

L'Ultima Soglia. Sull'evoluzione del concetto di morte nell'ordinamento italiano

Silvia Rosina

ABSTRACT

Il presente scritto ripercorre le tappe che hanno condotto all'accoglimento in Italia del concetto di morte, riformulato in termini neurologici. Lo scopo del contributo è quello di dare conto, sia dell'evoluzione che il concetto medesimo ha subito a partire dall'oramai noto Rapporto di Harvard e sia delle implicazioni che il medesimo comporta sul piano giuridico ed anche etico. Da ultimo, si è cercato di richiamare alcune delle più importanti voci critiche che sullo stesso si sono sollevate

SOMMARIO

1. IL RAPPORTO DI HARVARD E L'AVVENTO DELLA MORTE CEREBRALE; 2. LA TRIPARTIZIONE DEL CONCETTO; 3. MORTE CLINICA E MORTE BIOLOGICA; 4. IL PRIMO INGRESSO DELLA MORTE CEREBRALE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO; 5. LA LEGGE 29 DICEMBRE 1993, N. 578; 6. LE CRITICHE MOSSE ALLA RIFORMULAZIONE DELLA MORTE IN TERMINI NEUROLOGICI; 7. LA POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ: LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, 27 LUGLIO 1995, N. 414; 8. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

1. IL RAPPORTO DI HARVARD E L'AVVENTO DELLA MORTE CEREBRALE

“*Mors omnia solvit*. La fine della persona avviene solo con la morte”; quest'ultima estingue la personalità giuridica e quindi fa cessare anche ogni diritto di tutela del soggetto. Ma, occorre chiedersi, cosa costituisce “morte”? Bisogna cioè stabilire con esattezza il momento in cui quest'ultima possa dirsi avvenuta.

1 A. Trabucchi (a cura di G. Trabucchi), *Istituzioni di diritto civile*. Quarantesima quarta edizione, Padova, 2009.

PAROLE CHIAVE

MORTE CEREBRALE;
RAPPORTO DI HARVARD;
MORTE NEUROLOGICA;
CRITERI DI ACCERTAMENTO DELLA MORTE;
CONVENZIONALITÀ DEL SAPERE SCIENTIFICO.

Fino a tutta la prima metà del ventesimo secolo, si utilizza quale unico criterio di certezza del decesso, la documentazione dell'avvenuto arresto cardio-circolatorio e ciò fondandosi sull'assunto di partenza che il cuore costituisce il motore centrale di tutto l'organismo, in assenza del quale quest'ultimo cessa di vivere.

Negli anni Trenta e Quaranta però, con la messa a punto di efficaci tecniche di sostegno delle funzioni vitali, come la respirazione artificiale tramite polmone d'acciaio e la defibrillazione cardiaca, i medici riescono a ventilare un individuo che non respira autonomamente, nonché a riattivare un cuore arrestato. Diviene cioè possibile “riportare in vita” soggetti in stato di morte relativa², salvare cioè molti

2 La formulazione del concetto di “morte relativa” si deve allo studioso francese Maurice d'Halluin, fisiologo presso l'Università di Lille che agli inizi del ventesimo secolo fornisce una nuova classificazione della morte distinguendone tre fasi: a) morte apparente in cui mancano le manifestazioni della vita di relazione e sembrano sospese quelle della vita vegetativa, come ad esempio avviene nel caso di sincope prolungate in cui un recupero è possibile anche senza alcun intervento esterno; b) morte relativa così chiamata in quanto essa costituisce

pazienti che hanno subito gravi traumi accompagnati anche da momentaneo arresto cardiocircolatorio. In riferimento a dette metodiche si parla perciò, con termine alquanto evocativo, di “ri-animazione” ovvero, nella medicina anglosassone, di *resuscitation*.

Accade tuttavia che, mentre la maggiorparte dei pazienti sottoposti a rianimazione viene restituita ad una vita normale o comunque accettabile, in un certo numero di casi si verifica una situazione clinica completamente nuova. Taluni di questi soggetti, colpiti da gravissime lesioni cerebrali e quindi incapaci di respirare autonomamente, una volta collegati al respiratore, invece di morire rapidamente, rimangono in questo “stato” per un certo periodo di tempo, prima di andare incontro ad arresto cardiocircolatorio definitivo.

La prima descrizione completa di questa nuova condizione risale al 1959 e si deve a due medici francesi, Mollaret e Goulon, i quali coniano per essa il termine di “*coma dépassé*” ovvero “stato oltre il coma” o “coma oltrepassato”. I tratti peculiari di detto quadro clinico sono: incoscienza, assenza di qualsiasi attività nervosa, assenza di risposta agli stimoli esterni, impossibilità di respirare autonomamente ed irreversibilità di tale condizione (perciò si parla anche di coma irreversibile). Essi considerano vivo, ancorché destinato a morire di lì a poco, il soggetto che si trova in questo stato.

Qualche anno più tardi tuttavia, l'aumento nelle corsie degli ospedali dei pazienti in coma irreversibile ed il crescente sviluppo della chirurgia sostitutiva, legato al primo trapianto di cuore ad opera del cardiocirurgo Christiaan Barnard, impongono di riconsiderare i vecchi criteri di accertamento della morte: essi appaiono ora troppo rigidi e possono essere forieri di controversie giudiziarie. Per la buona riuscita

tappa obbligata del processo del morire e si identifica con l'arresto cardiocircolatorio, ma in questo caso un intervento esterno, come il massaggio cardiaco, può ripristinare le funzioni dell'organismo; c) morte assoluta in cui non vi è assolutamente possibilità di reviviscenza. Per un'approfondita ricostruzione storica degli sviluppi della tanatologia, si veda soprattutto C.A. Defanti, *Soglie. Medicina e fine della vita*, Torino, 2007, ma anche G. Canuto, S. Tovo, *Medicina legale e delle assicurazioni*, Padova, 1996 e G.A. Norelli, C. Bucelli, V. Fineschi, *Medicina legale e delle assicurazioni*, Padova, 2009.

ta del trapianto è infatti necessario che gli organi ad alta richiesta metabolica – e tra questi *in primis* la pompa cardiaca – siano prelevati “a cuore battente” e ciò, secondo gli allora vigenti criteri di accertamento della morte, non sarebbe possibile per l'ovvia ragione che prelevare un organo da un individuo mentre il suo cuore ancora batte e pretendere che egli sia già morto rappresenta – anzi rappresentava – una contraddizione in termini. Secondo l'allora accolto criterio cardiocircolatorio di morte invero, l'indice del decesso è costituito proprio dall'arresto cardiaco, che deve essere tralaltro comprovato da elettrocardiogramma piatto per almeno 20 minuti. La conseguenza di ciò è logicamente l'impossibilità di prelevare gli organi dal medesimo soggetto “a cuore battente”.

A tal proposito, va evidenziato che per il primo trapianto cardiaco, il cuore del donatore viene prelevato mentre ancora batte, vale a dire quando il soggetto è ancora vivo, quantomeno secondo gli allora vigenti criteri di accertamento del decesso: è pertanto proprio l'espianto operato dal dott. Barnard ad *uccidere* il donatore.

Si comprende dunque come, una volta dimostrata la concreta possibilità di effettuare il trapianto di cuore con esiti sorprendenti in termini terapeutici, il vecchio criterio cardiocircolatorio per l'accertamento della morte diventi troppo rigido e mal si concili con i progressi della chirurgia sostitutiva. Il problema più pressante è proprio quello della legittimazione di siffatta pratica sul piano dell'ordinamento giuridico, laddove l'espianto avvenga “a cuore battente” e quindi da pazienti vivi a tutti gli effetti.

Tale problema tuttavia non si porrebbe, fissando la soglia della morte in un momento antecedente rispetto alla cessazione del battito cardiaco, vale a dire nel momento in cui il soggetto entra in quello “stato oltre il coma” in cui si ha la cessazione irreversibile della funzionalità encefalica, nonostante il cuore continui a pulsare perché il soggetto respira grazie alla ventilazione meccanica. *Apertis verbis*, il problema non si porrebbe se si ammettesse che la morte dell'individuo coincide con la sua morte cerebrale anziché con quella cardiaca.

Sono proprio queste le considerazioni che ad un solo mese di distanza da quel primo tra-

pianto cardiaco, portano il preside dell'omonima Università a convocare la cosiddetta *Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School*, proprio con il compito di riesaminare la definizione di morte alla luce degli ultimi traguardi raggiunti dalla medicina. Dal seno del suo lavoro esce nel 1968 l'oramai noto Rapporto di Harvard intitolato *A definition of irreversible coma*, il quale muta radicalmente il concetto di morte dell'uomo ed incide con esso, non solo sul mondo della scienza e della medicina, ma anche e fortemente su quello dell'etica e del diritto. È con il Rapporto di Harvard che viene infatti sancita l'equivalenza tra la morte dell'individuo e il coma irreversibile, ossia quella condizione clinica già qualificata circa dieci anni prima "coma dépassé". È con esso cioè che al vecchio criterio cardiocircolatorio di accertamento del decesso, si sostituisce quello cerebrale, fondato sulla cessazione irreversibile della funzionalità encefalica ed è pertanto grazie ad esso che trova piena legittimazione il trapianto di organi "a cuore battente" prima impensabile per le ragioni viste sopra.

Il legame, quantomeno temporale, tra i risultati cui perviene il Comitato di Harvard e lo sviluppo della trapiantologia ha sollevato e continua a sollevare numerose perplessità in ordine al possibile (od esclusivo) asservimento della nuova definizione di morte alla chirurgia sostitutiva. Si sostiene cioè, che la nuova formulazione della morte in termini neurologici - morte cerebrale - più che essere legata a qualche scoperta scientifica in grado di stabilire con esattezza il momento in cui la morte sopraggiunge, sia determinata da esigenze pratiche: reperire organi in buono stato utilizzabili nei trapianti e rendere legittimo, oltretutto eticamente accettabile, l'espianto a cuore battente. A fomentare tali interrogativi contribuisce del resto proprio il prologo del Rapporto di Harvard, nel quale si legge testualmente: "Il nostro obiettivo principale è definire come nuovo criterio di morte il coma irreversibile. La necessità di una definizione si impone per due ragioni: 1) il miglioramento delle misure di rianimazione e di prolungamento della vita ha prodotto un impegno sempre maggiore per salvare persone affette da lesioni dispera-

tamente gravi. A volte questi sforzi hanno un successo solo parziale e quello che ci troviamo di fronte è un individuo il cui cuore continua a battere, pur in presenza di un cervello irrimediabilmente danneggiato. Il peso di questa situazione è enorme non solo per i pazienti, ormai totalmente privi di intelletto, ma anche per le loro famiglie, per gli ospedali e per tutti coloro che hanno bisogno di posti letto già occupati da questi pazienti in coma. 2) L'uso di criteri obsoleti per la definizione della morte può ingenerare controversie nel reperimento degli organi per i trapianti".

Da ciò sembra potersi dedurre che siano due le esigenze fondamentali sottese alla ridefinizione della morte: 1) liberare le corsie degli ospedali dai soggetti in coma irreversibile, destinati a passare il resto dei loro giorni in rianimazione; 2) legittimare l'espianto quando il cuore del donatore batte ancora, sì da garantire la riuscita del trapianto evitando al contempo le accuse di omicidio che conseguirebbero ad un tale intervento, laddove il soggetto fosse - o quantomeno dovesse considerarsi - ancora vivo al momento del prelievo.

A ben vedere, l'equiparazione del coma irreversibile alla morte soddisfa contemporaneamente entrambe tali esigenze ed è per questo che, secondo taluni, si tinge di forte utilitarismo, in quanto non completamente sganciata dalle necessità pratiche ad essa sottese.

2. LA TRIPARTIZIONE DEL CONCETTO

Il Comitato di Harvard si limita ad individuare le quattro circostanze, in presenza delle quali si potrebbe procedere ad una diagnosi di morte cerebrale (vale a dire: non recettività e non responsività; assenza di movimenti e di respirazione spontanea; assenza di riflessi; elettroencefalogramma piatto); esso tuttavia non specifica, né su quali presupposti scientifici l'impiego di tali criteri si basi, né a quali funzioni encefaliche debba connettersi il concetto di irreversibilità³. La lacunosità del lavoro della Commissione origina una tripartizione del concetto di morte cerebrale, su cui appare

³ P. Becchi, *Morte cerebrale e trapianto di organi. Una questione di etica giuridica*, Brescia, 2008.

utile a questo punto soffermarsi, seppur brevemente; ancorché infatti tale concetto possa sembrare univoco, con l'espressione "morte cerebrale" si indicano realtà tra loro diverse.

Le prime due accezioni, pur differenziandosi nella conclusione, partono dalla stessa premessa e cioè che per parlare di morte sia necessaria la irreversibile e permanente cessazione del funzionamento dell'"organismo come un tutto integrato"⁴, mentre la terza pone l'accento sulla coscienza, identificando la morte come la perdita di ciò che è essenzialmente significativo alla natura umana.

Procediamo con ordine. Con riferimento alla prima tendenza, si parla di "morte del tronco cerebrale": la sua teorizzazione si deve primariamente al lavoro di due neurochirurghi di Minneapolis, Mohandas e Chou, i quali a seguito di una serie di studi approfonditi, giungono a sostenere che determinante ai fini della morte cerebrale, non è la cessazione irreversibile della funzionalità encefalica, bensì la distruzione irreversibile del solo tronco encefalico. Qualche anno dopo, nel 1976, anche i Reali Collegi Medici del Regno Unito accolgono tale concetto di *brainstem death* (morte del tronco cerebrale), quale nuova definizione di morte. In questa scelta, un ruolo importante ricopre il neurologo londinese Christopher Pallis, secondo il quale dimostrare la perdita di tutte le funzioni cerebrali è impossibile, oltretutto irrilevante in quanto la distruzione irreversibile del tronco è sufficiente, da sola, a determinare la cessazione di funzionamento dell'encefalo nel suo insieme. Il tronco viene cioè considerato il "sistema critico" dell'encefalo, nonché l'organo responsabile sia delle funzioni vegetative, tra cui la respirazione, sia dell'attivazione di quelle di coscienza⁵.

4 Apro qui una brevissima parentesi: l'espressione "organismo come un tutto integrato" fa capo alla teoria detta dell'integratore centrale ed elaborata dal neurologo statunitense James Bernat assieme ad alcuni colleghi. Tale teoria postula che, la cessazione delle peculiari funzioni svolte dall'encefalo, determini la morte dell'organismo in quanto solo l'encefalo può garantire l'integrazione e il coordinamento delle diverse parti dell'organismo come un tutto organizzato. Per "organismo come un tutto" essi intendono l'interazione complessa dei suoi sottoinsiemi organici. Cfr. R. Barcaro, *La morte cerebrale totale è la morte dell'organismo? Appunti per una riflessione critica*. in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XXXV, 2, 2005.

5 C. A. Defanti, *Soglie. Medicina e fine della vita*, cit.

La seconda accezione di morte cerebrale è la risultante del lavoro svolto da una Commissione, insediata nel 1980 dalla Presidenza degli Stati Uniti, proprio col compito di porre ordine nella materia. Essa pubblica un rapporto finale intitolato *Defining Death* in cui si stabilisce che, diversamente da quanto previsto nel Regno Unito, la morte implichi la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'intero encefalo, compreso quindi il tronco encefalico; si parla a tal proposito di *whole brain death*. La Commissione fonda tale assunto sulla considerazione che è l'encefalo l'organo critico dell'integrazione corporea e che quindi solo la sua totale distruzione può determinare la cessazione del funzionamento dell'"organismo come un tutto integrato". Nel documento si conclude pertanto che debba considerarsi morto il soggetto: a) qualora abbia subito la cessazione di tutte le funzioni circolatorie e respiratorie; b) se si tratta di paziente sottoposto a rianimazione, laddove si accerti la cessazione irreversibile delle funzioni dell'intero encefalo.

Gli Stati Uniti quindi optano per il concetto di morte cerebrale totale, pur continuando ad ammettere l'uso dei tradizionali criteri cardiopolmonari di accertamento, laddove ciò sia possibile⁶. Tale concezione della morte in termini di completa distruzione di tutto l'encefalo, perciò detta morte cerebrale totale, è quella che è stata accolta anche in Italia e che ha prevalso in Europa (ad eccezione della Gran Bretagna).

Infine, parte della letteratura medica e della dottrina che si è interessata alla questione, considera la morte come la perdita irreparabile

6 Basti qui accennare, che la possibile coesistenza tra diversi criteri di accertamento della morte, viene da taluni sostenuta, proprio allo scopo di mostrare che la nuova definizione di morte in termini neurologici, non è in contrasto con quella tradizionale. La teoria che essi presentano infatti mira a sottolineare che anche i criteri tradizionali, vale a dire cessazione del battito cardiaco e del respiro, mostravano la perdita irreversibile della funzionalità encefalica, solo che lo facevano indirettamente. I nuovi criteri permettono invece una loro dimostrazione diretta, quindi la morte è sempre una, anche se i criteri per il suo accertamento sono molteplici. Vd. J. L. Bernat et al., *On the Definition and Criterion of Death*, in "Annals of Internal Medicine", 94, 1981, cit. in R. Barcaro, *La morte cerebrale totale è la morte dell'organismo? Appunti per una riflessione critica*, cit.

della sola corteccia cerebrale, organo deputato alle cosiddette funzioni superiori di indole conoscitiva, volitiva e relazionale: si parla a tal proposito di morte corticale. La situazione di morte corticale è ravvisabile in alcuni soggetti che potremmo definire “casi-limite”, proprio perché si trovano sulla linea di confine tra la vita e la morte⁷: tale è ad esempio la situazione che caratterizza gli infanti anencefalici o i soggetti in stato vegetativo permanente⁸. Questa costituisce la terza delle tre diverse tendenze rinvenibili in relazione al concetto di morte cerebrale e solleva numerosi problemi di natura etica, ma altresì giuridica.

3. MORTE CLINICA E MORTE BIOLOGICA

Spostiamo ora l'attenzione sul nostro ordinamento. Si è già detto che esso ha accolto il concetto di morte fornito dagli studiosi di Harvard nella sua accezione di *whole brain death*: attualmente quindi, essa è definita in ter-

7 Peraltro, affermare che in queste situazioni si tratta di casi-limite, riferendosi con ciò a persone che si trovano sulla linea di confine tra la vita e la morte, significa, ancorché solo implicitamente, scartare a priori la teoria della morte corticale che per definizione considera morti questi individui in quanto privi della corteccia (e quindi della coscienza). Un sostenitore di questa teoria è P. Singer. Si veda soprattutto P. Singer, *Ripensare la vita. Tecnologia e bioetica: una nuova morale per il mondo moderno* (1994), Milano, 2000.

8 Tale termine è stato coniato da Jennet e Plumm per indicare la condizione di soggetti ricoverati in rianimazione che passavano da uno stato di coma ad uno stato di veglia, ma senza consapevolezza dell'ambiente circostante. Nel 1994 viene finalmente fornita una definizione univoca di “stato vegetativo permanente” quale la condizione clinica, che perdura da più di 12 mesi, senza alcuna consapevolezza di sé e dell'ambiente circostante, caratterizzata dall'incapacità ad interagire con gli altri, con conservazione parziale delle funzioni autonome dell'ipotalamo e del tronco-encefalo tali da permettere la sopravvivenza con semplici cure infermieristiche, ma con totale necrosi della corteccia o delle connessioni cortico-diencefaliche. In questi casi il malato apre gli occhi e conserva l'alternanza sonno-veglia. Cfr. R. Cecchi, *Lo stato vegetativo permanente: una questione bioetica aperta*, in “Rivista italiana di medicina legale”, 2008, V, p. 973 ss.; Di Luca N. M., Frati P., Montanari Vergallo G., *Eutanasia e dignità della vita umana: il contributo della Corte d'Assise d'Appello di Milano*, in “Rivista italiana di medicina legale”, 2003, V, p. 916 ss.

mini neurologici quale perdita irreversibile e totale della funzionalità encefalica (cfr. art. 1, L. 578/1993 di cui *infra*). Prima di analizzare però come tale concetto abbia trovato ingresso nel nostro sistema normativo, si impone un duplice ordine di considerazioni anche al fine di meglio comprendere le critiche mosse da una parte della dottrina italiana più recente, non solo al Comitato di Harvard, ma altresì al nostro legislatore che ne ha accolto le conclusioni.

In primo luogo, bisogna evidenziare che da sempre il diritto si avvale di definizioni e concetti propri di altre discipline, tra cui la scienza ed in particolare la medicina. Anche su tali definizioni si erge dunque l'ordinamento giuridico e la morte non è altro che l'ultima di una lunga serie di concetti mutuati altrove. Illuminante a tal proposito può risultare la distinzione tra morte clinica e morte biologica. Ebbene, la prima individua la morte dell'intero organismo nelle “sue componenti tessutali e cellulari”⁹; essa è dovuta all'estinzione di tutte le cellule e coincide con la cessazione di ogni attività di vita nel corpo (cadavere), che è facilmente accertabile, in quanto comprovata dall'inizio del processo putrefattivo¹⁰.

La morte clinica indica invece la fine dell'individuo, cioè il momento decisivo in cui la persona può ritenersi estinta a tutti gli effetti. È quest'ultima che pone i problemi più spinosi, in quanto implica precise opzioni di politica legislativa; essa coincide con il concetto di morte che ciascun legislatore ha accolto all'interno del proprio ordinamento e viene perciò detta anche “morte legale”. Esemplificando: attualmente in Italia la morte clinica è individuata dalla morte encefalica totale¹¹, in Gran Bretagna invece essa coincide con la distruzione del solo tronco cerebrale. Quindi, mentre in ordine alla prima non sorgono grandi diatribe, in ordine alla seconda si pone il problema della sua in-

9 F. Mantovani, *Diritto penale - parte speciale. Delitti contro la persona*, Padova, 2005, cit. p. 33.

10 A. Somma, *L'accertamento della morte tra scienza e diritto*, in “Corriere giuridico”, 1994, IV; Norelli G. A., Buccelli C., Fineschi V., *Medicina legale e delle assicurazioni*, cit.

11 Cfr. art. 1, l. 578/1993 secondo cui: “La morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo”.

dividuazione alla luce dei progressi compiuti dalla scienza e dalla tecnica, di cui essa non può che rispecchiare passo dopo passo le tappe.

Ed è proprio questo il punto: la definizione di morte che di volta in volta si rinviene nell'ordinamento non può che dipendere dalle conoscenze scientifiche in un dato momento disponibili. Questo significa, che spetta al legislatore la scelta di identificare cosa debba considerarsi "morte", alla luce del progresso scientifico. Ma, sembra abbastanza ovvio che una scelta siffatta non potrà che avere natura convenzionale. Quando si stabilisce un momento, necessariamente precedente alla morte biologica, con cui far coincidere la morte clinica, ovvero legale dell'individuo, allora il concetto di "morte" diverrà un "concetto di valore"¹² ed avrà quel valore che il legislatore gli avrà attribuito, a partire dalla concezione di uomo che gli è propria.

Invero, per quanto si possa pensare che la morte è un evento, questo rappresenta dal punto di vista biologico un errore: non tutte le componenti dell'organismo vanno incontro ad essa contemporaneamente, poiché è diversa la loro resistenza alla mancanza di ossigeno. Senonché, è proprio a fronte di questa gradualità del processo del morire che sorgono i problemi, in quanto, se si può escludere con certezza che la morte dell'uomo debba farsi coincidere con l'inizio del processo putrefattivo, dall'altro lato, qualsiasi nozione che si pretenda di fornire potrebbe essere contestata, per la sua natura necessariamente arbitraria. Questo è ciò che accade ora con la morte cerebrale, cosiccome ci è pervenuta dalla Harvard Committee.

In secondo luogo, occorre tenere ben presente la connotazione squisitamente pragmatica del sapere scientifico, che per sua stessa natura conosce per fare, per operare. Invero, diversamente dal sapere filosofico, caratterizzato dal *tutto domandare*, la conoscenza scientifica *domanda* in funzione di uno specifico obiettivo predeterminato, ed è proprio in funzione di tale obiettivo che sceglie e fissa a priori le ipotesi epistemologiche da cui poi si dipartirà la ricerca. La conoscenza scientifica si pone quindi come forma di sapere *ipotetico*, condiziona-

¹² F. Mantovani, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974.

to sin dal suo sorgere dalle ipotesi preventivamente assunte ed è per questo che si tratta di un procedere che già prima del suo muoversi si ritrova incanalato verso una precisa direzione, previamente stabilita e determinata dallo scopo che intende raggiungere. La tensione all'operatività, quale perseguimento dello scopo contingente, è cioè qualità intrinseca al sapere scientifico e quindi non deve stupire il fatto che il Comitato di Harvard abbia seguito proprio tale approccio conoscitivo nel ridefinire la morte in termini neurologici. Esso ha così fornito una nozione di morte al contempo convenzionale, per le ragioni sopra viste, ed operativa, poiché guidata (anche) dall'esigenza di risolvere il duplice problema del trattamento da riservare ai pazienti in coma irreversibile e della legittimazione del trapianto di organi a cuore battente.

4. IL PRIMO INGRESSO DELLA MORTE CEREBRALE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

È ora possibile riprendere le fila del discorso e vedere come il nuovo concetto di morte sia entrato nell'ordinamento italiano, tra il plauso di molti e il disappunto di alcuni.

L'avvento della morte in termini neurologici, anche nel nostro sistema, deve riconnettersi al trapianto di organi ed è proprio in relazione ad esso che è stata introdotta dal legislatore con la legge 2 dicembre 1975, n. 644 (Disciplina dei prelievi di parti di cadavere a scopo di trapianto terapeutico e norme sul prelievo dell'ipofisi da cadavere a scopo di produzione di estratti per uso terapeutico).

I precedenti interventi legislativi, in particolare la prima legge in tema di trapianti, L. 235/1957, fanno infatti tutti riferimento ai criteri elaborati dalla tanatologia classica, incentrati quindi sulla cessazione dell'attività cardiocircolatoria e respiratoria¹³. L'art. 5 della legge 235/1957 (novellata dal successivo D.M. 7 novembre 1961, art. 1) stabilisce, che la morte del donatore venga accertata con la rilevazione elettrica della cessazione dell'attività cardiaca, prevedendo all'art. 6, che il successivo prelievo degli organi debba avvenire alla presenza del

¹³ F. Mantovani, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, cit.

collegio medico che ha dichiarato il decesso del paziente. La disciplina considerata rispetta quindi lo stato del sapere medico-scientifico di allora, ancora legato al criterio di morte cardiocircolatorio. Si è visto però, come lo sviluppo delle tecniche rianimative, l'evoluzione della trapiantologia e soprattutto il Rapporto di Harvard, abbiano inciso su questa concezione classica di morte, spostando l'attenzione sul ruolo dell'encefalo nel processo tanatologico.

È dunque la legge 644/1975 che introduce, per l'accertamento del decesso ai soli fini dell'espianto, accanto al criterio classico di morte, quello neurologico. L'art. 4 della legge medesima stabiliva: "Nei soggetti affetti da lesioni cerebrali primitive e sottoposti a rianimazione [...] la morte si verifica quando in essi venga riscontrata la contemporanea presenza delle seguenti condizioni: 1) stato di coma profondo [...]; 2) assenza di respirazione spontanea, dopo sospensione, per due minuti primi, di quella artificiale; 3) assenza di attività elettrica cerebrale, spontanea e provocata. L'inizio della coesistenza delle condizioni predette determina il momento della morte". Il problema era proprio questo, cioè l'aver adottato il concetto di morte cerebrale solo in relazione al trapianto di organi; vale a dire, che il testé descritto quadro clinico aveva una rilevanza solo se il paziente era un donatore. In altri termini, poteva ben darsi il caso di due soggetti, entrambi in morte cerebrale di cui però l'uno, donatore, venisse dichiarato morto mentre l'altro, non donatore venisse considerato ancora vivo (appunto perchè estraneo alla possibilità di espianto) e quindi fosse lasciato attaccato al respiratore in attesa del successivo arresto cardiaco. Questa discrepanza fu peraltro confermata dal testo del documento elaborato nel 1991 – quindi durante la vigenza della L. 644/1975 – dal Comitato Nazionale per la Bioetica, in cui si legge: "basti pensare che al momento attuale si è ancora costretti a proseguire l'assistenza artificiale del circolo e del respiro in soggetti già morti – morte accertata con criteri neurologici – quando non è possibile o consentita la donazione degli organi"¹⁴.

14 Vedi Comitato Nazionale Per La Bioetica, *Definizione e accertamento della morte nell'uomo*, Pres. Cons. Min., Roma, 1991, cit. p. 21.

Come è stato rilevato da autorevole dottrina, la situazione descritta costituiva una frattura all'interno dell'ordinamento, poiché "il medesimo insieme di elementi – in particolare: persistenza della circolazione sanguigna e del battito cardiaco – appariva suscettibile [...] di valutazioni tra loro antitetiche: nel contesto ordinario come indice indubitabile della presenza della vita; nel contesto della rianimazione e dei trapianti come dato compatibile con la formulazione di un definitivo giudizio di morte"¹⁵.

Appaiono dunque coerenti le critiche che vennero mosse al disegno del legislatore e volte ad evidenziare come la morte cerebrale potesse, in tal modo, apparire una mera elaborazione strumentale alla trapiantologia. Il fatto che esistessero due differenti tipi di "morte legale" in relazione alla possibilità o meno che il soggetto fosse un potenziale donatore, e la contestuale carenza di organi da trapiantare, determinavano comprensibilmente il timore che nelle sale di rianimazione si potessero compiere scelte strumentali ed utilitaristiche. Soprattutto nel caso di soggetto donatore, la paura era determinata dalla eventualità che i medici, in un taciuto bilanciamento di interessi, potessero sospendere i trattamenti rianimativi al fine di ottenere gli organi del paziente, stabilendo così quale tra le due vite, la sua e quella del ricevente (o dei riceventi) fosse più degna di essere di essere prolungata¹⁶.

La situazione appena descritta, oramai mutata con l'entrata in vigore della nuova legge in materia di accertamento della morte – L. 578/1993 – di cui ci si accinge a parlare, mette peraltro in luce il legame allora (ma forse tuttora...) esistente tra la trapiantologia e la questione dell'accertamento del decesso.

5. LA LEGGE 29 DICEMBRE 1993, N. 578

Dei passi avanti, nel senso della unitarietà e della coerenza del sistema, vengono compiuti agli inizi degli anni novanta, grazie anche

15 U.G. Nannini, *Valori della persona e definizione legale di morte*, Padova, 1996, cit. p. 5.

16 In questo senso, F. Mastropaolo, in G. Biscontini (a cura di), *La morte e il diritto: il problema dei trapianti d'organo*, Napoli, 1994, p. 27 ss.

al contributo del neonato Comitato Nazionale per la Bioetica. Esso pubblica nel febbraio 1991 un documento dal titolo “Definizione e accertamento della morte nell’uomo” in cui si afferma che “il concetto di morte è definito dalla perdita totale ed irreversibile della capacità dell’organismo di mantenere autonomamente la propria unità funzionale”¹⁷ e si precisa, che tale condizione può essere accertata sia attraverso i criteri comunemente utilizzati o codificati (ovvero i criteri anatomici, clinici, biologici e cardiaci contenuti nel regolamento di polizia mortuaria, D.P.R. 285/1990), sia attraverso i criteri neurologici. In relazione a questi ultimi il Comitato dichiara poi di ritenere accettabile solo quello relativo alla “morte cerebrale”, intesa come cessazione *irreversibile* di tutte le funzioni encefaliche. Vengono pertanto rifiutate le tesi della “morte del tronco-encefalo”, peraltro accolta in Gran Bretagna, e della “morte corticale”.

Nel documento si rivolgono poi al legislatore delle raccomandazioni, tra le quali: porre particolare attenzione alle situazioni più delicate, come quelle neonatali e infantili, distinguere l’équipe che procede all’accertamento della morte da quella cui spettano eventuali operazioni di trapianto di organi, ma soprattutto adottare termini normativi univoci per l’accertamento della morte, efficaci su tutti i piani e quindi indipendenti da “qualsiasi altro finalismo (trapianti)”. A tale ultimo riguardo può essere interessante soffermarsi sulle parole del Comitato, che rendono palese il suo intento di fare luce su una questione tanto delicata come l’accertamento della morte. Nel documento in esame si legge infatti: “[...] il momento della morte è uno solo” e quindi “approvare e servirsi della definizione di *morte cerebrale* non significa [...] ridefinire il concetto di morte; soltanto indicare una nuova modalità di identificare la morte così da essere preparati ad utilizzare due formulazioni alternative: quella tradizionale cardiaca e quella innovativa della morte cerebrale. Ambedue identificano comunque l’essenza del concetto di morte nella perdita totale ed irreversibile della capa-

cità dell’organismo di mantenere autonomamente la propria unità funzionale”¹⁸.

Nelle parole del Comitato, appena riportate, si evidenzia proprio come la morte costituisca un fatto unico, essendo la pluralità legata ai suoi metodi di accertamento, non già all’evento in sé; non esistono “diverse morti”, essa è una ed una sola e quindi la molteplicità dei criteri diagnostici non deve minare l’unitarietà del concetto.

Nonostante alcune critiche cui il documento non è andato esente, esso ha contribuito a sollecitare il legislatore nel senso di una risistemazione delle fonti, relativamente al concetto di morte ed al suo accertamento, altresì al fine di eliminare le incongruenze presenti nel sistema nonché il sospetto di un impiego a fini utilitaristici del concetto medesimo.

A due anni dalla pubblicazione del documento appena considerato, il legislatore italiano interviene ed introduce nell’ordinamento, con la legge 29 dicembre 1993, n. 578 e relativo regolamento di attuazione (prima D.M. 22 agosto 1994, n. 582, ora aggiornato col D.M. 11/4/2008) una definizione legale di morte incentrata sulla perdita totale ed irreversibile della funzionalità encefalica.

18 Comitato Nazionale Per La Bioetica, *Definizione e accertamento della morte nell’uomo*, cit., pp. 13 e 11. Il ricorso all’espressione “unità funzionale” ha peraltro creato ulteriore confusione ed è stato oggetto di forti critiche per l’uso improprio che si è fatto di tale espressione. Vi sono invero molte situazioni in cui un organismo, sebbene privo della capacità di autoregolazione, non può di certo considerarsi morto; nessuno considera tale il paziente in dialisi, oppure il soggetto che vive grazie al *pacemaker*. Eppure, anche il loro organismo è incapace di mantenere autonomamente la propria unità funzionale. Per le osservazioni in questo senso, B. Morcavallo *Morte e persona. Un dialogo fra etica medica, bioetica e filosofia morale*, Napoli 1999. Peraltro, chi scrive ritiene che il Comitato Nazionale per la Bioetica, più che giungere ad una conclusione in tal senso, intendesse fare riferimento alla nozione di morte, in termini di “cessazione dell’organismo come un tutto”, teorizzata da Bernat e colleghi a fondamento della morte cerebrale totale. Secondo tale teoria, la cessazione dell’organismo come un tutto è indipendente dalla sostituzione di alcuni sottosistemi individuali che lo compongono (ad esempio mediante *pacemaker* o respiratore artificiale). Per una sua trattazione completa, si veda J.L. Bernat et al., *On the Definition and Criterion of Death*, in “Annals of Internal Medicine”, 94, 1981, citato in R. Barcaro, *La morte cerebrale totale è la morte dell’organismo? Appunti per una riflessione critica*, cit.

17 Comitato Nazionale Per La Bioetica, *Definizione e accertamento della morte nell’uomo*, cit. p. 7.

Per cominciare, l'art. 1 della legge 578/1993 recita: "la morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo".

Dal punto di vista schiettamente giuridico, la norma introduce due grandi novità. Innanzitutto fornisce una definizione legale di morte, laddove non ve n'era mai stata alcuna; abbiamo visto infatti che, sia la legge 235/1957, sia la legge 644/1975 (ma anche il D.P.R. 285/1990) contenevano solo dei riferimenti ai criteri per l'accertamento della morte, senza però definire quest'ultima.

Seconda novità consiste nell'aver elaborato, per l'accertamento del decesso, una disciplina completamente autonoma, vale a dire sganciata da quella relativa al prelievo di organi a scopo di trapianto. (Si è visto invero come, in vigore della legge 644/1975, il concetto di morte intesa quale cessazione della funzionalità encefalica e le modalità per dichiararla fossero disciplinate solo dall'art. 4 della medesima.)

Con la normativa del 1993 ed il relativo decreto di attuazione D.M. 582/1994, ora aggiornato col D.M. 11/4/2008, la materia dell'accertamento del decesso assume rilevanza generale, indifferentemente dagli scopi per cui si richiede di diagnosticare la morte della persona fisica e quindi indipendentemente dalla destinazione del cadavere all'espianto¹⁹. Così facendo, il legislatore ha da un lato decretato la morte cerebrale l'unica definizione di morte legittima nel nostro ordinamento e dall'altro lato ha tentato di fugare ogni dubbio sull'asservimento di tale nuovo concetto alla trapiantologia. A tal proposito, eminente dottrina ha rilevato che bisognerebbe parlare di "morte" e basta, perché la morte cerebrale rappresenta la morte *tout court* dell'individuo²⁰; vale a dire che parlare di "morte cere-

19 E. Palmerini, *La nuova legge sui trapianti di organo: prime notazioni*, in "Studium iuris", 1999, II, pp. 1311-1321. Invero, come è stato rilevato, tra le due discipline permangono ancora numerosi elementi di contatto per cui esse, ancorché formalmente separate, appaiono come un unico corpus normativo. Cfr. P. Sommaggio, *Il dono preteso. Il problema del trapianto di organi: legislazioni e principi*, Padova, 2004, p. 124. Si guardi per esempio al rinvio fatto dall'art. 14, comma 1, l. 91/1999 (legge trapianti), all'art. 2, comma 5, l. 578/1993: da ciò pare doversi concludere, che gli unici casi in cui si può procedere al prelievo siano quelli di soggetti affetti da lesioni encefaliche e sottoposti a misure rianimatorie: cioè solo i soggetti in stato di morte cerebrale.

20 F. Mantovani, *Diritto penale - parte speciale. Delitti contro la persona*, cit.

brale" può essere fuorviante, perché "fa pensare ad un modo particolare di essere morti"²¹.

Per converso, altra parte della dottrina più recente²² sostiene che con l'adozione del concetto di morte cerebrale, non ci si sia limitati a fornire dei nuovi criteri per accertarne l'accadimento, ma si sia scelto di imporre con legge un concetto di morte palesemente funzionale al trapianto di organi. Le nuove modalità di accertamento del decesso, del resto, hanno proprio il pregio di coniugare la certezza della diagnosi, con l'esigenza di conservare la funzionalità degli organi destinati al trapianto²³.

Peraltro, anche l'unità del sistema, cui aveva mirato il legislatore dettando una disciplina autonoma per l'accertamento della morte, risulta in qualche modo minata dalla mancata abrogazione delle norme sul trapianto di cornea: l'art. 27, l. 91/1999 recante "Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti" infatti, lascia in vigore l'art. 2, L. 301/1993 relativo ai prelievi di cornea, per i quali si richiede che la morte venga accertata con criterio cardiocircolatorio²⁴. La ratio di questa scelta potrebbe rinvenirsi nella circostanza che, non essendo la cornea un tessuto irrorato, il prelievo a seguito di arresto cardiaco irreversibile non ne compromette la vitalità, consentendone l'espianto senza dover svolgere tutte le indagini complesse, necessarie all'accertamento diretto e preventivo della morte cerebrale²⁵.

Vorrei soffermarmi sul perché ho parlato di "accertamento preventivo". La legge 578/1993,

21 R. M. Veatch, in D. Lamb, *Il confine della vita. Morte cerebrale ed etica dei trapianti*, Bologna, 1987, cit. p. 45.

22 Cfr. ad esempio P. Becchi, *Morte cerebrale e trapianto di organi. Una questione di etica giuridica*, cit.; R. Barcaro, P. Becchi (a cura di), *Questioni mortali. L'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, Napoli, 2004; P. Sommaggio, *Il dono preteso. Il problema del trapianto di organi: legislazione e principi*, cit.; P. Singer, *Ripensare la vita. Tecnologia e bioetica: una nuova morale per il mondo moderno* (1994), Milano, 2000.

23 E. Palmerini, *La nuova legge sui trapianti di organo: prime notazioni*, cit. p. 1312.

24 C. Coppola, *Famiglia, testamento e prelievi dal cadavere a scopo di trapianto*, in "Famiglia, persone e successioni", 2008, 3, pp. 199-213.

25 P. Ricci, *Aspetti medico-legali e penalistici dei trapianti di organo*, in P. Stanzone (a cura di) *La disciplina giuridica dei trapianti. La legge 1° aprile 1999, n. 91*, Milano, 2000.

nell'accogliere il concetto di morte cerebrale, stabilisce, all'art. 2, che essa si intende avvenuta: 1) nei pazienti affetti da lesioni encefaliche e sottoposti a misure rianimatorie, quando si verifica la perdita irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo oppure, 2) negli altri casi, in seguito ad arresto cardiocircolatorio prolungato al punto tale da comportare la perdita irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo. Il concetto chiave, cui si riconduce in entrambi i casi l'accadimento morte, è quindi quello di "perdita irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo".

La differenza tra i due criteri sta quindi nel fatto che, mentre nei pazienti sottoposti a misure rianimatorie è possibile diagnosticare *preventivamente* la morte, senza attendere l'arresto cardiocircolatorio, in quanto essa se considerata in termini neurologici lo precede, in tutti gli altri casi la morte, quale cessazione della funzionalità encefalica, è normalmente successiva ad esso e quindi la sua diagnosi preventiva non è possibile. Solo in caso di diagnosi preventiva di morte, pertanto si può effettuare l'espianto, poichè, lasciando il soggetto attaccato al respiratore, il suo cuore batte e quindi i suoi organi continuano ad essere irrorati dal sangue, ossigenati, insomma perfettamente funzionanti e funzionali. In tutte le altre fattispecie invece l'unico tessuto che rimane prelevabile, pur se non vascolarizzato, è la cornea ed è per questo che si può attendere l'arresto cardiocircolatorio per il relativo prelievo.

S'impone qui una considerazione. Se per un verso, parlare di "diagnosi preventiva" sembra un modo poco chiaro per indicare una *prognosi* di morte, vale a dire un decesso imminente, ma non ancora sopraggiunto, per altro verso, dal fatto che per il prelievo della cornea sia possibile attendere la morte cardiaca, si può davvero concludere che la morte cerebrale sia stata elaborata solo ed esclusivamente al fine di legittimare il trapianto di organi a cuore battente?

6. LE CRITICHE MOSSE ALLA RIFORMULAZIONE DELLA MORTE IN TERMINI NEUROLOGICI

La considerazione sopra svolta ci conduce inevitabilmente ad alcune delle principali voci critiche che si sono sollevate contro la Com-

missione di Harvard: quella del filosofo Hans Jonas, che per primo si è interessato della questione e quella di Paolo Becchi, che ha in modo determinante contribuito ad accendere anche in Italia il dibattito sull'argomento.

Vediamo brevemente la posizione di Jonas. La dura critica che egli muove ai medici di Harvard parte dall'analisi del contenuto del loro Rapporto, che, secondo Jonas, avrebbe due scopi, solo uno dei quali può considerarsi legittimo. Il primo sarebbe quello di determinare il momento in cui si possono sospendere i trattamenti artificiali di sostentamento vitale; il secondo intento sarebbe invece quello di fornire una definizione della morte confacente alla necessità di reperire (e quindi espiantare) organi ancora vitali.

In ordine al primo obiettivo, Jonas non ha niente da opporre. Egli infatti sostiene che, laddove si tratti solo di stabilire quando non abbia più senso protrarre il prolungamento artificiale di determinate funzioni, poiché il paziente non ha più alcuna speranza di ripresa, allora il concetto di morte cerebrale non ha nulla "di inquietante"²⁶. Ed egli prosegue nel suo ragionamento, affermando che a tal fine non sarebbe in ogni caso necessaria una ridefinizione della morte poiché, una volta accertata la presenza di una tale condizione cerebrale negativa e definitiva, il medico potrebbe comunque consentire al paziente di "morire la sua morte secondo qualsiasi definizione, la morte attraverserà da sé lo spettro di tutte le definizioni possibili"²⁷.

Per quanto invece attiene al secondo inquietante obiettivo perseguito dalla Commissione, il filosofo sostiene che essa, con la riformulazione della morte in termini neurologici, abbia anticipato arbitrariamente il momento in cui si può dichiarare morto il soggetto con l'intento di poter agire sul suo corpo come se fosse un cada-

26 H. Jonas, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità* (1985), Torino, 1997, cit. p. 168. Egli sembra far qui riferimento all'opportunità di evitare ciò che ora chiameremmo "accanimento terapeutico", inteso quale ricorso a mezzi straordinari e sproporzionati, rispetto ai risultati terapeutici ottenibili ed ottenuti, mezzi che comportano al paziente, comunque prossimo alla fine, inutili sofferenze ed isolamento.

27 *Ibidem*, cit. p. 169.

vere, quando in realtà egli non è ancora morto al solo scopo di favorire la pratica dei trapianti²⁸.

Jonas pertanto sostiene che, pur essendo nobile l'intento di salvare delle vite umane – quelle dei riceventi – questo non avrebbe dovuto condizionare il tentativo di ridefinire la morte ovvero, per usare le parole dell'autore, "l'Harvard Committee non avrebbe mai dovuto lasciare che la purezza della sua causa scientifica venisse guastata dalla prospettiva di questo profitto *estraneo* benché estremamente allettante"²⁹.

Anche nella dottrina italiana più recente, si è aperto grazie al contributo di Paolo Becchi, il dibattito sul concetto di morte cerebrale, sul suo fondamento scientifico nonché sulla sua validità in termini etici e soprattutto giuridici. Becchi, come già prima di lui Hans Jonas, critica il pragmatismo insito nella scelta definitoria operata dai compilatori di Harvard sostenendo che la morte cerebrale, lontana dal costituire la "vera morte" dell'uomo, non sarebbe altro che un costrutto finalizzato alla legittimazione della chirurgia sostitutiva. L'autore cioè, nell'escludere preliminarmente il criterio della morte cerebrale, afferma che essa è stata "un abile *escamotage* per considerare giuridicamente decedute persone che, pur versando in condizioni ormai irreversibili, di fatto morte non lo sono ancora"³⁰.

A fronte di tale considerazione, lo studioso propone la sua soluzione, che può così riassumersi³¹: innanzitutto egli ritiene lecito in questi casi sospendere il sostegno vitale artificiale per lasciare che quelle persone possano morire dignitosamente. In secondo luogo, ammette che il donato-

re venga lasciato ancora attaccato al respiratore, per il tempo necessario al prelievo dei suoi organi in condizioni ottimali, purché ciò avvenga sulla base di un consenso realmente informato. L'autore fa qui riferimento alla necessità che il donatore sia debitamente reso consapevole del fatto che il prelievo avviene, non già dopo il suo decesso, bensì quand'egli è ancora vivo, nonostante sia entrato irreversibilmente nel processo del morire.

7. LA POSIZIONE

DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ:

LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE
27 LUGLIO 1995, N. 414

Dalle righe che precedono si evince dunque che il dibattito sviluppatosi intorno al concetto di morte cerebrale, cosiccome esso ci è pervenuto dal lavoro del Comitato di Harvard, mostra l'importanza e l'attualità di un tema siffatto³².

Deve infatti rilevarsi, che il problema dell'accertamento della morte è fondamentale in quanto il decesso individua il limite ultimo del principale soggetto del diritto, la persona, ed esplica pertanto i propri effetti su tutti i piani dell'ordinamento giuridico. Pare utile a tal proposito l'analisi della sentenza n. 414/1995 della Corte Costituzionale la quale, nell'affrontare l'argomento, ha speso parole importanti in ordine alla scelta compiuta dal nostro legislatore con l'emanazione della legge 578/1993.

L'occasione per tale pronuncia è stata fornita al Giudice delle leggi da un'ordinanza del GIP presso la Pretura circondariale di Rovigo con la quale contestava, in riferimento agli articoli 3, 25 e 27 della Costituzione, la legittimità dell'art. 589 c.p., nella parte in cui tale precetto veniva esteso ad una nozione di morte – quella cerebrale, contemplata dall'allora vigente art. 4, L. 644/1975 e poi dalla legge 578/1993 – completamente diversa da quella pensata dal legislatore del 1930 – che si riferiva invece alla morte come cessazione dell'attività cardiocircolatoria.

32 A conferma di ciò, va evidenziato che il Comitato Nazionale Per la Bioetica è di recente tornato sull'argomento ed ha approvato, nella seduta plenaria del 24 giugno 2010, il parere dal titolo *I criteri di accertamento della morte* proprio con lo scopo di integrare il precedente elaborato del 1991, soprattutto alla luce del dibattito sviluppatosi attorno alla morte cerebrale negli ultimi anni.

28 Sopra si è visto infatti che il concetto di morte cerebrale è stato fornito dalla Commissione di Harvard riformulando in termini di morte, quello stato di "coma *dépassé*" elaborato da Mollaret e Goulon, per i quali però il soggetto doveva considerarsi vivo ancorché irreversibilmente compromesso e destinato a morire di lì a breve.

29 H. Jonas, *Dalla fede antica all'uomo tecnologico*, cit. p. 205.

30 P. Becchi, *Morte cerebrale e trapianto di organi. Una questione di etica giuridica*, cit. p. 158.

31 Non si ha qui la pretesa di ripercorrere tutte le argomentazioni del filosofo del diritto, che sono frutto di grande studio ed approfondimento e che potrebbero risultare sminuite dalla pochezza di chi scrive. Si vuole solo dare conto di una tra le voci più autorevoli che si sono sollevate sul tema, per evidenziare come esso sia controverso e di difficile soluzione.

Nel caso di specie, si trattava di un procedimento penale per omicidio colposo, in seguito ad incidente stradale, in cui la vittima, donatrice di organi, dopo il periodo di osservazione previsto dalla legge, era stata sottoposta all'espianto. Il GIP sosteneva, che al conducente del veicolo non potesse essere addebitata la responsabilità per omicidio colposo in quanto la morte, cosiccome contemplata dall'art. 589 c.p., andava intesa in senso naturalistico e quindi, il decesso della vittima, che secondo i criteri tradizionali era ancora viva al momento del prelievo, si sarebbe dovuto attribuire ai medici responsabili dell'espianto. Egli affermava cioè che la morte, concepita nell'art. 589 c.p. secondo i criteri cardiocircolatori³³, fosse stata causata, non già dalla condotta dell'imputato, bensì dall'azione dell'équipe del prelievo, poiché fino a quel momento la vittima respirava, il suo cuore batteva ed il suo sangue circolava e pertanto essa non poteva considerarsi morta. Il GIP lamentava così: l'estensione analogica in *malam partem* del precetto penale, assolutamente vietata nel nostro ordinamento, quale corollario del principio di legalità, nonché la violazione del principio della personalità della responsabilità penale, sostenendo che al soggetto fosse stato addebitato "un evento dipendente da fatto altrui (in particolare, dei medici espiantanti)"³⁴.

La Corte ha però considerato la questione non fondata, affermando che in questo caso non si è trattato di estensione analogica in *malam partem*, bensì di un'ipotesi di "descrizione della fattispecie penale mediante ricorso ad elementi (scientifici, etici, di fatto o di linguaggio comune), nonché a nozioni proprie di discipline giuridiche non penali"³⁵, perfettamente legittima, laddove la situazione concreta ed il disvalore della figura criminosa non risultino alterati.

E la Corte infatti afferma che, in questo caso, ancorché si sia verificato un mutamento di quegli elementi e di quelle fonti rispetto al momento dell'emanazione della legge, la situazione indica-

33 Più precisamente il GIP si riferì alla concezione di morte fondata sulla distruzione del cosiddetto "tripode vitale", cioè connessa alla cessazione delle tre funzioni superiori (cardiaca, respiratoria e cerebrale).

34 Cfr. Corte Costituzionale 27/07/1995, n. 414, cit.

35 *Ibidem*.

ta col termine "morte" non sia mutata rispetto al 1930. Come a dire che "morte non esiste in natura: è ciò che il diritto dice che sia la morte"³⁶.

E, dopo aver affermato l'infondatezza della questione, il giudicante sposta la sua attenzione sulla scelta legislativa, sottesa all'emanazione della L. 578/1993. A tal riguardo, la Corte sostiene la validità della scelta compiuta dal legislatore, affermando che la "necessità per il diritto di riconsiderare quei dati scientifici ed operare delle scelte, introducendo per via legislativa una nozione di morte ed ampliando i criteri per il suo accertamento" è stata posta dallo "sviluppo delle conoscenze scientifiche e dei perfezionamenti tecnologici, anche in relazione alle misure di rianimazione e di realizzazione dei trapianti di organi vascolarizzati"³⁷.

La pronuncia continua quindi con la distinzione tra morte biologica e morte clinica – di cui si è parlato sopra – ed afferma che quest'ultima "implica delle opzioni del legislatore che tengano conto, per un verso della certezza del processo irreversibile dell'estinzione della vita e, per altro, della tempestività dell'accertamento, tale da non pregiudicare l'utilizzabilità degli organi da trapiantare"³⁸. Quindi, le parole della Corte confermano l'esistenza di una situazione non facile, in cui si rende necessario un bilanciamento di interessi contrapposti, dei quali il legislatore deve tenere conto nelle proprie scelte³⁹; questo "conflitto di interessi" è determinato dalla possibilità che un soggetto viva, solo se un altro gli dona i suoi organi, dopo la morte. Secondo la Corte il contemperamento dei diversi interessi è stato effettuato corretta-

36 S. Nicolai, *Corte Costituzionale*, 27 luglio 1995, n. 414, in "Giurisprudenza italiana", 1996, I, cit. p. 26.

37 Cfr. Corte Costituzionale 27/07/1995, n. 414, cit.

38 *Ibidem*.

39 Le parole esatte della Corte sono: "In realtà, il problema di determinare quale sia il momento decisivo per ritenere, a tutti gli effetti, estinta la persona umana, costituisce oggetto della attenta valutazione del legislatore, il quale è chiamato a ponderare, all'interno di una logica di prudente apprezzamento, non solo i dati della scienza medica, ma anche il complesso quadro dei valori di riferimento, in sintonia altresì con le altre norme dell'ordinamento, nonché con i principi deontologici e l'espressione del comune sentire.", *Corte Costituzionale* 27/07/1995, n. 414, cit.

mente. Essa in effetti conclude affermando che, considerato lo stato attuale della scienza e del prevalente pensiero, la legge 578/1993 è frutto di opzioni legislative “non irragionevoli”, compiute “nel riflettere i progressi scientifici ed al fine di conseguire risultati di solidarietà sociale ed esigenze di fondamentale giustizia”⁴⁰.

8. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Una considerazione conclusiva s'impone al termine di questa breve disamina sul percorso che ha condotto alla formulazione del concetto di morte in termini neurologici, con il dibattito che ne è scaturito, ed al suo successivo ingresso nel nostro ordinamento.

Il legislatore certamente non può esimersi dallo stabilire con esattezza il momento in cui il soggetto può dichiararsi morto perché, aldilà delle molteplici ragioni di opportunità che potrebbero essere adottate e delle implicazioni che ne potrebbero derivare, egli deve in primo luogo individuare chiaramente il soggetto del diritto.

Nel momento in cui si afferma che *hominum causa omne ius constitutum est* allora è necessario individuare chi sia questo “uomo” e quindi i confini della persona devono essere fissati con precisione.

Ma come determinare con esattezza tali confini? La tecnologia e lo sviluppo della pratica rianimatoria, sicuramente non agevolano questo compito, perché rendono tale frontiera sempre più confusa ed impercettibile. Nondimeno, la necessità di norme che stabiliscano il momento della morte non può essere accantonata.

Ed in questo stesso senso si possono leggere le parole della Corte Costituzionale, quando afferma che la determinazione del momento in cui si può ritenere a tutti gli effetti estinta la persona umana è compito del legislatore, un compito da assolvere considerando sia il dato medico, ma anche il complesso dei valori di riferimento.

La nozione di morte vigente nel nostro ordinamento si pone proprio quale risultante di tali considerazioni: il temperamento tra l'esigenza di essere certi dell'irreversibilità del processo di morte e la necessità di accertarlo in modo tempestivo così da non pregiudicare l'utilizzabilità degli organi da trapiantare.

⁴⁰ *Ibidem*.

Se poi si pretendesse di sapere se la cessazione irreversibile di tutte le funzioni encefaliche sia la *vera Morte*, allora si ricadrebbe nell'errore in cui incappa chiunque pretenda di definire l'*Indefinito* facendo ricorso al metodo scientifico che per sua stessa natura procede *senza tentar la essenza*.

I mezzi che scienza e tecnica ci offrono, possono sicuramente esserci di aiuto nella comprensione dei fenomeni legati alla vita dell'essere umano ed alla sua morte, ma non saranno mai in grado di fare luce su queste due realtà nella loro intima complessità, poiché la spiegazione dei fenomeni, su cui si applica la scienza moderna, è funzionale non tanto alla loro conoscenza, quanto al dominio degli stessi al fine di piegarli strumentalmente alle esigenze contingenti. La scienza moderna propone cioè una conoscenza convenzionale, limitata aprioristicamente dalle ipotesi assunte che ritrova quindi la propria legittimità nel suo essere esclusivamente operativa; ciò che importa non è dunque il sapere, ma il sapere per dominare la realtà ed utilizzarne le forze. Il legame tra conoscenza ed operatività diviene quindi inscindibile e questo dato non può essere tralasciato nel momento in cui si accolgono le nozioni forniteci dalla scienza come se si trattasse di verità assolute: la morte cerebrale può considerarsi una di queste.

Le considerazioni fino a qui svolte hanno sicuramente contribuito a farci comprendere che l'atteggiamento “fideistico” che il nostro tempo nutre nei confronti della scienza, talora ci induce a tralasciare la ricerca del *vero*, portandoci a pensare che la prima abbia con esso un qualche rapporto privilegiato.

Accettare la nozione di morte che la scienza fornisce è una scelta che incombe sul legislatore ed è una scelta necessariamente convenzionale, come tuttavia lo sarebbe qualsiasi altra definizione che di morte si volesse dare, fondandola esclusivamente sul dato empirico. Cercare cioè di dire cosa sia la persona e conseguentemente individuarne i confini, basandosi solo sui dati rilevabili dagli strumenti che la scienza utilizza, significa dimenticare le vie attraverso cui il procedere scientifico si dispiega, significa cioè non tenere conto del fatto che

esso elabora teorie alla luce di arbitrarie ipotesi precedentemente assunte.

Come è stato sapientemente rilevato, quindi, “contrariamente a quanto si è indotti a pensare dallo scientismo dilagante della nostra epoca, lungi dal poter assumere le ipotesi scientifiche come punto di partenza per elaborare delle norme bisogna al contrario prendere posizione proprio sulle stesse ipotesi”⁴¹. È per questo che, alla luce delle riflessioni svolte, una certezza può darsi, vale a dire l’auspicio che il legislatore, nell’affrontare i problemi connessi alla vita ed alla morte dell’uomo, sia in grado di compiere delle scelte capaci di considerare il loro destinatario, per scongiurare il rischio che, anche inavvertitamente, si introduca nel nostro ordinamento un’inaccettabile lesione del bene vita.

Silvia Rosina si è laureata presso l’università degli Studi di Padova, dove attualmente svolge il Dottorato di Ricerca in Filosofia del Diritto.

silvia__rosina@libero.it

⁴¹ F. Zanuso, *Neminem laedere. Verità e persuasione nel dibattito biogiuridico*, Padova, 2005, cit. p. 38.