

## Dove'è finita la carità? Riflessioni etico-giuridiche sul testamento biologico

di Silvia Bagni \*

«E se avessi il dono della profezia e conoscessi tutti i misteri e tutta la scienza, e possedessi la pienezza della fede così da trasportare le montagne, ma non avessi la carità, non sono nulla»  
(San Paolo, *I Lettera ai Corinzi*, 13<sup>2</sup>)

Sono d'accordo con il prof. Ruggeri quando afferma nelle Notazioni introduttive al suo *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)* pubblicato sul Forum di Quaderni costituzionali, che quello che è mancato finora nel "dibattito pubblico" sul testamento biologico, o forse sarebbe meglio dire nel suo simulacro giornalistico<sup>1</sup>, sia la «prospettiva metodica» da cui guardare all'argomento. Sull'onda emotiva della vicenda di Eluana Englaro mi è parso infatti che la nostra politica si sia incamminata verso un modello di democrazia che Gustavo Zagrebelsky definiva dogmatica: il dogma della Verità, sia essa in nome di Dio o del relativismo culturale, che deve vincere, non convincere, affermarsi come fine attraverso lo strumento democratico della legge del Parlamento. Si perde così di vista il bene comune, a cui si arriva solo accogliendo l'idea del limite e della fallibilità delle opinioni personali o di gruppo e del valore intrinseco della democrazia (non certo intesa in senso classico) come eguale peso di ogni posizione e di ogni voto<sup>2</sup>. Proprio questo atteggiamento diffuso nelle sedi istituzionalizzate della democrazia (Parlamento, partiti, ma anche gruppi di pressione, più o meno riconosciuti come tali) mi fa guardare con timore alla proposta di adottare la disciplina *de qua* con legge costituzionale. Non certo per le ragioni giuridiche, ampiamente condivisibili, quanto in considerazione dell'esito che potrebbe dare la (a mio avviso più che probabile) consultazione popolare in questo clima da «Crucifige!» che la "folla" sembra ansiosa di gridare, arrivando così a compiere una nuova «tragedia "democratica"»<sup>3</sup>. A mio avviso infatti è mancata finora una delle precondizioni necessarie affinché si possa parlare di democraticità di un eventuale referendum approvativo: una informazione libera, equilibrata, corretta, aperta sull'argomento. Assente sui più diffusi strumenti di comunicazione proprio in conseguenza dell'atteggiamento ricordato pocanzi.

Quello che mi sento in dovere di fare, soprattutto per mettere a tacere quel gramsciano *imputent sibi* che mi risuona nella coscienza ogni volta che sento pubbliche dichiarazioni sull'argomento, è di dare il mio modesto contributo alla rappresentazione democratica attualmente in atto. Anch'io vorrei dare una preliminare avvertenza. Io ho letto l'intervento del prof. Ruggeri nonostante mi fosse chiaro fin dall'inizio che non ne dividevo l'esito ricostruttivo, perchè mi interessavano gli argomenti: ero ansiosa di sperimentare se potevano persuadermi. Questo scritto è indirizzato a tutti coloro che, pur avendo proprie convinzioni sull'argomento, sono disposti a farsi persuadere da argomenti diversi dai propri, qualora li ritenessero ragionevoli.

In primo luogo, bisogna tagliare il cordone ombelicale che lega il destino della disciplina normativa del testamento biologico alle certezze o ai dubbi della scienza medica circa l'individuazione dei parametri vitali di una persona. Se ci accontentassimo di una

<sup>1</sup> Visto che il dibattito giuridico, etico-filosofico-religioso, medico è stato senza dubbio molto più articolato e profondo di quanto non sia apparso nei mezzi di comunicazione. Peccato che il Parlamento, per ora, sembra non essersene tanto accorto.

<sup>2</sup> «Solo la democrazia critica non degrada la democrazia a strumento (...) la decisione popolare non ha infatti nulla di precostituito fuori di sé, che deve essere servito. Nella democrazia critica la democrazia è funzione di sé stessa. Poiché essa pone sempre a sé medesima i suoi fini, è al tempo stesso mezzo e fine» (G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige» e la democrazia*, Einaudi, Torino, 1995, p.103).

<sup>3</sup> *Id.*, *op. cit.*, p. 16.

definizione stipulativa di quando finisce la vita per la scienza medica<sup>4</sup>, il medico, in una prospettiva strettamente professionale, non avrebbe bisogno di un testamento biologico.

Il testamento biologico non serve a dire cosa è la "vita" dal punto di vista del medico, bensì cosa significa "vita" per il paziente. Disciplinare la materia significa essere disposti ad ammettere che un individuo, oggi capace di intendere e volere, possa disporre per il futuro e in modo vincolante per i terzi, che a fronte di una determinata situazione clinica, preferisce non essere sottoposto a cure, o a un certo tipo di terapie, e quindi accetta presumibilmente la morte come conseguenza di tale scelta. Se dunque vogliamo discutere del possibile contenuto di un testamento biologico, dobbiamo farlo necessariamente in nome dell'autonomia dell'individuo nel decidere come condurre la propria vita, costituendo le garanzie che la scienza medica può o non può dargli a riguardo, solo uno dei possibili criteri della scelta individuale<sup>5</sup>.

Il piano di discussione è dunque quello della difesa della libertà di autodeterminazione dell'uomo, e fin qui nulla di nuovo rispetto a quanto riconosciuto dalla stragrande maggioranza degli studiosi, giuristi e non, che hanno affrontato l'argomento.

Il nodo da sciogliere è se la libertà di autodeterminazione stia in un rapporto assiologico di preminenza assoluta rispetto ad altri valori ugualmente tutelati dall'ordinamento (come la vita, la salute, ecc.) o invece si inserisca in una logica di bilanciamento. È qui che il dibattito sul testamento biologico passa dal piano delle scelte individuali a quello dei limiti che l'ordinamento pone a quelle. In uno Stato costituzionale di diritto tali limiti (o se si preferisce l'ampiezza della libertà) vanno cercati nell'interpretazione della nostra Carta costituzionale. Essa contiene, in via espressa o implicita, il riconoscimento di molti diritti e libertà, che, secondo la più recente dottrina, stanno tra loro in un rapporto non assiologico ma di bilanciamento<sup>6</sup>. Questa affermazione pare a prima vista essere risolutiva del problema delle antinomie tra diritti costituzionali mentre in realtà sposta dal diritto positivo al giudice la responsabilità diretta della decisione ultima nel caso concreto circa la risoluzione del conflitto fra diritti. La qual cosa è a mio avviso positiva, poichè dire, in ipotesi, che la Costituzione afferma la preminenza del diritto alla vita rispetto alla libertà di autodeterminazione dell'individuo è evidentemente cosa ben diversa dall'affermare che nel singolo caso di specie il diritto alla vita prevale sull'autodeterminazione del soggetto o viceversa.

La teoria del bilanciamento impone però di fornire al giudice un criterio interpretativo per attribuire caso per caso maggiore o minore *valore* a un diritto piuttosto che a un altro. Nel nostro ordinamento, tale criterio si desume dai primi articoli della Costituzione, da dove la più accorta dottrina e la giurisprudenza costituzionale hanno tratto quei principi supremi riconosciuti come immodificabili senza stravolgere la forma di Stato del Paese: il principio personalista, il principio pluralista, il principio di eguaglianza, che espressamente collegano il riconoscimento dei diritti (e l'assolvimento dei doveri) alla «dignità» e allo «sviluppo della personalità» dell'uomo.

---

<sup>4</sup> Ai sensi dell'art. 1 della l. 578 del 29/12/1993 «La morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo».

<sup>5</sup> Ciò esclude dal nostro discorso tutte le argomentazioni volte a dimostrare ad es., che le persone in stato vegetativo persistente sono in grado di sentire, percepire sensazioni, provare sentimenti, ecc., tutte cose che possono essere anche vere da un punto di vista medico-scientifico, ma che non rilevano sul piano della sindacabilità della scelta del soggetto. Scelta la cui libertà è garantita e tutelata rispetto a persone coscienti, (si pensi ad es. al caso del paziente che rifiuta di sottoporsi ad amputazione dell'arto in cancrena e che così facendo rischia la vita), ciò a dimostrazione del fatto, come si dirà in seguito, che il problema etico-giuridico non sta nel merito della scelta, ma negli strumenti per garantire che essa sia libera e attuale.

<sup>6</sup> Da R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, a, di recente, lo stesso A. RUGGERI, *Dinamiche della normazione e valori, nella prospettiva di una ricomposizione "multilivello" del sistema delle fonti*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) e in *St. parl. e pol. cost.*, 1-2/2007, p.65 ss.

La libertà di autodeterminazione per l'uomo non rappresenta dunque un valore assoluto in sé stessa, ma solo nella misura in cui la scelta sia riconosciuta, nel bilanciamento con altri diritti o doveri, propri o altrui, non negoziabile, in quanto chiami in gioco il mio essere come persona, la mia dignità<sup>7</sup>. Siamo infatti costantemente vincolati nelle nostre scelte, poche delle quali restano davvero libere da condizionamenti, divieti, imposizioni, ma non per questo ci sentiamo defraudati della nostra dignità. Anzi, è proprio il limite che fa dell'individuo una "persona" all'interno del genere umano.

A questo punto bisogna chiedersi: 1) se le scelte contenute in un testamento biologico siano non negoziabili in relazione alla dignità della persona che le sottoscrive; 2) se esistono doveri o diritti altrui come limite di tali scelte.

1) Quanto al primo argomento, più o meno tutti riconoscono che il rifiuto di cure sia una scelta personale non "per la morte", bensì per quel che resta della possibilità di una vita ritenuta dignitosa da chi la deve vivere. Visto che la scelta coinvolge direttamente solo il soggetto che la compie, non può esserci spazio per un sindacato giuridico sul significato di "vita": si tratta di una scelta individuale che l'ordinamento deve rispettare. Altrimenti, non si capirebbe perché la scelta di accettare o proseguire una cura sia legittima se il paziente è cosciente, illegittima se espressa liberamente prima del trauma da paziente attualmente incosciente. L'unica obiezione che ritengo a questo proposito sensata è quella su come garantire l'attualità della volontà: come essere sicuri che trovandosi realmente nella situazione solo astrattamente prevista, il paziente non abbia cambiato idea? Questo è il vero punto su cui dovrebbero convergere gli sforzi delle parti politiche sul testo legislativo attualmente in discussione, per garantire un rapporto personale e intimo tra paziente, medico e fiduciario, ricordando che lasciare disposizioni sul fine vita deve essere scelta autonoma e consapevole del soggetto, alla luce delle attuali conoscenze scientifiche.

Chi non riconosce validità al testamento biologico distingue però tra rifiuto di cure e rifiuto di sostegni vitali, affermando che solo il primo è lecito, sulla base del fatto che la vita è il presupposto della dignità, e che altrimenti per questa via si arriverebbe ad affermare un diritto all'eutanasia e al suicidio. Questo ragionamento, fatto proprio soprattutto da chi professa la fede cattolica, presuppone la vita come valore assoluto e irrinunciabile per l'uomo (se non come sacrificio per la fede o per la vita di un altro essere vivente) ed è quindi inconciliabile con la prospettiva giuridica di bilanciamento tra diritti fatta propria dal nostro ordinamento. Per i cattolici si tratta del problema centrale cui è legata la possibilità di accettare l'intera disciplina, per cui il dibattito si è spostato sulla ricerca dei contorni dei concetti di "cura" e "terapia", confondendo però, a mio avviso, un problema di fede con un problema giuridico.

Vale la pena ricordare, tuttavia, che anche nei Vangeli ciò che viene tradotto in italiano con la parola "cura" o con suoi sinonimi corrisponde a situazioni diverse e polisemiche. Il termine greco che ricorre più spesso è "*therápeia*", tradotto con guarigione, risanamento, purificazione. È infatti utilizzato tanto nei casi di guarigioni da malattie o infermità (il cieco, la mano inaradita, lo storpio...), quanto negli episodi in cui Gesù scaccia demoni e spiriti maligni<sup>8</sup>. Nel Nuovo Testamento però il termine è utilizzato «nell'accezione di *guarire*, ma non nel senso della terapia medica, che può anche non portare ai risultati voluti, bensì in quello vero e proprio di *condurre a guarigione*»<sup>9</sup>, essenzialmente attraverso la parola, annuncio della salvezza. L'uso originario del termine in greco profano, passato anche nel

<sup>7</sup> È lo stesso argomento che divide i fautori della democrazia formale dai sostenitori del concetto di democrazia sostanziale, per i quali il mezzo da solo (la procedura quindi la scelta, il voto) non è sufficiente a connotare un regime come democratico se la decisione presa non ha un contenuto conforme ai *valori* dello Stato democratico.

<sup>8</sup> Mt. 4, 23; 8, 7-16; 9, 35; 10, 1-8; 12, 10-15; 15, 30; 17, 16; 19, 2; 21, 14. Mc. 1, 34; 3, 2-10; 6, 5-13. Lc. 4, 40; 5, 12; 6, 7-18; 7, 21; 9, 6-11; 10, 9; 13, 14; 17, 13-17. Gv. 5, 10.

<sup>9</sup> F. MONTAGNINI, G. SCARPAT, O. SOFFRITTI (a cura di), *Grande lessico del nuovo testamento*, trad. it., IV, Paideia, Brescia, 1968, p. 492.

giudaismo di lingua greca dell'Antico Testamento, era quello di «servire, essere al servizio [...] esprime la disposizione volonterosa al servizio e il rapporto personale di chi serve con chi è servito sia nella reverenza, se il secondo è il potente, il signore, sia nell'assistenza, se questi ne ha bisogno»<sup>10</sup>.

Quando il vocabolo "cura" si utilizza nel senso ampio di "prendersi cura di qualcuno"<sup>11</sup>, come nella parabola del buon samaritano<sup>12</sup>, l'azione è indicata come atto di misericordia, in latino, e compassione in italiano<sup>13</sup>, quindi nel senso di "soffrire con", "condividere la sofferenza". I termini greci utilizzati sono "éleos" e "splanchníthen": il primo indica la misericordia come essenza dell'agire cristiano<sup>14</sup>; il secondo il senso di pietà e compassione, il rapporto che Dio vuole intercorra fra uomo e uomo. Nell'uso veterotestamentario e giudaico il termine traduce *hesed* e più raramente *rahāmîm*, che indicano rispettivamente l'atto d'aiuto rispondente a un rapporto di fedeltà di vario titolo (fra amici, parenti, ospite e ospitato, alleati, ecc.), e il sentirsi una cosa sola con l'altro, per cui in un senso molto vicino alla grazia intesa come amore, tanto che *éleos* e *chárís* sono spesso accostati come doni di Dio<sup>15</sup>.

Infine c'è il prendersi cura da parte di Gesù di coloro che il Padre gli ha affidato, nel senso di custodire e conservare nell'amore (*agápe*)<sup>16</sup>.

Solo nel primo dei contesti ricordati "curare" consiste in una mera azione di guarigione del corpo. La cura del samaritano è molto più di questo, è amore per la persona, per l'essere umano in quanto tale e nella sua totalità; infine c'è l'amore di Gesù, che è ben lungi dal salvare in senso fisico, ma è segno di Salvezza sul piano spirituale e di fede.

Io credo che le persone che si trovano in situazioni estreme di fronte al dolore e alla malattia rappresentino il nostro "prossimo". Le disposizioni contenute nel testamento biologico, come quelle di coloro che, coscienti, scelgono di non sottoporsi o interrompere le terapie, sono una richiesta di "con-passione" sul piano umano; una scelta giuridicamente rilevante e, in quanto tale, meramente da rispettare.

Accettando un significato ampio di cura, in base al quale vi possano rientrare interventi di interruzione di sostegni vitali, diventa necessario rispondere a un'altra obiezione, che esula però dall'argomento del testamento biologico, riguardando pazienti coscienti: l'impossibilità di segnare un discrimine tra eutanasia (soprattutto nella sua forma passiva) e interruzione di cura, e di conseguenza la difficoltà a escludere la sussistenza degli elementi della eventuale fattispecie di reato o della sussunzione nell'omicidio<sup>17</sup>. Di nuovo, riconoscendo la questione come esercizio di un diritto all'autodeterminazione in materia di

---

<sup>10</sup> *Ibidem.*, p. 487.

<sup>11</sup> La costruzione del verbo greco in questo caso è molto peculiare perché si utilizza il rafforzativo attraverso l'apposizione del suffisso "epi", sopra (*epimelomai*).

<sup>12</sup> Lc. 10, 31-37.

<sup>13</sup> Si fa riferimento alla versione *Vangeli e atti degli apostoli. Interlineare. Greco, latino italiano*, Edizioni San Paolo, Milano, 2005.

<sup>14</sup> In greco profano il termine indicava le interiora della vittima sacrificale. Ha subito una traslazione di significato individuando simbolicamente la sede della sensibilità e del sentimento umani (F. MONTAGNINI, G. SCARPAT, O. SOFFRITTI (a cura di), *Grande lessico del nuovo testamento*, trad. it., XII, Paideia, Brescia, 1979, 903 ss.).

<sup>15</sup> F. MONTAGNINI, G. SCARPAT, O. SOFFRITTI (a cura di), *Grande lessico del nuovo testamento*, trad. it., III, Paideia, Brescia, 1967, 403 ss. Ma v. anche la voce χάρις, vol. XV, 1988, p. 551 ss. Il termine «charis» ha subito nell'uso un singolare slittamento semantico che gli ha fatto perdere l'originario significato etico di dono di un bene a chi versa nel bisogno, senza interesse o attesa di contraccambio, come mero atto di bontà, fino ad esprimere la forza dell'amore, a vantaggio della sua mera accezione estetica, intesa guardando il solo lato di chi riceve la grazia, e diventa per questo "piacevole". Il senso originario viene recuperato da Paolo, che ne fa il centro del messaggio di salvezza, mezzo e fine al contempo.

<sup>16</sup> Gv. 17, 12-26. Qui le parole utilizzate nella versione greca derivano da "φυλάσσω" e "τηρέω" (guardo, custodisco, proteggero, ma anche spiare, attendere al varco), tradotti in latino con i verbi custodire e servire.

<sup>17</sup> V. In proposito la ricca argomentazione della sentenza di non luogo a procedere nei confronti dell'anestesista nel caso Welby (Trib. Roma, 23/7/2007).

trattamenti sanitari, i valori da preservare sono la libertà e l'attualità della scelta, che il giudice deve poter valutare caso per caso per riconoscere la sussistenza della causa di esclusione del reato di cui all'art. 51 c.p. a favore del medico.

2) Quanto al secondo argomento, quello dell'eventuale sussistenza di altri diritti o doveri come limite alla libertà di scelta, secondo la ricostruzione proposta dal prof. Ruggeri la componente deontica insita in ogni diritto fondamentale imporrebbe innanzitutto un dovere verso sé stessi di esercitare i diritti attribuiti dalla Costituzione, rinunciando al quale si abdicerebbe in modo irreparabile alla propria dignità. Il primo di questi diritti-doveri (di solidarietà) dovrebbe essere prendersi cura di sé *fino in fondo*, dovendosi interpretare l'espressione, almeno credo, nel senso di preservare la propria vita in ogni modo. È lo stesso autore che ci ricorda però che spesso è proprio dal mancato esercizio di un diritto che si esalta la dignità della persona, quando si tratta del suo sacrificio a favore del bene di un altro o in nome di un valore ritenuto superiore.

L'etica dei doveri, a mio avviso, è un'etica di relazione, nel senso che sussiste solo all'interno di un rapporto tra me e l'altro. Diritto e dovere non sono i due lati uguali e contrari di una stessa medaglia (diritto alla vita-dovere di vivere, diritto di espressione-dovere di esprimersi...). Sono entrambi espressione positiva di postulati pre-giuridici da cui facciamo discendere la nostra cultura giuridica: la dignità dell'individuo come persona, la solidarietà nei confronti degli altri uomini come membro di una comunità. Ogni termine rappresenta una precisa scelta di campo nella visione dell'uomo e della società, sintetizzata nei principi espressi nel già richiamato art. 2 cost., e una ricostruzione giuridica della materia non può partire da presupposti diversi da quelli incarnati nella Costituzione. Qualunque costruzione giuridica non esiste a prescindere dall'uomo, dai suoi bisogni, e compito dei giuristi, in particolare dei costituzionalisti, è proprio quello di mantenere sempre saldo questo legame tra diritto e valori pre-giuridici. Creare un ordinamento giuridico totalmente in sé concluso, che parte dal diritto per ritornarvi, come succederebbe se individuassimo il fondamento dei diritti e dei doveri inviolabili nel loro essere posti come tali, vorrebbe dire negare il senso del diritto, che è strumento al servizio dell'uomo e non viceversa<sup>18</sup>; vorrebbe dire creare un altro assoluto, questa volta laico e non religioso, cui l'uomo dovrebbe inchinarsi.

\* Dottore di ricerca in diritto costituzionale, Università di Bologna - [silvia.bagni@gmail.com](mailto:silvia.bagni@gmail.com)

---

<sup>18</sup> Sarebbe come dire che l'uomo è per il sabato e non viceversa (Mc. 2, 27).