

PREMESSA

I trapianti d'organo sono da considerarsi una sfida terapeutica di fronte a patologie altrimenti fatali e vanno intesi come un'attività di altissima specializzazione ove confluiscono le competenze mediche più diversificate.

I problemi sollevati dalla materia in questione investono tanto l'ambito sanitario, quanto quelli giuridico, etico e morale.

In seguito ad un approfondito lavoro di ricerche, mi propongo, con questo trattato, di affrontare l'attuale quanto fatidico argomento, cercando di coordinare tra loro gli aspetti più problematici, sperando sin d'ora di riuscire a fare chiarezza in merito a quanto vivacemente dibattuto in dottrina ed in giurisprudenza.

Cercherò di focalizzare la mia analisi su diversi ambiti e settori, volendo riuscire a cogliere le peculiarità dei diversi ordinamenti giuridici al fine di confrontarli fra loro e tracciare un filo conduttore che li unisca e che possa stagliarsi a baluardo della tutela della salute umana.

Doverosa e per nulla tralasciabile sarà inoltre una primaria ed accurata distinzione tra la fattispecie di prelievo d'organi a scopo terapeutico e la diversa fattispecie di prelievo d'organi a scopi diversi da quello ora indicato.

Sarà naturalmente utile al lettore un breve excursus storico e legislativo del tema oggetto di ricerca, perché si possa meglio comprendere la sua importanza e la sua ormai decennale rilevanza giuridica.

L'iter legislativo relativo al prelievo di organi a scopo terapeutico ha inizio nel nostro Paese nell'ormai lontano 1957, in un clima di piena diffidenza motivata dalla tesi secondo cui gli interventi condotti sul cadavere offendevano in qualche modo il primordiale sentimento di rispetto nei confronti del defunto. Tesi che, però, seppur dettata da forti resistenze culturali e religiose e sostenuta da personalità di grande calibro, venne ben presto superata sia grazie alla pervicacia di medici legali e oculisti, che in virtù di un ripetuto intervento dell'allora Papa Pio XII.

Dopo un primo periodo di diffidenza nei confronti del processo evolutivo che stava attraversando la medicina legale, talune riflessioni di ordine etico prima, e giuridico poi, sono state in grado di suffragare la liceità del prelievo di organi a scopo terapeutico e metterlo in auge come caposaldo di solidarietà umana.

Le legislazioni che si sono susseguite negli anni nel disciplinare tale materia hanno oscillato tra due diversi sistemi: uno di tipo privatistico, che pone come presupposto indispensabile della liceità del prelievo il consenso del soggetto espresso in vita o tutt'al più il consenso dei suoi più stretti congiunti, l'altro di tipo pubblicistico, che nega rilevanza alla volontà privata prescindendo completamente dal consenso dell'interessato e dei suoi familiari.

Non di facile collocamento il ramo giuridico penalistico: in questo campo infatti, come nel proseguito sarà possibile notare, svariati adattamenti legislativi hanno tentato di utilizzare al meglio talune fattispecie criminose, al fine di configurare, ove vi fosse, una responsabilità medica, fosse essa di natura dolosa o meramente colposa.

La legge 2 dicembre 1975, n. 644 e il regolamento di esecuzione di cui al D.P.R. 16 giugno 1977, n. 409 hanno dato una prima completa e coordinata regolamentazione normativa della materia introducendo importanti novità sul piano dell'organizzazione e dell'esecuzione del prelievo da cadavere, nonché oltretutto inerenti l'ormai tanto travagliato e discusso tema dell'accertamento della morte.

Si è così cercato di dare un incipit normativo al trapianto medico a scopo terapeutico di molti organi del corpo umano, ad eccezione di gonadi ed encefalo, optando per un bilanciamento morale prima di tutto, ma anche giuridico, tra diversi diritti strettamente inerenti la persona umana, facilmente riconducibili a due emblemi costituzionali: la libera e volontaria autodeterminazione di scelta da un lato, il diritto alla vita e alla salute dall'altro.

Con le sopracitate normative sono stati contemporaneamente introdotti parametri clinici e strumentali differenti inerenti da una parte la morte "cardiaca" e, dall'altra, quella "cerebrale"; è stato stabilito un periodo, non inferiore alle dodici ore, di osservazione pre-espianto del soggetto donatore; è stata sancita l'assoluta impossibilità del prelievo qualora il soggetto, in vita o comunque in punto di morte, avesse esplicitamente negato il proprio assenso o quando sia intervenuta da parte di un prossimo congiunto, in seguito a formale richiesta del sanitario responsabile delle operazioni di prelievo, opposizione scritta.

In seguito, i progressi scientifici e sperimentali della medicina, soprattutto nell'ambito della neurofisiologia e della rianimazione, hanno imposto la necessità di dimezzare i tempi di controllo per l'accertamento della morte, e così, con

un'ulteriore opera di adattamento, con l'avvento della legge del 29 dicembre 1993, n. 578, si è ridefinito il concetto di "morte". Considerando in maniera unica ed imprescindibile tale status come quello della "morte cerebrale" e dimezzando il termine per l'accertamento dello stesso (da dodici ore stabilite dalla 644/75 si fissava infatti un termine di sei ore), fatta eccezione per i bambini per cui sono comunque previsti periodi più lunghi, si voltava così pagina verso il raggiungimento di sempre nuovi traguardi, ovviamente non esenti dalle più disparate critiche.

Altre importanti novità in ordine all'organizzazione ed alla esecuzione del trapianto sono giunte anche da leggi precedenti, anche se di marginale rilevanza rispetto a quelle ora menzionate, come la legge 13 luglio 1990, n. 198, la legge 12 agosto 1993, n. 301 (che affronta nuovamente la questione, limitatamente però al prelievo e all'innesto del tessuto della cornea), il D.M. del 22 agosto 1994, n. 582 recante "Attribuzione al Centro Nazionale di riferimento per i trapianti della funzione di coordinamento operativo nazionale dell'attività di prelievo e di trapianto di organi e tessuti", o ancora il D.P.R. del 9 novembre 1994, n. 694 "Norme sulla semplificazione del procedimento di autorizzazione dei trapianti".

Il travagliato excursus legislativo, accompagnato dalle più svariate prese di posizione dottrinali e da numerose sentenze civili e penali (fra l'altro il più delle volte discordanti tra loro...) ha conosciuto, sul finire degli anni novanta, la promulgazione di una importante legge che, per molti aspetti, pare aver dato una svolta al tema del trapianto a scopo terapeutico, segnando forse un punto di non ritorno verso l'evoluzione e l'ampiezza di vedute del nuovo millennio. Si fa naturalmente riferimento alla tanto controversa e combattuta legge 1 aprile 1999, n. 91, che riassume, riprende e riforma la normativa preesistente.

L'attuale disciplina legislativa, di non facile interpretazione giuridica, non si occupa più di accertamento della morte, rinviando a quanto previsto nella sopra citata legge 29 dicembre 1993, n. 578, e riversa invece la sua attenzione su altre due importanti macrotematiche: la manifestazione di volontà al prelievo intesa come 'silenzio-assenso' e l'organizzazione del sistema sanitario, sia per quanto concerne le strutture per l'espanto e l'impianto, sia per ciò che riguarda la promozione dell'informazione e le modalità di conservazione del *registro dei donatori*. Tutto

questo perché possa essere compiuta una scelta ragionata e responsabile, senza pericolo di fraintendimento alcuno.

Per quanto concerne l'ambito penalistico, l'ampio tema del trapianto d'organi racchiude in sé possibili e realizzabili fattispecie di natura criminosa che vertono soprattutto sulla eventuale responsabilità del medico esecutore delle fasi di espianto e impianto e/o sulla configurabilità di una forma peculiare di responsabilità della struttura ospedaliera in cui viene eseguito l'intervento chirurgico.

Ciò però non è bastevole, in quanto, oggi più che mai, le Corti si trovano a giudicare casi di comparaggio e, in situazioni estreme, anche di eventuali forme di corruzione riguardanti l'ambito medico.

Difficile tracciare dei confini ben definiti per delimitare la responsabilità medica, a fortiori ove risulta necessario effettuare un bilanciamento fra diritti e doveri fra loro contrastanti. Difficile stabilire fin ove si possa spingere il margine della doverosità dell'ars medica, la quale potrebbe determinare una lesione di diritti costituzionalmente garantiti e strettamente inerenti la persona umana. Il medico infatti, in talune specifiche circostanze, qualora dovesse riscontrare un netto rifiuto alla prestazione della sua azione, dovrà, in virtù del principio di autodeterminazione personale, astenersi dal compiere quanto teoricamente dovuto. L'astensionismo diverrà così un atto non solo lecito, ma in alcuni casi, doveroso.

Orbene, la responsabilità penale medica che potrebbe configurarsi nelle ipotesi di trapianto d'organi affonda le proprie radici nel più basilare e primordiale concetto civilistico del consenso, considerato alla base del principio di autodeterminazione nonché, in via più generale, della libertà di scelta del soggetto politico. In particolare, nell'ambito della responsabilità medica, si suole parlare di consenso informato del paziente. Il tema del consenso informato è senza dubbio uno fra i più spinosi in ordine alla responsabilità medica e costituisce legittimazione e fondamento del trattamento sanitario (salvi i casi di trattamento sanitario obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità) e ha anche connotazioni non trascurabili di natura etica, religiosa, culturale e filosofica.

Nel tempo, il concetto di malattia si è evoluto e con sé anche l'organizzazione sanitaria ha cambiato il suo assetto. La salute non è più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico con l'affermazione

da un lato del diritto a non soffrire e dall'altro della facoltà di rifiutare la terapia e di decidere, consapevolmente, di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale. Si aggiunge la mutata complessità del quadro d'insieme: pazienti multietnici, nuove tecnologie che permettono la diagnosi a distanza e la collaborazione tra professionisti con competenze diverse. Aspetti che costringono sempre più a ripensare il consenso informato nella nuova ottica dei processi di risk-management, essendo insito in essi il dover abbracciare un percorso di cure suddiviso tra più professionisti.

La posizione del paziente e delle associazioni diventa un punto di forza di un nuovo cammino per giungere a un ripensamento del consenso informato non più come “specifica obbligazione del singolo professionista”, ma come vero “iter formativo del paziente e consumatore di servizi sanitari e farmaci”. Almeno fino agli anni 70 il consenso del paziente era irrilevante per il medico, considerato l'unico regista delle cure. Successivamente, con la fondamentale sentenza n. 10014/1994 si è affermato il principio del consenso informato quale fondamento dell'attività medica, il quale comporta che il trattamento sanitario va individuato all'interno dell'alleanza terapeutica tra il paziente e il medico nella ricerca della cura migliore. La necessità dell'acquisizione di una “decisione consapevole” del paziente trova precisi riferimenti nella Costituzione, agli articoli 2, 13 e 32, nonché nelle Carte internazionali e sovranazionali e nel Codice di deontologia medica. Fondamentale il contributo della Corte costituzionale, con le tre sentenze n. 471/1990, n. 282/2002 e n. 438/2008.

La pratica terapeutica si pone all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello a essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica, e quello all'autodeterminazione. A questi principi si richiama anche il Codice di deontologia medica, in particolare gli articoli 13, 15 e 26.

In ambito risarcitorio le questioni riguardano la mancata acquisizione del consenso informato; l'aver il medico agito nonostante il dissenso o in mancanza di consenso informato; la validità di direttive anticipate; il nesso di causalità e il danno risarcibile; l'onere della prova circa l'assolvimento dell'obbligo informativo. Si pone, poi, la questione su quale sia il danno risarcibile in caso di intervento in violazione del rifiuto, ma salvavita, e nel caso di intervento senza consenso ma con esito fausto.

L'evoluzione si è avuta dalla sentenza n. 5444/2006 alla n. 2847/2010, con l'affermazione della risarcibilità del danno per il paziente che, nonostante un esito fausto dell'intervento, abbia comunque pagato un prezzo di sofferenza o limitazione funzionale, come la riduzione della capacità riproduttiva. Di fronte al rischio di strumentalizzazioni, in sede di risarcimento da mancato consenso all'intervento con esito fausto, si è però attuato un ribilanciamento della collocazione dell'onere della prova in chiave di maggiore tutela del medico. Fondamentale la pronuncia n. 2847/2010 secondo cui è il paziente a dover dimostrare, anche attraverso presunzioni, che se avesse conosciuto il rischio, non avrebbe deciso di effettuare l'intervento.

Dal punto di vista del diritto penale, cruciale la sentenza 21 gennaio 2009 delle Sezioni Unite penali della Cassazione, secondo cui *«ove il medico sottoponga il paziente a un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, e tale intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle leges artis, si sia concluso con esito fausto, nel senso che dall'intervento stesso è derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute, in riferimento anche alle eventuali alternative ipotizzabili, e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale»*, sia sotto il profilo della fattispecie ex articolo 582 del Codice penale (rubricato “lesione personale”), che sotto quello del reato di violenza privata ex art. 610 dello stesso Codice penale.

L'intervento finalizzato al trapianto d'organi presenta caratterizzazioni ancor più salienti di quelle inerenti il consenso in generale, in quanto subentrano principi etici e morali che vanno oltre la mera decisione. In tale ambito infatti ci si trova il più delle volte a decidere in situazioni del tutto particolari e nelle quali, sempre più spesso, è difficilmente possibile ricostruire la volontà del soggetto donatore, tanto da tentare di risalire alla cosiddetta “volontà presunta”. Volontà, però questa, che, ove erroneamente ricostruita, potrebbe presentarsi come punto di forza per la configurazione di una fattispecie di natura criminosa e quindi penalmente rilevante. Il problema, il più delle volte, sorge intorno alla spassionata ricerca della fattispecie delittuosa più plausibilmente applicabile, in quanto soltanto poche di esse, così come

costruite all'interno del codice penale italiano, si prestano a tale forma di responsabilità.

Per non parlare poi di quei delitti specifici previsti all'interno del c.p. che salvaguardano e tutelano l'integrità del cadavere e che difficilmente si conciliano con le nuove normative inerenti l'espianto di organi mortis causa. Si fa in particolare riferimento agli articoli 410, 411 e 412 c.p., rubricati rispettivamente "vilipendio di cadavere", "distruzione, soppressione o sottrazione di cadavere" e "occultamento di cadavere". Fattispecie queste, forse retaggio del passato, ma ancora oggi vigenti e pertanto del tutto vincolanti.

Temi oggi ricorrenti in giurisprudenza, nonché oggetto dei media, sono quelli del "testamento biologico" e della "procura per la vita". Si tratta in particolare di tematiche che affondano le proprie radici negli ordinamenti americani, ma che difficilmente si inseriscono nei nostri modelli, in quanto costrette a fare i conti con la secolare cultura della morte ultraterrena da un lato e con lo stato di arretratezza scientifica, dall'altro.

Doveroso un accenno ad un'ormai nota proposta di legge parlamentare inerente il testamento biologico, approvata in testo unificato in data 26/03/09 e allora trasmessa al secondo ramo legislativo, rimasta però ancora oggi in corso di riesame, forse perché troppo matura rispetto al terreno sul quale dovrà in futuro essere applicata.

Orbene, la chirurgia dei trapianti appare, nella civiltà odierna, come una sicura ed insostituibile opportunità terapeutica, capace di risolvere positivamente oggettive situazioni di pericolo e di nocimento per la vita umana, non altrimenti e/o altrettanto efficacemente trattabili.

Il trapianto di organi è un intervento di microchirurgia mediante il quale un organo del corpo umano, compromesso nelle sue funzioni, viene sostituito con un altro di gran lunga migliore e sicuramente più efficiente. È possibile trapiantare sia organi interni (quali cuore, reni, fegato), che tessuti particolari dell'organismo (ad es. cornee, midollo, pelle). Talune forme di trapianto possono essere realizzate attraverso espienti che avvengono da persone già decedute, ergo si parlerà di un espianto *ex cadavere*, altre invece possono essere realizzate o mediante espianto da

persone ancora in vita di uno dei cosiddetti “organi pari” (ad es. reni), o mediante prelievo dalle stesse di tessuti rigenerabili, come il midollo osseo o la pelle.

Alla base dell’effettuazione di un qualsivoglia trapianto vi è una lunga e non trascurabile fase valutativa, finalizzata a prevedere le possibilità di riuscita della totalità dell’intervento, nonché gli eventuali esiti infausti prevedibili. In medicina legale infatti, in linea con gli ultimi studi giuridici, si distingue fra *prevedibilità* dell’evento e *non prevedibilità* dello stesso, ritenendo che, qualora l’esito infausto dell’evento sia a priori prevedibile, il grado della colpa medica nel caso in cui l’evento concretamente si verifichi sarà da considerare maggiore rispetto alla mera ricorrente violazione dei normali parametri di riferimento. E quando si parla di parametri di riferimento, si fa naturalmente allusione alle cosiddette “linee guida terapeutiche”, nonché raccomandazioni di comportamento clinico basate sugli studi scientifici più aggiornati. L’eventuale più elevato grado di prevedibilità dell’evento farà praticamente accrescere il grado della colpa penale nelle valutazioni giuridiche effettuate in base all’art. 133 c.p.. Le linee guida, che non sono protocolli, e delle quali in passato la giurisprudenza si occupava ben poco, sono oggi divenute centrali nello sviluppo dello studio della medicina legale, in particolare con l’avvento della legge 13/09/12 n. 158 (meglio nota come “legge Balduzzi”), la quale ha in primis attribuito valore primario alle stesse linee guida, ma solo quando esse siano accreditate da un elevato e diffuso sapere scientifico, ed ha, in second’ordine, circoscritto la responsabilità dello specialista alla sola colpa grave. Degno di nota ovviamente, per una maggiore comprensione del concetto, il primo comma dell’art. 3 della legge sopra citata, il quale testualmente recita: *«l’esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l’obbligo di cui all’articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo».*

La decisione positiva per procedere al trapianto d’organi deve essere nell’esclusivo interesse del paziente, in quanto il fondamento politico sostanziale del prelievo a scopo terapeutico-sperimentale, o meramente terapeutico, va ricercato proprio nell’interesse alla tutela della salute del ricevente.

Lo sviluppo scientifico e tecnologico di tale attività terapeutica è in continuo miglioramento; le controindicazioni e le complicità di indole clinica sono sempre più contenute, ma l'intero intervento è condizionato da fattori tecnici ed organizzativi, propri di un sistema sanitario gravato da specifici problemi di natura economica e finanziaria. È in questo punto che si innesta la possibile responsabilità giuridica contrattuale in primis, e forse anche penale, della struttura ospedaliera all'interno della quale il trapianto viene eseguito. Importante in tal ordine una sentenza del Tribunale di Varese, nello specifico la n. 16 del 16/02/2010, all'interno della quale si afferma che *«medici e struttura ospedaliera (pubblica o privata poco rileva) rispondono verso il paziente a titolo contrattuale. È il debitore della prestazione ad avere l'onere della prova che non vi è stato inadempimento, o che lo stesso sia dipeso da fatto a lui non imputabile, o, ancora, che lo stesso non sia stato causa del danno. [...]La contrattualizzazione della responsabilità medica ha delle ricadute dirette sul riparto degli oneri probatori: in applicazione, infatti, della normativa sui rapporti contrattuali e dei principi elaborati in tema di adempimento del credito, il paziente, quale creditore della prestazione sanitaria, è tenuto a dimostrare l'esistenza del rapporto contrattuale e può limitarsi a dedurre l'inadempimento del debitore.»*¹ Quanto affermato nella sentenza citata è bastevole per comprendere la tipologia di rapporto che si instaura fra paziente e medico, ovvero tra paziente e struttura ospedaliera ospitante, pubblica o privata che sia. Da tale tanto basilare quanto controverso rapporto nasce una eventuale responsabilità colposa, derivante da violazioni giuridiche di minore o maggiore rilevanza. Orbene, nel nostro ordinamento due sono i requisiti essenziali che connotano la condotta colposa:

- uno di carattere negativo, ovvero la non volontà dell'evento (assenza di dolo);
- l'altro di carattere positivo, che ricollega la verifica dell'evento ad una condotta colposa in quanto negligente, imprudente o imperita (colpa generica), ovvero posta in essere non osservando leggi, regolamenti, ordini e discipline (colpa specifica).

La tipicità della colpa si connota come realizzazione di un fatto che, alla luce delle regole cautelari, doveva essere evitato. L'attività medico-chirurgica è

¹ Tribunale di Varese, sent. n. 16, addì 16/02/10.

caratterizzata dalla presenza, oltre che di regole di comune diligenza e prudenza, di regole tecniche in prevalenza non scritte, la cui violazione è fonte di imperizia e per la cui individuazione la giurisprudenza e la dottrina utilizzano i criteri della prevedibilità ed evitabilità dell'evento, a loro volta rapportati al parametro dell'agente modello (il c.d. *homo eiusdem professionis et condicionis*).

In dottrina e in giurisprudenza prevale un atteggiamento piuttosto equilibrato, affermandosi che, tenuto conto delle peculiarità del caso singolo e delle differenti caratteristiche di ogni paziente, le linee guida, per quanto specifiche e dettagliate, non possono essere considerate del tutto esaustive, con la conseguenza della irrinunciabilità al paradigma dell'agente modello. Naturalmente ai fini del rimprovero colposo non è sufficiente la violazione della regola cautelare ma occorre accertare che l'agente avesse la possibilità e la capacità di osservarla: occorre quindi la rappresentabilità ed evitabilità dell'evento da accertare in concreto, alla luce del parametro dell' *homo eiusdem professionis et condicionis*.

Nel testo della sentenza oggetto di commento, per quanto concerne la responsabilità del primario (chiamato in causa) per eventi dannosi che si siano verificati all'interno del reparto a lui affidato, si legge che *«il primario ospedaliero ha la responsabilità dei malati della divisione (per i quali ha l'obbligo di definire i criteri diagnostici e terapeutici, che gli aiuti e gli assistenti devono seguire) e deve, conseguentemente, avere puntuale conoscenza delle situazioni cliniche che riguardano tutti i degenti, a prescindere dalle modalità di acquisizione di tale conoscenza. Ciò nondimeno, costui non può essere chiamato a rispondere di ogni evento dannoso che si verifichi in sua assenza nel reparto affidato alla sua responsabilità non essendo esigibile un controllo continuo ed analitico di tutte le attività terapeutiche che vi si compiono. La sua responsabilità deve quindi fondarsi su indici fattuali o altri elementi circostanziati puntualmente allegati o almeno dedotti dal danneggiato.»*²

Alla luce di quanto riportato risulta quindi estremamente difficile la ricostruzione di un eventuale evento dannoso determinato da esito infausto nell'esecuzione di un qualsiasi intervento di natura medica: ciò rileverà a fortiori nella tanto delicata materia del trapianto d'organi, ove convergono le più svariate

² Tribunale di Varese, sent. n. 16, addì 16/02/10.

forme di tutela ed i più complicati bilanciamenti giuridici. Accanto a tali ineliminabili problemi si pone anche la sempre più limitata disponibilità del materiale biologico utile per il trapianto, oggi gestito dal Centro Nazionale Trapianti, il quale ne cura le modalità di detenzione e trasporto.

Difficoltà di natura economico-organizzativa, accompagnate da ingarbugliamenti giuridici e normativi, che conducono a sempre minore chiarezza nel campo e a sempre maggior difficoltà nel conciliare moralità e scienza, da una parte, e giurisprudenza ed etica, dall'altra.

Importanti interrogativi si pongono alla coscienza dell'uomo: fino a che punto può essere considerato lecito sostituire degli organi del corpo umano? Fino a che punto può essere ritenuto giusto? Esiste un limite ai trapianti d'organi? È moralmente giusto attuare tutto ciò che è dimostrato tecnicamente possibile? È configurabile una responsabilità medica specifica per violazioni di norme inerenti i trapianti? È ammissibile il "commercio d'organi"? Tutte queste domande riguardano il nucleo centrale dell'argomento: i trapianti d'organo infatti non sono solo una questione di scienza, di medicina, di tecniche e strumenti, ma chiamano in causa la dignità della persona umana, la sua identità, le sue libertà, i suoi diritti fondamentali.

Le tematiche finora sommariamente elencate, quali il consenso informato del paziente ricevente, la libertà del donatore e dei prossimi congiunti, il presunto diritto della società a prelevare organi sui cadaveri a prescindere dal consenso esplicito, la liceità dei compensi e dei trapianti che possono condizionare l'identità del ricevente, la legittimità del trapianto sperimentale, la constatazione di morte, sono problematiche tanto complesse, quanto attuali e, poiché tali, non possono non smuovere ed interrogare le nostre coscienze.

Sotto il profilo giuridico, gli omotraspianti costituiscono oggi non più o non tanto un problema di liceità, essendo ormai ammessi in tutti i paesi scientificamente progrediti, quanto un problema di limiti. L'individuazione di tali limiti infatti non è certamente facilitata dalle legislazioni esistenti, le quali, invece di originare normative complete che possano disciplinare l'intero iter di un trapianto, si limitano perlopiù a regolamentare la sola fase di prelievo a scopo di successivo impianto. Si

determinerà così un sistema giuridico in cui la materia in corso d'esame sarà oggetto di rigide norme a tutela del donatore, ma peccherà nella tutela del ricevente.³

Le fonti all'interno delle quali è possibile ricavare le condizioni di liceità del trapianto a scopo terapeutico sono da ricavare opportunamente da alcuni principi generali statuiti all'interno della nostra Carta Costituzionale. La Costituzione della Repubblica Italiana, legge fondamentale dello Stato italiano ovvero vertice nella gerarchia delle fonti del diritto, venne approvata dall'Assemblea Costituente il 22/12/47 e promulgata dall'allora provvisorio Capo di Stato Enrico De Nicola il 27/12/47. Entrò in vigore in data 01/01/1948, segnando per lo Stato un grande passo avanti, un punto di non ritorno che lasciasse alle spalle l'orrore delle guerre. Essa si fonda sulla concezione personalistica dell'uomo, considerando quindi l'uomo come essere primario, come valore in sé, la cui strumentalizzazione a fini od interessi extra personali è categoricamente vietata. Corollario fondamentale è il principio della *indisponibilità della persona umana*, da cui scaturiscono ulteriori e più restrittivi principi:

1. salvaguardia della vita umana, integrità fisica e salute del soggetto giuridico (art. 32 Cost., art. 5 c.c., art. 579 c.p.);
2. salvaguardia della dignità umana (art. 3, 32 e 41 Cost.);
3. uguaglianza e pari dignità umana (art. 3 Cost.);
4. consenso del donatore.

Potremmo, più in generale, parlare di una tutela delle condizioni che presiedono all'efficienza e alle possibilità relazionali della persona, o di una tutela dei presupposti indispensabili per la sussistenza della vita fisica, o ancora di una tutela dell'individualità personale,⁴ ma tutto ciò non basterebbe a far chiaramente comprendere la portata ed il valore dei principi fondamentali della Costituzione.

Esaminato dal punto di vista penalistico, il problema si pone come bilanciamento tra interessi attinenti alla vita umana, fatta salva la considerazione della "pietà verso i defunti", e prelievo da cadavere: si dimostrerà però che, constatata e verificata l'assenza di una qualsivoglia offesa alla dignità della persona venuta a mancare, ben difficilmente potrà residuare una compromissione di quello

³MANTOVANI F., *Trapianti d'organo, terapia o sperimentazione?* Rivista penale, 1974, pag. 453.

⁴EUSEB L., *Beni penalmente rilevanti e trapianto d'organi*, Rivista Italiana di Medicina Legale, 1986, pag. 1000.

che è stato sempre definito “culto dei morti”. Questa è una di quelle situazioni in cui le tradizioni, retaggio delle mitologie passate, dovrebbero far spazio alle innovazioni ed ai progressi scientifici, tutti finalizzati al miglioramento delle condizioni della vita umana in genere.

A ben guardare, la regolamentazione normativa di definizione dei limiti di liceità in materia di trapianti, a salvaguardia della vita e della dignità del soggetto, potenziale donatore, incide direttamente sulla possibilità di estendere la promozione della tutela degli stessi beni anche nei confronti del beneficiario. Quanto detto è sicuramente garantito sotto un profilo strettamente costituzionale, ma risulta ambizioso vedere se e fino a che punto questi principi fondamentali trovano riscontro all'interno di una veduta più ampia, che abbia come fine quello di osservare la materia senza tralasciarne gli aspetti etici e morali. È palese l'allusione alla branca della *bioetica*, il cui pensiero scaturisce dalle macroaree tecniche e professionali coinvolte nella trapiantologia: la dignità ed il valore della vita, la persona del paziente, la deontologia dell'equipe medica, la società con la sua diversità di cultura, la sperimentazione, la terapeuticità, etc.. La bioetica, dopo anni di ampio dibattito, è giunta alla proposizione, in materia di trapianti d'organi,⁵ di sette principi fondamentali a cui riferirsi, che spesso appaiono strettamente collegati a quelli più propriamente giuridici.

Anzitutto “il rispetto della vita come valore indisponibile”: la vita è la proprietà fondamentale e più profonda dell'uomo e, in quanto tale, deve essere rispettata come un bene indisponibile, che in senso assoluto, per i più credenti, appartiene solo a Dio. Ne consegue che, per la bioetica dei trapianti, la rinuncia a voler disporre autonomamente di essa, e quindi anche la “non disponibilità” del proprio corpo, è auspicabile solo per un bene maggiore del corpo stesso.

Il secondo punto fondamentale è “la tutela dell'identità della persona e dei suoi discendenti”: è stato constatato infatti che nei pazienti sottoposti a trapianto d'organi, in particolare nei casi di trapianti cardiaci o aventi ad oggetto elementi legati alla sessualità, si è verificata spesso un'alterazione della personalità, con crisi d'identità, deliri e psicosi. Il mutamento dell'immagine corporea ha forti conseguenze sotto il profilo psicologico e occorre quindi porgere attenzione alle

⁵*Trapianto d'organi, principi fondamentali della bioetica*, articolo online, <http://www.gte.it/est/trapiant.html>.

ripercussioni più o meno profonde sull'unità della persona. Ed è proprio per tale motivo che alcuni limiti, riconosciuti anche dalla legge, sono stati imposti come necessari ed ineluttabili: divieto di trapianto delle ghiandole sessuali e del cervello, in quanto parti del corpo strettamente connesse alla personalità del soggetto, e perciò non trasmissibili.⁶ Su questo punto di fondamentale importanza si innesta oggi il tema dell'ormai noto e tanto discusso "cambio di identità", intendendo con tale espressione un processo medico-psicologico che, attraverso un particolare trapianto, consente di cambiare sesso, conducendo quindi ad una nuova identità giuridica. Il tema è oggi ancora dibattuto nel nostro ordinamento, soprattutto per le rilevanti conseguenze giuridiche che determina, ma in molti stati esteri è stato invece legalizzato e, in quelli più all'avanguardia, addirittura regolamentato.

"La natura della sperimentazione in genere" rappresenta il terzo punto preso in considerazione dalla bioetica: il trapianto d'organi si può accettare a condizione che risulti l'unico rimedio valido e lasci elevata la possibilità di riuscita. La decisione finalizzata al trapianto deve essere presa nell'esclusivo interesse del bene del paziente, anche e soprattutto in quei casi di persone che presentano un'autonomia diminuita o comunque menomata, il che esige a fortiori che venga garantita la sicurezza contro eventuali danni o abusi a coloro che si trovano in uno stato di vulnerabilità o dipendenza.

Si presenta come quarto dei sette principi quello della "solidarietà e dell'apertura al dono". La riflessione morale ha infatti messo in evidenza come sia lecito e virtuoso esporsi a rischi con la unica e sola finalità di aiutare il prossimo. Il prelievo dei tessuti e degli organi, sia da vivente che ex cadavere, in vista di un trapianto, deve rispondere ad una logica della donazione. In tali termini si è espresso anche Papa Giovanni Paolo II nel celeberrimo "discorso ai partecipanti al I congresso internazionale sui trapianti d'organi" del 20 giugno 1991.⁷

Il principio della "proporzionalità costi/benefici" è il quinto punto e consiste nel dovere etico di massimizzare i benefici e di minimizzare i danni e gli errori prevedibili, in particolare con riferimento al fatto che i costi dei trapianti devono essere direttamente proporzionali ai benefici attesi. A ciò si può aggiungere che i

⁶MANCINI E., *Leggi sulla donazione di organi*, articolo online, <http://www.governo.it/bioetica/temi-problemi/donazioneorgani.html>.

⁷COZZOLI M., *Aspetti etici della donazione e del trapianto d'organi*, articolo online, <http://digilander.iol.it/ucfimi/ethical500.html>.

costi comprendono anche il valore della preparazione dell'equipe, la quale deve avere un livello al di sopra della normalità, e che la selezione delle persone da trapiantare iscritte nelle liste d'attesa avvenga secondo i più elevati criteri di equità.

La sequela dei principi fondamentali è ultimata dal sesto e dal settimo, i quali riprendono pienamente quanto posto a fondamento della stessa disciplina normativa: principio del “consenso informato”, ora disciplinato anche nei termini del valore da attribuire al silenzio-assenso, e “accertamento della morte del donatore”, ovviamente morte intesa come morte cerebrale, ossia conseguente a gravi lesioni dell'encefalo.

Come è possibile dedurre da un'attenta lettura di quanto sopra osservato, i presupposti da cui si parte per giustificare la liceità e l'ammissibilità del trapianto d'organi a scopo terapeutico, siano essi normativi, o etici, sono pressoché gli stessi, o comunque ricavabili per deduzione analogica gli uni dagli altri. Il problema di fondo si sposta allora dalla liceità alla regolamentazione attenta delle procedure del trapianto d'organi, in particolar modo di quelle procedure che siano finalizzate ad evitare rischi ricorrenti durante l'intervento. Un esempio di rischio diffuso è quello della morte in seguito ad *ipotermia*. È noto infatti che, per effettuare un impianto d'organi in un soggetto sottoposto a trapianto, le normative procedurali in materia prevedono che la temperatura corporea del soggetto venga abbassata, perché si possa meglio conservare lo stato degli organi. Quid iuris allora qualora l'abbassamento dovesse determinare la morte del soggetto: chi sarà considerato colpevole? La questione non è di facile risoluzione e vi sono molti pareri discordanti sia in dottrina, che in giurisprudenza. Statistiche scientifiche dimostrano infatti che la temperatura corporea ha una media di 37 c°, ma rappresenta un parametro molto soggettivo, pertanto, alcuni soggetti possono andare in ipotermia già a circa 34 c°, mentre altri riescono a sopportare temperature molte più basse. Per comprendere ciò, si fa spesso riferimento alle vittime del naufragio del Titanic, le quali morirono appunto per ipotermia, ma ognuna di esse incontrò la morte in un momento differente, proprio per la soggettività nella sopportazione di una maggiore o minore temperatura corporea.⁸ Il punto che qui rileva, andando oltre l'esempio, è quindi capire se sia giusto o meno stabilire ex ante una norma che a sua volta funga da parametro di riferimento per un

⁸ MAGRINI G., *Esecuzione di trapianti*, Giappichelli, 2008, pag. 51 s.

qualcosa che presenta invece dei parametri di natura tecnico-scientifica. Questione che ovviamente, ad oggi, resta ancora irrisolta.

Tutto ciò premesso, al fine di comprendere quanto vasta e combattuta sia la materia dei trapianti d'organi, quanto difficile sia trovare risposte univoche e soprattutto quanto necessario risulti effettuare delle valutazioni e porre in essere dei bilanciamenti che possano conciliare nel miglior modo possibile tutti i primordiali interessi in gioco inerenti la persona umana, valore imprescindibile di natura costituzionale.

CAPITOLO I

IL TRAPIANTO D'ORGANI: LICEITÀ GIURIDICA E PRINCIPI MORALI, PROBLEMI E SOLUZIONI.

Sommario: **1.1** La persona umana. **1.2** Libertà e diritti fondamentali nello Stato Italiano e cenni degli Stati Esteri. **1.3** Limiti giuridici ed etici alla possibilità di trapianto. **1.4** Posizione della Chiesa Cattolica. **1.5** I diritti sul cadavere. **1.6** Il trapianto visto secondo la logica della donazione. **1.7** Possibile alternativa al trapianto d'organi: xenotrapianto. **1.8** I traguardi della biomedicina.

1.1 La persona umana

In ambito filosofico, si definisce “persona” un essere dotato, nella concezione moderna almeno potenzialmente, di coscienza di sé e in possesso di una propria identità. L'esempio più evidente di persona - per alcuni l'unico - è la persona umana. La nozione di “persona” è anche oggetto degli approfondimenti propri dell'antropologia filosofica.

Definire esattamente cosa si debba intendere per “persona umana” non è compito facile, anche perché ci si preoccupa sempre di più del mondo fenomenico che attornia la persona stessa, piuttosto che della sua primordiale identità. In un celeberrimo discorso tenuto nel lontano 1983, l'allora Papa Karol Wojtyła disse: *«[...] definire la persona umana non è facile. Ma, prima di farlo, è necessario tener presente che esiste una differenza enorme fra il mondo, cosiddetto delle cose, ed il mondo degli uomini. Questa grossa differenza è dovuta al fatto che l'uomo (quando parliamo di “uomo” intendiamo sia il sesso maschile che quello femminile), considerato in modo oggettivo, è e rimane sempre “qualcuno”, mentre tutto il resto delle cose create è un insieme di “qualche cosa”, nulla di più! [...] Noi consideriamo “cosa” un essere non soltanto privo di ragione, ma anche di vita; una “cosa” è un oggetto inanimato. Esiteremmo a chiamare cosa un animale, o anche una pianta. Tuttavia non si può parlare di persona animale. Si dice invece “individuo animale”, intendendo con ciò semplicemente “individuo di una specie animale”. Per dare una definizione del termine uomo non è sufficiente il catalogarlo come individuo di una*

specie, bensì per lui si usa il termine “persona” in quanto c’è in lui un qualcosa in più, una pienezza ed una perfezione d’essere particolari, che non si possono rendere in altro modo, se non con la parola “persona”. [...]».

Questa breve riflessione racchiude in sé una grande forza, poiché è capace di far comprendere al lettore quanto differente sia il valore della persona umana dal valore materiale delle cose. Il primo merita un’ampia tutela da parte del nostro ordinamento giuridico, sia in campo civilistico, che penalistico, mentre il secondo, sotto molti aspetti, è di più trascurabile importanza.

Sotto un punto di vista più strettamente giuridico, persona umana è quella dotata di capacità giuridica, intendo con essa l’attitudine di un soggetto ad essere titolare di diritti e doveri o più in generale di situazioni giuridiche soggettive. La capacità giuridica si acquista con la nascita e, oggi, si perde solo con la morte. Negli ordinamenti attuali la capacità giuridica è riconosciuta ad ogni essere umano (*persona fisica*), oltre che alle *persone giuridiche*. Fino al crollo dell’*ancien régime*, che portò all’affermazione del principio di derivazione giusnaturalistica e illuministica consacrato nell’articolo 1 della *Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino* del 1789, secondo il quale «*gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti*», in ordinamenti del passato la capacità non veniva riconosciuta ad ogni uomo: ne erano esclusi gli *schiafi* che, ad esempio, il diritto romano assimilava alle *res*. In passato vi era inoltre una particolare causa di estinzione della capacità giuridica: la *morte civile*. Infatti la capacità giuridica, che ai sensi dell’art. 1 del codice civile italiano «*si acquista al momento della nascita*», non è un elemento innato dell’essere umano ma una concessione dell’ordinamento giuridico, che, a seconda dei casi e periodi, può anche imporre al riguardo delle limitazioni (come è avvenuto anche in periodi più recenti con le leggi razziali, che oggi sarebbero comunque incostituzionali). Strettamente legati alla persona umana sono i suoi diritti e le sue libertà fondamentali, volendo indicare con tale espressione le situazioni giuridiche soggettive, cioè le garanzie del rispetto dei diritti di ciascuna persona umana in quanto tale, che l’ordinamento giuridico riconosce e si impegna a garantire. Secondo le più note ricostruzioni teoriche, si può avere di essi una nozione storicistica (sono tali i diritti consuetudinari), una individualistica (sono tali i diritti che spettano, in base al diritto

naturale, all'individuo), nonché una statualistica (sono tali i diritti che l'ordinamento definisce).

1.2 Libertà e diritti fondamentali nello Stato Italiano e cenni degli Stati Esteri.

La secolare storia dell'affermazione dei diritti fondamentali dell'individuo all'interno dello Stato italiano affonda la sue più arcane radici nello Statuto Albertino del 1848. Lo Statuto Albertino è una costituzione ottriata, ossia concessa dal sovrano (Carlo Alberto, re di Sardegna), e anche se dichiarato "perpetuo" ed "immutabile", viene molto presto considerato una costituzione flessibile, ossia liberamente modificabile dal Parlamento, che così assume le funzioni di una costituente perpetua. Per ciò che concerne i diritti di libertà, posta l'enunciazione del principio di eguaglianza formale, essi sono codificati, con una tecnica normativa che, dopo l'affermazione del diritto, rinvia al legislatore la determinazione dei limiti del suo esercizio (con una riserva di legge che, oltre a prestarsi a facili abusi da parte del legislatore, rapidamente involve tendendo a coincidere con il principio di legalità formale). In alcuni casi, viene stabilita, a maggior garanzia delle libertà individuali, anche una riserva di giurisdizione, la cui portata è però drasticamente limitata dalla scarsa indipendenza dei giudici nei confronti dell'esecutivo. Nell'evoluzione storica, successivamente ad una prima fase in cui, pur in presenza di interpretazioni spesso restrittive delle libertà, si registra un sostanziale equilibrio tra principi garantisti e statualisti, si afferma, con la dittatura fascista, una concezione funzionale dei diritti che, senza procedere alla loro negazione, ne limita profondamente la portata, subordinandoli ai superiori interessi della nazione. Dopo circa un secolo dalla promulgazione dello Statuto Albertino, nel 1947, superati gli orrori della guerra, si sente il bisogno di una nuova carta costituzionale che potesse dare garanzie maggiori alle libertà fondamentali. È così che, con la promulgazione della Costituzione Italiana del 22/12/47, i diritti inviolabili dell'uomo vengono posti come caposaldo ed imprescindibile condizione primaria. L'art. 2 della Costituzione italiana infatti recita: *«la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»*.

Questa norma, insieme a quella contenuta nell'art. 1 (*«l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione»*) definisce l'attuale forma di Stato, e presenta una particolare importanza a livello sistematico. Nel primo articolo si afferma anche il principio lavorista (di ispirazione socialista), che dice che la dignità di un uomo è data dal lavoro e non da sesso, razza, religione, proprietà, ceto sociale, opinione politica ecc.. Questo principio è affermato nel primo comma, ed indica una prevalenza su questo punto di una concezione che allora si definiva “di sinistra” contro il principio che dava prevalenza (prima del diritto al lavoro) alla tutela della libertà individuale ed alla tutela della proprietà (concezione che allora si definiva “di destra”), in analogia ad esempio con la tradizione anglosassone. Il soggetto dell'enunciato («Repubblica») vale a indicare sia lo Stato-apparato sia lo Stato-comunità. Il termine “uomo” ivi impiegato si presta, invece, a due possibili interpretazioni. Parte della dottrina sostiene che esso valga come sinonimo di “cittadino”, essendo una Costituzione un atto politico che presuppone lo *status* di cittadinanza, e perdendo altrimenti di significato la disposizione di cui all'art. 10 comma 2 (*«la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali»*).⁹

A questa tesi si ribatte soprattutto considerando i principi individualisti ed universalisti presenti nel testo costituzionale, ed espressi nello stesso articolo 10, al terzo comma (*«lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto di asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge»*).

Altra tanto importante quanto delicata questione è quella della qualificazione dell'art. 2 come norma a fattispecie aperta ovvero norma a fattispecie chiusa. Nel primo caso, per il tramite dell'art. 2 verrebbero introdotti nell'ordinamento diritti non previsti dal testo costituzionale, ed emersi dall'evoluzione economica, sociale e politica della comunità. Nel secondo caso, questo non sarebbe possibile. Posto il fatto che la configurazione di un nuovo diritto comporta, in un ordinamento costituzionale contemporaneo, anche la configurazione di un nuovo obbligo, a carico non solo dello Stato ma anche di privati, è da ritenersi preferibile la tesi che vede nell'art. 2 una

⁹ WIKIPEDIA, *Costituzione italiana*, <http://www.wikipedia.org/:html>.

norma a fattispecie aperta, così come ha esplicitamente affermato la Suprema Corte nella sentenza 10 maggio 2001, n. 6507.

L'art. 3 della Costituzione, invece, enuncia i due principi di eguaglianza formale («*tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*») e sostanziale («*è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*»).

La Costituzione fu voluta come una costituzione “rigida”, cioè non facilmente modificabile, in contrasto con la facile modificabilità invalsa con lo Statuto albertino. Però, la Corte Costituzionale, investita del potere di sindacato sulle leggi nonché custode primario dell'interpretazione della Costituzione, ha provveduto ad adottare una forma di interpretazione cosiddetta *evolutiva* che non raramente sconfinava nell'ambito riservato al legislatore, cercando di adattare le norme ai tempi.

Un altro problema sorto negli ultimi anni è che la Carta costituzionale garantisce i diritti solo ai cittadini (italiani), mentre in Italia soggiornano milioni di cittadini dell'Unione Europea, per i quali sono i trattati internazionali (forse sarebbe meglio dire intercomunitari) a garantire i medesimi diritti fondamentali dei cittadini italiani. Accanto a questi si registra oggi anche la presenza di cittadini stranieri di cittadinanza extra-comunitaria, buona parte munita di permesso di soggiorno, nei confronti dei quali interviene la *Convenzione dei diritti dell'uomo* a garantire i diritti fondamentali, nonostante le svariate sanzioni che l'Italia ha subito negli anni da parte della Corte CEDU. Considerato quanto detto, risulterebbe oggi opportuna una parziale modifica del dettato costituzionale, al fine di garantire diritti e tutele non solo al cittadino italiano, ma ove possibile, anche allo straniero soggiornante nel territorio della Repubblica.

I singoli diritti possono essere classificati come:¹⁰

1 Assoluti: quando possono essere fatti valere nei confronti di qualsiasi soggetto;

¹⁰ GALASSO A., PALMERI G., *Manuale di diritto privato*, Zanichelli, 2009, pag. 24 s.

2 Relativi: quando possono essere fatti valere solo nei confronti di soggetti particolari;

3 Funzionali: quando il loro esercizio è strumento e non già conseguimento del bene vita.

Tra i diritti assoluti, vanno annoverati i classici diritti di libertà (libertà personale, libertà e inviolabilità del domicilio, libertà di circolazione e soggiorno, libertà e segretezza della corrispondenza, libertà di manifestazione del pensiero), oltre al diritto alla vita e all'integrità psicofisica, il diritto al mantenimento della cittadinanza e della capacità giuridica, il diritto al nome e all'immagine, i diritti matrimoniali e le potestà familiari, la proprietà, i diritti reali e quelli successori. Tra i diritti relativi (o diritti di prestazione), vi sono i diritti sociali, i diritti a comportamenti omissivi e il diritto al pari trattamento. Tra i diritti funzionali, infine, sono da ricordarsi i diritti politici, i diritti di autotutela (tra questi, l'unico che gode di un espresso riconoscimento costituzionale è il diritto di sciopero) e il diritto alla tutela giurisdizionale.

Tutti i diritti sopra elencati sono garantiti dalla nostra Costituzione mediante il richiamo a talune garanzie. La garanzia altro non è che uno strumento di protezione di determinati interessi contro l'eventualità di offese, strumento che, per ciò che riguarda i diritti fondamentali, la Repubblica si impegna ad apprestare in virtù di quanto disposto dall'art. 2 della Costituzione.

Le garanzie, a loro volta, possono essere **giurisdizionali**, quando presuppongono un procedimento giurisdizionale, oppure **non giurisdizionali**, quando, anche avvenendo al suo interno, non lo presuppongono. Le garanzie giurisdizionali indirette consistono nell'indipendenza (che attiene all'ufficio giurisdizionale, ed è sia organica che funzionale), terzietà (che attiene alla persona del giudice) e imparzialità (che costituisce un requisito modale relativo all'attività giurisdizionale) del giudice, nonché nella naturalità e precostituzione, cui si affiancano il divieto di istituzione di giudici straordinari e speciali. Le garanzie giurisdizionali indirette sono quelle che, già ricavate dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, sono state esplicitate dal legislatore costituzionale nella riforma dell'art. 111 Cost., che ora espressamente prevede nel nostro ordinamento i principi del *giusto processo* (contraddittorio, ragionevole durata, obbligo di motivazione). Le

garanzie non giurisdizionali, invece, sono date dai ricorsi amministrativi, dalla partecipazione al procedimento amministrativo, dalle autorità amministrative indipendenti, dalla responsabilità civile della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti, dalla inutilizzabilità processuale delle prove illecite.

A livello europeo, il riconoscimento e la successiva tutela dei diritti fondamentali affondano le proprie radici in un documento piuttosto recente: la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, promulgata per la prima volta a Nizza nel 2000 e riadattata a Strasburgo da Parlamento, Consiglio e Commissione, nel 2007. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Carta di Nizza ha il medesimo valore giuridico dei trattati, ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, e si pone dunque come pienamente vincolante per le istituzioni europee e gli Stati membri. La Carta enuncia i diritti e i principi che dovranno essere rispettati dall'Unione in sede di applicazione del diritto comunitario. L'attuazione di tali principi è affidata anche alle normative nazionali. I valori fondamentali dell'Unione Europea sono: Dignità (artt. 1-5), Libertà (artt. 6-19), Uguaglianza (artt. 20-26), Solidarietà (artt. 27-38), Cittadinanza (art. 39-46), Giustizia (art. 47-50).

Altri documenti o trattati che hanno avuto un'importanza estrema nella educazione al rispetto dei diritti fondamentali a livello mondiale sono: la *Magna Charta Libertatum* (1215), la Dichiarazione universale dei diritti umani (DUDU, 1948), la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU, 1950), la Dichiarazione islamica dei diritti dell'uomo (1981), la Convenzione contro la tortura (1984), la Convenzione contro la violenza sulle donne (2011), la Dichiarazione dei diritti dei cittadini Usa (1789).

1.3 Limiti giuridici ed etici alla possibilità di trapianto d'organi.

L'attuale normativa che si occupa di disciplinare l'attività terapeutica del trapianto d'organi, nonostante possa essere ricondotta all'interno di un sistema legislativo "aperto", presenta comunque un triplice ordine di eccezioni riguardanti l'oggetto e le finalità del prelievo, nonché la provenienza degli organi o tessuti da trapiantare.

Oggetto di prelievo, leggendo a contrario la norma di cui al comma 3 dell'art. 3 della legge 01/04/99 n. 91, possono essere tutti gli organi ed i tessuti riproducibili, ad eccezione però di gonadi ed encefalo. Tale limite infatti era già previsto dalla precedente legge 02/12/75 n. 644, art. 1, ultimo comma. Il divieto trova la propria più fondata ed intrinseca giustificazione nella tutela della dignità del cadavere quale proiezione ultra-esistenziale della persona umana, nonché espressione del principio personalistico che, come sopra detto, fa da caposaldo al nostro ordinamento.

Corollario di tale principio, nel campo in esame, il particolare profilo dell'insopprimibile diritto di ogni individuo alla propria identità ed unicità biologiche, eventualmente compromesse da una tecnica sostitutiva avanzata che produrrebbe a tutti gli effetti un terzo soggetto, diverso sia dal donatore, che dal ricevente, con caratteristiche biologiche e psichiche uniche e personali. In particolare, il trapianto di gonadi, stante la conservazione nell'organo trapiantato della sua autonomia funzionale, minaccerebbe l'identità biologica e psicologica del futuro figlio concepito dal ricevente, il quale sarebbe procreato con l'apporto di un gamete fisiologicamente proveniente dal genitore, ma recante il patrimonio biologico di una terza persona, necessariamente defunta. Si aggiunga a tale anomalia, al fine di una maggior chiarezza, la documentata scarsa utilità terapeutica dell'impianto delle ghiandole sessuali, che potrebbe certo determinare un rimedio alla infertilità del ricevente, ma non costituirebbe comunque un intervento "salvavita", andando quindi oltre i margini consentiti dalla legge. Infatti, optando per un accurato bilanciamento costi-benefici, questi ultimi non riuscirebbero a sopperire al grave vulnus etico più volte in precedenza denunciato.¹¹

Quanto al divieto dell'espianto di encefalo, occorre in primis precisare che la disposizione normativa di cui al comma 3 dell'art. 3 della legge 91/1999 sembrerebbe inesatta, o quantomeno laconica. Se è vero che la legge in esame disciplina l'espianto d'organi da chi è "cerebralmente morto", allora è inutile, e al tempo stesso contraddittorio, vietare l'espianto di un organo che è già, per definizione, morto e di conseguenza, per la sua inidoneità a qualsivoglia impiego di natura terapeutica, indonabile! Una lettura più attenta scoverebbe invece nella statuizione un divieto rivolto piuttosto al trapianto di testa-tronco, ovvero l'innesto di

¹¹BISORI L., *glossa legge 01/04/1999, n.91 recante "Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e tessuti"*, Legislazione Penale 1999, II, pag. 821.

una testa con encefalo funzionante su un tronco corporeo prelevato da un donatore cerebrolmente defunto: si tratta ovviamente di una situazione che potrebbe definirsi quasi onirica. Infatti, alla luce di quanto esposto, è evidente che il ricevente “vivo” andrebbe riconosciuto in colui che mantiene la testa ed il cervello, luogo in cui si trovano incorporate ed ingabbiate memoria ed identità personale del soggetto. Si tratta di una metodica futuribile, non ancora attuabile, ma che potrebbe divenirlo entro tempi non così lunghi: considerato ciò, necessiterebbe di essere normativamente disciplinata al fine di meglio tutelare l'identità personale del risultato ibrido dell'innesto, forse descrivibile come “un uomo artificiale che agirebbe per mezzo del corpo di una persona già vissuta.”¹²

Un ultimo divieto normativo è statuito dal comma 4 dello stesso art. 3, l. 91/1999, ove il legislatore vieta non un espianto o un trapianto sommariamente considerati, ma una metodica bio-genetica ad essi prodromica, ovvero la manipolazione di un embrione a fini di predisposizione di compatibilità tra nascituro e terzi, potenziali beneficiari di un trapianto.

La liceità/illiceità del ricorso al tessuto biologico del prodotto di un aborto per scopo terapeutico è un tema, in Italia, ancora poco trattato e per nulla dibattuto, se non del tutto ignorato sotto il punto di vista legislativo. Infatti, la legge sulla interruzione della gravidanza del 22 maggio 1978, n. 194, all'art. 6, prescrive che l'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere lecitamente praticata in soli due casi: quando la gravidanza o il parto potrebbero compromettere la vita della donna-madre, oppure quando siano accertati e documentati processi patologici relativi ad anomalie o malformazioni del nascituro, processi che determinerebbero, qualora la gravidanza non venisse interrotta, un grave pericolo per la salute fisica e psichica della donna. Viene pertanto esclusa la possibilità, da parte del medico, di praticare un intervento abortivo con lo scopo unico di poter disporre del tessuto vitale del feto, anche qualora si fosse registrato una richiesta oppure il mero previo consenso della donna-madre. Il trapianto di tessuti fetali in tessuti adulti è stato invece praticato con successo, sia negli Usa, che in Svezia, al fine di debellare patologie purtroppo ancora oggi estremamente diffuse, quali il morbo di “Parkinson” o quello di “Alzheimer”. Infatti, le cellule dei tessuti

¹²ANZANI G., *Traccia contro il saccheggio della vita*, articolo online, <http://lgxserver.uniba.it/lei/rassegna/000830f.html>.

fetali prelevate tra il terzo ed il sesto mese di gravidanza non sono ancora, immunologicamente parlando, reattive, ergo non si verificano fenomeni di rigetto e, continuando a svilupparsi anche se innestate nel tessuto adulto del cervello, trasmettono ad altre cellule la loro energia vitale, provocandone una rinnovata funzionalità.

In seguito al riconoscimento giuridico della legalità dell'impiego dei tessuti fetali, previo consenso della madre mancata (che viene richiesto esplicitamente per iscritto all'atto del ricovero, prima di procedere all'operazione abortiva), un vivace dibattito è acuito nel campo della dottrina bioetica americana e si è giunti ad alcuni punti fermi : non si rinverrebbe motivo alcuno per giustificare l'impedimento o il divieto legale affinché i tessuti vitali, che sopravvivono per alcune ore dopo la morte del feto, venissero adoperati a scopo benefico, naturalmente solo in seguito a libera ed incondizionata scelta della donna di abortire, previo ulteriore suo informato consenso a procedere. Resta fermo inoltre che tale donazione deve essere completamente gratuita, al fine di evitare una speculazione economica sulla vocazione naturale della donna alla maternità.¹³ Al riguardo, Andrew Kimbrell, nel suo libro *“The human body shop”* scrive : *«ogni individuo potrebbe ad un certo punto della sua vita organizzarsi la propria “fonte fetale”, ricorrendo al concepimento con l'intento di usare le cellule fetali, geneticamente compatibili, per trapianti»*.¹⁴

In Italia questa metodica bio-genetica non è giuridicamente permessa, anzi ancor più è vista come inaccettabile in considerazione del profilo etico. In merito a ciò, si è pronunciato anche Papa Wojtila, al Congresso Mondiale di Roma, adducendo che: *«la decisione di offrire una parte del proprio corpo, cioè qualcosa di se stessi, per la salute e il bene di un'altra persona, da al gesto la nobiltà di un autentico atto d'amore, ma naturalmente gli organi vitali singoli si possono donare, e quindi si possono prelevare, solo da morti, quando il corpo è divenuto cadavere; non si può usare un vivo e portargli via la vita e i pezzi del corpo per curare la salute e la vita di un altro.»* È su questo concetto che il Papa formula il suo più assoluto ed indiscusso dissenso in riferimento alla clonazione e alla manipolazione e

¹³CICOGNANI A., *“Mors tua vita mea” accertamento della morte e trapianto di organi e tessuti biologici*, Giurisprudenza Italiana, 1994, parte IV, pag. 263.

¹⁴PASSUDETTI M., *E c'è chi commercia bambini mai nati*, articolo online, <http://digilander.iol.it/camminocondio/File/commercio%20di%20feti.html/>.

distruzione di embrioni umani, con la specifica finalità di ottenere organi da trapiantare: si contestualizza infatti in quanto appena descritto ciò che il Mantovani descrive come «*esatta immagine della predazione della vita, della rapina sul vivente.*»¹⁵ Il saccheggio della vita di embrioni umani è un pensiero che non conosce più l'etica dell'amore, ma neanche del diritto e della civiltà, ancor più lo scopo della naturale procreazione biologica.

1.4 Posizione della Chiesa Cattolica

Il nostro Paese è sicuramente uno fra i più concretamente suggestionati dagli ideali (e dagli eventuali argini...) di matrice cattolica. Anche in tema di trapianti d'organi infatti, in diverse occasioni, la Chiesa non ha mancato di far sentire le sue pressioni e di diffondere le motivate concezioni che sostenessero o suffragassero la liceità dei trapianti stessi. La posizione generale della Chiesa in merito al tema oggetto d'esame è espressa in vari pronunciamenti sia di singoli teologi o pastori, che di vari organismi ufficiali. Unanimemente si dice che, in sé e per sé, il trapianto d'organi da cadavere a vivente non presenta elementi di illiceità; devono però essere fatte salve alcune condizioni basilari da rispettare sempre, fra cui è bene ricordare, come prima e più importante, quella per cui il cadavere deve essere davvero tale.¹⁶

Quanto detto sta a significare che la Chiesa non condivide l'espianto di organi da soggetto ancora in vita, pur trattandosi di organi riproducibili. A nessuno infatti deve essere abbreviata la durata della vita e, soprattutto, nessun essere umano può essere considerato oggetto di possibile lucro o avere finalità economiche diverse.

Come in ogni branca però, qualche teologo inverte rotta e cerca di portare avanti tesi ed idee strettamente personali meno legate ai dogmi e alle pressioni fortemente condizionanti. In particolare, don Gino Concetti, il quale argomenta addirittura in merito ad un vero e proprio "dovere morale" del cristiano a rendersi disponibile alla donazione. Per il Concetti inoltre, il trapianto da vivente a vivente, anch'esso non scorretto, deve però poggiare su solide ed in suffragabili certezze di non pericolosità nei confronti del donatore. Altri criteri sono suggeriti dalla

¹⁵ANZANI G., *Traccia contro...*, cit., <http://lqxserver.uniba.it/lei/rassegna/000830f.html>.

¹⁶MANTOVANI C., *Rassegna stampa*, articolo online, centro cattolico di documentazione Marina di Pisa, 15/11/12, <http://digiland.libero.it/>.

riflessione bioetica in ambito cattolico e, pur non rivestendo i caratteri del pronunciamento ecclesiastico, mantengono una autorevolezza notevole, tanto che molti sono accettati e riconosciuti anche dalle legislazioni nazionali. Ad esempio l'esigenza della distinzione fra l'équipe che esegue l'espianto e quella che si occupa dell'impianto; così come la diversificazione delle persone che richiedono l'autorizzazione ai parenti, dai curanti di chi abbisogna di trapianto; o ancora la dichiarazione netta di non eticità (e dunque di inammissibilità) del nesso causale morte/espianto.

La Chiesa Cattolica, in una delle sue massime autorità, Sua Eccellenza Giovanni Paolo II, considerava i trapianti *«una grande conquista della scienza a servizio dell'uomo, grazie alla quale non sono pochi coloro che ai nostri giorni sopravvivono»*. In un'ottica di autentica cultura del dono e della solidarietà, la medicina dei trapianti si rivela come uno *«strumento prezioso nel raggiungimento della prima finalità dell'arte medica, il servizio alla vita umana»*. Già nella Lettera Enciclica *Evangelium vitae*, il Papa affermava che, tra i gesti che concorrono ad alimentare un'autentica cultura della vita, *«merita un particolare apprezzamento la donazione di organi compiuta in forme eticamente accettabili, per offrire una possibilità di salute e perfino di vita a malati talvolta privi di speranza»*.

In conclusione, è sicuramente atto altamente meritorio donare qualcosa di proprio al fine di aiutare, fino a salvare, una vita umana, ma ciò soltanto dopo la morte. Infatti, dopo di essa, non siamo più considerati persona umana, bensì cadavere, nei confronti del quale sussistono sì doveri di rispetto e compassione, ma di natura e misura diversa rispetto a quelli vantati dal vivente. Il rispetto deriva dal fatto che il corpo è stato, fino a pochi istanti prima, la manifestazione visibile della persona umana. Considerando la persona umana come quello spirito incarnato che ha proprio nel corpo non un accessorio della propria sostanza, ma una componente imprescindibile, se negassimo il rispetto a tale componente, finiremmo per mancare di rispetto alla persona umana genericamente intesa.

1.5 I diritti sul cadavere

La legge sul trapianto d'organi, tramite prelievo da cadavere, ha suscitato e suscita problemi e dispute non indifferenti con riferimento ai diritti e alle violazioni che possono essere o meno compiute sul corpo di un soggetto-persona, quando la stessa cessa di essere tale.

Per cadavere si deve intendere qualsiasi spoglia inanimata di un uomo, o di un essere che non sia mai vissuto, e cioè, usando un'espressione ossimorica, di un soggetto "nato morto."¹⁷ Si alternano, in dottrina ed in giurisprudenza, considerazioni sul cadavere alla stregua di *res* (per alcuni addirittura di *res nullius*), e quindi di oggetto di eventuali diritti reali, ad altre di matrice certamente più moralistica, protese ad forma di garanzia di tutela estrinsecata nel rispetto di una generica *pietas per i defunti*.

La nostra legislazione tutela il cadavere in alcune norme del codice penale (artt. 410-413), mentre, sul fronte civilistico, la disciplina dello stesso va ricercata in un collegamento indiretto con la tutela della integrità fisica di cui all'art. 5 del Codice civile. Sarebbe perciò opportuno bandire qualsiasi atteggiamento draconiano che si imbattersse nel ridurre la salma a mera "cosa" utilizzata, senza riferimento alcuno ai valori attinenti a quella sfera di dignità umana, a cui resta strutturalmente ed inevitabilmente collegata. Vero è, da un lato, che la ricerca scientifica ed il progresso tecnologico hanno condotto ad un ampliamento delle idee e delle culture, ma non bisogna mai, dall'altro, in virtù di ciò, scadere nell'assunzione di un atteggiamento ingiurioso ed irrispettoso nei confronti del cadavere. Il parametro di tutela della *pietas* diviene allora il rispetto della dignità umana della persona scomparsa, basandoci sul presupposto che la stessa non risulta benché minimamente offesa da un prelievo d'organi a fini di trapianto, a meno che ciò non avvenga con modalità indegne, attraverso lo smembramento del cadavere, o comunque violando qualsivoglia principio fondamentale.

Il codice penale peraltro si preoccupa di garantire non il cadavere in sé e per sé, quanto piuttosto i sentimenti di rispetto e venerazione, cioè di pietà che la salma o i suoi resti suscitano nella collettività.

Bisogna fra l'altro tenere in considerazione che, all'interno del nostro ordinamento, il diritto all'integrità fisica e psichica viene inserito tra i diritti

¹⁷PESANTE M., voce "cadavere" in Enciclopedia del diritto, vol. V, 1996.

inviolabili della personalità, mentre ciò non avviene per il diritto a disporre del proprio cadavere, visto appunto che la categoria «*inviolabilità del corpo è apparsa giustificabile solo nella misura in cui è necessaria alla vita e alla estrinsecazione della personalità*».¹⁸

Il nostro sistema legislativo si preoccupa quindi di tutelare la dignità delle spoglie umane non in quanto essere in precedenza vivente, o ancora come entità biologica, ma piuttosto alla luce del fatto che venga in considerazione il culto e la *pietas* nei confronti dei defunti.¹⁹ Il cadavere si manifesta come un oggetto del tutto peculiare e pone pertanto difficoltà di classificazione: assunto che è una *res* diversa dalle altre cose perché porta in sé l'impronta del vivente, e quindi degna di rispetto, rimane pur sempre una cosa di cui disporre. È un *quid pluris* rispetto ad un diritto di proprietà, ma al tempo stesso un *quid minus* rispetto a un diritto personalissimo: in concreto, a ben guardare, si dovrebbe addivenire alla conclusione che si possa disporre solamente sulle sue modalità di sepoltura.²⁰

E' risaputo che il rito funebre ha un ruolo rilevante nel processo del lutto, tra l'altro legato a una forte tradizione culturale e religiosa, da un lato, nonché a un retaggio del secolare passato, dall'altro. Risulta a fortiori opportuno rilevare il fatto che la risoluzione del lutto stesso è un bisogno necessario per i superstiti, perché è la modalità naturale per uscire dallo stato di dolore in cui si trovano, quale fosse la panacea a tutti i mali.²¹ Un bisogno quindi per i superstiti al rito funebre, non all'integrità del cadavere: un bisogno carico di contorni ed usanze, ma scevro dal legame con il cadavere e spesso lungi dalla *pietas* nei confronti dello stesso.

Paradigmatica ed al tempo stesso esplicativa la poetica del Foscolo, alla luce della quale «*monumenta consolari viventium, non mortuis inserviant*».

Le legislazioni di molti Paesi affidano alle famiglie la decisione di scegliere se donare o meno gli organi dei propri cari venuti a mancare, al punto tale che questo atto solidaristico sembrerebbe così non interferire con il rituale, ma conferirebbe al

¹⁸EUSEBI L., *Beni penalmente rilevanti e trapianto d'organi*, Rivista Italiana di Medicina Legale, 1986, pag. 1012.

¹⁹EUSEBI L., *Beni penalmente rilevanti e trapianto d'organi*, Rivista Italiana di Medicina Legale, 1986, pag. 1001.

²⁰PALERMO V., *Il cadavere non ha diritti*, articolo online, <http://www.tempomedico.it/caleido/615cale2:/html>.

²¹COZZOLI M., *Aspetti etici della donazione e del trapianto di organi*, <http://digilander.iol.it/ucfimi/etical500:/html>.

rito maggiore solennità; al contrario, un prelievo effettuato senza il loro consenso potrebbe essere vissuto come una profanazione, una turbativa a ciò che è sacro.

Quanto appena detto, purtroppo, non avviene più in Italia, dove con la legge 1 aprile 1999 n. 91, viene abolita l'allora storica preminenza della volontà dei familiari su quella del defunto, sancita dalla precedente legge n. 644 del 1975, devolvendola così allo stesso potenziale donatore. Il dono di organi a chi ne ha estremo bisogno, sia per sopravvivere che per guarire, rientra nel generale principio di solidarietà nei confronti di chi si trova in pericolo di vita o in stato di grave necessità. Lo Stato riconosce al cittadino la possibilità di rifiutare la donazione del proprio corpo, in vista della futura morte, donazione che si porrebbe a baluardo del diritto alla vita e si configurerebbe come un atto di coerenza con il principio della condivisione sociale dei beni e mali comunitari. La novella statale è sicuramente dettata al fine di rispettare alcune tradizioni radicate nella comunità, o comunque per non contraddire convinzioni culturali, filosofiche, religiose, o anche d'invincibile pregiudizio, che renderebbero assai difficile, *sic et simpliciter*, l'accettazione dell'obbligo della donazione. Il legislatore, per mezzo dell'attuale legge n. 91 del 1999, ha optato per una soluzione d'equilibrio tra due esigenze: la necessità di chiedere e sollecitare, presso i cittadini, la donazione volontaria di organi per la tutela della salute, da un lato, e il rispetto di ideali ed idee assai radicati nella popolazione, dall'altro. Ad oggi, sembra che la formula più confacente da seguire consista nella possibilità di manifestare il proprio rifiuto, in assenza del quale il cittadino è ritenuto tacitamente consenziente. Inidonei alcuni scritti e alcuni dibattiti, in riferimento alla formula del tacito consenso, quando viene indicato come una specie di "nazionalizzazione del cadavere", o ancora una forma di "espropriazione del cadavere per pubblica utilità."

Però, il significato di abuso o di lesione dei diritti personali, che le due espressioni implicano, non si addice alla formula scelta dall'attuale normativa.²² Sembrerebbe anzi, a parer di imponente dottrina,²³ una soluzione di convincente equilibrio tra diverse esigenze giuridiche ed etiche, quali il diritto alla salute del cittadino malato, il dovere di solidarietà di ogni componente la comunità civile, il

²²PERICO G., Trapianto di organi, *Aggiornamenti Sociali* 3/1993, pag. 185.

²³Confronto di posizioni: SANTORO G., *La donazione degli organi umani: aspetti etici e religiosi*, Anime e corpi, 1992, n. 163, pag. 83 s. con BOMPIANI A., *Istanze etiche nei trapianti d'organi*, *Manuale di bioetica*, V&P, 2007, vol. 1, pag. 798 s.

diritto dovere da parte dei parenti di esigere rispetto nei confronti della salma dei propri defunti.

È indubbio che nel momento in cui tale diritti entrano in conflitto con quelli di tutela della vita e integrità fisica di un soggetto vivente, nel bilanciamento e nella scelta per l'attribuzione della tutela, risulteranno vincenti quelli riguardanti la sfera dell'affermazione della vita, determinata da un'esigenza di solidarietà sociale.

Devono quindi cedere il passo al preminente interesse pubblico, costituito dalla realizzazione dei più volte citati ed argomentati valori Costituzionali.²⁴ Quanto al rispetto della dignità del cadavere, rimane invece confermato l'art. 7 della legge 644 del 1975, che impone il divieto delle mutilazioni e dissezioni non necessarie e l'obbligo della ricomposizione del cadavere con la massima cura, obbligo da rispettare anche nei casi di sottoposizione ad esame autoptico.

1.6 Il trapianto visto secondo la logica della donazione

Come abbiamo già avuto modo di costatare, in materia di trapianto d'organi, è di rilevante importanza, oltre a quello tecnico-giuridico, l'aspetto più strettamente etico-morale.

Innumerevoli sono i dubbi, le incertezze e le perplessità che sorgono all'interno della disciplina dei trapianti su ciò che è o non è moralmente lecito; le risposte sono incerte e poco chiare. Se da una parte, in materia di obblighi negativi, qualche punto fermo esiste, come ad esempio per quanto concerne l'impegno a non violare l'integrità fisica del soggetto, in merito agli obblighi positivi le incertezze sono maggiori e difficilmente superabili. È estremamente arduo dare una risposta all'interrogativo: cosa deve moralmente ognuno di noi agli altri? E ancor più discutibile è decidere se, ed eventualmente quanto, dobbiamo alleviare la sofferenza altrui e aiutarli a vivere. Senza dubbio alcuno, ognuno può trovarsi nella situazione di poter sopravvivere solo grazie ad un organo prelevato da un cadavere. Bisogna però prendere anche in considerazione la difficoltà di identificazione con l'altra faccia della medaglia: a tutti potrebbe capitare di essere potenziali donatori, poiché considerati morti, in virtù dei criteri oggi accettati in medicina, ma con organi ancora

²⁴BISORI L., legge 01/04/1999, n.91, recante "Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e tessuti", Legislazione Penale 1999, II, pag. 821.

utilizzabili. Tuttavia, mentre si desidererebbe, per sé e per i propri cari, di poter usufruire di una benché minima chance di sopravvivenza grazie ad un trapianto d'organo, la disposizione al dono degli organi non è così diffusa quanto la richiesta di esserne beneficiari. Ciò è vero almeno per quanto attiene l'Italia, Paese che in Europa occupa uno degli ultimi posti nella classifica delle donazioni di organi.²⁵

Quando una eventuale disfunzione riguarda un organo vitale, non ci si può limitare a rivolgere la richiesta d'aiuto a un'organizzazione impersonale, come il servizio sanitario nazionale, in quanto alla base della possibilità di aiuto risiede la disponibilità di materiale biologico disponibile: i malati che hanno bisogno di organi si possono salvare solo se esiste un numero di persone a loro equivalente, disposto a donarli.²⁶ Di quanto appena detto si è occupato il Comitato nazionale per la bioetica, che ha ritenuto opportuno sottolineare le modalità di ottenimento di una scelta eticamente adeguata, affinché la deliberazione sia conseguente ad una attenta considerazione, da parte di ciascuno, della possibilità di ritrovarsi non solo nella posizione di donatore o parente-donatore, ma anche in quella di un eventuale ricevente beneficiario, legittimato ad attendersi un organo.

Un'opzione etica sulla donazione d'organi non può essere realizzata, se non in quanto si sia stati capaci di immaginarsi anche nella posizione di chi ha bisogno di ricevere e, per quanto ipoteticamente possibile, immedesimarsi nella stessa. La legislazione attuale, esclusa la proposta avanzata in passato, riguardante una specie di "prelievo d'ufficio" degli organi, come se, una volta accertatane la morte, questi non appartenessero più alla persona deceduta ma alla collettività, ha preferito, all'invadenza del prelievo forzoso, la via del rispetto della volontà del defunto.

Facendo leva su tale argomentazione, si è scelto quindi, ormai quasi unanimemente, di incrementare la cultura del dono.²⁷ Ma è o meno compatibile il dono con l'incentivo? Sarebbe allora auspicabile, al fine di avere maggiori chiarimenti, che vi fosse un'accentuazione del dibattito pubblico, in modo che ogni disposizione normativa vigente possa proporsi non come *a summo ad imum*, nonché

²⁵PERIGO G., *Il consenso al trapianto*, Aggiornamenti sociali 3/1993, pag. 173.

²⁶SPINSANTI S., *Chi ha diritto agli organi?*, rivista online, <http://www.tempomedico.it/edit/edit604.html>.

²⁷CICOGNANI A., *"Mors tua vita mea" accertamento della morte e trapianto di organi e tessuti biologici*, Giurisprudenza Italiana, 1994, parte IV, pag. 263.

espressione di una ristretta cerchia di soggetti apicali, bensì come universalmente, o quasi, accolta e condivisa.

La virtù fondamentale a cui s'ispira la disciplina normativa in oggetto è quella della tutela della salute o della vita delle persone, per le quali il trapianto d'organi è condizione di recupero funzionale, o di sopravvivenza, nonché un valore di solidarietà, un valore-fine a cui la legge affida, in maniera del tutto apodittica, la propria dignità etica e morale.

Non si può conseguire, legalmente ed efficacemente lo scopo solidaristico, se non si parte dal riconoscimento di quei principi basilari, di cui anche in precedenza si è detto, e che sono: il rispetto della volontà, manifestata prima della morte, della persona donatrice; il rispetto della sua dignità anche post-mortem, da parte di chiunque; la considerazione dei valori e degli affetti delle persone legate al defunto da rapporti di parentela o convivenza. Non sembra neanche accettabile una contrapposizione di principio, tra discipline dei trapianti ispirate a principi individualistici, da un lato, e discipline invece ispirate a principi solidaristici, dall'altro; si potranno fornire soluzioni legislative che attribuiranno ampiezza al dispiego dei diritti di libertà e solidarietà naturale e dimensioneranno il valore di solidarietà generale.²⁸ Il ruolo dello Stato, ferma restando una previa rinuncia agli strumenti coercitivi, non potrà che essere di necessaria mediazione, cercando di bilanciare tali valori di libertà e solidarietà, al fine di condurre l'esercizio della libertà sulla via degli scopi della solidarietà.

Una medicina dei trapianti rispondente ad un'etica della donazione, ossia della disponibilità e propensione personale al dono, esige d'impegnarsi e investire risorse nell'informazione e nella formazione dei soggetti, così da sensibilizzare le coscienze e suscitare l'opinione pubblica. Il cittadino odierno, spesso intimorito dall'incognita del futuro, è scevro dal tipo di utilizzo concreto che del progresso scientifico l'Umanità potrebbe fare. Nell'appena descritto clima di disinteresse, lo Stato, per mezzo della Sanità pubblica, ha un importante compito di coinvolgimento e di sensibilizzazione, attuabile in campi diversi, con le più disparate possibili modalità. Anzitutto, dovrebbe informare ampiamente e correttamente, per non fugare ignoranze e malintesi, dissipare diffidenze e paure e offrire certezze e garanzie, così

²⁸BOMPIANI A., *Sintesi e pareri del Comitato Nazionale per la Bioetica*, 07/10/91, <http://power.ib.pi.cnr.it/aido/donazi.html/>.

da indurre tutti gli interlocutori a decidere con la massima consapevolezza. In secondo luogo, per quanto possibile, dovrebbe prendere fra le mani le redini della disciplina, cercando di evitare i vari ostacoli, spesso di matrice religiosa. Sarebbe ancora più opportuno un autentico e completo progetto legislativo, civile prima e penale poi, capace di dar luce a tutte le attuali zone d'ombra e di realizzare una normazione completa, la quale possa disciplinare tutta la fattispecie, con particolare riguardo alle eventuali fattispecie criminose, determinanti responsabilità penale.

L'etica del dono non solo non contrasta, ma appella essa stessa un ordine legale che la supporti e la favorisca.

1.7 Possibile alternativa al trapianto d'organi: xenotrapianto.

Tutte le problematiche finora esaminate conducono a ritenere che, nonostante il progresso scientifico sia tale da poter potenzialmente riuscire a salvare un numero maggiore di vite rispetto alle epoche passate, il materiale biologico che servirebbe per portare a concreta attuazione tale progresso è carente. La mancanza cronica di organi umani, dovuta ai più disparati motivi, quali la mala informazione, i vari pregiudizi e le convinzioni di ordine etico e religioso, ha portato la scienza medica (*rectius* biomedicina) a cercare possibili alternative lecite, che permettano di sopperire a tale tipo di carenza, al punto tale che la soluzione si è oggi indirizzata verso quello che viene definito xenotrapianto: vale a dire l'impianto nell'uomo di organi, di tessuti e di cellule di origine animale.

Già da tempo la medicina si interessa di questa metodica alternativa: la storia degli xenotrapianti ha infatti origine negli ultimi anni dell'Ottocento, ma i risultati primari non furono dei migliori, in quanto i riceventi morivano dopo poche ore dal trapianto. Nonostante le ripetute ricerche e sperimentazioni, si sono però avute, nel corso degli anni, varie interruzioni sperimentali, in quanto i risultati erano sempre più deludenti. Il mero dato storico di riferimento, è utile a rendere noto come le prime prove di xenotrapianti vennero tentate in epoca precedente rispetto a quella in cui si è avuto il primo trapianto d'organo, in cui l'organo era espantato da essere umano.²⁹ Sul finire degli anni ottanta e all'inizio degli anni novanta del Novecento,

²⁹ENCICLOPEDIA TRECCANI, <http://www.treccani.it/enciclopedia/xenotrapianto/>.

riprese i tentativi e si scoprì, con immenso stupore, che cuori e fegati di origine animale funzionavano anche nell'uomo, ma solo per pochi giorni o settimane, in quanto tutti i pazienti trapiantati morivano a seguito di infezioni causate dalla forte immunosoppressione, o comunque a causa della disfunzione dell'organo trasferito.

Solo in pochi casi gli espanti di origine animale sopravvivevano e riuscivano a svolgere parte delle loro funzioni per un periodo di tempo decisamente più lungo.³⁰

Sarà utile ricordare, a scopo puramente conoscitivo, che i primi animali a fare da cavia furono le scimmie antropomorfe, il cui uso però, seppur vantaggioso per molti aspetti, presenta il problema dell'eccessiva somiglianza tra le specie, che renderebbe molto facile la trasmissione di malattie fatali per l'uomo. Per questo motivo, nonché per ragioni di carattere pratico (quali la facilità di allevamento, o la rapidità di riproduzione e di crescita), il maiale è considerato oggi l'animale più adatto per la donazione degli organi: il suo grado di somiglianza con l'uomo è sufficiente per consentire il trapianto ma, al tempo stesso, minimizza il rischio di trasmissione di patologie. Si è tentato anche di ottenere dei maiali geneticamente modificati, perché diminuisce il rischio di contagio di virus suini.³¹ Scientificamente parlando, il problema principale legato agli xenotrapianti è infatti quello di impedire o annullare, tramite immunosoppressione, il possibile rigetto dell'organo trasferito.

Allo stato attuale di conoscenze, l'unica soluzione plausibile per poter trasferire organi di origine animale sull'uomo, è quella di modificare geneticamente gli animali da espanto (i cosiddetti *animali transgenici*), al fine di impedire che il sistema immunitario umano riconosca gli espanti di origine come organi di una specie diversa ed evitare, di conseguenza, il rigetto iperacuto. Uno dei motivi per cui il trapianto di organi animali non è stato, per molto tempo, considerato una soluzione realistica è da ricercare proprio nel fatto che, quanto più il grado di parentela tra il donatore ed il ricevente è lontano, tanto più probabile e forte sarà il rigetto dell'organo trapiantato. Inoltre, legato all'eventuale problema della trasmissione di agenti patogeni animali all'uomo, è quello in base al quale tale fenomeno non comprometterebbe solo la salute del soggetto beneficiario, ma potrebbe potenzialmente arrecare danni anche alle persone a suo più stretto contatto, o addirittura all'intera popolazione.

³⁰Rapporto esplicativo concernente la legge sui trapianti, <http://pacs.unica.it/rassegna.html>.

³¹ENCICLOPEDIA TRECCANI, <http://www.treccani.it/enciclopedia/xenotrapianto/>.

E giungendo all'ambito giuridico, è opportuno prendere le mosse proprio dal fenomeno inerente la trasmissibilità all'uomo di agenti patogeni di natura animale.

Tale questione rappresenta infatti il punto focale su cui si incentra l'attenzione dell'Autorità di sorveglianza e di autorizzazione a livello mondiale. Sul finire dello scorso millennio, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ha esaminato l'ormai *vexata quaestio*, giungendo a formulare una Raccomandazione (n. 1339, 29/01/99) con la quale invita gli Stati membri ad adottare una moratoria sugli xenotrapianti, in attesa che la conoscenza scientifica documenti i rischi per la salute umana. Il Consiglio d'Europa, in seconda battuta, ha sottoposto tale Raccomandazione alla valutazione dei Comitati Etici dei singoli Stati: sulla base di tale sollecitazione, il Comitato Nazionale per la Bioetica ha ritenuto opportuno esprimere un proprio sintetico parere³² in merito. All'interno del parere è chiara e concisa l'idea secondo cui, allo stato degli atti, non si è ancora addivenuti a conclusioni scientifiche certe e documentabili, soprattutto in merito ai problemi del rigetto e della trasmissibilità di patologie animali.

Di recente, a Città del Messico, è stato intrapreso un test clinico sullo xenotrapianto di isole suine e cellule di Sertoli in pazienti diabetici. Tale test ha destato una certa inquietudine nella comunità scientifica, soprattutto in merito alla auspicabile adeguata supervisione da parte di una autorità nazionale di regolamentazione. Rischio ormai diffuso, poiché molti Paesi orientali stanno progettando ed effettuando xenotrapianti senza una specifica regolamentazione normativa, è che degli "xeno turisti" si rechino in tali luoghi, con lo specifico obiettivo di boicottare i divieti occidentali e tornino ai luoghi d'origine, possibilmente affetti da virus trasmissibili.³³

Il conflitto tra interesse individuale e tutela della salute collettiva è quindi la necessaria conseguenza del fenomeno. I benefici diretti per il singolo beneficiario trapiantato non sono però dissociabili dai rischi di diffusione di malattie infettive nella popolazione umana: in virtù di ciò, il principio etico da seguire e consolidare è allora quello dell'equo bilanciamento tra gli appena richiamati interessi eterogenei. Il Comitato Nazionale della Bioetica, coerentemente con le tendenze legislative dei

³²*Parere sulla proposta di moratoria per la sperimentazione umana di xenotrapianti*, 19/11/1999, <http://www.governo.it/bioetica/pareri/xenotrapianti.html/>.

³³ENCICLOPEDIA TRECCANI, <http://www.treccani.it/enciclopedia/xenotrapianto/>.

Paesi occidentali, ha già enunciato l'opportunità di avere riguardo della tormentata materia, al duplice fine di ottenere una regolamentazione della stessa, da un lato, ovvero di ridurre gli sprechi di vite e di sofferenze di animali, dall'altro.

Nel frattempo, il Comitato Etico dell'International Xenotransplantation Association, una sezione dell'International Transplantation Society, cercando di ottenere una collaborazione internazionale fra Stati, allo scopo di concordare procedure comuni, ha stabilito alcune linee guida per i nuovi tests clinici sugli xenotrapianti,³⁴ con l'auspicio che questo possa essere il primo di tanti altri ormai vicini e sempre più ambiziosi traguardi. Nonostante queste prime mosse in materia, come sostiene anche il Comitato Nazionale per la Bioetica, le troppe condizioni di incertezza suggeriscono ancora un approccio cauto, quantomeno fin quando non si avranno dei risultati convincenti e scientificamente documentati, tali da far prevalere, nei comuni bilanciamenti, alcuni interessi, su altri.

1.8 Traguardi della biomedicina.

I traguardi della tecnologia, che è sempre in continua evoluzione, rendono oggi possibili, rispetto al passato, tipologie sempre più all'avanguardia di ricerca medica e genetica. Basti pensare all'approdo, in alcuni paesi anche sotto il punto di vista legislativo, all'ormai noto e dibattuto fenomeno dei possibili "cambi di identità", oppure alla creazione dei cosiddetti "OGM" (organismi geneticamente modificati), o ancora al tanto attuale "metodo stamina", etc..

Contemporaneamente, grazie sempre all'ausilio del progresso scientifico, è stato possibile migliorare le tecniche di prelievo di tessuti *post mortem*, così da avere, quando si avrà una regolamentazione ben definita in materia, possibilità maggiori di espanto di organi e tessuti e, di conseguenza, un maggior numero di vite umane potenzialmente salvate.

Ancora, al fine di ampliare la disponibilità di organi, è stata incrementata la possibilità di trapianto da donatori viventi e da quelli cosiddetti "marginali", ovvero soggetti a rischio o ultrasessantenni, precedentemente considerati non adatti allo scopo. Si sta inoltre tentando di sperimentare, tra le fonti alternative a quelle ormai

³⁴ENCICLOPEDIA TRECCANI, <http://www.treccani.it/enciclopedia/xenotrapianto/>.

largamente conosciute, l'uso di cellule staminali e di linee cellulari umane per produrre *in vitro* o *in vivo* i tessuti richiesti.

Insomma, ci troviamo in un'era di assoluta transizione, in cui la tecnologia ed il progresso scientifico arrivano oltre il previsto ed il prevedibile, approdando su nuovi fenomeni che spesso, però, costituiscono un problema, in quanto non facilmente conciliabili con le normative vigenti e, soprattutto, spesso non rispondenti ai dogmi etici e morali. Il processo evolutivo della legislazione è purtroppo molto più lento e farraginoso di quello scientifico, al punto che, in molti ambiti, ci si trova vittime della possibilità teorica di attuare un qualsivoglia intervento medico-scientifico, materialmente possibile e già sperimentato.

L'auspicio, alla luce dei moderni traguardi scientifici della biomedicina, è quello di avere, il più presto possibile, un quadro normativo chiaro, che prenda contezza di quanto oggi giorno scientificamente possibile.

CAPITOLO II

Il problema di accertamento della morte: excursus legislativo, perplessità e cattiva informazione.

Sommario: **2.1** Definizione del concetto di “morte cerebrale”, morte dell’uomo. **2.2** Legge 29 dicembre 1993, n. 578: realizzazione, attuazione, innovazioni. **2.3** Problematiche e critiche inerenti il concetto di morte cerebrale. Perplessità e cattiva informazione. **2.4** Regolamentazione internazionale inerente il concetto di morte cerebrale: posizioni ed obiezioni. **2.5** La posizione della Chiesa Cattolica in merito alla morte cerebrale.

2.1 Definizione del concetto di “morte cerebrale”, morte dell’uomo.

Nel capitolo precedente, abbiamo discusso di come, in passato, si siano riscontrati, da parte dell’opinione pubblica, una certa reticenza e un forte disagio di fronte al prelevamento *post-mortem* di organi a fine di trapianto, determinati per lo più da convinzioni culturali di origine arcaica, volte a considerare la tutela dell’integrità della salma quale presupposto della *pietas* verso i defunti; probabilmente quello stesso disagio e quella stessa reticenza, sotto il profilo psicologico, si manifestano in misura ancora maggiore a causa dei dubbi che insorgono circa l’affidabilità dei criteri d’individuazione del momento effettivo della morte, nonché quale conseguenza del timore che questa non possa essere contrastata con ogni possibile mezzo, onde non compromettere la disponibilità di organi in condizioni ottimali per l’eventuale trapianto.

Nel nostro Paese, per molti anni, a causa delle ambiguità legislative, abbiamo assistito ad una situazione di estrema incertezza normativa, dovuta al fatto che si era soliti affermare l’esistenza di due tipi legali di morte, a seconda che il soggetto *de cuius* potesse o meno essere potenziale donatore, ovvero sottoponibile a trapianto d’organi. Nel primo caso, si utilizzava il criterio della morte celebrale, accertata attraverso procedure neurologiche e nemofisiopatologiche; nel secondo invece, si era costretti a praticare le procedure di BLS e proseguire quindi l’assistenza circolatoria

e respiratoria artificiale (cosiddetto accanimento terapeutico) fino all'arresto cardio-circolatorio, considerando solo questo il momento in cui la morte del soggetto avrebbe potuto essere concretamente e legalmente constatata e documentata³⁵.

È ormai universalmente riconosciuto ed accettato, indipendentemente dallo scopo che deve essere perseguito, sia esso necessario per interrompere il trattamento di rianimazione in soggetti in coma *depassè*, o per procedere al prelievo di organi destinati al trapianto, o ancora per la normale destinazione riservata al cadavere, che la diagnosi di morte non può che essere una sola, e deve essere certa ed inconfutabile. La morte non estingue in modo istantaneo e globale l'attività di tutte le cellule. Infatti il "morire", sul piano biologico, deve riconoscersi come un processo evolutivo che colpisce gradualmente le cellule dei diversi tessuti e le relative strutture subcellulari, sulla base della loro differente resistenza alla carenza di ossigeno, conducendole sino alla estinzione di qualsivoglia loro attività vitale, con il permanere dei soli fenomeni enzimatici colliquativi-putrefattivi³⁶. Ma non è certo necessario il sopravvenire della "morte biologica" per poter dichiarare morto un essere vivente. È possibile, invece, definire il momento della cessazione della vita, come organismo integrato, attraverso criteri scientificamente accettati e ampiamente sperimentati, facendo riferimento all'organismo umano espresso nella sua integrità morfologica e funzionale. La determinazione della morte è di facile riscontro oggettivo nei casi di "devastazione", ossia nei casi di disintegrazione fisica del corpo appartenente alla persona; è invece assai meno ovvia e assoluta nei casi quotidiani di diagnosi e constatazione di decesso. Comunemente, il momento del decesso viene fatto coincidere con talune accertabili circostanze di fatto, quali l'arresto del battito cardiaco, l'assenza dell'attività cardiaca e dei polsi periferici, la presenza di un elettrocardiogramma "piatto", per non meno di venti minuti, etc. Si tratta, in generale, di parametri di medicina bio-legale, considerati come segni che, anche a rigor di legge³⁷, inducono alla compilazione legale di una constatazione medica di decesso del paziente. L'accertamento medico di tale condizione determina la cessazione, in termini perentoriamente irreversibili, della possibilità di recupero delle

³⁵"*Il bilanciamento tra il diritto alla vita e trapiantabilità degli organi al vaglio della Corte Costituzionale*", Giurisprudenza Italiana, 1996.

³⁶BOMPIANI A., *Definizione e accertamento della morte dell'uomo*, Comitato nazionale per la bioetica, Governo Italiano, 15 febbraio 1991.

³⁷Art. 8, comma 1, Regolamento di Polizia mortuaria, 10 settembre 1990.

funzioni cerebrali del *de cuius*, nonché di tutti gli altri suoi organi e apparati. Nonostante ciò, in seguito all'affinarsi della tecnica medica, soprattutto nel campo inerente la rianimazione, è oggi possibile mantenere in vita le principali funzioni biologiche dell'individuo, consentendo una parvenza di vita artificiale, con cuore battente, fegato e reni funzionanti, in pazienti con lesioni neurologiche globali e irreversibili; ergo, i termini per definire lo stato di morte sembrano essersi moltiplicati. Si assiste così, in tema di accertamento della morte umana, alle definizioni più varie e disparate, che vanno dalla morte cardiaca, a quella corticale, da quella cerebrale, a quella biologica.³⁸ Posta in questi termini la questione, non è possibile negare un sempre maggiore ingenerarsi di confusione e diffidenza nell'opinione pubblica, situazione che ha condotto oggi la stessa ad un ragionamento collettivo ben lungi dall'ottica della donazione degli organi.

Tentando di mettere chiarezza nella materia, colmando le vistose lacune preesistenti, è finalmente intervenuta la legge 29 dicembre 1993, numero 578, che ha univocamente riconosciuto il verificarsi della morte nella «cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo» (art. 1), ossia adottando il concetto di morte celebrale.

A questo punto, appare ora necessaria una precisazione: esiste anzitutto un problema di individuazione della morte della persona, nell'ambito del processo in cui si realizza il disfacimento biologico del corpo. La convergenza sostanzialmente unanime, che identifica il momento del decesso con quello della morte cerebrale, implica la considerazione secondo cui la vita umana permane finché resti in vita l'organo da cui dipende il coordinamento delle diverse funzioni corporee³⁹; ragionando *a contrario*, ciò presuppone che l'esistenza umana non sia integrata dalla vitalità di determinati organi, che può residuare per un certo periodo di tempo, dopo la cessazione del coordinamento cerebrale, o che può essere sostenuta artificialmente per determinate finalità, come ad esempio a scopo di trapianto.

Solo la morte encefalica indica, con certezza, la perdita, per l'organismo umano, della possibilità di funzionare autonomamente, in quanto l'arresto cardiaco è un fatto incidentale, recuperabile con relativa facilità. Ad oggi, invece, non è ancora

³⁸VOLPE G., *Per una dimensione umana della morte nella medicina e nel diritto*, La giustizia, 1993, pag. 157, oppure LexItalia.it.

³⁹ Rivista Italiana di Medicina Legale, 1986, pag. 1002.

possibile far ripartire il cervello arrestatosi, neanche attraverso una procedura di *backup* medico, poiché, dopo una situazione anossica di pochi minuti, non ha più la possibilità biologica di riprendere la propria funzionalità. A conferma di quanto appena detto, tutte quelle situazione di breve assenza momentanea di ossigeno al cervello in cui il recupero ha comportato lesioni cerebrale e quindi soggetti cerebrolesi.

La scelta del legislatore è quindi di notevole importanza pratica, in quanto, da un lato, umanizza la morte, eliminando l'orrore dei così detti "cadaveri viventi"⁴⁰, tenuti artificialmente in un'apparenza di vita, nelle camere asettiche dei reparti di rianimazione, e dall'altro, favorisce la possibilità dell'espianto degli organi, determinando univocamente e tempestivamente, il momento nel quale si può procedere in tal senso⁴¹.

Pervenuti a tali considerazioni, la definizione concettuale di morte non comporta ingenti problemi: un individuo è cerebralmente morto quando si è di fronte ad assenza di attività cerebrale, assenza di movimento spontaneo o indotto, assenza di respirazione spontanea, assenza di riflessi del tronco centrale; i problemi insorgono invece nel momento immediatamente successivo, attinente ai criteri per il suo accertamento. Bisogna cioè capire quali *iter* seguire nel percorso di accertamento della morte cerebrale di un paziente, ma ancor di più, è necessario stabilire se, ad oggi, ci sia la presenza di normative in campo e, qualora vi dovesse essere, in via subordinata, stabilire la loro gerarchia.

Riassumendo, la morte è data dall'arresto irreversibile di tutte le attività cerebrali, ma la necessità che ne consegue è quella di dare una certa dimostrazione di tale condizione. Per fare ciò si può ricorrere a metodi di dimostrazione indiretta, quali le indagini elettrocardiografiche, o ad altri di constatazione diretta, ossia accertamenti elettroencefalografici⁴².

Dopo la constatazione della morte cerebrale da parte del rianimatore, è previsto un accertamento scrupoloso effettuato da un collegio medico⁴³, nominato

⁴⁰Cassazione Civile, sez. I, sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748, *caso Englaro*.

⁴¹VOLPE G., "Per una dimensione umana della morte: nella medicina e nel diritto", Giustizia penale, 1993, pag. 154 e seg.

⁴²Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1971, pag. 147.

⁴³Legge 29 dicembre 1993, n. 578, art. 2, comma 5, recante «L'accertamento della morte dei soggetti affetti da lesioni encefaliche e sottoposti a misure rianimatorie è effettuato da un collegio medico nominato dalla direzione sanitaria, composto da un medico legale o, in mancanza, da un

dalla direzione sanitaria, composto da un medico legale o, in mancanza, da un medico della direzione sanitaria o da un antropologo, da uno specialista in anestesia e rianimazione e da un medico neurofisiopatologo o, in mancanza, da un neurologo e da un neurochirurgo, esperto in elettroencefalografia. Il collegio deve esprimere un giudizio unanime sul momento della morte⁴⁴. Merita sottolineare che il Legislatore, proprio in virtù della diffidenza dimostrata dall'opinione pubblica, ha ravvisato la necessità di una procedura che non ha riscontro in altri Paesi (in Gran Bretagna, per esempio, è sufficiente la sola diagnosi clinica di decesso da parte del medico di reparto)⁴⁵. Una procedura cioè, la nostra, che non lasci margine alcuno ad ipotesi di dubbio o a situazioni comunque non univoche.

2.2 Legge 29 dicembre 1993, n. 578: realizzazione, attuazione, innovazioni.

La legge 29 dicembre 1993, n. 578, riguardante “l'accertamento e la certificazione della morte”, era attesa da tempo. Essa costituisce una positiva risposta alla necessità di fare chiarezza e porre luce sul concetto di morte e sul suo accertamento. Lo scopo della stessa, coincidente con il desiderio ormai univoco di dottrina e giurisprudenza, era quello di pervenire alla formulazione di un concetto unico, quanto più possibile certo e definitivo, uguale e valevole per tutti, indistintamente dagli obiettivi che ci si propone di perseguire. Oggi, mediante i criteri sanciti dalla nuova normativa, fondati sulle più recenti acquisizioni scientifiche, l'errore e lo sviamento in materia sono piuttosto improbabili. Tale forma di quasi assoluta certezza nell'accertamento della morte, dà all'operatore e al futuro donatore le necessarie garanzie in merito alla circostanza che l'esecuzione del prelievo avvenga effettivamente su “cadavere”.

Dopo la promulgazione della legge 2 dicembre 1975, n. 644, e il rispettivo decreto d'attuazione, D.P.R. 16 gennaio 1977, n. 409, vennero presentati diversi progetti di legge a breve distanza l'uno dall'altro, con un susseguirsi di modifiche e

medico di direzione sanitaria o da un anatomopatologo, da un medico specialista in anestesia e rianimazione e da un medico neurofisiopatologo o, in mancanza, da un neurologo o da un neurochirurgo esperti in elettroencefalografia».

⁴⁴Legge 29 dicembre 1993, n. 578, art. 2, comma 9, recante «*Il collegio medico deve esprimere un giudizio unanime sul momento della morte*».

⁴⁵PALERMO V. e RAVERA E., *Note sulla legge 1 aprile 1999, n 91*, Rivista di diritto sulle professioni sanitarie 2 (2), 1999, pagg. 104-117.

rivisitazioni, aventi in particolar modo ad oggetto l'oscura e discussa materia inerente il criterio di accertamento. Un'escalation di norme, fondate sul ricorso alla decretazione d'urgenza, che incontrò ben presto la vertiginosa decaduta con l'impetuoso susseguirsi legislativo.

Una prima svolta nel panorama legislativo si ebbe con la presentazione del disegno di legge del 21 luglio 1987, n. 232⁴⁶, che, approvato dal Senato, venne trasmesso alla Camera, dove fu iscritto come proposta di legge del 24 ottobre 1988, n. 3280. Anche l'esito di tale proposta fu però infausto: cadde infatti con l'insediamento della decima legislatura. L'ormai *vexata quaestio* di *vacatio* legislativa, le lungaggini per la stesura di una nuova legge, accompagnate dal bisogno, sentito soprattutto dal personale sanitario, ma anche dai bisognosi di trapianto, di un caposaldo quanto più possibile certo, portarono il Comitato Nazionale per la Bioetica, nell'ormai lontano 15 febbraio del 1991, a redigere e a diffondere un documento provvisorio intitolato "Definizione e accertamento della morte nell'uomo"⁴⁷.

Tale documento, in un primo momento, servì ai più diretti interessati dalla lacunosa piaga legislativa, ossia all'apparato medico-chirurgico, ma successivamente si apprestò ad essere un ottimo punto di partenza per tutti coloro che sarebbero stati i fautori e compositori della nuova legge, allora in corso di incubazione. Il 16 dicembre del 1993, con lo stupore di quanti seguivano da tempo le problematiche legate all'accertamento della morte umana, il disegno di legge n. 1366, presentato 7 luglio del 1993, venne sottoposto al voto dei Senatori e fu approvato, senza alcuna forma di rigorismo, da quasi tutte le forze politiche. Il testo di legge venne successivamente promulgato il 29 dicembre dello stesso anno.

Si assisteva ad una svolta all'interno della tormentata materia, un reale azzardato passo in avanti che ha stabilito, da un lato, che la morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo, fuggendo così tutta una serie di dubbi ed equivoci che persisteva attorno a tale questione e, dall'altro, che l'unica forma di morte sia, di conseguenza, quella cerebrale.

⁴⁶BOMPIANI A. e altri, *Atti Parlamentari*, Senato della Repubblica, X Legislatura, disegno di legge "Nuova disciplina dei prelievi di parti di cadavere a scopo di trapianto terapeutico e norme sul prelievo delle ipofisi da cadavere a scopo di produzione di estratti per uso terapeutico".

⁴⁷BOMPIANI A., *Sintesi e pareri del comitato nazionale per la bioetica*, 7 ottobre 1991, rif. online <http://power.ib.pi.cnr.it/aido/donazioni.html>.

Inoltre, il nuovo testo normativo ha il pregio di aver scrupolosamente definito quali debbano essere i criteri per accertare la condizione di decesso⁴⁸. Prima della promulgazione della legge in esame, due erano i modi di accertamento della morte nell'uomo: il primo consisteva nel riscontro della cessazione del battito cardiaco, in assenza contemporanea di respirazione spontanea e di attività elettrica cerebrale, con una durata di osservazione di non inferiore ai venti minuti primi; il secondo criterio, che consisteva nel riscontro in simultanea di talune condizioni (stato comatoso profondo, atonia muscolare, aniflessia tendinea, assenza di riflessi plantari, assenza di respirazione spontanea e di attività elettrica cerebrale)⁴⁹, era invece praticato solo in caso di soggetti colpiti da lesioni encefaliche primitive e sottoposti a macchine rianimatorie di natura artificiale.

La legge n. 578, aderendo alle più recenti acquisizioni della scienza medica, stagliandosi su di una prospettiva del tutto innovativa, accetta il principio secondo cui dal momento della accertata cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo, il soggetto deve considerarsi certamente morto. Accertare tale situazione di fatto rientra nei compiti specifici e specialistici del personale medico (e non paramedico...); in virtù di ciò, il legislatore ha affidato al Ministro della Sanità il compito di provvedere alla creazione di dettagliate regole, attraverso una commissione di specialisti dello specifico settore, dallo stesso nominata, allo scopo di dare vita ad un decreto applicativo, che si premuri di definire le «condizioni la cui presenza simultanea determina il momento della morte, nonché il periodo di osservazione durante il quale si verificano tali condizioni, periodo che non può essere inferiore alle sei ore»⁵⁰, ed inoltre di «fissare le modalità clinico strumentali di cui avvalersi, al fine di verificare la cessazione di tutte le funzioni encefaliche»⁵¹.

Tale decreto ha avuto attuazione ed è il n. 582 del 22 agosto 1994. Per quanto concerne il contenuto del decreto in questione, mi limiterò a sintetizzare i

⁴⁸SIRCHIA G., *Il trapianto d'organi in Italia: organizzazione, attività, prospettive*, pubblicazioni scientifiche, Aggiornamenti Sociali n. 3, 1996, pag. 202.

⁴⁹FALLANI M., *Manuale per il corso integrato di Medicina Legale*, Esculapio, 1992 pag. 57-58.

⁵⁰Legge 29 dicembre 1993, n. 578, art. 2 n. 4, recante «Il decreto del Ministro della sanità di cui al comma 2 definisce le condizioni la cui presenza simultanea determina il momento della morte e definisce il periodo di osservazione durante il quale deve verificarsi il perdurare di tali condizioni, periodo che non può essere inferiore alle sei ore. Il citato decreto deve tener conto delle peculiarità dei soggetti di età inferiore ai cinque anni».

⁵¹BOMPIANI A., *Definizione e accertamento della morte nell'uomo*, Comitato nazionale per la bioetica, Governo Italiano, 15 febbraio 1991.

concetti essenziali dei punti focali dei sei articoli di cui è costituito: nell'art. 1, rubricato "accertamento della morte per arresto cardiaco", si afferma che "*nei casi di infarto cardiaco, di lesione al cuore, di fibrillazione, ecc., basta [per considerare certa la morte] l'accertamento effettuato da un medico esperto di elettrocardiografia, mediante elettrocardiogramma protratto per non meno di venti minuti primi*"; nell'art. 2, "condizioni che inducono agli accertamenti della morte nei soggetti affetti da lesioni encefaliche e sottoposti a misure rianimatorie", vengono indicati i casi in cui i soggetti sottoposti all'esame devono essere segnalati alla Direzione sanitaria per la messa in atto del procedimento di accertamento. È inoltre previsto che si debbano compiere indagini complementari per i bambini di età inferiore ad un anno e in alcuni altri casi specifici. Nell'art. 3, rubricato "accertamento della morte nei soggetti affetti da lesioni encefaliche e sottoposti a misure rianimatorie", sono elencate le condizioni da riscontrarsi nel paziente, in maniera simultanea e per un periodo di tempo ben determinato, al fine di ottenere la certezza che egli è sicuramente morto. Tali condizioni, per come elencate, sono: stato d'incoscienza, assenza di riflessi del tronco cerebrale, assenza di respirazione spontanea, silenzio elettrico cerebrale. Nei soggetti adulti e nei bambini di età superiore ai cinque anni, le sopra elencate condizioni devono perdurare per sei ore; invece, nei bambini di età compresa tra uno e cinque anni, per dodici ore ed infine, nei bambini al di sotto di un anno, per ventiquattro ore. Nell'art. 4, "periodo di osservazione", viene fissata *ex lege* la durata dell'osservazione, differenziata a seconda dell'età del soggetto: ivi si stabilisce che venga riscontrata a periodi fissi la simultaneità delle condizioni accertate. Nell'art. 5, rubricato "arresto cardiaco irreversibile durante il periodo di osservazione", viene ribadito che qualora, durante il periodo di osservazione, si effettui la cessazione del battito cardiaco, l'accertamento della morte può essere effettuato secondo i criteri di cui all'art.1. Per finire, nell'art. 6 sono elencate le pratiche che riguardano la certificazione di morte e la correlativa compilazione dei documenti da trasmettere ai vari uffici, ovvero tutti gli atti attestanti la constatazione medica di avvenuto decesso.

La legge n. 578 del 1993 fornisce quindi, per la prima volta nel mondo del diritto, una definizione legislativa di morte valida a tutti gli effetti giuridici e capace pertanto di superare le incertezze e le disuguaglianze di trattamento, che derivavano in passato dalla convivenza di nozioni di morte diverse a seconda del loro impiego. Il

decesso viene quindi identificato, una volta per tutte, con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo: ciò premesso, senza pregiudicare i beni del donatore, primo fra tutti quello della vita, la nozione cerebrale consente dunque il prelievo di organi irrorati, come tali idonei all'uso terapeutico.⁵²

Per concludere, possiamo affermare che la nuova legge e il relativo decreto sono frutto di lunghi studi e confronti tra i maggiori esperti in materia, essendo i loro avventi confortati dalle posizioni raggiunte anche da altri Paesi. Il punto basilare delle posizioni acquisite dalla scienza è la centralità dell'encefalo nell'esistenza organica e biologica dell'uomo.

Ciò non significa, però, che l'assetto legislativo vigente non presenti anche limiti ed imperfezioni. A ben vedere, l'aspirazione ad una normativa generale risulta ancora velleitaria, ostacolata com'è sia da lacune di disciplina, sia da incongruenze del quadro normativo stesso.⁵³

2.3 Problematiche e critiche inerenti il concetto di morte cerebrale. Perplexità e cattiva informazione.

La legge 29 dicembre 1993, n. 578, è stata salutata con favore e accolta con ampia soddisfazione, soprattutto nel mondo medico e paramedico, in quanto vista come canone di riferimento fermo e ineludibile, al fine di addivenire ad un accertamento di morte certa. Nonostante tutto, parte della giurisprudenza conserva ancora qualche perplessità, in particolare circa la possibilità di raggiungere la sopra citata certezza. Il motivo fondante di tale posizione è che la scienza medica aveva, già in passato, proclamato la possibilità di accertare la morte del paziente, eppure si sono presentati casi di soggetti, dichiarati “morti”, che successivamente, essendo mantenuti per un lungo periodo sotto rianimazione, hanno ripreso a vivere autonomamente. A scanso di equivoci, in merito, è meglio chiarire. I fatti citati hanno potuto verificarsi perché, in tali casi, il paziente si trovava solo in uno stato di “coma profondo”, caratterizzato da perdita totale di coscienza, di sensibilità e motilità, nonché dalla mancanza assoluta di riflessi. Tale stato morboso, per quanto allarmante, non è bastevole per poter configurare la situazione di “morte totale

⁵²GIUNTA F., *Le tematiche emergenti, Trapianti e prelievi d'organi*, pag. 937.

⁵³GIUNTA F., *Le tematiche emergenti*, cit. nota 52.

dell'encefalo". Se nei casi suddetti i soggetti sono riusciti a riprendere vita in maniera del tutto autonoma, ciò è dipeso dal fatto che i centri cerebrali, sollecitati dalle macchine rianimatorie, pian piano, hanno riorganizzato le funzioni organiche e biologiche, a cui presiedono.⁵⁴

Alla luce della nuova legge introdotta, tali errori non dovrebbero più verificarsi, in quanto la normativa si fonda precisamente sulla certezza inconfutabile della "cessazione irreversibile" di tutte le funzioni dei vari settori encefalici. I riscontri cui il collegio di esperti deve sottoporre i propri pazienti hanno come unico fondamentale scopo proprio la verifica dell'appena descritto stato di "irreversibilità" della morte totale del cervello.

La nuova normativa è strettamente collegata con il concetto di trapianto *post mortem* e, stanti le nuove possibilità di giungere a un sicuro accertamento del decesso, sarebbe stato logico aspettarsi il diffondersi, con la maggiore chiarezza, anche di una certa tranquillità, sia da parte dei donatori di organi *post mortem*, sia da parte dell'opinione pubblica in genere. Invece, l'avvento della nuova legislazione, purtroppo, è stato salutato da alcune prese di posizione dure e, per molti aspetti, persino arroganti. Per citarne alcune, è opportuno un riferimento a quanto riportato nel mensile della "Associazione Famiglia Domani"⁵⁵, numero di dicembre 1993, (quindi a legge ormai approvata), che titolava in prima pagina «*Un colpo di mano che apre la strada alla legalizzazione dell'eutanasia, tra il consenso e l'indifferenza di pressoché tutte le forze politiche*»; il contenuto dell'articolo è di tono ancora più duro, in quanto vi si legge: «*Questa legge è omicida: sancisce l'irrilevanza giuridica, e in certi casi la legittimità, della liquidazione dei malati terminali o perché sono utili come potenziali fornitori di preziosi organi di ricambio, o all'opposto perché sono inutili, occupando preziosi posti letto e tenendo impegnati apparati tecnologici di rianimazione*». Ancora più aspra l'opinione espressa nel 1991, in data quindi antecedente la promulgazione della normativa in questione, dalla Lega nazionale contro la predazione degli organi e la morte a cuore battente. Si parla di «*lotta per il diritto alla morte naturale contro la vivisezione*»; la Lega, in particolare, chiedeva

⁵⁴PERICO G., *La nuova legge sull'accertamento di morte*, Aggiornamenti sociali 6/1994, pag.415.

⁵⁵*Approvata in Parlamento la nuova legge sulla "morte legale"*, Famiglia Domani , n. 9, dicembre 1993, pag. 1.

che venissero ostacolate le varie proposte di legge miranti ad una ridefinizione del concetto di morte nel senso di morte cerebrale a cuore battente.⁵⁶

Prese di posizione di una tale portata non aiutano di certo a chiarire i vari aspetti della materia ed i problemi ad essa connessi, determinati soprattutto dalla divergenza di vedute.

Nel dibattito pubblico, i criteri scientifici sono spesso sconosciuti, o comunque male interpretati, al punto tale che ciò ha contribuito a creare grande sconcerto sull'esatta definizione del concetto di morte e del momento in cui essa si verifica, potendosi quindi considerare tale. Inoltre, la popolarità e la diffusione degli aspetti scientifici e di costume relativi ai trapianti, a cui i *mass-media* hanno dedicato molto interesse nel tempo, comportano un rapporto quasi quotidiano con queste problematiche. Purtroppo, nella divulgazione del dibattito scientifico, la frequente mancanza di chiarezza e la mala informazione hanno spesso contribuito a perpetuare e accentuare paure e pregiudizi, nonché insormontabili difficoltà nei confronti di una corretta diagnosi di morte.

Sarebbe auspicabile, facendo una riflessione *pro futuro*, un incremento di conferenze ed incontri finalizzati ad una maggiore conoscenza, da parte anche dei non esperti in materia, delle certezze a cui il progresso è arrivato. È opportuno che tutti i cittadini del nostro Paese siano consci delle svolte giurisprudenziali determinate, in particolar modo, dalle decisioni note come “Englaro” e “Welby”, al fine di sapere quali punti fermi siano stati posti, da parte delle nostre massime Autorità, in materia di accertamento della morte.

2.4 Regolamentazione internazionale inerente il concetto di morte cerebrale: posizioni ed obiezioni.

Il concetto di morte cerebrale è oggi adottato, con un'interpretazione piuttosto uniforme, praticamente in quasi tutti i Paesi europei e non. Nessuno stato accetta solo la definizione “classica” della morte, ossia la cessazione irreversibile della circolazione sanguigna e della respirazione. Nessun Paese adotta un concetto parziale di morte cerebrale, secondo il principio “*higher brain*”, ossia quel termine che suggerisce erroneamente che morto sia solo il cervello; piuttosto, è più corretto

⁵⁶NEGRELLO N., *Lettera ai soci*, <http://www.antipredazione.org./news.html>.

parlare di morte per avvenuto “arresto cerebrale”. La nozione di morte encefalica è stata applicata in Germania, Austria, Francia, Italia, Belgio, Spagna, Grecia, Finlandia, Norvegia, Danimarca, Svezia, Russia, insomma in tutta Europa, ma non solo: essa è stata scelta quale caposaldo della medicina anche da USA e Giappone.⁵⁷

Tale circostanza rappresenta sicuramente un punto di forza per la legislazione europea, in quanto, in un futuro ormai prossimo, facendo leva sulla totale rimozione delle dogane, si potrà assistere a circostanze mediche di natura terapeutica con valenza intercontinentale.

Non in tutti i Paesi però si è potuto regolarizzare il tutto senza il riscontro di talune problematiche, spesso dettate da particolarità interpretative, da logiche intrinseche alle legislazioni settoriali, nonché da usanze (*rectius* usi) fortemente radicate nella tradizione *ab origine*.

La Gran Bretagna, al fine di accertare l'avvenuto decesso del paziente, esige soltanto la prova che siano cessate tutte le funzioni del tronco cerebrale, adottando ed applicando quindi un concetto parziale di morte cerebrale.⁵⁸

Con il termine “morte troncoencefalica” viene indicato l'accertamento della morte effettuato sulla base dell'assenza, per sopravvenuta cessazione, delle funzioni del solo troncoencefalo; una distruzione isolata del tronco encefalico può verificarsi, piuttosto raramente, a seguito di patologie devastanti, in particolare a seguito di emorragie acute che coinvolgono questa struttura. In tali condizioni, l'attività degli emisferi cerebrali può persistere autonomamente, spesso accompagnata da una certa attività elettroencefalografica, ma solo per tempi piuttosto ridotti. La cessazione delle funzioni del tronco cerebrale è però sintomatica del fatto che anche altre regioni del cervello siano state danneggiate, per cui questo concetto fondamentale non differisce da quello, per così dire, “globale”. La Comunità scientifica internazionale non si è comunque, almeno finora, neanche minimamente allineata con la posizione britannica.

In Germania, il prelievo di organi non è ammesso, salvo che sia stata previamente accertata la cessazione definitiva e irreversibile di tutte le funzioni del cervello, del cervelletto e del tronco cerebrale, secondo procedure conformi allo stato

⁵⁷Rapporto esplicativo concernente la legge sui trapianti, articolo on line rintracciabile su pagina web d'attualità <http://www.aolmin.ch/bag/traspla/gesetz//web%202>.

⁵⁸MANNI C., *Donazione di organi e trapianti, morte cerebrale e certezza di morte*, dibattito bioetico online, 2000, <http://www.numedi.it/arc2000/n0200/16.html>.

attuale delle scienze mediche e delle biotecnologie. Le appena menzionate procedure sono stabilite dalla Federazione tedesca degli Ordini dei Medici.

La Danimarca è stata, fino al 1987, l'unico Paese dell'Europa occidentale a non accogliere il concetto di morte cerebrale; la Commissione danese di etica, sin dagli arbori, aveva consigliato di mantenere come accertamento della morte quello della cessazione irreversibile della circolazione sanguigna e della respirazione. Secondo tale Commissione, la cessazione delle funzioni cerebrali non poteva essere considerata un parametro di morte certa: tale condizione però denotava uno stato particolare, quello del "processo irreversibile", che consentiva, lecitamente, il prelievo di organi da una persona, ma solo a condizione che la stessa vi avesse previamente acconsentito. Il fatto di prelevare organi da una persona la cui morte non era ancora stata dichiarata parve, nel tempo, troppo radicale al Governo danese e lo indusse, nel 1990, a emanare una legge che accogliesse il principio di morte cerebrale, adeguandosi così finalmente al resto d'Europa.

Il Belgio, da sempre all'avanguardia in materia di biotecnologie e progresso medico, sin dai primi anni di dibattito inerente l'affermazione del concetto di morte, ha accolto ed adottato la visione che impernia il sicuro avvenuto decesso nella cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo.

Il Giappone, restio in un primo momento ad accogliere la moderna definizione di morte, ha definitivamente ceduto al concetto di morte cerebrale, dopo accesi dibattiti, solo nel 1997. La legislazione giapponese ha però apposta una deroga alla immediata possibilità di espanto da soggetto cerebralmente morto, prevedendo che lo stesso debba aver accettato per iscritto la nozione di morte cerebrale.

2.5 La posizione della Chiesa Cattolica in merito alla morte cerebrale.

Affrontare un tema tanto discusso e invasivo delle testate giornalistiche è quanto di più arduo possa esserci nel panorama intero della disciplina dei trapianti d'organi. La Chiesa, che si è sempre prospettata come uno dei più grandi freni del processo biotecnologico, anche in tale circostanza, come altrove, non ha esitato a prendere posizioni spesso disarmanti.

In modo particolare, il fiore all'occhiello è rappresentato dal principio cattolico che detta la continuazione della vita, *post mortem*. Religione e scienza: due mondi paralleli in eterno conflitto, due rette che viaggiano di fianco, consapevoli di non incontrarsi mai. La religione, di matrice conservatrice, da un lato; la scienza, proiettata verso il futuro ed il progresso, dall'altro.

Agli arbori della presa di posizione da parte della Chiesa Cattolica si colloca una prima parziale accettazione del concetto di morte cerebrale, intesa come cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo. Successivamente però, la scienza ha dimostrato che la morte cerebrale non è la morte dell'essere umano, perciò il concetto stesso di morte cerebrale, precedentemente accettato, entrò in contraddizione con quello di persona secondo la dottrina cattolica, nonché con le direttive della Chiesa nei confronti dei casi di coma persistenti. *«La giustificazione scientifica di questa scelta risiede in una peculiare definizione del sistema nervoso, oggi rimessa in discussione da nuove ricerche, che mettono in dubbio proprio il fatto che la morte del cervello provochi la disintegrazione del corpo»*, spiega Lucetta Scaraffia,⁵⁹ che prosegue affermando che *«forse aveva ragione chi, in passato, sospettava che la nuova definizione di morte, più che da un reale avanzamento scientifico, fosse stata motivata dall'interesse, cioè dalla necessità di organi da trapiantare»*.⁶⁰

Una esplicazione dei fatti così per come sopra narrati è ovvio che dia modo di affermare la presenza di una contraddizione nella visione della Chiesa, in quanto appare come se non fosse dotata di un cardine proprio, ma semplicemente imperniata sulle definizioni avanzate dalla scienza. A volte, bisognerebbe però considerare anche l'altra faccia della medaglia, evitando, per quanto possibile, le polemiche e cercando di afferrare la pienezza della purezza dell'atto di donazione.

«Molti neurologi, giuristi e filosofi sono oggi concordi nel dichiarare che la morte cerebrale non è la morte dell'essere umano», prosegue l'autrice dell'articolo. *«Queste considerazioni aprono ovviamente nuovi problemi per la Chiesa cattolica, la cui accettazione del prelievo degli organi da pazienti cerebralmente morti, nel quadro di una difesa integrale e assoluta della vita umana, si regge soltanto sulla*

⁵⁹Membro del Comitato nazionale di bioetica e vice presidente dell'Associazione Scienza e vita.

⁶⁰*Il Vaticano: "la morte cerebrale non è la fine della vita". È polemica*, Corriere della sera, Cronache, 02/09/08. Articolo attualmente rintracciabile su sito internet www.corrieredellasera.it.

presunta certezza scientifica che essi siano effettivamente cadaveri». Inoltre, «l'idea che la persona umana cessi di esistere quando il cervello non funziona più, mentre il suo organismo, grazie alla respirazione artificiale, è mantenuto in vita, comporta un'identificazione della persona con le sole attività cerebrali, perciò questo entra in contraddizione con il concetto di persona secondo la dottrina cattolica, e quindi con le direttive della Chiesa nei confronti dei casi di coma persistente».⁶¹

Opportuno risulta allora, nell'ambito dell'acceso dibattito, effettuare una disamina di quelle che sono state le reazioni all'appena descritta presa di posizione. Vincenzo Carpino, presidente dell'Associazione anestesisti e rianimatori italiani, afferma che la morte cerebrale *«resta al momento l'unico criterio valido, in mancanza di nuove evidenze scientifiche, per definire la morte di un individuo»*. La legge italiana, dice Carpino, che stabilisce i criteri per l'accertamento della morte cerebrale *«è una delle migliori al mondo, prevedendo una serie di accertamenti precisa»*. Alessandro Nanni Costa, presidente del Centro nazionale trapianti, afferma che i criteri di Harvard *«non sono mai stati messi in discussione in 40 anni dalla comunità scientifica, e vengono applicati in tutti i Paesi scientificamente avanzati. I dubbi ci sono sempre stati, ma da parte di frange minoritarie che fanno critiche non scientifiche»*. La morte cerebrale, tiene a precisare Nanni Costa, è ben altra cosa dallo stato vegetativo. Invece, per Giancarlo Umani Ronchi, ordinario di medicina legale presso l'università "La Sapienza" di Roma e membro del Comitato nazionale di bioetica, *«i criteri di accertamento della morte cerebrale risalenti a 40 anni fa lasciano molto perplessi. Dalla morte cerebrale non ci si riprende, ma sui criteri di accertamento si discute da anni»*. Duro il commento di Maurizio Mori, Presidente della Consulta di bioetica: *«Sulle questioni di fine vita, la Chiesa non è più in grado di dare risposte ai nuovi problemi e diffonde inutile panico. Non sapendo più come gestire le nuove tecniche ed essendosi trovata in serie difficoltà sul caso Englaro, preferisce gettare discredito su tutte le nuove tecnologie, venendo anche a rimettere in discussione i trapianti d'organo. L'obiettivo primordiale era chiaro: bloccare il caso Englaro e fissare barriere alla legge sul testamento biologico che sarà tanto restrittiva da essere inutilizzabile»*. Alla forte presa di posizione, quasi fosse un'arringa vera e propria, risponde padre Federico Lombardi, portavoce del

⁶¹*Il Vaticano: "la morte cerebrale non è la fine della vita". È polemica, cit. nota 59.*

Vaticano, cercando di diluire le acque intrise di variopinti colori dissonanti e affermando che «*Il testo dell'Osservatore Romano, su cui viene riportato l'accesso di dibattito, è un interessante e autorevole articolo firmato dalla signora Lucetta Scaraffia, ma non può essere considerato una posizione del magistero della Chiesa*».

L'accesso dibattito era stato infatti suscitato da un'affermazione contenuta nell' *Osservatore Romano*, ove si annunciava che «*la dichiarazione di morte cerebrale non poteva più essere considerata sufficiente per sancire la fine della vita, dovendo quindi essere rimodulata anche in base alle nuove ricerche scientifiche*».⁶²

Da quel momento in poi, dal giorno in cui per la Chiesa si è aperto il capitolo del problema *finis vitae*, la posizione della Santa Sede è stata chiara, anche se a volte dissonante con i Suoi principi primordiali: il trapianto è ammesso, come gesto di massima donazione, solo ove, nella rispetto di ogni normativa legale, non ci sia la benché minima possibilità, seppur vaga, che il soggetto possa riacquisire le proprie funzionalità e potesse quindi tornare ad essere considerato “vivente”. Questo discorso è però foriero di grandi contraddizioni, in quanto la Chiesa non ha fatto altro che affermare un concetto, non accettando però la *condicio* ad esso prodromica.

⁶²SCARAFFIA L., su L'Osservatore Romano, organo di stampa del Vaticano, 40° anniversario del rapporto di Harvard, martedì 02/09/08.

CAPITOLO III

Avvento della legge 01/04/1999, n. 91 e concetto di libera manifestazione della volontà.

Sommario: **3.1** Presupposti e motivazioni, punti fondamentali e obiettivi della legge n. 91/99. **3.2** Artt. 4 e 5, legge 91/99, dichiarazione di volontà in ordine alla donazione e disposizioni di attuazione delle norme sulla medesima. **3.3** Reazioni dell'opinione pubblica alla conferma del principio del silenzio-assenso. **3.4** Modelli di consenso esistenti e modalità di espressione dello stesso nei vari ordinamenti europei. **3.5** Profili penalistici e sanzioni nella legge n. 91 del 1999. **3.6** Divieto del commercio di organi.

3.1 Presupposti e motivazioni, punti fondamentali e obiettivi della legge n. 91/99.

Nel nostro Paese, nonostante i passi da gigante che sono stati fatti, non esiste ancora una vera e propria “cultura dei trapianti”; ciò vale a dire che, a fronte del raggiungimento di un livello tecnico-scientifico assolutamente sovrapponibile a quello degli altri Paesi, per quanto riguarda i risultati terapeutici, si manifesta una evidente e grave carenza di organi da trapiantare. Di fronte a tale situazione, è necessario ammettere che il problema fondamentale affonda le sue radici in una intrinseca e perseverante ignoranza del cittadino, non tanto per quel che riguarda il valore intrinsecamente etico della donazione degli organi, quale espressione di solidarietà verso un altro essere umano bisognoso, quanto in merito alle garanzie previste per l'espianto, che si può concretizzare solo quando sia accertato che la vita del donatore è ormai definitivamente spenta.

Il problema dell'accertamento della morte, con la disciplina normativa garantita dalla legge 29 dicembre 1993, n. 578, sembra essere definitivamente superato dal punto di vista legislativo. L'appena citata legge ha inoltre favorito la sempre maggiore qualificazione dei criteri clinici di accertamento e certificazione, anche dal punto di vista scientifico ma, nonostante tutto, pare che questi non siano

stati del tutto recepiti dalla popolazione, che in proposito nutre ancora tutta una serie ingiustificata di pregiudizi che la rende reticente alla donazione *post mortem*.

In sostanza, le problematiche relative alla scarsità di donazioni ai fini di trapianto possono ricondursi a due direttrici: *in primis*, la disinformazione relativa alla finalità dell'accertamento della morte cerebrale, non essendo forse stato sufficientemente chiarito che morte clinica e morte biologica, seppur da un punto di vista definitorio rappresentano due condizioni differenti, nella realtà coincidono pienamente. In secondo luogo, un'altra grande piaga risiede nella scarsa chiarezza delle norme inerenti il consenso al prelievo finora emanate.

Le diverse leggi che sono state promulgate in materia fin dal 1957, in riferimento al problema del consenso all'espianto degli organi ai fini di trapianto, hanno inoltre, di volta in volta, statuito la possibilità che anche i familiari avessero voce in capitolo, nella sola ed isolata evenienza in cui il potenziale donatore non si fosse precedentemente espresso in vita⁶³. Di fatto, secondo la formulazione dell'art. 6 della legge n. 644 del 1975, essendo previsto il diritto all'opposizione esplicita al prelievo degli organi, la mancanza di espressione di volontà in vita, risponderebbe al principio del silenzio assenso, vale a dire che, in mancanza di una esplicita volontà contraria, si sarebbe dovuta ritenere la disponibilità del soggetto all'espianto degli organi; tale disponibilità implicita, tuttavia, secondo lo stesso disposto normativo, sarebbe rimasta largamente subordinata al diritto dei familiari, ai quali, *ex* articolo 6 citato, veniva lasciato il titolo di disporre la ulteriore destinazione del cadavere del

⁶³La legge 3 aprile 1957, n. 235, all'articolo 1 recita: «È consentito il prelievo di parti di cadavere a scopo di trapianto terapeutico se il soggetto ne abbia dato autorizzazione. In mancanza di disposizioni dirette della persona, il prelievo è consentito qualora non vi sia opposizione da parte del coniuge o dei parenti entro il secondo grado». Il diritto di esprimere una esplicita volontà in ordine al prelievo da parte dei familiari è stato poi nuovamente ripreso e sancito dalla legge 2 dicembre 1975, n. 644, all'articolo 6, che recita: «Il prelievo da cadavere non sottoposto a riscontro diagnostico o ad operazione autoptiche ordinate dall'autorità giudiziaria, è vietato quando in vita il soggetto abbia esplicitamente negato il proprio assenso. Il prelievo è altresì vietato quando, non ricorrendo l'ipotesi di cui al comma precedente, intervenga da parte del coniuge non separato, o in mancanza, dei figli se di età non inferiore a 18 anni, o in mancanza di questi ultimi, dei genitori, in seguito a formale proposta del sanitario responsabile delle operazioni di prelievo, opposizione scritta entro il termine previsto nell'articolo 3, primo comma e nell'art. 4, secondo comma». Il termine dell'art. 3, comma primo, è basato sull'accertamento sicuro dell'avvenuto morte, in seguito a «*elettrocardiogramma protratto per non meno di venti minuti primi e l'accertamento di assenza di respirazione spontanea, dopo sospensione, per due minuti primi[...]*». Il termine di cui all'art. 4, comma secondo, configura invece la ininterrotta presenza di alcune condizioni, previste dallo stesso articolo, per «*almeno dodici ore, in assenza di somministrazione di farmaci depressivi del sistema nervoso centrale e di condizioni di ipotermia indotta artificialmente*».

loro congiunto, diritto che trovava le proprie motivazioni in una esasperata percezione di motivi culturali, come ad esempio la *pietas* verso i defunti, di cui si è già parlato in precedenza.

Stando così le cose, si configurerebbero due distinti diritti di opposizione all'espianto d'organi⁶⁴: il primo della persona che, in vita, cosciente, abbia documentato la sua opposizione (ad es. attraverso l'utilizzo della cosiddetta "carta vita"); il secondo dei parenti che, in ospedale, presentino opposizione scritta alla donazione.

In virtù dell'art. 9 del d.lgs n. 409 del 1977, infatti, «*il sanitario è tenuto ad informare gli interessati che la mancata opposizione scritta entro i tempi del prelievo, permette il prelievo stesso*». La mancata comunicazione ai familiari di quanto prescritto dalla legge, determina illecito di natura penale e dà origine al tipico fenomeno della predazione degli organi.

In base alla attuale normativa, tramite la schedatura presso le ASL dei cittadini di età superiore agli anni 16, chiunque non si opponesse per iscritto all'espianto dei propri organi, per il caso morte, sarà considerato donatore a tutti gli effetti di legge.

Da quanto precede, appare comunque evidente come, in un'epoca in cui la chirurgia dei trapianti ha raggiunto standards di risultati assolutamente soddisfacenti, sia divenuta improrogabile la soluzione del problema della carenza di organi da trapiantare, anche al fine di evitare i cosiddetti "viaggi della speranza" in Paesi in cui la disponibilità di organi è sicuramente maggiore rispetto al nostro, ma dove mancano le dovute garanzie di qualità degli organi da impiantare, ovvero ove il trapianto è materia di commercio tutt'altro che legale.

Infatti, nonostante le ormai disparate previsioni normative in tema di consenso, promulgate a partire dal 1957, il problema ha suscitato sempre intensi dibattiti, che hanno trovato il loro terreno fertile soprattutto nel campo della bioetica, fino a maturare la consapevolezza della necessità di portare ciascun cittadino italiano, attraverso un'adeguata informazione, ad assumersi la responsabilità di esprimere la propria volontà circa la destinazione del proprio corpo, al momento del sopravvenire impetuoso del temuto evento morte. Ed è proprio in questa prospettiva

⁶⁴ *Quello che non ti hanno mai detto*, Vademecum di sopravvivenza, dibattito online inerente trapianti/espanti, rintracciabile sulla pagina ufficiale di *Diritto umano e bioetica*.

che è stata emanata l'attuale legge 1 aprile 1999, n. 91, recante «*Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti*», che ha la specifica finalità di regolamentare le attività di prelievo e di trapianto e espianto di organi.

Anche l'Italia quindi, dopo anni di dibattiti e polemiche, può godere di una normativa che disciplini in maniera piuttosto dettagliata i trapianti d'organi: il 31 marzo del 1999, infatti, è stata definitivamente approvata ed emanata la nuova legge in materia di espianto e di trapianto di organi e tessuti. Essa è il risultato di due progetti di legge, riguardanti rispettivamente la manifestazione di volontà per il prelievo di organi e l'organizzazione del sistema sanitario e delle strutture per l'attività di espianto ed impianto.⁶⁵ Sono stati riuniti il progetto di legge n. 3646, recante «*Norme per la manifestazione di volontà per il trapianto di organi e tessuti*», ed il n. 4100, «*Nuove norme sull'organizzazione dei prelievi e dei trapianti di organi e tessuti da cadavere*».⁶⁶

L'articolato della nuova legge, a ben guardare, è incentrato su tre punti fondamentali: la necessità di diffondere la cultura dei trapianti attraverso l'attività informativa svolta su vari livelli, la regolamentazione della dichiarazione di volontà in ordine al prelievo di organi e tessuti e la organizzazione complessiva dei prelievi e dei trapianti. Delle varie parti del testo legislativo, peraltro, soprattutto la prima, che disciplina i presupposti soggettivi di liceità dell'espianto, affrontando dunque la spinosa questione bioetica del consenso al prelievo, ha da subito monopolizzato su di sé le attenzioni e le preoccupazioni delle diverse forze politiche, nonché dell'opinione pubblica, mettendo in secondo piano la più ampia e articolata porzione del testo in commento, inerente i profili organizzativi del sistema, che in realtà hanno pari rilievo per il raggiungimento degli scopi che tale disciplina normativa si prefigge *ab origine*.

Come si può evincere da svariate statistiche il cui carattere è elevato a rango ufficiale, l'Italia si piazza da sempre fra le ultime posizioni nelle graduatorie europee sull'efficienza del sistema dei trapianti, e se è pur vero che la scarsità dei donatori è un problema comune a tutte le società moderne, è però altrettanto vero che proprio dette statistiche dimostrano, nel tempo, l'esistenza di ampi margini di miglioramento

⁶⁵BISORI L., *Disposizioni in materia di prelievo e di trapianto di organi*, Legislazione Penale, 1999, II, pag. 807.

⁶⁶PARLAMENTO ITALIANO, *Trapianti, una libertà consapevole*. Rintracciabile su pagina online del Parlamento Italiano, o del partito politico Forza Italia, alla voce "trapianti".

nel nostro Paese, attestando al contempo, specie nel confronto con realtà affini alla nostra, che parte della responsabilità della carenza di “materiale” disponibile, nonché delle lunghe liste di attesa, è dovuta anche ad una cattiva regolamentazione legislativa e ad una carente organizzazione delle strutture sanitarie pubbliche, spesso del tutto fatiscenti.

Nella lungimiranza degli auspici della dottrina, una riforma organica della legge 2 dicembre 1975, n. 644, avrebbe dovuto operare su tre fronti: l'accertamento della morte, il consenso all'espianto, l'organizzazione dei trapianti; ed è in questa direzione che si svilupparono i numerosi progetti di legge succedutisi sin dal 1978, fino ai giorni nostri. Nel corso però della ventennale ricerca di auspicabile riforma, la materia dell'accertamento della morte ha trovata una sua strada, con la legge n. 578, del 1993. Residuano allora gli altri due aspetti, ma fin da subito l'attenzione si è incentrata quasi interamente sul problema della manifestazione di volontà, non solo per l'importanza delle questioni etiche che ne sono coinvolte, ma anche per la convinzione, molto diffusa, che il principale ostacolo ad un'adeguata realizzazione della chirurgia sostitutiva, nel nostro Paese, fosse fortemente determinato dal consenso, e in particolare dalla facoltà di opposizione al prelievo, conferita ai parenti del donatore dalla legge del 1975⁶⁷. Da qui, nel corso del continuo e intenso lavoro che ha accompagnato l'*iter* della riforma, ecco sorgere il radicale contrasto tra chi riteneva di poter risolvere il problema del *deficit* di organi semplicemente con il superamento del principio del consenso, e chi, dall'altra parte, propendeva per la revisione dei meccanismi di manifestazione della volontà, paventando il pericolo di una “nazionalizzazione dei cadaveri”.

Il legislatore ha voluto rimodernare il principio del consenso, cercando di individuare un punto di equilibrio stabile tra l'ineludibile principio personalistico del rispetto della volontà del singolo e la concezione etica di donazione, considerata come espressione di solidarietà sociale. Al contempo però, ha principalmente affidato alla riforma organizzativa le speranze di un significativo incremento della

⁶⁷Legge 2 dicembre 1975, n. 644, art. 6, «*Il prelievo da cadavere non sottoposto a riscontro diagnostico o ad operazioni autoptiche ordinate dall'autorità giudiziaria, è vietato quando in vita il soggetto abbia esplicitamente negato il proprio assenso. Il prelievo è altresì vietato quando, non ricorrendo l'ipotesi di cui al comma precedente, intervenga da parte del coniuge non separato, o in mancanza, dei figli se di età non inferiore ai 18 anni o, in mancanza di questi ultimi, dei genitori, in seguito a formale proposta del sanitario responsabile delle operazioni di prelievo, opposizione scritta entro il termine previsto nell'art. 3, primo comma, e nell'art. 4, secondo comma.*» cit. nota 63.

disponibilità di organi trapiantabili e, proprio a questo proposito, un ultimo profilo della nuova disciplina merita di essere preso in considerazione: vale a dire l'abbandono, rispetto al problema del consenso all'espianto, di una certa neutralità formale da parte del legislatore, e al contrario, un atteggiamento palesemente orientato a stimolare una "cultura della donazione", in piena sintonia con gli auspici espressi dal Comitato Nazionale per la Bioetica, nonché dai più recenti indirizzi degli organismi europei cui l'Italia appartiene.

In un comunicato stampa della Lega Nazionale contro la Predazione di Organi e la Morte a Cuore Battente, del 31 maggio 1999, si legge: *«Per oltre tredici anni abbiamo portato ostacoli alle Autorità preganti di natura scientifica, filosofica e sociale in difesa dei diritti umani. Ciò è valso a rallentare il piano di morte e di esproprio attuato dai governi e loro lobby, dando tempo agli individui di crescere e contrastare l'oscuro piano omicida. Mentre i cittadini increduli temporeggiavano, le istituzioni silenziosamente rafforzavano le reti pubbliche e private degli interessi di casta e personali fino al momento in cui i politici hanno reso palese con l'approvazione della legge del silenzio-assenso che l'obiettivo dei governi è affaristico fino al crimine. Prima hanno imposto la finta "morte cerebrale", ed ora le mafie parlamentari impongono la tortura dell'espianto di organi e prelievo di tessuti, compreso il dissanguamento, a persone in coma sotto ventilazione, senza il consenso esplicito. Noi cittadini, resi pezzi di ricambio, trasformati in farmaci che altri cittadini (ignari) fagociteranno, usati per a sperimentazione in vivo per ordine del Governo, fantoccio delle lobby politico-economiche nazionali e sovra-nazionali, affermeremo i nostri principi e diritti nella dignità e nella autorganizzazione»*⁶⁸. Questo appunto il saluto che la matrice lateranense dà alla nuova legge, quando essa è ancora in corso d'approvazione. Una legge quadro, la cui promulgazione è dettata da ragioni di urgenza estrema, intrisa di disposizioni transitorie a cui faranno seguito ben undici decreti attuativi. Una legge che segna un punto di non ritorno, una svolta con il passato, ma che si presenta come *incipit* per la più svariate critiche facenti capo ad idee radicali, di ordine religioso e, in particolar modo, cattolico.

⁶⁸NEGRELLO N., Presidente Lega Nazionale contro la predazione di Organi e la Morte a Cuore Battente, *Informazione fondamentale sulla legge 91/99: silenzio/assenso, organizzazione, promozione, import/export*, comunicato stampa, 31/05/99, www.antipredazione.org.

Nonostante sia già passato quasi un ventennio, è ancora troppo presto per poter valutare una buona totale riuscita della legge nel campo pratico, considerato che essa sarà tale soltanto ove si registrerà il successo dell'opera d'informazione e sensibilizzazione della gran parte dei cittadini, in merito ai significati medici e agli aspetti umani della chirurgia sostitutiva.

3.2 Artt. 4 e 5, legge 91/99, dichiarazione di volontà in ordine alla donazione e disposizioni di attuazione delle norme sulla medesima.

Nell'attuale formazione della legge 91/99, gli articoli 4 e 5 disciplinano la dichiarazione di volontà in merito alla donazione di organi e tessuti che, ai sensi della legge n. 578 del 1993 e del decreto del ministro di sanità n. 582 del 1994, possono essere prelevati dopo l'accertamento della morte cerebrale. Ma vediamo il contenuto. L'art. 4 recita: «[...]i cittadini sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo, successivamente alla morte, e sono informati che la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione, secondo quanto stabilito dai commi 4 e 5 del presente articolo[...]».⁶⁹ Secondo il testo della nuova legge,

⁶⁹Legge 1 aprile 1999, n. 91, art. 4, recante «Dichiarazione di volontà in ordine alla donazione», «Entro i termini, nelle forme e nei modi stabiliti dalla presente legge e dal decreto del Ministro della sanità di cui all'articolo 5, comma 1, i cittadini sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo successivamente alla morte, e sono informati che la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione, secondo quanto stabilito dai commi 4 e 5 del presente articolo.

2. I soggetti cui non sia stata notificata la richiesta di manifestazione della propria volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti, secondo le modalità indicate con il decreto del Ministro della sanità di cui all'articolo 5, comma 1, sono considerati non donatori.

3. Per i minori di età la dichiarazione di volontà in ordine alla donazione è manifestata dai genitori esercenti la potestà. In caso di non accordo tra i due genitori non è possibile procedere alla manifestazione di disponibilità alla donazione. Non è consentita la manifestazione di volontà in ordine alla donazione di organi per i nati, per i soggetti non aventi la capacità di agire nonché per i minori affidati o ricoverati presso istituti di assistenza pubblici o privati.

4. Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, il prelievo di organi e di tessuti successivamente alla dichiarazione di morte è consentito:

a) nel caso in cui dai dati inseriti nel sistema informativo dei trapianti di cui all'articolo 7 ovvero dai dati registrati sui documenti sanitari personali risulti che il soggetto stesso abbia espresso in vita dichiarazione di volontà favorevole al prelievo;

b) qualora dai dati inseriti nel sistema informativo dei trapianti di cui all'articolo 7 risulti che il soggetto sia stato informato ai sensi del decreto del Ministro della sanità di cui all'articolo 5, comma 1, e non abbia espresso alcuna volontà.

5. Nei casi previsti dal comma 4, lettera b), il prelievo è consentito salvo che, entro il termine corrispondente al periodo di osservazione ai fini dell'accertamento di morte, di cui all'articolo 4 del

pertanto, si statuisce finalmente di chiedere a ciascun donatore, che ne abbia diritto secondo le disposizioni di diritto privato, di dichiarare esplicitamente il proprio consenso, ovvero il proprio dissenso, al prelievo dei propri organi e tessuti, qualora dovesse essere previamente accertata la morte a norma della legge n. 578 del 1993.

Le norme applicative della richiesta di dichiarazione di volontà sono poi precisate nel successivo articolo 5⁷⁰, che specifica come entro novanta giorni dall'entrata in vigore della legge medesima, il Ministro della Sanità avrebbe dovuto disciplinare quanto segue: le forme, le modalità e i termini attraverso i quali le

decreto del Ministro della sanità 22 agosto 1994, n. 582, sia presentata una dichiarazione autografa di volontà contraria al prelievo del soggetto di cui sia accertata la morte.

6. Il prelievo di organi e di tessuti effettuato in violazione delle disposizioni di cui al presente articolo è punito con la reclusione fino a due anni e con l'interdizione dall'esercizio della professione sanitaria fino a due anni».

⁷⁰Legge 1 aprile 1999, n. 91, art. 5, recante «Disposizioni di attuazione delle norme sulla dichiarazione di volontà», «Entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge il Ministro della sanità, con proprio decreto, disciplina:

a) i termini, le forme e le modalità attraverso i quali le aziende unità sanitarie locali sono tenute a notificare ai propri assistiti, secondo le modalità stabilite dalla legge, la richiesta di dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo successivamente alla morte, a scopo di trapianto, secondo modalità tali da garantire l'effettiva conoscenza della richiesta da parte di ciascun assistito;

b) le modalità attraverso le quali accertare se la richiesta di cui alla lettera a) sia stata effettivamente notificata;

c) le modalità attraverso le quali ciascun soggetto di cui alla lettera a) è tenuto a dichiarare la propria volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti successivamente alla morte, prevedendo che la dichiarazione debba essere resa entro novanta giorni dalla data di notifica della richiesta ai sensi della lettera a);

d) le modalità attraverso le quali i soggetti che non hanno dichiarato alcuna volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti successivamente alla morte sono sollecitati periodicamente a rendere tale dichiarazione di volontà, anche attraverso l'azione dei medici di medicina generale e degli uffici della pubblica amministrazione nei casi di richiesta dei documenti personali di identità;

e) i termini e le modalità attraverso i quali modificare la dichiarazione di volontà resa;

f) le modalità di conservazione dei dati relativi ai donatori, ai soggetti che non hanno espresso alcuna volontà e ai non donatori presso le aziende unità sanitarie locali, nonché di registrazione dei medesimi dati sui documenti sanitari personali;

g) le modalità di trasmissione dei dati relativi ai donatori, ai soggetti che non hanno espresso alcuna volontà ed ai non donatori dalle aziende unità sanitarie locali al Centro nazionale per i trapianti, ai centri regionali o interregionali per i trapianti e alle strutture per i prelievi;

h) le modalità attraverso le quali i comuni trasmettono alle aziende unità sanitarie locali i dati relativi ai residenti.

2. Alle disposizioni del presente articolo è data attuazione contestualmente alla istituzione della tessera sanitaria di cui all'articolo 59, comma 50, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, con modalità tali da non comportare oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato e degli enti di cui agli articoli 25 e 27 della legge 5 agosto 1978, n. 468, e successive modificazioni, rispetto a quelli necessari per la distribuzione della predetta tessera.

3. Con il decreto di cui al comma 1 sono altresì definiti i termini e le modalità della dichiarazione di volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti successivamente alla morte da parte degli stranieri regolarmente presenti sul territorio nazionale nonché degli stranieri che richiedono la cittadinanza».

aziende sanitarie locali, per mezzo dell'emanazione di un proprio decreto specifico, dovranno notificare ai propri assistiti tale richiesta, nonché le modalità attraverso cui accertare se la medesima richiesta è stata effettivamente notificata in maniera consona. Inoltre, come si evince dal testo di legge, si sarebbero dovute disciplinare anche le modalità con cui ciascun soggetto è tenuto a dichiarare la propria volontà entro i 90 giorni dalla data della notifica della richiesta, in aggiunta alle modalità attraverso cui i soggetti che non hanno dichiarato alcuna volontà in ordine alla donazione, possano essere sollecitati ed incitati periodicamente. La legge prevedeva anche la fissazione dei termini e delle modalità atte alla modificazione *in itinere* della propria dichiarazione precedentemente resa: insomma, in conclusione, risultava focalizzata su tutto ciò che riguarda le formalità per una corretta e concreta attuazione del contenuto dell'articolo precedente.

Procedendo con ordine, è bene soffermarsi innanzitutto sul primo dei due articoli in analisi, ovvero l'art. 4, che costituisce il cuore della nuova normativa. È infatti della parte che attiene alla formulazione dei principi soggettivi di liceità dell'espianto, nella direzione del cosiddetto silenzio-assenso, che di questa legge ha fatto clamore e continua ancora a far discutere.

Rispetto alle condizioni di liceità dell'espianto, sono ipotizzabili due opposti sistemi⁷¹: secondo un primo modello, a giustificare la sottrazione, fra l'altro parziale, delle spoglie mortali dalla loro naturale destinazione, è sufficiente l'obbiettiva e concreta utilità sociale della chirurgia sostitutiva, quale terapia idonea al salvataggio di vite umane, e dunque finalizzata al perseguimento di un interesse prevalente su quello individuale; si tratta di un modello che si fonda sulla c.d. "nazionalizzazione" dei cadaveri⁷², che non ha mai avuto una traduzione normativa, nella sua pura e specifica interezza⁷³. Il secondo modello da considerare invece è quello c.d. "privatistico", con il quale, all'opposto, viene assegnato un ruolo centrale alla volontà degli interessati, anzitutto a quella del defunto, espressa in dichiarazioni *latu*

⁷¹RAVERA E., *La nuova legge sui trapianti, tra solidarietà individuale e solidarietà sociale*, articolo online rintracciabile su <http://www.ib.pi.cnr.it/aido/forum.htm>.

⁷²MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, 1974, pagg. 536 e ss.

⁷³Si è verificata l'ipotesi di una concezione di "nazionalizzazione parziale", ossia limitata a talune "classi" di cadavere, con la sottrazione alla disponibilità privata di tutte le salme sottoposte a riscontro diagnostico, art. 6 legge 1975, n. 644.

sensu testamentarie, ed eventualmente a quella dei parenti. Modello questo ripreso a pieno dalla nostra legislazione precedente, con la legge n. 644 del 1975.

La soluzione è stata recentemente adottata dal nostro Legislatore, con la legge del 1999, n. 91, che non propende né per l'uno, né per l'altro modello, ma appare piuttosto come il risultato della ricerca di un "ragionevole punto di equilibrio" tra questi opposti e contrastanti sistemi, ossia tra le ossimòriche esigenze di libertà e solidarietà umana⁷⁴.

La disciplina adottata e resa nota opta così per un sistema apertamente per un sistema in cui trova posto il meccanismo del "silenzio-assenso", non lasciando posto alcuno alla volontà del *de cuius*, espressa o presunta che sia. Lo spirito della legge è orientato verso un notevole garantismo nei confronti del cittadino che è chiamato ad esercitare il diritto-dovere di esprimere la propria volontà in merito al prelievo; questo meccanismo è finalizzato, nello spirito del legislatore, non tanto a delegittimare la volontà della famiglia, al momento della donazione, quanto piuttosto a sollevarla dalla responsabilità e dal peso emotivo di interpretare la volontà del defunto nel momento in cui si pone in essere tale questione, valorizzando al massimo la scelta autonoma e consapevole di ogni individuo.

Sulle basi del disposto normativo, pertanto, risulta evidente come a ciascun cittadino che abbia diritto ad esprimere la propria volontà in ordine alla successiva destinazione del proprio corpo dopo la morte, dovrà essere notificata una richiesta di manifestazione di tale volontà, nonché come ciascun cittadino sia tenuto a rispondere nel termine perentorio di novanta giorni, esprimendo il proprio consenso o dissenso esplicito.

In sostanza, ai sensi dell'art. 4, comma 4, il prelievo di organi e tessuti ai fini di trapianto è consentito o nel caso in cui, dai dati inseriti nel sistema informativo dei trapianti, ovvero dai dati registrati sui documenti sanitari personali, risulti che il soggetto stesso, in vita, libero e consapevole, conscio e capace, abbia espresso dichiarazione di volontà favorevole al prelievo, ovvero ogni qualvolta risulti che il soggetto medesimo sia stato informato, ai sensi dell'art. 5, comma 1, e non abbia espresso alcuna volontà in merito, rimanendo inerte. Secondo tali disposizioni, pertanto, si prospettano tre diverse ipotesi: quella dei "non donatori", quella dei

⁷⁴GIANELLI CASTIGLIONE A., *La nuova legge sui trapianti: cosa cambia?*, articolo online rintracciabile su <http://siaarti.it/pubbb5.htm>.

“donatori”, nonché quella dei “presunti donatori”, vale a dire coloro che non hanno esplicitamente espresso la propria volontà e, per ciò stesso, ritenendo ancora valido il sistema normativo del “silenzio-assenso”, sono ritenuti dalla legge donatori. È comunque necessario precisare come, rispetto al silenzio-assenso sancito dalla legge 644/75, sono state sfondate diverse barriere e sono stati fatti diversi passi in avanti: in virtù di quanto oggi previsto, infatti, il meccanismo del silenzio-assenso assume il valore di una misura sussidiaria e di emergenza, ritenuta efficace solo nei casi in cui si sia accertato che chi non ha manifestato esplicitamente la propria volontà, ha comunque ricevuto la notifica della domanda di esprimere il proprio parere e, non avendo risposto la prima volta, sia stato sollecitato a farlo nei tempi e nei modi per cui la specificazione si rimanda alla legge. Inoltre, attraverso la richiesta individuale, viene di fatto invalidato, rispetto alla legislazione precedente, il potere decisionale dei familiari, i quali, oggi, possono solo assumere il ruolo di testimoni o interpreti di una volontà inespressa dei propri congiunti⁷⁵.

La svolta decisiva segnata dall'avvento della nuova legge risiede quindi tutta nell'esclusione dei congiunti dal meccanismo decisionale sul prelievo degli organo tessuti⁷⁶. È dunque solo dalla combinazione del sistema della “non opposizione”, con la ricordata estromissione dei congiunti dal procedimento decisionale, che risalta la specificità legislativa del sistema di non opposizione, prescelto dal legislatore fin dal 1957.

Occorre, a questo punto, chiedersi se il principio presuntivo, sul quale il sistema in esame si fonda, sia in sé ammissibile, ovvero, più specificamente, se esso sia compatibile con il principio personalistico, posto alla base del nostro ordinamento. È, senza ombra alcuna di dubbio, da escludere una indifferenza aprioristica dell'ordinamento nei confronti dell'uso del cadavere, considerando piuttosto il bilanciamento dei molteplici interessi che su di esso convergono, che deve trovare nel valore della dignità *post mortem* il primo principio regolatore: è proprio qui che trova la più adeguata e consona collocazione il principio del rispetto della volontà del defunto. Infatti, una volta superata l'impropria concezione

⁷⁵Legge 1 aprile 1999, n. 91, art. 4, comma 5, recante «*nei casi previsti dal comma 4, lettera b, il prelievo è consentito salvo che, entro il termine corrispondente al periodo di osservazione ai fini dell'accertamento della morte, di cui all'art. 4 D.M. 582/94, sia presentata una dichiarazione autografa di volontà contraria al prelievo del soggetto di cui sia stata accertata la morte*».

⁷⁶PALERMO E., *L'Aido farà a sua parte*, articolo online rintracciabile su <http://www.cnr.it/>.

proprietaria, su cui, alla stregua degli altri rapporti economici disponibili per via testamentaria, si fondava il rapporto con le spoglie mortali, il rispetto dell'autodeterminazione sulla destinazione del proprio corpo *post mortem* diviene il valore principale su cui si fonda questa intrinseca dignità, ponendosi a baluardo di qualsivoglia libertà fondamentale dell'essere umano. Un sistema che sottraesse alla volontà dei singoli il potere di disporre del proprio futuro cadavere, contro usi diversi dalla normale destinazione, si porrebbe tendenzialmente in contrasto con lo stesso principio personalistico, a cui il Legislatore italiano non intende rinunciare. Non altrettanto, invece, in un sistema che escluda dal potere decisionale soggetti diversi dallo stesso donatore: perché, se da un lato l'interesse al rispetto della *pietas* del defunto, di cui essi sono portatori, non risulta affatto offeso dal prelievo a scopo di trapianto, vista la nobiltà degli scopi umanitari perseguiti con tale attività, deve invece, d'altra parte, ritenersi che la particolare rilevanza, riconosciuta anche costituzionalmente,⁷⁷ del contrapposto interesse alla salvaguardia della vita altrui, legittimi il legislatore di accordare prevalenza a quest'ultimo⁷⁸.

L'abolizione del ruolo decisionale dei parenti sembra dunque complessivamente conforme al principio personalistico, nonché sommariamente improntata verso esigenze di carattere funzionale.

V'è da aggiungere, poi, che il nuovo sistema sul consenso, rispetto a quello precedente, risulta più rispettoso della libertà di manifestazione della propria volontà, perché è volto ad agevolare esplicite manifestazioni di volontà dei cittadini, in quanto ha definitivamente eliminato qualsivoglia eccezione alla regola del prelievo "conforme a volontà", a differenza di quanto previsto dall'art. 6 dell'abrogata legge 644/75: infatti, la sottoposizione del cadavere ad autopsia o riscontro diagnostico non consente più alcuna deroga a quel principio. Non solo, ma anche perché esclude

⁷⁷Si pensi a quanto previsto dagli art. 2 e 32 della Costituzione italiana. L'art. 2 reca «*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*». L'art. 32, indirizzato alla tutela della salute, reca «*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*».

⁷⁸In questo senso si è pronunciato il Comitato Nazionale per la Bioetica, il 7 ottobre 1991, *Donazione di organi ai fini di trapianto*. L'estratto è rintracciabile sulla pagina web del comitato stesso, effettuando una ricerca a mezzo di parola chiave.

qualsiasi interferenza volitiva di terzi rispetto ad un procedimento decisionale, che si sviluppa esclusivamente dalla determinazione dell'interessato.

Unico problema, in merito alla espressione del consenso, ancora ad oggi rimasto irrisolto, è dunque quello relativo alla "presunzione". In linea di principio, il meccanismo presuntivo residuale, una volta salvaguardato il diritto di ciascuno a consentire o dissentire, espressamente e liberamente, pare pienamente legittimo; ciò non soltanto da un punto di vista tecnico-formale, ma altresì per quanto concerne i parametri sostanziali. A tale proposito, appare decisivo, per la legittimità del sistema, quel ruolo determinante, riconosciuto allo Stato, di fornire un'adeguata informativa al cittadino, in particolare circa i propri diritti e doveri in ordine all'espianto degli organi⁷⁹. Orbene, da ciò deriva che l'effettiva "plausibilità etica" di tale meccanismo risiede, non già su ciechi automatismi presuntivi, derivanti da oneri astrattamente sanciti dalla legge, quanto piuttosto su un complesso procedimento, che scaturisce da uno specifico interpello dei cittadini, tramite apposita notifica *ad personam*, contenente l'esplicito avvertimento delle conseguenze che deriveranno da un volontario silenzio. Una responsabilizzazione, dunque, per ciascun individuo, a prendere posizione e manifestarla espressamente, in piena coerenza con quel dovere di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 della Costituzione.

Una precisazione è però necessaria: la ragionevolezza e il successo dell'intero sistema dipenderanno dalla capacità dell'ordinamento di raggiungere, interpellare ed informare efficacemente ogni cittadino, nonché dal grado di effettività che verrà, in concreto, conferito al diritto di esprimere una volontà cogente. Verrebbe meno ogni legittimazione, ove inefficienze, burocratismi e resistenze nei più diversi ambiti, rendessero disagiata e complicata la registrazione di ogni singola dichiarazione di volontà. Ed è proprio qui che entra in gioco l'importanza della realizzazione di quanto previsto nell'art. 5 della legge in esame. Il meccanismo del "silenzio-assenso" si articola nelle seguenti diverse fasi:

-la prima, che vede protagoniste le singole Aziende Sanitarie Locali, implica che le stesse debbano provvedere a notificare a tutti i cittadini la richiesta formale di esprimere la propria volontà, secondo modalità tali che garantiscano che vi sia un'effettiva conoscenza dell'interessato, con l'esplicito avvertimento che la mancata

⁷⁹GIANELLI CASTIGLIONE A., *La nuova legge sui trapianti: cosa cambia?*, cit. nota 74.

dichiarazione è considerata, a tutti gli effetti, quale assenso alla donazione, nonché comunque, nel caso di silenzio, di eseguire periodici solleciti, da parte dei vari uffici della P.A.

-la seconda fase attiene alla registrazione della volontà espressa, sia mediante annotazione nei documenti sanitari dell'interessato, sia nel sistema informativo tenuto dal Centro Nazionale, di cui all'art. 7, comma 2, della presente legge. Il prelievo sarà dunque possibile, purché vi sia la prova dell'effettiva notifica della richiesta di dichiarazione di volontà, quando dagli accertamenti effettuati risulta che il defunto abbia manifestato il suo esplicito assenso all'espianto, ovvero che egli, al riguardo, non abbia manifestato alcuna volontà certa.

Il comma 3, dell'art. 5, si occupa poi dei minori, prevedendo, solo in questo caso, che la dichiarazione di volontà sia espressa dai genitori esercenti la potestà, i quali devono però essere necessariamente in accordo tra loro, al fine di poter procedere con l'espianto; al contrario, non si potrà, per i nati, per gli incapaci e per i minori affidati ad istituti di assistenza, pubblici o privati, effettuare alcuna dichiarazione sostitutiva⁸⁰. E se l'impianto generale della normativa da un certo punto di vista appare complessivamente condivisibile e largamente garantista, non egualmente può dirsi, riguardo a questi due ultimi punti della legge, nei suoi profili applicativi. Non convince affatto il divieto assoluto che discende dal mancato funzionamento degli strumenti della notifica, secondo cui «[...]i soggetti cui non sia stata notificata la richiesta [...] sono considerati non donatori». La norma, frutto di un emendamento inteso a tacitare il timore che si potesse dar luogo alla presunzione di assenso, pecca palesemente per eccesso di zelo: poiché, se è corretto ritenere che l'informazione sia imprescindibile ai fini dell'operatività della presunzione del consenso, è altrettanto evidente che la sua mancanza non può in alcun modo inficiare la validità di un consenso effettivamente manifestato, pur in difetto della notifica⁸¹. E così non si potrà procedere ad espianto nei confronti del soggetto -magari attivista anche di un'associazione di donatori di organi- che abbia espresso pubblicamente il proprio favore all'espianto, nel caso in cui, per un qualsiasi errore amministrativo delle Asl, non gli sia stata notificata la richiesta di manifestazione di volontà. Ma ciò non varrà

⁸⁰LA REPUBBLICA, *La legge sui trapianti: ecco le nuove norme*. Articolo di giornale, 27/03/00, ancora rintracciabile a mezzo ricerca su <http://repubblica.it/>.

⁸¹GIANELLI CASTIGLIONE A., *La nuova legge sui trapianti: cosa cambia?*, cit. nota 74.

solo nel caso in cui il potenziale donatore non “notificato” non abbia manifestato alcuna volontà nell’ambito del procedimento formale di interpello, delineato dalla legge, perché dalla lettera della disposizione deve evincersi che, quando comunque abbia fatto difetto quella notifica, nulla possa valere a trasformare il non donatore in donatore, neppure una manifestazione di volontà espressa nelle forme di legge. La norma, infelice pedaggio pagato agli oppositori del silenzio-assenso, rischia così paradossalmente di vanificare il sistema, proprio in quell’unico punto dove ha ottenuto quasi l’unanime consenso, vale a dire quella parte che è diretta ad agevolare manifestazioni di volontà esplicite. Lasciano poi perplessi alcune scelte operate, riguardo alla manifestazione del consenso da parte di soggetti incapaci; anzitutto è giuridicamente incongrua la scelta di fissare al diciottesimo anno, anziché al sedicesimo, l’età per poter validamente acconsentire al dono degli organi, perplessità ancora maggiori pone poi l’ipotesi inversa: risulta francamente sconcertante che, fino ai diciotto anni d’età, il minore non possa, in alcun modo, validamente opporsi all’espianto degli organi, il fatto cioè che non si abbia il benché minimo riguardo al diritto, pur sempre personalissimo, di disporre del proprio futuro cadavere, secondo convincimenti etici e religiosi che, già ad un’età inferiore, possono essersi validamente formati, ed il cui rispetto sembrerebbe pertanto doveroso⁸². Questi, dunque, alcuni dei difetti intrinseci della nuova legge, di carattere prettamente formale, per i quali, sin da subito, era auspicabile, una ulteriore modifica e chiarificazione, tramite magari la formulazione delle norme attuative, le sole che avrebbero potuto stabilire la reale praticabilità del sistema. Ai sensi dell’art. 5, era infatti rimessa ad un Decreto Ministeriale, la determinazione delle modalità attuative dell’intero meccanismo, considerata anche la lunghezza del periodo di latenza, in quanto i tempi necessari per la promulgazione del decreto ministeriale avrebbero dovuto essere sommati con quelli ancor più lunghi per la realizzazione del sistema informativo, previsto dall’art. 7 della normativa stessa. Nella fase attuativa di transizione, si è comunque ritenuto possibile effettuare il prelievo di organi se il defunto non si fosse espresso negativamente in vita. Inoltre, l’opposizione alla famiglia sarebbe stata possibile, salvo il fatto che l’opposizione non sarebbe stata ritenuta valida qualora lo stesso defunto avesse espresso, in vita, volontà favorevole

⁸²BISORI L., *Il consenso al trapianto*, Aggiornamenti sociali 3/1993, pag. 836.

al prelievo, per mezzo di una delle modalità che sono previste dalla nuova legge⁸³. La persona che desidera esprimere la propria volontà al trapianto, avrebbe potuto quindi, in questo periodo di transizione, compilare la tessera distribuita insieme ai certificati del *referendum* del maggio del 2000. In alternativa, avrebbe potuto anche scrivere semplicemente le proprie volontà su un foglio qualsiasi, purché firmato di proprio pugno, da conservare insieme ai propri documenti⁸⁴. Con la piena effettività della legge, invece, avrebbe dovuto essere predisposta, *in primis*, un'adeguata campagna informativa, coronata dalla distribuzione di alcuni moduli da compilare dove esprimere la propria scelta, da inviare successivamente, entro novanta giorni, alle Asl, che a loro volta procederanno all'invio al centro informatizzato, istituito dal Ministero della Sanità. Ivi, è stata istituita una banca dati consultabile da tutti gli ospedali, per individuare chi non ha dato il proprio consenso all'espianto di organi.

La legge prevedeva anche l'istituzione del Centro Nazionale Trapianti (CNA) e della Consulta Tecnica Permanente: questi organismi non possono essere considerati un'indebita centralizzazione, poiché alcuni trapianti urgenti, dovuti alle condizioni cliniche dei pazienti in lista d'attesa o di difficile realizzazione, esigono la possibilità di avere una tempestiva risposta o di poter scegliere tra un grande numero di donatori. La centralizzazione, considerata sotto questo aspetto, non potrebbe non avere consenso unanime. La legge prevede poi la creazione di un Coordinatore Locale per ogni ospedale; questo è stato già istituito in alcune regioni, fra cui Veneto e Liguria, e ha avuto come risultati concreti un notevole miglioramento organizzativo in tutte le fasi del prelievo e del trapianto, nonché un maggior coinvolgimento dei rianimatori, con conseguente incremento dei donatori⁸⁵. Da alcuni, nella centralizzazione, è stato addirittura visto il pericolo che tutti gli organi possano essere distribuiti ai pazienti in lista d'attesa, indipendentemente dalla provenienza degli organi stessi. Considerando l'art. 8⁸⁶ della legge in questione, sembra che il Legislatore affidi al CNA funzioni di controllo e di definizione di criteri per

⁸³GIANELLI CASTIGLIONE A., *Trapianti di organi e tessuti: forum sulla nuova legge 1 aprile 1999, n. 91*, articolo online rintracciabile su <http://www.ib.pi.cnr.it/aido/>.

⁸⁴OVADIA D., *Che cosa dice la nuova legge sui trapianti?*, articolo online rintracciabile su <http://www.zadig.it/new2000/>.

⁸⁵PICCOLI R., *Trapianti d'organo: contributo alla discussione*, estratto discussione bioetica online, rintracciabile su <http://cwalto.piccoli/trapianti/>.

⁸⁶L'art. 8 della legge 91/99 si occupa del Centro Nazionale Trapianti, regolando e disciplinando sia la sua istituzione, sia le funzioni che vengono ad esso attribuite dal legislatore.

l'inserimento delle persone in lista d'attesa e di "protocolli operativi per l'assegnazione di organi e tessuti". Contrasta però con questa interpretazione quanto previsto alla lettera f del comma 6 dell'art. 8 stesso, in cui si afferma che il Centro Nazionale Trapianti "*procede all'assegnazione degli organi per i casi relativi alle urgenze [...]*": questo intervento diretto sarebbe dunque, in realtà, limitato solamente ad ammalati del tutto particolari. Si tratta perciò di una normativa tutto sommato ben costruita, formalmente articolata, ma che ha dovuto e continua a dover fare i conti con il senso (*rectius* non senso) della morale civica e della religione. Una normativa che, in un Paese come il nostro, procede a passo molto lento, senza riuscire a tenere il passo della scienza e della biomedicina.

3.3 Reazioni dell'opinione pubblica alla conferma del principio del silenzio-assenso.

Il testo di legge, approvato dal Senato definitivamente il 31 marzo 1999, prevedeva che, dopo un'adeguata campagna d'informazione, tutti gli italiani di età compresa tra i diciotto e i sessanta anni, avrebbero dovuto esprimere assenso scritto, attraverso un modulo inviato dalla ASL, qualora avessero inteso autorizzare il prelievo dei propri organi dopo la morte. La mancata risposta alla notifica nei tempi indicati dalla legge, comporta automaticamente l'inserimento del proprio nome nella lista dei donatori: il silenzio viene così considerato come assenso, ovviamente soltanto ove vi sia la prova scritta che al cittadino è arrivata la notifica della ASL, correttamente eseguita⁸⁷.

Questo è, in via del tutto riassuntiva, quanto previsto dall'art. 4 della legge in esame, che rappresenta poi, come più volte ribadito precedentemente, il punto focale della riforma, ovvero il nucleo centrale da cui sono scaturite discussioni e polemiche, alcune delle quali ancora oggi irrisolte. Già il giorno seguente l'approvazione del progetto di legge alla Camera, iniziarono a infervorarsi gli animi, al punto tale che l'opinione pubblica fece sentire ben presto la sua voce: i cinque maggiori quotidiani nazionali, *Corriere della Sera*, *La Repubblica*, *La Stampa*, *L'Unità* e *Il Manifesto*, sono intervenuti sulla notizia del giorno dopo, dando adito a sequele ascendenti di

⁸⁷LA REPUBBLICA, *Legge sui trapianti: ecco le nuove norme*, cit. nota 80.

parole alle quali non si mai stati in grado di porre un punto fermo⁸⁸. Questi alcuni dei titoli delle principali testate: *Corriere della Sera*, “*Trapianti: chi tace diventa donatore...*”, *L’Unità*, “*Tutti donatori: approvata la legge. Stabilito il silenzio-assenso, espianto di organi vietato solo su chi esplicita il no.*”, *Il Manifesto*, “*Silenzio, si trapianta*”. Difficile non notare il tono “agrodolce” con cui viene introdotto l’argomento da parte dei *mass-media*, facendo già presagire la totale assenza di plausi, nonché lo sconcerto della notizia. Vediamo adesso, nel proseguo, come si sono espressi alcuni degli “addetti ai lavori” e non, intervistati sulla questione.

A favore della novità si è pronunciato il bioetico Giovanni Berlinguer, il quale la definisce come una “buona legge”, per almeno tre motivi: il primo, nonché il più forte, è che hanno prevalso, oltre le ideologie, le esigenze pratiche, soprattutto quelle dei più deboli, che sono i malati in lista d’attesa; il secondo è che il consenso presunto viene applicato gradualmente, solo dopo che le Autorità sanitarie avranno posto ciascuno in grado di decidere consapevolmente per il sì o per il no; il terzo, più pratico, è che il testo unifica due leggi che avevano avuto un *iter* separato: le norme di principio vengono così associate a quelle operative.

Lo scrittore Erri De Luca, invece, chiama la nuova legge “*Non habeas corpus*”, ossia manifestazione della negazione del diritto di inviolabilità della persona umana, nonché «*l’esproprio medico del corpo e della nuda vita ridotta a magazzino di ricambio*»; un altro scrittore, Guido Ceronetti, intervistato da “*Repubblica*”, si esprime contro, fermando la sua attenzione, però, sul rischio che funzioni “*più il silenzio che l’assenso*” e che «*si spiani la strada al crimine, agli espianti criminali, agli espianti senza consenso*», e conclude «*il trapianto è sempre una bella forma di donazione. Ma a patto che sia una donazione spontanea*». Un altro che esprime gli stessi timori è Fausto Baldissera, professore di fisiologia umana presso l’Università di Milano, che in proposito dice: «*[...] sono certo che una volta introdotto per legge lo stravolgimento concettuale che chiama il silenzio, con il nome di assenso, le pressanti richieste di organi finirebbero prima o poi per coagulare gruppi di specialisti disposti a transigere sulla severità dei controlli o addirittura a*

⁸⁸IL DUCATO, *Il trapianto in pagina*, articolo online rintracciabile su <http://www.uniurb.it/giornalismo/trapianti.htm>

*falsificare l'accertamento [...]»⁸⁹. Come si può vedere, largo spazio è stato dato su tutti i giornali ai commenti negativi della legge, arrivati anche dai medici e dai rappresentanti dell'AIDO (associazione italiana donatori di organi). L'allora presidente di tale associazione, Enza Palermo, in proposito per esempio afferma: «[...] la normativa non sembra del tutto idonea a soddisfare le esigenze dei trapianti nel nostro Paese, [...] la modifica legislativa appare peggiorativa rispetto alla precedente, perché si è passati da un regime in cui tutti potevano essere considerati potenziali donatori, ad uno in cui, per esserlo, occorre non solo esprimere parere favorevole, ma essere anche stati informati dalle Asl, altrimenti si viene considerati non donatori [...]»⁹⁰. Anna Massone, ex Presidente dell'Associazione Voglio Vivere, sul tema si è espressa così: «si pensa di reclutare così il maggior numero di italiani per trasformarli in donatori di organi, volontariamente o per distrazione od altre cause, colmando così lo svantaggio nei confronti degli altri Paesi Europei..è stato orientato tutto a favore della donazione piuttosto che a garanzia che l'individuo possa disporre della propria morte e del proprio corpo liberamente»⁹¹. Ancora parere contrario, anche su un altro punto della legge, è quello che esprime su il quotidiano *L'Unità*, il professore Carlo Casciani, allora Presidente della *Società italiana dei trapianti* e Direttore della clinica chirurgica di Tor Vergata a Roma, il quale lancia l'allarme sull'art. 4 della legge ed in particolare su quel punto che si sofferma sulla responsabilità penale del chirurgo che effettua l'espianto: « [...] il comma 7 dell'art. 4 dice che il chirurgo che fa il prelievo va incontro a due anni di reclusione e due di esclusione dall'attività professionale, se non accerta che il defunto sia stato informato dalle Asl». E aggiunge: «tutti conoscono la situazione delle nostre Asl e immaginare un sistema informatico in grado di dare una risposta al chirurgo, che deve operare in tempi strettissimi, mi sembra utopistico». Criterio del silenzio-assenso e troppa burocrazia, anche secondo il professore Girolamo Ischia, direttore del centro trasfusionale e di medicina dei trapianti del policlinico di Milano, sono i "punti oscuri" della legge. Egli viene citato sia dal *Corriere della Sera*, che da *La Stampa*: « [...] l'impianto burocratico, che prevede l'informazione del cittadino, la registrazione sulla tessera sanitaria...è troppo complesso!». Tutti dubbi e*

⁸⁹BALDISSERA F., *L'assenso è l'ultima difesa*, articolo online rintracciabile su rivista *Tempo Medico*, al sito <http://www.tempomedico.it/trapianti/baldissera>

⁹⁰PALERMO E., *L'Aido fa la sua parte*, articolo online rintracciabile su <http://www.aido.it/>.

⁹¹MASSONE A., *Donazione di organi?No predazione.*, Giappichelli, 2007, pag. 64.

perplexità, situazione che trovano un loro intrinseco fondamento, ma di cui è problematica verificare la rispondenza ai fatti.

Al giorno d'oggi, l'unica soluzione possibile per evitare il sorgere di diverbi e conflitti è cercare di far crescere sempre più l'informazione, al punto tale da sensibilizzare il maggior numero possibile di coscienze. Solo informando correttamente e compiutamente, al fine di fugare ignoranze e presunzioni, dissipando paure ancestrale e incertezze, si potrà dire di aver segnato un punto di non ritorno.

3.4 Modelli di consenso esistenti e modalità di espressione dello stesso nei vari ordinamenti europei.

Le modalità possibili al fine di determinare a quali condizioni è permesso prelevare organi, tessuti o cellule da persone decedute, sono varie. I vari modelli di consenso hanno in comune il fatto di ammettere il prelievo se il donatore vi ha acconsentito, proibendolo invece qualora vi si fosse opposto.

Riguardo al consenso personale del donatore, fondamentalmente si possono distinguere tre modelli diversi:

1. **la regola dell'opposizione:** il prelievo di organi, tessuti e cellule è permesso se il defunto stesso non vi si sia espressamente opposto in vita. L'assenza di una dichiarazione al riguardo viene perciò considerata, alla stregua di un consenso, "consenso presunto" o "tacito consenso". Se si concede il diritto di opposizione anche ai congiunti, si parla di regola dell'opposizione in senso lato.
2. **La regola del consenso:** il prelievo è ammissibile solo se la persona deceduta vi abbia precedentemente acconsentito. L'assenza di una dichiarazione al riguardo viene considerata come fosse un'opposizione, parlandosi quindi di "consenso espresso". In senso lato, l'assenza di una dichiarazione al riguardo non viene considerata né un consenso, né un rifiuto. In questo caso ci si rivolge ai congiunti e il prelievo è permesso, qualora essi vi acconsentano.
3. **La regola dell'informazione:** la regola dell'informazione è una versione modificata della regola dell'opposizione, secondo cui, se non vi è né approvazione, né rifiuto da parte della persona deceduta, i congiunti vengono informati sulla possibilità di effettuare un prelievo. Se essi non vi si

oppongono entro un lasso di tempo convenuto o a loro noto, si potrà procedere all'espianto.

Questi dunque i modelli base, per così dire "puri", da cui scaturiscono possibili assembramenti, che portano, per esempio, alla realizzazione del modello attualmente in vigore in Italia, che è, come più volte rimarcato, quello del silenzio-assenso, che nasce, a ben guardare, proprio da una mistione tra i tre precedentemente elencati.

Veniamo dunque all'esame del *modus operandi* di altri Paesi europei. Alla regola dell'opposizione, ossia "tacito consenso", sembra essersi rifatta l'Austria che, con la legge federale 1 giugno 1982, n. 273, perviene alla statuizione secondo cui: *«non è consentito prelevare dai defunti singoli organi quando ai medici consti una dichiarazione con la quale il defunto, prima della sua morte, abbia espressamente rifiutato il dono dei propri organi [...]»*⁹². Alla stessa conclusione addivengono altri Paesi, come Belgio, Francia e Spagna; il Belgio, con l'apposita legge 13 giugno 1986, che al capitolo tre, recita: *«gli organi e tessuti destinati al trapianto ...possono essere prelevati dal corpo di qualsiasi cittadino belga..., salvo il caso in cui risulta che un'opposizione sia stata espressa [...]»*. La Francia, con la legge 22 dicembre 1976, n. 76-1181, nonché per mezzo del decreto 31 marzo 1978, n.78-501, all'art. 2 della legge citata, afferma: *«possono essere effettuati, ai fini terapeutici scientifici, prelievi...da una persona che non abbia espresso in vita, il proprio rifiuto [...]»*; in tale nazione però, tale modello, *de facto*, si rifà alla regola del consenso in senso lato, in quanto, in assenza di una dichiarazione, ci si rivolge ai congiunti e il prelievo è permesso se essi vi acconsentono⁹³. Anche la Spagna, con la legge 27 ottobre 1979, n. 30, all'art. 5, statuisce: *«il prelievo di organi o di altre parti anatomiche dal corpo di un defunto potrà essere realizzato ...nel caso in cui il donatore non abbia lasciato una espressa manifestazione della propria opposizione [...]»*. La regola dell'opposizione, se applicata coerentemente a quanto statuito, sia in senso stretto che in senso lato, dovrebbe aumentare la disponibilità di organi. Al momento però questo effetto non è comprovato, dato che la maggior parte dei Paesi che sanciscono questo modello a livello giuridico, nella prassi, applica poi la regola del consenso in

⁹²PEICO G., *Il consenso al trapianto*, Aggiornamenti Sociali, 3/1993, pagg. 175 e sgg.

⁹³BISORI L., *Legge 1 aprile 1999, n. 91*, recante *«disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e tessuti»*, Legislazione Penale, 1999-II, pag. 827.

senso lato⁹⁴. La regola del consenso espresso vige invece in Gran Bretagna, ove deve essere dato per iscritto, in Germania, dove in caso di non manifestazione è però ammesso il consenso di un parente prossimo, nonché infine in Svezia, paese in cui il consenso va dato per iscritto, ma in assenza vale anche quello rilasciato dalla famiglia⁹⁵.

Come si può facilmente desumere da quanto appena riportato nelle righe antecedenti, la contrapposizione tra i vari modelli è gradatamente mitigata proprio dal rilievo che può essere conferito alla volontà dei parenti; ferma infatti la primaria ed indiscutibile titolarità, in capo al diretto interessato, della facoltà di decidere sul prelievo, l'autentico nodo problematico di ogni sistema sta nelle regole che disciplinano l'ipotesi in cui non consti alcuna volontà del *de cuius*. In concreto, difatti, quando difetti al riguardo una indicazione del defunto, espressa *vita vivendi*, non vi è gran distanza tra un "assenso espresso" e la "non opposizione", allorché sia prescritto comunque l'interpello formale dei parenti, avendo gli stessi facoltà di decidere *iure proprio*: è questo il caso, ad esempio, del nostro previgente sistema legislativo italiano, nonché di altri sistemi, quali quelli danese, finlandese, irlandese, e norvegese⁹⁶.

Esaminato tutto ciò, non possono non essere menzionati tutti coloro che hanno difeso a spada tratta la formulazione della nuova legislazione italiana in materia di trapianti, insistendo sul fatto che la sua approvazione ci avrebbe "portato in Europa", e aggiungendo che in tutti gli altri Paesi Europei vige già da tempo il principio del silenzio-assenso. Ebbene, a ben guardare le cose non stanno proprio così, dal momento che, in Gran Bretagna, Olanda, Germania e Svezia, il consenso deve essere esplicito e che in altri Paesi, fra cui Francia e Grecia, quest'ultimo è comunque soggetto ad alcune limitazioni di carattere sia impositivo, che precettivo. Inoltre, anche negli Stati Uniti, dove sembra esserci, in tema di trapianti, la

⁹⁴DI DONATO, Il trapianto in pagina, articolo online, rintracciabile su <http://uniurb.it/giornalismo/>.

⁹⁵RAPPORTO ITALIA 1999, *Menzogna e verità, il consenso al prelievo di organi*, discussione online, rintracciabile su <http://www.mix.it/>.

⁹⁶BISORI L., *Legge 1 aprile 1999, n. 91, recante «disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e tessuti»*, Legislazione Penale, 1999-II, pag. 826.

normativa più “garantista”, il principio è quello del consenso esplicito, accompagnato anche dall’assenso dei familiari del consenziente⁹⁷.

3.5 Profili penalistici e sanzioni nella legge n. 91 del 1999.

La carenza di donatori, che per lungo tempo ha collocato l’Italia all’ultimo posto in fatto di donazione, ha portato il legislatore ad introdurre lo schema del silenzio-assenso-informato, di cui ho già ampiamente parlato, e che è il tratto centrale della legge in questione. A questo punto, non resta che chiedersi a quali conseguenze potrebbe andare incontro il soggetto che violi tali disposizioni, qual è quindi il regime sanzionatorio previsto dalla nuova legge. Bisogna distinguere: in alcuni casi il legislatore ha previsto sanzioni amministrative, in altri sanzioni di carattere penale. L’articolo di legge che se ne occupa è il n. 22, che riprende già quanto precedentemente previsto all’art. 21 della legge n. 644 del 1975; oggi però, tali ipotesi di reato hanno solo rilevanza amministrativa, tramite il pagamento per il trasgressore di una somma prestabilita. Si tratta di una sanzione che, irrogata dalle Regioni in virtù della l. n. 689 del 1981 sulla depenalizzazione, riguarda la violazione di prescrizioni attinenti le varie fasi in cui cronologicamente si articola l’attività di trapianto: quella di prelievo dell’organo o tessuto, della conservazione e quella finale del trapianto. È quindi prevista:

- a. per chiunque effettui prelievi di organi e tessuti, in strutture non accreditate o non dotate di reparti di rianimazione.
- b. per le strutture che omettono di registrare i dati relativi alla conservazione dei tessuti. Le strutture sanitarie pubbliche sono, infatti, tenute a conservare e a distribuire i tessuti prelevati, certificandone idoneità e sicurezza, nonché a registrare i movimenti di entrata e di uscita dei tessuti prelevati, inclusa l’importazione.
- c. per chiunque effettui trapianti di organi e tessuti in strutture diverse da quelle accreditate.

Riassumendo, quindi, il primo comma dell’articolo sanziona la violazione delle prescrizioni poste a tutela della c.d. idoneità tecnica dei luoghi⁹⁸.

⁹⁷PICCOLI R., *Trapianto d’organi, contributo alla discussione*, articolo online, rintracciabile su <http://users.iol.it/cwalto.piccoli/trapianti.html>.

⁹⁸BISORI L., *legge cit.* nota n. 96, pag. 848.

Quanto invece alle sanzioni penali, se da un lato la riforma ha comportato una maggiore semplificazione normativa con la riduzione, rispetto alla pregressa legge 644/1975, delle fattispecie criminose da cinque a tre, dall'altro, ha evidenziato numerose lacune ed incongruenze. In particolare, la riduzione delle fattispecie criminose è scaturita dall'abrogazione della figura criminosa di cui all'art. 19 della legge n. 644, che puniva «*chi riceveva danaro o altra utilità ovvero ne accettava la promessa, per consentire al prelievo dopo la morte di parti del proprio o di quello di altra persona*» e dalla depenalizzazione ad amministrative delle sanzioni poco sopra citate. Rimangono, perciò, tre sole ipotesi di reato: la prima, prevista all'articolo 4, comma 6, della legge in oggetto, finalizzata ad apprestare tutela, anche penale, alla disciplina in tema di dichiarazione di volontà; le altre, invece, volte a reprimere il traffico di organi. Procediamo però con ordine: la prima fattispecie di reato che si incontra all'interno della legge 91 del 1999 è contenuta nell'art. 4, comma 6, dove è previsto che chiunque violi quanto prescritto nei commi precedenti, sarà sanzionato con l'interdizione dall'esercizio della professione sanitaria fino a due anni e con la reclusione fino a due anni. Facile quindi scorgere le sanzioni di carattere penalistico che vengono inserite nella norma, al momento della stesura della legge.

La formulazione della disposizione risulta però incompleta, oscura ed imprecisa, in quanto le condotte criminose devono essere ricavate tramite un'operazione interpretativa, che le ricerchi all'interno di quanto disposto in termini di liceità dai commi 2, 3, 4, 5 dello stesso articolo; operazione indubbiamente già difficoltosa per l'interprete legislativo, *a fortiori* per ogni semplice cittadino⁹⁹.

Cercando di individuare quelle che sono configurate come condotte penalmente illecite, appunto definite dall'articolo in esame, tenuto conto che il legislatore, in ordine alla donazione degli organi, ha scelto lo schema del silenzio-assenso-informato, si può affermare che è considerato penalmente illecito il prelievo di tessuti o di organi di un soggetto defunto, nel momento in cui:

- a) avvenga su un individuo che aveva espressamente negato, in vita, il proprio assenso alla donazione, ovvero che abbia presentato in tempo utile una dichiarazione autografa di volontà contraria al prelievo; perché sussista reato

⁹⁹VITALE F., *Profili penalistici e sanzionatori della legge n 91 del 1999*, discussione online rintracciabile su <http://www.dirittooggi.it/>.

occorrerà che il sanitario responsabile del prelievo fosse a conoscenza della volontà negativa manifestata in vita dal defunto.

- b) avvenga su un soggetto cui non è stata notificata dall'ASL la richiesta finalizzata ad ottenere il consenso alla donazione degli organi.
- c) avvenga su un minore, quand'anche uno solo dei genitori abbia rifiutato di prestare il proprio consenso all'espianto, o sui minori affidati al ricovero presso istituti d'assistenza, ovvero su soggetti non aventi la capacità d'agire.

Si pone, inoltre, il problema del rapporto delle condotte criminose di cui all'art. 4, comma 6, con i c.d. "reati contro la pietà dei defunti"¹⁰⁰, i quali, con il tempo, dovranno essere meglio verificati e circoscritti, considerando che il principio dell'intangibilità del corpo umano non è più la regola, essendo oggi la regola generale, infatti, il prelievo di organi e tessuti da defunto. Il diniego è la possibilità sussidiaria che sussiste quando c'è un'espressa dichiarazione di volontà, manifestata in una delle diverse forme previste dall'ordinamento giuridico.

Orbene, l'art. 4, comma 6, della nuova disciplina sembra porsi in rapporto di specialità rispetto alle norme del codice penale riportate in nota, con l'effetto di metterle in secondo piano, grazie al principio classico secondo cui "*lex specialis derogat legi generali*"¹⁰¹.

3.6 Divieto del commercio di organi.

Quanto detto nel paragrafo precedente, riguarda la tutela penale in riferimento alla dichiarazione di volontà, di ogni soggetto, alla donazione degli organi dopo la morte. Analizziamo adesso velocemente le rimanenti disposizioni "antitraffico", che sono disciplinate dall'art. 22 comma 3 e 4 della legge in discorso.

Il comma 3 prevede : «*chiunque procura, per scopo di lucr, un organo o un tessuto prelevato da soggetto di cui sia stata accertata la morte [...], ovvero ne fa comunque commercio, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da lire [...]. Se il fatto è commesso da persona che esercita una professione sanitaria, alla condanna consegue l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione*». E il comma 4 invece si preoccupa di punire «*con la reclusione fino a*

¹⁰⁰ In proposito, vedi Codice penale, artt. 410 (vilipendio di cadavere), 411 (distruzione, soppressione o sottrazione di cadavere) e 413 (uso illegittimo di cadavere).

¹⁰¹VITALE F., *Profili...* cit. nota 99.

due anni, chiunque procuri, senza scopo di lucro, un organo o un tessuto prelevato abusivamente. Se il fatto è commesso da persona che esercita una professione sanitaria, alla condanna consegue l'interdizione temporanea fino ad un massimo di cinque anni dall'esercizio della professione». Riassumendo, mentre, il 3° comma si preoccupa di sanzionare l'espianto effettuato per finalità di lucro, il 4° comma si occupa dell'ipotesi dell'espianto abusivo, senza scopo di lucro, quale un espianto *pietas causa*, in ragione di un affetto familiare¹⁰². Le problematiche che pone l'interpretazione di quest'ultimo comma attengono alla definizione del prelievo abusivo; è certamente tale il prelievo effettuato in assenza di consenso del defunto, ovvero non rispettando le disposizioni di cui all'art. 4 della legge in commento, per esempio nei confronti di soggetto incapace. A ben guardare, la disciplina di tale fattispecie è molto simile a quella disciplinata, appunto, dallo stesso art. 4, se non addirittura in quest'ultima già inglobata. La distinzione tra le due norme è molto sottile e consisterebbe nel fatto che, mentre l'art. 4 comma 6 punisce l'attività di prelievo, l'art. 22 punisce l'attività di procacciamento. La *ratio* della previsione punitiva, come si può facilmente notare, è tesa a stroncare alla radice qualunque traffico di organi, anche se gratuito, evitando anche che la mancata prova del fine di lucro, da parte del mediatore, possa determinarne l'assoluzione.

La presa di posizione dei legislatori dei vari Paesi in ordine alla commerciabilità degli organi è pressoché unanime: in tutte le discipline vige il “principio della gratuità” della cessione degli organi, tra l'altro emblematicamente sintetizzata nella nozione di donazione, ed il divieto di compravendita è rafforzato dal costante ricorso alla sanzione penale, unica nel suo genere. Le risoluzioni del Consiglio d'Europa (1975), della Conferenza dei Ministri Europei della Sanità (1980), dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (1990), nonché dell'ormai non più recente Conferenza Internazionale di Monaco di Baviera (1991), hanno, difatti, sancito la opposizione al commercio degli organi e tessuti, ovvero a qualsiasi ingerenza di pagamenti da parte del ricevente sulla decisione per la scelta sulla destinazione degli organi¹⁰³. Numerose le politiche di prevenzione volte ad impedire il c.d. “traffico di organi umani”, quale fenomeno che minaccia libertà e dignità della

¹⁰²BISORI L., *Legge...* cit. nota n. 96, pag. 854.

¹⁰³MIGONE L., *I trapianti di organi nei dibattiti dell'epoca contemporanea*, Medicina e Morale, 1994/1, pag. 17.

persona, tanto del donatore, quanto del paziente compratore, che da quel bene attende salvezza per la propria vita¹⁰⁴. Molti obiettano, però, che tale tipo di politica, vista la notevole discrepanza tra richiesta e disponibilità di organi, attestata di fatto dal notevole prolungamento delle liste d'attesa, è destinata al fallimento.

C'è chi poi, come i "liberisti", proporrebbe di risolvere la questione tramite la realizzazione di un monopolio statale sull'acquisto, ovvero, in alternativa, di un rigido controllo dei prezzi¹⁰⁵. Soluzioni queste che, oltre a non apparire eticamente accettabili, creerebbero anche disuguaglianze non indifferenti, né tantomeno trascurabili, tra chi può salvarsi, acquistando l'organo che gli serve, da un lato, e chi non può permetterselo, dall'altro. E come è ben noto, il nostro ordinamento si fonda sul principio delle pari opportunità tra i cittadini, quale espressione del principio supremo d'uguaglianza, sancito appunto dalla Costituzione, all'art. 3, nonché reinterpretato dalla presente legge come "criterio obiettivo" per l'assegnazione degli organi¹⁰⁶. Non si può comunque negare che l'insufficienza di organi "disponibili" alimenti il commercio clandestino (specie da Paesi poveri, in particolare quelli del Terzo Mondo); la mercificazione, infatti, non è in via di estinzione e addirittura minaccia di estendersi in forme più o meno dissimulate, incentivata soprattutto da squilibri economici che, tuttora, dividono diverse parti del mondo. Si tratta di contingenze che sembrano prevalere su altri motivi di carenza di coscienza collettiva verso il rispetto della persona umana: è proprio per questo che il divieto penalmente sanzionato non è misura da sola sufficiente a combattere tale fenomeno, «bisognerà contemporaneamente lavorare sulle alternative scientifiche, culturali, legislative e pratiche¹⁰⁷».

¹⁰⁴ Comitato Nazionale Per la Bioetica, op. cit., il quale afferma che : «[...]che è necessario che venga bandita ogni ipotesi di commercializzazione nella trapiantologia., anche attraverso una più attenta sorveglianza e la creazione di idonei strumenti legislativi».

¹⁰⁵ HENGELHARDT JR., *Il corpo in vendita : dilemmi morali della secolarizzazione*, Questioni di Bioetica, 1997, pagg. 123 ss.

¹⁰⁶ Vedere in proposito art. 1 della legge 1 aprile 1999, n.91.

¹⁰⁷ BERLINGUER G., *Il corpo come merce o come valore*, Questioni di bioetica, 1997, pag. 102.

CAPITOLO IV

Possibilità di prelievo nei soggetti affetti da anencefalia.

Sommario: **4.1** Difficoltà e critiche nell'accertamento della morte in età pediatrica e neonatale. **4.2** L'anencefalia: definizione medica e criteri utilizzabili per l'accertamento di tale tipologia. **4.3** Il soggetto anencefalico, il problema di accertamento della morte cerebrale e la possibilità del prelievo di organi a scopo di trapianto.

4.1 Difficoltà e critiche nell'accertamento della morte in età pediatrica e neonatale.

Esaminando il tema di trapianti d'organo, è doveroso soffermarsi sulla trattazione di una tematica molto delicata, a volte in conflitto persino con i più basilari principi della morale: parlo della possibilità o meno di estensione della disciplina che regola i prelievi con finalità di trapianto sui bambini in età pediatrica o neonatale. In materia, i problemi etico-religiosi sono accompagnati da altri di natura specificamente medico-tecnica.

Le maggiori particolarità trovano la loro origine da convincimenti nati dall'esperienza e hanno oggi dato vita ad alcuni punti fermi in materia: è necessario l'uso di una specifica cautela nell'ambito dei prelievi da bambini la cui età è inferiore agli anni cinque, per le difficoltà di cogliere con certezza e tempestivamente il momento del definitivo passaggio alla fase di coma irreversibile, e quindi di morte cerebrale. Stando a quanto stabilito dalla legge 29 dicembre 1993, n. 578¹⁰⁸, il periodo di osservazione per la diagnosi di morte, nei bambini di età inferiore ai cinque anni, è raddoppiato rispetto a quello previsto per un soggetto adulto; si passa infatti da un periodo di sei, ad uno di dodici ore. Nei bambini minori di un anno, il periodo di osservazione per la constatazione della morte viene addirittura protratto a ventiquattro ore. Inoltre, ai fini della donazione, è necessario che il neonato sia sopravvissuto in fase extrauterina per almeno una settimana, nonché l'esser nato

¹⁰⁸Artt. 2 e 4 della legge n. 578 del 29/12/93, recante «Norme per l'accertamento e la definizione di morte».

dopo almeno trentotto ore di gestazione. L'intento del legislatore, oltre quello di mostrarsi ulteriormente garantista nell'età infantile, è anche quello di far sì che l'utilizzo di organi prelevati avvenga da soggetto completamente formato, in grado di sopravvivere in ambiente extrauterino, cercando, inoltre, di evitare fenomeni quale il completamento della gravidanza di feti anencefalici, in cui la sopravvivenza extrauterina in genere è limitata a pochissime ore.

«*Il cervello dei neonati e dei bambini presenta un'aumentata resistenza al danno, essendo in grado di recuperare importanti funzioni, anche dopo aver mostrato assenze di risposte all'esame neurologico per un periodo più lungo di quanto si riscontri negli adulti*», così si esprimeva in proposito un collegio di medici americani, in un rapporto indirizzato al Presidente della Commissione per lo studio dei problemi etici in medicina nella ricerca biomedica¹⁰⁹; perciò, da quanto emerge, i medici, nell'applicare i criteri neurologici per accertare la morte in bambini di età inferiore ai cinque anni, dovranno essere particolarmente accorti e cauti. Rispetto ad un soggetto adulto, il substrato anatomico-funzionale appare completamente differente, soprattutto in relazione all'im maturità dello sviluppo e alla maggiore resistenza del parenchima cerebrale all'insulto ischemicoanossico¹¹⁰. Riguardo al soggetto di età neonatale, quindi, devono essere prese in considerazione tutte le difficoltà applicative per l'accertamento della morte e l'affidabilità dei criteri adottati, ovvero tutte le difficoltà applicative che riguardano sia i criteri clinici, che quelli strumentali. Nei neonati con età gestazionale inferiore alle trenta/trentadue settimane, età in cui con le modalità appropriate il bambino è mantenuto in vita ed ha elevate probabilità di sopravvivere sano, i riflessi del tronco sono del tutto incompleti. I criteri più seguiti per la diagnosi di morte cerebrale nel bambino sono: stato di coma, assenza della funzione troncoencefalica, assenza di movimenti spontanei o riflessi dei muscoli innervati dai nervi cranici, apnea, esclusione di ipotermia artificialmente indotta ed ipotensione, nonché, infine, atonia muscolare. Uno dei criteri più appropriati per l'accertamento è il test dell'angiografia con radionuclidi per la misurazione del flusso cerebrale, ma ne è problematica la disponibilità e l'utilizzabilità in molte unità di

¹⁰⁹COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, 7 ottobre 1991, *Donazione di organi ai fini di trapianto*, parere espresso rintracciabile su sito ufficiale o su <http://www.aido.it/>.

¹¹⁰COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, 15 FEBBRAIO 1991, *Definizione e accertamento della morte nell'uomo*, parere espresso rintracciabile su sito ufficiale o su <http://www.aido.it/>.

terapia intensiva. Più disponibili, nonché più facilmente impiegabili, sono i tests di apnea provocata e del silenzio elettrico per almeno ventiquattrore, ma hanno una percentuale di attendibilità meno sicura. Metodo migliore sarebbe quello di applicare la totalità dei criteri esaminati, al fine di una garanzia di riuscita molto più elevata.

4.2 L'anencefalia: definizione medica e criteri utilizzabili per l'accertamento di tale patologia.

In ordine ai trapianti, le questioni bioetiche continuano a presentarsi in una escalation senza fine. Un caso particolare riguarda proprio la donazione di organi, nella fase dell'infanzia, da bambino anencefalico. Il continuo, se pur indiretto, riproporsi del problema dell'anencefalia, ha convinto i membri del Comitato Nazionale per la Bioetica, nel gennaio del 1994 ad emanare un documento, intitolato "Trapianti di organi nell'infanzia" ove vengono affrontati i complessi problemi bioetici e non, che sorgono in ordine alla trapiantologia infantile.

È stato rilevato come la necessità di piccoli organi ai fini del trapianto sia superiore alle possibilità di reperimento degli stessi: gli organi in età infantile sono necessari per i trapianti in piccoli pazienti, oltre ad essere particolarmente interessanti, soprattutto per le caratteristiche di sopravvivenza e di possibilità di crescita del loro potenziale funzionale. Ma oltre alla scarsità di "materiale", bisogna tenere conto del fatto che si tratta di una chirurgia di altissimo livello tecnico-organizzativo, che assai difficilmente sarà a disposizione di un numero elevato di pazienti. Inoltre, nonostante i molti aspetti e risultati incoraggianti, l'intera materia dei trapianti infantili è ancora oggetto di discussione, sia per le indicazioni, che per le tecniche e i risultati, oltre che per i problemi etici. Assai controverso è il ruolo che la eventuale disponibilità di feti anencefalici potrebbe assumere nel soddisfare le esigenze di piccoli pazienti in attesa di trapianto; interessante è osservare come la potenzialità dell'uso di feti anencefalici sia stata differentemente valutata: da unico rimedio ad una situazione di grande necessità di organi, a provvedimento di irrilevante effetto sul problema delle gravi malformazioni infantili, in grado di rimediare solo a pochissime situazioni particolari. Però, prima di affrontare la possibilità o meno di usufruire di organi provenienti da soggetto anencefalico, sembra necessario chiarire cos'è l'anencefalia. Essa è definita come una patologia

che, nel suo significato letterale, richiamando la lingua greca¹¹¹, indica l'assenza dell'encefalo; in realtà, con tale termine, si definisce una rara malformazione del tubo neurale intervenuta tra il sedicesimo ed il ventesimo giorno di gestazione, in cui si ha assenza completa o parziale della volta cranica e dei tessuti sovrastanti e vario grado di malformazione e distruzione degli abbozzi del cervello esposto¹¹².

L'anencefalia totale rende impossibile ogni funzione vitale; quella parziale è compatibile con alcune espressioni di vita organica del soggetto. Quando l'anencefalia è totale, la gravidanza difficilmente viene portata a termine, solitamente anzi si conclude, dopo alcuni mesi, con un aborto spontaneo; ma, se l'anencefalia è solo parziale, la gravidanza può anche essere portata a termine e nel neonato possono essere presenti alcune funzioni vitali, dipendenti da residue forze del tronco encefalico: respirazione spontanea, battito cardiaco, funzione renale¹¹³.

Non si deve tuttavia pensare che questa malformazione sia un'entità strettamente definibile: esiste, infatti, una varietà di denominazioni e classificazioni. La difficoltà di classificazione si basa sul fatto che l'anencefalia non è una malformazione che è presente o assente, in un solo momento, ma si tratta di un *continuum* malformativo, che passa dai quadri meno gravi a quadri di indubitabile anencefalia. Una classificazione rigida è, quindi, pressoché impossibile. Alcune malformazioni del sistema nervoso centrale sono poi, per alcuni aspetti accostabili, ma da non confondere con essa. Tra i più noti, possiamo elencare: la sindrome della banda amniotica, la iniencefalia, in cui abbiamo malformazioni gravi della colonna cervicale, ovvero l'encefalocele, che presenta un difetto localizzato della calotta cranica, tecnicamente consistente nella erniazione di tessuto cerebrale e meningeo a causa di una malformazione congenita del cranio stesso¹¹⁴. Spesso, inoltre, l'anencefalia si presenta associata ad altre malformazioni: gravi e frequenti sono le malformazioni di organi cranici, quali occhi, orecchi, ipofisi, meno frequenti, ma

¹¹¹Il termine anencefalia deriva dal greco ed è costruito dalla parola *ἐγκέφαλος* (*enkéfalos*), alla quale viene anteposta la particella *αγ* (*an*) che, a sua volta, richiama la funzione dell'alfa privativo. Così formata quindi, la parola anencefalia indica una patologia che sommariamente si riferisce all'assenza dell'encefalo.

¹¹²COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, 21 GIUGNO 1996, *Il neonato anencefalico e la donazione di organi*, parere rintracciabile sul sito ufficiale.

¹¹³PERICO G., *Neonati anencefalici e trapianto di organi*, Aggiornamenti sociali, 7-8/1992, pag. 510.

¹¹⁴HARRISON'S, *Principi di medicina interna e terapia*, Volume IV, ed. 3°, 1977, pagg. 559 e seg.

comunque possibili, le malformazioni a carico dell'apparato cardiocircolatorio. Tale incidenza ha portato a ritenere che reni, fegato e cuore, pur essendo in genere di dimensioni più ridotte per il peso corporeo ed affetti da una maggior percentuale di malformazioni, sono, nella maggior parte dei feti anencefalici nati vivi, adatti ad essere trapiantati, almeno inizialmente.

La diagnosi prenatale viene effettuata tramite lo screening della alfafetoproteina materna, nonché tramite il metodo dell'ultrasonografia. I due metodi, combinati tra loro, hanno dimostrato una possibilità di riscontro abbastanza elevata, tra l'80 ed il 100%¹¹⁵. Molte legislazioni permettono, a fronte del riscontro di una patologia di questo tipo, di procedere all'interruzione volontaria della gravidanza, che nella realtà dei fatti si verifica nell'80% dei casi.

Per quanto attiene agli aspetti funzionali, è d'uopo precisare che il feto anencefalico è gravemente deficitario sul piano neurologico: le funzioni legate alla corteccia mancano, essendo perciò assenti non solo i fenomeni della vita psichica, ma anche la sensibilità, la motilità, l'integrazione di quasi tutte le funzioni corporee. Generalmente residuano la funzione respiratoria e circolatoria, funzioni che dipendono da strutture poste nel tronco encefalico. Questo fa sì che la sopravvivenza di un soggetto affetto da tale tipo di patologia, sia molto ridotta e, nonostante le aspettative di vita siano piuttosto labili, non è sempre possibile definire l'immediatezza del decesso, in quanto la durata può essere anche di gran lunga estesa dalle terapie di sostegno intensivo. Solo in pochi casi si assiste ad una progressiva degenerazione del tessuto nervoso, dato che la lesione appare generalmente stabilizzata al momento della nascita; un rischio più elevato si ha invece al momento del parto, per l'eventuale trauma che il tessuto nervoso residuo potrebbe subire, non essendo protetto dalle strutture ossee. Di conseguenza, dopo il parto, la morte interviene principalmente per insufficienza respiratoria, causata da incompetenza delle strutture nervose di controllo, o anche per displasia polmonare ed in parte per anomalie multiple di tipo endocrino. Prescindendo per ora dal problema della possibilità o meno di usufruire di tali organi a scopo di trapianto, la questione primaria che deve essere affrontata da ogni medico è quella di stabilire quali cure

¹¹⁵TETTAMANZI D., *Diagnosi prenatale e aborto selettivo*, articolo online rintracciabile sul sito ufficiale di *Amicizia Cristiana*, inserendo nel campo di ricerca le parole chiavi "aborto volontario per anencefalia".

debbano essere apprestate a tali soggetti dopo la nascita, una volta accertata la diagnosi ed appurato che non esistano possibilità di sopravvivenza a lungo termine.

Ci si chiede, soprattutto, se debbano essere o meno impiegati tutti i mezzi di terapia intensiva oggi a disposizione della scienza, perché si possa prolungare o meno il loro stato “vegetativo”. Generalmente vi è accordo nel ritenere che, in questi casi, si debba usufruire solo dei mezzi ordinari di cura, considerando che alcuna terapia, per quanto aggressiva, appare efficace e in grado di modificare il decorso della malattia, che rimane, ad oggi, sempre e comunque mortale. Se ci si muovesse nella direzione opposta, non si farebbe altro che dar vita ad un “accanimento terapeutico” privo di finalità benefiche, perciò stesso immotivato.

4.3 Il soggetto anencefalico, il problema di accertamento della morte cerebrale la possibilità del prelievo di organi a scopo di trapianto.

Nel 1967 venne effettuato il primo caso di trapianto da donatore anencefalico, ma la relazione scientifica non affrontò minimamente le numerose questioni che tale procedura suscitava, limitandosi a descrivere gli aspetti tecnici ed osservando che «*i neonati anencefalici erano una scelta ragionevole come donatori per i trapianti infantili*»¹¹⁶. Successivamente, grazie anche al progredire della tecnica trapiantologica, che ha aumentato l’interesse scientifico, estendendo l’ambito anche ad una riflessione etica sulla possibilità di usufruire del feto anencefalico come donatore di organi *post mortem*, la questione è stata ripresa. Nel corso del tempo, in proposito, si sono prospettate numerose questioni e prese di posizione: punto di partenza comune è che, come ormai universalmente riconosciuto, il trapianto è una soluzione estrema e necessaria per soccorrere ad alcune patologie altrimenti non trattabili, in grado dunque di consentire la sopravvivenza, o quantomeno di prolungare l’esistenza, di un gran numero di soggetti malati. Quindi, deve essere compiuto ogni sforzo possibile, perché si possa garantire la maggiore disponibilità di organi trapiantabili; a questo punto della questione, le differenze sorgono nel momento in cui devono essere stabiliti i confini etici entro cui è possibile operare.

¹¹⁶COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, 21 giugno 1996, *Il neonato anencefalico e la donazione di organi*, parere rintracciabile sul sito ufficiale.

Una prima considerazione da fare è che il prelievo degli organi complessi, quali cuore, fegato, rene, deve essere effettuato in condizioni di relativo compenso ematico, in un momento in cui, cioè, il cuore è ancora battente, ovvero in grado di assicurare agli organi interessati una sufficiente perfusione. Nel caso di soggetto anencefalico, attendere la morte secondo i criteri cardiorespiratori, e solo in seguito prelevare gli organi, non è compatibile con la preservazione delle funzioni degli organi stessi, non più adatti, a questo punto, ad essere trapiantati. Si tratta di un problema che si è verificato anche per il soggetto, per così dire, “normale”, o meglio “non-anencefalico”; tale problema però, limitatamente al caso appena citato, è stato risolto con l’avvento della legge 29 dicembre 1993, n. 578, che ha coniato, disarmando gli animi contrari, una nuova ed unica definizione di morte: la morte cerebrale. Morte cerebrale, il cui tema è stato già in precedenza affrontato, intesa quale completa e definitiva sospensione di tutte le funzioni dell’encefalo o, per meglio dire, come cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell’encefalo. Nel caso del neonato anencefalico, però, la dimostrazione della morte presenta notevoli difficoltà di accertamento, legate alle precarie conoscenze, ancora imperfette, sulla neurofisiologia neonatale in senso generale, nonché a quelle riguardanti la stessa condizione malformativa del soggetto. La rilevanza dell’elettroencefalogramma è impossibile, a causa della stessa assenza anatomica delle strutture che ne originano i potenziali, ossia della corteccia cerebrale. Inoltre, in via generale, la presenza di onde EEG, nel neonato e nel bambino, non è bastevole per escludere la diagnosi di morte cerebrale. La misurazione del flusso cerebrale, ancorché difficile, non è significativa in condizione di gravi malformazioni vascolari cerebrali; parimenti, la dimostrazione di flusso cerebrale non esclude, nell’infanzia, la diagnosi di morte cerebrale. I riflessi del tronco sono variabili, in considerazione delle possibili malformazioni a carico dei numerosi nervi cranici.

Per far sì che il neonato anencefalico sia considerato donatore di organi, il nodo più importante della questione, a tal punto, è quello di stabilire quando tale soggetto può essere dichiarato “totalmente morto”, ossia cadavere.

Al fine di superare le difficoltà legislative attualmente esistenti, si sono verificate tre diverse possibili ipotesi: classificare a parte i soggetti anencefalici, rivedere il concetto di morte cerebrale, introducendo altri criteri di giudizio, ovvero

utilizzare gli attuali criteri di accertamento della morte¹¹⁷. Proviamo adesso ad esaminare singolarmente ognuna delle possibilità prospettatesi in campo, tentando di individuare le problematiche ad esse legate.

La prima posizione in materia, ossia quella di classificare a parte i soggetti anencefalici, muove dalla constatazione che l'anencefalico ha la particolarità di non possedere la corteccia cerebrale, non essendo quindi dotato delle strutture anatomiche che presiedono alle funzioni superiori. Tale malformazione farebbe pensare che tali individui debbano essere considerati come appartenenti ad uno *status* del tutto particolare. Alcuni autori propongono di creare, per gli anencefalici, una categoria particolare di esseri umani: la categoria dei soggetti “*living, but brain absent*”, ovvero “viventi ma privi di cervello”, nei quali sarebbe lecito il prelievo di organi senza neanche attendere il verificarsi della morte certa. La proposta appena riportata risolverebbe il problema dei trapianti, ma al contempo solleverebbe una molteplicità di problemi di ordine giuridico, accompagnati da enormi perplessità di ordine etico. Per coloro che sostengono tale posizione, chi è privo della corteccia cerebrale, è privo di quella parte del cervello dove si svolgono i processi nervosi, che costituiscono le funzioni più specifiche e qualificanti dell'essere umano, ovvero quelle intellettive¹¹⁸. Un individuo in queste condizioni, incapace cioè di pensiero e di sensibilità, non ha alcun interesse da difendere e, pertanto, non è portatore di diritti e non necessita delle tutele applicate a qualsiasi altro soggetto. In questa direzione si è espresso, ad esempio, il professor Renato Boeri¹¹⁹, direttore scientifico dell'Istituto Neurologico “Besta” di Milano ed inoltre, nel 1992, Presidente della “Consulta bioetica” di Milano, nonché uno tra i primi organismi laici nati in Italia con lo scopo di dibattere i problemi etici connessi alla professione medica¹²⁰. Tale posizione si presta a innumerevoli critiche, sia dal punto di vista medico, che da quello morale. Questa rigida impostazione sembrerebbe nascere da uno spiccato senso utilitaristico.

¹¹⁷COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, 21 giugno 1996, *Il neonato anencefalico e la donazione di organi*, parere rintracciabile sul sito ufficiale.

¹¹⁸PERICO G., *Neonati anencefalici e trapianto di organi*, Aggiornamenti Sociali 7-8/1992, pag. 514.

¹¹⁹Renato Boeri era un sostenitore della sanità pubblica che, negli anni 90, venne addirittura definito come “*il medico che curava con le parole*”. Grande esponente della medicina italiana, neurologo di fama internazionale, era nato a Milano il 15/05/1922 ed aveva la gran parte dei suoi giorni fra le mura dell'Istituto neurologico “Besta”. È venuto a mancare il 21/07/94.

¹²⁰Il Prof. Renato Boeri si è espresso in questi termini: «*un anencefalico può essere considerato un individuo vivo? No, perché è un morto corticale, e non potrà essere persona, e ciò porta a considerare il concetto di morte corticale più importante di quello cerebrale[...]*».

Come ho già avuto modo di affermare in precedenza nel corso della trattazione, tale tipo di malformazione non è un'entità ben definita, ma un *continuum* modificarsi nella sua gravità. Tutto ciò comporta una difficoltà di diagnosi e forti possibilità di errore. Inoltre, contrariamente a come alcuni sostengono, le possibilità di sofferenza non possono essere escluse sulla base di considerazioni neurofisiologiche e sulla base delle attuali conoscenze scientifiche. L'obiezione di fondo, comunque, è che questi soggetti sono "utilizzati" senza che a loro derivi alcun bene, anzi con il rischio di un possibile danno, al fine di ottenere un beneficio altrui; essi non sono in grado di esprimere un consenso di alcun genere e la loro condizione non è minimamente diversa da quella di molti altri malati in gravi condizioni fisiche. Su questa corrente di pensiero si muovono due illustri specialisti: Adriano Bompiani¹²¹, ex presidente del Comitato Nazionale per la Bioetica, e Girolamo Sirchia¹²², ex direttore del centro trasfusionale e di immunologia dei trapianti del Policlinico di Milano, che affermano che nei casi di soggetto anencefalico non si può parlare di nato morto, in quanto ci sono pulsazioni cardiache spontanee, con capacità autonoma di regolare la propria temperatura corporea, accompagnate da altre funzioni vitali.

Questa prima posizione permetterebbe di stralciare la posizione di alcuni soggetti particolari, al fine di renderli donatori di organi, in base a valutazioni sulla qualità della loro vita, ma non è certo presente il necessario bilanciamento tra il vantaggio per un soggetto e svantaggio per lo stesso e gli altri, ma solo uno squilibrio tra lo svantaggio per un individuo e vantaggio di un altro; accettare tale posizione significherebbe creare una zona d'ombra, caratterizzata da assoluta incertezza, in cui potrebbero rientrare anche altre condizioni, come lo stato vegetativo persistente¹²³. La creazione di uno "*status*" a parte per i neonati anencefalici potrebbe portare, per

¹²¹Adriano Bompiani nacque a Roma il 19/02/23 ed è morto a Roma il 18/06/13. Era un noto docente universitario di fisiologia e patologia, nonché direttore, dal 1996, della clinica ostetrica e ginecologica dell'Università Cattolica di Roma, presso il Policlinico Gemelli. Nel 1976 venne eletto Senatore. È stato Presidente del Comitato Nazionale per la Bioetica ed ha collaborato alla redazione della Convenzione Europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina.

¹²²Girolamo Sirchia nacque a Milano il 14/09/33 e, dopo aver conseguito la laurea in medicina e chirurgia, si specializzò in medicina interna. Durante il secondo Governo Berlusconi, è stato Ministro della Sanità. Nel 1972 ha fondato il "*Nord Italian Transplant*", borsa di scambio multi regionale di organi da trapianto. È stato direttore del Centro trasfusionale e di immunologia dei trapianti di Milano.

¹²³PERICO G., *Neonati anencefalici e trapianto di organi*, Aggiornamenti Sociali 7-8/1992, pag. 516.

il diffuso bisogno di organi da trapiantare, a estendere tale *status* speciale anche a bambini affetti da altri gravi anomalie dell'encefalo, o anche ai malati terminali. Una volta fatta una speciale eccezione per un determinato gruppo di individui, diverrebbe facile estendere il campo anche ad altri, correndo il rischio che, visto il grande bisogno di organi, si verificino eccezioni su eccezioni, perdendo di vista quell'insieme di valori fondamentali su cui la nostra società si fonda. La definizione di morte deve, perciò, rimanere distinta dalla necessità di trapianto; l'opinione pubblica deve avere la certezza che la morte è stabilita con criteri obbiettivi e non equivoci, e questo è un diritto fondamentale di ciascuno, prima ancora che essere un punto fondamentale per una saggia politica dei trapianti.

La seconda ipotesi proposta per risolvere la questione sulla diagnosi di morte nel soggetto anencefalico è quella di introdurre nuovi criteri di giudizio, invocando l'abbandono del criterio di morte di tutto l'encefalo, ritenendo sufficiente fare riferimento alla morte della corteccia cerebrale. Si tratterebbe quindi di ridefinire la morte cerebrale, sostituendo l'attuale necessità della completa e definitiva sospensione delle funzioni di tutto l'encefalo, con la morte della sola corteccia cerebrale, sostituzione che dovrebbe divenire valida per la totalità dei casi, non solo in ipotesi di anencefalia. Su tale problema, però, si è già pronunciato il Comitato Nazionale per la Bioetica, il quale sostiene che: «*non si può condividere l'opinione di chi vorrebbe far risalire la morte alla morte corticale, perché rimanendo integri i centri del paleoencefalo, permangono attive le capacità di regolazione centrale, omeostatiche dell'organismo e le capacità di espletare in modo integrato le funzioni vitali, compresa la respirazione autonoma*¹²⁴». Nel caso del neonato anencefalico, poi, la liceità del prelievo di organi viene anche giustificata dalla brevissima aspettativa di vita di questo soggetto; secondo alcuni, infatti, la inevitabilità dell'aggravamento delle condizioni cliniche del soggetto anencefalico e l'immediatezza della morte giustificerebbero il prelievo degli organi *ante-mortem*. Questo tipo di posizione attribuisce grande importanza alla integrazione neurologica delle varie funzioni, per cui, anche in presenza di respirazione e circolazione, in assenza di una integrazione superiore, il soggetto è da considerarsi deceduto. Una tale impostazione è soggetta a non poche critiche, in quanto si prospetta il pericolo

¹²⁴COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Definizione ed accertamento della morte nell'uomo*, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 15 febbraio 1991, pag. 8.

che venga esteso tale giudizio di morte anche a soggetti che abbiano, non la distruzione anatomica, ma la incapacità funzionale della corteccia cerebrale. Si rischierebbe così l'autorizzazione del prelievo di organi da soggetti viventi, sulla base di considerazioni relative alla loro integrazione neurologica, nonché alla loro speranza di vita. È doverosa un'altra osservazione nei confronti dell'ipotesi di fare ricorso alla morte corticale quale criterio di accertamento: dal punto di vista antropologico, la morte accertata con la sola inattività della corteccia cerebrale, sia essa effettuata nell'adulto o nel neonato anche anencefalico, contraddice, per la presenza della respirazione spontanea e di riflessi dei nervi cranici, l'idea stessa della morte che si tramanda da millenni. Questi soggetti non sono morti, nonostante una legge li dichiari tali¹²⁵.

La terza ed ultima proposta è quella di utilizzare i criteri attuali di morte cerebrale, così come riportati dalla legge attualmente in vigore, la n. 578/1993, cioè la morte cerebrale intesa come morte di tutte le funzioni dell'encefalo, come cessazione irreversibile delle stesse. È chiaro che in questo caso anche l'ipotermia indotta prima del decesso non potrebbe essere accettata. Questo tipo di posizione, se da una parte soddisfa le necessità di certezza e uniformità di accertamento della morte, dall'altra non è comunque esente dalle più svariate critiche e da difficoltà. Le difficoltà nascono, in generale, da esigenze pratiche di accertamento della morte cerebrale nell'infante e nel neonato, nella sua prima settimana di vita, poiché, per quanto concerne quest'età, le conoscenze sulla fisiologia del sistema nervoso centrale sono ancora incerte e incomplete, in particolare nel caso di malformazioni con anencefalia¹²⁶. Le incertezze vertono, principalmente, sui tempi di osservazione necessari per avere la sicurezza della morte dell'encefalo e sulla maggiore difficoltà a valutare i riflessi dei nervi cranici, difficoltà ancor maggiore in soggetti affetti da anencefalia.

Al fine di superare tali ostacoli, è stato allora suggerito di valutare come riflesso del tronco cerebrale la sola presenza della respirazione spontanea, che delle attività del tronco è la più importante; l'assenza di respirazione spontanea potrebbe

¹²⁵PERICO G., *Neonati anencefalici e trapianto di organi*, Aggiornamenti Sociali 7-8/1992, pag. 515.

¹²⁶COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Trapianti di organi nell'infanzia*, 21 gennaio 1994, parere espresso rintracciabile su <http://www.governo.it/bioetica/>, inserendo la parola chiave "anencefalia".

essere elemento sufficiente a stabilire, nel neonato anencefalico, la morte del tronco cerebrale. Anche questa ipotesi, però, porterebbe alla creazione di una sottocategoria, prevedendo criteri parzialmente diversi da quelli richiesti in tutti gli altri casi. Questa posizione, seppur si presenti come la più vicina concettualmente al quadro delle legislazioni esistenti, presenta ancora dei disaccordi interni tra i vari studiosi.

Cosa sicuramente certa ed indiscutibile è l'obbligatorietà inerente il rispetto del precetto che prescrive che, in ogni caso, il donatore, prima del prelievo di organi, deve essere deceduto, con massima ed indiscutibile certezza, senza il benché minimo margine di dubbio.

È chiaro, innanzitutto, che la morte è un processo a sé stante, non potendo esistere una morte per il trapianto ed una morte in sé¹²⁷.

La definizione della morte esiste e, indipendentemente dai nostri scopi, la morte non può essere definita in senso utilitaristico; l'accertamento potrà avvenire anche con tecniche diverse, a seconda delle circostanze e delle terapie in atto, ma tale accertamento dovrà condurre ad un risultato valido di per sé, al di là della possibilità o meno di una donazione di organi. La necessità di trapianti deve porsi come stimolo alla ricerca, non ergersi come fonte per il decesso. Tale concezione, oggi giorno piuttosto chiara, deve valere anche per il soggetto anencefalico, anche se in questo particolare caso si dovranno improntare dei nuovi mezzi diagnostici, applicabili ed in grado di dare risultati certi.

La persona umana deve essere considerata, in quanto tale, a prescindere quindi dal suo stato di salute o di sviluppo, come valore centrale di un'etica per le scienze biologiche e giuridiche. La donazione di organi, quindi, prevede come presupposto certo e imprescindibile che il corpo del soggetto su cui avviene il prelievo sia effettivamente cadavere¹²⁸. Riferito al neonato anencefalico, ciò significa che, alla luce delle attuali conoscenze scientifiche e tecniche, è sicuramente prematuro stabilire dei criteri validi e verificabili per determinarne il decesso con criteri neurologici. Sembrano indispensabili ulteriori approfonditi studi e ricerche, che possano approfondire la tematica, dando ulteriori svolte al mondo della biomedicina.

¹²⁷COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Definizione e accertamento della morte nell'uomo*, 15 febbraio 1991, parere espresso rintracciabile su <http://www.ib.pi.cnr.it/defini.htm/>.

¹²⁸PERICO G., *Neonati...*, op. cit., *Aggiornamenti Sociali* 7-8/1992, pag.518

CAPITOLO V

La responsabilità penale del medico.

Sommario: **5.1** Cenni sulla responsabilità penale del medico e progressiva affermazione del fenomeno della “medicina difensiva”. **5.2** La riforma apportata dalla legge 08/11/12, n. 189. **5.3** Ambito di applicazione: i soggetti interessati ed il regime temporale della “legge Balduzzi”. **5.4** Il rispetto delle “linee guida” e delle “buone pratiche”. **5.5** Distinzione tra colpa lieve e colpa grave. **5.6** La responsabilità penale del medico nell’esecuzione dei trapianti d’organi.

5.1 Cenni sulla responsabilità penale del medico e progressiva affermazione del fenomeno della “medicina difensiva”.

Uno dei temi più dibattuti del diritto penale è sempre stato quello della responsabilità penale del medico esercente la sua professione, o per meglio dire, della colpa medica. La difficoltà primaria, infatti, nel passato, era determinata dall’assenza di parametri di riferimento certi che potessero delineare un *iter* di accertamento di un eventuale errore medico di rilevanza penale, al di là della mera ipotesi di risarcimento in sede civilistica.

Tale situazione di assoluta incertezza, nel corso del tempo ha condotto al sorgere di un fenomeno peculiare e quanto mai criticato, noto come “medicina difensiva”.

La “medicina difensiva” consiste nella pratica di diagnostiche o di misure terapeutiche condotte principalmente, non per assicurare la salute del paziente, ma come garanzia delle responsabilità medico legali seguenti alle cure mediche prestate. Evitare la possibilità di un contenzioso medico legale è infatti la motivazione principale del porre in atto pratiche di medicina difensiva. Molto comune negli U.S.A., con un’incidenza variabile fra il 79% ed il 93%, la medicina difensiva viene praticata specialmente nella medicina d’urgenza (ergo attività di pronto soccorso e attività di sostituzione di organi), nonché nei reparti di ostetricia ed in altri interventi specialistici ad alto rischio.

Il fenomeno, facendo perdere di mira all'attività medica il suo scopo primario, ha rappresentato per anni una vera piaga per il sistema di gestione della sanità pubblica, in quanto ha spesso determinato uno sperpero dei fondi nazionali, determinato dall'utilizzo non necessario di mezzi e strumenti molto costosi.

La “medicina difensiva” può essere positiva o negativa: quella positiva si attua con un comportamento cautelativo di tipo preventivo (*assurance behaviour*); in tal caso, il comportamento cautelativo si esplica in servizi aggiuntivi non necessari (quali analisi, visite o trattamenti) atti a diminuire le possibilità che si verifichino fenomeni negativi, a dissuadere i pazienti dalla possibilità di presentare successivi ricorsi, nonché a redigere documentazione che attesti che il medico ha operato secondo gli *standards* di cura previsti. La medicina difensiva negativa si pratica invece con l'astensione dall'intervento di cura (*avoidance behaviour*), che si manifesta nel caso in cui il medico eviti di occuparsi di determinati pazienti o dall'eseguire interventi ritenuti ad alto rischio.

Il fenomeno della “medicina difensiva” ha anche portato, in taluni paesi, all'intentare cause ed azioni risarcitorie¹²⁹ contro il medico che ha effettuato un determinato intervento, il cui esito non sia stato del tutto fausto, nonostante il danno verificatosi rientrasse nelle previsioni dell'operazione, essendo cioè considerato un “rischio consentito”, o comunque un'ipotesi la cui verifica non è imputabile al medico, il quale ha agito nei canoni della diligenza, della prudenza e della massima perizia.

Nell'interesse del medico, del paziente, nonché delle casse dello Stato, la “medicina difensiva” è un fenomeno a cui vanno posti argini solidi; basta pensare che, in Italia, essa per oltre il 10% sulla spesa sanitaria!

Tra i rimedi suggeriti, è possibile annoverare quello di migliorare la formazione degli studenti in medicina con maggiore attenzione al rapporto medico-paziente, o ancora quello di rendere gli orari di lavoro meno intensivi, ovvero quello di favorire il ricorso alla conciliazione in caso di errore medico. Il ricorso a strumenti stragiudiziali per la risoluzione delle controversie è divenuto indispensabile anche allo scopo di evitare l'immediato ricorso al tribunale. Non a caso, il risarcimento del

¹²⁹In alcuni manuali si menziona addirittura uno specifico “patto” tra avvocato e cliente, basato un *quantum* indirizzato all'avvocato stesso in caso di vittoria della causa intentata.

danno derivante da responsabilità medica rientra tra le materie per le quali, a partire da marzo 2011, è obbligatorio tentare preventivamente la mediazione civile¹³⁰.

5.2 La riforma apportata dalla legge 08/11/12, n. 189.

Nell'ambito della responsabilità penale del medico, da alcuni lustri a questa parte, si parla della necessità di una specifica disciplina, soprattutto a fronte di una giurisprudenza sempre più orientata alla tutela del paziente danneggiato, con le note conseguenze ormai divenute un problema sociale non più rinviabile: ci si riferisce alla reazione difensiva della classe medica che si traduce nelle scelte motivate non esclusivamente dall'interesse della salvaguardia della vita del paziente.

È proprio in seguito a quanto premesso che, nel 2012, si perviene alla emanazione della n. 189, anticipata dal decreto legge 13/09/12, n. 158. Proviamo allora a cogliere la portata di questa novella secondo il consueto criterio ermeneutico, ricercando cioè, oltre una mera interpretazione letterale della norma, l'intenzione del legislatore oggettivamente intesa.

L'intervento originario del decreto legge 13/09/12 era chiarissimo: *«fermo restando il disposto dell'articolo 2236 c.c., nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie, il giudice, ai sensi dell'articolo 1176 c.c., tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale»*. In sede di conversione, l'art. 3 assume il seguente contenuto: *«l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo»*.

L'intento era inizialmente circoscritto ad estendere l'ambito della delimitazione della norma civilistica della responsabilità per colpa lieve di cui sopra

¹³⁰La mediazione civile è un istituto giuridico avente ad oggetto attività di mediazione ed intermediazione in materia di controversie civili tra i privati. È differentemente disciplinato nel mondo: l'Unione Europea ha richiesto agli stato membri l'adozione, nonché di dotarsi di apposita normativa.

«all’osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale».

Nella legge di conversione si è cercato di ampliare, e non di poco, l’ambito dell’intervento per un più efficace contrasto alla cosiddetta “medicina difensiva”, al punto tale da riuscire a ricomprendervi, come è possibile notare, la responsabilità penale.

Si è dunque, ed opportunamente, cercato di ridimensionare l’ambito della responsabilità sotto i due profili che sono quelli che più incidono in concreto sulla disfunzione della medicina difensiva. Se la strada da percorrere non poteva che essere quella indicata dalla *ratio legis*, occorre intervenire incidendo sul cosiddetto diritto vivente, cioè la realtà costituita dalla consolidata giurisprudenza, anche tenendo conto di quelle voci dissenzienti che parrebbero essere state il punto di riferimento non casuale del legislatore.

Con la nuova disciplina normativa, viene introdotta nell’ordinamento italiano una sostanziale esenzione dalla responsabilità penale nel caso di comportamenti conformi alle linee guida ed alle buone pratiche cliniche che, inoltre, sul versante della responsabilità civile, se non esonera, tuttavia comporta una riduzione del danno risarcibile. Si è così introdotta una limitazione nell’ambito della colpa grave, entro la quale si vuole contenere la responsabilità penale qualora siano rispettate quelle indicazioni accreditate dalla comunità scientifica in genere.

Non si è voluto quindi stimolare la standardizzazione burocratica delle attività mediche, ma piuttosto favorire la conoscenza e l’applicazione di quegli strumenti diagnostico-terapeutici frutto di esperienze scientifiche accreditate, che consentano tuttavia risposte flessibili ed adeguate al caso concreto.

In definitiva, se lo scopo delle linee guida è quello di fornire al medico un prezioso e collaudato strumento, valido per la generalità dei casi, idoneo a massimizzare il livello delle prestazioni sanitarie, ciò non deve comportare, al contempo, il rischio di una rinuncia alla propria individuale prestazione professionale, quasi che rappresenti un comodo mezzo di esonero da responsabilità il suo acritico ed automatico adeguamento.

Il medico che si facesse scudo di quella che viene chiamata “medicina procedurale”, o “medicina assiomatica”, che rischia di ingessare pericolosamente la

prassi professionale dentro gli stereotipi dei comportamenti attesi con l'obiettivo di preconstituire cause di giustificazione in quelle attività particolarmente rischiose, non verrebbe meno solo ai suoi doveri deontologici, ma sarebbe del tutto responsabile.

È opportuno richiamare una recente, chiara ed univoca giurisprudenza che ha saputo anticipare il *novum* di questa normativa e che fa ritenere un suo accorto e prudentiale allorché afferma: «*le linee guida non sono -da sole- la soluzione dei problemi [...], un comportamento non è lecito perché è consentito, ma è consentito perché è diligente*»¹³¹.

Se le linee guida sono state definite dall'Institute of Medicine¹³²: «*un asserto o una serie di asserti svolti in modo sistematico allo scopo di aiutare le decisioni dle medico professionista e/o del paziente sulle cure mediche più adatte in circostanze specifiche*», è logico dedurne anche i relativi limiti.

Concludendo, potremmo affermare che la norma in esame ha:

1. ritenuto ammissibile l'istituto della colpa grave come criterio riduttivo della responsabilità penale in precedenza avversato dalla prevalente giurisprudenza, anche di legittimità;
2. conseguentemente, avvalorato quell'indirizzo giurisprudenziale più benevolo verso il medico, seppur minoritario, che riteneva anche in questo versante applicabile il criterio civilistico dell'art. 2236 c.c., contraddetto da una prevalente giurisprudenza che ne escludeva l'estensione sul solo presupposto dell'inammissibilità della colpa grave in penale;
3. introdotto un ulteriore criterio di riduzione della responsabilità penale per colpa grave, più oggettivabile, riferito alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

La colpa grave come criterio riduttivo della responsabilità penale viene ad essere non solo riconosciuta, ma assume anche un contenuto più ampio e più qualificato.

5.3 Ambito di applicazione: i soggetti interessati ed il regime temporale della “legge Balduzzi”.

¹³¹Sentenza Cass. Penale 22/11/11, n. 4391.

¹³²È un istituto, di carattere internazionale, che si occupa di fornire informazioni e avvisi in merito alla salute umana ed alla sua salvaguardia.

La norma di nuovo conio, in via generale, fa riferimento a tutti gli esercenti una professione sanitaria, ossia a coloro che, in forza di un titolo abilitante riconosciuto dallo Stato Italiano, svolgono attività di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione. In questa categoria, oltre i medici, rientrano anche: farmacisti, odontoiatri, veterinari, assistenti sanitari, dietisti, educatori professionali, fisioterapisti, igienisti dentali, infermieri, odo tecnici, ottici, tecnici della prevenzione nell'ambiente e nei luoghi di lavoro, tecnici ortopedici, tecnici sanitari di laboratorio biomedico, terapisti della neuro e psicomotricità dell'età evolutiva, terapisti occupazionali, etc.

Per l'applicazione temporale della riforma, ci si è chiesti se la disciplina introdotta dalla "legge Balduzzi" potesse essere applicata anche retroattivamente, ovvero non solo ai fatti commessi successivamente all'entrata in vigore della nuova legge, ma anche ai fatti commessi in precedenza. La giurisprudenza, con una recente sentenza¹³³ della Corte di Cassazione, fra l'altro ampiamente commentata, ha dato risposta affermativa a tale quesito, affermando che la nuova disciplina, sicuramente più favorevole per l'imputato, può trovare applicazione anche per i fatti commessi in precedenza, anche se passati in giudicato. Infatti, la Cassazione, riconoscendo natura integrativa alla modifica mediata intervenuta, ha ritenuto che fosse intervenuta un'*abolitio criminis* parziale, con conseguente applicabilità dell'art. 2,2 c.p., con retroattività piena della disciplina più favorevole, anche nei confronti delle sentenze già passate in giudicato. Non sfuggono, dunque, le conseguenze potenzialmente dirompenti di tale pronuncia, in quanto la Cassazione ha aperto il varco per una possibile revocabilità in sede esecutiva di tutte le numerose sentenze di condanna in tema di responsabilità medica, ad esempio per omicidio o lesioni colpose (sempre purché, ovviamente, sulla base delle risultanze probatorie già acquisite, risulti che il medico si sia attenuto alle linee guida o alle buone pratiche).

5.4 Il rispetto delle "linee guida" e delle "buone pratiche".

Presupposto per l'applicazione della nuova normativa è che l'esercente la professione si sia attenuto -nello svolgimento della propria attività- alle "linee guida" e alle "buone pratiche" accreditate.

¹³³Sentenza Corte di Cassazione Penale, sez. IV, 29/01/13, n. 16237.

Le “linee guida” possono essere definite come quelle raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche. Esse possono provenire da diverse fonti (circolari, regolamenti, piani sanitari), ma devono caratterizzarsi per i requisiti di scientificità, attualità ed efficacia. Occorre inoltre evidenziare che le migliaia di linee guida prodotte dalle società scientifiche, dagli ordini professionali, ecc. sono soggette a revisione scientifico-clinica costante e ad applicazione comparata a livello nazionale ed internazionale. Questo fenomeno di tendenziale standardizzazione delle condotte dei medici si inserisce in un più ampio processo che interessa le principali attività sociali c.d. rischiose, ove a fronte della velocità del progresso scientifico-tecnologico e della complessità e molteplicità degli interessi sociali coinvolti, si tenta di operare una sempre maggiore standardizzazione delle regole cautelari.

Tuttavia, il descritto fenomeno di standardizzazione delle condotte terapeutiche è guardato con sospetto sia dalla classe medica, sia dalla magistratura: la prima per timore di una certa banalizzazione della propria attività professionale, la seconda per evitare un abbassamento della tutela penale al bene giuridico protetto per eccellenza, la vita e l'incolumità fisica appunto, che potrebbe essere ridotta se si accentuasse troppo l'obbligo di conformarsi alle "linee guida" o ai protocolli.

In campo medico, medici e giudici sono inclini a sostenere che le regole cautelari debbano essere “aperte”, quindi, che la miglior condotta terapeutica vada individuata solo *case by case*¹³⁴. Il risvolto negativo di tale impostazione è probabilmente l'aumento del contenzioso (proporzionale alle maggiori incertezze nell'accertamento dei profili di colpa del sanitario), con il rischio aggiuntivo di una dilatazione della responsabilità per colpa professionale.

Le “buone pratiche” accreditate dalla comunità scientifica sono invece identificabili in interventi, strategie e approcci finalizzati a prevenire o mitigare le conseguenze inattese delle prestazioni sanitarie o a migliorare il livello di sicurezza delle stesse (D.M. 15 luglio 1997). Si deve inoltre considerare che gli avanzamenti scientifico-professionali non eliminano immediatamente le precedenti prassi, ma

¹³⁴PERRONE D., *Responsabilità penale del medico: riforma Balduzzi e criteri interpretativi*, articolo online, 22/03/14, rintracciabile su <http://www.altalex.it/>.

convivono con esse per vario tempo, fino al loro completo superamento: solo dopo questo momento la nuova prassi può significare regola doverosa di condotta.

In particolare, sono considerate pratiche per la sicurezza essenziali quelle che:

1. hanno una forte evidenza in termini di probabilità di riduzione del danno al paziente;
2. sono generalizzabili ovvero applicabili in contesti anche differenti;
3. si basano su conoscenze condivisibili anche dai pazienti, dai professionisti, dai ricercatori.

Le buone pratiche si differenziano dalle linee guida in quanto mentre quest'ultime cristallizzano il sapere scientifico su un certo tema in un dato momento storico, le buone pratiche, invece, secondo parte della dottrina, parrebbero essere un qualcosa di molto meno determinato e circoscritto, conferendo a consulenti e periti una più ampia libertà di ricostruzione delle regole cautelari. Nient'altro dunque che dei meri pareri di indirizzo operativo.

5.5 Distinzione tra colpa lieve e colpa grave.

Un altro aspetto da chiarire riguarda la distinzione tra il caso di colpa lieve e quando si tratti invece di una colpa grave. Occorre, innanzitutto, distinguere se il sanitario, nell'esercizio della sua attività, abbia rispettato o meno i criteri medici generalmente accreditati.

Se il sanitario si è attenuto alle linee guida e alle buone pratiche, mentre il caso di specie richiedeva che se ne discostasse in ragione della peculiare situazione clinica del malato, egli verserà generalmente in una situazione di colpa lieve (con conseguente esclusione della sua punibilità), sempre che non si sia trattato di un errore macroscopico, immediatamente riconoscibile da qualunque altro medico al posto dell'imputato¹³⁵. In quest'ultima ipotesi (e solo in questa), in cui l'obbligo per il medico di discostarsi dalle linee guida fosse evidente e generalmente riconoscibile per chiunque altro nella sua posizione, egli risponderà del fatto commesso per colpa grave -nella sua declinazione di imperizia- sebbene in linea di principio abbia rispettato le linee guida dell'*ars medica* (tant'è che, in proposito, influente dottrina si è parlato addirittura di una *culpa sine culpa*).

¹³⁵Sentenza Corte di Cassazione Penale, sez. IV, 24/01/13, n. 11493, caso Pagano.

Viceversa, se il sanitario non si è attenuto alle linee guida e alle buone pratiche generalmente accreditate, la responsabilità penale non potrebbe essere esclusa, nemmeno nel caso in cui egli abbia commesso un errore di lieve entità. Tale conclusione deriva dall'interpretazione letterale del testo normativo di riferimento: la riforma ha interessato solamente i casi in cui l'esercente la professione sanitaria si sia attenuto alle linee guida e alla buona pratica. Solo ed esclusivamente per questi casi, il legislatore ha voluto escludere la punibilità se il medico ha errato per colpa lieve.

Invece, la condotta al di fuori delle linee guida, non essendo stata attinta dalla novella, andrà quindi valutata con gli ordinari criteri di valutazione della colpa di cui all'art. 43 c.p., secondo il parametro consueto dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, arricchito delle eventuali maggiori conoscenze dell'agente concreto.

In senso contrario a tale orientamento restrittivo, tuttavia, si è ipotizzata una diversa interpretazione della novella, basata più su una lettura teleologica del disposto che su di un'interpretazione letterale. Non mancano infatti autori che sottolineano l'esigenza, anche nel caso in cui il medico si sia discostato dalle linee guida, di valutare in concreto se tale condotta gli sia imputabile per colpa lieve o per colpa grave. Per cui, l'esonero dalla responsabilità conseguirebbe anche nelle ipotesi in cui si potesse provare che il medico si sia discostato dalle linee guida per colpa lieve.

A favore di tale tesi, si è richiamata la *ratio* del legislatore del 2012 di porre un limite alla responsabilità penale del personale sanitario a fronte del rischio di una pan-penalizzazione¹³⁶ e di un ricorso a quella c.d. "medicina difensiva", che produce effetti sicuramente negativi non solo per le scarse risorse finanziarie dello Stato, ma *in primis* per la salute stessa dei malati.

5.6 La responsabilità medica nell'esecuzione del trapianto d'organi.

In materia di trapianto d'organi, trattandosi di un ambito caratterizzato dal continuo divenire, è stato molto difficile fissare dei parametri di responsabilità medica. Come abbiamo avuto modo di notare, tutta la procedura che, dall'espianto di un organo, conduce al trapianto è caratterizzata da innumerevoli rischi, alcuni dei

¹³⁶Per pan-penalizzazione si intende una penalizzazione del tutto, avendo la parola origini greche ed essendo appunto composta dalla particella *παν* (*pan*), che significa tutto, in aggiunta al vocabolo "penalizzazione".

quali spesso non prevedibili o valutabili. Essendo però la finalità del trapianto quella della salvaguardia del bene vita, si è soliti tentare interventi medici, anche laddove la possibilità di riuscita sia minima ed insignificante.

Il vero problema consiste allora nell'individuazione di regole che possano scindere una condotta medica del tutto imprudente, quindi lesiva del paziente in oggetto, da una condotta invece improntata al miglioramento delle condizioni di salute del paziente stesso. Tutto ciò al fine di limitare la responsabilità penale, accertata in virtù dei parametri oggi fissati dalla "legge Balduzzi", ai soli casi in cui il medico abbia agito in maniera del tutto imperita, cagionando un danno al paziente, originato da colpa grave e determinato da una palese violazione delle "linee guida" e delle "buone pratiche terapeutiche".

Il trapianto implica comunque un complesso di interventi medici e paramedici, spesso di particolare rilevanza e difficoltà, al punto tale da smentire palesemente quella parte minoritaria della dottrina che avrebbe voluto considerare la disciplina dei trapianti d'organi come un ambito a sé stante, al quale non sarebbe stato possibile estendere i punti di forza in maniera di responsabilità medica in generale.

Vero è che la disciplina specifica in materia di trapianti, nonché la già esaminata legge n. 91/99, ha fatto passi da gigante in materia, statuendo anche delle ipotesi sanzionatorie per talune violazioni; ma altrettanto vero è che sarebbero stati necessari dei decreti attuati, del tutto specifici, di tali norme e, anche qualora essi fossero stati promulgati, tutto ciò non sarebbe stato bastevole per sanzionare qualsivoglia errore medico.

Oggi, in seguito anche al divenire giurisprudenziale, si è concordi nell'affermare e nel ritenere che l'eventuale colpa medica derivante dalla esecuzione erronea di un trapianto d'organi non sia lungi dalla colpa medica in generale, o comunque dalla responsabilità sanitaria come ridefinita dalla legge 08/11/12, n. 189.

Ciò premesso, è chiaro come tale colpa debba essere, *case by case*, accertata alla luce dei parametri statuiti in materia e seguendo le direttive tracciate dalle normative regolamentari. Anche perché, non è affatto vero, come taluni sostengono, che il bene giuridico protetto, in materia di trapianti, sia differente da quello tutelato in generale in ambito medico: in entrambi i casi, l'attività del medico deve essere

improntata alla salvaguardia delle condizioni di salute del paziente medesimo, nonché alla più ampia possibile tutela del proprio unico, fondamentale ed irriducibile diritto alla vita.

BIBLIOGRAFIA.

ADNKRONOS, Trapianti: già prime donazioni con tesserino, <http://www.thanatos.it/>.

ANTOLISEI F., Manuale di diritto penale, parte generale e parte speciale, Giuffrè, 2008, 2010.

ANZANI G., Traccia contro il saccheggio della vita, <http://lgxserver.uniba.it/>.

AZZOLINI M., Appunti e proposte in tema di accertamento di morte: in riferimento ai temi di modifica della normativa vigente, *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1983, fasc. 4, pagg. 934-951.

BALDISSERA F., L'assenso è l'ultima difesa, <http://tempomedico.it/>.

BARCARO R., Bioetica e nuova legge sul trapianto d'organo, <http://users.iol.it/>.

BARCARO R., Espianto e trapianto d'organi : alcune note a margine di un recente dibattito, <http://users.iol.it/cwalto.piccoli/trapianti2.html/>.

BECCHI P., Per un pugno di organi, <http://users.iol.it/cwalto.piccoli/trapianti2.html/>.

BELVECCHIO, Terza giornata nazionale dei trapianti, <http://www.unavox.it/>.

BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, 2012.

BOMPIANI A., Donazione di organo a fine di trapianto, <http://www.aido.it/>.

BOMPIANI A., Accertamento della morte nell'uomo, <http://www.aido.it/>.

BRANCOLINI V., Prelievi e trapianti per vie tortuose, <http://www.utetperiodici.it/>.

CALZOLARI G., Ecco la tessera per donare gli organi, <http://lanazione.monrif.net/>.

CALZOLARI G., La scelta deve nascere da una riflessione profonda. Ma non è giusto ignorare il parere dei familiari, <http://ilrestodelcarlino.monrif.net/chan2/>.

CAMITANO E. e MAGRO A., I diritti fondamentali nel quadro dell'Unione Europea, <http://www.luiss.it/semcost/europa/diritti/diritti/index.html/>.

CASCIANI C., Donazione di organi e trapianto oggi, *Studi Sociali*, 1990, fasc. 6, pagg. 31- 38.

Cellule staminali, la sintesi del rapporto Donaldson, <http://www.rassegna.it/archivio/>.

CELOTTO A., Il bilanciamento tra il diritto alla vita e trapiantabilità degli organi al vaglio della Corte Costituzionale, *Giurisprudenza Italiana*, 1996, fasc. 1, pagg. 28-30.

COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, Il neonato anencefalico e la donazione di organi, <http://www.palazzochigi.it/bioetica/temi-problemi/html>.

COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, Trapianti di organi nell'infanzia, <http://www.governo.it/bioetica/doc/doc13.htm/>.

CONTI A., Errore medico e dovere di informare il paziente, *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1998, fasc. 6, pagg. 1171-1179.

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, sez. IV, sent. 17/02/2000, n. 2352.

COZZOLI M., Il trapianto di organo nella prospettiva "valoriale" del dono, *Medicina e Morale*, 1997, fasc. 3, pag. 461- 472.

COZZOLI M., Aspetti etici della donazione e del trapianto, <http://digilander.iol.it/>.

D'AGOSTINO F., Il neonato anencefalico e la donazione d'organi, Zanichelli, 1999.

DE CHIARA F., La donazione di organi, donare un futuro a chi l'ha perso, <http://www.logical.it/collegio.ballerini/concorso.html/>.

DE FANTI C., Una scelta d'ufficio, <http://tempomedico.it/caleido/615cale4.html/>.

DE MARTINO A., CAROLA A., Trapianto d'organo: il prelievo da cadavere, problemi etici e giuridici, <http://www.aaroi.it/aaroi2/rivistan8/8975.html/>.

DE MERCURIO D., In tema di modifiche alla normativa sui trapianti d'organo, *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1982, fasc. 2, pag. 501-504.

DE PALMA T., Considerazioni medico-legali sulla nuova disciplina dello accertamento della morte, *Giust. Pen.*, 1976, fasc. 7, pagg. 219-223.

DI DONATO L., Il trapianto in pagina, <http://www.uniurb.it/giornalismo/giornali/>.

Discorso del Santo Padre al 18° Congresso Internazionale della Società dei trapianti, <http://www.vatican.va/holy-father/johm-paul-ii/speeches/documents/>.

EUSEBI L., Beni penalmente rilevanti e trapianto d'organo, *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1986, fasc. 4, pagg. 999-1025.

FALLACI O., Lettera a un bambino mai nato, Bur Rizzoli, 1998.

FERRARA A., Riflessioni in tema di trapianto di organi, *Iustitia*, 1971, fasc. 1, pagg. 76-82.

FROSINI V., "*Mors tua vita mea*". Accertamento della morte e trapianto di organi e tessuti biologici, *Giur. Ital.*, 1994, fasc. 12, pagg. 257-263.

GAGLIARDI D., La legge 1 aprile 1999, n. 91: luci e ombre della nuova previsione normativa in tema di prelievo e trapianto di organi, *Medicina e Morale*, 1994, pagg. 1-37.

GALASSO A., PALMERI G., *Manuale di diritto privato*, Zanichelli, 2010.

GALIMBERTI U., La zona d'ombra, <http://www.comilva.org/documenti/>.

GARATTINI S., Gli organi sono di tutti, <http://www.tempomedico.it/>.

GIANELLI CASTIGLIONE A., Trapianto d'organi e tessuti, <http://www.aido.it/>.

GIANELLI CASTIGLIONE A., MAZZON D., VERLATO R., La nuova legge sui trapianti: cosa cambia?, <http://users.iol.it/cwalto.piccoli/trapianti.html/>.

GIULIANI-BALESTRINO U., Sul contenuto del dovere di soccorso, *Rivista Italiana di Diritto Processuale Penale*, 1981, fasc. 3, pagg. 894-910.

GROSSER G., La morte e il trapianto degli organi, *Rivista Penale*, 1971, fasc. 2, pag. 146-152.

INTRONA F., Responsabilità etica e professionale nei confronti del ricevente e della conservazione di organi, *Medicina Sociale*, fasc. 6, pagg. 262-268.

MAFFETTONE S., Contro il silenzio-assenso, un invito alla responsabilità, <http://users.iol.it/cwalto.piccoli/trapianti.html/>.

MANCINI E., Le leggi sulla donazione di organi, <http://www.governo.it/bioetica/>.

MANGILI F., RONCHI E., VILLA P., Il trapianto d'organi nella prospettiva futura dei disegni di legge: aspetti giuridici e medico-sociali, *Rivista Italiana di Diritto Processuale Penale*, 1988, fasc. 4, pagg. 1269-1284.

MANNI C., Donazione di organi e trapianti, morte cerebrale e certezza di morte, <http://www.numedi.it/arc2000/n0200/16.html/>.

MANNI C., Una nuova cultura della donazione, <http://www.cesil.com/0898/>.

MASSONE A., Donazione di organi? No, predazione!, <http://www.itamix.com/age/>.

MANTOVANI M., Alcune puntualizzazioni sul principio dell'affidamento, *Rivista Italiana di Diritto Processuale Penale*, 1997, fasc. 3, pagg. 1051-1060.

MANTOVANI F., Trapianti d'organo: terapia o sperimentazione?, *Rivista Penale*, 1974, fasc. 3, pagg. 253-262.

MANTOVANO A., *Contro il silenzio-assenso alla donazione d'organi*, Muratti Editore, 2005.

MARCHESI G. , Annotazioni sulla nuova normativa circa i trapianti, Civ. catt., 1988, fasc. 3306, pagg. 573-580.

MAZZONE D. e BERNARDI P., La responsabilità di una risposta, www.digiland.it

MERLI S., GAGLIARDI D., La legge 1 aprile 1999, n. 91: luci e ombre della nuova previsione normativa in tema di prelievo e trapianto d'organi, Zacchia, 1999, fasc. 1-2, pagg. 1-16.

MICOSSI P., Così la persona umana viene ridotta ad organi, <http://urser.iol.it/>.

MIGONE L., I trapianti di organi nei dibattiti dell'etica contemporanea, Med. Mor., 1994, fasc. 1, pagg. 11-37.

NEGRELLO N., Ecco la legge dell'esproprio e della macellazione dei corpi umani, http://digitalander.iol.it/nonsiamosoli/terzomillennio/tm_0_10030.html/.

NEGRELLO N., Lettera ai soci, <http://www.antipredazione.org./news.htm/>.

NICCOLAI S., Su l'art. 589 c.p. e disciplina dei prelievi di parti di cadavere a scopo di trapianto, Giur. Ital., 1996, fasc. 1, pagg. 27-28.

ORSINI L., Trapianto d'organo, <http://www.esonet.org./omeonet/bancadati/>.

OVADIA D., Che cosa dice la nuova legge sui trapianti?, <http://www.zadig.it/>.

PACINI A., Una carta per la donazione, <http://www.comune.firenze.it/servizi-pubblici/asf/Uslinforma/Uslmag2000.htm/>.

PADRE ALEX, La problematica della definizione della morte dell'uomo. Le posizioni di un medico, e di un filosofo: rilevanza per il bio-diritto? <http://www.padre.at/morte.htm/>.

PALERMO V., RAVERA E., Note sulla legge 1 aprile 1999, n. 91, <http://www.gol.grosseto.it/>.

PALOMBI E., Il trapianto d'organi e le sue implicazioni socio-giuridiche, Giurisprudenza di Merito, 1979, fasc. 2, pagg. 506-516.

PARLAMENTO, Trapianti, una libertà consapevole, <http://www.forzaitalia.org/trap/>.

PASSUDETTI M., E c'è chi commercia bambini mai nati, <http://digilander.iol.it/camminocondio/files/commercio%20di%20feti.html/>.

PERICO G., Neonati anencefalici e trapianto d'organi, Aggiorn. Sociali, 1992, fasc. 7-8, pagg. 509-518.

PERICO G., Il consenso al trapianto, *Aggiorn. Sociali*, 1993, fasc. 3, pagg. 173-186.

PERICO G., La nuova legge sull'accertamento della morte, *Aggiornamenti Sociali*, 1994, fasc. 6, pagg. 405- 416.

PICCOLI R., Trapianto d'organi, <http://users.iol.it/cwalto.piccoli/trpianti.html/>.

PISCITELLI T., A proposito dei prelievi d'organo a scopo di trapianto, <http://www.aaroi.it.rivista/n198/conse-don.htm/>.

POLENTA P., Relazione n 646, <http://194.184.1999.201/dati/leg13/lavori/stampati/>.

Raccomandazioni del Comitato Nazionale per la Bioetica sull'impiego terapeutico delle cellule staminali, <http://www.numedi.it/document/cnbstami.html/>.

RODRIGUEZ D., Dono, commercio, esproprio di organi, *Medicina Morale*, 1990, fasc. 4, pagg. 717-734.

ROMANO M., I delitti contro la pubblica amministrazione –i reati dei pubblici ufficiali-, Giuffrè, 2013.

SAPIENZA S., La Convenzione Europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina, *Rivista di diritto Internazionale*, 1998, fasc. 2, pagg. 457-470.

SIMEONE G., Le ragioni di una scelta, <http://www.agora.stm.it/achillea/pag4.html/>.

SIRCHIA G., Il trapianto di organi in Italia: organizzazione, attività, prospettive, *Aggiornamenti Sociali*, 1996, fasc. 3, pagg. 201-210.

SPAGNOLO A., SGRECCIA E., Il feto umano come donatore di tessuti e organi, *Med. Morale*, 1988, fasc. 6, pagg. 843-875.

SPINSANTI S., In Europa l'Italia occupa uno degli ultimi posti nella classifica delle donazioni, <http://www.tempomedico.it/edit/edit604.html/>.

STEA G., La tutela civile dei diritti della personalità, <http://www.diritto.it/articoli/>.

TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 2012.

TRABUCCO G., Assistenza psicologica e progetto trapianti a Verona, <http://www.rinascita.it/associazioni/sipsot/ricerca/progetrapianti.html/>.

TETTAMANZI D., Diagnosi prenatale e aborto selettivo, <http://amiciziacristiana.freeweb.supereva.it/tettaman.html/>.

VIMERCATI F., La normativa sui prelievi a scopo di trapianto terapeutico, commento e schematizzazione applicativa, *Minerva Medicina Legale*, 1971, pagg. 102-121.

VITALE F., Profili penalistici e sanzionatori della l. 91 del 1999, <http://www.dirittooggi.it/articoli/trapianti.html/>.

VOLPE G., Per una dimensione umana della morte: nella medicina e nel diritto, *La giustizia penale*, 1993, pagg. 154-160.

ZANGANI P., L'accertamento della morte e prelievi da cadavere, *Giustizia penale*, 1994, fasc. 8-9, pt. 1, pagg. 287-288.