

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE



**Corso di Dottorato in
COMPARAZIONE E DIRITTI DELLA PERSONA
XIII° Ciclo**

**Tesi di Dottorato in
BIOETICA E DIRITTO: ESPERIENZA NEL DIRITTO EBRAICO**

**Tutor:
Ch.mo Prof.
Salvatore Sica**

**Dottorando:
Ludovico Montera**

Anno Accademico 2014/2015

INDICE

CAPITOLO 1: LE FONTI

1. Premessa. Il popolo della luna	2
2. Israele: stato ebraico e democratico	5
3. I diritti fondamentali nello stato di Israele.	19
4. Le fonti.	26

CAPITOLO 2: LA BIOETICA

1. Biodiritto.	39
2. Bioetica cattolica e laica.	47
3. Bioetica ebraica.	60

CAPITOLO 3: BIOETICA E VITA

1. Premessa.	70
2. Il dovere di procreazione.	75
3. La problematica del nascituro.	79
4. La procreazione medicalmente assistita: analisi comparativa.	87
4.1. Inseminazione artificiale uterina.	99
4.2. Inseminazione artificiale omologa	103
4.3. Inseminazione artificiale eterologa.	109
4.4. Fecondazione assistita extrauterina.	119
4.5. L'intervento storico della Corte Costituzionale: la sentenza 9 aprile 10 giugno 2014, n. 162.	127
5. La maternità surrogata.	134
6. La crioconservazione degli embrioni.	142
7. Il problema del diradamento degli embrioni.	148
8. L'aborto	151
9. Rashì e Maimonide.	163

CAPITOLO 4: BIOETICA E FINE VITA

1. Premessa.	174
2. <i>L'Avelut</i> - Il lutto.	176
3. Il testamento biologico.	182
4. Eutanasia e tradizione ebraica.	192
4.1. Eutanasia: profili comparatistici.	205
5. Definizione e accertamento della morte.	217
6. Il trapianto di organi.	224

BIBLIOGRAFIA	235
---------------------	-----

CAPITOLO 1: LE FONTI

SOMMARIO: 1. Premessa. Il popolo della luna. - 2. Israele: stato ebraico e democratico. - 3. I diritti fondamentali nello stato di Israele. - 4. Le fonti.

1. *Premessa. Il popolo della luna.*

Il diritto del popolo ebraico - *Ham Israel* - del popolo di Israele, è il diritto di un popolo tormentato, in fuga dall'Egitto e dalla schiavitù.

Trattasi di una popolazione che ha sempre necessitato di dover lottare per la propria autodeterminazione¹, gravida di una cultura differente rispetto a quella dei popoli vicini ma sempre caratterizzata da un'autoctonia speciale: tutto ciò che attiene alla quotidianità è profondamente e spiritualmente legato al territorio.

A conforto di ciò vi sono le continue lotte, i noti soprusi e la devota osservanza ai 613 precetti di fare e non fare contenuti nella Torah².

¹ (*Esth.* 3,8 s= B 4 s. LXX): «Fra i popoli di tutte le province del tuo regno, si trova dispersa e divisa una nazione, le cui legge sono diverse da quelle di ogni altro popolo, e che non osserva le leggi del re; non conviene quindi che il re la tolleri. Se così piace al re, si ordini che essa sia distrutta; io farò passare diecimila talenti d'argento in mano agli amministratori del re da versare nel tesoro reale».

² Nella *Torah* sono contenuti anche i cd. sette precetti noachidi, trasmessi da D.o ad Adamo e, conseguentemente il diluvio universale, a Noè. Trattasi di precetti, pertanto, destinati all'intera umanità e a che quest'ultima dovrebbe seguire scrupolosamente: obbligo di stabilire dei tribunali, divieto di blasfemia, divieto di idolatria, divieto di uccidere il prossimo, divieto di furto e rapina, divieto di immoralità sessuale, divieto di mangiare un arto tratto da animale vivo.

L'autodifesa del giudaismo, d'altronde, è già palesata nel Nuovo Testamento ove sono rinvenibili notizie ed asserzioni comprovanti la presenza di conflitti ed ostilità.

Il manoscritto più antico, quale testimonianza del dissidio tra il popolo di Israele ed un popolo straniero convivente, è il libro di Ester³.

In tale opera è sintetizzata la posizione pagana sul separatismo e l'opposizione sul piano sociale e politico nei confronti dei Giudei: questi ultimi devono essere sterminati e le loro ricchezze confiscate.

Del resto, già secondo le fonti antiche, ed a dimostrazione del dissidio, i Giudei, a differenza dei pagani, non riconoscendo il culto di una pluralità di religioni, non misero mai piede in santuari stranieri.

Nel *Mishpat Ivri*, diritto ebraico, è possibile rinvenire una terminologia, dapprima avente una connotazione meramente linguistica ma storicamente razziale, necessitante di qualche precisazione.

I termini 'Giudei', 'Ebrei', 'Israele' ed 'Israelita', usati talvolta in tono caustico, sono pressoché sinonimi ma con sfumature diverse e che il Nuovo Testamento, in conformità con il Vecchio Testamento, ne attribuisce pari valore e dignità.

'Giudeo', derivante dal nome del patriarca 'Giuda'⁴, diviene in età ellenistico-romana il nome del regno meridionale con capitale Gerusalemme. V'è da

³ Il libro di Ester è giunto in una versione ebraica ed in una greca, che è più estesa perchè contiene lunghe aggiunte. Queste aggiunte (ad esempio i primi 16 versetti del libro) sono considerate ispirate dalla Chiesa Cattolica. Ciò spiega l'insolita numerazione di alcuni capitoli, per distinguere la versione greca da quella ebraica.

Pur narrando eventi risalenti alla prima metà del V secolo a.C., si ritiene che esso sia stato scritto dagli Ebrei della Diaspora nel II secolo a.C.. È un'opera che, insieme a Rut, al Cantico dei Cantici e al *Qoelet* è stato inserito tra le *Meghillot*, cioè tra i cinque 'rotoli' biblici letti in occasione di particolari festività liturgiche.

precisare che con il corrispettivo astratto ‘giudaismo’ s’intende la forma assunta dalla religione ebraica successivamente alla conquista babilonese del territorio del Regno di Giuda e la conseguente distruzione del primo Tempio (586 a.C.). Pertanto, tutti gli ebrei vissuti dopo l’epoca biblica sono, religiosamente parlando, giudei.

Il termine ‘ebreo’, di origine biblica, è fatto derivare, da alcuni, dal nome di Eber, discendente di Sem, antenato del popolo ebraico⁵. Secondo altra impostazione il termine deriva dal verbo *avar*, che in ebraico significa “passare, oltrepassare, andare oltre”, da cui *ivrà*, cioè “passato oltre” dalla Mesopotamia alla Terra Promessa, dal politeismo al monoteismo e attribuito per la prima volta ad Abramo.

In entrambe le possibili etimologie, ebreo è dunque “colui che discende da Abramo”.

Tuttavia, per ‘ebreo’ si intendono tutti gli appartenenti al popolo d’Israele dall’epoca patriarcale fino ai nostri giorni.

Il termine ‘israelita’, letteralmente “discendente di Israel”, è il nome dato a Giacobbe dall’angelo del Signore contro il quale aveva lottato⁶. Dal periodo dell’emancipazione (XIX sec.), il termine ‘israelita’ fu impiegato come sostituto di ‘ebreo’.

Pertanto, israelita è colui che discende da Israel, membro del popolo che aveva tenuto testa a D.o.

Si tratta quindi di un sinonimo di ebreo e di giudeo, che nulla ha a che vedere con l’essere cittadino del moderno Stato di Israele.

⁴ *Gen.29,35* spiegato come “lode di D.o”.

⁵ Il termine ebreo viene usato la prima volta in Genesi 14, 13: «Ma uno degli scampati venne a dirlo ad Abramo l’Ebreo, che abitava alla querce di Mamre».

⁶ Genesi 32, 29.

Il termine 'israeliano', invece, indica esclusivamente un cittadino dello Stato d'Israele, la cui fondazione risale al 15 maggio 1948. Possono, quindi, essere israeliani anche dei cattolici, dei mussulmani, dei non ebrei.

Fin dalla nascita dello Stato d'Israele sorse la disputa circa la possibilità di accogliere il diritto ebraico come diritto dello Stato.

È doveroso, però, tenere distinto il diritto ebraico, a cui appartengono le norme del diritto matrimoniale valide per tutti i circoncisi, dal diritto israeliano che è norma statale.

Lo stato di Israele ha, quindi, lasciato la disciplina delle norme riguardanti il matrimonio ed il divorzio alle singole confessioni religiose presenti nel territorio, tanto da permettere ai singoli credenti di appellarsi ai propri Tribunali.

2. Israele: stato ebraico e democratico.

«Il mondo intero è pervaso di diritto. Ogni condotta umana è oggetto di una norma di diritto».

Con tali parole Aharon Barak, noto esponente della giurisprudenza israeliana nonché già Presidente della Corte Suprema, ha inteso porre in evidenza quella lacerante e ossessiva disputa tra un fondamentalismo giuridico ed un fondamentalismo religioso che ha caratterizzato la vita, la politica e la tradizione dello Stato di Israele sin dagli inizi del Novecento.

Innegabile è, infatti, il ruolo penetrante ed incisivo della religione nella vita pubblica che, a ben vedere, si traduce in una inevitabile ed estenuante lotta tra identità ebraica e identità contemporanea.

L'identità ebraica, si precisa, certamente non è da considerarsi quale sinonimo di oscurantismo e chiusura culturale, bensì quale fonte di preservazione ed esigenza di tutela di tradizioni millenarie.

Ne è disceso, pertanto, l'interrogativo, stante il processo di modernizzazione, globalizzazione ed occidentalizzazione sociale e giuridico, di quale ruolo accordare al fattore religioso nella vita pubblica⁷.

Se, infatti, la quotidianità del popolo di Israele è permeata di norme giuridiche e precetti religiosi, la concorrenza tra diritto e religione, quale fonte di inaugurazione e creazione di personalità collettive, individuali o sociali⁸, determinerà l'insorgenza di un antagonismo tra stato e religione, rivalità tra fondamentalismo giuridico e fondamentalismo religioso.

La celebrazione e l'esternazione del fondamentalismo religioso è stato determinato dalla necessità, determinata dall'invasione e moltiplicazioni di istanze, di risoluzioni e provvedimenti rabbinici che interessassero qualsivoglia aspetto della vita, tanto che la Corte Suprema venne definita quale «consiglio di saggi, i quali, in nome della propria saggezza, si appropriarono dell'autorità di porre i criteri per stabilire cosa sia normale, appropriato, auspicabile e accettabile»⁹. Gradatamente, infatti, la Suprema Corte è divenuta il moderatore ultimo nei conflitti politici ed amministrativi nonché giudice supremo della sistemica normativa e consuetudinaria¹⁰.

⁷ R. HIRSCHL, *The Theocratic Challenge to Constitution Drafting in Post-Conflict States*, 2008, 49; P. DANE, *Constitutional Law and Religion*, in *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, a cura di Dennis Patterson, Chichester (UK), 2010, 119.

⁸ C. GEERTZ, *Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective*, New York, 1983, 167.

⁹ R. SHAMIR, *The politics of Reasonableness and Judicial Power at Israel's Supreme Court*, 1994, 5.

¹⁰ R. RIVLIN – *The Legalization that Overtook Our lives*, in *The Lawyer*, 2010, 8: «La legalizzazione, ovvero la malattia che ha contagiato l'intera sfera della pubblica amministrazione, rappresenta una minaccia non soltanto per la capacità di

In un'ottica meramente storica v'è da notare che nel periodo compreso tra il 1880 ed il 1948, anno di fondazione dello Stato di Israele, si generò una nuova forma societaria nettamente distinta dall'antica cultura della Diaspora e dalla cultura ultra-ortodossa¹¹.

Caratteristica precipua di tale cultura fu la sua creazione *ex nihilo* che, ciononostante, influenzò significativamente la dottrina ebraica tradizionale, nonché quella europea, tanto da porsi quale nuovo modello da inseguire e a cui aderire, sino ad arrivare a porsi quale alternativa laica alla *Halakhab*.

La scelta della lingua della nuova società si riversò sull'ebraico, a conforto dell'antinomia tra la nuova cultura israeliana e quella della Diaspora.

Nel contempo si preferì adottare, quale punto di riferimento testuale, la Bibbia in quanto redatta in Eretz Israel a discapito della Halakhah costituendo, quest'ultima, per antonomasia l'opera ebraica dell'esilio.

La Bibbia, invece, impiantata e disposta in epoca antecedente l'esilio del popolo ebraico, è in ogni caso costituita da episodi narrati ed ambientati nella terra di Israele¹².

Per l'effetto la società ebraica venne denominata 'Yishuv ebraico', con ciò contrapponendosi a quella degli ebrei in esilio.

governo, ma anche per l'mera esistenza di uno spazio normativo che sia sottratto al controllo degli esperti giuridici. Questa malattia ha generato una nuova religione che idolatra ciò che è legale. Un tempo, quando non tutto era giustiziabile, le persone ricorrevano al buon senso, alla logica, alla ragionevolezza e alla correttezza. Oggigiorno, soltanto gli alti sacerdoti del diritto sembrano aver titolo per decidere che cosa sia ragionevole e per agire discrezionalmente».

¹¹ I.E. ZOHAR, *The Emergence and Crystallization of Local Native Hebrew Culture in Eretz Israel 1882-1948*, in *Cathedra For The History of Eretz Israel And Its Yishuv*, 165, 1980, 16; Y. SHAVIT, *Culture and Cultural Status: Basic developments in Hebrew culture during the second Aliya Period*, in *The second Aliya. Studies*, Jerusalem - Yad Ben Zvi, 1997, 343.

¹² A. SHAPIRA, *The Bible and Israeli Identity*, Jerusalem, 2005.

Parimenti, nella Dichiarazione d'Indipendenza d'Israele venne resa la differenziazione tra 'popolo giudaico' e *Yishuv*, comportando, pertanto, per i membri dell'assemblea costituente, lo *status* di "rappresentanti dello *Yishuv* ebraico".

Appare chiaro che la preminenza e la supremazia della innovativa società culturale ebraica su quella giudaica della Diaspora trovò il proprio apice ed apogeo il 14 maggio 1948, ovvero allorquando nacque lo Stato di Israele.

Si è detto che la nuova istituzione comunitaria ebraica venne a determinarsi dal nulla.

Tuttavia, tale affermazione appare fuorviante se si considera che per la costituzione di una società è necessario il susseguirsi di generazioni in grado di incrementare e valorizzare esperienze, valori e tradizioni.

Fu proprio grazie alla metodologia del ricorso a prestiti culturali (cd. *cultural borrowing*) che la nuova società ebraica acquisì, incrementò ed impreziosì la propria struttura e costituzione¹³.

Più specificamente, l'acquisizione di elementi di cultura giudaica, europea, inglese e locale divenne da ornamento e impronta per la nuova compagine sociale e culturale.

L'inevitabile cristallizzazione e assunzione nutritiva delle predette fonti nel tessuto di *Eretz Israel* determinò, pertanto, lo sviluppo di una cultura moderna, laica ed occidentale, così limitando l'area religiosa nella sfera pubblica dello *Yishuv*.

¹³ B. MARTINEZ, *Cultural Contract: Archeological Approaches*, in *Int'l Encyclopedia of the social & behavioral sciences*, 2001, 5; A. KUPER, *Culture. The Anthropologist's account*, Cambridge, 1999, 13, 63, 67; P.H. GLENN, *Legal traditions of the world: sustainable diversity in law*, Oxford, 2000.

La sorte educativa, formativa e intellettuale della neonata società ebraica divenne oggetto di studio e di interesse anche per i giuristi di formazione sionista.

In particolare, il “Movimento per il *revival* del diritto ebraico”, sorto nella prima metà del ventesimo secolo, focalizzò la propria attenzione, quale obiettivo da perseguire, nella rinascita e rivalorizzazione della *Halakbab*.

L’esperimento del Movimento, pertanto, consistì nello sforzo di riuscire a poter sagomare e foggare i principi della *Halakbab* in funzione ed in ragione del nuovo e futuro stato in cui si esprimeva la società ebraica in *Eretz Israel*.

Tuttavia, quanto auspicato e sperato tese ad arenarsi in virtù di quanto occorre durante durante il periodo 1918-1948: il mandato britannico in Palestina¹⁴.

Conclusa la prima guerra mondiale, che vide la sconfitta della Germania e della Turchia, sua alleata, la Palestina fu affidata in amministrazione mandataria all’Inghilterra.

Il mandato sulla Palestina, frutto di una stretta collaborazione tra Sir Herbert Samuel, Alto Commissario per la Palestina e il ministero delle colonie britannico Winston Churchill, fu approvato nel luglio del 1922 dal Consiglio della Società delle Nazioni.

Le linee guida e di condotta del testo del mandato si incentrarono su taluni fondamentali antecedenti logici e preliminari quali la preservazione della forma dell’istituto del mandato, la difesa e conservazione della propria zona di influenza, l’elusione di qualsivoglia forma di rischio che potesse contrapporre le due comunità.

¹⁴ N. SHEPHERD, *Ploughing Sand. British Rule in Palestine*, London, 1999; S. HUNEIDI, *A Broken Trust. Herbert Samuel, Zionism and the Palestinians 1920-1925*, prefazione di W. Khalidi, London, 2001.

Il testo del mandato, suddiviso in un preambolo e in 28 articoli, che fornivano le generiche linee-guida dell'amministrazione britannica, esprimeva la sua sostanzialità e vitalità in virtù di taluni punti basilari. Due in particolare erano i passaggi basilari: l'articolo 2, che affrontava le finalità del mandato¹⁵, e l'articolo 6, che affrontava il problema dell'immigrazione ebraica e dell'acquisto dei terreni¹⁶.

I principi espressi dalla dominazione britannica determinò l'inevitabile sviluppo di un processo di adozione e implicita acquisizione del sistema giuridico anglo-americano.

Questo processo di anglicizzazione non venne benevolmente accolto da coloro i quali caldeggiavano e patrocinavano l'idea, e la speranza, di un ritorno alla legge ebraica, intesa quale espressione della *Halakhah*.

Nel dettaglio, i fautori del Movimento per il *revival* del diritto ebraico auspicavano la ricezione della Halakhah da intendersi quale manifestazione ed estrinsecazione della cultura nazionale ebraica e non come un arido ed ipocrita complesso di norme religiose costrittive. Tale convincimento, a ben vedere, trovò, oltre che numerosi punti di contatto, la propria fonte di ispirazione e di influenza nella dottrina della Scuola Storica del diritto.

¹⁵ «Il Mandatario si renderà garante di porre il paese in quelle condizioni politiche, amministrative e economiche che assicureranno lo stabilimento del focolare nazionale ebraico, così come affermato nel preambolo, e lo sviluppo di istituzioni di auto-governo; si renderà altresì garante di salvaguardare i diritti civili e religiosi di tutti gli abitanti della Palestina, indipendentemente dalla razza o dalla religione di appartenenza». Cfr. *League of Nations, Mandate for Palestine*, C. 529. M. 314. 1922. VI (12/8/1922), artt. 2 e 6.

¹⁶ «L'amministrazione della Palestina, mentre assicurerà che i diritti e lo status degli altri settori della popolazione non vengano pregiudicati, faciliterà l'immigrazione ebraica a precise condizioni e incoraggerà, in collaborazione con l'Agenzia ebraica di cui all'articolo 4, l'insediamento fitto degli ebrei sul territorio, incluso quello sulle terre demaniali e quelle desertiche che non siano richieste per scopi pubblici». Cfr. *League of Nations, Mandate for Palestine*, C. 529. M. 314. 1922. VI (12/8/1922), artt. 2 e 6.

Se, infatti, a parere del fondatore, Friedrich Carl von Savigny, infatti, la consuetudine è la parte fondamentale dell'ordinamento giuridico di un popolo, ne discende che il postulato basilare è che il diritto non può essere frutto di arbitrio legislativo, poiché esso è fondato sulla natura, il sentimento e le tendenze intellettuali di ciascun popolo e quindi si sviluppa insieme al popolo stesso, seguendone le sorti nell'ascesa e nella decadenza¹⁷.

Un ruolo fondamentale per il conforto dello spirito del Movimento venne rivestito dall'ideologia di Ahad Ha-Am tesa a revisionare ed innovare la cultura ebraica mediante la alterazione e trasmutazione dei relativi precetti religiosi in ordini e categorie tipiche della cultura nazionale.

L'effetto di tale mutazione, pertanto, mirava a tradurre, specificamente, l'insegnamento e la norma religiosa della *Halakhab* in ordini giuridici laici e moderni tanto da giungere a considerare il 'diritto ebraico' quale sinonimo della stessa¹⁸.

Nella stessa direzione e spinto dai medesimi disegni e progetti, per il Prof. Asher Gulack vi era un incessante parallelismo nella dicotomia tra diritto e lingua.

Alla stregua di tale dualismo, quindi, l'obiettivo era quello di ricreare, secondo il sistema della pandettistica, le premesse e le presupposizioni che consentissero il risorgimento del diritto ebraico.

Di talchè, proclamata l'indipendenza dello Stato di Israele, i sostenitori di tale tesi evocarono la necessità di considerare la Dichiarazione di Indipendenza

¹⁷ F.C. VON SAVIGNY, *Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, Heidelberg, 1814, in Thibaut, *Von Savigny: La polemica sulla codificazione*, Napoli, 1982; E. BODENHEIMER, *Jurisprudence*, Cambridge, 1974, 71 ss.; J.E. HERGET E S. WALLACE, *The german free law movement ad the source of american legal realism*, 1987, 73.

¹⁸ A. LIKHOVSKI, *Law and Identity in Mandate Palestine*, Chapel Hill, 2006, cap. 6; M. ELON, *Jewish Law, History, Sources, Principles*, Jerusalem, 1988, III, 1329-1337.

all'interno di uno 'Stato ebraico' che consentisse, per l'effetto, l'adozione del diritto ebraico come diritto statale.

La necessità e la nostalgica esigenza di una reciproca fusione tra diritto israeliano e *Halakhab* si manifestò conseguentemente la promulgazione di taluni innovativi provvedimenti legislativi: nel 1980 fu approvata la legge sui "fondamenti del diritto" e nel 1992 videro la luce altre due leggi dedicate rispettivamente alla "dignità umana e libertà" e alla "libertà di occupazione".

L'aspetto innovativo della "legge sui fondamenti del diritto", emanata dalla Knesset, risiede nell'abrogazione, prevista nella seconda sezione, dell'art. 46 del Palestine Order-in-Council che prevedeva il ricorso al diritto inglese qualora vi fossero presentate lacune normative.

Invero, l'art. 1 di tale Legge prevede che «quando un tribunale deve risolvere una questione giuridica, che non trova risposta nella legge o in precedenti o secondo analogia, deciderà in base ai principi di libertà, giustizia ed equità e pace della eredità di Israele»¹⁹.

Tale ultima disposizione, stante la sua natura ampiamente e arbitrariamente interpretativa, ha generato, come era prevedibile, pregnanti e fitti confronti anche tra illustri figure giurisprudenziali quali Aharon Barak e Menachem Elon, giudici della Corte Suprema.

Nella visione di Aharon Barak l'interpretazione del diritto avviene in virtù di un ordine gerarchico ove la legge costituisce la fonte principale e necessaria per la risoluzione dei casi pratici.

¹⁹ Art. 1 l. n. 5740

Solo in via residuale, e talvolta marginale, vi potrà essere, in caso di soccombenza della fonte principale, il ricorso al diritto giurisprudenziale, all'analogia ed, infine, ai «principi dell'eredità israeliana»²⁰.

Appare chiaro, pertanto, che, prendendo le distanze dalla *Halakbab*, Barak differenzia i contenuti di quest'ultima dai “principi dell'eredità israeliana”.

Atteso, quindi, che la *Halakbab* rappresenterebbe «un sistema normativo che la gran parte delle persone non sarebbe disposto a seguire»²¹, la «eredità di Israele» finirebbe nel consistere in «un concetto nazionale che ricomprendere l'eredità della nazione, quella antica e quella nuova, e riflette la continuità storica del popolo. Esso include il lascito di Maimonide e quello di Spinoza, di Herzl e di Ahad Ha-Am; il lascito del tempo che precedette la creazione dello stato e del tempo successivo, della letteratura halakhic e di quella laica»²².

In antitesi alla visione che limitava e declassava il diritto tradizionale nella prospettiva futuristica del diritto israeliano, si è posto Menachem Elon che, con proverbiale interpretazione tradizionale, ha valutato la *Halakab* come fonte di contenuti, precetti e norme da infondere e trasfondere nel diritto israeliano.

Contrariamente alla summenzionata gerarchia delle fonti, per Elon, i “principi dell'eredità israeliana”, oltre che a godere e beneficiare di spiccati contenuti giuridici, venivano intesi e compresi quali nuovi principi ispiratori e principali sorgenti di creazione del futuro diritto israeliano²³. Da una minuziosa e dettagliata analisi si evince, pertanto, che la visione di Elon presenta notevoli affinità con l'esposizione del Movimento per il revival del diritto ebraico.

²⁰ A. BARAK, *Judicial distrection*, Tel Aviv, 1987, 141 ss.

²¹ A. BARAK, *Gaps in the Law and Israeli Experience*, 1991, 20.

²² A. BARAK, *Judicial Creativity: Interpretation, the Filling of Gaps (Lacunae) and the Deveolpment of Law*, 1990, 39.

²³ M. ELON, *More about of the foundations of law*, in *Hebrew Law Annual*, 13, 1987, 227 e 252.

Più specificamente, appare evidente che la connessione e la correlazione tra diritto israeliano e diritto ebraico avrebbe determinato la minimizzazione dell'adozione delle fonti straniere e, nel contempo, la crescita e la cristallizzazione della *Halakbah*, quale unica legge del popolo ebraico²⁴.

Il parallelismo delle posizioni di Barak ed Elon, tuttavia, non ha tenuto in considerazione il dato relativo alla composizione demografica dello Stato di Israele ove, come è noto, si rinviene anche una minoranza araba.

Invero, il problema, fu sollevato ab origine dal giudice della Suprema Corte Moshe Silberg che, per l'appunto, evidenziò l'inapplicabilità della *Halakbah*, quale nuovo ed ipotetico diritto statale, nei confronti dei cittadini non ebrei²⁵.

Tale interpretazione, infatti, fonda la propria giustificazione nella necessità di evitare disparità di trattamento culturale e sociale dei cittadini arabi di Israele in virtù dell'esaltazione resa dalla legge sui fondamenti del diritto in ordine all'identità nazionale ebraica²⁶.

La necessità di «consolidare in una legge fondamentale i valori di Israele inteso come stato ebraico e democratico»²⁷ ha avuto la sua esplicitazione grazie all'approvazione nel 1992, ad opera della Knesset, di due Leggi fondamentali intitolate alla “dignità umana e libertà” e alla “libertà di occupazione”.

L'espressione “stato democratico ed ebraico” ha ingenerato notevoli cambiamenti in ordine ai valori ebraici insiti nel diritto israeliano.

²⁴ M. ELON, *Hebrew Law in the Law of State*, 1969, 25.

²⁵ M. SILBERG, *The Law of Hebrew State*, in *The writing of Moshe Silberg*, Jerusalem, Jerusalem, 1998, 180.

²⁶ R. GAVISON, *Introduction*, in ID., *Civil Rights in Israel, Essays in Honor of Haim H. Cohen*, Jerusalem, 1982, 9 e 33-35.

²⁷ *Basic Law: Human Dignity and Liberty*, sez. 1a: «Lo scopo di questa legge fondamentale è di proteggere la dignità umana e la libertà, al fine di consolidarvi i valori dello Stato di Israele come stato ebraico e democratico».

Sino al 1992, anno di entrata in vigore delle summenzionate leggi, infatti, l'intera comunità giuridica, comprensiva anche delle corti, esplicitava la propria opera in un'ottica meramente liberale latamente condizionata esclusivamente dalla cultura sionista.

Solo successivamente, pertanto, è stata recepita l'importanza che il diritto ebraico, stante il suo complesso di valori e tradizioni, avrebbe rivestito per la crescita e l'affermazione del diritto israeliano.

V'è chi ha ritenuto ebbe a verificarsi una forma di «isolamento acustico»²⁸ tra il diritto statale ed il diritto ebraico attesa la reciproca inapplicabilità del diritto israeliano nelle corti rabbiniche e del diritto ebraico nelle corti statali.

Un sostanziale mutamento si ebbe, per l'appunto, grazie alla promulgazione delle due leggi fondamentali intitolate alla “dignità umana e libertà” e alla “libertà di occupazione”.

Dai predetti testi normativi, infatti, è desumibile la necessità, l'auspicio e l'aspirazione di rinvenire un bilanciamento tra diritto ebraico e diritto israeliano: si assiste, per l'effetto, ad una detrazione e limitazione del liberalismo, inteso quale fonte primaria, in favore della tradizione ebraica, intesa quale seguente e successivo modello culturale di confronto²⁹.

Gli aggettivi ‘ebraico’ e ‘democratico’, nonché il loro relativo rapporto antitetico, hanno, sulla scia della precedente querelle, determinato opinioni ed interpretazioni discordanti degli illustri giudici supremi Bark ed Elon.

Prima del 1992, la valutazione e l'apprezzamento dei diritti fondamentali avveniva in virtù del precipuo assunto secondo cui Israele fosse uno Stato

²⁸ M. DAN-COHEN, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal law*, in *Harmful Thoughts*, Princeton, 2002, 37.

²⁹ A. BARAK, in *Symposium: The State of Israel as a Jewish and Democratic State*, Jerusalem, 1999, 8.

esclusivamente ed unicamente democratico³⁰, anche se, tuttavia, non mancarono decisioni, dettate da un mero e puro convincimento ancorato alla preminenza del ruolo della tradizione ebraica, ove si rinveniva, per l'appunto, un tenace rinvio al diritto ebraico.

Tuttavia, è solo successivamente a tale data che, a parere del Giudice Elon, il diritto ebraico diviene un obbligo giurisprudenziale da applicare al caso concreto³¹.

La specificità di tale osservazione e percezione risiederebbe nel dettaglio terminologico che, a ben vedere, attribuisce precedenza all'aggettivo 'ebraico' piuttosto che all'aggettivo 'democratico', ciò costituendo, per l'effetto, un'esortazione ed incitamento ai giudici ad applicare il diritto ebraico in luogo del "diritto democratico".

Nell'ottica della gerarchia delle fonti, pertanto, il prodotto dei "valori ebraici" costituirà un criterio interpretativo principale e non più residuale come, invece, era statuito dalla legge sui fondamenti del diritto.

Appare chiaro, quindi, che la visione fornita inizialmente da Barak relativa alla legge sui fondamenti, che non lasciava alcuna discrezionalità all'applicazione del diritto ebraico, non potrà più essere accolta e accreditata: «non possiamo più permetterci di confinare il nostro sguardo al carattere democratico dello stato; d'ora in avanti, dobbiamo tenere in considerazione sia il carattere 'democratico' dello stato sia quello 'ebraico'»³².

³⁰ M. ELON, *Constitution by Legislation: The Values of a Jewish and Democratic State in Light of the Basic Law: Human Dignity and Liberty*, Tel Aviv, 1993, 17.

³¹ M. ELON, *Constitution*, cit., 18.

³² A. BARAK, *Interpretation of Law*, III, Constitutional Interpretation, Jerusalem, 1994, 328.

Nella considerazione di Barak, la fonte principale che avrebbe consentito lo sviluppo e l'espansione del diritto israeliano sarebbe stata determinata, pertanto, dalla *Halakhab*.

Non fu un caso che, successivamente all'emanazione delle due leggi del 1992, Barak discorse di “rivoluzione costituzionale”, con ciò volendo intendere la possibilità e la implicita necessità di fornire valore costituzionale ai diritti fondamentali statuiti e decretati dalle due leggi, tanto che la Suprema Corte avrebbe potuto inficiare e confutare gli atti legislativi emanati dalla Knesset nell'ipotetica profanazione di quei diritti stessi³³.

La giustificazione dei “valori dello Stato ebraico e democratico”, che si rinvergono delle due leggi fondamentali del 1992, risiede, a ben vedere, nell'esperimento e nello sforzo del popolo di Eretz Israel di dar vita e forgiare una nuova comunità culturale dissomigliante e diversificata rispetto alla tradizionale entità giudaica della Diaspora.

Da un punto di vista contenutistico, l'espressione “stato ebraico” è pregnante di significati, accezioni e sfumature.

Nell'esegesi di Barak l'espressione assume un duplice ordine di esplicazione: da un lato l'essere Israele si identifica con «la casa nazionale del popolo ebraico»³⁴, ovvero i principi tradizionali israeliani da intendersi quali concetto nazionale, dall'altro, la *Halakhab* costituirebbe la fonte dei valori dello Stato ebraico, ovvero di Israele. L'affermazione dell'astrattezza in luogo della concretezza del

³³ A. BARAK, *The Constitutional Revolution: Protected Human Rights*, 1992, 1, Mishpat Umimshal, 9; D. KRETZMER, *The New Basic Laws on Human Rights: A mini revolution in Israeli Constitutional Law?*, 1992, 26.

³⁴ A. BARAK, *The Enlightened Public*, in Aharon Barak e Elinor Mazuz (eds), Tel Aviv, Bursi, 1995, 677-692.

rinvio alla *Halakhab* la si desume da quanto esposto da Barak: «il riferimento è ai principi ispiratori della legge, più che alla legge stessa»³⁵.

È indubbia e considerevole l'alterazione ed il mutamento della posizione di Barak a distanza di appena dieci anni per il quale, diversamente da quanto inizialmente sostenuto, la *Halakhab* assume un ruolo preminente ed emergente per lo sviluppo del diritto israeliano.

L'atteggiamento più incisivo rimane in ogni caso quello di Elon per il quale, invece, il diritto ebraico non bisogna di essere considerato mera astrazione bensì fonte giuridica vincolante, con la necessità, quindi, di un'applicazione diretta della *Halakhab*.

L'affinità interpretativa ed ideologica dei due giudici risiede, in definitiva, nell'esigenza ed opportunità di armonizzare ed equilibrare le nozioni, ed i relativi contenuti, di “stato ebraico” e “stato democratico”³⁶.

Il pensiero dottrinale di Barak induce a dirimere ipotetici ed eventuali dubbi interpretativi tra le due tipologie statuali mediante l'utilizzo di fonti d'ispirazione, quali il Sionismo, la *Halakhab*, la democrazia, purchè caratterizzati da principi tra loro compatibili.

Da quanto sino ad ora esposto appar chiaro che la tematica della formazione culturale e giuridica dello Stato di Israele abbia indotto numerosi giuristi ebrei a rivendicare le proprie posizioni ed orientamenti.

Solo, quindi, grazie all'approvazione delle due leggi fondamentali che la *Halakhab* ha goduto del suo riscatto. Ne è disceso, da parte dei giuristi sionisti religiosi, l'istituzione di corti arbitrali dedite alla risoluzione di controversie

³⁵ A. BARAK, *supra*, 330.

³⁶ A. BARAK, *Basic Law: Freedom of Occupation*, 1994, 2, *Mishpat Umimshal*, 195, 208 ss.

civili in accordo con la *Halakhab*, nonché di tribunali rabbinici la cui giurisdizione attiene ai diritti della persona.

3. I diritti fondamentali nello stato di Israele.

I diritti umani rappresentano il più importante sistema di valori degli ultimi due secoli in cui si rivengono le dimensioni essenziali per lo sviluppo dell'individuo. Fonte normativa di misura del grado di attuazione dei diritti umani è la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del dicembre 1948³⁷.

Seppur condita da un individualismo tipicamente occidentale e da un preteso universalismo, la Dichiarazione Universale ha attribuito ad ogni individuo il diritto di vivere³⁸.

Con l'espressione «età dei diritti»³⁹ Norberto Bobbio ha fatto riferimento al particolare rilievo che la tutela dei diritti umani ha assunto a partire dal secondo dopoguerra.

Certamente con ciò non si vuol intendere che i diritti fondamentali hanno trovato una loro piena tutela ed una compiuta attuazione, ma che la protezione di tali diritti diventano il principio costitutivo del diritto interno degli stati costituzionali di diritto nonché del diritto internazionale: destinatari non sono più solo gli Stati ma anche gli individui.

Bobbio vede la «progressiva affermazione dei diritti dell'uomo» scandita da una serie di tappe: originariamente vi è la 'costituzionalizzazione', o anche

³⁷ T.H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class and other essays*, Cambridge, 1950.

³⁸ Si veda l'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti umani: «Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della propria persona».

³⁹ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, VIII.

‘positivizzazione’, dei diritti⁴⁰ nelle costituzioni liberali e poi in quelle democratiche. In secondo luogo, la ‘progressiva estensione’ dei diritti nel catalogo delle libertà, la ‘universalizzazione’, avviata dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948.

La rivoluzione copernicana dell'età dei diritti è, quindi, determinata dall'affermazione della concezione individualistica della società: l'«individualismo metodologico», secondo cui lo studio della società deve partire dallo studio delle azioni degli ‘individui’ come indirizzo ‘dominante’ nelle scienze sociali». E senza «l'individualismo ‘ontologico’, che parte dal presupposto [...] dell'autonomia di ogni individuo rispetto a tutti gli altri e della pari dignità di ciascuno, e l'individualismo ‘etico’, secondo cui ogni individuo è una persona morale», sostiene Bobbio, «il punto di vista dei diritti dell'uomo diventa incomprensibile»⁴¹.

Con la progressiva e graduale affermazione dei diritti umani si è venuta modificando altresì la concezione di democrazia: non più solo partecipazione del popolo al governo della res pubblica ma attuazione dei diritti fondamentali all'interno di ciascun Stato.

Lo Stato democratico, pertanto, dovrebbe considerare il popolo nella sua integrità, comprensivo della maggioranza e delle minoranze e garantire a quest'ultime il riconoscimento dei diritti umani.

Questo riconoscimento dovrebbe, quindi, intendersi come la conseguenza delle mortificazioni subite dalle minoranze: d'altronde le coscienze assopite si risvegliano quando vi è una forte lesione dei diritti dei meno forti.

⁴⁰ N. BOBBIO, *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti*, 1988, in Id., *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Torino, 1999, 437.

⁴¹ N. BOBBIO, *L'età*, cit., 60.

Seppur la sua esistenza non sia riconosciuta da tutti gli Stati del Medio e Vicino Oriente, Israele, Stato democratico e di diritto che vive un costante stato d'assedio⁴², è entrato a far parte delle Nazioni Unite dal 1948.

Lo Stato di Israele possiede una Costituzione scritta, ma basa il suo sistema costituzionale sulle cosiddette Leggi fondamentali, le quali contengono il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali.

Sarà, poi, compito del sistema giudiziario di tutelare e garantire effettivamente i diritti umani.

Nel 1897 fu indetto il primo congresso sionista che proclamò il diritto del popolo ebraico alla rinascita nazionale: diritto riconosciuto nella dichiarazione Balfour del 2 novembre 1917 e riaffermato col Mandato della Società delle Nazioni.

La problematica del popolo ebraico, privo di indipendenza, è stata fortemente sentita a seguito della famigerata *Shoà* tanto che il 29 novembre 1947, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, dopo mesi di lavoro da parte dell'UNSCOP (*United Nations Special Committee on Palestine*), adottò la risoluzione 181 che esigeva la fondazione di uno Stato ebraico in Eretz Israel⁴³.

Il diritto naturale del popolo ebraico a essere, come tutti gli altri popoli, indipendente nel proprio Stato sovrano, ha indotto i sopravvissuti all'Olocausto nazista a rivendicare il loro diritto ad una vita libera e dignitosa nella propria patria.

⁴² G.M. QUER, *Democrazia e diritti umani in Israele. Un modello per un mondo che cambia*, Milano, 2006.

⁴³ Public Law 104, 45, Jerusalem Embassy Act of 1995.

Dopo secoli di privazioni dei diritti fondamentali, di ghetti e stermini, il 14 maggio 1948 nasceva, e veniva proclamato unilateralmente, lo Stato di Israele⁴⁴ con la “Dichiarazione d’Indipendenza dello Stato di Israele”.

Da tale data, la democrazia in Israele è divenuta trascinate e roboante tanto che le espressioni ‘ebraico’ e ‘democratico’ sono divenuti oggetto di accesi dibattiti. Seguendo un’impostazione più severa⁴⁵ vi sono taluni valori da considerarsi al contempo democratici ed ebraici e, di conseguenza, lo Stato sarà democratico se la legge è abbastanza astratta ed universale da rendere nulle le appartenenze religiose, ma vi è anche chi⁴⁶ sostiene che la tradizione giuridica ebraica può essere presa in considerazione solo laddove, senza cadere in contraddizioni, ne rafforzi i valori democratici, ammettendo, per l’effetto, una convivenza dell’ebraico e del democratico.

Israele è uno Stato democratico ed ebraico. La sovranità appartiene al popolo ebraico che ha creato uno Stato per garantire la tutela dei diritti umani.

A conforto di ciò si rinvencono sentenze della Corte Israeliana che hanno avuto ad oggetto alcuni diritti fondamentali come ad esempio il diritto alla

libertà di espressione (sentenze HCJ 153/83, HCJ 2481/93, HCJ 212/03, HCJ 316/03, HCJ 680/88, HCJ 4804/94, HCJ 1890/03), la libertà religiosa (sentenza HCJ 7622/02), l’uguaglianza uomo-donna (sentenze HCJ

⁴⁴ David Ben Gurion, presidente del consiglio del nuovo Stato fino al 1954, concluse il suo discorso con un richiamo alla pace: «Chiediamo [...] agli abitanti arabi dello Stato d’Israele di mantenersi in pace e di partecipare alla costruzione dello Stato sulla base della piena eguaglianza dei diritti di cittadinanza e con adeguata partecipazione a tutte le sue istituzioni provvisorie e permanenti. Porgiamo la mano a tutti gli Stati vicini ed ai loro popoli in un’offerta di pace e di buon vicinato [...] Lo Stato d’Israele è pronto a dare il proprio contributo a uno sforzo comune per il progresso dell’intero Medio Oriente».

⁴⁵ A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton, 2008.

⁴⁶ M. ELON, *Jewish Law History, Sources*, 1995.

104/87, HCJ 153/87, HCJ 721/94), la costruzione della barriera difensiva tra territorio israeliano e territorio palestinese (sentenze HCJ 316/03, HCJ 337/71), la tortura (sentenza HCJ 5100/94).

Lo Stato di Israele si struttura sul principio della divisione dei poteri: legislativo, esecutivo e giudiziario.

Il potere legislativo è detenuto dalla *Knesset*, costituita da 120 membri, che vengono eletti ogni quattro anni, ed opera in sessioni plenarie ed attraverso dieci commissioni permanenti.

Il Presidente di Israele viene, invece, eletto dalla *Knesset* per un mandato di sette anni non rinnovabile.

Il sistema elettorale israeliano è definito all'articolo 4 della Legge fondamentale: il sistema di rappresentanza del Paese è proporzionale, così garantendo la rappresentanza delle minoranze, e i candidati rappresentano partiti nazionali e non quartieri o circoscrizioni elettorali locali. Tuttavia, la soglia minima richiesta per essere rappresentati (soglia di sbarramento) è pari al 2% dei voti.

Il Primo Ministro viene scelto dal Presidente dello Stato di Israele tra i membri della *Knesset*⁴⁷. Il Presidente affida tale incarico ad un membro del parlamento, che di norma è colui il quale ha più possibilità di formare una coalizione di governo, con più di 60 membri, alla luce dei risultati elettorali.

Il Primo Ministro designato ha un periodo di 28 giorni, e sino ad un massimo di 42 giorni, per formare il governo⁴⁸.

Formatosi il governo, il Primo Ministro designato lo presenta alla *Knesset* entro 45 giorni dalla pubblicazione dei risultati delle elezioni in gazzetta ufficiale e,

⁴⁷ *Ressler v. Minister of Defence* (1988) 42 (ii) P.D. 441, in ZAMIR, ZYSBLAT, *Public law in Israel*, Oxford, 1996.

⁴⁸ *Baron v. Prime Minister and Minister of Defence* (1948) 1 P.D. 109, in Kretzmer, *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*, in State University of New York, 2002.

solo dopo aver chiesto ed ottenuto un voto di fiducia, espresso da una maggioranza di almeno 61 membri, i nuovi ministri assumono i propri uffici⁴⁹.

Il potere giudiziario, il cui prestigio e potere trova fondamento nel rispetto per la *rule of law*, è completamente indipendente dall'esecutivo e dal legislativo, consta di tre livelli di giudizio: i Tribunali di Magistrato, con funzione di giudice di primo grado, si occupa di casi civili e penali minore entità; i Tribunali di Distretto, con competenza su casi civili e penali di maggiore rilievo; ed, infine, la Corte Suprema con giurisdizione nazionale ed avente anche funzioni di Alta Corte di Giustizia⁵⁰.

Appositi tribunali si occupano di infrazioni al codice della strada, vertenze di lavoro, delinquenza giovanile, rivendicazioni minori e via dicendo. La giurisdizione in materia di stato civile (matrimonio e divorzio) compete alle corti delle varie comunità religiose.

La Corte Suprema israeliana ha come suo antecedente l'*High Court* britannica presente in Palestina dal 1917 al 1948 e, attraverso la funzione di Alta Corte di Giustizia, gioca anche un ruolo importante nel proteggere i diritti dell'individuo e nel preservare il principio della legalità.

I compiti della Corte Suprema, oggi questi sono elencati dalla legge che disciplina il potere giudiziario, la *Basic Law: The Judiciary*, il cui terzo capitolo si occupa, all'art. 15, esclusivamente della Corte Suprema.

⁴⁹ AA.VV., *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, a cura di T. Groppi, E. Ottolenghi e A.M. Rabello, Torino, 2006.

⁵⁰ ²⁷ *Iz'at Mubamad Mustafa Dwaikat and others v. The State of Israel and others* (1980) 34 P.D. 1, in ZAMIR, ZYSBLAT, *Public*, cit.

È interessante notare come, all'interno dello Stato di Israele, vi sia il contemperamento di due sistemi, il secolare diritto religioso ebraico ed il diritto israeliano, di cui l'uno ne rivendica la supremazia dell'altro⁵¹.

Ed è proprio nell'ottica di un bilanciamento che interviene l'Alta Corte di Giustizia che si propone di cristallizzare, ed ad individuare, i valori fondamentali di una società democratica ed ebraica.

La forma più rappresentativa di incorporamento di una parte del diritto ebraico nel contesto del diritto israeliano è dettata dall'attribuzione ai Tribunale Rabbinici della giurisdizione in materia di diritti della persona.

Più specificamente la competenza dei predetti Tribunali attiene a tutto ciò che involge il diritto di famiglia.

Tale esclusività e peculiarità ha inevitabilmente generato non poche problematiche di convivenza e compatibilità con la Corte Suprema, tanto che quest'ultima ha esteso il proprio controllo di legittimità anche ai predetti Tribunali.

Seppur le sentenze dei Tribunali rabbinici costituiscono la parte del diritto ebraico più studiata ed analizzata, il Rabbinate ha emesso la cd. *Takanot*, ovvero un complesso dispositivo volto a garantire e disciplinare il corretto funzionamento di tali organi.

La competenza rabbinica, tuttavia, non è limitata esclusivamente al campo matrimonialista atteso che le parti, se di comune accordo, possono adirne la

⁵¹ G. JACOBSON, *Apple of Gold. Constitutionalism in Israel and in the United States*, Princeton, 1993, 106; B. AKZIN, *The place of the Constitution in the modern State*, in *Israel Law Review*, 1967, 15 ss.; E. GUTMANN, *Israel: Democracy without a constitution*, in V. BOGDANOR, *Constitutions in Democratic politics*, Gower, 1988, 290 ss.; M. HOFNUNG, *The Unintended Consequences of Unplanned Constitutional Reform: Constitutional Politics in Israel*, in *American Journal of Comparative Law*, 1996, 588 ss.; A. BARAK, *The constitutionalization of the Israeli legal system as a result of the basic laws and its effect on procedural and substantive criminal law*, in *Israel Law Review*, 1997, 3 ss.

competenza in qualsivoglia tipologia di materia, rivestendo, per l'effetto, la qualifica di arbitri.

4. *Le fonti.*

Il termine ebraico *Torah*, derivante dal verbo *jarab* 'istruire, ammaestrare', esprime il senso dell'insegnamento, della guida.

Trattasi, a ben vedere, non di un complesso precettistico normativamente e giuridicamente vincolante, bensì di un insieme di istruzioni comportamentali.

Più specificamente, la *Torah* scritta, *Torah shebiktav*, è l'istruzione che D.o⁵² ha dato ad Israele sul Sinai ed è contenuta nel Pentateuco. I saggi d'Israele credevano che oltre a questa rivelazione, Mosè abbia ricevuto un'ulteriore istruzione comunicata oralmente: la *Torah* orale, *Torah shebe'alpeh*.

Pertanto, la *Torah* deve essere intesa come "istruzione di D.o" e non, come erroneamente si ritiene, 'legge'.

In un'ottica teologica non si rinvencono, infatti, quei connotati di vincolatività ed assoggettamento, quanto piuttosto gli estremi della santificazione della vita umana in virtù della volontà di D.o., un omaggio divino diretto a far sì che l'uomo possa relazionarsi nel migliore dei modi con D.o.

Ne discende che, per la tradizione ebraica, la *Torah*⁵³ potrà indicare l'istruzione umana, la scienza divina diffusa oralmente, la scienza divina redatta e stilata per iscritto, il Pentateuco.

⁵² Il nome del Divino viene trascritto come D.o al fine di segnalare l'impronunciabilità del Sacro Nome. (Es 20,7; Dt 5,1).

⁵³ La *Torah* è scritta a mano su una lunga pergamena attaccata di seguito su due aste di legno provviste di manici. I rotoli della *Torah* (o *Séfer Torah* in ebraico) sono dopo ricoperti di un tessuto in velluto (nella tradizione ashkenazita) o rinchiusi in un cofanetto con due porte (nella tradizione sefardita). In cima alle

È noto che, così come le altre grandi religioni, quali il cristianesimo e l'islam, anche l'ebraismo si contraddistingue per l'esistenza di un testo scritto che, ovviamente, presuppone, quale antecedente necessario ed imprescindibile, una tradizione orale.

Appare chiaro, quindi, che tra scritto ed orale vi sia una logica consequenziale e continua, tale da rendere l'esposizione orale talvolta più incisiva rispetto al testo, e, quindi, indissolubile: «Una volta un pagano si presentò davanti a Shammai e gli disse: “Voglio convertirmi a patto di imparare tutta la *Torah* nel tempo in cui si può stare su un piede solo”. Shammai lo mandò via spingendolo col bastone che aveva in mano. Allora si presentò a Hillel, il quale lo convertì dicendogli: “Ciò che a te non piace, non farlo al tuo prossimo! Questa è tutta la *Torah*, il resto è solo commento. Va' e studia”»⁵⁴.

Atteso che la Bibbia viene denominata dal popolo ebraico *TaNaK*, quale acronimo delle tre parti di cui ne è composta: *Torah*, *Neviim*, *Ketuvim*, da un punto di vista strutturale e metodologico la *Torah* comprende cinque libri (Pentateuco): Genesi (*bereshit*: ‘all’inizio’); Esodo (*shemòt*: ‘nomi’); Levitico (*wahiqràt*: ‘li chiamò’); Numeri (*ba-midbàr*: ‘nel deserto’); Deuteronomio (*ha-debbarim*: ‘parole’).

Il primo libro, la Genesi, racconta la storia dell'Uomo, dalla creazione alla vita di Giuseppe e il suo soggiorno in Egitto. Il secondo libro, l'Esodo descrive la schiavitù del popolo d'Israele e la sua uscita d'Egitto. Il terzo libro, il Levitico, tratta del culto. Il quarto libro, i Numeri, racconta la storia delle prove e delle

aste sono attaccati ornamenti metallici (*rimonim*) che sono circondati da una corona (*ketèr*). Ci si attacca anche la ‘mano’ (*yad*) che serve di indice per leggere il testo. La *Torah* è letta alla sinagoga il lunedì, il giovedì, lo *Shabbat*, i giorni di festa, il primo giorno del mese e i giorni di digiuno.

⁵⁴ *Shabbat* 31b.

rivolte degli Ebrei nel deserto. Il quinto libro, il Deuteronomio, riassume le leggi ebraiche e presenta le ultime raccomandazioni di Mosè che muore prima dell'ingresso degli Ebrei in Terra promessa.

Alla base della *Torah* si possono rinvenire quattro diverse fonti: Jahvista, composta in Giudea verso il IX sec. a. C., Elohista, composta in Efraim, probabilmente nell'VIII sec. a. C., Deuteronomista, risalente al regno di Giosia, ed infine la fonte Sacerdotale, legata ai nomi di Esdra e Neemia, e composta verso il 444 a.C., grazie alla quale il clero di Gerusalemme sottolineò l'autoisolamento nazionale del popolo ebraico e riconoscendo alla legge uno stretto valore normativo per la vita socio-religiosa.

La *Torah* contiene 613 *mitzvot* delle quali 248 sono עשה מצות (*mitzvot aseh*: 'comandamenti positivi, obblighi') e 365 sono תעשה לא מצות (*mitzvot lo taaseh*: 'comandamenti negativi, divieti').

Tale numerazione, secondo la tradizione rabbinica, è da considerarsi fortemente simbolica: 248 era considerato, infatti, il numero delle ossa del corpo umano e 365 sono notoriamente i giorni dell'anno (nonché i legamenti che collegano tra loro le ossa); pertanto, con le 248 singole ossa è necessario compiere le 248 azioni prescritte e che ogni giorno dell'anno occorre impegnarsi a non violare i 365 precetti negativi.

Per il rav. Avraham Hazan, D.o ha caratterizzato ogni popolo con una funzione: le funzioni del popolo ebraico sono i *mitzvah* e lo studio della *Torah*.

Considerando la Bibbia come un manuale per saper vivere, un testo che fornisce le 'istruzioni' per comportarsi come un buon ebreo, occorre comprendere da quando comincia la missione del popolo ebraico.

È il libro dell'Esodo che segna l'inizio della storia del popolo ebraico.

Più specificamente è quando il popolo ebraico, che si trovava in schiavitù nel paese d'Egitto, uscì verso la Palestina attraverso la penisola del Sinai sotto la guida di Mosè, e quando D.o trasmise a quest'ultimo la prima *mitzvàh*: santificare il mese.

D.o disse a Moshè e ad Aharon nel paese d'Egitto: «Questo mese sarà per voi l'inizio dei mesi, sarà per voi il primo mese dell'anno»⁵⁵.

La parola *chòdesh*, mese, si riferisce più precisamente alla luna nuova, e quindi il versetto è da intendere nel senso di «questa luna sarà per voi [...]».

Se ne desume, pertanto, che il mese era nelle mani del popolo ebraico il quale doveva esercitare sul tempo una sorta di controllo, a proclamazione della propria autonomia e affermazione di sé come soggetto, non più come oggetto definito da altri.

A differenza di quanto si possa generalmente credere, la Genesi, seppur costituente il primo libro del Pentateuco, parla poco di ebraismo.

Il fondamentale rilievo è rinvenibile nella circostanza che, tuttavia, è proprio grazie al libro della Genesi che si può capire da dove proviene il popolo ebraico: d'altronde se si vuol sapere dove andare è necessario sapere chi si ha alle spalle.

L'indagine esegetica dei testi sacri ed i relativi risultati sono sfociati nel *midrash*, ovvero una metodica narrativa ed illustrativa diretta ad una migliore comprensione dei precetti morali e giuridici: interpretazione ebraica della *Torah*.

Il termine *midrash* discende dal verbo ebraico *darash* ('cercare') e nel suo generico significato denota ogni tipo di ricerca⁵⁶.

⁵⁵ Esodo 12, 1-7.

Mentre in origine si soleva indicare, con tale terminologia, la ricerca in generale della volontà divina⁵⁷, solo successivamente si è fatto riferimento alla ricerca della volontà di D.o nella Scrittura⁵⁸.

Il fine del *midrash* non è, a ben vedere, quindi, la ricerca della storia del testo, bensì il senso filologico, filosofico e spirituale del testo.

Seppur priva di tutti quegli strumenti necessari ed indispensabili per un'interpretazione scientificamente orientata, la tecnica interpretativa midrashica certamente non è accessibile a chiunque atteso che, in ogni caso, vi sarà il rinvio ad annotazioni linguistiche ed a testi paralleli: trattasi, infatti, di un vero e proprio metodo esegetico, notevolmente lontano ad un'ipotetica lettura estemporanea e rabberciata della Scrittura.

Il *midrash*, sviluppatosi principalmente nelle scuole e nelle accademie rabbiniche soprattutto dell'epoca tannaitica e amoraica, oltre ad utilizzare precise regole ermeneutiche, le cui più famose erano le sette regole (*middot*) di Hillel (I secolo d.C.), le 13 di Rabbi Ishmael (II secolo d.C.) o le 32 di Rabbi Eliezer (II secolo d.C.; sono attribuite a lui), potrà assurgere a genere o forma letteraria purchè i predetti principi ermeneutici siano affiancati da due condizioni: indicazione chiara ed esplicita del testo commentato nonchè il richiamo ad altri passi biblici aventi dei legami verbali.

Tali condizioni hanno trovato la loro migliore concentrazione nei *midrashim* rabbinici la cui redazione e l'edizione avvenne però ben più tardi dell'epoca del

⁵⁶ Il verbo *dāraš* s'incontra, in relazione con lo studio dei testi sacri, per la prima volta in *Esdra*, VII, 10 («Esdra dispose il suo cuore a indagare [*li-dērosh*] la legge del Signore»); il sostantivo *midrāsh* appare per la prima volta nel libro delle 'Cronache', che fra le sue fonti cita un *Midrash ha-nābî-'Iddō*, o 'Midrāsh del profeta Iddo [Addo]' e un *Midrash sēfer ha-Mēlākīm*, o 'Midrāsh del Libro dei Re' (*II Cron.*, XIII, 22, e XXIV, 27).

⁵⁷ 2 Cr 17,4; 22,9; 30,19; Sal 119,10.

⁵⁸ Esd 7,10; Sal 111,2.

Nuovo Testamento.

Nella letteratura ebraica rabbinica si è soliti distinguere tra la *Aggadà*, avente carattere narrativo e interpretativo del testo sacro, e in particolare della *Torah*, e *Halachà* avente carattere precettistico.

Il marchio prettamente halachico lo si rinviene nella *Mishnah*⁵⁹.

La *Mishnah* è un libro di regole, messe insieme da Rabbī Yēhūdāh ha-Nāsī, patriarca, ossia magistrato supremo di tutti gli ebrei dell'impero romano, intorno all'anno 200 dell'e.v..

L'autorevolezza del suo compilatore determinò l'oblio di tutte le precedenti raccolte, tanto da diventarne il codice ufficiale della tradizione giuridica giudaica.

La *Mishnāh* di Rabbī Yēhūdāh ha-Nāsī è divisa in sei 'ordini': il primo, *Zērā'im* (Delle sementi), contiene le leggi relative all'agricoltura e all'uso dei prodotti del suolo; il secondo, *Mō'ēd* (Delle ricorrenze), quelle relative al sabato e alle feste annuali; il terzo, *Nāshīm* (Delle donne), le norme del diritto matrimoniale; il quarto, *Nēzīqīn* (Dei danni), le altre norme del diritto civile e quelle del diritto penale; il quinto, *Qōdāshīm* (Delle cose sacre), tratta dei sacrifici e degli argomenti a essi collegati; il sesto, *Tēharōt* (Delle purificazioni), tratta delle leggi di purità e d'impurità.

Ogni ordine contiene dei 'trattati', disposti in ordine decrescente di ampiezza, denominati *massakōt*, ognuno dei quali annovera le norme relative a

⁵⁹ H.L. STRACK, *Einleitung in Talmud und Midraš*, Monaco, 1921; M. MIELZINER, *Introduction to the Talmud*, New York, 1925. Per pubblicazioni posteriori v. sopra. In italiano: M. BEILINSON - D. LATTES, *Il Talmud, scelta di massime, parabole, leggende*, Torino, 1924; A. COHEN, *Il Talmud*, nella traduzione di A. Toaff, Bari, 1935.

un determinato argomento da cui prende il nome.

Con la *Mishnāb*, quale codice inteso a regolamentare la vita religiosa e giuridica del giudaismo, la cui etimologia deriva dalla radice shanah e significante ‘ripetizione, insegnamento’, ci si è interrogati cosa succedesse qualora vi fosse una diversificazione di fonti in ordine al medesimo insegnamento.

In tale ipotesi si facevo ricorso al parere della maggioranza: «Non seguirai la maggioranza nel dare del male; non ergerti in una lite per far piegare la decisione a favore della maggioranza»⁶⁰

Tale versetto, ispiratore di numerose interpretazioni, indica, tra le più accreditate, che, qualora vi fosse una divergenza di opinioni si seguirà quella della maggioranza.

Lo studio della *Mishnah*, il cui testo era considerato troppo conciso, nelle Accademie della terra d’Israele e di Babilonia produsse la *Ghemarà* (letteralmente ‘Insegnamento - Completamento’).

L’insieme della *Mishnah* e della *Ghemarà* generò il *Talmud*, affresco della vita del popolo ebraico nella terra d’Israele e in Babilonia di 15-20 secoli fa.

Esistono due redazioni del *Talmud*: il *Talmud Yerushalmi*, ovvero quello di Gerusalemme, la cui redazione stabilita da Rabbi Yohanan venne chiusa nel 350, ed il *Talmud Babil*, ovvero quello di Babilonia, nato dall’adeguamento delle due accademie babilonesi più importanti, quella di *Sura* e quella di *Pumbedita*.

La prima codificazione ufficiale del diritto tradizionale ebraico si ebbe, pertanto, con la *Mishnah* di Rabbī Yēhūdāh ha-Nāsī, verso la fine del sec. II, in seguito alla quale terminò il periodo dei dottori Tannaiti.

⁶⁰ Es. 23,2.

La predetta redazione costituì, quindi, un punto di partenza per la successiva elaborazione: i dottori succeduti a Rabbī Yēhūdāh ha-Nāsī, ovvero gli Amorei, esercitarono la propria arte esegetica ed interpretativa primariamente sulla *Mishnāh*, indagando sulle fonti e sui contenuti nonché risolvendone le reali o apparenti contraddizioni e, per l'effetto, stabilendo la norma da applicare nel caso in cui fosse sorta una controversia tra i Tannaiti.

Ne discese che con il termine *Talmud*, oltre ad assumere il significato di esplicitazione di testi giuridici, si giunse a definirne lo studio della *Mishnah* da parte degli Amorei⁶¹.

Oltre alla *Mishnah*, anche i cicli giuridici tannaitici, non contemplati dalla metodologia di Rabbī Yēhūdāh ha-Nāsī, sono stati oggetto di indagine da parte degli Amorei: al fine di illustrare un determinato paragrafo della *Mishnah*, infatti, venivano richiamate quella *halakot* che trattavano lo stesso argomento o quantomeno erano collegate.

Un ulteriore complesso di elementi non contemplati dalla *Mishnah* è costituito dai brani della *haggādāh*, non aventi carattere giuridico.

Si vuol ricordare, a tal proposito, che il contenuto della *Mishnah* è, infatti, ad eccezione del tratto di Abot, esclusivamente giuridico.

Tuttavia, l'opera dei Tannaiti non fu concentrata esclusivamente nell'ambito della *hālākāh*, cioè del diritto, bensì anche nel contesto della *haggādāh*, ovvero della dottrina sociale, politica e morale, non avente connotazione giuridica.

Tale insegnamento haggadico, seppur raccolto in misura notevolmente marginale, se non scarsa, nella *Mishnah*, fu trasmesso agli Amorei e, per

⁶¹ In Babilonia si ha anche il vocabolo equivalente aramaico *gēmārā*.

l'effetto, confluì nella redazione della loro opera finale.

Si pensi, infatti, che, seppur considerata secondaria rispetto alla parte halakica, buona parte del *Talmud* babilonese e del *Talmud* palestinese ha contenuto haggadico.

È doveroso sottolineare, in tal contesto, una rilevante e pregevole differenza tra la *Mishnah* ed i testi talmudici in ordine alla forma.

Nel primo testo si rinviene, infatti, un'arida elencazione e formalizzazione delle norme giuridiche talvolta accompagnata da limitate e concise discussioni dottrinali.

Diversamente, nel *Talmud*, sia babilonese che palestinese, la disciplina giuridica viene formalizzata in tono discorsivo e discussivo, alla stregua dei dibattiti accademici amoraici.

In particolare nel *Talmud* babilonese sono facilmente reperibili discussioni di apprezzabile acutezza logica, ma tuttavia lunghe e complicate⁶².

Un'ulteriore differenza da tenere in debita considerazione attiene alla sistematica del materiale.

Nella *Mishnah* si riviene un ordine sistematico in virtù del soggetto e solo raramente vengono adottati criteri di ordinamento quali l'identità del trasmettitore o l'analogia dell'argomento, soffermandosi, per l'effetto, su un'unica tematica.

Di converso, nei testi talmudici, si opera un collegamento argomentativo da una tematica ad un'altra, ovvero esaminando per inciso anche altri argomenti diversi da quello principale.

La tradizione orale operata dagli Amorei confluì, grazie alle accademie di

⁶² H.L. STRACK, *Einleitung*, cit.; M. MIELZINER, *Introduction*, cit., 1925.

Babilonia, nel *Talmud* babilonese⁶³ e, grazie alle accademie palestinesi, nel *Talmud* palestinese⁶⁴.

I risultati delle sopramenzionate accademie, attesa la medesima attività operativa con metodologia analoga e la stretta collaborazione, presentano delle autorevoli coincidenze in linea di principi generali ma diversificandosi esclusivamente nei particolari⁶⁵.

La redazione del *Talmud* palestinese terminò in epoca antecedente al completamento del *Talmud* babilonese in quanto, attesa l'estinzione del patriarcato verso il 425, le accademie palestinesi limitarono e moderarono di gran lunga la loro attività.

La maggioranza dei trattati che determinano il *Talmud* palestinesi appaiono essere stati redatti nell'accademia di Tiberiade, anche se il trattato di Nēzīqīn⁶⁶ pare essere pervenuto dall'accademia di Cesarea.

⁶³ Aramaico 'Talmūda dē-Bābel', ebraico 'Talmūd bablī'.

⁶⁴ Aramaico 'Talmūdā de-Ma'arbā', 'Talmūd dell'Occidente', o 'di-bēnē Ma'ārab', 'degli occidentali', o 'dē-Ereṣ Yiśrā'ēl', 'della Terra d'Israele', ebraico 'Talmūd Ereṣ Yiśrā'ēl', o, con denominazione diventata poi prevalente, 'Talmūd yē'rūshalmī', 'Talmud gerosolimitano'.

⁶⁵ H.L. STRACK, *Einleitung*, cit. 168 s. Inoltre: C. LEVIAS, *A Grammar of Babylonian Aramaic*, New York, 1930, M. SCHLESINGER, *Satzlehre der aramäischen Sprache der Babylonischen 'Talmuds'*, Lipsia, 1928.

⁶⁶ *The Talmud*, a cura di N. Solomon, 2009, V-VIII e 740 s.. Rappresenta il quarto Ordine ed esamina generalmente la legge civile e penale. Dato che era il massimo depositario di diritto 'civile', veniva chiamato semplicemente *Massekhet Neziḳin* (Trattato 'Danni'). Il ragionamento tradizionale per l'ordine dei volumi di *Neziḳin* è il seguente: l'Ordine inizia col diritto civile (i primi 3 trattati) perché è considerato la pietra angolare della giustizia all'interno dello stato ebraico. Segue il 'Sinedrio' in maniera logica, in quanto si tratta di diritto penale. Poi viene il *Makkot* perché è una continuazione della materia trattata nel 'Sinedrio' in termini di procedura penale. Poi *Shevuot*, che continua il tema generale considerato nel *Makkot*, sulla falsa testimonianza. Dopo aver delineato i punti principali del diritto civile e penale, si passa a *Eduyot* che rappresenta il tutto in un quadro strutturale halakhico. Dopo aver affrontato i 'danni' all'interno della società, la fase successiva è *Avodah Zarah*, posto successivamente per evidenziare ciò che è visto come un comportamento che contamina l'universo. *Avot* è probabilmente collocato subito dopo, per

Contrariamente, il *Talmud* babilonese, attesi i tempi di redazioni più lunghi, ebbe il pregio di essere meticolosamente e scrupolosamente perfezionato.

A parere dell'opinione maggioritaria, i trattati componenti il *Talmud* babilonese furono composti nell'Accademia di Sura, diretta e coordinata da Rabbi Ashi, consecutivamente ripredisposta da redattori successivi fino a Rabina II, ed infine revisionata dai dottori Saborei⁶⁷ i quali avrebbero colmato delle lacune attraverso chiarimenti e la definizione di norme giuridiche nei casi di disaccordo tra i precedenti dottori⁶⁸.

La stesura del *Talmud* palestinese, di estensione assai inferiore al *Talmud* babilonese, è stata resa principalmente in dialetto aramaico-giudaico di Palestina, così come il *Talmud* babilonese è stato composto di dialetto aramaico giudaico orientale parlato in Babilonia.

I successori dei Saborei, ovvero i *Gě'ōnīm* babilonesi, ebbero il compito, nella qualità di direttori delle accademie, di interpretare ed applicare il diritto talmudico.

Tale mansione comportò l'acquisizione di una notevole autorità morale, ciò comportando, da parte di tutti gli ebrei, l'adozione del sistema talmudico quale punto di riferimento sociale, culturale, morale e religioso.

contrastare la negatività delle legislazioni di *Avodab Zarab* e narrare le massime dei Saggi, la cui principale funzione era di contrastare l'idolatria. Infine *Horayot* riporta la discussione da grandi altezze ad unumile nota, quella di evidenziare il concetto che anche i Saggi e i *Battei din* possono sbagliare.

⁶⁷ Denominazione dei dottori ebrei di Babilonia del periodo intermedio fra quello degli amarei e quello dei *gě'ōnīm*. Circa l'ampiezza del periodo saboraico le opinioni sono discordanti: il suo inizio è quasi concordemente posto alla fine del sec. V (morte di Rābīnā, 499), ma sulla sua fine si disputa, non solo per la divergenza dei pareri circa l'inizio del periodo gaonatico, ma anche perché vi ha chi pensa che non si abbia una precisa coincidenza cronologica fra la scomparsa degli ultimi saborei e l'inizio del gaonato.

⁶⁸ N. BRÜLL, *Jahrbücher für jüdische Geschichte und Litteratur*, II, 23-49; J. KAPLAN, *The Redaction of the Babylonian Talmud*, New York, 1933.

I *Gě'ōnīm*, fornendo responsi e commenti su casi giuridici o su questioni di difficile interpretazione talmudica, intrapresero una serie di commenti ai testi del *Talmud* babilonese.

Stante l'assenza di un'autorità, come quella dei *Gě'ōnīm*, che ne imponesse la diffusione, il *Talmud* palestinese ha avuto meno successo, divenendo, pertanto, un sussidio allo studio del *Talmud* babilonese.

La valenza storica del *Talmud*, sia babilonese che palestinese, ha assunto, quindi, un importante peso per la tradizione sociale e religiosa ebraica, tanto da rendersi necessario il suo studio per la comprensione del Nuovo Testamento.

Al pari del popolo ebraico, anche i testi talmudici sono stati oggetto di condanne, talvolta sfociate in divieti e sequestri.

Nel 1240, in Francia, il *Talmud* venne sequestrato e bandito conseguentemente le accuse di Niccolò Donin, ebreo convertito al cristianesimo; nel 1263, su ispirazione di Pablo Christiani, il re d'Aragona impose la soppressione di diversi passi del *Talmūd*

Nel 1415, in seguito alle accuse sostenute da un altro ex-giudeo, Geronimo di Santa Fé, l'antipapa Benedetto XIII proibiva agli Ebrei lo studio del *Talmūd*.

Nel secolo XVI Giovanni Pfefferkorn, propose la proibizione, per gli Ebrei, dell'uso di qualsiasi libro ebraico che non fosse la Bibbia.

Intervenire, a salvaguardia del testo talmudico, l'umanista Giovanni Reuchlin che, grazie alla sua battaglia, indusse Leone X a far sì che venisse stampata a Venezia un'edizione completa del *Talmūd*.

Infine, nel secolo XIX, il movimento antisemitico diede luogo ad un'ampia letteratura polemica alla luce delle vecchie accuse al *Talmud*, e nel cui contesto diversi studiosi cristiani ne hanno controbattuto le accuse⁶⁹.

Il popolo ebraico è solito definire il *Talmud* come 'yam ha-talmud', "un mare, in cui è facile perdersi: uno smisurato volume in cui al centro di in ogni pagina" si rinviene una breve porzione di testo costellata di note, commenti ed opinioni, talvolta discordanti: un ipertesto ante litteram.

Tale conflittualità opinionistica è tesa alla dimostrazione che nel mondo ebraico è considerata meritevole di dignità ogni opinione, seppur minoritaria.

⁶⁹ cfr. anche: G.F. MOORE, *Christian writers on Judaism*, in *Harvard theological Review*, XIV, 1921.

CAPITOLO 2: LA BIOETICA

SOMMARIO: 1. Biodiritto. - 2. Bioetica cattolica e laica. - 3. Bioetica ebraica.

1. *Biodiritto.*

Il termine bioetica ha acquistato una crescente diffusione ed ha guadagnato uno statuto epistemologico ben delineato tanto da ricollegarlo abitualmente alle problematiche di natura etica sollevate dai progressi scientifici e tecnologici.

Erroneamente la bioetica viene considerata come l'«etica della vita», ma in realtà trattasi di quella materia che opera un nitido riferimento a quella parte dell'etica che si preoccupa di determinare i confini tra il lecito e l'illecito posti dal progresso delle conoscenze scientifiche e dagli impegni tecnologici in ambito biomedico e sociosanitario.

Di recente coniazione è, invece, il termine «biodiritto» che ha goduto di una rapida diffusione sia a livello nazionale che internazionale.

Prima di precisare che per «biodiritto», locuzione che tende ad accostarsi alla bioetica, non deve intendersi il «diritto alla vita» bensì è da recepire come un complesso di regole comportamentali e sociali da adottare nel contesto delle questioni bioetiche.

Comunemente si ritiene che il biodiritto sia l'inesorabile conseguenza ed esito della bioetica, ciò in quanto il progresso tecnico scientifico impone la necessità di una disciplina giuridica di tutte le pratiche inconsuete.

In particolare, le nuove tecniche di adulterazione e modificazione della vita umana e non umana hanno posto dei quesiti di carattere normativo sino a giungere alla conclusione che non tutto ciò che sia tecnologicamente e scientificamente possibile sia anche giuridicamente ed eticamente lecito.

A ben vedere l'evoluzione tecnoscientifica ha mostrato la possibilità di rischi che potrebbero determinare danni irreparabili per l'uomo.

Il problema che si pone, pertanto, è quello di stabilire se sia necessario o meno fissare un limite normativo al progresso tecnico-scientifico.

Tra i fautori del tecnoscientismo, che è la tesi seguita da coloro i quali ritengono che sia lecito tutto ciò che sia tecnicamente possibile, e dell'anti-tecnoscientismo, si riviene la necessità di individuare una disciplina biogiuridica che consenta di fornire delle soluzioni mediatrici a tutte quelle attività che si pongono ai confini della vita umana.

Tuttavia, la domanda sociale rimane priva di risposta esaustiva per un duplice ordine di ragione: da un lato la celerità e la vivacità del progresso tecnico scientifico si pone in maniera non sincronizzata, dall'altro l'evoluzione scientifica non trova un celere riscontro nella biolegislazione tanto da determinare vuoti normativi.

V'è da precisare che il ritardo nell'elaborazione biogiuridica è determinato anche dalla multidisciplinarietà della materia in quanto necessita della costante e continua presenza di esperti di nuove e diverse discipline.

Tuttavia, è innegabile considerare che il ritardo e la lentezza nella legiferazione di questioni determinate dal progresso scientifico sia imputabile al problematico rapporto tra bioetica e biodiritto⁷⁰.

Il predetto rapporto contrastato, che certamente non costituisce una novità, ha da sempre indotto l'uomo a valutare quali siano i reali valori per il diritto.

Tale difficoltà è oggi amplificata dal pluralismo etico caratterizzante la nostra società ove, per l'appunto, si riscontrano valori non omogeni.

In tal contesto la prospettiva più estrema appartiene a chi ritiene che «sia meglio che il diritto non intervenga mai nelle questioni bioetiche»⁷¹.

Tale teorizzazione parte dall'assunto secondo cui in ambito etico non esistano dei valori assoluti ed universali valevoli per chiunque.

Per l'effetto, viene rilasciata ampia autonomia decisionale all'individuo che stabilisce in maniera libera ed indipendente quali siano i valori da perseguire realmente.

Alla luce del pluralismo etico sopradescritto, quindi, non sarà possibile alcuna identificazione di valori comuni in quanto minerebbe la propria individualità.

Trattasi del cd. modello 'astensionista' che considera il diritto come un'intromissione che reprime ed ossessiona l'autodeterminazione del singolo.

Tale modello suggerisce la libera valutazione delle problematiche bioetiche senza l'intervento del diritto, privatizzando, quindi, le relative scelte.

⁷⁰ Per un'analisi dei modelli biogiuridici cfr. F. D'AGOSTINO, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Torino 1997; ID., *Bioetica e diritto*, in *Medicina e Morale*, 4, 1993, 675-690; L. D'AVACK, *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, Torino, 2009; F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001.

⁷¹ Cfr. L. Nielsen, *Dalla bioetica alla biolegislazione*, in *Una norma giuridica per la bioetica*, a cura di C.M. Mazzoni, Bologna, 1998, 50.

Sarà preferibile, in luogo della biogenerazione, il ricorso alla regolamentazione dei codici deontologici, alle decisioni dei comitati etici e delle comunità scientifiche.

Muovendosi dalla medesima ratio ispiratrice, si rinviene la teorizzazione del 'biodiritto neutrale' nell'ambito dell'orientamento liberale-libertario⁷².

Secondo tale impostazione il compito del diritto è quello di intervenire bioeticamente al fine di tutelare e garantire tutte quelle condizioni esteriori che permettono una concreta manifestazione della libertà.

Il fine è quello di aumentare il grado di libertà di ciascun uomo offrendogli un ampio ventaglio di scelte.

Stante le nuove richieste, determinate dalla società pluralista, sarà necessario ufficializzare ed istituzionalizzare tutte le possibili alternative cosicché ciascuno sarà libero di poter esprimere la propria valutazione.

Ne discende che il biodiritto, stante la predetta impostazione, rivestirebbe un ruolo meramente estrinseco, rilasciando all'individuo quella libertà decisionale, nei limiti del rispetto altrui, determinata dall'adozione di norme svincolate e destinate ad essere riviste⁷³.

Meritevole di disamina è, poi, la prospettiva utilitarista che, con lo scopo di ottimizzare gli interessi, pone e considera l'utile quale valore per il diritto⁷⁴.

Atteso che alla luce di tale prospettazione ogni individuo, dotato di capacità sensoriale, nutre degli interessi nel bilanciamento tra costi e benefici, la norma

⁷² T.H. ENGELHARDTJR, *Bioetica: i limiti della legislazione*, in *Biblioteca della Libertà*, 125, 1994, 85-107; U. SCARPELLI, *Etica laica*, Milano, 1998; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006; N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007.

⁷³ E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, Roma-Bari, 1999; ID., *La bioetica e i limiti del diritto*, in *Democrazia e Diritto*, 4-5, 1988, 21-41; P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Zadig-Milano, 1999.

⁷⁴ P. SINGER, *Etica pratica*, Napoli, 1989; ID., *Ripensare la vita. La vecchia morale non serve più*, Milano, 2000.

giuridica, ispirata al criterio della convivenza sociale, dovrà beneficiare la maggioranza e nel contempo danneggiarne il minimo.

Il carattere utilitaristico, pertanto, farà sì che l'utile collettivo assurga a criterio discriminante tanto da declassificare coloro i quali hanno scarse probabilità di godere una vita qualitativamente sufficiente.

Le descritte impostazioni, a ben vedere, pongono al centro l'autonomia individuale e la qualità della vita per giustificare i vuoti normativi.

Tuttavia è evidente che qualora non vi fosse una regolamentazione normativa si correrebbe il serio rischio di incorrere un'anarchia ove i fatti prevaricano sui valori, lasciando esclusivamente spazio al dominio del più forte.

L'elemento comune alle descritte teorizzazioni si rinviene nel diniego di considerare la natura umana quale espressione di un valore.

La natura umana non costituisce una giustificazione al dovere di rispetto e di tutela.

È opportuno distinguere tra essere umano quale oggetto di percezione ed essere umano quale soggetto di qualificazione giuridica ed etica: la materialità del corpo umano è cosa ben diversa dalla dignità umana.

In ossequio alla concezione orfico-platonica del corpo come tomba dell'anima e alla distinzione cartesiana tra *res extensa* e *res cogitans*, appare chiaro che la qualificazione della soggettività si realizza in base alla fase di sviluppo raggiunta dall'organismo biologico: chi non gode di autonomia non ha dignità.

Ne discende che il biodiritto potrà qualificarsi come 'diritto sulla vita' ove il diritto rappresenta lo strumento attraverso cui potrà esercitarsi la propria autonomia e la vita ne costituisce mero materiale biologico.

Il potere decisionale sarà, quindi, sempre di competenza dell'individuo e, pertanto, il diritto avrà precedenza e priorità rispetto al diritto che, a ben vedere, ne costituisce un limite.

Tuttavia, meritevole di esame è anche la posizione di chi, valutando diversamente il rapporto tra diritto e vita, ritiene che il diritto non possa essere considerato imparziale ed indifferente e, pertanto, non può essere qualificato quale semplice metodologia avulsa da qualsivoglia posizione organizzativa⁷⁵.

Il compito del diritto, infatti, consisterebbe nel diffondere e divulgare una tecnica di condotta morale ed etica valutabile al proprio interno: l'etica della giustizia.

Trattasi di una etica 'minima' che ciascun individuo dovrebbe assimilare e conquistare razionalmente a prescindere dalle influenze etiche, filosofiche e religiose che gravitano nel contesto più generale⁷⁶.

L'ideale di giustizia, quindi, si fonda sul principio di uguaglianza, ciò comportando l'innegabile riconoscimento, di cui ciascun individuo ne risulta meritevole, di una pari dignità.

La tutela dell'individuo, in quanto tale, dovrà essere garantita indipendentemente da tutti quei fattori esterni che non dovrebbero in alcun modo essere motivo di compromissione o minaccia, quali l'orientamento sessuale, le differenze economiche, sociali e culturali, l'appartenenza politica.

⁷⁵ F. D'AGOSTINO, *La dignità umana, tema bioetico*, in *Bioetiche in dialogo. La dignità della vita umana, l'autonomia degli individui*, a cura di P. Cattorini, E. D'Orazio e V. Pocar, Milano, 1999, 103 ss.; ID., *Parole di bioetica*, Torino, 2004; G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto. Saggi*, Torino, 1993; ID., *Le frontiere della vita. Etica, bioetica e diritto*, Roma, 1997; S. SEMPLICI, *Bioetica. Le domande, i conflitti, le leggi*, Brescia, 2007.

⁷⁶ E. SGRECCIA, M. CASINI, *Diritti umani e bioetica*, in *Medicina e Morale*, 1, 1991, 17-47.

Il principio di uguaglianza, pertanto, dovrebbe essere garantito all'essere umano in quanto essere umano.

La condizione che affianca l'individuo in tutta la sua esistenza, ovvero dalla fecondazione dei gameti alla morte celebrale, sarà costituita dalla dignità.

Tale virtù dovrebbe essere garantita per tutto il percorso ontologico che, a ben vedere, può subire solamente modificazioni quantitative e che, in ogni caso, non potrà essere minata da fattori esterni ed estemporanei⁷⁷.

Alla luce di ciò appare chiaro che l'elemento della dignità non può apparire indifferente per il diritto atteso il rilievo etico della natura umana.

La mancata valutazione e considerazione, infatti, implicherebbe inevitabilmente la creazione di un diritto non umanizzato o, più specificamente, contrario ai valori umani di cui, in realtà, ne costituisce il fine.

Le negative esperienze dei regimi totalitari, che per lungo tempo hanno influenzato le coscienze, devono, quindi, indurre a considerare e reputare il diritto non più come un semplice strumento sbandierato dai poteri forti.

Sarà, invece, necessario adottare la natura umana quale fine ultimo di garanzia e tutela da parte del diritto nonché a considerarla quale valore che dovrebbe indurre gli operatori del diritto a formulare giusti interventi nella regolamentazione scientifica.

La legislazione biogiuridica, influenzata e stimolata dal parametro della dignità umana, non dovrà, pertanto, incorrere nell'errore di partorire una regolamentazione giuridica imperniata sull'assolutismo e sulla faziosità.

Ciò vuol dire, invece, limitare il progresso scientifico e tecnologico al principio di razionalità affinché venga ad affermarsi un valore non contrattabile da

⁷⁷ F. D'AGOSTINO, *Dalla bioetica alla biogiuridica*, in *Nascita e morte dell'uomo. Problemi filosofici e scientifici della bioetica*, a cura di S. Biolo, Genova, 1993, 137-147.

valutarsi in disposto con le problematiche emergenti: la vita da intendersi non come mezzo speculabile bensì come fine da rispettare.

Tale prospettiva, tuttavia, non è da considerarsi quale impedimento al progresso tecnico-scientifico, ma sarà da valutarsi quale indice di una compensazione tra l'interesse scientifico e l'individuazione del bene umano fondamentale.

Ciononostante, appare chiaro, ed è evidente, che nell'epoca attuale il biodiritto è caratterizzato da un notevole disagio e imbarazzante lentezza.

Preme evidenziare che il biodiritto non è da intendersi come mera astrazione in quanto, nei riscontri pratici che costellano la nostra realtà, coinvolge gli interessi di tutta la collettività.

Attesa, quindi, l'assenza di neutralità nelle questione bioetiche, appare chiaro che il compito della bioetica sarà quello di risvegliare e nel contempo sollecitare le coscienze ormai paralizzate dai dogmatismi ormai desueti.

Indubbiamente riuscire a mediare tra le diverse istanze etiche è un compito arduo: basti pensare alle lacune e alle ambiguità che caratterizzano talune leggi bioetiche.

Ciò, infatti, comporta il rischio di un'interpretazione discrezionale ed inventiva da parte degli organi giudicanti in quanto supplenti di una regolamentazione legislativa assente.

La delicatezza delle questioni etiche, quindi, impone una regolamentazione esaustiva ed esplicita che possa indirizzare la collettività a colmare con successo le invocate istanze sociali.

Non di poco conto, inoltre, è la necessità di una biolegislazione che non si limiti ad operare esclusivamente a livello nazionale, bensì che involga anche le legislazioni degli altri paesi.

La inevitabile conseguenza, infatti, sarebbe, ed attualmente è, quella di generare una migrazione in quei paesi che consentono di realizzare ciò che nel proprio paese è vietato: il cd. ‘turismo bioetico’.

Ne discende, pertanto, il carattere urgente di una regolamentazione globale e interculturale, ricercando punti minimi di condivisione al fine garantire quel «ponte verso il futuro»⁷⁸.

2. *Bioetica cattolica e laica.*

Seppur non si rinvenga una definizione ufficiale, la ‘bioetica’ è stata descritta come la materia che, sistematicamente, analizza il contegno ed il comportamento morale ed etico dell’uomo dinanzi alla disciplina della vita e alla cultura della salute⁷⁹.

Atteso, quindi, il suo contenuto primariamente scientifico, sarà necessario, pertanto, tener conto, al fine di meglio studiarne e comprenderne il significato, dell’apporto che sono in grado di fornire le diverse tipologie di scienze⁸⁰.

⁷⁸ V.R. POTTER, *Bioetica ponte verso il futuro*, Messina, 2000.

⁷⁹ Cfr. *Encyclopedia of Bioethics*, a cura di W.T. Reich, New York, 1978, XIX. Nell’ambito della dottrina italiana, V. FROSINI, *Bioetica*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, Appendice, 2000, Roma, 209, definisce, invece, la bioetica come «connessione interdisciplinare fra i diversi apporti che ad essa provengono dalla scienza biologica e medica, dalla filosofia etica, dalla regolamentazione giuridica». Pur diverse tra loro, le ricordate definizioni sintetizzano entrambe profili essenziali della bioetica, e risultano ambedue utili al fine di individuare il suo oggetto di studio. Per una rassegna delle diverse definizioni dettate per individuare l’oggetto di studio della bioetica, cfr. A. BOMPIANI, *Bioetica nell’etica sanitaria*, in *La bioetica. Profili culturali, sociali, politici e giuridici*, a cura di G. Dalla Torre e L. Palazzani, Roma, 1997, 83 ss.; e A. DRAGO, *Etica e scienza: una fondazione comune, secondo una visione pluralista*, in *Bioetica e diritti dell’uomo*, a cura di L. Chieffi, Torino, 2000, 320 ss.

⁸⁰ Cfr. A. BOMPIANI, *Bioetica nell’etica sanitaria*, in *La bioetica*, cit., 86; e L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in *Bioetica*, cit., XI.

Ne discende che la bioetica assumerà delle peculiari connotazioni allorquando sarà il giurista ad essere impegnato ad analizzare tutte quelle problematiche che possano derivare da quei contributi scientifici utili e necessari per l'evoluzione dell'ordinamento giuridico.

Stante la delicatezza e la sensibilità della materia trattata, in tal senso si registrano diversi ed inflessibili orientamenti di pensiero che, a ben vedere, osano e rischiano di compromettere la dignità umana e la considerazione dei principi di giustizia, ciò determinando, per l'effetto, un impedimento al progresso giuridico⁸¹.

La dottrina, ed in particolare quella italiana, è concordare nel rinvenire una duplice ed alternativamente contrapposta concezione bioetica: cattolica e laica.

Nella concezione bioetica cattolica assume un ruolo preminente e di privilegio il valore della persona umana in quanto creatura divina.

Ne discende che il relativo fondamento sarà da considerarsi reperibile in una rappresentazione globale della vita e dei valori.

Di converso, la bioetica laica, astraendosi dai massimi sistemi, pone la sua attenzione ad un'indagine volta alla risoluzione di specifiche problematiche, quali, ad esempio, le condizioni di ammissibilità della fecondazione eterologa, dell'eutanasia, della legittimità dell'aborto, etc..

V'è da evidenziare, tuttavia, che anche la bioetica cattolica affronta con vigore tali tematiche, la cui ricerca ai presupposti problemi, però, deriverebbe da un'idea universale di vita e di valori già determinata.

Tale considerazione scaturirebbe dall'assunto secondo cui la qualifica e la qualità di essere umano potrebbe essere individuata nella sua massima

⁸¹ Cfr. F. D'AGOSTINO, *Temi di bioetica nella filosofia del diritto*, in *La Bioetica*, cit., 105.

espansione solamente negli uomini dotati di sensibilità e non perchè in quanto tali⁸².

Per la bioetica laica, invece, vi sarebbe una pluralità non determinata di codici etici cosicchè tenderebbe ad individuare esclusivamente il limiti del lecito del comportamento umano in un dato momento storico-sociale.

Tuttavia, la bioetica laica, seppur presentando un unico nucleo comune, presenta notevoli differenze⁸³.

È di evidente importanza sottolineare che paragonando e confrontando la bioetica laica e la bioetica cattolica, alla stregua di pianeti non capaci di comunicare e interagire reciprocamente, si rischia di generare una dualità poco fertile e fruttifera.

L'attuale realtà storica e sociale appare tesa a condannare fermamente qualsivoglia forma di inflessibile totalitarismo e, pertanto, sarà necessario ed

⁸² Mentre «la tesi centrale che accomuna gli orientamenti di pensiero contrapposti alla bioetica 'laica', condivide un assunto comune: tutti gli esseri umani sono meritevoli di rispetto e protezione, intesi nella valenza forte, a partire dal concepimento fino all'ultimo istante»: L. PALAZZANI, *Bioetiche: teorie filosofiche a confronto*, in *La bioetica*, cit., 50.

⁸³ Possono farsi degli esempi, rammentando le linee-guida di alcune delle correnti bioetiche laiche. Alla scuola del cd. utilitarismo si deve l'idea che l'obiettivo da proporsi in bioetica consista nel realizzare le condizioni perché al maggior numero di individui senzienti sia assicurata la massimizzazione del piacere e la minimizzazione delle sofferenze: cfr., ad es., P. SINGER, *Practical Ethics*, Cambridge, 1993. Alla corrente del cd. 'non cognitivismo etico' si deve l'impostazione che afferma la non conoscibilità della verità quale valore oggettivo ed in conseguenza la concezione di un'etica radicalmente soggettiva: cfr., ad es., V. SCARPELLI, *Etica senza verità*, Bologna, 1982. La scuola del cd. 'contrattualismo', poi, dato per scontato che una morale oggettiva, seppur esiste, è inconoscibile, sostiene che i valori dell'etica debbano essere individuati nell'ambito di comunità morali, che sono poi chiamate a confrontarsi tra loro per negoziare la fissazione di alcuni principi valevoli per tutti: cfr. H.T. ENGELHARDT, *The foundation of Bioethics*, New York, 1986. Una breve, ma efficace sintesi di tali impostazioni è proposta da L. PALAZZANI, *Bioetiche*, cit., 41 ss. in ordine a questioni fondamentali, e non si presta, perciò, ad essere riassunta unitariamente neppure nelle sue concezioni essenziali.

opportuno favorire ed incoraggiare il confronto di tutti quegli uomini titolari di concezioni ideali relative alle problematiche morali.

Tale confronto, a ben vedere, non costituisce mera astrazione, bensì un dato storicamente consolidato di cui il diritto ne costituisce la prova.

D'altronde, l'ordinamento giuridico democratico costituisce un insieme di regole basate sulla comune morale ed espressione della compresenza di concezioni etiche ed interessi diversi.

Tali valutazioni, inoltre, nell'ottimizzare e perfezionare il ruolo di un ordinamento giuridico unitario e destinato ad educare la convivenza di diverse ideologie esposte alla generazione di conflitti sociali⁸⁴, comportano un necessario confronto tra i giuristi e i componenti delle Assemblee legislative affinché si possa venire ad ingenerare un reciproco intendimento.

In tal senso potrà, pertanto, liberamente delimitarsi la ricerca del bene comune cosicché si potrà evitare la scissione della compagine sociale anche e soprattutto in relazione alla determinazione delle leggi aventi realmente efficacia imperativa.

A ben vedere, tale impostazione non appare tantomeno ostacolata dalla morale cristiana.

Per l'opinionem maggioritaria, infatti, più specificamente, nell'ottica della morale, il diritto assumerebbe il compito di garantire il minimo etico.

In virtù del pensiero cattolico, anche il non credente, d'altronde, sarebbe in grado di percepirlo e, per l'effetto, proteggerlo.

⁸⁴ Il «processo di frammentazione che è proprio di una società pluralista», ha comportato «il venir meno di un'etica condivisa e il frazionarsi del corpo sociale in una pluralità di tavole di valori etici, una distinta dall'altra e non di rado in reciproco conflitto», sottolinea G. DALLA TORRE, *Etica e diritto nella formazione dei moderni codici*, in *Studi in onore di Pietro Bellini*, Catanzaro, 1999, 103.

Ogni uomo è in grado di sapere distinguere il bene dal male e, seppur non abbia conosciuto la Rilevazione, è intento a perseguire il bene assicurandosi la salvezza.

Tale predisposizione, per il pensiero cattolico, è stata impressa nei cuori di ogni uomo direttamente da D.o.

Pertanto, la distinzione con gli esseri viventi non umani risiederebbe, per l'appunto, nella ricerca di quelle regole razionali, ivi comprese quelle giuridiche, che appartengono per natura ad ogni uomo⁸⁵.

Quanto esposto induce, quindi, a considerare il grado di nocività che le contrapposizioni ideologiche ingenerano nell'elaborazione di regole vevoli per tutti.

Occorre, invece, prendere le mosse dal dato incontrovertibile che quotidianamente i tecnici del diritto si trovano costretti ad affrontare delle problematiche involgenti i valori etici e le coscienze che inevitabilmente pongono dei dubbi di natura morale.

In particolare, i predetti operatori, seppur supportati dalla scienza medica, si troveranno, in ogni caso, a dover analizzare e, se del caso, assumere decisioni, in completa autonomia⁸⁶.

⁸⁵ «La questione della vita e della sua difesa e promozione non è prerogativa dei soli cristiani [...] essa appartiene ad ogni coscienza umana che aspira alla verità ed è attenta e pensosa per le sorti dell'umanità. Nella vita c'è sicuramente un valore sacro e religioso, ma in nessun modo esso interpella solo i credenti; si tratta, infatti, di un valore che ogni essere umano può cogliere alla luce della ragione e che perciò riguarda necessariamente tutti»: GIOVANNI PAOLO II, enciclica *'Evangelium vitae'*.

⁸⁶ Con specifico riferimento all'oggetto della presente analisi, L. CHIEFFI, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in *Bioetica*, cit., XXVII, sottolinea come «la stessa dinamicità delle questioni bioetiche abbia sovente costretto proprio i giudici ad intervenire per risolvere i dubbi. In taluni casi essi sono giunti pure a svolgere un'opera creativa di continuo rinnovamento del diritto, divenendo di fatto dei 'legislatori interstiziali'». Cfr. anche, in proposito,

Tuttavia, alla luce degli insegnamenti di Cristo, il compito di tutelare e garantire eticamente i diritti umani, non sarà da considerarsi una prerogativa dei giuristi bensì di ogni uomo.

Tali comportamenti che, seppur posti in essere da chiunque non possono essere imposti, inducono a considerare e a ribadire che il diritto mira a tutelare solamente il minimo etico⁸⁷.

Appare, quindi, evidente che il diritto positivo rimarrà manifestazione del potere forte e non obbligatoriamente dei più giusti⁸⁸.

Sarà, quindi, necessario che vi sia compartecipazione e complicità in ordine alla disamina di tutti quei valori fondamentali che meritano di essere tutelati dall'ordinamento giuridico, di talchè non vi sarà quel dispotismo e predominio della maggioranza che mina e pregiudica la sensibilità etica.

Il progresso positivo degli ordinamenti giuridici, anche non aventi matrice religiosa, ha indotto ed invogliato, in realtà, a considerare e tutelare l'essere umano quale valore.

Per l'effetto, il giurista si troverà costretto a scontrare la propria ideologia con quella bioetica personalista che non potrà definirla meramente cattolica⁸⁹.

i preoccupati rilievi proposti da A. PATRONI GRIFFI, *Diritti della persona e dimensione normativa nel codice di deontologia medica*, in *Bioetica*, cit., 251 ss.

⁸⁷ Cfr. L. PALAZZANI, *Bioetiche: teorie filosofiche a confronto*, in *Bioetica*, cit., 40., mentre una bioetica che ambisca ad assicurare il benessere ed il progresso dell'uomo, non può accontentarsi di un simile risultato.

⁸⁸ Cfr. N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 64.

⁸⁹ «L'aggettivo 'cattolico' è stato attribuito alla bioetica personalista dai 'laici' [...] Se la bioetica 'laica' è orgogliosa di proclamarsi tale, va ricordato che la bioetica personalista rifiuta l'etichetta di 'cattolica', 'cristiana', o 'religiosa' [...] La bioetica personalista si inserisce nel dibattito bioetico come una bioetica e un'etica anch'essa razionale, pertanto filosofica, dunque aperta a tutti coloro che condividono la consistenza e la coerenza delle argomentazioni e delle giustificazioni del personalismo filosofico», sottolinea L. PALAZZANI, *Bioetiche*, in *Bioetica*, cit., 33 e 38.

È opportuno sottolineare, infatti, che il diritto non mira più ad offrire esclusivamente una tutela risarcitoria o inibitoria nell'ipotesi in cui la parte lesa diventi incapace di produrre reddito⁹⁰.

Nell'epoca attuale il compito dell'ordinamento giuridico, quindi, è quello altresì di garantire la salvaguardia di qualsivoglia interesse personale⁹¹ da chiunque pregiudicato, anche dalla collettività.

La maggiore incombenza, pertanto, sarà quella di tutelare l'individuo quale soggetto leso nonchè di garantire protezione a chi ancora non lo è.

Tale impostazione appare non contrastata dalla morale cattolica che, in realtà, mira a valorizzare ogni individuo a cui richiede il rispetto di talune regole a prescindere dai comportamenti e dagli atteggiamenti, seppur negativi, della collettività.

D'altronde, stante l'insegnamento del Cristo⁹², la salvezza è pur sempre un trionfo meramente personale.

⁹⁰ Tale diffusa linea di tendenza trova riscontro pure nel diritto internazionale, almeno con riferimento al fondamentale diritto alla salute. «Nell'ordinamento internazionale», si è ormai consolidato il «principio secondo cui la lesione della salute può e deve essere risarcita a prescindere da qualsiasi compromissione del reddito del danneggiato»: M. ROSSETTI, *La tutela risarcitoria del diritto alla salute a livello internazionale e comunitario*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 1-2, gennaio-agosto 2000, 17 ss.

⁹¹ Naturalmente sembra opportuno sottolineare che si intende far riferimento soltanto ad una linea di tendenza, in quanto restano ancora numerosi i casi in cui la protezione assicurata dall'ordinamento giuridico proprio ai diritti personali, specie quando ne sono titolari i cd. 'soggetti deboli', rivela evidenti lacune; cfr., ad es., P. DI MARZIO, *Lacune nella tutela normativa degli interessi del figlio minore di coniugi legalmente separati*, in *Dir. Fam.*, 1999, 171 ss., ed indicazioni bibliografiche ivi riportate.

⁹² «La 'salvazione' è opera individuale, nel senso che l'opera salvifica del Messia si rivolge a singoli uomini, alla loro coscienza... la collaborazione, attraverso la fede e le opere, a tale opera salvifica riguarda la responsabilità individuale e non l'antica responsabilità collettiva di tutto Israele [...] ciò non significa che il cristianesimo porti ad una svalutazione del sociale. Il nuovo precetto dell'amore reciproco (ricordiamo la parabola del samaritano) tende, infatti, a trasformare la società in comunità»: E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1983, 84 ss..

Tuttavia, è doveroso evidenziare che, nella realtà, non tutto ciò che si può realizzare viene considerato eticamente accettabile.

Vi sono, infatti, taluni comportamenti medici che non possono essere considerati moralmente condivisibili ed accettabili.

Più specificamente, il problema che si pone attiene alla determinazione della prevalenza tra l'interesse dell'individuo e quelli della collettività.

Tale interrogativo certamente non potrà godere di una risposta generica e generale ma sarà necessaria una valutazione caso per caso.

Esistono, tuttavia, delle linee guida in ordine alla tutela del diritto alla vita e alla salute che, a ben vedere, costituiscono la disciplina di prima importanza in materia di bioetica.

L'evoluzione ordinamentale ha avuto un notevole contributo dal pensiero liberale che, sulla scorta del modello dello Stato di diritto, considerava che tale Stato potesse disporre «della libertà, del patrimonio, della vita stessa dei sudditi»⁹³.

La predetta rappresentazione, tuttavia, probabilmente anche alla luce dei terrificanti accadimenti della seconda guerra mondiale, dopo pochi decenni subì una significativa evoluzione.

Attualmente il diritto alla salute è costituzionalmente garantito dall'art. 32, da intendersi quale fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività.

Dalla mera lettura della predetta disposizione appare evidente, quindi, la prevalenza dell'individualità rispetto all'interesse della collettività: il diritto del

⁹³ V.E. ORLANDO, Prefazione a G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, a cura di G. Vitagliano, Milano, 1912, 11.

singolo non può essere immolato neppure quando ciò costituisca un interesse generale⁹⁴.

Ne discende, ad esempio, che la sperimentazione terapeutica deve essere ritenuta illegittima se praticata in modo occulto⁹⁵.

Appare chiaro che l'impegno, non solo giuridico⁹⁶, consisterà nello stabilire quali siano i limiti morali alla condotta umana.

Il punto di partenza scientifico sarà, quindi, il rispetto dell'uomo in quanto tale.

Tuttavia, ed in definitiva, affinché si possa giungere a determinare una minima distanza tra etica e diritto sarà necessaria una compartecipazione di tutte le

⁹⁴ L'impostazione risulta sostanzialmente accolta nell'ambito dell'ordinamento internazionale, anche se con una facoltà di deroga da parte degli Stati che appare piuttosto ampia, dall'art. 2 della Convenzione internazionale sui diritti dell'uomo e la biomedicina, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 19 novembre 1996, ed aperta alla firma ad Oviato il 4 aprile 1997. «In ogni caso l'interesse dell'individuo viene privilegiato rispetto agli interessi della scienza e della società». Questi ultimi «non devono essere trascurati, ma vengono in secondo piano rispetto a quelli dell'individuo [...] solo nelle situazioni previste all'art. 26 l'interesse generale può prendere il sopravvento» ha osservato, analizzando il testo del patto, C. DE SALVIA, *La Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 1-2, gennaio-agosto 2000, 102 ss. Il citato art. 26 prevede la possibilità di disporre limitazioni all'esercizio dei diritti riconosciuti dalla Convenzione, ma solo se gli atti limitativi costituiscono «misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza pubblica, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla tutela della salute pubblica, o alla protezione della libertà altrui».

⁹⁵ Ancora nell'ambito dell'ordinamento giuridico internazionale, l'art. 7 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo in Italia con legge n. 881 del 25 ottobre 1997, detta: «[...] nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico e scientifico». Per un primo approccio al problema dei requisiti ritenuti necessari perché il consenso al trattamento sanitario possa considerarsi validamente prestato, cfr. G. DALLA TORRE, *Bioetica*, Torino, 1993, 81; F. FRENI, *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso*, Milano, 2000, 97 ss. e 107 ss..

⁹⁶ «Non bisogna chiedere al diritto ciò che esso non può dare: non è possibile chiedere per suo tramite l'attivazione di una disponibilità fraterna e nemmeno di una solidarietà calda e umanizzante. Bisogna chiedergli ciò che esso sa e può dare: la garanzia delle persone contro la tracotanza altrui, anche quando questa tracotanza (ed è caso non raro) possa essere accettata da chi è destinato a divenirne vittima», F. D'AGOSTINO, *Temì*, cit., 120.

diverse ideologie senza alcuna contrapposizione⁹⁷ già a livello di analisi del mondo della morale.

Le sfide imposte dalla scienza e dalla tecnica medica impongono, a partire dagli anni '70, la nascita della bioetica, dapprima come movimento e solo successivamente come disciplina.

Il contesto storico-culturale è rappresentato dalla post-modernità ove si rinviene la centralità dell'individuo in quanto tale, l'apertura e nuove tecniche scientifiche, i dubbi etici e morali.

A ben vedere, quindi, la bioetica ha determinato il risveglio di tutte quelle coscienze ancora ancorate ai casi scolastici e, pertanto, privi di riscontro pratico-medico.

Ciò ha inevitabilmente comportato un notevole rilievo pubblico con dei risvolti non solo sul piano teorico ma anche sociale, giuridico e civile.

Le questioni etiche, pertanto, svincolate da quelle connotazioni puramente confidenziali e private, sono divenute oggetto di un interesse pubblico, tanto da giungere persino a discorrere di biopolitica.

Il rischio in cui probabilmente si incorsi è l'eccessiva attenzione dedicata al "caso particolare" senza tener conto della disciplina generale necessaria al fine di rinvenire la più giusta soluzione.

Tuttavia, a parer di logica, la bioetica rappresenta uno dei punti più delicati e discussi del rapporto tra Chiesa e post-modernità.

⁹⁷ «La perdurante contrapposizione, all'interno del dibattito dottrinale e nelle stesse Assemblee parlamentari, di una concezione laica della bioetica rispetto ad una più strettamente confessionale (legata alle posizioni espresse dal Magistero cattolico) hanno impedito fino ad ora, in molti settori della ricerca scientifica, il raggiungimento di una sintesi che, smussati gli eccessi liberistici, da un lato, e dogmatici, dall'altro, tentasse di rinvenire un giusto punto di equilibrio conforme, questa volta, al catalogo assiologico contenuto nel testo costituzionale dello Stato»: L. CHIEFFI, *Introduzione*, cit., XX.

In tal contesto la Chiesa cattolica si è assunta l'obbligo, stante la natura della materia trattata e degli interessi coinvolti, di ergersi a guida teologica e morale tanto da divenire centro di potere decisionale.

Tale assunto, oltre a determinare il rischio di un impoverimento dottrinale, rischia, in realtà, anche di definire e ingenerare un obbligo morale del credente in virtù della imposta morale cattolica.

L'antico dilemma tra ragione e fede affonda le proprie radici nella questione relativa al nesso tra bioetica filosofica e bioetica teologica.

D'altronde, sin dall'inizio i teologi hanno avuto un ruolo predominante nella nascita e nell'evoluzione della bioetica.

La posizione teologica, tuttavia, ha subito un depauperamento nel dibattito bioetico atteso l'estremo rigore, di natura religiosa, che non riconosceva e garantiva soluzioni universalmente accettabili.

A tal proposito, v'è anche chi ha ritenuto far coincidere la nascita della bioetica con la cosiddetta 'rottura epistemologica'⁹⁸ e dunque con la sua emancipazione dall'etica 'tradizionale' della 'sacralità della vita'.

Ed è proprio in virtù di tale riscatto che, oggigiorno, si oppongono tra loro la 'bioetica laica' e la 'bioetica cattolica', intese come 'qualità' o 'sacralità' della vita⁹⁹.

⁹⁸ Come sostiene, ad esempio, M. MORI, *La bioetica: che cos'è, quand'è nata, e perché. Osservazioni per un chiarimento della 'natura' della bioetica e del dibattito italiano in materia*, in *Bioetica*, 1, 1993, 115-143.

⁹⁹ La bibliografia su questo tema è molto ampia. Mi limito a ricordare, tra gli altri, AA.VV., *Teologia e bioetica laica*, a cura di L. Lorenzetti, Bologna 1994; R. MORDACCI, *L'incerta vicenda della bioetica. Saggio di interpretazione sintetica*, in AA.VV., *La bioetica. Questione civile e problemi teorici sottesi*, Milano, 1998, 21-53, in particolare 22-31; M. CHIODI, *Tra cielo e terra. La vita umana e il suo senso. Linee di interpretazione filosofica e teologica, a partire dal dibattito bioetico*, Assisi, 2002, G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano, 2005.

Sulla medesima linea, ove anche in tal caso si riscontra il controverso rapporto tra fede e religione, si pone, quindi, il dibattito tra coloro i quali spalleggiano l'indipendenza morale e coloro i quali favoriscono l'etica della fede.

Il quesito da sottoporre al credente, pertanto, sarà quello di stabilire se le peculiarità della morale cristiana siano da considerarsi intollerabili e inammissibili per i non credenti oppure se tali caratteristiche possano sfociare in una globalità antropologica.

La diatriba tra la morale autonoma e l'etica della fede ha imposto l'identificazione della globalità antropologica con la ragione umana, cosicchè si potessero venire a determinare gli ambiti di applicazione della fede e della ragione.

Tale angolazione visuale, oltre a caratterizzare la ragione illuministica, ha influenzato anche la teologia manualistica impegnata ad affermare la convergenza tra ragione e fede in risposta alla considerazione illuminista della contrapposizione.

In ambito teologico, ed in particolare teologico-morale, v'era la diffusa convinzione di considerare valida la convergenza tra i due ordini di verità attesa la medesima radice divina.

Occorre, quindi, procedere ad una rivisitazione delle classi di ragione e di fede alla luce del pensiero antropologico.

Più specificamente, sarebbe opportuno, da un lato, ridurre l'esperienza umana al razionale e, dall'altro, andare oltre la riduzione razionalistica della Rivelazione.

Ciò comporterebbe, quindi, una nuova valutazione e interpretazione della fede intesa quale forma costitutiva della coscienza umana: il bene che si pone coscienza 'morale'¹⁰⁰.

La coscienza umana rappresenta la decisione e la fede è il compimento di tale decisione.

Il rapporto tra antropologico e teologico, ovvero tra esperienza umana ed esperienza religiosa, termina, pertanto, il suo percorso con il necessario coinvolgimento dell'esperienza religiosa in quella umana in quanto implicata.

Innegabile, per l'effetto, è la ripercussione del nesso tra scienza e sapienza atteso che nella valutazione bioetica è impossibile poter prescindere dal dato scientifico.

Ciò impone, pertanto, che la riflessione bioetica sappia far suo quel rigore tipico dell'argomentazione scientifica e dei procedimenti tecnologici ampiamente verificabili nell'ambito medico e delle relazioni tra uomo e ambiente.

Il ruolo predominante del sapere scientifico è comunque da considerarsi insufficiente attesa l'impossibilità di poter dare giustificazioni in ordine agli eterni quesiti che hanno assillato l'umanità.

La metodologia applicata in campo scientifico è quella della 'spiegazione' che si differenzia, rispetto a quanto possa avvenire in ambito filosofico e teologico, dalla metodica della 'comprensione'.

La spiegazione, è evidente, implica la comprensione antropologica: «spiegare di più significa comprendere meglio»¹⁰¹.

¹⁰⁰ Cfr. M. CHIODI, *L'identità narrativa ed etica nell'ontologia ermeneutica di P. Ricoeur*, in *Teologia*, 34, 2009, 385-415.

¹⁰¹ Cfr. P. RICOEUR, *Sé come un altro*, Milano 1993, 144.

Le dottrine morali conoscono due tipi di modelli: quello teleologico, fondato sul bene, e deontologico, fondato sulla norma.

L'obiettivo dell'operatore del diritto sarà, pertanto, quello di riuscire a coniugare la norma con l'esperienza del bene, iscritta nella coscienza, evitando di correre il rischio di demonizzare la scienza e la tecnica.

3. *Bioetica ebraica.*

L'ordinamento italiano, come è noto, fonda la propria tradizione culturale, almeno formalmente, su sottili collegamenti con la religione cattolica.

Ne discende, pertanto, che, in tema di bioetica, le relative dispute finiscono con il limitarsi a mere dispute tra i fautori del pensiero cattolico e i sostenitori dell'etica laica.

Appare chiaro, quindi, che le posizioni delle altre confessioni religiose, ivi compreso l'ebraismo, finiscono con l'essere minimizzate e sminuite.

In ordine all'ebraismo tale sottovalutazione è determinata dalla presenza minoritaria in Italia, di ebrei.

Tuttavia, è doveroso evidenziare che, in virtù del millantato pluralismo, non è tollerabile e concepibile che le posizioni minoritarie, proprio perchè in quanto tali, vengano emarginate.

Se lo scopo della bioetica è, infatti, quello di tutelare la dignità umana, sarà, pertanto, necessario e moralmente doveroso comprendere che la diversità dovranno essere oggetto di valutazione affinché si possa giungere all'adozione di scelte corrette e rispettose.

La bioetica ha assunto un notevole posto di rilievo anche nel diritto ebraico, soprattutto in talune pronunce della Suprema Corte israeliana seppur non esplicitamente disciplinate dal diritto israeliano¹⁰².

La problematica ebraica che ci si pone, d'altronde come in qualsiasi diritto di tipo religioso, consiste nello stabilire se le malattie, aventi comunque una giustificazione divina, possano essere o meno guarite dall'uomo.

Tra le numerose spiegazioni omeliche delle Scritture, denominate *Midrash*, si rinviene un passo ove viene narrato che Rabbi Akivà¹⁰³, avendo incontrato un malato, gli avesse consigliato di rivolgersi ad un medico affinché guarisse.

Un contadino, che aveva assistito all'incontro, mostrò stupore dinanzi all'atteggiamento del Rabbino in quanto contrario alla volontà divina che aveva determinato la malattia dell'uomo.

A tal proposito Rabbi Akivà rispose al contadino che il malato portava con sé una zappa per coltivare la terra e, pertanto, se D.o avesse voluto, la terra avrebbe potuto produrre egualmente i suoi frutti da sola.

¹⁰² Si veda l'art. 1 della Legge (israeliana) sui Fondamenti del Diritto, 5740-1980, che stabilisce: «Quando un tribunale deve risolvere una questione giuridica che non trova risposta nella legge, o in precedenti o per analogia, deciderà in base ai principi di libertà, giustizia equità e pace del retaggio spirituale di Israele». Si veda A.M. RABELLO, *Introduzione al Diritto Ebraico. Fonti, Matrimonio e Divorzio, Bioetica*, Torino, 2002, 88 ss.; ID., *Costituzione e fonti del Diritto*, in *Il sistema*, cit., Torino, 2006, 68 ss. Cfr. per esempio la Decision of the Supreme Court of Israel in the Shefer Case, Civil Appeal 88/506, Yael Shefer v. The State of Israel 48 (1) P.D. 87-199 (1994) del Prof. Menachem Elon, Presidente deputato della Suprema Corte (in pensione), traduzione del Prof. Auerbach. Importante decisione in cui è riportato molto materiale halachico per ognuno dei problemi trattati nella Sentenza. Si consulti anche Y.M. BARILAN, *Revisiting the Problem of Jewish Bioethics: The Case of Terminal Care*, in *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 13, 2, 2003, 141 ss.

¹⁰³ Akiva ben Joseph, semplicemente noto come Rabbi Akiva (in ebraico: רַבִּי אֶקִיבָא; Lod, 40 – Tiberiade, 137), è stato un rabbino ed erudito ebreo tanna, martirizzato e ucciso dai romani. Grande autorità della tradizione ebraica ed uno dei principali contributori alla *Mishnah* e *Midrash Halakbab*. Viene citato nel *Talmud* come 'Rosh la-Chakhamim' (Capo di tutti i Saggi), ed è considerato come uno dei primi fondatori dell'Ebraismo Rabbinico. È il settimo Saggio più citato della *Mishnah*.

L'insegnamento di Rabbi Akivà induce, quindi, a riflettere circa la partecipazione dell'uomo all'opera divina della creazione e, nel contempo, a considerare l'operato del medico quale obbligo giustificato biblicamente¹⁰⁴.

Il permesso e, di converso, l'obbligo del medico di curare il malato trova la propria fonte biblica nel versetto della Bibbia *rapò ierapè* ('curare curerà')¹⁰⁵.

Tale verso opera una duplice funzione: consente al medico di assistere attivamente e, per l'effetto, di intervenire nell'opera divina nonchè di garantire il medico stesso.

Atteso, infatti, il timore dei propri errori, ci si potrebbe interrogare se, in caso di errore o omissione, il medico che provochi la morte di un paziente possa essere considerato quale omicida¹⁰⁶.

Tale interrogativo viene dipanato dal verso biblico ove, per l'appunto, viene stabilito che il compito del medico consiste nel risolvere, o se del caso alleviare, le sofferenze del malato nonchè il divieto di provocare volontariamente la morte di un individuo.

Appare chiaro, quindi, che le problematiche bioetiche più intense e vigorose attengono ai momenti storici dell'inizio e della fine della vita¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Cfr. A. LICHTENSTEIN, *Does Jewish Tradition recognize an ethic independent of 'Halakha'?* in *Contemporary Jewish Ethics*, a cura di M. Kellner, New York, 1978, 102 ss.; D. SINCLAR, *Law and Morality in Halakbic Bioethics*, in *Jewish Law Association Studies*, a cura di B. Jackson, 2, Atlanta, 1986, 143 ss.

¹⁰⁵ Esodo 21:19.

¹⁰⁶ Cfr. S. GOREN, *The Physician Responsibility for the Life of his Patient*, in *Diné Israel*, 7, 1976, 13 ss.

¹⁰⁷ Cfr. I. JAKOBOVITS, *Jewish Medical Ethics*, New York, 1959; J.D. BLEICH, *Ethico-Halakbic Considerations in the Practice of Medicine*, in *Diné Israel*, 7, 1976, 87 ss.; la rivista *Assia* (curata da M. Halperin) è dedicata interamente a problemi di *Halachab* e medicina, con importanti studi scientifici e medici; si veda anche A. STEINBERG, *Encyclopedia of Jewish Medical Ethics*, Jerusalem, 1998.

La tendenza della *Halachah* è, quindi, che «l'uomo deve volgere sempre il suo cuore e tutte le sue azioni soltanto per conoscere D.o, Benedetto Egli sia»¹⁰⁸.

Quanto esposto induce inevitabilmente a considerare che l'ebraismo fonda la propria tradizione sui testi biblici nonchè sugli insegnamenti rabbinici.

Tali tipologie di insegnamenti, biblico e rabbinico, sono posti, quindi, in una posizione di reciprocità che si sviluppa in un'incessante successione ed estensione.

Gli interrogativi etici e bioetici si pongono, quindi, in modo imprescindibile, con la preesistente tradizione avente una connotazione sacrale ed autoritativa.

Tuttavia, trattandosi di una tradizione passata e datata, e, pertanto, impossibilitata a dare adeguate risposte e motivazioni ai nuovi quesiti etici e bioetici determinati dalle nuove tecnologie, sarà evidente il ricorso alle soluzioni di tipo rabbinico.

Ma vi è di più. Stante l'assenza di un'autorità rabbinica centrale, idonea a fornire ed istituire soluzioni unitarie, si assiste ad una diversificazione di opinioni e pronunce, giustificata da differenti ragionamenti giuridici, in merito alle medesime controversie.

Tuttavia, il principio generale e di partenza su cui si fonda il pensiero bioetico ebraico risiede nella prescrizione biblica “non uccidere” che, per l'effetto, intima e pretende il rispetto della sacralità della vita umana.

Tale disposizione trova la propria giustificazione e la sua ratio in virtù della concezione della vita umana quale bene non appartenente al singolo individuo bensì di competenza divina.

¹⁰⁸ Maimonide, Mishne Torah, Hilchot Deot, 3:2.

Pertanto, anche qualora ci si trovi dinanzi ad un malato terminale o notevolmente sofferente, nessuno potrà e dovrà essere in grado di poter decidere per la propria o altrui vita.

Le perplessità che si pongono, quindi, riguardano il rischio di una relativizzazione del concetto di santità della vita umana.

D'altronde, allorquando si sminuisce il valore della vita di un uomo in procinto di morire, per l'effetto anche la vita perde la sua valenza assoluta sfociando nel relativismo¹⁰⁹.

Da qui ne discende il principio generale secondo cui è vietato accelerare la morte di un individuo agonizzante anche qualora, secondo il parere medico, non vi sia più alcuna possibilità o aspettativa di vita.

Parimenti, e alla luce delle medesime considerazioni, non potrà essere accolta la richiesta del malato di procurarsi, autonomamente o mediante l'ausilio di terzi, la morte.

Nel dissidio tra la tutela della vita e la necessità di non soffrire, pertanto, non potrà trovare privilegio e priorità la legittimazione ad esentarsi dai dolori fisici e, per l'effetto, psicologici.

Ciò non vuol dire, ed è inevitabile sottolinearlo, che la tutela del malato e l'alleviamento delle sue sofferenze siano sminuite.

Se del caso, a parere dell'opinione ebraica, sarà consentito ricorrere a farmaci antidolorifici, purchè non somministrati per accelerare il processo morte.

Tuttavia, per dovere di completezza espositiva, occorre chiarire che, attesa la possibilità data ai medici di curare, in ogni caso non sarà consentito a quest'ultimo di compiere attività illecite che possano ritardare artificialmente la morte.

¹⁰⁹ I. JAKOBOVITS, *Jewish*, cit., 152.

Se da un lato, quindi, non sarà consentito accelerare la morte, dall'altro non sarà possibile prorogare artificialmente la morte.

In altri termini potrà considerarsi lecita l'attività consistente nella rimozione di ciò che impedisce la morte ma non ciò che la accelera esplicitamente.

Convive con la principio di tutela della vita umana anche il principio di salvezza della vita umana.

Più specificamente, sarà possibile violare qualsivoglia norma per salvare una vita umana purchè, però, venga tutelata l'altra vita umana.

D'altronde, lo stesso *Talmud* afferma «il tuo sangue non è più rosso di quello di un'altra persona»¹¹⁰, con ciò volendo indicare che non può sacrificarsi una vita umana per salvarne un'altra.

Trattasi, a ben vedere, della più specifica problematica dei trapianti d'organo, ove l'organo donato è, in realtà, un organo vitale.

La giustificazione dell'esecuzione dei trapianti risiede, quindi, nella necessità di salvare una vita umana o, quantomeno di migliorarne la qualità, in ossequio al limite del rispetto della vita altrui.

Nei medesimi termini di difficoltà si pone anche, e per l'effetto, la controversa definizione del momento accertativo della morte.

In origine le autorità rabbiniche consideravano come parametro obiettivo di valutazione accertativa della morte la cessazione dell'attività cardiaca, proibendo, di conseguenza, le tecniche di trapianto, ed in particolare dell'espianto di un cuore battente in quanto considerato omicidio.

Solo grazie al progresso scientifico che ha consentito una migliore valutazione del trapianto, che l'orientamento maggioritario ha adottato quale criterio di

¹¹⁰ T.B., Sanhddrin, 74°.

definizione della morte la cessazione dell'attività cerebrale, peraltro confermato dalla pronuncia del rabbinato centrale israeliano del 1986.

V'è da precisare, tuttavia, che non tutte le autorità rabbiniche hanno condiviso tale orientamento.

Ciò, a ben vedere, costituisce espressione dell'attenzione che la tradizione ebraica pone nei confronti dello sviluppo tecnico-scientifico da far convivere, tuttavia, con la tutela dei principi su cui si fonda la tradizione ebraica.

In particolare, la ratio ispiratrice e giustificativa delle problematiche bioetiche valutate dalla tradizione ebraica, risiede nel concetto di santità della vita umana¹¹¹.

Atteso che l'uomo è stato creato ad immagine e somiglianza di D.o, ne discende che la vita sarà considerata un valore fondamentale ma non assoluto.

Invero, nel *Talmud* babilonese, ad esempio, sono contemplati dei casi in cui vige l'obbligo di farsi uccidere pur di non trasgredire a taluni divieti, quali l'idolatria, l'adulterio, l'omicidio¹¹².

Pertanto, nei casi prescritti, vigerà l'obbligo di andare in guerra e, se del caso, sacrificare la propria vita in onore di D.o¹¹³.

Per l'effetto, ci si pone il quesito se ed entro quali limiti possano essere prese in considerazione le sofferenze e i relativi mezzi solutori che potrebbero prolungare o meno la vita del sofferente¹¹⁴.

¹¹¹ Cfr. M. TENDLER - F. ROSNER, *Quality and sanctity of life in the Talmud and in the Midrash*, in *Tradition*, 28(1), 1993, 18 ss.; RABBINO S.J. SIERRA, *Il diritto alla vita*, in *Ali, Rivista di problemi spirituali sociali femminili*, 34, 1963, 7.

¹¹² Cfr. *Talmud* Babilonese, Pesachim 25b e Sanhedrin 56a; *Talmud* palestinese, *Chagbigà*, I, 76:3; *Maimonide, Sefer Hamizvot* (Libro dei Precetti), Precetto negativo 63; Rabbi Josef Caro, *Bet Josef, Even Haezher*, 178,19.

¹¹³ Cfr. A. STEINBERG, *The terminally ill: Secular and Jewish Ethical Aspects*, in *Israel Journal Med. Sci.*, 30,1, 1994, 130 ss.; ID., *The Steinberg commission for the treatment of the terminally ill patient*, in *Assia*, 69-70, 2002, 5 ss.; ID., *The Halachic basis of the proposal "Law of terminal ill"*, in *Assia*, 71-72, 2003, 25 ss.; O. NAVOT, *The concept of Sanctity of Human Life as a fundament of modern medicine in Eretz Israel*, *ibid.*, 40 ss.

A ben vedere tale problematica è sorta alla luce dell'evoluzione tecnico scientifica che ha consentito di ideare e realizzare tecniche ed attrezzature idonee a prolungare la vita umana.

In ossequio a quanto già rivelato da re Salomone «vi è un tempo per nascere, ed un tempo per morire»¹¹⁵, vi saranno, pertanto, dei casi ove sarà considerato illecito prolungare la vita del malato¹¹⁶ e, di converso, casi in cui, invece, sarà necessario e doveroso alleviare le sofferenze al fine di permettere la continuità della vita¹¹⁷.

Da quanto esposto emerge chiaramente che alla base della tradizione ebraica si rinviene il principio della santità della vita¹¹⁸, già espresso nella Bibbia in ordine al dovere di scegliere la vita.

Parimenti il predetto principio è altresì espresso in relazione all'osservanza dei precetti, ove viene esposto «e vivi in essi»¹¹⁹.

Il comandamento biblico “non uccidere”, da cui discende il principio secondo cui nessuno ha il diritto di privare un individuo della propria vita, sarà, pertanto, un valore assoluto.

¹¹⁴ Si veda M. FEINSTEIN, *Withholding therapy for a terminally ill, suffering patient*, in *Halakhah* 4, 1985, 102 s.; M. WEINBERGER, *Intense Suffering with Relation to Medical Decisions*, in *Emek Halacha*, Jerusalem, 1985, 53 ss. Il problema può essere visto anche come una forma di suicidio: si veda A. STEINBERG, *A comparative moral approach to suicide: a Jewish perspective*, in *Isr. J. Med. Sci.*, 23, 1987, 850 ss.

¹¹⁵ Ecclesiaste 3:2. Tale versetto è stato preso in considerazione anche dai *poskim* o decisorii; si veda per esempio Responsa Ziz Eliezher, 13,89; 14,80.

¹¹⁶ Si veda il *Sefer Chasidim*, paragrafo 234.

¹¹⁷ *Lehasir et hamonea*, nelle fonti ebraiche; si veda per esempio Responsa Ziz Eliezher, 14,80-81; si veda la sentenza Y. Shefer di M. ELON, paragrafo 32, che parla di ‘eutanasia passiva’; si veda anche ivi, par. 45.

¹¹⁸ Su problemi connessi a questo principio durante il periodo dell'Olocausto v. I. ROSENBAUM, *The Holocaust and the Halakha*, New York, 1976; E. BEN-ZIMRA, *Halakbic decisions relating to the sanctity of life and martyrdom in the Holocaust period*, in *Sinai*, 80, 1977, 151 ss. Si veda anche, per esempio, Responsa Jachel Israel 55; 81.

¹¹⁹ Levitico 18:5; Ezechiele 20:11,13,21 e si veda per esempio Responsa Jabia Omer, 6, Joré Deà 13.

Tale comandamento, divulgato e pubblicato prima ancora della Rivelazione sul Sinai, e quindi dall'origine della storia umana, costituisce, a parere della tradizione ebraica, uno dei sette principi imperativi per l'uomo: «Così pure chiederò conto del vostro sangue, della vostra vita; a qualsiasi animale ne chiederò conto. Chi versa il sangue dell'uomo nell'uomo, avrà il proprio sangue versato dall'uomo, poichè D.o fece l'uomo ad immagine propria»¹²⁰.

Nell'ottica della morale ebraica, tale principio non gode di alcun limite tanto che non si è in grado di stabilire se gode di più valore la vita di un adulto sano o quella di un malato terminale, se sia preferibile o meno sottoporre ad operazione un individuo al fine di consentire il prolungamento della propria vita¹²¹.

Tuttavia è inevitabile dover ammettere che le maggiori problematiche di natura morale sono sorte grazie all'evoluzione della medicina.

Se, infatti, fino a qualche decennio fa' la morte veniva attesa e patita tra le mura domestiche, oggi, invece, i malati vengono collegati ad attrezzature tecnologiche che consentono di ritardare il processo morte e, talvolta, ciononostante, con il protrarsi delle atroci sofferenze.

In ogni caso sarà doveroso e consentito, alla luce del versetto biblico «*lo taamòd al dam réécha*» ovvero «non restare inerte di fronte al rischio di vita del tuo prossimo»¹²², di un passo talmudico¹²³ e del decisore Maimonide¹²⁴, salvare una vita umana, soprattutto se morente.

¹²⁰ Genesi 9:6. Si noti che tale versetto: «chi versa il sangue dell'uomo nell'uomo» è il passo principale su cui si basa la tradizione per proibire il procurato aborto, cioè uccisione dell'uomo nell'uomo. Si veda A.M. RABELLO, *Introduzione*, cit. pp. 219 ss. Ma il versetto è interpretato anche in modo generale, come proibizione dell'omicidio.

¹²¹ Si veda M. FEINSTEIN, *Sacrificing 'chayai sha'ab' for potential life extending therapy ('chayai olam')*, in *Halacha Urefua*, 1, 1980, 131 ss.

¹²² Levitico 19:16.

Implicitamente ne discende il divieto di suicidio. Atteso, infatti, che la vita, quale bene non appartenente all'uomo, è un valore assoluto sarà, pertanto, necessario evitare di sfociare nel relativismo: «se si diminuisce il valore della vita di un uomo perchè questi sta per morire, la vita dell'uomo in generale perde il suo valore assoluto e diventa relativa»¹²⁵.

Sarà, quindi, proibito qualsivoglia atto che possa accelerare la morte nè tantomeno sarà consentito procurare la morte, anche su istanza dell'interessato, di un malato privo di speranze¹²⁶.

Il medico, quindi, non potrà adottare tecniche che possano determinare quanto sopra esposto nè consigliare al paziente la metodologia che consente di provocare la morte autonomamente¹²⁷.

¹²³ Talmud Babilonese Sanhedrin 63°.

¹²⁴ Mishne Torah Hilchot Shabbat 2:18.

¹²⁵ I. JAKOBOVITZ, *Jewish medical ethics*, Jerusalem, 1966, p. 152.

¹²⁶ Si vedano anche le osservazioni di A. STEINBERG, *Le regole della moderna etica ebraica*, in *Shalom*, 22 settembre 2006: «la Halachà obbliga la persona a salvare la propria vita, ma se essa è già malata e l'intervento non è risolutivo, quindi il paziente non tornerebbe ad una vita accettabile, allora la persona può decidere in autonomia». Sul problema dell'autonomia del paziente si veda: RABBI M. FEINSTEIN, *Coercitive treatment against a patient's will*, in *Halakha U'Refuah*, 4, 1985, 111 s.; D. SINCLAIR, *Patient's autonomy; The right to choose*, in *Le'ela*, settembre 1994, 15 ss.; Z. SCHOSTAK, *Is there patient autonomy in 'Halacha'?*, in *Assia, Jew. Med. Ethics*, 1995, 2-2, 22 ss.; D. SHATZ, *Concepts of Autonomy in Jewish Medical Ethics*, in *Jewish Law Annual*, 12, 1997, 3 ss.; A. STEINBERG, *Informed consent: Ethical and Halakbic considerations*, in *Jewish Law Annual*, 12, 1997, 137 ss.; D.B. SINCLAIR, *Patient autonomy in Modern Jewish Law*, in *Israel Yearbook on Human Rights*, 29, 2000, 35 ss.; vedi anche A. CARMI, *Informed consent*, Haifa, 2003; D. SINCLAIR (ed.), *Jewish Law Association Studies*, XV, 2005; Jewish Biomedical Law, sezione D: Coercive life-saving, Medical Therapy and Patient autonomy con l'esame del caso Yosef Kurtam v. State of Israel, con l'esame della legge israeliana Patient's Rights Law, 1996, s. 15(2) e D. SINCLAIR, *The Obligation to Heal and Patient autonomy*, in *Jewish Law*, con alcuni riferimenti comparatistici al *common law*.

¹²⁷ R. DI SEGNI, *Eutanasia e bioetica degli stadi terminali*, come riportato in <http://www.nostreradici.it/bioetica-ebraica.htm>. In linea generale si veda AA.VV., *Sanctity of Life and Human Dignity*, Dordrecht, 1996; P. ZATTI, *Valori morali e regola legale: verso una neutralità del diritto*, in C. VIAFORA, *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutanasia*, Padova, 1996; P. SINGER - H. KUHSE, *A*

CAPITOLO 3: BIOETICA E VITA

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il dovere di procreazione. - 3. La problematica del nascituro. - 4. La procreazione medicalmente assistita: analisi comparativa.- 4.1. Inseminazione artificiale uterina. - 4.2. Inseminazione artificiale omologa. - 4.3. Inseminazione artificiale eterologa. - 4.4. Fecondazione assistita extrauterina. - 4.5. L'intervento storico della Corte Costituzionale: la sentenza 9 aprile 10 giugno 2014, n. 162. - 5. La maternità surrogata. - 6. La crioconservazione degli embrioni. - 7. Il problema del diradamento degli embrioni. - 8. L'aborto. - 9. Rashi e Maimonide.

1. *Premessa.*

L'art. 29 della Costituzione italiana stabilisce che «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio» e, seppur venga definita 'naturale', questa primitiva forma societaria certamente non viene considerata e valutata alla luce delle continue evoluzioni antropologiche e sociologiche, ma rimane forzatamente ed ipocritamente ancorata a quell'idea di 'normalità' tipica della tradizione cattolica.

Appare, quindi, evidente la contraddizione insita nel dettato costituzionale ove l'elemento 'naturale', l'elemento 'matrimonio' e l'elemento 'normalità' si

Companion to Bioethics, Oxford, 1998; C. CASONATO, *Introduzione al Biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, 2006, 30 ss., 47 ss., 242 ss.

fondono e paradossalmente si confondono: l'istituto del matrimonio, infatti, non è un'istituzione 'naturale' ma convenzionale.

Il principio di sovranità statale, quindi, domina e sbaraglia il principio di sovranità familiare¹²⁸.

L'ingerenza statale nella comunità familiare, limitata nelle proprie scelte e nella propria autodeterminazione, scardinerebbe, pertanto, il carattere privilegiato di questa formazione.

Sarà solo con il matrimonio, quindi, che la famiglia, nella sua accezione storicamente datata e condita da echi cattolici, potrà godere di dignità¹²⁹.

Parimenti, il Codice Civile, nel primo libro «Delle persone e della Famiglia», non ne fornisce alcuna definizione.

L'inesistenza teorica di una definizione unitaria di famiglia nel diritto civile¹³⁰ ha indotto inizialmente a ritenerla come 'parentale', ovvero come gruppo di persone appartenenti ad una medesima discendenza, sino a giungere all'utopica, in quanto priva di riscontro normativo, concezione nucleare ove si

¹²⁸ V'è chi sostiene che l'ordinamento statale e l'ordinamento familiare godano di pari sovranità: cfr. G.B. FERRI, *Il diritto di famiglia e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 120; F. FINOCCHIARO, *Rapporti personali tra coniugi e patria potestà*, in AA.VV., *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, Napoli, 1975, 98; P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 415., E. ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale. La famiglia tra autonomia e interventi pubblici*, Bologna, 1981.

¹²⁹ M. BESSONE, *'Favor matrimonii' e regime del convivere in assenza di matrimonio*, in *Dir. fam.*, 1979, 1192, il quale rileva, altresì, che società naturale non è soltanto la famiglia fondata sul matrimonio, ma anche ogni altra modalità del convivere che diventi istituzione familiare provatamente stabile e impegnativa, luogo degli affetti e comunità di interessi dove si assicura alla prole mantenimento, istruzione ed educazione in forme più efficaci e responsabili di quante ne potrebbe garantire un adempimento dei doveri dei genitori al di fuori di qualsiasi struttura di genere familiare.

¹³⁰ R. BORSARI, *Delitti contro il matrimonio*, *Trattato di diritto di famiglia, Diritto penale della famiglia*, diretto da P. Zatti, IV, Milano, 2002, 302; P. BARCELLONA, voce *Famiglia (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 780.

rinvengono persone legate reciprocamente da un vincolo di solidarietà ed unite stabilmente¹³¹.

Nel quadro europeo¹³², uno degli strumenti posti a tutela dei diritti della persona umana, ivi compresi quelli familiari, è la la Convenzione europea sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali firmata a Roma nel 1950.

In combinato disposto con l'art. 14 della suddetta Convenzione, disciplinante il divieto di discriminazione, l'art. 8 tutela la vita privata e familiare: «Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza».

Trattasi di una duplice forma di tutela, in senso 'verticale', tra Stato e cittadini, ed in senso 'orizzontale', nelle relazioni intrafamiliari: autonomia verso i pubblici poteri e nei rapporti tra i componenti del nucleo.

Per la tradizione ebraica l'uomo e la donna sono in egual misura necessari ed indispensabile affinché si possa costituire quel nucleo denominato famiglia a mezzo dell'istituto del matrimonio.

La famiglia rappresenta il primo microcosmo in cui D.o dona la sua benedizione: «D.o li benedisse e disse loro: Siate fecondi e moltiplicatevi, riempite la terra; soggiogatela e dominate [...] su ogni essere vivente»¹³³.

Lo scopo di questa piccola unità sociale è quella di trasmettere e tutelare la tradizione ebraica, e sposarsi, così come riconosce la *Torah* ed i numerosi testi biblici¹³⁴, è *mitzvah*, comandamento.

¹³¹ F. GALGANO, *Dizionario enciclopedico del diritto*, I, Padova, 1996, 661.

¹³² S. PRADUROUX, *L'attualità del contributo della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nell'evoluzione del diritto privato italiano e francese*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 705 ss. e 707. Per uno studio sistematico della Convenzione e della giurisprudenza della Corte, di recente, S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

¹³³ Gen 1,24.

Il matrimonio, che non è considerato, così come avviene per la tradizione cristiana, come ‘sacramento’, come atto sacramentale, viene in verità valutato alla stregua dell’alleanza, *Brith*, tra D.o e il popolo di Israele: un accordo tra due individui per natura opposti.

D’altronde, il forte senso di preservazione della propria identità culturale induce la tradizione ebraica a considerare la famiglia quale genitrice di un individuo che farà parte del “popolo di D.o”.

Le contrastate e controverse tematiche inerenti la figura del nascituro e del suo diritto alla vita, anche nell’ambito dei moderni procedimenti procreativi, hanno imposto, soprattutto alla luce del panorama ebraico, un preliminare delinearsi di tutte quelle caratteristiche fondamentali della famiglia ebraica.

D’altronde, già agli albori del genere umano è stata data ad Adamo una benedizione, divenuta comando: «D.o creò l’uomo a Sua immagine; lo creò a immagine di D.o; creò maschio e femmina; D.o li benedisse e D.o stesso disse loro: “Prolificate, moltiplicatevi, empite la terra e rendetela soggetta [...]”».

La famiglia, pertanto, quale simbolo per eccellenza dello stile di vita ebraico, costituisce la prima prescrizione religiosa ad essere stata data da D.o all’uomo.

Ne discende, quindi, che la procreazione è strettamente legata al tema della famiglia in quanto ne garantisce l’esistenza e permette la continuità della vita umana.

Più specificamente, permette l’esistenza di una nuova generazione che possa ricevere e a sua volta trasmettere la tradizione ed valori ebraici. Essa ha, quindi, un intrinseco valore, in quanto mezzo che permette il rinnovamento della collettività.

¹³⁴ Es 34,16, Dt 7,3; Gio 23,12; Esdra 9,1-2 e 10,10-11, Nm 10,31.

L'ordine di "prolificare e moltiplicarsi" è ripetuto nella *Torah* due volte, dapprima ad Adamo ed Eva e poi alla famiglia di Noè¹³⁵: il senso del precetto è che il mondo «è stato creato per essere abitato»¹³⁶.

Attesa l'importanza che ha nell'ebraismo il precetto di procreare, appare evidente la necessità di dover ricercare possibili soluzioni all'incapacità della coppia ad avere figli¹³⁷.

Nel parallelismo reso con la tradizione italiana, è apparso doveroso sottolineare, pur nella diversità delle aspirazioni e delle premesse culturali, gli elementi di comunanza, ciò comportando lo scardinarsi del falso mito delle libertà intolleranti.

Ciò che è emerso è che non vi sono, così come nel nostro ordinamento, opposizioni di principio alle tecnologie mediche volte a facilitare il concepimento e a risolvere i problemi di sterilità.

La maggioranza delle autorità rabbiniche, infatti, esprime un parere favorevole per le pratiche che facilitano il concepimento qualora sia l'ovulo sia il seme maschile provengano dai due membri della coppia regolarmente sposata.

I problemi si pongono riguardo ai limiti delle metodologie mediche e allo status giuridico del figlio concepito in modo diverso da quello naturale.

Nonostante le norme della legge ebraica si applicano solo a una piccola minoranza, le implicazioni del concetto di diritto alla vita del feto determinano ripercussioni anche sulla possibilità di poter ricorrere all'aborto.

¹³⁵ Gen. 1: 28; 9: 1.

¹³⁶ Isaia 45: 18.

¹³⁷ R. DI SEGNI, *Fecondazione artificiale e bioetica ebraica*, in *La Rassegna Mensile d'Israël*, LX (1-2), (1993) 187-194 e *La clonazione alla luce dell'etica ebraica*, *ibid.*, LXIV (3), (1998) 1-20; I. JAKOBOVITZ, *Jewish Medical Ethics: A Comparative and Historical Study of the Jewish Religious Attitude to Medicine and Its Practice*, New York 1975; A.M. RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio e divorzio, bioetica*, Torino, 2002.

Il ricorso all'interruzione di gravidanza può essere limitato solamente nel caso in cui la donna faccia uso di quei metodi contraccettivi consentiti dalla legge ebraica.

Appare chiaro che, qualora, poi, la prosecuzione della gravidanza mettesse in pericolo la vita della madre, si dovrà intervenire per salvarla, atteso che, a differenza di quella della madre, la vita del feto è ancora da ritenersi dubbia.

Da ciò discende la possibilità per la donna di interpellare un'autorità rabbinica competente che deciderà caso per caso e compatibilmente con la salute psicofisica della madre.

Per mera completezza di esposizione, infine, v'è da precisare che, atteso che il procreare in modo naturale all'interno della coppia ebraicamente sposata è una *Mitzvah* positiva della *Torah*, l'ipotetica impossibilità potrà essere sopperita dal ricorso all'adozione.

Nella tradizione ebraica vige il principio etico che assimila il padre adottivo al padre naturale.

Ciò comporta inevitabilmente anche dei risvolti sul piano giuridico: nelle manifestazioni pubbliche l'adottato verrà chiamato con il nome del padre adottivo; in in documenti ufficiali, come la *Ketubah*, accanto al nome del padre adottivo potrà essere aggiunta la dizione *HaMegadel*, 'che lo fa crescere'.

In generale, quindi, l'adozione di un bambino che non ha genitori, o che è stato abbandonato dai suoi genitori è considerata una *Mitzvah*: il *Talmud*, d'altronde, afferma che colui che alleva un orfano è considerato, secondo la scrittura, come suo padre.

2. Il dovere di procreazione.

Il dovere di procreazione costituisce il primo precetto che si rinviene nel primo libro della Bibbia.

All'inizio della Genesi, infatti, viene statuito: «D.o creò l'uomo a Sua immagine; lo creò a immagine di D.o; creò maschio e femmina; D.o li benedisse e D.o stesso disse loro: “Prolificate, moltiplicatevi, empite la terra e rendetela soggetta [...]”»¹³⁸.

La problematica relativa alla determinazione dei destinatari di tale comando imperativo, e non di mera benedizione, è stata vagliata nel Midrash Bereshit Rabbà: «R. Eleazar disse a nome di R. José ben Zimrà: “Assoggetatela” - sta scritto -. L'uomo è obbligato alla riproduzione, ma non la donna. R. Johanan ben Beroqa disse: Sia l'uomo, sia la donna, perchè per ambedue è detto: “E li benedisse D.o e disse: crescete e moltiplicatevi”»¹³⁹.

Appare chiaro che D.o opera un invito direttamente all'uomo, concedendogli il potere riproduttivo nonchè la coscienza di tale potere.

Al fine di meglio comprendere il contenuto precettistico è necessario esaminare un passo del Shemot (Exodus) Rabbà ove il *Midrash* prende spunto da due versetti biblici dell'Esodo, all'inizio quindi della formazione del popolo ebraico come popolo. «E ordinò Faraone a tutto il suo popolo: Ogni maschio neonato (ebreo) gettatelo nel Nilo ed ogni femmina sia lasciata vivere¹⁴⁰ [...] E un uomo della famiglia di Levi sposò una ragazza della stessa tribù»¹⁴¹.

¹³⁸ Gen. 1: 27-28.

¹³⁹ *Commento alla Genesi Bereshit Rabba*, a cura di A. Ravenna e T. Federici, Torino, 1978, VIII, 13, p. 77.

¹⁴⁰ Es. 1: 22.

¹⁴¹ Es. 2: 1.

Tali versetti, costituenti rispettivamente l'ultimo versetto del primo capitolo ed il primo versetto del secondo capitolo, a parere del *Midrash*, sono posti in relazione diretta.

L'interpretazione dei *Midrash* risiede nell'assunto secondo cui Amrà, il futuro padre di Mosè, dopo la nascita dei futuri fratelli di quest'ultimo, avesse divorziato da sua moglie in quanto, alla luce del decreto del Faraone, voleva evitare di avere altri figli affinché non venissero gettati nel Nilo.

In tal contesto intervenne la figlia Miriam che criticò aspramente la scelta paterna in quanto, seppur il Faraone avesse decretato la morte per i soli figli maschi, tale atteggiamento avrebbe determinato la mancata nascita sia per i futuri maschi sia per le femmine.

Ne discese che Amram risposò la sua ex-moglie e da questa rinnovata unione nacque appunto Mosè.

Tale testo che, a ben vedere non assume alcuna valenza giuridica, diviene, tuttavia, fonte di ispirazione atteso il rilievo poste in essere dal *Midrash* allorquando, attraverso le parole di Miriam, si pone in evidenza il rapporto intercorrente tra la volontaria astensione dal dovere di procreare e quella dell'infanticidio.

Occorre, inoltre, evidenziare che i decisori, cd. *posequim*, hanno assunto il rapporto tra il dovere di procreare e la proibizione dell'aborto quale fonte ispirativa.

Se da un lato incombe sull'uomo il dovere di procreare, nel contempo vi sarà il dovere di evitare di compiere atti interruttivi della vita dell'embrione o del feto.

A conforto di ciò il libro dello *Zhoar* esplicita il merito della redenzione riconosciuto ai figli di Israele in Egitto che, nonostante l'ordine del Faraone di gettare nel Nilo tutti i figli maschi, non consentirono l'aborto delle mogli.

Le fonti rabbiniche riportano la compartecipazione di tre entità nella creazione dell'uomo: D.o, il padre e la madre, ove D.o fornire lo spirito e l'anima¹⁴².

A tal proposito nel *Talmud*¹⁴³ e nel *Midrash*¹⁴⁴ si rinviene una diatriba fra Rabbi Jehudà il patriarca, il redattore della *Mishnà*, e l'imperatore Antonino¹⁴⁵: «Antoninus ha chiesto a Rabbi: da quando viene introdotta l'anima nell'uomo, dall'ora del concepimento¹⁴⁶ o dall'ora della formazione (dell'embrione)¹⁴⁷. Gli rispose: dall'ora della formazione. Gli disse (Antoninus a Rabbi): “È mai possibile che un pezzo di carne stia tre giorni senza sale, senza andare a male?”¹⁴⁸ Certo deve essere dall'ora del concepimento (lett. ‘la visitazione’)”. Ha detto Rabbi: “Questo mi ha insegnato Antoninus e vi è un passo biblico che lo

¹⁴² T.B., Niddà 31 a; T.J., Kilaim, 8: 4. Può forse essere interessante notare che proprio riferendosi a questi passi, un parlamentare israeliano ortodosso faceva presente che la moderna legislazione israeliana che esclude anche il padre dalla decisione sull'aborto, viene praticamente ad escludere due dei tre compartecipi alla creazione dell'uomo, lasciando praticamente la decisione soltanto la donna.

¹⁴³ T.B., Sanhedrin 91a.

¹⁴⁴ Bereshit (Genesi) Rabbà; cfr. I. JACOBOWITS, *Jewish*, cit., 182 ss.

¹⁴⁵ La cosa viene discussa dagli studiosi, ma non ha importanza diretta per il problema che stiamo esaminando: sembra certo, comunque, che debba trattarsi di un imperatore che si interessava di problemi filosofici.

¹⁴⁶ Pekidà, letteralmente la visitazione cioè quando il seme dell'uomo viene ricevuto dalla donna. Si confronti, in *Diritto romano*, V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, 1960, 47: «Il diritto classico ha riguardo al concepimento quando si tratti di stabilire lo status di un figlio nato da giuste nozze o la posizione ereditaria del figlio in confronto al padre [...]»; nel testo l'Arangio Ruiz concilia «la regola che richiede la nascita dell'uomo perché si abbia un soggetto di diritto» con l'affermazione che «qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse» (D. 1.5.26), affermazione che la tradizione scientifica ha tradotto nella massima ‘*conceptus pro iam nato habetur*’ osservando che «le due espressioni sono approssimative: al feto non ancora nato non appartengono mai diritti ed obblighi, ne' altri può pretendere di acquistare diritti per il tramite di un essere che visse soltanto una vita intrauterina. Vero è soltanto [...] che al concepito vengono riservati, specialmente in tema di successione, diritti che si fisseranno in lui quando nasca [...]».

¹⁴⁷ *Iezirà* quando cioè incomincia a riconoscersi una certa forma umana, circa 40 giorni dopo l'inizio della gravidanza (oppure dall'ora della nascita, secondo la versione del *Midrash*).

¹⁴⁸ Letteralmente: ‘avere cattivo odore’, cioè non è possibile che l'embrione stia 40 giorni senza anima, così come vediamo alla fine della vita umana, quando uscita l'anima, il corpo è maleodorante!

conferma, come è detto¹⁴⁹ *Mi hai donato vita e mi hai usato misericordia, e la tua visita¹⁵⁰zione conservò il mio spirito*».

Occorre tener presente che già nel *Talmud* si rinvengono divergenze di opinione.

Pertanto, ciò che non è esplicitamente chiarito nel *Talmud*, trova una diversificazione dottrinale nelle autorità rabbiniche successive.

Ciascun caso verrà, quindi, valutato e deciso secondo le linee che verranno valutate dal decisore.

3. *La problematica del nascituro.*

La tematica del nascituro, e delle relative problematiche sottese, impone, alla luce della tradizione ebraica¹⁵¹, dei chiarimenti di carattere sistematico-metodologico.

Attesa la divulgazione di espressioni quali ‘diritti dell’uomo’, ‘diritti del nascituro’, ecc., anche i tecnici del diritto ebraico si sono trovati costretti ad adottare il medesimo lessico al fine di raggiungere taluni fini ed una migliore comprensione.

¹⁴⁹ Libro di Giobbe, 10: 12.

¹⁵⁰ *Pekudatchà*, cioè ‘lo spirito esiste in me dal momento in cui Tu mi hai visitato’, essendo quindi il concepimento opera divina. Osserva G. LEVI: «Rabbi ha ceduto al parere di Antoninus, ma inserendo il pensiero di Antoninus all’interno del pensiero della Torà, che lui ammette di non aver capito», in *Il Talmud, in Torà e filosofia. Percorsi del pensiero ebraico*, a cura di D. Di Cesare e M. Morselli, Firenze, 1993, 34. È da notare che questa è la posizione sostenuta dalla scuola pitagorica e che è stata sostenuta anche da Tertulliano e da Gregorio di Nissa, nel IV secolo.

¹⁵¹ Si veda E.G. ELINSON, *L’embrione nella ‘Halachà’*, in *Sinai*, 66, 1970, 19 ss.; A. STEINBERG, *Fetus (‘ubar’)*, in *Encyclopedia of Jewish Medical Ethics*, 5, Jerusalem, 1996, 91 ss.

V'è da precisare che il diritto ebraico non esamina e sviscera le problematiche nella prospettiva dei diritti.

Invero il diritto ebraico focalizza la propria attenzione verso i doveri imposti all'uomo nei confronti di D.o.

A conforto di ciò basti pensare, ad esempio, alla Bibbia che non discorre del diritto genitoriale di essere onorato dal proprio figlio o del diritto del prossimo al nostro amore, bensì di dovere di onorare il padre e la madre e di dovere di amare il nostro prossimo come noi stessi ¹⁵².

Parimenti per l'embrione non si rinverrà un esplicito riferimento testuale ai diritti di quest'ultimo bensì ciò che sarà consentito o meno fare verso l'embrione o il feto (cd. *ubàr*).

È doveroso evidenziare, inoltre, che l'analisi delle problematiche vengono rese, per la tradizione ebraica, secondo un angolo di visualizzazione diverso rispetto a quello di un giurista avente cultura occidentale.

Basti pensare al divieto, esplicitato nella Bibbia ed ampiamente commentato nel *Talmud*, di compiere qualsivoglia attività lavorativa nel giorno di Sabato ¹⁵³.

A ben vedere è proprio il testo biblico che chiarisce che D.o ha fornito all'uomo i precetti affinché «viva in essi» ¹⁵⁴, e, pertanto, a parere dei Maestri per un ebreo sarà consentito, al fine di salvare una vita umana, violare i precetti statuiti nella *Torah*, ad eccezione di tre precetti, ovvero il divieto di idolatria, di omicidio, e di adulterio ed incesto.

¹⁵² Lev. 19:18. Sull'interpretazione di questo verso biblico si veda A.M. RABELLO, *L'interpretazione del 'Talmud babilonese e del 'Talmud di 'Eres Yisrael: il 'Midrash halakab'*, in *La lettura ebraica delle Scritture*, a cura di S.J. Sierra, Bologna, 1995, 111 ss.

¹⁵³ Si veda il quarto comandamento, Es. 20: 8-11.

¹⁵⁴ Lev. 18: 5.

Qualora, quindi, un individuo versi in pericolo di morte o rischia di violare uno dei predetti tre precetti, incomberà su quest'ultimo l'obbligo di offrire la propria vita onde evitare di trasgredire il divieto divino¹⁵⁵.

La problematica che si pone riguarda l'ipotesi di una donna incinta e l'atteggiamento da adottare in caso di pericolo.

L'interrogativo, ad esempio, è quello di stabilire se sia consentito trasgredire il sabato al fine di salvare la donna o l'embrione, seppur tale trasgressione potrebbe provocare persino la pena di morte.

Secondo la *Halachà*, la soluzione non può essere determinata dalla coscienza individuale, con ciò rimettendo, per l'effetto, la stessa ad un obbligo di agire.

Le autorità rabbiniche, infatti, ritengono lecito ed obbligatorio salvare la vita di una donna incinta nonché del feto o dell'embrione anche se di sabato.

Quest'ultimo, allorché sarà nato e giunto all'età in cui bisogna osservare i precetti, avrà il dovere osservare lui stesso molti sabati¹⁵⁶.

Nel *Talmud* si rinviene l'opinione di Rav Nachman, a nome di Shemuel, secondo cui nel caso di «una donna partoriente che muore di *Shabbat*, si porta il coltello¹⁵⁷, si taglia il ventre¹⁵⁸ e si fa uscire il bimbo»¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Per lo stesso principio una persona ha il dovere di 'santificare il Nome divino' anche a prezzo della propria vita quando si tratta di un periodo di persecuzioni a causa religiosa: in tal caso anche il benché minimo precetto biblico richiede di non essere trasgredito, anche a costo della vita. Si veda To. Shabbat 15:17 (ed. S. LIEBERMAN, p. 75); T.B. Jomà, 85a-b; Sanhedrin 74a; si veda A.M. RABELLO, *Sui rapporti fra Diocleziano e gli Ebrei*, in *Atti dell' Accademia Romanistica Costantiniana*, Perugia, 1976, 157 ss.

¹⁵⁶ Si veda per esempio l'opinione del Bahal Halachot Ghedolot e, di recente, quella del Rav Ch. Ozer Grodzensky, Responsa Achiezer, Even Haezer, 23 e di RAV OVADIA JOSEF, *Abortion according to Halachà*, in *Assia*, 1, 78 ss. e 80 ss.

¹⁵⁷ Azione questa proibita normalmente nel giorno di sabato e permessa qui soltanto per salvare l'embrione.

¹⁵⁸ Della madre onde poter estrarre l'embrione e farlo nascere.

¹⁵⁹ T.B. Arachim 7a-b; si tenga tuttavia presente che secondo alcuni ci troviamo in questo caso come davanti a un bimbo «che si trova in una scatola» (Tosafot

Tale versetto induce, quindi, a considerare tale metologia come permissiva circa la violazione del precetto di non profanare il Sabato al fine di salvare la vita del feto.

La consentita trasgressione del sabato per poter salvare l'embrione o il feto induce, quindi, l'ebreo medio a far sì che venga attribuita una notevole importanza e valenza per la sua formazione culturale nonchè a comprendere il valore che assume l'embrione per la *Torah*.

A medesime considerazioni e conclusioni si giunge nell'ipotesi del giorno del digiuno di *Kippùr*, il più santo giorno del lunario ebraico¹⁶⁰.

Qualora, infatti, dovessero sorgere pericoli o complicazioni per l'*ubàr*, sarà dovere ed obbligo per la madre di bere e mangiare tutto ciò che si renda necessario per la tutela della salute e della vita del concepito¹⁶¹, anche se ciò implica la trasgressione del giorno del digiuno di *Kippùr*.

L'importanza dell'*ubàr* per la tradizione ebraica la si desume, pertanto, dalla valenza che assumono il Sabato ed il *Kippùr* per l'ebreo tanto da consentirne la trasgressione.

L'ampia visuale della problematica, a ben vedere, può e deve essere valutata alla stregua delle fonti del diritto ebraico.

Seppur, in realtà, si tratta di fonti di stampo millenario e, pertanto, impossibilitate a fornire espliciti chiarimenti in ordine alle problematiche attuali

a Niddà, 44a), oppure «ad una persona viva davanti alla quale si è chiusa la porta» (Ramban, *Torat haadam*).

¹⁶⁰ Num. 29: 7-11.

¹⁶¹ Si confronti il testo della M. Jomà 8: 5: «Se una donna incinta sente odore (di cibo, e le viene da ciò il desiderio di mangiare), le si può dar da mangiare (nel giorno del digiuno di *Kippur*) finché ha soddisfatto il suo desiderio». Rashi spiega che se la madre non mangiasse, sia lei, sia il feto sarebbero in pericolo. Si veda la discussione su questa problematica in Z.C. RUDMAN, *Fetal Rights and Maternal Obligations*, in *The Journal of Halacha and Contemporary Society*, XII, 1987, 113 ss., in particolare 118 ss.

sorte conseguentemente il progresso tecnico scientifico, sarà tuttavia possibile ricavarne principi di ordine generale.

V'è da precisare, inoltre, che costituendo il diritto ebraico un sistema giuridico, assumerà notevole peso quanto deciso dalle autorità rabbiniche e, di converso, un'irrisoria valenza assumerà quanto opinato da scrittori e filosofi.

Vertendosi, nel caso di specie, in contesti scientifici, appare chiaro che, al di là delle fonti tradizionali, avranno un peso incidente le opinioni dei medici.

Solo quest'ultimi, infatti, potranno scientificamente giustificare e valutare determinate tecniche e scelte, cosicchè, per l'effetto, potranno essere adottate delle decisioni secondo la *Halachà*¹⁶².

Un ulteriore dato che, alla luce della giurisprudenza rabbinica, può apparire in controtendenza, lo si desume dalla circostanza che, fino a quando l'aborto non veniva ancora considerato una pratica illecita, a parere di taluni decisori tale scelta veniva considerata consentita e lecita qualora il parto avesse messo in pericolo la vita della donna.

Tuttavia, stante l'eccessivo permissivismo e la poca rilevanza riconosciuta al principio generale della santità della vita, negli ultimi decenni la tendenza è mutata tanto da arrivare a considerare l'aborto quale omicidio.

In connessione a tale problematica si aggiunge quella relativa alla sfiducia che può essere nutrita nei confronti di un medico che, al sol fine di consentire la pratica dell'aborto, faccia presumere un pericolo per la vita della donna.

Pertanto, al fine di evitare antipatici equivoci ed ingiustificate decisioni, talune autorità rabbiniche hanno reso necessario l'opinione di un medico di fiducia o,

¹⁶² Talvolta proprio i progressi della medicina impongono di essere più rigorosi; per esempio il Rav Sh. Zh. Auerbach ha stabilito che oggi, in cui è possibile curare la depressione *post partum*, non sarà più possibile permettere l'aborto nel caso in cui si teme la depressione della madre dopo il parto; *Assia*, 59-60, 1997, 12.

in alternativa, il parere di due medici che non abbiano avuto alcun contatto tra di loro.

La figura del nascituro è stata, inoltre, oggetto anche di taluni studi biblici e rabbinici.

Tali passi, in realtà, operano un chiaro riferimenti all'elezione divina prima ancora della nascita, come nel caso del Profeta Geremia¹⁶³: «La parola del Sign.re mi fu rivolta in questi termini: Quando ancora non ti avevo formato nel ventre (di tua madre), Io ti avevo conosciuto; prima ancora che tu uscissi dal suo utero, ti avevo consacrato e costituito profeta alle genti». Nel *Midrash* ai Salmi¹⁶⁴ tale verso viene usato in riferimento a Giacobbe; nel ventre di Rebecca¹⁶⁵ i due figli Esaù e Giacobbe si muovevamo continuamente; il *Midrash* dà la spiegazione che mentre Rebecca passava dinnanzi a templi idolatrici Esaù desiderava uscire dal ventre di sua madre, mentre quando Rebecca passava dinanzi alla scuola di Sem, in cui si studiava *Torah*, era Giacobbe a desiderare di uscire, come è detto: «Quando ancora non ti avevo formato nel ventre (di tua madre), Io ti avevo conosciuto».

Ciò, a ben vedere, opera un chiaro riferimento al comportamento divino verso Israele, servo del Sign.re: «Il Sign.re fin dall'alvo materno mi ha chiamato, dal ventre di mia madre ha fatto ricordare il mio nome [...] Ed ora ha parlato il Sign.re che mi ha formato sin dall'alvo come Suo servitore, per ricondurre Giacobbe a sè, Israele presso di Lui sarà raccolto [...]»¹⁶⁶.

Figura di notevole rilievo è quella mostrata da Re David, da cui il Messia è disceso, tanto che veniva idolatrato ancor prima di nascere: «Ha detto Rabbi

¹⁶³ Geremia 1: 4-5.

¹⁶⁴ Midrash Tehilim 58: 2.

¹⁶⁵ Gen. 25:22.

¹⁶⁶ Isaia, 4: 2 e 5.

Jochanan a nome di Rabbi Shimon Bar Jochai: “Il versetto seguente” ha aperto la bocca con saggezza, ed ha sulla sua lingua una Torah di grazia»¹⁶⁷ è stato pronunciato da Salomone, come se dovesse essere riferito a suo padre David, che ha cantato a D.o nei cinque mondi in cui ha risieduto. Già nel ventre di sua madre, ha cantato una cantica, come è detto: Benedici, o anima mia, il Sign.re, e voi tutte le mie viscere, il Suo santo nome¹⁶⁸. Venendo al mondo, vide [...]»¹⁶⁹.

Per la tradizione talmudica, inoltre, il feto percepisce ed apprende, nel ventre materno, tutta la *Torah* e, al momento della nascita, verrà colpito sulla bocca da un angelo che gli farà dimenticare quanto appreso, fino a quando non tornerà a studiare in questo mondo.

I predetti passi, aventi grande valore educativo, non possono però godere di valore giuridico: le soluzioni ai problemi pratici, infatti, dovranno essere stabilite secondo la *Halachà*.

V'è da precisare che le fonti sono in grado, in ogni caso, di fornire delucidazioni in ordine alla figura dell'*ubàr*¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Proverbi 21: 26.

¹⁶⁸ Salmi 103:1.

¹⁶⁹ T.B. Berachot 10a. Tale passo talmudico è riportato come spiegazione del versetto, da Rashì nel suo commento al Salmo. Confronta anche il Salmo 139:13: «Invero Tu hai creato le mie reni, mi hai intessuto nel ventre di mia madre»; vv. 15 e 16: «La mia persona non si nasconde a Te; la mia persona che è stata creata in luogo nascosto, è stata intessuta in luogo misterioso come le profondità della terra. I Tuoi occhi hanno visto l'embrione da cui sono stato formato, erano registrati nel Tuo libro tutti i giorni in cui sarebbero stati creati uomini, ed uno di questi apparteneva al mio embrione» (trad. M.E. Artom). Commenta Rashì, *in loco*, che il Santo e Benedetto ha visto tutti gli embrioni al momento della nascita del primo uomo, Adamo [...].

¹⁷⁰ I. LEIBOWITZ, voce *Embriologia*, in *Enc. Hebraica*, I; B. BRODY, *Abortion and the Sanctity of Human Life: A Philosophical View*, 1975 e la recensione di S. CARMY in *Tradition*, 16, 1977, 126 ss.; D.M. FELDMAN, *Marital relations, Birth Control and Abortion in Jewish Law*, New York, 1978.

Con tale termine si indica sia l'embrione e sia il feto, e più specificamente, si riferisce a chi si trova nel ventre materno, fino a che non spunti la testa¹⁷¹.

Seppur vi siano opinioni discordanti relativamente alla considerazione del nascituro concepito come *adam*, ovvero 'uomo', v'è concordia, però, nel considerare tale figura quale *adàm baadàm*, cioè 'uomo nell'uomo', rinvenibile all'inizio del libro della Genesi¹⁷².

V'è anche chi sostiene che con il termine *ben*, ovvero 'figlio', si possa far riferimento al nascituro concepito, e ciò in virtù del versetto di cui Gen. 25:22, riferito ai gemelli nel ventre di Rebecca: «I figli si urtavano nel ventre [...] Il periodo della gravidanza si compì ed essa aveva nel ventre due gemelli».

Infine, in ordine al termine *nefesh*, ovvero 'persona', per l'opinione maggioritaria l'*ubàr* non è considerato *nefesh*¹⁷³.

Ma v'è anche chi considera l'*ubàr* come *safek nefesh* (persona in dubbio) e chi, infine, attribuisce la qualifica di *nefesh* solo per quanto riguarda il divieto di aborto (letteralmente 'togliere l'anima' - *netilat neshamà*).

Tali divergenze sono, a ben vedere, sintomatiche delle discordanze di pensiero tra i seguaci dell'opinione di Rashì, da un lato, e quelli dell'opinione del Maimonide, dall'altro.

Ma anzi v'è da far rilevare che a parere di taluni decisori, sostenitori della posizione di Rashì, seppur riconoscendo prestigio alla dottrina del Maimonide,

¹⁷¹ T.B. Sanhedrin 72b; Sh.A., Ch. M. 425: 2.

¹⁷² Gen. 9:6. Cfr. T.B. Sanhedrin, 57b. Cfr. A. STEINBERG, voce *Embryo*, cit., pp. 115 ss. Si tenga comunque presente che i versi della Genesi sono interpretati anche in un altro modo e cioè: «Chi versa il sangue dell'uomo, avrà il proprio sangue versato dall'uomo [...]».

¹⁷³ Così Rashì in T.B. Sanhedrin 72b.

hanno ritenuto che lo stesso Maimonide avesse opinioni differenti rispetto a quelle che gli vengono attribuite dai suoi seguaci¹⁷⁴.

4. *La procreazione medicalmente assistita: analisi comparativa.*

Il matrimonio, come già anticipato, costituisce, oltre ad un obbligo prescritto dalla legge divina, anche il principale fine della procreazione stessa: «D.o creò l'uomo a sua immagine, lo creò ad immagine di D.o, creò maschio e femmina. D.o li benedisse e disse loro: prolificate e moltiplicatevi e riempite la terra e assoggettatela»¹⁷⁵.

Il primo precetto che viene comandato da D.o è la procreazione.

¹⁷⁴ Per quanto riguarda il Diritto romano cfr. E. VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Roma, 1961, 47 s.: «Alle applicazioni pratiche da parte dei giuristi sembra richiamarsi l'affermazione (forse aggiunta o per lo meno frutto di rimaneggiamenti dei compilatori giustiniane) che si legge in un passo attribuito a Giuliano, Digesto 1.5.26: *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*, passo che non si accorda con altri di Papiniano e di Ulpiano (D. 35.2.9.1; 25.4.1.1) secondo i quali il feto *nondum editus homo non recte fuisse dicitur* e deve considerarsi *mulieris portio vel viscerum*. Dai passi della compilazione e soprattutto dalla C. 5.27.11 di Giustiniano i giuristi medioevali hanno foggato il celebre principio: *conceptus pro iam nato habetur*, che cioè il concepito si considera per finzione giuridica già nato, principio che non corrisponde certo al concetto romano». Cfr. anche M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, 74 s.: «Ai fini dell'esistenza di una persona fisica [...] rileva esclusivamente il fatto della nascita: sebbene fisiologicamente necessario, il periodo della gravidanza non ha, sotto questo aspetto, importanza per il diritto». Facendo riferimento a D. 1.5.26 osserva Talamanca che Giuliano fa applicazione della massima «soltanto al caso discusso, quello delle aspettative ereditarie. Dal punto di vista giuridico, non altro vuol significare la massima *conceptus pro iam nato habetur*, elaborata sulla base di questo passo e di altri simili dai giuristi medioevali, i quali erano ovviamente sensibili anche al modo in cui il problema era sentito sulla base dell'ideologia cristiana». Sul problema si veda anche B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 11 ss.; P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino, 1990, 169 ss.; ID., *Vigenza dei principi del diritto romano riguardo ai «diritti dei nascituri»*, in *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro*, a cura di A. Tarantino, Milano, 1996, 131 ss.

¹⁷⁵ Gen. 1, 28.

L'ordine di "prolificare e moltiplicarsi" è ripetuto nella *Torah* per ben due volte, dapprima ad Adamo ed Eva e poi alla famiglia di Noè¹⁷⁶.

Il senso del precetto è, quindi, che il mondo «è stato creato per essere abitato»¹⁷⁷.

La fecondazione costituisce l'apice del fenomeno riproduttivo e consta di una serie di processi in cui i due gameti di sesso diverso subiscono trasformazioni atte a permetterne la fusione.

Qualora si verificassero difficoltà al concepimento si può ricorrere alla procreazione medicalmente assistita, da non confondere con la fecondazione medicalmente assistita che attiene esclusivamente alla fecondazione dell'ovulo da parte dello spermatozoo.

Con l'espressione 'procreazione medicalmente assistita' si intende, quindi, qualsiasi procedura messa in atto per facilitare l'incontro dello spermatozoo con l'ovulo, con esito fecondo.

Le tecniche di fecondazione assistita possono dividersi in due tipi principali: fecondazione in vitro e fecondazione in vivo.

Le modalità utilizzate per la fecondazione in vivo sono l'inseminazione artificiale e la cosiddetta G.I.F.T.¹⁷⁸.

L'inseminazione artificiale consiste nell'iniezione degli spermatozoi nelle vie genitali della donna e può essere omologa se il seme è del partner o eterologa se di un donatore.

La procedura G.I.F.T., '*Gamete Intra Falloppian Transfer*', invece, avviene attraverso il trasferimento intratubarico dei gameti: si iniettano cioè, all'interno

¹⁷⁶ Gen. 1: 28; 9: 1.

¹⁷⁷ Isaia 45: 18.

¹⁷⁸ American Society for Reproductive Medicine, *IVF and GIFT. A guide to assisted reproductive technologies, a guide for patients*, Birmingham (AL), American Fertility Society, 1995.

delle tube femminili sia gli spermatozoi, del partner o di un donatore, che le cellule uovo, della donna stessa o di una donatrice.

Più specificamente, viene effettuata trasferendo simultaneamente, anche se in modo separato, sia i gameti maschili che quelli femminili, nella tuba di Falloppio.

Esistono, inoltre, anche metodiche che appaiono più come un aiuto all'atto coniugale, atteso che non vi sarebbe dissociazione fra l'unione sessuale dei coniugi e il concepimento: la L.T.O.T. e la D.I.P.I.

La L.T.O.T, '*Low Tubal Oocyte Transfer*', consiste nel trasferimento di ovociti nelle tube di Falloppio o nell'utero e, successivamente, viene invitata ad avere un rapporto sessuale.

La D.I.P.I., '*Direct Intra-peritoneal Insemination*', invece, è il trasferimento dei gameti maschili nella cavità peritoneale femminile, e viene resa dopo il compimento dell'atto sessuale¹⁷⁹.

La fecondazione assistita *in vitro*, invece, a differenza della fecondazione *in vivo*, avviene in provetta: la formazione delle prime cellule embrionali non avviene all'interno del corpo della donna.

La principale tecnica utilizzata è la cosiddetta F.I.V.E.T. ('fecondazione in vitro ed *embryo-transfer*') e consta di due fasi: l'incontro dei gameti in provetta (F.I.V.) ed il successivo trasferimento degli embrioni che si sono formati nell'utero (E.T.).

Alternativa alla procedura F.I.V.E.T. è il metodo I.C.S.I., '*Intracytoplasmic sperm injection*', che viene adottato nei casi di grave sterilità maschile, grazie al quale la fecondazione si realizza attraverso l'introduzione forzata di un solo spermatozoo all'interno dell'ovocita.

¹⁷⁹ V. TRAINA, *L'inseminazione artificiale umana*, Torino, 1977.

Il Legislatore italiano ha disciplinato la procreazione medicalmente assistita grazie alla l. 19 febbraio 2004, n. 40¹⁸⁰ (“Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”).

Dopo un imbarazzante vuoto normativo, tale impianto, seppur lacunoso, segna l’approdo delle tecnologie riproduttive nel mondo del diritto italiano e viene definita come la pratica medica atta a «favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dall’infertilità umana [...] qualora non vi siano altri metodi efficaci per rimuovere le cause di sterilità o di infertilità».

La scelta di circoscrivere l’accesso alle tecniche di procreazione assistita ai casi di sterilità o di infertilità (art. 4) è indice della necessità di affermare che l’utilizzo delle stesse deve essere inteso quale strumento idoneo alla soddisfazione del proprio bisogno di genitorialità.

Da ciò ne discende implicitamente il divieto di fecondazione eterologa, costituente l’espressione del principio di supremazia di tutela dell’interesse del minore rispetto al desiderio di avere un figlio ‘proprio’.

La scissione tra genitorialità biologica e sociale comporterebbe per il minore, secondo l’interpretazione, una non facile situazione familiare e personale.

È preminente, più specificamente, il diritto del figlio avere ad avere dei genitori che siano tali sotto il profilo genetico, affettivo e legale.

Anche per tale motivo, la legge vieta il ricorso alla procreazione medicalmente assistita eterologa e alla cosiddetta ‘maternità surrogata’.

Il partner non potrebbe, infatti, esercitare l’azione di disconoscimento della paternità e il donatore non acquisirebbe alcuna relazione giuridica con il nato,

¹⁸⁰ In G.U. 24 febbraio 2004, n. 45; Il testo della legge è pubblicato, fra l’altro, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 411 ss., con *Il commento* di S. CANESTRARI, 416 ss.

né potrebbe far valere nei suoi confronti diritti o essere titolare di obblighi (art. 9)¹⁸¹.

Il diritto di poter ricorrere alla procreazione assistita, inoltre, è riservato alle coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi, da cui il divieto di fecondazione artificiale *post mortem*.

Nel panorama europeo la legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita, attese le numerose limitazioni, appare la più restrittiva in ordine all'utilizzo delle tecniche¹⁸².

Tra questi l'articolo 13 n. 2 del capo VI della legge citata stabilisce che «la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative», e il successivo n. 3 lett. b) vieta «ogni forma di selezione a scopo eugenetico

¹⁸¹ Il principio dell'inammissibilità dell'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità del figlio nato in seguito a fecondazione eterologa, previo consenso del marito era stato precedentemente espresso dalla Corte di cassazione con la sentenza del 16 marzo 1999, n. 2315 (in *Dir. fam. pers.*, 1999, 622 ss.), nella quale la Suprema Corte, capovolgendo l'orientamento precedentemente seguito nella giurisprudenza di merito (si v. esemplificativamente Trib. Roma, 19 aprile 1956, in G. CASSANO, *La procreazione artificiale. Profili di diritto giurisprudenziale*, Milano, 2001, 71 ss. e Trib. Cremona, 17 febbraio 1994, ivi, 85 ss.) e seguendo la linea interpretativa tracciata in materia dalla Corte Costituzionale nella sentenza del 26 settembre 1998, n. 347 (in *Riv. dir. fam. pers.*, 1998, 1371 ss.), aveva sancito l'inapplicabilità dell'art. 235 cod.civ. per il disconoscimento della prole nell'ipotesi di inseminazione artificiale eterologa, una volta prestato il consenso all'inseminazione da parte del marito affetto da impotenza *generandi*. Correlato al divieto del disconoscimento della paternità è quello dell'anonimato della madre (art. 9, 2° comma), anch'esso rispondente alla logica della maternità responsabile e contenente però, in caso di fecondazione omologa, un presupposto in più (rispetto al divieto di disconoscimento della paternità) rappresentato dal vincolo biologico che lega la madre al suo bambino.

¹⁸² 'D&G' 21/2005, 18/2004 e 25/2004.

degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione, o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete, ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma due del presente articolo».

Pur in assenza di un esplicito divieto, le predette disposizioni, in combinato disposto con il divieto di sopprimere embrioni contenuto nell'art. 14, sono state tradizionalmente interpretate nel senso di vietare in maniera assoluta la diagnosi preimpianto¹⁸⁵.

La giustificazione del divieto risiederebbe nell'art. 1, che recita: la legge «assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito».

Pertanto, non sarà possibile sottoporre a indagini distruttive un embrione in provetta al fine di migliorare i processi di sviluppo di altri embrioni, ma si potrà intervenire - anche con tecniche sperimentali - sul singolo embrione al fine di consentirne l'ulteriore sviluppo.

A tutela dei figli e dei futuri genitori, l'art. 6 impone delle regole in ordine al consenso informato: deve esservi una completa informazione da parte del medico sulle modalità delle tecniche, sui loro costi, sulle loro probabilità di successo, sui problemi etici connessi, sulle conseguenze giuridiche che ne derivano, sull'alternativa dell'adozione.

È altresì previsto che ognuno dei due partner possa recedere dalla richiesta «fino al momento della fecondazione dell'ovulo» (art. 6, comma 3): pertanto, se la fecondazione è già avvenuta la revoca sarà illegittima.

¹⁸⁵ G. AUTORINO - P. STANZIONE, *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, IV, Torino, 2006, 255 ss; M. CALOGERO, *La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi*, Milano, 1989, 203 ss.

Il Magistero della Chiesa cattolica si è occupato di procreazione assistita schierandosi contraria a ogni intervento ‘artificiale’ in materia di procreazione.

Emblematico l’insegnamento di Giovanni XXIII: «La trasmissione della vita umana è affidata dalla natura a ‘un atto personale e cosciente’ e, come tale, ‘soggetto alle sapientissime leggi di Dio’: leggi inviolabili e immutabili che vanno riconosciute e osservate. Perciò ‘non si possono usare mezzi e seguire metodi che possono essere leciti nella trasmissione della vita delle piante e degli animali’»¹⁸⁴.

Considerata moralmente inaccettabile la fecondazione artificiale eterologa, il procedimento di fecondazione artificiale omologa viene accettata purchè si svolga all’interno di una coppia legata dal vincolo matrimoniale, venga effettuata con un comune rapporto sessuale e non comporti interventi invasivi o rischi rilevanti a danno dell’embrione o del feto.

Dal punto di vista della morale cristiana una procreazione veramente responsabile nei confronti del nascituro deve essere il frutto del matrimonio: dovrà essere il frutto e il segno della mutua donazione personale degli sposi, del loro amore e della loro fedeltà¹⁸⁵.

Pertanto la fecondazione è voluta lecitamente quando è il termine di un «atto coniugale per sé idoneo alla generazione della prole, al quale il matrimonio è ordinato per sua natura e per la quale i coniugi divengono una sola carne»¹⁸⁶.

Ma la procreazione è privata dal punto di vista morale della sua perfezione propria quando non è voluta come il frutto dell’atto coniugale, e cioè del gesto specifico dell’unione degli sposi.

¹⁸⁴ *Mater et Magistra*, 204.

¹⁸⁵ Cfr. Costit. past. *Gaudium et Spes*, 50

¹⁸⁶ Cfr. Costit. past. *Gaudium et Spes*, 14.

Non conforme ai principi cristiani è, inoltre, la tecnica della F.I.V.E.T. in quanto attuata al di fuori del corpo dei coniugi mediante gesti di terze persone la cui competenza e attività tecnica determinano il successo dell'intervento.

Affidare l'identità dell'embrione al potere della scienza e della medicina comporterebbe una relazione di dominio che è di per sé contraria alla dignità e all'uguaglianza che dev'essere comune a genitori e figli: il concepimento in vitro è il risultato dell'azione tecnica che presiede alla fecondazione¹⁸⁷.

Parimenti l'inseminazione artificiale omologa non viene considerata moralmente accettabile, salvo il caso in cui il mezzo tecnico risulti non sostitutivo dell'atto coniugale, ma si configuri come una facilitazione e un aiuto affinché esso raggiunga il suo scopo naturale¹⁸⁸.

Nella tradizione ebraica, invece, attesa l'importanza del precetto di procreare, la maggior parte della discussione bioetica si sia concentrata sulla ricerca di possibili soluzioni all'incapacità della coppia ad avere figli.

È noto che alla base della giurisdizione ebraica si rinvengono la *Torah*, il *Talmùd*, lo *Shulchàn 'Arùkh* e le altre grandi opere della legge ebraica e, pertanto, in assenza di chiari precedenti, la problematica relativa alla procreazione assistita e le relative 'soluzioni' diventano ardue.

¹⁸⁷ Cfr. PIO XII, *Discorso ai partecipanti al IV Congresso Internazionale dei Medici Cattolici*, 29 settembre 1949: AAS 41, 1949, 560: «Sarebbe falso pensare che la possibilità di ricorrere a questo mezzo (fecondazione artificiale) possa rendere valido il matrimonio tra persone incapaci a contrarlo a motivo dell'*impedimentum impotentiae*».

¹⁸⁸ DS 3323; PIO XII, *Discorso ai partecipanti al IV Congresso Internazionale dei Medici Cattolici*, 29 Settembre 1949: AAS 41, 1949, 560, *Discorso alle congressiste dell'Unione Cattolica Italiana Ostetriche*, 29 ottobre 1951: AAS 43, 1951, 850; *Discorso ai partecipanti al II Congresso Mondiale di Napoli sulla fertilità e sterilità umana*, 19 maggio 1956: AAS 48, 1956, 471-473; *Discorso ai partecipanti al VII Congresso Internazionale della Società Internazionale di Ematologia*, 12 Settembre 1958: AAS 50, 1958, 733; GIOVANNI XXIII, *Encicl. Mater et Magistra*, 111: AAS 53, 1961, 477.

V'è da precisare che destinatari del precetto di procreare sono esclusivamente gli uomini e non le donne.

Per il Rabbi Meir Simcha Ha-Kohen di Dvinsk la giustificazione di tale puntualizzazione risiede nel fatto che non si può obbligare una donna a compiere delle azioni potenzialmente dolorose e pericolose per la propria vita¹⁸⁹.

Tuttavia, seppur non incombe su di loro tale dovere, le donne godono del diritto alla maternità, la cui violazione, da parte dell'uomo può costituire legittimo motivo di divorzio.

Premesso che la tradizione ebraica mira ad incoraggiare le tecniche mediche volte a risolvere le problematiche di sterilità maschile o femminile, per le Autorità rabbiniche il problema si pone in ordine a quelle tecniche con cui il figlio viene concepito in modo non naturale nonchè allo *status* giuridico di quest'ultimo.

Più specificamente la questione sorge nell'ipotesi di fecondazione eterologa, cioè quando l'ovulo o il seme o entrambi non appartengono alla coppia¹⁹⁰.

Attesa la necessità di voler mantenere il legame fra matrimonio e nascituro e seppur non essendovi alcuna norma contraria, l'opposizione alla fecondazione eterologa è di naturalmente meramente morale.

Tuttavia, è bene notare che già nel *Talmud* babilonese veniva prospettata la possibilità per la donna di rimanere incinta senza il compimento di un atto sessuale: il caso riguardava l'ipotesi in cui un uomo emetteva sperma in un

¹⁸⁹ RICCARDO DI SEGNI, *Fecondazione artificiale e bioetica ebraica*, in *La Rassegna Mensile d'Israel*, 60, 1-2, 1993, 187-194; ID., *La clonazione alla luce dell'etica ebraica*, *ibid.*, 64, 3, 1998, 1-20.

¹⁹⁰ I. JAKOBOVITZ, *Jewish Medical Ethics*, cit.

bagno e successivamente penetrato nella donna che aveva fatto il bagno dopo di lui¹⁹¹.

In tale eventualità il problema di stabilire se il Sommo Sacerdote, stante le disposizioni bibliche, possa sposare solo una vergine, viene risolto in modo positivo attesa la mancanza di un rapporto sessuale.

Un caso simile viene disciplinato nel *Midrash* che narra della nascita di Ben Sira, figlio del Profeta Geremia e dalla sua figlia, che non veniva considerato incestuoso, in quanto, non nato da un rapporto sessuale¹⁹².

Vi sono, tuttavia, posizioni di minoranza di chi, come Rav Joel Teintelbaum e il Rav Eliezer Waldenberg, considerano l'inseminazione artificiale eterologa come un atto di adulterio e, per l'effetto, i figli nati adottando tale tecnica vengono considerati *mamzberim*, 'adulterini'.

La giustificazione di tale posizione risiederebbe nella negazione, alla luce dei casi di cui alle fonti classiche, dell'elemento volontaristico.

Mentre, infatti, nel caso della donna rimasta incinta a seguito della dispersione di sperma in un bagno si rinviene una contaminazione involontaria di seme, nell'ipotesi di inseminazione artificiale il procedimento contaminativo è volontario.

¹⁹¹ Levitico 21:13.

¹⁹² ²⁹ T.B. Chagigà, 14b-15a-b con il relativo commento di Tossafot; si veda anche Rashi, in T.B. Shabbat 151 e Tossafot T.B. Ketubot 6b e T.B. Nidda 64 b da cui si deduce che ciò che rende proibita una donna al sommo sacerdote è il rapporto sessuale avuto con un altro e non l'essere incinta, onde il permesso di sposare una vergine incinta; da ciò si può dedurre che vi è stato adulterio o incesto solo se vi è stato il compimento di un atto sessuale, e non per il diventare incinta senza atto sessuale. Fra i *Responsa* in questo senso si veda Tashbez 3 n. 263; *Responsa Seridei Esh* 3 n. 5; *Responsa Yabia Omer*, Even Haezher 1 n. 6; fra gli studi si veda I. JAKOBOVITS, *Jewish Medical Ethics*, cit., 230 ss. e nt. 19; si vedano anche le fonti citate in A. STEINBERG, voce *Inseminazione artificiale*, in *Encyclopedia of Jewish Medical Ethics*, Jerusalem, 1, 1988, 150; D. SINCLAIR, *Assisted Reproduction in Jewish Law*, in *Fordham Urban Law Journal*, 30, 2002, 71 ss., in particolare p. 79 nt. 29.

A sostegno di tale tesi vi sarebbe, inoltre, la circostanza secondo cui: «Ed alla moglie del tuo prossimo non darai il tuo giacere per seme per renderti impuro con lei»¹⁹³, con ciò volendo intendere che, oltre al divieto di avere rapporti sessuali con una donna sposata, vi sarebbe altresì il divieto di fecondazione senza rapporto sessuale¹⁹⁴.

Ne discende, pertanto, che, stante la proibizione biblica, tutte le volte in cui si verifici l'unione fra ovulo e seme di due persone la cui unione potrebbe comportare incesto o adulterio si verifici il *mamzeruth*.

L'opinione maggioritaria rabbinica, negando l'adulterio senza atto sessuale, proibisce comunque la fecondazione eterologa con il seme di un donatore ebreo.

Puntualizzando che per adulterio si intende esclusivamente il rapporto sessuale con un uomo diverso dal marito, la preoccupazione del Rav Feinstein, da cui ne deriva per l'effetto il proclamato divieto, risiede nella possibilità che il figlio nato dal seme di un donatore anonimo possa sposare una sua sorella da parte paterna¹⁹⁵.

Si vuol, quindi, evitare una eventuale e futura unione incestuosa.

Tuttavia, tale empassé, a parere del Rav Auerbach, potrebbe essere superato qualora si decidesse di utilizzare il seme di un non-ebreo¹⁹⁶.

Il nascituro, infatti, nascendo da un madre ebrea sarebbe ebreo a tutti gli effetti.

¹⁹³ Levitico 18:20.

¹⁹⁴ A. STEINBERG, *Inseminazione artificiale*, cit., nt. 72 e p. 157.

¹⁹⁵ *Responsa Iggrot Moshé*, Even Haezher 2 n. 11; il Rav Feinstein esprimerà nuovamente la sua chiara opinione vari anni dopo, soprattutto per far tacitare le voci che si erano sparse secondo cui egli si sarebbe ricreduto: *Responsa Iggrot Moshé*, Even Haezher 4 n. 32.

¹⁹⁶ *Responsum* del Rav Auerbach, in *Noam*, 1, 1958, 175; il nato è tuttavia considerato *safek mamzher*: A. STEINBERG, *Minchat Shelomò*, in *Assia*, 59-60, 1997, 11 n. 5.

Appare, quindi, evidente che la problematica dell'inseminazione artificiale eterologa, come insegna Rav Jakobovits, viene posta prima ancora che in termini giuridici, in termini morali: «The use of artificial reproductive techniques turn childbearing into a mechanical act bereft of those mystical and intimately human qualities that make man a partner with G.d in the creative propagation of the race»¹⁹⁷.

Uno dei più importanti Codici dell'Ebraismo, in materia matrimoniale, lo *Shulchan Aruch*, stabilisce che: «Ogni uomo è obbligato a sposare una donna al fine di essere fecondo e di moltiplicarsi, e chiunque non si impegni alla procreazione è come se spargesse sangue, sminuisce l'immagine di D.o e fa sì che la presenza di D.o abbandoni Israele»¹⁹⁸.

Nel contempo, il *Talmud* sottolinea la compartecipazione fra D.o ed i genitori: «Tre sono coloro che partecipano alla creazione di un uomo: il Santo e Benedetto, il padre e la madre. Il padre mette la sostanza bianca di cui saranno fatti il cervello, i nervi, le unghie, le ossa e il bianco degli occhi; la madre mette la sostanza rossa che formerà la pelle, la carne e i capelli, e il nero degli occhi; il Santo e Benedetto conferisce il respiro l'anima, la bellezza dei tratti, la vista, l'udito, la parola, la facoltà di deambulazione, di comprendere, di discernere e di pensare. Quando giunge il momento di lasciare questo mondo, il Santo e Benedetto riprende la sua parte, abbandonando la parte del padre e della madre»¹⁹⁹.

¹⁹⁷ I. JAKOBOVITS, *Jewish Medical Ethics*, cit., 248 s.

¹⁹⁸ I. JAKOBOWITS, *Ebraismo*, in *Bioetica e grandi religioni*, a cura di S. Spinsanti, Milano, 1987, 35.

¹⁹⁹ T.B. Niddà 31a nella traduzione di G. LARAS, *I Racconti del Talmud*, Como, 2000, 32.

Nel caso, quindi, di inseminazione artificiale omologa, la problematica, a ben vedere, attiene alla possibilità di stabilire se il ricorso a tale procedura possa essere considerata conforme al precetto “crescete e moltiplicatevi”²⁰⁰.

Seppur per le autorità halahiche tale precetto non viene adempiuto nel caso di ricorso all’inseminazione artificiale, atteso che l’atto sessuale è espressione del precetto biblico, la tradizione rabbinica, anche alla luce dei progressi scientifici, appare orientata al risultato finale, alla nascita del bambino quale coronazione del precetto “crescete e moltiplicatevi”²⁰¹.

4.1. *Inseminazione artificiale uterina.*

L’inseminazione artificiale è una tecnica medica mediante la quale lo sperma viene introdotto nella vagina o nell’utero, senza la necessità del compimento di alcun atto sessuale.

La giustificazione del ricorso a tale azione è determinata dai casi di sterilità maschile, confermata e determinata dall’esame dello sperma.

L’inseminazione artificiale è quindi in vivo, ovvero diretta, e viene realizzata mediante la fecondazione della donna grazie allo sperma di un donatore²⁰².

Esistono tre tipologie di inseminazioni, il cui elemento discriminatorio è determinato dalla fonte dello sperma: donazione omologa²⁰³, che si verifica

²⁰⁰ A.M. RABELLO, *Introduzione*, cit.

²⁰¹ A. SOFER AVRAHAM, *Nishmat Avraham, Even Haezer* 1:9; A. STEINBERG, *Minchat Shelomò*, in *Assia*, 59-60, 1997, 11 n. 4.

²⁰² Qualora i problemi medici dipendano dalla donna, avremo allora la fecondazione artificiale, la inseminazione *in vitro*, che esamineremo più avanti. Bisogna tener presente però che molti dei problemi trattati sono simili.

²⁰³ Essa è conosciuta nella letteratura comparatistica con la sigla AIH = *Artificial Insemination from Husband*. Essa viene effettuata soprattutto nel caso di impossibilità psicologica del marito di avere rapporti sessuali, nel caso di

allorquando è il marito a donare lo sperma; donazione eterologa²⁰⁴, che si realizza allorquando il donatore è un soggetto estraneo, e quindi un uomo che non è il marito della donna, o attraverso il ricorso alla cd. ‘banca del seme’; infine, vi è la cd. ‘inseminazione mista’, che si verifica allorquando lo sperma viene preso sia dal marito, sia da un donatore estraneo²⁰⁵.

Appare chiaro che la tecnica dell’inseminazione artificiale crea notevoli ed incessanti quesiti di natura morale e giuridica²⁰⁶, affrontati in varie sedi²⁰⁷, e, nel caso di specie, nel pensiero ebraico tradizionale²⁰⁸.

problemi tecnici che impediscono l’eiaculazione del seme o nel caso di cure mediche che provocheranno l’infertilità.

²⁰⁴ Essa è conosciuta nella letteratura comparatistica con la sigla AID = *Artificial Insemination from Donor*.

²⁰⁵ Essa è conosciuta nella letteratura comparatistica con la sigla AIHD = *Artificial Insemination from Husband and Donor*.

²⁰⁶ Per un esame della problematica, soprattutto alla luce del Diritto italiano si veda: F. SANTOSUOSSO, *La Fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984; R. CLARIZIA, *Procreazione artificiale e tutela del minore*, Milano, 1988; M. CALOGERO, *La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi*, Milano, 1989; P. D’ADDINO SERRAVALLE, *Ingegneria genetica e valutazione del giurista*, Napoli, 1989; L. LENTI, *La procreazione artificiale. Genova della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993; AA.VV., *Una norma giuridica per la bioetica*, a cura di C.M. Mazzoni, Bologna, 1998 (in particolare si veda la parte seconda: ‘Quali norme per la procreazione?’) 79 ss.; AA.VV., *Etica della ricerca biologica*, a cura di C.M. Mazzoni, Firenze, 2000 (soprattutto sui problemi della clonazione umana); S. CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche*, in *L’indice penale*, 3, 2000, 1091 ss.; M. ARAMINI, *Introduzione alla Bioetica*, Milano, 2001, 221 ss.; G. CASSAN, *La procreazione artificiale. Profili di diritto giurisprudenziale*, Milano, 2001; S. CANESTRARI, *Procreazione assistita: limiti e sanzioni*, in *Diritto penale e processo*, 4, 2004, 411 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, N.40*, Milano, 2004.

²⁰⁷ Vd. ad es. J.F. FLETCHER, *Morals and Medicine: the moral problems of the patient’s right to know the truth: contraception, artificial insemination, sterilization, euthanasia*, Boston, 1960; N.ST. JOHN-STEVAS, *Life, Death and the Law: A Study of the Relationship between Law and Christian Morals in the English and American Systems*, London, 1961; W.J. FINEGOLD, *Artificial Insemination*, Springfield, 1964; ID., *Family Building through egg and sperm donation: medical, legal and ethical issues*, 1966; ID., *Symposium on Legal and Other Aspects of Legal Insemination by Donor (A.I.D.) and Embryo Transfer*, London, 1972; M. HARNOCK, *A question of Life: The Warnock Report of Human Fertilization and Embryology*, Oxford, 1985; E. ZOAR, *Artificial Insemination. Legal and Social Aspects*, 1988; A. ZANOTTI, *Le manipolazioni*

Pioniere dello studio della bioetica ebraica è stato il Rav Jakobovits, già gran Rabbino del Regno Unito, che nell'esaminare e studiare la problematica generale della inseminazione artificiale eterologa ha inteso operare una valutazione in termini morali prima ancora che giuridici: «The use of artificial reproductive techniques turn childbearing into a mechanical act bereft of those mystical and intimately human qualities that make man a partner with G.d in the creative propagation of the race»²⁰⁹.

Occorre ricordare che il ricorso a tale tecnica è reso da coppie che hanno fallito con tutti i tentativi tradizionali di poter aver figli.

Ci si chiede, quindi, se sia possibile scorgere l'intervento divino in questa tecnica.

Nelle fonti tradizionali ebraiche viene affrontato il problema se sia consentito l'intervento umano al fine di guarire le malattie umane. Tra le numerose spiegazioni omeliche delle Scritture, denominate *Midrash*, si rinviene un passo

genetiche e il Diritto della Chiesa, Milano, 1990; AA.VV., *Le scienze della vita e nuovo umanesimo*, a cura di A. Zanotti, Bologna, 2000.

²⁰⁸ Sulla posizione del diritto ebraico su questo argomento si veda in generale: I. JAKOBOVITS, *Jewish Medical Ethics*, cit., New York, 1975; J.D. BLEICH, "Ethico-Halakhic Considerations in the Practice of Medicine", in *Dine Israel*, VII, 1976, 87 ss.; F. ROSNER, *Artificial Insemination in Jewish Law*, in AA.VV., *Jewish Bioethics*, a cura di F. Rosner e D. Bleich, New York, 1985, pp. 105 ss.; R. DI SEGNI, *Fecondazione artificiale e bioetica ebraica*, in *La Rassegna Mensile di Israel*, 60, 1993, 187 ss.; J.D. BLEICH, *Bioethical Dilemmas*, Hoboken, 1998; A.M. RABELLO, *Introduzione al Diritto Ebraico. Fonti, Matrimonio e Divorzio, Bioetica*, Torino, 2002; D.B. SINCLAIR, *Jewish Biomedical Law. Legal and Extra-legal Dimensions*, Oxford, 2003, 68 ss.; la rivista *Assia* (curata da M. HALPERIN) è dedicata interamente a problemi di *Halacha* e medicina, con importanti studi scientifici e medici; si veda anche A. STEINBERG, *Encyclopedia of Jewish Medical Ethics*, 6, Jerusalem, 1988-1998, voce *bazra'a melachutit* ('inseminazione artificiale'), vol. 1, 1988, 148 ss.; A. SOFER AVRAHAM, *Nishmat Avraham, Even Haezher*, 5 ss.

²⁰⁹ I. JAKOBOVITS, *Jewish Medical Ethics*, cit., 248 s.

ove viene narrato che Rabbi Akivà²¹⁰, avendo incontrato un malato, gli avesse consigliato di rivolgersi ad un medico affinché guarisse.

Un contadino, che aveva assistito all'incontro, mostrò stupore dinanzi all'atteggiamento del Rabbino in quanto contrario alla volontà divina che aveva determinato la malattia dell'uomo.

A tal proposito Rabbi Akivà rispose al contadino che il malato portava con sé una zappa per coltivare la terra e, pertanto, se D.o avesse voluto, la terra avrebbe potuto produrre egualmente i suoi frutti da sola.

L'insegnamento di Rabbi Akivà induce, quindi, a riflettere circa la partecipazione dell'uomo all'opera divina della creazione e, nel contempo, a considerare l'operato del medico quale obbligo giustificato biblicamente²¹¹.

Il permesso e, di converso, l'obbligo del medico di curare il malato trova la propria fonte biblica nel versetto della Bibbia *rapò ierapè* ('curare curerà')²¹².

Tale verso opera una duplice funzione: consente al medico di assistere attivamente e, per l'effetto, di intervenire nell'opera divina nonchè di garantire il medico stesso. Atteso, infatti, il timore dei propri errori, ci si potrebbe interrogare se, in caso di errore o omissione, il medico che provochi la morte di un paziente possa essere considerato quale omicida²¹³.

²¹⁰ Akiva ben Joseph, semplicemente noto come Rabbi Akiva (in ebraico: רבי אקיבא; Lod, 40 - Tiberiade, 137), è stato un rabbino ed erudito ebreo tanna, martirizzato e ucciso dai romani.

Grande autorità della tradizione ebraica ed uno dei principali contributori alla *Mishnah* e *Midrash Halakha*. Viene citato nel *Talmud* come 'Rosh la-Chakhamim' ('capo di tutti i Saggi'), ed è considerato come uno dei primi fondatori dell'Ebraismo Rabbinico. È il settimo Saggio più citato della *Mishnah*.

²¹¹ cfr. A. LICHTENSTEIN, *Does Jewish Tradition recognize an ethic independent of Halakha?* in *Contemporary Jewish Ethics*, a cura di M. Kellner, New York, 1978, 102 ss.; D. SINCLAIR, *Law and Morality in Halakic Bioethics*, in *Jewish Law Association Studies*, 2, a cura di B. Jackson, Atlanta, 1986, 143 ss.

²¹² Esodo 21:19

²¹³ Cfr. S. GOREN, *The Physician Responsibility for the Life of his Patient*, in *Diné Israel*, 7, 1976, 13 ss.

Tale interrogativo viene dipanato dal verso biblico ove, per l'appunto, viene stabilito che il compito del medico consiste nel risolvere, o se del caso alleviare, le sofferenze del malato nonchè il divieto di provocare volontariamente la morte di un individuo.

Appare chiaro, quindi, che le problematiche bioetiche più intense e vigorose attengono ai momenti storici dell'inizio e della fine della vita²¹⁴.

La tendenza della *Halachah* è, quindi, che «l'uomo deve volgere sempre il suo cuore e tutte le sue azioni soltanto per conoscere D.o, Benedetto Egli sia»²¹⁵.

4.2. *Inseminazione artificiale omologa.*

Il quesito che ci si pone è quello di stabilire se, nel caso di inseminazione artificiale omologa, ovvero allorquando venga adottato lo sperma del marito, la nascita del bambino possa rappresentare espressione del precetto “crescete e moltiplicatevi”.

Più specificamente ci si interroga se, nel caso di inseminazione artificiale, vi sia il rischio della violazione del divieto di inutile distruzione dello sperma.

È noto che al centro della tradizione ebraica si riviene la famiglia, sviluppatasi dalla famiglia di Abramo a quella di Isacco ed infine a quella di Giacobbe-Israel fino al formarsi delle dodici tribù.

²¹⁴ Cfr. IJAKOBOVITS, *Jewish Medical Ethics*, New York, 1959; J.D. BLEICH, *Ethico-Halakhic Considerations in the Practice of Medicine*, in *Dine Israel*, VII, 1976, pp.87 ss.; la rivista *Assia* (curata da M. HALPERIN) è dedicata interamente a problemi di Halachah e medicina, con importanti studi scientifici e medici; si veda anche A. STEINBERG, *Encyclopedia of Jewish Medical Ethics*, Jerusalem (in ebr.), 1998.

²¹⁵ Maimonide, *Mishne Torah*, *Hilhot Deot*, 3:2.

Vi sono stati dei periodi in cui è stato alquanto arduo riuscire a mantenere un servizio divino in pubblico ed è proprio ed anche in tal contesto che è entrata in scena la famiglia che ha sostituito il Santuario.

Basti pensare, inoltre, che i rapporti tra D.o ed Israele, così come evidenzia nel Cantico dei Cantici²¹⁶, vengono paragonati ai rapporti fra lo sposo e la sposa.

Difatti, già agli albori dell'umanità, è stata fornita ad Adamo una benedizione, espressa all'inizio della Genesi, che nel contempo è anche precetto: «D.o creò l'uomo a Sua immagine; lo creò a immagine di D.o; creò maschio e femmina; D.o li benedisse e D.o stesso disse loro: “Prolificate, moltiplicatevi, empite la terra e rendetela soggetta [...]”»²¹⁷.

Per la tradizione ebraica, al fine di adempiere a tale obbligo, sarà necessario avere almeno un figlio e una figlia, e la donna deve fare il possibile per non rimanere nubile.

Nel Midrash Bereshit Rabbà si rinviene una nota disputa in ordine alla determinazione dei destinatari del precetto, avente qualificazione imperativa e normativa, e non come mera benedizione: «Rabbi` Eleazar disse a nome di Rabbi` José ben Zimrà: “Assoggetatela” - sta scritto -. L'uomo è obbligato alla riproduzione, ma non la donna. R. Johanan ben Beroqa disse: “Sia l'uomo, sia la donna, perchè per ambedue è detto: *E li benedisse D.o e disse: crescete e moltiplicatevi*”»²¹⁸.

Il processo procreativo, secondo la dottrina talmudica, impone la compartecipazione fra D.o ed i genitori: «Tre sono coloro che partecipano alla

²¹⁶ Si veda RASHI DI TROYES, *Commento al Cantico dei Cantici*, Magnano, 1997.

²¹⁷ Gen. 1: 27-28; v. anche Gen. 9:1.

²¹⁸ Commento alla Genesi *Bereshit Rabba*, trad. A. Ravenna, UTET, Torino, 1978, VIII, 13, p. 77; si veda anche la Mishnà Jevamot 6:6; T.B. Jevamot 55b e si veda D.M. FELDMAN, *Marital Relations, Birth Control and Abortion in Jewish Law*, New York, 1974, pp. 46 ss.; D.S. SHAPIRO, “*Be Fruitful and Multiply*”, in F.ROSNER & D. BLEICH (eds.), *Jewish Bioethics*, New York, 1985, pp. 59 ss.

creazione di un uomo: il Santo e Benedetto, il padre e la madre. Il padre mette la sostanza bianca di cui saranno fatti il cervello, i nervi, le unghie, le ossa e il bianco degli occhi; la madre mette la sostanza rossa che formerà la pelle, la carne e i capelli, e il nero degli occhi; il Santo e Benedetto conferisce il respiro l'anima, la bellezza dei tratti, la vista, l'udito, la parola, la facoltà di deambulazione, di comprendere, di discernere e di pensare. Quando giunge il momento di lasciare questo mondo, il Santo e Benedetto riprende la sua parte, abbandonando la parte del padre e della madre»²¹⁹.

Lo Shulchan Aruch, uno dei più importanti codici ebraici, nella sezione relativa alle regole matrimoniale, stabilisce che: «Ogni uomo è obbligato a sposare una donna al fine di essere fecondo e di moltiplicarsi, e chiunque non si impegni alla procreazione è come se spargesse sangue, sminuisce l'immagine di D.o e fa sì che la presenza di D.o abbandoni Israele». Osserva il Rav Jakobovits: «Nell'ottica ebraica, dunque, è un delitto (o una trasgressione di un precetto positivo) astenersi dal matrimonio, o dai rapporti coniugali nell'ambito del matrimonio, non meno che evitare o interrompere la gravidanza»²²⁰.

Appare chiaro, quindi, che D.o ha fornito l'uomo di un potere riproduttivo nonché la consapevolezza di tale potere.

Oltre a tale precetto di origine rabbinica ve ne è anche uno di origine rabbinica, basato sul versetto di Isaia: «Poiché così dice il Signore, Creatore del cielo, Egli è Idd.o che modella la terra e la forma, Egli la dispone non per farne un deserto l'ha creata, perchè sia abitata Egli l'ha formata»²²¹.

²¹⁹ T.B. Niddà 31a nella traduzione di G.LARAS, *I Racconti del Talmud*, Como, 2000, p. 32.

²²⁰ I. JAKOBOVITS, *Ebraismo*, in AA.VV., *Bioetica e grandi religioni*, a cura di S. Spinsanti, Milano, 1987, 35.

²²¹ *Lashevot iezarà*, Isaia 45:18.

A parere di taluni decisori²²² l'atto sessuale costituisce parte integrante ed inscindibile del compimento del precetto biblico.

Ne discende, pertanto, che tale precetto non viene adempiuto nel caso di inseminazione artificiale²²³.

Tuttavia, alla luce dei progressi tecnico-scientifici, le autorità rabbiniche sono oggi orientate nel ritenere compiuto il precetto biblico “crescete e moltiplicatevi”²²⁴, purchè sia raggiunto il risultato finale, ovvero la nascita di un bambino, anche attraverso il ricorso all'inseminazione artificiale.

Secondo il Rav Shlomo Zhalman Auerbach, famoso decisore di Gerusalemme, invece, in tal caso si realizza il compimento del precetto rabbinico «perchè sia abitata Egli l'ha formata»²²⁵.

²²² *Poskim*, autorità halachiche.

²²³ Si veda per esempio *Responsa Mishpeté Uzziel, Even Haezher*, 19, e gli autori citati da A. SOFER AVRAHAM, *Nishmat Avraham, Even Haezher*, 5 s., che si oppongono anche alla inseminazione artificiale omologa. Il RAV S. GOREN, *Torat harefuà* (‘La Torà della medicina’), Gerusalemme, 2001, pur ritenendo che il bambino vada attribuito al donatore di seme, non vede in tale procedura il compimento del precetto ‘crescete e moltiplicatevi’ (p. 165). Sulla problematica di veda anche RAV Z.P. FRANK. *Responsa Har Zvi, Ever Haezher*, Gerusalemme, 2004, n. 1, 2, 3, 4.: secondo il Rav Frank (il responso risale al 1958 ma è stato pubblicato solo ora) non si può dire che non vi sia stata una azione attiva da parte del padre, donatore del seme in quanto il padre ha donato appunto il seme ed anche il medico ha agito: tale attività è stata svolta per conto del padre (mandante) e quindi si può vedere – una volta nato il bambino- il compimento del precetto ‘crescete e moltiplicatevi’.

²²⁴ Si veda per esempio l'ex Rabbino Capo Sefardita di Israele, il RAV OVADIÀ JOSEF nei suoi *Responsa Iabia Omer 2, Even Haezher* n. 1. Secondo varie autorità il marito che ha dato il seme è da considerarsi senz'altro come il padre, onde si è sostenuto anche che la figlia nata da tale inseminazione potrà ereditare suo padre e le sarà proibito sposare i parenti stretti del padre, *Responsa Tashbez*, 3:263 su cui v. Rav Z.P. Frank. *Responsa Har Zvi, Ever Haezher*, n. 4.; cfr. B. SCHERESCHEWSKY, *Family Law in Israel*, Jerusalem, 1992, 361, nt. 2.

²²⁵ RAV SH. Z. AUERBACH, *Responsum in Noam*, 1, 1958, 145 ss., che attribuisce la paternità del bambino al marito, da cui è stato preso lo sperma; A. SOFER

A prescindere dalla natura direttamente divina o rabbinica, nel caso di specie si verterà comunque nell'ottica del compimento di un Precetto, qualificato come servizio divino.

L'ulteriore problematica attiene al divieto di distruzione dello sperma²²⁶.

Secondo alcune autorità religiose è proibita ogni emissione di sperma che non avvenga durante un comune rapporto sessuale, e più specificamente negli organi genitali della donna.

Sarà, pertanto, considerata non consentita qualsivoglia tecnica riproduttiva diversa da quella tradizionale, aggiungendo alcuni anche elementi kabbalistici²⁴.

Tuttavia, la maggioranza dei decisori ritiene che il divieto di distruzione dello sperma venga giustificato dalla necessità di adempiere al precetto "crescete e moltiplicatevi".

La conclusione cui sono giunti tali decisori risiede nella circostanza che il marito, pur non volendo disperdere inutilmente il proprio seme, è fermamente intenzionato ad avere un figlio e, pertanto, si auspica che l'emissione non sia stata resa invano.

Le autorità rabbiniche, quindi, consentono, sia pure con certi limiti e ad alcune condizioni²²⁷, il ricorso a tale tecnica anche al fine di preservare il shelom bait,

AVRAHAM, *Nishmat Avraham, Even Haezher* 1:9; A. STEINBERG, *Minchat Shelomò*, in *Assia*, 59-60, 1997, 11 n. 4.

²²⁶ T.B. Jevamot 34b; T.B. Niddà 13a; Shulchan Aruch, *Even Haezher* 23:2.

²²⁷ Si veda per es. *Responsa Divrei Malkiel* 4, n. 107 e 108; *Responsa Yaskil Avdi* 5, *Even Haezher* n. 10; *Responsa Ziẓ Eliezer* 9, n. 51 e si veda la posizione del Cabbalista Rav O. Hadaya, come riportata da D.B. SINCLAIR, *Assisted Reproduction in Jewish Law*, in *Fordham Urban Law Journal*, 30, 2002, 71, nt. 3; v. anche D.J. LASKER, *Kabbalah, Halakhab and Modern Medicine*, in *Modern Judaism*, 8, 1988, 1 ss.

l'interrezza del nucleo familiare, che si basa anche sulla presenza di figli della coppia²²⁸.

È doveroso precisare, infine, che incombe sul marito l'obbligo di pagare al figlio della moglie nato con inseminazione omologa.

Ci si interroga, tuttavia, cosa succeda, se il marito, che abbia donato il suo seme, muoia prima dell'inseminazione, e quindi senza figli, e dopo la sua morte la vedova riceva il suo seme e rimanga incinta.

Pertanto, si porrà il quesito se ciò sia da considerarsi sufficiente per liberare la vedova ed il fratello del marito dall'obbligo dell'*ibbum*, ovvero del levirato.

Secondo i decisori, la vedova dovrà essere sottoposta alla *chaliẓà*, ovvero la cerimonia di 'scalzamento' che esonererà dal dovere dell'*ibbum*.

È stato altresì ritenuto che se il cognato avesse offerto il proprio seme per far fare l'inseminazione artificiale sulla moglie del fratello, morto senza figli, egli

²²⁸ Tali condizioni sono volte soprattutto ad assicurare che la coppia non può avere un figlio normalmente e quindi dovrà attendere almeno dieci anni e due medici dovranno accertare che non vi sono problemi medici da parte della donna nel ricevere il seme in questo modo; inoltre si vuole assicurare la certezza che il seme del marito non venga sostituito, volontariamente o per isbaglio, con il seme di un donatore estraneo: a tale scopo vi sono ospedali che hanno acconsentito che tale procedura sia sottoposta al controllo di rabbini specializzati. Cfr. A. SOFER AVRAHAM, *Nishmat*, cit., 6 e soprattutto p. 7 con le opinioni del Rav Sh.Z. Auerbach e del Rav Ovadià Josef. Si veda ad esempio la risposta negativa data ad una coppia che aveva già un proprio figlio ottenuto per via 'normale' e che, nell'impossibilità di averne un altro, essendone il marito la causa, e chiedeva l'autorizzazione ad effettuare l'inseminazione artificiale eterologa: RAV S. GOREN, *Torat harefuà* (La Torà della medicina), cit., 190. (Si confronti con gli artt. 2 e 4 della Legge italiana sulle Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, legge 19 febbraio 2004, n. 40). Altre disposizioni riguarderanno il periodo mestruale della donna, cercando di evitare il procedimento durante il periodo in cui la donna è proibita al marito per divieto biblico. Cfr. A. SOFER AVRAHAM, *Nishmat*, cit., 8. Fra i decisori 'classici' che permettono tale procedura v. RAV A. GRODINZKI, *Responsa Achiezher*, 3:24, lettera *be*, su cui RAV S. GOREN, *Torat harefuà* (La Torà della medicina), cit., 167.

non adempirebbe al suo dovere di *ibbum*, che richiede il compimento dell'atto vero e proprio oppure lo scalzamento, *chalizá*²²⁹.

4.3. *Inseminazione artificiale eterologa.*

L'attuale problematica dell'inseminazione artificiale eterologa, valutata alla stregua delle decisioni delle autorità rabbiniche, impone un preliminare rinvio al *Talmud* babilonese che aveva già contemplata l'ipotesi che una donna potesse risultare gravida senza il compimento di un rapporto sessuale.

Basti pensare, infatti, all'ipotesi di un uomo che avesse emesso dello sperma in un bagno e poi fosse penetrato in una donna che avesse fatto il bagno dopo di lui, rimanendo, per l'effetto, incinta.

L'ipotesi appena menzionata veniva esplicitata al fine di stabilire se il Sommo Sacerdote, che secondo la disposizione biblica poteva sposare solo una vergine²³⁰, avesse potuto sposare una vergine rimasta incinta nel modo sopradescritto e quindi senza il compimento di alcun atto sessuale, giungendo ad una risposta positiva²³¹.

²²⁹ Così il Rav Auerbach e i Responsa Ziz Eliezer; A. STEINBERG, *Inseminazione artificiale*, cit., 153.

²³⁰ Lev. 21:13.

²³¹ T.B. Chagigà, 14b-15a-b con il relativo commento di Tossafot; si veda anche Rashi, in T.B. Shabbat 151 e Tossafot T.B. Ketubot 6b e T.B. Nidda 64 b da cui si deduce che ciò che rende proibita una donna al sommo sacerdote è il rapporto sessuale avuto con un altro e non l'essere incinta, onde il permesso di sposare una vergine incinta; da ciò si può dedurre che vi è stato adulterio o incesto solo se vi è stato il compimento di un atto sessuale, e non per il diventare incinta senza atto sessuale. Fra i Responsa in questo senso si veda Tashbez 3 n. 263; Responsa Seridei Esh 3 n. 5; Responsa Yabia Omer, Even Haezer 1 n. 6; fra gli studi si veda I. JAKOBOVITS, *Jewish Medical Ethics*, cit., 230 ss. e nt. 19; si vedano anche le fonti citate in A. STEINBERG, *Inseminazione artificiale*, cit., 150; D. SINCLAIR, *Assisted Reproduction*, cit., 71 ss. in particolare p. 79 nt. 29.

Emblematico è anche il caso narrato della nascita di Ben Sirà: narra il *Midrash*²³² che Ben Sirà fosse nato dal profeta Geremia e da sua figlia, quest'ultima rimasta incinta per aver fatto il bagno dopo di lui che aveva avuto precedentemente un'emissione di sperma nello stesso bagno²³³.

Appare chiaro che, in ogni caso, Ben Sirà venisse considerato un figlio *casher*, ovvero 'non incestuoso', in quanto nato non da un rapporto sessuale fra padre e figlia.

In epoca medioevale, taluni decisori, in virtù di tale *Midrash*, ritenne che, seppur non vi fosse stato un rapporto diretto tra l'uomo e la donna, l'uomo doveva comunque considerarsi padre legittimo del bambino nato in tal modo e che avesse adempiuto al suo dovere di procreare²³⁴.

Rav Izchak Lampronti, rabbino medico ferrarese del XVIII secolo, nella sua opera enciclopedica *Pachad Izchak*, considerò il bambino nato in tale ipotesi non come *mambzer*, ovvero 'non come un figlio adulterino' attesa l'assenza di un rapporto sessuale cosciente e volontario.

V'è, infine, la posizione del Tossafista francese Rabbi` Perez ben Eliahau di Corbeil, che invita la donna a non usare il medesimo lenzuolo ove è stato precedente sdraiato un uomo che non era suo marito in quanto, quest'ultimo avrebbe potuto avere un'emissione di sperma.

La donna, infatti, correrebbe il rischio di rimanere incinta di un uomo che non è suo marito nonchè il rischio ancora più grave che il figlio nato, ignorando

²³² *Midrash Alef Bet Deben Sirà*; si veda anche *Bait Chadash, Joré Deà* 195.

²³³ Cfr. J. PREUSS, *Biblisch-Talmudische Medizin*, Berlin, 1911, 541; tale autore riferisce che il medico marrano Amato Lusitano si è basato su questo *Midrash* ('leggenda degli Ebrei') per fare assolvere dal sospetto di prostituzione una suora che aveva abortito.

²³⁴ Infatti Geremia è considerato padre di Ben Sirà. In questo senso si veda R.M. LIMA - CHIDÀ, *Birche' Josef, Even Haetzher*, 1, 14. Altri decisori, come il Tazh e il Sheilot Yaavez, ritengono tuttavia che una compia il dovere della procreazione solo attraverso il contatto carnale.

l'origine paterna, possa sposare la medesima figlia del padre biologico, determinandosi così la possibilità di una filiazione incestuosa.

Nel contempo viene confermato che, non essendovi stato un rapporto carnale tra madre e padre, il figlio non potrà essere considerato quale frutto della prostituzione.

Tale decisione, *psak Halachà*, enuncia, a ben vedere, due principi già noti, ovvero che il rapporto tra padre e figlio non è necessariamente dipendente dal rapporto fisico dei genitori e che il bambino potrà essere considerato adulterino, *mamzher*, solo se frutto di un'unione proibita sfociata in un rapporto tradizionale.

Tale impostazione è oggetto di numerosi e maggioritari consensi, ivi compreso il Rav Moshé Feinstein.

Tuttavia, non mancano gli orientamenti di chi individua nell'inseminazione artificiale eterologa un atto adulterino e, pertanto, i figli nati grazie a tale tecnica verranno considerati come adulterini, *mamzherim*. Tra i maggiori decisori si rinvencono il Rav Joel Teitelbaum e il rav Eliezer Waldenberg²³⁵, a parere dei quali non è possibile ricorrere alle fonti classiche in quanto quest'ultime attengono ad una tipologia di inseminazione non volontaria.

Nell'ipotesi di inseminazione artificiale, ed in particolare quella eterologa, il procedimento avviene in maniera volontaria e, pertanto, vi sarà una contaminazione volontaria di seme da cui, quindi, ne discende un divieto assoluto la cui violazione determina le conseguenze di adulterio e mamzherut.

Ma vi è di più. Tale orientamento negativo nel trova altresì la propria giustificazione nel versetto del Levitico 18:20, che letteralmente stabilisce: «Ed

²³⁵ *Responsa Divrè Joel, Even Haezer*, n. 107-110; *Responsa Zitz Eliezer* 9 n. 51 e cfr. D. SINCLAIR, *Assisted reproduction*, cit., 82 ss.

alla moglie del tuo prossimo non darai il tuo giacere per seme²³⁶ per renderti impuro con lei»²³⁷.

L'interpretazione di tale testo impone di considerare sussistente un divieto di avere rapporti sessuali con una donna già sposata nonché il divieto di donarle del seme senza rapporto carnale atteso che tale ultimo comportamento genererebbe l'impurità del donatore di seme.

Si ritiene, quindi, che il fenomeno del *mamzeruth* si verificherebbe allorché si verificasse la fecondazione in virtù dell'unione tra ovulo e seme appartenenti a due persone per le quali vige il divieto, di natura biblica, di unione per adulterio o incesto²³⁸.

Seppur questa possa costituire un'opinione di minoranza, è inevitabile considerare la determinazione delle conseguenze morali e giuridiche che potrebbe divenire alquanto gravi.

Pertanto, taluni rabbini, pur dissenziando, dovranno tenere in considerazione anche tali opinioni, venendo praticamente a proibire l'inseminazione artificiale eterologa.

La maggioranza dei decisori proibisce la donazione eterologa effettuata con il seme di un donatore ebreo²³⁹.

²³⁶ *Veel-esbet amitchà lo titen shechovtechà lezharà letameà va*. Tali autori vedono quindi anche questo caso come un adulterio, basato sulla *conturbatio sanguinis*. Si vedano al proposito i commenti di Ibn Ezra, Sefer Hachinuch, Nachmanide e, fra i moderni, di D. Hoffmann. Si veda anche la spiegazione di Rashì alla parola *tevel* (in Lev. 20:12) come 'confusione di seme'.

²³⁷ Abbiamo tradotto il testo letteralmente per permettere di comprenderne le sfumature; la traduzione di M.E. Artom nella Bibbia a cura di D. Disegni suona: «E con la moglie del tuo prossimo non ti unirai carnalmente, sì da renderti impuro con essa», e non vi è dubbio che questo è il senso principale, quello vincolante dal punto di vista giuridico.

²³⁸ Cfr. A. Steinberg, *Inseminazione artificiale*, cit., nt. 72 e p. 157.

²³⁹ RAV S. GOREN, *Torat harefuà* ('La Torà della medicina'), cit., 163 ss., 167.

Tale impostazione, di natura prettamente rabbinica, tuttavia, potrà essere superata con alcuni accorgimenti attesa la mancanza di un divieto biblico altro che nel caso di un rapporto sessuale normale²⁴⁰.

Il Rav Feinstein giustifica il proprio orientamento negativo circa il ricorso a tale tecnica in virtù della preoccupazione di evitare che il figlio nato da tale unione, in cui è difficile sapere con certezza chi è il padre-donatore, possa sposare involontariamente sua sorella da parte paterna.

Tale disposizione, *ghezberà*, è volta quindi ad evitare una possibile futura unione incestuosa.

Nel contempo, il Rav Feinstein esclude esplicitamente che l'inseminazione artificiale eterologa possa costituire un atto di prostituzione e che il bambino nato in tal modo possa essere considerato *mamzber*, 'adulterino', attesa l'assenza di un rapporto sessuale, condizione necessaria per avere un adulterio.

È nota la critica mossa dal Rav Feinstein al Rav Teintelbaum in virtù dell'adozione di decisioni basate su fonti omiletiche, interpretative e mistiche anziché sui testi normativi, halachici.

Si giunge così a rimarcare la definizione di adulterio per il compimento del quale è necessario un atto sessuale con un uomo diverso dal marito.

Ne discende, quindi, che la *turbatio sanguinis*, seppur moralmente inaccettabile, sarà però da considerarsi di una dimensione extra-halachica²⁴¹.

²⁴⁰ *Responsa Iggrot Moshé, Even Haetzher*, 1:71; *Responsa Iabia Omer*, 2, *Even Haetzher* 1: tale autore fa presente che la interpretazione della Bibbia che vincola dal punto di vista della *Halachà* è quella data dai Saggi della *Halachà*; cfr. A. STEINBERG, *Inseminazione artificiale*, cit., 154.

²⁴¹ *Responsa Iggrot Moshè, Even Haetzher*, 2 n. 11; il Rav Feinstein esprimerà nuovamente la sua chiara opinione vari anni dopo, soprattutto per far tacitare le voci che si erano sparse secondo cui egli si sarebbe ricreduto: *Responsa Iggrot Mochè, Even Haetzher*, 4, n. 32.

Proseguendo, quindi, sulla medesima linea di pensiero, confermata dal Rav Auerbach²⁴², la moglie, che sarà ricorso alla procedura di inseminazione artificiale eterologa, potrà continuare ad essere permessa a suo marito, anche se egli sia cohen, a differenza di quanto accadrebbe in caso di adulterio²⁴³.

La donna sarebbe, inoltre, addirittura permessa al donatore del seme, in caso di interruzione del primo matrimonio, per morte o per divorzio, in quanto tra di loro non vi è stato alcun rapporto sessuale, elemento quest'ultimo che avrebbe, invece, potuto costituire un impedimento ad un futuro matrimonio fra gli adulteri²⁴⁴.

V'è da notare che gli interrogativi posti da privati hanno ricevuto la medesima risposta, seppur separatamente, dai due decisori²⁴⁵, ovvero è stato consigliato

²⁴² *Responsum* del Rav Auerbach, in *Noam*, 1, 1958, 175; il nato è tuttavia considerato *safek mamzher*: A. STEINBERG, *Minchat Shelomò*, in *Assia*, 59-60, 1997, 11 n. 5.

²⁴³ Sul divieto della moglie adultera a suo marito ed all'adultero v. A.M. RABELLO, *Introduzione al Diritto*, cit., 165.

²⁴⁴ M. DRORI, *Artificial Insemination: is it adultery?*, in *Jewish Law and Current Legal Problems*, a cura di N. Rakover, Jerusalem, 1984, 203 ss.; A. SOFER AVRAHAM, *Nishmat Avraham*, 3, 12; il problema è stato trattato anche in diritto italiano, ove la maggioranza ha negato la presenza di adulterio nel caso di fecondazione eterologa, anche in difetto del consenso del marito; v. Pret. Padova 7 novembre 1958 in *Giur. It.* 1959, II, c. 84 con nota di Conti, *Eteroinsseminazione e adulterio*; L. NIVARRA, *Assenso del marito all'eteroinsseminazione della moglie e tutela costitutiva: una convivenza impossibile?* in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1999, 616 ss.; si consulti anche: M. DRORI, *Reflections on the Effect of Modern Techniques of Fertility on Family Law*, in *Medicine and Law*, 1982, 15 ss.; P. SHIFMAN, *Paternity of children born by artificial insemination*, in *Mishpatim*, 10, 1980, 63 ss.; ID., *First Encounter of Israeli Law with artificial insemination*, in *Israel Law Review*, 16, 250 ss.; J. GREEN, *Artificial insemination and Informed Consent*, Tel Aviv, 1995.

²⁴⁵ Si tratta sempre del Rav Feinstein e del Rav Auerbach; in tal senso anche il Rav Weinberg, *Responsa Seridè Esh* 3 n. 5 e il RAV S. GOREN, *Torat barefuà* ('La Torà della medicina'), cit., 168, che sottolinea che anche in questo caso rimane il problema della *chalizà* se il marito muore prima della moglie. Si veda anche RAV Z.P. FRANK, *Responsa Har Zvi*, *Ever Haezher*, n.4; A. STEINBERG, *Inseminazione artificiale*, cit., 158 s.; A. SOFER AVRAHAM, *Nishmat Avraham*, 3, 13; sulla *chalizà* v. A.M. RABELLO, *Introduzione*, cit., paragrafi 23, 29, 31, 45. In un *responsum* ad una persona privata che non poteva aver figli il RAV S. GOREN, *Torat barefuà*, cit., 189 permette l'inseminazione eterologa a condizione che vi sia il consenso del marito, che il seme provenga da un non-ebreo e consiglia di

di utilizzare il seme di un soggetto non ebreo al fine di evitare future ed eventuali unioni incestuose.

Infatti, in virtù della visione halachica, il nascituro sarebbe legato esclusivamente alla madre.

Ma vi è di più. Stante la presenza di una madre ebrea nonché l'acquisizione dello status di ebreo per via matrilineare, il nascituro, frutto di tale tipologia di inseminazione, sarà considerato ebreo a tutti gli effetti, senza bisogno di conversione²⁴⁶.

Tuttavia è doveroso precisare che, qualora il divieto posto dalle autorità rabbiniche in ordine al ricorso all'inseminazione artificiale eterologa venga violato, si pongono anche altri tipi di problematiche, quali quello relativo alla presunzione di paternità²⁴⁷ e quello della responsabilità per gli alimenti²⁴⁸.

mescolare anche seme del marito stesso. Infatti qualora si sia trattato di donazione mista e il marito abbia proseguito ad avere rapporti regolari con la moglie, un tribunale rabbinico ha ritenuto di dover ritenere valida la presunzione che il figlio sia da attribuire al marito. V. anche B. SCHERESCHEWSKY, *Family Law in Israel*, Jerusalem, 1992, 361 nt. 2, che fa presente come la presunzione di paternità del marito valga soltanto nei confronti di figli nati da rapporti sessuali normali, mentre nel caso di inseminazione artificiale il padre è considerato chi ha donato lo sperma, e si viene a creare una parentela con i parenti del donatore di sperma, v. ID., *ibidem*, 352 nt. 2 e 354 nt.17; P. SHIFMAN, *Dine mishpachà beIsrael*, II, 101 ss. Sulla posizione del Rav di Lubavitch si veda J.S. GINZBURG - A.B. PAVZNER, *Gli insegnamenti del Rav di Lubavitch sulla fecondazione 'in vitro' e sull'inseminazione artificiale*, in *Assia*, 61-62, 1998, 47 ss.

²⁴⁶ E ciò in base al principio che il bambino nato da una unione illegittima segue la condizione della madre e quindi sarà ebreo solo se la madre è ebrea, a prescindere dall'ebraicità, o meno, del padre. Si veda il Rav Auerbach in *Noam*, 1, 1958, 145 ss.; A. STEINBERG, *Minchat Shelomò*, in *Assia*, 59-60, 1997, 11, n. 6; B. SCHERESCHEWSKY, *Family Law in Israel*, Jerusalem, 1992, 354 nt. 17.

²⁴⁷ Il problema si è posto di recente anche davanti alla Cassazione civile italiana (sentenza 16 marzo 1999 n. 2315) in una causa di disconoscimento di paternità da parte del marito, che aveva acconsentito all'inseminazione eterologa da parte della moglie ma che in un secondo momento voleva disconoscere la paternità del bambino. Il Tribunale di primo grado e la Corte d'appello di Brescia avevano accolto le ragioni del marito, mentre la Cassazione ha ritenuto che «il marito che abbia validamente concordato o comunque manifestato il proprio preventivo consenso alla fecondazione eterologa non ha azione per il

La problematica del dovere del marito di pagare gli alimenti al figlio della moglie nato con inseminazione eterologa trova una differente soluzione a seconda che il marito abbia acconsentito o meno a tale inseminazione: a parere di talune autorità rabbiniche, il marito, nel caso in cui abbia prestato il consenso, sarà tenuto a pagare gli alimenti atteso che lo stesso ha positivamente partecipato alla decisione²⁴⁹.

disconoscimento della paternità del bambino nato in seguito a tale fecondazione». Si veda il testo della sentenza della Cassazione in *Responsabilità civile e previdenza*, 64, 1999, 1058 ss. con il commento *Un figlio, due padri* di A. GUARNIERI, *ivi*, 1064 ss.; l'A. critica la sentenza, rilevando che non si può stabilire la paternità per semplice consenso mentre si può vedere in tale consenso la base per una responsabilità contrattuale al mantenimento del bambino, o quanto meno la base per una responsabilità aquiliana, come aveva già era stato sostenuto da A. TRABUCCHI, *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*, in *Giurisprudenza italiana*, 1957, 217 ss.; ID., *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Rivista Diritto Civile*, 1986, 495 ss. Il Guarneri fa tuttavia presente che ci troviamo forse in una fase di passaggio, prima siamo passati dal *favor legitimitatis* al *favor veritatis* ed ora vi è chi tende a passare al *favor voluntatis*, facendo però presente l'esigenza (o diritto) della persona di conoscere le proprie origini biologiche «al fine di rispettare i divieti matrimoniali [...]», problema questo che turba, come abbiamo visto, anche le autorità halachiche. V. anche S. PATTI, *Verità e stato giuridico della persona*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1988, 239 ss. Oggi quanto è stato stabilito dalla sentenza della Cassazione è divenuto disposizione di legge: si veda l'art. 9, comma 1, legge 19 febbraio 2004 n. 40, venendo a negare al donatore di gameti «ogni relazione giuridica parentale con il nato», art. 9 comma 3, posizione questa difforme dal Diritto ebraico che prende tante precauzioni proprio in considerazione di tale relazione.

²⁴⁸ A. STEINBERG, *Inseminazione artificiale*, cit., 154 ss., con citazione delle varie opinioni.

²⁴⁹ Per es. è stato sostenuto da un tribunale rabbinico che il significato del consenso del marito all'inseminazione artificiale della moglie, anche se proibita, è che egli è d'accordo che la famiglia si allarghi, ed egli dovrà quindi pagare gli alimenti al figlio della moglie, nato da inseminazione artificiale, come garante (*'arev*), e ciò anche nel caso, giudicato appunto dal tribunale, che il figlio nato alla moglie sia affetto da sindrome di Down; tale opinione, che ci sembra logica, non è però accettata da tutti; l'obbligare, infatti, la donna ad essere responsabile per gli alimenti del figlio può anche essere considerato un motivo di più per dissuadere la donna dall'effettuare una procedura ritenuta proibita. Secondo B. SCHERESCHEWSKY, *Family Law in Israel*, Jerusalem, 1992, 388 nt. 76, il marito che ha acconsentito alla inseminazione artificiale eterologa dovrà pagare gli alimenti del figlio come parte del dovere di *zedakà* ('carità'), fino a quando proseguirà ad essere sposato a sua moglie; se invece non ha dato il suo consenso non dovrà sopportare le spese del parto e degli alimenti.

Non mancano opinioni diametralmente opposte di altri giudici di tribunali rabbinici, a parere dei quali il marito non è tenuto a pagare gli alimenti.

Nell'ipotesi in cui il marito non abbia prestato il proprio consenso alla inseminazione artificiale eterologa, o ne era addirittura completamente ignaro, quest'ultimo sarà considerato esentato dal dovere di pagare gli alimenti, costituendo, inoltre, tale procedura motivo e causa di divorzio da parte del marito²⁵⁰.

Infine, in ordine allo *status* del nascituro, si rinvergono contrastate correnti di pensiero: v'è chi ritiene che sia da considerarsi titolare della paternità colui il quale abbia donato il seme²⁵¹, v'è chi ritiene che il nascituro sia da considerarsi giuridicamente 'senza padre' (*sbtuki*)²⁵² o che la paternità sia 'in dubbio' (*safek sbtuki*).

In ogni caso, e secondo la maggioranza dei decisori, il figlio non viene considerato *mamzher*, nonostante la madre abbia violato i principi e lo spirito della religione ebraica, ciò costituendo un motivo di divorzio da parte di suo marito.

La posizione delle predette autorità rabbiniche, secondo le quali l'inseminazione artificiale eterologa non può considerarsi una forma di adulterio e che il figlio nato in virtù di tale tecnica non può essere considerato *mamzher*, impone la disamina di un ulteriore problema di natura morale che

²⁵⁰ Sul divorzio in Diritto ebraico v. A.M. RABELLO, *Introduzione*, cit., 140 ss.

²⁵¹ Così il Rav Feinstein, che teme per questo della possibilità di un futuro incesto (matrimonio tra fratello e sorella, figli dello stesso padre, donatore di seme. In diritto ebraico, quindi, il principio genetico o quello naturale (per es. la nascita) sono quelli che hanno rilevanza giuridica, mentre la Legge italiana 19 febbraio 2004 n. 40, art. 8 attribuisce «lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime».

²⁵² Così il già citato Responsa Sride Esh.

trova la propria fonte nel versetto biblico che viene riassunto²⁵³: «Come si fa nella terra d'Egitto dove avete risieduto non farete e come si fa nella terra di Canaan alla quale Io vi conduco, non farete»²⁵⁴; «ma voi osserverete le Mie leggi e i miei statuti e non farete nessuna di queste azioni abbominevoli [...]»²⁵⁵.

Dalla lettura di tale passo, quindi, si può desumere che il ricorso a tale tecnica è considerato immorale ed adatto alle popolazioni pagane.

Ci si interroga, quindi, circa il comportamento che debba adottare il fedele.

Quest'ultimo potrà esprimere i suoi dubbi e chiedere consiglio ad un Rabbino, il quale, a sua volta, potrà rivolgersi ad un'autorità rabbinica competente in materia.

Verranno, nella sostanza, esaminati diversi fattori, quali la durata del matrimonio senza aver avuto figli, il parere dei medici, la tutela della salvezza dell'integrità del nucleo familiare (*shelom bait*)²⁵⁶.

La soluzione alla problematica non potrà considerarsi univoca ed unitaria in quanto sarà necessario valutare il reale desiderio e la vera esigenza del marito nonché la sua probabile reazione: occorrerà valutare se il desiderio di avere propri figli sia prevalente.

²⁵³ Per esempio dal RAV. J. WEINBERG, *Responsa Seridé Esh* 3:5 e RAV E. WALDENBERG, *Responsa Ziz Eliezer* 3:27; cfr. D. SINCLAIR, *Assisted Reproduction*, cit., 95 ss.; ci sembra che questa posizione rigida sia stata adottata dal legislatore italiano nell'art. 4 comma 3 della Legge 19 febbraio 2004 n. 40: «È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo», anche se tuttavia il legislatore stesso si cimenta con la problematica della inseminazione eterologa all'art. 9, comminando però gravi sanzioni pecuniarie all'art. 9, comma 1.

²⁵⁴ Levitico 18:3.

²⁵⁵ Levitico 18:26.

²⁵⁶ Su tale concetto si veda A.M. RABELLO, *Introduzione*, paragrafi 36, 37, 42 e 46.

Può accadere, infatti, che nonostante l'iniziale consenso prestato alla fecondazione artificiale eterologa, il marito si possa sentire messo in disparte atteso che la moglie abbia risolto il proprio problema personale.

Di converso, se è prevalente nel marito il desiderio e la necessità di avere figli da sua moglie, che successivamente riconoscerà come propri, in tal caso il rabbino potrà acconsentire più facilmente.

Sarà necessario sapere con certezza chi sia il donatore del seme e sarà necessario preferire un donatore non-ebreo.

Tale procedura impone, quindi, quel grado di riservatezza e modestia che, a ben vedere, fanno parte di quel processo di santità esaltato dal versetto biblico: «Siate santi, poiché Santo sono Io, il Signore vostro Dio»²⁵⁷.

4.4. *Fecondazione assistita extrauterina.*

La tecnica della fecondazione artificiale costituisce una tipologia di procedura di inseminazione che viene realizzata in un contesto estraneo al corpo femminile.

Più specificamente vi sarà l'asportazione di alcuni ovuli della donna interessata che verranno introdotti in una provetta.

Nel contempo verrà iniettato, nell'ovulo, una determinata quantità di seme, del marito o di un donatore esterno, sicché la fecondazione si realizzerà nella provetta, cd. 'fertilizzazione in vitro'²⁵⁸.

²⁵⁷ Levitico 19:2.

²⁵⁸ È conosciuta con le iniziali IVF. Su di essa v. J.D. BLEICH, *'In vitro' fertilization: Questions of Maternal Identity and Conversion, in Jewish Law and the new reproductive technologies*, a cura di E. Feldman e J.B. Wolowesky, Hoboken, 1997, 46 ss.; F. ROSNER, *'In vitro' fertilization: Legal and Ethical considerations*, come riportato in

Conseguentemente la fecondazione, l'ovulo verrà inserito nell'utero della medesima donatrice, o di altra donna, oppure verrà congelato e verrà inserito dopo un determinato periodo di tempo.

Il ricorso a tale tecnica viene utilizzato allorché sussistano anomalie fisiologiche della donna, determinate, in particolare, dall'otturazione o dall'assenza delle trombe.

Può, tuttavia, anche accadere che vi siano problemi di sterilità maschile, che possono essere risolti grazie alla realizzazione di parte della procedura di inseminazione artificiale²⁵⁹.

Comunemente il bambino nato grazie a tale procedura viene denominato 'bambino provetta', mentre la donna che porta a termine una gravidanza per un'altra donna, allo scopo di consegnarle il bambino dopo la nascita, si chiama 'madre surrogata'.

Le problematiche halachiche circa il seme del marito e il donatore seguono gli stessi percorsi logico-argomentativi e sfociano nelle medesime soluzioni adottate in tema di inseminazione artificiale²⁶⁰.

Appare chiaro che nell'ottica religiosa non si rinvengono contrasti o divergenze tra il ricorso a tale procedura e la fede ebraica nella creazione del mondo e nella creazione dell'uomo da parte di D.o.

http://www.myjewishlearning.com/ideas_belief/bioethics/Bioethics_Fertility_TO/Bioethics_IVF_Rosner.htm: «the former Israeli Chief Rabbi Ovadiah Yosef gave his qualified approval to the *in vitro* (i.e. test tube) fertilization of the woman's egg with the husband's sperm and the reimplantation of the fertilized zygote or tiny embryo into the same woman's womb»; M. HALPERIN, *In vitro fertilization (IVF), Insemination and Egg-donation*, Relazione presentata al *The International Congress on Medicine, Ethics and Jewish Law*, Copenhagen, 1996.

²⁵⁹ A. LEWIN - 'A. SAFRAN, *Fertilizzazione in vitro*, in *Assia*, 55, 1995, 5 ss.

²⁶⁰ In realtà il Rav Waldenberg vede questa procedura come più difficile ad essere permessa, ma le sue motivazioni sono confutate, come vedremo, dal Rav Nebenzal; si veda A. SOFER AVRAHAM, *Nishmat Avraham*, 3, 14 s.

Trattasi, infatti, di un procedimento di formazione di un entità mediante l'utilizzo di materiale vivente e non, certamente, di una creazione *ex nihilo*.

La tradizione ebraica, a conforto di ciò, riconosce l'uomo come elemento partecipativo all'opera creativa di D.o, considerando, pertanto, colpevole chi si priva di ogni cosa.

La tradizione halachica vieta esplicitamente sia di considerare puro l'impuro e sia di considerare il puro come impuro²⁶¹.

Ciò che è permesso nel campo medico diviene nel contempo doveroso pur di salvare una vita umana o addirittura per migliorarla.

Ne discende che la problematica che si pone riguarderà l'armonia familiare, *shelom bait*, in quanto potrebbe il relativo nucleo potrebbe correre il rischio di disintegrarsi attesa la mancanza di figli.

Ciò, a ben vedere, costituisce una causa giustificativa del ricorso a tale procedura che verrà, quindi, giudicata e valutata esclusivamente da un punto di vista tecnico e morale.

I decisori, infatti, si interrogano circa le conseguenze negative che potrebbe venirsi a determinare sulla santità della vita familiare²⁶², circa la possibilità di verifica di un incesto o di un adulterio, circa la possibilità che tale procedura possa determinare un'interruzione del legame tra il donatore e l'embrione fecondato.

²⁶¹ Talmud di Gerusalemme, Trattato Terumot 5:3 ed anche «come è proibito permettere ciò che è proibito, così è proibito proibire ciò che è permesso» *Responsa Maimoni sui cibi proibiti*, n. 15, secondo il Talmud di Gerusalemme. Cfr. A. STEINBERG, voce *Fertilizzazione 'in vitro'*, cit., 115 ss. E 165.

²⁶² Vedi J. BEN-MEIR, Z. LEV, A. KILAV, *'In vitro' fertilization: Surrogate motherhood*, in *Emek Halacha*, a cura di A. Steinberg, Jerusalem, 1989, II, 141 ss.; A. STEINBERG, voce *Fertilizzazione 'in vitro'*, cit.

La maternità impone un duplice ordine di funzioni: una funzione genetica, consistente nella donazione dell'ovulo²⁶³ per la fecondazione, ed una funzione fisiologica, consistente nel dovere di nutrire e curare il feto per farlo successivamente nascere.

Se nella procedura ordinaria e naturale le predette funzioni vengono svolte dalla medesima donna, nel caso di inseminazione artificiale extrauterina le funzioni materne verranno espletate da due donne diverse.

Ci si interroga, quindi, chi, secondo la *Halachà*, sarà da considerarsi la madre del bambino, ovvero la donna genetica o la donna che ha partorito.

Se la paternità biologica coincide sempre con quella genetica, atteso che la sua unica funzione consiste nella donazione del seme, non necessitando di una partecipazione biologica successiva, opinioni divergenti si registrano, invece, in ordine alla determinazione della maternità.

In via preliminare sarà necessario valutare l'ammissibilità di tale procedimento nonché lo status del bambino²⁶⁴ che può nascere da tale procedimento.

Il nascituro, a ben vedere, potrebbe trovarsi di fronte a sei differenti soggetti: il donatore del seme, la donatrice dell'ovulo, la coppia che richiede il procedimento, la madre surrogata e suo marito.

A parere di talune autorità rabbiniche²⁶⁵ è consentito il ricorso alla procreazione assistita extrauterina solo allorquando non esistano soluzioni alternative alla

²⁶³ Cfr. E. BICK, 'Ovum donationis': a Rabbinic conceptual model of maternity, in *Jewish Law and the new reproductive technologies*, a cura di E. Feldman e J.B. Wolowesky, Hoboken, 1997, 83 ss.

²⁶⁴ M. CORINALDI, *The Legal Status of a Child born from Artificial Insemination from an alien Donor or a Donated Ovule*, in *Shenaton hamishpat haivri*, 18-19, 1992-1994, 265 ss.; Y. BEN-MEIR, *Test Tube Fertilization-Status of the Fetus*, in *Assia*, 8, 1995, 153 ss.

²⁶⁵ Si veda per es. il Rav Ovadià Josef, *Responsa Yabia` Omer*, 8, 448; Rav A. Nebenzal, in *Assia*, 5, 1986, 92 s.; M. DRORI, *Genetic Engineering: Preliminary*

possibilità di avere figli, purchè il seme donatoria sia del marito o, in taluni casi eccezionali, così come sostiene il Rav Feinstein, di un non ebreo.

Tale decisione trova la propria giustificazione in due fattori di notevole rilevanza: la tutela e la salvaguardia del nucleo familiare nonchè l'osservanza del precetto biblico "crescete e moltiplicatevi".

È doveroso, tuttavia, precisare che tale posizione apparentemente di apertura nei confronti delle coppie può indurre alla determinazione di problematiche di non poco conto qualora il seme non provenga dal marito.

Può accadere, infatti, che in tale ipotesi che il figlio nato grazie al ricorso a tale procedura possa essere considerato come figlio adulterino: *mamzher*²⁶⁶.

Non mancano, però, autorità rabbiniche che, pur vietando tale tipo di procedimento, soprattutto per ragioni morali²⁶⁷, ritengono inesistente il rapporto tra il donatore del seme ed il bambino nato, per l'appunto, in provetta.

discussion of its legal and Halachic Aspects, in *Techumin*, 1, 1980, 280 ss.; A. STEINBERG, *Fertilizzazione in vitro*, cit., 128 s.

²⁶⁶ Tale problema non sussiste quando la donna non è sposata: A. STEINBERG, *Inseminazione artificiale*, cit., 159. La problematica è quella che abbiamo esaminato a proposito dell'inseminazione artificiale eterologa (AID).

²⁶⁷ Si veda per es. il già citato Rav I. Jakobovits, *Jewish Medical Ethics*, cit., 235: «La *Halachà* ebraica si oppone assolutamente all'inseminazione artificiale [eterologa] per motivi morali più che per una contrarietà ad una specifica norma» e ciò in particolare per mantenere il legame fra matrimonio e nascita di bambini; si vuole anche evitare che una donna, accusata di adulterio, possa sostenere che il bambino è nato da inseminazione artificiale; vi è infine il pericolo di perdere il significato mistico della nascita che vede, secondo l'interpretazione Talmudica, tre soci nella nascita di un uomo: il padre, la madre, il Santo, Benedetto Egli sia (T.B., *Kiddushin*, 30b). V. anche il RAV I.E. HENKIN, *Responsa Ivra*, 100 s. che ritiene che vi sia in tale procedura una offesa alla santità della famiglia ebraica e che pertanto sia meglio allevare un orfano. Se proprio si vuole praticare l'inseminazione artificiale, bisogna essere sicuri che il seme sia solo del marito. (In merito all'allevamento di un orfano cfr. la legge italiana 19 febbraio 2004 n. 40, art. 6, comma 1: «Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento [...]»).

A ben vedere, infatti, non vi potrà essere la qualificazione di figlio adulterino atteso che la provetta interrompe qualsivoglia relazione tra donatore e nato, sospendendo, per l'effetto, la possibilità di attribuire la paternità al donatore del seme.

Ma ciò che, poi, si evidenzia, tanto da non potersi discorrere di adulterio, è la mancanza di qualsivoglia rapporto intimo e diretto tra la donna ed il donatore.

Nell'ipotesi, invece, di inseminazione artificiale omologa, poichè il seme del donatore è del marito, il procedimento viene, di regola, considerato consentito, ma il bambino non è giuridicamente attribuito, da questi ultimi decisori, al padre genetico, avendo egli tuttavia, secondo alcuni, il dovere di alimentare il bambino²⁶⁸.

Per mero scrupolo si vuol precisare che il bambino nato in provetta è da considerarsi al pari di qualsiasi altro uomo e, pertanto, non potrà essere lesa o uccisa: la sua creazione è naturale e solo l'unione iniziale fra il seme e l'ovulo avviene fuori del corpo della donna²⁶⁹.

Ulteriori problematiche possono sorgere allorquando, nonostante il desiderio della moglie di avere figli, il marito non è in grado di averne.

In tale ipotesi il Tribunale rabbinico potrà, su richiesta della moglie, obbligare il marito a concederle il divorzio.

Ci si interroga, però, se a medesime conclusioni può giungersi nel caso in cui il marito, incapace di riprodursi, sia disposto a ricorrere al procedimento di inseminazione artificiale.

²⁶⁸ Nel caso di inseminazione mista secondo molti valgono praticamente le stesse regole della inseminazione eterologa, dato che normalmente il seme del marito è inadatto all'inseminazione e viene usato soprattutto per problemi psicologici; è una procedura che si usa sempre di meno. Cfr. A. STEINBERG, *Inseminazione artificiale*, cit., 159.

²⁶⁹ M. HERSHLER, in *Halachà verefuà*, 1, 1980, 307 ss.

Un precedente giurisprudenziale risale al 1965 ove il Tribunale rabbinico di Tel Aviv obbligò il marito a concedere il *ghet* alla moglie, nonostante l'intenzione del marito di ricorrere alla procedura di inseminazione artificiale e nonostante i medici avessero espresso parere favorevole alla inseminazione in vitro²⁷⁰.

I decisori giunsero a tale conclusione partendo dall'assunto secondo cui è diritto della donna avere dei figli nel modo tradizionale e naturale e, pertanto, obbligarono il marito a divorziare²⁷¹.

La problematica più comune sottoposta al vaglio dei tribunali rabbinici riguarda la determinazione, quale causa di divorzio, da parte del marito, della circostanza che la moglie abbia fatto ricorso alla procedura di inseminazione artificiale.

Nell'ipotesi in cui il marito non abbia prestato il consenso, o qualora ne fosse addirittura ignaro, quest'ultimo potrà divorziare dalla moglie, la quale dovrà accettare il *ghet*²⁷², senza l'obbligo di mantenimento del figlio della donna.

Infine, un'ulteriore problema da prendere in esame, attiene al grado di credibilità dei medici che rivestono un ruolo determinante nel procedimento di procreazione in vitro.

Il rischio ed il dubbio risiede nella possibilità che possa venir cambiato l'ovulo di una donna con quello di un'altra e il seme del marito con quello di un altro uomo per fecondare l'ovulo²⁷³.

²⁷⁰ Cfr. J.D. BLEICH, 'In vitro', cit., 46 ss.; M. HALPERIN, 'In vitro', cit., 25 ss.

²⁷¹ J. GREEN, *L'inseminazione artificiale nella giurisprudenza e legislazione nello Stato d'Israele*, in *Assia*, 5, 1986, 125 ss.; A. STEINBERG, *Inseminazione artificiale*, cit., 152 nt. 22.

²⁷² Sentenza del tribunale rabbinico di Gerusalemme, a cura del Rav Waldenberg, conforme il suo *Responsum*, pubblicato nel suo *Ziẓ Eliezer*, 9:51.

²⁷³ Anche la legge italiana 19 febbraio 2004 n. 40 ha un atteggiamento molto negativo verso l'esercente una professione sanitaria che agisca *contra legem*, come si può apprendere dall'art. 12 comma 9.

Al fine di evitare tali antipatici equivoci, il Rav Goren, già Rabbino capo di Israele, determinò e fissò alcune regole che consentissero di effettuare la fecondazione in vitro²⁷⁴ : 1) nel dipartimento in cui viene effettuata la procreazione assistita non verrà effettuata altro che una fecondazione in vitro per volta; dal momento cioè in cui viene estratto l'ovulo fino al momento in cui viene rimesso nell'utero della donna l'ovulo fecondato, non verrà effettuata in quell'ospedale nessun'altra fecondazione assistita; 2) Nel dipartimento in cui viene effettuata la procreazione assistita non vi sarà una banca o un deposito di sperma, per essere sicuri che la fecondazione dell'ovulo viene effettuata esclusivamente con lo sperma del marito; 3) La fecondazione assistita verrà effettuata solo fra i membri di una coppia sposati regolarmente²⁷⁵ ed in cui la donna non riesce a divenire incinta, per esempio per un difetto nelle trombe; 4) Il direttore del dipartimento rilascerà una dichiarazione da lui firmata, attestante che non che si assume la responsabilità affinché l'ovulo della donna non venga scambiato con quello di un'altra donna, che non le verrà immesso l'ovulo fecondato di un'altra donna e che la fecondazione dell'ovulo sarà effettuata esclusivamente con il seme del marito; 5) Le disposizioni si concludono con una benedizione, il che fa intravedere tutta la tensione fra il

²⁷⁴ Va precisato che queste condizioni hanno valore per un ebreo osservante che vuole assoggettarsi alle regole ebraiche tradizionali; esse non obbligano necessariamente un ospedale che non voglia sottoporsi a simili controlli, che sembrano tuttavia ispirati anche al buon senso.

²⁷⁵ L'art. 5 della l. 19 febbraio 2004 n. 40 stabilisce che «possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso [e questo è senz'altro conforme al Diritto ebraico], coniugate o conviventi [il Diritto ebraico si riferisce soltanto a coniugate, ma nello Stato di Israele anche ai conviventi], [...] entrambi viventi» (il Diritto ebraico ammette invece, sotto certe condizioni, anche una inseminazione artificiale *post-mortem*. Si veda M. HALPERIN, 'Post-Mortem' Sperm Retrieval, in *Journal of Jewish Medical Ethics and Halakha*, 4, 2001, n. 1. In questa sede tratteremo solo dei trattamenti *inter vivos*. Si vedano le sanzioni pecuniarie previste dalla legge italiana all'art. 12 comma 2).

timore di una trasgressione e il compimento, invece, di un importante precetto: «Se vi sarà nell'ospedale una disposizione completa ad osservare queste condizioni, secondo la loro lettera e il loro spirito, e verrà permesso un controllo continuo da parte del Rabbinate centrale, non vi è alcun divieto da parte della *Halachà* ad effettuare la fecondazione in vitro. Ed il Sign.re sia in vostro aiuto, che possiate riuscire bene in tutto quello che fate per permettere l'adempimento del primo precetto della *Torah*: “crescete e moltiplicatevi e riempite la terra” (Genesi 1:28)»²⁷⁶.

4.5. *L'intervento storico della Corte Costituzionale: la sentenza 9 aprile 10 giugno 2014, n. 162.*

La Corte Costituzionale, con la nota sentenza 9 aprile - 10 giugno 2014, n. 162, «ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 4, comma 3 , 9, commi 1 e 3 e 12 , comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40, relativi al divieto di fecondazione eterologa medicalmente assistita».

La Consulta, chiarendo che tale decisione non implica alcun “vuoto normativo”, ha considerato la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, al pari del tipo omologo, una species rientrante nel più ampio genus

²⁷⁶ RAV S. GOREN, *Torat barefuà*, cit., 170 ss.; si veda anche il responsum del rav M. Chacham, *Responsa Zabav Chacham*, 3:35, 109 ss.: quando sembra evidente che il medico dice la verità, ci si può basare sulle sue parole che userà solo il seme del marito. Si veda anche il RAV J. ARIEL, *Procreazione assistita e madre surrogata*, in *Techumin*, 16, 1996, 171 ss., secondo cui sarebbe preferibile che la procedura della fecondazione dell'ovulo fosse fatta alla presenza di due testimoni, ma se la cosa è impossibile ci si può basare anche su un solo testimone, ed è preferibile che questo sia una addetta al laboratorio, temente del Sign.re. Sulla posizione del Rav di Lubavitch sull'argomento v. J.S. GINZBURG - A.B. PAVZNER, *Gli insegnamenti del Rav di Lubavitch sulla fecondazione 'in vitro' e sull'inseminazione artificiale*, in *Assia*, 61-62, 1998, 55 nt. 15.

della procreazione medicalmente assistita e che, per l'effetto, tale metodologia può soggiacere alle norme di cui alla legge 40/2004.

In via preliminare si chiarisce che «la PMA di tipo eterologo mira a favorire la vita e pone problematiche (semmai) riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita [...] dovendosi in radice escludere finalità illegittime o eugenetiche», e successivamente che «la procreazione medicalmente assistita coinvolge “plurime esigenze costituzionali” (sentenza n. 347 del 1998) e, conseguentemente, la legge n. 40 del 2004 incide su una molteplicità di interessi di tale rango. Questi, nel loro complesso, richiedono “un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa” ad ognuno (sentenza n. 45/2005), avendo, infatti, questa Corte già affermato che la stessa “tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione” (sentenza n. 151/2009)».

Trattandosi di temi eticamente sensibili, «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene “primariamente alla valutazione del legislatore” (sentenza n. 347 del 1998), ma resta ferma la sindacabilità della stessa, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano».

Accertato, inoltre, che il divieto assoluto non viola alcuna norma di rango internazionale, la Corte ha ritenuto che quest'ultimo fosse «privo di adeguato fondamento costituzionale».

D'altronde la pratica in esame, distinguendosi dalla surrogazione di maternità, fino al 2004 è stata oggetto di una regolamentazione fortificata da una normativa tecnica di dettaglio.

Secondo la Consulta «la scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare».

Pertanto, la decisione di una coppia, sterile o infertile, di avere un figlio, «concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, qualora non vulneri altri valori costituzionali, non può che essere incoercibile, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera».

A conforto di ciò già precedenti decisioni costituzionali avevano evidenziato come la legge n. 40 del 2004 fosse orientata alla «tutela delle esigenze di procreazione», da contemperare con ulteriori valori costituzionali, senza peraltro che sia stata riconosciuta a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi (sentenza n. 151 del 2009)».

In una diversa ottica, inoltre, sono anche sorti dubbi in ordine alla tutela costituzionale della famiglia e alla relativa realizzazione.

Pertanto, «anche indipendentemente dal dato genetico, la costituzione della famiglia è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione».

V'è da precisare, inoltre, che in ordine al divieto sul diritto alla salute, che secondo l'orientamento della Organizzazione Mondiale della Sanità «Il possesso del migliore stato di sanità possibile (sul piano, fisico, psichico e

sociale) costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano»²⁷⁷, l'impossibilità di avere figli, ciò pregiudicando la determinazione di una famiglia, mediante il ricorso alla procreazione medicalmente assistita eterologa, incide «negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia, nell'accezione che al relativo diritto deve essere data, secondo quanto sopra esposto».

In tal senso nei casi di patologie produttive di una disabilità, «la discrezionalità spettante al legislatore ordinario nell'individuare le misure a tutela di quanti ne sono affetti incontra, inoltre, il limite del «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (sentenze n. 80 del 2010, n. 251 del 2008). Ne discende che «Un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati (sentenza n. 8 del 2011), anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela nei termini nei quali essa si impone alla luce della nozione sopra posta».

In virtù di una precedente giurisprudenza costituzionale, infine, la Corte ha ribadito che «in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali»²⁷⁸.

²⁷⁷ Atto di costituzione dell'OMS, firmato a New York il 22 luglio 1946.

²⁷⁸ Sentenza n. 151 del 2009.

Un ulteriore aspetto, non secondario, che ha premurato la Consulta è stato quello di precisare che la pronuncia non ha determinato alcun vuoto normativo, sebbene, infatti, l'Avvocatura dello Stato avesse obiettato ed invocato un ipotetico pericolo di una genitorialità innaturale che avrebbe potuto, per l'effetto, determinare la violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica²⁷⁹.

Costituendo, infatti, la legge 40 del 2004 una legge “costituzionalmente necessaria”²⁸⁰, «l'illegittimità del divieto in esame, opera esclusivamente in riferimento al caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute» con la conseguenza che la pratica deve ritenersi consentita solo «qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere» le cause di sterilità o infertilità e sia stato accertato il carattere assoluto delle stesse, dovendo siffatte circostanze essere documentate da atto medico». Il ricorso a questa tecnica, «non diversamente da quella di tipo omologo, dovrà inoltre, osservare i principi di gradualità e del consenso informato stabiliti dal citato art. 4, comma 2».

²⁷⁹ D'altra parte che il pericolo di vuoto normativo non vi sia risulta confermato dalla stessa decisione della Consulta relativa all'ammissibilità dei referendum abrogativi sulla legge n. 40/2004. In particolare segnatamente al quesito inerente al terzo comma dell'art. 4 e alle altre disposizioni relative alla donazione di gameti esterni alla coppia (sent. n. 49 del 2005), la Corte ha rilevato che «non può dirsi che la eventuale abrogazione delle disposizioni oggetto del quesito sia suscettibile di far venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario, così da sottrarsi alla possibilità di abrogazione referendaria». Peraltro secondo la Corte anche rispetto agli evocati rischi per il concepito e pericoli di eugenetica ha rilevato che «La richiesta referendaria, in particolare, non si pone in alcun modo in contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 e con il Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, e recepiti nel nostro ordinamento con la legge 28 marzo 2001, n. 145 (Ratifica della Convenzione di Oviedo)».

²⁸⁰ Sentenza n. 45 del 2005.

Al fine di evitare equivoci la Corte precisa poi come «Dalle norme vigenti è, dunque, già desumibile una regolamentazione della PMA di tipo eterologo che, in relazione ai profili ulteriori rispetto a quelli sopra approfonditi, è ricavabile, mediante gli ordinari strumenti interpretativi, dalla disciplina concernente, in linea generale, la donazione di tessuti e cellule umani, in quanto espressiva di principi generali pur nelle diversità delle fattispecie (in ordine, esemplificativamente, alla gratuità e volontarietà della donazione, alle modalità del consenso, all'anonimato del donatore, alle esigenze di tutela sotto il profilo sanitario, oggetto degli artt. 12, 13, comma 1, 14 e 15 del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 191)».

V'è da precisare, inoltre, che in ordine all'invocata violazione del diritto all'identità genetica, tale puntualizzazione appare infondata atteso il diritto all'anonimato e alla tutela della integrità della famiglia.

La giustificazione, a ben vedere, risiederebbe nell'art. 28 della Legge n. 184 del 1983, così come modificato dalla sentenza n. 278 del 2013 mirante a tutelare la scelta compiuta dalla madre naturale e del suo diritto all'anonimato.

D'altronde v'è da notare come la questione sia già oggetto di puntuale regolamentazione ad opera, in primis, della stessa Legge 40/04 che al comma 3 dell'art. 9 prevede espressamente che «il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi».

Logico corollario della predetta disposizione e in conformità con le regole vigenti nel sistema, anche per il figlio dovrà ragionevolmente ritenersi non consentito di instaurare alcuna relazione giuridica con il donatore/ce anonimo/a che in tal senso abbia manifestato la propria volontà, se non alle condizioni e nei limiti dettati dalla legge.

Il punto di riferimento normativo di partenza è l'art. 14, D.Lgs. 191/07 in tema di controllo, stoccaggio, conservazione e distribuzione di tessuti e cellule umane che prevede, tra le altre, che tutte le informazioni genetiche inerenti cellule e tessuti (anche i gameti e gli embrioni embrioni sono ricompresi in tale categoria ai sensi dell'art 1 del D.Lgs. 16/2010) sono rese anonime di talchè né il donatore né il ricevente siano identificabili, all'art. 177, c. 2, D.Lgs. 196/03 in tema di disciplina anagrafica e all'art. 28 della legge sull'adozione 183/83, che dovranno ritenersi applicabili per analogia attesa l'identità di *ratio* degli interessi dedotti e deducibili nelle fattispecie considerate.

Si rileva, infine, la violazione del canone di ragionevolezza da intendersi quale manifestazione del principio di uguaglianza e del divieto di discriminazione. Secondo la corte: «Il censurato divieto, nella sua assolutezza, è pertanto il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento, non giustificabile neppure richiamando l'esigenza di intervenire con norme primarie o secondarie per stabilire alcuni profili della disciplina della PMA di tipo eterologo».

Appare chiaro, quindi, che ci si troverebbe dinanzi ad una difformità tra quanto vietato e le finalità da soddisfare, «tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti (sentenza n. 1130 del 1988)». Ne deriva che «la preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo introduce un evidente elemento di irrazionalità, poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute, nei termini sopra esposti, è stabilita in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la *ratio legis*». A ciò deve aggiungersi quale ulteriore elemento di irrazionalità l'ingiustificato, «diverso trattamento delle coppie affette dalla più grave patologia, in base alla capacità

economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale, negato solo a quelle prive delle risorse finanziarie necessarie per potere fare ricorso a tale tecnica recandosi in altri Paesi».

Alla luce di quanto esposto, a parere della Consulta, il divieto oggi soppresso, quindi, determinava «una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali, in virtù di quanto sopra rilevato in ordine ad alcuni dei più importanti profili della situazione giuridica dello stesso, già desumibile dalle norme vigenti, devono ritenersi congruamente garantite».

5. *La maternità surrogata.*

Seppur il diritto alla procreazione costituisce un diritto fondamentale, riconducibile alla previsione di cui all'art. 2 della Costituzione, nella tradizione giuridica italiana non se ne rinviene alcun esplicito riconoscimento se non ricorrendo alle norme di diritto internazionale, quali l'art. 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo del 1950, l'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, l'art. 23 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 e dalle norme relative al rispetto della vita privata e familiare, stabilite dall'art. 8 della stessa Convenzione europea²⁸¹.

²⁸¹ M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Trattato di diritto privato. Persone e famiglia*, 2, 1, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, 52; Sul diritto alla procreazione come diritto della personalità vedi tra gli altri: P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 174 s.; ID., *L'inseminazione artificiale tra principi costituzionali e riforme legislative*, in AA.VV., *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, a cura di G. Ferrando, Padova, 1989, 143.

Tuttavia, nel nostro ordinamento, un implicito riconoscimento del diritto alla procreazione lo si deduce anche da talune disposizioni costituzionali: gli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione riconoscendo “i diritti della famiglia”, per l'effetto, ne ricomprendono anche il diritto a formare la famiglia ivi compreso il diritto ad avere figli²⁸².

Un timido riconoscimento del suddetto diritto fondamentale è rinvenibile nell'art. 1 della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza (l. n. 194 del 1978): «Lo stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile». Stante l'utopica libertà riconosciuta, la problematica sorge in ordine alla procreazione assistita.

La l. n. 40 del 2004, disciplinante il fenomeno della procreazione medicalmente assistita, all'art. 12 comma 6 dispone il divieto, penalmente sanzionato, di «realizzare, organizzare o pubblicizzare» la commercializzazione di gameti o di embrioni o «la surrogazione di maternità».

La libertà di procreazione, nell'ipotesi di maternità surrogata, sarebbe limitata, oltre che dalla morale cattolica, anche in virtù della molteplicità dei soggetti coinvolti e dei relativi interessi: donatori, genitori sociali, nascituri.

Appare opportuno distinguere tra surrogazione ‘omologa’, in cui la madre sostituita si limita ad accogliere un embrione formato dai gameti della stessa coppia committente (c.d. ‘affitto di utero’), e surrogazione ‘eterologa’ in cui è la stessa madre surrogata a fornire l'ovocita destinato alla fecondazione con il seme del maschio della coppia committente (c.d. ‘surrogazione per concepimento e gestazione’).

²⁸² A. SANDULLI, *Rapporti etico-sociali sub art. 29*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Padova, 1992, 22.

Nel caso della surrogazione 'eterologa' può anche accadere che i gameti da cui deriva l'embrione impiantato nel grembo della madre sostituta siano forniti da terze persone, estranee, tanto alla coppia committente, quanto alla stessa madre surrogata²⁸³.

Ne discende, che sarà considerata madre 'genetica' la donna cui risale l'ovocita fecondata, madre 'biologica' la donna che ha condotto la gestazione, ed infine madre 'sociale' o 'committente' quella che ebbe a determinare il procedimento procreativo, con l'originaria scelta della maternità, e ad esprimere la volontà di assumere, in proprio e integralmente, la responsabilità genitoriale sul figlio nato. Nell'ipotesi, invece, di "surrogazione per sola gestione" ('omologa') le figure della maternità genetica e quella della maternità sociale vengono a coincidere.

L'accordo di maternità surrogata consiste nell'accordo fra soggetti privati in forza del quale una donna (cd. 'madre surrogata') si impegna nei confronti di un altro soggetto o di altri soggetti ('committente' o 'committenti') a sottoporsi a fecondazione artificiale²⁸⁴, a condurre la gravidanza e a partorire un bambino

²⁸³ Vd. il caso *Re Buzzanca*, *Superior Court of California, Family Law Division*, 27 agosto 1997, in *Fam. dir.*, 1997, 405, con nota di V. CARBONE, *Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità: il caso Baby J.*

²⁸⁴ Va osservato peraltro che v'è surrogazione di maternità non solo allorché l'ovulo viene fecondato esternamente alla futura gestante sostitutiva e successivamente impiantato nell'utero di questa tramite un intervento medico di fecondazione artificiale, ma anche nell'ipotesi in cui il bambino venga concepito mediante la consumazione del rapporto sessuale con la gestante sostitutiva. Secondo il *New South Wales Law Reform Commission, Artificial Conception. Discussion Paper 3. Surrogate Motherhood*, agosto 1988, «Surrogacy arrangements need not necessarily involve techniques of artificial conception» (1.1.2) e «There is some evidence that surrogacy arrangements are entered into where conception occurs by natural sexual intercourse. It is impossible to gauge the extent of naturally-conceived pregnancies that are commissioned because women may choose not to disclose the circumstances of their pregnancy» (2.3). Nel caso inglese *Re adoption application case No. A.A. 212/86 (Surrogacy)*, in *Family Court Reporter*, 1987, 161, il concepimento risultò da un rapporto sessuale intervenuto fra il marito della coppia committente e la gestante sostitutiva.

rispetto al quale essa si impegna a non vantare né esercitare alcun ruolo genitoriale.

Più specificamente, in tutti gli accordi la madre surrogata si impegna: a sottoporsi alle pratiche di fecondazione artificiale, a condurre la gravidanza sino al termine e dare così alla luce il bambino, a rinunciare a vantare qualsiasi diritto genitoriale nei confronti del bambino che ha partorito, atteso che di questo ne sarà destinatario il committente o i committenti.

Nel contempo i committenti si impegnano ad anticipare o fornire tutte le somme necessarie per far fronte alle spese di gravidanza e di parto, a corrisponder eun corrispettivo per la sua prestazione, ad acquisire i diritti e dovere derivanti dalla qualità di genitori.

Al fine di stabilire chi debba essere considerata la madre del nato da maternità surrogata occorre prendere in considerazione le tre ipotetiche figure materne, a dimostrazione di quanto sia difficile affrontare la c.d. *'reproductive revolution'* che ha frammentato la maternità²⁸⁵.

Secondo una prima impostazione vi sarebbe la prevalenza della madre che ha partorito²⁸⁶.

²⁸⁵ P. WELLS - D. WELLS, *The Reproduction revolution*, Oxford, 1984.

²⁸⁶ Nell'ordinamento italiano tale tesi è sostenuta da C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2. La famiglia. Le successioni*, Milano, 1998, 295, secondo il quale «si tratta piuttosto di sapere se la madre genetica abbia un titolo per far valere la sua maternità e se questo titolo possa ritenersi pozione rispetto a quello della madre uterina. L'ultimo quesito deve risolversi negativamente in quanto è la gestazione che crea l'essenziale e concreto rapporto materno in cui si realizza l'accoglimento dell'essere umano. La forzata sottrazione del minore alla madre uterina appare quindi inammissibile in ragione del preminente interesse del minore a mantenere il rapporto materno già naturalmente costituito e vissuto»; L. ROSSI CARLEO, *Maternità surrogata e 'status' del nato*, in *Famiglia*, 2002, 403, secondo la quale «La complessità del tema induce a ritenere tuttora valido «l'invito ad attenersi alla legislazione vigente», la quale ci dice che madre è colei che ha partorito. Attenersi alla legislazione vigente e proclamare, quindi secondo il dettato dell'art. 269 cod.civ., che «la madre è colei che partorisce è in realtà una misura di dissuasione dalla surrogazione», misura che tuttavia non

L'alternativa, invece, è rappresentata da chi sostiene, invece, che la madre legale sia colei che abbia fornito l'ovulo (rapporto di consanguineità)²⁸⁷.

La terza posizione è quella di chi, infine, attribuisce autonoma rilevanza giuridica alla volontà della donna di avere un figlio, sia pure ricorrendo alla capacità gestazionale altrui.

Parallelamente alla figura materna, anche per la figura paterna si rinvencono o il 'padre genetico', ovvero colui che ha donato il seme necessario per la fecondazione artificiale, il 'padre committente', ovvero colui che ha commissionato, il marito della madre gestazionale.

Pertanto, ai fini dell'attribuzione della genitorialità, o maternità o paternità, occorrerà prendere in esame la relativa disciplina, laddove presente, ed in mancanza, la disciplina tradizionale in materia di *status filiationis*.

Nell'ordinamento italiano lo *status filiationis* è fondato sul principio secondo cui la qualità di genitore di acquista in virtù del legame biologico²⁸⁸.

impedisce, posta la mancanza di un divieto, la possibilità del 'dono', né impedisce, quindi, il realizzarsi di una sostituzione caratterizzata dalla solidarietà, e che, pertanto, non deve considerarsi come una rinuncia alla discussione, ma si può considerare come una «presa di posizione, un invito a non correre dietro alle novità della scienza» e, principalmente, a non lasciarsi sopraffare dall'indotto economico che a questi progressi inevitabilmente si collega e che spesso, nell'offrirci l'illusione di un ampliarsi delle scelte autodeterminate, finisce con l'indirizzare le nostre decisioni più intime»; A. TRABUCCHI, voce *Inseminazione artificiale (diritto civile)*, in *Novissimo Dig. It.*, VIII, 732, il quale identifica nella maturazione che si opera nel corpo della gestante la formazione della vita dell'uomo, T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadr.*, 1986, 56, MILAN, *La madre su commissione. Problemi giuridici*, in *Manipolazione genetica e diritto, Quaderni di Iustitia*, Milano, 1986, 314.

²⁸⁷ In questo senso A.E. STUMPF, *Redefining Mother: A Legal Matrix for New Reproductive Technologies*, in *Yale Law Journal*, 1986, 96, 108, 105; R. CLARIZIA, *Procreazione artificiale e tutela del minore*, Milano, 1988, 148, M. MORI, *La fecondazione artificiale: questioni morali nell'esperienza giuridica*, Milano, 1988, G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Torino, 1998, 104.

²⁸⁸ M. SESTA, *Le azioni di disconoscimento, di contestazione e di reclamo di legittimità*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, *Il diritto di famiglia*, III, Torino, 1999; G. FERRANDO, voce *Filiazione legittima e naturale*, in *Dig. disc. civ.*, VIII, Torino, 1992, 295 ss.; ID., voce *Filiazione: I) Rapporto di filiazione*, in *Enc. giur.* Treccani,

Di fronte al fenomeno della maternità surrogata, la certezza della generazione del figlio da parte della moglie, sulla quale si fonderebbe la presunzione di paternità, appare venir meno.

Tuttavia, la questione dell'affidamento del minore nato da pratiche surrogatorie è valutata in virtù del principio del *'best interest of the child'*.

Per la tradizione ebraica la maternità surrogata comporta problemi sia di natura morale che giuridica: oltre alla coppia vi è la presenza di un'altra donna.

In ordine al problema dell'identità giuridica della madre, è opinione maggioritaria quella secondo cui può essere considerata madre colei che partorisce il bambino²⁸⁹, contrariamente a quanto ritiene altra corrente secondo cui la madre è quella biologica, ovvero colei che ha donato l'ovulo²⁹⁰.

A secondo dell'adesione ad una delle due impostazioni summenzionate potrà essere risolto, inoltre, la problematica che sorge qualora solo una delle donne, implicate nella maternità surrogata, sia ebrea.

Atteso che per la *Halachà* l'identità ebraica viene trasmessa per via matrilineare, ne discende che qualora si aderisca alla tesi maggioritaria secondo cui la madre

XIV, Roma, 1989, 2 ss.; G. TAMBURRINO, *La filiazione*, in *Giur. dir. civ. comm.*, fondata da BIGIAMI, Torino, 1984, 95 ss. In particolare, sui caratteri e sulla funzione dell'atto di nascita, v., per tutti, A. IANNELLI, *Stato della persona e atti dello stato civile*, Napoli, 1984, *passim*; ID., *Il diritto all'identità personale e l'attribuzione del cognome al figlio nato fuori dal matrimonio*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, 1982, 135 ss.

²⁸⁹ Rav A. Waldenberg, il Rav I. Eliashiv, il Rav M.Halevì Soloweitchik, il Rav Z.N. Goldenberg, il Rav S.Israeli. Per es. nel caso di inseminazione della moglie che ha ricevuto un ovulo da un'altra donna il bambino è ritenuto figlio della madre che l'ha partorito, e vi è chi ha permesso tale procedura: Rav E.I. WALDENBERG, *Responsa Ziz Eliezer*, 20, 126 s.

²⁹⁰ Y. BEN-MEIR, *Trapianto di embrione; attribuzione della maternità alla madre surrogata o alla madre biologica*, in *Emek Haalacha*, 2, 141 ss.; ID., *Test Tube Fertilization-Status of the Fetus*, in *Assia*, 8, 1995, 153 ss.; E. BICK, *Maternity in Fetal Implants*, in *Techumin*, 7, 1986, 266 ss.; RAV J. ARIEL, *La madre biologica e la madre surrogata*, in *Beboalà shel Torà*, art. 70, 348 ss., ritiene che l'attribuzione della maternità vada fatta secondo la madre biologica, che ha dato l'ovulo.

è quella surrogata, uterina, se la madre non è ebrea, tantomeno il figlio sarà considerato ebreo.

È nota l'importanza, anche in un'ottica religiosa, della famiglia nel mondo ebraico, la quale potrebbe rischiare di frantumarsi qualora la coppia non fosse in grado di procreare.

Nonostante le opinioni contrarie, secondo cui queste tecniche incidono negativamente sulla *shelom bait* ('armonia familiare')²⁹¹, ne discende, pertanto, che l'inseminazione artificiale extrauterina sia giustificata, per la fede ebraica, dalla visione dell'uomo come partecipe all'opera della creazione per volere stesso di D.o ritenendo colpevole chi si priva di ogni cosa.

Occorre ora stabilire chi, secondo la *Halachà*, debba essere considerata la madre del bambino nato da maternità surrogata: la madre genetica o quella che l'ha partorito?

Mentre nel caso della paternità, quest'ultima va sicuramente attribuita a colui il quale ha donato il seme, non essendo necessaria una sua partecipazione biologica successiva, in ordine all'ipotesi della maternità vi sono diverse opinioni.

Secondo alcune Autorità rabbiniche è possibile ricorrere alla procreazione assistita extrauterina in tutte quelle ipotesi in cui non sussistano altre alternative procreative purchè il seme provenga esclusivamente dal marito²⁹².

In taluni casi eccezionali, come confermato dal Rav Feinstein, il seme potrebbe provenire anche da un non ebreo.

²⁹¹ J. BEN-MEIR - Z. LEV - A. KILAV, *In vitro fertilization: Surrogate motherhood*, in *Emek Halacha*, a cura di A. Steinberg, Jerusalem, 1989, vol. II, p. 141 ss.; A. STEINBERG, *Fertilizzazione*, cit.

²⁹² RAV OVADIÀ JOSEF, *Responsa Yabià Omer*, 8, 448; RAV A. NEBENZAL in *Assia*, 5, 1986, 92 s.; M. DRORI, *Genetic Engineering: Preliminary discussion of its legal and Halachic Aspects*, in *Techumin*, 1, 1980, 280 ss.; A. STEINBERG, *Fertilizzazione*, cit., 128 s.

A giustificazione di tale impostazione risiede il precetto biblico “crescite e moltiplicatevi” diretto, quindi, alla salvaguardia dell’armonia familiare.

In ogni caso, alla luce di tale impostazione ‘favorevole’, potrebbe esservi il rischio, nel caso in cui il seme non sia donato dal marito, che il figlio venga considerato adulterino (*mamzher*).

Secondo altra impostazione, invece, più restrittiva in quanto schierata contraria a tale procedura per ragioni morali, non considera il figlio nato come adulterino, attesa la mancanza di contatto tra il donatore e la donna²⁹³.

La sterilità maschile, inoltre, viene considerata come causa di divorzio.

Qualora, infatti, la donna desiderasse procreare, il Tribunale rabbinico potrà obbligare il marito a concedere il divorzio.

Già nel 1965, nonostante l’espreso consenso del marito alla sottoposizione della moglie ad un procedimento di inseminazione artificiale, il Tribunale rabbinico di Tel Aviv obbligò il marito a divorziare esaltando, per l’effetto, il diritto della donna al ricorso ad un procedimento procreativo ‘tradizionale’.

Tuttavia, costituisce causa di divorzio anche l’ipotesi in cui il marito non fosse a conoscenza del ricorso della moglie alle tecniche di inseminazione artificiale.

²⁹³ Rav I. JAKOBOVITS, *Jewish Medical Ethics*, Jerushalaim, 1966, 235: «La *Halachà* ebraica si oppone assolutamente all’inseminazione artificiale [eterologa] per motivi morali più che per una contrarietà ad una specifica norma» e ciò in particolare per mantenere il legame fra matrimonio e nascita di bambini; si vuole anche evitare che una donna, accusata di adulterio, possa sostenere che il bambino è nato da inseminazione artificiale; vi è infine il pericolo di perdere il significato mistico della nascita che vede, secondo l’interpretazione Talmudica, tre soci nella nascita di un uomo: il padre, la madre, il Santo, Benedetto Egli sia (T.B., Kiddushin, 30b). V. anche il Rav I.E. HENKIN, *Responsa Iyra*, 100 s. che ritiene che vi sia in tale procedura una offesa alla santità della famiglia ebraica e che pertanto sia meglio allevare un orfano. Se proprio si vuole praticare l’inseminazione artificiale, bisogna essere sicuri che il seme sia solo del marito. [In merito all’allevamento di un orfano cfr. la legge italiana 19 febbraio 2004 n.40 art. 6 comma 1: «Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento [...]».

In tal caso il Tribunale rabbinico potrà obbligare la moglie a dare il *ghet* al marito²⁹⁴.

6. *La crioconservazione degli embrioni.*

L'art. 14, comma 1, della legge 40/2004 non consente il congelamento degli embrioni, la cd. 'crioconservazione', nonostante la comunità scientifica internazionale consideri tale metodica valida ed efficace ai fini della prevenzione della OHSS²⁹⁵.

Essendo la stessa considerata come la migliore, appare quindi evidente che non dovrebbe essere a priori esclusa o eccessivamente limitata²⁹⁶.

La tecnica utilizzata per la crioconservazione degli embrioni è simile a quella utilizzata per congelare gli spermatozoi ma con finalità diverse: nel caso de quo si vuole evitare che le donne debbano ripetere il complesso iter medico-chirurgico che porta alla creazione degli embrioni stessi.

Se nell'ambito di un ciclo di F.I.V.E.T. si producono più embrioni di quanti possano essere trasferiti in quel ciclo, gli embrioni eccedenti vengono congelati in modo da conservarli e da poterli, se necessario, eventualmente trasferire nell'utero in cicli successivi.

La Legge 40/2004 sulla fecondazione assistita non consente, quindi, il congelamento degli embrioni tranne, però, nei casi in cui non risulti possibile trasferire gli embrioni per grave e documentato stato di salute della donna non

²⁹⁴ J.D. BLEICH, *In vitro fertilization: Questions of Maternal Identity and Conversion*, in *Jewish Law and the new reproductive technologies*, a cura di E. Feldman e J.B. Wolowelesky, Hoboken, 1997, 46 ss.; M. HALPERIN, *In vitro*, cit., 25 ss.

²⁹⁵ *Ovarian hyperstimulation syndrome*.

²⁹⁶ AA.VV., *Morte da iperstimolazione ovarica: peculiarità ed impegno scientifico alla luce della legge n. 40/2004*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 1355.

prevedibile al momento della fecondazione. Inoltre, in deroga al principio generale di divieto di crioconservazione, potranno essere crioconservati gli eventuali embrioni soprannumerari ove il loro trasferimento risulti contrario o alle esigenze di procreazione o all'interesse alla salute del paziente

Il comma 3 dell'art. 14 prevede, infatti, l'unica eccezione al divieto di crioconservazione degli embrioni, ammessa nel caso di «grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione». La crioconservazione è in tal caso ammessa temporaneamente, dovendosi procedere all'impianto non appena possibile, e quindi non appena cessa la causa impeditiva.

Più specificamente, con la sentenza 151 del 1 aprile - 8 maggio 2009²⁹⁷, resa su richiesta del Tar Lazio e del Tribunale di Firenze²⁹⁸, la Consulta è tornata a pronunciarsi sulla legge 40/2004 «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»²⁹⁹.

²⁹⁷ Corte Cost. 8 maggio 2009 n. 151, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 928 ss., con nota di E. DOLCINI, *Embrioni nel numero strettamente necessario: il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004*, ivi, p. 950 ss. Per effetto della pronuncia della Corte, l'art. 14 comma 2 l. 40/2004 risulta così riformulato: «Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'art. 7 comma 3 [in tema di Linee guida], non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario».

²⁹⁸ T.A.R. del Lazio - sede di Roma - sez. III-*quater* - 21 gennaio 2008 n. 398, in *Guida dir.*, 2008, n. 6, 60 ss.; Trib. Firenze ord. 12 luglio 2008, in *Gazzetta ufficiale*, prima serie speciale, 2008, n. 44; Trib. Firenze ord. 26 agosto 2008, *ibidem*, n. 50.

²⁹⁹ La letteratura giuridica a commento della legge 40 è molto ampia. Tra i lavori di carattere organico si ricordano: G. MILAN, *La procreazione medicalmente assistita tra desideri e diritti*, 2008; C. CASINI - M. CASINI - M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004 n. 40, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Commentario*, Torino, 2004; R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Torino, 2004. Tra i contributi riguardanti singoli aspetti e/o i profili giurisprudenziali, oltre a quelli ricordati *infra* nt. 6, si indicano: C. CASINI - M. CASINI - M.L. DI PIETRO, *La legge 40/2004 e la diagnosi genetica pre-impianto nelle decisioni di Cagliari e Firenze*, in *Medicina e morale*, 2008, 1, 35-67; M. CASINI, *L'opposizione globale alla legge n. 40 e le lacune della sentenza cagliaritano: i diritti del concepito e le modalità esecutive della diagnosi genetica reimpianto* (nota a Trib.

La Corte, infatti, ha dichiarato non conforme alla Costituzione, in ordine agli artt. 3 e 32 Cost., quanto disposto sia nell'art. 14, comma 2, nella parte in cui limita a tre la generazione del numero di embrioni da trasferirsi in un solo contesto, sia nell'art. 14, comma 3, laddove non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, avvenga senza pregiudizio della salute della donna.

Tuttavia, quanto disposto dall'art. 14, comma 3 non appare in grado di ricomprendere tutti i casi in cui non vi sia pericolo per la salute della donna in senso stretto, ovvero si voglia comunque scongiurare gravidanze plurime.

In tal senso è intervenuto il Tribunale di Cagliari³⁰⁰ che, nel giugno 2004, ha accolto la richiesta di provvedimento d'urgenza avanzata da una gestante che chiedeva di essere autorizzata all'interruzione volontaria della gravidanza plurigemellare, derivante da procreazione assistita, limitatamente ad uno dei feti, nessuno dei quali affetto da malformazioni o malattie genetiche, alla luce del pericolo per la salute psicofisica della donna, ricorrendo in quel caso i presupposti *ex art.* 4 l. n. 194 del 1978, non derogato, né abrogato dalla l. n. 40 del 2004.

Pertanto, per effetto dell'avvenuto riconoscimento della centralità e della prevalenza della salute della donna, rispetto alla necessità di operare il

Cagliari 24 settembre 2007), 2008, 1, 287-306; ID., *Il dibattito in bioetica: novità delle nuove linee guida rispetto al divieto di diagnosi genetica preimpianto?*, in *Medicina e morale*, 2008, n. 3, 597-604; F. RE, *A proposito della liceità della diagnosi genetica preimpianto* (nota a Trib. Cagliari 24 settembre 2007), in *Rivista penale*, 2008, 534-537; P. VIPIANA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di procreazione medicalmente assistita, prima e dopo la legge n. 40/2004*, in *Fam. dir.*, 2007, 87-105; F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, in *Rassegna parlamentare*, 2005, 360-425; G. GROSSO, *La crioconservazione degli embrioni: profili d'incostituzionalità della legge n. 40 del 2004*, 2008, 2097 ss.; G. CASABURI, nota a Trib. Firenze ord. 26 agosto 2008 e a Trib. Firenze ord. 12 luglio 2008, in *Foro it.*, 2008, II, 3354 ss.

³⁰⁰ Trib. Cagliari 29 giugno 2004.

trasferimento degli embrioni, diviene ancora facoltà del medico, non solo creare il numero di embrioni strettamente necessario al raggiungimento del risultato, ma anche decidere quanti embrioni, di quelli prodotti, impiantare; procedere alla loro crioconservazione e, ancora, escludere definitivamente il loro trasferimento³⁰¹.

Per la tradizione ebraica, invece, la crioconservazione degli embrioni è ammessa per cinque anni più altri cinque anni previo consenso delle autorità. È doveroso precisare, però, che solo la donna potrà, in caso di morte del marito, potrà ottenere l'embrione fecondato; lo stesso non sarà consentito al marito in caso di morte della moglie.

Nell'ipotesi di divorzio, poi, l'embrione potrà essere ottenuto dalla donna solo con il consenso dell'ex marito.

In tal senso emblematico è uno dei casi più discussi, giudicato da un tribunale distrettuale israeliano, dalla Corte Suprema israeliana e nuovamente dalla Corte Suprema alla presenza di undici giudici il cd. 'caso Nachmani'³⁰².

Daniel e Ruti Nachmani, coniugi dal 1984, impossibilitati ad avere figli, decidono di ricorrere alla fecondazione artificiale.

Dopo accesi dibattiti giudiziari, venivano fecondati alcuni ovuli della donna con il seme del marito, venivano congelati e conservati in un ospedale per essere introdotti nell'utero di una madre surrogata³⁰³.

Prima che ciò si verificasse, nel 1992 Daniel, pur continuando ad essere formalmente sposato, abbandonava la casa coniugale e decideva di andare a convivere con altra donna.

³⁰¹ T.A.R. Lazio-Roma, sez. III-*quater*, sentenza 21 gennaio 2008 n. 398.

³⁰² App. Civ. 5587/93; Ulteriore Decisione (*diun nosaf*), 2401/95, Nachmani v. Nachmani.

³⁰³ Bagaz 1237/91.

Ciononostante Ruti si rivolgeva all'ospedale chiedendo di avere gli ovuli fecondati, per proseguire la procedura con una madre surrogata.

Senza sortire alcun effetto, il Tribunale rabbinico di Haifa³⁰⁴ invitava i coniugi alla convivenza ed a proseguire nella procedura di fecondazione assistita: Daniel dichiarò all'ospedale la sua opposizione a consegnare gli embrioni congelati per il trapianto nel ventre della madre surrogata: palesò, quindi, il suo diritto di non essere padre di un bambino non voluto.

Dall'altro canto, la Nachmani, atteso il doloroso iter medico e stante la sua situazione fisica che non le avrebbe più consentito di avere figli, chiedeva quindi al tribunale di autorizzare l'ospedale a consegnare i feti congelati.

La domanda di Ruti fu accolta dal tribunale distrettuale, mentre il ricorso di Daniel venne accolto dalla Corte Suprema³⁰⁵.

La problematica sottoposta al vaglio della Corte suprema consisteva nello stabilire quale dei due diritti godesse di supremazia: quello di Ruti di essere madre o quello di Daniel di non essere padre. Per l'opinione maggioritaria il diritto di Ruti a divenire madre veniva giustificato basandosi sulle regole dell'*estoppel*:³⁰⁶

La donna, infatti si era sottoposta ad una operazione pericolosa e dolorosa in virtù dell'affidamento posto nell'accorso con suo marito. Ne discendeva, pertanto, il suo diritto ad essere protetta in questo suo affidamento ragionevole e il marito Daniel non avrebbe potuto recedere da questo consenso.

³⁰⁴ Decisione n. 5409 del 30/7/92.

³⁰⁵ Sentenza 599/92; App. Civ. 5587/93.

³⁰⁶ Secondo il quale a una parte in causa è vietato prendere vantaggio da dichiarazioni contraddittorie che abbiano creato aspettative verso altri soggetti.

A sostegno di ciò si rinveniv al'ulteriore circostanza che la procedura versava in uno stadio avanzato in quanto il materiale genetico della Nachmani si era già incontrato con quello del marito e non si poteva più separare³⁰⁷.

D'altronde la signora Nachmani non si sarebbe probabilmente sottoposta a una procedura dolorosa e pericolosa se avesse saputo che il marito avrebbe potuto ogni momento recedere dall'accordo dato, mentre si suppone che il signor Nachmani avrebbe dato il suo consenso alla fecondazione dell'ovulo anche se avesse saputo di non potersi più pentire in futuro.

Per l'opinione minoritaria, invece, il diritto della Nachmani di avere un figlio non significava necessariamente avere un figlio dal signor Nachmani.

L'accordo fra i coniugi, inoltri, non poteva essere considerato come un comune contratto, bensì come un accordo *sui generis*, accordo formatosi in previsione di una vita in comune.

Venuto meno l'*affectio coniugalis*, sorgeva, per l'effetto, il diritto del Nachmani di recedere dal consenso.

Inoltre, secondo le disposizioni del Ministero della sanità e la normativa della legge sulla madre surrogata si possono concedere ovuli fecondati alla madre surrogata solo con l'accordo delle due parti³⁰⁸.

V'è da notare come sia per l'opinione maggioritaria che per la minoritaria il diritto ebraico è stato posto alla base delle decisioni.

³⁰⁷ Si veda l'articolo di C. GANZ, *I feti congelati dei coniugi Nachmani*, in *Iyunei Mishpat*, 18, 1994, 83 ss. in cui si sottolinea la relazione fra il diritto della donna ad abortire all'inizio della gravidanza ed il diritto di Daniel Nachmani a fermare la procedura prima che il feto venga immesso nell'utero della madre surrogata. La tesi opposta viene sostenuta da A. MARMUR, *ibid.*, 19, 1995, 433 ss., a cui ribatte GANZ, *ibid.*, 453 ss.

³⁰⁸ Disposizioni sulla sanità del popolo (fecondazione assistita), 1987; Legge sugli accordi sul portare embrioni (approvazione dell'accordo e status del nascituro), 1996.

Premettendo la nota importanza per l'ebraismo del precetto della procreazione, considerata la prima *mizva*³⁰⁹: «Dammi figli, se no io muoio»³¹⁰.

Per il giudice di minoranza, il rifiuto da parte del marito di adempiere a tale obbligo sarà considerato una causa di divorzio, e non una causa di costrizione ad avere figli. Secondo il contrario orientamento maggioritario, invece, attesa la novità della materia trattata.

Il punto di riferimento normativo che viene richiamato è la Legge israeliana sui fondamenti del Diritto, 5740-1980, ove viene rimarcata l'importanza che il diritto ebraico attribuisce ai figli: chi è privo di figli come chi è privo di vita.

7. Il problema del diradamento degli embrioni.

All'inizio del 1989 il Prof. Richard Chaim Grazi, direttore del dipartimento di fecondazione della donna all'ospedale Maimonides a Brookleen, New York, si rivolge a due rabbini israeliani con questo quesito: «Riguardo la fecondazione artificiale in vitro, in quasi ogni laboratorio medico negli Stati Uniti che si occupa di fecondazione artificiale, si usa raccogliere contemporaneamente dalla madre un certo numero di ovuli e mescolarli con cellule di sperma del marito, nella provetta. Si guardano gli ovuli così fecondati per alcuni giorni e poi si decide quali di questi rimettere nell'utero materno. La mia domanda è: qual'è lo *status* halachico degli ovuli fecondati nel periodo che si trovano ancora nella provetta? Hanno lo *status* di embrione, a favore del quale si può profanare il Sabato e si possono buttare via gli ovuli che non sono stati scelti per il trapianto?».

³⁰⁹ Maimonide, M.T., Hilch. Ishut, 15:2; Tur, E.Ha. 1:1; Sh.A., E.Ha. 1:1.

³¹⁰ Gen. 30:1.

I due rabbini³¹¹ danno, separatamente, una risposta molto simile e cioè che tutti gli ovuli che sono stati fecondati mentre si trovano in provetta non hanno lo *status* di embrione, non si profana per loro il Sabato ed è permesso buttare via quelli che non sono stati scelti per essere trapiantati, dato che possiamo parlare di aborto solo dall'utero della donna, mentre bisogna conservare gli ovuli fecondati che saranno immessi nell'utero della donna, dato che da essi si potrà formare un embrione vivo.

Un'altra domanda riguarda il problema di donne che soffrono per mancata fecondità, in particolare perchè gli ovuli non scendono dall'ovario. Talvolta i medicinali somministrati provocano che parecchi ovuli escono dall'ovario e come risultato di ciò la donna viene ad avere più feti, talvolta perfino otto o nove. Anche se ogni embrione preso per sè è sano, tuttavia, se si proseguisse la gravidanza, è quasi sicuro, dal punto di vista statistico, che tutti nascerebbero in una fase anticipata della gravidanza come prematuri, prima della 26 settimana; si tratterebbe quindi di prematuri molto deboli, con evidenti difetti fisici o cerebrali. La maggioranza assoluta di questi prenaturi o moriranno entro alcune settimane dopo il parto o soffriranno assai per tutta la loro vita. La situazione del prematuro è più difficile a secondo della anticipazione del parto e la data del parto influenzata dal numero di embrioni. È da aggiungere che vi è anche un pericolo per la madre essere incinta con tanti embrioni.

³¹¹ M. ELIHAU, *La distruzione dell'ovulo fecondato e diradamento di embrioni*, in *Techumin*, 11, 1990, 272 ss. (Il rabbino raccomanda la massima attenzione a non fecondare l'ovulo della donna con un seme non appartenente al marito e a non fare confusione fra gli ovuli della donna ed altri ovuli); C.D. HALEVI, *Induced Abortion of Multiple Fetuses and the Status of Test-Tube Babies*, in *Assia*, 8, 1995, 3 ss.; si veda anche A.M. RABELLO, *Introduzione*, cit., 224. (Questa posizione permissiva, a certe condizioni, è in contrasto con il rigido divieto, con sanzioni penali, stabilito dalla Legge italiana sulle Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, l. 19 febbraio 2004 n. 40, all'art. 14).

La procedura in uso in casi di diradazione dei feti nel primo terzo della gravidanza consiste nell'immissione di un ago. La domanda che si pone è se questa procedura sia ammessa, in quale periodo della gravidanza essa possa eventualmente essere effettuata e come si decide quali ovuli eliminare. Dopo aver spiegato la gravità del divieto di aborto, se non - in linea generale - in caso di pericolo per la madre, viene spiegato come dal punto di vista della *Halachà* ci troviamo di fronte ad un feto in uno stadio precedente di un feto normale, onde la cosa è sicura che si possano eliminare i feti in numero superiore a quello consentito dalle circostanze, per permettere la nascita di feti sani ed interi. Tale operazione va effettuata appena possibile ed è meglio anticiparla più che si può, possibilmente entro i primi 40 giorni; in merito al numero da eliminare, questo dipende dal numero di feti che potranno nascere sani; se per esempio è stabilito che possono nascere almeno due bambini sani da questi feti, allora è evidente che dovranno essere lasciati due feti nell'utero materno. In tal caso i feti sono giudicati come feti che causano uno la morte dell'altro, onde possono essere eliminati quelli che non permettono agli altri di sopravvivere, fino a che si arrivi al numero, uno o due, che, date le circostanze, si potranno sviluppare e nascere come persone³¹².

È da notare che questa posizione è stata accolta anche da decisori che considerano normalmente un aborto come un omicidio, punito direttamente dal Cielo³¹³. Infatti, è stato spiegato³¹⁴, esistono normalmente due precetti verso

³¹² Sulla base della risposta, di nuovo simile, dei due Rabbini, il medico ne ha dedotto che fosse preferibile effettuare la *Transvaginal sac aspiration*, praticabile in un periodo precedente rispetto alla *Intracardiac KCL administration via the transabdominal route*.

³¹³ Così infatti il RAV I. ZILBERSTEIN, *Diradamento di feti. Domanda e risposta*, in *Assia*, 8, 1995, 7 ss.; si veda anche, nello stesso senso, il decisore gerosolimitano Sh. Z. AUERBACH, la cui opinione è riportata *ivi* nella nota 3 (a

le persone umane: il divieto di uccidere ed il dovere di salvare; nel nostro caso abbiamo il dovere di salvare quei feti a causa del loro potenziale, dato cioè che possono divenire persone, e questo anche a costo di eliminare altri feti, che possono essere un serio pericolo per il proseguimento della gestazione e per la nascita di almeno uno o due bambini. Uno dei decisori termina la sua rispostadicendo che bisogna fare questo calcolo con gran timore e con una preghiera al Sign-re che abbia pietà di noi e non ci faccia sbagliare in un campo così delicato come quello che stiamo trattando³¹⁵.

8. *L'aborto.*

L' interruzione volontaria di gravidanza in Italia è disciplinata dalla legge 194/78³¹⁶, “Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza”.

Le motivazioni principali che avevano portato all'istituzione della legge 194/78 riguardavano soprattutto la diminuzione degli aborti terapeutici e di quelli spontanei e inoltre l'assistenza delle donne che sempre più spesso ricorrevano ad aborti clandestini.

Prima del 1978 l'aborto provocato intenzionalmente, disciplinato nel titolo X del libro II del cod. pen., veniva considerato come un grave reato, per il quale erano previste sanzioni piuttosto severe.

Tuttavia, il primo passo verso una visione più moderna fu costituito dalla sentenza n. 27 del 18 febbraio 1975 della Corte Costituzionale³¹⁷ che pur

cura del RAV M. HALPERIN) e in *Nishmat Avraham, Choshen Mishpat*, art.425, 1 (21).

³¹⁴ RAV N.A. RABINOVITC, *Diradamento di feti*, in *Techumin*, 17, 340 ss.

³¹⁵ Si tratta del RAV I. ZILBERSTEIN, *Diradamento*, cit.

³¹⁶ Gazzetta Ufficiale del 22 maggio 1978, n. 140.

ritenendo, in virtù dell'art. 2 della Costituzione, che «la tutela del concepito ha fondamento costituzionale», consentì la soppressione del feto quando la gravidanza «implichi danno o pericolo grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della donna».

Con l'entrata in vigore della legge sull'aborto n. 194, per l'effetto, decadevano i reati previsti in materia dal titolo X e si consentiva l'interruzione della gravidanza entro i primi 90 giorni di gestazione, nei casi in cui la sua prosecuzione costituisse gravi rischi per la salute psico-fisica della donna. Tra le cause che possono mettere in pericolo la condizione della gestante sono annoverate non solo quelle che riguardano il suo stato clinico, ma anche le sue condizioni economiche, sociali o familiari, le circostanze in cui è avvenuto il concepimento o previsioni di malformazioni del nascituro.

Certamente l'interruzione volontaria della gravidanza non va interpretata come mezzo per il controllo delle nascite lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, atteso il riconoscimento statale del valore sociale della maternità e la tutela della vita umana sin dal suo inizio. Per l'esercizio dell'interruzione volontaria di gravidanza, la donna preliminarmente deve avere un colloquio specifico con un medico.

³¹⁷ Corte Cost. 18 febbraio 1975 n. 27, in *Foro it.*, 1975, I, 515 ss. Successivamente, vd. Corte Cost. 10 febbraio 1997 n. 35, in *Giur. cost.*, 1997, I, 281 ss., ove ha attribuito all'art. 1 della l. n. 194 del 1978 (Lo Stato tutela la vita umana sin dal suo inizio) un contenuto più specificamente normativo: nel bilanciamento tra i contrapposti interessi della gestante e del concepito, si salvaguardi, quando possibile, la vita del feto. In tema vd. le attente osservazioni di M. MANETTI, *La questione dell'embrione nel quadro degli interessi costituzionalmente rilevanti*, nel forum *La l. n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita: quali prospettive?*, a cura di E. D'Orazio e M. Mori, in *Notizie di politeia*, 77, 2005, 60 ss. Da ultimo, vd. Corte Cost. 28 gennaio 2005 n. 45, ove la Corte ha dichiarato inammissibile il referendum abrogativo della intera l. n. 40/2004, in quanto costituzionalmente necessaria per rendere effettivo un diritto fondamentale della persona e per garantire una tutela minima ad una situazione che la esige secondo la Costituzione.

Quest'ultimo fornisce informazioni in ordine ai suoi diritti e alle opzioni alternative e la invita a riflettere per sette giorni.

Decorso tale termine la gestante, con il certificato rilasciato ed attestante l'intervenuto colloquio, potrà recarsi presso una struttura per interrompere la gravidanza.

Può accadere che gli operatori sanitari, ritenendo l'aborto contrario alle proprie convinzioni morali o religiose, ricorrino alla cd. 'obiezione di coscienza' rifiutandosi, pertanto, l'esercizio di tale pratica.

Tale diritto, oltre ad essere riconosciuto dall'art. 9 della L. 194/78, è garantito anche dall'art. 22 del Codice deontologico dei medici del 2006: «il medico, al quale vengano richieste prestazioni che contrastino con la sua coscienza o con il suo convincimento clinico, può rifiutare la propria opera, a meno che questo comportamento non sia di grave e immediato nocimento per la salute della persona assistita».

La l. 14 febbraio 2004 n. 40, sulla procreazione medicalmente assistita, e la l. 22 maggio 1978 n. 194, sull'interruzione volontaria della gravidanza, inducono ad esaminare questione altamente delicate che coinvolgono aspetti etici e giuridici: considerare o meno il concepito quale soggetto di diritto.

V'è da precisare che se il concepito viene considerato, in una visione statica, come un essere già esistente, il nascituro, invece, in una visione dinamica, individua ciò che sarà.

In particolare l'art. 1 della l. n. 40 del 2004 ambigualmente 'assicura' i diritti di tutti i soggetti coinvolti, ivi compreso il concepito: tale espressione verbale è da intendersi quale riconoscimento e non attribuzione.

La legge, infatti, si limita a riconoscere soggettività giuridica al concepito e non ad attribuirlo.

Atteso che il concepito è già ontologicamente determinato e dunque è un dato reale ed esistente³¹⁸, l'art. 1 c.c. condiziona l'acquisizione della capacità giuridica, ossia l'idoneità di essere titolari di diritti e doveri, al momento della nascita.

Più specificamente si acquista con la separazione del feto dall'alveo materno, sempre che sia nato vivo, poiché non può considerarsi persona titolare di diritti e doveri il nato morto³¹⁹.

La nascita rappresenterebbe una condizione sospensiva della fattispecie acquisitiva³²⁰: il concepito non è, quindi, titolare di un'aspettativa di diritto, bensì titolare di taluni diritti subordinati all'evento nascita³²¹.

A conforto di ciò si inseriscono talune disposizioni del nostrano impianto codicistico che attribuiscono la titolarità di taluni diritti al concepito ed al nascituro non concepito.

Operando un'equiparazione tra il concepito ed il nato, l'art. 462 c.c., in materia di capacità di succedere, attribuisce tale capacità a tutti coloro i quali sono nati o concepiti al tempo dell'apertura della successione.

Parimenti la capacità di succedere è riconosciuta dal terzo comma dell'art. 462 c.c. ai nascituri non concepiti, i quali possono ricevere per testamento, purchè figli di persona vivente al tempo del testamento.

In materia di donazione, poi, l'art. 784 c.c. prevede che questa può essere fatta a favore di chi è stato soltanto concepito ovvero a favore di figli di una

³¹⁸ F. CARNELUTTI, *Logica*, cit., 123 ss.

³¹⁹ Corte di Cassazione, 19 febbraio 1993, n. 2023, rv. 480995.

³²⁰ P. RESCIGNO, *Capacità giuridica*, in *D. Disc. Priv. Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 221.

³²¹ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Su un nuovo profilo dell'istituzione dei nascituri*, in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 747.

determinata persona vivente al tempo della donazione, benché concepiti³²². L'unica differenza la si rinviene nella circostanza che i frutti del bene donato vengono acquisiti dal concepito sin dal momento della donazione, mentre il nascituro non concepito li acquista dal momento della nascita.

Possono rinvenirsi all'interno del codice civile anche altre norme tutelanti i nascituri concepiti o non ancora concepiti. L'art. 320 c.c. ad esempio, prevede che la rappresentanza in tutti gli atti civili e nell'amministrazione dei beni è attribuita al padre ma solo per i figli nati e nascituri e non anche per i nascituri non concepiti.

Tuttavia, secondo una rigorosa impostazione giurisprudenziale le disposizioni di legge che, in deroga al principio generale dettato dal primo comma dell'art. 1 Codice Civile, prevedono la tutela dei diritti del nascituro sarebbero da considerarsi disposizioni a carattere eccezionale e come tali di stretta interpretazione³²³.

Ne discenderebbe, pertanto, che il concepito si ridurrebbe ad essere considerato come titolare di una capacità provvisoria che diviene definitiva se il concepito, secondo il suo ciclo naturale, viene alla nascita, e che si risolve retroattivamente se tale evento non segue³²⁴.

Appare evidente, quindi, come l'ordinamento positivo tuteli il concepito e l'evoluzione della gravidanza esclusivamente verso la nascita: si configura, pertanto, il 'diritto a nascere', cioè un diritto che tuteli l'incolumità di ogni embrione inteso come entità vivente.

³²² Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di ricevere per donazione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, II, Padova, 1994, 317.

³²³ Cfr. Cass. 28 dicembre 73, n. 3467.

³²⁴ C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 1, Napoli, 2002.

Il riconoscimento di tale diritto, quale inviolabile, è fortemente influenzato dalla morale cristiana che considera l'aborto come reato.

Nell'*Evangelium Vitae* è stato affermato infatti che: «L'aborto procurato è l'uccisione deliberata e diretta, comunque venga attuata, di un essere umano nella fase iniziale della sua esistenza, compresa tra il concepimento e la nascita»³²⁵.

Per la tradizione ebraica con il termine *ubâr*³²⁶ si intende l'embrione, il feto e sta ad indicare chi si trova nel ventre materno, fino a che non spunti la testa³²⁷.

Nonostante vi siano opinioni discordanti nel far rientrare il nascituro concepito nella nozione di *adam* (uomo), vi è unanimità nel considerarlo *adàm baadàm*, cioè 'uomo nell'uomo'³²⁸.

In virtù di quanto asserito in Gen. 25:22, riferito ai gemelli nel ventre di Rebecca: «I figli si urtavano nel ventre [...] Il periodo della gravidanza si compì ed essa aveva nel ventre due gemelli», vi è anche chi sostiene che con il termine *ben*, 'figlio', si intenda anche il nascituro concepito³²⁹.

Tuttavia, per l'opinione dominante, con il termine *nefesh*, ovvero 'persona', non può indicarsi l'*ubar* in quanto tale non è³³⁰. Ma vi è anche chi considera l'*ubâr*

³²⁵ *Evangelium Vitae*, Città del Vaticano 1995, n. 58.

³²⁶ I. LEIBOWITZ, voce *Embriologia*, cit.; B. BRODY, *Abortion and the Sanctity of Human Life: A Philosophical View*, 1975 e la recensione di S. CARMY in *Tradition*, 16, 1977, 126 ss.; D.M. FELDMAN, *Marital relations, Birth Control and Abortion in Jewish Law*, New York, 1978.

³²⁷ T.B. Sanhedrin 72b; Sh.A., Ch. M. 425: 2.

³²⁸ Gen. 9:6. Cfr. T.B. Sanhedrin, 57b. Cfr. A. STEINBERG, voce *Embryo/Fetus ('ubar)*, cit., 115 ss. Si tenga comunque presente che i versi della Genesi sono interpretati anche in un altro modo e cioè: «Chi versa il sangue dell'uomo, avrà il proprio sangue versato dall'uomo [...]».

³²⁹ A.M. RABELLO, *Lo 'status' giuridico del nascituro e il problema dell'aborto in Diritto ebraico*, in *La condition des enfants à naître dans les systèmes juridiques de la Méditerranée*, diretto da P. Catalano, Paris, 2002, 11 ss.

³³⁰ Così Rashì in T.B. Sanhedrin 72b.

come *safeke nefesh* ('persona in dubbio'), ed ancora chi lo considera *nefesh* solo in relazione al divieto di aborto, *netilat neshamà* - 'togliere l'anima'.

Anche nel Talmud viene sottolineata la figura del nascituro: il re David lodò il Sig.re già prima di nascere: «Ha detto Rabbi Jochanan a nome di Rabbi Shimon Bar Jochai: il versetto seguente "ha aperto la bocca con saggezza, ed ha sulla sua lingua una Torà di grazia" è stato pronunciato da Salomone, come se dovesse essere riferito a suo padre David, che ha cantato a D.o nei cinque mondi in cui ha risieduto. Già nel ventre di sua madre, ha cantato una cantica, come è detto: "Benedici, o anima mia, il Sign.re, e voi tutte le mie viscere, il Suo santo nome". Venendo al mondo, vide [...]»³³¹.

Secondo la tradizione talmudica, inoltre, il feto apprende tutta la *Torah* durante la sua permanenza nel ventre materno. Al momento della nascita un angelo, esortandolo ad essere giusto, lo colpisce sulla bocca cosicchè dimentica tutto ciò che ha studiato fino a che non tornerà a studiare in questo mondo³³².

Stante la connotazione religiosa del diritto ebraico, l'aborto, in linea di principio, viene considerato proibito.

³³¹ T.B.Berachot 10a. Tale passo talmudico è riportato come spiegazione del versetto, da Rashì nel suo commento al Salmo. Confronta anche il Salmo 139:13: «Invero Tu hai creato le mie reni, mi hai intessuto nel ventre di mia madre»; vv. 15 e 16: «La mia persona non si nasconde a Te; la mia persona che è stata creata in luogo nascosto, è stata intessuta in luogo misterioso come le profondità della terra. I Tuoi occhi hanno visto l'embrione da cui sono stato formato, erano registrati nel Tuo libro tutti i giorni in cui sarebbero stati creati uomini, ed uno di questi apparteneva al mio embrione» (trad. M.E. Artom). Commenta Rashì, in loco, che il Santo e Benedetto ha visto tutti gli embrioni al momento della nascita del primo uomo, Adamo [...].

³³² T. B. Niddà 30b. Si veda la spiegazione del RAV J. SOLOVEITCHIK, *Redemption, Prayer, Talmud Torà*, in *Tradition*, 17, 2, 1978, 69, secondo cui lo studio da parte del feto ha lo scopo di fornire la capacità di studiare una volta nato, trattandosi di qualcosa che una persona ha già studiato e si è dimenticata. Appare evidente l'influenza della scuola di Platone e la sua concezione sulla amnesis. Cfr. E.E. URBACH, *The Sages. Their concepts and Beliefs*, Jerusalem, 1979, 242 ss. e 794 ss. con ampio esame delle fonti e di testi paralleli.

Tra i decisori³³³, Poskim, in particolare, esistono delle divergenze in ordine al riconoscimento dell'embrione quale soggetto di diritto: agli estremi si rinviene la posizione di chi considera l'embrione come essere vivente e, pertanto, come soggetto di diritto a tutti gli effetti e chi, invece, non ne attribuisce alcun valore. Nelle posizioni intermedie l'embrione è riconosciuto parzialmente come una persona con diritti limitati.

Il divieto di provocare la morte del feto è rivenibile nel seguente versetto della Genesi:

«Chi versa il sangue dell'uomo nell'uomo (*adam baadam*), avrà il proprio sangue versato dall'uomo, poichè D.o fece l'uomo ad immagine propria»³³⁴.

Premesso che per il diritto ebraico tradizionale solo l'opinione talmudica ha importanza, gli autori di Responsa sono concordi tutti nel ritenere l'aborto come omicidio e, pertanto, passabile di pena di morte³³⁵.

A conforto di ciò si rinviene nel *Talmud* l'opinione di Rabbi Ishmael secondo

³³³ Prima del quarantesimo giorno vi è chi considera l'embrione come semplice 'liquido' (T.B. Jevamòt 69b; Niddà 30b); cfr. T. DAGI, *L'inizio della vita: osservazioni basate su fonti Talmudiche e halachiche*, in *Segulat Israel*, 1, 1993, 51 ss.; J. HERZEL-HENKIN, *L'aborto prima del quarantesimo giorno*, in *Assia*, 59-60, 1997, 133 ss. Si confronti il *De Animalibus* 7.3 di Aristotele; a quaranta giorni il feto è riconosciuto come un parziale essere umano, secondo le parole del decisore MAHARAM SHICK, *Joré Deà* n. 155: «This partial uman being, although considered by the *Talmud* (Arachin 7a) as being part of the body of the mother, personality apart from its mother», come osserva M. MORGENSTERN, *The Halachic 'Status'*, cit., p. 52. Tale posizione permette al decisore (*ibidem*) di considerare proibito il feticidio, anche se non punito con la pena di morte come l'omicidio; M. MORGENSTERN, *ibidem*, 55; J. BLEICH, *Contemporary Halakic Problems*, New York, 1977, 325 ss.; D.B. SINCLAIR, *The legal basis for the prohibition of abortion in Jewish Law*, in *Israel Law Review*, 15, 1980, 109 ss.; A. STEINBERG, voce *Abortion (Hapalà)* in *Encyclopedia of Jewish Medical Ethics*, 2, Jerusalem, 1991, 47 ss. Il termine di 40 giorni si trova anche nel Digesto di Giustiniano.

³³⁴ Gen. 9.6.

³³⁵ Si veda la *Mishnà* di Niddà, 5.3: «un bimbo di un giorno, [...] chi lo uccide è passibile di pena». Sul valore dei Responsa sul problema dell'aborto, si veda R. ERUSI, *Abortion-Theory and Practice in the Halacha*, in *Dine Israel*, 8, 1977, 119 ss.; si veda in generale D.B. SINCLAIR, *The Legal Basis*, cit., 177 ss.; M. HALPERIN, *La medicina moderna allo specchio della Halachà*.

cui un gentile che provochi la morte di un feto, sia a sua volta passibile della pena di morte.

Anche per la tradizione cabalistica, nel *Sefer ha-Zohar*³³⁶ (il Libro dello Splendore) viene rimarcata la contrarietà all'aborto volontario: «un uomo che uccide il feto nel grembo di sua moglie, dissacra quello che è stato costruito dal Santo e Benedetto a Sua immagine»³³⁷.

La regola generale del divieto di aborto incontra, tuttavia, delle eccezioni: «Se una donna ha un parto difficile [e si teme per la vita della madre] si interviene sul feto nelle viscere per trarlo membra a membra [per salvarla], perché la vita di lei precede quella del feto; se ne è già uscita la maggior parte, non si può toccarlo [cioè ucciderlo] perché non si può sacrificare un essere per un altro essere»³³⁸.

Tale regola, rinvenibile nel trattato della Mishnà di Ohalot, disciplina, quindi, l'ipotesi della donna in pericolo di vita.

L'operata distinzione, secondo l'opinione del commentatore medioevale francese Rashí di Troyes³³⁹, risiederebbe nella giustificazione secondo cui prima

³³⁶ Il termine *Zohar* è un termine generico che serve da titolo a un *corpus* letterario composito la cui redazione comprende più decenni. In realtà, questo titolo non indica altro che la parte principale del testo. Secondo molti accademici moderni l'autore dello *Zohar* fu Moses de Leon, intellettuale ebreo del XIII secolo che, prima del *Sefer ha-Zohar*, aveva redatto alcune opere in ebraico. Secondo questa ipotesi, Moses fece ricorso alla lingua aramaica per far credere che l'opera letteraria appartenesse all'eminente saggio talmudico del II secolo Shimon bar Yohai; teoria, quella di attribuire la paternità del testo a quest'ultimo Rabbino del Talmud, più fedele alla dottrina tradizionale della religione ebraica.

³³⁷ Su Es. 1.22.

³³⁸ *Ohalot* o 'delle tende', con le regole sulla purificazione e sulla non-purificazione, 7.5.

³³⁹ *Rashi* (22 febbraio 1040 – 13 luglio 1105) (in ebraico י"רש), acronimo di Rabbi Shlomo Yitzhaqi (יצחקי שלמה רבי) è conosciuto anche con il nome latinizzato di Salomon Isaacides da cui le forme italianizzate Salomone Isaccide oppure Salomone Jarco o Rabbi Salomone Jarco, è stato uno dei più famosi commentatori medievali della Bibbia.

della nascita il feto non è considerato nefesh, persona, e, pertanto, la vita della madre può essere salvata anche a costo della vita del feto.

Certamente ciò non sarà rinvenibile, invece, immediatamente dopo la nascita stante la dotazione di personalità del nato³⁴⁰.

Altra autorevole interpretazione è fornita dal decisore Maimonide³⁴¹, secondo cui la differenza fra le due parti della *Mishnah* risiederebbe nel principio stabilente che chi mette in pericolo la vita di una persona può essere ucciso, se questa è l'unica via per salvare quella persona: trattasi della regola contro il *rodef* ('persecutore')³⁴².

³⁴⁰ *Rashì* a Sanhedrin, 72b; si veda anche il commento di A. ENKER, *Tre sistemi per spiegare il razionale della legittima difesa nel Diritto Ebraico*, in *Plilim*, 2, 1991; brani di tale articolo sono riportati anche in AA.VV., *Diritti del cittadino*, 7, *Gli aborti provocati*, a cura di E. Shochetman, 13 ss.; v. anche D. FRIMER, *The right of self-defence and abortion in Maimonides as Codifier of Jewish Law*, Jerusalem, 1987, 195 ss., in particolare 210 ss. Frimer traduce *nefesh* con *being*. Secondo alcune autorità anche se la maggior parte del feto è venuta alla luce, la stessa madre (ma non un terzo) può salvare la propria vita provocando la morte del feto/neonato (così il grande commentatore Meiri, il cui commento talmudico si trova in manoscritto alla biblioteca Palatina a Parma).

³⁴¹ *Moshe ben Maimon*, detto anche Rambam (dall'abbreviazione del suo titolo e nome in ebraico), più noto in Italia come Mosè Maimonide, (Cordova, 1138 – Il Cairo, 12 dicembre 1204), è stato un filosofo, rabbino e medico spagnolo.

³⁴² MAIMONIDE, M.T. *Hilhot Rozeach* ('regole sull'omicida') 1:9; l'opinione del Maimonide sarà seguita da R. JOSEPH CARO nel *Schulchan Aruch*, Ch.M. 425:2; riportiamo il testo del Maimonide in traduzione inglese: «This too is a Divine command in a negative form: that one must not have compassion on the soul of the *rodef*. Therefore the Rabbis taught that if a pregnant woman is in difficult childbirth it is permitted to cut up the embryo in her womb, whether by potion or by instrument in the hand, because it is as if it were a *rodef* after her to kill her. But once his head has been delivered, one may not harm it, since we do not set aside one soul for the sake of another as this is nothing more than the natural way of the world». La posizione del Maimonide ha destato lunghissime discussioni: fra l'altro si è cercato di arrivare a spiegare una certa incoerenza interna fra la prima e l'ultima parte del passo. Si veda anche il commento di A. ENKER, *Tre sistemi*, cit. Può essere interessante notare come il problema della legittima difesa sia stato trattato anche dal Papa Pio XI nell'Enciclica *Casti Connubii*, paragrafo 64; il Papa respinge la possibilità di usufruire di questo argomento, in base alla concezione che l'embrione sia da considerare in tutto come una persona umana. v. anche D. FRIMER, *The right*, cit., 215.

Divergenze di opinioni si rivengono anche nell'ipotesi in cui una donna incinta sia condannata a morte. Si legge nella *Mishnah* di Arachim: «Se una donna incinta è condannata a morte non si attende il parto per la esecuzione, ma se si trova all'inizio del parto si attende che partorisca»³⁴³.

Per il commentatore Rashí di Troyes la madre ed il feto, prima del parto, sono considerati un unicum e, pertanto, il feto viene ad essere considerato un essere a se stante solo al momento del parto.

In un'ottica psicologica, invece, si pone la posizione di Rabbenu Nissim Gherondi: per il commentatore la donna condannata a morte vive il tormento della propria morte in modo più grave rispetto alla morte del feto, stante l'insicurezza in ordine alla nascita e alla vita di quest'ultimo: vi sarà, quindi, il divieto di un rinvio ingiustificato del processo (o sentenza), *i inui din*, che viene causato quando si rinvia l'esecuzione, facendo soffrire al condannato pene inutili.

Per l'impostazione talmudica la spiegazione risiederebbe nell'interpretazione del seguente versetto: «Quando venga trovato un uomo che giaccia con una donna sposata, moriranno anche i due»³⁴⁴, ove i 'due' si intendono la donna con il proprio embrione.

Alla luce delle espresse divergenze di opinioni fra Rashì e Maimonide appaiono, quindi, evidenti le ripercussioni fra gli odierni decisori.

L'impostazione di Rashì, pertanto, ammetterà l'aborto anche in particolari casi riguardanti le condizioni dell'embrione o del feto e non direttamente la madre, a differenza dell'impostazione molto più rigorosa del Maimonide che ammetterà l'aborto in una serie molto più limitata di casi.

³⁴³ 1:4. Cfr. anche V. APTOWITZER, *La posizione*, cit.; E.E. URBACH, *The Sages*, cit., 242 e 794 ss.

³⁴⁴ Deut., 22:22.

Talune autorità rabbiniche permettono, quindi, l'aborto o solo in caso di pericolo per la vita della madre³⁴⁵ o qualora si possa aiutare la madre a sopravvivere³⁴⁶ o «anche per alleviare le gravi sofferenze causate dal feto alla madre»³⁴⁷.

Nella medesima direzione si pone la posizione del Rav Meir H. Uzhiel secondo cui, qualora non vi sia un valido motivo, l'aborto è proibito, ma le autorità rabbiniche potranno prestarvi il consenso anche per ragioni meno gravi del pericolo di vita³⁴⁸.

Nel caso, poi, di un embrione che sarà considerato *mamzher* ('figlio adulterino') o nel caso di una gravidanza extramatrimoniale, alcune autorità rabbiniche hanno ritenuto l'aborto permesso nel primo caso e proibito nel secondo³⁴⁹.

Alla luce delle suesposte considerazioni appare evidente, nella tradizione ebraica, il costante riferimento al principio della santità della vita espresso nella Bibbia con il comando: «scegli la vita»³⁵⁰.

Da ciò ne discende il comandamento biblico "Non uccidere".

Più specificamente il verso principale secondo il quale la tradizione ebraica basa il divieto di aborto è: «Così pure chiederò conto del vostro sangue, della

³⁴⁵ MAIMONIDE, M.T.Hilchot Rozeach, 1:9; SCHULCHAN ARUCH, Ch.M. 425:2.

³⁴⁶ *Responsa Maharit*, pt. I n. 97 e 99, su cui si veda G.B. HALIBARD, voce *Abortion*, cit., 153 nt.58.

³⁴⁷ *Responsa Sheelat Yavez*, 1:43 di R. JAAKOV EMDEN.

³⁴⁸ *Mishpeté Uzhiel*, 3:46 e 47.

³⁴⁹ In questa posizione si veda R.J. EMDIN (1698-1776), importante saggio ashkenazita del XVIII secolo, nel suo libro di *Responsa Sheelat Yavez*, 1:43. Tale risposta è stata studiata ed accolta dal RAV ELIEZHER JEHUDÀ WALDENBERG, *Responsa Zitz Eliezer* 9:51 sostenendo che in tal caso l'elemento per permettere l'aborto si trova nella necessità di agire per il bene della madre, per salvarla dalla vergogna dell'adulterio: non vi è maggior dolore per una donna che si è pentita del suo malfatto di avere sempre davanti a sé il frutto del suo adulterio, in condizione di mamzher. Per tale motivo il decisore è disposto a permettere l'aborto anche quando la donna è stata violentata. V. anche N. RAKOVER, *Human Dignity in Jewish Law*, Jerusalem, 1998, 136.

³⁵⁰ Deut. 30:19.

vostra vita; a qualsiasi animale ne chiederò conto. Chi versa il sangue dell'uomo nell'uomo, avrà il proprio sangue versato dall'uomo, poichè D.o fece l'uomo ad immagine propria»³⁵¹.

Il Rav Lichtenstein si è espresso a tal proposito parafrasando le parole di Byron: agiamo in questo modo non per mancanza di amore verso la madre, ma per maggior amore verso il nascituro.

9. *Rashì e Maimonide.*

Come abbiamo già avuto modo di osservare, la divergenza di opinioni fra Rashì e Maimonide, approfondita con l'esame di una serie di altre fonti, ha ripercussioni ancor oggi fra i decisori. È infatti evidente che i decisori che seguono l'opinione di Rashì saranno disposti, per esempio, ad ammettere l'aborto anche in particolari casi riguardanti le condizioni dell'embrione o del feto e non direttamente la madre; i seguaci del Maimonide saranno invece molto più rigorosi ed ammetteranno l'aborto in una serie molto più limitata di casi. In ogni caso abbiamo in questa divergenza di opinioni fra due grandi autorità, la base per ulteriori divergenze fra i decisori dei nostri giorni. Diverse autorità rabbiniche permettono l'aborto solo in caso di pericolo per la vita della madre³⁵². Alcune ritengono che l'aborto sia permesso solo se il feto è la causa diretta del pericolo³⁵³ mentre altre autorità ritengono l'aborto lecito qualora si possa aiutare la madre a sopravvivere, senza che vi sia una diretta connessione

³⁵¹ Gen. 9:6.

³⁵² Si vedano in particolare MAIMONIDE, M.T. *Hilbot Rozeach*, 1:9; SCHULCHAN ARUCH, Ch.M. 425:2, citati sopra.

³⁵³ Così il ferrarese I. LAMPRONTI nella sua *Enciclopedia di Halachà Pachad Izchak s.v. Nefalim*.

con il feto³⁵⁴, o «anche per alleviare le gravi sofferenze causate dal feto alla madre»³⁵⁵. Una posizione simile è quella del Rav Meir H. Uzhiel, gran Rabbino sefardita di Erez Israel, secondo cui l'aborto è proibito se voluto dalla madre senza un valido motivo, ma potrà essere concesso dall'autorità rabbinica per seri motivi, anche se per ragioni meno gravi del pericolo di vita³⁵⁶. In pratica egli ha considerato permesso l'aborto per esempio nel caso di pericolo di sordità per la madre³⁵⁷.

Una tragica applicazione dei principi suesposti si ebbe nel 1942 nel ghetto di Kowno, al tempo dell'occupazione tedesca; le autorità tedesche decretarono che ogni donna ebrea incinta sarebbe stata messa a morte, assieme al suo feto: Rabbì Efraim Oshri stabilì che l'aborto era permesso, onde salvare almeno la vita della madre³⁵⁸, che altrimenti sarebbe morta assieme al feto.

I decisori hanno discusso anche il problema dell'ammissibilità dell'aborto nel caso di un embrione che sarà considerato *mamzher* ('figlio adulterino') o nel caso di una gravidanza extramatrimoniale: vi sono autorità che hanno ritenuto l'aborto permesso nel primo caso e proibito nel secondo³⁵⁹; il Rav S. Z. Auerbach ha considerato permesso ad una donna sposata che è stata violentata

³⁵⁴ *Responsa Maharit*, pt. I n.97 e 99, su cui si veda G.B. HALIBARD, voce *Abortion*, cit., 153 nt. 58.

³⁵⁵ *Responsa Sceelàt Yavez*, 1:43 di R. JAAKOV EMDEN.

³⁵⁶ *Mishpeté Uzhiel*, 3:46 e 47.

³⁵⁷ *Mishpete Uzhiel*, 3.46.

³⁵⁸ *Mima'amakim* ('*Responsa De profundis*') n. 20.

³⁵⁹ In questa posizione si veda R.J. EMDIN (1698-1776), importante saggio ashkenazita del XVIII secolo, nel suo libro di *Responsa Sheelàt Yavez*, 1:43. Tale risposta è stata studiata ed accolta dal RAV ELIEZHER JEHUDÀ WALDENBERG, *Responsa Zitz Eliezer* 9:51 sostenendo che in tal caso l'elemento per permettere l'aborto si trova nella necessità di agire per il bene della madre, per salvarla dalla vergogna dell'adulterio: non vi è maggior dolore per una donna che si è pentita del suo malfatto di avere sempre davanti a sé il frutto del suo adulterio, in condizione di mamzher. Per tale motivo il decisore è disposto a permettere l'aborto anche quando la donna è stata violentata. V. anche N. RAKOVER, *Human Dignity in Jewish Law*, Jerusalem, 1998, 136.

sospendere tale gravidanza immediatamente dopo il rapporto sessuale³⁶⁰.

Vi è chi ha permesso l'aborto di una donna che è rimasta incinta durante il periodo dell'allattamento di un altro bambino, per timore che la cosa fosse pericolosa per il primo bambino, ma vi è anche chi si è opposto a tale permesso³⁶¹.

Il problema del procurato aborto si è posto, naturalmente, con tutta la sua gravità nel nostro tempo. Come abbiamo già accennato, è da notare che il lassismo dei costumi, il vivere in una società in cui tutto sembra permesso, ha posto anche i rabbini di fronte a difficili dilemmi; abbiamo così autorità rabbiniche, come il Rav Feinstein, residente in America ed il gran Rabbino Ashkenazita di Israele Unterman, che hanno sostenuto una posizione assai rigida, propria della scuola maimonidea, sottolineando come bisogna cercare di reagire al lassismo della nostra società per riaffermare la sacralità della vita dataci da D.o. Tali autorità rabbiniche così rigorose vietano assolutamente ogni aborto, fatta eccezione per il caso in cui vi sarebbe un pericolo per la vita della donna o per il suo stato di salute e sostengono che, per quanto riguarda le conseguenze, l'unica differenza fra un omicidio (= uccisione di un uomo) e un aborto (= uccisione di un feto), sia che l'omicidio è punito da un tribunale umano, mentre l'aborto è punito direttamente dal Cielo (non si sottovaluti questa pena per una persona timorosa del Cielo)³⁶².

³⁶⁰ Riportato da A. STEINBERG, *Encyclopedia*, cit., II, 87, nt. 212.

³⁶¹ Si veda A. STEINBERG, *Encyclopedia*, cit., II, 87 nt. 213, con il permesso del Bet Jehuda, e nt. 214 con l'opposizione del Rav O. Josef, *Jabia Omer*, pt. 4.

³⁶² Il Rav Unterman ritiene che come si è arrivati a permettere la trasgressione del sabato, per salvare la vita dell'embrione, che un giorno sarà una persona e potrà osservare il Sabato, e come si è applicato a loro la Mishnà che stabilisce che «chi salva una persona è come se salvasse un mondo» così bisogna tener presente il futuro anche quando si viene a trattare dell'aborto, e bisogna essere assai rigorosi: I. UNTERMAN, *Noam*, 6, 7 ss.; si veda anche Sheelàt Yavez, che

Vi sono invece altre autorità che sostengono che non si può essere più rigidi di quanto stabilito direttamente dalla *Halachà* facendo subire le conseguenze negative proprio a chi si dichiara fedele alla *Halachà* stessa³⁶³. Tali decisori sostengono che il divieto dell'aborto è di origine rabbinica, e che i Saggi non hanno stabilito che ci si debba comportare rigorosamente in ogni caso, ma hanno ammesso alcune eccezioni, quando il feto sia gravemente malato³⁶⁴, come ad esempio nel caso di malattia genetica *tay-sachs* (gm-2-gene gliosidosis), malattia ereditaria causata dalla mancanza di un particolare enzima³⁶⁵. La nascita di un simile bimbo normalmente provoca molto dolore in famiglia e suscita gravi problemi. Si deve poi ricordare che la vita di un simile essere è in genere molto breve. Quest'ultimo argomento non è presente nel caso di bambini affetti da sindrome di Down, che possono vivere generalmente di più, tuttavia anche in questo caso sono stati trovati motivi per permettere, specie nelle prime settimane, l'aborto. Tra gli elementi che i decisori hanno tenuto presente vi è stato anche quello dell'effetto che può avere la nascita di un simile bambino nel nucleo familiare: se si tratta di una famiglia molto salda dal punto di vista morale, disposta ad accogliere con affetto il nuovo bambino, se ogni membro della famiglia sarà ben disposto a cooperare, sarà difficile permettere l'aborto; se invece non sarà bene accetto, se potrà causare la dissoluzione del

parla dell'embrione come di «una persona viva in potenza»; cfr. E.G. ELINSON, *L'embrione*, cit., 32.

³⁶³ Per es. RAV WALDENBERG, autore dei *Responsa Zitz Eliezer*, decisore dell'ospedale a tendenza religiosa Shaare Zedek a Gerusalemme che segue l'opinione di *Rasbi* che abbiamo sopra esaminato.

³⁶⁴ Per esempio in caso che la donna incinta abbia contratto la rosolia l'aborto è stato considerato permesso solo se la malattia mette in pericolo la vita della madre: cosè B. BECK, la cui opinione viene riportata in *Assia*, 14.4, 1995, 114; il Rav Waldenberg invece lo permette anche in caso di pericolo per il futuro bambino, entro i primi tre mesi.

³⁶⁵ Cosè il Rav Waldenberg; in posizione contraria v. invece il RAV SH. ZALMAN AUERBACH, in *Assia*, 59-60, 1997, 12.

nucleo familiare, la perdita di quello che pure è considerato un gran valore, la pace familiare (*sbelom bait*), sarà allora meglio permettere l'aborto. Questa divergenza di orientamenti ritorna anche quando si affronta il problema della liceità degli esami prenatali: evidentemente chi non ammette l'aborto se non per una situazione di pericolo per la madre, non ammette neppure esami prenatali per esaminare la situazione del bambino, dato che essi non possono apportare alcun giovamento³⁶⁶; per usare l'espressione del Rabbino Unterman: è ben strano che, una volta constatata la malattia del feto, si decida di sopprimerlo. È stato permesso tuttavia l'aborto, quando si è riscontrato un caso di anencefalia³⁶⁷.

Vi è infine chi ha permesso l'aborto in caso di gravi disturbi mentali e psicologici della donna³⁶⁸; a questo proposito vi è da notare che anche autorità rabbiniche che non sono disposte a permettere l'aborto per motivi di salute che riguardino il feto, sono propensi a concederlo qualora tali condizioni provochino seri disturbi mentali o psichici alla madre³⁶⁹. Vi sono pure discussioni sui vari metodi per eseguire l'aborto e sui diversi periodi della gestazione: sarà più facile permetterlo se la gravidanza sarà al suo inizio, entro le prime sei settimane³⁷⁰.

³⁶⁶ Riguardo alla amniocentesi è stato sostenuto da B. Beck che essa rende l'aborto ammissibile nei primi tre mesi di vita, mentre dopo tale periodo l'aborto è proibito. Tale opinione viene riportata in *Assia*, 14.4, 1995, 114.

³⁶⁷ Cosè il RAV SH. ZH. AUERBACH, in *Assia*, 59-60, 1997, 13.

³⁶⁸ Cfr. RAV I. ZILBERSTEIN; il Rav SH. ZH. Auerbach fa notare che bisogna contrallare se oggi non si siano trovati mezzi di cure adatte, per curare la depressione post partum; in caso di risposta affermativa l'aborto non sarà più permesso.

³⁶⁹ Così il RAV I. UNTERMAN, *Noam*, 6, 1963, 1 ss. e il RAV I. ZWEIG, *Noam*, 7, 1964, 36 ss.; cfr. M. ELON, *Abortion*, in ID., *The Principles of Jewish Law*, Jerusalem, 1975, 484 s.

³⁷⁰ Così il Rav Zweig, citato nella nota precedente, mentre il Rav Unterman respinge questa distinzione. È evidente che chi ha riguardo al risultato finale, come il Rav Unterman, sarà assai intransigente nel permettere l'aborto, mentre

Tutti sono concordi che l'aborto è permesso in caso di pericolo per la vita della madre e che è proibito subito dopo la nascita, da quando cioè è uscito il capo.

Normalmente si è concordi nel ritenere che anche il marito-padre debba acconsentire all'aborto³⁷¹; tuttavia se la moglie ha abortito senza il consenso del marito, tale atteggiamento non è considerato motivo sufficiente a giustificare un divorzio da parte del marito. In una sentenza della Corte Suprema israeliana, in una decisione di minoranza, il giudice Menachem Elon, l'unico giudice di formazione religiosa che sedesse allora nella Corte suprema israeliana, ebbe a sostenere che il diritto del padre ad essere ascoltato dalla commissione che decideva dell'aborto, era un diritto che trovava il suo fondamento nel diritto naturale del padre.

Il principio della santità della vita è un principio basilare dell'ebraismo, espresso nella Bibbia con il comando: "scegli la vita"³⁷². Nessuno ha il diritto di togliere ad altri la vita ed il comandamento biblico "Non uccidere" assume un carattere assoluto. In realtà tale comandamento è stato promulgato ancora prima della Rivelazione sul Sinai, e cioè fin dall'inizio della storia della umanità, e fa parte, come abbiamo accennato, di uno dei precetti che, secondo la tradizione ebraica, obbligano ogni uomo (uno, cioè dei sette precetti dei figli di Noè³⁷³): «Così pure chiederò conto del vostro sangue, della vostra vita; a qualsiasi animale ne chiederò conto. Chi versa il sangue dell'uomo nell'uomo, avrà il proprio sangue versato dall'uomo, poichè D.o fece l'uomo ad immagine

chi ha riguardo alla situazione attuale del feto sarà disposto a fare una differenza a seconda che ci si trovi nei primi quaranta giorni, in cui il feto è considerato soltanto liquido (essendo quindi più facile concedere l'aborto) o dopo.

³⁷¹ Responsa Ziz Eliezher, parte 9:51, porta 3, art. 15.

³⁷² Deut. 30:19.

³⁷³ Si veda A.M. RABELLO, *L'interpretazione*, cit., 121 ss.

propria»³⁷⁴. Si noti che l'espressione chi versa il sangue dell'uomo nell'uomo è il verso principale su cui si basa la tradizione ebraica per proibire l'aborto volontario, cioè l'uccisione dell'uomo nell'uomo.

Ai nostri giorni si pone anche il problema di come comportarsi nel caso di pluralità di embrioni nell'utero; infatti senza l'eliminazione di alcuni si rischierebbe la morte di tutti, tuttavia la sopravvivenza di tutti potrebbe anche rappresentare un pericolo per la vita della madre e degli altri embrioni. Normalmente i decisori sono dell'opinione che sia permesso, se non necessario, eliminare alcuni embrioni per permettere a quell'embrione, o a quegli embrioni, che dal punto di vista medico hanno più probabilità di sopravvivere, di arrivare fino alla nascita, senza causare pericolo per la vita della madre³⁷⁵.

È da notare come recentemente si sia formata in Israele la Associazione Efrat che ha come compito quello di spiegare, specialmente alle madri, le conseguenze dell'aborto, cercando di rendere le madri consapevoli della situazione del feto e facendone vedere la vitalità. Tale associazione svolge la sua attività con l'aiuto di medici e giuristi, proponendosi di creare una consapevolezza della negatività dell'aborto. È infatti evidente che la grande discussione non è quella esistente fra questo e quel decisore su un determinato aborto, permesso per gli uni e proibito per gli altri. Il vero problema sussiste nella enorme divergenza da un lato fra la posizione di tutti i decisori ed i fedeli alla tradizione ebraica secondo cui, salve le eccezioni stabilite per salvare la vita

³⁷⁴ Gen. 9:6.

³⁷⁵ D. BLEICH, *Test-Tube Babies*, in *Jewish Bioethics*, a cura di F. Rosner e D. Bleich, New York, 1979, 80 ss.; si vedano le opinioni del RAV D. HALEVI e del RAV M. ELIHAU riportate in *Assia*, 14.4, 1995, 115 e del RAV AUERBACH, *ibidem*, 15.3-4, 12; M. ELIHAU, *La distruzione dell'ovulo fecondato e diradamento di embrioni*, in *Techumin*, 11, 1990, 274 ss.

della madre e pochissime altre, è da ritenere l'aborto assolutamente proibito, proibizione che rientrerebbe addirittura nel divieto generale del “non uccidere” e dall’altro lato la posizione assunta da quella parte della popolazione, che non considera la posizione della Torà ed agisce normalmente per ottenere i suoi scopi, talvolta usando l'aborto come un metodo di limitazione delle nascite.

In campo rabbinico abbiamo numerosi strascichi di questa discussione; per esempio fra i vari problemi che si presentano si pone quello della posizione dell'anestesista che prende parte ad un intervento di aborto volontario. Recentemente due decisori gerosolimitani sono arrivati, per diverse vie, alla conclusione che, a meno che non si tratti di uno dei casi di aborto permessi dalla *Halachà*, anche l'attività dell'anestesista è da considerarsi severamente proibita, come quella di un compartecipe ad una uccisione, appunto il feticidio³⁷⁶.

Desidero ricordare due Responsa recenti: è noto il dovere biblico per i cohanim o sacerdoti, di benedire ogni giorno il popolo, secondo la formula stabilita nella stessa Bibbia³⁷⁷; da tale dovere sono esenti quei sacerdoti che abbiano causato la morte di una persona. Si è posto il quesito se fosse lecito ad un medico cohen che fece abortire una madre (non in uno dei rari casi permessi dalla *Torah*), benedire il popolo; la risposta del decisore è stata negativa: la *Torah* è fonte di vita e di benedizione; il medico ha fatto uso del permesso di curare che gli è stato concesso dalla Bibbia per causare la morte anziché per salvare la vita: egli ha quindi perduto il suo diritto-dovere di benedire il popolo³⁷⁸.

³⁷⁶ Cfr. RAV NEBENZAL, RAV NEUBERT, in *Assia*, 8.

³⁷⁷ Num. 6: 22.

³⁷⁸ Si noti però che il Ridbaz, di fronte ad un quesito simile, abbia dato una risposta differente.

Un secondo responso, del Rabbino Feinstein, riguarda il quesito rivoltagli da un ginecologo ebreo, che chiedeva se poteva procurare l'aborto ripetutamente richiestogli dalla sua paziente non-ebrea. La risposta del decisore (che apparteneva, come ricorderemo, alla scuola maimonidea) è assolutamente negativa; è proibito fare abortire anche una non-ebrea e la cosa rientra nel divieto generale dell'uccisione. Il medico ebreo domanda allora se il suo rifiuto a praticare l'aborto sulla paziente non possa a sua volta provocare antisemitismo? Anche qui il Rav Feinstein respinge decisamente ogni allusione: starà al medico che teme il Sign-re spiegare il motivo del proprio rifiuto e, anche fra i non-ebrei, non vi è chi non capisca che è proibito uccidere: anche in questo caso, comunque, l'aborto sarà acconsentito per salvare la vita della donna che sia in pericolo di vita³⁷⁹.

L'aborto non è ammesso per risolvere problemi economici o semplici problemi di 'comodo' della donna: il Rav Lichtenstein si è espresso a tal proposito parafrasando le parole di Byron: agiamo in questo modo non per mancanza di amore verso la madre, ma per maggior amore verso il nascituro. Per concludere potrà essere interessante riportare uno dei motivi del dovere della procreazione riportato nel Talmud a nome di Ben Azhai, Saggio del II secolo ed applicato dagli interpreti anche alla proibizione dell'aborto: il venir meno al dovere della procreazione è considerato simile allo spargimento di sangue e diminuisce, per così dire l'immagine di D.o, essendo l'uomo fatto a Sua immagine³⁸⁰. Dal punto di vista prettamente giuridico possiamo sostenere che il feto, anche se non arriva al grado di

³⁷⁹ RAV M. FEINSTEIN, *Medical Halachic Problems*, in *Techumin, Research Articles concerning Torà, Society and State*, 5, 5744, 1984, 223 s.; D.M. MAIER, *Abortion and Halakha: New Issues*, in *Dinè Israel*, 7, 1976, 137 ss.

³⁸⁰ T.B. Jevamòt 63b ed i commenti *in loco*.

persona vera e propria, gode però di uno status superiore a quello di qualsiasi altra cosa: è stato infatti osservato che mentre la distruzione di sperma, considerata assolutamente proibita dalla tradizione ebraica, impedisce il nascere di una vita, l'aborto ne distrugge una.

A questo proposito si deve osservare che il passaggio di un feto (concepito normalmente), dalla madre biologica alla madre surrogata non è paragonabile, per la madre biologica, all'aborto dato che il feto prosegue a sussistere nel ventre della madre surrogata³⁸¹. Il Rav Jakobovits conclude sinteticamente l'esame sull'aborto con queste parole: «L'opinione prevalente è quella che limita l'autorizzazione ai casi che comportano un pericolo per la vita della madre, sia fisico che psicologico (per esempio, violenza e suicidio). Mentre alcuni rabbini condannano la distruzione del feto, in ogni circostanza, come una sottospecie dell'omicidio, recentemente altri hanno esteso tale permesso a: (1) madri la cui salute sia gravemente in pericolo, (2) fondati timori che il bambino possa nascere con gravi menomazioni, e (3) casi di violenza carnale o incesto. Tali gravidanze dovrebbero essere interrotte entro i primi quaranta giorni o, quanto meno, entro i primi tre mesi»³⁸².

Una maggiore consapevolezza dell'importanza della vita permetterà anche a noi di avvertire gli embrioni nel ventre materno partecipare, come al tempo dell'uscita degli Ebrei dall'Egitto, alle lodi al Signore, e partecipare nuovamente al processo di redenzione, come si esprime il Profeta Geremia³⁸³: «Ecco Io li ricondurrò dalla terra del settentrione e li radunerò dall'estremità della terra; tra

³⁸¹ Cfr. A. ROSENFELD, *Generation, gestation and Judaism*, in *Tradition*, 12, 1, 1971, 78 ss.

³⁸² In *Bioetica*, cit., 47.

³⁸³ Ger. 31:7.

essi vi saranno ciechi e zoppi, come pure donne gravide e partorienti; torneranno qui in grande comitiva».

CAPITOLO 4: BIOETICA E FINE VITA

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. *L'avelut* - Il lutto. - 3. Il testamento biologico. - 4. Eutanasia e tradizione ebraica. - 4.1. Eutanasia: profili comparatistici. - 5. Definizione e accertamento della morte. - 6. Il trapianto di organi.

1. *Premessa.*

Le controverse problematiche, etiche e bioetiche, concernenti la fine della vita, in un'ottica di comparazione tra diritto ebraico e diritto italiano, impongono un necessario parallelismo con i continui sviluppi tecnologici e scientifici.

Il diritto ebraico, frutto di una tradizione di circa trenta secoli, trova la propria fonte nei testi sacri, e quindi in un contesto più antico rispetto alle moderne tecnologie scientifiche che hanno ingenerato le note dispute bioetiche.

Sarà lecito, pertanto, chiedersi come le regole della *Halakhab* tradizionale possano essere applicate alle moderne problematiche e come possano essere generative di soluzioni.

Per mero scrupolo di trattazione è, tuttavia, doveroso precisare che nell'ebraismo, attesa la mancanza di un'autorità centrale tale da poter imporre una soluzione unitaria, i problemi etici si pongono in corrispondenza dello sviluppo delle tecnologie.

Nel parallelismo reso con la tradizione italiana, verranno, quindi, evidenziati, pur nella diversità delle aspirazioni e delle premesse culturali, gli elementi di

comunanza, ciò comportando lo scardinarsi del falso mito delle libertà intolleranti.

In un diritto religioso, come il diritto ebraico, le problematiche in ordine alla figura del malato e delle sue scelte, fondano, senza ipocrisie ed in modo estremamente cristallino, la propria posizione sul fondamentale concetto della sacralità della vita.

La divergenza, che si rinviene nell'ordinamento italiano, tra quanto costituzionalmente garantito ed il libero arbitrio, pertanto, inducono a determinare un'analogia di angolazione e di atteggiamento con l'ordinamento ebraico ove, in quest'ultimo caso, però, non si rinvergono falsi tentativi di estranearsi dalla propria cultura meramente religiosa.

Le pratiche bioetiche saranno, quindi, legittimate ed oggetto di un consenso eticamente sensibile purchè disciplinate in un'ottica meramente scientifica e rispettose dei valori etici ed antropologici.

A ben vedere, i principali interrogativi bioetici sorgono allorché è necessario esaminare questioni attinenti l'inizio o la fine della vita.

In tal caso la tradizione ebraica interviene ottemperando pur sempre al principio di preminenza dell'elemento divino: «l'uomo deve volgere sempre il suo cuore e tutte le sue azioni soltanto per conoscere D.o, Benedetto Egli sia»³⁸⁴.

In un Paese come l'Italia, invece, caratterizzato da una tradizione culturale che in ogni caso è strettamente connessa con la religione cattolica, le problematiche bioetiche, affrontate e risolte secondo un'apparente scelta laica, finiscono (in)direttamente con quanto eticamente e moralmente considerato lecito dalla Chiesa cattolica.

³⁸⁴ MAIMONIDE, *Mishne Torah, Hilbot Deot*, 3:2.

Le comunanze tra i due ordinamenti, più evidenti e lampanti di quel che appaiono, trovano, quindi, il proprio fondamento in un pacifico, inevitabile e innegabile rilievo: nell'ebraismo e nel cristianesimo vi è una devota obbedienza a leggi emanate da un Essere creatore e supremo.

Ne discende, pertanto, che l'incontro tra etica religiosa e scienza determinerà l'adozione, nei sopradescritti ordinamenti, di medesime soluzioni fornite, però, con strumenti differenti.

In ogni caso la scienza non potrà non tener conto dell'etica, così come l'etica non potrà non tener conto della morale religiosa.

2. L'Avelut – *Il lutto*.

Per la tradizione ebraica la sofferenza viene intesa, in virtù della connotazione strettamente religiosa, come espiazione, punizione, ma anche come compassione divina in virtù dell'alleanza con D.o.

Ne discende, pertanto, che la malattia viene interpretata come strumento di perdono, di risanamento dell'anima.

A differenza di quanto possa essere considerato nel mondo cattolico, la guarigione non viene considerata come dipendente dalla volontà miracolosa divina in virtù di meriti individuali.

L'ebraismo, infatti, ritiene che nessuno può presumere di avere tanti meriti individuali tali da consentire una partecipazione divina che sfocia nella salvezza miracolosa.

Sarà necessario, pertanto, ricorrere nel contempo a tutti quegli aiuti che D.o è riuscito a fornire all'uomo in virtù dell'intelligenza concessagli: la medicina.

V'è da precisare, però, che il medico non può sostituirsi a D.o, ma dovrà sfruttare tutte le risorse che gli vengono concesse.

Il malato, per l'effetto, avrà l'obbligo di rivolgersi al medico per curarsi.

La tutela della propria salute nonché l'esercizio della medicina costituiscono, pertanto, doveri.

Costituisce, inoltre, obbligo religioso la visita del malato.

Tale *mitzvàh* ('precetto'), così come descritto nel *Talmud*, veniva osservato anche dal Signore il quale si recava personalmente presso l'abitazione dei malati.

Trattasi, pertanto, di un dovere incombente su chiunque, senza alcuna distinzione di età o di estrazione sociale.

In particolare, secondo la tradizione ebraica, il 'visitatore' dovrà occuparsi, oltre che dei bisogni materiali e delle vicende patrimoniali, anche di pregare affinché il malato non arrivi a considerarsi un emarginato e nel contempo di confortarlo.

Appare, quindi, evidente che tale 'rituale' bandisce qualsivoglia forma di compassione e, in ogni caso, atteggiamenti di tristezza.

L'osservanza del precetto, secondo i Maestri, comporterebbe l'allungamento della vita del malato in quanto sollevato psicologicamente.

Il visitatore, seduto al lato del letto del malato, è tenuto a pregare per la sua salute.

La formula, di solito molto breve, dovrà essere ispirata al principio secondo cui quando si intercede per il malato si dovrà badare anche a tutti coloro i quali versano nella medesima situazione di degenza: «Il Signore abbia pietà di te in mezzo ai malati di Israele».

Il morente non va lasciato solo, specialmente negli ultimi istanti, e

possibilmente va accompagnato

recitando il *Kaddish*, la preghiera con cui viene santificato il nome di D.o.

Durante l'agonia inizia, poi, la lettura dei Salmi e non solo dopo la morte.

L'ebraismo è un sistema di vita in cui tutti i momenti vengono vissuti anche e soprattutto su un piano religioso: la morte, pertanto, viene considerata come parte dell'ordine divino dell'universo.

Caratteristica preminente della morte e del lutto, per la tradizione ebraica, è la sobrietà e la mancanza di ostentazione del dolore.

Il *Talmud*, per le norme del lutto, prende come spunto un testo di Geremia: «Non piangete colui che è morto e non fate lamenti su di lui [...] non piangete»³⁸⁵.

Vi sono, infatti, molte *mitzvot* e usanze sulla morte e sul lutto che hanno tentato di evitare ogni aspetto feticista legato al cordoglio.

Prendere il lutto per un morto è, quindi, una *Mitzvah*.

Atteso il carattere soggettivo del dolore e della relativa percezione, la *Mishnah*, pur stabilendo norme per il lutto, precisa che c'è una differenza tra i riti formali di lutto e il dolore personale: «il dolore nasce soltanto nel cuore»³⁸⁶.

La tradizione stabilisce diversi periodi di lutto onde consentire alle persone che ne sono colpite di esprimere il loro dolore.

Maimonide fa derivare la *Mitzvah* del periodo di lutto dalle leggi che riguardano il *Cohen* toccato da un lutto³⁸⁷.

Nei momenti antecedenti e prossimi al decesso, i familiari dovranno recitare le prescritte preghiere, anche con l'assistenza di un Rabbino.

³⁸⁵ 22:10.

³⁸⁶ M. Sanhedrin 6:6.

³⁸⁷ Lev. 21:2-3.

Conseguentemente il decesso, i parenti daranno luogo alla *Kerià*, che consiste nella lacerazione dei vestiti dalla parte sinistra in corrispondenza del cuore, recitando la formula «*Baruch [...] Dayan Ha Emet*» (Benedetto [...] il Giudice di Verità).

La salma verrà coperta, avvolta in un lenzuolo e deposta a terra. Si accenderanno delle candele attorno alla salma ed un lume che dovrà ardere ininterrottamente fino al compimento del settimo giorno della sepoltura nella stanza in cui è avvenuto il trapasso.

Durante la veglia del morto i familiari, come prescrive la tradizione, leggeranno i Salmi fino al momento del funerale.

La salma verrà sottoposta a *Rechizà* ('lavaggio rituale'), che di regola viene fatta al cimitero, e vestita con *Tachrichin*, l'indumento di tela bianca che viene fornito dalla Comunità.

Il periodo di lutto (*avelut*) dura per un anno e si divide in tre tempi.

Il primo periodo è denominato *Animut* ed intercorre tra la morte e la sepoltura.

Durante questo periodo la persona in lutto è libera da ogni obbligo religioso e sociale, fatta eccezione per la preparazione del funerale e per l'osservanza del *Shabbat*³⁸⁸.

Agli *Avelim* (genitori, figli, fratelli o coniuge del defunto) non è permesso lavorare durante i sette giorni di *Aveluth*. Al ritorno dal cimitero essi dovranno consumare il pasto di *Avelut* che sarà portato in dono da un'altra famiglia ebrea, stando seduti per terra o su bassi panchetti.

³⁸⁸ Il *Talmud* precisa che «colui il cui parente ancora non è stato seppellito è esente dalla recitazione dello *shema* e da tutti i comandamenti di ordine biblico [...]. A *Shabbat* può mangiare carne e bere vino [...]. Ed è nell'obbligo di applicare le *Mitzvot* della *Torah*» (B. Berakhot 17b-18a).

Vi è poi la prima settimana di lutto, denominata *Shiv'ab*, decorrente dalla sepoltura.

Durante questi sette giorni il parente stretto che porta il lutto (*avef*), non esce di casa e sta con abiti stracciati seduto su uno sgabello basso

I tre primi giorni di *Shiv'ab* sono considerati quelli di lutto più stretto e, nelle comunità liberali, come il periodo minimo di lutto.

Nel periodo dei primi trenta giorni dalla sepoltura, denominato *Sheloshim*, ed includente anche il *Shiv'ab*, la persona in lutto torna gradualmente alla vita attiva, pur rispettando alcuni riti del lutto.

Il termine dei *Sheloshim* segna la fine del lutto per i parenti prossimi, ad eccezione dei genitori, dei figli e dei congiunti.

La persona in lutto, infine, recita il *Kaddish*³⁸⁹ per undici mesi a iniziare dalla sepoltura³⁹⁰. Più specificamente si aiuta l'anima del defunto ad uscire dal

³⁸⁹ Il nucleo fondamentale di tutta la formula è l'espressione aramaica *'jebé sheméh rabbà mevoràkb le 'alàm ul'almé 'àlmaid'*, che significa, in traduzione piuttosto libera, 'sia il Suo Grande nome benedetto, per sempre e in eterno'. Ancora oggi questa formula viene recitata coralmente dal pubblico, come 'risposta' all'invito dell'officiante di esaltare il Signore. Gli elementi di questa formula sono due: benedizione e riferimento all'eternità. Espressioni analoghe si trovano già nella Bibbia, sia come risposte del pubblico (come nel Salmo 116:2), che come inizio della preghiera (come in 1 Cron. 29:10); così è anche una frase, molto simile a quella del *Qaddish*, nella preghiera in Daniele 2:20, proprio in lingua aramaica. È inoltre importante segnalare un uso nel Santuario di Gerusalemme: in vari momenti del servizio, il pubblico che assisteva ai riti e ascoltava le benedizioni rispondeva con la formula ebraica *'baruckh shem kevòd malkhutò le'òlòm wa'éd'* ('benedetto il nome della gloria del Suo regno per sempre'), nota a tutti, perché oggi è rimasta in uso dopo il primo verso dello *Shemà*. Dal *Targùm Jerushalmi* (Gen. 49:2) apprendiamo che la frase aramaica (*'Jebé shemé [...]*') che troviamo nel *Qaddish* è la traduzione di quella in lingua ebraica in uso nel Santuario. Dunque la frase in questione è la versione aramaica di un'espressione di lode e benedizione molto diffusa nell'antico ebraismo, sia come inizio di preghiera, che come risposta del pubblico.

³⁹⁰ Secondo la tradizione ebraica l'anima resta aderente al corpo per i primi 7 giorni (va e viene dal cimitero) e per 12 mesi l'anima sale e scende; salgono in minor tempo le anime pure, e i morti si dividono in tre categorie: «I pienamente giusti vengono destinati e suggellati per la vita eterna, i pienamente

Purgatorio (*Gebinnom*) per trovare posto in Paradiso pregando il *Kaddish* alla presenza di un *Minyan* (dieci maschi adulti).

Il *Kaddish* in origine era una formula di chiusura di riunioni di studio o di preghiera nella quale si esaltava la grandezza di D.o e si esprimeva la speranza di un rapido avvento.

Solo in epoca successiva il *Kaddish* è stato recitato anche dalle persone in lutto, in cui vi trovarono espressioni e motivi di consolazione e di conforto.

Più specificamente, è un insieme di piccole formule che ricorre con notevole frequenza nel corso della preghiera.

Gran parte del testo è in lingua aramaica e ben poco si sa sul significato preciso e meno ancora sulla storia di questa preghiera³⁹¹.

V'è da precisare, infine, che la sepoltura ebraica è in terra ed è severamente vietata l'apposizione sulle lapidi di fotografie, sculture ed altre immagini..

Posare una pietra tombale è una *Mitzvah*³⁹², ma come pratica è stata fissata nel medioevo. In epoca talmudica la pratica non era questa poichè Rabbi Simeon Ben Gamliel insegnava: «Nessuno deve erigere un monumento per i giusti, il ricordo dei loro atti costituisce il loro memoriale»³⁹³.

Il defunto è poi ricordato ogni anno nella recitazione del *Kaddish* che in tal caso è detto 'per l'anniversario' (*Yahrzeit*).

Osservare il *Yahrzeit/Hazkarah* ('anniversario del decesso') ogni anno con la recitazione del *Kaddish* è una *Mitzvah*. Il termine *Yahrzeit* vuole dire periodo

senza Dio [...] per il purgatorio, i mediocri sprofondano nel purgatorio» perché si purifichino «e poi risalgono» (b. Rosh ha Shana 16b-17° e Berachot 61b).

³⁹¹ T'ZIDQIJÀH 'ANÀV, *Shibbolè haLèget*, a cura di S. Buber, Vilna 1907 (*Anast. Alef*, Jerushalaim 1070), 8, 4-5; J.D.E. - F.L.C., voce *Kaddish*, in *The Jewish Encyclopedia*, New York, 1901; ELIEZER LEVI, *Jesodòth haTefillàh*, Tel Aviv, 1967, 173-177.

³⁹² Genesi 35:20 e 2 Samuele 18:18.

³⁹³ Genesi Rabbah 82:11.

annuale, cioè anniversario, e lo si trova per la prima volta negli scritti del *maharil*, Rabbi Jacob Molln (XIV sec.).

Per la tradizione ebraica vi è, poi, la certezza della vita nell'oltretomba che, seppur non è descritta nei libri che costituiscono quel canone biblico, è argomento trattato nella letteratura rabbinica, nella *cabbalah* e nel folklore ebraico.

Alla fine dei giorni, '*acharit ha yamim*', vi sarà, quindi, la Resurrezione dei morti, '*techiyyat hametim*', che Elia sul Monte degli Ulivi annuncerà col suono della grande tromba, lo '*shofar gadol*', e tutti i morti per canali sotterranei arriveranno in Israele ove saranno risuscitati e vi sarà il il Giorno del giudizio '*jom ha-din*'.

3. *Il testamento biologico.*

L'art. 32 della Costituzione italiana sancisce, tra l'altro, il principio di autodeterminazione del paziente secondo cui nessun trattamento sanitario può essere compiuto o proseguito in difetto del previo ed esplicito consenso manifestato dal soggetto interessato³⁹⁴.

³⁹⁴ Su diritto alla salute e consenso informato cfr. R. ROMBOLI, *Persone fisiche*, in *Commentario al codice civile*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1988, sub art. 5, 248 ss.; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Di e soc.*, 1980, 780 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir e soc.*, 1983, 33 ss.; G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico. Principi problemi e linee di tendenza*, in *Fjv. crit. dir. priv.*, 1998, 37. Nella letteratura più recente, vd. E.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato*, Torino, 2001; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006; P. VERONESI, *Il corpo e la costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, 2007; E.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008; G. CRICENTI, *I diritti sul corpo*, Napoli, 2008; AA.VV., *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria*, a cura di E. Balduzzi, Bologna, 2009; L. D'AVACK, *Verso un antidestino: Biotecnologie e scelte di vita*, Torino, 2009; P. ZATTI, *Maschere del diritto. Volti della vita*, Milano, 2009; C. CASONATO, *Introduzione al Biodiritto*, Torino, 2009; AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, a cura di U. Veronesi, Milano, 2006; G.

Appare evidente, quindi, che l'espressione del consenso determina un rapporto equilibrato tra medico e paziente: libertà di chi assiste e di chi viene sottoposto a cure.

Per il diritto ebraico, nel rapporto tra medico e paziente, incombe il dovere di aiutare il prossimo e salvarlo da pericoli e malattie: «*lo ta'amod al dam re'ekha*» («Non startene immobile sul sangue del tuo amico»)³⁹⁵.

Nel trattato talmudico di *Jomà*³⁹⁶ si legge testualmente: «se avviene un crollo di *Shabbat* e c'è il rischio che sotto le sue macerie vi sia un uomo, nonostante non si abbia la certezza se sia ancora in vita, è permesso di profanare lo *Shabbat* per cercare il corpo». La regola di 'salvare una vita', pertanto, è da considerarsi valevole per ciascun uomo, ancora di più per coloro i quali incombe un obbligo professionale. Parimenti, nello *Shulchan Aruch*³⁹⁷ è stabilito che «la *Torah* ha dato

FERRANDO, *Fine vita e rifiuto di cure: profili civilistici*, in *Trattato di biodiritto*, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, 5. S. RODOTÀ - P. ZATTI, *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, 1867 ss.; V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, 379 ss.; A. SANTOSUOSSE, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2011; D. CARUSI, *L'ordine naturale delle cose*, Torino, 2011.

³⁹⁵ Lev. 19:16.

³⁹⁶ JOMÀ p. 85a - Il *Talmud* babilonese detto anche *Talmud Bavlì* o indicato con l'acronimo TB, è stato redatto come indica il nome nelle (*Yeshivot*) accademie rabbiniche della Mesopotamia, tra il III e il V secolo. Le principali accademie furono quelle con sede a Sura, Pumbedita, Nehardea, Machoza, Mata Mechasya e Naresh. La stesura di questo testo iniziò con Rav fondatore della *yeshiva* di Sura, prima accademia della Mesopotamia, e terminò con Ravina II nel 499.

Quando si parla di *Talmud*, senza altre indicazioni, si fa riferimento a questo testo. Oppure si specifica con l'indicazione per distinguerlo dal *Talmud* di Gerusalemme detto anche *Talmud Yerushalmi* o TJ, redatto a Tiberiade e a Cesarea, che si occupa di argomenti diversi e per alcuni meno dettagliatamente di quello babilonese. Il secondo è considerato più rigoroso e attento da un punto di vista redazionale, il primo più vecchio ma più frettoloso e in qualche modo, indipendentemente da una possibile cronologia, sorta di aggiunta o figliastro del TB.

³⁹⁷ Lo *Shulchan Aruch* (in ebraico: ערוך שולחן, 'tavola apparecchiata') è un testo sapienziale ebraico redatto a Safed (Israele) da Rabbi Joseph ben Ephraim Karo (anche Yosef Caro, o Qaro) nel XV secolo (1563 circa) e pubblicato a Venezia nel 1565, contenente le norme rituali e comportamentali ebraiche.

il permesso ad un medico di guarire e ciò è un dovere; generalmente ciò avviene per preservare una vita».

Ne deriva che, atteso che il medico ha gli strumenti necessari per poter curare i malati, sarà considerato un incaricato divino alla cura e alla guarigione del malato.

Anche Maimonide, noto filosofo, medico e rabbino, nella sua opera *Mishnè Torà* nel trattato “Regole riguardo l’omicidio e la conservazione del corpo”³⁹⁸ sostiene che un uomo che uccide un uomo sano o un malato sul punto di morte, persino se uccide un agonizzante, è passabile di omicidio.

Parimenti, lo Shulkan Aruch Joreh De’ah³⁹⁹ afferma: «l’agonizzante è considerato vivo a tutti gli effetti – non si legano le sue guance non lo si unge, non lo si lava, non si tappano i suoi orifizi, non si toglie il cuscino da sotto la sua testa, non lo si pone in terra e non gli si chiudono gli occhi».

Nel *Talmud* babilonese, trattato *Ketubot*⁴⁰⁰, si narra che Rabbi Jehudà ha Nassi⁴⁰¹ si trovava sul punto di morte e i suoi discepoli indissero un digiuno, riunendosi in preghiera al suo capezzale affinché lo stesso guarisse. Ugualmente gli Angeli celesti pregavano D.o, però, affinché l’anima di R. Jeudà li raggiungesse.

Ciò comportò una contesa dell’anima del Rabbino che comportò un aumento della sua sofferenza.

Nel contempo una sua serva si accorse di quanto stesse accadendo e perciò prese un’anfora, salì sul tetto della casa e la fece rovinare al suolo.

Noto anche come ‘Codice di Legge Ebraica’, è la più autorevole codificazione di leggi dell’ebraismo.

³⁹⁸ MAIMONIDE, *Mishnè Torà*, 2:7.

³⁹⁹ Cfr. SHULKAN, cit., 339:1.

⁴⁰⁰ *Talmud* Babilonese, trat. *Ketubot*, 104 a.

⁴⁰¹ Nella metà del sec. II e.v. Rabbi Yehudah Ha-Nassi raccolse tutto quello che fino ad allora gli studiosi di *Torah* avevano riordinato e insieme ai suoi discepoli completò la trascrizione della Legge Orale. Nacque così la *Mishnah*, dove sono spiegati per iscritto gli insegnamenti tramandati fin dai tempi di Mosè.

Il fragore, provocato dalla caduta dell'anfora, distolse i discepoli dalla preghiera e in quel preciso momento R. Jeudà morì e la sua anima ascese in cielo.

Questo brano talmudico insegna, a ben vedere, che, seppur cara la vita, in taluni casi appare doveroso porre un limite ad essa.

Seppur nella cultura ebraica la componente consensualistica apparirebbe, quindi, meno incisiva, in ogni caso principio fondamentale della bioetica è pur sempre il consenso, inteso quale elemento essenziale in ordine a tutte quelle scelte che attengono il proprio corpo e di cui si deve poter «mantenere il controllo fino ai confini dell'esistenza»⁴⁰².

La Corte costituzionale, sulla scorta di quanto già affermato dalla giurisprudenza della Cassazione⁴⁰³, ha potuto così affermare che «se è vero che ogni individuo ha diritto ad essere curato, egli ha altresì diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura ed ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative, informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la più libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, comma 2, Cost.».

⁴⁰² P. CENDON - R. BAILO - F. BILOTTA - P. CECCHI, *I malati terminali ed i loro diritti*, Milano, 2003.

⁴⁰³ Così Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, citata in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2008, 2, 85 ss., con commento di TRIA, *Problematiche di fine vita alla luce dei principi costituzionali e soprannazionali: con particolare riferimento ai casi Welby, Englaro e Santoro*. Tra gli Autori entusiasti della decisione cfr. A. SANTOSUOSSO, *La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 1 ss.; ID., *Sulla conclusione del caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 127 ss.; S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma-Bari, 2009. Fortemente critico, invece, F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*, in *Dir. fam.*, 2007, 107 ss. In precedenza Cass., 14 marzo 2006, n. 5444; Cass., 28 novembre 2007, n. 24742; Cass., 8 ottobre 2008, n. 24791.

Il principio di autodeterminazione, tuttavia, diviene inefficace qualora venga meno l'integrità intellettuale del soggetto interessato, ciò comportando l'impossibilità di poterne rispettare il diritto che ne discende.

Pertanto, la possibilità di poter esprimere tale tipologia di consenso presuppone la 'capacità' di poter prendere quella decisione.

Certamente il progresso tecnologico e scientifico hanno consentito di allungare la vita media delle persone e l'aspettativa di vita dei cd. 'malati terminali'.

La problematica che si è posta, pertanto, soprattutto in un'ottica etica e giuridica, è quella di stabilire se la garanzia di un futuro a soggetti impossibilitati a prendersi cura di se stessi nonché i molteplici tentativi di prolungamento della fase terminale di un malato possano essere considerati compatibili con la dignità riconosciuta a ciascun individuo.

Più specificamente, la disputa giuridica, religiosa e medica verte sulla valenza da attribuire a quel carattere che dovrà essere attribuito a quell'esternazione resa da un soggetto non più capace di intendere e di volere in ordine al trattamento terapeutico ed assistenziale da praticare.

Nella visione più rigorosa della *Torah* e dell'*Halakbah*, invece, ciò che si esalta è la sacralità del corpo che è al pari di quella dell'anima⁴⁰⁴.

Taluni Maestri di Israele ritengono che il *Guf* ('corpo') sia paragonabile ad un abito che D.o ha creato su misura per l'anima e che ci ha consegnato per poterlo gestire per tutta l'esistenza.

Ne discende, pertanto, che, attesa la concessione di un corpo integro sin dalla nascita, incombe sull'uomo l'obbligo di mantenerlo tale sino al momento del decesso.

⁴⁰⁴ A.M. RABELLO, *Introduzione*, cit.

Tuttavia, nella letteratura ebraica, si registrano posizioni estreme come quelle disciplinate dalla *Halakhà* che prevedono che, in caso di amputazione di un arto, questo venga seppellito unitamente al resto del corpo, o anche chi, come i seguaci della *Kabbalah*, ritengono che anche i capelli e le unghie tagliati in vita debbano essere conservati per essere successivamente seppelliti con il corpo.

Ciò, quindi, costituisce il motivo per cui su ciascun individuo incombe l'obbligo di preservare il proprio corpo nel miglior modo possibile: *Shemirat Ha Guf* ('conservazione - preservazione del corpo').

L'autotutela del proprio corpo incontra, tuttavia, dei limiti allorquando sopraggiuga un'incapacità fisica o mentale che compromette il proprio diritto all'autodeterminazione.

I Paesi di *common law*, al fine di poter ovviare a tale avversa ipotesi, hanno ritenuto opportuno, riconoscendo la legittimità e la validità dei *living will*⁴⁰⁵, attribuire carica positiva all'elemento volontaristico palesato nei momenti antecedenti all'improvviso sopraggiungere di un'incapacità.

I *living will*, rientranti nel più ampio genus delle cd. '*advanced directives*', ovvero di quelle dichiarazioni con cui il paziente esterna al medico il proprio consenso o rifiuto alla sottoposizione a determinati trattamenti terapeutici, consistono in disposizioni, da seguire nell'ipotesi di sopravvenuta incapacità fisica o mentale, con cui un soggetto manifesta in ordine alla sottoposizione ad un dato iter curativo: una vera e propria dichiarazione anticipata di trattamento giustificata dal "diritto a morire con dignità".

⁴⁰⁵ C.M. BIANCA, *La protezione giuridica del sofferente psichico*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1985; P. PERLINGIERI, *Gli istituti di protezione dell'infermo di mente*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1985; L. IAPICHINO, *Testamento biologico e direttive anticipate*, in *Lecture Notarili*, 2000. G. TAMBURRINO, *Intervento*, in AA.VV., *Il Testamento biologico*, a cura di G. Reale.

Il diritto a morire dignitosamente ha avuto un primo riconoscimento giurisprudenziale negli Stati Uniti, ove è stato altresì esaminato l'elemento volontaristico del soggetto incapace di intendere e di volere.

Il primo caso, risalente al 1975, riguarda una ragazza, Ann Quinlan, in coma a seguito di un incidente stradale.

I genitori della stessa, palesando ai medici la volontà di interrompere il sistema che la manteneva in vita artificialmente, e stante il rifiuto di quest'ultimi, si rivolsero alla Corte del New Jersey.

La Corte condannò il rifiuto dei professionisti ritenendo che il diritto al rifiuto dei trattamenti terapeutici rientra nel più ampio genus del diritto alla *privacy* e, essendo la Quinlan incapace, i genitori avrebbero potuto esercitare tale diritto secondo in virtù della volontà della figlia.

Già nel 1976, poi, in California, e successivamente in tutti gli Stati dell'Unione, fu adottato il "*Natural death act*" nel quale viene riconosciuta la validità del *living will* e delle *advanced directives*.

Così come avviene nell'ordinamento italiano, anche la posizione del popolo ebraico muta in base ai diversi movimenti di pensiero.

Seppur non monolitica, tuttavia, la bioetica ebraica affronta con sincerità e trasparenza, a differenza, invece, di quanto possa sembrare nei Paesi di matrice cattolica, la tematica del diritto del malato a non soffrire.

Il diritto ebraico è il diritto della religione ebraica. Le Autorità rabbiniche, dotate di capacità decisionali, dovranno, in ogni caso e comunque, far riferimento alla *Halakhab*.

Appare chiaro, quindi, il collante tra il sistema di *civil law* ed sistema giuridico ebraico: trattasi, in entrambi i casi, di sistemi in cui l'elemento religioso, seppur atteggiandosi in maniera differente, è presente e viscerale.

Tuttavia, anche nei Paesi di *civil law*, probabilmente a seconda della distanza geografica da talune ‘sedi’, si rinviene una diversificazione di approccio alla delicata questione.

La Conferenza episcopale tedesca (DBK), ad esempio, ha redatto il “*Christliche Patientenverfügung*” (‘Disposizioni sanitarie del paziente cristiano’), ove, condannando in ogni caso l’eutanasia attiva, vengono fornite tutte le direttive per poter redigere un testamento biologico conforme ai principi cristiani.

La Conferenza episcopale francese (CEF), invece, tutela in maniera più rigida il valore della vita, tanto da pubblicare il documento dal titolo ‘*Ni euthanasie ni acharnement thérapeutique*’ (‘Né eutanasia né accanimento terapeutico’)⁴⁰⁶.

Parimenti in Italia, nonostante la copiosa e meramente astratta giurisprudenza Costituzionale in tema di “diritto alla salute” e del cosiddetto “consenso informato e trattamento terapeutico”, le gerarchie ecclesiastiche hanno infuocato la mancata redazione di testi legislativi in tema di disposizioni anticipate di trattamento.

Atteso che non esiste un diritto (o dovere) di prolungare artificialmente la vita di un malato ancorché sofferente, esiste, tuttavia, il diritto (o dovere) di curare.

Ciò, pertanto, dovrebbe indurre a riflettere che, mentre la cura è diretta a migliorare le condizioni di salute onde consentire una vita dignitosa, il prolungare artificialmente la vita di un soggetto del tutto incapace lederebbe, in taluni casi, il decoro e l’onore.

⁴⁰⁶ R. ASTORRI, *Gli statuti delle Conferenze episcopali. I, Europa*, Padova, 1987; I.C. IBAN, *Gli statuti delle Conferenze episcopali. II. America*, Padova, 1989; J.T. MARTÍN DE AGAR, *Legislazione delle Conferenze Episcopali complementare al CIC*, Milano, 1990; G. FELICIANI, *Le Conferenze episcopali*, Bologna, 1974, ID., voce *Conferenze Episcopali*, in *Enciclopedia Giuridica*, 8, Roma, 1988.; H. LEGRAND - J. MANZANARES - A. GARCÍA, *Naturaleza y futuro de la Conferencias Episcopales. Actas del Coloquio Internacional de Salamanca*, Salamanca, 1988; J.I. ARRIETA, *Conferenze episcopali e vincolo di comunione*, in *Ius Ecclesiae*, 1, 1989, 3-22; J.L. GUTIÉRREZ, *La conferenza episcopale come organo sopradiocesano nella struttura ecclesiastica*, ivi, 69-91.

Nella riflessione ebraica, il punto di partenza è quello di stabilire cosa sia lecito fare.

In virtù del principio sopraesposto, secondo cui il corpo e la vita sono doni in prestito meritevoli di tutela, ne discende il divieto di suicidio e, consequenzialmente, qualsivoglia forma di eutanasia attiva.

In linea generale, ma seppur con sfumature diverse a secondo dei diversi movimenti di pensiero, le Autorità rabbiniche supportano e favoriscono la necessità di fornire disposizioni anticipate di trattamento pur sempre conformi ai principi ebraici.

Le predette disposizioni verranno affidate ad una persona di fiducia, di norma un rabbino, che avrà il compito di garantirne la conservazione e l'eventuale attuazione se necessario.

Più specificamente, la necessità di affidare ad un terzo le disposizioni anticipate espresse nel proprio testamento biologico, deriva dall'esigenza di evitare che possano sorgere contrasti con le scelte del medico⁴⁰⁷.

In tali casi viene privilegiata la figura dell'autorità religiosa in quanto maggiormente sensibile alle disposizioni della *Halakhab* e, in ogni caso, portatore di una tradizione consolidata.

Sarà, quindi, compito di quest'ultimo, in quanto immune da condizionamenti, di tentare di determinare un equilibrio tra le sofferenze del paziente e la *Mitzvah*, imminente sul professionista, di curare il malato.

Appare chiaro, pertanto, che il principio di affidamento ad un terzo, in ordine a determinante scelte terapeutiche, costituisce l'elemento discriminante rispetto a quegli ordinamenti di *civil law* in cui difettano disposizioni legislative a riguardo.

⁴⁰⁷ A. STEINBERG, *Encyclopaedia of Jewish Medical Ethics*, Gerusalemme, 1998, 2, 1056.

Seppur si volesse ipocritamente riconoscere validità alle disposizioni anticipate di trattamento, a ben vedere, il testatore esprimerebbe delle volontà che potrebbero non essere considerate bioeticamente accettabili, in quanto pur sempre contestualizzate in un determinato momento storico in cui si versa in stato di lucidità e in cui non potrebbero essere presi in considerazione tutti i possibili eventi determinanti un'infermità.

Ne discende, pertanto, il sopravvento di quel paternalismo medico⁴⁰⁸ che affonda le proprie radici nella concezione ippocratica di unico soggetto autorizzato a decidere in ordine alla salute del paziente non più capace di decidere autonomamente.

A conforto della necessità di evitare domini medici, ove vengono adottate comode scelte dettate, a volte, dal timore di compiere atti di rilevanza penale, vi è la Convenzione di Oviedo⁴⁰⁹ (“Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina”) adottata a Nizza il 07 dicembre 2000 e ratificata dallo Stato italiano con legge 28 marzo 01, n. 145.

In particolare, dal tenore di cui all'art. 5, secondo cui «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero e informato. Tale persona riceve preliminarmente informazioni adeguate sulle finalità e sulla natura del trattamento nonché sulle

⁴⁰⁸ S. SPINSANTI, *Bioetica in Sanità*, Roma, 1993; D. GRACIA, *Fondamenti di bioetica, sviluppo storico e metodo*, Milano, 1993; E.D. PELLEGRINO - D.C. THOMASMA, *Per il bene del paziente*, Milano, 1992.

⁴⁰⁹ S. FUCCI, *La costituzione come base: libertà personale e diritto alla salute*, in *La Professione Medicina Scienza Etica e Società*, 1, 2008, 30-33; A. VAN DER HEIDE - L. DELIENS - K. FAISST - T. NILSTUN - M. NORUP - E. PACI ET AL., *End of life decision making in six European countries: descriptive study*, 2003, 362 e 345-350; F. DE LORENZO, *L'importanza della comunicazione e dell'informazione*, in *La Professione Medicina Scienza Etica e Società*, 2008, 1 e 95-97.

sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, revocare liberamente il proprio consenso», si evince la preminenza della figura del paziente, e delle sue scelte, rispetto a quella del professionista.

Il sistema ebraico di delega delle proprie scelte terapeutiche, in caso di sopravvenuta incapacità, pertanto, sarà da considerarsi più efficace e persuasivo rispetto ad un sistema in cui la forma scritta potrebbe incontrare dei limiti dettati dall'aleatorietà degli eventi relativi alla salute dell'individuo.

4. *Eutanasia e tradizione ebraica.*

Alla luce degli esposti caratteri generali dell'ebraismo, aventi connotazioni di stampo religioso, è innegabile che la relativa posizione in ordine all'eutanasia sia negativa.

Più specificamente vige l'assoluto divieto di praticare la cd. 'dolce morte': pertanto, chi determina la morte di un moribondo, chi ne affretta la morte⁴¹⁰ commette un omicidio e, di converso, chi lo fa su se stesso commette un suicidio⁴¹¹.

⁴¹⁰ Ad esempio è considerato proibito levare il cuscino da sotto la testa del moribondo, per affrettarne la morte; così il Remà, *Joré Deà* 339:1. Interessante notare come il problema fosse avvertito anche nel mondo non-ebraico: cfr. C. QUESTEL, *De pulvinari morientibus non subtrahendo*, 1678; I. JAKOBOVITS, *Jewish Medical Ethics*, cit., 149; D. SINCLAIR, *Tradition and the Biological Revolution: Application of Jewish Law to the Treatment of the Critically Ill*, Edinburgh, 1989.

⁴¹¹ Il problema della possibilità di affrettare la fine della vita o del non prolungare artificialmente il proseguimento della vita quando vi siano dolori e sofferenze atroci, è uno dei più discussi: ne esamineremo più avanti soltanto alcuni aspetti, esaminando il passo talmudico di 'Avodà Zharà 18 su R. Chanina ben Teradion; v. pure E.N. DORFF, *Assisted Suicide*, in *Journal of Law and Religion*, 13, 1998-99, 263 ss.; S.H. RESNICOFF, *Jewish Law Perspectives on Suicide and Physician-Assisted dying*, *ibid.*, 289 ss.; Z.W. FALK, *Jewish Perspectives*, cit., 379 ss.; R. COHEN-ALMAGOR - M. SHMUELI, *Can Life be evaluated? The Jewish Halachic Approach vs. the Quality of Life approach in Medical Ethics: A Critical View*, in *Theoretical Medicine and Bioethics*, 21, 2, 2000, 117 ss.

A parere di taluni decisori, tuttavia, esistono dei casi in cui non è consigliabile collegare il malato ad un apparecchio al fine di tenerlo artificialmente in vita seppur vi sia la consapevolezza di scarse probabilità di ripresa o nel caso in cui ciò potrebbe generare importanti sofferenze per il malato⁴¹².

A ben vedere, però, le maggiori difficoltà si incontreranno nella possibilità di staccare l'apparecchio collegato al paziente.

L'opinione maggioritaria ritiene proibito il predetto distacco anche qualora sia a rischio la vita di un altro malato necessitante del medesimo macchinario.

Ma vi è anche chi ritiene che, qualora i medici abbiano maturato l'assoluta certezza che non via più alcuna possibilità di salvare il malato, in tal caso sarà consentito, se non doveroso staccarlo dall'apparecchio⁴¹³.

Ha assunto particolare rilevanza anche la posizione del Rev Feinstein che, alla luce della prassi di taluni ospedali americani che speculavano sul prolungamento della vita del paziente al fine di poter guadagnare di più⁴¹⁴, vietò il compimento di tutte quelle attività che consentissero il prolungamento della vita che determinavano esclusivamente un prolungamento delle sofferenze.

La predetta posizione ha altresì esaminato l'interrogativo se sia possibile prolungare la vita del paziente, anche provocandogli inutili sofferenze, al fine di consentire il trapianto di organi in un altro malato.

Tuttavia, anche tale prospettiva è stata valutata negativamente⁴¹⁵.

È da ribadire che «se e quando applicare o sospendere la respirazione artificiale

⁴¹² RAV B. FIRER, *Use of a Respirator for Terminal Patients*, in *Techumin*, 7, 1986, 219 ss.

⁴¹³ RAV CHAIM DAVID HALLEVI, *Disconnetting a terminal patient from an artificial Respiratory*, in *Techumin*, 2, 1981, 297 ss.

⁴¹⁴ Si potrebbe parlare di accanimento terapeutico.

⁴¹⁵ IGROT MOSHÉ, *Joré Deà*, 2:174.

deve essere determinato dall'interesse del paziente stesso, e non per ottenere un organo vitale a scopo di trapianto, poiché sarebbe riprovevole manipolare una vita per il bene di un'altra»⁴¹⁶.

Il Rav Shelomò Goren⁴¹⁷, uno dei Rabbini Capo di Israele, che in più occasioni ha esaminato l'eutanasia da un punto di vista halachico, è giunto a talune conclusioni: sarà considerata opera pia pregare per un malato privo di speranze guaritive affinché terminino quanto prima le sue sofferenze; sarà vietata qualsivoglia forma di eutanasia, anche su richiesta del malato; non potranno essere assecondate le richieste di un malato terminale che, alla luce delle sue importanti sofferenze, richieda che vengano staccate le attrezzature che lo tengono in vita artificialmente: i precetti e tuo fratello vivrà con te⁴¹⁸ e non assistere inerte al pericolo del tuo prossimo⁴¹⁹ sono in vigore anche quando il malato ci chiede di affrettare la sua morte; il malato potrà rifiutarsi di assumere una medicina in fase sperimentale; nel caso di un malato terminale in stato di

⁴¹⁶ I. JAKOBOVITS, *Ebraismo*, in AA.VV., *Bioetica e grandi religioni*, a cura di S. Spinsanti, Cinisello Balsamo, 1987, 49, di cui riportiamo qui di seguito le conclusioni riguardo all'Eutanasia: «L'Eutanasia in senso proprio è rifiutata senza riserve dalla legge ebraica. Essa condanna ogni accelerazione attiva e volontaria della morte come un assassinio puro e semplice, sia che il medico agisca con o senza il consenso del paziente. L'ebraismo giudica il suicidio ancora peggiore dell'omicidio, sotto alcuni punti di vista, poiché non si può riparare in alcun modo con il pentimento per l'auto-distruzione. Per quanto riguarda l'eutanasia passiva, nella fase finale di una vita che si trascina, le opinioni rabbiniche contemporanee divergono. Alcuni non permettono nessuna sospensione degli sforzi, per quanto artificiali e in definitiva senza speranza, rivolti a prolungare la vita. Altri, invece, non esigono che il medico ricorra a metodi eroici; essi consentono l'eliminazione di medicinali o macchinari che servono unicamente a protrarre il supplizio del paziente che sta morendo, purché non vengano eliminati i mezzi naturali di sussistenza (per esempio il cibo)».

⁴¹⁷ S. GOREN, *L'uomo alla sua fine*, in ID., *Torat Harefuà. Ricerche halachiche su problemi medici*, Gerusalemme, 2001, 41 ss.; IDEM, *L'eutanasia dal punto di vista della Halachà*, *ibidem*, 49 ss.; ID., *Sospensione di apparecchi per mantenere in vita un malato terminale*, *ibidem*, 57 ss.

⁴¹⁸ Lev. 25:36.

⁴¹⁹ Lev. 19:16 e cfr. il commento di Rashi *in loco*.

agonia (*goses*), che sappiamo che non si potrà riprendere e che è attaccato ad apparecchi di rianimazione e che gli permettono di prolungare l'agonia, non è permesso staccare questi apparecchi, ma grandi decisori (*poskim*), come il Bet Jaakov e il Shvut Jaakov hanno permesso di non riempire in questo caso particolare, le bombole e lasciarlo morire di morte naturale.

I ragionamenti e le motivazioni dei decisori che giungono a tale considerazioni trovano il proprio fondamento nelle fonti talmudiche.

Più specificamente è da segnalare un passo talmudico ambientato in Palestina e risalente all'inizio del secondo secolo.

Trattasi, a ben vedere, di un periodo caratterizzato da importanti accadimenti: 70 E.V., anno della distruzione del Santuario di Gerusalemme per mano di Tito; 115-117 rivolta ebraica al tempo dell'imperatore Traiano, duramente repressa e, pochi anni dopo, negli anni 132-135, la grande rivolta di Bar Kochbah, anch'essa repressa nel sangue da Adriano.

In particolare nel predetto periodo, così come si evince da talune fonti rabbiniche, quali la *Mechilab* di Rabbi Ishmael, si assiste ad un moltiplicarsi di persecuzioni religiose.

In particolare, il *Midrash* spiega un versetto dei Dieci Comandamenti, che recita: «[...] E che uso bontà fino alla millesima generazione per coloro che Mi amano e osservano i Miei precetti»⁴²⁰.

A parere del Rabbi Natan, saggio ebreo, rabbino Tanna della 4^a generazione (135 – 170 e.v.), il versetto

«per coloro che Mi amano e osservano i Miei precetti» deve essere interpretato in riferimento al Popolo di Israele che quotidianamente rischia la propria vita in quasi osservatore dei precetti.

⁴²⁰ Esodo 20:5.

A conforto della perenne persecuzione che ha interessato il popolo ebraico, già al tempo di Adriano, sia a livello nazionale che religioso, si rinviene un passo che induce a importanti riflessioni «Perchè mai sei condannato a morte? Perchè ho circonciso mio figlio. Perchè mai vieni bruciato vivo? Perchè ho letto nella Torà. Perchè mai vieni crocifisso? Perchè ho mangiato pane azzimo... questi colpi hanno fatto sì che fossi amata da mio Padre che è nei Cieli».

L'avversione nei confronti del popolo ebraico, inoltre, la si desume dalla disamina di talune fonti romane, quali la *Lex Cornelia de sicariis* la quale, seppur volta in linea generale alla punizione degli omicidi, veniva utilizzata per condannare determinati comportamenti degli ebrei di Palestina osservanti dei precetti della *Torah*, quale, ad esempio, la proibizione del compimento della circoncisione⁴²¹.

Appare chiaro, pertanto, che l'intento del popolo romano fosse quello di annientare la tradizione ebraica al fine di liberare Israele dalle rivolte contro Roma.

In tal contesto storico si inquadra un episodio descritto nel *Talmud*.

Protagonista del racconto è Rabbi Chaninà ben Teradion, noto saggio di quel periodo, che, nonostante il divieto imperiale, proseguiva a studiare ed a riunire pubbliche assemblee allo scopo di insegnare la *Torah*, portando sempre con se un piccolo rotolo della *Torah*. Il brano inizia con il racconto della visita di Rabbi Chaninà ben Teradion al suo maestro Rabbi Josè ben Kisma, che era malato. R. Josè si rivolge a Rabbi Chaninà: «Chaninà, mio fratello, non sai che questa nazione [Roma] hanno stabilito dal Cielo che deve regnare? Ché ha distrutto la Sua casa e bruciato il Suo santuario, e ha ucciso i Suoi pii, e ha fatto

⁴²¹ A.M. RABELLO, *The Ban on Circumcision as a Cause of Bar Kokhba's Rebellion*, in ID., *The Jews in the Roman Empire: Legal Problems, from Herod to Justinian*, Aldershot, 2000.

perire i Suoi buoni e prosegue ad esistere, ed io ho sentito che tu siedì e studi Torà e riunisci Comunità in pubblico e porti nel tuo seno un Sefer Torà! Gli ha detto (R. Chaninà): “avranno pietà dal Cielo”. Gli ha detto (ben Kisma): “io ti dico cose ragionevoli e tu rispondi: avranno pietà dal Cielo? Mi meraviglierei se non bruceranno te e il Sefer Torà nel fuoco!”⁴²². Poco dopo la morte di Rabbi Josè ben Kisma le autorità romane arrestarono R. Chaninà e decretarono per lui la pena di morte; egli avrebbe dovuto cioè essere bruciato vivo, appunto per aver studiato *Torah*. I Romani prepararono l'esecuzione della pena cercando di prolungare il più possibile il supplizio, legando attorno al Saggio il rotolo della Bibbia in pergamena, e mettendo fra la carne e il rotolo delle spugne imbevute di acqua per far sì che il fuoco operasse più lentamente e l'agonia fosse quindi prolungata, ed appiccarono il fuoco. Lunga è l'agonia del Saggio ebreo, ed i discepoli che gli stanno accanto, soffrendo essi pure nel vedere le atrocità commesse verso il loro Maestro e le sue sofferenze, gli chiedono: «cosa vedi, Maestro?» e questi prosegue ad insegnare, fino all'ultimo secondo della sua vita terrena, come l'uom s'eterna, rispondendo⁴²³: «vedo il rotolo che si brucia, ma le lettere volano in alto [...]»⁴²⁴. Ed i discepoli continuano ad assistere, finché non resistono più e si rivolgono nuovamente al Maestro sofferente con un suggerimento: «apri la bocca, e entrerà il fuoco dentro di te» (per farti morire prima). Ma il Saggio prosegue a resistere, come se avvertisse che la sua

⁴²² Anche questa prima parte del racconto viene presa in considerazione dai *poskim*: essi fanno notare che in caso di pericolo, per esempio causato da una malattia, si deve agire in modo ragionevole senza basarsi esclusivamente sull'intervento divino. V. per es. *Responsa Ezhrat Cohen*, E.H., 37 del Rav A. Kook.

⁴²³ *Talmud Babilonese, Avodà Zharà* 18a.

⁴²⁴ I persecutori riescono sì a colpire la materia, a bruciare il corpo, a bruciare il rotolo della Torà ma non riusciranno a colpire il nostro spirito, a distruggere l'insegnamento biblico; volano le lettere ebraiche intorno ai roghi, ma non sono distrutte [...].

missione umana non è ancora giunta al termine, e risponde: «È meglio che la prenda (la vita) chi l'ha data, e che (l'uomo) non si leda da solo [...]» (cioè che non acceleri io stesso la mia morte). Era lì presente anche il centurione romano (*quastionarius*), che aveva il compito di sorvegliare che tutto si svolgesse secondo le regole e di eseguire la pena di morte. Colpito anch'egli dall'atteggiamento del Maestro di fronte alle sofferenze, gli si rivolse chiedendogli: «“Rabbi, se io aumentassi il fuoco e ti togliessi le spugne di lana dal tuo cuore, tu mi porteresti nel mondo futuro? Gli disse: “sì”. Rispose: “giuramelo” e glie lo giurò. Subito aumentò le fiamme, tolse le spugne e, nel momento in cui le fiamme si alzavano alte anche il centurione vi si buttò in mezzo e morirono entrambi, Rabbi Chaninà ed il centurione [...]. Si udì una voce celeste che disse: “Rabbi Chaninà ben Teradion e il centurione sono invitati alla vita del mondo futuro”»⁴²⁵.

È questo un episodio che viene normalmente studiato per far vedere quanto grande sia la forza della Teshuvà, del pentimento e delle buone azioni, senza distinzione fra ebreo o pagano: il soldato romano acquistò in un momento di pentimento e di sublimazione quel mondo futuro che Rabbi Chaninà ben Teradion si era conquistato naturalmente, con una intera vita condotta in santità, servendo D.o, studiando e insegnando la Sua *Torah*. Esaminando il testo più da vicino ci rendiamo conto della sua peculiarità. Chaninà ben Teradion è considerato uno dei più grandi saggi dell'epoca, suocero di Rabbi Meir, Maestro di molti saggi, che non volle staccarsi un momento dalla fonte di vita, dalla Bibbia; il suo atteggiamento non stupisce; era quello che ci si poteva attendere da un Saggio come lui: tutta la sua vita era stata purezza e amore per D.o. Ma Rabbi Chaninà viene a darci un ulteriore insegnamento con il suo

⁴²⁵ T.B. *Avodà Zharà* 18a.

atteggiamento al momento della morte. Cosa aveva voluto insegnarci? Perché non aveva voluto accettare il suggerimento dei discepoli ed accelerare la morte? Rabbi Chaninà avrebbe voluto mostrare fino a che punto l'uomo deve esser pronto a servire l'unico D.o con amore e abnegazione. Ed il passo, uno dei più studiati anche da chi si occupa del problema dell'eutanasia secondo l'Ebraismo, viene a ribadire l'insegnamento dei Maestri, e cioè che un uomo non può sapere cosa potrà capitare nel poco tempo che gli rimane ancora da vivere e non ha diritto ad accelerare la propria morte, appartenendo la vita a D.o.⁴²⁶. Leggiamo in una massima di un altro Saggio dell'epoca: «Rabbì Jaakov soleva dire: “È preferibile un'ora sola di penitenza e di buone azioni in questo mondo a tutta la vita futura; ma una sola ora di beatitudine nel mondo futuro è preferibile a tutta la vita di questo mondo”»⁴²⁷. Chi può dire cosa succede nell'anima umana nella sua ultima ora, chi può sapere che effetto purificatorio possono avere le sofferenze (senza con questo voler toglier minimamente la responsabilità degli aguzzini!)? Cosa è successo nel caso di Rabbì Chaninà? La cosa è eccezionale e per comprenderla dobbiamo ora prendere in considerazione la vita del boia romano: che vita differente la sua, tutta trascorsa nel sangue e nel lutto provocato al popolo ebraico con l'uccisione dei suoi maestri [...]. Ebbene il proseguimento delle sofferenze di Rabbì Chaninà, la sua ultima ora trascorsa tra sofferenze indicibili, hanno permesso a Rabbi

⁴²⁶ Si veda, per esempio *Responsa Shvut Jaakov*, 3:11, di R.I. REISHER (XVII-XVIII secolo) secondo cui, basandosi sul nostro passo, è proibito suicidarsi ed accelerare la morte. Si veda tuttavia l'opinione di R.J. Emden sul sottoporsi ad un trattamento medico pericoloso per alleviare sofferenze: «There are some who choose to endanger their lives in order to save themselves from terrible suffering, such as those who undergo an operation because of a stone in the pocket and sinews which lacerate the kidneys. This is very painful, like death itself. The Merciful One should save us. We allow them to do as they please without objections since sometimes they are relieved and cured» (*Mor ukezi'ah, Orach Chaim* 329; riportato anche da M. ELON, nella sentenza Yael Shefer.

⁴²⁷ *Mishnà Pirké Avot*, 4:22.

Chaninà di far mutare completamente la vita del centurione romano, di fargli sentire finalmente pena per le sofferenze altrui fino ad essere disposto a trasgredire l'ordine ricevuto (l'ubbidienza ad ordini disumani infatti non lascia libera la coscienza umana ancor oggi [...]) e di indurre il centurione a togliere le spugne dal Maestro per alleviare almeno un poco le sue sofferenze. Riemersa l'umanità dell'uomo, del centurione creato anch'egli ad immagine di D.o ed ora eccoli uniti assieme nelle fiamme, il saggio e l'aguzzino, il Rabbino ed il centurione romano. Un momento di pentimento sincero, travolgente, il rimorso per le pene provocate è bastato a far cambiare la vita del boia, a dare un significato altissimo alla sua ultima azione ed a farlo rendere degno di partecipare alla vita del mondo futuro⁴²⁸.

Esaminiamo ora il passo dal punto di vista strettamente halachico: i decisori hanno avuto qualche problema con questo passo, dato che potrebbe sembrare che vi fosse una contraddizione fra la prima parte e la seconda, in cui il Saggio ha accolto la proposta del soldato romano. Esaminiamo la prima parte, in cui Chaninà ben Teradiòn respinge la proposta dei discepoli di aprire la bocca per fare entrare il fuoco ed accelerare così la propria morte: «È meglio che la prenda (la vita) chi l'ha data, e che non si leda da solo [...]» (cioè che non acceleri io stesso la mia morte). È una frase che viene riportata assai spesso dai decisori, come per dire: non abbiamo il diritto di interferire sul volere divino con i nostri mezzi umani. Però bisogna fare attenzione che anche i discepoli di

⁴²⁸ È un cambiamento di un attimo, che ci fa vedere la vanità della vita vissuta dal centurione, ma anche ci fa conquistare, in quello stesso momento, un nuovo mondo: questo mutamento travolgente si chiama in ebraico *Teshuvà*, ritorno e la teshuvà costituisce l'essenza stessa del più santo giorno dell'anno ebraico, il giorno di *Kippur*: «Grande è la *teshuvà* che avvicina l'uomo a D.o [...] ieri sera questi era considerato odioso dinnanzi a D.o, ed oggi egli è amato [...]» (MAIMONIDE, *Mishne Torah, Hilch. Teshuva* 7:6). Ancora una volta si ripropone il collegamento fra diritto e morale.

Rabbì Chaninà conoscevano bene la *Halachà*; è vero che il Maestro ha respinto la loro proposta con la frase di cui sopra; ma il problema che ci si pone è se Rabbì Chaninà abbia stabilito una regola generale, cioè valida per tutti, oppure se si tratti di una regola ispirata dall'essere il Saggio particolarmente pio (*'middat chassidut'*), regola cioè che il Saggio aveva voluto fissare solo per se stesso e per chi avesse voluto seguirne l'esempio. Non sapremo mai la vera opinione del Saggio, ma dal punto di vista halachico quello che conta è come il passo viene interpretato dai decisori, ed in proposito abbiamo un duplice commento dei Tossafisti: la prima opinione⁴²⁹ ritiene che sia possibile fare anticipare la propria morte quando si soffrono sofferenze insopportabili; la seconda opinione, di Rabbenu Tam, limita questo permesso al solo caso in cui si tema di non poter sopportare le sofferenze e di trasgredire, come conseguenza, un grave divieto, come potrebbe essere quello dell'idolatria o del compimento di atti sessuali gravemente proibiti (*gbilni 'araiot*). Vi è pertanto chi ritiene⁴³⁰ che l'atteggiamento dei discepoli fosse giustificato; essi avrebbero consigliato al Maestro una azione permessa, tanto grandi erano le sofferenze del Maestro; questi, dal canto suo, voleva agire fino all'ultimo in un modo particolarmente pio, e rifiutava quindi di usufruire del permesso di accelerare la propria morte, anche a costo di sopportare sofferenze inumane⁴³¹. Secondo questa opinione,

⁴²⁹ Riportata nelle *Tossafot a Talmud Babilonese Ghittin 27b*.

⁴³⁰ Come il commento Jiun Jaakov, *in loco*.

⁴³¹ Secondo alcuni si deve intendere che per Rabbenu Tam, non sussistendo per R. Chaninà il pericolo di cadere in idolatria, il suo atteggiamento era conforme alla regola generale e sbagliavano i discepoli. Altri ritengono invece che R. Tam non abbia voluto affatto riferirsi a R. Chaninà e che quindi non si può dire che per R. Tam sarebbe stato proibito aprire la bocca per fare entrare il fuoco. Secondo quest'ultima opinione v. RAV B. FIRER, *Use*, cit., 223 s.; R.S.N. GOLDBERG, *Discontinuation of Artificial Respiration (Choice of Patient in the Event of Insufficient Equipment)*, in *Emek Halachah-Assia*, a cura di M. Halperin, 1985, 73 s.

dunque, l'atteggiamento del Saggio era particolarmente pio⁴³² ed egli non avrebbe voluto stabilire una regola generale: questo spiegherebbe come il soldato non ebreo non fosse obbligato a seguire l'atteggiamento stesso del saggio⁴³³ e potesse quindi agire come agì. Per questa opinione non sussiste quindi un contrasto fra le due parti del testo.

La maggioranza dei decisori segue però l'interpretazione di R. Tam, e cioè dobbiamo vedere nell'atteggiamento di Rabbì Chaninà la regola halachica da seguire⁴³⁴, a meno che non si tratti di una persona che tema di trasgredire importanti precetti come conseguenza delle torture. Questo ci porta ad esaminare la seconda parte del testo talmudico, quella cioè in cui interviene il soldato romano. E! da tener presente che la *Torah* ci insegna che ad ogni uomo (chiamato nelle fonti ebraiche 'ben Noach', 'figlio di Noè') è proibito l'omicidio (e normalmente tale è considerato l'accelerare la morte di una persona). Vi è chi ha considerato l'azione del soldato che ha tolto le spugne imbevute d'acqua come l'eliminazione (che sarebbe permessa) di un oggetto esterno che impedisce la morte⁴³⁵, e ciò anche perchè l'aggiunta delle spugne non era una

⁴³² Cfr. A. STEINBERG, voce *Terminally ill* ('*noté lamut*'), in *Encyclopedia of Jewish Medical Ethics*, Jerusalem, 4, 1994, 362.

⁴³³ *Responsa Ziz Eliezer*, 18:48:2.

⁴³⁴ V. per es. RAV M. FEINSTEIN, *Igrot Moshé Choshen Mishpat* 2:74 secondo cui dal passo talmudico apprendiamo che è proibito aprire la bocca per fare entrare il fuoco ed accelerare la morte; v. anche i *Responsa Ziz Eliezer* 10:25 secondo cui R. Chaninà ha fissato la regola generale: «la sua frase è per noi *Halachà* stabilita», stabilendo di conseguenza che è proibito a un uomo accorciare la propria vita e ad è proibito a chiunque accorciare la vita di un altro.

⁴³⁵ RAV I. JACOBOWITS, *Concerning the possibility of permitting the precipitation of the death of a fatally ill patient in severe pain*, in *Hapardes*, 31, 1, 1957, 28 ss.; IBID., 3, 16 ss.; R. WEISS, *Responsa Minchat Izechak*, 5:8, secondo cui sarebbe permesso accelerare la morte in caso di sofferenze, non arrivando però ad una decisione chiara; R.S. KOOK, *Killing a suffering individual*, in *Torà shebe al pé*, 18, 1976, 82 ss.; B.Z. FIRER, *Use*, cit, 219 ss. A tal proposito è utile far presente come le autorità rabbiniche permettano di eliminare un oggetto esterno al malato che impedisca l'uscita dell'anima. Gli esempi riportati nei *Responsa* sono due: 1) se uno

azione giuridicamente necessaria per la condanna a morte ed essa aveva soltanto lo scopo di prolungare le sofferenze del moribondo⁴³⁶. Vi è chi ritiene che tale atteggiamento, cioè il togliere le spugne, fosse proibito a un ebreo⁴³⁷, ma permesso a un non ebreo, o perchè la cosa era di estremo vantaggio per R. Chaninà, «essendo la velocità della morte un grande bene»⁴³⁸ e trattandosi anche di una morte innaturale⁴³⁹, o perchè le azioni compiute dal soldato non sono considerate per lui come omicidio⁴⁴⁰: Ma vi è anche chi ritiene che in linea generale non si debba agire come il soldato romano e neppure come il Saggio; secondo tale opinione Rabbì Chaninà avrebbe agito in tal modo solo per disposizione speciale dovuta alla situazione particolare in cui si trovava⁴⁴¹ (si sarebbe trattato, cioè di una disposizione particolare, una *horaat shaa*)⁴⁴².

spaccalegna fa rumore tagliando degli alberi, e tale rumore impedisce al malato di esalare l'ultimo respiro, si può far smettere allo spaccalegna, pur sapendo che in tal modo il malato morirà; 2) se del sale messo sulla lingua impedisce al moribondo di morire, si può togliere quel sale (così per es. il Remà, contraddetto però dal Tazh). Vi è quindi chi ha ritenuto che le spugne di lana imbevute di acqua fossero un oggetto esterno al moribondo e che quindi fosse permesso eliminarle, opinione comunque che non è condivisa da tutti.

⁴³⁶ RAV S. KOOK, *Killing*, cit.

⁴³⁷ *Igrot Moshé Choshen Mishpat*, 2:74, in cui spiega che come era proibito aprire la bocca, così era proibito togliere le spugne.

⁴³⁸ *Igrot Moshé Choshen Mishpat*, 2:74.

⁴³⁹ *Igrot Moshé Joré Deà*, 2:174, stabilendo però che la cosa richiede un ulteriore esame.

⁴⁴⁰ *Responsa Ziz Eliezer* 8:48:2. In particolare il RAV L.Y. HALPERIN fa notare che molto probabilmente il soldato che assisteva era quello stesso che aveva preparato il fuoco e messo le spugne, onde è evidente che se uno viene ad ucciderci e ci chiede quale morte preferiamo, una lunga piena di sofferenze oppure una breve possiamo senz'altro scegliere quella breve, se non si riesce ad evitare del tutto la condanna a morte; lo stesso assassino può cambiare il modo di uccidere anche dopo aver già scelto un'altra via, onde quello che era permesso al soldato non sarebbe stato necessariamente permesso ad un'altra persona né alla persona stessa che veniva uccisa e pertanto non vi sarebbe contraddizione fra le due parti del passo talmudico. Commento all'articolo di R.S.N. GOLDBERG, *Discontinuation of Artificial Respiration*, in *Emek Halachab-Assia*, a cura di M. Halperin, 1985, 73 s.

⁴⁴¹ RAV M. FEINSTEIN, *Igrot Moshé, Choshen Mishpat* 2:73:3. In una conversazione privata il nipote di Rav Feinstein, il Rav S. Rappoport, lui stesso decisore, mi ha spiegato che si può vedere la motivazione della 'disposizione speciale' (*horaat*

Come è comprensibile si aprono a questo punto vaste discussioni, basate anche sull'esame di altri testi, biblici, talmudici e post-talmudici, per cercare di risolvere il problema delle sofferenze causate dal proseguimento di cure. Mentre tutti sono d'accordo che si deve proseguire a somministrare cibo e medicinali normali all'ammalato anche se sofferente, vi sono gravi discussioni sull'opportunità di usare mezzi tecnici (come la macchina respiratoria) e medicine nuove per prolungare la vita del malato sia pure a costo di sofferenze. Sono problemi la cui soluzione richiede grande umanità e profonda conoscenza delle fonti e della situazione reale; abbiamo cercato di fornire qui qualche principio e qualche esempio di soluzione, ma è evidente che il problema merita un esame più ampio e approfondito al tempo stesso e che si tratta di decisioni che richiedono sempre la consultazione di una autorità rabbinica competente in questa materia⁴⁴³.

shaa) nel fatto stesso che il soldato ha mutato atteggiamento verso R. Chaninà; R. Chaninà sapeva inoltre con precisione, da quanto gli era stato detto da R. Kisma, come riportato all'inizio del passo, che sarebbe stato condannato a morte dai romani. Ad avviso del Rav Rappoport non vi è differenza fra il togliere le spugne ed aumentare il fuoco e tutte le due azioni sono da considerarsi generalmente proibite.

⁴⁴² Lett. 'insegnamento dell'ora', disposizione cioè che è valida per quel determinato momento, tenendo conto di tutti i particolari e che non si può considerare valida come regola generale; cfr. A. WEINGORT, *Responsabilité et sanction en droit talmudique et comparé*, Paris, 1998, 158.

⁴⁴³ Può essere interessante ricordare che recentemente la *Kenesseth* (il Parlamento israeliano) ha approvato la 'Legge sul malato che tende a morire' cioè la legge sul malato terminale, accogliendo generalmente i risultati del lavoro di una Commissione presieduta dal Prof. Avraham Steinberg; Si vedano le osservazioni critiche di Y.M. BAR ILAN, *Is the clock ticking for terminally ill patients in Israel? Preliminary comments for a proposal for a bill of rights for the terminally ill*, in *J. Med Ethics*, 30, 2004, 353; vedi anche *Jewish Law Association Studies*, vXXV, 2005: *Jewish Biomedical Law*, a cura di D. Sinclair, sez. F: *The Treatment of Terminally Ill*, e D.B. SINCLAIR, *The Report and Draft Law of the Committee Concerning Terminally Ill Patient*, 2002.

4.1. *Eutanasia: profili comparatistici.*

La problematica relativa all'eutanasia certamente non può considerarsi attuale atteso che, da sempre, i malati hanno richiesto ai propri medici di essere aiutati a morire anticipatamente.

Platone scriveva «coloro che non sono sani di corpo saranno lasciati morire dai medici, mentre i giudici faranno uccidere chi ha l'anima naturalmente cattiva ed inguaribile»⁴⁴⁴, con ciò facendo riferimento alla cd. 'eugenia' consistente nell'annientamento, per fini purificatori della razza, di tutti coloro i quali erano portatori di menomazioni e invalidità.

Bacone scriveva che i medici avrebbero dovuto imparare l'arte di aiutare gli agonizzanti a uscire da questo mondo con maggiore dolcezza e serenità.

D'altronde aiutare a morire chi soffre è un'abitudine che veniva utilizzata già negli eserciti greci e romani, ove il medico di turno, con scalpello e martello, causava una lesione mortale del midollo spinale di quei soldati sofferenti e per i quali non vi era speranza di sopravvivenza⁴⁴⁵.

Nel 1928 il giurista Giuseppe Del Vecchio pubblicò il saggio "Morte benefica" nel quale si schierava in favore della liceità degli interventi di eutanasia attribuendo ai medici la facoltà, e non il diritto o il dovere, di evitare ai pazienti inutili sofferenze.

Nella prefazione del predetto libro, però, Tullio Murri poneva in evidenza se potesse considerarsi conveniente inserire nell'ordinamento un'eccezione al divieto di uccidere esclusivamente per evitare «poche ore o pochi giorni» di sofferenza ai malati⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ Plat. *Rep.* 3.410.

⁴⁴⁵ P. ARIÉS, *Storia della morte in occidente*, Milano, 1978.

⁴⁴⁶ G. DEL VECCHIO, *Morte benefica (L'Eutanasia) Sotto gli aspetti Etico-Religioso, Sociale e Giuridico. Prefazione di Tullio Murri*, 1928.

A conforto di ciò, nel 1903, un migliaio di medici americani proposero all'Associazione medica americana la possibilità di prevedere, nel caso di gravi malattie, l'eutanasia attiva⁴⁴⁷.

L'ordinamento giuridico italiano, quale ordinamento opacamente religioso, così come la tradizione giudaico cristiana⁴⁴⁸, considera la vita quale dono sacro.

Ne discende, pertanto, che anche la vita del malato, ancorchè sofferente, sarà da considerarsi tale, ciò comportando l'illicità morale, oltre che giuridica, del suicidio medicalmente assistito.

Nella Sacra Scrittura nulla è detto esplicitamente circa il suicidio. Tuttavia, Sant'Agostino, lo considerava incluso nel quinto comandamento: «Non è lecito uccidersi, giacché nel precetto Non uccidere, senza alcuna aggiunta, nessuno, neanche l'individuo cui si dà il comandamento, si deve intendere escluso [...]. Non uccidere, quindi, né un altro né te. Chi uccide sé stesso infatti uccide un uomo»⁴⁴⁹.

Parimenti, la visione biblica della vita implica una condanna ed un diniego del suicidio: «Per il cristiano, morire non è forse acconsentire alla chiamata del Signore e lasciar ritomare a Lui quella vita che D.o accoglie al fine di rinnovarla nella pienezza della risurrezione? Cristo è rimasto sottomesso al Padre che gli fissava l'ora in cui avrebbe dovuto lasciar questo mondo per ritornare verso di Lui, il suo D.o e nostro D.o⁴⁵⁰. Il discepolo, a sua volta, rispetta l'ora del Padre,

⁴⁴⁷ B. BARBISAN, *Il 'diritto a morire' negli Stati Uniti secondo l'interpretazione costituzionale del XIV emendamento.*, in *Dir. pubbl.*, 2001.

⁴⁴⁸ N. SOLOMON, *Ebraismo*, Torino, 1999: eutanasia passiva, sì; palliativi, sì; no all'eutanasia attiva.

⁴⁴⁹ Sant'Agostino, *De civitate Dei*, l. I, cap. 20, in PL, 61, col. 35; trad. it. nell'edizione latino-italiana di Città Nuova, *Opere di S. Agostino*, vol. V/I, Roma 1978, pp. 60-63.

⁴⁵⁰ Cfr. *Gv.* 13.1 e 3.

perché sa che il servo sofferente, il cristiano, si dimostra fedele nell'assumere gli stessi sentimenti che furono in Cristo^{451,452}.

Alla luce di quanto esposto appare chiaro che la dottrina della Chiesa ha sempre condannato il suicidio, quale peccato particolarmente grave.

In uno dei documenti più importanti e autorevoli del Concilio Vaticano II e della Chiesa Cattolica, *Gaudium et spes*, ed in particolare al numero 27, il 'suicidio volontario' è posto tra le «cose vergognose» che «deturpano la civiltà umana [...] e costituiscono i più gravi insulti allo stesso Creatore»⁴⁵³.

In egual misura, nella "Dichiarazione sull'eutanasia", della Congregazione per la Dottrina della fede⁴⁵⁴ è rinvenibile un'ulteriore severa condanna, ove vengono adottate le medesime deduzioni di San Tommaso.

La sua tesi, trattata nella II-II, q. 64, art. 5, è quella di una radicale illiceità: *omnino illicitum*. E adduce tre ragioni che militano contro la liceità del suicidio: il soggetto stesso, la società, D.o⁴⁵⁵.

Chi si uccide offende se stesso, la comunità e D.o.

Il complemento giuridico alla predetta posizione, frutto di un notevole ascendente, è il divieto legale di suicidio o, più specificamente, di ogni atto idoneo a determinare l'evento morte indipendentemente dalla volontà dell'individuo.

⁴⁵¹ Cfr. *Fil.* 2.5

⁴⁵² Conferenza episcopale francese - Consiglio permanente, *L'eutanasia* (16 giugno 1976); trad. it. in *An Co* 14 (1976) 525-534.

⁴⁵³ Concilio Vaticano II, in *Enchiridion Vaticanum*. Vol 1: Documenti del Concilio Vaticano II 1962-1965, Bologna, EDB, 1993

⁴⁵⁴ Dichiarazione sull'eutanasia '*Iura et bona*', pubblicata dalla Congregazione per la Dottrina della Fede il 5 maggio 1980. Al n. 6: «Per eutanasia s'intende un'azione o un'omissione che di natura sua, o nelle intenzioni, procura la morte, allo scopo di eliminare ogni dolore».

⁴⁵⁵ Già in Plat. *Phaed.* 61b-62c (cfr. V. VITALE, *L'antigiuridicità strutturale del suicidio*, in *Riv. Int. Filosofia del diritto*, 1983, che richiama J.G. LOPEZ, *Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, 1979).

D'altronde, probabilmente anche e soprattutto grazie alla vicinanza geografica con taluni centri purpurei, le norme vigenti in Italia tutelano il valore della vita, talvolta anche a discapito di chi soffre e di chi circonda i sofferenti.

Il dibattito etico-giuridico-religioso si definisce tra chi ritiene che la morte sia un eventuale soggetto alla nostra sfera di signoria e autonomia e chi ritiene che la vita costituisca un valore inviolabile.

Nel nostro ordinamento, così come d'altronde in ogni ordinamento di matrice religiosa, l'eutanasia attiva, consistente nella somministrazione di un farmaco determinante e causante il decesso, è normativamente vietata.

Tale tipologia di eutanasia attiva, cd. 'diretta', costituisce reato e rientra nelle ipotesi previste e punite dall'articolo 579 ("Omicidio del consenziente") o dall'articolo 580 ("Istigazione o aiuto al suicidio") del codice penale.

Non penalmente rilevante, ma sicuramente soggetta a critiche di matrice morale ed etica, è la cd. 'eutanasia attiva' cd. 'indiretta', consistente nella somministrazione di farmaci sedativi del dolore che come effetto secondario involontario possono accelerare il subentrare della morte.

L'«eutanasia passiva» è, infine, diretta a lasciar morire in modo dignitoso, in particolare non continuando o addirittura nemmeno iniziando una terapia volta a prolungare la vita nel caso di un malato inguaribile⁴⁵⁶.

D'altronde, la sospensione delle cure costituisce un diritto inviolabile in base all'articolo 32 della Costituzione italiana in base al quale: «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di

⁴⁵⁶ C. TODINI, *Riflessioni in tema di diritto di morire con dignità e di aiuto a morire*, in *Giust. pen.*, 2000, II, 193; C. TRIPODINA, *Eutanasia, diritto, costituzione nell'età della tecnica*, in *Dir. pubbl.*, 2001, f. 6, 113; B. TRONCARELLI, *Eutanasia e normatività: dilemmi filosofici e bioetici. Spunti da un recente volume*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 2003, V, 811.

legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

Nel contempo, l'art. 42 e l'art. 2 Cost., nel prevedere l'obbligo di un impegno sociale e comunitario, implicitamente riconoscono e contemplano il divieto di qualunque forma di rinuncia alla sopravvivenza, ciò comportando l'obbligo per il professionista medico di compiere tutti gli atti utili, previo consenso.

Ed è proprio l'elemento consensualistico che, in combinato disposto degli artt. 13 e 32 della Costituzione, pone le basi per la realizzazione del principio di autodeterminazione terapeutica.

Tale principio trova ulteriore conferma nell'articolo 33 della legge n. 833/1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, che stabilisce che gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari; qualora previsti, i trattamenti sanitari obbligatori devono comunque rispettare la dignità della persona, i diritti civili e politici, compreso, per quanto possibile, il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura.

D'altronde, il Codice deontologico della Federazione Nazionale dell'Ordine dei Medici e degli Odontoiatri approvato il 25 giugno 1995, sancisce l'obbligo di informazione al paziente (art. 30) o all'eventuale terzo (art. 31), nonché l'obbligo di acquisire il consenso informato del paziente (art. 32) o del legale rappresentante nell'ipotesi di minore (art. 33).

Lo stesso Codice Deontologico stabilisce poi l'obbligo di rispettare la reale ed effettiva volontà del paziente (art. 34) nonché i comportamenti da tenere nell'ipotesi di assistenza d'urgenza (art. 35).

In un'ottica emotiva ed umanitaria, le reazioni ad un malato estramente sofferente possono oscillare tra la volontà di voler porre fine, affrettando la

morte, alle sue sofferenze e la volontà di volerlo curare ad ogni costo: eutanasia ed accanimento terapeutico.

Nella tradizione ebraica, la posizione nei confronti della eutanasia è retoricamente negativa.

Nella Bibbia non si rinvengono particolari prescrizioni o indicazioni in materia, se non il generico comandamento “non uccidere”.

Un episodio narrato che potrebbe indurre a riflettere riguarda la morte del re Saul: durante la battaglia contro i filistei, Saul, resosi conto di essere stato confitto, onde evitare di divenire prigioniero e di essere soggetto a torture, chiese allo scudiero di togliergli la vita.

Quest’ultimo si rifiutò e Saul si trafisse da solo con la sua spada⁴⁵⁷.

Tale gesto non provocò la morte ed il re chiese ad un’amalecita di finirlo.

Il rivale di Saul, nonchè futuro re, David, per quanto compiuto, condannò il giovane amalecita⁴⁵⁸.

Il suesposto aneddoto, a ben vedere, potrebbe costituire il fondamento della moderna dottrina rabbinica: la richiesta di morte, infatti, seppur giustificata dalla paura di gravi sofferenze, è, in ogni caso, punibile per chi la esegue.

Il principio ispiratore delle scelte della *Halakbah* è che a nessuno è concesso il diritto di procurare la morte, in qualunque caso⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ La Bibbia menziona cinque specifiche persone che hanno commesso suicidio: Abimelec (Giudici 9:54), Saul (1 Samuele 31:4), lo scudiero di Saul (1 Samuele 31:4-6), Aitofel (2 Samuele 17:23), Zimri (1 Re 16:18) e Giuda (Matteo 27:5).

⁴⁵⁸ Samuele, 1:31; Samuele, 2:1.

⁴⁵⁹ cfr. C. QUESTEL, *De pulvinari morientibus non subtrahendo*, 1678 e v. I. JAKOBOVITS, *Jewish Medical Ethics*, cit., 149; D. SINCLAIR, *Tradition and the Biological Revolution: Application of Jewish Law to the Treatment of the Critically Ill*, Edinburgh, 1989; v. pure E.N. DORFF, *Assisted Suicide*, in *Journal of Law and Religion*, 13, 1998-99, 263 ss.; S.H. RESNICOFF, *Jewish Law Perspectives on Suicide and Physician-Assisted dying*, *ibid.*, 289 ss.; Z.W. FALK, *Jewish Perspectives*, cit., 379

Certamente la posizione ebraica in materia non pecca di rigidità.

Autorevole dottrina, infatti, ritiene che, qualora vi dovessero essere importanti e gratuite sofferenze per il malato, pur essendo consapevoli della mancanza di possibilità di ripresa, sarebbe inutile l'atto di «attaccare l'apparecchio»⁴⁶⁰.

Ne discenderebbe, infatti, una notevole difficoltà, etica-giuridica-morale, di poter procedere successivamente a 'staccare l'apparecchio'.

Alcuni decisori, tuttavia, ritengono che, qualora vi sia l'assoluta certezza di impossibilità di guarigione e di sopravvivenza per il malato, potrà considerarsi addirittura doveroso staccarlo dall'apparecchio⁴⁶¹.

Dal punto di vista halachaico, il Rav Shelomò Goren, Rabbino Capo di Israele, ritiene che, anche su richiesta del malato, è proibito praticare qualsivoglia forma di eutanasia: anche in fase di 'agonia' (*goses*), ove il malato è attaccato a apparecchi di rianimazione, non sarà permesso staccarli⁴⁶².

Appare chiaro, quindi, che, così come sostiene Rav Jakobovits, nella contesa tra la tutela della vita, quale valore sacro, e la necessità di sopprimere il dolore, vi sarà, in ogni caso, la prevalenza della prima: «Se si diminuisce il valore della vita di un uomo perchè questi sta per morire, la vita dell'uomo in generale perde il suo valore assoluto e diventa relativa»⁴⁶³.

ss.; M. ELON nella succitata sentenza Yael Shefer; R. COHEN-ALMAGOR - M. SHMUELI, *Can Life*, cit., 117 ss.

⁴⁶⁰ RAV B. FIRER, *Use of a Respirator for Terminal Patients*, in *Techumin*, 7, 1986, 219 ss.

⁴⁶¹ RAV CHAIM DAVID HALLEVI, *Disconnecting a terminal patient from an artificial Respiratory*, in *Techumin*, 2, 1981, 297 ss.

⁴⁶² S. GOREN, *L'uomo alla sua fine*, in *Bioetica e grandi religioni*, a cura di S. Spinsanti, 1987; TORAT HAREFUÀ, *Ricerche halachiche su problemi medici*, Gerusalemme, 2001, 41 ss.; ID., *L'eutanasia dal punto di vista della Halachà*, *ibidem*, 49 ss.; ID., *Sospensione di apparecchi per mantenere in vita un malato terminale*, *ibidem*, 57 ss.

⁴⁶³ *Ha-Refuà weba-Jahadùt*, 152.

Una delle più gravi proibizioni della *Torah* è, quindi, il compimento di qualsivoglia azione che potrebbe indurre alla fine della vita.

Diversamente, sarà da considerarsi un obbligo, per il medico, la cura del malato e, per quest'ultimo, farsi curare.

Questo non è solo un diritto ma è anche un dovere: è un ordine esplicito «salvaguardare la propria vita»⁴⁶⁴ e «non rimanere inerte se il tuo prossimo è in pericolo»⁴⁶⁵.

Anche lo *Shulchàn Arùkh*⁴⁶⁶ elenca, in maniera scrupolosa, tutto ciò che potrebbe accelerare la morte di un malato: ad esempio, è proibito togliere il cuscino da sotto la testa di un malato in agonia o anche solo chiudergli gli occhi. Ciò sarebbe considerato come uno “spargimento di sangue”.

L'eutanasia è quindi assolutamente vietata, però ciò non implica che si debba ricorrere a un accanimento terapeutico in caso di malati terminali.

Per Rav Di Segni «curare non significa prolungare le sofferenze»: sarà considerato, quindi, lecito ciò che impedisce la morte, e sarà considerato illecito ciò che la affretta.

La distinzione, sottile e di difficile applicazione, trova il proprio campo di applicazione in uno dei casi maggiormente in discussione: il distacco della macchina che assicura la respirazione artificiale.

⁴⁶⁴ Deuter. 4:15 e Giosuè 23:11; cfr. *Kitzùr Shulchàn Arùkh* 32:1.

⁴⁶⁵ Levit. 19:16; cfr. comm. di Rashi.

⁴⁶⁶ Letteralmente ‘tavola apparecchiata’. È il principale codice della Legge ebraica. L'autore, Rav Yosef Caro, volle presentare le regole di vita ebraica pronte per essere usate, appunto, come una tavola apparecchiata. Nella maggior parte delle *halachòt* nelle quali l'opinione dei codificatori precedenti non concordava, Rav Yosef Caro decise a maggioranza tra le opinioni del Rif, del Maimonide e del Rosh. Dal momento che Rif e Maimonide sono sefarditi, nel comporre lo *Shulchàn Arùch*, la decisione halachica in genere è basata sui precedenti codici di origine sefardita. Rav Moshè Isserles (il *Remà*) aggiunse le sue glosse, denominate la ‘*Mappà*’ o ‘Tovaglia’ che include le *halachòt* in uso presso gli ashkenaziti e in questo modo rese lo *Shulchàn Arùch* un'opera accettata da tutti.

Nella legislazione ebraica ogni singolo caso verrà valutato come un caso a sé stante e sarà sottoposto al vaglio del Tribunale rabbinico competente, che esaminerà tutti gli aspetti del problema.

La problematica, tuttavia, si pone allorché il malato si trova in uno stato di incapacità mentale tale da rendergli impossibile la possibilità di esprimere la propria volontà.

La Suprema Corte ha sottolineato ed evidenziato che il consenso non solo deve essere serio, esplicito e non equivoco, ma dev'essere perdurante fino al momento in cui è commesso il fatto, e soprattutto non è delegabile⁴⁶⁷.

Il consenso certamente può essere tacito ma non può essere meramente presunto⁴⁶⁸. L'articolo 579 cod. pen. prevede, infatti, non solo la invalidità del consenso per chi è in stato mentale tale da non poterlo esprimere lucidamente, ma esclude dal novero dei soggetti il cui consenso è valido genericamente ogni «persona inferma di mente o che si trova in condizioni di deficienza psichica per un'altra infermità».

È noto che i soggetti in stato vegetativo permanente non sono comunicativi e, probabilmente, risultano incoscienti.

Tuttavia, seppur esistono minime e recondite possibilità di risveglio, certamente non possono essere liberamente interpretati i movimenti della mimica del volto.

Essi, dunque, per non morire, necessitano che siano garantite le condizioni generalmente indispensabili alla vita di ciascun essere umano.

Più specificamente, l'idratazione e l'alimentazione costituiscono fattori indispensabili per la sopravvivenza.

⁴⁶⁷ Vedi Cass 11 giugno 1992, in *Giust. Pen.*, 1993, II, 564; Cass. 27 giugno 91, in *Cass. Pen.*, 92, 3097.

⁴⁶⁸ Corte d'Assise di Roma 10 dicembre 1983.

Con la sentenza n. 21748/2007 la Cassazione civile relativa al caso di Eluana Englaro, ha evidenziato che: «Non v'è dubbio che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario. Esse, infatti, integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati [...] implicanti procedure tecnologiche»⁴⁶⁹.

La somministrazione di cibo e acqua, anche per vie artificiali, è, quindi, un mezzo ordinario di conservazione della vita.

In un'ottica meramente cristiana, essa sarà considerata obbligatoria, quindi, finché raggiunga la propria finalità consistente nel procurare l'idratazione e il nutrimento del paziente, evitando la morte dovute all'inanizione e alla disidratazione.

Keith Andrews, a tal proposito, scriveva: «È curioso che l'unico motivo per cui la sonda dell'alimentazione sia considerata un 'trattamento' è perché possa essere rimossa. La gran parte del dibattito riguarda la questione che la sonda sia un trattamento inutile. Io dico che la sonda è un trattamento estremamente efficace in quanto realizza il compito che noi ci aspettiamo che compia. Ciò che in realtà si pone è l'inutilità della vita del paziente – di qui il bisogno di

⁴⁶⁹ M.C. DEL RE, *Diritto di vivere, diritto di morire: il rifiuto del trattamento medico negli U.S.A.*, in *Scritti in memoria di Pioletti*, Milano, 1982; ID., *Il rifiuto della Terapia*, in *Trattato di crimin.*, a cura di Ferracutti, Milano, 1990; ID., *Il consenso della vittima*, *ibid.*; L. EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Arch. Pen.*, 1985, 308; F. MANTOVANI, *Aspetti giuridici della eutanasia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, 448; ID., voce *Eutanasia*, *cit.*; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 1995, 670; ID., *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. med. Leg.*, 1995, II, 727; F. GIUNTA, *Diritto a morire e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 74; L. MONTICELLI, *Eutanasia, diritto penale e principio di legalità*, in *Indice pen.*, 1998, 463; A. MANNA, *Trattamento medico chirurgico*, in *Enc. Dir.*, 44; L. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *Indice pen.*, 2000, 477; M. PORTIGLIATTI-BARBOS, voce *Diritto a morire*, in *Dig. Disc. Penalistiche*.

trovare una strada per porre la fine a quella vita. [...] Il desiderio della medicina di non sembrare apertamente a favore dell'eutanasia ha prodotto un ragionamento tortuoso per dimostrare che non siamo responsabili di quella morte»⁴⁷⁰.

Per la cultura ebraica la nutrizione ed idratazione artificiale non possono essere negate in alcun modo e, comunque, in ogni caso devono essere tenute distinte dalle cure mediche.

Quest'ultime sono considerate tali solo se basate sulle evidenze, ovvero quelle terapie aventi una ragionevole probabilità di successo: *refuà bedoka*⁴⁷¹.

La problematica da sottoporre, pertanto, consisterebbe nello stabilire se la nutrizione ed idratazione artificiale possono determinare delle sofferenze.

Secondo alcuni commentatori rabbinici, su una persona con malattia terminale, sia che sia moribondo (*goses*) e sia che sia incurabile (*terefà*), non incombe l'obbligo di cure vitali che possano produrre o prolungare la sofferenza⁴⁷².

Attese le loro funzioni di conforto, alcune autorità halachiche hanno ritenuto che la nutrizione e la idratazione artificiale possono essere considerate terapie mediche⁴⁷³.

La praticità e la modernità della tradizione ebraica è, pertanto, facilmente rinvenibile laddove l'alimentazione e l'idratazione vengono considerate consentite solo se possano prolungare la vita del paziente o, quantomeno, diminuire le sue sofferenze. Ne discende, per l'inverso, qualora non vi sia

⁴⁷⁰ K. ANDREWS - L. MURPHY - R. MUNDAY - C. LITTLEWOOD, *Misdiagnosis of the vegetative state: retrospective study in a rehabilitation unit*, in *BMJ*, 1996.

⁴⁷¹ A. STEINBERG, *Encyclopedia*, cit.

⁴⁷² 'Responsa' of Rav Moshe Feinstein: translation and commentary. Vol. 1: Care of the critically ill, Hoboken, 1996.

⁴⁷³ M.R. GILLIK, *J. Med. Ethics*, 2001, 27, 12 ss.

prova di qualsivoglia beneficio, la non necessarietà di nutrire artificialmente un paziente moribondo⁴⁷⁴.

Il vers. 5 del capitolo 18 del Levitico stabilisce: «Osserverete i miei statuti e le mie leggi, che li metterà in pratica l'uomo e vivrà attraverso di questi. Io sono l'Eterno».

Seppur soggetto a molteplici interpretazioni, tale versetto vuol indicare che, in ogni caso, lo scopo dell'uomo è la vita.

Nell'applicare la legge divina, quindi, il malato, seppur moribondo, deve scegliere la vita e non la morte.

D'altronde, anche un altro versetto dal Deuteronomio stabilisce: «Io ho posto di fronte a te la benedizione e la maledizione, la vita e la morte e tu sceglierai la vita»⁴⁷⁵.

In virtù dei principi generali espressi, che ovviamente potrebbero essere rivalutati a seconda dei casi specifici, la tradizione ebraica fonda, senza ipocrisie ed in modo estremamente cristallino, la propria posizione sul fondamentale concetto della sacralità della vita⁴⁷⁶.

Seppur vi siano stati sporadici tentativi di rendere laiche posizioni di bioetica, nell'ordinamento italiano appare evidente regni un perbenismo portato alle estreme conseguenze ove tutto appare concesso ma di fatto negato.

Se per il mondo ebraico fonte primaria è la Bibbia, nell'italico ordinamento occorre fare i conti con i diritti inviolabili sanciti e garantiti dalla Costituzione.

⁴⁷⁴ A.B. JOTKOWITZ, *Am. Geriat. Soc.* 2005, 53, 881 ss.

⁴⁷⁵ 30, 19.

⁴⁷⁶ Emblematici due versetti biblici del Levitico del capitolo 19 e del capitolo 18. Il versetto 16 del capitolo 19, che è il famoso capitolo che contiene la massima «Ama il prossimo tuo come te stesso», afferma: «Non startene fermo presso il sangue del tuo compagno».

Pur volendo considerare suicidio la scelta di interrompere le terapie mediche, determinanti esclusivamente sofferenze, in ogni caso tale opzione rientrerà nella sfera di autodeterminazione del sofferente.

La divergenza tra quanto costituzionalmente garantito ed il libero arbitrio, pertanto, inducono a rinvenire un'analogia di angolazione e di atteggiamento con l'ordinamento ebraico ove, in quest'ultimo caso, però, non si rinvencono falsi tentativi di estranearsi dalla propria cultura meramente religiosa.

5. Definizione e accertamento della morte.

Dal punto di vista biologico, ed in via ampiamente generica, la morte può essere considerata come l'estinzione dell'organismo e, più specificamente, delle necessarie correlazioni tra organi e funzioni.

Attese le problematiche sociali-filosofiche-giuridiche-religiose che ne derivano, appare chiaro che non esista una definizione esaustiva di morte.

Si distingue tra morte clinica e morte celebrale: il primo caso, reversibile, si verificherà allorquando vi sarà l'assenza di alcuni segnali vitali, quali ad esempio il battito cardiaco; il secondo caso, non reversibile, consiste nella cessazione delle funzioni vitali dell'encefalo.

Tale distinzione, ancora oggi, tuttavia, ingenera confusione in ordine alla determinazione del momento del decesso, attesa la poca conoscenza e conoscibilità dell'organo celebrale in un'ottica meramente scientifica.

Nel 1837 il Rav Moshé Sofer, noto come il Chatam Sofèr, stabilì, con ciò sancendo un principio halachico, che il momento della morte fosse determinato dalle indicazioni cliniche che usualmente venivano accettate.

Nel contempo il Chatam Sofer stabilì altresì che il cadavere deve essere sepolto subito dopo la morte, quanto prima possibile⁴⁷⁷.

L'italico ordinamento ha recepito, conseguentemente il rapporto di Harvard del 1968⁴⁷⁸, la definizione di morte intesa non più come arresto cardiocircolatorio bensì come encefalogramma piatto.

Con il celebre document di Harvard, quindi, subentrava una nuova concezione di morte basata esclusivamente su parametri neurologici, nota anche come 'morte cerebrale totale' (*'whole brain death'*).

Tale conclusione, tuttavia, fu criticata dal neurologo inglese, Christopher Pallis, il quale evidenziò la mancata di criteri clinicostrumentali idonei ad accertare l'effettiva cessazione irreversibile di tutte le funzioni encefaliche.

Alla luce di ciò, Pallis giunse alla conclusione che la morte umana si verifica «con l'irreversibile perdita della capacità di coscienza combinata con l'irreversibile perdita di respirare spontaneamente»: non la morte, quindi, dell'intero cervello, ma soltanto quella del tronco encefalico (*'brainstem death'*)⁴⁷⁹.

Tuttavia, anche secondo alcuni decisori⁴⁸⁰ ebraici, il cervello viene considerato l'organo che consentire di operare il *discrimen* tra la vita e la morte: la morte del cervello equivale a morte dell'individuo.

Secondo altri decisori⁴⁸¹, invece, atteso che è l'elemento che definisce la vita o la morte di un individuo in virtù delle fonti tradizionali, la respirazione

⁴⁷⁷ A. STEINBERG, *Establishing the Moment of Death with reference to Heart Transplantation*, in *Assia*, 7, 1993, 209 ss.

⁴⁷⁸ Cfr. AA.VV., *A Definition of Irreversible Coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*, in: *Journal of the American Medical Association*, 205/6, 1968, 337 ss.

⁴⁷⁹ CH. PALLIS-D.H. HARLEY, *ABC Brainstem Death*, in *BMJ*, 1983, 3.

⁴⁸⁰ Così il Rav Auerbach.

⁴⁸¹ Così il Rav Feinstein.

costituisce l'elemento che consente di sancire la morte, anche se vi è ancora attività cardiaca.

La critica più rappresentativa al rapporto americano fu, tuttavia, resa da Hans Jonas il quale si oppose fermamente alla proposta di anticipare il momento della dichiarazione di morte, in quanto la riteneva chiaramente strumentale rispetto al prelievo degli organi⁴⁸².

Più specificamente rifiutò l'idea di considerare la morte cerebrale quale morte dell'intero organismo atteso che le funzioni circolatorie e respiratorie sono necessarie per l'intero organismo e non per singole parti.

Ne discese, pertanto, per Jonas, con la dichiarazione anticipata di morte si sarebbe dato vita ad una serie di usi del cadavere per potenziali fini imprenditoriali.

La problematica relativa alla determinazione del momento della morte è stato affrontato anche dai Maestri di *Halakhab*.

Più specificamente, dalla *Mishnà* e dal *Talmud* si possono indirettamente desumere i principi generali per determinare il momento della morte⁴⁸³.

Il decisore Chatam Sofer, nel XIX secolo, fornisce una prima definizione di morte: «[...] ma uno che è ridotto come un sasso muto, e non ha battito, se poi è venuto a mancare il respiro, secondo la nostra santa *Torà* è morto»⁴⁸⁴.

⁴⁸² H. JONAS, *Technik, Medizin und Ethik: zur Praxis des Prinzips Verantwortung*, Frankfurt, 1985.

⁴⁸³ V. per es. *Talmud Bavli Yomà* 85a ed i commenti di Rashì e del Meiri *in loco*; *Talmud* palestinese *Jomà* 8:5; *Mishnà Ohalot*, 1:6 con il commento del R. ELIHAU, GAON DI VILNA; MAIMONIDE, *Mishné Torà, Hilchot Tumat hamet* 1:15; *Talmud Bavli Jevamot* 120a; cfr. M. HALPERIN, *È permesso il trapianto di cuore secondo la Halachà?*, in *Assia*, 5, 1986, 55 ss. e specialmente pp. 63 ss.; A. STEINBERG, *Moment of Death*, in *Encyclopedia of Jewish Medical Ethics*, 6, 30 ss.; vedi anche *Jewish Law Association Studies*, XV, 2005: *Jewish Biomedical Law*, a cura di D. Sinclair, section E: *The definition of Death and Cardiac Transplants*, con l'esame del caso *Belker v. State of Israel* e A. STEINBERG, *Determining the time of Death*. Si veda in generale: R. BARCARO, P. BECCHI, *Morte cerebrale e trapianto di organi*, in *Bioetica*, 2004, 25 ss.

Con ciò appare volersi riferire all'assenza di attività cardiaca, della circolazione del sangue e dalla mancanza di respiro.

Tuttavia, vi è anche chi ha interpretato la decisione del Chatam Sofer nel senso che l'unica condizione per la determinazione della morte sia la mancanza di respiro, atteso che gli altri due elementi siano da considerarsi soltanto come complementari alla mancanza del respiro.

A seguito del rivoluzionario rapporto americano vi fu un nuovo documento, *Defining death*, che fornì dei nuovi criteri, attualmente utilizzati in Gran Bretagna, in ordine al legame tra morte dell'organismo e morte del tronco cerebrale⁴⁸⁵.

Nel nostrano ordinamento ove è, invece, prevalso il criterio della morte cerebrale totale⁴⁸⁶, peraltro confluito in una norma di legge, la recezione del rapporto di Harvard è stata determinata dall'entusiasmo nei confronti dei trapianti d'organo e dalla necessità scientifica di mutare la storica rappresentazione della morte.

Per Becchi⁴⁸⁷, tuttavia, la rapida accettazione di questa nuova idea di morte è da considerarsi

⁴⁸⁴ *Responsa Chatam Sofer, Joré Deà*, 358.

⁴⁸⁵ *Conference of Medical Royal Colleges and their Faculties in the United Kingdom, Diagnosis of death*, in *Lancet*, 1, 1979, 261 s. Si veda anche *Working Group of the Royal College of Physicians, Criteria for the Diagnosis of Brain Stem Death. Review by a Working Group Convened by the Royal College of Physicians and Endorsed by the Conference of Medical Royal Colleges and their Faculties in the United Kingdom*, in *Journal of the Royal College of Physicians*, 29, 1995, 381 s. Per una diffusa analisi dei documenti cfr. R. BARCARO - P. BECCHI - P. DONADONI, *Prospettive bioetiche di fine vita. La morte cerebrale e il trapianto di organi*, Milano, 2008, 33 ss.

⁴⁸⁶ Legge 29 dicembre 1993, n. 578, 'Norme per l'accertamento e la certificazione di morte', in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 5, Roma, 8 gennaio 1994, 4 ss. Cfr. ora in merito P. BECCHI, *Quando finisce la vita. La morale e il diritto di fronte alla morte*, Roma, 2009, 91-113.

⁴⁸⁷ Cfr. P. BECCHI, *Morte cerebrale e trapianto di organi*, Brescia, 2008.

come «una conseguenza del processo tecnologico che aveva reso disponibili alla medicina più affidabili strumenti per rilevare la perdita delle funzioni cerebrali».

D'altronde, le nuove ricerche scientifiche hanno messo in dubbio proprio il fatto che la morte del cervello provochi la disintegrazione del corpo.

Su tale scia, secondo "L'Osservatore Romano", la dichiarazione di "morte cerebrale" non sarebbe più sufficiente per sancire la fine della vita, che va quindi rimodulata anche in base alle nuove ricerche scientifiche.

Ciò, a ben vedere, costituirebbe una contraddizione atteso che la Chiesa cattolica inizialmente accettò la definizione di morte cerebrale di cui al protocollo di Harvard, seppur con molte riserve.

Poichè, successivamente, gli studi scientifici hanno dimostrato che la morte cerebrale non è la morte dell'essere umano, tale concezione entrebbe in contrasto con il concetto cattolico di persona, e quindi con le direttive della Chiesa nei confronti dei casi di coma persistenti.

Più garantista è, invece, la posizione ebraica secondo cui la morte dell'essere umano si verifica solo allorquando vi sia contemporaneamente la assoluta cessazione delle funzioni cardiache, respiratorie e di reattività.

La mancata verifica anche di una sola di queste tre funzioni comporterà la necessità di considerare l'essere umano quale essere vivente e, pertanto, titolare di diritti e dovere.

Più specificamente la cessazione delle funzioni deve essere "documentata nel tempo".

Tale locuzione è soggetta a molteplici interpretazioni. Vi è, infatti, chi ritiene che le tre funzioni sopradescritte debbano essere cessate e, per l'effetto, documentate da almeno sei minuti.

In un'ottica più estremista, che apparentemente non tiene conto della successiva impossibilità di poter effettuare alcun trapianto, si pone, invece, chi ritiene che le tre funzioni debbano essere cessate da un minimo di sei ore ad un massimo di dieci.

Nel 1974, in un noto ospedale israeliano, è stato adottato un regolamento interno, istituito da una commissione di medici di diversa estrazione religiosa, con cui veniva stabilito che, agli effetti dell'espianto, un soggetto poteva essere considerato morto, dopo aver staccato la macchina della respirazione che sia stata in funzione da almeno un'ora ed altre condizioni estremamente severe, solo allorquando le pupille fossere state dilatate e fisse, non reattive agli stimoli luminosi, vi fosse assenza di qualsivoglia reazione del sistema nervoso centrale, mancanza di tono ed altri requisiti per almeno quattro minuti.

Tuttavia, tale ricostruzione è divenuta oggetto di numerose critiche in quanto, attesa la necessità di ripetizione dei suddetti esami 12 ore dopo l'accertamento clinico della morte, secondo la tradizione ebraica vige il principio del tempestivo seppellimento del cadavere.

La violazione di tale principio costituirebbe una mancanza di rispetto nei confronti del deceduto.

In Italia, il punto di riferimento normativo è la l. n. 578 del 29 dicembre 1973 che ha stabilito i criteri medico legali per la determinazione della morte dell'encefalo⁴⁸⁸.

⁴⁸⁸ G. PERICO, *La nuova legge sull'accertamento di morte*, in *Aggiornamenti Sociali*, 45, 1994, 405-416; M. GALLETTI, *Il valore della vita. Individui unici e organismi biologici*, in ID., *Decidere per chi non può. Approcci filosofici all'eutanasia non volontaria*, Firenze, 2005, 97-127; R. TRUOG, *È venuto il momento di abbandonare la morte cerebrale?*, in AA.VV., *Questioni mortali. L'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, a cura di R. Barcaro e P. Becchi, Napoli 2004.

Il suddetto testo normativo, aggiornato con il d. m. del Ministero della Salute in data 11 aprile 2008, stabilisce che, nei soggetti affetti da lesioni encefaliche e in trattamento rianimatorio, la morte può essere decretata quando siano presenti contemporaneamente: assenza di vigilanza e coscienza; assenza del riflesso pupillare alla luce, del riflesso corneale per stimolazione meccanica della cornea, di risposte a stimoli dolorifici nel territorio trigeminale, di movimenti degli occhi per rotazione o flessoestensione passiva del capo, del riflesso faringeo per stimolazione meccanica del retrofaringe, del riflesso del sipilo-tosse per stimolazione mediante sonda della trachea; assenza di respirazione spontanea; assenza di attività elettrica cerebrale all'E.E.G. registrato per almeno 30 minuti con modalità tecniche ben precisate.

Appare chiaro, pertanto, che a differenza della tradizione ebraica, ove seppur vengano adottati criteri medici vi è pur sempre un esplicito riferimento al fattore religioso, il criterio neurologico di accertamento della morte ed i pedissequi test clinici viene applicato affinché, si possa procedere con serenità morale all'espianto di organi.

Ne discende che la perdita irreversibile di 'tutte' le funzioni encefaliche costituirebbe la soluzione che meglio si adatta alla visione dell'uomo, quale unità psicofisica nel contesto del termine della realtà corporea.

6. Il trapianto di organi.

Con il trapianto di organi, quale intervento chirurgico, si sostituisce un organo umano compromesso nelle sue funzioni con uno sano, da un donatore ad un ricevente⁴⁸⁹.

Taluni trapianti possono essere realizzati attraverso espianiti che avvengono soltanto in persone già morte, cd. *'ex cadavere'* (ad es. il trapianto di cuore, dell'intero fegato, del pancreas, delle cornee), mentre altri trapianti si effettuano da persone vive, cd *ex vivo*, mediante l'asportazioni di organi pari o il prelevamento di tessuti rigenerabili, quali ad esempio il midollo osseo e la pelle. Seppur la nascita dei trapianti viene fissata dalla tradizione nel III secolo d.C., quando i santi Cosma e Damiano compirono il miracolo di sostituire la gamba cancrenosa del loro sacrestano con quella di un moro etiope deceduto poco prima, appare chiaro che il primo evidente caso di trapianto è rinvenibile nel libro della Genesi⁴⁹⁰: «E mentre dormiva, Dio prese una delle sue costole, mettendo carne al suo posto; poi la costola tolta all'uomo formò la donna». Lui era Adamo, lei Eva.

Tuttavia, la storia scientifica dei trapianti ha inizio nel 1902, quando un chirurgo francese trasferitosi a Chicago, Alexis Carrel, sperimentò la tecnica per congiungere due vasi sanguigni, necessaria premessa ai trapianti di organi.

Tale tecnica, grazie alla quale furono eseguiti i primi trapianti di cuore e di rene su animali, incontrò una prima difficoltà consistente nel rigetto, ovvero la mancata accettazione di tessuti ed organi estranei⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ M. ARAMINI - S. DI NAUTA, *Etica dei trapianti di organi*, Milano, 1998; D. LAMB, 1995, *Etica e trapianto degli organi*, Bologna, 1995; S. PRIVITERA, *La donazione di organi: storia, etica, legge*, Roma, 2004.

⁴⁹⁰ Gen., 2,21-22.

⁴⁹¹ S. SICA, *La volontà alla "donazione"*, in *La disciplina giuridica dei trapianti*, coordinamento di STANZIONE, Milano, 2000, 79; A ANZANI, *Trapianti d'organo:*

Negli anni '40, durante la seconda guerra mondiale, stante i gravi ustionati dei bombardamenti di Londra, a seguito degli esperimenti eseguiti dal Dottor Peter Medawar in ordine agli innesti cutanei, fu dimostrato che l'incompatibilità era di origine genetica.

Ne discese, pertanto, la fondamentale importanza della cd. 'istocompatibilità', ovvero della proprietà delle cellule di un tessuto di esprimere un sistema di glicoproteine di membrana tale da renderlo compatibile con un altro tessuto o con un organismo ospite e di non essere quindi rigettato da questo perché riconosciuto come estraneo⁴⁹².

Tali studi aprirono la strada al primo trapianto di rene fra gemelli identici portato a termine con successo da Murray e Merrill nel 1954.

La consanguineità, pertanto, era fondamentale per la crescita della tecnica dei trapianti, atteso che, fino a poco tempo fa' era possibile il trapianto solo tra persone che presentassero il medesimo patrimonio genetico.

Tuttavia, nel 1978 venne scoperto un farmaco, chiamato ciclosporina, capace di contenere il rigetto dell'organo estraneo.

In virtù dell'esperienza acquisita nel corso degli anni tale tipologia di intervento ha consentito al paziente trapiantato una durata e una qualità di vita che nessuna altra terapia è in grado di garantire.

Esistono quattro tipi di trapianto: 'autotrapianto', che si esegue nello stesso soggetto; 'trapianto autologo': da un soggetto ad un altro della stessa specie;

problemi etici, aspetti sociali, Milano, 1996; A.I.D.O. CONSIGLIO NAZIONALE, *Il trapianto degli organi conoscere e capire per fare*, a cura di G. Cantoni, Bergamo, 2000; G. PERICO, *I trapianti d'organo e i problemi morali connessi*, in AA.VV., *Medicina e Morale*, I, Roma, 1968, 117 ss.; H. VAN STRAELEN, *Aborto la grande decisione*, Torino, 1975, 181-184.; L. MIGONE, *I trapianti di organi nei dibattiti dell'etica contemporanea*, in *Medicinae Morale*, 1994/1, 11-38.

⁴⁹² AA.VV., *Immunologia cellulare e molecolare*, 2012.

‘trapianto eterologo’ o ‘xenotrapianto’: tra esseri di specie diverse;
‘isotrapianto’: tra individui geneticamente identici.

Appare chiaro che i progressi della medicina dei trapianti hanno anche sollevato problemi etici nella nostra società.

Nel nostro ordinamento, la legge 1 aprile 1999, n. 91, “Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti”, nello stabilire preliminarmente che il criterio di accertamento della morte è da ricondursi a quella di tipo cerebrale, ha evidenziato tre criteri di riferimento per la pratica dei trapianti: il principio di trasparenza, principio di pari opportunità di accesso e principio di equità nella distribuzione degli organi.

In virtù del predetto testo normativo, affinché si possa procedere all’espianto, sono necessarie due condizioni: la condizione di morte cerebrale, dell’encefalo e la condizione di vitalità corporea tale da consentire l’espianto.

Il principio informativo, che permea l’intero testo legislativo, trova il proprio apice nell’art. 2 che determina un piano collaborativo, per fini promozionali, tra il Ministero della Sanità, gli enti locali, le scuole, i medici di medicina generale.

Tale principio è da ritenersi in stretta correlazione con il principio consensualistico espresso dall’art. 4 della legge n. 91/99 secondo cui ogni cittadino sarà chiamato ad esprimere per iscritto la propria disponibilità alla donazione di organi e di tessuti.

La mancata manifestazione della propria volontà sarà, di converso, ritenuta quale assenso al prelievo.

Appare chiara, pertanto, la manifesta contraddittorietà dei principi sopra espressi.

Il diritto al proprio corpo, quale diritto inalienabile e personalissimo dell’individuo, appare, quindi, violentato dal principio del silenzio/assenso.

Considerando donatore un soggetto che non abbia espresso in forma scritta il proprio dissenso si autorizzerebbe, per l'effetto, l'entità statale a promuoversi arbitrariamente interprete di una volontà meramente personale.

Ne discende che l'individuo che non palesa il proprio dissenso alla donazione diviene donatore in virtù di decreto, ciò comportando inevitabilmente una sterilizzazione e depauperamento della propria sfera decisionale.

L'art. 5, inoltre, dispone che il Ministro della Sanità con proprio decreto stabilisca i termini e le modalità per notificare ai cittadini la necessità di dichiarare la propria volontà in ordine alla donazione di tessuti nonché di consentire al cittadino di esprimere, e se del caso successivamente modificare, la propria volontà.

A lenire opacamente la contraddittorietà tra il principio informativo e quello consensualistico interviene l'art. 4, comma 5, che prevede la possibilità di evitare l'espianto solo qualora venga esibita «una dichiarazione autografa di volontà contraria al prelievo del soggetto di cui sia accertata la morte».

I legittimati, congiunti o legali rappresentanti, potranno, dunque, presentando una dichiarazione autografata di rifiuto della donazione, evitare l'espianto di organi.

Il valore della vita è ovviamente particolarmente sentito anche nella cultura ebraica: il testo sacro della Bibbia ordina, infatti, «scegli la vita»⁴⁹³.

Da ciò ne discende implicitamente l'obbligatorietà della donazione di un organo se da ciò ne discende la possibilità di salvare una vita⁴⁹⁴.

⁴⁹³ Dt. 30,19.

⁴⁹⁴ L. CICCONE, *I trapianti: il problema etico del consenso al prelievo di organi*, in *Anime e corpi*, 137, 1988, 279-288.

Per mero scrupolo si vuol sottolineare che, trattandosi, quella della bioetica dei trapianti, di una materia moderna, e non essendoci un'unica autorità rabbinica centrale, esistono, pertanto, diversi orientamenti talvolta anche divergenti⁴⁹⁵.

Il primo principio cui occorre fare riferimento è quello della inevitabile necessità di salvare una vita umana.

Il compimento di tutti quegli atti idonei e necessari per consentire la salvezza di un individuo, tuttavia, non è consentito se risulta inevitabile il sacrificio di un'altra vita.

Ciò comporterebbe, a ben vedere, una notevole problematica nell'ipotesi di trapianto su coloro i quali siano dichiarati clinicamente morti.

Corollario al suesposto principio è quello della tutela della salute che trova il proprio fondamento nella considerazione e convinzione della qualifica di custodi e non di proprietari del proprio corpo.

Tali presupposti hanno indotto la maggioranza dei decisori a ritenere lecito il trapianto di un rene in quanto necessario per salvare una vita umana.

Se, quindi, tale tipologia di operazione risulta consentita per la tradizione ebraica, parimenti e a maggior ragione sarà consentito l'espianto di organi, oltre che delle cartilagini (quali ad esempio le cornee), da un soggetto clinicamente morto per evadere la finalità della vitale salvezza.

Le maggiori difficoltà si incontrano in ordine ai trapianti di cuore e di fegato in quanto per effettuare tale tipologia di espianto è necessario che il cuore sia ancora battente.

Ci si troverebbe, pertanto, di fronte ad un soggetto agonizzante, versante in uno stato intermedio tra la vita e la morte, e che in ogni caso sarebbe titolare dei medesimi diritti di un soggetto vivente.

⁴⁹⁵ M. ARAMINI, *Introduzione alla bioetica*, Milano, 2001.

Teorica conseguenza sarebbe il divieto di prelievo di organi da un soggetto avente il cuore ancora pulsante.

A sopperire tale emparse interviene, per taluni decisori, il criterio scientifico della morte cerebrale.

Tuttavia, stante proprio l'assenza di un'Autorità Rabbinica Centrale nonché la consequenziale sopravvenienza di diversificate opinioni, secondo talune autorità rabbiniche, più rigoriste, il trapianto di cuore e fegato è vietato atteso che il donatore è da considerarsi ancora vivente.

Altre Autorità, diversamente, tra cui il rabbinato centrale d'Israele, invece, si sono pronunciati a favore del prelievo a cuore battente purchè sia accettata con dati oggettivi la morte cerebrale, anche in presenza di battito cardiaco.

La corrente meno rigorosa trova, inoltre, il proprio fondamento anche nel principio di parità della vita umana.

Il *Talmud* afferma: «il tuo sangue non è più rosso di quello di un'altra persona».

La vita di ogni individuo, quindi, ha il medesimo valore di un'altra vita.

Logica conseguenza è, pertanto, che la tutela della vita può superare qualsiasi disposizione normativa⁴⁹⁶.

La liceità e la necessità di salvare una vita umana, tuttavia, si paralizza allorquando la contropartita consista nel sacrificio di un'altra vita umana e, più specificamente, nei casi dei dichiarati clinicamente morti⁴⁹⁷.

Tale principio generale ebraico, secondo cui per salvare una vita umana bisogna fare tutto il possibile, incontra tre eccezioni: divieto di fare idolatria, divieto di pratiche sessuali proibite, divieto di spargere sangue.

⁴⁹⁶ A.A. PIATTELLI, *La visione dell'Ebraismo* in AA.VV., *Le radici della bioetica*, a cura di E. Sgreccia, V. Mele e G. Miranda, Milano, 1998, 281-284.

⁴⁹⁷ A.M. RABELLO, *Introduzione al diritto ebraico fonti, matrimonio e divorzio, bioetica*, Torino, 2002, 237 s.

Parimenti saranno da considerarsi vietate tutte quelle pratiche di impianti ove, staticamente, ci saranno probabilità di insuccesso, come il caso delle sperimentazioni.

Al dovere di preservare il proprio corpo da qualsivoglia forma di sofferenza corrisponde il dovere, quindi, di salvare la vita del prossimo.

Nel Libro del Levitico viene espresso e sancito l'obbligo di far il possibile per salvare la vita di un individuo: «*Lo Ta'amod Al Dam Re'ekha*» («Non startene immobile sul sangue del tuo amico»)⁴⁹⁸.

Sostengono gli esegeti che se un uomo sta annegando, e casualmente un altro si trova a passare, quest'ultimo ha il dovere di salvare quella vita.

Nel trattato talmudico di *Jomà* è detto: «Se avviene un crollo di *Shabbat* e c'è il rischio che sotto le sue macerie vi sia un uomo, nonostante non si abbia la certezza se sia ancora in vita, è permesso di profanare lo *Shabbat* per cercare il corpo».

A parere degli esegeti, quindi, sarà necessario e obbligatorio salvare una vita umana anche se qualora dovesse essere profanato lo *Shabbat*.

Inoltre, dogma imprescindibile della dottrina ebraica è la tutela della salute fisica e del corpo, quale bene concesso in custodia e certamente non gravato da alcun arbitrario diritto di proprietà.

La problematica sottesa al tema del trapianto d'organi, e più in generale a tutte le tematiche bioetiche, impone di ricordare che il punto di partenza dell'intero pensiero ebraico è costituito dalla Bibbia.

Il Testo scritto, tuttavia, non costituisce l'unica fonte in quanto, è noto, si è sviluppata anche una tradizione orale costituita dall'interpretazione, da parte dei dotti e dei rabbini, della tradizione scritta.

⁴⁹⁸ Lev., 19:16.

Seppur, quindi, la tradizione orale è in continua evoluzione, appare chiaro che quest'ultima rimane pur sempre ancorata, in modo ossequiente e devoto, alla fonte originaria⁴⁹⁹.

Ed è proprio in virtù di quanto esposto che dovrebbe far comprendere i molteplici, e non apparentemente isolati, dilemmi morali, quali la scelta del donatore, la scelta dell'organo da trapiantare, le modalità di trapianto, le condizioni di trapianto, e tanti altri.

La sintesi del pensiero rabbinico potrebbe trovare il proprio fondamento nel noto detto evangelico «Il sabato venne all'esistenza a causa dell'uomo, e non l'uomo a causa del sabato»⁵⁰⁰.

L'Evangelista Marco narra che i discepoli di *Yeshùa* raccolsero delle spighe di grano nel giorno del sabato e che i farisei, estremamente rispettosi delle regole sul sabato, obiettarono che non era lecito far ciò in quel dato giorno⁵⁰¹. *Yeshùa*, che conosceva bene la Legge e considerato un rabbino⁵⁰², rispose ai farisei con il suesposto detto, con ciò volendo far comprendere che il sabato era un dono di D.o all'uomo.

A tal riguardo appare doveroso sottolineare l'affermazione di un'antica opera rabbinica, secondo cui «Il Sabato è stato dato a voi, non voi al Sabato»⁵⁰³.

L'intento di tale frase appare consistere, a ben vedere, come monito per evitare l'esasperata idolatria della Legge.

⁴⁹⁹ R. SALA, *Etica dei trapianti d'organo*, in AA.VV., *Introduzione allo studio della bioetica*, Milano, 1996, 405-444.

⁵⁰⁰ Marco, 27.

⁵⁰¹ 2:23-24.

⁵⁰² *Gv* 9:2.

⁵⁰³ *Mekiltà* su 31,13.

Se, quindi, il valore fondamentale e principale è la tutela della vita umana, appare chiaro il relativo diritto, insandacabile e personalissimo, certamente non potrà prevaricare il diritto alla vita di un altro individuo.

Per mero scrupolo si vuole comunque evidenziare che questi costituiscono principi generali che, talvolta, collidono con quella casistica talmente ampia e variegata nonchè soggetta a continue evoluzioni.

Basti pensare all'evoluzione etica in ordine al già citato trapianto cardiaco⁵⁰⁴. Il primo caso di tale tipologia di intervento, effettuato nel 1968 dal Prof. Barnard, generò numerose critiche e, qualche autorità rabbinica giunse persino a ritenerlo come un duplice omicidio: del ricevente in quanto non vi era certezza di sopravvivenza e del donatore in quanto l'espianto avveniva a cuore battente. Stante, quindi, il divieto di sacrificare un'altra vita umana, ne discenderebbe, pertanto, anche il divieto di effettuare un trapianto a cuore battente.

Ed è proprio in quest'ottica che lentamente si è insinuata, seppur con numerose rimostranze e dubbi sussistenti non solo nell'ordinamento ebraico, la soluzione scientifica della morte cerebrale, ovvero della cessazione irreversibile delle funzioni dell'encefalo.

Il dubbio che attanaglia non solo il pensiero ebraico consisterebbe nello stabilire se il momento della morte sia da considerarsi coincidente con la cessazione del respiro o del battito cardiaco.

La maggior parte delle fonti tradizionali fa coincidere il momento della morte con la cessazione del battito cardiaco.

Tuttavia, proprio l'evoluzione scientifica dei trapianti ha indotto le autorità rabbiniche a ricercare una nuova definizione di morte, diversa da quella cardiaca.

⁵⁰⁴ R. LUCAS LUCAS, *Antropologia e problemi bioetici*, Cinisello Balsamo, 2001.

Nel *Talmud*⁵⁰⁵, ad esempio, si rinviene un riferimento alla morte di tipo respiratorio relativamente al salvataggio di persone trovate sotto le macerie di una casa crollata durante lo *Shabbat*.

Con l'importante aumento di richieste di trapianti cardiaci nonché l'esigenza di rinvenire soluzioni ebraicamente corrette che consentissero tali tipologie di interventi, nel 1987 il Rabbinate Centrale di Israele ha stabilito e formalizzato il principio che la morte clinica può essere un criterio accettabile per la definizione di morte, purchè, oltre ai consuetudinari accertamenti previsti, venissero effettuati ulteriori e rigorosi controlli tesi all'accertamento della morte del donatore⁵⁰⁶.

Nonostante la soluzione adottata, tuttavia, v'è da precisare che non esiste un'unica interpretazione quanto piuttosto decisioni ed opinioni contrastanti.

Le altalenanti visioni etiche e gli inesauribili dubbi hanno investito, con la medesima passione e vigore, anche la Chiesa Cattolica.

Il Pontefice Giovanni Paolo II ha considerato i trapianti «una grande conquista della scienza a servizio dell'uomo grazie alla quale non sono pochi coloro che ai nostri giorni sopravvivono»⁵⁰⁷.

In entrambi gli ordinamenti religiosi appare chiaro che la giustificazione del fenomeno dei trapianti risiede nel considerarli come atti d'amore e di carità, decisioni di notevole valore etico, ove si dona senza alcuna ricompensa⁵⁰⁸.

La suddetta comunanza, che si ripercuote inevitabilmente anche sul profilo statutale, essendo entrambi gli ordinamenti, ebraico ed italiano, di matrice

⁵⁰⁵ *Talmud di Jomà*, 85a.

⁵⁰⁶ S. BAHBOUT, *Ebraismo*, Firenze, 1996.

⁵⁰⁷ Giovanni Paolo II, *I trapianti sono una grande conquista della scienza a servizio dell'uomo. Discorso al Congresso internazionale sui Trapianti, 29 Agosto 2000*, in *Medicina e Morale*, 50, 2000, 757.

⁵⁰⁸ 'Insegnamenti' di Giovanni Paolo II: XIV, 1, 1991, 1711.

religiosa, la si rinviene anche nella medesima accettazione del criterio di accertamento della morte, consistente nella cessazione totale ed irreversibile di ogni attività encefalica, in quanto, se applicato scrupolosamente, non contrasta con gli elementi essenziali di una corretta concezione antropologica⁵⁰⁹.

Più specificamente, anche secondo la visione cattolica, al pari di quella ebraica, il trapianto presenta profili di liceità purché il donatore sia morto.

Giovanni Paolo II ha affermato che «di fronte agli odierni parametri di accertamento della morte la Chiesa non fa opzioni scientifiche», limitandosi a considerare il criterio neurologico-cerebrale come un criterio che «non appare in contrasto con gli elementi essenziali di una corretta concezione antropologica». Se questo criterio è valido, dunque, non lo è perché è ‘cerebrale’, ‘cardio-respiratorio’ ecc., ma «in quanto considerato segno della perdita capacità di integrazione dell’organismo individuale come tale»⁵¹⁰.

La pratica del trapianto e la donazione di organi appaiono, pertanto, legittimati ed oggetto di un consenso eticamente sensibile purchè disciplinati in un’ottica meramente scientifica e rispettosi dei valori etici ed antropologici.

⁵⁰⁹ E. SGRECCIA, *Manuale di Bioetica. I. Fondamenti ed etica biomedica*, Milano, 1999, 703.

⁵¹⁰ P. BECCHI, *Morte cerebrale e trapianto di organi. Una questione di etica giuridica, Profili legislativi e giurisprudenziali sulla morte cerebrale*, 139-164.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Morte da iperstimolazione ovarica: peculiarità ed impegno scientifico alla luce della legge n. 40/2004*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007.
- E. AUTORINO - P. STANZIONE, *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, IV, Torino 2006.
- B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979.
- M. ARAMINI, *Introduzione alla Bioetica*, Milano, 2001.
- RAV J. ARIEL, *Procreazione assistita e madre surrogata*, in *Techumin*, 16, 1996.
- B. AKZIN, *The place of the Constitution in the modern State*, in *Israel Law Review*, 1967.
- G. BALDINI, *Tecnologie riproduttive e problemi giuridici*, Torino, 1998.
- A. BARAK, *The constitutionalization of the Israeli legal system as a result of the basic laws and its effect on procedural and substantive criminal law*, in *Israel Law Review*, 1997.
- Y.M. BARILAN, *Revisiting the Problem of Jewish Bioethics: The Case of Terminal Care*, in *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 13 febbraio 2003.
- M. BEILINSON E D. LATTES, *Il Talmud, scelta di massime, parabole, leggende*, Torino, 1924.
- E. BEN-ZIMRA, *Halakhic decisions relating to the sanctity of life and martyrdom in the Holocaust period*, in *Sinai*, 80, 1977.
- J.D. BLEICH, *Ethico-Halakhic Considerations in the Practice of Medicine*, in *Dine Israel*, VII, 1976.
- J.D. BLEICH, *In vitro fertilization: Questions of Maternal Identity and Conversion*, in *Jewish Law and the new reproductive technologies*, a cura di E. Feldman e J.B. Wolowelesky, Hoboken, 1997.
- N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990.
- N. BOBBIO, *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti*, Torino, 1999.

- R. BORSARI, *Delitti contro il matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia, Diritto penale della famiglia*, a cura di P. Zatti, IV, Milano, 2002.
- P. BORSELLINO, *Bioetica tra autonomia e diritto*, Milano, 1999.
- F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001.
- M. CALOGERO, *La procreazione artificiale. Una ricognizione dei problemi*, Milano, 1989.
- S. CANESTRARI, *Verso una disciplina penale delle tecniche di procreazione medicalmente assistita? Alla ricerca del bene giuridico tra valori ideali e opzioni ideologiche* in *L'indice penale*, 3, 2000.
- C. CASINI - M. CASINI - M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004 n. 40, 'Norme in materia di procreazione medicalmente assistita'. Commentario*, Torino, 2004.
- C. CASONATO, *Introduzione al Biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato*, Trento, 2006.
- G. CASSANO, *La procreazione artificiale. Profili di diritto giurisprudenziale*, Milano, 2001.
- P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino, 1990.
- M. CHIODI, *Tra cielo e terra. La vita umana e il suo senso. Linee di interpretazione filosofica e teologica, a partire dal dibattito bioetico*, Assisi, 2002.
- R. CLARIZIA, *Procreazione artificiale e tutela del minore*, Milano, 1988.
- A. COHEN, *Il Talmud*, traduz. di A. Toaff, Bari, 1935.
- P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Ingegneria genetica e valutazione del giurista*, Napoli, 1989.
- T. DAGI, *L'inizio della vita: osservazioni basate su fonti Talmudiche e halachiche*, in *Segulat Israel*, 1, 1993.
- F. D'AGOSTINO, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Torino, 1997.

- G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto. Saggi*, Torino, 1993.
- G. DALLA TORRE, *Etica e diritto nella formazione dei moderni codici*, in *Studi in onore di Pietro Bellini*, Catanzaro, 1999.
- L. D'AVACK, *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, Torino, 2009.
- R. DI SEGNI, *Eutanasia e bioetica degli stadi terminali*,
<http://www.nostreradici.it/bioetica-ebraica.htm>.
- R. DI SEGNI, *Fecondazione artificiale e bioetica ebraica*, in *La Rassegna Mensile d'Israel*, LX, 1-2, 1993, 187-194.
- R. DI SEGNI, *La clonazione alla luce dell'etica ebraica*, *ibid.*, LXIV, 3, 1998.
- M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Trattato di diritto privato. Persone e famiglia*, 2, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999.
- AA.VV., *Bioetiche in dialogo. La dignità della vita umana, l'autonomia degli individui*, a cura di E. D'Orazio e V. Pocar, Milano, 1999.
- A. DRAGO, *Etica e scienza: una fondazione comune, secondo una visione pluralista*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, a cura di L. Chieffi, Torino, 2000.
- M. DRORI, *Artificial Insemination: is it adultery?*, in AA.VV., *Jewish Law and Current Legal Problems*, a cura di N. Rakover, Jerusalem, 1984.
- M. DRORI, *Genetic Engineering: Preliminary discussion of its legal and Halachic Aspects*, in *Techumin*, 1, 1980.
- M. ELIHAU, *La distruzione dell'ovulo fecondato e diradamento di embrioni*, in *Techumin*, 11, 1990.
- E.G. ELINSON, *L'embrione nella Halachà*, in *Sinai*, 66, 1970.
- T.H. ENGELHARDT JR., *Bioetica: i limiti della legislazione*, in *Biblioteca della Libertà*, 125, 1994.
- H.T. ENGELHARDT, *The foundation of Bioethics*, New York, 1986, Milano, 1991.

- A. ENKER, *Tre sistemi per spiegare il razionale della legittima difesa nel Diritto Ebraico*, in *Plilim*, 2, 1991.
- M. FEINSTEIN, *Withholding therapy for a terminally ill, suffering patient*, in *Halacha urefua*, 4, 1985.
- M. FEINSTEIN, *Sacrificing chayai sha'ab for potential life extending therapy (chayai olam)*, in *Halacha Urefua*, 1, 1980.
- D.M. FELDMAN, *Marital Relations, Birth Control and Abortion in Jewish Law*, New York, 1974.
- F. FINOCCHIARO, *Rapporti personali tra coniugi e patria potestà*, in AA. VV., *Eguaglianza morale e giuridica tra coniugi*, Atti del Convegno di studi, Napoli, 1975.
- G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano, 2005.
- F. FRENI, *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso*, Milano, 2000.
- AA.VV., *Dizionario enciclopedico del diritto*, diretto da F. Galgano, I, Padova, 1996.
- C. GANZ, *I feti congelati dei coniugi Nachmani*, in *Iyunei Mishpat*, 18, 1994.
- J.S. GINZBURG - A.B. PAVZNER, *Gli insegnamenti del Rav di Lubavitch sulla fecondazione in vitro e sull'inseminazione artificiale*, in *Assia*, 61-62, 1998.
- S. GOREN, *The Physician Responsibility for the Life of his Patient*, in *Diné Israel*, 7, 1976.
- J. GREEN, *Artificial insemination and Informed Consent*, Tel Aviv, 1995.
- T. GROPPI - E. OTTOLENGHI - A.M. RABELLO, *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, 2006, Torino.
- E. GUTMANN, *Israel: Democracy without a constitution*, in V. BOGDANOR, *Constitutions in Democratic politics*, Gower, 1988.
- M. HALPERIN, *In vitro fertilization, Embryo transfer and Embryo freezing*, in *Assia*, 1, 1998.

- M. HARNOCK, *A question of Life: The Warnock Report of Human Fertilization and Embriology*, Oxford, 1985.
- J. HERZEL-HENKIN, *L'aborto prima del quarantesimo giorno*, in *Assia*, 59-60, 1997.
- M. HOFNUNG, *The Unintended Consequences of Unplanned Constitutional Reform: Constitutional Politics in Israel*, in *American Journal of Comparative Law*, 1996.
- I. JAKOBOVITS, *Jewish Medical Ethics*, New York, 1959.
- G. JACOBSON, *Apple of Gold. Constitutionalism in Israel and in the United States*, Princeton, 1993, 106.
- N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007.
- J. KAPLAN, *The Redaction of the Babylonian Talmud*, New York, 1933.
- AA.VV., *Contemporary Jewish Ethics*, a M. Kellner, New York, 1978.
- G. LARAS, *I Racconti del Talmud*, Como, 2000.
- D.J. LASKER, *Kabbalah, Halakhab and Modern Medicine*, in *Modern Judaism*, 8, 1988.
- E. LECALDANO, *Bioetica. Le scelte morali*, Roma-Bari, 1999.
- L. LENTI, *La procreazione artificiale. Genova della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993.
- AA.VV., *Una norma giuridica per la bioetica*, a cura di C.M. Mazzoni, Bologna, 1998.
- C. LEVIAS, *A Grammar of Babylonian Aramaic* (in ebraico), New York, 1930.
- A. LEWIN-'A. SAFRAN, *Fertilizzazione in vitro*, in *Assia*, 55, 1995.
- A. LICHTENSTEIN, *Does Jewish Tradition recognize an ethic independent of Halakhab?*, in *Contemporary Jewish Ethics*, a cura di M. Kellner, in New York, 1978.
- AA.VV., *Teologia e bioetica laica*, a cura di L. Lorenzetti, Bologna, 1994.
- M. MANETTI, *La questione dell'embrione nel quadro degli interessi costituzionalmente rilevanti*, nel forum *La l. n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita: quali prospettive?*, a cura di E. D'Orazio e M. Mori, in *Notizie di politeia*, 77, 2005.

- T.H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class and other essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950.
- AA.VV., *Etica della ricerca biologica*, a cura di C.M. Mazzoni, Firenze, 2000.
- M. ELON, *Jewish Law History, Sources*, 1995.
- G. MILAN, *La procreazione medicalmente assistita tra desideri e diritti*, Firenze, 2008.
- G.F. MOORE, *Christian writers on Judaism*, in *Harvard theological Review*, XIV, 1921.
- R. MORDACCI, *L'incerta vicenda della bioetica. Saggio di interpretazione sintetica*, in AA.VV., *La bioetica. Questione civile e problemi teorici sottesi*, Milano, 1998.
- M. MORI, *La fecondazione artificiale: questioni morali nell'esperienza giuridica*, Milano, 1988.
- L. NIVARRA, *Assenso del marito all'eteroinseminazione della moglie e tutela costitutiva: una convivenza impossibile?*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1999.
- O. NAVOT, *The concept of Sanctity of Human Life as a fundament of modern medicine in Eretz Israel*, in *Assia*, 2003.
- L. NIELSEN, *Dalla bioetica alla biolegislazione*, in *Una norma giuridica per la bioetica*, a cura di C.M. Mazzoni, Bologna, 1998.
- E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1983.
- V.E. ORLANDO, Prefazione a G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. it. della IIa ed. tedesca, Tubinga, 1905, a cura di G. Vitagliano, Milano, 1912.
- A. PATRONI GRIFFI, *Diritti della persona e dimensione normativa nel codice di deontologia medica*, in *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000.
- S. PATTI, *Verita` e stato giuridico della persona*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1988.
- AA.VV., *Rapporti personali nella famiglia*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 1982.
- V.R. POTTER, *Bioetica ponte verso il futuro*, 1971, Sicania, Messina, 2000.

- J. PREUSS, *Biblich-Talmudische Medizin*, Berlin, 1911.
- G.M. QUER, *Democrazia e diritti umani in Israele. Un modello per un mondo che cambia*, Milano, 2006.
- A.M. RABELLO, *Introduzione al Diritto Ebraico. Fonti, Matrimonio e Divorzio, Bioetica*, Torino, 2002.
- RASHI DI TROYES, *Commento al Cantico dei Cantici*, Magnano, 1997.
- N. RAKOVER, *Human Dignity in Jewish Law*, Jerusalem, 1998.
- P. RESCIGNO, *Capacità giuridica*, in *D. Disc. Priv. Sez. civ.*, II, Torino, 1988.
- P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961.
- P. RICOEUR, *Sé come un altro*, Milano, 1993.
- S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006.
- E. ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale. La famiglia tra autonomia e interventi pubblici*, Bologna, 1981.
- I. ROSENBAUM, *The Holocaust and the Halakha*, New York, 1976.
- M. ROSSETTI, *La tutela risarcitoria del diritto alla salute a livello internazionale e comunitario*, ne *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 1-2, 2000.
- Z.C. RUDMAN, *Fetal Rights and Maternal Obligations*, in *The Journal of Halacha and Contemporary Society*, XII, 1987.
- A. SANDULLI, *Rapporti etico-sociali sub art. 29*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, Padova, 1992.
- F. SANTOSUOSSO, *La Fecondazione artificiale umana*, Milano, 1984.
- U. SCARPELLI, *Etica laica*, Milano, 1998.
- B. SCHERESCHEWSKY, *Family Law in Israel*, Jerusalem, 1992.
- S. SEMPLICI, *Bioetica. Le domande, i conflitti, le leggi*, Brescia, 2007.
- M. SCHLESINGER, *Satzlehre der aramäischen Sprache der Babylonischen Talmuds*, Lipsia, 1928.

- M. SESTA, *Le azioni di disconoscimento, di contestazione e di reclamo di legittimità*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, *Il diritto di famiglia*, III, Torino, 1999.
- D.S. SHAPIRO, *Be Fruitful and Multiply*, in AA.VV., *Jewish Bioethics*, a cura di F. Rosner e D. Bleich, New York, 1985.
- S. SICA, *La volontà alla "donazione"*, in *La disciplina giuridica dei trapianti*, coordinamento di P. Stanzione, Milano, 2000.
- P. SHIFMAN, *Paternity of children born by artificial insemination*, in *Mishpatim*, 10, 1980.
- RABBI S.J. SIERRA, *Il diritto alla vita*, in *Ali, Rivista di problemi spirituali sociali femminili*, 34, 1963.
- D. SINCLAIR, *Law and Morality in Halakhic Bioethics*, in *Jewish Law Association Studies*, 2, a cura di B. Jackson, Atlanta, 1986.
- A. STEINBERG, *The terminally ill: Secular and Jewish Ethical Aspects*, in *Israel Journal Med. Sci.* 30, 1, 1994.
- A. STEINBERG, *Le regole della moderna etica ebraica*, in *Shalom*, 22 settembre 2006.
- A. STEINBERG, *A comparative moral approach to suicide: a Jewish perspective*, in *Isr. J. Med.Sci.*, 23, 1987.
- A.E. STUMPF, *Redifining Mother: A Legal Matrix for New Reproductive Technologies*, in *Yale Law Journal*, 1986.
- M. TENDLER- F. ROSNER, *Quality and sanctity of life in the Talmud and in the Midrash*, in *Tradition*, 28, 1, 1993.
- A. TRABUCCHI, *Fecondazione artificiale e legittimità dei figli*, in *Giurisprudenza italiana*, 1957.
- C. VIAFORA, *Quando morire? Bioetica e diritto nel dibattito sull'eutanasia*, Padova, 1996.
- P. SINGER - H. KUHSE, *A Companion to Bioethics*, Oxford, 1998.

- R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004 n. 40*, Torino, 2004.
- E. VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Roma, 1961.
- M. WEINBERGER, *Intense Suffering with Relation to Medical Decisions*, in *Emek Halacha*, Jerusalem, 1985.
- P. WELLS - D. WELLS, *The Reproduction revolution*, Oxford, 1984.
- A. ZANOTTI, *Le manipolazioni genetiche e il Diritto della Chiesa*, Milano, 1990.
- RAV. I. ZILBERSTEIN, *Diradamento di feti. Domanda e risposta*, in *Assia*, 8, 1995.
- E. ZOAR, *Artificial Insemination. Legal and Social Aspects*, Springer-Verlag, 1988.