIMBALO, *Strategie sovraniste*, cit., 406 ss.

<sup>71</sup> La prima legge approvata dopo la rivoluzione del dicembre 1989 fu proprio quella che legalizzava l'aborto. Negli anni '90 e fino al primo decennio del 2000, i corsi di educazione sessuale e i programmi di pianificazione familiare per la contraccezione erano in piena espansione in Romania. Poi però il Paese ha iniziato a fare grandi passi indietro, anche in considerazione del fatto che le iniziative legislative sanitarie dell'UE non sono vincolanti per gli Stati membri che pertanto non sono tenuti a rispettarle. Cfr. <https://www.balcanicaucaso.org/> (ultima consultazione 05/02/2023).

<sup>72</sup> La legge federale "Sugli emendamenti ad alcuni atti legislativi della Federazione Russa e sul riconoscimento come non validi di alcune disposizioni degli atti legislativi della Federazione Russa sulla protezione della salute dei cittadini nella Federazione Russa" è stata adottata dalla Duma di Stato il 15 novembre 2013 e approvata dal Consiglio della Federazione il 20 dello stesso mese. La legge specifica la forma organizzativa e legale delle organizzazioni mediche, disposizioni relative ai diritti dei pazienti a ricevere cure mediche. Il documento allinea inoltre alla legge federale "Sui fondamenti della protezione della salute dei cittadini nella Federazione Russa" le norme relative ai tipi, alle forme e alle condizioni per la fornitura di cure mediche, nonché unifica i concetti e la terminologia utilizzato nella legge federale "Sulla circolazione dei medicinali" e "Sui fondamenti della protezione della salute dei cittadini nella Federazione Russa". Inoltre, la legge federale n. 61 introduce restrizioni per le aziende farmaceutiche e i loro rappresentanti nello svolgimento di attività nel campo della circolazione dei farmaci. La legge del 2013 emenda inoltre la legge federale n. 320-FZ del 17 dicembre 2009 "Sulle modifiche all'articolo 24 della legge federale Sulla pubblicità", ai sensi della quale «L'aborto non può essere pubblicizzato

Anche in Bielorussia, la cui legislazione attualmente in vigore prevede che si può interrompere una gravidanza fino a dodici settimane mentre in quelle successive (dalla dodicesima alla ventiduesima) un aborto può essere effettuato solo per motivi medici o sociali, si è acceso il dibattito sull'aborto, sempre a partire dal 2011. In quell'anno si è tenuto infatti a Cracovia un convegno filosofico e teologico internazionale sulle domande poste dall'uomo sulle questioni etiche. Al tradizionale forum hanno preso parte i rappresentanti degli ambienti scientifici umanitari di Polonia, Slovacchia, Germania e Bielorussia. In particolare, quest'ultimi hanno sostenuto e ribadito le prese di posizione del Patriarcato di Mosca, espresse nei documenti *Fondamenti del concetto sociale della Chiesa ortodossa russa* adottato nel 2000 dal Sinodo dei Vescovi della Chiesa ortodossa russa e nei *Fondamenti dell'insegnamento della Chiesa ortodossa russa su dignità, libertà e diritti umani*, che è uno sviluppo e un approfondimento del primo nell'aspetto dell'interpretazione ortodossa delle questioni relative ai diritti umani<sup>73</sup>.

Insomma, le influenze della bioetica ortodossa nell'ultimo decennio paiono ormai avere intrapreso la strada del consolidamento anche a livello legislativo, tant'è che in Paesi come la Romania dove la Chiesa ortodossa è molto influente nella società, anche le convinzioni e gli orientamenti del Ministero della Salute oltre che degli stessi dipendenti sanitari pubblici risentono inevitabilmente del suo ascendente.

Se terminassi qui le conclusioni potrei senza dubbio affermare che la bioetica ortodossa è riuscita o comunque sta riuscendo ad imporsi nella legislazione, complici le tendenze nazionalistiche, il fallimento del modello occidentale che non ha portato al benessere sperato, l'esaltazione dell'identità ortodossa in contrapposizione a quella europea e occidentale e, ancora, la ridefinizione delle politiche familiari dettata dal progressivo calo della natalità anche in quei Paesi<sup>74</sup>. Tuttavia, non in tutti i settori della bioetica c'è questa accondiscendenza verso la bioetica ortodossa. Particolare in questo senso è il caso della maternità surrogata, soprattutto se si pensa che tra i Paesi che la regolamentano nell'orbita del continente europeo, quelli ortodossi sono la maggioranza. Avviene così che, tranne la Bulgaria<sup>75</sup>, Federazione Russa, Bielorussia, Ucraina, Romania, Grecia e Cipro sono tutti Paesi che consentono a vario titolo questa pratica.

---

su pubblicazioni cartacee, prodotti audio e video per minori, in trasmissioni televisive e radiofoniche, in servizi cinematografici e video, sui mezzi pubblici e sulle infrastrutture di trasporto (stazioni ferroviarie, aeroporti, metro, ecc.), al primo e le prime pagine dei giornali, così come sulle prime e ultime pagine e sulle copertine delle riviste. Inoltre, la pubblicità dell'aborto è vietata nelle organizzazioni per bambini, educative, sanitarie e sanitarie, teatri, circhi, musei, case e palazzi della cultura, sale per concerti e mostre, biblioteche, aule, planetari, negli sport e ricreazione, impianti sportivi a una distanza inferiore a cento metri da loro. Non è consentito diffondere pubblicità di aborti utilizzando strutture pubblicitarie montate e poste su tetti, pareti esterne e altri elementi strutturali di edifici, strutture o all'esterno di esse. Gli annunci sull'aborto non dovrebbero rivolgersi direttamente ai minori. Il fatto è che tale pubblicità crea un malinteso tra i giovani sull'aborto come metodo di controllo delle nascite economico e sicuro», v.: <https://www.qarant-ru> (ultima consultazione 17/01/2023).

<sup>73</sup> V.: *supra* note 35 e 43.

<sup>74</sup> G. CIMBALO, *Strategie sovraniste*, cit., 403-436.

<sup>75</sup> In Bulgaria la maternità surrogata è espressamente vietata dal 13 ottobre 2006, sia dagli artt. 182a e 182b del Codice penale (l'art.182b, al suo secondo comma punisce con la reclusione e la multa la gestante che acconsente alla vendita del figlio prima della sua nascita; l'art.182a invece punisce sia colui che, a scopo di utilità patrimoniale, induce un genitore ad abbandonare o a fare adottare il proprio bambino, sia chi svolge il ruolo di mediatore tra una persona o una famiglia che desidera adottare un bambino e un genitore che desidera ab-

La maternità surrogata o utero in affitto è quella pratica per cui una donna si obbliga contrattualmente a portare avanti una gravidanza per conto dei c.d. genitori intenzionali o committenti. La madre surrogata, che può agire a titolo gratuito o a titolo oneroso, si impegna a rinunciare a qualsiasi diritto sul bambino dal momento che quest'ultimo viene affidato una volta nato ai genitori intenzionali. Dato l'alto rischio di sfruttamento della condizione della donna surrogata e del pericolo dell'instaurarsi di un traffico dei minori, in molti Paesi, come l'Italia, la maternità surrogata è vietata<sup>76</sup>. Nella Federazione Russa, l'art. 55.3<sup>77</sup> della legge federale n. 323/2001 "Sui fondamenti della protezione della salute dei cittadini nella Federazione Russa" (come da ultimo emendata nel 2022)<sup>78</sup> prevede la possibilità di ricorrere alla maternità surrogata da parte delle sole coppie etero sposate e per le donne single. In entrambi i casi le donne (single o in coppia) che richiedono la maternità surrogata devono essere in grado di fornire i propri ovociti per la fecondazione. Questa condizione è molto importante perché il bambino deve essere geneticamente correlato almeno con uno dei genitori. A seguito del conflitto russo-ucraino in corso, dal 24 maggio 2022 la Russia ha vietato la maternità surrogata per i cittadini stranieri prevedendo il requisito della cittadinanza della Federazione Russa per potere accedere a questo servizio.

---

bandonarlo, o una donna che accetta di portare un figlio in grembo per rinunciarvi facendolo adottare), sia dall'ordinanza n. 28 del 20 giugno 2007 sulle attività di riproduzione assistita, consultabile in lingua bulgara in: <https://www.mh.government.bg/> (ultima consultazione 02/02/2023).

<sup>76</sup> La legge 40/2004 recante "Norme sulle tecniche di procreazione medicalmente assistita", prevede, all'articolo 12, comma 6, che «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro».

Il comma 9 dello stesso articolo 12 stabilisce che: «È disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo».

<sup>77</sup> «[...] Il diritto di utilizzare le tecnologie di riproduzione assistita sotto forma di maternità surrogata non si applica a un uomo e una donna che non sono sposati». Mentre un uomo single non può mai accedere al servizio, «una donna single ha il diritto di utilizzare le tecnologie di riproduzione assistita se c'è il suo consenso volontario e informato all'intervento medico». La maternità surrogata è oggi quindi consentita ai soli cittadini russi sposati e alle donne russe single che, per motivi medici non possono dare alla luce un bambino da soli. La legge prevede inoltre che un bambino nato in Russia da una madre surrogata che ha stipulato un accordo di maternità surrogata con potenziali genitori o una donna single, acquisisca la cittadinanza russa alla nascita. Anche i cittadini russi che abbiano contratto un regolare matrimonio con uno straniero possono accedere alla maternità surrogata; un bambino nato nel territorio della Federazione Russa da una madre surrogata acquisisce (per nascita) la sola cittadinanza della Federazione Russa.

<sup>78</sup> Non esiste una legge speciale che regoli la maternità surrogata in Russia dal momento che alcuni dei suoi aspetti sono regolati da diverse leggi e regolamenti. Così, oltre alla legge federale "Sui fondamenti della protezione della salute dei cittadini nella Federazione Russa" (articolo 55. Utilizzo di tecnologie di riproduzione assistita), troviamo il Codice di famiglia (articolo 51. Iscrizione dei genitori del bambino nel registro delle nascite); la legge federale "Sugli atti di stato civile" (articolo 16. Dichiarazione della nascita di un figlio); l'ordine del ministero della Salute della Federazione Russa del 31 luglio 2020 n. 803 "Sulla procedura per l'uso di tecnologie di riproduzione assistita, controindicazioni e restrizioni al loro uso". Alcune modifiche agli atti giuridici summenzionati, nonché alla legge federale "Sulla cittadinanza della Federazione Russa", sono state introdotte dalla legge federale n. 538-FZ del 19 dicembre 2022 "Sulle modifiche a determinati atti legislativi della Federazione Russa". Consultabile in: <http://publication.pravo.gov.ru/> (ultima consultazione 22/02/2023).

In Bielorussia la maternità surrogata è consentita dal 2006<sup>79</sup> e dal 2012 è considerata un vero e proprio trattamento sanitario che prevede un'assistenza medica pubblica<sup>80</sup>. Le condizioni di accesso sono molto simili a quella previste dalla Federazione russa, ma a differenza di quest'ultima rimane consentito alle coppie (sposate) straniere potervi accedere; per tutti coloro che vogliono accedere alla procedura della maternità surrogata devono sussistere delle ragioni mediche che ne motivano la richiesta<sup>81</sup>. Anche in Ucraina la maternità surrogata è consentita per gli stranieri, ma non per gli omosessuali e i single benché sia attualmente sospesa a causa della guerra. La maternità surrogata in conformità con la "Procedura per l'uso delle tecnologie di riproduzione assistita in Ucraina", approvata dall'ordinanza del Ministero della Salute del 9 settembre 2013 n. 787, è definita come una delle tecnologie di riproduzione assistita, che consente a una coppia diventare i genitori biologici del loro bambino se uno di loro ha malattie congenite o acquisite che causano infertilità.

Il rapporto tra i coniugi e la madre surrogata è regolato da un contratto che viene firmato prima dell'inizio del programma. Il contratto protegge i diritti delle parti e determina i loro obblighi. La coppia conferisce alla madre surrogata una compensazione monetaria per i servizi resi nell'importo specificato nel contratto; mentre la madre surrogata si impegna a consegnare il neonato ai genitori dopo il parto, non acquisisce alcun diritto genitoriale sul bambino e non ha il diritto di contestare in tribunale. Non occorre inoltre l'approvazione di un tribunale per inserire nel certificato di nascita del bambino i nomi dei genitori genetici<sup>82</sup>.

In Romania, la legislazione sulla maternità surrogata è ancora incompleta, viene però considerata eticamente meritevole ed è praticata nelle cliniche pubbliche solo per motivi medici e dopo uno scree-

<sup>79</sup> Anche in Bielorussia la maternità surrogata è regolata da numerosi atti giuridici, quali: il Codice civile; il Codice della Repubblica di Bielorussia sul matrimonio e la famiglia; la legge sulle tecnologie di riproduzione assistita n. 341-3 del 7 gennaio 2012; la risoluzione n. 1454 del Consiglio dei Ministri del 14 dicembre 2005 "Sulla procedura per l'organizzazione del lavoro con i cittadini negli organi che registrano atti di stato civile sull'emissione di certificati o altri documenti contenenti la conferma di fatti di rilevanza legale" (come modificata nel 2014); la decisione n. 54 del Ministero della Salute del 1 giugno 2012 "Su alcune questioni relative all'uso delle tecnologie di riproduzione assistita"; la decisione della Corte costituzionale del 28 dicembre 2011 n. P-673 / 2011 "Sulla conformità della Costituzione della Repubblica di Bielorussia con la legge della Repubblica di Bielorussia Sulle tecnologie di riproduzione assistita", finalizzata alla realizzazione da parte dei cittadini dei diritti riproduttivi in quanto garanzia del diritto costituzionale alla maternità, alla paternità.

<sup>80</sup> Legge sulle tecnologie di riproduzione assistita n. 341-3 del 7 di gennaio 2012.

<sup>81</sup> Le ragioni mediche sono individuate dal Ministero della Repubblica bielorusso nell'Ordine della Bielorussia n. 54 del 1° giugno 2012 (e ss. mm). L'elenco di tali indicazioni mediche per la madre prevede: l'assenza dell'utero (congenito o acquisito); la deformazione della cavità o della cervice con malformazioni congenite o a causa di malattie; una sinechia uterina, non suscettibile di terapia; presenza di malattie somatiche per le quali una gravidanza è controindicata; tentativi falliti di fecondazione in vitro quando si ricevono ripetutamente embrioni di alta qualità.

<sup>82</sup> La maternità surrogata viene svolta nell'ambito del programma di fecondazione in vitro. La sua caratteristica è che l'embrione ricevuto dai genitori genetici viene trasferito nella cavità uterina ad un'altra donna. Anche in Ucraina, come in Bielorussia e nella Federazione Russa, non esiste un singolo atto legislativo che regola in modo completo la fornitura del servizio di maternità surrogata. Gli atti legislativi ai quali si fa riferimento sono il Codice civile (art. 139.2); il Codice di famiglia (art. 123); la legge 2801-XII del 19 novembre 1992 sulle "Nozioni di base sulla legislazione dell'Ucraina in materia di assistenza sanitaria" (art. 48); l'ordine "Sull'approvazione della procedura per l'uso delle tecnologie di riproduzione assistita in Ucraina", approvato dal Ministero della Salute ucraino il 9 settembre 2013 n. 787 (<https://zakononline.com> ultima consultazione 31/01/2023). Gli altri documenti sono reperibili su: <https://www.dec.gov.ua/> (ultima consultazione 15/02/2023).

ning psicologico della madre surrogata e degli aspiranti genitori. In Grecia la maternità surrogata è regolata dall'art. 1458 del Codice civile introdotto dalla legge 3089/2002 in materia di "Assistenza medica nella riproduzione umana" e come modificato dalla legge 3305/2005 e dalla legge 4272/2014, quest'ultima, in particolare, permette esclusivamente la maternità surrogata gestazionale altruistica e consente l'accesso a questa pratica anche a coloro che non siano residenti permanenti in Grecia (art. 17). Ulteriori disposizioni sono previste dal Codice di condotta per la riproduzione medica assistita (decisione n. 73 del 24 gennaio 2017). La maternità surrogata è consentita alle coppie eterosessuali (sposate, non sposate o in unione legale) e alle donne single.

A Cipro la maternità surrogata per gli stranieri è consentita solo in alcune cliniche specializzate nel Nord del Paese. La madre surrogata riceve un compenso mentre il padre e la madre legali del bambino divengono genitori genetici subito dopo il parto quando viene rilasciato il certificato di nascita ufficiale. Interessante notare che, rispetto ai Paesi precedentemente esaminati, si consente la selezione del sesso del nascituro.

Questo *excursus* sulla liceità della maternità surrogata nei Paesi a maggioranza ortodossa mi fa riavvolgere il nastro del ragionamento che avevo prospettato all'inizio di queste conclusioni. La maternità surrogata sembra uno dei pochissimi casi bioetici, se non al momento l'unico, per il quale non vi è nessuna apparente consonanza tra la bioetica ortodossa e la produzione legislativa della maggioranza degli Stati ortodossi.

Per la bioetica ortodossa, infatti, la Tradizione si oppone non solamente alle pratiche della fecondazione assistita eterologa, ma anche alla maternità sostitutiva poiché le prime e la seconda «feriscono in vario modo l'unità del matrimonio, l'intimità madre-figlio nella gestazione e l'identità del figlio»<sup>83</sup>. Sebbene questa dissonanza non tolga che vi siano prese di posizione contro le scelte governative da parte delle Chiese ortodosse locali, la loro voce, in questo caso, non riesce a infrangere il muro dei facili introiti che la presenza di cliniche (private e pubbliche) che offrono questo servizio garantiscono al Paese. Il fatto che si tratti di Paesi nei quali c'è un diffuso tasso di povertà non sembra deporre a favore della consapevolezza etica di una legalizzazione di questo tipo da parte dei rispettivi governi. Tuttavia, il fatto che tale pratica sia regolamentata da una rigida procedimentalizzazione che consente l'accesso alla maternità surrogata solo in caso di presenza di problematiche mediche che rendono la gravidanza impossibile per i genitori richiedenti, fa propendere invece per una scelta effettuata con coscienza e comunque ponderata. Anche la selezione e il trattamento delle candidate a madre surrogata è frutto di una riflessione etica dal momento che si richiede che siano madri di almeno un figlio e che la loro retribuzione, laddove prevista, riguardi le sole spese della gravidanza per scongiurare il rischio di una strumentalizzazione e di uno sfruttamento del corpo della donna.

Se di primo acchito la regolamentazione sembrerebbe essere posta a tutela della donna, a uno sguardo più approfondito emerge – come già accaduto nella storia per odiose ragioni razziali – quel sottile meccanismo che, dietro la simulata e dichiarata volontà di proteggere un soggetto qualificato come più debole, dissimula la volontà di impedirne la libertà e l'autodeterminazione.

Il sistema della maternità surrogata arricchisce una platea di operatori come le agenzie di mediazione, i medici, gli ospedali e genera indotto anche per settori collaterali, ma l'unico profitto che non è

<sup>83</sup> B. PETRÀ, *Ortodossia (chiese ortodosse) e Bioetica*, in S. LEONE, S. PRIVITERA (a cura di), *Nuovo Dizionario di Bioetica*, Roma, 2004, 797.

libero e che deve essere controllato è quello della donna, e questo perché altrimenti si finirebbe per consentire alla stessa lo sfruttamento del suo corpo, e ciò è deprecabile; invece, al contrario, se a sfruttarlo sono tutti tranne che lei allora la cosa diventa improvvisamente più accettabile.

Sebbene dunque nel caso della maternità surrogata la scelta legislativa non rispecchi totalmente i dettami della bioetica ortodossa, è anche vero che circostanze come la preferenza che la legalizzazione di questo istituto accorda alla nascita di una nuova vita – ponendola sempre sopra di tutto –, all'istituzione della famiglia tradizionale e alla genitorialità all'interno di essa, nonché al ruolo subordinato della donna-madre surrogata, fanno pur sempre parte dei retaggi dell'ortodossia, non solo in senso religioso e quindi bioetico, ma anche e soprattutto culturale.

## La Chiesa avventista del settimo giorno e il fine vita: linee guida confessionali e norme statali in dialogo

*Tiziano Rimoldi\**

THE SEVENTH-DAY ADVENTIST CHURCH AND THE END-OF-LIFE. DENOMINATIONAL GUIDELINES AND STATE LAWS IN DIALOGUE

**ABSTRACT:** The Seventh-day Adventist Church, despite its opposition to actively taking the life of a terminally ill patient, to suicide, and to facilitating a person's suicidal plan, endorses the use of palliative care and painkiller, even though they can significantly accelerate the dying process. Its guidelines on the subject, *Care for the Dying*, were issued in 1992 and revised in 2013. The article analyzes this document and compares it with state legislations such as the Oregon's law on dying with dignity of 1997 or the one foreshadowed by the judgement of the Italian Constitutional Court of 2019.

**KEYWORDS:** Bioethics; euthanasia; medically assisted suicide; palliative care; seventh-day adventists

**ABSTRACT:** La Chiesa avventista del settimo giorno, nonostante sia contraria a togliere attivamente la vita a un malato terminale, al suicidio e ad agevolare il progetto suicida di una persona, approva l'uso di cure palliative e di antidolorifici, anche se possono accelerare notevolmente il processo di morte. Le sue linee guida in materia, *Care for the Dying*, sono state pubblicate nel 1992 e riviste nel 2013. L'articolo analizza questo documento e lo confronta con alcune normative statali come la legge dell'Oregon sul morire con dignità del 1997 o quella prefigurata dalla sentenza della Corte costituzionale italiana del 2019.

**PAROLE CHIAVE:** Bioetica; eutanasia; suicidio medicalmente assistito; cure palliative; avventisti del settimo giorno

**SOMMARIO:** 1. Introduzione – 2. Prime riflessioni avventiste sul fine vita – 3. La cura del morente – 4. Il fine vita e la sofferenza – 5. Un *case study*: la Chiesa avventista e il suicidio assistito in Oregon – 6. Brevi conclusioni.

---

\* *Professore ordinario, Istituto universitario avventista di Firenze; Docente a contratto, Università degli Studi di Firenze. Mail: [t.rimoldi@villaurora.it](mailto:t.rimoldi@villaurora.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.*

## 1. Introduzione

**L**e confessioni religiose hanno riflettuto e riflettono sui temi del fine vita, producendo documenti e linee guida che costituiscono punti di riferimento significativi, oltre che per i propri fedeli, per il dibattito nella società in generale. In Italia, mentre per alcune confessioni religiose questi documenti sono noti e sono stati ampiamente studiati e commentati, per altre confessioni religiose gli studi non abbondano.

Il compito che questo contributo si prefigge è quello di fare conoscere, almeno per sommi capi, la posizione della Chiesa avventista del settimo giorno (da ora in poi Chiesa avventista) sulle tematiche del fine vita. La Chiesa avventista, la cui articolazione italiana, l'Unione italiana delle Chiese cristiane avventiste del 7° giorno, ha siglato una intesa con lo Stato italiano ex art. 8, comma 3, della Costituzione<sup>1</sup>, è una confessione religiosa che ha sviluppato in maniera convinta l'impegno nelle attività sanitarie, e più in generale una particolare sensibilità per la cura della salute, inserita all'interno di un approccio olistico al benessere dell'intero essere umano<sup>2</sup>: «lo spirito, l'anima e il corpo» (I Tessalonicesi 5:23)<sup>3</sup>.

La Chiesa avventista ha un respiro mondiale. All'interno di una organizzazione ecclesiastica di tipo presbitero-sinodale<sup>4</sup>, la sua massima assise, la Conferenza Generale, accoglie i rappresentanti di tutte le Unioni avventiste del mondo<sup>5</sup>. È la Conferenza Generale che, a partire dagli anni '80 del XX secolo, in ragione del suo ruolo apicale nella struttura avventista<sup>6</sup>, ha emanato delle dichiarazioni con le quali ha precisato la posizione avventista su una serie di tematiche, tra cui quelle bioetiche<sup>7</sup>. Le dichiarazioni avventiste in materia bioetica rispondono al bisogno di fornire ai credenti, confrontati con temi di natura morale per i quali spesso non è immediatamente identificabile un chiaro «Così dice l'Eterno» (Esodo 4:22)<sup>8</sup>, delle linee guida e delle prese di posizione fedeli ai principi scritturali. Linee

<sup>1</sup> L'intesa è stata firmata il 29 dicembre 1986 e poi approvata con la Legge 22 novembre 1988, n. 516, in seguito modificate dalla Legge 20 dicembre 1996, n. 637, e dalla Legge 8 giugno 2009, n. 67.

<sup>2</sup> Cfr. T. RIMOLDI, *Cibo e spiritualità. La Chiesa avventista e la «Riforma della salute»*, in A.G.M. CHIZZONITI (a cura di), *Cibo, religione e diritto. Nutrimento per il corpo e per l'anima*, Tricase, 2015, 167-184.

<sup>3</sup> Salvo diversa indicazione, i brani biblici sono tratti dalla versione Riveduta Luzzi, 1925.

<sup>4</sup> Cfr. G. LONG, *Le confessioni religiose «diverse dalla cattolica»*, Bologna, 1991, 113-124.

<sup>5</sup> Sull'ordinamento della Chiesa avventista, cfr. T. RIMOLDI, *Il diritto della Chiesa avventista del 7° giorno*, in S. FERRARI, A. NERI (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni*, Lugano, 2007, 157-177.

<sup>6</sup> Sebbene sia la Conferenza Generale a impartire indicazioni per il corpo mondiale della Chiesa, questo in teoria non impedisce alle diverse articolazioni territoriali (*Conference, Union*, o anche le sezioni continentali della Conferenza Generale, le *Division*) di adottare proprie dichiarazioni o specifiche linee guida, anche se non sempre questa possibilità viene sfruttata. In Italia, la rete dei media avventista (*Hope Media*) ha assicurato recentemente, sia pure con mezzi limitati, la trattazione delle tematiche del fine vita, in particolare attraverso articoli pubblicati sul mensile *Il Messaggero Avventista* (R. GAISIE, *Fai dei bei sogni. Il confine tra la vita e la morte*, in *Il Messaggero Avventista*, 4, 2017, 8; C. DEL FANTE, *La fine della vita*, in *Il Messaggero Avventista*, 6, 2017, 6-9) e trasmissioni radiofoniche dell'emittente radio Voce della Speranza (<https://hopemedia.it/>).

<sup>7</sup> Cfr. T. RIMOLDI, *I principi fondamentali della bioetica nella prospettiva della Chiesa avventista del 7° giorno. Cenni introduttivi*, in E. CAMASSA, C. CASONATO (a cura di), *Bioetica e confessioni religiose*, Trento, 2008, 83-103.

<sup>8</sup> Nell'ambito della rubrica *Bible Question Answered* della *Adventist Review*, l'associate editor D.F. Neufeld, rispondendo alla domanda di un lettore circa il comandamento «Non uccidere», affermava: «Quando si parla di eutanasia, si tratta di una pratica di cui la Bibbia non parla direttamente. Pertanto, si deve ragionare in base ai principi generali» (D.F. NEUFELD, *Murder, War, Euthanasia*, in *Adventist Review*, 9, 1978, 6).

guida non significa però ancora diritto ecclesiale universale, trattandosi di documenti di natura pastorale o di indirizzo generale per le istituzioni avventiste, vincolanti soltanto per queste ultime<sup>9</sup>.

## 2. Prime riflessioni avventiste sul fine vita

La Chiesa avventista, nei primi decenni dalla sua costituzione, avvenuta nel 1863<sup>10</sup>, ha condiviso con il resto del mondo cristiano<sup>11</sup> l'avversione nei confronti del suicidio<sup>12</sup> e dell'eutanasia. Peraltro, quest'ultima venne esplicitamente menzionata per la prima volta sui periodici avventisti nel 1936, quando la storica rivista avventista sulla salute, *Life and Health*<sup>13</sup>, riportò brevemente la notizia che si era svolto a Londra il primo incontro della *Voluntary Euthanasia Legalization Society*. I redattori concludevano il trafiletto considerando che «[m]entre ci sono abbastanza sostenitori dell'eutanasia per formare una società, è incoraggiante sapere che ci sono molti che vi si oppongono e esprimono forti obiezioni»<sup>14</sup>. Un articolo del 1938 pubblicato in un periodico avventista inglese, nel quale si faceva una panoramica delle opinioni correnti tra medici, *coroner* ed ecclesiastici in materia di eutanasia, chiudeva con queste parole:

«La vita è molto sacra. Dio non dà all'uomo il permesso di prendere la vita neppure nel caso di un omicidio e Dio stesso ha rimproverato il primo assassino della famiglia umana. L'eutanasia è sbagliata. Non è biblica. Non è cristiana. Finché c'è vita c'è speranza. Non c'è differenza, agli occhi di Dio, tra prendere la vita di un altro uomo e togliersi la vita. È un omicidio. È una violazione della santa legge di Dio»<sup>15</sup>.

Si trattava di reazioni ad un tema che per la prima volta si affacciava all'attenzione dell'opinione pubblica. In effetti, è proprio negli anni '30 che nascono nel mondo anglosassone le prime società che promuovono la legalizzazione dell'eutanasia<sup>16</sup>.

Considerando l'impegno della Chiesa avventista nel settore sanitario<sup>17</sup>, coevo alla sua nascita<sup>18</sup> e sviluppatosi come un vero e proprio ministero<sup>19</sup>, era in qualche modo quasi inevitabile che il tema del

<sup>9</sup> Cfr. *Taking a Stand. The Church Responds to Moral Issues Confronting Christians*, in *Adventist Review*, 53, 1992, 11.

<sup>10</sup> Sullo sviluppo istituzionale della Chiesa avventista, cfr. T. RIMOLDI, *Con ordine e dignità. Origini e sviluppo della struttura della Chiesa avventista del 7° giorno*, Impruneta, 2006.

<sup>11</sup> Cfr. M. BARBAGLI, *Congedarsi dal mondo. Il suicidio in Occidente e in Oriente*, Bologna, 2009, 63.

<sup>12</sup> In suo scritto del 1905, Ellen G. White, una delle fondatrici della Chiesa avventista alla quale si riconosce il dono spirituale della profezia, indicava l'aumento dei suicidi come uno tra gli indicatori della crescente degenerazione del mondo, insieme alla recrudescenza di corruzione, contese politiche, inganni e frodi, violenza e illegalità, indifferenza per le sofferenze, distruzione brutale di vite umane, pazzia e omicidi. Cfr. E.G. WHITE, *The Ministry of Healing*, Mountain View (CA), 1905, trad. it. *Sulle orme del gran Medico*, Impruneta, 2000, 74.

<sup>13</sup> Pubblicato in California con il titolo di *Pacific Health Journal and Temperance Advocate* sin dal 1885, nel 1904 la sua pubblicazione venne trasferita alla principale casa editrice avventista, la *Review and Herald*, con sede a Washington D.C., che ne ampliò la distribuzione e ne cambiò il titolo in *Life and Health*. Cfr. «*Life and Health*», in D.F. NEUFELD (ed.), *Seventh-day Adventist Encyclopedia*, revised edition, Washington D.C., 1976, 787, 788.

<sup>14</sup> *The Right to Die*, in *Life and Health*, 9, 1936, 25. Tutte le traduzioni in lingua italiana dei testi in lingua inglese oggetto di citazione testuale sono state curate dall'Autore.

<sup>15</sup> E.E. CRAVEN, «*Euthanasia*» and the Bible, in *Present Truth*, 22, 1938, 11.

<sup>16</sup> Cfr. *Euthanasia*, October 4, 2022, in *Encyclopedia Britannica*, <https://www.britannica.com/topic/euthanasia>, <https://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/riflessioni-bioetiche-sul-suicidio-medicalmente-assistito/> (ultima consultazione il 04/11/2022).

fine vita, complessivamente inteso (eutanasia, suicidio assistito, cure palliative, ecc.), dovesse in seguito ripresentarsi alla sua attenzione, essendo questione da affrontare e a cui dare risposta nella pratica medica delle numerose istituzioni sanitarie avventiste<sup>20</sup>.

È negli anni '70 del XX secolo che il dibattito sul fine vita acquisisce una certa rilevanza nell'ambito del discorso pubblico avventista. Il bimestrale avventista nordamericano *Liberty*<sup>21</sup> nel 1975 dedicava la copertina e i primi quattro articoli del numero di novembre-dicembre alla domanda *Euthanasia: Mercy or Murder?* Si prendeva atto che negli Stati Uniti, anche se non lo si ammetteva apertamente, diversi medici praticavano l'eutanasia, sia in maniera *attiva*, ad esempio iniettando una dose letale di antidolorifico, sia in maniera *passiva*, ad esempio sospendendo ogni «life-supportive treatment»<sup>22</sup>. Il tema si andava imponendo all'opinione pubblica, agli operatori sanitari<sup>23</sup> e ai legislatori per varie ragioni, tra le quali vi erano l'aumentata capacità della scienza di prolungare la vita<sup>24</sup>, l'allungamento della vita media, la possibilità di chiamare in giudizio un medico in sede penale e/o civile, il moltiplicarsi di associazioni e di proposte di legge<sup>25</sup> aventi come finalità quella di affermare il diritto di morire

<sup>17</sup> Cfr. G.R. WINSLOW, *Physician-assisted Suicide: A Seventh-day Adventist Perspective*, in M.F. CARR (ed.), *Physician-assisted Suicide: Religious Perspectives on Death with Dignity*, Tucson (AR), 2009, 152.

<sup>18</sup> Cfr. T. RIMOLDI, *Cibo e spiritualità*, cit.; R.L. NUMBERS, D.R. LARSON, *The Adventist Tradition*, in R.L. NUMBERS, D.W. AMUNDSEN (eds.), *Caring and Curing. Health and Medicine in the Western Religious Tradition*, Baltimore (MD)-London, 1998, 447-467.

<sup>19</sup> *Operating Principles for Health-Care Institutions* (1988), trad. it. *Istituzioni sanitarie, principi operativi*, in Dipartimento delle Comunicazioni della Conferenza Generale della Chiesa cristiana avventista del 7° giorno (a cura di), *Dichiarazioni, Linee guida e altri Documenti*, Impruneta, 2006, 62: «1. Cristo ha soccorso la persona nella sua totalità. Sulla scorta del suo esempio, la missione della Chiesa Cristiana Avventista del 7° Giorno prevede un ministero della salute che si rivolga alla persona nel suo complesso: corpo, mente e spirito. Il ministero della salute si occupa della cura e della compassione per i malati e i sofferenti e anche del mantenimento del benessere [...]. 2. Le istituzioni a carattere sanitario (ospedali, cliniche, asili e case di riposo, centro di riabilitazione, ecc.) sono parte integrante del ministero globale della chiesa e ne osservano le norme [...]».

<sup>20</sup> Secondo il sito della Conferenza Generale degli Avventisti del Settimo Giorno, nell'anno 2021 le istituzioni sanitarie avventiste contavano 230 ospedali e centri medici, 116 case di cura e di riposo, 1.906 cliniche e dispensari, 128 cliniche dentarie, 15 orfanotrofi, per un totale annuale di oltre un milione di persone ricoverate e oltre 28 milioni di persone assistite. Cfr. <https://bit.ly/475tfaE> (ultima consultazione il 03/11/2022). Delle oltre cento istituzioni accademiche avventiste di terzo livello, circa la metà hanno una facoltà di medicina, scienze infermieristiche o simili. Cfr. E. JOHNSTON TAYLOR, M.F. CARR, *Glorifying God in Our Body: A Seventh-day Adventist Theological Foundation for Nursing*, in *Update*, 2, 2010, 1.

<sup>21</sup> Fondato nel 1906, è un periodico dedicato ai temi della libertà religiosa, edito sotto gli auspici del *Public Affairs and Religious Liberty Department* della *Nord-American Division* della Conferenza Generale. Cfr. *Liberty Magazine*, <https://www.religiousliberty.info/liberty-magazine> (ultima consultazione il 06/11/2022).

<sup>22</sup> E. CAMERON, *Euthanasia: Mercy, or Murder?*, in *Liberty*, 6, 1975, 2.

<sup>23</sup> Nel 1980, *Life and Health* riportava che in un sondaggio svolto nel 1976 dal *Medical Tribune* su un campione di circa 2.200 medici di famiglia americani, il 30% aveva risposto anche alle domande sull'eutanasia: di questi, il 77% si diceva disponibile a inserire l'eutanasia passiva tra le opzioni possibili, mentre il 17% considerava anche la possibilità dell'eutanasia attiva. Cfr. W.R. CENTERWALL, *How Do You Answer the Question Raised by the Current Biomedical and Genetic Ethical Issues?*, in *Life and Health*, 5, 1980, 13.

<sup>24</sup> Uno degli articoli del numero, scritto da J.W. Provonsha, che sarebbe diventato uno dei più influenti bioeticisti avventisti, è dedicato proprio al tema di cosa sia la vita umana, quando finisce, o in altri termini «che cosa significa essere umani». Cfr. J.W. PROVONSHA, *What Does it Mean to be Human?*, in *Liberty*, 6, 1975, 6-7.

<sup>25</sup> Gli articoli pubblicati sul n. 6 di *Liberty* nel 1975 suscitarono l'interesse di un deputato della legislatura del Montana che inviò il testo di un suo progetto di legge per l'«autodeterminazione quando giunge il momento di morire» pubblicato interamente da *Liberty*. Cfr. J.M. FRANKS, *The Right to Die*, in *Liberty*, 3, 1976, 28-30.

con dignità<sup>26</sup>. Roy Branson, all'epoca docente di etica cristiana presso la Andrews University, la più antica e prestigiosa università avventista, in uno degli articoli sottolineava come

«Anche se non si può approvare l'eutanasia in senso stretto – un medico che uccide attivamente un malato terminale o favorisce un suicidio – si possono appoggiare le persone che insistono con i loro medici, personalmente, o attraverso un avvocato o un testamento biologico, affinché gli sia permesso di morire. Allo stesso modo, dovrebbero essere lodati quei medici che seguono i desideri dichiarati dei loro pazienti per quanto consentito dalla loro coscienza e che, sebbene non possano approvare l'uccisione attiva di un paziente, riconoscono che permettere ai loro pazienti di morire può non solo essere lecito ma moralmente necessario»<sup>27</sup>.

Come vedremo, questa è una linea di pensiero che sarebbe stata molto influente in ambito avventista<sup>28</sup>. Don F. Neufeld, *associate editor* della *Adventist Review*<sup>29</sup>, parlando di eutanasia passiva, riteneva che

«La questione se impegnare o, se in uso, di interrompere, l'impiego di mezzi inusuali di supporto vitale può essere una decisione morale difficile da prendere. Almeno, nell'eutanasia passiva non viene posta fine alle forze vitali che il paziente ancora possiede. Per questo molti ritengono che in tali circostanze il sesto comandamento non venga violato»<sup>30</sup>.

Nel 1983, il dottor Herbert E. Clifford, dirigente del *Sidney Adventist Hospital*, riflettendo sul tema dell'eutanasia, considerava che la possibilità di accedere ad una eutanasia attiva, sia pure legalmente consentita e necessariamente sanzionata dalla volontà del paziente, costituisca, oltre che una ammissione di sconfitta per quanto riguardava il dovere di prendersi cura di una persona in un momento delicato della sua vita, una indebita pressione sui malati: questi ultimi potevano sentirsi in imbarazzo o addirittura colpevoli nel proseguire le cure, rendendosi conto del fardello imposto sugli altri. Secondo Clifford, per quanto l'omissione in molti casi non fosse meno grave della commissione, vi erano tuttavia tempo e luogo per il "non-intervento": «si arriva a questo punto quando qualsiasi azione porterebbe non tanto al prolungamento della vita quanto ad allungare più del necessario la morte [...]. Riteniamo che questo approccio sia in armonia con i principi biblici del rispetto, da un lato, della dignità della vita e, dall'altro, dell'accettazione della morte»<sup>31</sup>.

Nel 1985 la *Hemlock Society*<sup>32</sup> pubblicò una ricerca svolta presso diverse confessioni religiose negli Stati Uniti d'America dalla quale emerse che non vi erano dichiarazioni avventiste riguardanti

<sup>26</sup> Cfr. E. CAMERON, *op. cit.*, 2-5.

<sup>27</sup> R. BRANSON, *Allowing to Die is not Killing*, in *Liberty*, 6, 1975, 6.

<sup>28</sup> Nel 2008 Branson assunse il suo ultimo incarico accademico come *Dean* della *School of Religion* della *Loma Linda University*, dove guidò anche il *Center for Christian Bioethics* sino alla sua scomparsa nel 2015. Cfr. A. BYRD, *Branson, Roy Elwyn (1938–2015)*, in *Encyclopedia of Seventh-day Adventists*, online edition, February 10, 2021, <https://encyclopedia.adventist.org/article?id=7D5C> (ultima consultazione il 03/11/2022).

<sup>29</sup> L'*Adventist Review* è il «flagship journal» della Chiesa avventista. Cfr. <https://adventistreview.org/magazine/> (ultima consultazione il 13/01/2023).

<sup>30</sup> D.F. NEUFELD, *op. cit.*, 6. Si tenga presente che nella lettura avventista dei Dieci Comandamenti di Esodo 20, il sesto comandamento è "non uccidere". Cfr. <https://bit.ly/3QwnPzX> (ultima consultazione 13/01/2023).

<sup>31</sup> H.E. CLIFFORD, *Euthanasia – A Time to Die*, in *Australasian Record and Advent World Survey*, 22, 1983, 12.

<sup>32</sup> "Hemlock" significa "cicuta".

l'eutanasia<sup>33</sup>, anche se poteva riscontrarsi tra clinici e teologi avventisti un consenso informale alla c.d. "eutanasia passiva"<sup>34</sup>, almeno in alcuni casi: per gli intervistati, era religiosamente fondato considerare inutile e crudele il prolungamento del processo del morire senza una ragione giustificabile<sup>35</sup>. Per quanto riguardava il suicidio, «[l]a maggior parte delle denominazioni, e gli Avventisti non fanno eccezione, sono contrarie al suicidio. Il suicidio è visto dagli Avventisti come una rottura di uno dei comandamenti di Dio»<sup>36</sup>.

Peraltro, per la Chiesa avventista, il fatto che una persona si sia suicidata non è considerata una circostanza che di per sé sola possa compromettere il destino eterno della persona, essendo il giudizio divino basato non sulle opere, ma sulla grazia e sulla relazione personale con Dio. Inoltre, come afferma Ángel Manuel Rodríguez, un noto teologo avventista:

«[...] la psicologia e la psichiatria hanno rivelato che molto spesso il suicidio è il risultato di profondi sconvolgimenti emotivi o squilibri biochimici associati a un profondo stato di depressione e paura. Non dovremmo giudicare la persona che, in quelle circostanze, ha optato per il suicidio. [...] la giustizia di Dio prende in considerazione l'intensità delle nostre menti turbate; Egli ci capisce meglio di chiunque altro. Dobbiamo mettere il futuro dei nostri cari nelle Sue mani amorevoli»<sup>37</sup>.

Le cerimonie funebri avventiste sono relativamente semplici ed essenziali e non sono previste differenze liturgiche nel caso dell'estremo saluto dato ad una persona che si sia data la morte<sup>38</sup>.

Tuttavia, questa apertura di carattere generale nei confronti dell'"eutanasia passiva" e la contrarietà al suicidio «lascia aperta la questione se ogni caso di "eutanasia attiva" portata a termine con il consenso del paziente o dal paziente stesso debba essere considerata come un suicidio ingiusto»<sup>39</sup>. Uno dei bioeticisti avventisti intervistati dalla *Hemlock Society* affermò, in relazione al suicidio assistito o al *mercy killing*, cioè "la morte inferta per pietà":

«La mia chiesa si opporrebbe a questo tipo di azioni come sbagliate sulla base del fatto che gli esseri umani non dovrebbero arrogarsi il potere di mettere fine alla loro vita, la quale appartiene solo a Dio [...]. Ma devo immediatamente aggiungere che i medici dovrebbero essere liberi di fornire sufficienti dosaggi di anestetici affinché i pazienti possano essere mantenuti liberi dal dolore per quanto possibile, anche se questo può dare adito in alcuni casi ad un non voluto accorciamento della vita»<sup>40</sup>.

Le posizioni anticipate dai bioeticisti avventisti negli anni '70 e '80 furono sostanzialmente confermate nel documento che venne approvato dalla Conferenza Generale alcuni anni dopo<sup>41</sup>.

<sup>33</sup> M.G. HARDINGE, cit. in *The Seventh-day Adventists*, in G.A. LARUE (ed.), *Euthanasia and Religion. A Survey of the Attitudes of World Religions to the Right-To-Die*, Los Angeles (CA), 1985, 108.

<sup>34</sup> Cfr. R. BRUINSMA, *Matters of Life and Death*, Nampa (ID), 2000, 91; R. TWYXCROSS, *Euthanasia*, in A. BULLOCK, S. TROMBLEY (eds.), *The Norton Dictionary of Modern Thought*, New York (NY), 1999, 290, 291.

<sup>35</sup> Cfr. D. LARSON, cit. in *The Seventh-day Adventists*, cit., 108.

<sup>36</sup> J. PROVENSHA [sic], cit. in *The Seventh-day Adventists*, cit., 109.

<sup>37</sup> Á.M. RODRÍGUEZ, *The Bible and Suicide*, *Seventh-day Adventist Church Biblical Research Institute*, <https://www.adventistbiblicalresearch.org/materials/the-bible-and-suicide/> (ultima consultazione il 08/11/2022).

<sup>38</sup> Cfr. *The Seventh-day Adventists*, cit., 110-112.

<sup>39</sup> J. PROVENSHA [sic], *op. cit.*, 109.

<sup>40</sup> G. WINSLOW, cit. in *The Seventh-day Adventists*, cit., 110 s.

<sup>41</sup> I bioeticisti intervistati dalla *Hemlock Society* nella prima metà degli anni '80 erano o sarebbero diventati collaboratori del *Center for Christian Bioethics* della *Loma Linda University*, una delle più prestigiose università av-

Peraltro, prima dell'approvazione del summenzionato documento, altri esponenti avventisti si dimostrarono meno simpatetici nei confronti della eutanasia passiva di quanto lo fossero stati i bioeticisti. Ad esempio, Calvin B. Rock, all'epoca vicepresidente della Conferenza Generale, in un articolo del 1988, dopo avere ribadito la contrarietà alla eutanasia attiva, pur ammettendo che il «concetto di eutanasia passiva non può essere così facilmente respinto», riteneva che «[l]a Chiesa non sostiene lo "staccare la spina"»<sup>42</sup>.

### 3. La cura del morente

Il 1992 è stato un anno particolarmente importante per la bioetica avventista<sup>43</sup>. Il Comitato esecutivo della Conferenza Generale ha approvato due rilevanti documenti in questo campo. Il primo intitolato *Guidelines on Abortion*, completato da una appendice, *Principles for a Christian View of Human Life*. Il secondo, quello di nostro interesse, era *A Seventh-day Adventist Statement of Consensus on Care for the Dying* (il documento è noto anche come *Care for the Dying*)<sup>44</sup>. Entrambi i documenti erano stati preparati dal *Christian View of Human Life Committee*<sup>45</sup>.

Le indicazioni sulla cura dei morenti avevano lo scopo principale di aiutare i singoli fedeli a prendere le proprie decisioni in merito al fine vita. La dichiarazione voleva fungere anche da *guideline* per le istituzioni sanitarie e per gli operatori sanitari avventisti. Il suo scopo primario non era quello di influenzare i legislatori<sup>46</sup>. In effetti, nel pubblicare per la prima volta i succitati interventi sulle pagine della *Adventist Review*, gli *editor* si premurarono di ricordare che essi erano «*linee-guida*, non regole della chiesa. Sono intese come aventi natura pastorale, forniscono aiuto ai singoli membri mentre essi lottano personalmente con i problemi»<sup>47</sup>.

Una delle prime preoccupazioni di *Care for the Dying* è quella di offrire un chiarimento terminologico. In particolare, rispetto all'uso del termine "eutanasia",

---

ventiste degli Stati Uniti. Jack Provonsha fu il promotore della creazione di tale centro e all'inizio delle sue attività, nel 1984, ne divenne il primo direttore; David R. Larson e James W. Walters ne sono stati a lungo collaboratori; Gerald R. Winslow, infine, ne è stato a lungo direttore e continua a mantenere un rapporto di collaborazione. Cfr. D. LARSON, J.W. WALTERS, C. TEEL, Jr., *Ethics Center-new Resource for Pastors*, in *Ministry*, 11, 1988, 11-13.

<sup>42</sup> C.B. ROCK, *Euthanasia, Sabbath Travel*, in *Adventist Review*, 49, 1988, 11.

<sup>43</sup> Cfr. T. RIMOLDI, *I principi fondamentali della bioetica nella prospettiva della Chiesa avventista del 7° giorno*, cit.

<sup>44</sup> Il documento è stato pubblicato ufficialmente in *Adventist Review*, 53, 1992, 14 s., trad. it. *Cure ai malati terminali*, in Dipartimento delle Comunicazioni della Conferenza Generale della Chiesa cristiana avventista del 7° giorno (a cura di), *op. cit.*, 43-46. Si trova anche sul sito ufficiale della Chiesa avventista italiana: *Dichiarazione sulle cure ai malati terminali*, <https://chiesaavventista.it/documenti-ufficiali/cure-ai-malati-terminali/> (ultima consultazione il 09/11/2022). In questo scritto faremo riferimento a quest'ultimo.

<sup>45</sup> Il *Christian View of Human Life Committee* era stato costituito dalla Conferenza Generale per occuparsi di vari temi connessi alla dignità e al valore della vita umana. Esso includeva al suo interno dirigenti, teologi, pastori, medici, avvocati, *counselors* e operatori sociali. Cfr. THE CHRISTIAN VIEW OF HUMAN LIFE COMMITTEE, *The Seventh-day Adventist Church Focuses on Ethical Issues*, senza luogo, 1996, 3.

<sup>46</sup> Cfr. G.R. WINSLOW, *Physician-Assisted Suicide: An Adventist Perspective*, cit., 157.

<sup>47</sup> *Taking a Stand. The Church Responds to Moral Issues Confronting Christians*, cit., 11.

«[n]on tutti concordano sul significato del termine. In origine significava letteralmente “morte dolce”; oggi, esso riveste due significati diversi. L’eutanasia si riferisce spesso a “una morte inferta per pietà”, in cui qualcuno pone fine intenzionalmente alla vita di un paziente per abbreviare le sue sofferenze, oppure per alleggerire il fardello sopportato dalla sua famiglia o dalla società. In questo caso si parla di “eutanasia attiva”. Il termine viene usato anche – impropriamente secondo il punto di vista avventista – in riferimento all’interruzione o al rifiuto degli interventi clinici, che prolungano artificialmente la vita, per consentire al malato di morire naturalmente. In questo caso si parla di “eutanasia passiva”»<sup>48</sup>.

Nella nuova versione del documento, approvata nel 2013<sup>49</sup>, è stato eliminato ogni riferimento ad “eutanasia attiva” ed “eutanasia passiva”<sup>50</sup>.

Dopo avere ricordato i principi teologici pertinenti alle questioni del fine vita, il documento articola la posizione avventista in sette punti. Innanzitutto, come abbiamo detto, una delle sue finalità è quella di offrire elementi di riflessione ai fedeli avventisti per prendere decisioni responsabili. Non stupirà quindi che, come primo punto, vi sia quello relativo alla piena conoscenza del morente delle sue reali condizioni: «È diritto di ogni persona capace di intendere e di volere, avvicinandosi alla fine della propria vita, di conoscere la verità sul proprio stato, e i possibili trattamenti con i relativi risultati. Non dovrebbe essere nascosto nulla, al contrario la situazione dovrebbe essere presentata con amore e sensibilità, tenendo conto del contesto personale e culturale del paziente (Efesini 4:15)»<sup>51</sup>.

Il morente deve essere correttamente informato circa le sue condizioni<sup>52</sup>, dato che a lui spetta la decisione finale sulle cure. Infatti, al secondo punto si afferma che la libertà donata da Dio agli uomini include anche l’ambito delle cure mediche e si accompagna alla Sua richiesta di usare tale libertà in maniera responsabile: «Dopo aver ricercato l’aiuto di Dio, aver preso in considerazione gli interessi di coloro che [sono toccati da] tale decisione (Romani 14:7) e ascoltato i consigli medici, ogni persona nel pieno possesso delle proprie facoltà mentali deve poter decidere se accettare o meno gli interventi medici che potrebbero prolungare la vita. La persona non dovrebbe essere obbligata a sotto-

<sup>48</sup> *Dichiarazione sulle cure ai malati terminali*, cit., quarto capoverso.

<sup>49</sup> Le modifiche intervenute nella legislazione di alcuni Paesi in relazione all’eutanasia e al suicidio assistito da medici hanno indotto l’*Ethics Committee* del *Biblical Research Institute* (BRIEC) a suggerire una revisione del documento del 1992. La nuova versione del documento è stata approvata dal Comitato esecutivo della Conferenza Generale il 15 aprile 2013. Cfr. *A Statement of Consensus on Care for the Dying (revised)*, in *Reflections. The BRI Newsletter*, 42, 2013, 11-12, <https://bit.ly/3sebPtB> (ultima consultazione il 09/11/2022). Il *Biblical Research Institute* (BRI) è un organismo della Conferenza Generale che promuove lo studio della teologia e la pratica dello stile di vita avventisti. Cfr. A. STELE, *Biblical Research Institute*, in *Adventist Review, online edition*, 2015 *General Conference Supplement*, November 1, 2015, <https://www.adventistreview.org/1513-20> (ultima consultazione il 08/11/2022).

<sup>50</sup> *A Statement of Consensus on Care for the Dying* (2013), <https://www.adventist.org/articles/care-for-the-dying/> (ultima consultazione il 09/11/2022). L’abbandono della nozione di “eutanasia passiva” è presente anche nel documento del Consiglio della Comunione di Chiese protestanti in Europa. Cfr. L. SAVARINO, *Eutanasia: una riflessione sul documento del Consiglio della Comunione di Chiese protestanti in Europa*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 2-3, 2013, 461.

<sup>51</sup> *Dichiarazione sulle cure ai malati terminali*, cit., n. 1.

<sup>52</sup> All’esigenza di garantire una corretta informazione per la formazione di un libero consenso si fa riferimento anche nel documento *Ethical Considerations Regarding Human Cloning* (1998), trad. it. *Clonazione umana, considerazioni etiche*, in Dipartimento delle Comunicazioni della Conferenza Generale della Chiesa cristiana avventista del 7° giorno (a cura di), *op. cit.*, 27: «6. Trasparenza. La comunicazione onesta è uno dei mandati della Scrittura (Prv 12:22; Ef 4:15,25)».

porsi a qualunque trattamento medico che ritenga inaccettabile»<sup>53</sup>. Ogni persona deve avere la possibilità di scegliere o rifiutare le cure che possono prolungare la sua vita<sup>54</sup> e le sue decisioni devono essere rispettate<sup>55</sup>.

Il terzo punto attribuisce particolare rilievo al fatto che, nei piani di Dio, gli uomini fanno parte di una famiglia e di una comunità di fede e quindi è auspicabile che le decisioni inerenti al fine vita, pur restando una questione personale, vengano prese nel contesto di una relazione familiare sana e con il sostegno divino e comunitario, dopo attenta considerazione del parere dei medici<sup>56</sup>. Questo aspetto è ripreso anche in altri documenti avventisti e fa parte dei *Principi di una concezione cristiana della vita*<sup>57</sup>. Per assicurare il rispetto delle determinazioni liberamente assunte, «[è] auspicabile che le volontà e le decisioni dell'individuo siano fatte per iscritto e in armonia con le disposizioni legali locali riguardanti le direttive anticipate di trattamento o documenti simili»<sup>58</sup>. È contemplata anche l'ipotesi in cui «un malato terminale non può prendere una decisione o dare il suo parere riguardo a un intervento medico»: in questo caso, «la decisione ricade su una persona di sua scelta. Nel caso in cui la persona non sia stata scelta, la decisione spetta a un parente prossimo. Salvo circostanze eccezionali, i medici o i legali dovrebbero sottomettersi alle decisioni dei parenti più stretti del morente per quanto riguarda gli interventi da effettuare»<sup>59</sup>.

Nel quarto punto si afferma che nessuno deve sentirsi spinto od obbligato ad accettare interventi il cui fardello supera i probabili benefici, come nel caso di «cure mediche [che] non fanno che mantenere in vita il malato, nonostante egli non abbia alcuna speranza di uscire dal coma»<sup>60</sup>: «esse sono inutili e possono, in buona coscienza, essere evitate o interrotte»<sup>61</sup>. Parimenti, «si possono evitare o interrompere quei trattamenti medici che allungano la vita, prolungando inutilmente la sofferenza del paziente o il processo di morte»<sup>62</sup>. Sebbene sia espresso in termini meno espliciti rispetto a quan-

<sup>53</sup> *Dichiarazione sulle cure ai malati terminali*, cit., n. 2.

<sup>54</sup> La libertà di scelta viene in evidenza anche in altri documenti bioetici avventisti, come ad esempio in *Birth Control* (1994), trad. it. *Controllo delle nascite*, in Dipartimento delle Comunicazioni della Conferenza Generale della Chiesa cristiana avventista del 7° giorno (a cura di), *op. cit.*, 29: «4. *Libertà di scelta*. Nella creazione e anche mediante la redenzione di Cristo, Dio ha donato agli uomini la libertà di scelta e chiede loro di esercitarla responsabilmente».

<sup>55</sup> Cfr. G.R. WINSLOW, *Physician-Assisted Suicide: An Adventist Perspective*, cit., 159.

<sup>56</sup> Cfr. *A Statement of Consensus on Care for the Dying* (2013), cit., n. 3.

<sup>57</sup> *Guidelines on Abortion, Principles for a Christian View of Human Life* (1992), trad. it. *Aborto, Principi di una concezione cristiana della vita*, in Dipartimento delle Comunicazioni della Conferenza Generale della Chiesa cristiana avventista del 7° giorno (a cura di), *op. cit.*, 11, 112: «È bene che le decisioni riguardanti la vita, la sua origine fino al suo epilogo, siano prese in un contesto di sane relazioni familiari con il sostegno della comunità di fede (Es 20:12; Ef 5:6)». Nell'ambito delle sue strutture sanitarie, la Chiesa avventista «prevede anche una assistenza attenta al paziente in fase terminale e ai suoi familiari» (*Istituzioni sanitarie, principi operativi*, cit., 62).

<sup>58</sup> *A Statement of Consensus on Care for the Dying* (2013), cit., n. 3.

<sup>59</sup> *Dichiarazione sulle cure ai malati terminali*, cit., n. 3.

<sup>60</sup> *Ivi*, n. 4.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

to avviene, ad esempio, nella Chiesa cattolica<sup>63</sup>, per la Chiesa avventista è valido il concetto per il quale una persona deve essere curata con ogni possibile mezzo “ordinario”, ma non necessariamente con mezzi “straordinari”<sup>64</sup>, anche se non è detto che le due categorie abbiano in entrambe le confessioni lo stesso significato e la stessa latitudine<sup>65</sup>. Si deve però a questo proposito evidenziare che, dall’epoca in cui la dichiarazione sulle cure dei morenti è stata approvata ad oggi, vi è stato uno spostamento della Chiesa avventista verso posizioni più conservatrici. Questo si può notare, ad esempio, proprio nel caso della definizione di cosa debba essere considerato come “mezzo ordinario”. In effetti, come abbiamo già evidenziato, nell’edizione del 1992 del documento che stiamo esaminando si riteneva che la locuzione “eutanasia passiva” fosse impropriamente utilizzata se riferita «all’interruzione o al rifiuto degli interventi clinici, che prolungano artificialmente la vita, per consentire al malato di morire naturalmente»<sup>66</sup>. Tuttavia, il pastore e teologo avventista Calvin B. Rock, nell’*Handbook of Seventh-day Adventist Theology*, pubblicato nel 2000, ha incluso nella definizione di eutanasia anche «la negazione dei sistemi di nutrimento o di supporto vitale ai malati terminali»<sup>67</sup>, aggiungendo che «queste aberrazioni non possono essere accettate all’interno della famiglia»<sup>68</sup>. Questo spostamento si nota anche nella chiusa del punto 4. Nella versione del 1992 si affermava che «Ogni decisione deve essere presa in armonia con le leggi vigenti»<sup>69</sup>. Nella versione del 2013 invece questa frase è stata sostituita dalla seguente: «Ogni decisione deve essere presa in armonia con i principi divini riguardanti la santità della vita»<sup>70</sup>.

Nel quinto punto si tratta del limite riguardante la sospensione di «un trattamento medico che aumenta solo la sofferenza dilazionando il momento della morte»: «gli Avventisti del 7° Giorno non sono favorevoli alla “morte inferta per pietà” o a offrire assistenza al suicida»<sup>71</sup> e «si oppongono al togliere intenzionalmente la vita a una persona sofferente o morente»<sup>72</sup>.

Nel sesto punto si precisa che l’obiettivo del *prendersi cura* laddove non vi è più *cura* dovrebbe essere quello di dare sollievo dal dolore nel massimo grado possibile: «la compassione cristiana ha come obiettivo di alleviare la sofferenza (Matteo 25:34-40; Luca 10:29-37). È compito dei cristiani occuparsi dei malati terminali, alleviare le loro sofferenze per quanto possibile. Quando è evidente che l’intervento medico non contribuirà alla guarigione del paziente, l’obiettivo principale delle cure sarà quello di alleviare la sofferenza»<sup>73</sup>.

<sup>63</sup> Cfr. ad esempio, GIOVANNI PAOLO II, Lettera enciclica *Evangelium vitae*, 1995, 65, [https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/it/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_25031995\\_evangelium-vitae.html](https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/it/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html) (ultima consultazione il 09/11/2022).

<sup>64</sup> Cfr. R. BRUINSMA, *op. cit.*, 94.

<sup>65</sup> Ad esempio, *Hope Media* ha messo in onda diverse trasmissioni sostanzialmente simpatetiche nei confronti della decisione della Cassazione che autorizzava la cessazione dell’alimentazione forzata di Eluana Englaro. Cfr. [https://hopemedi.it/?sfid=97753&sf\\_s=enqlaro](https://hopemedi.it/?sfid=97753&sf_s=enqlaro) (ultima consultazione il 15/01/23).

<sup>66</sup> *Dichiarazione sulle cure ai malati terminali*, cit., n. 2.

<sup>67</sup> C.B. ROCK, *Marriage and Family*, in R. DEDEREN (ed.), *Handbook of Seventh-day Adventist Theology*, Hagerstown (MD), 2000, 741.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> *Dichiarazione sulle cure ai malati terminali*, cit., n. 4.

<sup>70</sup> *A Statement of Consensus on Care for the Dying* (2013), cit., n. 4.

<sup>71</sup> *Dichiarazione sulle cure ai malati terminali*, cit., n. 5.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> *Ivi*, n. 6.

Nel settimo e ultimo punto si affronta il tema della protezione dovuta alle “persone vulnerabili e non autosufficienti”, categoria che include i malati terminali. Questi ultimi devono essere trattati «con rispetto, dignità e senza discriminazioni»<sup>74</sup>, mentre «[l]e cure dovrebbero essere accordate secondo i loro desideri e in base ai bisogni spirituali e fisici anziché in base allo status sociale»<sup>75</sup>.

#### 4. Il fine vita e la sofferenza

Tra i vari punti che il documento avventista sulla cura dei morenti affronta vi è quello della sofferenza umana:

«Mentre attendono il ritorno di Gesù, i cristiani possono essere chiamati a prendersi cura dei morenti e ad affrontare personalmente la propria stessa morte. Il dolore e la sofferenza affliggono ogni vita umana. Traumi fisici, mentali ed emotivi sono universali. *Tuttavia, la sofferenza umana non ha alcun valore espiatorio o meritorio.* La Bibbia insegna che nessuna quantità o intensità della sofferenza umana può espiare per il peccato. Solo la sofferenza di Gesù Cristo ha tale capacità. La Scrittura chiama i cristiani a non disperare nelle afflizioni, esortandoli a imparare l’obbedienza (Ebrei 5:7-8) e la paziente sopportazione nelle tribolazioni (Romani 5:3, Giacomo 1:2-4; 5:10-11)» [corsivo aggiunto]<sup>76</sup>.

Il tema della sofferenza umana è approcciato nella prospettiva posta dalle grandi parole d’ordine della Riforma, i c.d. *Sola*<sup>77</sup>. In questo caso, sono più immediatamente richiamabili il *Sola Gratia* e il *Solus Christus*, per i quali l’essere giustificati di fronte a Dio è un dono gratuito, di cui l’uomo è sempre immeritevole, ottenuto mediante Gesù Cristo e il suo libero donarsi.

Le conseguenze di tale posizione teologica sono vaste. Basti qui evidenziarne alcune: il dolore e la sofferenza, per quanto possano essere vissute con maggior serenità nella fede in Dio, non possono essere considerati come aventi valore redentivo o meritorio agli occhi di Dio<sup>78</sup>, e neppure lo possono essere i dolori e le sofferenze patite da altri che non siano Gesù Cristo stesso<sup>79</sup>. Per la Chiesa avventista in particolare, il dolore e la sofferenza sono una gravissima alterazione della creazione divina, che prevedeva invece un’esistenza priva di tali fardelli: «Tutti coloro che hanno scelto la Bibbia come loro guida sanno che, dopo il peccato, la morte fa parte della condizione umana (Genesi 2:17; Romani 5; Ebrei 9:27)»<sup>80</sup>.

<sup>74</sup> *Dichiarazione sulle cure ai malati terminali*, cit., n. 7.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> *Ivi*, secondo capoverso.

<sup>77</sup> *Sola Scriptura, Sola Fide, Sola Gratia, Solus Christus, Soli Deo Gloria*.

<sup>78</sup> *Aborto, Principi di una concezione cristiana della vita*, cit., 111: «La vita ha valore agli occhi di Dio non per i meriti degli uomini, ma perché egli li ha creati e concedere loro il suo amore redentore [...]».

<sup>79</sup> Gli avventisti non credono nell’intercessione dei santi o della Vergine Maria, sia perché, secondo il *Solus Christus* protestante, solo i meriti di Cristo hanno un valore salvifico trasmissibile ad altri, sia perché per la fede avventista con la morte gli esseri umani cessano di essere presenti a sé stessi e non vi è un luogo fisico o spirituale in cui l’anima va a soggiornare dal quale potrebbe intercedere: «“Il salario del peccato è la morte”. Dio, però, che solo è immortale, darà la vita eterna ai redenti. Fino a quel giorno la morte è una condizione di assoluta incoscienza per tutti» (*Dottrine fondamentali della Chiesa avventista del settimo giorno*, 26, *La morte e la resurrezione*, <https://chiesaavventista.it/punti-dottrinali/26-la-morte-e-la-risurrezione/> (ultima consultazione il 09/11/2022).

<sup>80</sup> *Dichiarazione sulle cure ai malati terminali*, cit., primo capoverso.

Questo approccio al dolore e alla sofferenza è influenzato anche dalla concezione avventista della natura umana:

«la persona umana è di natura non dualistica [...]. La vita materiale come creazione di Dio è buona e dovrebbe essere migliorata e celebrata con ogni mezzo appropriato. *Dio vuole che l'esistenza fisica delle persone sia una benedizione per le loro vite spirituali e Dio non provoca o si crogiola nella sofferenza fisica umana.* Sebbene la scienza moderna delinea gli elementi della persona umana come psicologici, fisiologici, spirituali e sociali, gli avventisti del settimo giorno cercano di trovare modi per integrare e armonizzare questi elementi» [corsivo aggiunto]<sup>81</sup>.

La Chiesa avventista pone quindi l'enfasi sul Secondo Avvento di Gesù Cristo quale unico evento risolutore del problema del male e della sofferenza nel mondo. Nell'attesa della *parusia* e del pieno stabilimento del Regno di Dio, i cristiani non devono rimanere indifferenti alle sofferenze, ma, come veri seguaci del Cristo e testimoni del Regno che viene, sono invece chiamati a prestare le loro cure ai loro consimili dolenti: «la Bibbia testimonia anche della potenza vittoriosa di Gesù Cristo (Giovanni 16:33) e insegna che il servizio in favore dell'umanità sofferente è un importante dovere cristiano (Matteo 25:34-40). Questo era l'esempio e l'insegnamento di Gesù (Matteo 9:35; Luca 10:34-36), e questa è la Sua volontà per noi (Luca 10:37). I cristiani attendono con trepidazione al giorno in cui Dio metterà fine alla sofferenza, per sempre (Apocalisse 21:4)»<sup>82</sup>.

Altri riferimenti del medesimo tenore si possono trovare in altri documenti avventisti, ad esempio in quelli sulla clonazione: «*Alleviare le sofferenze dell'uomo.* È responsabilità cristiana prevenire la sofferenza e preservare la qualità della vita (At 10:38; Lc 9:2)»<sup>83</sup>. «*Alleviare le sofferenze e preservare la vita.* La Bibbia descrive un Dio costantemente preoccupato della salute, del benessere e della guarigione delle sue creature (Prv 3:1-8; Sal 103:2,3; Mt 10:29-31; 11:4,5; At 10:38; Gv 10:10). Egli ci ordina esplicitamente di proseguire il suo ministero di guarigione (Mt 10:1; Lc 9:2)»<sup>84</sup>.

Alcuni di questi riferimenti sono specificamente destinati agli operatori sanitari, che nell'alleviare le sofferenze hanno il privilegio di collaborare con Dio nella sua opera: «La sofferenza umana di fronte al male è profondamente preoccupante per gli avventisti del settimo giorno. Essi credono che Satana sia la causa della sofferenza umana. Dio, d'altra parte, è colui che fa emergere tutte le cose buone nonostante la presenza del male e della sofferenza. Dio non è mai la causa della sofferenza umana. Dio è sempre colui che solleva le persone dalla sofferenza, sia attraverso la sua divina amorevole presenza, sia attraverso la presenza che gli infermieri forniscono al capezzale»<sup>85</sup>.

<sup>81</sup> E. JOHNSTON TAYLOR, M.F. CARR, *Nursing Ethics in the Seventh-day Adventist Religious Tradition*, in *Nursing Ethics*, 6, 2009, 711.

<sup>82</sup> *Dichiarazione sulle cure ai malati terminali*, cit., secondo capoverso.

<sup>83</sup> *Clonazione umana, considerazioni etiche*, cit., 26, n. 3.

<sup>84</sup> *Human Gene Therapy* (2000), *Biblical Principles*, trad. it. *Terapia genica nell'uomo*, Principi biblici, 1, in Dipartimento delle Comunicazioni della Conferenza Generale della Chiesa cristiana avventista del 7° giorno (a cura di), *op. cit.*, 101.

<sup>85</sup> E. JOHNSTON TAYLOR, M.F. CARR, *Nursing Ethics in the Seventh-day Adventist Religious Tradition*, cit., 713.

## 5. Un case study: la Chiesa avventista e il suicidio assistito in Oregon

Come abbiamo visto, la Chiesa avventista non supporta il suicidio assistito. Questa posizione però non necessariamente si riverbera in precise iniziative pubbliche o di *lobbying*<sup>86</sup> per prevenire la promulgazione di leggi che regolamentino le situazioni in cui il suicidio assistito è consentito o per chiedere la rimozione o la revisione in senso restrittivo di quelle già entrate in vigore. Per la sua comprensione separatista dei rapporti Chiesa-Stato<sup>87</sup>, la Chiesa avventista si è storicamente sentita più a suo agio quando ha potuto evitare di prendere una posizione di aperta ostilità di fronte a normative statali che consentano comportamenti da essa non condivisi sul piano etico. Questo è maggiormente vero per quanto riguarda le tematiche bioetiche per le quali la Chiesa considera non vi sia un *proof text* biblico che regoli la questione.

Così, più spesso essa ha richiesto l'inclusione nella legislazione di disposizioni che salvaguardassero la libertà di coscienza di tutte le parti coinvolte: «Una chiesa può adottare una dichiarazione sulla cura del morente intesa come una guida che deve essere presa sul serio dalle istituzioni possedute e gestite dalla chiesa e considerata attentamente dai singoli membri, senza per questo nutrire la speranza che la dichiarazione venga promulgata dal legislatore o governi le pratiche presso le istituzioni secolari o quelle gestite da altre comunità di fede»<sup>88</sup>.

A seguito dell'approvazione in Oregon<sup>89</sup> del *Death with Dignity Act 1997*, l'*Adventist Medical Center* di Portland (OR), ospedale facente parte dell'*Adventist Health*<sup>90</sup>, ha aderito alla *Task Force to Improve*

<sup>86</sup> Molto dipende dalla sensibilità locale e dalla sintesi che viene fatta dall'articolazione territoriale avventista in loco tra una «teologia affermativa», identitaria e «non negoziabile», e una «teologia contestuale», maggiormente in ascolto del contesto sociale e culturale all'interno del quale vivono le persone al cui servizio si pone l'articolazione stessa. Cfr. H. GUTIERREZ, *Euthanasia and Christian Identity: The Dutch Way. On European Adventism II*, in *Spectrum*, online edition, May 14, 2015, <https://conversation.spectrummagazine.org/t/euthanasia-and-christian-identity-the-dutch-way-on-european-adventism-ii/8335> (ultima consultazione il 09/11/2022). Ad esempio, nel caso dell'introduzione sotto varie forme del riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali, si sono evidenziati diversi approcci. Nel 2000 i dirigenti avventisti del Vermont hanno protestato contro la decisione del Parlamento e del Governatore del loro Stato che avevano istituito le unioni civili per le coppie omosessuali. Sempre nel 2000, lo stesso ha fatto la Chiesa avventista dei Paesi Bassi, anche se con meno enfasi, di fronte alla decisione del Parlamento di estendere il regime matrimoniale alle coppie omosessuali. Nel 2006 la Chiesa avventista sudafricana ha reagito all'introduzione delle unioni omosessuali riaffermando la legittimità della Costituzione che proibisce discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e allo stesso tempo rivendicando il diritto dei ministri di culto avventisti di essere esentati dall'obbligo di celebrazione di dette unioni. Cfr. T. RIMOLDI, *Coppie di fatto*, in *Il Messaggero Avventista*, 4, 2007, 9-11.

<sup>87</sup> *Church-State Relations* (2002), trad. it. *Chiesa e Stato, relazione tra*, in Dipartimento delle Comunicazioni della Conferenza Generale della Chiesa cristiana avventista del 7° giorno (a cura di), *op. cit.*, 140: «In quanto cristiani, gli Avventisti del 7° Giorno riconoscono il ruolo legittimo di un governo organizzato nella società. Sosteniamo il diritto dello Stato a legiferare su materie secolari e appoggiamo il rispetto di tali leggi. Quando siamo confrontati con una situazione nella quale la legge del paese contrasta con i mandati biblici, comunque, concordiamo con l'ingiunzione biblica per cui bisogna ubbidire a Dio anziché agli uomini».

<sup>88</sup> G.R. WINSLOW, *Physician-Assisted Suicide: An Adventist Perspective*, cit., 157.

<sup>89</sup> L'Oregon ha una lunga tradizione di attenzione alle tematiche del fine vita. Nel 1972, Tom McCall, governatore dello Stato, sollevò il tema della legalizzazione dell'eutanasia attiva, promuovendo sul tema una conferenza con la partecipazione di medici, avvocati, teologi, sociologi e leader del governo. Cfr. E. CAMERON, *op. cit.*, 4.

<sup>90</sup> L'*Adventist Health* è un *nonprofit network* con varie strutture sanitarie (ospedali, cliniche, agenzia di cura domiciliare, *hospice*, case di riposo) sulla costa occidentale degli Stati Uniti e nelle Hawaii. Esso aderisce alla

*the Care of Terminally-Ill Oregonians*<sup>91</sup>, contribuendo alla redazione di due documenti, *The Final Months of Life: A Guide to Oregon Resources* (1997) e *The Oregon Death With Dignity Act: A Guidebook for Health Care Professionals* (1998)<sup>92</sup>.

In particolare, in quest'ultimo documento il terzo paragrafo, dal titolo *Conscientious Practice*, ricorda come, in base al *Death with Dignity Act 1997*, la tutela della coerenza coscienziale si debba garantire sia a coloro che accedono alle pratiche del "morire con dignità", sia a coloro che non intendono accedervi, nel rispetto dei profondi valori relativi al fine vita di cui tutti gli individui sono portatori. Il *Death With Dignity Act 1997* afferma inequivocabilmente che nessun operatore sanitario è soggetto ad alcun obbligo in relazione alla fornitura ad un paziente dei farmaci per porre fine alla sua esistenza in maniera umana e dignitosa. Anche le istituzioni sanitarie hanno il diritto di non avviare le suddette procedure, avendo cura di informare pazienti e operatori sanitari (anche in fase di assunzione) delle loro *policy*.

Dal canto suo, la *Oregon Conference of Seventh-day Adventists* ha incluso nelle sue *policy* quanto segue: «Gli avventisti del settimo giorno credono che ogni vita umana sia un dono di Dio e pertanto sacra. Coloro che si trovano ad affrontare la fine della vita meritano di essere rispettati e confortati. Uno degli obiettivi primari dei ministri avventisti è di offrire cura pastorale in ogni epoca della vita, inclusa la morte. Mentre essi non devono sostenere o partecipare nell'atto legale di suicidio assistito, devono fare ogni ragionevole sforzo per offrire compassione e preservare la fiducia»<sup>93</sup>.

A seguito dell'approvazione in altri Stati della federazione statunitense di legislazioni simili a quella dell'Oregon, le strutture sanitarie avventiste hanno reso nota la loro decisione di non implementare le pratiche consentite dalla legislazione sulla "morte con dignità". Così, ad esempio, è avvenuto nello Stato di Washington<sup>94</sup>, dopo l'approvazione del *Washington Death with Dignity Act 2008*<sup>95</sup>, e in Cali-

tradizione e ai valori avventisti. Cfr. <https://www.adventisthealth.org> (ultima consultazione il 06/11/2022). L'*Adventist Health*, insieme con l'*Adventist Health System*, il *Kettering Health Network*, l'*Adventist HealthCare* e la *Loma Linda University*, costituiscono il secondo più grande sistema sanitario confessionale degli Stati Uniti d'America. Cfr. *Verso un'identità etica condivisa nella sanità avventista*, 20 giugno 2017, <https://hopedia.it/verso-unidentit-etica-condivisa-nella-sanit-avventista-47933/?series=37918> (ultima consultazione il 09/11/2022).

<sup>91</sup> Il gruppo si è formato nel 1995 per iniziativa dell'*Oregon Health Sciences University's Center for Ethics in Health Care* e include organizzazioni professionali sanitarie, agenzie statali e strutture sanitarie dell'Oregon. La *Task Force* si propone di fornire materiale informativo e di riflessione per gli operatori, i legislatori e ogni altra persona coinvolta nella tematica. Essa assume una posizione di neutralità nel dibattito sul suicidio medicalmente assistito. Cfr. M.J. FIELD, C.K. CASSEL (eds.), *Approaching Death: Improving Care at the End of Life*, Washington D.C., 1997, 351. La *Task Force*, inoltre, ha collaborato con le autorità sanitarie dell'Oregon nelle attività di raccolta dati relative all'implementazione della legge. Cfr. <https://bit.ly/3ScZZuo> (ultima consultazione il 09/11/2022).

<sup>92</sup> THE TASK FORCE TO IMPROVE THE CARE OF TERMINALLY-ILL OREGONIANS, *The Oregon Death with Dignity Act: A Guidebook for Health Care Professionals*, [https://www.wsha.org/wp-content/uploads/Death-with-Dignity\\_Death-with-dignity-guidebook.pdf](https://www.wsha.org/wp-content/uploads/Death-with-Dignity_Death-with-dignity-guidebook.pdf) (ultima consultazione il 09/11/2022).

<sup>93</sup> *Policy Book of the Oregon Conference of Seventh-day Adventists*, 1970, revised June 20, 2002, ora in S.A. LEMERT, *Adventist Eschatology and Assisted Suicide for the Dying*, in *Spectrum*, 2, 2005, 28.

<sup>94</sup> *WWGH Will Not Participate in the Death with Dignity Act*, May 10, 2009, <https://www.adventisthealth.org/blog/2009/march/wwgh-will-not-participate-in-the-death-with-dign/> (ultima consultazione il 09/11/2022).

<sup>95</sup> La legge è stata approvata il 4 novembre 2008 ed è entrata in vigore il 5 marzo 2009.

fornia, dopo l'approvazione del *California End of Life Option Act 2015*<sup>96</sup>. In quest'ultimo caso, l'*Adventist Health* ha dichiarato che non avrebbe adottate le pratiche consentite dalla normativa sulla "morte con dignità" in California, così come in qualsiasi altro Stato in cui vigono disposizioni simili<sup>97</sup>.

## 6. Brevi conclusioni

Nelle questioni bioetiche la Chiesa avventista, pur non rinunciando a produrre delle linee guida aventi come fine quello di aiutare i propri fedeli e le proprie istituzioni a prendere decisioni responsabili ed eticamente e religiosamente coerenti, riconosce la libertà costitutiva della persona umana, quale inalienabile dono divino: «Dio dona agli uomini la libertà di scelta, anche se comporta il rischio di arrivare ad abusi e a conseguenze tragiche. La sua volontà di non costringere l'uomo all'ubbidienza rese necessario il sacrificio di suo figlio. Dio ci chiede di usare i suoi doni secondo la sua volontà e valuterà il nostro operato alla fine dei tempi»<sup>98</sup>.

Dal riconoscimento e apprezzamento di questa libertà deriva la possibilità di convivere con normative come quelle statunitensi sul "morire con dignità" o quella prefigurata dalla Corte costituzionale italiana sull'aiuto al suicidio<sup>99</sup> che, laddove salvaguardino l'effettiva possibilità di scelta, senza costrizioni e con consapevolezza<sup>100</sup>, e garantiscano la fornitura senza reticenze delle terapie del dolore e delle cure palliative del caso<sup>101</sup>, diventano espressione culminante delle libertà di autodeterminazione e di pensiero, coscienza e religione. Per dirla con il giudice S.R. Reinhardt, della *United States Court of Appeals, Ninth Circuit*, ampiamente citato da James W. Walters, uno dei più noti bioeticisti avventisti, «coloro che credono fermamente che la morte debba venire senza l'assistenza del medico sono liberi di seguire quel credo, siano essi medici o pazienti. Non sono liberi, tuttavia, di imporre le loro opinioni, le loro convinzioni religiose o le loro filosofie su tutti gli altri membri di una società de-

<sup>96</sup> La legge è stata firmata dal governatore dello Stato il 5 ottobre 2015 ed è entrata in vigore il 9 giugno 2016.

<sup>97</sup> Cfr. <https://www.adventisthealth.org/sonora/patient-resources/health-care-decisions/end-of-life-option-act/> (ultima consultazione il 06/11/2022).

<sup>98</sup> *Aborto, Principi di una concezione cristiana della vita*, cit., 112.

<sup>99</sup> Cfr. Corte costituzionale, Ordinanza del 24 ottobre 2018, 207; Corte costituzionale, Sentenza 25 settembre 2019, n. 242.

<sup>100</sup> A garanzia della effettiva libertà e autonomia del processo di formazione del proprio convincimento, onde «evitare rischi di abuso nei confronti di persone specialmente vulnerabili», la Consulta ha ritenuto necessario ribadire che tali condizioni debbano essere verificate da una struttura pubblica del Servizio Sanitario Nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente, in ciò riprendendo la normativa relativa al consenso informato, alle cure palliative e alla sedazione profonda contenuta negli artt. 1 e 2 della Legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*. Cfr. Corte costituzionale, Sentenza 25 settembre 2019, n. 242, Considerato in diritto, n. 8.

<sup>101</sup> La Consulta, nel sottolineare l'esigenza di prevedere opportune cautele, ha evidenziato la necessità che al paziente siano offerte concrete possibilità di accesso a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, per non cadere «nel paradosso di non punire l'aiuto al suicidio senza avere prima assicurato l'effettività del diritto alle cure palliative» (Corte costituzionale, Sentenza 25 novembre 2019, n. 242, Considerato in diritto, n. 2.4).

mocratica e di costringere coloro i cui valori differiscono con i loro a morire morti dolorose, protratte e angoscianti»<sup>102</sup>.

---

<sup>102</sup> 79 F. 3d 790 – *Compassion in Dying v. State of Washington*, May 28, 1996, cit. in S.I. FRASER, J.W. WALTERS, *Death – Whose Decision? Euthanasia and the Terminally Ill*, in *Journal of Medical Ethics*, 26, 2000, 124.

## Testimoni di Geova e bioetica, diritto alle cure e libertà religiosa

Laura Mattei\*

JEHOVAH'S WITNESSES AND BIOETHICS, RIGHT TO TREATMENT AND RELIGIOUS FREEDOM

ABSTRACT: The Jehovah's Witnesses' refusal of blood transfusions has traversed legal and scientific culture for several decades, leaving an indelible mark. The analysis starts from the religious motivations for such a choice, and examines the propulsive stimulus offered to the judiciary to cover the regulatory gap with its decisions, to the legislature to pass the law on informed consent, and to physicians driven to develop new techniques and to apply bloodless medicine more and more widely. The article focuses on the particular use of advance directives in a pro-life sense, the important results achieved and the difficulties that still exist in the application of the patient's right.

KEYWORDS: Religious freedom; Jehovah's Witnesses; blood transfusion; informed consent; advanced directives

ABSTRACT: Il rifiuto dei Testimoni di Geova di sottoporsi alle trasfusioni di sangue ha attraversato la cultura giuridica e scientifica per diversi decenni, lasciando un segno indelebile. La presente analisi parte dalle motivazioni religiose di tale scelta ed esamina lo stimolo propulsivo offerto alla magistratura per coprire il vuoto normativo con le sue decisioni, al legislatore per approvare la legge sul consenso informato, e ai medici motivati a sviluppare nuove tecniche e ad applicare sempre più diffusamente la "medicina senza sangue". L'articolo si concentra sull'uso particolare delle direttive anticipate di trattamento in senso pro-vita, sugli importanti risultati raggiunti e sulle difficoltà che ancora esistono nell'applicazione del diritto del paziente.

PAROLE CHIAVE: Libertà religiosa; Testimoni di Geova; trasfusione di sangue; consenso informato; disposizioni anticipate di trattamento

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Premessa. La responsabilità individuale nelle scelte di bioetica – 3. Primo profilo: le motivazioni religiose del rifiuto delle emotrasfusioni – 3.1. Cosa rifiutano esattamente i Testimoni di Geova? – 4. Secondo profilo: gli aspetti giuridici implicati nel rifiuto delle emotrasfusioni – 4.1. Il rifiuto espresso dai minori e per i minori: rispetto e limiti dell'autorità genitoriale – 5. Terzo Profilo: le nuove norme sul consenso informato e la tutela del rifiuto – 5.1. Le D.A.T.: disposizioni anticipate di trattamento e il particolare utilizzo pro-vita – 5.2. La difficile affermazione delle D.A.T.: Il caso del Comune di Napoli – 6. Quarto Profilo: Il rapporto

\*Avvocato del Foro di Roma, patrocinante innanzi alle Magistrature Superiori. Mail: [avvocato.lauramattei@gmail.com](mailto:avvocato.lauramattei@gmail.com). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

di collaborazione e stimolo fornito alla scienza medica – 6.1. I Comitati di Assistenza Sanitaria (C.A.S.) – 6.2. I progressi della medicina e il rapporto di fiducia tra medico e paziente – 7. Brevi conclusioni.

## 1. Introduzione

**L**e decisioni che attengono ai valori etici coinvolgono le confessioni religiose e i loro fedeli anche in ambito sanitario. L'obiettivo di questa trattazione è quello di illustrare la posizione dei Testimoni di Geova per quanto riguarda la scelta delle cure mediche ed esaminarla nei suoi vari profili di bioetica in relazione alle novità del diritto, alla giurisprudenza più recente e alle nuove tecniche e strategie mediche offerte dalla scienza moderna per andare incontro ai dilemmi di natura etica e religiosa. L'esame è frutto diretto della mia esperienza professionale. Come avvocato mi sono trovata più volte nel corso degli anni ad assistere uomini e donne Testimoni di Geova nella difesa del loro diritto all'autodeterminazione rispetto alle cure mediche, ossia nel risolto pratico di tale diritto riconosciuto dall'ordinamento: decidere in piena coscienza e libertà come farsi curare e a quale trattamento sanitario sottoporsi. Il presente contributo si articola sostanzialmente su quattro profili. Nel primo si cercherà di comprendere le motivazioni religiose alla base della posizione dei Testimoni di Geova su questo tema; il secondo analizzerà alcune tra le più recenti pronunce giurisprudenziali di riferimento su casi che hanno coinvolto direttamente i Testimoni di Geova. L'obiettivo sarà appurare quali sono i risultati raggiunti e se vi siano ancora dei nodi irrisolti per i giuristi. Nel terzo punto esamineremo brevemente le nuove norme che regolano la materia del consenso informato e le Disposizioni Anticipate di Trattamento (D.A.T.), soffermandoci ad esaminare il particolare uso che ne viene fatto dai Testimoni di Geova, che è forse sorprendente per i suoi profili peculiari, che possiamo definire "pro-vita", e dunque ben più ampio rispetto al modo in cui viene inteso e applicato in generale. Nell'ultimo punto andremo a scoprire, infine, quale sia il rapporto che si è instaurato negli anni tra la religione dei Testimoni di Geova e la scienza medica. Vedremo cioè se vi sia realmente una conflittualità tra le due posizioni, che si presumono l'una mossa dalla fede e l'altra dalla ragione, o se vi sia invece un diverso rapporto di collaborazione e fiducia.

## 2. Premessa. La responsabilità individuale delle scelte di bioetica

Nessuno è immune da pregiudizi e stereotipi e dalle distorsioni che questi generano nella nostra percezione e visione della realtà. Purtroppo spesso ci si affida a valutazioni spicce, utili per ovviare alla mancanza di una conoscenza diretta e approfondita, e forse più faticosa, della realtà. Si tratta di schemi mentali rigidi e durevoli, tanto più forti se sono condivisi dalla maggioranza. Le immagini mentali evocate dal termine *Testimone di Geova* sono sostanzialmente due stereotipi: la prima è quella di chi va in giro a citofonare nelle case e a parlare agli altri della Bibbia, la seconda è quella del rifiuto delle emotrasfusioni che probabilmente crea un po' più di allarmismo se non, a volte, una vera ostilità. Al cittadino medio il rifiuto delle emotrasfusioni sembra, per logica o senso comune, una scelta assolutamente irrazionale, integralista, una sorta di disprezzo nei confronti della vita e di rifiuto totale delle cure mediche. Tuttavia, se la prima immagine mentale (cioè l'attività di evangelizzazione per le strade e porta a porta) corrisponde al vero, perché effettivamente i Testimoni di Geova ritengono che "diffondere la Parola di Dio" sia un comando biblico da rispettare e mettere in pratica,

non è altrettanto vero che i Testimoni di Geova non tengano alla vita e non si sottopongano alle cure mediche, ed è quindi ingiustificato considerare il rifiuto delle emotrasfusioni come una posizione retrograda, contraria alla vita o alla scienza in generale e alla medicina in particolare. I Testimoni di Geova ritengono che, proprio come l'attività di evangelizzazione biblica, anche il rifiuto del sangue sia un comando biblico da dover rispettare. Corrisponde al vero che il rifiuto delle emotrasfusioni sia una scelta pericolosa e di rifiuto della vita e che i fedeli preferiscano quindi lasciarsi morire? I luoghi comuni, in questo caso come in ogni situazione nella vita, si pongono dinanzi a noi come delle verità già confezionate e offrono risposte chiare e pronte all'uso, ma meritano di essere analizzati e approfonditi, ed eventualmente smentiti, perché in realtà non fanno altro che chiudere la strada alla conoscenza effettiva di un fenomeno. Consideriamo qual è la posizione dei Testimoni di Geova in merito alle cure mediche. Innanzitutto, va chiarito che non si nasce Testimoni di Geova, diversamente da ciò che generalmente avviene per i fedeli appartenenti alla maggioranza delle altre religioni. Quella di diventare Testimone di Geova è una scelta personale e consapevole, presa solo dopo avere fatto uno studio approfondito della Bibbia. La scelta dunque non nasce da un misterioso trasporto mistico ma da studio e conoscenza personale e altro non è che la decisione di uniformare la propria vita ai principi biblici<sup>1</sup>. La concretizzazione ed esternazione di tale scelta avviene con il battesimo pubblico mediante immersione completa nell'acqua (seguendo la pratica seguita dai cristiani del I sec.)<sup>2</sup>, con il quale si diventa ufficialmente Testimoni di Geova. Il battesimo non è praticato agli infanti, poiché un infante non potrebbe studiare, comprendere e quindi scegliere consapevolmente di uniformarsi ai principi biblici. Per potersi battezzare e divenire Testimoni di Geova è quindi necessario essere adulti o quantomeno minori c.d. *maturi*. Le scelte di ogni singolo Testimone di seguire le dottrine e vivere secondo i principi insegnati dalla confessione nascono da un'adesione personale e non da un'imposizione/tradizione familiare. Può anche capitare che la religione sia familiare, condivisa dall'intera famiglia o da un genitore, ma sostanzialmente quella dei Testimoni di Geova è una religione dell'individuo, che con la propria coscienza e razionalità effettua delle scelte personalissime. Il principio cardine che guida queste scelte è che la vita è «sacra»<sup>3</sup>, cioè proviene da Dio, come affermano anche altre confessioni religiose e deve essere preservata.

<sup>1</sup> R. DI MARZIO, *Essere Testimone di Geova. Vivere nel mondo senza farne parte*, in *The Journal of CESNUR*, supplemento 4, 6, 2020, 1-24. Disponibile anche sul sito [www.cesnur.net](http://www.cesnur.net).

<sup>2</sup> All'esponente "Battesimo (nella Bibbia)", la *New Catholic Encyclopedia*, 2, 59, riporta: «È evidente che nella Chiesa primitiva il battesimo avveniva per immersione».

<sup>3</sup> Il bene-vita assume una concezione di "sacralità" secondo una impostazione religiosa e morale delle varie confessioni che vi attribuiscono contenuti diversi in base ai propri dogmi. Tali concezioni condizionano inevitabilmente il credente nelle sue scelte, anche di natura sanitaria, attraverso le quali dispone di tale bene in armonia con il proprio credo. Ne consegue dunque una diversità di piani e valori rispetto al bene vita nella sua impostazione giuridica basata sui valori e i principi dello Stato. In questo contributo, basato su una lunga esperienza professionale diretta come legale di individui Testimoni di Geova ci limiteremo ad esaminare il diritto di rifiutare le emotrasfusioni e di avvalersi di terapie che non ricorrano all'uso del sangue. Tali scelte terapeutiche che attengono più strettamente al "bene-salute" sono oggi pienamente regolate in Italia e rientrano nelle normali opzioni mediche garantite al paziente. Non affronteremo invece i temi attinenti alla disponibilità del "bene-vita", quali l'eutanasia e il suicidio assistito, poiché estranei e contrari alla dottrina dei Testimoni di Geova, i quali avanzano esclusivamente istanze volte a essere curati nel miglior modo possibile e nel rispetto della loro fede.

La sacralità della vita ha anche una connotazione più pratica. Lo si comprende ad esempio dal rispetto che i Testimoni di Geova mostrano per la vita sin da quando essa è rappresentata solo da un embrione. Nel caso dei Testimoni di Geova non si pone, infatti, il problema del calcolo delle settimane o dell'individuazione del momento in cui il feto diventa una vita, per decidere se abortire o meno. Secondo la loro interpretazione della Bibbia, dal momento in cui si forma l'embrione si crea una vita, che in quanto tale è considerata sacra. Un passo della Bibbia – Ed. CEI 2008 – usato come riferimento per tale posizione è il Salmo 139 versetto 16 in cui viene detto: «Ancora informe mi hanno visto i tuoi occhi; erano tutti scritti nel tuo libro i giorni che furono fissati quando ancora non ne esisteva uno!»<sup>4</sup>. Gli insegnamenti della Bibbia tengono in alta considerazione la salute fisica, oltre che spirituale, la preservazione della stessa e in generale della vita. Pertanto i Testimoni di Geova decidono di tutelare la propria salute anche in modo preventivo adottando uno stile di vita sano e abitudini salutari, non facendo uso né di tabacco né di droghe, allo scopo di non contaminare in modo dannoso il proprio il corpo. Posta questa base, le scelte in merito alle terapie accettabili o meno attengono a decisioni e valutazioni individuali che vengono prese a seguito di riflessioni e considerazioni personali. La conoscenza della Bibbia influisce pertanto anche sulle decisioni riguardanti l'uso del sangue in campo medico. Si tratta anche in questo caso di una scelta individuale consapevole orientata dalle convinzioni religiose. Sul sito ufficiale dei Testimoni di Geova, [www.jw.org](http://www.jw.org), è disponibile una gran quantità di materiale di approfondimento sia di natura dottrinale che di carattere scientifico. Tra gli altri, in un video<sup>5</sup> sulle scelte mediche i Testimoni affermano: «Noi amiamo la vita. Quando sorge un problema di salute vogliamo curarci nel modo migliore. Vogliamo stare bene ma soprattutto vogliamo rispettare Dio». Questi sono dunque i principi che ispirano le scelte dei Testimoni di Geova. Preservare la vita è il tema centrale.

### 3. Primo profilo: le motivazioni religiose del rifiuto delle emotrasfusioni

Come nasce il rifiuto delle emotrasfusioni e in cosa si sostanzia? Il principio per cui il sangue è vita e dunque è sacro è espresso già nei libri della Genesi e del Levitico. Ad esempio in Levitico capitolo 17 versetti da 10 a 12 – Ed. CEI 2008 – è scritto «Ogni uomo, Israelita o straniero dimorante in mezzo a loro, che mangi di qualsiasi specie di sangue, contro di lui, che ha mangiato il sangue, io volgerò il mio volto e lo eliminerò dal suo popolo. Poiché la vita della carne è nel sangue. Perciò vi ho concesso di porlo sull'altare in espiazione per le vostre vite; perché il sangue espia, in quanto è la vita. Perciò ho

<sup>4</sup> Resa del versetto nella traduzione cattolica approvata dalla Conferenza Episcopale Italiana estratto dal sito <https://www.bibbiaedu.it/CEI2008/> (ultima consultazione 23/08/2023) Si confronti con «I tuoi occhi mi videro perfino quando ero un embrione; nel tuo libro ne erano scritte tutte le parti — pure i giorni in cui si sarebbero formate — ancor prima che ne esistesse una sola» secondo la resa della *Traduzione del Nuovo Mondo delle Sacre Scritture*, disponibile sul sito ufficiale dei Testimoni di Geova [www.jw.org](http://www.jw.org) (ultima consultazione 23/08/2023). Per un utile confronto con altre versioni diffuse nel mondo protestante ed evangelico si riporta di seguito anche la traduzione dello stesso passo da *La Nuova Riveduta* in continuità con la versione di G. LUZZI e di G. DIODATI: «I tuoi occhi videro la massa informe del mio corpo, e nel tuo libro erano tutti scritti i giorni che mi erano destinati, quando nessuno d'essi era sorto ancora» disponibile sul sito <https://www.bibleserver.com/> (ultima consultazione 23/08/2023).

<sup>5</sup> Video *Come prendere decisioni riguardo all'uso del sangue in campo medico*, disponibile sul sito [www.jw.org/biblioteca/video/La\\_Bibbia/Viveresecondoprincipibiblici](http://www.jw.org/biblioteca/video/La_Bibbia/Viveresecondoprincipibiblici) (ultima consultazione 23/08/2023).

detto agli Israeliti: Nessuno tra voi mangerà il sangue, neppure lo straniero che dimora fra voi mangerà sangue»<sup>6</sup> concetto ripreso in ultimo negli Atti degli Apostoli – Ed. CEI 2008 – al capitolo 15, versetti 28 e 29, che enuncia: «È parso bene, infatti, allo Spirito Santo e a noi, di non imporvi altro obbligo al di fuori di queste cose necessarie: astenersi dalle carni offerte agli idoli, dal sangue, dagli animali soffocati e dalle unioni illegittime. Farete cosa buona a stare lontani da queste cose. State bene!»<sup>7</sup>. Questa enunciazione di principio è stata il frutto del primo concilio apostolico nel 49 d.C., quando “le colonne” del Cristianesimo si riunirono a Gerusalemme per decidere quali fossero i dettami da seguire per definirsi “cristiani”: tra questi inclusero quello di astenersi dalle carni offerte agli idoli e dal sangue. I Testimoni di Geova si rifanno proprio al cristianesimo del I sec. quando i primi fedeli non accettavano di assumere in alcun modo il sangue. Lo si apprende da varie fonti storiche.

Ad esempio, alla fine del III sec. d.C. Eusebio di Cesarea riporta nella *Storia Ecclesiastica* che a Lione nel 177 d.C., più di cento anni dopo il Concilio di Gerusalemme, ai nemici religiosi che accusavano i cristiani di mangiare bambini, una donna di nome Biblide disse: «Come potrebbero mangiare bambini costoro cui è proibito persino di cibarsi del sangue di animali senza ragione? Quindi si confessò cristiana e fu annoverata nel numero dei martiri»<sup>8</sup>. Alla fine del II sec. Tertulliano, (apologeta e scrittore cristiano, ca.160-230 d.C.), nell’Apologeticum scrive: «Siete in errore verso i cristiani e dovrete arrossirne. Noi non abbiamo tra i nostri alimenti neppure il sangue degli animali e per questo ci aste-

<sup>6</sup> Resa del versetto nella traduzione cattolica approvata dalla Conferenza Episcopale Italiana estratto dal sito <https://www.bibbiaedu.it/CEI2008/> (ultima consultazione 23/08/2023). Si confronti con «Se un uomo della casa d’Israele o uno straniero che risiede tra voi mangia sangue di qualsiasi sorta, di sicuro volgerò la mia faccia contro quella persona che ha mangiato il sangue, e la stroncherò di mezzo al suo popolo. Infatti la vita della carne è nel sangue, e io l’ho destinato all’altare perché facciate espiazione per voi stessi, poiché è il sangue che fa espiazione mediante la vita che è in esso. Per questo motivo ho detto agli israeliti: “Nessuno di voi deve mangiare sangue, e nessuno straniero che risiede tra voi deve mangiare sangue”» dalla Traduzione del Nuovo Mondo delle Sacre Scritture, disponibile sul sito ufficiale dei Testimoni di Geova [www.jw.org](http://www.jw.org) utilizzata come traduzione di riferimento dai Testimoni di Geova (ultima consultazione 23/08/2023). Per un utile confronto con altre versioni diffuse nel mondo protestante ed evangelico si riporta di seguito anche la traduzione dello stesso passo da *La Nuova Riveduta* in continuità con la versione di G. LUZZI e di G. DIODATI: «Se un uomo della casa d’Israele, o uno degli stranieri che abitano in mezzo a loro, mangia qualsiasi genere di sangue, io volgerò la mia faccia contro la persona che avrà mangiato del sangue e la eliminerò dal mezzo del suo popolo. Poiché la vita della carne è nel sangue. Per questo vi ho ordinato di porlo sull’altare per fare l’espiazione per le vostre persone; perché il sangue è quello che fa l’espiazione, per mezzo della vita. Perciò ho detto ai figli d’Israele: “Nessuno tra voi mangerà del sangue; neppure lo straniero che abita fra voi mangerà del sangue”» disponibile sul sito <https://www.bibleserver.com/> (ultima consultazione 23/08/2023).

<sup>7</sup> Resa del versetto nella traduzione cattolica approvata dalla Conferenza Episcopale Italiana estratto dal sito <https://www.bibbiaedu.it/CEI2008/> (ultima consultazione 23/08/2023). Si confronti con «Infatti allo spirito santo e a noi è sembrato bene di non aggiungervi nessun altro peso, all’infuori di queste cose necessarie: astenersi dalle cose sacrificate agli idoli, dal sangue, da ciò che è strangolato e dall’immoralità sessuale. Se vi asterrete attentamente da queste cose, prospererete. Vi salutiamo» dalla *Traduzione del Nuovo Mondo delle Sacre Scritture*, disponibile sul sito ufficiale dei Testimoni di Geova [www.jw.org](http://www.jw.org) (ultima consultazione 23/08/2023) utilizzata come traduzione di riferimento dai Testimoni di Geova. Per un utile confronto con altre versioni diffuse nel mondo protestante ed evangelico si riporta di seguito anche la traduzione dello stesso passo da *La Nuova Riveduta* in continuità con la versione di G. LUZZI e di G. DIODATI: «Infatti è parso bene allo Spirito Santo e a noi di non imporvi alcun altro peso all’infuori di queste cose necessarie: che vi asteniate dalle cose sacrificate agli idoli, dal sangue, dalle cose soffocate e dalla fornicazione, farete bene a guardarvi da queste cose. State bene» disponibile sul sito <https://www.bibleserver.com/> (ultima consultazione 23/08/2023).

<sup>8</sup> E. DI CESAREA, *Storia ecclesiastica*, V, I, 26.

niamo anche dalla carne d'animali soffocati o morti da sé, per non essere in nessun modo contaminati dal sangue anche sepolto dentro le viscere, tanto è vero che per torturare i cristiani porgete loro anche dei sanguinacci, perché siete ben certi che sono un cibo a loro proibito e per suo mezzo voi volete traviarli»<sup>9</sup>. Minucio Felice, avvocato romano vissuto in un'epoca compresa tra il 160 e il 300 d.C., rimarcò lo stesso fatto scrivendo: «A noi non è lecito né di assistere né di venir a conoscenza di un omicidio, e tale è il nostro orrore del sangue umano, che neppure vorremmo assaggiare il sangue nei cibi degli animali commestibili»<sup>10</sup>.

È fatto storico documentato che agli albori del cristianesimo la prassi corrente per «smascherare» i cristiani o per indurli ad abiurare la fede era quella di chiedere loro di compiere una di queste due azioni come condizione per avere salva la vita: 1) offrire incenso all'imperatore; 2) bere sangue. I cristiani non accettavano di compiere nessuna delle due azioni: «gli incensi» rappresentavano l'adorazione che doveva essere rivolta solo ed esclusivamente a Dio, e offrire incenso all'imperatore era dunque inteso come un atto di idolatria; il sangue, rappresentando la vita sacra di una persona, doveva invece essere trattato secondo precise regole e non poteva essere mangiato o assunto nemmeno per motivi medici. È interessante, infatti, che i Romani facessero già un uso medico del sangue. Ce ne informa lo stesso Tertulliano che sempre nell'Apologetico riporta: «Dove mettete tutti quelli che durante uno spettacolo gladiatorio corrono a bere ingordamente, per curarsi il morbo comiziale (l'epilessia) col sangue ancor caldo sgorgante dalla strozza dei delinquenti sgozzati nell'arena?»<sup>11</sup>. Dunque i cristiani venivano posti innanzi a tale scelta in maniera artata, giacché si conosceva in anticipo quale sarebbe stata la loro posizione, e poi venivano brutalmente giustiziati usando tale rifiuto come «giustificazione». Ne abbiamo traccia nel racconto delle vite di quelli che oggi sono ancora ricordati come martiri cristiani.<sup>12</sup>

### 3.1. Cosa rifiutano esattamente i Testimoni di Geova?

I Testimoni di Geova dichiarano di volersi rifare totalmente alla dottrina cristiana primitiva. Così, a imitazione dei cristiani del I secolo, si «astengono» dal sangue. Il termine «astenersi» indicato in Atti 15:29 viene interpretato come necessità di non ingerire<sup>13</sup> o assumere sangue in alcun modo, né per via orale né per via endovenosa.

Dunque, cosa rifiutano oggi i Testimoni di Geova? Il rifiuto si riferisce al sangue nei suoi quattro componenti principali: il plasma, i globuli bianchi, le piastrine e i globuli rossi. Queste quattro parti sono considerate inaccettabili, così come viene considerato inaccettabile il sangue intero *eterologo*, cioè proveniente da un'altra persona, ed anche il sangue *autologo* nel caso in cui venga prelevato e con-

<sup>9</sup> TERTULLIANO, *Apologetico*, IX, 10, 13, 14, trad. di I. GIORDANI, Roma, 1967.

<sup>10</sup> M. MINUCIO FELICE, *Ottavio*, XXX, 6, trad. di L. RUSCA, 64, Milano, 1957.

<sup>11</sup> TERTULLIANO, *Op.cit.*

<sup>12</sup> Martire /'martire/ s. m. e f. [dal lat. eccles. *martyr* -*yr̄is*, gr. *mártys* -*yr̄os* "testimone"]. – 1. (*relig.*) [nel cristianesimo primitivo, chi era disposto a subire sofferenze e perfino la morte pur di non sconfessare la propria fede]. In Vocabolario Treccani [http://156.54.191.164/vocabolario/martire\\_%28Sinonimi-e-Contrari%29/](http://156.54.191.164/vocabolario/martire_%28Sinonimi-e-Contrari%29/) (ultima consultazione 21/08/2023).

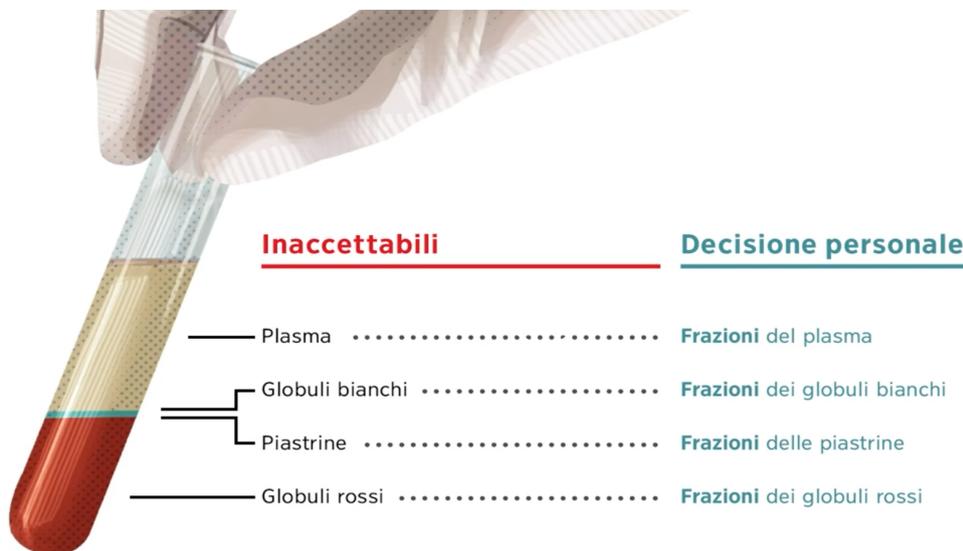
<sup>13</sup> Per un approfondimento: *Si può davvero equiparare una trasfusione al mangiare sangue?* in <https://www.jw.org/it/biblioteca-digitale/libri/Ragioniamo-facendo-uso-delle-Scritture/Sangue/> (ultima consultazione 23/08/2023).

servato in sacche per essere re-infuso successivamente. Sebbene tale scelta si basi principalmente su motivazioni religiose che fanno riferimento ai brani della Bibbia già citati, più avanti scopriremo che vi è anche una motivazione scientifica a sostegno del rifiuto, accolta anche da chi non è Testimone di Geova. Il rifiuto si riferisce alle quattro componenti principali del sangue, ma cosa dire delle altre frazioni dello stesso? Dal punto di vista scientifico possiamo affermare che oggi è tecnicamente possibile fare ciò che era impensabile in passato, come ad esempio separare delle piccole frazioni del sangue, come frazioni di plasma, di globuli bianchi, di piastrine e di globuli rossi, cioè parti talmente infinitesimali del sangue che di per sé possono non essere più ritenute tale. In questi casi si parla di emoderivati<sup>14</sup>, tra i quali sono inclusi: albumina, gammaglobuline e fattori della coagulazione. Sugli emoderivati non c'è un'indicazione specifica da parte della confessione religiosa. Ciascun Testimone, in base alla propria coscienza valuta e decide se ritiene che tali frazioni siano ancora da considerarsi "sangue" o meno e se rientrano così nell'oggetto del divieto biblico o no.

Se dunque le trasfusioni di sangue intero e dei quattro componenti principali vengono generalmente rifiutate da tutti i Testimoni di Geova, le frazioni di sangue più piccole, o emoderivati, non rientrando espressamente nel comando biblico di "astenersi dal sangue", possono essere accettate o meno: è una decisione che può variare da fedele a fedele.

Riassumendo, i nodi principali da comprendere sono essenzialmente tre:

1. il paziente Testimone di Geova tiene alla vita, adotta uno stile di vita sano per prevenire, per quanto possibile, danni al proprio corpo e in caso di malattia, cerca le migliori cure disponibili;
2. il rifiuto delle emotrasfusioni è una scelta basata sulla Bibbia;
3. accettare le frazioni del sangue è una scelta strettamente personale basata sulla conoscenza delle Sacre Scritture e sulla coscienza del singolo.



(Immagine tratta dal sito [www.jw.org](http://www.jw.org) – ultima consultazione 23/08/2023)

<sup>14</sup> Per un approfondimento sugli *emoderivati* si rimanda al sito dell'AIFA <https://www.aifa.gov.it/emoderivati> (ultima consultazione 23/08/2023).

Il rifiuto delle emotrasfusioni può essere considerato ragionevole sotto il profilo medico? Oppure, come alcuni concludono frettolosamente, si tratta di una posizione scellerata e sconsiderata contro la vita e dunque in diretta contraddizione con il dichiarato rispetto della sacralità della stessa?

Sebbene il rifiuto delle emotrasfusioni sia noto come prerogativa dei Testimoni di Geova per motivi religiosi, oggi interessa in modo ben più ampio anche il mondo scientifico per motivazioni di natura strettamente medica. Partiamo da quello che viene comunemente chiamato PBM, acronimo di *Patient Blood Management*. Si tratta di una «strategia multidisciplinare e multimodale che mette al centro la salute e la sicurezza del paziente e migliora i risultati clinici basandosi sulla risorsa sangue dei pazienti stessi. Questo approccio riduce in modo significativo l'utilizzo dei prodotti del sangue, affrontando tutti i fattori di rischio trasfusionale modificabili ancor prima che sia necessario prendere in considerazione il ricorso alla terapia trasfusionale stessa»<sup>15</sup>. Il cosiddetto programma di PBM è promosso dal Centro Nazionale Sangue in Italia, in linea con la Risoluzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità<sup>16</sup> volta a predisporre «metodi e strumenti innovativi e più efficaci per garantire l'appropriatezza della gestione organizzativa e clinica della risorsa sangue». Questi sono gli obiettivi principali del PBM: 1) migliorare l'*outcome* clinico dei pazienti<sup>17</sup>; 2) prevenire le trasfusioni evitabili; 3) ridurre i costi di gestione.

In Italia, e ancor di più nel mondo, sta crescendo il numero delle strutture sanitarie che applicano e sviluppano il PBM. Negli Stati Uniti, lo *Houston Methodist Hospital* del Texas è da tempo un ospedale all'avanguardia a livello internazionale nella chirurgia *bloodless*, ovvero nell'utilizzo di tecniche e metodiche che evitano l'utilizzo del sangue anche in caso di interventi chirurgici molto invasivi. È interessante notare che proprio a Houston, all'interno della NSBRI (*National Space Biomedical Research Institute*), un consorzio di tutte le Università e i centri medici degli USA fondato dalla NASA per fare ricerche sull'esplorazione dell'uomo nello spazio, c'è un *team* che si occupa nello specifico dello studio e della sperimentazione delle tecniche operatorie che escludono l'utilizzo del sangue<sup>18</sup>.

Un pericoloso fraintendimento spesso promosso in campo mediatico e purtroppo anche in campo medico è quello di credere che il rifiuto alle emotrasfusioni sia una forma di eutanasia passiva, atteso

<sup>15</sup> Si veda il sito del Centro Nazionale Sangue: [pbm.centronazionale sangue.it](http://pbm.centronazionale sangue.it) (ultima consultazione 23/08/2023).

<sup>16</sup> Risoluzione WHA63.12 del 21/05/2010 dell'Organizzazione Mondiale della Sanità.

<sup>17</sup> Nel 2016, *Transfusion*, una importante rivista all'avanguardia sul tema delle trasfusioni, osservava: «le evidenze [dimostrano] che i pazienti che evitano [le emotrasfusioni] raggiungono gli stessi risultati, se non migliori, di coloro che accettano [le emotrasfusioni]» e questo «approccio potrebbe ridurre i rischi, migliorare i risultati e diminuire i costi per tutti i pazienti». Uno studio europeo recente dimostra che l'implementazione delle strategie atte a ridurre le perdite del sangue, in tutte le discipline chirurgiche, realizzata in quattro cliniche universitarie tedesche è risultata sicura, ha minimizzato i rischi derivanti dalle emotrasfusioni e ha generato un risparmio dei costi di circa 3.000.000 euro all'anno (MEYBOHM P. E ALTRI; *PBM-study Collaborators. Patient blood management is associated with a substantial reduction of red blood cell utilization and safe for patient's outcome: a prospective, multicenter cohort study with a noninferiority design. Ann Surg* 2016; 264(2):203-11). La rivista medica italiana *Minerva Anestesiologica* dichiara: «è evidente che un grande numero di pazienti gravemente malati sottoposti ad una emotrasfusione oggi potrebbe non avere risultati tangibili derivanti dalla trasfusione». I maggiori esperti del settore illustrano i motivi nel video della *National Blood Authority* australiana intitolato: *Blood Transfusions – What is the evidence telling us?* disponibile sul sito <https://www.blood.gov.au/health-professionals> (ultima consultazione 23/08/2023).

<sup>18</sup> *Science, Space Biomedicine, An RX for Astronauts*, 295, 2022, 435.

che molto spesso l'equazione "rifiuto trasfusione = morte" viene data per assolutamente certa, sebbene errata in astratto sotto il profilo medico-scientifico. Come vedremo nel prosieguo della trattazione, i dati riferiti dai medici in prima linea nella chirurgia *bloodless* confermano che l'adozione di strategie cliniche volte ad evitare l'uso del sangue in realtà migliora, e non peggiora, l'*outcome* nei pazienti, ossia il decorso postoperatorio e i tempi di recupero<sup>19</sup>. Comprendiamo così che il luogo comune che vuole una corrispondenza ineluttabile tra rifiuto della trasfusione di sangue espresso dal Testimone di Geova e la sua morte certa può essere risolto grazie alla diffusione di una maggiore e migliore conoscenza in campo medico.

#### 4. Secondo profilo: gli aspetti giuridici implicati nel rifiuto delle emotrasfusioni

Ogni religione ha un proprio sistema di credenze che orientano le scelte dei fedeli nella loro vita quotidiana, incluse quelle in campo medico. A prescindere da quale sia il credo, sono le norme giuridiche a riconoscere il diritto di scelta, a tutelarlo e a renderlo effettivo. In ambito medico il consenso informato è il presupposto di ogni trattamento sanitario e trova la propria *ratio* in principi di rango costituzionale che tutelano e garantiscono la libertà di cura e il diritto alla salute. Ci riferiamo innanzitutto agli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione e ai valori che li hanno ispirati. A tal fine ci può essere utile ricordare che l'articolo 32, in cui trova il proprio fondamento proprio l'esercizio del diritto di scelta in campo medico e del consenso informato, fu voluto e promosso dai padri costituenti<sup>20</sup> a seguito di quanto era accaduto nel periodo del Nazismo e del Fascismo. La libertà dell'individuo di scegliere senza essere obbligato a subire coattivamente trattamenti sanitari non voluti divenne un valore fondante del nostro Ordinamento, volto a impedire che si ripetesse la scellerata esperienza del totalitarismo che aveva sottoposto le persone a trattamenti sperimentali contro la loro volontà, a sperimentazioni mediche disumane che avevano leso non soltanto l'integrità fisica dell'individuo ma la sua dignità e libertà. Questa connotazione storica rafforza l'esigenza di imporre una limitazione anche al legislatore il quale è tenuto a rispettare la persona umana e il suo diritto di decidere quali trattamenti accettare e quali rifiutare. Ne discende che, poiché la Costituzione stessa limita il potere legislativo imponendo allo stesso di rispettare questo diritto, quest'ultimo non può essere violato in alcun modo né da un medico né da un giudice, non esistendo di fatto alcun motivo o interesse "superiore".

Sebbene questa libertà non sempre trovi adeguata tutela, bisogna comunque riconoscere che vi è stata negli scorsi anni una notevole evoluzione giurisprudenziale nel segno di un pieno riconoscimento della connotazione religiosa dell'esercizio della libertà di scelta in campo medico da parte dei Testimoni di Geova. Una pietra miliare è stata la famosa "sentenza Giulini" del 2008, n. 2437/2008 Cas-

<sup>19</sup> M.F. LEAHY AND OTHERS, *Improved outcomes and reduced costs associated with a health-system-wide patient blood management program: a retrospective observational study in four major adult tertiary-care hospitals in National Library of Medicine, National Center for Biotechnology Information (nih.gov)* (ultima consultazione 23/08/2023).

<sup>20</sup> In proposito si veda <https://www.nascitacostituzione.it/02p1/02t2/032/index.htm?art032-999.htm&2> e [sed103.pdf \(camera.it\)](https://www.camera.it/leg16/16103.pdf) (ultima consultazione 21/08/2023). Nel processo di Norimberga venne affrontata la questione della limitazione del potere del medico che, incontrollato, può giungere a calpestare la dignità delle persone. Venne stabilito che il consenso del paziente costituisce la fonte di legittimazione dell'agire medico e che il dovere di agire per il bene del paziente non ha in sé stesso la propria giustificazione. Si confronti R.J. LIFTON, *I medici nazisti. Storia degli scienziati che divennero i torturatori di Hitler*, Milano, 2002.

sazione Penale a SS.UU., che ha rappresentato un punto di partenza affermando che «il presupposto indefettibile che giustifica il trattamento sanitario va rinvenuto nella scelta libera e consapevole [...] della persona che a quel trattamento si sottopone» e ai paragrafi 6 e 7, ha riconosciuto la

«sicura illecità, anche penale, della condotta del medico che abbia operato in corpore vili “contro” la volontà del paziente, direttamente o indirettamente manifestata, e ciò a prescindere dall’esito, fausto o infausto, del trattamento sanitario praticato, trattandosi di condotta che quanto meno realizza una illegittima coazione dell’altrui volere». «Il concetto di costrizione [ex art. 610 c.p. – n.d.r.], postula, infatti, il dissenso della vittima, la quale subisce la condotta dell’agente e per conseguenza di essa è indotta a fare, tollerare od omettere qualche cosa, in contrasto con la propria volontà. [...] requisito di contrasto di volontà fra soggetto attivo e quello passivo che costituisce presupposto indefettibile, insito nel concetto stesso di coazione dell’essere umano, “verso” (e, dunque, per realizzare consapevolmente) una determinata condotta attiva, passiva od omissiva».

La volontà del paziente risulta dunque un pilastro inamovibile nell’ambito dell’attività medica<sup>21</sup>. Le sentenze successive della Cassazione hanno ricostruito a livello giurisprudenziale il fondamento giuridico e la legittimazione dell’attività medico-chirurgica, oltre che l’istituto del consenso informato, nonché i fondamenti dello specifico reato di violenza privata previsto dall’art. 610 del Codice Penale, commesso dal medico che operi un trattamento sanitario *in corpore vili* in presenza di un dissenso da parte del paziente (manifestato in modo espresso, indiretto o anche solo ricostruito come accadde nel noto caso di Eluana Englaro) e le ipotesi di applicabilità dell’art. 54 del Codice Penale che esclude la punibilità del soggetto che ha commesso il reato «per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona».

Pacifica è la non applicabilità della scriminante dello stato di necessità di cui all’art. 54 c.p. all’agire del medico che non tiene conto del dissenso del paziente, imponendogli un trattamento coattivo per “salvargli la vita”. La norma che escluderebbe la responsabilità del medico deve infatti essere applicata solo a seguito di un’interpretazione costituzionalmente orientata, cioè che la renda rispettosa degli artt. 2, 13, 19 e 32 della Costituzione a cui la norma di rango ordinario è subordinata. Quindi i criteri di applicazione dell’art. 54 c.p. devono essere ispirati al valore e alla dignità dell’individuo e alla sua libertà di scelta piuttosto che al paternalismo medico e giudiziario. La norma – immediatamente precettiva – di cui all’art. 32 Cost., che sancisce innanzitutto il diritto fondamentale alla salute e costituisce anche una fonte di legittimità dell’attività medica e del trattamento sanitario condizionata dal consenso del paziente, sancisce anche il diritto assoluto del paziente alla libertà di rifiutare le cure e, quindi, individua i limiti dell’attività medica stessa. Cosa significa questo? Significa che quando il paziente rifiuta il trattamento medico viene meno la legittimità dell’attività medica. Per nessun motivo

<sup>21</sup> *Lambert and Others v. France* [Grand Chambre], no. 46043/14, §§ 89-95, ECHR 2015 § 147: la Grande Camera ha confermato che tra gli Stati membri del Consiglio d’Europa c’è «un consenso generale sull’importanza fondamentale della volontà del paziente nel processo decisionale, in qualunque sia stata espressa»; «§ 178. [...] è il paziente la parte principale del processo decisionale e il cui consenso deve rimanere al centro», in <https://hudoc.echr.coe.int> (ultima consultazione 25/08/2023). Per un commento si rinvia a C. CASONATO, *Un diritto difficile. Il caso Lambert fra necessità e rischi*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 9/2015, 489 ss., e L. POLI, *L’ultimo diritto. Esitazioni, contraddizioni, ma anche aperture nella giurisprudenza della Corte EDU in materia di fine vita*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 1-bis «Questioni di fine vita».

quindi l'art. 54 c.p. potrebbe giustificare un comportamento lesivo delle libertà costituzionalmente garantite.

La particolarità del rifiuto delle emotrasfusioni da parte dei Testimoni di Geova risiede nel fatto che esso non è solo esercizio dei diritti previsti e garantiti dagli articoli sin qui citati, ma è anche espressione della libertà religiosa e quindi esercizio del diritto riconosciuto all'art. 19 Cost. Comprendiamo allora che nel caso specifico dei Testimoni di Geova è necessario effettuare un raccordo tra gli articoli citati e l'articolo 19 Cost. a causa di un collegamento inscindibile tra l'esercizio della libertà religiosa e l'esercizio del diritto di scelta terapeutica in campo medico. In particolare, il rifiuto da parte dei Testimoni di Geova delle emotrasfusioni è espressione della loro fede religiosa ed è conseguenza di un processo decisionale che si basa proprio sui principi contenuti nella Bibbia.

La giurisprudenza della Suprema Corte riconosce ormai con estrema chiarezza che la libertà di scelta, nel caso del Testimone di Geova che rifiuta una trasfusione di sangue, ha per così dire una garanzia rafforzata dall'art. 19 Cost. Nella sentenza n. 1451/17 la Corte si esprime così: «La questione è resa ancora più rilevante e meritevole di protezione e garanzia dal fatto che la scelta o il rifiuto delle cure mediche sono collegati e inclusi nell'espressione di una fede religiosa, il cui libero esercizio è sancito dall'articolo 19 della Costituzione italiana. È noto, infatti, che il rifiuto da parte dei Testimoni di Geova di trasfusioni di sangue, anche in situazioni che mettono in pericolo la vita, è fondato su motivi religiosi e ideologici».

Dello stesso tenore, in modo ancor più pregnante, è la sentenza n. 12998/19 nella quale la Suprema Corte riconosce che

«la nostra Costituzione [...] vede nella persona umana un valore etico in sé e guarda al limite del “rispetto della persona umana” in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e dell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose [...] e la nuova dimensione che ha assunto la salute [...] altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale (Cass. 16/10/2007, n. 21748). Ciò assume connotati ancora più forti, degni di tutela e garanzia laddove il rifiuto del trattamento sanitario rientri e sia connesso all'espressione di una fede religiosa il cui libero esercizio è sancito dall'art. 19 Cost.».

Ancora più recentemente, con la sentenza n. 515/2020 la Suprema Corte afferma: «È sufficiente ribadire che la natura del diritto esercitato, cioè il rifiuto dell'emotrasfusione, ha acquistato una tale rilevanza anche nella coscienza sociale da non ammettere limitazioni di sorta al suo esercizio; e non v'è chi non veda che intervenire sul contenimento delle conseguenze risarcitorie a carico dell'offensore significherebbe indirettamente intervenire sulla intensità e sulla qualità del suo riconoscimento».

L'esercizio del rifiuto delle trasfusioni di sangue da parte dei Testimoni di Geova assume per la Suprema Corte il valore di una vera e propria forma di obiezione di coscienza. Una tale ricostruzione, che sottolinea come il valore delle convinzioni personali debba prevalere sulle altre istanze, la si trova anche nella sentenza della Cassazione n. 29469/2020<sup>22</sup> dove si afferma che per i fedeli dei Testimoni di Geova il rifiuto alle trasfusioni «non costituisce una mera autodeterminazione sanitaria, ma

<sup>22</sup> Per un commento approfondito alla sentenza F. PAPINI, L. MARSELLA, *Laicità dello Stato e rifiuto di trattamenti sanitari per motivi religiosi: un nuovo riconoscimento della Cassazione per “medici liberi” di “uomini liberi”* in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 4/2021.

una vera e propria forma di obiezione di coscienza, radicata in ragioni religiose<sup>23</sup>», dato che «se un Testimone di Geova accettasse volontariamente una trasfusione di sangue, ciò equivarrebbe ad un atto di abiura della propria fede», e che, «non si tratta, quindi, di rispettare solo il corpo della persona nella sua fisicità, ma di rispettare la persona umana nella sua interezza, ossia nei suoi valori morali, etici e religiosi». In altri termini non sussiste «un principio da contrapporre a quello dell'autodeterminazione e della libertà religiosa» garantita con «piena e diretta attuazione» dall'art. 19 della Costituzione. Inoltre, è la stessa sentenza a escludere definitivamente la possibilità di invocare lo “stato di necessità” quale causa di giustificazione della condotta del medico che non rispetti la volontà del paziente, dove afferma: «Il paziente ha sempre diritto di rifiutare le cure mediche che gli vengono somministrate, anche quando tale rifiuto possa causarne la morte».

La linea era già stata tracciata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, dapprima con la sentenza *Testimoni di Geova di Mosca c. Russia* del 10 giugno 2010, nella quale veniva riconosciuta l'illegittimità di qualsiasi trattamento medico imposto senza il consenso del paziente:

«135. Il rispetto della dignità e della libertà dell'uomo è l'essenza stessa della Convenzione, e i concetti di autodeterminazione e autonomia della persona [...] Nel campo dell'assistenza sanitaria, anche nei casi in cui il rifiuto di una particolare cura potrebbe condurre a un esito fatale, l'imposizione di un trattamento sanitario senza il consenso del paziente adulto e capace di intendere e volere interferirebbe con il diritto di quest'ultimo all'integrità fisica, e violerebbe i diritti protetti dall'Articolo 8 della Convenzione (v. *Acmanne e altri c. Belgio*, n. 10435/83, decisione della Commissione del 10 dicembre 1984)»<sup>24</sup>.

La stessa sentenza riconosce che la libertà di accettare o rifiutare particolari cure mediche o di scegliere cure alternative è essenziale per i principi di autodeterminazione e autonomia dell'individuo e precisa che tale libertà assume un significato tangibile solo se i pazienti sono messi nella condizione di poter effettuare scelte anche quando ciò li faccia apparire «irrazionali, poco saggi o imprudenti». L'ingerenza dello Stato nella libertà di scelta in campo sanitario, anche quando motivata dall'intento

<sup>23</sup> Trattandosi di scelte sanitarie di un credente, il significato che viene attribuito ai concetti di “salute” “vita” e “preservazione della vita” attiene a un paradigma religioso da cui non si può prescindere per comprendere prima e rispettare poi, la volontà del paziente. Pertanto, tali termini possono assumere un contenuto e un valore differente rispetto a quelli prettamente medico-scientifici o attribuiti da un non credente. La giurisprudenza ha iniziato a confrontarsi con tali posizioni già nel lontano 1980 con il noto “Caso Oneda”. Da allora la giurisprudenza ha compiuto enormi progressi garantendo progressivamente in misura sempre maggiore il rispetto dei diritti umani di libertà, inclusa quella religiosa che trovano affermazione nell'autodeterminazione sanitaria del paziente sia esso portatore di valori laici che religiosi. Per alcuni cenni su come negli ultimi 40 anni tali concetti siano stati interpretati dai giudici a partire dal caso Oneda fino alle più recenti pronunce, cfr. P. CONSORTI, “Libertà di scelta della terapia e violenza medica. Brevi considerazioni sul rifiuto delle trasfusioni di sangue dei Testimoni di Geova”, pubblicato sulla rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 10, 2021. Vi si legge: «con riferimento all'autodeterminazione sanitaria – e al più generale apprezzamento sociale per l'obiezione di coscienza – la società italiana non avrebbe forse sviluppato la sua attuale sensibilità giuridica se i Testimoni di Geova non avessero mantenuto ferma la loro posizione. Bisogna insomma ammettere che questi fedeli hanno giocato un ruolo coerente e militante, ancorché spesso silenzioso, pagando il prezzo della loro diversità a favore di tutti».

<sup>24</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Ricorso n. 302/02, *Testimoni di Geova di Mosca c. Russia*, sentenza del 10 giugno 2010, traduzione in italiano non ufficiale disponibile sul sito [www.cesnur.org](http://www.cesnur.org) (ultima consultazione 23/08/2023).

di tutelare la salute dell'individuo stesso, inevitabilmente diminuisce e non accresce il valore della vita, valore che è dato anche dal grado di libertà di scelta e autodeterminazione di cui si gode.

Per quanto ad alcuni possano sembrare irrazionali, le scelte dei Testimoni di Geova non sono mai deliberatamente contro la vita o in dispregio della stessa. Il loro rifiuto non è rinuncia alle cure mediche ma ricerca delle cure mediche migliori, più efficaci e con meno effetti collaterali nel lungo periodo. La citata sentenza CEDU è cristallina anche su questo punto: «132. La situazione di un paziente che intende affrettare la propria morte sospendendo le cure mediche è diversa da quella dei pazienti che – come i Testimoni di Geova – operano una scelta nell'ambito delle cure mediche pur continuando a desiderare di stare meglio e non respingono le cure mediche in toto».

Dello stesso avviso anche la sentenza della CEDU nella causa *Taganrog e altri c. Russia* n. 32401/10 del 7 giugno 2022, che riprende e ribadisce i punti chiave delle sentenze precedenti che si possono così riassumere: 1) la libertà di accettare o rifiutare un trattamento sanitario è fondamentale per i principi di autodeterminazione e autonomia personale; 2) affinché la libertà abbia valore reale, i pazienti devono avere il diritto di fare anche scelte che sembrino agli altri apparentemente irrazionali, poco sagge o imprudenti; 3) lo Stato deve astenersi dall'interferire con la libertà di scelta individuale, poiché tale interferenza può solo diminuire e non accrescere il valore della vita.

#### 4.1. Il rifiuto espresso dai minori e per i minori: rispetto e limiti dell'autorità genitoriale

Che dire se a rifiutare la trasfusione è un minore o i genitori rifiutano la trasfusione per un minore? L'opinione pubblica è molto attenta a questa tematica. Vi è il timore che i minori non siano a sufficienza tutelati e protetti dalle scelte che i genitori potrebbero fare "contro i loro interessi". Preoccupazione legittima, ma in nome di questa ed in assenza di precise disposizioni normative, nel tempo sono state adottate misure anche eccessivamente drastiche, decisamente abnormi, per raggiungere il fine di superare il rifiuto dei genitori e trasfondere il minore con apertura di procedimenti di revoca della responsabilità genitoriale e dichiarazione dello stato di adottabilità del minore<sup>25</sup>.

La Legge 219/17 ha colmato anche questo specifico vuoto normativo dando il via a una maggior tutela del minore e delle sue volontà e consentendo una maggiore uniformità di decisioni a livello nazionale e quindi una maggiore uguaglianza. L'art. 3 della legge prevede che, in tema di dissenso/consenso informato, la volontà del minore sia manifestata dal suo rappresentante legale, dunque generalmente dai genitori. Recependo le norme internazionali come la Convenzione di Oviedo, la Convenzione di New York sui diritti del Fanciullo, la Convenzione Europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del minore, la Legge 219/17 ha affermato che il minore ha il diritto alla «valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione» imponendo anche ai suoi rappresentanti legali di tenere conto della sua volontà nell'esprimere il dissenso o il consenso a un trattamento sanitario. Tale volontà dovrebbe essere tanto più vincolante quanto più il minore mostri maturità. Si pensi ad esempio a un minore di 14 anni che per la legge può decidere, indipendentemente dal consenso dei genitori e anche a loro insaputa, se avere rapporti sessuali, assumere contraccettivi orali, abortire,

<sup>25</sup> P. BORSELLINO, *Brevi note su rifiuto di trasfusioni ematiche e responsabilità genitoriale. Quando il provvedimento restrittivo del Tribunale non trova giustificazione*, in *Quaderni di diritto e pol. ecclesiastica*, 3 dicembre 2020.

iscriversi a un partito politico, scegliere il proprio credo. È evidente che la sua volontà anche in campo medico avrà un peso diverso da quella di un bambino.

L'art. 3 co. 5 della legge prevede che «nel caso in cui il rappresentante legale del minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al Giudice Tutelare». Ciò significa che, nell'accettare o rifiutare un trattamento nell'interesse del minore, anche i genitori debbano tenere conto della sua volontà e molto spesso il rifiuto dei genitori Testimoni di Geova è proprio latore della chiara e ferma volontà espressa dal minore. Purtroppo, non si sono ancora registrate pronunce in cui la volontà del minore, in particolare del minore maturo, sia stata dovutamente valorizzata come richiesto dalle norme e recepita dal Giudice<sup>26</sup>. Si può dare comunque atto che molti medici, anche quando autorizzati dal giudice a trasfondere, si sono adoperati per rispettare la volontà dei minori maturi curando al meglio i giovani pazienti senza ricorrere alle emotrasfusioni.

In ogni caso la portata innovativa della Legge 219/17 ha avuto ripercussioni concrete e positive sulla procedura che deve essere adottata in caso di dissenso dei genitori in relazione alle cure sanitarie ritenute necessarie dai medici. La competenza ad intervenire non è più del Tribunale per i minorenni ma del Giudice Tutelare<sup>27</sup>. Lo spostamento di competenza ha consentito di abbandonare la procedura dinanzi al Tribunale per i minorenni che non si limitava a dare luogo ad un provvedimento di autorizzazione alle emotrasfusioni, ma sfociava spesso e volentieri in ben più invasivi e abnormi provvedimenti di sospensione/revoca della responsabilità genitoriale oltre l'ambito delle scelte mediche. Spesso il Tribunale per i Minorenni incaricava, e incarica tuttora, i Servizi Sociali di valutare *in toto* la capacità genitoriale.

Si riscontra purtroppo ancora oggi una certa difficoltà ad abbandonare la vecchia procedura, ciò spesso è dovuto ad un'ingiustificata, e ancora diffusa, ignoranza della nuova Legge 219/17. Di fronte alla recalcitranza di alcuni Tribunali per i minorenni e di alcune strutture sanitarie ad abbandonare la vecchia procedura si è reso necessario impugnare molti provvedimenti *contra legem* perché venissero revocati. Molte sono le decisioni di diverse Corti di Appello<sup>28</sup> che hanno tutte ribadito la competenza esclusiva del Giudice Tutelare, come d'altronde si evince in modo cristallino dalla legge. In riferimento alla legittimità di esprimere il consenso o il rifiuto a una terapia sanitaria per il minore, le Corti hanno inoltre evidenziato che il dissenso alle trasfusioni di sangue espresso dai genitori Testimoni di Geova, quale esercizio del loro diritto riconosciuto dall'art. 3 comma 5 della Legge 219/17, non può mai indurre a ipotizzare un'incapacità genitoriale, né può essere sanzionato con la sospen-

<sup>26</sup> F. PAPINI, *Minori di età o minori diritti?* Rivista Italiana di Medicina Legale fasc. 2, 2017.

<sup>27</sup> F. PAPINI, M. BOLCATO, *Il rifiuto degli esercenti la responsabilità genitoriale ai trattamenti emotrasfusioni per il minore – Quale procedura adottare ai sensi della legge 219/2017 e del programma ministeriale di PBM (Patient Blood Management)*, in *Rivista società italiana di neonatologia*, 112, 2023.

<sup>28</sup> *Ex multibus*: Corte d'Appello di Roma (dd. 17/12/2019, RG n. 52315/2019), dalla Corte d'Appello di Milano (dd. 10/09/2020, RG n. 785/2019), dalla Corte d'Appello di Catania (dd. 13/10/2020, RG n. 332/2020) e, da ultimo, dalla Corte d'Appello di Perugia (dd. 14/12/2020, RG n. 763/2020). Le decisioni hanno superato i contrasti tra medici e legali rappresentanti di minori con riguardo alle cure mediche da somministrare ai minori, ed hanno chiarito che il mero dissenso da parte dei genitori a una terapia sanitaria proposta da un medico nell'interesse del minore (come una trasfusione di sangue, un intervento chirurgico, ecc.) non può di per sé legittimare l'apertura di un procedimento dinanzi al Tribunale per i Minorenni né, a fortiori, una pronuncia limitativa della responsabilità genitoriale ex artt. 330 – 333 c.c.

sione della responsabilità genitoriale stessa. Merita di essere ricordata la sentenza della Corte di Appello di Milano che ha affermato: «Il mero dissenso dei genitori alle trasfusioni di sangue in aderenza al credo religioso non può essere posto a fondamento di una valutazione di inidoneità all'esercizio della responsabilità genitoriale» e quella della Corte d'Appello di Roma, ove si legge che

«il solo dissenso frapposto dal genitore alla trasfusione di sangue in aderenza al suo credo religioso non può oramai indurre ad ipotizzare la sua inidoneità all'esercizio della genitorialità» e che il provvedimento oggetto di impugnazione adottato dal TM è stato reso «da organo non più competente a decidere la controversia ed altresì non sufficientemente motivato laddove con esso, oltre ad autorizzarsi la terapia trasfusionale, venne disposta la sospensione della responsabilità genitoriale e nominato il tutore provvisorio». <sup>29</sup>

Il Giudice Tutelare oggi non è chiamato dunque a esprimere valutazioni sulle scelte dei genitori<sup>30</sup>, ma ad autorizzare o meno il trattamento sanitario tenendo comunque sempre conto della volontà espressa sia da questi ultimi che dal minore stesso, nel caso in cui questi abbia un'adeguata capacità di discernimento da valutarsi caso per caso e non meramente con riferimento all'età anagrafica.

### 5. Terzo Profilo: le nuove norme sul consenso informato e la tutela del rifiuto

La promulgazione della Legge 219/17<sup>31</sup> (o legge sul Biotestamento come spesso viene chiamata) è andata a colmare un vuoto normativo stabilendo nel dettaglio le modalità con le quali il paziente può esercitare il proprio diritto di scelta in riferimento alle cure mediche. In particolare la Legge 219/17 ha ad oggetto la tutela del diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e pone il *consenso informato* come elemento centrale per la loro realizzazione, includendo nello stesso diritto di accettare anche quello di rifiutare qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario, in tutto o in parte. Per rendere concreto l'esercizio del consenso/dissenso informato la Legge 219/17 ha introdotto il documento per le "Disposizioni anticipate di trattamento" nel quale

<sup>29</sup> Pronunce già citate nella nota 28.

<sup>30</sup> LIV HÖPPNER, (già giudice tutelare presso il Tribunale di Bolzano), *Trattamenti sanitari sui minori: consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, articolo pubblicato sul sito [www.diritto.it](http://www.diritto.it) (ultima consultazione 17/08/2023).

<sup>31</sup> S. CACACE, *La nuova legge in materia di consenso informato e D.A.T.: a proposito di volontà e di cura, di fiducia e di comunicazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/2018, 941, osserva che con la nuova legge «il legislatore conferma e rafforza gli approdi giurisprudenziali, apponendovi un suggello che sarà ora ben difficile difare, in Tribunale. E, soprattutto, in Tribunale non sarà più così necessario andare». Si confronti anche L. BALESTRA, *Il testamento biologico nell'evoluzione del rapporto medico-paziente*, in *Fam. pers. succ.*, 2/2006, 104, che definisce «le D.A.T. ... l'approdo logico del processo di valorizzazione del consenso informato». Riguardo alla portata della L.219/17 merita menzione l'ordinanza 242/2019 della Corte Costituzionale nel caso Cappato nella quale si afferma: «Ciò, in forza della L. 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), la cui disciplina recepisce e sviluppa, nella sostanza, le conclusioni alle quali era già pervenuta all'epoca la giurisprudenza ordinaria – in particolare a seguito delle sentenze sui *casì W.* (Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Roma, sentenza 23 luglio-17 ottobre 2007, n. 2049) ed E. (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748) – nonché le indicazioni di questa Corte riguardo al valore costituzionale del principio del consenso informato del paziente al trattamento sanitario proposto dal medico (ordinanza n. 207 del 2018): principio qualificabile come vero e proprio diritto della persona, che trova fondamento nei principi espressi negli artt. 2, 13 e 32 Cost. (sentenze n. 253 del 2009 e n. 438 del 2008)».

ogni persona può dichiarare le proprie volontà in previsione di una futura incapacità di autodeterminarsi in materia di trattamenti sanitari, con la possibilità di effettuare scelte molto dettagliate e puntuali sia sulle terapie che sulle procedure diagnostiche. Anche se il nome con cui la legge è più nota, ossia legge sul Biotestamento, fa pensare che essa si occupi solo delle ultime volontà relative ai trattamenti di fine-vita, in realtà non è così. Le volontà, infatti, possono includere il consenso o il rifiuto in relazione ad accertamenti diagnostici, scelte terapeutiche e singoli trattamenti sanitari. In virtù di ciò, l'uso che ne viene fatto dai Testimoni di Geova è, per così dire, un uso *per la vita*, cioè un uso molto più ampio di quello che comunemente si possa pensare. I principi ispiratori della legge sono quelli del consenso informato e la legge appunto stabilisce il diritto di rifiutare un trattamento creando una norma *ad hoc* rispetto a quello che poteva essere ricavato già dagli articoli della Costituzione citati sinora. Tuttavia, i fatti dimostrano che dalla promulgazione di questa legge in poi, si sono registrate meno trasfusioni di sangue coatte<sup>32</sup> e ciò dimostra una maggiore affermazione della libertà di scelta per i Testimoni di Geova e non solo.

D'altronde era già chiaro anche nel codice deontologico medico che nessun paziente possa essere sottoposto contro la propria volontà a un trattamento sanitario, ma la positivizzazione del principio in una legge di fatto lo sta rendendo nel tempo più effettivo. Ricordiamo quanto affermato nelle seguenti due sentenze dalla Corte Suprema che ha dichiarato i medici responsabili del reato di violenza privata per avere ignorato la volontà del paziente.

Nella storica sentenza "Volterrani", la Corte Cassazione pen. Sez. I, sent. n. 3122/2002, già affermava che: «In presenza di una determinazione autentica e genuina dell'avente diritto nel senso del rifiuto della cura, il medico non può che fermarsi [...] qualora il medico effettui ugualmente il trattamento rifiutato, potrà profilarsi a suo carico il reato di violenza privata».

Qualche anno dopo la Corte Cassazione SS.UU. penali, sent. n. 2437/2009 dichiarava: «La sicura illiceità, anche penale, della condotta del medico che abbia operato *in corpore vili* contro la volontà del paziente [...] il presupposto indefettibile che "giustifica" il trattamento sanitario va rinvenuto nella scelta, libera e consapevole [...] della persona».

Una sentenza più recente che merita di essere citata, sebbene riguardi un caso precedente la promulgazione della legge 219/17, è la sentenza del Tribunale di Tivoli – Sezione penale – n. 1179 del 9/12/2020 con la quale un medico è stato condannato per aver trasfuso una paziente in stato di incoscienza sebbene, prima di trovarsi in tale stato, la stessa avesse redatto delle disposizioni di trattamento anticipate nelle quali aveva espresso il proprio dissenso alle emotrasfusioni e contestualmente aveva indicato un amministratore di sostegno, nomina poi recepita anche dal giudice tutelare ex artt. 404 ss. cc. La sentenza è interessante sotto molti punti di vista. Si sottolinea in particolare la valorizzazione della volontà del paziente Testimone di Geova attraverso l'utilizzo dell'istituto dell'amministratore di sostegno che permetteva di designare una persona di fiducia che si facesse portatore della volontà del paziente in tutti i casi in cui questo fosse incosciente. Ciò è degno di nota quale utile iniziativa volta a colmare quel vuoto normativo che è stato infine riempito dalla Legge 219/17 con la previsione della nomina di un fiduciario.

<sup>32</sup> Dati forniti dalla Congregazione Cristiana dei Testimoni di Geova, raccolti in base alle segnalazioni ricevute.

### 5.1. Le D.A.T.: disposizioni anticipate di trattamento e il particolare utilizzo pro-vita

La Legge 219/17 all'art. 4 comma 1 stabilisce:

«Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le D.A.T.<sup>33</sup>, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata «fiduciario<sup>34</sup>», che, in caso di sopravvenuto stato di incoscienza o incapacità, ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie. È prevista la redazione per atto pubblico o scrittura privata autenticata o consegnata all'Ufficiale di Stato Civile del comune di residenza del disponente».

I Testimoni di Geova hanno predisposto un modulo nel quale il dichiarante oltre ad esprimere il proprio dissenso alle emotrasfusioni, e se lo ritiene opportuno le sue volontà circa il fine-vita, può anche indicare quali altre terapie, trattamenti e accertamenti diagnostici ritiene personalmente accettabili e quali no. Solitamente nello spazio libero previsto al punto 4 del documento, i Testimoni di Geova specificano se accettano o meno le frazioni del sangue, o emoderivati, ed eventualmente quali accettano. Nello stesso, ad esempio possono essere inserite disposizioni relative al trapianto di organi, l'utilizzo della macchina cuore-polmone, l'emodialisi, solo per citarne alcune. L'utilizzo di un modello standard che lascia comunque all'individuo la possibilità di compilazione secondo le proprie volontà, costituisce un valido aiuto per compilare in modo chiaro e intellegibile le proprie disposizioni. Questo modulo è ormai noto agli operatori sanitari su tutto il territorio nazionale e ha in sé il vantaggio che, una volta inserito in cartella clinica, sia facilmente riconoscibile dal personale medico e consenta a ogni operatore sanitario che entri in contatto con il paziente di conoscerne le volontà e le motivazioni.

<sup>33</sup> È possibile registrare le proprie D.A.T. a seguito del Decreto ministeriale n. 168 del 10 dicembre 2019, "Regolamento e Disciplina tecnica della Banca dati nazionale delle Disposizioni Anticipate di Trattamento (D.A.T.)".

<sup>34</sup> Nei circa dieci anni precedenti l'entrata in vigore della legge 219/17, i Testimoni di Geova hanno cercato di supplire al vuoto normativo della figura del fiduciario, mediante la designazione di un amministratore di sostegno, previsto agli artt. 469 e seguenti del codice civile, introdotto nell'ordinamento con la legge 6/2004. L'istituto permette a chiunque di designare una persona di fiducia come amministratore di sostegno affinché in caso di perdita parziale o totale di autonomia (ad esempio disabili, anziani non più autosufficienti, soggetti colpiti da ictus o Alzheimer) possa compiere atti e prendere decisioni a favore e nell'interesse dell'amministrato, tenendo conto della sua volontà. Tuttavia, l'AdS è autorizzato ad agire soltanto dopo essere stato nominato con decreto dal Giudice Tutelare a cui ci si può rivolgere mediante ricorso. Nei dieci anni antecedenti alla legge gli uffici dei Giudici Tutelari di tutta Italia hanno emesso decine di decreti di nomina di amministratori di sostegno che sono stati autorizzati a esprimere il rifiuto alle emotrasfusioni in nome e per conto dell'amministrato che si era espresso in tal senso prima di cadere in uno stato di incoscienza. Questa prassi giudiziaria diffusa tra i Testimoni di Geova ha senz'altro sensibilizzato gli operatori del diritto in tutta Italia a garantire un accresciuto rispetto delle volontà del paziente. Sull'utilizzo della figura dell'amministratore di sostegno e relativa giurisprudenza ante L. 219/17 si veda F. PAPINI, *Rispetto della persona umana o divieto di rifiutare le emotrasfusioni per motivi religiosi?*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1/2017.

**Disposizioni anticipate di trattamenti sanitari (DAT) e indicazione del fiduciario**  
Documento redatto in conformità alla Legge del 22 dicembre 2017, n. 219

1. Io sottoscritto/a \_\_\_\_\_ (scrivere o digitare nome e cognome), nato/a a \_\_\_\_\_, il \_\_\_\_\_, redigo questo documento allo scopo di esprimere le mie volontà in materia di trattamenti sanitari e di indicare un fiduciario qualora io sia incapace di intendere e di volere.

2. Sono Testimone di Geova, e dispongo che in **NESSUN CASO MI SIANO PRATICATE TRASFUSIONI di sangue intero, di globuli rossi, di globuli bianchi, di piastrine o di plasma**, neanche qualora gli operatori sanitari ritengano che sia necessario per salvarmi la vita (Artt 15-28, 29). Rifiuto di depositare il mio sangue, che mi venga trasfuso in un secondo tempo.

3. **In merito ai trattamenti di fine vita:** [apportare le proprie iniziali a una delle due voci]  
(a) \_\_\_\_\_ Non voglio che la mia vita venga prolungata se c'è la ragionevole certezza medica che le mie condizioni sono senza speranza.  
(b) \_\_\_\_\_ Voglio che la mia vita venga prolungata il più possibile nei limiti delle pratiche mediche generalmente accettate, anche se questo significherebbe che potrei essere tenuto in vita per anni mediante l'uso di macchine.

4. **In merito ad altre disposizioni di tipo sanitario** (ad esempio terapie in corso, allergie, problemi di salute, o qualsiasi altra informazione relativa alle mie volontà in campo sanitario), specifico quanto segue:

5. Non concedo a nessuno (nemmeno al fiduciario che ho indicato) l'autorità di ignorare o annullare le disposizioni che ho esposto in questo documento. I miei familiari, parenti o amici potrebbero non essere d'accordo con me, ma questo non interferisce con il mio rifiuto delle emotrasfusioni o con le altre disposizioni.

6. A eccezione delle questioni summenzionate, indico di seguito il mio fiduciario affinché decida per me in merito a questioni sanitarie. Gli conferisco pieni poteri e l'autorità di accettare o rifiutare a nome mio i trattamenti sanitari (incluse la nutrizione e l'idratazione artificiali), consultarsi con i medici, ricevere copia dei miei referti e adire le vie legali per assicurarsi che le mie volontà vengano rispettate. Qualora il mio fiduciario non sia disponibile, disposto a svolgere le sue funzioni o in grado di farlo, indico un fiduciario supplente affinché agisca con la stessa autorità.

(Firma leggibile del redattore) \_\_\_\_\_ Data \_\_\_\_\_  
(Indirizzo) \_\_\_\_\_

**FIDUCIARIO\***  
Nome e cognome: \_\_\_\_\_  
Nato/a a: \_\_\_\_\_  
Indirizzo: \_\_\_\_\_  
Telefono: \_\_\_\_\_  
Data e firma leggibile per accettazione \_\_\_\_\_

**FIDUCIARIO SUPPLENTE\***  
Nome e cognome: \_\_\_\_\_  
Nato/a a: \_\_\_\_\_  
Indirizzo: \_\_\_\_\_  
Telefono: \_\_\_\_\_  
Data e firma leggibile per accettazione \_\_\_\_\_

\* Nota: Il documento dovrà essere sottoscritto ai sensi dell'art. 4, comma 6, della Legge del 22 dicembre 2017, n. 219.

Disposizioni anticipate di trattamenti sanitari (DAT) e indicazione del fiduciario (documento firmato all'interno)

**NIENTE SANGUE**



Pagina 1 di 2

### Modello di D.A.T. utilizzato dai Testimoni di Geova (fonte: Congregazione Cristiana dei Testimoni di Geova)

Riguardo alla registrazione delle D.A.T., nonostante la legge sia entrata in vigore all'inizio del 2018, i dati disponibili non sono molto confortanti e risultano purtroppo incompleti. L'associazione Coscioni ha svolto un'indagine di sua iniziativa interpellando i Comuni italiani su quante D.A.T. abbiano già registrato. Purtroppo solo la metà dei Comuni italiani ha risposto. Dai dati raccolti risulterebbero registrate circa 220.000 disposizioni, ma è un dato che non consente di fare calcoli statistici. L'Ente dei Testimoni di Geova stima che all'incirca 180.000 Testimoni di Geova abbiano registrato le D.A.T. Non è possibile, in ogni caso, al momento fare una stima corretta. Fa riflettere comunque che uno strumento tanto utile per la tutela del cittadino sia stato utilizzato da così poche persone. Probabilmente c'è stata una carenza da parte delle istituzioni nell'avviare un'adeguata campagna di informazione rivolta ai cittadini sulla possibilità di firmare questo documento, che ovviamente è utile non solo ai Testimoni di Geova, che ad oggi ne risultano essere i maggiori utilizzatori. Indipendentemente dal tipo di scelta sanitaria e dal proprio credo, la sottoscrizione e la registrazione delle D.A.T. permettono di manifestare in modo vincolante le proprie volontà in campo medico, anche in vista di una futura incapacità di autodeterminarsi.

### 5.2. La difficile affermazione delle D.A.T.: Il caso del Comune di Napoli<sup>35</sup>

Un'ulteriore possibile causa dello scarso utilizzo delle D.A.T. a livello generale può essere inoltre rinvenuta nelle more con cui molti Comuni hanno recepito la normativa e il ritardo nell'organizzare

<sup>35</sup> G.ALESSI, Tribunale di Napoli – Decreto 907/2022: rifiuto di registrazione delle Disposizioni Anticipate di Trattamento (D.A.T.) da parte dell'Ufficio dello Stato Civile, in [www.biodiritto.it](http://www.biodiritto.it); M. PARADISI, *Disposizioni anticipate di trattamento (D.A.T.): il Tribunale ordina all'Ufficio dello Stato civile la registrazione, nota di commento allegata all'articolo di G. Alessi, op.cit.*, (ultima consultazione 17/08/2023).

un'adeguata struttura per la ricezione delle disposizioni anticipate di trattamento. Un caso emblematico delle difficoltà concrete con cui si confrontano quotidianamente i cittadini per dare valore alle proprie volontà in campo sanitario è quello del Comune di Napoli. Dopo inutili tentativi di ottenere la registrazione delle proprie D.A.T. da parte dell'Ufficio comunale addetto, due coniugi napoletani Testimoni di Geova si sono rivolti al Tribunale chiedendo di ordinare all'Ufficiale di Stato Civile del Comune di ricevere le loro disposizioni anticipate di trattamento e procedere con la relativa annotazione sul "Registro dei Testamenti Biologici". Ciò come mera applicazione della disposizione dell'art.4, comma 6 della Legge n. 219/2017 secondo cui le D.A.T. possono essere anche redatte per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'Ufficio di Stato Civile del proprio Comune di residenza, il quale provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito. L'addetto comunale aveva lungamente giustificato la mancata registrazione per motivi di sicurezza a causa del Covid-19, negando di fatto il servizio per molti mesi. I richiedenti, quali Testimoni di Geova, ritenevano necessario tutelare la propria determinazione in campo sanitario in ossequio alle proprie convinzioni religiose, posto che solo compiendo le formalità previste dall'art. 4, comma 6, della Legge n. 219/2017 per attribuire valore legale alle loro D.A.T., il medico è tenuto al loro rispetto. Se dunque la possibilità di registrare le proprie D.A.T. assume oggi per ogni cittadino maggiorenne un elemento imprescindibile per l'effettivo esercizio del diritto alla salute e di autodeterminazione, a tutela dei propri valori e delle proprie personali concezioni di vita e di salute, intendendosi con ciò tutta la dimensione psico-fisica-esistenziale che va al di là del mero benessere fisico, nel caso dei Testimoni di Geova ciò implica in aggiunta un complesso concorso di principi che chiamano in causa l'esercizio della libertà di religione e di culto<sup>36</sup>. Partendo da tali presupposti, i coniugi di Napoli hanno deciso di fare ricorso all'autorità giudiziaria con lo strumento previsto dall'art. 95 del D.P.R. n. 396 del 2000, al fine di ottenere l'applicazione della normativa nazionale che, senza troppe formalità, pone a carico dei Comuni l'onere di raccogliere le D.A.T.. Essa infatti prevede che l'Ufficiale di Stato Civile, una volta verificati i presupposti stabiliti dalla norma, ha l'obbligo di ricevere le D.A.T. e fornire al disponente formale ricevuta (Circolare n. 1/2018 dell'8/2/2018 del Ministero dell'Interno che ha fornito indicazioni operative ai Comuni). Così, il Tribunale di Napoli con il decreto emesso in data 06/05/2022, in accoglimento del ricorso, ha ingiunto all'Ufficiale di Stato Civile di ricevere le D.A.T. e di procedere all'annotazione nel Registro dei Testamenti Biologici e agli altri adempimenti di legge. Questo recentissimo caso of-

<sup>36</sup> A tal riguardo la Corte di Cassazione civile si è espressa più volte fino a consolidare il proprio orientamento. Si consideri la più risalente sentenza Cassazione civile, sez. I, n. 21748 del 16/10/2007 (caso Englaro) la quale fa riferimento alla «nuova dimensione che ha assunto la salute, (non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza)». La sentenza della Cassazione civile sezione III, n. 29469 del 23/12/2020, ha enunciato il seguente principio di diritto: «il Testimone di Geova, che fa valere il diritto di autodeterminazione in materia di trattamento sanitario a tutela della libertà di professare la propria fede religiosa, ha il diritto di rifiutare l'emotrasfusione pur avendo prestato il consenso al diverso trattamento che abbia successivamente richiesto la trasfusione, anche con dichiarazione formulata prima del trattamento medesimo, purché dalla stessa emerga in modo inequivoco la volontà di impedire la trasfusione anche in ipotesi di pericolo di vita». Inoltre la medesima Suprema Corte con sentenza n. 515 del 15/1/2020, ha affermato nei riguardi del paziente testimone di Geova: «È sufficiente ribadire che la natura del diritto esercitato, cioè il rifiuto dell'emotrasfusione, ha acquistato una tale rilevanza anche nella coscienza sociale da non ammettere limitazioni di sorta al suo esercizio».

ferto dai coniugi Testimoni di Geova di Napoli offre l'occasione per ravvivare il dibattito sui temi della Legge n. 219/2017 e, in particolare, sullo stato effettivo di attuazione delle Disposizioni Anticipate di Trattamento (D.A.T.).

## 6. Quarto Profilo: Il rapporto di collaborazione e stimolo fornito alla scienza medica

Il rapporto tra scienza e religione è spesso visto come antitetico, come due visioni della realtà umana che si contrappongono senza soluzione. Tuttavia, nel caso dei Testimoni di Geova la questione assume un carattere particolare. Molti medici affermano che il rifiuto delle emotrasfusioni da parte dei Testimoni di Geova è stata una richiesta non ostativa alla scienza, bensì propulsiva. Infatti, l'istanza avanzata dai Testimoni di Geova ai medici non è quella di astenersi dal curarli, ma di utilizzare tutte le conoscenze che hanno, le tecniche più avanzate e tutto l'ingegno disponibile per trovare nuove soluzioni che consentano di essere curati senza fare ricorso al sangue. Questa istanza ha fatto sì che potessero svilupparsi le moderne strategie di chirurgia *bloodless* che permettono a tutti i pazienti, non solo ai pazienti Testimoni di Geova, di essere curati evitando le conseguenze e gli effetti collaterali che una trasfusione può comportare, essendo un trattamento non esente da rischi. Le nuove tecniche della chirurgia *bloodless* permettono oggi di effettuare operazioni senza sangue anche tra le più complesse e a rischio emorragie come ad esempio trapianto di fegato, trapianto di rene, intervento al pancreas e dissezione aortica.

### 6.1. I Comitati di Assistenza Sanitaria (C.A.S.)<sup>37</sup>

In oltre 110 Paesi del mondo opera una rete internazionale formata da circa 1.700 Comitati di assistenza sanitaria (C.A.S.) dei Testimoni di Geova<sup>38</sup>. Ne fanno parte ministri delle comunità locali che interagiscono con cognizione di causa con medici, personale ospedaliero e operatori sociali. I C.A.S. hanno il compito di fare da punto di raccordo tra medici e pazienti Testimoni di Geova e assistere i medici che hanno in cura pazienti Testimoni, provvedendo articoli tratti da autorevoli riviste mediche e informazioni attendibili sotto il profilo scientifico su strategie cliniche che consentono di gestire il paziente senza ricorso a trasfusioni di sangue allogenico. Aiutano i pazienti Testimoni e i sanitari a chiarire eventuali problemi etici connessi con le cure mediche. In particolare aiutano i Testimoni di Geova a rivolgersi alle strutture e agli specialisti che sono adeguatamente formati e dispongono della strumentazione tecnica necessaria per la chirurgia senza trasfusioni. In Italia attualmente i Comitati di assistenza sanitaria sono 80 e svolgono un ruolo di raccordo con 5.000 medici che operano in oltre 600 strutture sanitarie<sup>39</sup>.

Tale collaborazione col tempo ha promosso nella classe medica una maggiore attenzione verso le esigenze del paziente, che ha portato a riconoscere una maggiore dignità e valore alle sue volontà, oltre ad avere favorito eccellenti risultati nel campo della medicina e chirurgia senza sangue, che me-

<sup>37</sup> Alcune informazioni generali sui Comitati di Assistenza Sanitaria dei Testimoni di Geova sono disponibili sul sito ufficiale [www.jw.org](http://www.jw.org): *Comitati di assistenza sanitaria per i Testimoni di Geova* (ultima consultazione 17/08/2023).

<sup>38</sup> S. ATTOLLINO, *Fede, cura, sanità – Contributo allo studio degli ospedali religiosi nel sistema nazionale*, Bari, 2020, 31-34.

<sup>39</sup> Dati forniti dalla Congregazione Cristiana dei Testimoni di Geova.

ritano di essere riportati. Infatti le tecniche senza sangue sono state spesso usate per la prima volta sui pazienti Testimoni di Geova che le richiedevano. Tuttavia, alla luce dei benefici riscontrati, oggi sono generalmente utilizzate per chiunque. Come abbiamo menzionato all'inizio della nostra considerazione, questo è inoltre in linea con le raccomandazioni del Ministero della Salute (*Patient Blood Management Italia | Patient Blood Management in Italia*<sup>40</sup> e dell'OMS/WHO (*The urgent need to implement patient blood management: policy brief*)<sup>41</sup>.

Inoltre, la presenza dei C.A.S. all'interno delle strutture sanitarie garantisce al paziente un certo grado di serenità. Infatti, svolgono una funzione di indirizzo dei pazienti verso le strutture che sono disposte ad operare senza fare ricorso al sangue e ciò dà al paziente la tranquillità che la propria volontà verrà rispettata. Su tali benefici si è pronunciato il Prof. Massimo Franchi, ordinario di ginecologia e ostetricia e Direttore del Dipartimento materno infantile Az. Osp. Universitaria integrata di Verona, che in un'intervista afferma: «Devo dire che nei CAS ho sempre trovato persone estremamente ragionevoli. Posso dire per esperienza che la collaborazione con i C.A.S. ha prodotto benefici enormi nei rapporti con i pazienti Testimoni di Geova. Lo stesso è accaduto nelle pazienti straniere che avevano difficoltà di comunicazione poiché non potevano contare sull'aiuto di mediatori culturali.»<sup>42</sup>

## 6.2. I progressi della medicina e il rapporto di fiducia tra medico e paziente

Riguardo alla chirurgia senza sangue, il Prof. Franchi afferma:

«Non esiste un intervento chirurgico che non possa essere eseguito senza ricorrere all'uso del sangue. Il problema – precisa – è la capacità del medico e la possibilità di adottare le opportune misure. Ho ripetuti momenti di consultazione con la paziente riguardo alla sua volontà, in modo che io sia certo, da un punto di vista etico, che sia pronta a difendere la sua fede anche al possibile prezzo della sua vita. Questo, secondo me, è l'aspetto più importante, come medico e persona ritengo che non sia mai possibile andare contro la volontà di una paziente, una volta che tale volontà sia ben accertata. Di questo sono totalmente convinto»<sup>43</sup>.

E che dire dell'affermazione che spesso si sente dire riguardo al fatto che i Testimoni di Geova rifiutano le trasfusioni e farebbero così morire i propri figli? Anche questo è un pregiudizio da abbattere. Il Prof. Alessandro Frigiola, Direttore della Cardiocirurgia delle Patologie congenite al Policlinico San Donato di Milano e Presidente dell'Associazione Bambini cardiopatici nel Mondo dice: «Nei paesi del Terzo mondo è difficile trovare sangue. Se non ci fossero state strategie alternative alle emotrasfusioni, migliaia di bambini non avrebbero potuto essere operati e probabilmente sarebbero morti. Sicuramente lo stimolo a cercare soluzioni al di fuori della trasfusione è venuto proprio dal fatto di lavorare con i Testimoni di Geova»<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> [centronazionale sangue.it](http://centronazionale sangue.it).

<sup>41</sup> [who.int](http://who.int), ultima consultazione 23/08/2023.

<sup>42</sup> Intervista pubblicata dall'agenzia di stampa DIRE e disponibile sul sito <https://www.dire.it/05-09-2022/783642-franchi-trasfusione-atto-abbastanza-inutile-tranquillizza-piu-il-medico-che-il-paziente/> (ultima consultazione 22/08/2023).

<sup>43</sup> Cit. nota 41.

<sup>44</sup> Intervista pubblicata dall'agenzia di stampa DIRE e disponibile sul sito <https://www.dire.it/19-09-2022/791599-la-storia-del-piccolo-andrea-testimone-di-geova-operato-a-cuore-aperto-senza-sangue/> (ultima consultazione 22/08/2023).

Il Prof. Alessio Pace, pioniere in Italia della medicina senza sangue, già responsabile della Clinica addominale di Roma, della chirurgia d'urgenza dell'Aurelia Hospital e docente presso le scuole di specializzazione dell'Università di Tor Vergata di Roma, spiega un aspetto di notevole interesse: «Ogni trasfusione blocca il midollo nella produzione dei globuli bianchi, dei rossi e delle piastrine e questo vale sia per la trasfusione che per il pre-deposito perché nel momento in cui il sangue esce dalla circolazione si comporta come quello di un altro soggetto»<sup>45</sup>. Molti medici ritengono che la re-infusione nel corpo di una persona del suo stesso sangue prelevato precedentemente equivalga a un trapianto d'organo e crei comunque problemi di incompatibilità e quindi rischi per il paziente. Non è per questo che i Testimoni di Geova rifiutano anche il sangue autologo; lo fanno per motivi religiosi e lo facevano prima che si scoprisse che il sangue uscito dal corpo si comporta come quello di un altro soggetto, ma c'è da dire che le loro scelte hanno in qualche modo precorso le scoperte scientifiche. Aggiunge poi: «Negli anni '80 era impossibile pensare di non trasfondere sotto certi valori del sangue. Oggi è una pratica suggerita anche dall'OMS». Il Prof. Pace ha effettuato almeno 40.000 interventi, la maggioranza dei quali senza bisogno di trasfusioni, di questi circa 13.000 su pazienti Testimoni di Geova. Nell'intervista egli ricorda come la medicina senza sangue, alla base delle strategie del *Patient Blood Management* promosse con la risoluzione dell'OMS per preservare i livelli di emoglobina nei pazienti e ridurre al minimo le perdite ematiche in tutti i pazienti, sia un bene per la salute di tutti. Il professore ricorda che negli anni '80 nessuno operava con valori di emoglobina inferiori a 7; in simili casi era infatti inconcepibile e impraticabile per la scienza medica di allora non trasfondere. Il professore iniziò così pionieristicamente a operare senza trasfondere tracciando un solco nel quale oggi proseguono migliaia di medici.

Riguardo al pregiudizio che molti medici avevano nei confronti dei Testimoni di Geova, anche la Prof.ssa Pia Di Benedetto, Direttrice dell'UOC Coordinamento blocchi operatori dell'Ospedale Sant'Andrea di Roma, ricorda: «Trent'anni fa l'atteggiamento verso chi rifiutava il sangue era di pregiudizio annunciato, poiché la richiesta veniva da un gruppo religioso. All'epoca i medici non avevano ancora a supporto la letteratura scientifica che adesso è evidente. Noi dobbiamo dire grazie ai Testimoni di Geova, che con il loro input si sono sottoposti a interventi con forte anemizzazione migliorando i trigger trasfusionali più di quanto pensavamo»<sup>46</sup>.

Non c'era letteratura scientifica perché non c'era nessuno che accettasse di fare da "cavia". Si preferisce sempre la comoda e sicura vecchia strada. Seneca diceva che non è perché le cose sono difficili che non osiamo farle, ma è perché non osiamo farle che sembrano difficili<sup>47</sup>, e i Testimoni di Geova, correndo il rischio sulla propria pelle, hanno osato e hanno chiesto ai medici di osare. Il risultato è stato sorprendente! L'avanzamento delle tecniche *bloodless* è stato rapido e significativo, portando benefici a tutti i pazienti del mondo. Ecco perché, come detto in precedenza, c'è un rapporto partico-

<sup>45</sup> Intervista pubblicata dall'agenzia di stampa DIRE e disponibile sul sito <https://www.dire.it/28-06-2022/754708-professor-alessio-pace-pioniere-medicina-senza-sangue-storia/> (ultima consultazione 22/08/2023).

<sup>46</sup> Intervista e video pubblicati dall'agenzia di stampa DIRE e disponibile sul sito <https://www.dire.it/18-07-2022/763274-di-benedetto-sangue-trasfuso-da-immunodepressione-e-recrudescenza-nei-pazienti-oncologici/> (ultima consultazione 22/08/2023).

<sup>47</sup> «Non quia difficilia sunt non audemus, sed quia non audemus difficilia sunt» in L.A. SENECA, *Lettere a Lucilio*, lett. 104, 26, 798, R. MARINO (traduttore), Trebaseleghe (PD), 2016.

lare tra la religione dei Testimoni di Geova e la scienza: non è stata la religione, come spesso accade, ad adattarsi al progresso scientifico, ma è stata la scienza medica a fare un salto avanti accettando la sfida di accogliere le istanze dei Testimoni di Geova.

## 7. Brevi conclusioni

La breve analisi sin qui condotta ci porta a concludere che, sebbene vi siano alcuni nodi ancora da sciogliere, tanti sono i risultati raggiunti. Quello che possiamo auspicare è che si continui a prestare una sempre maggiore attenzione alle esigenze e alle volontà del paziente, chiunque egli sia e indipendentemente da quali siano le motivazioni etiche e/o religiose che lo muovono ad autodeterminarsi in un certo modo. Così, una volta poste le basi giuridiche e mediche in cui muoversi, seppure le stesse siano in continua evoluzione, il punto non è più se il medico o il giurista condividano le scelte del paziente, essi devono limitarsi a rispettarle. La richiesta avanzata dai Testimoni di Geova di veder riconosciuto il diritto di rifiutare un trattamento sanitario non obbligatorio, come le emotrasfusioni, anche quando sia a rischio la stessa vita, attraversa la cultura giuridica, medica e sociale del nostro Paese da oltre quarant'anni. In questi anni si è passati dal totale rigetto della volontà del paziente con prevalenza di un atteggiamento paternalistico dei medici che pretendevano una quasi totale abdicazione della volontà dell'individuo a favore della tutela della vita ad ogni costo, al ribaltamento delle posizioni e all'affermazione del *favor patientis* con riconoscimento della sua volontà come fulcro del processo di cura. L'esperienza dei Testimoni di Geova e il loro rapporto con la bioetica si pongono dunque come un caso positivo di propulsione. Ciò è avvenuto sia in campo giuridico che in campo medico. Nel primo l'affermazione del diritto all'autodeterminazione è stata frutto di una crescente giurisprudenza che, sollecitata spesso dai Testimoni di Geova, di fronte al vuoto normativo ha indicato la rotta al legislatore fino all'approvazione della Legge 219/17. Nel secondo, le richieste dei Testimoni di Geova hanno indirizzato la ricerca verso le nuove strategie *bloodless* che sono oggi un patrimonio comune a beneficio di ogni paziente consentendo di accogliere, anche nei casi più estremi, la richiesta di non subire coattivamente emotrasfusioni.

L'esperienza offerta dai Testimoni di Geova ha fornito un contributo in campo scientifico e giuridico all'affermarsi dei valori etici e religiosi in riferimento alle scelte mediche, contribuendo al progresso della medicina e all'evolversi della giurisprudenza nel senso di riconoscere e valorizzare sempre più la libertà religiosa nelle sue molteplici applicazioni. Un passo avanti nella tutela dei diritti dei fedeli Testimoni di Geova, che si è trasformato in un passo avanti nella tutela della libertà di ogni individuo. Come affermava Roland H. Bainton: «Laddove non sia garantita la libertà religiosa non potrà prosperare nessuna libertà civile. I problemi della libertà religiosa, infatti, si dilatano fino a toccare il problema di ogni libertà e di ogni diritto»<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> R.H. BAINTON, *La lotta per la libertà religiosa*, F. MEDIOLI CAVARA (traduttore), Bologna, 1963, prima di copertina.



# Jehovah's Witnesses and Bioethics, Right to Treatment and Religious Freedom

Laura Mattei\*

**ABSTRACT:** Jehovah's Witnesses' refusal of blood transfusions has crossed legal and scientific culture for several decades, leaving an indelible mark. The analysis starts from the religious reasons for such a choice and examines the propulsive stimulus offered to the judiciary to cover the regulatory gap with its decisions, to the legislature to pass the law on informed consent, and to physicians driven to develop new techniques and to apply bloodless medicine more and more widely. The article focuses on the particular use of advance directives in a pro-life sense, the important results achieved and the difficulties that still exist in enforcing patients' rights.

**KEYWORDS:** Religious freedom; Jehovah's Witnesses; blood transfusions; informed consent; advanced directives

**SUMMARY:** 1. Introduction – 2. Introduction. Individual responsibility in bioethical choices – 3. First aspect: The religious reasons for refusing blood transfusions – 3.1 What exactly do Jehovah's Witnesses reject? – 4. Second aspect: The legal elements involved in the refusal of blood transfusions – 4.1 Rejection expressed by minors and for minors: respect and limits of parental authority – 5. Third Aspect: The new regulations on informed consent and the protection of refusal – 5.1 The ATD: advance healthcare directive and its particular pro-life use – 5.2 The difficult affirmation of ATD: The case of the Town Council of Naples – 6. Fourth Aspect: The relationship of collaboration and stimulus provided to medical science – 6.1 The Hospital Liaison Committees (HLC) – 6.2 Medical progress and the relationship of trust between doctor and patient – 7. Brief conclusions.

## 1. Introduction

**D**ecisions that concern ethical values involve religious denominations and their followers also in the field of healthcare. The objective of this discussion is to illustrate the position of Jehovah's Witnesses regarding the choice of medical treatments and examine it in its various bioethical aspects in relation to the new laws, the most recent case-law and new medical techniques and strategies offered by modern science to address ethical and religious dilemmas. The exam is the direct result of my professional experience. As a lawyer I have found myself several times over the years assisting Jehovah's Witnesses men and women in defending their right to self-determination with respect to medical care, i.e. in the practical implications of this right recognized by law: deciding in full conscience and freedom how to get treated and what health treatment to undergo. This contribution is essentially divided into four aspects. In the first one we will try to understand the religious reasons underlying the position of Jehovah's Witnesses on this issue; the second

---

\*Lawyer of the Court of Rome, counsel before the high courts and the Supreme Court of Cassation. Mail: [avvocato.lauramattei@gmail.com](mailto:avvocato.lauramattei@gmail.com). The article was subject to a double-bind peer review process.

will analyse some of the most recent case-law on cases that directly involved Jehovah's Witnesses. The objective will be to ascertain what results have been achieved and whether there are still any unresolved issues for jurists. In the third section we will briefly examine the new regulations that regulate the matter of informed consent and the Advance Healthcare Directives (ATD), focusing on the particular use made of them by Jehovah's Witnesses, which is perhaps surprising due to its peculiar aspects, which we can define as 'pro-life', and therefore much broader than the way in which it is understood and applied in general. In the last point we will finally discover what relationship has been established over the years between the religion of Jehovah's Witnesses and medical science. That is, we will see whether there really is a conflict between the two positions, which are presumed to be driven one by faith and the other by reason, or whether there is instead a relationship of collaboration and trust.

## 2. Introduction. Individual responsibility in bioethical choices

No one is immune from prejudices and stereotypes and the distortions that these generate in our perception and vision of reality. Unfortunately, we often rely on cursory assessments, which are useful to overcome the lack of direct and in-depth – and perhaps more tiring – knowledge of reality. These are rigid and long-lasting mental patterns, all the stronger if they are shared by the majority. The mental images evoked by the term *Jehovah's Witnesses* are essentially two stereotypes: the first is that of those who go around knocking on doors and talking to others about the Bible, the second is that of the refusal of blood transfusions which probably creates a little more alarmism if not, at times, real hostility. To the average citizen, the refusal of blood transfusions seems, by logic or common sense, to be an absolutely irrational, fundamentalist choice – a sort of contempt for life and a total refusal of medical care. However, if the first mental image (i.e. the evangelization activity on the streets and door to door) corresponds to the truth, because Jehovah's Witnesses actually believe that "spreading the Word of God" is a biblical command to be respected and implemented in practice, it is not equally true that Jehovah's Witnesses do not value life and do not undergo medical treatment. It is therefore unjustified to consider the refusal of blood transfusions as a reactionary position, contrary to life or science in general, and medicine in particular. Jehovah's Witnesses believe that, just like biblical evangelism, the rejection of blood is also a biblical command that must be respected. Is it true that refusing blood transfusions is a dangerous choice and a rejection of life, and that the believers therefore prefer to let themselves die? Clichés, in this case as in every situation in life, are put before us as ready-made truths and offer clear and ready-to-use answers, but they deserve to be analysed and explored, and possibly denied, because in reality they do nothing but close the way to a true and effective knowledge of a phenomenon. Let us consider what the position of Jehovah's Witnesses is regarding medical treatment. First of all, it must be clarified that no one is born a Jehovah's Witness, unlike what generally happens for the members of the majority of other religions. Becoming a Jehovah's Witness is a personal and conscious choice, made only after having made an in-depth study of the Bible. The choice therefore does not arise from a mysterious mystical transport but from study and personal knowledge and is nothing other than the decision to align

one's life with biblical principles.<sup>1</sup> This choice is realised and expressed through public baptism through complete immersion in water (following the practice followed by the Christians of the 1<sup>st</sup> century),<sup>2</sup> with which one officially becomes a Jehovah's Witness. Baptism is not practiced on infants, since an infant could not study, understand and therefore consciously choose to conform to biblical principles. In order to be baptized and become Jehovah's Witnesses it is therefore necessary to be an adult or at least a so-called *mature minor*. The choices of each individual Witness to follow the doctrines and live according to the principles taught by the religion arise from a personal adherence, and not from a family imposition/tradition. It may also happen that the religion may be the family religion, shared by the entire family or by a parent, but essentially that of Jehovah's Witnesses is a religion of the individual, who with their own conscience and rationality make very personal choices. The key principle that guides these choices is that life is "sacred",<sup>3</sup> that is, it comes from God, as other religious denominations also declare, and it must be preserved.

The sacredness of life also has a more practical connotation. This can be understood, for example, from the respect that Jehovah's Witnesses show for life ever since it is represented only by an embryo. In the case of Jehovah's Witnesses, in fact, the problem of calculating the weeks or identifying the moment in which the foetus becomes a life so to decide whether to terminate the pregnancy or not does not arise. According to their interpretation of the Bible, from the moment the embryo is formed, life is created, which as such is considered sacred. A passage from the Bible used as a reference for this position is Psalm 139 verse 16 in which it is said: "Your eyes saw me still formless; the days were all written in your book when none yet existed!" (Ed. CEI 2008).<sup>4</sup>

<sup>1</sup>R. DI MARZIO, *Essere Testimone di Geova. Vivere nel mondo senza farne parte*, in *The Journal of CESNUR*, 4 supplement, 6, 2020, 1-24. Also available on the website [www.cesnur.net](http://www.cesnur.net).

<sup>2</sup>Under the heading "Baptism (in the Bible)", the *New Catholic Encyclopedia*, 2, 59, reports: "It is evident that in the early Church baptism occurred by immersion".

<sup>3</sup>'Life' as an asset takes on a conception of 'sacredness' according to a religious and moral approach of the various confessions which, on the base of their own dogmas, attribute different contents to it. These conceptions inevitably influence the believer in his choices, including those of a healthcare nature, through which he makes use of this 'good' in harmony with his beliefs. It therefore follows a diversity of plans and values with respect to the good-life as understood in the juridical setting referred to the values and principles of the State. In this contribution, based on long direct professional experience as a lawyer for Jehovah's Witnesses, we will limit ourselves to examining the right to refuse blood transfusions and to make use of therapies that do not use blood. These therapeutic choices which relate more closely to the 'good-health' are today fully regulated in Italy and are part of the normal medical options offered and guaranteed to the patient. However, we will not address issues relating to the use of the 'good life' to the extreme, such as euthanasia and the so called assisted-suicide, as they are extraneous and contrary to the doctrine of Jehovah's Witnesses, who exclusively advance requests that are aimed at being treated in the best possible way and in the respect for their faith.

<sup>4</sup> Unofficial translation. Rendering of the verse in the official Catholic translation approved by the Italian Episcopal Conference extracted from the site <https://www.bibbiaedu.it/CEI2008/> (accessed 23 August 2023). Compare with "Your eyes even saw me as an embryo; All its parts were written in your book. Regarding the days when they were formed, before any of them existed" according to the rendering of the *New World Translation of the Holy Scriptures*, available on the official website of Jehovah's Witnesses [www.jw.org](http://www.jw.org) (last consulted on 23 August 2023). For a useful comparison with other versions widespread in the Protestant and evangelical world, below is also the translation of the same passage from *La Nuova Riveduta* in continuity with the version by G. LUZZI and G. DIODATI: "Your eyes saw the shapeless mass of my body, and in your book all the days were written that were destined for me, when none of them had yet arisen" available on the website <https://www.bibleserver.com/> (last accessed 23 August 2023).



Bible teachings give high consideration to physical, as well as spiritual health, the preservation of it and of life in general. Therefore, Jehovah's Witnesses decide to protect their health also in a preventative way by adopting a healthy lifestyle and healthy habits, not using tobacco or drugs, in order to not harmfully contaminate their bodies. Given this basis, choices regarding acceptable or unacceptable treatments depend on individual decisions and evaluations that are made following personal reflections and considerations. Knowledge of the Bible therefore also influences decisions regarding the use of blood in the medical field. Also in this case it is a conscious individual choice guided by religious beliefs. On the official website of Jehovah's Witnesses, [www.jw.org](http://www.jw.org), a large amount of in-depth material of both a doctrinal and scientific nature is available. Among others, in a video<sup>5</sup> on medical choices the Witnesses say: "We love life, and in any medical situation, we want treatments that preserve or restore our health. But more important we want to respect the Creator of life and his law on blood". These are therefore the principles that inspire the choices of Jehovah's Witnesses. Preserving health is the central theme.

### 3. First aspect: the religious reasons for refusing blood transfusions

How does the refusal of blood transfusions arise and what does it involve? The principle according to which blood is life and therefore sacred is already expressed in the books of Genesis and Leviticus. For example, Leviticus chapter 17 verses from 10 to 12 – Ed. CEI 2008 – states "Every man, Israelite or foreigner living among them, who eats any kind of blood, against him, who has eaten the blood, I will turn my face and cut him off from his people. For the life of the flesh is in the blood. Therefore, I have allowed you to place it on the altar as atonement for your lives; because blood atones, as it is life. Therefore, I said to the Israelites: No one among you will eat blood, not even the stranger who lives among you will eat blood".<sup>6</sup> The same concept is finally addressed in the book of Acts of the Apostles in chapter 15, verses 28 and 29, which states: "In fact, it seemed good to the Holy Spirit and to us not to impose any other obligation on you other than these necessary things: abstaining from

<sup>5</sup>Video *How to make Health-Care Decisions Regarding Blood*, available at [www.jw.org/library/videos/TheBible/ApplyBibleprinciples](http://www.jw.org/library/videos/TheBible/ApplyBibleprinciples) (last consulted on 23 August 2023).

<sup>6</sup> Unofficial Translation. Rendering of the verse in the official Catholic translation approved by the Italian Episcopal Conference extracted from the site <https://www.bibbiaedu.it/CEI2008/> (last accessed 23 August 2023). Compare this with "If any man of the house of Israel or any foreigner who is residing in your midst eats any sort of blood, I will certainly set my face against the one who is eating the blood, and I will cut him off from among his people. For the life of the flesh is in the blood, and I myself have given it on the altar for you to make atonement for yourselves, because it is the blood that makes atonement by means of the life in it. 12 That is why I have said to the Israelites: 'None of you should eat blood, and no foreigner who is residing in your midst should eat blood.'" from the *New World Translation of the Holy Scriptures*, available on the official website of Jehovah's Witnesses, <http://www.jw.org/>, used as a reference translation by Jehovah's Witnesses (last accessed 23 August 2023). For a useful comparison with other versions widespread in the Protestant and evangelical world, below is also the translation of the same passage from *La Nuova Riveduta* in continuity with the version by G. LUZZI and G. DIODATI: "If a man of the house of Israel, or one of the foreigners who live among them, eats any kind of blood, I will set my face against the person who eats blood and will cut him off from among his people. For the life of the flesh is in the blood. This is why I ordered you to place it on the altar to make atonement for your people; because the blood is what makes the atonement, through life. Therefore, I said to the children of Israel: 'No one among you will eat blood; not even the stranger who lives among you will eat blood'", available on the website <https://www.bibleserver.com/> (accessed 23 August 2023).

meat offered to idols, from blood, from strangled animals and from unlawful unions. You will do well by staying away from these things. Good health to you!" (Ed. CEI 2008 ).<sup>7</sup> This statement of principle was the fruit of the first apostolic council in 49 AD, when 'the pillars' of Christianity met in Jerusalem to decide what were the doctrines to follow to define themselves as 'Christians': among these they included that of abstaining from meat offered to idols and blood. Jehovah's Witnesses trace their roots back to 1<sup>st</sup> century Christianity, when the first believers did not accept blood in any way. We learn this from various historical sources.

For example, at the end of the 3<sup>rd</sup> century AD Eusebius of Caesarea reports in the *Ecclesiastical History* that in Lyon in 177 AD, more than a hundred years after the Council of Jerusalem, a woman named Biblide said to religious enemies who accused Christians of eating children: "How could these people who are forbidden even to feed on the blood of animals without reason eat children?" Then she confessed herself Christian and was counted among the martyrs".<sup>8</sup> At the end of the 2<sup>nd</sup> century Tertullian, (Christian apologist and writer, ca.160-230 AD), writes in the *Apologeticum*: "You are in error towards the Christians and should blush for it. We do not even have the blood of animals among our foods and for this reason we also abstain from the meat of animals that have suffocated or died, so as not to be contaminated in any way by the blood even buried inside the entrails, so much so that to torture Christians you also give them some black pudding, because you are very sure that it is a food forbidden to them and through it you want to lead them astray".<sup>9</sup> Minucius Felice, a Roman lawyer whose life is variously placed between 160 and 300 AD, highlighted the same fact by writing: "We are not allowed to witness or learn about a murder, and such is our horror of human blood, that we wouldn't even want to taste blood in edible animal foods".<sup>10</sup>

It is a documented historical fact that at the dawn of Christianity the current practice to 'unmask' Christians or to induce them to renounce their faith was to ask them to carry out one of these two actions as a condition for saving their lives: 1) offer incense to the emperor; 2) drink blood. Christians did not agree to carry out either of the two actions: 'incense' represented the adoration that had to be directed solely and exclusively to God, and offering incense to the emperor was therefore understood as an act of idolatry; the blood, representing the sacred life of a person, had to be treated according to precise rules and could not be eaten or taken even for medical reasons. It is interesting, in

<sup>7</sup> Unofficial Translation. Rendering of the verse in the official Catholic translation approved by the Italian Episcopal Conference extracted from the site <https://www.bibbiaedu.it/CEI2008/> (accessed 23 August 2023). Compare with "For the holy spirit and we ourselves have favored adding no further burden to you except these necessary things: to keep abstaining from things sacrificed to idols, from blood, from what is strangled, and from sexual immorality. If you carefully keep yourselves from these things, you will prosper. Good health to you!" from the *New World Translation of the Holy Scriptures*, available on the official website of Jehovah's Witnesses, [www.jw.org](http://www.jw.org), used as a reference translation by Jehovah's Witnesses (accessed 23 August 2023). For a useful comparison with other versions widespread in the Protestant and evangelical world, below is also the translation of the same passage from *La Nuova Riveduta* in continuity with the version by G. Luzzi and G. DiODATI: "In fact it seemed good to the Holy Spirit and to us not to impose any other burden on you other than these necessary things: that you abstain from things sacrificed to idols, from blood, from things strangled and from fornication, you will do well to guard yourselves from these things. You are well.", available on the website <https://www.bibleserver.com/> (accessed 23 August 2023).

<sup>8</sup>E. DI CESAREA, *Storia ecclesiastica*, V, I, 26, unofficial translation.

<sup>9</sup>TERTULLIAN, *Apologetico*, IX, 10, 13, 14, trans. by I. GIORDANI, Rome, 1967, unofficial translation.

<sup>10</sup>M. MINUCIO FELICE, *Ottavio*, XXX, 6, trans. by L. RUSCA, 64, Milan, 1957, unofficial translation.



fact, that the Romans already made medical use of blood. Tertullian himself informs us of this and again in the Apologeticus reports: “Where do you put all those who, during a gladiatorial show, rush to drink greedily, to cure their illness (epilepsy) with the still warm blood gushing from the throats of criminals slaughtered in the arena?”<sup>11</sup> Therefore, Christians were deceptively presented with this choice, since their position was known in advance, and then they were brutally executed using this refusal as a ‘justification’. We have traces of it in the story of the lives of those who are still remembered today as Christian martyrs<sup>12</sup>.

### 3.1. What exactly do Jehovah’s Witnesses reject?

Jehovah’s Witnesses declare that they want to totally follow to primitive Christian doctrine. Thus, in imitation of the Christians of the first century, they ‘abstain’ from blood. The term ‘abstain’ indicated in Acts 15:29 is interpreted as the need not to ingest<sup>13</sup> or take blood in any way, either orally or intravenously.

So, what do Jehovah’s Witnesses reject today? Their refusal refers to blood in its four main components: plasma, white blood cells, platelets and red blood cells. These four parts are considered unacceptable, just as *heterologous* whole blood, i.e. coming from another person, is considered unacceptable, as is *autologous* blood if it is collected and stored in bags to be re-infused later. Although this choice is mainly based on religious reasons that refer to the verses of the Bible already cited, later we will discover that there is also a scientific reason to support the refusal, sustained even by those who are not Jehovah’s Witnesses. The refusal refers to the four main components of blood, but what about the other fractions of the it? From a scientific point of view, we can affirm that today it is technically possible to do what was unthinkable in the past, such as separating small fractions of blood, such as fractions of plasma, white blood cells, platelets and red blood cells, i.e. such infinitesimal parts of blood which in themselves may no longer be considered as such. In these cases we talk about blood products,<sup>14</sup> which include: albumin, gamma globulins and coagulation factors. The religion does not provide any specific indication regarding the acceptability of blood products. Each Witness, based on their own conscience, evaluates and decides whether these fractions are still to be considered ‘blood’ or not and whether they thus fall within the object of the biblical prohibition or not.

Therefore, if transfusions of whole blood and the four main components are generally refused by all Jehovah’s Witnesses, since smaller fractions of blood, or blood products, do not expressly fall within the biblical command to ‘abstain from blood’, they may or may not be accepted: it is a decision that can vary from person to person.

<sup>11</sup>TERTULLIAN, *Op.cit.*

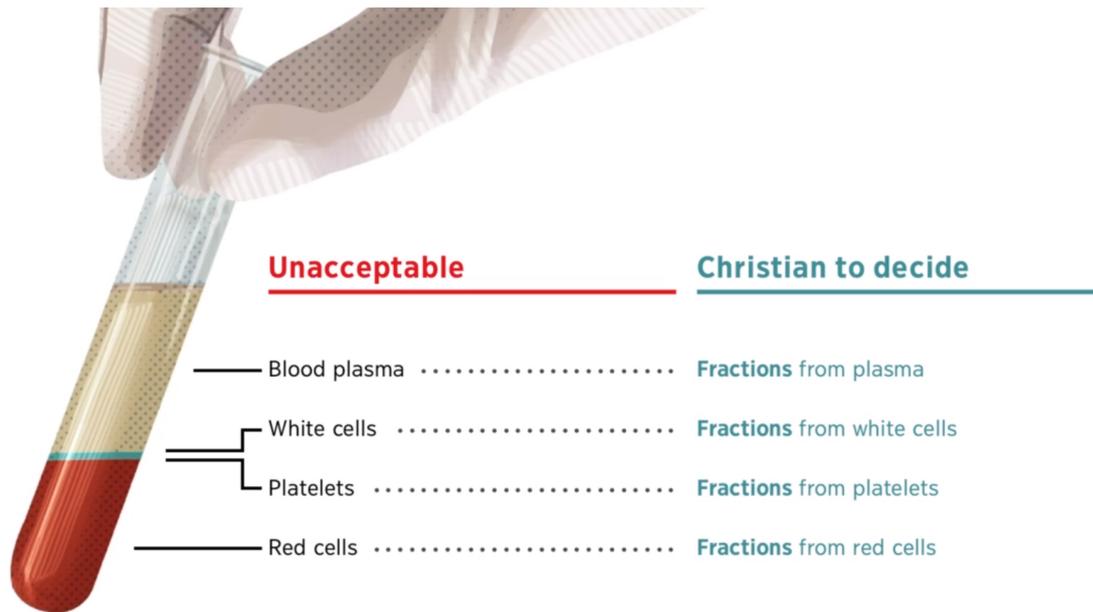
<sup>12</sup> martyr /'martyr/ noun m. and f. [from lat. eccles. *martyr-yr̄is* , Gr. *mártys* – *yros* “witness”]. – 1. (*relig.*) [in primitive Christianity, those who were willing to suffer and even face death in order not to give up their faith]. In Treccani dictionary [http://156.54.191.164/vocabolario/martire\\_%28Sinonimi-e-Contrari%29/](http://156.54.191.164/vocabolario/martire_%28Sinonimi-e-Contrari%29/) (accessed 21 August 2023).

<sup>13</sup> For further information: *Is a transfusion really the same as eating blood?*, in <https://www.jw.org/en/library/books/Reasoning-From-the-Scriptures/Blood/> (accessed 23 August 2023).

<sup>14</sup> For further information on *blood products*, please refer to the AIFA (Italian Medicine Agency) website <https://www.aifa.gov.it/emoderivati> (accessed 23 August 2023).

In summary, the main issues to understand are essentially three:

1. A Jehovah's Witness patient values life, adopts a healthy lifestyle to prevent, as far as possible, damage to their body and in case of illness, seeks the best care available;
2. The refusal of blood transfusions is a choice based on the Bible;
3. Accepting blood fractions is a strictly personal choice based on knowledge of the Holy Scriptures and on the conscience of the individual.



(Image taken from the website [www.jw.org](http://www.jw.org) – Accessed 23 August 2023)

Can the refusal of blood transfusions be considered medically reasonable? Or, as some hastily conclude, is it a sinister and reckless position against life and therefore in direct contrast with the declared respect for its sacredness?

Although the refusal of blood transfusions is known as a prerogative of Jehovah's Witnesses for religious reasons, today it also concerns the scientific world in a much broader way for reasons of a strictly medical nature. Let's start with what is commonly called PBM, *Patient Blood Management*. It is a "multidisciplinary and multimodal strategy that puts patient health and safety at the centre and improves clinical results based on the patients' blood resources. This approach significantly reduces the use of blood products, addressing all modifiable transfusion risk factors even before it is necessary to consider the use of transfusion treatment itself".<sup>15</sup> The PBM program is promoted by the National Blood Centre in Italy, in line with the World Health Organization Resolution<sup>16</sup> aimed at preparing "innovative and more effective methods and tools to guarantee the appropriateness of the organizational and clinical management of the blood resource". These are the main objectives of PBM:

<sup>15</sup>See the National Blood Center website: [pbm.centronazionale sangue.it](http://pbm.centronazionale sangue.it) (accessed 23 August 2023).

<sup>16</sup>Resolution WHA63.12 of 21 May 2010, of the World Health Organization.

1) improve the clinical *outcome* of patients;<sup>17</sup> 2) prevent avoidable transfusions; 3) reduce management costs.

In Italy, and even more so in the world, the number of healthcare facilities that apply and develop PBM is growing. In the United States, the Houston Methodist Hospital in Texas has long been an internationally cutting-edge hospital in *bloodless surgery*, the use of techniques and methods that avoid the use of blood even in the case of very invasive surgical interventions. It is interesting to note that in Houston, within the NSBRI (National Space Biomedical Research Institute), a consortium of all the universities and medical centres in the USA founded by NASA to carry out research on human exploration in space, there is a team that specifically deals with the study and experimentation of operating techniques that exclude the use of blood.<sup>18</sup>

A dangerous misunderstanding often promoted in the media, and unfortunately also in the medical field, is that refusal to blood transfusions is a form of passive euthanasia, given that very often the equation ‘transfusion refusal = death’ is taken for absolutely certain, although it is incorrect in the abstract from a medical-scientific point of view. As we will see later, the data reported by doctors on the front line in *bloodless surgery* confirm that adopting clinical strategies aimed at avoiding the use of blood actually improves, and does not worsen, *the outcome* in patients, i.e. the postoperative course and recovery times.<sup>19</sup> We thus understand that the cliché that there is an inevitable correspondence between the refusal of a blood transfusion expressed by Jehovah’s Witnesses and their certain death can be resolved thanks to the dissemination of greater and better knowledge in the medical field.

#### 4. Second aspect: the legal aspects involved in the refusal of blood transfusions

Each religion has its own system of beliefs that guide the believers’ choices in their daily lives, including those in the medical field. Regardless of what the belief is, the rules of law recognize, protect and make the right to choose effective. In the medical field, informed consent is the prerequisite for eve-

<sup>17</sup>In 2016, *Transfusion*, a leading cutting-edge journal on the topic of transfusions, observed: “evidence [shows] that patients who avoid [blood transfusions] achieve the same, if not better, outcomes than those who accept [blood transfusions]” and this “approach could reduce risks, improve outcomes and reduce costs for all patients”. A recent European study demonstrates that the implementation of strategies aimed at reducing blood losses, in all surgical disciplines, carried out in four German university clinics, was safe, minimized the risks deriving from blood transfusions and generated savings in costs of approximately 3,000,000 euros per year (MEYBOHM P. AND OTHERS; *PBM-study Collaborators*. Patient blood management is associated with a substantial reduction of red blood cell utilization and safe for patient’s outcome: a prospective, multicenter cohort study with a noninferiority design *Ann Surg* 2016;264(2):203-11). The Italian medical journal *Minerva Anestesiologica* states: “it is evident that a large number of seriously ill patients undergoing a blood transfusion today may not have tangible results resulting from the transfusion”. The leading experts in the field illustrate the reasons in the video of the Australian National Blood Authority entitled: *Blood Transfusions – What is the evidence telling us?* available on the website <https://www.blood.gov.au/health-professionals> (accessed 23 August 2023). Unofficial translations.

<sup>18</sup>Science, *Space Biomedicine, An RX for Astronauts*, 295, 18 January 2022, 435.

<sup>19</sup>M.F. LEAHY AND OTHERS, *Improved outcomes and reduced costs associated with a health-system-wide patient blood management program: a retrospective observational study in four major adult tertiary-care hospitals*, in *National Library of Medicine, National Center for Biotechnology Information (nih.gov)* (accessed 23 August 2023).

ry healthcare treatment and finds its *rationale* in constitutional principles that protect and guarantee freedom of treatment and the right to health. We refer first of all to articles 2, 13 and 32 of the Italian Constitution and the values that inspired them. To this end, it may be useful to remember that article 32, in which the right of choice in the medical field and informed consent find their foundation, was wanted and promoted by the 'founding fathers'<sup>20</sup> as a reaction to what had happened during Nazism and Fascism. The freedom of the individual to choose without being forced to forcibly undergo unwanted health treatments became a founding value of our system, aimed at preventing a recurrence of the wicked experience of totalitarianism which had subjected people to experimental treatments against their will, to inhuman medical experiments that had damaged not only the physical integrity of the individual but his dignity and freedom. This historical connotation reinforces the need to impose a limit also on the legislator, who is required to respect the human person and their right to decide which treatments to accept and which to refuse. It follows that, since the Constitution itself limits the legislative power by requiring it to respect this right, the latter cannot be violated in any way either by a doctor or by a judge, as there is in fact no 'superior' reason or interest.

Although this freedom does not always find adequate protection, it must nevertheless be recognized that there has been a notable evolution in case-law in recent years in the name of full recognition of the religious connotation of the exercise of freedom of choice in the medical field by Jehovah's Witnesses. A milestone is the famous 'Giulini' ruling no. 2437/2008, issued by the joint criminal division of the Supreme Court of Cassation, which represented a starting point by stating that "the unshakeable requirement that justifies a health treatment must be found in the free and conscious choice [...] of the person undergoing that treatment" and paragraphs 6 and 7, recognized the "certain wrongfulness, even in criminal terms, of the conduct of the doctor who has operated in *corpore vili* 'against' the patient's will, directly or indirectly expressed, regardless of the outcome—whether favourable or unfortunate—of the health treatment practiced, since it is a conduct that at the very least illegitimately coerces another's will". And also:

"The concept of coercion [as per article 610 of the Criminal Code – ed.], implies in fact the refusal of the victim, who suffers the conduct of the agent and, as a consequence, is induced to do, tolerate or omit something in contrast with their own will [...] requirement of conflict of will between the active and passive subject which constitutes an unshakeable requirement, inherent in the very concept of compulsion of the human being, 'towards' (and, therefore, to consciously carry out) a specific active, passive or omissive conduct" (unofficial translation).

The patient's wishes are, therefore, an immovable pillar in the field of medical activity.<sup>21</sup> The subsequent rulings of the Supreme Court have reconstructed at a case-law level the legal basis and the le-

<sup>20</sup>In this regard, see the documented preparatory works of the founding fathers of the Italian Constitution published in [www.nascitacostituzione.it](http://www.nascitacostituzione.it) and [www.camera.it, documenti.camera.it/ dati/Costituente/Lavori/Assemblea/sed103/sed103.pdf](http://www.camera.it/documenti.camera.it/dati/Costituente/Lavori/Assemblea/sed103/sed103.pdf) (accessed 21 August 2023).

In the Nuremberg trial was addressed the question of limiting the power of the doctor who, if uncontrolled, can trample on the dignity of people. It was established that the patient's consent constitutes the source of legitimation of medical action and that the duty to act for the patient's good does not in itself have its own justification. Compare R.J. LIFTON, *I medici nazisti. Storia degli scienziati che divennero i torturatori di Hitler*, Milan, 2002.

<sup>21</sup> *Lambert and Others v. France* [Grand Chamber], no. 46043/14, §§ 89-95, ECHR 2015 §147: the Grand Chamber confirmed that among the member states of the Council of Europe there is "consensus as to the para-

gitation of medical-surgical activity, as well as the institution of informed consent, and the foundations of the specific crime of ‘battery’ provided for by art. 610 of the Criminal Code, committed by the doctor who carries out a health treatment *in corpore vili*, in the presence of refusal on the part of the patient (manifested expressly, indirectly or even simply reconstructed, as in the well-known case of Eluana Englaro) and also the hypotheses of applicability of article 54 of the Criminal Code which excludes the punishment of the person who committed the crime “for having been forced to do so by the need to save themselves or others from the current danger of serious damage to the person”. The non-applicability of the justification of necessity, referred to in article 54 of the Criminal Code, as regards the action of the doctor who does not take into account the patient’s refusal, imposing forced treatment to ‘save their life’, is undisputed. The law that would exclude the doctor’s liability must in fact be applied only following a constitutionally-oriented interpretation, i.e. in harmony with articles 2, 13, 19 and 32 of the Italian Constitution to which the ordinary law is subordinated. Therefore, the application criteria of article 54 of the Criminal Code must be inspired by the value and dignity of the individual and their freedom of choice, rather than by medical and judicial paternalism. The rule – immediately preceptive – referred to in article 32 of the Constitution, which first and foremost establishes the fundamental right to health and also constitutes a source of legitimacy of medical activity and healthcare treatment conditioned by the patient’s consent, also establishes the patient’s absolute right to the freedom to refuse treatment and, therefore, identifies the limits of the medical activity itself. This means that if the patient refuses medical treatment, the legitimacy of the medical activity ceases. For no reason, therefore, article 54 of the Criminal Code could justify a behaviour that is detrimental to constitutionally-guaranteed freedoms.

The particularity of the refusal of blood transfusions expressed by Jehovah’s Witnesses lies in the fact that it is not only the exercise of the rights provided for and guaranteed by the articles cited so far, but it is also an expression of religious freedom, and therefore the exercise of the right recognized in Article 19 of the Italian Constitution. We then understand that in the specific case of Jehovah’s Witnesses it is necessary to carry out a connection between the cited articles and article 19 of the Constitution due to an inseparable connection between the exercise of religious freedom and the exercise of the right to choose treatment in the medical field. In particular, Jehovah’s Witnesses’ refusal of blood transfusions is an expression of their religious faith and is the consequence of a decision-making process based precisely on the principles contained in the Bible.

The case-law of the Supreme Court now recognizes with extreme clarity that the freedom of choice in the case of the Jehovah’s Witness who refuses a blood transfusion has a guarantee, so to say, strengthened by article 19 of the Constitution. In its decision no. 1451/2017 the Supreme Court stated: “The issue is made even more relevant and deserving of protection and guarantee by the fact that the choice or refusal of medical treatment is connected and included in the expression of a religious faith, the free exercise of which it is enshrined in Article 19 of the Italian Constitution. It is

---

mount importance of the patient’s wishes in the decision-making process, however those wishes are expressed”; §178: “[...] it is the patient who is the principal party in the decision-making process and whose consent must remain at its heart”, in <https://hudoc.echr.coe.int> (accessed 25 August 2023). For a comment, see C. CASONATO, *Un diritto difficile. Il caso Lambert fra necessità e rischi*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 9/2015, 489 ff. and L. POLI, *L’ultimo diritto. Esitazioni, contraddizioni, ma anche aperture nella giurisprudenza della Corte EDU in materia di fine vita*, in *Giurisprudenza Criminale Web*, 2019, 1-bis “Questioni di fine vita”.

known, in fact, that the refusal of blood transfusions by Jehovah's Witnesses, even in life-threatening situations, is based on religious and ideological reasons" (unofficial translation).

Of the same tenor, in an even more significant way, is decision no. 12998/2019 in which the Supreme Court recognizes that

"our Constitution [...] sees in the human person an ethical value in itself and looks at the limit of "respect for the human person" in reference to the single individual, at any moment of their life and the entirety of their person, in consideration of the bundle of ethical, religious convictions [...] and the new dimension that health has taken on [...] also to possibly refuse treatment and to consciously decide to interrupt it, in all phases of life, even in the terminal phase (Supreme Court, decision issued on 16 October 2007, no. 21748). This takes on even stronger connotations, worthy of protection and guarantee, where the refusal of healthcare treatment falls within, and is connected to, the expression of a religious faith whose free exercise is provided by article 19 of the Constitution" (unofficial translation).

Even more recently, with the ruling no. 515/2020, the Supreme Court stated: "It is sufficient to reiterate that the nature of the right that has been exercised, i.e. the refusal of blood transfusion, has acquired such relevance also in the social conscience that it does not allow any limitations to its exercise; and there is no one who does not see that intervening on the containment of the compensation consequences for the offender would mean indirectly intervening on the intensity and quality of its recognition" (unofficial translation).

For the Supreme Court, the practice of refusing blood transfusions by Jehovah's Witnesses takes on the value of a true form of conscientious objection. Such a reconstruction, which underlines how the value of personal beliefs must prevail over other instances, is also found in the Supreme Court ruling no. 29469/2020<sup>22</sup> where it is stated that for a Jehovah's Witness, the refusal to blood transfusions "does not constitute a mere health self-determination, but a true form of conscientious objection, rooted in religious reasons",<sup>23</sup> given that "if a Jehovah's Witness voluntarily accepted a blood transfusion, this would be equivalent to an act of renunciation of their faith" and that, "it is not, therefore,

<sup>22</sup> For an in-depth comment on the ruling F. PAPINI, L. MARSELLA, *Laicità dello Stato e rifiuto di trattamenti sanitari per motivi religiosi: un nuovo riconoscimento della Cassazione per "medici liberi" di "uomini liberi"* in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 4/2021.

<sup>23</sup> Since these are healthcare choices made by a believer, the meaning attributed to the concepts of 'health', 'life' and 'preservation of life' pertains to a religious paradigm which cannot be ignored in order to first understand and then respect the patient's wishes. Therefore, these terms can take on a different content and value compared to those that are purely medical-scientific or in connection with a non-believer. Courts began to deal with these positions as far back as 1980 with the well-known 'Oneda Case'. Since then, there has been enormous progress within case-law by progressively guaranteeing to an ever-greater extent respect for human rights of freedom, including religious freedom, which finds affirmation in the health self-determination of the patient whether they are the bearer of secular or religious values. For some notes on how these concepts have been interpreted by courts over the last 40 years, starting from the Oneda Case up to the most recent rulings, see. P. CONSORTI, *"Libertà di scelta della terapia e violenza medica. Brevi considerazioni sul rifiuto delle trasfusioni di sangue dei Testimoni di Geova"*, published in the online magazine *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 10, 2021. It reads: "with reference to health self-determination – and the more general social appreciation for conscientious objection – Italian society would perhaps not have developed its current legal sensitivity if Jehovah's Witnesses had not remained firm their position. In short, we must admit that these believers have played a coherent and militant, albeit often silent, role, paying the price for their diversity in favor of everyone" unofficial translation.

a question of respecting only the person's body in its physicality, but of respecting the human person in their entirety, that is, in their moral, ethical and religious values". In other words, there is "no principle to contrast with that of self-determination and religious freedom" guaranteed with "full and direct implementation" by Article 19 of the Constitution. Furthermore, it is the same ruling that definitively excludes the possibility of invoking 'necessity' as a cause of justification for the doctor's conduct that does not respect the patient's wishes, where it states: "The patient always has the right to refuse medical treatments that are administered to them, even when such refusal could cause their death" (unofficial translation).

The line had already been drawn by the case-law of the European Court of Human Rights, first with the ruling *Jehovah's Witnesses of Moscow v. Russia* of 10 June 2010, which recognized the unlawfulness of any medical treatment imposed without the patient's consent:

"§135. The very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom and the notions of self-determination and personal autonomy are important principles underlying the interpretation of its guarantees [...]. In the sphere of medical assistance, even where the refusal to accept a particular treatment might lead to a fatal outcome, the imposition of medical treatment without the consent of a mentally competent adult patient would interfere with his or her right to physical integrity and impinge on the rights protected under Article 8 of the Convention (see *Pretty*, cited above, §§ 62 and 63, and *Acmanne and Others v. Belgium*, no. 10435/83, Commission decision of 10 December 1984)".<sup>24</sup>

The same ruling recognizes that the freedom to accept or refuse particular medical treatments or to choose alternative treatments is essential for the principles of self-determination and autonomy of the individual, and specifies that this freedom takes on a tangible meaning only if patients are put in a position to make choices even when this makes them appear 'irrational, unwise or imprudent'. The interference of the State in the freedom of choice in the field of health, even when motivated by the intent to protect the health of the individual themselves, inevitably decreases and does not increase the value of life, a value which is strictly related to the degree of freedom of choice and self-determination that one enjoys.

Although they may seem irrational to some, the choices of Jehovah's Witnesses are never deliberately against life or in contempt of it. Their refusal is not a renunciation of medical care but a search for better, more effective medical treatments with fewer side effects in the long term. The aforementioned ECHR ruling is also crystal clear on this point: "§132 [...] the situation of a patient seeking a hastening of death through discontinuation of treatment is different from that of patients who – like Jehovah's Witnesses – just make a choice of medical procedures but still wish to get well and do not exclude treatment altogether".

The ECHR has expressed the same opinion also in the ruling *Taganrog and Others v. Russia* no. 32401/10 of 7 June 2022. The decision takes up and reiterates the key points of the previous rulings which can be summarized as follows: 1) the freedom to accept or refuse healthcare treatment is fundamental to the principles of self-determination and personal autonomy; 2) for freedom to have real value, patients must have the right to make choices that may appear irrational, unwise or imprudent

<sup>24</sup> European Court of Human Rights, Application no. 302/02, *Jehovah's Witnesses of Moscow c. Russia*, ruling of 10 June 2010, unofficial Italian translation available on the website [www.cesnur.org](http://www.cesnur.org) (accessed 23 August 2023).



to others; 3) the State must refrain from interfering with individual freedom of choice, since such interference can only decrease and not increase the value of life.

#### 4.1. Rejection expressed by minors and for minors: respect and limits of parental authority

What if the person who refuses the transfusion is a minor or the parents refuse the transfusion for their minor child? Public opinion is very attentive to this issue. There is a fear that minors are not sufficiently safeguarded and protected from choices that parents might make 'against their interests'. It is certainly a legitimate concern. However, in the name of this fear and in the absence of precise regulatory provisions unquestionably irregular measures – also excessively drastic ones – have been adopted to achieve the aim of overcoming the parents' refusal and transfusing the minor with the opening of procedures to suspend parental responsibility and put the minor up for adoption.<sup>25</sup>

Law no. 219/2017 filled this specific regulatory gap, giving rise to greater protection of minors and their wishes and allowing for greater uniformity of decisions at a national level and therefore greater equality. Article 3 of the law provides that, in terms of refusal/informed consent, the wishes of the minor are expressed by their legal representative, therefore generally by the parents. By transposing international regulations such as the Oviedo Convention, the New York Convention on the Rights of the Child, the Strasbourg European Convention on the exercise of the rights of minors, Law no. 219/2017 affirmed that minors have the right to the "enhancement of their own understanding and decision-making abilities" also requiring their legal representatives to take their wishes into account when expressing refusal or consent to a healthcare treatment. The minor's wishes should be all the more binding the more maturity the minor shows. For example, think of a minor of 14 years of age who by law can decide, independently of their parents' consent and even without their knowledge, whether to have sexual intercourse, take oral contraceptives, have an abortion, join a political party, choose their own beliefs. It is clear that their wishes, even in the medical field, will have a different weight than that of a child.

Article 3, paragraph 5, of the law provides that "in the event that the legal representative of the minor refuses the proposed treatments and the doctor instead deems them appropriate and necessary, the decision is left to the Guardianship Judge". This means that, when accepting or refusing treatment in the minor's interest, the parents must also take the minor's wishes into account and very often the refusal of Jehovah's Witness parents reflects the clear and firm will already expressed by the minor. Unfortunately, no rulings have yet been recorded in which the wishes of a minor, in particular of a mature minor, have been duly valued as required by the law and implemented by the judge.<sup>26</sup> However, it can be acknowledged that many doctors, even when authorized by the judge to transfuse, have worked to respect the wishes of mature minors by treating young patients as best as possible without resorting to blood transfusions.

In any case, the innovative scope of Law no. 219/2017 has had practical and positive repercussions on the procedure that must be adopted in the event of parental refusal in relation to health care

<sup>25</sup> P. BORSELLINO, *Brevi note su rifiuto di trasfusioni ematiche e responsabilità genitoriale. Quando il provvedimento restrittivo del Tribunale non trova giustificazione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3 December 2020.

<sup>26</sup> F. PAPINI, *Minori di età o minori diritti?*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2, 2017.

deemed necessary by doctors. The competence to intervene no longer lies with the Family Court but with the Guardianship Judge.<sup>27</sup> The shift in jurisdiction made it possible to abandon the procedure before the Family Court which was not limited to giving rise to a provision authorizing blood transfusions, but often resulted in much more invasive and irregular measures of suspension/revocation of parental authority beyond the scope of medical choices. Often the Family Court instructed, and still instructs, Social Services to *fully evaluate* parental capacity.

Unfortunately, today there is still a certain difficulty in abandoning the old procedure, which is often due to an unjustified, and still widespread, ignorance of the new Law no. 219/2017. Faced with the reluctance of some Family Courts and some health facilities to abandon the old procedure, it was necessary to challenge and appeal many *contra legem* provisions so that they could be revoked. There are many decisions from various Courts of Appeal<sup>28</sup> which have all reaffirmed the exclusive competence of the Guardianship Judge, as is clear from the law. In reference to the legitimacy of expressing consent, or refusal, to a health treatment for the minor, the Courts have also highlighted that refusal to blood transfusions expressed by Jehovah's Witness parents, as an exercise of their right recognized by article 3 paragraph 5 of Law no. 219/2017, can never lead to the hypothesis of parental incapacity, nor can it be sanctioned with the suspension of parental responsibility itself. It is worth remembering the ruling of the Court of Appeal of Milan which stated: "The mere refusal of parents to blood transfusions in adherence to religious beliefs cannot be used as the basis for an assessment of unsuitability for the exercise of parental authority" and that of the Court of Appeal of Rome, where it is stated that "the sole refusal expressed by the parent to the blood transfusion in adherence to their religious belief can no longer lead to the hypothesis of their unsuitability for the exercise of parenthood" and that the challenged order adopted by the Family Court was issued "by a body no longer competent to decide the dispute and also there were insufficient grounds [for the decision was] where, in addition to authorizing the transfusion treatment, the suspension of parental responsibility was ordered and a temporary guardian was appointed" (unofficial translations).<sup>29</sup>

The Guardianship Judge today is therefore not called upon to express evaluations on the choices of the parents,<sup>30</sup> but only to authorize or deny the health treatment, always taking into account the wishes expressed both by the latter and by the minor themselves, in the event that the minor has

<sup>27</sup>F. PAPINI, M. BOLCATO, *Il rifiuto degli esercenti la responsabilità genitoriale ai trattamenti emotrasfusioni per il minore – Quale procedura adottare ai sensi della legge 219/2017 e del programma ministeriale di PBM (Patient Blood Management)*, in *Rivista società italiana di neonatologia*, 112, 2023.

<sup>28</sup>Among the many: Court of Appeal of Rome (dd. 17/12/2019, RG no. 52315/2019), Court of Appeal of Milan (dd. 10/09/2020, RG no. 785/2019), Court of Appeal of Catania (dd. 13/10/2020, RG no. 332/2020) and, lastly, Court of Appeal of Perugia (dd. 14/12/2020, RG no. 763/2020). The decisions have overcome the conflicts between doctors and legal representatives of minors regarding the medical care to be administered to minors, and have clarified that mere refusal on the part of parents to a health treatment proposed by a doctor in the interest of the minor (such as a blood transfusion, surgery, etc.) cannot *per se* legitimize the opening of proceedings before the Juvenile Court nor, a fortiori, a ruling limiting parental responsibility pursuant to articles 330 – 333 of the Civil Code.

<sup>29</sup>Pronouncements already cited in note 28.

<sup>30</sup>LIV HÖPPNER, (former guardianship judge at the Court of Bolzano), *Trattamenti sanitari sui minori: consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, article published on [www.diritto.it](http://www.diritto.it) (accessed 17 August 2023).

adequate capacity of discernment to be evaluated on a case-by-case basis, and not merely with reference to their age.

### 5. Third Aspect: the new rules on informed consent and the protection of refusal

The promulgation of Law no. 219 in 2017<sup>31</sup> (or Living Will Law as it is often called) filled a regulatory gap by establishing in detail the ways in which patients can exercise their right to choose in relation to medical care. In particular, the object of Law no. 219/2017 is the protection of the right to life, health, dignity and self-determination of the person, and it places *informed consent* as a central element for their realization, by including within the right to accept any diagnostic test or health treatment, in whole or in part, also the right to refuse it. To make the exercise of informed consent/refusal effective, Law no. 219/2017 introduced the document for 'Advance treatment directive' in which each person can declare their wishes in anticipation of a future inability to self-determine regarding health treatments, with the possibility of making very detailed and timely choices on both treatments and diagnostic procedures. Although the name by which the law is best known, i.e. Living Will Law, suggests that it only deals with last wishes relating to end-of-life treatments, in reality this is not the case. The wishes, in fact, can include consent or refusal in relation to diagnostic tests, treatment choices and individual health treatments. By virtue of this, the use made of it by Jehovah's Witnesses is, so to speak, a use *for life*, that is, a much broader use than one might commonly think. The inspiring principles of the law are those of informed consent and the law establishes the right to refuse treatment by creating an *ad hoc* rule with respect to what could already be derived from the articles of the Constitution cited so far. However, the facts demonstrate that since the promulgation of this law onwards, fewer forced blood transfusions have been recorded<sup>32</sup> and this demonstrates a greater affirmation of freedom of choice for Jehovah's Witnesses and beyond.

On the other hand, it was already clear in the medical code of ethics that no patient can be subjected to a health treatment against their will, but the transposition of this principle into law is making it

<sup>31</sup> S. CACACE, *La nuova legge in materia di consenso informato e D.A.T.: a proposito di volontà e di cura, di fiducia e di comunicazione*, in *Rivista Italiana di Medicina legale*, 3/2018, 941, observes that with the new law "the legislator confirms and strengthens the jurisprudential approaches, placing a seal on them that will now be very difficult to undo in Court. And, above all, it will no longer be necessary to go to Court". See also L. BALESTRA, *Il testamento biologico nell'evoluzione del rapporto medico-paziente*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2/2006, 104, which defines "the ATD...as the logical outcome of the process of placing value on informed consent". Regarding the scope of Law no. 219/2017, it is worth mentioning the order no. 242/2019 of the Constitutional Court in the Cappato Case, which states: "This, pursuant to Law 22 December 2017, no. 219 (Regulations regarding informed consent and advance processing instructions), whose regulations essentially incorporate and develop the conclusions which ordinary case-law had already reached at the time – in particular following the sentences on the W. case (Judge of the preliminary hearing of the ordinary Court of Rome, sentence 23 July-17 October 2007, no. 2049) and E. case (Court of Cassation, first civil section, sentence 16 October 2007, no. 21748) – as well as the indications of this Court regarding the constitutional value of the principle of the patient's informed consent to the healthcare treatment proposed by the doctor (order no. 207 of 2018): a principle that can be qualified as a true human right, which is based on the principles expressed in the articles 2, 13 and 32 of the Constitution (sentences no. 253 of 2009 and no. 438 of 2008)" unofficial translation.

<sup>32</sup>Data provided by the Christian Congregation of Jehovah's Witnesses, collected based on reports received.

more effective over time. We recall here below what was stated in two rulings by the Supreme Court which declared doctors responsible for the crime of battery for having ignored the patient's wishes. In the historic 'Volterrani' ruling no. 3122/2002, the First Criminal Section of the Court of Cassation, already stated that: "In the presence of authentic and genuine expressed wishes of the person entitled in the sense of refusal of treatment, the doctor cannot help but stop [...] if the doctor still carries out the refused treatment, they may be charged with the crime of battery" (unofficial translation). A few years later the Joint Criminal Divisions of the Supreme Court declared in ruling no. 2437/2009 the "certain wrongfulness, even in criminal terms, of the conduct of the doctor who has operated in *corpore vili* against the patient's will [...] the unshakeable requirement that 'justifies' the health treatment must be found in the free and conscious choice [...] of the person" (unofficial translation). A more recent ruling that deserves to be cited, although it concerns a case prior to the promulgation of law no. 219/2017, is the ruling no. 1179 issued on 9 December 2020 by the Criminal Section of the Court of Tivoli, with which a doctor was convicted of having transfused an unconscious patient. Before finding herself in this state, the patient had drawn up advance treatment directives in which she had expressed her refusal to the blood transfusions and at the same time had indicated a health care agent, who was later appointed by the Guardianship Judge pursuant to articles 404 and following ones of the Civil Code. The ruling is interesting from many points of view. In particular, emphasis is placed on placing value on the wishes of the Jehovah's Witness patients through the use of the health care agent arrangement which allowed the designation of a trusted person chosen by the patient in order to act as the bearer of their wishes in all cases in which the patient was unconscious. This is worthy of note as a useful initiative aimed at filling the regulatory gap which was finally filled by Law no. 219/2017 with the provision of the appointment of a 'fiduciary'.

### 5.1. ATD: Advance Healthcare Directive and its particular pro-life use

Law no. 219/2017, at article 4 paragraph 1 establishes that:

"Any adult in full possession of his/her faculties, in readiness for any future incapacity to self-determine and after having acquired appropriate medical information regarding the consequences of his/her choices, may, by means of the ATD,<sup>33</sup> express his/her wishes on the subject of healthcare treatments as well as his/her consent or refusal regarding diagnostic tests or treatment choices and individual healthcare treatments. The adult will nominate a trusted person, hereinafter named 'fiduciary',<sup>34</sup> that

<sup>33</sup>It is possible to register ATD following Ministerial Decree no. 168 of 10 December 2019 "Regulations and technical specifications of the national database of advance treatment directives (ATD)".

<sup>34</sup> In the approximately ten years preceding the entry into force of law no. 219/2017, Jehovah's Witnesses tried to fill the regulatory void of the of the 'trustee' figure, through the designation of a 'support administrator', provided for in the articles 469 and following of the Civil Code and introduced into the legal system with law no. 6/2004. The institution allows anyone to designate a trusted person as a support administrator so that in the event of partial or total loss of autonomy (for example disabled people, elderly people who are no longer self-sufficient, people affected by a stroke or Alzheimer's) they can act and make decisions in favour and in the interest of the party concerned, taking into account their wishes. However, the support administrator is authorized to act only after having been appointed by decree by the Guardianship Judge who can be appealed to. In the ten years prior to the law, the offices of Guardianship Judges throughout Italy issued dozens of decrees appointing support administrators who were authorized to express the refusal to receive blood transfusions in the name and on behalf of the party concerned who had expressed their wishes before falling into a state of

will act on his/her behalf and represent him/her in dealings with the doctor and healthcare facility. It is provided that this appointment is done by public deed or private authenticated deed, or delivered to the Civil Registrar of the town council of residence of the instructing party” (unofficial translation).

Jehovah's Witnesses have prepared a form in which the declarant, in addition to expressing their refusal to blood transfusions, and if they deem it appropriate also their wishes regarding the end of life, can also indicate which other treatments and diagnostic tests they consider personally acceptable and which ones they does not. Usually in the free space provided in point 4 of the document, Jehovah's Witnesses specify whether or not they accept blood fractions, or blood products, and possibly which ones they accept. In the same form, for example, they can include arrangements relating to organ transplantation, the use of the heart-lung machine, haemodialysis, to name a few. The use of a standard form which still leaves the individual the possibility of filling it out according to his own wishes, constitutes a valid aid in filling out one's provisions in a clear and intelligible way. This form is now known to healthcare workers throughout the country and has the advantage that, once inserted in the medical record, is easily recognizable by medical staff and allows every healthcare worker who comes into contact with the patient to know their wishes and motivations.

**Durable Power of Attorney for Health Care**

1. I, \_\_\_\_\_ (print or type full name), fill out this document to set forth my treatment instructions and to appoint a health-care agent in case of my incapacity.

2. I am one of Jehovah's Witnesses, and I direct that **NO TRANSFUSIONS of whole blood, red cells, white cells, platelets, or plasma** be given me under any circumstances, even if health-care providers believe that such are necessary to preserve my life. (Acts 15:28, 29) I refuse to predonate and store my blood for later infusion.

3. Regarding **end-of-life matters**: [initial one of the two choices]  
 (a) \_\_\_\_\_ I do not want my life to be prolonged if, to a reasonable degree of medical certainty, my situation is hopeless.  
 (b) \_\_\_\_\_ I want my life to be prolonged as long as possible within the limits of generally accepted medical standards, even if this means that I might be kept alive on machines for years.

4. Regarding **other health-care instructions** (such as current medications, allergies, medical problems, or any other comments about my health-care wishes), I direct that:

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

5. I give no one (including my agent) any authority to disregard or override my instructions set forth herein. Family members, relatives, or friends may disagree with me, but any such disagreement does not diminish the strength or substance of my refusal of blood or other instructions.

6. Apart from the matters covered above, I appoint the person named herein as my agent to make health-care decisions for me. I give my agent full power and authority to consent to or to refuse treatment (including artificial nutrition and hydration) on my behalf, to

consult with my doctors and receive copies of my medical records, and to take legal action to ensure that my wishes are honored. If my first appointed agent is unavailable, unable, or unwilling to serve, I appoint an alternate agent herein to serve with the same power and authority.

\_\_\_\_\_  
(Signature\*) \_\_\_\_\_ (Date)

\_\_\_\_\_  
(Address)

STATEMENT OF WITNESSES: The person who signed this document above did so in my presence. He or she appears to be of sound mind and free from duress, fraud, or undue influence. I am 18 years of age or older. I am **not** the health-care agent or alternate agent appointed in this document.

\_\_\_\_\_  
(Signature of witness) \_\_\_\_\_ (Signature of witness)

\_\_\_\_\_  
(Address) \_\_\_\_\_ (Address)

HEALTH-CARE AGENT\*  
 Name: \_\_\_\_\_  
 Address: \_\_\_\_\_  
 Telephone(s): \_\_\_\_\_

\* Note: Before signing the DPA card, fill out the entire card (including the names, addresses, and telephone numbers of your health-care agents). You should sign the card in the presence of two witnesses. You may choose any adult to be your agent, but it is recommended that you **not** choose your physician, any of your physician's employees, or any employee of a hospital or nursing home where you might be a patient unless the individual is related to you by blood, marriage, or adoption.

ALTERNATE HEALTH-CARE AGENT\*  
 Name: \_\_\_\_\_  
 Address: \_\_\_\_\_  
 Telephone(s): \_\_\_\_\_

Durable Power of Attorney for Health Care  
 (Signed document inside)

**NO BLOOD**

dpe/E 1/16 Page 2 of 2

**ATD form used by Jehovah's Witnesses (source: Congregazione Cristiana dei Testimoni di Geova)**

unconsciousness. This judicial practice, widespread among Jehovah's Witnesses, has certainly raised the awareness of legal practitioners throughout Italy to ensure increased respect for the patient's wishes. On the use of the support administrator figure and related case-law prior to Law no. 219/2017, see F. PAPINI, *Rispetto della persona umana o divieto di rifiutare le emotrasfusioni per motivi religiosi?* in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1/2017.



Regarding the registration of ATD, although the law came into force at the beginning of 2018, the available data is not very comforting and is unfortunately incomplete. The *Coscioni Association* carried out a survey on its own initiative, asking Italian municipalities how many ATDs they had already registered. Unfortunately, only half of the Italian municipalities responded. From the data collected, approximately 220,000 directives appear to have been recorded, but this is a figure that does not allow statistical calculations to be made. The Organization of Jehovah's Witnesses estimates that approximately 180,000 Jehovah's Witnesses have registered their ATD. It is not possible, in any case, at this time to make a correct estimate. However, it gives us a chance to reflect that such a useful tool for the protection of citizens has been used by so few people. There was probably a failure on the part of the institutions to launch an adequate information campaign aimed at citizens on the possibility of signing this document, which is obviously useful not only to Jehovah's Witnesses, who to date are the main users. Regardless of the type of healthcare choice and one's beliefs, signing and registering an ATD allows one to express their wishes in the medical field in a binding manner, also in view of a future inability to self-determine.

## 5.2. The difficult affirmation of ATD: The case of the Town Council of Naples<sup>35</sup>

A further possible cause of the poor use of ATD at a general level can also be found in the delays with which many town councils have implemented the legislation, and the delay in organizing an adequate structure to receive ATDs in advance. An emblematic case of the concrete difficulties that citizens are faced with on a daily basis in attempting to assert their wishes in the healthcare field is that of the town council of Naples. After futile attempts to obtain the registration of their ATD by the council office in charge, a Neapolitan married couple of Jehovah's Witnesses turned to Court asking to order the Civil Registrar of the town to receive their advance directives and proceed with the relevant annotation in the 'Register of Living Wills'. This as a mere application of the provision of article 4, paragraph 6 of Law no. 219/2017 according to which ATD can also be drawn up by private deed delivered personally to the Civil Registry Office of their town of residence, which registers the ATD in a specific register, if established. The town employee had long justified the failure to register for safety measures due to Covid-19, effectively denying the service for many months. The applicants, as Jehovah's Witnesses, considered it necessary to protect their determination in the healthcare field in accordance with their religious beliefs, given that only by completing the formalities required by article 4, paragraph 6, of Law no. 219/2017 to give legal value to their ATD, doctors are required to respect them. Therefore, if the possibility of recording one's ATD today becomes an essential element for every adult citizen for the effective exercise of the right to health and self-determination, to protect one's values and one's personal conceptions of life and health (meaning the entire psycho-physical-existential dimension that goes beyond mere physical well-being), in the case of Jehovah's Witnesses this additionally implies a complex combination of principles that call into question the

<sup>35</sup>G. ALESSI, *Court of Naples – Order 907/2022: The Civil Office Registrar Refuses to Register Advance Treatment Directives (ATD)*, in [www.biodiritto.it](http://www.biodiritto.it); M. PARADISI, *Disposizioni anticipate di trattamento (D.A.T.): il Tribunale ordina all'Ufficio dello Stato civile la registrazione, nota di commento allegata all'articolo di G. Alessi, op.cit.*, (accessed 17 August 2023).

exercise of freedom of religion and worship.<sup>36</sup> Starting from these assumptions, the couple from Naples decided to appeal to the judicial authorities with the instrument provided for by art. 95 of Presidential Decree no. 396 of 2000, in order to obtain the application of the national legislation which, without many formalities, places the burden of collecting the ATD on the town councils. In fact, it provides that the Civil Registrar, once the conditions established by the law have been verified, has the obligation to receive the ATD and issue a formal receipt (Circular no. 1/2018 of 8/2/2018 of the Ministry of the Interior which provided operational indications to the town councils). Thus, the Court of Naples with the decree issued on 6 May 2022, in accepting the appeal, ordered the Civil Registrar to receive the ATD and register it in the Register of Living Wills and other legal obligations. This very recent case offered by the Jehovah's Witnesses of Naples gives us the opportunity to revive the debate on the issues of Law no. 219/2017 and, in particular, on the actual state of implementation of the Advance Treatment Directives (ATD).

#### 6. Fourth Aspect: The relationship of collaboration and stimulus provided to medical science

The relationship between science and religion is often seen as antithetical, as two visions of human reality that are inextricably opposed. However, in the case of Jehovah's Witnesses the question takes on a particular character. Many doctors say that the refusal of blood transfusions by Jehovah's Witnesses was a request that has been not an obstacle to science, but rather a driving force. In fact, the request made by Jehovah's Witnesses to doctors is not to abstain from treating them, but to use all the knowledge they have, the most advanced techniques and all the ingenuity available to find new solutions that allow them to be treated without use of blood. This instance has meant that modern *bloodless surgery strategies* could be developed on behalf of all patients, not just Jehovah's Witness patients, to be treated while avoiding the consequences and side effects that a transfusion can entail, as it is a treatment that is not risk-free. The new techniques of *bloodless surgery* today make it possible to carry out bloodless operations even among the most complex, and at risk of bleeding, such as liver transplant, kidney transplant, pancreas surgery and aortic dissection.

<sup>36</sup>The Supreme Court of Cassation, Civil Section, has expressed its consolidated position in this regard several times. Consider the last recent decision issued by the Court of Cassation, Civil section. I, no. 21748 on 16 October 2007 ('Englaro case') which refers to the "new dimension that health has taken on (no longer understood as the simple absence of illness, but as a state of complete physical and mental well-being, and therefore engaging, in relation to the perception that each person has of himself, the internal aspects of life as perceived and lived by the individual in their experience)". The Court of Cassation, in ruling no. 29469 issued on 23 December 2020, stated the following principle of law: "Jehovah's Witnesses, who assert the right of self-determination in matters of healthcare treatment to protect the freedom to profess their religious faith, have the right to refuse blood transfusion despite having given consent to the different treatment that subsequently required the transfusion, even with a declaration expressed before the treatment itself, provided that the will to prevent the transfusion unequivocally emerges from the same declaration even in the event of life-threatening situations". Furthermore, the same Supreme Court with ruling no. 515 issued on 15 January 2020, stated with regard to the Jehovah's Witness patient: "It is sufficient to reiterate that the nature of the right exercised, i.e. the refusal of blood transfusion, has acquired such relevance also in the social conscience that its exercise cannot be limited". Unofficial translations.

### 6.1. The Hospital Liaison Committees (HLC)<sup>37</sup>

An international network of around 1,700 Hospital Liaison Committees (CAS) of Jehovah's Witnesses operates in over 110 countries around the world.<sup>38</sup> It includes religious ministers from local communities who interact knowledgeably with doctors, hospital staff and social workers. The CAS have the task of acting as a point of contact between doctors and Jehovah's Witness patients and assisting doctors who treat Witness patients, providing articles taken from authoritative medical journals and scientifically reliable information on clinical strategies that allow them to manage the patient without resorting to allogeneic blood transfusions. They help Witness patients and health care providers clarify any ethical issues associated with medical care. In particular, they help Jehovah's Witnesses to contact structures and specialists who are adequately trained and have the technical equipment necessary for surgery without transfusions. In Italy there are currently 80 committees and they play a liaison role with 5,000 doctors working in over 600 healthcare facilities.<sup>39</sup>

Over time, this collaboration has promoted greater attention in the medical profession towards the needs of the patients, which has led to the recognition of greater dignity and value to their wishes, as well as having favoured excellent results in the field of bloodless medicine and surgery, which deserve to be reported. In fact, bloodless techniques were often used for the first time on Jehovah's Witness patients who requested them. However, in light of the benefits found, today they are generally used by anyone. As we mentioned at the beginning of our consideration, this is also in line with the recommendations of the Italian Ministry of Health (*Patient Blood Management Italia | Patient Blood Management in Italy (centronazionale sangue.it)*)<sup>40</sup> and of the OMS/WHO (*The urgent need to implement patient blood management: policy brief (who.int)*).<sup>41</sup>

Furthermore, the presence of CAS within healthcare facilities guarantees the patient a certain degree of serenity. In fact, they carry out the function of directing patients towards the structures that are willing to operate without resorting to blood and this gives the patient the peace of mind that his wishes will be respected. Prof. Massimo Franchi, full professor of gynaecology and obstetrics and Director of the Maternal and Child Department of the Integrated University Hospital of Verona, spoke about these benefits in an interview where he stated: "I must say that in the CAS I have always found extremely reasonable people. I can say from experience that collaboration with CAS has produced enormous benefits in relationships with Jehovah's Witness patients. The same happened in foreign

<sup>37</sup>Some general information on the Hospital Liaison Committees for Jehovah's Witnesses is available on the official website <https://www.jw.org/en/medical-library/medical-information/hospital-liaison-committees-jehovahs-witnesses/> (accessed 17 August 2023).

<sup>38</sup>S. ATTOLLINO, *Fede, cura, sanità – Contributo allo studio degli ospedali religiosi nel sistema nazionale*, Bari, 2020, 31-34.

<sup>39</sup>Data provided by the Christian Congregation of Jehovah's Witnesses.

<sup>40</sup><https://pbm.centronazionale sangue.it/pagine/patient-blood-management-italia.html> (accessed 23 August 2023).

<sup>41</sup><https://iris.who.int/handle/10665/346655> (accessed 23 August 2023).

patients who had communication difficulties because they could not count on the help of cultural mediators".<sup>42</sup>

## 6.2. Medical progress and the relationship of trust between doctor and patient

Regarding bloodless surgery, Prof. Franchi states:

"There is no surgery that cannot be performed without resorting to the use of blood. The problem is the doctor's ability and the possibility of adopting the appropriate measures. I have repeated moments of consultation with the patient regarding his wishes, so that I am certain, from an ethical point of view, that they are ready to defend their faith even at the possible cost of his life. This, in my opinion, is the most important aspect, as a doctor and a person I believe that it is never possible to go against a patient's wishes, once that their wishes are well established. I am totally convinced of this fact".<sup>43</sup>

Let us now consider the statement we often hear that Jehovah's Witnesses refuse transfusions and would thus cause their children to die. This too is a prejudice that needs to be overcome. Prof. Alessandro Frigiola, Director of Cardiac Surgery for Congenital Pathologies at the San Donato Polyclinic in Milan, and President of the Association of Children with Heart Disease in the World says: "In Third World countries it is difficult to find blood. If there had been no alternative strategies to blood transfusions, thousands of children would not have been able to undergo surgery and would probably have died. Certainly, the stimulus to look for solutions outside of transfusion came precisely from working with Jehovah's Witnesses".<sup>44</sup>

Prof. Alessio Pace, pioneer of bloodless medicine in Italy, former head of the Abdominal Clinic of Rome, of the Emergency surgery at the Aurelia Hospital and teacher at the specialization schools of the University of Tor Vergata in Rome, explains one aspect of considerable interest: "Every transfusion blocks the marrow in the production of white blood cells, red blood cells and platelets and this applies both to the transfusion and to the pre-deposited [blood] because when the blood leaves the circulation it behaves like that of another individual"<sup>45</sup>. Many doctors believe that re-infusing a person's body with his own previously-taken blood is equivalent to an organ transplant and still creates incompatibility problems and therefore risks for the patient. This is not why Jehovah's Witnesses also reject autologous blood; they do it for religious reasons and they did it before it was discovered that the blood coming out of the body behaves like that of another individual. However, it must be said that their choices in some way preceded scientific discoveries. Prof. Pace adds: "In the 80s it was impossible to think of not transfusing below certain blood values. Today it is a practice also suggested by the WHO". Prof. Pace has carried out at least 40,000 surgeries in his life, the majority of which

<sup>42</sup>Interview with Prof. Massimo Franchi, published by the DIRE news agency and available on the website <https://www.dire.it/05-09-2022/783642-franchi-trasformazione-atto-abbastanza-intutti-tranquillizza-piu-il-medico-che-the-patient/> (accessed 22 August 2023), unofficial translation.

<sup>43</sup>Cit. note 41.

<sup>44</sup>Interview with Prof. Alessandro Frigiola, published by the DIRE news agency and available on the website <https://www.dire.it/19-09-2022/791599-la-storia-del-piccolo-andrea-testimone-di-geova-operato-a-open-heart-without-blood/> (accessed 22 August 2023), unofficial translation.

<sup>45</sup>Interview with Prof. Alessio Pace, published by the DIRE news agency and available on the website <https://www.dire.it/28-06-2022/754708-professor-alessio-pace-pioniere-medicina-senza-sangue-storia/> (accessed 22 August 2023), unofficial translation.

without the need for transfusions, of which approximately 13,000 on Jehovah's Witness patients. In his interview he recalls how bloodless medicine is good for everyone's health, and it is at the basis of the Patient Blood Management strategies promoted with the WHO resolution to preserve haemoglobin levels in patients and minimize blood loss in all patients. The professor recalls that in the 1980s no one operated with haemoglobin values lower than 7; in such cases it was in fact inconceivable and impractical for the medical science of the time not to transfuse. The professor thus began as a pioneer to operate without transfusing, tracing a path in which thousands of doctors continue today.

Regarding the prejudice that many doctors had towards Jehovah's Witnesses, Professor Pia Di Benedetto, Professor of Anaesthesia, Director of the Operating Unit Coordination of the Sant'Andrea Hospital in Rome, also recalls: "Thirty years ago there was an obvious prejudice towards those who refused blood, since the request came from a religious group. At the time, doctors did not yet have the scientific literature that is now evident to support the request. We must say thanks to Jehovah's Witnesses, who with their input underwent operations with severe anaemia, improving transfusion triggers more than we thought".<sup>46</sup>

There was no scientific literature because there was no one who agreed to act as a 'guinea pig'. The comfortable and safe old road is always preferred. Seneca once said that it is not because things are difficult that we don't dare to do them, but it is because we don't dare to do them that they seem difficult<sup>47</sup>. Jehovah's Witnesses, taking the risk themselves, dared and asked doctors to dare. The result was surprising! The advancement of *bloodless techniques* has been rapid and significant, bringing benefits to all patients around the world. This is why, as previously mentioned, there is a particular relationship between the religion of Jehovah's Witnesses and science: it was not religion, as often happens, that adapted to scientific progress, but it was medical science that made a leap forward by accepting the challenge of welcoming the requests of Jehovah's Witnesses.

## 7. Brief conclusions

The brief analysis conducted so far leads us to conclude that, although there are some issues still to be resolved, many results have been achieved. What we can hope for is that we continue to pay ever greater attention to the needs and wishes of patients, whoever they are and regardless of the ethical and/or religious reasons that move them to self-determine in a certain way. Thus, once the legal and medical bases in which to move have been laid, even if they are constantly evolving, the point is no longer whether the doctor or jurist shares the patient's choices: they must limit themselves to respecting them. The request made by Jehovah's Witnesses to see the right to refuse non-mandatory healthcare treatments, such as blood transfusions, even when life itself is at risk, has been present in the legal, medical and social culture of our country for over forty years. In recent years we have gone from the total rejection of the patient's wishes (with the prevalence of a paternalistic attitude of doc-

<sup>46</sup>Interview with Prof.ssa Pia Di Benedetto, written and video published by the DIRE news agency and available in <https://www.dire.it/18-07-2022/763274-di-benedetto-sangue-trasfuso-da-immunodepressione-e-recrudescenza-nei-oncology-patients/> (accessed 22 August 2023), unofficial translation.

<sup>47</sup>"Non quia difficile sunt non audemus, sed quia non audemus difficilea sunt" in L.A. SENECA, *Lettere a Lucilio*, lett. 104, 26 798, R. MARINO (translator), Trebaseleghe (PD), 2016.

tors who demanded an almost total abdication of the individual's wishes in favour of the protection of life at all costs), to the reversal of positions and the affirmation of *favor patientis* with recognition of their wishes as the fulcrum of the treatment process. The experience of Jehovah's Witnesses and their relationship with bioethics therefore presents itself as a positive case of propulsion. This has happened in both the legal and medical fields. In the first, the affirmation of the right to self-determination was the result of a growing case-law which, often requested by Jehovah's Witnesses, in the face of the regulatory void, indicated the route to the legislator until the approval of the Law no. 219/2017. In the second, the requests of Jehovah's Witnesses have directed research towards new *bloodless strategies* which are today a common heritage for the benefit of every patient, allowing the request not to undergo forced blood transfusions to be accepted, even in the most extreme cases.

The experience offered by Jehovah's Witnesses has provided a contribution in the scientific and legal fields to the affirmation of ethical and religious values in reference to medical choices, contributing to the progress of medicine and the evolution of case-law in the sense of increasingly recognizing and placing value on religious freedom in its many applications. A step forward in the protection of the rights of Jehovah's Witnesses, which turned into a step forward in the protection of the freedom of every individual. As Roland H. Bainton stated: "Where religious freedom is not guaranteed, no civil freedom can flourish. The problems of religious freedom, in fact, expand to the point of touching the problem of every freedom and every right".<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup>R.H. BAINTON, *La lotta per la libertà religiosa*, F. MEDIOLI CAVARA (translator), Bologna, 1963, unofficial translation.



# Trasfusioni di sangue e sicurezza sociale di fronte alla Corte di Giustizia dell'Unione europea

Rossella Bottoni\*

BLOOD TRANSFUSIONS AND SOCIAL SECURITY BEFORE THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION  
ABSTRACT: This article aims to look at the relationship between religious freedom and social security in the European Union, by looking at the first judgment of the Court of Justice of the European Union concerning Jehovah's Witnesses' refusal to undergo blood transfusions. It challenges the prevailing economy-based approach insofar as it does not strike an appropriate balance with the respect for fundamental freedoms. It also questions the assumption that there is an opposition between the allegedly subjective religious principles and practices and the objective medical conditions.

KEYWORDS: Religious freedom; Jehovah's Witnesses; blood transfusions; Court of Justice of the European Union; social security

ABSTRACT: Questo articolo intende guardare al rapporto tra libertà religiosa e sicurezza sociale nell'Unione europea, esaminando la prima sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea relativa al rifiuto dei testimoni di Geova di sottoporsi a trasfusioni di sangue. Mette in discussione l'approccio economicista prevalente nella misura in cui non garantisce un adeguato bilanciamento con il rispetto delle libertà fondamentali, come pure l'assunto che vi sia un'opposizione tra la presunta soggettività dei principi e delle pratiche religiose e l'oggettività delle condizioni mediche.

PAROLE CHIAVE: Libertà religiosa; testimoni di Geova; trasfusioni di sangue; Corte di Giustizia dell'Unione europea; sicurezza sociale

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il procedimento principale – 3. La prima questione pregiudiziale – 4. La seconda questione pregiudiziale – 5. Osservazioni conclusive.

## 1. Introduzione

In questo articolo si intende esaminare il rapporto tra libertà religiosa e sicurezza sociale nell'Unione europea, alla luce di una recente sentenza che si aggiunge a una già nutrita e sempre

\*Professoressa associata, Università di Trento. Mail: [rossella.bottoni@unitn.it](mailto:rossella.bottoni@unitn.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

crescente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE) su materie di interesse ecclesiasticistico<sup>1</sup> e che, al tempo stesso, costituisce un'interessante novità, trattandosi del primo caso che verte sul rifiuto dei testimoni di Geova alle somministrazioni di emotrasfusioni<sup>2</sup>. Tale questione è stata affrontata da tempo dalle corti nazionali, incluse quelle italiane<sup>3</sup>, e si è posta indirettamente anche alla Corte europea dei diritti dell'uomo (CtEDU)<sup>4</sup>. Diversi ricorsi sono stati presentati alla CtEDU nel corso del tempo da individui o comunità dei testimoni di Geova, relativi però al divieto di proselitismo<sup>5</sup>, al rifiuto di riconoscere il diritto all'obiezione di coscienza al servizio militare (e in alcuni casi anche a quello civile sostitutivo)<sup>6</sup> o di autorizzare l'apertura di un luogo di culto<sup>7</sup>, e a varie forme di discriminazione subite dalla congregazione e dai suoi membri in particolare nella Federazione Russa<sup>8</sup>. La questione delle trasfusioni di sangue è emersa in via secondaria nella giurisprudenza della CtEDU tra le

<sup>1</sup> Numerosi commenti a tale giurisprudenza sono pubblicati *inter alia* nel n. 3 dei *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* e in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica* (<https://www.statoechiese.it>). Per un quadro generale su diritto e religione nell'Unione europea, cfr. M. VENTURA, *Diritto e religione in Europa: il laboratorio comunitario*, in *Politica del diritto*, 4, 1999, 577-628; M. VENTURA, *La laicità dell'Unione europea: diritti, mercato, religione*, Torino, 2001; M. VENTURA, *L'articolo 17 TFUE come fondamento del diritto e della politica ecclesiastica dell'Unione europea*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2014, 293-304; M. C. IVALDI, *Diritto e religione nell'Unione europea*, Roma, 2008; M. C. IVALDI, *Il fattore religioso nel diritto nell'Unione europea tra riconoscimento giurisprudenziale e codificazione normative*, Roma, 2012; L. De GREGORIO, *Le confessioni religiose nel diritto dell'Unione europea*, Bologna, 2012.

<sup>2</sup> Una vicenda precedente concernente i testimoni di Geova e posta all'attenzione della CGUE ha riguardato la questione dell'attività di predicazione porta a porta e del trattamento dei dati personali raccolti in tale ambito (causa C-25/17, sentenza del 10 luglio 2018). Cfr. F. BATTAGLIA, *La disciplina dell'autorizzazione preventiva per il rimborso dei costi dell'assistenza sanitaria transfrontaliera nei casi in cui le convinzioni religiose dell'affiliato siano contrarie al metodo di cura utilizzato*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 5, 2020, 1191-1192. Sul rifiuto alle emotrasfusioni, rimandiamo all'articolo di Laurea Mattei in questo numero della rivista.

<sup>3</sup> Si vedano tra gli altri P. CONSORTI, *Libertà di scelta della terapia e violenza medica. Brevi considerazioni sul rifiuto delle trasfusioni di sangue dei Testimoni di Geova*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica* ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 10, 2021, 53-73; C. PETRINI, *Ethical and legal aspects of refusal of blood transfusions by Jehovah's Witnesses, with particular reference to Italy*, in *Blood Transfusion*, 12(Suppl 1), 2014, s395-s401; B. MAGLIONA, M. DEL SANTE, *Trasfusioni di sangue e testimoni di Geova: il ruolo del medico tra rispetto della volontà del paziente e stato di necessità*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 31, 2009, 71-99. Sulla questione più generale delle obiezioni religiosamente motivate ai trattamenti sanitari, cfr. V. PACILLO, *Free to become martyrs? The right to refuse medical treatment on religious grounds in a comparative perspective*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica* ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), 30, 2016, 1-32; I. MARTÍN SÁNCHEZ (a cura di), *Libertad religiosa y derecho sanitario*, Madrid, 2007.

<sup>4</sup> Per un quadro generale, cfr. M. TOSCANO, *Il fattore religioso nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Itinerari giurisprudenziali*, Pisa, 2018.

<sup>5</sup> *Kokkinakis c. Grecia*, ricorso n. 14307/88, 25 maggio 1993.

<sup>6</sup> *Albert Grandrath c. la Repubblica Federale Tedesca*, ricorso n. 2299/64, 12 dicembre 1966; *X. c. la Repubblica Federale Tedesca*, ricorso n. 7705/76, 5 luglio 1977; *Thlimmenos c. Grecia*, ricorso n. 34369/97, 6 aprile 2000; *Bayatyan c. Armenia*, ricorso n. 23459/03, 7 luglio 2011; *Erçep c. Turchia*, ricorso n. 43965/04, 22 novembre 2011; *Adyan e altri c. Armenia*, ricorso n. 75604/11, 12 ottobre 2017; *Teliatnikov c. Lituania*, ricorso n. 51914/19, 7 giugno 2022.

<sup>7</sup> *Manoussakis e altri c. Grecia*, ricorso n. 18748/91, 26 settembre 1996; *Associazione per la Solidarietà con i testimoni di Geova e altri c. Turchia*, ricorsi nn. 36915/10 e 8606/13, 24 maggio 2016.

<sup>8</sup> Cfr. M. C. IVALDI, *Diritto e religione nella Federazione Russa. Emblematici esempi di discriminazione*, in *Diritto e religioni*, 1, 2020, 298-320; G. CAROBENE, *Normativa "anti estremismo" e libertà religiosa nella Federazione Russa*.

riserve espresse dalle autorità nazionali che hanno giustificato l'affidamento – dopo il fallimento del matrimonio – dei figli minorenni al padre cattolico invece che alla madre testimone di Geova<sup>9</sup>, o il rigetto della richiesta di riconoscere alla Comunità Religiosa (*Relionsgemeinschaft*) dei testimoni di Geova dell'Austria lo statuto giuridico più privilegiato di "Società Religiosa" (*Relionsgesellschaft*)<sup>10</sup>, o lo scioglimento e il diniego di una nuova registrazione della comunità di Mosca<sup>11</sup>, o ancora in un caso di violazione del diritto al rispetto della vita privata causata dalla trasmissione di dati medici confidenziali (appunto il rifiuto di sottoporsi a emotrasfusioni) dall'ospedale all'ufficio del pubblico ministero senza il consenso dei soggetti interessati<sup>12</sup>.

## 2. Il procedimento principale

Il caso in esame ha origine da una controversia tra A, testimone di Geova e padre del minore B, e il Ministero della Sanità della Lettonia. B era nato con una grave malattia cardiovascolare, che richiedeva un intervento chirurgico salvavita. Questo poteva essere effettuato in Lettonia con una presa a carico dei costi da parte del servizio sanitario nazionale (SSN), ma comportava una trasfusione di sangue. Al contrario, in Polonia, l'operazione poteva essere effettuata senza emotrasfusione. A aveva dunque chiesto al SSN della Lettonia il rilascio del cosiddetto modulo S2 allo scopo di usufruire dell'assistenza

---

*Il caso dei Testimoni di Geova, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica ([www.statoe.chiese.it](http://www.statoe.chiese.it)), 16, 2020, 1-28; C. LAPI, La difficile posizione giuridica dei Testimoni di Geova in Russia di fronte alla Corte di Strasburgo, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica ([www.statoe.chiese.it](http://www.statoe.chiese.it)), 2011, 1-12. La sentenza più recente – e posteriore alla Risoluzione n. CM/RES(2022)2 del 16 marzo 2022 con cui il Comitato dei Ministri ha deciso che la Federazione Russa ha cessato di essere membro del Consiglio d'Europa a partire dal 16 marzo stesso – è *Taganrog LRO e altri c. Russia*, ricorsi nn. 32401/10 e altri 19, 7 giugno 2022. Conformemente alla Risoluzione della CtEDU del 22 marzo, la Corte tratterà i ricorsi presentati contro la Federazione Russa riguardanti presunte violazioni della Convenzione avvenute fino al 16 settembre 2022.*

<sup>9</sup> *Hoffmann c. Austria*, ricorso n. 12875/87, 23 giugno 1993, par. 15. Si deve però evidenziare che la censura è stata espressa solo dalla Corte Suprema, mentre i tribunali distrettuale e regionale di Innsbruck non avevano considerato di importanza decisiva il potenziale pericolo posto alla salute e alla vita dei figli minori dall'eventuale rifiuto della madre alle trasfusioni di sangue, dal momento che, ove tali circostanze si fossero verificate, la decisione del medico e/o dell'autorità giudiziaria avrebbero potuto prevalere sulla volontà materna (parr. 11 e 13). D'altro canto, le specifiche affermazioni della Corte Suprema austriaca sulle emotrasfusioni sono state sottoscritte da due delle tre opinioni allegate alla sentenza, e precisamente dai giudici Walsh (parzialmente dissenziente) e Valticos (dissenziente). La terza opinione (pure dissenziente) di Bonnici non ha invece fatto menzione di tale questione (né delle altre riserve sollevate rispetto a principi e pratiche dei testimoni di Geova).

<sup>10</sup> *Comunità Religiosa dei testimoni di Geova e altri c. Austria*, ricorso n. 40825/98, 31 luglio 2008, par. 26.

<sup>11</sup> *Testimoni di Geova di Mosca e altri c. Russia*, ricorso n. 302/02, 10 giugno 2010, parr. 31, 60 e 95. In questo caso la CtEDU ha respinto l'analogia, proposta dalle autorità russe, tra istigazione al suicidio e rifiuto delle emotrasfusioni, e ha affermato che la libertà di rifiutare trattamenti medici è garantita dal diritto di autodeterminazione e di autonomia personale, riconosciuto dall'art. 8 della Convenzione. Ugualmente, ha respinto la tesi che il rifiuto alle trasfusioni di sangue espresso da singoli testimoni di Geova non fosse la manifestazione genuina della loro libera volontà, ma l'esito di indebite pressioni esterne esercitate dalla comunità (parr. 131-146).

<sup>12</sup> *Avilkina e altri c. Russia*, ricorso n. 1585/09, 6 giugno 2013. Sul rifiuto dei testimoni di Geova alle emotrasfusioni nel contesto della giurisprudenza della CtEDU, cfr. C. Ó NEILL, *Jehovah's Witnesses and Blood Transfusions: An Analysis of the Legal Protections Afforded to Adults and Children in European/English Human Rights Contexts*, in *European Journal of Health Law*, 24, 4, 2017, 368-389.

sanitaria transfrontaliera<sup>13</sup>. Al riguardo va precisato che il nodo della questione non era l'esercizio del diritto di B alla libertà di fruire di servizi transfrontalieri, bensì di quello al rimborso, totale o parziale, dei costi dell'operazione effettuata in Polonia da parte del SSN della Lettonia. Infatti, come osservato da Gerard Hogan, Avvocato Generale presso la CGUE, «dal momento che l'assistenza sanitaria transfrontaliera può essere molto costosa, l'esistenza di un diritto al rimborso può essere fondamentale ai fini dell'effettivo esercizio di tale diritto da parte di una persona»<sup>14</sup>.

Il modulo S2 è rilasciato se sono soddisfatte tre condizioni:

- 1) la copertura dell'assistenza sanitaria dal bilancio dello Stato conformemente alle norme ad essa applicabili,
- 2) la necessità di tale assistenza per evitare un deterioramento irreversibile delle funzioni vitali o delle condizioni di salute della persona interessata,
- 3) l'assenza di strutture sanitarie che garantiscano l'assistenza in questione alla data in cui la domanda di rilascio del modulo S2 viene esaminata<sup>15</sup>.

Mentre le prime due condizioni erano soddisfatte, la terza non lo era poiché l'intervento poteva essere effettuato in Lettonia, anche se con una procedura (la trasfusione di sangue) contraria ai principi religiosi di A. La richiesta di quest'ultimo è stata quindi respinta prima dal SSN della Lettonia con decisione del 29 marzo 2016 e poi dal Ministero della Sanità con provvedimento del 15 luglio 2016. A ha presentato ricorso, che è stato rigettato dal Tribunale amministrativo distrettuale con sentenza del 9 novembre 2016 e, adita in appello, dalla Corte amministrativa regionale il 10 febbraio 2017. I giudici hanno motivato il diniego sulla base della considerazione che l'operazione poteva essere eseguita in Lettonia, sebbene ciò comportasse una trasfusione di sangue, diversamente dalla Polonia: tuttavia, non vi era alcuna ragione, *dal punto di vista clinico*, che giustificasse l'esecuzione su B di un'operazione senza ricorso a emotrasfusioni.

Mentre B, il 22 aprile 2017, è stato sottoposto con successo all'intervento in questione in Polonia, A ha proposto ricorso per cassazione, sostenendo di aver subito una discriminazione religiosa indiretta, dal momento che la maggioranza delle persone e dei loro figli può usufruire dei servizi sanitari necessari senza pregiudicare le proprie credenze religiose.

La Corte Suprema della Lettonia ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla CGUE due domande di pronuncia pregiudiziale, chiedendole di valutare se tale presunta discriminazione religiosa indiretta fosse necessaria e proporzionata, e dunque legittima, anche tenendo conto del fatto

<sup>13</sup> CGUE, causa C-243/19, sentenza del 29 ottobre 2020, par. 13-14. Il testo è consultabile in <http://curia.europa.eu> (ultima consultazione 31/01/2022). Una sintesi del caso è offerta da D. E. LACH, *Patient's religious beliefs and the cross-board healthcare (case C-243/19)*, in *Labour and Social Security Journal*, 62, 6, 2021, 57-60; A. LACONI, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea e la libertà di ricevere cure transfrontaliere per motivi religiosi*, in *DPCE Online*, 1, 2021, 1388-1391; P. MELIN, *Overview of recent cases before the Court of Justice of the European Union (September 2020-December 2020)*, in *European Journal of Social Security*, 23, 1, 2021, 87-88; A. MONICA, *Cure ospedaliere e libera circolazione delle persone: il ruolo dell'Unione per un'assistenza sanitaria effettiva e sostenibile*, in *Ius et Salus*, 3, 2020, 33-45.

<sup>14</sup> AVVOCATO GENERALE GERARD HOGAN, *Causa C-243/19. A contro Veselibas ministrija*. Conclusioni, 30 aprile 2020, nota 40. Il testo è consultabile in <http://curia.europa.eu> (ultima consultazione 31/01/2022). Per una sintesi, cfr. F. CRANMER, *Jehovah's Witnesses, blood transfusions and the CJEU: AG's Opinion in A v Veselibas ministrija*, in *Law & Religion UK* (<https://www.lawandreligionuk.com>), 8 maggio 2020.

<sup>15</sup> CGUE, causa C-243/19, cit., par. 9.

che l'adattamento delle cure mediche a esigenze religiosamente motivate può comportare spese supplementari significative per il bilancio statale<sup>16</sup>.

### 3. La prima questione pregiudiziale

In primo luogo è stato chiesto alla CGUE se l'articolo 20, paragrafo 2, del Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale<sup>17</sup>, in combinato disposto con l'articolo 21, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (principio di non discriminazione)<sup>18</sup>, dovesse essere interpretato nel senso che uno Stato membro può rifiutare l'autorizzazione all'assistenza sanitaria transfrontaliera «qualora nello Stato di residenza dell'interessato siano disponibili cure ospedaliere la cui efficacia clinica non è in discussione, ma il metodo di cura utilizzato non sia conforme alle convinzioni religiose del suddetto interessato»<sup>19</sup>.

L'articolo 20, paragrafo 2, seconda frase del Regolamento n. 883/2004 individua le due condizioni che devono ricorrere perché l'istituzione competente abbia l'obbligo di rilasciare l'autorizzazione. La prima è che la prestazione sanitaria in questione sia tra quelle previste dalla legislazione dello Stato di residenza dell'assicurato – condizione che, nel caso di A, era soddisfatta. La seconda richiede che le cure non possano essere praticate nello Stato in cui risiede l'assicurato «entro il termine normalmente necessario» e «tenuto conto dell'attuale stato di salute dello stesso e dell'evoluzione della sua malattia»<sup>20</sup>. Tale clausola tiene conto esclusivamente del quadro clinico del paziente, escludendo le sue scelte personali. Secondo la CGUE, poiché l'operazione in questione poteva essere effettuata in Lettonia e non vi erano ragioni mediche che giustificassero il ricorso a un metodo diverso dalla trasfusione

<sup>16</sup> CGUE, causa C-243/19, cit., parr. 14-20; AVVOCATO GENERALE GERARD HOGAN, *op. cit.*, parr. 8-10.

<sup>17</sup> Ai sensi dell'art. 20 (Viaggio inteso a ricevere prestazioni in natura – Autorizzazione a ricevere cure adeguate al di fuori dello Stato membro di residenza), «1. Fatte salve disposizioni contrarie del presente regolamento, la persona assicurata che si trasferisca in un altro Stato membro per ricevervi prestazioni in natura nel corso della dimora, chiede un'autorizzazione all'istituzione competente.

2. La persona assicurata autorizzata dall'istituzione competente a recarsi in un altro Stato membro al fine di ricevervi cure adeguate al suo stato di salute, beneficia delle prestazioni in natura erogate, per conto dell'istituzione competente, dall'istituzione del luogo di dimora, secondo le disposizioni della legislazione che essa applica, come se fosse assicurata in virtù di tale legislazione. L'autorizzazione è concessa qualora le cure di cui si tratta figurino tra le prestazioni previste dalla legislazione dello Stato membro in cui risiede l'interessato e se le cure in questione non possono essergli praticate entro un lasso di tempo accettabile sotto il profilo medico, tenuto conto dell'attuale stato di salute dello stesso e della probabile evoluzione della sua malattia.

3. I paragrafi 1 e 2 si applicano *mutatis mutandis* ai familiari di una persona assicurata».

Il testo del Regolamento è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea L 166 del 30 aprile 2004.

<sup>18</sup> «È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali». Il testo è consultabile in [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_it.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf) (ultima consultazione 31/01/2022). Tra i numerosi commenti, si segnala R. TONIATTI, J. WOELK, C. CASONATO, M. DANI, F. PALERMO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, 6 dicembre 2000, in [http://www.cde.provincia.tn.it/binary/pat\\_cde/quaderni\\_cde/qcde\\_10.1363867285.pdf](http://www.cde.provincia.tn.it/binary/pat_cde/quaderni_cde/qcde_10.1363867285.pdf) (ultima consultazione 31/01/2022).

<sup>19</sup> CGUE, causa C-243/19, cit., par. 20.

<sup>20</sup> CGUE, causa C-243/19, cit., par. 25.

di sangue, il diniego da parte delle autorità lettoni di rilasciare il modulo S2 non è incompatibile con tale disposizione. Nondimeno – osserva la Corte – nell’attuazione del diritto dell’Unione europea ogni Stato membro è tenuto a rispettare i diritti fondamentali garantiti dalla Carta, incluso in questo caso il principio di non discriminazione<sup>21</sup>. Come affermato in modo costante dalla sua giurisprudenza, «[u]na differenza di trattamento è giustificata se si fonda su un criterio obiettivo e ragionevole, vale a dire qualora essa sia rapportata a un legittimo scopo perseguito dalla normativa in questione e tale differenza sia proporzionata allo scopo perseguito dal trattamento di cui trattasi»<sup>22</sup>. Rispetto alla situazione in esame, la CGUE esclude una discriminazione diretta fondata sulla religione, ma ne ravvisa una indiretta tra i pazienti che subiscono un’operazione con trasfusione di sangue, i cui costi sono a carico dello Stato membro di residenza, e quelli che, in ragione del loro credo, rifiutano tale metodo e vorrebbero ricorrere, in un altro Stato membro, a un intervento compatibile con le loro convinzioni religiose, i cui costi però non sono coperti dalla previdenza sociale dello Stato membro in cui risiedono<sup>23</sup>.

Avendo constatato una differenza di trattamento indirettamente fondata sulla religione, la Corte ha esaminato se essa fosse giustificata da un criterio obiettivo e ragionevole, il quale è stato effettivamente individuato nel rischio di grave alterazione dell’equilibrio finanziario del sistema di previdenza sociale, poiché la normativa in esame prevede un rimborso integrale: «nel caso in cui prestazioni in natura erogate nello Stato membro di dimora generino costi maggiori di quelli legati alle prestazioni che sarebbero state erogate nello Stato membro di residenza dell’assicurato, l’obbligo di un rimborso integrale può generare costi supplementari per quest’ultimo Stato membro»<sup>24</sup>. Tuttavia, come vedremo, la verifica di questa circostanza scompare dal ragionamento che fonda le conclusioni della CGUE.

Nei passaggi successivi emerge una posizione difficilmente condivisibile, in quanto fondata su una distinzione – infruttuosa ai fini dell’esito del caso – tra l’oggettività del quadro clinico e la soggettività delle credenze religiose. La Corte concorda con il giudice di rinvio che «siffatti costi supplementari sarebbero difficilmente prevedibili se, al fine di evitare una differenza di trattamento fondata sulla religione, l’istituzione competente fosse tenuta a prendere in considerazione le convinzioni religiose dell’assicurato, in quanto tali convinzioni rientrano nel “*forum internum*” di quest’ultimo e sono, per loro natura, soggettive»<sup>25</sup>. Tale asserzione è sostenuta anche da un richiamo alle osservazioni scritte del governo italiano, secondo il quale si potrebbe assistere a un gran numero di richieste di autorizzazione all’assistenza sanitaria transfrontaliera fondata su motivi religiosi piuttosto che medici, eventualità che esporrebbe il sistema sanitario nazionale a un rischio di instabilità finanziaria a causa dei costi supplementari generati da tali richieste, laddove «l’istituzione competente fosse obbligata a tener conto delle convinzioni religiose dell’assicurato, [...] considerata la loro imprevedibilità e la loro potenziale entità»<sup>26</sup>.

Tale posizione sembra fondarsi su una contrapposizione tra l’oggettività del quadro clinico e del requisito di garantire la stabilità del sistema nazionale di previdenza sociale da una parte, e la soggettività

<sup>21</sup> CGUE, causa C-243/19, cit., parr. 30-34.

<sup>22</sup> CGUE, causa C-243/19, cit., par. 37.

<sup>23</sup> CGUE, causa C-243/19, cit., parr. 39-42.

<sup>24</sup> CGUE, causa C-243/19, cit., par. 49.

<sup>25</sup> CGUE, causa C-243/19, cit., par. 50.

<sup>26</sup> CGUE, causa C-243/19, cit., par. 52.

delle convinzioni religiose dall'altra, tale per cui l'oggettività per sua stessa natura non può che prevalere sulla soggettività. Le affermazioni sopra riportate, che mi paiono poco meditate, rischiano di sminuire l'importanza del diritto di libertà religiosa, che non è assoluto, ma non prevede come limite la presunta soggettività delle credenze religiose, anche perché questa non è un elemento intrinseco di determinati principi o pratiche religiose; essa risiede piuttosto negli occhi di chi, dall'esterno, guarda ad essi. Ciò è tanto più vero in casi come quello in esame, dove la controversia origina dalla credenza di una minoranza religiosa, che la maggioranza non condivide e per questo tende generalmente a considerare meno razionale di quelle prevalenti a livello sociale<sup>27</sup>.

In conclusione, la CGUE afferma che la mancanza di considerazione delle convinzioni religiose dell'assicurato è giustificata da un criterio obiettivo e ragionevole (il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di previdenza sociale) e proporzionata al perseguimento di tale scopo. Pertanto, l'articolo 20, paragrafo 2, del Regolamento n. 883/2004 in combinato disposto con l'articolo 21, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretate nel senso che non osta al rifiuto dello Stato membro di residenza della persona interessata di concedere l'autorizzazione all'assistenza sanitaria transfrontaliera «qualora, in tale Stato membro, siano disponibili cure ospedaliere la cui efficacia clinica non è in discussione, ma le convinzioni religiose di tale assicurato siano contrarie al metodo di cura utilizzato»<sup>28</sup>. Secondo tale decisione, come accennato, è sufficiente che le autorità nazionali constatino in astratto la sussistenza di un pericolo per la stabilità finanziaria del sistema nazionale di previdenza sociale, mentre sarebbe stato opportuno almeno invitare il giudice del rinvio a verificarne l'esistenza effettiva nel caso specifico. Una limitazione si può considerare proporzionata al perseguimento di fini legittimi solo se il rischio di comprometterli è verificato in termini empirici, e non teorici. In dottrina è stato ulteriormente sottolineato il rifiuto, da parte della CGUE, di ammettere che vi possano essere situazioni finanziariamente vantaggiose (vale a dire dove il costo delle cure ricevute all'estero è inferiore a quello del paese di residenza): questo rassicura quegli Stati membri preoccupati dagli effetti negativi generati da un gran numero di richieste di autorizzazione fondate su motivi religiosi, ma mostra un approccio formalistico alquanto deludente<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Queste considerazioni richiamano quelle svolte – in contesti diversi ma caratterizzati dalla medesima preoccupazione di confutare l'opinione che un credo meritevole di tutela giuridica debba essere oggettivo o razionale – da P. EDGE, *Vegetarianism as a protected characteristic: another view on Conisbee*, in *Law & Religion UK* (<https://www.lawandreligionuk.com>), 21 settembre 2019, e da M. GERMANN, C. WACKERNAGEL, *The Circumcision Debate from a German Constitutional Perspective*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 4, 3, 2015, 444-448 e 462-468.

<sup>28</sup> CGUE, *op. cit.*, par. 86. Questa formulazione non tiene conto dell'inciso suggerito nelle conclusioni dell'Avvocato Generale, volto a stabilire un maggiore equilibrio tra tutti gli interessi in gioco: «nella misura in cui il rifiuto sia oggettivamente giustificato da un obiettivo legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari. In assenza di requisiti organizzativi o strutturali concernenti l'erogazione metodica e equilibrata di assistenza sanitaria effettiva da parte dello Stato membro di affiliazione, tale Stato membro può rifiutarsi, conformemente alla seconda condizione prevista dall'articolo 20, paragrafo 2, del regolamento n. 883/2004, di tenere conto delle convinzioni religiose, se ciò determinasse potenzialmente, per lo Stato membro di affiliazione, un aumento notevole dei costi a discapito della fornitura di assistenza sanitaria a terzi. Spetta al giudice del rinvio valutare tale circostanza di fatto» (*op. cit.*, par. 98).

<sup>29</sup> G. DI FEDERICO, *When medical treatment and religious beliefs intersect: the case of Veselibas Ministrija*, in *European Papers*, 6, 1, 2021, 77.

#### 4. La seconda questione pregiudiziale

La Corte Suprema della Lettonia ha poi chiesto alla CGUE se l'articolo 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE)<sup>30</sup> e l'articolo 8, paragrafo 5 e paragrafo 6, lettera d), della Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera<sup>31</sup>, in combinato disposto con l'articolo 21, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea «debbono essere interpretati nel senso che uno Stato membro può rifiutare l'autorizzazione di cui all'articolo 8, paragrafo 1, di tale direttiva qualora nello Stato membro di affiliazione dell'interessato siano disponibili cure ospedaliere la cui efficacia clinica non è in discussione, ma il metodo di cura utilizzato non sia conforme alle convinzioni religiose del suddetto interessato»<sup>32</sup>.

La Direttiva n. 2011/24 ha codificato la giurisprudenza della CGUE relativa alla libera prestazione dei servizi garantita dall'art. 56 TFUE in materia di assistenza sanitaria<sup>33</sup>. Essa dispone che i costi di cure

<sup>30</sup> «Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione.

Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno dell'Unione».

La versione consolidata del trattato è pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea C 202 del 7 giugno 2016.

<sup>31</sup> Ai sensi dell'art. 8 (assistenza sanitaria che può essere soggetta ad autorizzazione preventiva), «1. Lo Stato membro di affiliazione può prevedere un sistema di autorizzazione preventiva per il rimborso dei costi dell'assistenza transfrontaliera, conformemente al presente articolo e all'articolo 9. Il sistema di autorizzazione preventiva, compresi i criteri e l'applicazione di tali criteri, e le singole decisioni di rifiuto di concedere un'autorizzazione preventiva, è limitato a quanto necessario e proporzionato all'obiettivo da raggiungere, e non può costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o un ostacolo ingiustificato alla libera circolazione dei pazienti. [...] 5. Fatto salvo il paragrafo 6, lettere da a) a c), lo Stato membro di affiliazione non può rifiutarsi di concedere un'autorizzazione preventiva quando il paziente ha diritto all'assistenza sanitaria in questione, ai sensi dell'articolo 7 della presente direttiva, e quando l'assistenza sanitaria in questione non può essere prestata sul suo territorio entro un termine giustificabile dal punto di vista clinico, sulla base di una valutazione medica oggettiva dello stato di salute del paziente, dell'anamnesi e del probabile decorso della sua malattia, dell'intensità del dolore e/o della natura della sua disabilità al momento in cui la richiesta di autorizzazione è stata fatta o rinnovata. 6. Lo Stato membro di affiliazione può rifiutarsi di concedere un'autorizzazione preventiva per i seguenti motivi: a) in base ad una valutazione clinica, il paziente sarà esposto con ragionevole certezza a un rischio per la sua sicurezza, quale paziente, che non può essere considerato accettabile, tenendo conto del potenziale beneficio per il paziente stesso dell'assistenza sanitaria transfrontaliera richiesta; b) a causa dell'assistenza sanitaria transfrontaliera in questione, il pubblico sarà esposto con ragionevole certezza a notevoli pericoli per la sicurezza; c) l'assistenza sanitaria in questione è prestata da un prestatore di assistenza sanitaria che suscita gravi e specifiche preoccupazioni quanto al rispetto degli standard e orientamenti relativi alla qualità dell'assistenza e alla sicurezza del paziente, comprese le disposizioni sulla vigilanza, indipendentemente dal fatto che tali standard e orientamenti siano stabiliti da disposizioni legislative e regolamentari o attraverso sistemi di accreditamento istituiti dallo Stato membro di cura; d) l'assistenza sanitaria in questione può essere prestata sul suo territorio entro un termine giustificabile dal punto di vista clinico, tenendo presente lo stato di salute e il probabile decorso della malattia di ogni paziente interessato».

Il testo della Direttiva è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea L 88 del 4 aprile 2011.

<sup>32</sup> CGUE, causa C-243/19, cit., par. 20.

<sup>33</sup> F. BATTAGLIA, *op. cit.*, 1193.



transfrontaliere siano rimborsati all'assicurato, se queste sono comprese tra le prestazioni coperte dallo Stato membro di residenza (articolo 7, paragrafo 1); che tale rimborso non è totale, ma corrisponde al costo della prestazione sanitaria nello Stato dell'assicurato (articolo 7, paragrafo 4); che uno Stato membro può prevedere un sistema di autorizzazione preventiva, il quale deve essere «necessario e proporzionato all'obiettivo da raggiungere, e non può costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o un ostacolo ingiustificato alla libera circolazione dei pazienti» (articolo 8, paragrafo 1), e deve cioè essere giustificato da «motivi imperativi di interesse generale [...] quali le esigenze di pianificazione riguardanti l'obiettivo di assicurare, nel territorio dello Stato membro interessato, la possibilità di un accesso sufficiente e permanente ad una gamma equilibrata di cure di elevata qualità o alla volontà di garantire un controllo dei costi e di evitare, per quanto possibile, ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane» (considerando 43). Secondo il governo lettone, il sistema nazionale di autorizzazione preventiva risponde a un duplice obiettivo: la protezione della stabilità finanziaria del sistema di previdenza sociale, e il mantenimento delle strutture sanitarie o delle competenze mediche<sup>34</sup>.

Per quanto riguarda il primo degli scopi sopra individuati, la CGUE rileva l'esistenza di una differenza sistemica tra il sistema di rimborso attuato dal Regolamento n. 883/2004 e quello previsto dalla Direttiva n. 2011/24: il primo è totale anche se l'assistenza sanitaria transfrontaliera costa di più di quella fornita nello Stato membro di residenza, mentre il secondo non può superare tali costi<sup>35</sup>. Tale differenza non va intesa come un'opposizione tra i due strumenti, bensì come una complementarità<sup>36</sup>. Il Regolamento ha normalmente la precedenza ma, in linea di principio, la Direttiva trova applicazione quando, ai sensi del Regolamento, lo Stato non autorizza la prestazione sanitaria transfrontaliera<sup>37</sup>. Entrambi seguono il medesimo principio guida, vale a dire l'oggettività del quadro clinico della persona interessata<sup>38</sup>. Tuttavia, contrariamente al Regolamento, la Direttiva non espone lo Stato a rischi di oneri finanziari supplementari: ne consegue che le autorità nazionali non possono invocare l'incidenza che la copertura delle cure prestate all'estero può avere sulla stabilità finanziaria del sistema nazionale di previdenza sociale come fine legittimo del sistema di autorizzazione preventiva<sup>39</sup>.

Il sistema di rimborso del Regolamento appare più generoso, ma è tutto o niente; quello della Direttiva è più limitato ma apre alla possibilità di tenere indirettamente conto delle credenze religiose dei pazienti. Si tratta però pur sempre di uno spiraglio, e non di una finestra spalancata. Infatti, la CGUE ha accettato il secondo obiettivo invocato dalla Lettonia, rimandando al giudice nazionale la valutazione se il sistema di autorizzazione preventiva, nel caso in esame, sia necessario e proporzionato per assicurare il mantenimento delle strutture sanitarie o delle competenze mediche. In caso di risposta negativa, le autorità lettoni non possono subordinare il rimborso dei costi sostenuti da A, nella misura corrispondente alle spese coperte dal SSN, all'ottenimento di un'autorizzazione preventiva. Laddove

<sup>34</sup> CGUE, causa C-243/19, cit., par. 71.

<sup>35</sup> CGUE, causa C-243/19, cit., parr. 72-74.

<sup>36</sup> F. BATTAGLIA, *op. cit.*, 1193 e 1198-1199.

<sup>37</sup> G. DI FEDERICO, *op. cit.*, 73.

<sup>38</sup> J. PAJU, *Case C-243/19 A v. Veselības ministrija*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 28, 6, 2021, 904.

<sup>39</sup> CGUE, causa C-243/19, cit., parr. 77-78.

invece la risposta sia positiva, l'articolo 8, paragrafo 5 e paragrafo 6, lettera d), della Direttiva 2011/24/UE deve essere interpretato tenendo conto solo del quadro clinico di B<sup>40</sup>.

Anche rispetto a tale ambito, come già in quello concernente la prima questione pregiudiziale, la CGUE afferma che ogni Stato membro deve rispettare i diritti fondamentali garantiti dalla Carta nell'attuazione del diritto dell'Unione europea, e individua una differenza di trattamento fondata indirettamente sulla religione. Essa persegue un obiettivo legittimo (il mantenimento delle strutture sanitarie o delle competenze mediche, ma non la protezione della stabilità finanziaria del sistema di previdenza sociale) e spetta al giudice nazionale valutare se essa sia proporzionata. In conclusione, le disposizioni europee richiamate devono essere interpretate come ostative al rifiuto dello Stato membro di concedere l'autorizzazione preventiva (e, di conseguenza, il rimborso delle spese sostenute in misura pari ai costi coperti dal SSN) «a meno che tale rifiuto sia obiettivamente giustificato da uno scopo legittimo di mantenimento delle strutture sanitarie o delle competenze mediche, e costituisca un mezzo adeguato e necessario per raggiungere tale scopo»<sup>41</sup>, circostanza la cui verifica spetta appunto al giudice del rinvio.

## 5. Osservazioni conclusive

Questa sentenza deve essere stata di poco conforto per A, ma almeno la risposta alla seconda questione pregiudiziale pone le basi per una messa in discussione dell'approccio prevalentemente economicista ai servizi di assistenza sanitaria<sup>42</sup>. Come affermato già dal Comitato economico e sociale europeo, «[t]rattandosi di un bene superiore, la salute non può essere considerata esclusivamente sotto l'angolazione di costi sociali e difficoltà economiche latenti»<sup>43</sup>. Anche secondo il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite, «[a]ll health facilities, goods and services must be respectful of medical ethics and culturally appropriate, i.e. respectful of the culture of individuals, minorities, peoples and communities»<sup>44</sup>. In particolare, la salute e le modalità di esercizio del relativo diritto emergono sempre più come uno degli ambiti che sono al cuore del diritto di autodeterminazione<sup>45</sup>, il cui esercizio può essere religiosamente orientato o meno. Un'istanza che non trovi prote-

<sup>40</sup> CGUE, causa C-243/19, cit., parr. 79-81.

<sup>41</sup> CGUE, causa C-243/19, cit., par. 86. Anche qui la formulazione è diversa da quella suggerita dall'Avvocato Generale: «a meno che tale comportamento non comporti un probabile aumento delle richieste di assistenza sanitaria transfrontaliera per motivi religiosi che sarebbe in grado di alterare seriamente l'erogazione metodica e equilibrata di assistenza sanitaria effettiva in tale Stato membro» (op. cit., par. 98). Su tale differenza, cfr. S. SLOKENBERGA, *Case C-243/19, A v Veselibas ministrija, Judgement of the Court (Second Chamber) of 29 October 2020, EU:C:2020:872*, in *European Journal of Health Law*, 28, 2021, 303.

<sup>42</sup> G. DI FEDERICO, *op. cit.*, 71.

<sup>43</sup> Comitato economico e sociale europeo, *Parere sul tema «L'assistenza sanitaria»* (2003/C 234/11), 16 luglio 2003, in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* C 234 del 30 settembre 2003.

<sup>44</sup> Par. 12, lett. c) del commento generale n. 14(2000) The right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). Il testo è consultabile in <https://digitallibrary.un.org/record/425041> (ultima consultazione 31/01/2022).

<sup>45</sup> Per un inquadramento generale di tale questione in ambito italiano ma con uno sguardo anche alla dimensione europea, cfr. M. SESTA, *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Santarcangelo di Romagna, 2014.

zione giuridica (e ancora prima legittimità o accettazione sociale) come manifestazione di libertà religiosa potrebbe acquistarla laddove sia ricondotta all'esercizio del diritto di autonomia personale. Questo però con quali conseguenze?

È equivoca l'idea che la libertà religiosa crei dei privilegi per individui o gruppi che li esentano dall'obbligo di sottostare a regole generalmente applicabili a tutti. Chi condivide tale opinione solleva la questione di quale ruolo si debba assegnare ai diritti fondamentali – ruolo che non può però escludere la protezione delle singole persone e delle loro associazioni dall'omogeneità culturale o religiosa<sup>46</sup>. Il rifiuto di sottoporsi a trasfusioni di sangue non è una pratica socialmente condivisa nei paesi europei e, per tale ragione, può essere percepita come non oggettiva. Ma il sistema europeo di protezione dei diritti umani deve dare protezione a diverse religioni e credi indipendentemente dalla loro percepita soggettività. Si deve ribadire che questo non comporta che non possano esserci limitazioni, ma queste non dovrebbero vertere – anche in modo implicito tramite concetti apparentemente neutrali come il quadro clinico – sul carattere religioso di una pratica di una minoranza. Se i diritti fossero effettivamente garantiti solo a chi si comporta secondo il consenso maggioritario, si consoliderebbe il carattere di omogeneità della società, cosa che storicamente ha sempre condotto a esiti nefasti<sup>47</sup>. Questioni come quella qui brevemente trattata, la quale in apparenza riguarda solo la sostenibilità finanziaria dei sistemi nazionali di previdenza sociale, sono in realtà al cuore della sfida di abbracciare l'eterogeneità e la differenza sempre nel rispetto effettivo del principio di proporzionalità.

---

<sup>46</sup> Cfr. M. GERMANN, C. WACKERNAGEL, *op. cit.*, 462-464.

<sup>47</sup> Cfr. M. GERMANN, C. WACKERNAGEL, *op. cit.*, 468.



# Sapere e potere nella sfida biogiuridica della religione contemporanea. Conclusioni

*Marco Ventura\**

THE ROLE OF KNOWLEDGE AND POWER IN THE CHALLENGE OF RELIGION TO CONTEMPORARY BIOLAW  
ABSTRACT: This text aims at summarizing the articles published in this issue of BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto devoted to the vital and crucial encounter of religion and biolaw. The five key areas of “categories”, “sources”, “space”, “time” and “principles” are identified. The resulting challenge seems to concern at the same time the shaping of knowledge on the interaction of religion and biolaw and the power to determine its future direction.

KEYWORDS: Biolaw; bioethics; religion; law and religion

ABSTRACT: Gli articoli pubblicati in questo numero della rivista attestano la vitalità e l'importanza del rapporto tra religione e biodiritto. Vengono identificate in proposito le cinque aree chiave delle “categorie”, delle “fonti”, dello “spazio”, del “tempo” e dei “principi”. Da esse emergono le due sfide cruciali, tra loro intrecciate, relative alla costruzione del sapere sull'interazione tra religione e biodiritto e del potere di determinarne gli esiti futuri.

PAROLE CHIAVE: Biodiritto; bioetica; religione; diritto e religione

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Cinque aree – 3. Due sfide – 4. Conclusioni.

## 1. Introduzione

I contributi raccolti in questo numero speciale di BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto dimostrano la vitalità del rapporto tra religione e biodiritto nella società contemporanea. I singoli credenti, le autorità religiose e le loro comunità e organizzazioni sono attori del dibattito biogiuridico: mobilitano le loro risorse, preservano le loro tradizioni, interagiscono con le nuove tecnologie. Interpretano e applicano i loro diritti religiosi in relazione al diritto secolare nazionale e internazionale. Influenzano e sono influenzati. Resistono e cambiano.

Accade per il biodiritto quello che accade più in generale per il diritto secolare. Che piaccia o no, l'interazione con la religione è cruciale non soltanto in quelle parti del mondo – invero la maggior parte del mondo – dove la popolazione si riconosce in una religione, ma anche nell'Occidente secolarizzato.

---

\* Professore ordinario, Università di Siena. Mail: [marco.ventura@unisi.it](mailto:marco.ventura@unisi.it). Contributo su invito.

Al rilievo sociale e culturale del fenomeno religioso corrisponde un rilievo giuridico di quel fenomeno per la cui complessa mappatura non si può in questa sede che rinviare ad altra trattazione<sup>1</sup>.

I contributi qui raccolti, tuttavia, sembrano testimoniare una vitalità ulteriore e specifica del rapporto tra religione e biodiritto, per la quale non basta l'applicazione a quel rapporto, per la proprietà transitiva, del più generale quadro di riferimento del rapporto tra religione e diritto. In altre parole, se il rapporto tra religione e biodiritto è vitale e cruciale per il mondo contemporaneo, ciò dipende da ragioni ulteriori e più specifiche rispetto alla generica importanza del rapporto tra religione e diritto. Della identificazione di tali ragioni sembrano per l'appunto occuparsi, più o meno consapevolmente e sistematicamente, le autrici e gli autori di questo numero speciale. Perciò in queste riflessioni conclusive ci si propone di ricostruire sinteticamente una mappa delle ragioni identificabili nei vari contributi per cui il rapporto tra religione e biodiritto ci appare da un lato vitale e cruciale e dall'altro dotato di una sua specificità rispetto al rapporto in generale tra religione e diritto. A tal fine si procede ora in due tappe. Nella prima si individuano cinque aree distintive in cui emerge la particolarità dell'interazione tra religione e biodiritto. Nella seconda si suggerisce lo schema del sapere e del potere come fondamentale per comprendere il rapporto tra religione e biodiritto e si formulano, in proposito, due sfide – una relativa al sapere e una relativa al potere – in cui può riassumersi il valore specifico del rapporto contemporaneo tra la religione e il biodiritto.

Non si utilizzeranno altri riferimenti, se non, in nota, quelli ad alcune pubblicazioni utili per comprendere il retroterra e la prospettiva a partire dalle quali si è vissuto il convegno *Anima e corpo: bioetica, minoranze religiose, nodi irrisolti e questioni emergenti* tenutosi a Trento il 23-24 novembre 2022 (da cui risultano i contributi qui pubblicati), si sono letti i contributi scritti e se ne è elaborata questa sintesi. In proposito queste riflessioni incorporano anche gli interventi di cui non vi è traccia scritta in questo numero speciale e che sono comunque accessibili online nella registrazione audio-video del convegno<sup>2</sup>. Nel caso di Carlo Casonato e Luca Savarino si precisa quando ci si riferisce al loro testo e quando invece ai loro interventi orali individuali.

Ancorché sostanzialmente diverse per struttura e contenuto, queste pagine nascono dalle conclusioni presentate al convegno, anch'esse accessibili online con la relativa presentazione in formato power point<sup>3</sup>. Ogni virgolettato senza ulteriore riferimento si riferisce ai testi qui pubblicati.

Preme ricordare come il convegno del 2022 non sia un evento isolato, ma si collochi in continuità con lo sforzo di ricerca del gruppo trentino guidato da Erminia Camassa, di cui si ebbe già traccia significativa nel precedente convegno del 12 maggio 2006 su *Bioetica e Confessioni religiose*<sup>4</sup>.

Resta assente da queste conclusioni una dettagliata ricognizione dei temi biogiuridici affrontati nei vari contributi (dalla procreazione assistita all'eutanasia, dall'aborto ai trapianti e alle trasfusioni) e delle soluzioni prospettatesi nelle comunità religiose e nei paesi oggetto delle trattazioni.

<sup>1</sup> Ci si riferisce in particolare a M. VENTURA, *Nelle mani di Dio. La super-religione del mondo che verrà*, Bologna, 2021.

<sup>2</sup> Ci si riferisce a: <https://webmagazine.unitn.it/evento/giurisprudenza/114067/anima-e-corpo-bioetica-minoranze-religiose-nodi-irrisolti-e-questioni> (consultato il 15 novembre 2023).

<sup>3</sup> Al link di cui alla nota precedente. Video contrassegnato con il numero III, a partire da 2.01 (ore 2, minuto I).

<sup>4</sup> Si rinvia agli atti di quel convegno in E. CAMASSA, C. CASONATO (a cura di), *Bioetica e confessioni religiose*, Trento, 2008.

## 2. Cinque aree

Dai contributi qui raccolti sembrano potersi evincere cinque aree nelle quali il rapporto tra religione e biodiritto assume un valore specifico. Esse riguardano le categorie che vengono utilizzate, le fonti di riferimento, lo spazio, il tempo e i principi.

Nell'interazione tra religione e biodiritto la ridefinizione di categorie fondamentali del vivente, a cominciare da quelle che riguardano l'inizio e la fine della vita, il corpo e lo spirito e che distinguono tra naturale e artificiale, tra terapeutico e non terapeutico, conduce alla ridefinizione di categorie altrettanto fondamentali per il diritto e per la religione. Tutti i contributi, in tal senso, fanno i conti con categorie messe in discussione dai confini mobili – tanto scientifico-tecnologici quanto socio-culturali – del vivente, dell'umano, del terapeutico, e come ha ricordato Pierluigi Consorti nel suo intervento, della «malattia nel mezzo» tra vita e morte. La frontiera tra etica e diritto, tra diritto religioso e diritto secolare o civile, richiamata come centrale nel suo intervento d'apertura da Erminia Camassa, così come la frontiera all'interno delle tradizioni e delle comunità religiose tra diritto, teologia ed etica, risulta così sfidata in modo del tutto peculiare proprio in ambito biogiuridico.

Francesca Oliosi scrive in proposito di «frontiere scientifiche e tecnologiche, nelle quali concetti come "vita" e "morte", fino a qualche decennio fa assunti acriticamente come dati oggettivi e universali, assumono ora significati declinati su base statale, sfumati dalle identità, (...) "sganciati" dai ritmi imposti dalle leggi naturali grazie all'ausilio dei macchinari». Sulla base di questa constatazione della mobilità delle frontiere l'autrice propone la sua categoria del paziente-fedele, più precisamente del «*civis-fidelis-patiens*», alla quale sembra rispondere, da differente prospettiva, ma con analoga preoccupazione ridefinitoria, quella di malato-medico in Massimo Giuliani.

Deborah Scolart offre un chiaro esempio di come la costruzione delle categorie influenzi gli assetti normativi e determini le differenze tra paesi e tradizioni religiosi. La maternità surrogata, ci spiega, è «vietata senza esitazioni dai paesi sunniti», mentre «nel contesto iraniano essa è, invece, oggetto di una discussione che prende le mosse dal fatto che l'introduzione dell'embrione formato in laboratorio nell'utero della madre gestazionale non è paragonabile all'introduzione dello sperma nel corpo di una donna con la quale non si è sposati».

Non necessariamente le categorie religiose e biogiuridiche sono subordinate a quelle medico-scientifiche. Non sempre scienza e tecnologia vengono prima<sup>5</sup>. Tra i vari esempi spicca quello offerto da Laura Mattei in materia di trasfusioni: «non è stata la religione, come spesso accade, ad adattarsi al progresso scientifico, ma è stata la scienza medica a fare un salto avanti accettando la sfida di accogliere le istanze dei Testimoni di Geova».

Nel loro cambiamento, le categorie sono anche lo specchio dei contesti. L'esempio più evidente per l'Italia è quello della distinzione tra bioetica laica e cattolica su cui Carlo Casonato e Luca Savarino esprimono il loro scetticismo. Si legge in proposito nel loro testo: «la contrapposizione tra il paradigma della sacralità della vita e il paradigma della qualità della vita (...) non sembra in grado di rispecchiare molta parte delle distinzioni più significative all'interno del dibattito bioetico internazionale, dal

---

<sup>5</sup> Osservazione per il cui retroterra si rinvia a M. VENTURA, *Medicina e diritto: la reciproca influenza*, in R. BUCCI (a cura di), *Manuale di medical humanities*, Roma, 2006, 159-174.

momento che appiattisce indebitamente l'etica religiosa sull'etica cattolica e trascura le evidenti differenze metodologiche e valoriali interne all'etica secolare».

La ridefinizione delle categorie fondamentali si accompagna alla rilettura delle fonti, al loro ripensamento, al loro rinnovamento. Per quanto riguarda il diritto, in particolare, Francesco Alicino sottolinea i «poteri paralegislativi» delle corti e il «potere normativo del giudice», conseguenza tra l'altro della «pluralità di forme di normatività» con cui il giudice stesso deve misurarsi.

La ridefinizione delle fonti riguarda forse ancor più in profondità la religione. Quanto più accuratamente, infatti, autrici e autori si impegnano a ricostruire le fonti della rispettiva sacra scrittura e tradizione ebraica, cristiana e islamica, e quanto più si sforzano di identificare l'emersione di una ortodossia e di una ortoprassi per il biodiritto contemporaneo, tanto più devono impegnarsi in una nuova ricognizione delle fonti, nella loro reinterpretazione, forse anche nella loro reinvenzione linguistica e di contenuto, in contesti spesso marcati da dissensi, dissidi e persino conflitti interni alla comunità e alla tradizione.

Nel suo intervento Alessia Pastorelli ha parlato per l'esperienza valdese di un approccio religioso situazionale, relativista, contestuale. Francesca Olios sottolinea l'alto «coefficiente di elasticità» di «tutte le religioni». Nell'esperienza iraniana e nella dottrina sciita, spiega Deborah Scolart, si combinano «una interpretazione dinamica del diritto» e un «approccio conservativo». Ciò sembra valere in particolare quando la scienza religiosa si relaziona alla scienza medica. Come nota Massimo Giuliani nel caso dell'ebraismo, «sia il sapere delle scienze biologiche sia l'halakhà sono approcci aperti, dinamici, sempre attenti a dove si sposta l'asticella delle conoscenze umane per potere, di conseguenza e ciascuno dal proprio punto di partenza, valutare le rispettive sfere d'azione».

Fondamentale, in tal senso, è la consapevolezza che biodiritti degli stati e biodiritti delle religioni possono articolarsi nei modi più vari. Ancora Deborah Scolart offre un esempio significativo quando menziona «due forze diverse» all'opera nel biodiritto in Iran: «da un lato, gli atti legislativi parlamentari e, dall'altro, i pareri resi dai giurisperiti islamici in risposta a quesiti specifici portati alla loro attenzione o come frutto di una più ampia riflessione su temi di interesse generale».

L'area delle fonti è anche l'area della specificità delle tradizioni. Federica Botti sottolinea la differenza dal modello cattolico di quello ortodosso nel quale «la Tradizione, che unisce in sé la Santa Scrittura, gli scritti dei Padri, i canoni conciliari, l'iconografia, ecc., è non solo primaria, ma di fatto è l'unica fonte della morale». La fonte determina poi il contenuto. Ancora con Botti per l'ortodossia: «tutta l'antropologia ortodossa è cristocentrica, l'archetipo dell'uomo è Cristo, pienamente Dio e Uomo. La vita morale a sua volta si percepisce come dimensione essenziale della divinizzazione in Cristo e diventa allo stesso tempo l'esito dello stesso processo della divinizzazione».

Le variazioni di categorie e fonti sono anzitutto una questione geografica. Lo spazio è la terza area dove l'incontro tra religione e biodiritto produce esiti specifici rispetto a quelli dell'incontro in generale tra religione e diritto. Ciò vale per l'importanza dei diversi contesti (si pensi ancora alla riflessione italiana ed europea di Alicino e Bottoni), ma anche per la dimensione globale di tale incontro. Esemplare in tal senso l'analisi biogiuridica delle chiese ortodosse di Federica Botti e George Grigoriță, dove la singolarità della risposta biogiuridica di ciascuna chiesa si intreccia con il contributo di ogni ortodossia nazionale a una inedita elaborazione ortodossa oltre le frontiere. Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca anche la riflessione sul rapporto tra universalità e casi particolari proposta da Francesca Olios, da cui

emerge una concezione della religione nel biodiritto quale «formante dinamico che agisce nel tessuto sociale e continua a ridisegnare i significati che per una sorta di strabismo etnocentrico si continuano a dare per oggettivi».

La quarta area è quella del tempo. Il carattere fondamentale delle questioni biogiuridiche interroga al contempo la dimensione storica e quella metastorica della religione. Autrici e autori propongono percorsi in cui questa area si combina con quella dello spazio – si pensi all'*excursus* sull'Unione sovietica di Federica Botti – e intanto ricordano quanto la creazione, la trascendenza, la storia sacra, l'aldilà – ma anche il simbolico e il rituale – interrogolino profondamente le scienze della vita prodotte dalla modernità secolarizzata, tanto più vane quanto più cieche ai misteri di entrambe, la scienza e la vita. L'area del tempo è anche significativa per cogliere il mutare degli orientamenti. Lo insegnano Federica Botti e Tiziano Rimoldi quando notano come negli ultimi anni le chiese ortodosse e avventiste abbiano vissuto una svolta conservatrice nel loro dibattito biogiuridico interno. Il tempo è anche un criterio indispensabile per distinguere tra da un lato la storia millenaria delle tradizioni religiose, ricordateci in particolare da Massimo Giuliani e Nibras Breigheche, e dall'altro la storia recente del Comitato nazionale di bioetica di cui si occupano Carlo Casonato e Luca Savarino, nonché della giurisprudenza italiana ed europea richiamata da Francesco Alicino, Rossella Bottoni e Laura Mattei.

L'ultima area, la quinta, riguarda i principi, la loro controversa individuazione e la loro difficile applicazione a questioni nuove e complesse. È esemplare il commento di metodo di Nibras Breigheche, in margine alla sua ricostruzione del dibattito islamico sull'aborto: «nonostante vi siano dei principi generali del credo islamico inerenti alle principali questioni di bioetica, nella maggior parte dei numerosi documenti scientifici e giuridico-religiosi prodotti da esponenti di fede e cultura islamica nel mondo il discorso è assai articolato e lascia ampio spazio alla valutazione caso per caso».

Tra i principi, autrici e autori ne individuano alcuni tipicamente religiosi come l'origine divina della vita, alcuni tipicamente secolari, almeno nella formulazione, come l'autodeterminazione e l'autonomia, e altri che proprio in forza dei confini mobili della prima area (quella delle categorie) possono portare lo stesso nome e differire sostanzialmente, come la sacralità della vita nei sistemi religiosi e nello stato laico. In proposito nel suo intervento Cinzia Picocchi ha sottolineato il ricorso al principio della «*sacrosanctity of life*» nella giurisprudenza secolare e dal canto suo Francesco Alicino scrive di «un concetto laico e secolarizzato di sacralità della vita» e ancora di una «laica sacralizzazione della vita» che deve tradursi, nella sua visione, «in un bilanciamento tra inviolabilità e disponibilità». Egli propone «un ordinamento democratico, costituzionale, laico e di diritto che, come tale, non si fa specchio di valori religiosi o secolarizzati infallibilmente presupposti» e che «s'atteggia invece a organo improntato a un sostenibile e pragmatico pluralismo etico, il più possibile inclusivo e non escludente». L'autore saluta dunque «un laico e sostenibile pluralismo etico» cui una certa giurisprudenza si sarebbe ispirata per spostare i «concetti di vita e dignità da una prospettiva definitoria autoritativamente oggettiva a una soggettiva e prudentemente relativistica».

Rossella Bottoni, dal canto suo, si inquieta a partire dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, per la garanzia dei diritti fondamentali, in particolare della libertà religiosa, di religioni minoritarie. Da tutt'altra prospettiva Massimo Giuliani illustra il principio ebraico, non meno delicato nella sua definizione e applicazione, del «valore inestimabile della vita come *chayim*», ovvero

della «unità vitale umana» sacra e inviolabile, donde il «divieto inderogabile di salvare ogni vita umana».

Vicina appare la prospettazione da parte di Carlo Casonato nel suo intervento dell'alternativa tra modello «indifferente» e modello «inclusivo e plurale», cui può ricondursi l'alternativa tracciata a sua volta nel proprio intervento da Luca Savarino tra rappresentanza per figure professionali e rappresentanza per famiglie culturali. Nel loro testo i due autori scrivono a proposito del Comitato nazionale di bioetica di un «modello formalmente indifferente rispetto alle logiche tipiche della mediazione-rappresentanza di ordine religioso» cui si è però «concretamente sostituito un modello di mediazione-rappresentanza attento alle particolarità di alcune delle componenti, anche religiose, più diffuse: un modello, in qualche modo, di mediazione-rappresentanza selettiva».

Le categorie, le fonti, lo spazio, il tempo e i principi definiscono la vitalità e l'importanza dell'incontro tra religione e biodiritto in modo del tutto peculiare. Ne derivano due sfide maggiori alla duplice dimensione del sapere e del potere di cui si passa ora a parlare.

### 3. Due sfide

Si è detto che la vitalità del rapporto tra religione e biodiritto quale risulta dai vari contributi riguarda la duplice dimensione del sapere e del potere.

In forza del radicamento della religione nella cultura e della sua capacità di influenzare il modo in cui si comprende e si dice il biodiritto, la costruzione del sapere biogiuridico su tradizione e innovazione, vita e morte, medico e paziente, embrione e cadavere dipende dalla relativa elaborazione religiosa. Ciò vale anche nelle società secolarizzate, in particolare per via di concetti religiosi secolarizzati come si è ricordato sopra con l'esempio del principio della sacralità della vita. Il movimento è circolare, nel senso che se l'alfabeto biogiuridico è influenzato dall'alfabeto religioso è vero anche il contrario: l'alfabeto religioso si reinventa nel suo lessico e nella sua grammatica, in risposta all'invenzione del lessico biogiuridico<sup>6</sup>. Esempio il caso avventista illustrato da Tiziano Rimoldi dove l'evoluzione terminologica riguardante l'eutanasia attiva e passiva riguarda al contempo, e in modo correlato, il sapere teologico e quello biogiuridico. Non meno esemplare la problematicità della traduzione del testo coranico di rilevanza biogiuridica nella ricostruzione di Nibras Breigheche.

In merito all'importanza del sapere va ancora richiamato il ruolo dell'interdisciplinarietà, della professionalizzazione richiamata da Carlo Casonato e Luca Savarino e della competenza, su cui insistono Massimo Giuliani e ancora Luca Savarino nel suo intervento orale al convegno. Solo in questo orizzonte può comprendersi la specificità dell'incontro tra religione e biodiritto quale definita dall'altrettanto specifico itinerario del dibattito bioetico. Fondamentale, in questo senso, il richiamo di Luca Savarino nel suo intervento orale a una bioetica futura definita dai dibattiti sul genere, sugli animali, sull'ambiente e sulle macchine.

<sup>6</sup> Il presupposto di questa lettura dei contributi va rinvenuto in M. VENTURA, *La lotta per l'alfabeto della religione contemporanea*, in F. CADEDDU, F. FERRAROTTI, M. VENTURA, *L'analfabetismo biblico e religioso. Una questione sociale*, a cura di B. SALVARANI, Bologna, 2022, 59-81.



La prima sfida implicita in ogni contributo e nei contributi nel loro insieme riguarda allora il sapere e interroga la capacità di attori e studiosi di produrre una conoscenza più consapevole, più informata dalla realtà, più attenta nell'analisi e più ispirata nella sintesi.

L'interazione tra religione e biodiritto nella produzione del sapere sull'una e sull'altro è inscindibile dal potere. Nel porsi il problema dell'«influenza» delle chiese sul legislatore civile, peraltro con risposte diametralmente opposte nel caso delle chiese ortodosse (che ambirebbero ad influenzare) e di quella avventista (che ad influenzare rinunciarebbe), George Grigoriță e Tiziano Rimoldi affrontano esemplarmente la questione, così come fanno nei loro interventi Alessia Pastorelli e Luca Savarino. Sapere e potere possono articolarsi nei modi più vari. In proposito, ad esempio, Federica Botti nota che «la maternità surrogata sembra uno dei pochissimi casi bioetici, se non al momento l'unico, per il quale non vi è nessuna apparente consonanza tra la (bio)etica ortodossa e la produzione legislativa della maggioranza degli Stati ortodossi».

Particolarmente significativa appare qui la ricostruzione da parte di Bianca Gardella Tedeschi del dibattito sul «rapporto complesso» tra scienza e Halachà con particolare riferimento alla determinazione del momento della morte. In questo caso, secondo l'analisi di Irit Offer Stark, emergono «quattro principali direttive» («*rationalist approach*», «*religious internal*», «*changing nature*» e «*even so*») in cui paiono perfettamente sintetizzati i due momenti del sapere e del potere di chi interpreta e decide. Merita in tal senso rileggere l'intero passaggio dal testo di Bianca Gardella Tedeschi sulle quattro direttive: «la prima è quella del “*rationalist approach*”, perché basandosi sulla ragione, i decisori giungono a considerare errate le opinioni espresse dai saggi nel passato, dando preminenza, per la soluzione della controversia, alle conclusioni cui è giunta la scienza medica contemporanea. La seconda è definita “*religious-internal*”, perché adotta un principio di coerenza del presente con il passato. Di conseguenza, le decisioni cui si è giunti nel passato sono quelle valide, mentre non può essere presa in considerazione la scienza contemporanea per la decisione, che è quindi considerata errata. Una terza linea, definita “*changing nature*” è quella in cui si cerca di salvare presente e passato. Infatti, si fa leva sul fatto che sia la natura, quindi il dato fisico, a essere cambiato. Gli antichi avevano quindi ragione perché al loro tempo il fisico dell'uomo e della donna era diverso; oggi, alcune caratteristiche sono cambiate, quindi è necessario seguire la scienza a noi contemporanea che meglio si adatta alla nuova natura dell'uomo e della donna. La quarta direttrice è definita dall'autrice “*even so*” e si fonda su un'accettazione incondizionata del passato».

Se nei casi ora ricordati la sfida del potere emerge particolarmente nitida, innestata su quella del sapere, essa è tuttavia più o meno esplicitamente presente, e decisiva, in ogni contributo. In fondo, infatti, l'enorme rilevanza per il futuro dell'umanità delle domande e delle risposte del biodiritto richiede decisioni di altrettanto peso. La sfida, in proposito, riguarda ogni tradizione religiosa, ogni sistema giuridico, ogni politica di finanziamento (in tema si è espresso Tiziano Rimoldi nel suo intervento orale) e organizzazione delle scienze della vita, e al contempo tutto connette nella ricerca di metodi e contenuti che per la natura delle sfide non possono non essere planetari. Nel suo intervento, poi montato nella parte conclusiva del testo con Carlo Casonato, Luca Savarino pare tematizzare problematicamente la sfida quando si riferisce all'articolo del 1987 di Dan Brock dal titolo *Truth or Consequences* e si interroga sul diverso ruolo dello studioso e del decisore, ovvero sulla alternativa tra un approccio guidato dalla preoccupazione per la verità e un approccio guidato dalla preoccupazione per le conseguenze.

#### 4. Conclusioni

Si è partiti dalla constatazione della vitalità del rapporto tra religione e biodiritto quale risultante dai testi qui raccolti. Si è anche partiti dall'ipotesi che tale vitalità abbia una natura specifica in virtù delle sue ragioni peculiari rispetto a quelle generiche di un diritto contemporaneo ancora influenzato dalla religione a dispetto delle profezie e dei progetti riguardanti il suo esautoramento in seguito all'avvento di una modernità scientifico-tecnologica secolarizzata.

Si è ritenuto possibile individuare cinque aree in cui la mutua influenza tra religione e biodiritto appare peculiare: le categorie, le fonti, lo spazio, il tempo e i principi. Si è in seguito precisato come religione e biodiritto si incontrino nelle due dimensioni e nelle due sfide – facce della stessa medaglia – del sapere e del potere.

Nel suo intervento Carlo Casonato ha implicitamente allertato attraverso le «3 A» del biodiritto – apertura, aggiornamento, attenzione – contro il rischio di chiusura, rigidità e ottusità dei sistemi giuridici, dei sistemi religiosi, ma anche contro l'analogo rischio chiusura nella interpretazione descrittiva e normativa dell'interazione tra religione e biodiritto da parte degli studiosi e degli attori.

I contributi esaminati, ciascuno nella originalità della propria autrice e del proprio autore, stimolano a riflettere responsabilmente su come l'interazione tra religione e biodiritto debba essere conosciuta e governata.