



## **Giancarlo Anello**

(ricercatore di Diritto canonico ed ecclesiastico presso il Dipartimento di  
Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Parma)

### **Multiculturalità, "diritti" e differenziazioni giuridiche: il caso dei trattamenti sanitari \***

**SOMMARIO:** 1. Premessa - 2. Multiculturalità, "diritti" e trattamenti sanitari - 3. Alcune problematiche del cd. testamento biologico in una prospettiva interculturale - 4. Conclusioni.

#### **1 - Premessa**

Lo sviluppo in senso multiculturale della società europea investe sempre più consistentemente una molteplicità di istituti giuridici sia della sfera pubblica, sia di quella privata. In tutti questi casi la natura specifica delle fattispecie culturalmente qualificate impone uno sforzo di categorizzazione giuridica. Dinanzi a questo tipo di pretese e di rivendicazioni giuridiche cioè, ci si può interrogare se esse siano riconducibili a questo o quel diritto, ovvero a forme di titolarità giuridica già tipizzate o codificate; se i moduli e le categorie giuridiche delle democrazie pluraliste offrano sufficienti garanzie a declinazioni alternative della soggettività o, in senso contrario, se siano in grado di opporre efficaci resistenze a tipologie di pretese giuridiche non riconoscibili. Qualche esempio potrà risultare chiarificatore: ci si può chiedere se la problematica del velo delle donne islamiche sia riconducibile ad una ipotesi di discriminazione di tipo religioso o sessuale o se essa possa essere garantita dalla libertà religiosa delle interessate<sup>1</sup>; se la questione sorta in relazione alla legittimità di partiti politici religiosi (come il partito "Refah" in Turchia) possa essere affrontata sulla base dei principi della libertà religiosa o delle libertà civili e politiche; se la pretesa di alcune scuole confessionali di tenere un insegnamento di lingua araba

---

\* Contributo sottoposto a valutazione.

<sup>1</sup> D. MCGOLDRICK, *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006, spec. p. 288 ss.



sia argomentabile su basi religiose, etniche o sia calibrata sulle ragioni del multilinguismo<sup>2</sup>; se le prassi condizionanti la libertà matrimoniale delle donne indù o islamiche trovino origine in norme giuridiche straniere o siano il mero retaggio di vincoli tribali o sociali; se le pretese di riconoscimento di forme di arbitrato secondo il diritto islamico si fondino sulla libertà di religione o sull'autonomia di scelta delle parti in causa. Come risulta evidente, in questi casi, noti alla giurisprudenza europea più recente, tutti definibili "culturalmente qualificati", le posizioni giuridico-soggettive da cui dipende la tutela degli interessi in gioco appaiono, fin da subito, confuse, opache e sovrapposte; laddove poi l'interprete volesse vagliare a fondo il discorso e prendere in esame i contenuti e i significati dei comportamenti posti alla base delle singole fattispecie, si troverebbe a scoprirne le numerose connessioni a sfondi e tradizioni "culturali", e, probabilmente, a considerare imprescindibili tali nessi di collegamento per portare a buon fine l'attività di selezione e di interpretazione delle norme giuridiche effettivamente applicabili.

Approfondendo, sia pur di poco, il livello di indagine sui profili ermeneutici delle disposizioni che disciplinano le tematiche più condizionate dalle differenze culturali salta pertanto all'occhio dell'interprete, anche al meno interessato ai temi della multiculturalità, una realtà di immediata evidenza: a fronte di una sempre più spiccata frammentazione del panorama religioso, etnico e culturale europeo, appare sempre più difficile "ri-comporre" le differenze culturali all'interno delle categorie giuridiche consuetamente intese. Spesso l'operatore del diritto è costretto a percorrere circuiti ermeneutici inediti sia ove si possano accogliere le istanze provenienti dagli stranieri, sia ove quelle debbano essere ragionevolmente confutate. A partire dagli stessi diritti fondamentali assicurati dalle carte costituzionali europee in tema di religione e di cultura<sup>3</sup>, sembra possa tuttavia muovere un destabilizzante processo di re-interpretazione delle categorie giuridiche di fondo della tradizione giuridica occidentale. In altri termini, si può notare che se, da un lato, il carattere polisemico della nozione di cultura<sup>4</sup> renda quest'ultima

---

<sup>2</sup> Cfr. il documento conclusivo dell'Unesco relativo ai lavori della Conferenza Internazionale di Ginevra sull'Educazione del 14-19 settembre 1992 nei punti (p. 48 ss., soprattutto pp. 53 e 54) attinenti all'educazione interculturale e alla scelta della lingua di insegnamento delle scuole, p. 13 ss.

<sup>3</sup> Per la determinazione di un diritto alla cultura cfr., **G. ANELLO**, *Tradizioni di giustizia e stato di diritto*, I, *Religioni, giurisdizione, pluralismo*, ESI, Napoli, 2011, p. 219.

<sup>4</sup> Per una panoramica sintetica delle possibili definizioni cfr. **C. KLUCKHOHN, A. L. KROEBER**, *Il concetto di cultura*, il Mulino, Bologna, 1982 (trad. it. di E. Calzavara).



un bene giuridico difficilmente definibile e tutelabile *in sé*, dall'altro, alcuni suoi "addentellati" assumono specifica rilevanza, sussunte in pratiche, comportamenti, istanze, individuali o di gruppo, concretizzatisi in fattispecie giuridiche culturalmente qualificate<sup>5</sup>. I temi giuridici investiti da tali "conseguenze"<sup>6</sup> della differenza culturale sono molteplici: si pensi ovviamente al diritto di famiglia, sempre pressato da vicino da modelli di organizzazione familiari provenienti dai paesi africani e asiatici; o alle ipotesi di reati culturalmente motivati che pongono nuovi e impellenti dilemmi agli operatori giuridici; all'uso di simboli religiosi all'interno del contesto più ampio della condivisione degli spazi pubblici, anch'essi pesantemente investiti dal multilateralismo religioso e dalle necessità rituali e festive delle confessioni allogene; oppure al settore del credito e della finanza, che scopre modelli e formule concorrenziali economici e fiscali dal confronto sovranazionale con imprese bancarie cinesi o arabe; o infine al diritto alla salute, fortemente condizionato dalla comparizione di nuovi e diversi esteti di corporeità<sup>7</sup>.

Pertanto anche quest'ultimo tipo di bene giuridico, che solo in apparenza gode di una universale univocità ermeneutica, può subire una interpretazione culturale, tra le svariate pieghe antropologiche della concezione del benessere fisico e psicologico dell'individuo<sup>8</sup>. Questo contributo vuole appunto analizzare il modo in cui le differenze culturali possano pesantemente investire una tematica intimamente legata al diritto alla salute, come quella, già di per sé multiforme, compendiabile sotto l'etichettatura del "testamento biologico". Gli istituti riassunti sotto questa epigrafe risentono senz'altro delle concezioni religiose della vita, della morte, della solidarietà familiare e comunitaria<sup>9</sup>. In particolare, ci si

---

<sup>5</sup> Cfr. N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose*, il Mulino, Bologna, 2006, p. 19 ss.

<sup>6</sup> Come nella ricerca di G. HOFSTEDE, *Culture's Consequence. Comparing Values, Behaviours, Institutions, and Organizations Across Nations*, Sage Publications, Thousand Oaks, London, New Delhi, 2001. In una prospettiva concettuale sociologico-giuridica cfr. R. COTTERELL, *Law in Culture*, in *Ratio Iuris*, 1, 2004, p. 8 ss.

<sup>7</sup> Cfr. il caso Adesanya, relativo a scarificazioni della cute a scopo ornamentale, commentato da F. BASILE, *Panorama di giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, febbraio 2008, p. 50. Vedi ora F. BASILE, *Immigrazione e reati 'culturalmente motivati': il diritto penale nelle società multiculturali*, Giuffrè, Milano, 2010.

<sup>8</sup> Cfr. I. QUARANTA, *Antropologia medica: i testi fondamentali*, R. Cortina, Milano, 2006 (trad. it. di Elena Fabietti); in prospettiva giuridica I. QUARANTA, M. RICCA, *Malati fuori luogo*, R. Cortina, Milano, 2012.; C. CIOTOLA, *Preliminari a uno studio del rapporto tra diritto alla salute e fattore religioso*, in *Diritto e religioni*, n. 2, 2008, p. 178 ss.

<sup>9</sup> Per uno studio generale su queste tematiche cfr. F. FRENI, *La laicità nel biodiritto. Le*



soffermerà a chiarire come la prospettiva religiosa islamica, religione professata da molte delle comunità recentemente insediatisi in Europa, possa incidere profondamente sulle scelte inerenti le cure mediche, il consenso ai trattamenti sanitari e l'assistenza dei familiari ai malati. Le conclusioni rimarcheranno che, in alcuni casi, le norme giuridiche che disciplinano questi temi possono costituire un interessante campo di applicazione di ipotesi di traduzione giuridica interculturale<sup>10</sup> tra la concezione individualistica sulle scelte bioetiche e la gestione comunitarista musulmana dei problemi inerenti la vita umana.

## 2 - Multiculturalità, "diritti" e trattamenti sanitari

Le tematiche che ruotano attorno all'"etichettatura" giuridica del testamento biologico sono varie e ricche di co(i)mplicazioni, soprattutto in prossimità di una prospettiva di studio che debba fare i conti con i nessi essenziali tra questi argomenti e le attitudini di coscienza e di religione dei singoli. Anche per questi motivi, dovremo intraprendere una breve digressione terminologica prima di arrivare a trattare specificamente del profilo dei trattamenti sanitari, in un inquadramento che vorrebbe essere *sia* giuridico *sia* antropologico-culturale. Muoveremo pertanto dal titolo di questo contributo, analizzando brevemente alcuni suoi elementi costitutivi.

**Multiculturalità:** tale espressione definisce, in prima battuta, uno stato di fatto, vale a dire la presenza sullo stesso territorio di persone aventi cultura differente. La cultura, da parte sua, ha mille definizioni possibili ma la più pregnante, in questo contesto, la determina come quell'insieme di saperi astratti e di prassi che appartengono ad una persona in virtù della propria esperienza individuale o della sua appartenenza ad un gruppo. La *cultura*, si osservi, diviene una variabile giuridica in senso stretto nel momento in cui essa, nel suo frammentarsi, modifica le rappresentazioni sociali relative ai beni giuridici fondamentali<sup>11</sup>. Ciò, agli occhi di chi scrive, sta accadendo ai giorni nostri,

---

*questioni bioetiche nel nuovo incedere interculturale della giuridicità*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 331 ss.

<sup>10</sup> Cfr. M. RICCA, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Bari, Dedalo, 2008, p. 217 ss.

<sup>11</sup> Per tale concetto, cfr. S. MOSCOVICI, *Social Representations: Essays in Social Psychology*, NYU Press, New York, 2001 (trad. it. *Le rappresentazioni sociali*, il Mulino, Bologna, 2005).



sotto la spinta dei cambiamenti della geografia religiosa degli ordinamenti europei. Del resto – è noto – le prescrizioni di diritto non si dispiegano su un *vacuum sociale*, ma si applicano a persone in carne ed ossa, la cui uniformità culturale è oggi talmente evanescente da far ritenere inaffidabile la *fictio iuris* di un soggetto di diritto dal carattere generale ed astratto. Per fare un esempio, nel campo delle “prognosi” giuridiche la differenza culturale diventa una variabile rilevante in tutte quelle fattispecie caratterizzate da un contenuto etico e di coscienza, oltre che, ovviamente, religioso. Della cultura infatti, la religione costituisce una delle matrici più rilevanti, se non la principale. La multiculturalità, più esattamente nella versione del “multiculturalismo”, può richiamare anche l’idea di uno specifico approccio di politica del diritto, sul quale non ci si può, in questa sede dilungare, se non per rilevarne la differenza con l’approccio “interculturale”, che qui invece privilegeremo. Il primo indirizzo considera le “culture” come dei valori in sé e promuove la loro preservazione attraverso la tutela delle minoranze e dei gruppi culturali; il secondo considera normale l’ibridazione delle attitudini culturali e mira alla valorizzazione delle differenze culturali attraverso strategie di adattamento, di transazione, di traduzione incrociata delle rispettive istanze<sup>12</sup>.

“**Diritti**”: il termine, appositamente virgolettato, vuole richiamare in questo caso due nozioni. In primo luogo, esso si riferisce ai “diritti dei paesi stranieri” o ai “diritti delle persone straniere”, in senso gius-positivo. In secondo luogo, esso indica quelle posizioni astrattamente riconducibili al “diritto alla (propria) cultura” da parte di persone che provengono da un’area diversa da quella dei paesi europei. Vedremo di spiegare brevemente le ragioni di questa duplicazione concettuale. Ovviamente la rilevanza giuridica della coscienza e della religione trova un settore di applicazione in materia bioetica. Questo particolare ambito, relativo alle indagini speculative su problemi morali ed etici sollevati in campo medico e biologico da interventi o esperimenti che coinvolgono la vita umana, risente in modo peculiare dei cambiamenti della base sociale e delle valutazioni di prognosi giuridica, di cui si è fatto cenno al punto precedente. Si tratta di una questione essenziale ai fini del nostro

---

<sup>12</sup> Per approfondire per questa scansione cfr. M. RICCA, *Oltre Babele*, cit., p. 10 ss.; per un riscontro giurisprudenziale di un “approccio interculturale” vedi sentenze *kafalah*, Cassazione civile, sez. I 20 marzo 2008, n. 7472, e Cass. civ., sez. I, 1 marzo 2010, n. 4868, con nota a commento di quest’ultima di A. VENCHIARUTTI, *No al ricongiungimento familiare del minore affidato con kafalah: i richiedenti sono cittadini italiani!*, in *Rivista di diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 4, pt. 1, 2010, p. 1629 ss.



ragionamento, soprattutto quando una certa tradizione religiosa innerva sia i diritti personali degli stranieri sia la loro cultura. È il caso del sistema di diritto islamico, che rappresenta a tutto tondo una tradizione giuridica rispetto alla quale si possono valutare “culturalmente” le posizioni morali e religiose dei musulmani che risiedono nel nostro paese. Va tenuto cioè esplicitamente conto del fatto che sebbene il diritto islamico abbia la propria fonte di legittimazione nella religione, esso costituisce un sistema giuridico estremamente complesso e tecnico (essendo stato elaborato come un diritto casistico di elaborazione giurisprudenziale). Esso pertanto garantisce chiavi di lettura razionalistiche, basate sull’esperienza delle pratiche delle comunità, della maggior parte degli istituti in esso regolamentati<sup>13</sup>. Talvolta esso è integralmente recepito nel diritto positivo di alcuni stati islamici, come l’Arabia Saudita, l’Iran, il Pakistan. In questo caso quindi esso rappresenta la legge personale dello straniero applicabile secondo le norme del diritto internazionale pubblico e privato. Nondimeno esso dà sostanza, al tempo stesso, ad una tradizione giuridica culturale<sup>14</sup>, in quanto mera fonte di ispirazione del diritto costituzionale di stati nazionali<sup>15</sup>, o matrice storica delle riforme normative nelle materie più vicine alla tutela della persona<sup>16</sup>. Sia nel primo che nel secondo caso,

---

<sup>13</sup> Alcuni esempi possono essere tratti da recenti sentenze canadesi inerenti l’istituto del matrimonio islamico e del *mahr*, o donativo nuziale, da esso previsto. Di particolare interesse il caso *Kaddoura v. Hammond*, in cui è stato impugnato un lodo arbitrale relativo alla definizione dei rapporti patrimoniali dei coniugi in vista di una separazione personale. In quel caso la decisione della Corte di Giustizia dell’Ontario è stata di non riconoscere la vincolatività dell’obbligazione di pagamento del *mahr*, nascente da un patto sottoscritto dai coniugi e riconosciuto valido dal tribunale di arbitrato secondo le norme del diritto islamico. La corte in questo caso ha tuttavia ritenuto che il patto in questione avesse un fine religioso e conseguentemente l’obbligazione da esso nascente non avesse caratteristiche per essere oggetto di un giudizio civile. La conseguenza è stata di impedire l’esecutività della decisione arbitrale. Nel caso *N.M.M. v. N.S.M.*, la corte suprema della British Columbia ha ritenuto che l’obbligazione discendente dagli accordi sul *mahr* fosse riconoscibile come un accordo matrimoniale valido sulla base della sezione 48 della legge sulle relazioni familiari. La corte ha ritenuto di poter disporre l’esecuzione dell’obbligazione in questione, in virtù del suo carattere sostanzialmente finanziario. Entrambi i casi sono riportati in **N. BAKHT**, *Family Arbitration Using Sharia Law: Examining Ontario’s Arbitration Act and its Impact on Women*, in *Muslim World Journal of Human Rights*, Volume 1, Issue 1, 2004 Article 7, The Berkeley Electronic Press, (Electronic copy available at [ssrn.com](http://ssrn.com)), pp. 11-12.

<sup>14</sup> **H.P. GLENN**, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, il Mulino, Bologna, 2011 (trad. it. di S. Ferlito).

<sup>15</sup> Cfr. l’art. 2 della Costituzione egiziana che prevede che la giurisprudenza islamica rappresenta la principale fonte della legislazione.

<sup>16</sup> Cfr. il recente caso della riforma del diritto di famiglia marocchino. Per questo



esso è in grado di orientare la posizione soggettiva ed etica degli individui di cultura islamica. Tenuto conto di questa duplice rilevanza, le istanze connotate da questo tipo di matrice giuridica, in virtù della loro natura ibrida, finiscono per “prendere d’assalto”<sup>17</sup> gli ordinamenti europei, assumendo forme giuridicamente diverse le une dalle altre; percorrendo canali di legittimazione differenti. In alcuni casi esse determinano semplicemente forti mutamenti nel costume degli individui o dei gruppi (si pensi alle norme sull’abbigliamento o a quelle sull’alimentazione, che non presentano carattere d’incompatibilità con prescrizioni legali di diritto interno); in altri casi si concretizzano in comportamenti che possono violare le norme penali (si pensi alle scarificazioni rituali di certe popolazioni africane o alle mutilazioni sessuali); in altri casi si tratta di fattispecie e rapporti giuridici rilevanti nelle procedure del diritto internazionale privato (come nel caso dei ricongiungimenti familiari); in altri casi ancora si tratta di fattispecie in grado di dare fondo a interpretazioni eterodosse dei diritti fondamentali (estensione e limiti alla manifestazione del pensiero, alla libertà religiosa, modalità di organizzazione delle confessioni diverse dalla cattolica<sup>18</sup>); in altri casi, infine, si tratta di petizioni individuali e di coscienza in grado di intercettare le norme giuridiche di autonomia (come nel caso delle disposizioni testamentarie, appunto). Sottolineiamo che, in tutti questi casi, una mediazione di avvocati, notai, operatori del diritto in genere, nello svolgimento della redazioni di contratti, di atti e testamenti, nelle quotidiane negoziazioni giuridiche, che sia dotata di consapevolezza interculturale della diversa “qualità” dei diritti in gioco, può rafforzare la funzione antiprocessuale di queste attività professionali (come nel caso in cui si ponga un problema di compatibilità normativo-culturale in sede di interpretazione-esecuzione del testamento olografo, quando questo venga per tale motivo impugnato e finisca il suo percorso dinanzi al giudice civile).

**Trattamenti sanitari:** circa questo terzo punto, è necessaria una descrizione succinta della cornice di principi religiosi circa alcuni caratteri fondamentali della bioetica, prima di addentrarsi nelle questioni relative al cd. testamento biologico. Quest’ultime, invero, risultano comprensibili appieno all’interno di un quadro che è quello della concezione della

---

rinvio al mio articolo **G. ANELLO**, *The Reform of the Moroccan “Mudawwanah” in the Intercultural Law Charts*, in *Dionysiana*, IV (2010), n. 1, Ovidius University Press.

<sup>17</sup> Così **N. COLAIANNI**, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose*, cit., p. 38 ss.

<sup>18</sup> Per questo aspetto sia permesso un rinvio al mio volume **G. ANELLO**, *Organizzazione confessionale, culture e Costituzione*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007.



salute, della sofferenza, della scienza medica e del rapporto medico paziente. Tratteremo la tematica, come anticipato, secondo la tradizione giuridica islamica. A tal proposito, non deve apparire sorprendente che della "propria" salute (in realtà, più in generale, della concezione della vita e della morte di una persona) si possa avere certamente una concezione rigorosamente o vagamente "culturale", e che tale concezione personale possa rilevare sul piano giuridico, sulla base del bilanciamento dei principi costituzionali che tutelano la salute e la libertà di coscienza e di religione (artt. 32, 13 e 19 Cost.). Per alcuni esempi pensiamo alle rigorosissime *mitzvot* ebraiche sull'alimentazione o ai divieti islamici di consumo di carne di maiale, o anche alla tematica, ampiamente registrata giurisprudenzialmente, delle trasfusioni di sangue rifiutate dai testimoni di Geova<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Vedi per questo Cassazione civile sez. III, 15 settembre 2008 n. 23676, in cui un testimone di Geova ha chiesto il risarcimento dei danni morali e biologici subiti a seguito di una trasfusione di sangue, nonostante fosse contrario a tale pratica terapeutica per motivi religiosi. Il conflitto tra i due beni in gioco in queste situazioni – salute e coscienza, entrambi costituzionalmente tutelati - non può essere risolto *sic et simpliciter* a favore del primo, sicché ogni ipotesi di emotrasfusione obbligatoria diverrebbe per ciò solo illegittima perché in violazione delle norme costituzionali sulla libertà di coscienza e della incoercibilità dei trattamenti sanitari individuali (così, un rifiuto "autentico" della emotrasfusione da parte del testimone di Geova capace - avendo, in base al principio personalistico, ogni individuo il diritto di scegliere tra salvezza del corpo e salvezza dell'anima - esclude che qualsiasi autorità statale - legislativa, amministrativa, giudiziaria - possa imporre tale trattamento).

A proposito, va fatta, seppure incidentalmente, menzione del caso tipico della fattispecie emotrasfusionale in relazione alle ultime novità legislative in tema di "testamento biologico", nel disegno di legge alla Camera dei deputati n. 2350. Ora, da quanto detto in materia di divieto di emotrasfusioni per i Testimoni di Geova, appare vero che la dottrina e la giurisprudenza, la Costituzione e le convenzioni internazionali, i codici deontologici delle professioni sanitarie e la sensibilità collettiva concordano nel sostenere che spetti al paziente consapevole dunque informato e messo a conoscenza delle eventuali alternative, valutare costi e benefici di una terapia. Cioché ruolo del medico sarebbe, in tal caso, quello di mero esecutore delle scelte individuali che, però, devono essere informate. Ebbene, proprio su tal punto è da registrarsi un forte contrasto rispetto al disegno di legge sul testamento biologico il quale, all'art. 7, comma 2, afferma che "il medico non può prendere in considerazione indicazioni orientate a cagionare la morte del paziente o comunque in contrasto con le norme giuridiche o la deontologia medica". Quindi, se questa dovesse essere la norma definitiva con la quale dovrà confrontarsi il medico rispetto a terapie salvavita, la libertà di autodeterminazione del paziente sarebbe inevitabilmente mortificata, dal momento che l'ultima parola spetterebbe sempre e comunque al medico curante. I Testimoni di Geova, dal canto loro, vedrebbero comprimere il diritto al rifiuto dell'emoterapia che, al di là del giudizio morale sul punto (soprattutto nei casi che coinvolgono dei minori) rimane pur sempre un





Tornando al caso del diritto musulmano, va detto che per l'Islam la salute è un bene assoluto, considerato negli *ahadith*<sup>20</sup> come la maggiore benedizione divina dopo la fede. Per quello che riguarda la sofferenza si osserva che la concezione islamica sunnita non la esalta e non la richiede a titolo propiziatorio della benevolenza divina (un discorso a parte andrebbe fatto per alcune correnti sufi e shiite), come avviene, per certi versi, nel cristianesimo<sup>21</sup>. Correlativamente anche la scienza medica è valutata con estremo favore, rapportata eventualmente, al dogma dell'onnipotenza di Dio: la medicina rientra, cioè, nel determinismo divino, in ragione del famoso versetto coranico (*sura* 26, 80) "e che quando mi ammalò [Egli] mi sana" e dell'*hadith* in virtù del quale "per ogni malattia Dio ha inviato un rimedio". Di conseguenza, per esempio, per Ibn Taimyya (m. 1328), la cura medica era da considerarsi un atto *fard* o *wajib*, cioè "obbligatorio"<sup>22</sup>. In generale la scienza medica è sempre stata, in tutto il mondo islamico, una scienza privilegiata, dopo quella del diritto, ed il medico è considerato un *hakim*, cioè un "saggio". Una prospettiva particolare però riguarda il ruolo del paziente e il suo rapporto con il medico. È questo un profilo che assume profonda rilevanza per le tematiche attinenti al variegato tema del "testamento biologico"<sup>23</sup> e del cosiddetto "consenso informato"<sup>24</sup>. Tale rapporto si basa, in effetti, su

---

presidio alla libertà di autodeterminazione. Cfr. **G. E. POLIZZI**, "E' vietato mangiare sangue": il divieto geovista alle emotrasfusioni nei recenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, in *Resp. civ. e prev.* 2009, 10, p. 2112.

<sup>20</sup> Plurale di *hadith*. Si tratta dei "detti" di Maometto, considerati, in quanto Sunna (tradizione) alla stregua del Corano, come fonti del diritto religioso, cfr. **S.A. ALDEEB ABU SALIEH**, *Il diritto islamico. Fondamenti, fonti, istituzioni*, Carocci, Roma, 2006, (ed. it. a cura di M. Arena), p. 167 ss.

<sup>21</sup> Cfr. **D. ATIGHETCHI**, *La persona malata nella medicina musulmana*, in **F. COMPAGNONI, F. D'AGOSTINO**, *Il confronto interculturale: dibattiti bioetici e pratiche giuridiche*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 2003, p. 368. Per una prospettiva cristiana cfr. in questi termini **M. CANONICO**, *Eutanasia e testamento biologico nel magistero della Chiesa cattolica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., maggio 2009, pp. 3 e 13, in cui si prevede l'obbligo stretto di proseguire ad ogni costo l'applicazione dei mezzi cosiddetti "minimali".

<sup>22</sup> **D. ATIGHETCHI**, *La persona malata*, cit., p. 373.

<sup>23</sup> Con la prima espressione si intende, com'è noto, un documento con il quale un soggetto, in previsione di una sua futura incapacità, detta disposizioni inerenti alle cure mediche cui intende o non intende sottoporsi, cfr. **G. SALITO**, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, in *Notariato*, n. 2, 2004, p. 196.

<sup>24</sup> Il principio del consenso informato nasce dal presupposto che in molti casi il processo del morire comporta un offuscamento o una perdita della coscienza, quindi della capacità di autodeterminarsi. In una accezione ristretta si considera "consenso informato" una manifestazione di volontà che il paziente che, previamente informato in



presupposti diversi rispetto a quelli occidentali, anche se non mancano punti in cui le due concezioni sembrano potersi coordinare o sovrapporre. In modo particolare occorre muovere dai seguenti principi.

A. La sfera d'influenza del medico musulmano supera il rapporto strettamente terapeutico, coinvolgendo, ad esempio, l'aspetto della prevenzione e dell'indirizzo verso un comportamento "morale";

B. il malessere di una parte coinvolge il tutto: l'autonomia del paziente, in caso di malattia, tende a essere considerata sminuita; l'individuo affetto da una malattia mortale viene ad essere considerato "vincolato", "impedito" psicologicamente. Nei testi del diritto classico, la sua condizione viene equiparata a quella di un soldato in battaglia;

C. ne consegue una certa propensione per il cd. "paternalismo medico": nonostante i codici deontologici degli stati musulmani possano prevedere il compito di informare il malato delle sue condizioni e auspicchino una sua partecipazione alle decisioni da prendere, ciò nella realtà si può anche tradurre nel ricorso ad un semplice consenso verbale, o nella soggezione della volontà del malato rispetto a quella della famiglia. In generale, la famiglia rappresenta il mediatore principale tra malato e medico, anche se in una posizione subordinata a quella di quest'ultimo.

### **3 - Alcune problematiche del cd. testamento biologico in una prospettiva interculturale**

Visto tale quadro generale, va detto che la casistica islamica sul c.d. testamento biologico comprende esempi di opzioni bioetiche che appaiono contraddittori rispetto agli assiomi in materia del diritto occidentale. Può giovare un esempio concreto, ad esempio nel caso della valutazione

---

maniera esauriente dal medico su natura e possibili sviluppi del percorso terapeutico, dà il proprio assenso all'effettuazione di interventi di natura invasiva sul proprio corpo. Dal punto di vista giuridico esso trova un proprio appiglio nella lettura combinata degli artt. 13 e 32 della Costituzione.

La rilevanza del consenso informato emerge anche dall'analisi della legislazione ordinaria: art. 4 della legge 26 giugno 1967, n. 458 (trapianto del rene tra viventi); art. 14 della legge 22 maggio 1978, n. 194 (interruzione volontaria della gravidanza); art. 33 1° e 5° comma della legge 23 dicembre 1978 n. 833 (istituzione del Servizio Sanitario Nazionale); art. 2 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (rettificazione in materia di attribuzione di sesso); art. 5, 3° e 4° comma della legge 5 giugno 1990 n. 135 (prevenzione e lotta contro l'AIDS); l. 4 maggio 1990 n. 107 (attività trasfusionali); decr. Leg. 24 giugno 2003, n. 211 (sperimentazione clinica di medicinali ad uso umano); l. 19 febbraio 2004, n. 40 (procreazione medicalmente assistita).



dell'autonomia del paziente nel compimento delle scelte bioetiche: si fa il caso di un uomo di 42 anni, sposato, con due figli, il quale, in seguito ad una infezione virale si trova con un deficit cardiorespiratorio in fase terminale, richiedente un trapianto cuore polmoni. Con il suo consenso viene inserito nella lista dei richiedenti organi. Il giorno dell'espianto, in stato di coscienza, rifiuta l'intervento. A motivo del suo stato di inferiorità psicofisica il rifiuto del paziente non viene più preso in considerazione, di modo che i medici, ritenendo utile l'intervento, lo operano sulla base del precedente consenso espresso dai parenti e dal malato, redatto per iscritto<sup>25</sup>. Si tratta di una fattispecie la cui narrazione può essere contestualizzata all'interno delle tematiche generali del cd. testamento biologico.

A tal proposito va anticipato però, che il mero termine "testamento" è improprio per qualificare la tipologia di atti che riguardano tutte le varie fattispecie che ad esso vogliono ricondursi<sup>26</sup>. Ciò vale anche nel sistema islamico. Non ci soffermeremo sui profili relativi alla forma giuridica dell'atto attraverso il quale dettare i contenuti attinenti alla variegata realtà delle problematiche del testamento biologico, se non per fare cenno al fatto che, anche per la tradizione islamica, risulta difficile inquadrare tali problematiche all'interno dell'istituto testamentario. Quest'ultimo, detto (*wasiyyah*), è un atto *mortis causa* a contenuto prevalentemente patrimoniale, che ha la funzione di trasferire le proprietà del *de cuius*<sup>27</sup> (Corano, sura II al-baqarah (la Giovenca), 180-182), eventualmente mediante la nomina di un esecutore testamentario. Non mancano tuttavia modalità di recezione dei contenuti in questione nell'ambito generale della rappresentanza, esattamente della (*wakālah*) procura o mandato, particolarmente flessibile nel diritto musulmano, avente una funzione religiosa o meno<sup>28</sup>. Più dettagliato deve essere il discorso circa i "contenuti" del cd. testamento biologico che, come accennato, possono essere diversi. Non deve stupire che le medesime differenziazioni della

---

<sup>25</sup> Il caso è riportato da **D. ATIGHETCHI**, *La persona malata*, cit., p. 386.

<sup>26</sup> **G. SALITO**, *Il testamento biologico*, cit., p. 196, dal momento che non si tratta necessariamente di un atto *mortis causa*, che ha efficacia per il tempo in cui qualcuno avrà cessato di vivere; né di un atto dispositivo o istitutivo di erede.

<sup>27</sup> Cfr. **J. SCHACHT**, *Introduzione al diritto musulmano*, Edizioni Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1995 (trad. it. di P. Guazzotti, E. Lanfranchi), pp. 181-182.

<sup>28</sup> *Ib.*, 128. Cfr. altresì, **J.J. NASIR**, *The Islamic Law of Personal Status*, Graham & Trotman, London, 1986, p. 238 ss.; **A.R.I. DOI**, *Sharia. The Islamic Law*, Ta Ha Editors London, 1984, pp. 328-329.



prospettiva bioetica occidentale si colgono nella corrispondente dottrina giuridica musulmana. Faremo alcuni esempi.

**Accanimento terapeutico**<sup>29</sup>: fermo restando che la dottrina italiana è concorde nell'affermare che tale problematica appare superata dall'art. 16 del codice di deontologia medica del 2009<sup>30</sup>, che lo vieta, anche la dottrina islamica considera illecito il prolungare artificialmente lo stato vegetativo di un malato definitivamente privo di coscienza. Negli ospedali sauditi si ricorre per esempio ad un protocollo simile ai "*do not resuscitate orders*", che consente di evitare il ricorso a pratiche rianimatorie in pazienti che stanno morendo, in modo da permetterne un trapasso meno sofferto<sup>31</sup>. A ciò si aggiunge la ritrosia a ricorrere a strumenti farmacologici per ridurre o controllare il dolore, come la morfina, in virtù dei divieti rigorosi in materia di stupefacenti che vigono nella maggioranza dei paesi islamici.

**Eutanasia**: anche il mondo islamico ammette la rilevanza della differenza tra eutanasia attiva e passiva. La prima è generalmente vietata, in virtù del principio per il quale l'uomo non è padrone di se stesso, ma è, appunto *muslim*, sottoposto a Dio, per cui è vietata la sospensione di cure del malato dietro sua richiesta o della famiglia (Cor. 3, 145 e 3, 156; 35, 11). Ne segue che in nessun caso i medici potranno intervenire per togliere la vita al malato, nemmeno con il suo consenso o dietro sua indicazione (esclusione di "suicidio assistito"). Invece per l'eutanasia cd. passiva la legge islamica non vieta la rinuncia a trattamenti inutili o spropositati in seguito al consenso dei familiari.

**Trapianti di organo**: generalmente accettati, anche se con alcune varianti legate al dibattito sulla determinazione del momento della morte in virtù del criterio della morte celebrale, non sempre ammessa. Le determinazioni circa il trapianto possono, questa volta, trovare collocazione in un atto tecnicamente testamentario, così come quelle disposizioni circa la sepoltura. A questo proposito occorre sottolineare come le regole del lutto ebraico e musulmano, che impongono, nel primo caso di dare la sepoltura al cadavere il giorno stesso della morte, nel secondo di tumularlo quanto prima, possono risultare problematiche per il diritto italiano, in relazione alle modalità di accertamento della morte

---

<sup>29</sup> Somministrazione di trattamenti o cure da cui non si possa fondatamente attendere alcun beneficio per la salute del malato o un miglioramento della sua qualità di vita.

<sup>30</sup> Art. 16. Accanimento diagnostico-terapeutico: Il medico, anche tenendo conto delle volontà del paziente laddove espresse, deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti diagnostici e terapeutici da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita.

<sup>31</sup> D. ATIGHETCHI, *Islam, musulmani e bioetica*, Armando editore, Roma, 2002, 189.



celebrale o in vista della possibilità o della necessità di un esame autoptico<sup>32</sup>.

**Direttive anticipate di trattamento**<sup>33</sup>: sono generalmente ammesse, sotto il coordinamento successivo dei familiari.

#### 4 - Conclusioni

Si possono tracciare alcune brevi conclusioni. Dal punto di vista della religione islamica non vi sono particolari preclusioni ad articolare giuridicamente la disciplina soggettiva prevista o prevedibile all'interno della tematica del cd. testamento biologico<sup>34</sup>. Tutt'al più si nota una relativa discrasia tra la logica personalista di autonomia del paziente, legato al consenso informato, e l'etica comunitarista dell'islam che dà rilievo accentuato, anche in queste circostanze, alla famiglia del malato. Si tratta di una discrasia che tuttavia non è del tutto sconosciuta in materia di consenso del paziente, per esempio nella disciplina italiana. Si possono certamente richiamare, a tale proposito, alcune disposizioni del codice di deontologia medica del 15 giugno 2009. L'art. 33, ad esempio, delinea una serie di modalità volte a dare al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, la prognosi, le prospettive, eventuali alternative del quadro diagnostico e terapeutico e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate. Al contempo, si prevede che l'avente diritto possa chiedere di non essere informato o possa delegare ad altro soggetto l'informazione ad agli riservata. L'art. 34 statuisce le modalità di informazione verso terzi, sulla base del consenso esplicitamente espresso dal paziente, fatto salvo il grave pericolo per la salute o la vita del soggetto stesso o di altre persone. In caso di paziente ricoverato, il medico deve raccogliere gli eventuali nominativi delle persone preliminarmente indicate dallo stesso a ricevere la comunicazione dei dati sensibili. Rimane tuttavia la perplessità, rispetto a tale assetto normativo, circa il valore e l'utilità che possa assumere la comunicazione delle informazioni a terzi, quando questi non abbiano in seguito alcun potere decisionale. Rendere edotti i terzi potrebbe invece

---

<sup>32</sup> Cfr. M. TOPA, *La questione biogiuridica dell'inumazione*, in F. COMPAGNONI, F. D'AGOSTINO, *Il confronto interculturale*, cit., p. 308.

<sup>33</sup> Documenti finalizzati all'autodeterminazione delle cure mediche da parte di soggetti non più in grado di esprimere il proprio consenso. Vedi la legge olandese 1 aprile 2001, n. 137.

<sup>34</sup> Sul tema cfr. F. FRENI, *La laicità nel biodiritto*, cit., p. 112 ss. Per una comparazione di tipo religioso-giuridico cfr. M. CANONICO, *Eutanasia e testamento biologico*, cit., p. 9 ss.



servire a metterli nella condizione di potersi opporre a trattamenti dannosi. Diversamente, tale obbligo d'informazione (sempre su indicazione del malato) appare superfluo e inutile<sup>35</sup>. Il mondo islamico, come si diceva, tende a investire, nel caso di infermità particolarmente grave del paziente, la famiglia, la cui volontà viene ad essere considerata come una sorta di "prolungamento naturale" di quella dell'infermo, come nel caso narrato. Si tratta di un'impostazione che è consequenziale alla concezione generale del diritto e dell'etica medica musulmana di tipo "unitario", in virtù della quale una malattia grave comporta anche una condizione di minorità psico-fisica complessiva dell'interessato. Da indagini statistiche emerge, a conferma, che in molte circostanze il malato di fede islamica preferisce delegare spontaneamente ai parenti la facoltà di decidere in merito alle cure o ai provvedimenti migliori da applicare nei propri confronti<sup>36</sup>. Rimane da valutare se, in una prospettiva del genere, possa risultare utile il ricorso alla disciplina sull'amministrazione di sostegno, soprattutto nelle applicazioni che essa sta avendo nella prassi notarile e nei riscontri giurisprudenziali<sup>37</sup>. A questo proposito, sussistono certamente alcuni dubbi da sciogliere: parte della dottrina ha ritenuto che un presupposto implicito per la nomina dell'amministratore di sostegno sia la "attualità" della condizione d'infermità di modo che sia da escludere che si possa nominare un amministratore "ora per allora"<sup>38</sup>. Nondimeno tale preclusione potrebbe non essere ostativa della recezione nell'ordinamento di una "amministrazione familiare" delle scelte dell'infermo, come nel caso previsto dal primo comma dell'art. 408 c.c. che dispone la ratifica della scelta dell'amministratore o ancora un'ipotesi di vera e propria supplenza del giudice nella nomina dell'amministratore, in mancanza di un'espressa indicazione da parte del beneficiario, preferibilmente nella cerchia dei familiari dalla stessa disposizione individuati<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> Così E. CALO, *Il mandato in previsione dell'incapacità, in Il testamento di vita e il ritorno delle autonomie*, in *Quaderni del Notariato*, 13, Atti del Convegno tenutosi a Cagliari il 23 e il 24 gennaio 2005, p. 97.

<sup>36</sup> D. ATIGHETCHI, *Islam, musulmani e bioetica*, cit., p. 193.

<sup>37</sup> Cfr. G. COSCIONI, *L'amministrazione di sostegno rende superfluo il testamento biologico*, consultabile on line sul sito [www.questionididirittodifamiglia.it](http://www.questionididirittodifamiglia.it).

<sup>38</sup> R. MASONI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento medico-sanitario: contrasti, nessi e relazioni*, in *Giur. merito*, 2010, 1, p. 104.

<sup>39</sup> G. PAGLIANI, *Trattamenti sanitari, fine vita e amministrazione di sostegno*, in *Giur. merito* 2009, 7-8, p. 1776, in cui si cita il caso del Decreto tribunale di Modena, con il quale è stato nominato un amministratore di sostegno ad un soggetto pienamente capace, in previsione di una eventuale condizione di infermità. Il ricorrente con un atto di scrittura



Da ultimo, non si può non rilevare con interesse come all'interno del patrimonio giuridico culturale islamico si possano rintracciare coordinate di valorizzazione dei diritti fondamentali della persona umana e della sua dignità analoghe a quelle occidentali, ma soprattutto, a dispetto di alcune etichettature pregiudiziali, articolate regolamentazioni pratico-razionali attraverso le quali trovare soluzioni di transazione tra i protocolli etico-sanitari occidentali e i codici di comportamento tradizionali, secondo prassi più adeguate al caso di specie e alla volontà, ove correttamente interpretata, delle parti interessate.

---

privata autenticata aveva designato la moglie quale amministratore di sostegno (art. 408, co. 2 c.c.). Nel ricorso aveva altresì chiesto che venissero attribuiti all'amministratore di sostegno, per il tempo dell'eventuale perdita della capacità di autodeterminarsi, i poteri-doveri di negazione di prestare il consenso ai sanitari a sottoporlo alle terapie individuate nella scrittura privata anzidetta. Il decreto modenese, qui commentato, richiamandosi alla Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, accoglie l'istanza del ricorrente volta ad attribuire all'amministratore i poteri circa la negazione ai sanitari di diversi trattamenti tra i quali la rianimazione cardiopolmonare, dialisi, trasfusioni, idratazione e alimentazione forzata.