



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA**

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA
INDIRIZZO UNICO
CICLO XXVI

**MORTE E DIRITTO. RIFLESSIONI SULLA FINE DELLA VITA
DELL'UOMO POSTMODERNO**

Direttore della Scuola: Ch.mo Prof. Roberto Kostoris

Supervisore: Ch.mo Prof. Paolo Sommaggio

Dottoranda: Silvia Rosina

INDICE

ABSTRACT	3
-----------------------	---

INTRODUZIONE	7
---------------------------	---

CAPITOLO PRIMO

Morte cerebrale: un paradigma della modernità

1. Introduzione: cenni di tanatologia.....	13
2. Il Rapporto di Harvard e la nascita della morte cerebrale	17
2.1. Segue: il Rapporto di Harvard ed alcune sue premesse	22
3. I fondamenti teorici a sostegno della nuova definizione di morte.....	27
3.1. Segue: e le argomentazioni scientifiche contrarie	31
4. Morte in termini neurologici: una tripartizione	39
5. Morte clinica e morte biologica	44
6. Morte cerebrale e ordinamento italiano: il primo ingresso	48
6.1. Segue: la legge 29 dicembre 1993, n. 578.....	50
6.2 Segue: morte cerebrale e trapianto di organi.....	55
7. Osservazioni conclusive	64

CAPITOLO SECONDO

Definizione legale di morte e giurisprudenza italiana: una separazione

1. Introduzione.....	69
2. Le (apparenti) rassicurazioni della Corte Costituzionale: la sentenza 27 luglio 1995, n. 414	76

3. Le prime incongruenze della giurisprudenza di merito: la sentenza della Corte di Assise di Appello di Milano 24.04-21.06.2002, n. 23	83
4. La via della recente giurisprudenza: prime note	92
5. Un corpo che sopravvive alla mente e gli argomenti “vita cosciente” e “vita degna”	103
6. Osservazioni conclusive	115

CAPITOLO TERZO

Posizioni filosofiche a confronto

1. Introduzione	119
2. Hans Jonas: un pensiero “controcorrente”	121
3. Peter Singer: ripensare la vita o ripensare la morte?	129
4. Hans Jonas e Peter Singer: prime considerazioni.....	137
5. Robert Spaemann.....	142
6. Osservazioni conclusive	153

CONCLUSIONI	159
--------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	165
---------------------------	-----

ABSTRACT

Oggetto della presente ricerca è il rapporto tra morte e diritto, con particolare riferimento alla definizione legale di morte introdotta dalla L. 578/1993 ed alle implicazioni giuridiche ed etico-filosofiche ad essa connesse. Lo spostamento ai fini della determinazione del decesso, da un criterio cardio-respiratorio ad uno neurologico sembra sottendere infatti una precisa opzione ideologica secondo cui elemento rilevante ai fini di connotare la *persona* sarebbe unicamente la componente encefalica (più o meno estesamente considerata).

Nella prima parte dell'elaborato si è ricostruito quindi il percorso che ha condotto all'affermazione del concetto di morte cerebrale e al suo accoglimento nell'ordinamento italiano, soffermandosi altresì sulle tre accezioni in cui tale concetto può declinarsi. L'indagine compiuta è stata volta quindi a verificare se la definizione di morte accolta dal legislatore del 1993 possa considerarsi ancora "valida" oppure se, di fatto, non risulti soppiantata dalle scelte operate dalla recente giurisprudenza, che nei cosiddetti casi di confine sembra attagliarsi ad un concetto di morte formulato nei parziali termini della morte corticale. Nella seconda parte viene dunque analizzato il dato giurisprudenziale al fine di evidenziare tale suo allontanamento rispetto alla scelta operata dal legislatore. A questo riguardo si è cercato di mostrare come la considerazione del dato personale, che sicuramente deve considerarsi imprescindibile, rischi tuttavia di diventare solo una *façon de parler*, nel momento in cui esso viene ridotto alla mera capacità di manifestazione di determinate funzioni, tra le quali precipuamente quelle volitive e di coscienza presiedute dalla parte superiore dell'encefalo. Si ritiene cioè che la perdita della visione olistica dell'essere umano tipica della modernità, che la definizione della morte in termini neurologici ha contribuito a fomentare, rischia di condurre ad un atteggiamento empirista e riduzionista in

conseguenza del quale la persona, invece che essere oggetto precipuo di tutela, ne viene esclusa tutte le volte in cui non possa più considerarsi tale, perché priva di quelle funzioni o in esse anche solo menomata. Nell'ultima parte dell'elaborato viene dunque affrontata la questione dal punto di vista filosofico per verificare quale sia la concezione antropologica sottesa alle diverse impostazioni sviluppatesi sul tema e quali le implicazioni che da ciascuna di essa possono derivare. A tal fine, siamo ricorsi a tre figure che a nostro avviso possono considerarsi emblematiche del dibattito passato e presente: Hans Jonas, Peter Singer e Robert Spaemann.

* * * * *

The research focuses on the relationship between death and law, with particular reference to the legal definition of death introduced by Law 578/1993 and the legal and ethical philosophical implications connected to it. In fact it appears that by shifting from a cardiovascular to a neurologic criterion of death, the legislator made a clear ideological choice according to which the most significant element that connotes a person is the encephalic element (more or less extensively considered).

With this regard, on the first part of the essay, I retraced the path that led to the affirmation of the concept of brain death and its acceptance in the Italian legal system, focusing also on the three different meanings in which said concept can be interpreted.

The research aims to verify if the legal definition of death provided by the legislator in 1993 should still be considered "valid" or if, de facto, it was replaced by the recent jurisprudence that, on the so-called borderline cases relates the concept of death only to the high-brain death concept.

The second part focuses on the analysis of the case law in order to highlight the divergences between the jurisprudence and the choice made by the legislator. In this regard, I tried to show how the consideration of the person, that undoubtedly must be considered essential, risks to become only a façon de parler, when it is downsized to the pure ability to show some functions, in particular the volition and the consciousness governed by the upper part of the encephalon. I believe that the loss of an holistic view of the human being typical of modernity, that the definition of death in neurological terms helped to stir up, risks to lead to an empiricists and reductionist attitude in which the person, instead of being the target of the protection, results excluded by such protection each time it could not be still considered as a person, being it deprived of said functions or even impaired.

Therefore, in the last part of the essay the matter is analyzed from a philosophical point of view in order to verify which is the anthropological conception underlying the different thesis and the implications deriving from each of them. In order to do so, I utilized three figures that I believe can be considered emblematic of the debate past and present: Hans Jonas, Peter Singer and Robert Spaemann.

INTRODUZIONE

“La morte è una negazione; la morte è l’assenza della vita”¹. Il legame inscindibile tra queste due realtà antinomiche si appalesa: laddove giunge l’una, non vi può essere l’altra poiché *tertium non datur*.

Tale affermazione comporta un duplice ordine di considerazioni: da un lato, trattandosi di realtà “complementari” occorre individuarne con precisione i confini per evitare di scambiare l’una con l’altra; dall’altro lato e conseguentemente, le definizioni che si danno per la prima necessariamente delimitano e qualificano, seppur *a contrario*, anche la seconda e viceversa.

In epoca contemporanea è divenuto però sempre più difficile individuare il *discrimen* tra le due.

Invero, i progressi compiuti dalla ricerca scientifica, se da un lato hanno permesso di raggiungere traguardi inaspettati ed impensabili fino a cinquant’anni fa, hanno per converso posto interrogativi enormi, che coinvolgono e, forse talvolta sconvolgono, l’uomo nel profondo.

Rianimare un soggetto che non respira più o il cui cuore ha smesso di battere; sostituire un rene, o un fegato, o un cuore “fuori uso” con un organo nuovo, perfettamente sano, rallentare il processo del morire fino talvolta ad arrestarlo: tutto ciò oggi è possibile.

Questo evidentemente incide sull’idea che l’uomo aveva della vita e della morte e la difficoltà di tracciare una linea di demarcazione tra le stesse è acuita proprio dal fatto che non si può definire l’una senza intaccare l’altra; esse si compenetrano e questo è dimostrato dalla gradualità che connota il processo del

¹ Byrne P.A., *Morte: l’assenza della vita*, in DE MATTEI R. (a cura di), *Finis Vitae. La morte cerebrale è ancora vita?*, Soveria Mannelli 2007, p. 81.

morire, cui necessariamente si accompagna un lungo e continuo affievolirsi della vitalità residua.

Tale evidenza, tuttavia, mal si concilia con la concezione dell'esistenza tipica della nostra società, caratterizzata da un vero e proprio atteggiamento di body-cult. L'uomo del nostro tempo è "bionico", un complesso di parti intercambiabili in cui appena qualcuna di esse ha un cedimento o non è all'altezza dei correnti canoni estetici o, peggio ancora, non funziona più, può essere agevolmente sistemata riparata o persino sostituita².

Ecco dunque che il malato, l'"uomo dolore"³, non trova posto in una società siffatta perché rappresenta la negazione di ciò che conta, di ciò che rende la vita qualitativamente degna di essere definita come tale⁴.

In tale dimensione, tutta incentrata sul benessere individuale, la morte non può trovare posto poiché essa attesta l'imperfezione, l'inadeguatezza, la finitudine del nuovo "Prometeo irresistibilmente scatenato"⁵ a cui la scienza ha conferito forze senza precedenti. Essa viene dunque concepita come un fallimento e pertanto va allontanata, nascosta, possibilmente eliminata⁶.

² Sul modo di concepire la corporeità in epoca post-moderna, in linea con quanto ivi sostenuto si veda SARACENI G., *Diritto e secolarizzazione. Dal tempo della responsabilità al tempo della solitudine*, in PALAZZANI L. (a cura di), *Filosofia del diritto e secolarizzazione. Percorsi, profili, itinerari*, Roma 2011, in cui l'A. afferma che «[...] al giorno d'oggi, neanche la corporeità possiede alcunché di fatale. Il corpo, concepito alla stregua di una miniera da cui estrarre prestazioni e piacere, può essere progettato e ricostruito in ogni minimo aspetto, ma l'aumento delle tecniche disponibili sul mercato ha fatto in modo che si diffondesse una concezione mercantile del corpo umano, concepito alla stregua dell'unica merce in grado di far vendere qualsiasi altra merce» (ivi pp. 176-177). Una preziosa raccolta di saggi tutti incentrati sul corpo e sulle sue valenze giuridiche in una prospettiva di superamento del riduzionismo che caratterizza anche la scienza del diritto si trova in D'AGOSTINO F. (a cura di), *Corpo esibito, corpo violato, corpo venduto, corpo donato. Nuove forme di rilevanza giuridica del corpo umano*, Milano 2003.

³ MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova 1974, p. 74.

⁴ Un punto di vista diverso in relazione alla problematica della morte, dalla prospettiva del medico impegnato nell'accompagnamento del morente si trova in HEATH I., *Modi di morire*, Torino 2008.

⁵ JONAS H., *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica* (1979), Torino 2005, p. XXVII.

⁶ Sull'evoluzione che ha investito l'atteggiamento dell'uomo nei confronti della morte, fino a farla diventare ai giorni nostri "proibita", si veda su tutti ARIES P., *Storia della morte in Occidente*, Milano 1989. Nello stesso senso si parla di "clandestinizzazione della morte" anche in ARAMINI M., DI NAUTA S., *Etica dei trapianti di organi. Per una cultura della donazione*, Milano 1998, p. 85. Parlano di

In questo processo, la scienza moderna e la tecnica hanno assunto un ruolo determinante in quanto esse sono state le depositarie, prima ancora che della cura del morente, del compito di stabilire quando un soggetto debba dirsi tale.

Della fiducia riposta nell'operato della scienza (in questo caso medica), costituisce emblema anche la nuova definizione di morte in termini neurologici, derivataci dalla Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School ed accolta con grande plauso, dapprima dalla classe medica e poi anche da parte della quasi totalità delle legislazioni occidentali, compresa quella italiana. Ci basti qui anticipare che di essa si possono dare tre diverse accezioni: si parlerà infatti di morte encefalica totale, ovvero di morte tronco-encefalica o, da ultimo, di morte corticale, a seconda di quali (e quante) parti dell'encefalo risultino irrimediabilmente distrutte.

Ciò che ci si propone di mettere in luce con il presente lavoro è come il concetto di morte cerebrale, entrato nel nostro sistema con la L. 578/1993 (Norme per l'accertamento e la certificazione di morte), se estremizzato nei suoi presupposti, non possa dirsi per nulla "innocente" in quanto carico di implicazioni di carattere etico-filosofico prima ancora che giuridico. In effetti, lo spostamento dell'attenzione, ai fini di determinare la morte del soggetto, dal piano cardio-respiratorio al piano neurologico, può sottendere ben precise concezioni antropologiche per cui, elemento essenziale ai fini della vita della persona sarebbe la sua componente mentale, più o meno estesamente considerata.

una "crescente solitudine/privatizzazione" dell'evento morte dovuta ad un fenomeno di "medicalizzazione" che ha investito la fine (ma non solo) della vita umana, PEGORARO R., TUROLDO F., in TUROLDO F. (a cura di), *Le dichiarazioni anticipate di trattamento. Un testamento per la vita*, Padova 2006, p. 99. Secondo tali Autori, «[L]a nostra è una cultura che ha operato una vera e propria rimozione delle questioni relative alla morte e al morire, con il favore di una medicina altamente tecnologizzata che ha isolato e spersonalizzato questi eventi», ivi, p. 96. Parla di "medicalizzazione dell'esistenza", ovvero di "iatrocrazia" anche RUSSO M.T., *Dal corpo proprio al corpo estraneo: cultura postmoderna e immagini del corpo*, in D'AGOSTINO F. (a cura di), *Corpo esibito, corpo violato, corpo venduto, corpo donato*, cit. p. 111. In tal senso si esprime anche Corrado Viafora il quale evidenzia che il rischio legato a tale "fenomeno" è che il nascere ed il morire vengano ridotti a "fatti amministrati da una logica puramente igienico-sanitaria" e vengano quindi secolarizzati nonché spogliati della loro dimensione intimamente umana, così VIAFORA C. (a cura di), *La bioetica alla ricerca della persona negli stati di confine*, Padova 1994.

Si indagherà cioè se il concetto di morte cerebrale, siccome accolto dal nostro legislatore e quindi in termini di *whole brain death* debba considerarsi tutt'ora "valido" ovvero se esso sia stato, seppure non certo formalmente, soppiantato dalle scelte operate dalla giurisprudenza più recente nei cosiddetti casi-limite.

Le discussioni sul concetto di morte cerebrale potrebbero per vero apparire improprie, dal momento che non si tratta più di individuare una prospettiva *de jure condendo*, ma al contrario di valutare, *de jure condito*, le implicazioni che tale nozione comporta sul piano dell'ordinamento al fine di fornire un'opzione interpretativa coerente soprattutto con il complesso dei valori di riferimento sottesi all'ordinamento medesimo. Tuttavia, «[C]iò che conta, non è argomentare attorno alla bontà o meno della concezione di morte in istudio, bensì mostrare quali conseguenze negative abbia, a nostro parere, se eletta a fondamento interpretativo del sistema»⁷: questo vuole essere l'obiettivo precipuo del presente lavoro.

L'idea di morte cerebrale mostra i suoi costi infatti non solo di fronte all'ultima soglia del soggetto, ma a ritroso, per l'intero corso della sua vita. Esiste invero una «simmetria logica tra l'idea di morte e quella di vita, talché la definizione del primo concetto implica di necessità una definizione del secondo e, per questa via, [...] la medesima idea di uomo»⁸. Infatti, la scelta di eleggere la morte cerebrale ad unico concetto di morte può incidere profondamente sulla scala dei valori che sono alla base del nostro ordinamento con riflessi negativi sia sul soggetto morente, ma anche sullo stesso quadro di tutela dell'essere umano.

Quello che si cercherà di mettere in luce nelle pagine che seguiranno sarà infatti la spinta verso una "parcellizzazione" ulteriore del concetto, che cioè consideri necessaria ai fini del decesso, non già la perdita di tutte le funzioni

⁷ NANNINI U.G., *Valori della persona e definizione legale di morte*, Padova 1996, p. 102

⁸ *Ivi*, p. 103.

encefaliche bensì solo di quelle superiori, vale a dire le funzioni di indole conoscitiva e volitiva di cui è responsabile la corteccia cerebrale e che sole qualificherebbero la "persona". Tale ultima impostazione fa leva sul seguente argomento: a base della definizione di morte cerebrale è stata posta la cessazione irreversibile della funzionalità encefalica in quanto si ritiene che sia il cervello a connotare la vita del soggetto. Ma allora, poiché la cessazione irreversibile di tutte le funzioni encefaliche non è dimostrabile e, poiché la persona è individuata sulla base di quelle funzioni riconducibili alla sola parte superiore del cervello (vale a dire la corteccia), allora non ha alcuna ragione pretendere una distruzione encefalica totale. A decretare la fine della persona sarà infatti la distruzione della sola corteccia poiché ivi "è contenuta" la persona: ed ecco apparire il concetto di morte neo-corticale.

È in questa direzione, costituente il precipitato logico della scelta operata dalla Harvard Committee prima e dal nostro legislatore poi, che sembra dirigersi anche la nostra giurisprudenza più recente.

All'analisi del formante legislativo e del dato giurisprudenziale, verrà affiancata la riflessione filosofica poiché solo l'atteggiamento radicalmente problematico della filosofia può offrire risposte autentiche che non si impongano come dogmatismo, ma nemmeno ricadano nel più bieco scetticismo.

Dimenticare l'apporto della filosofia in questo ambito determinerebbe la degenerazione in un atteggiamento scienziata che, sebbene largamente diffuso in epoca contemporanea, comporta la reificazione dell'uomo da cui però l'ordinamento giuridico deve rifuggire, se non vuole dimenticare il soggetto in vista del quale egli stesso si costituisce.

CAPITOLO PRIMO

Morte cerebrale: un paradigma della modernità

Sommario: 1. Introduzione: cenni di tanatologia; 2. Il Rapporto di Harvard e la nascita della morte cerebrale; 2.1. Segue: alcune sue premesse; 3. I fondamenti teorici a sostegno della nuova definizione di morte; 3.1. Segue: e le argomentazioni scientifiche contrarie; 4. Morte in termini neurologici: una tripartizione; 5. Morte clinica e morte biologica; 6. Morte cerebrale e ordinamento italiano: il primo ingresso; 6.1. Segue: la legge 29 dicembre 1993, n. 578; 6.2 Segue: morte cerebrale e trapianto di organi; 7. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione: cenni di tanatologia¹

La storia della morte nell'ambito della medicina moderna, ha i propri albori nel XVI secolo quando si riaccende l'interesse degli studiosi per l'anatomia umana. A tal proposito, elemento decisivo fu il nuovo clima culturale maturato durante il Rinascimento e caratterizzato dalla grande fiducia nella scienza, cui necessariamente si riconnette il rifiuto per quell'autorità – *l'ipse dixit* – e per il dogma, che in un certo qual modo avevano pervaso il pensiero medievale².

¹ Lungi dal voler fornire una descrizione dettagliata di tutti i passi compiuti dalla scienza sul terreno della tanatologia, si è qui cercato di riportare i dati ritenuti più utili a mostrare l'iter che ha condotto alla situazione attuale, evidenziando quali siano state le scoperte che hanno maggiormente inciso sulla comprensione e definizione del processo del morire. Per le informazioni storiche ivi riferite si vedano soprattutto DEFANTI C.A., *Soglie. Medicina e fine della vita*, Torino 2007 e ARIES P., *Storia della morte in Occidente*, Milano 1989.

² Qui si è inteso affermare che, innegabilmente, la mentalità medievale era caratterizzata dalla presenza di alcuni assunti indiscutibili: la presenza di Dio e la creazione, per opera Sua, di un mondo da Lui stesso ordinato, in cui ogni realtà svolge la funzione che Egli le ha attribuito in modo complementare a quella delle altre realtà esistenti. In tale contesto, ogni forma di sapere autentico non poteva che tradursi in forme di conoscenza ordinate, in quanto tali vere, poiché riflesso dell'Ordine impartito alla realtà dal Suo Creatore. Si comprende dunque perché, anche il ruolo della scienza fosse precipuamente quello di osservare e "classificare" la realtà, riconoscendo a ciascun

In questo contesto, anche l'atteggiamento sociale nei confronti della morte muta e quindi il suo emblema, cioè il cadavere, diventa terreno privilegiato non solo per lo studio dell'anatomia umana, ma anche per l'investigazione dei fenomeni legati al decesso.

Lo scopo con cui gli scienziati indagano la realtà della morte è fin dai tempi antichi quello di ottenere la massima certezza in ordine al momento in cui essa avviene, per il "timore di scambiare vita per morte"³, al fine quindi di evitare fenomeni quali l'inumazione di soggetti vivi, ancorché apparentemente morti. Gli studi in questo senso effettuati sul cadavere a partire dal XVI secolo danno presto i loro risultati.

Siamo nel 1651 quando Zacchia, medico romano che si può considerare padre della tanatologia forense, conclude il suo trattato *Quaestiones medico-legales* affermando che solo la putrefazione è criterio sicuro di morte.

Il secolo successivo, l'anatomico danese Winslow, sulla scia di Zacchia e mosso dal timore della morte apparente e del seppellimento prematuro, scriverà che "[...] non si ha alcun contrassegno assolutamente certo del fine della vita, eccettuatene le macchie livide che appaiono sulla pelle, e l'odore cadaverico, odore fetido, e differentissimo da qualunque altro"⁴.

Nel 1800 tuttavia, si devono all'opera di Marie François Xavier Bichat alcuni sviluppi determinanti per una nuova concezione della morte, che viene così sganciata dalla mera osservazione dei segni esteriori, quali unici elementi atti a comprovarne la sopravvenuta. Egli cerca cioè di anticipare la diagnosi certa della morte ad un momento anteriore alla putrefazione e a gli altri processi

oggetto il posto attribuitogli dal Creatore. Il tema si trova sapientemente trattato ed approfondito in CAVALLA F., *All'origine del diritto al tramonto della legge*, Napoli 2011. Quanto detto, peraltro conferma altresì l'atteggiamento dello scienziato di allora nei confronti della morte: osservarne l'accadimento cercando di individuarne i segni rivelatori, senza tuttavia pretendere di darne una definizione.

³ MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, cit., p. 403.

⁴ DEFANTI C.A., *Soglie*, cit., p. 47.

trasformativi⁵. La nuova concezione è quindi fondata sui rapporti intercorrenti tra i tre piedi di quello che egli stesso chiamerà il “tripode vitale” vale a dire: il cuore, i polmoni e il cervello.

A questo riguardo egli distingue tra: a) morte che inizia dal cuore e porta successivamente all’arresto della funzione del cervello e del polmone (morte primitivamente cardiaca); b) morte che inizia nel polmone e si ripercuote poi sul cuore e sul cervello (morte primitivamente polmonare); c) morte che inizia nel cervello stesso per propagarsi poi agli altri organi vitali (morte primitivamente cerebrale). Lo studioso mostra quindi come il morire sia un processo complesso che, indipendentemente da dove abbia inizio, comporta lo spegnimento di tutte tre le funzioni vitali: nervosa, cardiaca-circolatoria e respiratoria. Vale a dire che il soggetto è morto allorché sia distrutto il tripode vitale (nella sua interezza), perché uno dei tre piedi su cui esso si regge ha smesso di funzionare⁶.

Se questo può apparire incontrovertibile nell’Ottocento, oggi le cose stanno diversamente. Invero, grazie agli sviluppi tecnologici ed in particolare con l’avvento della rianimazione, il processo del morire può almeno temporaneamente essere arrestato. Così ad esempio, effettuando la respirazione artificiale in un soggetto in cui le funzioni vitali siano appena cessate, si può far riprendere il moto cardiaco⁷ nonché riattivare circolo e respiro, ripristinando

⁵ I fenomeni cadaverici, vale a dire i “segni della morte” si classificano in due gruppi: i fenomeni abiotici o negativi, dovuti alla cessazione delle funzioni vitali ed i fenomeni trasformativi, determinati dai processi nuovi che avvengono nel cadavere. I primi fanno riferimento alla comparsa dei segni clinici della morte, ovvero perdita della coscienza, della motilità volontaria, della sensibilità, della respirazione e circolazione (fenomeni negativi immediati) e alla comparsa della classica triade tanatologica, vale a dire *algor*, *livor* e *rigor mortis* (fenomeni negativi consecutivi). I secondi sono invece costituiti dall’autolisi dei tessuti e dai processi putrefattivi, cioè da un complesso di attività biologiche e biochimiche che conducono alla scissione della materia organica in composti molecolari sempre meno complessi. Cfr. CANUTO G., TOVO S., *Medicina legale e delle assicurazioni*, Padova 1996; NORELLI G.A., BUCELLI C., FINESCHI V., *Medicina legale e delle assicurazioni*, Padova 2009.

⁶ Con la precisazione tuttavia che il cuore è l’*ultimum moriens* ovvero cessa di compiere le sue funzioni dopo tutti gli altri organi e quindi anche dopo l’interruzione delle funzioni cerebrali, ma non immediatamente. Di talché, mentre la morte cardiaca causa subito quella cerebrale, non avviene il contrario.

⁷ CANUTO G., TOVO S., *Medicina legale e delle assicurazioni*, cit..

dunque il funzionamento di almeno due delle funzioni del tripode. Bisogna pertanto concludere, con autorevole dottrina, che ad oggi la nozione definitoria di morte offerta dal Bichat “non può che conservare il solo fascino didattico esplicativo”⁸.

Ulteriore passo importante per quanto concerne l’evoluzione della tanatologia risulta l’opera dello studioso francese Maurice d’Halluin, fisiologo presso l’università di Lille. Ai fini del presente studio, ciò che interessa è la sua nuova classificazione della morte. Egli distingue tra: 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 sincopi prolungate in cui il recupero è possibile anche senza interventi esterni; b) *morte relativa*, che è tappa obbligata nel processo del morire e consiste nell’arresto cardiocircolatorio: in questo caso un intervento esterno, come un massaggio cardiaco, può ripristinare le funzioni dell’organismo; c) *morte assoluta* in cui non vi è assolutamente alcuna possibilità di reviviscenza. La morte relativa è, secondo lo studioso, ciò che si intende abitualmente per morte, in quanto l’arresto cardiocircolatorio è reale e completo, ma un intervento esterno potrebbe “riportare in vita” il soggetto. La morte assoluta invece si caratterizza per l’irreversibilità, ossia il mancato successo dei tentativi di rianimazione, per dirlo con termini attuali.

Egli suggerisce quindi di adottare, come unico criterio di certezza della morte (relativa, cui seguirà necessariamente la morte assoluta, in assenza di un intervento esterno), la documentazione dell’arresto cardio-circolatorio.

Ciò contribuisce così a suffragare la già diffusa percezione che la morte coincida con quest’ultimo, poiché il fermarsi del cuore determina conseguentemente anche l’arresto della circolazione, nonché la distruzione del sistema nervoso e quindi la morte dell’intero organismo⁹.

⁸ NORELLI G.A., BUCELLI C., FINESCHI V., *Medicina legale e delle assicurazioni*, cit., p. 111.

⁹ Si è infatti visto sopra che in tal senso andarono anche gli studi del Bichat.

Da quanto detto emerge come nel sistema elaborato dalla tanatologia classica vi sia una sorta di legame tra le epoche del passato e l'epoca moderna: essa ha cioè sempre cercato di riconoscere con precisione il momento in cui la morte sopraggiunge, di identificare i segni certi dell'avvenuto decesso, al fine di individuare in modo netto la linea di confine tra vita e morte, nonché di fornire gli strumenti per tracciare questa frontiera, senza mai giungere però ad una definizione. Il concetto di morte è sempre stato legato agli sviluppi del sapere scientifico (precipuamente medico) che però, per sua stessa natura, si concentra sulla descrizione della realtà con fini operativi: sapere se un soggetto è vivo o morto, per non seppellirlo vivo, non già per dire cosa sia *vita* o cosa sia *morte*.

Tale atteggiamento, legato anche all'idea che vita e morte siano inconoscibili nella loro intima essenza, non sembra affatto rinvenibile nell'indirizzo più recente, in cui l'elaborazione del concetto di morte in termini neurologici ha quale premessa proprio la pretesa di definire ciò che è intrinsecamente non definibile: la morte.

2. Il Rapporto di Harvard e la nascita della morte cerebrale

Negli anni trenta e quaranta vengono messe a punto efficaci tecniche di sostegno delle funzioni vitali, come la respirazione artificiale tramite polmone d'acciaio e la defibrillazione cardiaca. I medici sono così in grado di ventilare un individuo che non respira spontaneamente nonché di riattivare un cuore arrestato, riuscendo quindi a "riportare in vita" soggetti in stato di morte relativa¹⁰. Con tali metodiche rianimative si riesce ora a salvare molti pazienti che

¹⁰ Non a caso, in riferimento a queste tecniche si parla di *ri-animazione* ovvero, nella medicina anglosassone, di *resuscitation*.

hanno subito gravi traumi, accompagnati da momentaneo arresto cardiocircolatorio.

Tuttavia, mentre la maggior parte di questi pazienti viene restituita ad una vita normale o comunque accettabile¹¹, in taluni casi avviene qualcosa di imprevisto: comincia cioè a verificarsi una condizione clinica, mai registrata prima. Alcuni di essi, colpiti da gravissime lesioni cerebrali e quindi incapaci di respirare autonomamente, una volta collegati al respiratore, anziché morire rapidamente, rimangono in questo “stato” per un periodo di tempo variabile prima di andare incontro ad arresto cardiocircolatorio definitivo¹². Incoscienza, assenza di qualsiasi attività nervosa, assenza di risposta agli stimoli esterni, impossibilità di respirare autonomamente e irreversibilità di tale condizione sono le caratteristiche principali del loro quadro clinico.

Le prime descrizioni approfondite di questi casi si devono ai medici francesi Mollaret e Goulon che per indicarli coniano il termine “*coma dépassé*” ovvero letteralmente, “coma oltrepassato” o “stato oltre il coma”; essi considerano il paziente vivo, ancorché destinato a morire di lì a breve¹³, definendo tale

¹¹ Al fine di evitare ogni equivoco, potenzialmente derivante dall'aver impiegato gli aggettivi “normale” ed “accettabile” accanto al termine “vita”, va qui precisato che essi sono riferiti al quadro clinico dei pazienti e vanno dunque assolutamente slegati da ogni giudizio di valore in ordine alla qualità della loro esistenza. Invero è molto alto il rischio derivante dall'impiego di tali connotazioni accanto al termine “vita”: in tal modo infatti la bontà qualitativa della vita può ergersi a *discrimen* della sua dignità, e conseguentemente passare da oggetto a condizione della tutela dell'individuo. Di tale eventualità, ancorché affrontata in relazione alla questione del “diritto a non nascere se non sano”, da egregiamente conto REGGIO F., *La vita come danno. Alcune note in margine ad una recente sentenza in tema di 'diritto a non nascere'*, in ZANUSO F. (a cura di), *Il Filo delle Parche. Opinioni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano 2009.

¹² SINGER P., *Ripensare la vita. Tecnologia e bioetica: una nuova morale per il mondo moderno* (1994), Milano 2000.

¹³ In modo particolare, i medici francesi, il cui lavoro si concluse con la teorizzazione di un quarto stadio di coma, oltre ai tre già conosciuti, invitavano a prendere coscienza della situazione creatasi grazie (ma anche a causa) dell'acquisita potenza della scienza rianimatoria ed auspicavano una discussione sulle frontiere della vita e sulla fissazione del momento della morte legale. Nel fare ciò però, essi sottolineavano che la sopravvivenza di un tale malato cessa immediatamente ed automaticamente appena si sospendono le cure rianimatorie; è proprio da ciò che si evince che, per loro, il soggetto è ancora vivo. MORCAVALLO B., *Morte e persona: un dialogo fra etica medica, bioetica e filosofia morale*, Napoli 1999.

condizione come «il frutto integrale (la rançon, [...] termine che indica il riscatto o il prezzo esoso pagato per qualcosa), delle nuove tecnologie di rianimazione»¹⁴.

Esattamente al contrario invece, circa dieci anni più tardi, l'*Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School* pubblica un rapporto dal titolo "*A Definition of Irreversible Coma*"¹⁵ in cui indica come nuovo criterio di morte proprio quell'"irreversible coma" vale a dire quello stato di "coma oltre il coma" teorizzato dai due studiosi sopra richiamati, sancendo così l'uguaglianza tra morte del cervello e morte dell'essere umano¹⁶.

Il gruppo di studiosi riunitosi ad Harvard indica le quattro condizioni che, laddove sussistenti per almeno ventiquattro ore, devono considerarsi necessarie e sufficienti per una diagnosi di coma irreversibile, vale a dire: 1) non recettività e non responsività; 2) assenza di movimenti o respirazione spontanei; 3) assenza di riflessi; 4) elettroencefalogramma piatto.

Nasce così la nuova definizione di morte basata su criteri neurologici.

È importante sottolineare sin d'ora, ai fini della successiva analisi sulle premesse del concetto di morte cerebrale, che i criteri proposti dal Comitato di Harvard non erano stati suffragati da dati empirici e nemmeno erano stati condotti studi sistematici sulla loro capacità di predire in modo incontrovertibile l'irreversibilità della situazione¹⁷.

Per comprendere realmente la portata del Rapporto, bisogna tuttavia soffermarsi, seppur brevemente, sui suoi retroscena ed antefatti.

Il 3 dicembre 1967 a Città del Capo, il cardiocirurgo Christiaan Barnard esegue il primo trapianto di cuore: l'intervento funziona, ma diciotto giorni dopo il paziente muore per le complicanze sopraggiunte. A meno di un mese di

¹⁴ AGAMBEN G., *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino 1995, p. 178.

¹⁵ AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL, *A definition of irreversible coma*, in "Journal of American Medical Association", 1968, 205, pp. 337-240.

¹⁶ BECCHI P., *I segni della morte e la questione dei trapianti*, in "Humanitas", 2010, III, pp. 486-501.

¹⁷ DEFANTI C.A., *Soglie*, cit.; SINGER P., *Ripensare la vita*, cit.

distanza, il 2 gennaio 1968, Barnard ripete l'esperienza, questa volta con esiti migliori: il paziente sopravvive quasi due anni e l'intervento da lui realizzato viene accolto dal mondo politico sudafricano come un semi-miracolo¹⁸, a dispetto di tutte le conseguenze che sarebbero potute derivare sul piano giudiziario da un intervento siffatto, compiuto su un paziente vivo a tutti gli effetti¹⁹.

Ciò premesso, occorre chiedersi per quale ragione gli interventi del dottor Barnard ebbero un tale clamore considerato che già da anni veniva praticato con successo il trapianto del rene. Tale risonanza è legata alla natura dell'organo trapiantato: il cuore infatti, a differenza del rene che può essere asportato senza causare la morte dell'individuo²⁰, è determinante per la sua sopravvivenza.

Ciò significa che secondo il criterio "classico" di morte (quello cardiaco), o il cuore viene espantato quando ha già cessato di battere e quindi il paziente è morto (evento che però determina la mancanza momentanea di afflusso sanguigno all'organo da trapiantare, che quindi potrebbe andare incontro ad anossia, pregiudicando così la buona riuscita dell'operazione), oppure è proprio l'intervento ad uccidere il soggetto con l'asportazione di un cuore che ancora batte e con tutte le implicazioni che potrebbero derivare sul piano giudiziario.

Ovviamente, questo dilemma non si porrebbe se ammettessimo che la morte dell'individuo coincide con la sua morte cerebrale, cioè con la cessazione irreversibile delle funzioni encefaliche, anziché con quella cardiaca. In questo caso

¹⁸ Ne da conto anche COIMBRA C.G., *Il test di apnea: un 'disastro' letale al capezzale del malato per evitare un 'disastro' legale in sala operatoria*, in DE MATTEI R. (a cura di), *Finis Vitae*, cit.

¹⁹ A tale riguardo, convenendo con autorevole dottrina, si potrebbe lecitamente concludere che l'intervento così svolto dal dott. Barnard in vigenza dei criteri classici di morte sia stato un caso di "vivisezione". In tal senso SOMMAGGIO P., *Il dono preteso. Il problema del trapianto di organi: legislazione e principi*, Padova 2004, p. 91. Peraltro, le conseguenze cui si è fatto riferimento, furono proprio quelle a cui andò incontro, in quello stesso 1968 in Giappone, il cardiocirurgo Wada Juro, il quale venne accusato di omicidio per aver eseguito il (primo) trapianto di cuore da donatore cerebralmente morto. Egli non venne formalmente perseguito, ma venne interdetto dall'esercizio della professione.

²⁰ Peraltro, il prelievo del rene può avvenire anche dopo l'arresto cardiaco, senza che l'organo ne risulti drammaticamente compromesso e quindi la definizione di morte basata sul tradizionale criterio cardiocircolatorio non sarebbe di ostacolo a tale intervento. In questo senso SINGER P., *Ripensare la vita*, cit., p. 40.

infatti, anche se il cuore continua a battere perché il soggetto respira grazie alla ventilazione meccanica, egli può considerarsi morto (e lo è?!) e quindi l'espianto del muscolo cardiaco avviene a tutti gli effetti da cadavere.

È così che si cominciano a considerare "sotto una luce nuova"²¹ le migliaia di pazienti in coma irreversibile, giacenti nelle corsie degli ospedali: non più un mero problema di allocazione di risorse sanitarie, ma delle "risorse" essi stessi, quali "pezzi di ricambio" per altri pazienti²².

L'obiettivo di salvare delle vite umane sembra essere stata la direttrice lungo cui si sono sviluppate le intenzioni e l'operato degli estensori del Rapporto di Harvard nella loro opera definitoria.

Occorre tuttavia soffermarsi a riflettere sul fatto che «alla domanda se la morte cerebrale sia un valido segno di morte, bisogna rispondere obiettivamente, a prescindere dallo scopo al quale essa potrebbe servire»²³. Invero, a fronte degli antefatti sopra esposti, risulta quantomeno arduo scindere il contenuto del Rapporto di Harvard dalle circostanze ad esso sottese: *apertis verbis*, appare legittimo dedurre l'esistenza di una stretta correlazione tra morte cerebrale e chirurgia sostitutiva.

Del resto, nemmeno i compilatori della Relazione fecero mistero del legame intercorrente tra la nuova definizione di morte e la tecnica dei trapianti. Nel prologo del Rapporto si legge infatti: «Il nostro obiettivo principale è definire come nuovo criterio di morte il coma irreversibile. La necessità di una definizione

²¹ *Ibidem*.

²² Del resto, questo atteggiamento non deve stupire. Esso non è altro che l'emblema di quella mentalità moderna in cui la natura è concepita come "somma di parti componibili e scomponibili a piacere"; mentalità che si rispecchia altresì nella concezione antropologica caratterizzante la modernità, in cui anche la percezione olistica dell'essenza individuale viene soppiantata da una visione specialistica e parziale dell'uomo, quale insieme delle parti che lo compongono. In tal senso, ZANUSO F., *L'indisponibile filo delle Parche. Argomentazione e decisione nel dibattito biogiuridico*, in ZANUSO F. (a cura di), *Il Filo delle Parche*, cit..

²³ BECKMANN R., *L'accertamento del decesso: la morte cerebrale è affidabile?*, in DE MATTEI R. (a cura di) *Finis Vitae*, cit., p. 38.

si impone per due ragioni: 1) [...] 2) I criteri di morte obsoleti possono innescare controversie nel reperimento di organi per i trapianti»²⁴.

Si appalesa pertanto la genesi utilitaristica di questa nuova definizione, la quale più che derivare da qualche scoperta scientifica in grado di stabilire con esattezza il momento in cui la morte sopraggiunge, è stata determinata da esigenze pratiche: reperire organi in buono stato utilizzabili nei trapianti e rendere leciti, oltreché eticamente accettabili, l'espianto e il successivo trapianto, evitando il contenzioso giudiziario che sarebbe potuto derivare dal ricorso a siffatta pratica²⁵.

2.1. *Segue: il Rapporto di Harvard ed alcune sue premesse*

Nelle righe che precedono, si è già richiamata parte dell'*incipit* del Rapporto di Harvard, allo scopo di evidenziare l'effettiva presenza di alcune spinte utilitaristiche sottese alla riformulazione della nozione di morte in termini neurologici.

A conferma della genesi strumentale di questa operazione (ri)definitoria, sarà sufficiente indugiare ancora per un attimo, prima che sul contenuto del Rapporto, sulle vicende e le discussioni che lo hanno preceduto.

²⁴ AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL, *A definition of irreversible coma*, cit., p. 337.

²⁵ In questo senso BECCHI P., *Morte cerebrale e trapianto di organi. Una questione di etica giuridica*, Brescia 2008. Un altro studioso che nel recente dibattito italiano ha evidenziato questo aspetto è Roberto DE MATTEI, il quale afferma «[...] i criteri di ridefinizione della morte del Comitato di Harvard rispondevano ad esigenze prettamente 'utilitaristiche'», così DE MATTEI R., *Vera scienza o falsa filosofia?* in DE MATTEI R. (a cura di), *Finis Vitae*, cit., p. 108. Anche Paolo Sommaggio evidenzia come «[...] la definizione di morte cerebrale fu un atto giustificato da esigenze di allocazione di risorse biologiche e mediche. Sicuramente però non esprime alcun elemento di supposta oggettività scientifica», SOMMAGGIO P., *Il dono preteso*, cit., p. 94. Anche Carlo Alberto Defanti è chiaro in tal senso: «[...] la decisione di considerare questa situazione come equivalente alla morte non costituisce affatto una nuova acquisizione scientifica, bensì rappresenta una scelta di ordine etico-filosofico» (ID., *Sugli stati di confine (brain death, brain life) e sull'identità personale nelle malattie cerebrali*, in VIAFORA C. (a cura di), *La bioetica alla ricerca della persona negli stati di confine*, Padova 1994, p. 55).

Come espone Peter Singer²⁶, nemmeno un mese dopo la realizzazione di quel primo trapianto cardiaco ad opera del dott. Barnard, il preside della facoltà di medicina dell'università di Harvard – Robert Ebert – istituisce presso la stessa, l'omonima Commissione col compito di riesaminare la definizione di morte²⁷.

Di lì a poco viene pubblicata la relazione conclusiva, nel cui prologo sono esplicitate le due ragioni fondamentali per cui si impone la necessità di procedere ad una ridefinizione della morte: 1) svuotare le corsie degli ospedali dal numero sempre crescente di soggetti comatosi ormai privi delle capacità intellettive, che non possono più uscire dalla rianimazione, costituendo così un peso per sé stessi, per le loro famiglie e per “tutti coloro che hanno bisogno di letti di ospedale già occupati” da questi pazienti; 2) eliminare alla radice i problemi di origine giudiziaria che la vigenza dei criteri classici – ed allora ancora validi – di morte potrebbe arrecare al reperimento di organi per i trapianti²⁸.

L'iter argomentativo seguito dal Comitato nell'affermare che il “principale obiettivo è quello di definire il coma irreversibile come nuovo criterio per (accertare) la morte”²⁹, potrebbe essere così schematizzato: visto che i soggetti in coma irreversibile sono un peso, visto che molti pazienti necessitano di letti di

²⁶ SINGER P., *Ripensare la vita*, cit., in particolare p. 41.

²⁷ Questa convocazione, cronologicamente legata all'intervento di Barnard in modo quantomeno sospetto, non fu un'iniziativa del solo dott. Ebert. Già qualche tempo prima infatti, egli ricevette da Henry Beecher – presidente della commissione che si occupava della sperimentazione sugli esseri umani presso la medesima università – una lettera con la quale gli veniva richiesta la possibilità di esaminare alcune questioni inedite in seno alla commissione stessa. Le parole esatte di Beecher erano le seguenti: “[...] pensiamo che sia giunto il momento di riesaminare la definizione di morte. Non c'è ospedale di una certa importanza che non abbia pazienti in attesa di donatori adatti”, *ibidem*.

²⁸ Si riporta di seguito la versione originale ed integrale del prologo: «The are two reasons why there is need for a definition: 1) Improvements in resuscitative and supportive measures have led to increased efforts to save those who are desperately injured. Sometimes these efforts have only partial success so that the result is an individual whose heart continues to beat but whose brain is irreversibly damaged. The burden is great on patients who suffer permanent loss of intellect, on their families, on the hospitals, and on those in need of hospital beds already occupie by these comatose patients. 2) Obsolete criteria for the definition of death can lead to controversy in obtaining organs for transplantation», cfr. AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL, *A definition of irreversible coma*, cit., p. 337.

²⁹ *Ibidem*.

ospedale, nonché di organi vitali e visto che i vigenti criteri di morte basati sulla cessazione del battito cardiaco rendono tutto ciò molto difficoltoso, allora si dovrà ridefinire la morte.

La riformulazione della morte, con la sua equiparazione all'*irreversible coma* infatti, soddisfa tutte le esigenze: permette di dichiarare morto il soggetto in questa condizione, conseguentemente di procedere legittimamente al prelievo "a cuore battente" degli organi vitali, senza alcuna conseguenza sul piano giudiziario ed infine al distacco dei macchinari per la ventilazione meccanica con il duplice effetto di liberare dei letti di ospedale e legittimare nel contempo l'espianto.

Il nesso – che senza timore di smentita si potrebbe qualificare come "teleologico" – tra la riformulazione della morte in termini neurologici e le esigenze contingenti si appalesa³⁰.

Un ultimo sguardo al contenuto del Rapporto, ci impone alcune ulteriori considerazioni.

Si è visto dalla sopra svolta lettura del prologo che l'ambito soggettivo cui il documento in questione si rivolge è l'insieme dei "pazienti ormai totalmente privi di intelletto" che affollano le corsie degli ospedali. Qualche riga più in basso, i relatori precisano tuttavia che l'obiettivo è quello di occuparsi solo "degli

³⁰ E, a ben vedere, esso era chiaro anche ai compilatori del Report ed a coloro che ne invocarono la redazione. A tale proposito può essere interessante considerare un passo della lettera con cui il preside Ebert consiglia al Comitato di modificare la stesura dell'*incipit*: «La connotazione di questo testo è poco felice, in quanto suggerisce l'idea che si voglia ridefinire la morte per rendere più facilmente disponibili alle persone in attesa di trapianto gli organi vitali dei malati in coma irreversibile [...]. Non sarebbe meglio limitarsi a formulare il problema e sottolineare che l'uso di criteri obsoleti per definire la morte può innescare controversie per il reperimento degli organi per i trapianti?». Il brano è tratto dal carteggio intercorso tra il preside Ebert ed Henry Beecher, presidente della Commissione di Harvard ed è citato in SINGER P., *Ripensare la vita*, cit., p. 42. Una considerazione ci sia concessa: forse il dott. Ebert fondatamente sostiene che quel prologo potrebbe ingenerare qualche dubbio tuttavia, la sua rivisitazione, ancorché più accorta, non riesce a dissipare completamente le perplessità. Anche se meglio mascherato, l'utilitarismo di fondo traspare tra le righe e chi l'ha colto senza dividerlo, l'ha ben presto condannato: tra questi, primo fra tutti, il filosofo Hans Jonas, di cui si dirà ampiamente in seguito.

individui comatosi che non presentano alcuna attività del sistema nervoso centrale”³¹.

Si ritiene dunque legittimo domandarsi a questo punto quali siano le reali intenzioni del Comitato e quali i soggetti ricompresi nel Rapporto: gli individui che hanno perso completamente l’intelletto o coloro il cui sistema nervoso centrale ha smesso completamente di funzionare perché l’intero encefalo ha smesso di funzionare?

Parlare di “intelletto” fa infatti riferimento alle sole funzioni superiori, cioè – semplificando – a quell’insieme di funzioni presiedute dalla sola parte superiore dell’encefalo (la corteccia cerebrale). La differenza non è di poco conto e l’uso delle due categorie come se le stesse fossero sovrapponibili, potrebbe ingenerare fraintendimenti e condurre a conseguenze drammatiche, laddove su tale “confusione” venisse a svilupparsi la prassi, medica innanzitutto, dottrinale e giurisprudenziale in seconda battuta e, da ultimo, legislativa³².

Quanto poi all’affermazione per cui risulta necessario procedere ad una ridefinizione della morte al fine di alleviare il “fardello” di tali soggetti, essa risulta assolutamente contraddittoria: non ha infatti alcun senso preoccuparsi della sofferenza di individui che, privi di qualsivoglia capacità intellettuale e di coscienza (e ciò, sia che la sola corteccia sia distrutta, sia che l’intero encefalo

³¹ AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL, *A definition of irreversible coma*, cit., p. 337.

³² Invero, questa poca chiarezza della Commissione instilla il dubbio che tra le due categorie non vi sia grande differenza e che alle stesse si possa ricorrere indifferentemente, nel senso che per considerare morto un individuo non sia necessario attendere la totale distruzione dell’encefalo, ma sia sufficiente la sola perdita di quelle funzioni che caratterizzano l’uomo, distinguendolo dalle altre realtà biologiche. In tale atteggiamento s’intravede l’approdo a cui è giunta quella parte della bioetica contemporanea che possiamo definire *pro-choice*, secondo la quale appunto, è il complesso delle facoltà intellettive a connotare propriamente la vita ‘umana’, di talché quando tali facoltà vengono meno anche la vita (quantomeno quella degna e come tale tutelabile) viene meno. Nell’ultimo senso, SINGER P., *Ripensare la vita*, cit..

risultati distrutto), non possono avvertire nulla di tale condizione e dunque nemmeno soffrirne³³.

Infine, in relazione al problema del “peso per gli altri”, vale a dire la famiglie, gli ospedali e la società, gli autori del Rapporto pongono la questione su un chiaro piano economico, evidenziando come il mantenimento di questi pazienti non abbia esito positivo in termini di rapporto costi/benefici. Considerato infatti che le cure ad essi dedicate non portano a nessun risultato concreto, dal punto di vista dei miglioramenti, non ha senso continuare a fornire loro questi trattamenti così dispendiosi; anzi, è più sensato, sempre in una logica di profitto, utilizzarli per arrecare un vantaggio a chi ancora ha buone probabilità di vita³⁴.

La matrice utilitaristica presente nella scelta della Harvard Committee appare ora molto nitida, *a fortiori* considerato il fatto che essa non viene suffragata da nessun dato empirico³⁵. Vale a dire, ridefinire la morte, stabilendo a problematicamente la sua equivalenza con l’ultimo stadio del coma irreversibile non è accompagnato da alcuna scoperta scientifica o da alcuno studio preventivo volto ad acclararne la fondatezza³⁶.

³³ La stessa considerazione si trova anche in SOMMAGGIO P., *Il dono preteso*, cit., p. 95; DEFANTI C.A., *Soglie*, cit., p. 92.

³⁴ Tale logica è resa manifesta dal presidente della Commissione di Harvard, Henry Beecher, in un discorso tenuto qualche tempo dopo la pubblicazione del Rapporto. Egli afferma: «Può la società permettersi di scartare i tessuti e gli organi del paziente irrimediabilmente incosciente quando potrebbero essere usati per curare l’ammalato altrimenti senza speranza, ma che può ancora essere salvato?» in JONAS H., *Dalla fede antica all’uomo tecnologico. Saggi filosofici*, Bologna 1991, p. 210. A tale riguardo ci si chiede, con autorevole letteratura, se davanti alla morte sia opportuno ragionare in termini di allocazione delle risorse, cfr. in questo senso, DEFANTI C.A., *Soglie*, cit., in particolare p. 93. Provocatoriamente ci si domanda inoltre se, una volta adottata la logica della “massimizzazione del profitto” quale direttiva su cui fondare anche le scelte etiche, non possa essere più proficuo, nella chirurgia sostitutiva, distinguere anche i riceventi in base a criteri volti a “massimizzare il profitto”. Se la meritevolezza di una vita, vale a decretarne la fine, allora lo stesso parametro potrebbe essere utilizzato per stabilire quale, tra più esistenze, sia maggiormente degna di continuare.

³⁵ Così anche BYRNE P.A., *Morte: l’assenza della vita*, in DE MATTEI R., *Finis Vitae*, cit.

³⁶ A tal proposito, Singer sostiene che «la Relazione finale del Comitato di Harvard non afferma in nessun punto che la nuova definizione di morte rifletta particolari scoperte scientifiche o concezioni più avanzate concernenti la natura della morte. Se il Comitato raccomanda la nuova definizione di morte, è perché lo *status quo* crea difficoltà gravi a persone e istituzioni, e impedisce di usare in modo appropriato gli organi delle persone in ‘coma irreversibile’ per salvare altre vite umane», SINGER P.,

La Commissione si limita ad affermare che quella situazione di “confine tra la vita e la morte”, fino ad allora conosciuta come coma irreversibile e descritta ben dieci anni prima da Mollaret e Goulon – i quali tuttavia, parlando del *coma dépassé*, si riferivano a quello “stato oltre il coma” in cui il soggetto è [...] ancora vivo – rappresenta la morte dell’individuo.

3. I fondamenti teorici a sostegno della nuova definizione di morte

La proposta dei partecipanti alla Commissione di Harvard, nonostante quanto testè detto, riceve subito un grande plauso. Taluno imputa questo successo all’assenza di opposizione da parte dei movimenti *pro life* attivi in quel periodo e della Chiesa cattolica romana³⁷. Secondo tale opinione, il movimento per la vita, avrebbe accolto “con entusiasmo” questa nuova definizione di morte, perché in grado di arginare le sempre più insistenti richieste di ammettere per questi casi l’eutanasia, aprendo la strada alla possibilità di estenderla anche ad altre ipotesi³⁸.

Come si è detto, quello incontrato dalla proposta del Comitato di Harvard fu un successo pressoché universale, nonostante le sue premesse fossero da subito quantomeno non oggettive in termini di validità scientifica.

Morte cerebrale ed etica della sacralità della vita, in BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l’attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, Napoli 2004, pp. 101-102.

³⁷ Ne viene dato conto anche in SOMMAGGIO P., *Il dono preteso*, cit., p. 105 ss. e in SINGER P., *Ripensare la vita*, cit.. Quest’ultimo inoltre sostiene che la nuova definizione di morte sia stata così bene accolta in quanto la gente si rese conto che tale definizione, «oltre a non danneggiare i pazienti in stato di morte cerebrale, arrecava dei benefici a tutti gli altri: famiglie dei pazienti, ospedali, contribuenti, governanti, chirurghi e destinatari reali o potenziali dei trapianti [...]», ivi p. 48.

³⁸ Così si esprimevano al riguardo, due esponenti del movimento *pro life* americano: «Una definizione corretta della nozione di morte che eliminasse alcune erronee classificazioni di individui morti tra i vivi potrebbe contribuire a rendere meno pressanti le richieste di legalizzazione dell’eutanasia. Basti pensare alle istanze derivanti da un corretto atteggiamento verso individui ormai morti, ma considerati ancora vivi a causa di confusioni concettuali», cfr. G. GRISEZ G., BOYLE J.M. JR, *Life and Death with Liberty and Justice: A Contribution to the Euthanasia Debate*, in SINGER P., *Ripensare la vita*, cit., pp. 45-46.

Gli estensori del Rapporto si limitarono a ridefinire la morte, riprendendo l'insieme dei criteri diagnostici elaborato anni prima per il *coma dépassé*.

Gli indici, che sino a quel momento avevano individuato l'ultimo stadio del coma, divengono a partire dall'agosto del 1968 i segni inequivocabili della sopraggiunta morte: incoscienza, assenza di qualsiasi attività nervosa, assenza di risposta agli stimoli esterni, impossibilità di respirare autonomamente ed irreversibilità di tale condizione³⁹.

Una prima formulazione completa dei fondamenti teorici alla nuova definizione di morte in termini neurologici arriva solo nel 1981 ad opera del neurologo americano James Bernat e dei suoi colleghi Culver e Gert.

La definizione di morte da essi fornita è la seguente: la morte si identifica con «la cessazione dell'organismo come un tutto»⁴⁰, laddove con l'espressione "organismo come un tutto" essi intendono «l'interazione estremamente complessa dei suoi sottosistemi organici»⁴¹.

L'interrelazione spontanea tra la maggior parte delle componenti dell'organismo e l'interazione di quest'ultimo con l'ambiente esterno, indicano che l'organismo nel suo insieme, nella sua complessità e totalità funziona e quindi, in altri termini, è vivo. A tal fine, essi precisano, non è necessaria l'integrazione di tutte tali componenti, in quanto sottosistemi individuali possono essere sostituiti (si pensi ad esempio al *pacemaker* o ai respiratori artificiali) senza comportare il cambiamento di *status* dell'"organismo come un tutto", *apertis verbis*, senza determinarne il passaggio da uno stato di "vita" ad uno stato di "morte".

³⁹ In modo particolare, per quanto attiene al requisito della irreversibilità, esso non fu in alcun modo dimostrato; non erano infatti "stati condotti studi sistematici sul valore predittivo di tali criteri, cioè sulla loro capacità di predire in modo attendibile l'irreversibilità della situazione" in tal senso DEFANTI C.A., *Soglie*, cit., p. 88.

⁴⁰ BERNAT J.L. et al., *On the Definition and Criterion of Death*, in "Annals of Internal Medicine", 1981, 94, in BARCARO R., *La morte cerebrale totale è la morte dell'organismo? Appunti per una riflessione critica*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 2005, II, p. 488.

⁴¹ *Ibidem*.

Se non è la distruzione di meri sottosistemi a determinare la morte del soggetto, occorre allora chiedersi che cosa ne sia responsabile: sicuramente non la perdita della spontaneità delle funzioni di respirazione e circolazione, visto che è stata esplicitamente ammessa la possibilità di sostituire i sottosistemi individuali senza che ciò alteri lo *status* dell'individuo. Tale mutamento di stato, essi affermano, va ricondotto alla perdita del controllo neuro-ormonale, nonché all'assenza "di cambiamenti della temperatura e di risposte alla luce e al suono" che sono la prova, rispettivamente, della cessata integrazione tra i sottosistemi e della cessata interazione dell'organismo con il suo ambiente⁴².

Essi presentano quindi una definizione schiettamente biologica di morte.

Questo, in primo luogo ha il pregio di arginare le perplessità legate ad un'idea di morte che faccia riferimento alla perdita della coscienza ed in secondo luogo giustifica la compresenza, nel medesimo organismo (in questo caso l'essere umano in coma irreversibile), di respirazione e battito cardiaco con una contestuale condizione di morte.

A fronte di ciò, potremmo concludere che il sistema critico del corpo senza il quale viene meno il funzionamento dell'organismo come un tutto integrato è l'encefalo, in quanto organo responsabile delle funzioni neurologiche che "integra, genera, interagisce e controlla le complesse attività corporee"⁴³. Seguendo questa impostazione pertanto, è ragionevole affermare che il persistere del respiro e della funzionalità cardiaca sarebbero solo "gli effetti collaterali della rianimazione", ma non avrebbero nulla a che fare con l'organismo vivo⁴⁴.

⁴² La regolazione della temperatura, che nell'uomo è un processo complesso governato dall'ipotalamo, è quindi la prova che l'organismo funziona come un tutto integrato in quanto, essendo tale funzione presente sia negli organismi viventi superiori – vale a dire più complessi, come l'essere umano – sia in quelli inferiori, da ciò si può dedurre *a contrario* che la sua scomparsa dimostra in modo inequivocabile che il funzionamento dell'"organismo come un tutto" è cessato. Cfr. BARCARO R., *La morte cerebrale totale è la morte dell'organismo?*, cit., p. 489.

⁴³ Ivi, p. 490.

⁴⁴ A sostegno di tale assunto, gli studiosi portano i molteplici casi di soggetti che, una volta accertata la morte cerebrale, hanno "durata" molto breve: ore, qualche giorno o un paio di settimane al massimo. Pertanto, volendo riassumere, si avrà che: a) tutti i corpi senza unità integrativa si

Essi precisano infine, che la nuova formulazione della morte in termini di cessazione dell'organismo come un tutto integrato, non contraddice la definizione tradizionale di morte, in quanto anche quest'ultima, ancorché indirettamente, si fonda sulle stesse circostanze, vale a dire: non responsività agli stimoli esterni, assenza di movimenti e attività spontanee, tra cui la respirazione e il battito cardiaco.

Sostengono infatti, che tutte queste circostanze su cui prima ci si basava per una diagnosi di morte, fossero in realtà dei meri segni indiretti dell'imminente distruzione dell'intero encefalo e che solo su di questi ci si basava, a causa delle limitate conoscenze scientifiche.

Per dirla con Lamb, «una diagnosi basata sulla cessazione dell'attività cardiaca e polmonare non è in effetti altro che una previsione del fatto che si avrà la morte del cervello se non la si è già avuta»⁴⁵.

Secondo quanto prospettato dagli studiosi menzionati, dunque, sarebbe stato lo sviluppo tecnologico a rendere possibile, in primo luogo, il ripristino di una funzionalità cardiaca e respiratoria ormai cessate ed in secondo luogo

deteriorano necessariamente fino all'imminente collasso cardiocircolatorio, nonostante gli sforzi terapeutici; b) tutti i corpi cerebralmente morti si deteriorano necessariamente fino all'imminente collasso cardiocircolatorio, nonostante gli sforzi terapeutici; c) tutti corpi cerebralmente morti sono senza unità integrativa. Abbiamo mutuato questo sillogismo da Shewmon, cfr. SHEWMON D.A., *'Morte del tronco cerebrale', 'morte cerebrale' e morte: un riesame critico della loro presunta equivalenza*, in BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, cit., p. 189.

⁴⁵ LAMB D., *Il confine della vita. Morte cerebrale ed etica dei trapianti*, Bologna 1987, p. 59. Continua l'autore evidenziando che infatti le prove tradizionali, ovvero battito cardiaco e respirazione, valgono ancora in quanto le relative perdite provocano sempre la cessazione delle funzioni encefaliche. È tuttavia il caso di precisare che Lamb, pur concordando con Bernat e colleghi sul fatto che la nuova definizione di morte non sia affatto in contrasto con quella tradizionale, non condivide le conclusioni degli studiosi, laddove essi individuano nell'intero encefalo il fulcro per la definizione della morte. La tesi di David Lamb, infatti, elaborata in stretta connessione con le teorie di Pallis (il neurologo londinese che ha ricostruito la nozione neurologica di morte incentrandola sulla funzionalità del tronco encefalico) considera quale sistema critico dell'organismo, la cui distruzione ne comporta la morte, non già l'intero encefalo, bensì il solo tronco cerebrale. Tale assunto si fonda sull'argomento per cui, se l'encefalo è il sistema critico del corpo ed a sua volta il tronco cerebrale è il sistema critico dell'encefalo, per dimostrare la cessazione dell'organismo come un tutto integrato, non è necessario provare la cessazione irreversibile di tutte le funzioni encefaliche, ma è sufficiente dimostrare la distruzione del solo tronco.

l'accertamento diretto della distruzione dell'encefalo, con il conseguente ricorso ai criteri neurologici.

Quest'ultimo pertanto non implicherebbe affatto una definizione diversa di morte, solo ne permetterebbe la diagnosi diretta⁴⁶.

Bernat e colleghi dotano quindi di fondamenti empirici la morte cerebrale totale, fornendo nel contempo la giustificazione alla compresenza della pluralità dei criteri esistenti per il suo accertamento. La loro teoria, cosiddetta "dell'integratore centrale", diventerà il nucleo fondamentale del testo *Defining Death*, redatto dalla Commissione presidenziale americana, che ancora oggi è un punto di riferimento per coloro che, nel dibattito sulla definizione della morte, sostengono la morte cerebrale totale⁴⁷.

3.1. Segue: e le argomentazioni scientifiche contrarie

Dopo aver preso in considerazione le motivazioni teoriche che sono state presentate a sostegno della definizione di morte introdotta dal Rapporto di Harvard può essere interessante contrapporvi le argomentazioni scientifiche di coloro che invece si schierano contro di essa.

⁴⁶ In questo senso, BECCHI P., *Morte cerebrale e trapianto di organi*, cit.. La puntualizzazione che Bernat e i suoi colleghi hanno voluto fare, non è di poco conto se si considera che un ragionamento analogo è ripreso dal nostro Comitato nazionale per la bioetica, nel documento dedicato, appunto, all'accertamento della morte. Le parole che ha usato il Comitato sono: «[...] quella tradizionale di morte cardiaca e quella innovativa della morte cerebrale. Ambedue identificano comunque l'essenza del concetto di morte nella perdita totale ed irreversibile della capacità dell'organismo di mantenere autonomamente la propria unità funzionale», COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Definizione e accertamento della morte nell'uomo*, Pres. Cons. Min., Roma 1991, p. 11.

⁴⁷ BARCARO R., *La morte cerebrale totale è la morte dell'organismo*, cit.. Peraltro, va qui anticipato che la gran parte delle critiche rivolte alla attuale formulazione della morte in termini di *whole brain death*, si fonda proprio sul dato empirico, il quale ha smentito la teoria di Bernat e colleghi. Vale a dire che l'organismo come un tutto integrato continua a vivere, nonostante si trovi in condizioni di morte cerebrale, ma di ciò verrà detto in seguito.

Nel corso delle pagine precedenti sono state considerate gli argomenti adottati a sostegno della definizione di morte in termini di cessazione irreversibile e totale della funzionalità encefalica, con particolare riferimento alla teoria di Bernat e colleghi, i quali hanno cercato di dotare di fondamento empirico (a posteriori) tale concetto. Secondo tale teoria – cosiddetta dell'integratore centrale – se l'encefalo è distrutto viene meno l'organismo come un tutto integrato e quindi il soggetto può considerarsi deceduto, *id est* cadavere, nonostante respirazione e battito cardiaco continuino per qualche tempo; è l'encefalo infatti l'organo responsabile dell'integrazione corporea e quindi ne costituisce il "sistema critico".

Peraltro, giova qui ricordare che il dato empirico portato a sostegno di questa tesi fu il fatto che i pazienti in morte cerebrale andavano incontro all'arresto cardiaco definitivo nel giro di qualche ora, o giorno al massimo.

Contro questa teoria, ormai assodata ed accolta dal mondo medico e non solo con grande entusiasmo, interviene negli anni Novanta il lavoro del neurologo infantile statunitense, David Alan Shewmon, da taluni definito "*the Antichrist of brain death*"⁴⁸. Dapprima favorevole a considerare la morte corticale come corretta accezione di morte, egli diviene poi sostenitore della morte cerebrale totale, finché giunge ad avversare completamente i criteri neurologici di morte, auspicando un ritorno a quelli tradizionali (cardiopulmonari)⁴⁹.

Ci sia concessa una digressione.

La vicenda personale del dottor Shewmon ed i suoi plurimi ripensamenti devono far riflettere su uno dei luoghi comuni più radicati nella nostra cultura: vale a dire la "cieca fiducia" riposta nell'operato della scienza, ovvero la convinzione che la stessa possa fornire dati certi, oggettivi, dotati di incontrovertibile attendibilità sulla vita dell'uomo. Come mette in luce Francesca Zanuso, questa convinzione, «frutto di un malinteso insito nel concetto di

⁴⁸ TERESI D., *The Undead. Organ Harvesting, the Ice-Water test, Beating-Heart Cadavers. How Medicine is Blurring the Line between Life and Death*, New York 2012, p. 127.

⁴⁹ Cfr. BARCARO R., *La morte cerebrale totale è la morte dell'organismo?*, cit.; DEFANTI C.A., *Soglie*, cit..

scienza»⁵⁰, determina però un «duplice errore logico, che consiste, da un canto, nella pretesa di oggettivare il mistero del vivere e del morire e, dall'altro canto, nella presunzione che caratteristica peculiare della rappresentazione scientifica sia l'oggettività»⁵¹. Invero, non si può dimenticare che tratti peculiari del sapere scientifico moderno sono l'ipotesicità e la convenzionalità delle premesse da cui si diparte, premesse che peraltro vengono scelte con intento sicuramente operativo⁵².

L'esperienza di Shewmon dunque mostra come, a seconda dell'assunto di partenza, lo scienziato proceda nel proprio operato cercando di dimostrare quella che egli stesso (o il consesso scientifico all'interno del quale egli si muove) ha posto come premessa epistemologica.

Quando il neurologo avversa il criterio di morte intesa come *whole brain death*, in quanto considera morto il soggetto definitivamente privo delle sole capacità superiori (e tale impostazione dipende chiaramente dalla sua concezione antropologica), i suoi studi si concentrano sul mettere in luce tutte le incoerenze della morte cerebrale totale e a dotare di fondamento empirico la diversa accezione di morte corticale.

In un secondo momento, quando ravvedendo le sue personali convinzioni, suggerisce l'opportunità di adottare il criterio di morte cerebrale totale, egli non solo fa propri tutti gli argomenti a sostegno di tale accezione, ma si adopera per confermarli con il dato empirico⁵³.

⁵⁰ Così ZANUSO F., *Neminem laedere*, cit., p. 21.

⁵¹ Ivi, pp. 20-21.

⁵² Cfr. GENTILE F., *Ordinamento giuridico. Tra virtualità e realtà*, Padova 2000, in particolare le "Note di novembre: la scienza e l'epistemologia", ivi, pp. 76-92.

⁵³ Ci basti qui dire, che la sua prima inversione di marcia comincia con l'osservazione clinica di due bambini affetti da idranencefalia, una rara malformazione congenita, che non consente lo sviluppo degli emisferi cerebrali. Questi neonati, che erano stati cresciuti da una ex infermiera pediatrica, pur se gravemente paralizzati e limitati nelle loro funzioni, davano entrambi chiari segni di attività cognitiva e sensoriale. Entrambi sentivano, toccavano, odoravano, distinguevano tra estranei e familiari, rispondevano in modo appropriato alla musica con espressioni facciali, vocalizzazioni e movimenti corporei. Ciò lo porta a riconsiderare la sua concezione secondo cui la corteccia cerebrale sarebbe l'unico substrato della coscienza; localizzare la sede della coscienza nelle sole parti superiori dell'encefalo è scorretto, oltretutto semplicistico. Lo studio realizzato da A. Shewmon è citato in FINNIS J.M., *Per un'etica dell'uguaglianza nel diritto alla vita. Un commento a Peter Singer*, in BARCARO

Infine, quando le sue personali convinzioni lo portano a rivedere la validità della nozione di morte fondata sui criteri neurologici, allora il suo lavoro si incentra sulla demolizione della morte cerebrale totale, per concludere sostenendo la necessità di tornare ai criteri cardiopolmonari⁵⁴.

Quanto detto dimostra come la scienza non possa mai dare risposte incontrovertibili e dotate del carattere dell'assolutezza, in quanto essa impiega un metodo che fornisce, per sua stessa natura, risposte parziali perché condizionate dall'ipotesi di partenza.

Torniamo ora alla disamina della sua ultima impostazione.

Per supportarla, egli parte dallo studio del dato clinico. Prende cioè in considerazione i casi di soggetti dichiarati cerebralmente morti, in base ai criteri di morte cerebrale totale, in cui si sono registrate sopravvivenze prolungate per periodi ben superiori a qualche giorno. Il fatto che questi pazienti, colpiti da perdita irreversibile delle funzioni encefaliche, siano sopravvissuti per un lasso di tempo più o meno lungo che va, da una settimana almeno ad oltre quattordici anni, demolisce la teoria di Bernat e colleghi ed in particolare l'assunto (o potremmo dire, "il dogma"⁵⁵) secondo cui alla diagnosi di morte cerebrale seguirebbe imminente l'arresto cardiaco.

R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, cit., in particolare pp. 130 - 135. Un'analisi degli studi condotti da Shewmon si trova anche in POTTS M., *L'inizio e la fine della vita: verso la coerenza filosofica*, in DE MATTEI R. (a cura di) *Finis Vitae*, cit..

⁵⁴ In questo stesso senso possiamo leggere le parole di Walt Franklin Weaver, Professore associato presso la facoltà di Medicina dell'università del Nebraska: «L'obiettivo principale del Comitato di Harvard non era determinare se il 'coma irreversibile' fosse un appropriato criterio di morte, ma vedere di stabilirlo come 'nuovo criterio di morte'; con un tale proposito fissato in anticipo, i dati potevano essere adattati a quella che era già stata scelta come conclusione», ID., *Il trapianto di organi vitali dispari. Altruismo secolare? Uccidere è diventata una virtù?*, in DE MATTEI R. (a cura di) *Finis Vitae*, cit..

⁵⁵ L'espressione è di BARCARO R., *La morte cerebrale totale è la morte dell'organismo? Appunti per una riflessione critica*, cit. p. 493. In riferimento alla morte cerebrale, lo stesso Shewmon parlerà invece di una "vacca sacra medico-legale di oltre trentotto anni", così ID., *Disconnessione tra encefalo e corpo: implicazioni per il fondamento teorico della morte cerebrale*, in DE MATTEI R. (a cura di), *Finis Vitae*, cit., p. 331.

Dalla sopravvivenza così lunga di tali pazienti (caso emblematico è sicuramente il bambino, divenuto un uomo, vissuto in stato di morte cerebrale per oltre vent'anni⁵⁶) egli trae anche un'altra conseguenza: l'encefalo *non* può più fondatamente considerarsi il sistema critico del corpo, in quanto è stato dimostrato che "l'organismo come un tutto integrato" può continuare a vivere anche dopo la diagnosi di morte cerebrale. E ciò significa che, diversamente da come avevano affermato Bernat e colleghi, «lungi dal costituire un 'integratore centrale' senza cui il corpo si ridurrebbe ad una mera collezione di organi, il cervello serve come modulatore, regolatore di precisione, ottimizzatore, esaltatore, protettore di una unità somatica implicitamente *già esistente, intrinsecamente mediata*»⁵⁷.

Shewmon così dimostra, che gran parte delle funzioni integrative non sono mediate dal cervello, annoverando tra queste l'assimilazione delle sostanze nutritive, il mantenimento della temperatura corporea anche se a livelli più bassi del normale, la rimarginazione delle ferite, la gestazione di un feto, la produzione del latte dopo il parto, la crescita proporzionale e, in due bambini sopravvissuti sufficientemente a lungo, la maturazione sessuale.

Pertanto, «l'unità integrativa *non* è un'imposizione *dall'alto* di un 'integratore centrale' ad un conglomerato di organi altrimenti non integrato [...]

⁵⁶ È quest'ultimo il caso di TK, che Shewmon riporta come caso paradigmatico. Egli all'età di quattro anni contrasse la meningite che causò un aumento della pressione intracranica tale da comportare la divisione delle ossa craniche. Una volta accertata la morte cerebrale i medici suggerirono di sospendere il supporto vitale, ma la madre non acconsentì. Alla fine fu trasferito a casa, dove venne collegato al respiratore e nutrito attraverso un sondino, richiedendo poco più di un'assistenza infermieristica. Il ragazzo, nonostante la condizione di morte cerebrale, è cresciuto, si è sviluppato, ha superato infezioni e le sue ferite si sono rimarginate (SHEWMON D.A., 'Morte del tronco cerebrale', 'morte cerebrale' e morte: un riesame critico della loro presunta equivalenza, in BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, cit., p. 189. Il ragazzo peraltro è sopravvissuto ulteriormente, oltre vent'anni, come si ricava dagli aggiornamenti forniti dallo stesso dott. Shewmon. Si veda a tale riguardo anche il contributo dello stesso autore SHEWMON D.A., *Disconnessione tra encefalo e corpo: implicazioni per il fondamento teorico della morte cerebrale*, in DE MATTEI R. (a cura di), *Finis Vitae*, cit..

⁵⁷ SHEWMON D.A., 'Morte del tronco cerebrale', 'morte cerebrale' e morte: un riesame critico della loro presunta equivalenza, in BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, cit., p. 197-198.

invece è una *caratteristica non localizzata, olistica* fondata sulla mutua interazione di tutte le parti del corpo»⁵⁸. Confuta così la sussistenza scientifica del primo dei due assiomi fondamentali su cui, benché a posteriori, è stata costruita la teoria della morte cerebrale totale: l'assunto secondo cui essa determina la distruzione dell'"organismo come un tutto integrato".

Rimane ora da considerare l'altro presupposto su cui si fonda tale teoria, ovvero il fatto che la cosiddetta *whole brain death* consiste nella perdita irreversibile di *tutte* le funzioni dell'encefalo.

Già gli studi condotti da Shewmon sui suoi pazienti "sopravvissuti" fanno sorgere alcuni dubbi in merito alla validità scientifica di tale assunto. E infatti, anche questa volta il dato empirico si scontra con quello teorico e così, alla domanda se davvero cessino tutte (ma proprio tutte) le funzioni encefaliche, non si potrà che rispondere negativamente.

I criteri oggi adottati per diagnosticare la morte cerebrale non sono infatti capaci di dimostrare la perdita irreversibile di *tutte* le funzioni encefaliche, ma solo di alcune di esse⁵⁹. Ciò comporta che, in molti soggetti oggi dichiarati cerebralmente morti, perché astrattamente privi di qualsivoglia funzionalità a livello cerebrale, in realtà alcune funzioni permangono⁶⁰.

Le aree di persistente funzionamento sono solitamente la regolazione neuro-ormonale (mantenuta dal conservato funzionamento dell'ipotalamo e della ghiandola ipofisi ad esso strettamente connessa) ed il funzionamento corticale (come evidenziato da elettroencefalogrammi non "piatti")⁶¹. Fa poi riflettere il

⁵⁸ Ivi, p. 198.

⁵⁹ A questo proposito si vedano in particolare HALEVY A., BRODY B., *La morte cerebrale: riconciliare definizioni, criteri e test*, in BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, cit., pp. 155-175; TROUG R., *È venuto il momento di abbandonare la morte cerebrale?*, in BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, cit., pp. 205-229.

⁶⁰ Cfr. DEFANTI C.A., *La morte cerebrale come paradigma della bioetica*, in BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, cit., p. 239.

⁶¹ I dati relativi al persistere della funzionalità ormonale, fanno molto spesso riferimento all'ormone antidiuretico, la cui produzione si arresta in seguito alla distruzione dell'ipotalamo e dell'ipofisi, con

fatto che questi pazienti, che soddisfano i criteri per la morte cerebrale totale, rispondono all'incisione chirurgica al momento del prelievo degli organi, con aumento della frequenza cardiaca, della pressione sanguigna, dell'attività ormonale e contrazione muscolare, alterazioni queste che sono tipiche della vita. Per tale motivo, a questi soggetti vengono somministrate sostanze paralizzanti prima dell'incisione⁶².

Gli studi appena riportati quindi dimostrano quantomeno l'incompletezza e la lacunosità delle argomentazioni scientifiche addotte a sostegno della morte cerebrale totale⁶³. Alla luce di questi dati il dottor Shewmon sostiene l'opportunità di ritornare ai criteri tradizionali di morte, fondati cioè sulle funzioni cardiopolmonari.

Senonché, questa "inversione di marcia" risulta ad oggi alquanto improbabile. Tornare a fondare la dichiarazione di morte sulla cessazione del battito cardiaco, ripropone lo stesso problema che si è posto alla Commissione di Harvard: conciliare la condizione di morte con la pratica del trapianto di organi, che oggi sappiamo avere buone probabilità di riuscita solo se gli organi sono in perfetto stato di ossigenazione. Bisogna capire come uscire dall'*impasse* dopo aver preso coscienza del fatto che gli attuali criteri di morte non sono in grado di

conseguente perdita della capacità di concentrare le urine, che a sua volta determina il diabete insipido. Cfr. HALEVY A., BRODY B., *La morte cerebrale: riconciliare definizioni, criteri e test*, in BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, cit..

⁶² Ne danno conto anche BRUSKEWITZ F.W., *Un breve riassunto della dottrina cattolica sulla vita umana*, in DE MATTEI R. (a cura di), *Finis vitae*, cit., p. 58 e WEBER R., *Il concetto di morte cerebrale e la morte dell'uomo*, in DE MATTEI R. (a cura di), *Finis vitae*, cit., p. 440.

⁶³ Per verificare l'attendibilità degli attuali test, nel 1996, è stato condotto uno studio presso la Nihon University (Giappone). I neurochirurghi dell'omonimo ospedale hanno cioè applicato il cosiddetto trattamento dell'ipotermia cerebrale controllata a 32 pazienti in stato di *coma dépassé*. A questi soggetti, tutti in coma profondo, con assenza di riflessi del tronco encefalico, non è stato applicato il test dell'apnea che consiste nello scollegamento del respiratore per almeno 10 minuti. Questo infatti, se da un lato permette di verificare se il centro del respiro situato nel tronco encefalico, funziona ancora oppure no, dall'altro lato causa danno cerebrale. Dei 32 pazienti trattati con l'ipotermia cerebrale controllata, ben 20 (con una percentuale del 50%-70%), sono tornati a una vita pienamente normale o quasi. In tal senso si veda HAYASHI N., *Brain Hypothermia Therapy*, in *Jpn. Med. Jour.* 1996, reperibile al sito www.antipredazione.org.

dimostrare con assoluta certezza la cessazione irreversibile di tutte le funzioni encefaliche e che, comunque, tale cessazione non determina la distruzione dell'“organismo come un tutto integrato”. Altri autori propongono pertanto una soluzione “ibrida” volta, da un lato, a rinunciare ad una definizione di morte in termini neurologici con un ritorno ai criteri tradizionali, ma dall'altro lato ad ammettere per quei pazienti che si trovano nello stato clinico denominato “morte cerebrale”, il prelievo degli organi previo il debito consenso informato del donatore⁶⁴. Ma, anche tornando ai criteri tradizionali, ci si potrebbe provocatoriamente domandare se essi debbano davvero considerarsi più attendibili. In questo caso infatti si potrebbe obiettare che, mentre la distruzione encefalica è irreversibile, l'arresto del circolo e quello del respiro sono recuperabili.

La soluzione dunque, lungi dall'essere rinvenibile nel ri-ridefinire la morte, andrebbe cercata affrontando la questione sul suo piano naturale, vale a dire quello filosofico. Come suggerisce Corrado Viafora, occorre cioè saper «distinguere ciò che è di pertinenza della biologia e ciò che è di pertinenza della filosofia. La biologia fornisce dati importanti, ma la valutazione di questi dati in ordine all'identificazione del momento [...] in cui finisce la vita di un individuo umano è un problema filosofico e riguarda in sostanza l'importanza che ha la dimensione biologica nella costituzione del soggetto»⁶⁵.

In effetti, la problematica sottesa al concetto di morte, non può considerarsi di natura eminentemente scientifica. Certo, il contributo della scienza deve ritenersi necessario, ma non si può ad essa demandare di “tentare le essenze” secondo il monito dello stesso Galileo ad ogni scienziato, pena la degenerazione in un atteggiamento “scienziata” che spacci per oggettivo quanto è meramente

⁶⁴ Così DEFANTI C.A., *La morte cerebrale come paradigma della bioetica*, in BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, cit.; nello stesso senso anche BECCHI P., *Morte cerebrale e trapianto di organi*, cit..

⁶⁵ Così VIAFORA C., *La bioetica alla ricerca della persona negli “stati di confine”*, in ID. (a cura di), *La bioetica alla ricerca della persona negli stati di confine*, cit., pp. 33-34.

ipotetico. La scienza non può dare della *morte* una definizione, essa può al più fornire dei criteri che ci permettano di accertarne l'accadimento sulla base del concetto di vita e quindi di morte (e quindi in definitiva di uomo) per il quale è alla speculazione filosofica che si deve demandare aiuto.

Come si è già anticipato, qualsiasi nozione di morte diversa da quella biologica, che sola può manifestare il fenomeno morte in tutta la sua completezza, implica un necessario sguardo a quell'"*essenza*" che non può essere trascurato e che certamente non può considerarsi mero appannaggio della scienza⁶⁶.

4. Morte in termini neurologici: una tripartizione

In ordine al concetto di morte basato sui criteri neurologici, si registrano tre differenti tendenze⁶⁷ di cui le prime due, pur differenziandosi nella conclusione, partono dalla stessa premessa e cioè che per parlare di morte sia necessaria l'irreversibile e permanente cessazione del funzionamento dell'intero organismo "come un tutto"; la terza invece pone l'accento sulle capacità intellettive superiori, identificando la morte come la perdita di ciò che è essenzialmente significativo alla natura umana⁶⁸.

⁶⁶ Lo stesso argomento si rinvia in ZANUSO F., *Neminem laedere*, cit. ed in modo precipuo nel capitolo del saggio dedicato al ruolo della scienza nell'attuale dibattito bioetico, intitolato "Un primo *éndoxon*: 'le competenze di Darwin'". Ivi appunto la studiosa mostra come sia pensiero diffuso nella contemporanea cultura occidentale, che la scienza possa fornire sulle questioni relative alla vita ed alla morte dell'uomo risposte oggettive ed incontrovertibili, dimenticando invece che, per sua intrinseca natura, la scienza fornisce risposte parziali perché condizionate, sin dal loro sorgere, dalle indiscusse premesse epistemologiche fissate a priori.

⁶⁷ MANTOVANI F., *Diritto penale - parte speciale. Delitti contro la persona*, Padova 2005.

⁶⁸ Seppur brevemente, va detto che il cervello, più che un organo singolo, va considerato un insieme di organi, responsabili di diverse funzioni e correlati tra di loro. Nella parte alta si trovano gli emisferi, uniti dal cosiddetto corpo calloso che li mette in comunicazione e la corteccia che li ricopre in superficie; essi continuano, in basso, nel tronco encefalico, che oltre a svolgere importantissime funzioni della vita vegetativa, ha anche il compito fondamentale di attivare le parti superiori. Gli emisferi inoltre, ed in particolare la corteccia cerebrale, sono le sedi in cui vengono elaborati i processi motori ed intellettivi (visivi, uditivi, sensitivi e cognitivi); semplificando molto, diciamo che la corteccia può considerarsi la sede principale della coscienza. È quindi dall'interazione tra emisferi e

Si è visto sopra, che il Comitato di Harvard si limita ad individuare le quattro circostanze in presenza delle quali procedere ad una diagnosi di morte cerebrale, senza specificare tuttavia, né i presupposti scientifici su cui si fonda l'impiego di tali criteri e nemmeno a quali funzioni encefaliche debba connettersi il concetto di irreversibilità⁶⁹.

Nel 1971, due neurochirurghi di Minneapolis – A. Mohandas e S.N. Chou – avviano quindi una serie di studi, all'esito dei quali dichiarano che necessaria e sufficiente ai fini della dichiarazione di morte cerebrale possa considerarsi la sola perdita irreversibile delle funzioni del tronco encefalico, in quanto il verificarsi di danni irreversibili a tale organo rappresenta il "punto di non ritorno" nel processo di morte. Conformemente a tale assunto, propongono dunque un nuovo insieme di criteri di accertamento del decesso – che verranno perciò detti "criteri del Minnesota" – e che possono essere così riassunti: 1) conoscenza della lesione endocranica e sua irrimediabilità; 2) assenza di movimenti spontanei, di respirazione e di riflessi mediati dal tronco; 3) permanenza di detti segni per almeno dodici ore, anziché ventiquattro⁷⁰.

Nel 1976 i criteri così elaborati verranno accolti dai Reali Collegi Medici del Regno Unito che adotterà quindi il concetto di *brainstem death* (morte del tronco cerebrale), quale nuova definizione di morte⁷¹.

tronco attivante, che generalmente dipende il "funzionamento" delle parti superiori e la relativa capacità di coscienza. (In realtà, recenti studi sulla cosiddetta sindrome *locked-in* dimostrano che anche in presenza di gravissime lesioni del tronco encefalico, altre parti del cervello, quali alcune parti della corteccia cerebrale, potrebbero restare funzionanti. In tal senso si veda BECCHI P., *I segni della morte e la questione dei trapianti*, cit.).

⁶⁹ BECCHI P., *Morte cerebrale e trapianto di organi*, cit.

⁷⁰ BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, cit..

⁷¹ In questa scelta, un ruolo determinante ricoprì il neurologo londinese Christopher Pallis: egli sosteneva, che dimostrare la perdita di tutte le funzioni cerebrali fosse impossibile, oltretutto irrilevante in quanto la perdita irreversibile di funzionalità del tronco è sufficiente da sola a determinare la cessazione di funzionamento dell'encefalo nel suo insieme. Il tronco, reputato l'organo responsabile sia delle funzioni vegetative, sia dell'attivazione di quelle di coscienza, viene cioè considerato il "sistema critico" dell'encefalo. DEFANTI C.A., *Soglie*, cit..

Anche la Presidenza degli Stati Uniti, insedia nel 1980 una Commissione col compito di porre ordine nella materia. Essa pubblica un rapporto finale intitolato *“Defining Death: a report on the medical legal, and ethical issues in the determination of death”* in cui si stabilisce che, diversamente da quanto previsto nel Regno Unito, la morte implica la cessazione irreversibile di *tutte* le funzioni dell’intero cervello, compreso quindi il tronco encefalico; si parla a tal proposito di *whole brain death*.

La Commissione, accogliendo la ricostruzione teorica fornita da Bernat ed i suoi colleghi, 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 encefalo⁷².

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 possibile⁷³. Questa seconda accezione del decesso come morte cerebrale totale è quella che ha prevalso in Europa (ad eccezione della Gran Bretagna) e che è stata accolta anche in Italia.

In sintesi: le prime due accezioni di morte basata sui criteri neurologici fanno entrambe riferimento alla necessità che venga irreversibilmente meno il funzionamento dell’“organismo come un tutto integrato”, anche se la prima ne

⁷² La stessa ricostruzione della vicenda, siccome qui presentata, si trova anche nel documento del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *I criteri di accertamento della morte*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma 2010.

⁷³ Basti qui accennare, che la possibile coesistenza tra diversi criteri di accertamento della morte, viene sostenuta da Bernat e colleghi, 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.

attribuisce la responsabilità alla distruzione del tronco, mentre la seconda a quella dell'intero encefalo.

La terza impostazione, infine, è quella che considera la morte come la perdita irreparabile della sola corteccia cerebrale, organo deputato alle cosiddette funzioni superiori di indole conoscitiva, volitiva e relazionale: si parla a tal proposito di morte corticale.

Tale condizione è ravvisabile in taluni individui, che potremmo definire "casi-limite", proprio perché si trovano in una situazione di difficile inquadramento, non solo dal punto di vista clinico, ma anche e soprattutto sotto il profilo etico: tra questi i neonati anencefalici⁷⁴ o i soggetti in stato vegetativo permanente⁷⁵.

⁷⁴ In realtà per il neonato anencefalico, più che distruzione della corteccia cerebrale, si deve parlare di totale assenza di essa. L'anencefalia è infatti una gravissima malformazione del sistema nervoso, caratterizzata dal mancato sviluppo della volta cranica e degli emisferi cerebrali, adibiti alle funzioni cognitive. Nel neonato anencefalico, solitamente di sesso femminile, è invece presente il tronco encefalico, struttura che presiede a importanti funzioni della vita vegetativa, quali la respirazione, la deglutizione e la suzione. In lui, il tronco rende anche possibile tutta una serie di attività che lo assimilano ad un bimbo normale, come il pianto o alcuni semplici movimenti degli arti. Nelle forme più comuni, il cervello è sostituito da una massa degenerata di tessuto nervoso emorragico, il viso è più o meno sviluppato, mentre la fronte è quasi del tutto assente al di sopra dell'arcata sopracciliare. La sua precaria condizione clinica, aggravata da una respirazione non sempre del tutto autonoma e dall'alta probabilità di contrarre infezioni, comporta che la morte sopraggiunga in poco tempo, qualche giorno, al massimo alcune settimane dalla nascita. Cfr. DEFANTI C.A., *Soglie*, cit.; CAPORALE M., *Al confine tra la vita e la morte: il caso-limite dei bambini anencefalici. Aspetti etici e giuridici*, Milano 1997.

⁷⁵ Questa condizione neurologica è stata descritta per la prima volta da Jennet e Plum nel 1972 e si caratterizza essenzialmente come una condizione di vigilanza in assenza di consapevolezza. Essa è tipica di quei pazienti con danno cerebrale severo in cui il coma è progredito ad uno stato di veglia, ma senza consapevolezza di sé e dell'ambiente circostante. Più precisamente, si parla di stato vegetativo "persistente", laddove questa condizione superi i trenta giorni; se invece supera i dodici mesi, essa si presume (manca infatti la certezza assoluta) irreversibile e quindi si parla di stato vegetativo "permanente". Si combina così la diagnosi di persistenza di tale stato, con la prognosi della sua irreversibilità. Nel paziente in questa condizione, per insulti di vario genere, risulta distrutta la corteccia cerebrale, ma sono ancora per lo più integri l'ipotalamo e il tronco-encefalo e quindi sono garantite, almeno in larga parte, le funzioni vegetative, quali la respirazione, la circolazione ed il controllo della temperatura corporea. Il soggetto in questo stato presenta aspetto vigile, ossia ha un ciclo sonno-veglia, e manifesta spesso reazioni riflesse in risposta agli stimoli visivi, uditivi e dolorosi. Egli non mostra tuttavia alcuna consapevolezza di sé e del mondo esterno, non risponde agli ordini che gli vengono impartiti e non sembra in grado di intraprendere alcun movimento volontario. Per quanto attiene alla coscienza, nel soggetto in stato vegetativo, essa risulta irrimediabilmente compromessa. Quest'ultima infatti si compone di due elementi necessariamente componenti: la vigilanza (*wakefulness*), che in questi pazienti rimane pressoché integra e la consapevolezza (*awareness*) che invece è totalmente assente. Lo stato vegetativo è definito dunque dalla irrimediabile

Con riferimento alle due condizioni cliniche testé richiamate, si può parlare di una terza accezione di morte in termini neurologici proprio perché ci si trova di fronte ad una distruzione (irreversibile) – nel caso dei soggetti in SVP – ovvero ad una totale assenza *ab origine* – nei neonati anencefalici – delle funzioni cerebrali superiori.

Da molte parti si avanza pertanto l'opportunità di "riscrivere" la definizione di morte, facendola poggiare sul concetto di morte corticale, previo abbandono degli altri due criteri: tale scelta comporterebbe l'equiparazione del "decorticato" (ma anche del neonato anencefalo⁷⁶) al cadavere con la conseguente possibilità, tra le altre, di sottoporlo all'espianto degli organi vitali una volta accertata la distruzione irreversibile (ovvero l'assenza) non già dell'intero encefalo, bensì delle sole funzioni superiori.

A tale riguardo, occorre tuttavia domandarsi se questi soggetti che respirano, dormono e si svegliano, sbadigliano, mangiano, ancorché imboccati o

separazione tra queste due componenti della coscienza (ecco dunque perché risulta più opportuno affermare che la "consapevolezza" è assente e non la coscienza), ancorché per il medico risulti tuttora difficile stabilirlo in base a criteri unicamente clinici. Cfr. in tale ultimo senso DEFANTI C.A., *Soglie*, cit., p. 179. Per le informazioni sopra fornite si richiama invece soprattutto REICHLIN M., *Etica e neuroscienze*, cit., ma interessanti considerazioni dottrinali, alla luce di recenti casi giudiziari, si trovano anche in BARNI M., *Stato vegetativo persistente: l'ineludibile protagonismo del medico*, in "Rivista Italiana di Medicina Legale", 2001, III, p. 628 ss.; CATTORINI P., *La proporzionalità delle cure mediche per i pazienti in stato vegetativo permanente*, in "Rivista Italiana di Medicina Legale", 2002, II, p. 267 ss.; DI LUCA N.M., FRATI P., MONTANARI G. VERGALLO, *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.; CECCHI R., *Lo stato vegetativo permanente: una questione bioetica aperta*, in "Rivista Italiana di Medicina Legale", 2008, V, p. 973 ss..

⁷⁶ Attualmente in Italia, il prelievo da neonato anencefalico non è ammesso, in quanto manca il presupposto oggettivo di liceità dell'espianto, vale a dire l'accertamento della morte del donatore. Secondo i criteri neurologici imposti dall'attuale legislazione (L. 578/1993 e D.M. 582/1994, come sostituito dal D.M. 11/4/2008). Egli presenta respirazione autonoma, più o meno regolare attività circolatoria, capacità cardiaca e funzionamento del tronco cerebrale. In lui inoltre, l'assenza di attività cerebrale è originaria, non è conseguente a lesioni encefaliche sopravvenute e pertanto la sua condizione non presenta i requisiti richiesti per l'accertamento della morte con metodo elettroencefalografico. Per tale ragione, la soluzione prospettata da chi avanza l'opportunità di sottoporre ad espianto anche questi soggetti, è quella di adottare l'accezione corticale di morte. In tal modo si potrebbe ovviare al problema del suo accertamento in quanto, se si considera morto il soggetto privo delle parti superiori del cervello, ne discende automaticamente l'equiparazione del neonato anencefalico al cadavere. In questo senso si sviluppano le argomentazioni di Peter Singer, su cui vedi *infra*, capitolo III.

alimentati col sondino, possono considerarsi dei cadaveri ovvero «se risulti moralmente ripugnante la nozione di un cadavere che respira ancora, domandandosi ironicamente se un tale essere possa essere sepolto o cremato mentre ancora respira, oppure se si debba prima soffocarlo»⁷⁷.

Siamo persuasi, che proprio nell'ultimo senso prospettato, vale a dire verso una definizione molto parziale di morte, fondata sul dato corticale, si stia dirigendo anche la nostra giurisprudenza.

5. Morte clinica e morte biologica

Il nostro ordinamento, come si è detto, ha accolto il concetto di morte proposto dal Comitato di Harvard nella accezione, ricostruita secondo la teoria dell'organismo come un tutto integrato presentata da Bernat e colleghi, di *whole brain death*: attualmente quindi, essa è definita in termini neurologici quale perdita irreversibile e totale della funzionalità encefalica (cfr. art. 1, L. 578/1993).

Prima di soffermarsi sul 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.

Illuminante a tal proposito può risultare la distinzione tra morte clinica e morte biologica. Ebbene, la prima individua la morte dell'intero organismo nelle

⁷⁷ LAMB D., *Etica e trapianto degli organi*, Bologna 1995, p. 97.

“sue componenti tessutali e cellulari”⁷⁸; 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 putrefattivo⁷⁹.

La morte clinica indica invece la fine dell’individuo, cioè il momento decisivo in cui la persona⁸⁰ può ritenersi estinta a tutti gli effetti⁸¹.

⁷⁸ MANTOVANI F., *Diritto penale - parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 33.

⁷⁹ SOMMA A., *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*, Padova 1999.

⁸⁰ La formazione di chi scrive, ha condotto ad usare qui indistintamente i termini individuo e persona. La loro possibile sovrapposizione tra l’uno e l’altra, ovvero la loro coincidenza, non è tuttavia così scontata. Va invero precisato che parte della bioetica più recente distingue apertamente le due realtà, sostenendo che non tutti gli individui appartenenti alla specie umana possano essere considerati persone. (Taluni autori peraltro si spingono anche oltre, affermando che non tutte le persone appartengano alla specie umana: tra questi ultimi il filosofo australiano Peter Singer: «Non tutti i membri della specie *Homo sapiens* sono persone, e non tutte le persone sono membri della specie *Homo sapiens*», così SINGER P., *Ripensare la vita*, cit., p. 208; dello stesso autore si veda in tal senso anche ID., *Uccidere è sempre sbagliato?*, in SINGER P., *La vita come si dovrebbe. Le idee che hanno messo in discussione la nostra morale*, Milano 2001, la cui idea portante è quella per cui riconoscere una sorta di preminenza alla vita umana sulla vita delle altre specie animali attribuendo alla prima soltanto, il carattere dell’invulnerabilità costituisce una forma di “specismo”. Per un’analisi ed una critica completa della suaccennata teoria di Singer, si veda PALAZZANI L., *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Torino 1996, p. 89 ss.). La separazione tra individuo e persona, suggerisce Zanuso, «è un tipico portato della mentalità moderna e delle sue peculiari quanto più deleterie caratteristiche: ossia quella dello scientismo e quella dell’individualismo» (cfr. in tal senso ID., *Neminem laedere. Verità e persuasione nel dibattito biogiuridico*, Padova 2005, p. 87). Invero, appare evidente l’*aporia scientifica* in cui incappano tali teorie. Si pretende infatti di rinvenire il *discrimen* tra individuo e persona sul dato empirico, dimenticando che l’incedere del sapere scientifico si caratterizza proprio per il fatto che esso si diparte da ipotesi epistemologiche scelte e fissate a priori, dal che deriva l’impossibilità logica di stabilire cosa sia la persona, quando inizi o quando finisca la vita personale, a partire dalla scoperta scientifica. Il riferimento è qui a quanto sostenuto in ZANUSO F., *L’indisponibile filo delle Parche. Argomentazione e decisione nel dibattito biogiuridico*, in ID. (a cura di), *Il Filo delle Parche*, cit., p. 29. Le considerazioni ivi accennate verranno più approfonditamente riprese in seguito.

⁸¹ Esemplicando: attualmente in Italia la morte clinica è individuata dalla morte encefalica totale, mentre in Gran Bretagna essa coincide con la distruzione del solo tronco cerebrale. A tale riguardo va tuttavia evidenziato che, in tempi recenti, pare essere divenuta accettabile, anche nel nostro ordinamento, l’accezione di morte in termini di *brain stem death*, nonostante essa non soddisfi assolutamente i criteri di cui alla L. 578/1993 e relativo D.M. 582/1994 s.m.i.. Tali considerazioni si spiegano alla luce del recente documento del Comitato nazionale per la Bioetica, che è ritornato a distanza di quasi vent’anni sulla questione dell’accertamento della morte in base a criteri neurologici, in cui si legge che di quegli stessi criteri «[...] il comitato ritiene accettabili solo quelli che fanno riferimento alla c.d. “morte cerebrale totale” e alla c.d. “morte del tronco-encefalo”, intese come danno cerebrale totale, irreparabile che ha provocato uno stato di coma irreversibile, dove il supporto artificiale è avvenuto in tempo a prevenire o trattare l’arresto cardiaco anossico» (cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *I criteri di accertamento della morte*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma 2010, punto 5.5). Occorre a tale riguardo domandarsi se, tale apertura verso la nozione troncoencefalica di morte accolta in Gran Bretagna, non costituisca un implicito riconoscimento

È pertanto 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 accoglie all'interno del proprio ordinamento e viene perciò detta anche "morte legale".

Risulta tuttavia evidente che una scelta siffatta non potrà che avere natura convenzionale: invero quando si stabilisce un momento, necessariamente precedente alla morte biologica con cui far coincidere la morte legale dell'individuo, allora quello di "morte" diviene un "concetto di valore"⁸² ed avrà quel valore che il legislatore gli avrà attribuito, a partire dalla concezione di uomo che gli è propria.

Infatti, per quanto si possa pensare alla morte come ad un evento, il che ne suggerisce l'istantaneità, questo rappresenta dal punto di vista biologico un errore: non tutte le componenti dell'organismo vanno incontro ad essa contemporaneamente, poiché diversa è la loro resistenza alla mancanza di ossigeno. Sennonché, 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 proprio per la sua natura intrinsecamente convenzionale.

Questo è ciò che accade ora con la morte cerebrale, così come ci è pervenuta dalla Harvard Committee.

A tale proposito, è stato evidenziato che quando si ha a che fare con la morte umana, bisognerebbe differenziare distinti piani descrittivi: il primo incentrato sul soggetto che sta morendo, il secondo sulla definizione di morte, il terzo sui criteri (vale a dire i segni) in grado di mostrare una morte già avvenuta ed il quarto sui test atti a verificare che il criterio prescelto sia soddisfatto. Queste

dell'inattendibilità scientifica del criterio di morte cerebrale totale (cfr. in tal senso la postilla in calce al documento citato, della Prof.ssa Lucetta Scaraffia).

⁸² MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, cit.

“quattro dimensioni della morte” vanno debitamente considerate nel loro insieme, poiché i test clinici hanno valore solo se il criterio da dimostrare è previamente conosciuto, ma questo a sua volta si fonda sulla definizione di morte adottata (anche se non necessariamente *ex lege*), la quale non può prescindere dall’individuazione di chi sia l’uomo morente⁸³. È però solo in riferimento al primo piano descrittivo che ci si può richiamare alla scienza, il resto non può dirsi di sua esclusiva competenza.

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 sua ricerca.

La conoscenza scientifica si pone quindi come forma di sapere *ipotetico*, condizionato 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, da un lato, e della legittimazione del trapianto di organi a cuore battente, dall’altro.

⁸³ Si veda in tal senso BECKMANN R., *L’accertamento del decesso: la morte cerebrale è affidabile?* in DE MATTEI R. (a cura di) *Finis Vitae*, cit., in particolare pp. 29-30.

6. Morte cerebrale e ordinamento italiano: il primo ingresso.

L'avvento della morte in termini neurologici, anche nel nostro sistema, deve invero riconnettersi al trapianto di organi ed è proprio in relazione ad esso che viene 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 respiratoria⁸⁴.

L'art. 5 della legge 235/1957 (novellata dal successivo art. 1, D.M. 7 novembre 1961) stabiliva che la morte del donatore venisse accertata con la rilevazione elettrica della cessazione dell'attività cardiaca prevedendo, all'art. 6, che il successivo prelievo degli organi dovesse avvenire alla presenza del collegio medico che aveva dichiarato il decesso del paziente. La disciplina considerata rispecchiava 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

⁸⁴ MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, cit.

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.

In altri termini, il testé descritto quadro clinico aveva una rilevanza solo se il paziente era un donatore e pertanto 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 perché 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 – ovvero in costanza di 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»⁸⁵.

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»⁸⁶.

⁸⁵ Vedi COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Definizione e accertamento della morte nell'uomo*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma 1991, p. 21.

⁸⁶ NANNINI U.G., *Valori della persona e definizione legale di morte*, Padova 1996, p. 5.

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 primo caso, la paura era determinata dall’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 – quella del donatore e quella del ricevente (o dei riceventi) – fosse più degna di essere prolungata⁸⁷.

La situazione appena descritta ed in qualche modo 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.

6.1. *Segue: 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 al contributo del neonato Comitato Nazionale per la Bioetica, il quale pubblica nel febbraio 1991 un

⁸⁷ In questo senso, MASTROPAOLO F., in BISCONTINI G. (a cura di), *La morte e il diritto: il problema dei trapianti d'organo*, Napoli 1994, p. 27 ss. Di questa possibilità ne erano peraltro consci già i compilatori del Rapporto di Harvard, che già nella stesura della loro relazione suggerivano di distinguere tra il medico che si occupa di dichiarare ed attestare l’avvenuto decesso ed il chirurgo cui compete l’asportazione degli organi dal soggetto. Si legge infatti nel Rapporto: «*It is further suggested that the decision to declare the person dead, and then to turn off the respirator, be made by physicians not involved in any later effort to transplants organs or tissue from the deceased individual. This is advisable in order to avoid any appearance of self interest by the physicians involved*», AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL, *A definition of irreversible coma*, cit., p. 339.

documento dal titolo “Definizione e accertamento della morte nell’uomo”. Ivi 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»⁸⁸ e si precisa, che tale condizione può essere accertata sia attraverso i criteri comunemente utilizzati o codificati (vale a dire i criteri anatomici, clinici, biologici e cardiaci contenuti nel regolamento di polizia mortuaria, D.P.R. 285/1990), sia attraverso i criteri neurologici.

Quanto a questi ultimi, il Comitato sostiene inoltre la legittimità del solo criterio di “morte cerebrale totale” quale cessazione *irreversibile* di *tutte* le funzioni encefaliche, rifiutando quindi sia la tesi della “morte tronco-encefalica”, sia quella 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 piani e quindi indipendenti da «qualsiasi altro finalismo (trapianti)».

A tale ultimo riguardo può essere interessante soffermarsi sulle parole del Comitato. 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

⁸⁸ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Definizione e accertamento della morte nell’uomo*, cit., p. 7.

totale ed irreversibile della capacità dell'organismo di mantenere autonomamente la propria unità funzionale»⁸⁹.

L'intenzione del Comitato, siccome traspare dalle parole appena riportate, è quella di evidenziare che la morte costituisce un fatto unico, essendo la pluralità legata solo 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.

A due anni dalla pubblicazione del documento appena considerato, anche a recepimento delle indicazioni ivi contenute, il legislatore italiano interviene introducendo 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.

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 fornire una definizione della stessa.

La 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 trapianto⁹⁰.

⁸⁹ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Definizione e accertamento della morte nell'uomo*, cit., pp. 11-13. 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. Per le osservazioni in questo senso, MORCAVALLO B., *Morte e persona. Un dialogo fra etica medica, bioetica e filosofia morale*, Napoli 1999.

⁹⁰ Invero si è visto sopra che in vigenza 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 legge medesima.

Con la normativa del 1993 ed il relativo decreto di attuazione D.M. 582/1994 (ora aggiornato col D.M. 11/4/2008) infatti, la materia dell'accertamento del decesso assume rilevanza generale, indifferentemente dagli scopi per cui si richiede di diagnosticare la morte del soggetto e quindi indipendentemente dalla destinazione del cadavere all'espianto⁹¹.

Così facendo, il legislatore ha dunque da un lato decretato la morte cerebrale quale 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, autorevole dottrina ha rilevato che bisognerebbe parlare di "morte" e basta, perché la morte cerebrale rappresenta la morte *tout court* dell'individuo⁹²; vale a dire che riferirsi alla morte "cerebrale" può essere fuorviante, perché «fa pensare ad un modo particolare di essere morti»⁹³.

Per converso, altra parte della dottrina più recente sostiene che con l'adozione di siffatta definizione di morte 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 organi⁹⁴.

⁹¹ PALMERINI E., *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. 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. Come evidenzia autorevole dottrina dunque le due discipline, ancorché formalmente separate, appaiono come un unico *corpus* normativo. In tal senso anche SOMMAGGIO P., *Il dono preteso*, cit., in particolare p. 124.

⁹² MANTOVANI F., *Diritto penale - parte speciale. Delitti contro la persona*, cit.

⁹³ VEATCH R.M., in LAMB D., *Il confine della vita*, cit., p. 45.

⁹⁴ Cfr. ad esempio la preziosa antologia DE MATTEI R., (a cura di) *Finis Vitae*, cit., nonché BECCHI P., *Morte cerebrale e trapianto di organi. Una questione di etica giuridica*, Brescia 2008; BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali. L'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, cit.; SOMMAGGIO P., *Il dono preteso*, cit.; SINGER P., *Ripensare la vita*, cit..

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 trapianto.

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 cardiocircolatorio⁹⁵. 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 cerebrale⁹⁶.

Il riferimento all'"accertamento preventivo" si spiega in quanto la legge 578/1993, nell'accogliere il concetto di morte cerebrale, all'art. 2 stabilisce 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.

⁹⁵ Dispone infatti l'art. 2, L. 301/1993: «Accertamento della morte mediante mezzi strumentali. 1. Il prelievo di cui all'articolo 1 può essere effettuato previo accertamento della morte per arresto cardiaco irreversibile. 2. La morte per arresto cardiaco irreversibile è accertata, nelle strutture sanitarie pubbliche e private nonché a domicilio, mediante rilievo grafico continuo dell'elettrocardiogramma protratto per non meno di venti minuti primi. 3. Il medico che dichiara la morte è tenuto a darne immediata comunicazione al più vicino centro per gli innesti corneali di cui all'articolo 4». Da atto di questa "discrasia" del nostro sistema anche COPPOLA C., *Famiglia, testamento e prelievi dal cadavere a scopo di trapianto*, in "Famiglia, persone e successioni", 2008, 3, pp. 199-213.

⁹⁶ RICCI P., *Aspetti medico-legali e penalistici dei trapianti di organo*, in STANZIONE P. (a cura di) *La disciplina giuridica dei trapianti. La legge 1° aprile 1999, n. 91*, Milano 2000.

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 poiché, 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.

S'impone qui una considerazione: parlare di "diagnosi preventiva" non costituisce forse un modo ambiguo per indicare una *prognosi* di morte, vale a dire un decesso imminente, ma non ancora sopraggiunto?

E se la risposta a tale interrogativo dovesse essere affermativa, occorre chiedersi: «la prossimità o l'imminenza della morte permette di dichiarare la morte?»⁹⁷.

6.2. *Segue: morte cerebrale e trapianto di organi*

Seppur brevemente, in quanto ciò non vuole essere oggetto precipuo di attenzione del presente elaborato, riteniamo utile tuttavia mostrare quale sia

⁹⁷ MOLINARI G.F., *Criteri per stabilire la morte*, in SPINASANTI S. (a cura di) *La morte umana. Antropologia diritto etica*, Cinisello Balsamo 1987, p. 184.

l'effettiva correlazione esistente tra il concetto di "morte cerebrale" e la disciplina del trapianto di organi *ex mortuo*⁹⁸.

Abbiamo concluso il paragrafo precedente dando conto di come, la cosiddetta "diagnosi preventiva" di morte permetta che nei soggetti idonei si proceda al prelievo degli organi vitali.

La morte cerebrale si manifesta in questo caso come "presupposto oggettivo" di legittimità dell'espianto cosiddetto "a cuore battente". L'altro presupposto, di carattere "soggettivo" riguarda invece la posizione del donatore e più precisamente il suo consenso informato alla donazione dei propri organi *post mortem*.

Su tali due cardini si costruisce il complesso normativo di cui alla L. 91/1999 (recante "Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti")⁹⁹.

Per quanto concerne il primo presupposto, vale a dire l'accertamento della morte del soggetto, si è già detto sopra di come essa avvenga alla luce delle disposizioni di cui alla L. 578/1993 e relativo decreto di attuazione¹⁰⁰.

⁹⁸ Cfr. BECCHI P., *Tra(i)pianti. Spunti critici intorno alla legge in materia di donazione degli organi e alla sua applicazione*, in "Ragion pratica", 2002, 18.

⁹⁹ Per la dottrina consultata relativamente alla questione dei trapianti ed alla normativa richiamata, *ex multis* AA.VV., *Etica dei trapianti d'organi*, Milano 1991; ARAMINI M., DI NAUTA S., *Etica dei trapianti di organi. Per una cultura della donazione*, Milano 1998; BISCONTINI G. (a cura di), *La morte e il diritto*, cit.; BISORI L., *Legge 1 aprile 1999. Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti*, in "La legislazione penale", 1999, II, p. 807 ss.; CALÒ E., *La nuova disciplina sui trapianti di organi*, in "Corriere giuridico", 1999, p. 938 ss.; DE BLASIO A., *Il trapianto come risposta terapeutica: in Italia, in Europa e negli Usa*, Milano 2001; DIANESE G., *La nuova disciplina dei trapianti di organi. Commento alla Legge 1° aprile 1999, n. 91*, Napoli 1999; GIUNTA F., *La nuova disciplina dei trapianti d'organo: principi generali e profili penali*, in "Rivista italiana di medicina legale", 2001, I, p. 68 ss.; MICHELETTI D., *La nuova legge sui trapianti. Linee guida e tutela penale*, in "Diritto penale e processo", 1999, p. 549 ss.; NICOTRA GUERRERA I., *Il silenzio legale informato nella recente legge sui trapianti: dalla regola coercitiva alla norma pedagogica*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1999, p. 829 ss.; FAGIUOLI S. (a cura di), *La questione dei trapianti tra etica, diritto, economia*, Milano 1997; STANZIONE P. (a cura di), *La disciplina giuridica dei trapianti. La Legge 1° aprile 1999, n. 91*, Milano 2000; TRICOMI L., *Così la "lunga marcia" verso l'attuazione lascia spazio al regime transitorio*, in "Guida al diritto", 1999, 17, p. 32 ss.; ZANGANI P., *L'accertamento della morte e prelievi da cadavere*, in "La giustizia penale", 1994, I, pp. 287 ss.; ZIINO D., *Trapianti di organi e principi costituzionali di solidarietà sociale*, in "Il diritto di famiglia e delle persone", 2000, p. 1423 ss. nonché il già più volte richiamato SOMMAGGIO P., *Il dono preteso*, cit.

¹⁰⁰ In particolare, l'accertamento del decesso dei pazienti affetti da lesioni encefaliche e sottoposti a misure rianimatorie è svolto da un collegio composto da un medico legale, uno specialista in anestesia e rianimazione ed un neurofisiopatologo (cfr. art. 2, comma V, L. 578/1993). Tale collegio,

Relativamente al presupposto soggettivo invece, il perno del sistema congegnato dalla L. 91/1999 è costituito dalla previsione della necessaria e preventiva manifestazione di volontà di ogni cittadino «in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo successivamente alla morte» (cfr. art. 4, L. 91/1999), cui si aggiunge la previsione per cui «la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione»¹⁰¹.

Ed è qui che occorre soffermarsi, poiché così facendo, il legislatore ha equiparato il silenzio del soggetto interpellato al suo assenso, orientandosi verso un sistema cosiddetto di *opting out* “puro” in cui è sufficiente, a legittimare il prelievo, la mancata opposizione allo stesso da parte del soggetto¹⁰².

che pronuncia giudizio unanime sul momento della morte solo al termine del periodo di osservazione (cfr. art. 2, comma IX, L. 578/1993), deve necessariamente essere distinto da quello che effettuerà il prelievo ed il successivo trapianto. Tale momento coincide con la contemporanea presenza delle seguenti condizioni: 1) assenza dello stato di vigilanza e di coscienza; 2) assenza di riflessi del tronco encefalico, tra cui il riflesso corneale, fotomotore, oculovestibolare, assenza di reazione agli stimoli dolorifici e di respirazione spontanea; 3) silenzio elettrico cerebrale; 4) in alcune situazioni particolari, assenza di flusso cerebrale, preventivamente documentata (cfr. l’art. 3, comma I, D.M. 11.04.2008). Al termine del periodo di osservazione si potrà procedere alla dichiarazione di morte, che però si considera avvenuta al momento iniziale di tale periodo, cioè il decesso coincide con l’inizio dell’esistenza simultanea delle richiamate condizioni.

¹⁰¹ La norma di cui all’art. 4, l. 91/1999 opera in stretta connessione con l’art. 2 dedicato alla promozione dell’informazione: solo quest’ultima, infatti, consentirebbe ai soggetti di fare una scelta libera, in quanto davvero consapevole, legittimando così l’adozione di un regime di “consenso” (che in realtà è pur sempre un silenzio-assenso – per quanto concerne la fase transitoria – nonché un vero e proprio consenso presunto – nella fase definitiva), che perciò può definirsi realmente “informato”.

¹⁰² Nessun ruolo viene invece riconosciuto, da parte della nuova disciplina, agli stretti congiunti, i quali sono privati di qualsivoglia facoltà in merito al prelievo degli organi del proprio caro, sia nel caso in cui egli si sia pronunciato espressamente a favore, ma anche nell’ipotesi in cui egli non abbia dichiarato nulla, in ossequio al principio del silenzio assenso. Va tuttavia precisato che tale modello è stato pensato dal legislatore per la disciplina definitiva: per la tuttora vigente fase transitoria, l’art. 23, Il comma, L. 91/1999 prevede che gli stretti congiunti possano presentare opposizione scritta entro il periodo di osservazione stabilito per l’accertamento della morte. Tale opposizione non è tuttavia ammessa, laddove risulti dai documenti personali del soggetto oppure dalle dichiarazioni depositate presso l’azienda sanitaria locale di appartenenza, che il soggetto abbia espresso volontà favorevole alla donazione dei propri organi *post mortem*, salva ovviamente la possibilità di presentare una dichiarazione autografa, successiva, in cui il soggetto neghi il proprio consenso (cfr. art. 23, comma III, L. 91/1999). Per una prima disamina di tale aspetto della normativa richiamata si veda BISORI L., *Legge 1 aprile 1999*, cit. Il legislatore ha ampliato, rispetto alla legge precedente (L. 644/1975), la sfera dei congiunti, ricomprendendovi anche il rappresentante legale dell’incapace e il convivente *more uxorio*, che viene equiparato al coniuge, a preferenza dei figli maggiori di età e dei genitori. A tale riguardo, la dottrina ha criticamente rilevato che, da un lato, il legislatore ha allargato la sfera dei familiari coinvolti e, dall’altro, li ha completamente esautorati da ogni facoltà decisionale: ha perciò al contempo ridotto il potere di opposizione dei familiari (addirittura lo ha escluso per la disciplina

Un tale sistema fa sì, tuttavia, che nel caso in cui il soggetto non abbia dichiarato nessuna volontà, questo suo silenzio verrà comunque considerato quale consenso all'espianto, sia che egli fosse contrario, sia che egli volesse acconsentirvi, sia che egli fosse completamente indifferente alla questione, ovvero che il processo volitivo in ordine alla stessa non si fosse ancora concluso¹⁰³.

Da quanto detto, risultano comprensibili le critiche rivolte al sistema del silenzio-assenso, che «in questo modo crea un distacco tra l'esistenza della volontà e la sua espressione fingendo una determinazione positiva sfornita, però, di estrinsecazione formale»¹⁰⁴, oppure porta – potremmo dire obbliga – il soggetto ad una dichiarazione di diniego, palesemente sganciata da qualsivoglia volontà negativa in tal senso¹⁰⁵.

La legittimazione di un tale meccanismo riposerebbe su un complesso procedimento di informazione, che lo Stato stesso avrebbe dovuto realizzare, come esplicitamente disposto dall'art 2, L. 91/1999 e che ad oggi è rimasto pressoché "lettera morta"¹⁰⁶.

Il legislatore avrebbe così introdotto, a garanzia del cittadino, un elemento di bilanciamento: vale a dire, il silenzio verrebbe sì equiparato all'assenso, ma solo

definitiva) però ha ampliato la sfera dei soggetti legittimati ad esercitarlo (in tal senso BECCHI P., DONADONI P., *Informazione e consenso all'espianto di organi da cadavere. Riflessioni di politica del diritto sulla nuova legislazione*, in "Politica del diritto", 2001, XXXII, pp. 267-268.

¹⁰³ In tal senso anche PASQUALUCCI P., *Se la "morte cerebrale" non è la vera morte, sono legittimi i trapianti? A proposito di un recente libro di Paolo Becchi*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 2008, IV, pp. 673-700.

¹⁰⁴ SOMMAGGIO P., *Il dono preteso*, cit., p. 25.

¹⁰⁵ Il diniego espresso sarebbe invero l'unico sistema per ovviare al meccanismo del silenzio-assenso. Si avverano dunque i timori di chi, ben prima dell'emanazione della L. 91/1999 sosteneva che «[I]l favore per i prelievi e i trapianti sembra dunque destinato a prevalere, in maniera sempre più netta, sull'accertamento di una precisa volontà dispositiva, dichiarata (in vita) dal soggetto o dei suoi stretti congiunti», così MASTROPAOLO F., *Intervento*, in BISCONTINI G. (a cura di), *La morte e il diritto*, cit..

¹⁰⁶ Questa procedura si sarebbe dovuta aprire con una seria campagna informativa, cui sarebbe dovuta seguire la richiesta, ad ogni cittadino, di pronunciarsi in ordine alla donazione dei propri organi *post mortem* accompagnata dall'avvertimento che alla mancata comunicazione di volontà, entro il termine previsto, sarebbe stato equiparato l'assenso al prelievo.

dopo che il soggetto sia stato debitamente avvertito di ciò e dopo che gli siano stati forniti tutti gli elementi per decidere compiendo una scelta consapevole¹⁰⁷.

Ciononostante, la rilevanza attribuita al silenzio, oltre a smentire la decantata impostazione consensualistica e la relativa logica dispositiva della L. 91/1999, svislisce drasticamente il ruolo del soggetto che, nel caso in cui non dichiari nulla, sarà considerato accondiscendente al prelievo.

Tali considerazioni valgono *a fortiori* tenuto conto del fatto che, a distanza di quasi quindici anni, ci si trova ancora nella fase transitoria (disciplinata dall'art. 23 L. 91/1999) in cui opera comunque il sistema del silenzio-assenso, nonostante la assoluta mancanza di qualsivoglia campagna informativa. Di talché, *in default*, il soggetto idoneo sarà sempre e comunque ritenuto donatore (salva in questo caso la possibilità per i congiunti di presentare opposizione scritta all'espianto entro il periodo previsto per l'accertamento)¹⁰⁸.

Non sembra, quindi, tanto lontano dalla realtà quel fenomeno di "nazionalizzazione mascherata"¹⁰⁹ dei cadaveri cui parte della dottrina più autorevole ha fatto riferimento, volendo sottolineare come il soggetto perda in questo modo la signoria sul proprio cadavere, per vedersi di fatto sostituito dallo Stato, nel decidere sulla destinazione delle proprie spoglie, laddove egli non si sia pronunciato espressamente.

¹⁰⁷ Alcuna dottrina ha evidenziato che tale meccanismo potrebbe reggere se e solo se l'ordinamento riuscisse effettivamente ad informare, raggiungere ed interpellare tutti i cittadini. Per converso, un tale sistema perderebbe gran parte della sua legittimazione, laddove inefficienza e burocratismi rendessero pressoché impossibile adempiere l'onere, posto in capo al cittadino, di depositare la propria dichiarazione di volontà. In tal senso BISORI L., *Legge 1 aprile 1999 - Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti*, cit..

¹⁰⁸ Il regime temporaneo è regolato interamente dall'art. 23, L. 91/1999 la cui disciplina può essere così schematizzata: a) il prelievo è ammesso in tutti i casi in cui il soggetto non abbia negato esplicitamente il proprio consenso; b) nel silenzio del soggetto, è ammessa l'opposizione dei congiunti entro il termine corrispondente al periodo di osservazione per l'accertamento della morte; c) è esclusa per questi ultimi la possibilità di presentare opposizione, laddove risulti dai documenti personali del soggetto o dalle dichiarazioni depositate presso l'azienda sanitaria locale, che egli avesse prestato esplicito consenso alla donazione, salva per gli stessi la facoltà di presentare una dichiarazione contraria, successiva ed autografa del *de cuius*.

¹⁰⁹ Tale definizione si deve a MANTOVANI F., *I trapianti di organo e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, cit..

In questo senso si muovono anche le critiche di Paolo Sommaggio¹¹⁰, secondo il quale, «accantonando ogni prospettiva di tipo volontaristico-individualistico, si nega ogni diritto della personalità sul cadavere» e quindi, conclude l'autore in assonanza con le righe che precedono, «può dirsi compiuta quella che autorevolmente e metaforicamente era stata definita *l'espropriazione per pubblica utilità del cadavere*»¹¹¹.

Più precisamente, l'operazione concettuale sottesa al meccanismo del silenzio-assenso è quella per cui, seppur formalmente venga mantenuta una impostazione individualistica per cui sarebbe il singolo a decidere in piena libertà ed autonomia sulla disposizione dei propri organi *post mortem*, di fatto alla sua volontà si sostituisce quella generale tutte le volte in cui egli non si sia pronunciato: «il silenzio-assenso informato individua perciò la formula con cui si è giunti ad una netta impostazione pubblicistica del problema dei trapianti»¹¹².

¹¹⁰ Paolo Sommaggio dedica alla "*fictio del consenso presunto*", l'omonimo capitolo terzo del suo saggio *Il dono preteso*. L'A. da primariamente conto di quali possono essere le due impostazioni nei confronti della pratica del trapianto di organi: una di stampo privatistico in cui si dà rilievo alla volontà individuale attribuendo al consenso del soggetto matrice negoziale; l'altra di stampo pubblicistico in cui il consenso diviene mero atto procedimentale al quale, cosiccome avviene nella Pubblica Amministrazione, può essere equiparato il silenzio in ragione della prevalenza di interessi generali e di solidarietà. In questo secondo caso cioè, verrebbe valorizzato il momento della salute collettiva inteso peraltro, se non quale vero e proprio dovere, quantomeno quale "prestazione di solidarietà indotta", SOMMAGGIO P., *Il dono preteso*, cit., p. 167. La critica dello studioso si volge dunque ad argomentare su come, nonostante la scelta del nostro legislatore appaia *prima facie* orientata verso la prima delle impostazioni prospettate (per cui la disponibilità degli organi *post mortem* dovrebbe considerarsi a tutti gli effetti riconducibile alla volontà espressa in vita dal soggetto) essa in realtà risulta informata alla seconda delle susposte teorie. E ciò proprio alla luce della natura "amministrativa e procedimentalizzata" del meccanismo del silenzio-assenso per cui di fatto, alla volontà individuale (del soggetto) si sostituisce la volontà generale (dello stato) ogni qualvolta il primo non si sia pronunciato.

¹¹¹ Ivi, p. 168. Nello stesso senso si possono leggere le parole di Lorenzo D'Avack, secondo il quale «lo Stato non può essere autorizzato ad organizzare e reperire risorse attraverso meccanismi giuridici che si traducono in concreti rischi di espropriazione di organi e tessuti di colui che risulta con criteri prognostici destinato in modo irreversibile a morire (leggasi: cerebralmente morto), ma ancora in qualche modo biologicamente vivo e che non abbia a ciò prestato indubitabile assenso in vita» (D'AVACK L., *Il trapianto di organi: aspetti etici e giuridici*, in COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Il Comitato Nazionale per la Bioetica: 1990-2005. Quindici anni di impegno. Atti del Convegno di studio*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma 2010, p. 316).

¹¹² SOMMAGGIO P., *Il dono preteso*, cit., p. 168.

In altri termini, l'onere imposto al soggetto in vita di esprimersi in ordine alla donazione, in modo da attribuire *ex lege* al suo silenzio un certo significato, «suona come un espediente di tecnica legislativa diretto a soddisfare un interesse pubblico con il formale rispetto della volontà privata»: in realtà manca qualsiasi consenso espresso dell'interessato, «leso dal meccanismo del silenzio informato che risulta mistificante e tale per cui ad esso non si potrebbe comunque attribuire il valore di comportamento concludente avente efficacia dispositiva»¹¹³.

I due presupposti appena considerati, come ha sapientemente argomentato Paolo Sommaggio nel suo saggio *“Il dono preteso”*, possono dunque essere ricondotti in realtà a due finzioni giuridiche¹¹⁴, che lo studioso rispettivamente chiama la *“fictio del decapitato”* e la *“fictio del consenso presunto”*¹¹⁵.

La considerazione, seppur limitatamente ai tratti salienti, di questi due aspetti reciprocamente legati l'uno all'altro, può aiutare a comprendere anche il dibattito sviluppatosi attorno al concetto di morte cerebrale il quale, giova ribadire, non può considerarsi completamente avulso dalla questione dei trapianti di organo.

Quanto alla prima delle due *fictiones*, essa si spiega alla luce del fatto che la metafora comunemente usata per diffondere il concetto di “morte cerebrale” è

¹¹³ Cfr. PALMERINI E., *La nuova legge sui trapianti di organo: prime notazioni*, cit., p. 1316.

¹¹⁴ Sul concetto di finzione giuridica cfr. TODESCAN F., *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*, Padova 1979.

¹¹⁵ Nel saggio si da conto peraltro di una terza ed ulteriore *fictio* che lo studioso chiama “dell'abbandono”. Ad essa è dedicato l'intero capitolo primo del testo, in cui sapientemente l'A. affronta il problema del rilievo giuridico che il nostro ordinamento riconosce al corpo ed alle parti anatomiche che lo costituiscono, per analizzare altresì se al soggetto spetti – tanto in vita che *post mortem* – un diritto su di esse. Viene cioè indagata la questione relativa allo statuto giuridico da attribuire alle parti staccate del corpo, gli organi, anche e soprattutto in riferimento alla normativa in tema di trapianti. A tale ultimo riguardo, l'Autore evidenzia come la scelta operata dal nostro legislatore con la L. 91/1999 sia in realtà «troppo sbilanciata verso una prospettiva pubblicistica dell'intera questione dei trapianti» che «privilegia la dimensione procedimentale e strumentale, riducendo grandemente il rilievo dell'autonomia privata in una sfera così delicata e personale» (cfr. P. SOMMAGGIO, *Il dono preteso*, cit., p. 35). Tale ultima considerazione si giustifica peraltro *a fortiori* tenendo conto del meccanismo di silenzio-assenso adottato per il “reperimento” del consenso del soggetto all'espianto, di cui si è detto *supra*.

quella per cui un soggetto dichiarato morto cerebralmente possa essere equiparato ad un corpo senza testa.

Detta analogia si fonda sul presupposto per cui un cervello irrimediabilmente danneggiato in tutte le sue componenti si comporterebbe, nei confronti del corpo, come se ne fosse radicalmente separato. Vale a dire che, poiché esso costituisce il “sistema critico dell’organismo” ovvero quel sistema che ne garantisce la sopravvivenza poiché lo mantiene insieme “come un tutto integrato”, una volta distrutto determina anche la distruzione del corpo che “lo contiene”¹¹⁶. Una volta distrutto il cervello, viene cioè meno l’unità integrativa del corpo, che si disgrega conducendo a morte il soggetto e dunque, così come il decapitato è sicuramente morto, al pari di lui deve considerarsi il soggetto “cerebralmente morto” in cui il cervello abbia definitivamente ed irreversibilmente perduto la propria funzionalità: come a dire che, *quoad vitam*, essere senza testa equivale ad averne una irrimediabilmente non funzionante.

Tale equiparazione del morto cerebrale al decapitato, tuttavia, al di là delle plurime implicazioni etiche che sottende, non può più considerarsi sostenibile nemmeno dal punto di vista empirico. Si è già dato conto nelle pagine che precedono, di come in realtà sia stata revocata in dubbio l’attendibilità scientifica della morte cerebrale formulata in termini di *whole brain death* e ciò principalmente per un duplice ordine di ragioni, che qui ci limitiamo a richiamare in sintesi.

In primo luogo, non si può pretendere la dimostrazione della cessazione irreversibile di “tutte” le funzioni dell’encefalo in quanto: a) tali funzioni non sono

¹¹⁶ Si è già visto nelle pagine precedenti che tale teoria, cosiddetta “dell’integratore centrale”, si deve agli studiosi Bernat, Culver e Gert, i quali hanno fornito, seppure a posteriori, una ricostruzione dei fondamenti empirici su cui basare la “nuova” definizione di morte suggerita dal Comitato di Harvard. Peraltro, è richiamandosi a questa medesima teoria che anche il Comitato Nazionale di Bioetica, nel sopra citato documento del 1991, dichiara perfettamente accoglibile la nozione di morte cerebrale, nella sua accezione di *whole brain death*. Vale a dire che il venir meno dell’organismo come un tutto integrato, da imputarsi alla cessazione irreversibile della funzionalità encefalica, può sicuramente identificare la morte del soggetto. Si legge infatti nel documento «[I]n pratica può dirsi che la morte avviene quando l’organismo cessa di “essere un tutto” [...]», cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Definizione e accertamento della morte nell’uomo*, cit., punto 2.3.

ancora note nella loro totalità e complessità e b) di quelle conosciute, non tutte cessano.

In secondo luogo, i numerosi studi condotti hanno dimostrato che il principale dato empirico su cui era stata costruita la giustificazione alla morte cerebrale – vale a dire la cosiddetta teoria dell’“integratore centrale” – risulta anch’esso infondato poiché non sempre alla morte cerebrale segue l’immediata distruzione dell’“organismo come un tutto integrato”: il soggetto può rimanere in vita per lunghi periodi con la conseguenza che all’encefalo non può più essere fondatamente riconosciuto un ruolo che non svolge (o che comunque non svolge da solo) quello cioè di “sistema critico” dell’organismo.

Quanto al secondo dei due presupposti sopra richiamati, il riferimento alla “*fictio* del consenso presunto” si spiega per le sopra viste modalità in cui è congegnato il sistema di raccolta dei consensi all’espianto dei possibili donatori.

Tale sistema, per le ragioni suesposte, risulta alquanto poco garantista ed anzi, anche e soprattutto alla luce dei numerosi dubbi in ordine alla “validità” della morte in termini neurologici, sembra essere volto unicamente a soddisfare il *favor* del legislatore verso la chirurgia sostitutiva. Quest’ultima viene così proceduralizzata a dispetto di quel principio di solidarietà sociale che invece dovrebbe presiederne lo svolgimento, pena la conseguenza che, non più di “*dono*” si possa parlare, bensì di un falso dono, vale a dire un “*dono preteso*”¹¹⁷.

¹¹⁷ Come è stato evidenziato, l’aver congegnato il sistema dei trapianti sulla base di queste due presunzioni, concorre «ad una valutazione assiologica della donazione degli organi come un falso dono, un dono preteso». Invero, il dono può dirsi effettivamente tale solo quando esso è gratuito e non un corrispettivo indiretto ad un interesse contingente pertanto, «se il dono risponde ad una domanda come quella di organi, forte e pressante, non è più un dono, ma espressione di un atto politico discrezionale di distribuzione delle risorse sanitarie». In tal senso si esprime, a commento del testo richiamato, ZINI F., *La donazione degli organi come problema biogiuridico: il dono della vita come dono alla vita*, in ZANUSO F. (a cura di), *Il Filo delle Parche*, cit., p. 226. Sul valore della donazione quale libero e consapevole atto d’amore, scevro da implicazioni utilitaristiche, MANNI C., *Valore etico e significato sociale della donazione*, in FAGIOLI S. (a cura di), *La questione dei trapianti tra etica, diritto, economia*, cit.

E tali considerazioni valgono *a fortiori* se si considera il fatto che il criterio di morte adottato e posto alla base di siffatta pratica non può più fondatamente ritenersi unanimemente accettato.

7. Osservazioni conclusive

Giunti al termine di questa prima parte, ci paiono opportune alcune osservazioni, anche al fine di vedere quali siano gli argomenti alla luce dei quali verranno sviluppate le considerazioni che seguiranno.

Si è dato conto, nelle righe che precedono, dell'iter che ha condotto all'affermazione del concetto di "morte cerebrale", nonché di quali siano le critiche ad esso mosse sul piano scientifico, prima ancora che etico e giusfilosofico, ed infine di come esso sia entrato nel nostro ordinamento, dapprima in mera correlazione alla chirurgia sostitutiva (con la L. 644/1975) e poi quale definizione legale di morte valevole a tutti gli effetti, con la L. 578/1993.

Dopo aver dato conto della tripartizione in cui tale concetto può essere "scomposto" si è altresì tracciata la differenza tra morte biologica e morte clinica mettendo in luce quale sia la differenza sostanziale tra le due: vale a dire che solo la seconda comporta una serie di implicazioni etiche, filosofiche, metafisiche da cui non si può prescindere se non si vuole affidare allo scienziato quell'"Essenza" che però gli è per sua intima natura preclusa.

Ci si è quindi soffermati sulla L. 91/1999 (recante "Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti") offrendo un'analisi – seppure non approfondita, si auspica quantomeno bastevole ai fini del presente elaborato – delle due finzioni giuridiche ad essa sottese.

Questo è servito ad un duplice scopo: da un lato ci ha permesso di mettere in luce l'innegabile correlazione esistente tra il concetto di morte cerebrale e il

trapianto di organi *ex mortuo*, costituendo per vero la prima, l'indefettibile presupposto oggettivo di legittimità del secondo; dall'altro, ci ha consentito di evidenziare come il meccanismo congegnato dal nostro legislatore per il "reperimento" dei consensi all'espianto contribuisca, oltretutto a rendere tale nozione di morte poco rassicurante, a connotarla di un forte tratto funzionale ed utilitaristico, il che ne affievolisce ulteriormente anche l'attendibilità.

Si è usato l'avverbio ulteriormente di proposito, per sottolineare un altro degli aspetti rilevanti di cui si è dato conto, vale a dire di come non si possa assolutamente dimenticare che la validità delle "scoperte"¹¹⁸ scientifiche non può mai essere valutata in termini di assolutezza. Per il suo stesso statuto ontologico infatti la scienza moderna non fornisce risposte assolute ed oggettive, ma offre risposte parziali, sempre rivedibili poiché dipendenti dagli indiscussi assunti di partenza, che ella stessa si pone con intento operativo. La scienza cioè non nasce «innocente», essa «sorge per assicurare certi scopi sul presupposto che uno sia lo scopo fondamentale per l'uomo: l'efficacia del volere» e quindi ciò non può essere trascurato, pena la dimenticanza del fatto che «ogni dominio ottenuto con la scienza resta comunque una conquista contingente»¹¹⁹.

In relazione al tema qui trattato, questo risulta invero determinante poiché solo tenendo debitamente conto di tale aspetto si possono cogliere profondamente le implicazioni connesse all'accettazione del concetto di morte formulato in termini neurologici.

E ciò vale non solo per quanto concerne la pratica del trapianto di organi, ma anche e soprattutto in relazione al concetto di vita che essa implica ed ancor

¹¹⁸ Il virgolettato è d'obbligo visto che, per quanto riguarda la morte cerebrale, essa non è dipesa da alcuna scoperta scientifica, ma è legata a quelle ragioni di opportunità che il Comitato di Harvard ha ritenuto di porre alla base di siffatta nuova definizione di morte. Come si è illustrato infatti (vedi *supra*), tale condizione clinica era stata teorizzata ben prima del 1968 dai due studiosi francesi Mollaret e Goulon che per essa avevano coniato il nome di "coma dépassé" e l'avevano ricondotta ad un ulteriore grado della scala del coma.

¹¹⁹ CAVALLA F., *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, Padova 1996, p. 113.

più a quello di uomo che essa sottende. Infatti, lo sviluppo della tecnologia ha permesso di vicariare le indispensabili funzioni cardiaca e respiratoria, con la conseguenza che si è cominciato a considerare quale “segno vitale” determinante ed insostituibile *quoad vitam* il funzionamento cerebrale.

Assumendo a *discrimen* tra la vita e la morte del soggetto il funzionamento del suo cervello, la modernità ha quindi sostituito al dualismo anima-corpo di matrice cartesiana, che già aveva spezzato l’unità dell’uomo riconoscendo solo alla prima lo statuto dell’essere persona, quello di cervello-corpo sul malcelato presupposto che la “vera” persona – si badi, la persona e non l’individuo – sia costituita dal cervello di cui il corpo è mero feticcio.

Ma, una volta stabilito ciò, breve sarà il passo verso l’ulteriore riduzione del soggetto al suo supporto mentale ed in particolare alla parte superiore di esso in cui, si ritiene, si concentrino tutte le facoltà, le capacità e le funzioni (ed in modo precipuo razionalità, coscienza e volontà) che rendono l’individuo umano una *persona*¹²⁰.

E dunque ci si chiede, ma se la persona viene meno con la distruzione della parte dell’encefalo in cui essa “risiede”, perché per accertarne la morte occorre verificare la distruzione dell’intero encefalo?

A tal fine potrebbe infatti ritenersi sufficiente la distruzione della sola parte superiore di esso, poiché questa è referente di tali prerogative.

Ecco dunque l’arretramento della soglia. Vale a dire l’anticipazione della “fine della persona” rispetto alla fine della vita dell’essere umano, sulla base della separazione tra la sua vita biologica e la vita biografica della persona. E allora,

¹²⁰ In questo processo, un ruolo non trascurabile va oggi attribuito alle cosiddette neuroscienze. Tuttavia, chi accoglie l’impostazione riduzionistica facendo esclusivo riferimento ai dati forniti da questa nuova branca del sapere scientifico dimentica che, per quanto la stessa possa aiutarci nella comprensione dei fenomeni neurologici, della loro conformazione, del loro sviluppo e funzionamento, essa non può dirci nulla sul “perché” tali dati debbano essere ritenuti rilevanti per la definizione dell’essere umano e della persona. La pretesa di oggettivare e di tradurre l’essenza costitutiva dell’uomo in entità numeriche mediante l’osservazione scientifica che ha caratterizzato la modernità, manifesta proprio di fronte alle questioni fondamentali per l’essere umano tutta la sua forza reificante. In tal senso anche PALAZZANI L., “*Il concetto di persona tra bioetica e diritto*”, cit..

non più di “morte cerebrale (totale o comunque tronco-encefalica)” si dovrebbe parlare – in questo caso infatti, la permanenza dell’attività biologica dell’organismo nulla avrebbe a che vedere con la presenza della persona – ma di morte neocorticale.

Come si cercherà di dimostrare nelle pagine che seguono, chi scrive è persuaso che la giurisprudenza italiana abbia intrapreso, seppure silenziosamente, proprio questa strada.

CAPITOLO SECONDO

Definizione legale di morte e giurisprudenza italiana: una separazione

Sommario: 1. Introduzione; 2. Le (apparenti) rassicurazioni della Corte Costituzionale: la sentenza 27 luglio 1995, n. 414; 3. Le prime incongruenze della giurisprudenza di merito: la sentenza della Corte di Assise di Appello di Milano 24/04-21/06/2002, n. 23; 4. La via della recente giurisprudenza: prime note; 5. Un corpo che sopravvive alla mente e gli argomenti "vita cosciente" e "vita degna"; 6. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

«È vita senza coscienza?»¹ e se non è vita, che cos'è? Morte, poiché dove non vi è l'una, vi è l'altra. Invero, se il *discrimen* tra queste due realtà si è fatto sempre più confuso in conseguenza agli sviluppi della scienza e della tecnica, tanto confuso al punto che ciascuno sembra poter stabilire autonomamente quando esso vada tracciato, non vi è pressoché alcun dubbio sul fatto che la presenza dell'una implica l'assenza dell'altra.

La morte è la negazione della vita e quindi, quando si giunge ad affermare che "senza coscienza non vi è vita", si giunge ad affermare che "senza coscienza vi è morte".

Ecco lo spostamento della soglia di cui si cercherà di argomentare in questa seconda parte dell'elaborato: spostamento che a nostro avviso si deve all'opera

¹ REICHLIN M., *Etica e neuroscienze. Stati vegetativi, malattie degenerative, identità personale*, Cles 2012, p. 26.

della giurisprudenza la quale, con sempre maggior forza pare contrassegnare l'orizzonte culturale con le proprie pronunce.

A tale riguardo, se da un lato può sicuramente condannarsi l'impostazione per cui alla definizione di morte provveda uno "stato-legislatore-padrone" poco accorto il quale, per malcelati intenti di "solidarietà sociale" ne imponga normativamente una definizione² poi dimostratasi inattendibile anche dal mero punto di vista empirico, per converso occorre domandarsi se tra il "dispotismo" di questi o quello dei giudici, ve ne sia taluno da preferire³, ovvero se non occorra ripensare i principi ri-assegnando così al "diritto alla vita" il suo intrinseco valore dimodoché nessuno possa sulla stessa esercitare il proprio arbitrio.

Invero, sebbene le decisioni dell'autorità giudiziaria, permettano sempre più spesso di individuare la regola del caso specifico in tutti quegli *hard-cases* in cui "manchi" (o risulti vago) il formante legislativo astratto e generalizzato⁴, è solo

² Il riferimento è qui chiaramente a quanto visto nelle ultime battute del capitolo precedente in relazione alla impostazione di matrice "pubblicistica" sottesa alla disciplina dei trapianti di organo. Ma alla mente tornano anche le parole di Rousseau «e quando il principe gli ha detto: è utile allo Stato che tu muoia, egli deve morire; poiché non è che a questa condizione che egli ha vissuto in sicurezza fino allora, e che la sua vita non è più soltanto un beneficio della natura, ma un dono condizionato dello Stato» (ROUSSEAU J.J., *Il contratto sociale*, Roma-Bari 2003, pp. 48-49). Sul pensiero del ginevrino, considerato accanto a quello di Locke e Hobbes, magistralmente si è soffermato Francesco Cavalla nel suo saggio *Diritto alla vita, diritto sulla vita. Alle origini delle discussioni sull'eutanasia*, in ZANUSO F. (a cura di), *Il filo delle Parche*, cit.. Ivi l'A. da conto di come in epoca moderna, ed in particolare col pensiero giusnaturalista, si delinei con chiarezza il rapporto tra l'uomo e la sua vita (e dunque anche tra l'uomo e la sua sfera biologica) secondo criteri oggettivisti e volontaristi che riducono non solo la sua sfera corporea ma anche la sua stessa vita ad un oggetto su cui esercitare la propria volontà. Si tratta dunque di una visione proprietaria che lega l'uomo alla vita in un rapporto dominicale del tutto simile a quello che egli intrattiene con le cose e che si tramanda sino alla cultura contemporanea originando quello che l'A. stesso definisce un "equivoco" sul concetto di "diritto alla vita". E tale equivoco risiede nel fatto che, pur riferendosi a tale diritto come ad un diritto assolutamente indisponibile anche al suo stesso titolare, in realtà non di diritto alla vita si tratta, ma di "diritto sulla vita" su cui sarà pienamente esercitabile la volontà, individuale (secondo l'impostazione lockiana) o collettiva (secondo l'impostazione rousseviana).

³ Sulla contrapposizione tra il cosiddetto "governo del buon legislatore", tipico degli ordinamenti di civil law, ed il "governo del buon giudice", tipico degli ordinamenti di common law, nonché sul problema dell'individuazione del soggetto competente a prendere le decisioni fondamentali in ordine alle "questioni eticamente controverse", interessanti considerazioni sono svolte da TRIPODINA C., *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del "caso Englaro")*, in "Giurisprudenza Costituzionale", 2008, V, p. 4069 ss..

⁴ *Ibidem*.

nell'incontro imprescindibile tra la tutela del bisogno dell'uomo di "non essere solo" (presidiato dalla normazione prescrittiva) ed il bisogno di questi di "essere sé stesso" (presidiato dalla normazione proibitiva) calato nella realtà processuale che – come ha magistralmente illustrato Sergio Cotta – può «emergere entro la categoria generica del "tutti coloro che..." (e grazie ad essa) la concreta realtà dell'io»⁵.

Ciò significa che, quantunque il giudice non possa essere ridotto a mera "bouche de la lois" secondo un'impostazione di matrice illuministica che può considerarsi – almeno in linea teorica – oramai superata⁶, laddove egli si trovi ad andare aldilà del mero dato letterale della norma posita, lo stesso è comunque tenuto a presidiare questi due bisogni intrinseci e primari dell'individuo⁷, pena la deriva arbitraria ed ideologica delle proprie decisioni.

⁵ Cfr. COTTA S., *Soggetto Umano. Soggetto giuridico*, Milano 1997, p. 66.

⁶ Tale impostazione, che può essere riassunta nella celeberrima frase di Cesare Beccaria tratta dal suo "Dei delitti e delle pene", «in ogni delitto si deve fare del giudice un sillogismo perfetto», si costruisce sulla necessità di garantire la certezza del diritto e si caratterizza per la convinzione che, alla base di ogni sentenza vi sia un ragionamento di tipo sillogistico per cui, posta la premessa maggiore – vale a dire la norma generale ed astratta – e la premessa minore – vale a dire il fatto – la conclusione costituirà la norma particolare e concreta. In questa logica, dunque, il giudice non interpreta la legge, ma ne è mero portavoce attraverso uno schema di ragionamento tipicamente matematico, per cui la sentenza sarà frutto di un processo conoscitivo regolato dalle ferree regole della logica, nel quale nessuno spazio è lasciato all'influenza, alla volontà, né tantomeno all'arbitrio del giudicante. In altre parole quest'ultimo deve divenire «un meccanismo di soluzione giuridica automatica di problemi posti nella vita quotidiana» (così COSSUTTA M., *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa*, EUT, Trieste 2011, p. 91; ma dell'Autore si veda anche ID., *Questioni sull'informatica giuridica*, Torino 2003, in cui viene considerata l'ipotesi della sostituzione del giudice-uomo al giudice-macchina, vale a dire l'ipotesi che in determinati casi l'attività del primo, come quella peculiare del calcolo della pena secondo discrezionalità di cui all'art. 133 c.p., venga affidata al computer. Quest'ultimo permetterebbe di sostituire alla discrezionalità del giudice una applicazione automatica della legge che ne garantirebbe la neutralità. Il tema viene affrontato ed esemplificato anche da PUPPO F., *Alcune riflessioni sui limiti della c.d. applicazione automatica della legge. L'esempio del decreto penale di condanna*, in MORO P. (a cura di), *Etica Informatica Diritto*, Milano 2008). Alla base dell'impostazione su richiamata vi è quella concezione del sapere per cui la mente umana sarebbe perfettamente in grado di conoscere pienamente la realtà attraverso l'impiego del metodo utilizzato nelle dimostrazioni geometrico-matematiche (sul tema, si vedano le considerazioni svolte da FUSELLI S., *Ragionamento giudiziale e sillogismo. Appunti in margine ad Aristotele*, in CAVALLA F. (a cura di), *Cultura moderna e interpretazione classica. Temi e problemi di Filosofia del Dritto*, Padova 1997).

⁷ E a tal fine è necessario che il giurista (sia esso giudice o legislatore, per ciò che qui ci interessa) nel suo operare esca dalla "stanza della geometria legale" per entrare in quella "della dialettica giuridica" indossando un abito radicalmente problematico scevro da ogni dogmatismo, così come da ogni

«Quali criteri possono assicurare che la necessaria autonomia del giudice non si trasformi in arbitrio? Quali criteri possono accertare che la pronuncia del giudice non sia totalmente irrelata ai dettati di quell'insieme di norme all'interno del quale vi sono anche quelle che gli assegnano la competenza a giudicare?»⁸.

Ecco la ragione per cui appare urgente la questione relativa all'individuazione degli approdi a cui potrebbe condurre un tale spostamento della soglia operata dalla giurisprudenza⁹.

scetticismo che solo l'atteggiamento schiettamente filosofico può garantire (GENTILE F., *Legalità Giustizia Giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, Napoli 2008). E non si chiuda nella stanza delle riduca a infatti non può fare suo il solo metodo operativo quello dello scienziato, tralasciando non possa acquisire il primo, tralasciando il secondo, per il fatto che egli si trova a dover presidiare beni e valori che vanno ben aldilà della mera correttezza formale del ragionamento. Occorre che «il legislatore sia anche un filosofo, il quale è colui che ama contemplare la verità nella sua interezza, che ama l'essere in tutte le sue forme e che ha sempre l'essere immutabile come punto di riferimento» così MORO P., *L'essenza della legge. Saggio sul Minosse platonico*, in CAVALLA F. (a cura di), *Cultura moderna e interpretazione classica*, cit. p. 128, in cui l'A. fornisce una lettura del dialogo tra Socrate ed il suo anonimo amico per mostrare quali siano – sorprendentemente anticipate dalla speculazione classica – le concezioni della legge tipiche dell'età moderna.

⁸ CAVALLA F., *All'origine del diritto al tramonto della legge*, cit. p. 212.

⁹ Nella dottrina, Francesco Gazzoni paventa come quello che lui stesso definisce “velleitarismo giudiziale” possa minare i principi cardine dell'ordinamento giuridico. In un commento a Tribunale di Modena, decr. 13.05.2008 (in www.dejure.it) di cui si dirà in seguito, con cui il giudice accoglieva il ricorso del soggetto perfettamente capace che chiedeva la nomina della moglie ad amministratore di sostegno per il caso di una sua eventuale futura incapacità, egli spende parole alquanto pungenti, che riportiamo per non togliere nulla all'enfasi impiegata dall'A.: «[I]l decreto del giudice di Modena è espressione, infatti, più che di un sereno ed umile esercizio della funzione giurisdizionale, di una vera e propria crociata condotta in nome, appunto, di una sorta di religione laica. Il giudice si è così trasformato nel missionario di una causa, basata su un valore, contro altri valori» ed ancora l'A. critica «la singolarità delle sentenze rese da giudici ideologizzati, i quali impongono la propria visione del mondo e dunque la tirannia dei propri valori» e rende palese l'irritazione che prova «leggendo certi provvedimenti di certi giudici, i quali hanno il coraggio di pronunciarli in nome del popolo italiano, cioè anche a mio nome, coinvolgendomi in un'operazione giuridicamente dissennata, per non dire altro» (GAZZONI F., *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. "morte dignitosa"*, in “Diritto e Famiglia”, 2009, I, pp. 288 ss.). Anche Ferrando Mantovani si pronuncia nello stesso senso, sebbene con termini più pacati, evidenziando come «la magistratura [...] con certe interpretazioni evolutive pretende, come motore del cambiamento sociale, di modellare la società, leggendo nelle leggi ordinarie e, persino, nella norma costituzionale non l'“essere” del diritto, ma il “dover essere”, non ciò che c'è, ma ciò che si vorrebbe che ci fosse (spesso secondo i propri soggettivismi ideologici e personologici)», così MANTOVANI F., *Luci ed ombre della giustizia (agli occhi del comune cittadino)*, in www.ugci.org. Altra dottrina parla invece, ma in un'accezione decisamente positiva, di “attivismo giudiziale” facendo proprio riferimento all'impegno profuso dalla giurisprudenza nel risolvere i sempre più numerosi *hard cases* in cui manchi un substrato normativo ben definito (si veda sull'operato della giurisprudenza con particolare riferimento ai noti casi Englaro e Welby VIGANÒ F., *Decisioni mediche di fine vita e “attivismo giudiziale”*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, 2008, IV, pp. 1594 ss.). Con riferimento ad una “giurisdizionalizzazione” del diritto legale si vedano anche le considerazioni svolte da VINCENTI U., *Argomenti e decisioni argomentate*

Nel precedente capitolo si è cercato di ricostruire l'iter che ha condotto all'affermazione del concetto di morte in termini neurologici, soffermandosi altresì sulla tripartizione del concetto medesimo e sul suo ingresso nel nostro ordinamento (con la L. 644/1975, inizialmente, e poi) con la L. 578/1993.

Si è dato altresì conto del legame esistente tra "morte cerebrale" e chirurgia sostitutiva, fosse anche per il solo fatto che la prima costituisce l'indefettibile presupposto oggettivo del trapianto di organi *ex mortuo*.

Solo per chiarezza di chi scrive e senza volersi qui dilungare nelle ripetizioni di alcune nozioni già esposte, si ritiene utile tuttavia richiamare quanto sopra anticipato in ordine alla triplice accezione in cui può declinarsi il concetto di morte in termini neurologici, poiché da tale tripartizione si originano quelle ambiguità che hanno permesso le argomentazioni che seguiranno.

A seconda di quali e quante funzioni cerebrali vengano prese in considerazione al fine di stabilire quando il soggetto possa considerarsi a tutti gli effetti cadavere, si parla di *whole brain death* laddove sia richiesta a tal fine la cessazione irreversibile di tutte le funzioni encefaliche; di *brain stem death* laddove sia ritenuta necessaria e sufficiente ai fini di una diagnosi di morte la distruzione irreversibile del solo tronco encefalico¹⁰; da ultimo, di *higher brain death* – ovvero di

correttamente, in CAVALLA F. (a cura di), *Cultura moderna e interpretazione classica*, cit., in particolare il paragrafo introduttivo al saggio dell'Autore.

¹⁰ A tale riguardo ci basta qui ricordare che tali due accezioni sono quelle comunemente accolte dalle legislazioni occidentali, come si è già illustrato *supra*. In particolare, la prima è quella entrata nel nostro ordinamento con la legge 578/1993, mentre la seconda è quella accolta in Gran Bretagna, in cui si ritiene sufficiente la distruzione del solo tronco encefalico al fine di accertare il sopraggiungere del decesso e questo poiché, si sostiene, la distruzione del tronco conduce in breve alla distruzione dell'intero encefalo. Si è peraltro già accennato al fatto che, con un nuovo documento, il Comitato Nazionale per la Bioetica è tornato nel 2010 sul tema dell'accertamento della morte dichiarando espressamente di ritenere accettabile anche la seconda definizione di morte formulata sulla distruzione del solo tronco cerebrale, in quanto comunque riconducibile ad un "danno cerebrale totale". Tale affermazione del Comitato di Bioetica solleva per vero qualche perplessità, in quanto sembra implicitamente riconoscere l'inattendibilità scientifica della morte cerebrale totale, conseguentemente revocare in dubbio la scelta operata dal nostro legislatore con la L. 578/1993 ed infine contribuire ad una "pluralizzazione" della morte fomentando così ulteriormente le difficoltà connesse alla sua "individuazione". Le perplessità appena evidenziate si acquiscono peraltro, leggendo le raccomandazioni con cui lo stesso Comitato conclude il documento, vale a dire con l'auspicio che l'opinione pubblica venga aggiornata e resa consapevole del significato del concetto di

morte neo-corticale – per indicare la distruzione della sola parte superiore dell'encefalo, vale a dire la corteccia, ritenuta responsabile di tutte le funzioni che specificamente connotano la persona¹¹.

Quanto detto, serve ad introdurre il presente capitolo, che vuole costituire la *pars costruens* dell'elaborato.

Ivi infatti verrà considerato il percorso compiuto dalla giurisprudenza italiana a partire dall'entrata in vigore della L. 578/1993 sino ad alcune recenti pronunce che, sebbene non strettamente vertenti sulla questione della “nuova” definizione di morte in termini neurologici, devono essere considerate perché emblematiche di quale sia l'evoluzione ideologica (o forse ideologizzata?) che pervade la nostra epoca e che si rinviene anche nell'atteggiamento della giurisprudenza in tutti quei casi, che potremmo definire – senza timore di smentita – “limite”¹².

morte in termini neurologici e che la stessa sia «messa dinanzi alla più consapevole conoscenza delle implicazioni antropologiche, sociali, etiche e giuridiche dei criteri del (suo: n.d.r.) accertamento». Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *I criteri di accertamento della morte*, cit., punto 5.5.

¹¹ Ho fatto qui volutamente riferimento alla persona (e non invece all'essere umano) poiché in questo caso l'argomento su cui fanno leva i sostenitori della morte neocorticale, è proprio quello per cui l'individuo appartenente alla specie “*homo sapiens*” può considerarsi persona solo laddove egli possa esercitare e manifestare quell'insieme di funzioni che gli sono proprie e che lo contraddistinguono dagli appartenenti alle altre specie animali. Si veda in tal senso SINGER P., *Ripensare la vita*, cit., di cui *infra*. In contrapposizione a quest'ultimo, verrà in seguito considerata la posizione di Robert Spaemann (vedi *infra* capitolo III). L'impostazione sopra richiamata, di cui Singer può considerarsi sicuramente portavoce ma non l'unico sostenitore stante la sempre crescente diffusione di una concezione antropologica siffatta, è peraltro perfettamente in linea con l'atteggiamento tipico dell'epoca postmoderna in cui ogni realtà viene parcellizzata e scomposta poiché si ritiene che tale “approccio frammentato” sia il solo in grado di garantire una conoscenza “utile” all'uomo, poiché atta a soddisfarne le esigenze ed i bisogni contingenti.

¹² Potrebbe essere qui interessante chiedersi perché, in ordine a queste vicende, si parla di “casi-limite”, vale a dire quale sia il senso del riferimento al *limite*. Sono dette così perché si trovano al confine di qualcosa, aldilà del quale l'uomo non può spingersi, pena la rinuncia anche a sé stesso; oppure perché costituiscono degli ostacoli, che come tali andranno superati, oltrepassati laddove non addirittura rimossi? Se ci si sofferma su tale questione, non si può fare a meno di notare che la rilevanza di queste fattispecie ed il modo in cui le stesse vengono affrontate è racchiusa nella definizione di “*limite*” che si predilige. Ci si spiega. Se il riferimento al limite viene inteso nel primo senso sopra tracciato, vi è la speranza che queste vicende riconducano l'uomo ad interrogarsi su sé stesso, sulla sua vita e sulla sua morte, riconoscendone l'assoluta indisponibilità in quanto manifestazioni di un alcunché, ovvero di un Principio che le soverchia entrambe poiché in sé tutto “trattiene”. Al contrario, accogliendo la seconda delle accezioni sopra riportate, se cioè il porsi al “limite” di queste fattispecie, viene inteso come ostacolo, allora esse, come tali e per le implicazioni che comportano dovranno solo servire all'uomo contemporaneo per “andare oltre”; del resto

Ripercorrendo l'iter argomentativo delle pronunce considerate si cercherà di vagliarne, da un punto di vista meta-positivo, la logica sottostante per mettere in luce come la giurisprudenza, allontanandosi dalla scelta operata dal legislatore, si stia attestando verso una definizione sempre più parziale di morte, incentrata sul "dato biografico", il quale sembra oramai costituire il solo, necessario e sufficiente, a qualificare la persona e con essa la sua stessa vita.

Si darà dunque conto delle implicazioni di carattere etico-giuridico che da tale impostazione potrebbero derivare sul piano dell'ordinamento e, prima ancora, sulla vita di ciascuno di noi.

Un'ultima precisazione si impone prima di procedere.

Tra le pronunce che verranno richiamate ve n'è una in particolare¹³, resa in un caso che nulla ha a che vedere con la morte dell'uomo, ma che anzi involge il momento ad essa diametralmente opposto, vale a dire quello della sua nascita. Questa scelta si spiega alla luce dell'evidente collegamento tra due realtà solo apparentemente distanti tra loro, ma in realtà innegabilmente legate l'una all'altra da un filo sottile che "si srotola" lungo tutta la vita del soggetto, a ricordarci come quest'ultimo non possa essere circoscritto entro i rigidi confini della nascita e della morte¹⁴, magari definiti proprio con esclusivo riferimento al dato scientifico.

l'ostacolo è ciò che, per sua stessa natura, deve essere superato. Ma, occorre chiedersi, "andare oltre" rispetto a che cosa? Oltre rispetto a sé stesso, nella soddisfazione della necessità che nella contingenza e quindi *hic et nunc* gli si è parata innanzi. Illuminanti considerazioni sul travisamento del senso del limite operato dalla modernità e di cui l'atteggiamento contemporaneo costituisce solo il precitato, si trovano in ZANUSO F., *L'indisponibile filo delle Parche. Argomentazione e decisione nel dibattito biogiuridico*, in ID. (a cura di), *Il filo delle Parche*, cit..

¹³ Si tratta della sentenza della Corte di Cassazione, sez. III, 02.10.2012, n. 16754.

¹⁴ NANNINI U.G., *Valori della persona e definizione legale di morte*, cit. in particolare pp. 106-107. Un "parallelismo" tra questioni (bioetiche) di inizio e fine vita, alla luce del diritto all'autodeterminazione, si trova in MINGARDO L., *Il diritto di (auto)determinazione. Idee, norme, fatti*, Dissertazione di Dottorato, Padova 2010. Ivi l'A. affronta in modo approfondito alcune delle tematiche etico-giuridiche attualmente più dibattute (per quanto concerne la fase iniziale della vita, vengono considerate la diagnosi genetica preimpianto, il cosiddetto diritto a non nascere se non sani ed il prelievo di cellule embrionali; per quanto concerne la fase finale invece, vengono approfonditi il tema del diritto al rifiuto delle cure e quello delle direttive anticipate di trattamento) dando conto di come, all'interno delle stesse, il diritto all'autodeterminazione laddove coniugato secondo la logica razionalistica e volontaristica tipica della modernità, rischi di trasformarsi in un vero e proprio diritto alla etero-determinazione.

Ecco perché un approfondimento del concetto di morte presuppone ed al contempo implica un chiarimento sul concetto di vita, dal quale «finisce poi per dipendere l'individuazione del momento di inizio di questa medesima vita e, in ultima analisi, la stessa idea di uomo»¹⁵.

2. *Le (apparenti) "rassicurazioni" della Corte Costituzionale: la sentenza 27 luglio 1995, n. 414.*

A due anni dall'emanazione della legge 578/1993, recante norme per l'accertamento e la certificazione di morte, la Corte Costituzionale, affrontando la questione di legittimità costituzionale dell'art. 589 del Codice penale in relazione agli articoli 3, 25 e 27 della Costituzione, ha speso parole importanti in ordine alla scelta operata dal nostro legislatore con l'accoglimento e la successiva definizione normativa del concetto di morte in termini neurologici.

La vicenda può essere così brevemente riassunta.

Nelle due ordinanze di rimessione, il GIP presso il Tribunale di Rovigo contestava, in riferimento agli articoli 3, 25 e 27 della Costituzione, la legittimità dell'art. 589 c.p. nella parte in cui veniva esteso ad una nozione di morte – quella cerebrale contemplata dall'allora vigente art. 4, L. 644/1975 (Legge trapianti), poi implicitamente sostituito dalla sopraggiunta legge 578/1993 (ecco la ragione di ben due ordinanze di rimessione)¹⁶ – completamente diversa da quella pensata dal

¹⁵ NANNINI U.G., *Valori della persona e definizione legale di morte*, cit., pp. 106-107.

¹⁶ Si tratta di due ordinanze in quanto, l'una venne emessa in data 08.10.1993 e cioè prima dell'entrata in vigore della L. 578/1993, mentre l'altra venne emessa in data 21.09.1994, cioè in costanza di vigenza della normativa richiamata. E ciò in quanto la Consulta restituì gli atti al giudice *a quo* affinché lo stesso provvedesse al riesame della rilevanza della questione alla luce dello *ius superveniens* (la L. 578/1993, appunto). Infatti, con la prima ordinanza il GIP presso la Pretura circondariale di Rovigo aveva sollevato, in riferimento agli artt. 3, 25 e 27 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 589 c.p. nella parte in cui esso veniva esteso ad una nozione di morte diversa da quella codicistica, riferendosi alla definizione rinvenibile nell'allora vigente "Legge trapianti", L. 644/1975. Con l'entrata in vigore della L. 578/1993, la Corte ritenne dunque necessario il vaglio della rilevanza della questione alla luce delle disposizioni contenute nella legge sopravvenuta e rimise

legislatore del 1930, che si riferiva invece alla morte come cessazione dell'attività cardiocircolatoria.

Nel caso sotteso all'intervento del Giudice delle Leggi¹⁷, 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 all'imputato fosse stato addebitato a titolo di reato un fatto diverso da quello originariamente previsto dal precetto penale di cui all'art. 589 c.p.. Affermava il giudice *a quo* che l'art. 589 c.p. «[...] infatti, fa riferimento alla morte naturalisticamente intesa in quanto, fino all'avvenuto prelevamento da parte dei sanitari degli organi della vittima "il suo cuore continuerà a battere, il suo sangue a circolare e i suoi polmoni a respirare, sia pure in modo assistito"»¹⁸ e che dunque al conducente del veicolo non poteva essere addebitata la responsabilità per omicidio colposo in quanto la morte della donna, che secondo i criteri tradizionali recepiti nell'art. 589 c.p. era ancora viva al momento del prelievo, si sarebbe dovuta attribuire ai medici responsabili dell'espianto.

Il rimettente sosteneva quindi che la morte, concepita nel Codice Penale del 1930 secondo i criteri cardiocircolatori¹⁹, fosse stata causata dall'azione dell'*équipe*

dunque gli atti al giudice *a quo*, affinché valutasse se la questione mantenesse, di fronte alla novella legislativa, la propria rilevanza. La conclusione, chiaramente di senso affermativo, da parte del GIP coinvolto, fu all'origine della pronuncia ivi considerata. Il giudice rimettente infatti evidenziò come «sia la norma di cui all'art. 4 della legge 2 dicembre 1975, n. 644, che quelle di cui agli artt. 1 e 2 della sopravvenuta legge n. 578 del 1993, consentono di pervenire ad un'unica conclusione» vale a dire che l'art. 589 c.p. deve considerarsi costituzionalmente illegittimo poiché, interpretato sino a ricomprendere la morte di cui all'art. 4, L. 644/1975, implicitamente sostituito dalla L. 578/1993, sfocia in un procedimento analogico in *malam partem*, vietato in materia penale.

¹⁷ Per un primo commento alla richiamata sentenza, si veda NICOLAI S., *Corte Costituzionale*, 27 luglio 1995, n. 414, in "Giurisprudenza italiana", 1996, I.

¹⁸ Corte Costituzionale, 27/07/1995, n. 414, cit.

¹⁹ Più precisamente il GIP si riferì – non del tutto correttamente – alla concezione – ormai abbandonata – di morte fondata sulla distruzione del cosiddetto "tripode vitale", cui si è già fatto riferimento nelle precedenti pagine (vedi *supra*). Si legge infatti nella sentenza richiamata che il GIP presso il Tribunale di Rovigo osserva che l'art. 589 c.p. punisce il delitto di omicidio colposo con riferimento ad una nozione di morte che secondo la volontà del legislatore del 1930 corrisponde ad una concezione di ordine naturalistico «connessa al concorso della cessazione delle tre funzioni superiori (cardiaca, respiratoria e cerebrale)», così Corte Costituzionale, 27/07/1995, n. 414, cit..

del prelievo e non invece dalla condotta dell'imputato, poiché fino al momento dell'espianto la donna non poteva considerarsi morta²⁰.

Il GIP lamentava così: l'estensione analogica in *malam partem* del precetto penale, assolutamente vietata nel nostro ordinamento, quale corollario del principio di legalità²¹; l'irragionevole assoggettamento di fatti diversi alla medesima sanzione o l'applicazione di norme diverse allo stesso evento letale; la violazione del principio della personalità della responsabilità penale²², sostenendo che al soggetto fosse stato addebitato «un evento dipendente da fatto altrui»²³.

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»²⁴ perfettamente legittima, laddove la situazione concreta ed il disvalore della figura criminosa non risultino alterati²⁵. E la Corte

²⁰ Un caso analogo è quello di Andrew D. Lyons, verificatosi negli Stati Uniti nel 1974. L'avvocato difensore dell'uomo, accusato di omicidio, obiettò che la causa del decesso della vittima non era stato il colpo di pistola sparato alla testa dal suo assistito, ma l'asportazione del cuore operata in stato di morte cerebrale dal chirurgo Norman Shumway per effettuare il trapianto. Tale difesa non trovò accoglimento e il chirurgo infatti non venne incriminato (ne viene dato conto da AGAMBEN G., *Homo sacer*, cit., p. 182).

²¹ L'art. 25, comma 2, Costituzione prevede infatti che «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso» e l'art. 1 c.p. a sua volta stabilisce che «nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite».

²² L'art. 27, comma I, Costituzione prevede che: «La responsabilità penale è personale», prevedendo poi l'art. 40, comma 1, c.p. che «Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione».

²³ Corte Costituzionale, 27/07/1995, n. 414.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ E ciò poiché, in tali ipotesi, l'evolversi delle fonti di rinvio viene utilizzato mediante interpretazione logico-sistematica, assiologica ed in ossequio al principio dell'unità dell'ordinamento, non in via analogica, come invece sostenuto dal giudice rimettente. Argomenta infatti la Corte che in queste ipotesi «il rinvio, anche implicito, ad altre fonti o ad esterni contrassegni naturalistici non violi il principio di legalità della norma penale – ancorché si sia verificato mutamento di quelle fonti e di quei contrassegni rispetto al momento in cui la legge penale fu emanata – una volta che la reale situazione non si sia alterata sostanzialmente, essendo invece rimasto fermo lo stesso contenuto significativo dell'espressione usata per indicare gli estremi costitutivi delle fattispecie ed il disvalore della figura criminosa». In questi casi ci si trova cioè di fronte all'uso legislativo di elementi cosiddetti

infatti afferma che nel caso *de quo*, ancorché si sia verificato un mutamento di quegli elementi e di quelle fonti rispetto al momento dell'emanazione della legge, la situazione indicata col termine "morte" non sia mutata rispetto al 1930.

Dopo aver affermato l'infondatezza della questione, la Corte sposta l'indagine sulla scelta legislativa sottesa all'emanazione della L. 578/1993 acclarandone l'opportunità.

È proprio questa seconda parte delle argomentazioni a rivestire particolare interesse, perché evidenzia quali siano le posizioni della Consulta in ordine alla disciplina in tema di accertamento della morte, introdotta con la L. 578/1993.

In modo particolare, 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»²⁶.

La pronuncia continua quindi con la distinzione tra morte biologica e morte clinica, evidenziando che, mentre la prima costituisce «un dato finale ed

"concettuali" i quali devono essere il più possibile tassativizzanti, decrescendo la determinatezza della fattispecie via via che dagli elementi *rigidi* si passa a quelli *elastici* fino a scomparire con gli elementi *vaghi*. I primi sono quegli elementi che esprimono concetti con un unico confine e che perciò rendono possibile un giudizio sicuro circa l'appartenenza o meno di un'ipotesi concreta agli stessi, mentre i secondi esprimono concetti che presentano due confini comprendenti una zona grigia intermedia e che perciò ammettono un margine di possibili soluzioni opposte, infine, gli ultimi sono quegli elementi che malgrado lo sforzo interpretativo non consentono di individuare il parametro valutativo di riferimento o si riferiscono a parametri estremamente equivoci. Si veda in tal senso, MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova 2001, in particolare alle pp. 70-71. Relativamente all'ultima distinzione tracciata tra elementi concettuali "rigidi" ed "elastici" è appena il caso di far notare come un concetto che sino a qualche tempo fa non lasciava alcun dubbio in ordine alla sua connotazione, sia oggi così problematico da essere posto alla base di un giudizio di legittimità costituzionale del precetto penale che attorno ad esso si costruisce. Il concetto di *morte* sembra invero essere oggetto di una parabola discendente – in termini di chiarezza concettuale e di conseguente determinatezza della fattispecie – che da elemento rigido è divenuto nel tempo elastico ed attualmente, proprio alla luce delle argomentazioni che seguiranno, parrebbe considerarsi addirittura vago.

²⁶ Corte Costituzionale 27/07/1995, n. 414, cit.

obiettivo» che si caratterizza per la cessazione assoluta di vita di tutto l'organismo, la morte clinica «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»²⁷ in quanto «la cessazione della vita della persona umana è un fenomeno graduale»²⁸.

Quindi, le parole della Corte confermano l'esistenza di interessi contrapposti dei quali si rende necessario un bilanciamento e dei quali il legislatore deve tenere conto nelle proprie scelte²⁹; e volendo descrivere la struttura di tale conflitto, possiamo dire che esso è determinato dalla possibilità che un soggetto viva, solo se un altro gli dona i suoi organi, dopo la morte³⁰.

Secondo la Corte il contemperamento dei diversi interessi³¹ è stato effettuato correttamente.

Nella pronuncia ivi considerata si legge infatti che: «allo stato attuale della scienza e del prevalente pensiero, può dirsi che la legge n. 578 del 1993» è frutto di opzioni legislative «non irragionevoli» compiute «nel riflettere i progressi

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Ciò significa che, diversamente da quanto siamo portati a pensare, la morte non è un alcunché di istantaneo, ma al contrario essa è un processo graduale. Di tanto si è già dato conto nella prima parte del presente elaborato in cui si è tracciata la differenza tra morte clinica e morte biologica proprio allo scopo di mettere in luce questa natura "processuale" dell'accadimento morte. Senza tornare su quanto già approfondito, ci si limita qui a ricordare che dal punto di vista biologico dunque, ogni affermazione che pretenda di negare la gradualità del processo del morire è assolutamente infondata.

²⁹ 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.

³⁰ Va in realtà precisato che tale problema si pone, a rigore, per i soli organi vitali dispari ed in particolare per il cuore, che richiede un ingente apporto di ossigeno, pena l'impossibilità del suo utilizzo ai fini del trapianto. Altri organi infatti, quali ad esempio il rene, possono essere prelevati da soggetto vivente perché non impari, ovvero possono essere espianati dopoché il cuore ha cessato di battere, come avviene nel caso delle cornee.

³¹ Cfr. CELOTTO A., *Il bilanciamento tra diritto alla vita e trapiantabilità degli organi al vaglio della Corte Costituzionale*, in "Giurisprudenza italiana", 1996, I, pp. 28-30.

scientifici ed al fine di conseguire risultati di solidarietà sociale ed esigenze di fondamentale giustizia (rispetto della vita, unicità del concetto di decesso, certezza della irreversibilità di estinzione della persona), non si ponga in contrasto con norme e principi costituzionali»³².

La Corte evidenzia poi che il concetto di morte è unico e che, nonostante la pluralità dei metodi previsti per il suo accertamento, la nozione di morte vigente a tutti i fini è una sola, vale a dire quella accolta con la L. 578/1993.

Nella parte finale della pronuncia, tuttavia, l'unicità del concetto viene minata dalle parole stesse della Consulta, che fa riferimento all'estinzione irreversibile di ogni funzionalità del "tronco cerebrale": si tratta quindi di una vera e propria incongruenza rispetto alla scelta operata dal legislatore ed appena qualificata perfettamente legittima da parte della stessa Corte³³.

Viene quindi da domandarsi come sia possibile, per la Corte parlare di solo "tronco cerebrale" laddove l'art. 1, L. 578/1993 definisce la morte come "la cessazione irreversibile di *tutte* le funzioni dell'encefalo".

La nozione di morte fondata sulla sola perdita di funzionalità del tronco (accolta in Gran Bretagna) è parziale rispetto a quella accolta nel nostro ordinamento e dunque chiaramente differente da questa³⁴, in quanto incentrata

³² *Ibidem*.

Vi è un'ulteriore considerazione da fare che però, ancorché rilevante ai fini di dimostrare il pragmatismo genetico insito nella ridefinizione della morte in termini neurologici, può essere qui solo annotata. Si tratta della conferma, da parte della Consulta, del legame esistente tra definizione di morte, criteri per il suo accertamento e chirurgia sostitutiva. La Corte infatti nell'affermare la legittimità della scelta operata dal legislatore mette in luce proprio la capacità della nuova definizione di morte di contemperare la certezza sul suo accadimento con la possibilità di procedere all'espanto degli organi "a cuore battente" conseguendo così risultati di solidarietà sociale e di giustizia.

³³ Anche Paolo Becchi effettua tale rilievo e sottolinea che «nella sua sentenza la Corte attribuisce al nostro ordinamento una definizione di morte che, per la verità, non corrisponde a quella stabilita dal legislatore [...] optando per una definizione di morte neurologica che comunque totale non è: quella, per l'appunto, del tronco encefalico», si veda BECCHI P., *Morte cerebrale e trapianto di organi*, cit., p. 151.

³⁴ Anche il Comitato Nazionale di Bioetica aveva del resto manifestato il proprio dissenso verso una nozione di morte riferita al solo tronco, affermando come la stessa costituisse un "elemento di confusione" nel dibattito relativo alla morte cerebrale ed alla sua equiparazione con la morte dell'uomo. Nel documento del 1991 si legge infatti: «Un altro elemento di confusione è certamente l'identificazione proposta dagli Autori inglesi della morte cerebrale con la morte del tronco encefalo

sul ruolo determinante del tronco ai fini del mantenimento di «quella unitarietà organica che distingue la persona da un insieme di parti anatomiche»³⁵.

In conclusione, da un lato la Corte si impegna ad avvalorare la scelta compiuta dal nostro legislatore con la L. 578/1993, evidenziandone non solo l'opportunità, ma anche il merito di aver condotto ad unità il concetto di morte e di aver così superato quell'incoerenza sistemica dovuta alla duplicità dei criteri insita nella legge 644/1975³⁶. Dall'altro lato però, fa essa stessa riferimento ad un concetto di morte completamente diverso da quello vigente in Italia e non accolto nel nostro ordinamento proprio perché parziale e qualificabile più come una "prognosi" di morte che una sua "diagnosi".

Quanto visto costituisce la riprova di come il concetto di "morte cerebrale" sia in realtà un *endoxon* soltanto apparente. Attorno ad essa infatti si è formato sì – quantomeno inizialmente – un consenso generalizzato, ma tale consenso si rivela in realtà solo parziale e fallace poiché solo fittiziamente unanime.

Invero, il fatto che tale concetto venga revocato in dubbio – o ne vengano comunque minate le basi – proprio nel momento in cui ci si trova ad argomentare sulla sua validità, molto dice della vaghezza di cui esso è intriso.

dal momento che la cessazione irreversibile della funzione di questa struttura rende il resto del cervello per sempre non funzionante ed invariabilmente determina la morte somatica. Questa posizione comporta due equivoci di fondo: il primo deriva dal fatto che l'assenza della funzione del resto dell'encefalo non è intrinseca ma semplicemente occasionata dalla mancanza di input dal tronco (il che non significa che le strutture al di sopra del tronco abbiano per definizione perso la possibilità di funzionare se stimolate in altro modo); il secondo deriva dal fatto che non è giusto equiparare l'inevitabilità della morte con la morte stessa: la morte del tronco ha quindi requisiti prognostici ma non diagnostici di morte» (in tal senso COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Definizione e accertamento della morte nell'uomo*, cit. punto 2.2). Occorre precisare tuttavia che tale era l'impostazione del Comitato nel 1991, quando cioè redasse il primo documento relativo alla definizione di morte ed ai metodi per il suo accertamento. Come si è già anticipato però, anche l'atteggiamento del Comitato sembra allontanarsi dalla scelta del legislatore e sembra aprire un varco al concetto di morte neurologica formulato attorno alla distruzione del solo tronco (cfr. ora COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *I criteri di accertamento della morte*, cit. in particolare punto 5.5).

³⁵ Corte Costituzionale, 27/07/1995, n. 414, cit.

³⁶ A tale ultimo riguardo va infatti ricordato che, in vigenza della normativa appena richiamata, si distinguevano "due tipi di morte": l'uno valevole per il caso in cui il soggetto non fosse donatore – per il quale dunque si applicavano ancora i precedenti criteri cardiocircolatori – e l'altro valido per l'ipotesi contraria – in cui invece trovava applicazione il nuovo criterio neurologico.

Aldilà di siffatta considerazione, vale la pena di chiedersi se l'incongruenza della pronuncia *de qua* sia solo una "svista" della Consulta o se non sia piuttosto un primo tentativo di introdurre nell'ordinamento una definizione di morte diversa da quella "cerebrale totale" proprio alla luce dell'inattendibilità empirica di quest'ultima³⁷.

Le perplessità fin qui sollevate dimostrano come la questione della morte, del suo accertamento e, soprattutto, della sua definizione non sia di facile soluzione, anche perché essa non è completamente autonoma, ma è connessa al problema dei trapianti di organo *ex mortuo*, costituendone il presupposto primo di legittimità, perché se il soggetto non fosse realmente morto al momento dell'espianto, sarebbe proprio tale intervento ad ucciderlo.

3. *Le prime incongruenze della giurisprudenza di merito: la sentenza della Corte di Assise di Appello di Milano 24.04-21.06.2002, n. 23.*

Anche la giurisprudenza ordinaria ha affrontato la delicata questione della morte cerebrale in una tanto audace e, forse non altrettanto, discussa sentenza. Si ritiene utile anche qui esporre brevemente i fatti, ai fini di un più completo inquadramento della vicenda.

³⁷ In questo ultimo senso, si possono leggere ancora le parole di Paolo Becchi, il quale evidenzia come «anche ammesso (ma non concesso) possa funzionare questa strategia di giustificazione di un criterio comunque neurologico di morte (come è quello che fa riferimento al tronco encefalico), non si può non segnalare che nella letteratura scientifica è proprio quella nozione di morte – a cui fa esplicito riferimento la Corte – come "disgregazione di quell'unitarietà organica" che verrebbe a dipendere dalla perdita di funzionalità del tronco encefalico, ad essere messa in discussione» (così BECCHI P., *Morte cerebrale e trapianti di organo*, cit. pp. 151-152). Peraltro tali considerazioni, che *prima facie* potrebbero apparire solo come una provocazione dell'autore, acquistano grande fondatezza se rilette alla luce del nuovo documento pubblicato dal Comitato Nazionale di Bioetica nel 2010, in cui espressamente si dichiara accettabile la nozione di morte troncoencefalica. Vedi a tale riguardo *supra*, in nota.

Nel giugno 1998 viene ricoverata d'urgenza presso l'ospedale di Monza, una donna in un grave stato di piastrinopenia³⁸; dopo cinque giorni la paziente viene colpita da emorragia intracranica, con numerosi focolai emorragici a livello cerebrale, tali da determinare il coma della stessa. Viene quindi sottoposta ad intervento chirurgico con drenaggio degli ematomi, ma il quadro clinico – già estremamente grave – non migliora ed anzi degenera costringendo i medici ad intubare la paziente ed a sottoporla a ventilazione artificiale. Il marito viene quindi messo al corrente del disperato quadro clinico della donna e della pressoché totale impossibilità che la stessa ritorni ad una vita normale. Sennonché, il mattino seguente, l'uomo si presenta in ospedale chiedendo di poter vedere la moglie con il proposito di metterle al dito la fede nuziale, ma al rifiuto del medico di guardia estrae una pistola e, dopo avergliela puntata contro, si fa condurre al cospetto della moglie. Una volta davanti al corpo della consorte, stacca i tubi dell'apparecchio di ventilazione collegato al corpo della stessa e fa entrare il medico per il relativo accertamento di morte, a cui si procederà con elettrocardiogramma. Solo dopo essere stato rassicurato sull'avvenuto decesso della donna, depone l'arma e si consegna agli agenti di polizia.

L'imputato verrà condannato, in primo grado, a sei anni di reclusione per omicidio volontario premeditato ai danni del coniuge.

La Corte d'Assise d'Appello di Milano, con sentenza del 24.04 – 21.06.2002, n. 23, ha però riformato la pronuncia di condanna ed ha assolto il soggetto dall'imputazione di omicidio «perché il fatto non sussiste [...] per insufficienza della prova dell'esistenza in vita della persona che l'imputato avrebbe inteso sopprimere»³⁹. La Corte ha cioè ritenuto che non fosse stato dimostrato «oltre ogni

³⁸ La paziente era infatti risultata affetta da porpora trombocitopenica idiopatica (o morbo di Werlhof), vale a dire quella malattia autoimmune che si caratterizza appunto da piastrinopenia dovuta alla distruzione periferica delle piastrine, da parte dell'organismo stesso, vedi AA.VV., *Dizionario medico*, Milano 2006.

³⁹ Corte Ass. App. Milano, sez I, 24.4-21.6.2002, n. 23, in www.dejure.it.

ragionevole dubbio» che la signora fosse ancora viva al momento dell'estubazione da parte del marito.

Oltre a soffermarsi su quanto ritenuto rilevante ai fini della presente indagine, vale a dire l'utilizzo che l'organo giudicante ha fatto del – già di per sé discusso – concetto di morte cerebrale, appare utile dare conto delle premesse da cui è partita la Corte, nonché dell'iter logico-argomentativo dalla stessa seguito. Siamo infatti persuasi (e concordi sul punto con taluna dottrina⁴⁰) che ciò denoti come una certa «difficoltà di equilibrio» pervada l'intera sentenza.

Innanzitutto, la Corte innesta la propria pronuncia sulla premessa dell'incondizionata intangibilità della vita umana, di cui dichiara di aver espressamente tenuto conto, conformemente alle norme dell'ordinamento vigente. A tale primo riguardo, si deve evidenziare che una premessa siffatta, accolta come assunto e non correttamente problematizzata, denota già una prima «carezza» della pronuncia ivi considerata⁴¹. Non si possono infatti tacere le profonde divergenze formatesi su tale principio e sicuramente legate alla concezione antropologica fortemente razionalistica e volontaristica caratterizzante il pensiero contemporaneo, quale precitato di quello moderno.

Invero, nonostante il “principio di intangibilità della vita umana” potrebbe apparire *prima facie* assolutamente incontestato, occorre verificare se sia veramente

Tale formula assolutoria si spiega tenuto conto del fatto che, essendo lo scopo dell'incriminazione la tutela della vita umana, si esige senza dubbio che la condotta omicidiaria cada su una persona viva, poiché in caso contrario si avrebbe un'ipotesi di inesistenza dell'oggetto dell'azione (art. 49, II comma, c.p.). A tale riguardo è interessante notare come si esprimeva eminente dottrina nel 1992, vale a dire un anno prima dell'entrata in vigore della L. 578/1993: «La vita umana finisce con la morte. Finché non si verifica questo evento, sino a tanto cioè che l'individuo non esala l'ultimo respiro, la vita è tutelata. Risponde perciò di omicidio colui che uccide un condannato alla pena capitale pochi istanti prima che abbia luogo l'esecuzione, oppure una persona affetta da malattia inguaribile che è prossima a morire» (ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale, I*, Milano 1992). Del brano riportato due elementi ci paiono degni di nota: da un lato il riferimento all'idea “classica” della morte ancora legata all'esalazione dell'ultimo respiro; dall'altro lato l'accostamento tra il condannato alla pena capitale ed il malato morente che, soprattutto nel caso di specie, risulta alquanto appropriata.

⁴⁰ In questo senso, 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..

⁴¹ *Ibidem*.

così o se invece, laddove approfonditamente scandagliato nei suoi corollari, esso non risulti di fatto svuotato del proprio significato originario⁴².

Posta tale premessa, la Corte procede poi con l'analisi degli elementi condotti alla sua valutazione relativi all'accertamento primario del nesso di causalità tra la condotta del reo e l'evento. A tal fine il collegio accoglie, seguendo così la scienza giuridica penalistica dominante, l'impostazione condizionalistica⁴³ affermando, quanto alla sussistenza del nesso di causalità, che sebbene la condotta apparisse astrattamente idonea a cagionare l'evento (in quanto il distacco del tubo per la respirazione in una paziente con insufficienza respiratoria può sicuramente determinarne la morte cardiocircolatoria su base ipossica), nel caso di specie le andasse negata concreta attitudine causale. Infatti, dopo aver precisato che quest'ultima può considerarsi causa dell'evento solo quando, senza di essa, l'evento non si sarebbe verificato⁴⁴, la Corte afferma che nel caso *de quo* la morte della donna non possa essere attribuita alla condotta dell'imputato, non essendo

⁴² Si veda a tale riguardo MORO P., *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Torino 2004, in cui l'Autore, dopo aver analizzato il problema giuridico relativo alla presenza dei diritti indisponibili nell'ordinamento vigente, compie un'indagine critica sul fondamento teorico di alcune categorie concettuali, quali la libertà e la volontà, che sono poste a fondamento di una concezione razionalistica e volutaristica (tipicamente moderna) dell'indisponibilità, dimostrando come ciò determini quello che l'Autore stesso definisce «il disagio ermeneutico della dottrina e della giurisprudenza contemporanee».

⁴³ Tale teoria, detta anche "della equivalenza delle cause", postula che sia da considerare causa penalmente rilevante «la condotta umana attiva od omissiva, che si pone come condizione "necessaria" – cosiddetta *condicio sine qua non* – nella catena degli antecedenti che hanno condotto a produrre il risultato, senza la quale l'evento da cui dipende l'esistenza del reato non si sarebbe verificato. La verifica della causalità postula il ricorso al "giudizio controfattuale" articolato sul condizionale congiuntivo "se... allora" (nella forma di un periodo ipotetico di irrealtà, in cui il fatto enunciato nella protasi è contrario ad un fatto conosciuto come vero) e costruito secondo la tradizionale "doppia formula" nel senso che; a) la condotta umana "è" condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente dal novero dei fatti realmente accaduti, l'evento non si sarebbe verificato; b) la condotta umana "non è" condizione necessaria dell'evento se, eliminata mentalmente mediante il medesimo procedimento, l'evento si sarebbe ugualmente verificato», in tal senso Cass. Pen., SS. UU., 11/09/2002, n. 30328 (c.d. sentenza Franzese) in www.dejure.it, nonché in dottrina MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova 2001 e RIZ R., *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, Padova 2002).

⁴⁴ L'art. 40 c.p. stabilisce infatti: «1. Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. 2. Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo».

stato provato che ella non fosse già morta per causa indipendente dalla condotta del reo (ovvero, non essendo stato provato oltre ogni ragionevole dubbio che la donna fosse in vita⁴⁵).

L'attenzione del Collegio si sposta dunque dalla valutazione astratta della condotta, al problema dell'esistenza in vita della vittima, in quanto elemento essenziale ai fini del reato di omicidio⁴⁶ ed è su queste argomentazioni che occorre soffermarsi poiché il giudicante, nel fornire una ricostruzione del fatto alla luce della vigente normativa in tema di "definizione e accertamento della morte", si discosta fortemente dallo *ius positum*.

Quindi, la vicenda può essere così riassunta: l'art. 2, comma 5, L. 578/1993 (e relativo decreto di attuazione) stabilisce che, per i soggetti affetti da lesioni encefaliche e sottoposti a misure rianimatorie, la morte deve essere accertata da apposito collegio medico, il quale procede alla dichiarazione unanime di avvenuto decesso solo al termine del periodo di osservazione e solo dopo che siano stati effettuati tutti gli esami *ad hoc*; il verbale redatto dal collegio medico in parola non esiste, perché il marito è intervenuto staccando i tubi del respiratore prima che la commissione si riunisse a tal fine; manca quindi una qualsivoglia dichiarazione di morte.

Ma allora, alla luce delle vigenti disposizioni di legge, la Corte avrebbe dovuto concludere che la paziente era ancora viva al momento dell'estubazione, ancorché sottoposta al sostegno vitale artificiale (respirazione meccanica), considerato il fatto che le procedure per l'accertamento della morte non erano state neppure avviate (art. 3, L. 578/1993).

E invece l'organo giudicante, tenuto conto delle risultanze dibattimentali, ha concluso nel senso opposto: ha cioè affermato che la donna dovesse

⁴⁵ Corte Ass. App. Milano, n. 23/2002 cit.

⁴⁶ COCCO G., AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, Padova 2007.

considerarsi già morta perché non era stato provato, oltre ogni ragionevole dubbio, il contrario.

Bisogna a questo punto domandarsi quale “*mors*” viva nel nostro ordinamento, vale a dire se sia da considerare valida a tutti gli effetti la definizione introdotta con la legge 578/1993: quest’ultima detta un’unica definizione di morte, stabilendo altresì specifiche modalità per il suo accertamento⁴⁷.

La Corte ha tuttavia ritenuto che, considerato il quadro clinico della paziente caratterizzato oltretutto da insufficienza respiratoria, anche dalla presenza di patologie da sole in grado di determinare la morte repentina, fosse del tutto probabile – anzi ha parlato di “certezza in termini scientifici” – che la signora fosse morta ben prima dell’estubazione ad opera del marito, ancorché mancasse una dichiarazione in tal senso⁴⁸.

⁴⁷ Per quanto attiene l’accertamento del decesso, gli articoli 1 e 2 del D.M. 11.04.2008 (che ha aggiornato il precedente D.M. 582/1994) impongono metodi differenziati, a seconda che ci si trovi di fronte a: a) un caso di morte per arresto cardiaco; b) un presunto caso di morte cerebrale. In particolare, quest’ultima si presume quando vengano riscontrate nel paziente una serie di condizioni, che il legislatore ha predisposto in modo rigoroso, stabilendo inoltre che, al loro ricorrere, la Direzione sanitaria debba convocare prontamente il collegio medico di cui all’art. 2, comma 5, L. 578/1993, che procederà all’accertamento. Le condizioni in parola sono: 1) assenza dello stato di vigilanza e di coscienza, dei riflessi del tronco encefalico e del respiro spontaneo; 2) l’assenza di attività elettrica cerebrale; 3) infine, per i bambini di età inferiore ad un anno e per alcune particolari categorie di soggetti, si richiede anche la verifica dell’assenza di flusso ematico cerebrale. Nella ipotesi sub a) prevede l’art. 1, D.M. 11.04.2008, che il decesso venga accertato con il rilievo grafico continuo dell’elettrocardiogramma protratto per non meno di venti minuti primi e registrato su supporto cartaceo o digitale; nell’ipotesi sub b) l’art. 3 del decreto medesimo impone invece tutta una serie di esami più approfonditi, protratti peraltro per un periodo di osservazione più lungo, di almeno sei ore. In particolare si richiede che venga riscontrata, durante tutto il periodo di osservazione, la contemporanea presenza delle seguenti condizioni: 1) assenza dello stato di vigilanza e di coscienza; 2) assenza di qualsiasi riflesso troncoencefalico (quali ad esempio quello corneale, fotomotore, oculovestibolare o faringeo) e di respirazione; 3) silenzio elettrico cerebrale documentato da elettroencefalogramma per una durata continuativa di 30 minuti; 4) assenza di flusso cerebrale nei bambini di età inferiore ad un anno e in alcune situazioni particolari. Per quanto infine attiene alla dichiarazione formale (certificazione) di avvenuta morte - cerebrale - è importante sottolineare, che essa avviene al termine del periodo di osservazione, ma la morte si fa risalire al momento iniziale di tale periodo.

⁴⁸ A riprova di ciò ha addotto la testimonianza di alcuni medici, i quali hanno tutti affermato di non poter escludere che la morte cerebrale fosse già sopravvenuta, ma nessuno di loro lo ha nemmeno affermato con la certezza che si richiede in questi casi.

A suffragare la propria conclusione, la Corte ha dunque affermato che «l'accertamento con valore giuridico, della morte effettuato dalla commissione ospedaliera ha un'efficacia dichiarativa ed è certo essenziale ai fini dell'espianto di organi, come momento essenziale per poter procedere allo stesso. Ma è di tutta evidenza che non può avere un'efficacia costitutiva della morte stessa, perché rappresenterebbe una sovrapposizione o addirittura una sostituzione al fatto naturalistico della vita, lasciato alla discrezionalità di un organo tecnico»⁴⁹. Se l'argomentazione della Corte, da un punto di vista logico-formale può dirsi quantomeno coerente, tuttavia così facendo essa decreta l'assoluta irrilevanza del dato normativo poiché ritiene un *quid pluris* ciò che il legislatore ha qualificato come indispensabile al fine di dichiarare estinto il soggetto (vale a dire l'accertamento della morte ex L. 578/1993 e relativo D.M. 582/1994 s.m.i.).

Ci si domanda inoltre, se in una situazione di dubbio, non sarebbe più opportuno propendere per la vita, secondo il brocardo *in dubio pro vita*, ancor più alla luce del fatto che la Corte stessa aveva posto tra le sue premesse argomentative quella per cui «anche l'anticipazione di un solo momento dell'evento morte, per il nostro ordinamento equivale ad omicidio; quindi anche in presenza di una prognosi negativa *quoad vitam*, accorciare il residuo di vita che rimane ad ogni individuo, assolutamente non conoscibile *ex ante*, per il diritto oggi vigente in Italia, costituisce omicidio»⁵⁰.

Superando i vincoli posti dal legislatore si è così rischiato di creare (o forse sarebbe più corretto dire che si è creato) un precedente a tutti quegli *hard cases*, in

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Corte Ass. App. Milano, n. 23/2002, cit.. Anche il Comitato Nazionale per la Bioetica si era espresso nel senso di cercare la certezza assoluta in ordine alla avvenuta morte, affermando che «nessuno spazio deve essere lasciato alla possibilità di falsi negativi ed ovviamente il medico deve essere assolutamente certo che nessun paziente vivo possa essere erroneamente giudicato morto» (si veda COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Definizione e accertamento della morte nell'uomo*, cit., p. 17).

cui il confine tra la vita e la morte è davvero labile ed impercettibile, e di aprire così le porte alla liceità di condotte più o meno eutanasiche.

Tale superamento del dettato normativo non è tuttavia avulso da ulteriori considerazioni – da parte della Corte – sul “fenomeno morte” e sul suo accertamento, che ivi non possono essere taciute. Queste infatti, non solo confermano quella “carezza di equilibrio” della pronuncia *de qua*, cui si è sopra accennato, ma mettono in luce altresì la natura utilitaristica della riformulazione della morte in termini neurologici, che il legislatore del 1993 aveva tentato di occultare.

A tale riguardo, infatti, la Corte ha aggiunto: «L’avvento e lo sviluppo della chirurgia dei trapianti (L. 2/12/1975, n. 644) ha fornito una forte motivazione per la diagnosi di morte cerebrale, ritenuta come la più appropriata, rispetto all’arresto dell’attività cardiorespiratoria, per la finalità del prelievo di organi da cadavere. Secondo la normativa vigente, dettata dalla legge 29/12/1993, n. 578 e dal D.M. 582 del 22/8/1994, la dichiarazione di morte, con la conseguenza di interrompere legittimamente l’erogazione di prestazioni sanitarie, si può fare a seguito di una accertata morte cerebrale. Per morte cerebrale si intende la morte del paziente diagnosticata anziché utilizzando criteri cardiologici, criteri cerebrali, in virtù della loro maggiore sensibilità, che permette di anticipare la diagnosi di morte ad una fase in cui il processo di morte pur coinvolgendo il paziente in quanto organismo, non ha ancora pienamente ed irreversibilmente coinvolto i singoli organi. [...] L’irreversibilità del processo di morte per il paziente ospedalizzato deve essere testimoniata da una specifica Commissione che valuta il paziente stesso per un periodo di osservazione stabilito dalla legge in cui, per tre volte almeno, si effettuano i prescritti rilievi con gli appositi strumenti, anche perché il paziente, durante quel periodo, rappresenta anche un bene per la società, che va tutelato e mantenuto in condizioni di perfusione ottimale, al fine di garantire, anche *post mortem* migliori condizioni possibili degli organi prelevatigli.

Ovviamente, date le condizioni della signora [...] il problema della donazione di organi per lei non si sarebbe mai posto»⁵¹.

Da questo passo della sentenza, si può partire per sollevare un duplice ordine di rilievi: da un lato, la Corte riporta l'attenzione su una questione che tanto difficilmente il legislatore, con la legge n. 578/1993 e relativo decreto di attuazione, D.M. 582/1994 (ora sostituito dal D.M. 11/4/2008) aveva cercato di risolvere, vale a dire quella dell'asservimento della morte cerebrale alla trapiantologia; dall'altro lato, insinua l'idea che l'iter imposto dalla legge, per l'accertamento della morte, debba essere seguito solo ove il paziente comatoso sia un donatore, facendo quasi apparire come superflua la prassi prevista dal legislatore per l'accertamento della morte, laddove non vi sia la necessità di conservare gli organi del soggetto per la donazione.

Ciò connota di forte utilitarismo il concetto di morte cerebrale, facendolo apparire, non già come il solo possibile, perché l'unico in grado di identificare la morte dell'individuo, bensì come lo strumento migliore per favorire la chirurgia sostitutiva fondando così le critiche formulate in tal senso da parte della dottrina, sia medico-scientifica che giusfilosofica⁵².

Ed è proprio a questo riguardo che si è parlato sopra di una "difficoltà di equilibrio" che pervaderebbe la sentenza commentata.

Sembra cioè che il giudicante abbia scelto la via dell'assoluzione «perché il fatto non sussiste» per non affrontare il problema della natura eutanasi della condotta dell'imputato, ma che al contempo, per fare ciò, sia stato costretto a

⁵¹ Corte Ass. App. Milano, n. 23/2002, cit.

⁵² Si vedano in tal senso anche le osservazioni di BECCHI P., *Morte cerebrale e trapianto di organi*, cit. in particolare pp. 155-158. Anche la dottrina sopra richiamata (vedi DI LUCA N.M., FRATI P., MONTANARI VERGALLO G., *Eutanasia e dignità della vita umana*, cit.) evidenzia la complessità di tali argomentazioni, legata ad un duplice ordine di considerazioni: innanzitutto ancora molto forti sono le critiche e le perplessità che circondano la definizione di morte cerebrale (soprattutto formulata in termini di *whole brain death*), al punto che da più parti si auspica un ritorno al concetto di morte cardiaca da reputarsi quantomeno più facilmente accertabile e non strumentale all'eventuale espianto; in secondo luogo, esse possono essere fonte di ulteriori complicanze se valutate alla luce di situazioni-limite sempre più diffuse, quale quella dei soggetti in stato vegetativo permanente.

“rivelare” la *ratio* sottesa alla scelta del legislatore del 1993, affermando la natura (meramente) funzionale della morte cerebrale alla trapiantologia.

Il caso affrontato dalla Corte d’Assise d’Appello di Milano è stato dunque ivi considerato per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo perché costituisce la prima (ma forse si potrebbe anche dire la sola) pronuncia di merito ad aver affrontato espressamente la questione della “nuova” definizione legale di morte ed in secondo luogo perché si innesta in quel filone giurisprudenziale, di cui si darà conto nelle pagine che seguono, incentrato sulla sempre crescente «difficoltà di pervenire ad una definizione rigorosa di morte»⁵³.

4. La via della recente giurisprudenza: prime note.

Quanto sopra visto ci permette già di trarre alcune preliminari conclusioni nel senso tracciato in apertura di capitolo: le difficoltà argomentative cui sono incorse sia la giurisprudenza di legittimità che la prima giurisprudenza di merito dimostrano quante e quali difficoltà siano connesse al concetto di morte formulato in termini neurologici.

Siamo consci del fatto che tali nostre osservazioni non valgano ad aggiungere nulla di nuovo alla eminente dottrina, sia giuridica che filosofica, che si è spesa sul tema ben prima di noi, tuttavia esse fanno da substrato agli argomenti che seguiranno. Siamo invero persuasi che “l’aver spostato l’attenzione” sull’aspetto cerebrale (ma forse sarebbe a tutt’oggi più corretto parlare di “aspetto mentale” dell’individuo) ai fini della definizione di morte abbia fatto strada ad un integrale ripensamento – in termini assolutamente riduzionistici e materialistici – non solo di questa realtà, ma soprattutto di colui che ne è il protagonista, vale a dire il soggetto.

⁵³ DI LUCA N.M., FRATI P., MONTANARI VERGALLO G., *Eutanasia e dignità della vita umana*, cit..

In altri termini, l'aver individuato il confine tra la vita e la morte dell'individuo, ed ancor più aver distinto quest'ultimo dalla persona, confinata a sua volta in una ben precisa regione del corpo (vale a dire il cervello) segna la denigrazione di quest'ultimo a mero oggetto, ad aggregato di parti utilizzabili dalla *persona* secondo la propria volontà.

Si è concluso il paragrafo precedente evidenziando come la giurisprudenza abbia intrapreso una via alquanto erta, caratterizzata dalla difficoltà di pervenire ad una "definizione rigorosa di morte".

Occorre tuttavia domandarsi a tale riguardo se ve ne sia davvero la necessità, se cioè alla luce della L. 578/1993 secondo cui «la morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo» si sia davvero chiamati a ripensare una tale definizione ed in che termini ciò debba (semmai) avvenire.

Del resto, si potrebbe argomentare con eminente dottrina che a denegare una tale eventualità non basterebbe certo appellarsi alla presenza di tale definizione all'interno dell'ordinamento dal momento che, anche volendo riconoscere il carattere vincolante delle definizioni legislative, ciò comunque non significa «legare le mani all'interprete» di talché egli resta ad esse legato «nella stessa misura in cui lo vincola una qualsiasi altra disposizione legislativa: anche le definizioni (...) sono soggette all'interpretazione, ed anche per loro, quindi, si ripropone immutata la questione dei poteri dell'interprete»⁵⁴.

Tuttavia, laddove si risponda affermativamente al quesito sopra posto, appare allora indispensabile individuare non solo la scaturigine di una siffatta necessità, ma anche e soprattutto alla luce di quali principi si possa dirsi legittimati a procedere in un tale percorso ermeneutico, per chiarire altresì in quale direzione (ed in quali sedi) lo stesso debba compiersi.

⁵⁴ Così Hans Jonas, in NANNINI U.G., *Valori della persona e definizione legale di morte*, cit., p. 96.

Questo è indispensabile se si vogliono mantenere salde le basi su cui poggia l'intero ordinamento giuridico e soprattutto se si vuole preservare colui che ne costituisce, prima ancora che il fulcro, la stessa la ragion d'essere: il soggetto umano⁵⁵.

E tale argomento acquista maggior forza, ove si consideri che l'opzione legislativa afferisce a questioni, la cui soluzione comporta necessariamente l'adozione di premesse di ordine filosofico⁵⁶.

Quanto alla questione posta, *id est* quella relativa all'opportunità di ripensare la definizione di morte, appare evidente come negli anni più recenti, quest'ultima abbia investito il dibattito biogiuridico, sia per quanto concerne la

⁵⁵ Sui modelli che si possono prospettare in riferimento al rapporto tra soggetto ed ordinamento giuridico si veda su tutti COTTA S., *Soggetto umano. Soggetto giuridico*, Milano 1997. Ivi l'Autore, dopo aver dato conto della bivalenza semantica del fonema soggetto – che in una prima accezione indica l'uomo come “soggetto a” e quindi nel senso passivo di “assoggettato”, mentre in una seconda accezione indica l'uomo come “soggetto di” e quindi nel senso attivo di “autore” – mostra come la stessa sia riproducibile sul piano giuridico ed in particolare come possa essere riconducibile a due diversi modelli giuridici in cui la posizione ordinamentale del soggetto è opposta. Nel primo, di matrice kelseniana, il soggetto non è una realtà naturale, ma una costruzione giuridica creata dalla scienza giuridica. Quello di “soggetto giuridico” è dunque un concetto astratto, la cui determinazione contenutistica varia da un ordinamento all'altro indipendentemente dalla consistenza antropologica comune ad ogni individuo umano. In questo modello, il soggetto è concepito nella sua accezione passiva di “assoggettato al” diritto positivo, ordinamentale: la persona fisica resta dunque determinata dalle disposizioni dell'ordinamento. Nel secondo modello, invece, si dà la primazia dell'individuo quale presupposto dell'ordinamento giuridico e quindi il soggetto è concepito nella sua accezione attiva, quale “soggetto di” diritti. In tale prospettiva, l'ordinamento si pone in funzione della tutela di tali diritti. «Nel primo modello, il diritto (l'ordinamento) determina il soggetto nella sua struttura; nel secondo invece ne è la proiezione sovrastrutturale» (ivi, p. 19).

⁵⁶ In questo senso si veda NANNINI U.G., *Valori della persona e definizione legale di morte*, cit., in particolare p. 96. Continua infatti l'Autore affermando che, stante la natura filosofica e religiosa delle premesse sottese alla questione considerata (quella cioè del concetto di morte) e proprio in ragione di tali profonde implicazioni, la questione medesima potrebbe ritenersi sottratta alle competenze del legislatore. A tale riguardo va messo in luce che molte delle critiche mosse alla riformulazione per via legislativa della morte, si sono spiegate proprio in questo senso. Si intende qui richiamarsi a tutte quelle “voci” che hanno evidenziato come sia stata “quantomeno inopportuna” l'opzione del legislatore italiano di definire normativamente la morte, laddove sarebbe stato invece più “corretto” limitarsi ad individuare i criteri per il suo accertamento, come di fatto era stato fino all'entrata in vigore della L. 578/1993. In questo stesso senso si possono leggere le parole del filosofo Michael Potts il quale afferma che «le questioni ai confini della vita sono inevitabilmente interdisciplinari, il che significa che comprendono non soltanto temi scientifici, ma anche filosofici e teologici» e che proprio «la distinzione tradizionale tra definizione, criteri ed esami per dichiarare la morte rivela la natura interdisciplinare della questione della determinazione di morte» (POTTS. M., *L'inizio e la fine della vita: verso la coerenza filosofica*, in DE MATTEI R., *Finis vitae*, cit., pp. 210-211).

validità della morte cerebrale totale (siccome accolta dal nostro legislatore), sia per quanto riguarda le soluzioni da adottare nei cosiddetti casi-limite e sia infine per quanto riguarda l'eventualità di legittimare all'interno dell'ordinamento la cosiddetta "morte dolce"⁵⁷.

Gli interrogativi che si pongono di fronte ad una serie di *hard cases* spesso conducono a revocare in dubbio ciò che si è a lungo cercato, ed infine individuato, come principio universale: in questo caso l'intangibilità ed indisponibilità del bene vita. Tuttavia, il fatto che in tali ipotesi marginali sia difficile individuare una soluzione certa al problema particolare, non significa che quel principio universale non sia più valido proprio perché, essendo universale e trascendente dunque i dati dell'esperienza, esso non sempre può tradursi in uno schema di comportamento univoco⁵⁸.

Come si cercherà di dimostrare, le sentenze che di seguito verranno considerate, sono tutte legate da uno stesso filo conduttore, vale a dire l'importanza che la coscienza e la volizione assumono ai fini di connotare non solo

⁵⁷ Quest'ultimo aspetto verrà considerato ai fini strettamente necessari all'argomentazione oggetto del presente scritto. Si è invero persuasi che la concezione antropologica sottesa alle più recenti sentenze qui considerate, possa ben presto condurre anche all'ulteriore approdo di legittimare, seppur solo per via giurisprudenziale, condotte più o meno eutanasiche. La complessità della questione dell'eutanasia, tuttavia, che ha investito gli studi di ben più eminente dottrina, richiederebbe un maggiore approfondimento che però esulerebbe dal tema dell'elaborato. Sul possibile parallelismo tra la problematica qui considerata e l'eutanasia cfr. BECCHI P., *I segni della morte e la questione dei trapianti*, cit.. La produzione sull'argomento è vastissima, si vedano tra gli altri, RACHELS J., *La fine della vita. La moralità dell'eutanasia*, Milano 1989; AA.VV., *Eutanasia: opinioni a confronto*, Napoli 2000; NERI D., *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità delle persone*, Bari 1995; ma anche MAFFETTONE S., *Il valore della vita. Un'interpretazione filosofica pluralista*, Milano 1998, nonché alla voce "Eutanasia" D'AGOSTINO F., PALAZZANI L., *Bioetica. Nozioni fondamentali*, Brescia 2007, pp. 126-131. Si vedano altresì le considerazioni del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Questioni bioetiche relative alla fine della vita umana*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma 1995,

⁵⁸ L'argomento ivi riportato è stato mutuato dalle osservazioni magistralmente svolte da Francesco Cavalla relativamente al problema dell'eutanasia (CAVALLA F., *Diritto alla vita, diritto sulla vita. Alle origini delle discussioni sull'eutanasia*, in ZANUSO F. (a cura di), *Il filo delle Parche*, cit., in particolare pp. 83-84). Tale richiamo, che potrebbe *prima facie* apparire fuori luogo stante la (ancorché non radicale) diversità del tema trattato nel presente scritto rispetto a quello affrontato dal Filosofo, ad una più attenta analisi risulta in realtà pertinente proprio perché è anche tenendo conto di quel principio che si sono spiegate queste pagine.

la vita del soggetto, ma addirittura la persona stessa con la conseguenza che quando tali “funzioni” vengono meno, anche la persona sembra venire meno.

Ma il venire meno della persona che cos'è, se non la morte della stessa? E ancora, soprattutto, la morte della persona coincide con la morte dell'individuo?

Invero, è proprio volutamente che si è parlato di morte della *persona* per fare riferimento a quel filone (di pensiero, prima, e poi anche) giurisprudenziale che è venuto sviluppandosi e che andremo considerando, per cui la *persona* andrebbe distinta dall'individuo⁵⁹, in quanto costituirebbe un alcunché di radicalmente diverso e separabile da questo, nonché ad esso gerarchicamente superiore.

Secondo tale impostazione, è solo alla prima – scissa dal secondo – che occorrerebbe fare riferimento quando si tratta di individuare il titolare dei diritti nonché, per quanto qui rileva, di tracciare il confine tra vita e morte.

Invero, l'aver individuato tale confine nella distruzione encefalica sembra relegare all'interno della scatola cranica tutto quanto di rilevante vi è nell'essere umano, denigrando così il corpo a mero feticcio e la corporeità a mero assemblaggio di parti ed elementi componibili e scomponibili che rivestono un ruolo nella vita “personale” fintantoché il soggetto può o vuole disporne⁶⁰.

Senonché, a ben vedere, tale atteggiamento (che separa la sfera corporea da quella cerebro-mentale) non fa altro che riproporre, radicalizzandolo

⁵⁹ L'aporia in cui incappano tali prospettive è evidente, nel momento in cui esse pretendono di rinvenire la differenza tra individuo e persona fondandola sul dato empirico. Esse dimenticano cioè che il “procedere scientifico” si svolge in base ad una scelta prioritaria, cioè ad una ipotesi epistemologica acriticamente prefissata, ivi proprio il concetto di vita e il suo speculare di morte. Non si può dunque chiedere solo alla scienza (per quanto il suo contributo debba considerarsi sicuramente necessario) di indicare il *discrimen* tra queste due realtà, laddove la scoperta scientifica sarà inevitabilmente condizionata dalla scelta posta alla base della dimostrazione (così ZANUSO F., *Neminem laedere*, cit., ma nello stesso senso anche PALAZZANI L., *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, cit.).

⁶⁰ Per uno studio approfondito, MORO P., *I diritti indisponibili*, cit..

ulteriormente e “materializzandolo”, l’antico dualismo cartesiano anima-corpo in termini di cervello-corpo⁶¹.

Il fondamento di tale concezione antropologica, come si è detto sopra, poggia sulla convinzione che solo nel primo (il cervello) risieda la persona e che rispetto ad esso dunque il corpo sia subordinato ed asservito in un rapporto strumentale parificabile a quello che il soggetto intrattiene con le altre cose di sua proprietà⁶².

E, in una tale radicalizzazione dell’antica dicotomia cartesiana in un “nuovo” dualismo cervello-corpo, non si possono non scorgere i tratti salienti del pensiero postmoderno. L’impostazione richiamata sottende, evidentemente, una concezione antropologica che – superando l’antico dualismo tra spirito e materia, *res cogitans* e *res extensa* – si materializza e si parcellizza ulteriormente relegando la persona in un’area ben delimitata del corpo (il cervello, ma in modo precipuo la sua parte superiore) e sconfinando così nel più assoluto riduzionismo⁶³, tipico dell’epoca contemporanea.

Il sapere postmoderno infatti è pervaso dall’idea che siano possibili solo la frammentazione e la scomposizione della realtà fisica, in qualunque sua manifestazione, e che solo un tale approccio “scientifico”⁶⁴ possa garantire

⁶¹ Così anche SHEWMON D.A., *Disconnessione tra encefalo e corpo: implicazioni per il fondamento teorico della morte cerebrale*, in DE MATTEI R. (a cura di), *Finis Vitae*, cit., e SOMMAGGIO P., *La finzione del dono putativo*, in D’AGOSTINO F. (a cura di), *Corpo esibito, corpo violato, corpo venduto, corpo donato*, cit..

⁶² A proposito della concezione dominicale dei diritti indisponibili (tra cui primo fra tutti il diritto alla/sulla vita) che l’uomo contemporaneo ha ereditato dall’uomo moderno, in esito al pensiero giusnaturalista si è già detto (vedi *supra* n. 2).

⁶³ Ulteriore estrinsecazione di questo atteggiamento, che parimente sottende una impostazione riduzionistica, si rinviene in quelle teorie che cercano di descrivere il soggetto attraverso il suo genoma e di ridurre così la complessità del comportamento umano a schemi pre-determinati partendo dalle informazioni presenti nel patrimonio genetico di ciascuno: si parla a tale riguardo di “determinismo (neuro)genetico”, cfr. sul punto SOMMAGGIO P., *La consulenza (Gen)etica. Nuovi miti. Nuovi oracoli. Libertà della persona*, Milano 2010.

⁶⁴ Fenomeno che infatti Ferrando Mantovani definisce “scientismo miope”, poiché affetto dalla limitata capacità di prevedere e controllare al più i “microeffetti delle microcause” e non i macroeffetti delle macrocause i quali sono proprio il risultato dell’insieme dei primi, imputabili al quotidiano sviluppo tecnoscientifico (così ID., *La proclamazione dei diritti umani e la non effettività dei diritti umani (accanimento contro la vita o cultura della vita?)*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”, 2008, I, p. 40 ss.). Una critica allo scientismo contemporaneo, con l’esposizione dei suoi tratti

all'uomo la conoscenza necessaria ed al contempo sufficiente per affrontare il bisogno contingente. Vi è cioè la rinuncia a cercare delle verità transituazionali nella convinzione che non ve ne siano e che dunque sia inutile interrogarsi sulla esistenza di un "alcunché" di comune, di un "assoluto", vale a dire in altri termini di un "criterio forte" alla luce del quale vagliare anche le risposte e le opzioni di volta in volta individuate. Rinunciando cioè alla ricerca della verità per se stessa, in una sorta di "indifferenza verso ogni verità universale"⁶⁵ l'uomo postmoderno si accontenta di rinvenire la "certezza soggettiva" con lo scopo dell'utilità pratica⁶⁶.

Operatività ed autoreferenzialità sono quindi i tratti caratteristici dell'atteggiamento contemporaneo, che si riverberano ovviamente anche sul concetto di uomo ed ancor più su quello di persona.

E, l'intento operativo di cui siffatta impostazione è permeata è evidentemente quello «di fornire al medico, allo scienziato, all'operatore o a chiunque si trovi ad affrontare una situazione esistenziale critica e conflittuale, (quindi anche al giudice: n.d.r.) un criterio utile ed agevole da applicare al caso concreto per risolvere i dilemmi»⁶⁷. Ed è pertanto con un fine siffatto che si

problematici si trova anche in SPAEMANN R., *Ars longa, vita brevis*, in "Acta Philosophica", 2004, XII/2, pp. 249-264. Ivi l'A. espone il percorso di trasformazione subito dalla scienza nell'epoca moderna a partire dal «rifiuto programmatico della considerazione teleologica della realtà» con il conseguente «passaggio da una scienza "comprendente" ad una scienza "calcolante"» (ivi, pp. 252-253) che formula ipotesi falsificabili e che è divenuta impresa collettiva in cui vale il principio della divisione del lavoro.

⁶⁵ ROMANO B., *Relazione e diritto tra moderno e postmoderno. Interpretazione del «Sistema di Universale Dipendenza» con Heidegger e Lacan. Lezioni 1986-87*, Roma 1987, p. 38.

⁶⁶ GIOVANNI PAOLO II, *Fides et ratio. Lettera enciclica circa i rapporti tra fede e ragione*, Roma 1998, § 47.

⁶⁷ In tal senso si esprime Laura Palazzani in ID, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, cit., p. 37. Ivi la studiosa da conto di come la nozione di persona abbia perso la sua valenza propria, intuitiva ed originaria di equivalente del termine "uomo". Ciò comporta che tale criterio, nonostante sia costantemente richiamato nell'attuale dibattito biogiuridico per individuare il *discrimen* tra lecito ed illecito nell'intervento dell'uomo sulla vita, comunque oggi non protegge dalle minacce del progresso tecno-scientifico, ma è usato "contro" lo stesso. A tale riguardo, evidenzia Vittorio Possenti che, nonostante il concetto medesimo sia da considerarsi una sorta di "valore ecumenico", risulta innegabile la sua natura doxastica per cui molto spesso esso trova consenso unanime solo formale. «Non è in effetti infrequente che nella ricerca sulla identificazione della persona, particolarmente complessa nei casi di confine, vengano ritagliati concetti di persona ad hoc tra loro distanti», vedi ID, *Bioetica e persona in prospettiva filosofica*, in VIAFORA C. (a cura di), *La bioetica alla ricerca della persona*

suggerisce di separare il dato “biologico” da quello “biografico”, nella connessa convinzione che solo quest’ultimo sarebbe rilevante a determinare l’inizio e la fine del soggetto⁶⁸.

Il problema è che, in un tale processo di frantumazione della realtà e dei fenomeni con finalità operativa, lo stesso uomo diviene un oggetto e quindi anche lui viene scomposto in un procedimento di “liquidazione dell’uomo come soggetto” nella sua interezza, che conduce all’“accecamiento” poiché ciò che si vede non è più l’uomo, ma l’organo, il gene, la cellula⁶⁹, ovvero la funzione.

Procediamo dunque nella direzione tracciata.

«La vita dell’individuo va intesa non in senso biologico come un mero fatto meccanico suscettibile di prolungamenti artificiali, bensì come possibilità di relazione e di autorealizzazione, in riferimento alla personalità ed alla soggettività dell’uomo, con la conseguenza che la perdita irreversibile della coscienza non può

negli stati di confine, cit., p. 82. Peraltro, il concetto di *persona* è ambiguo perché vaga e pesantemente controversa risulta la stessa genesi del termine (a tale riguardo, magistralmente, CHIEREGHIN F., *Dall’antropologia all’etica. All’origine della domanda sull’uomo*, Milano 1997; nonché, per una ricostruzione anche etimologica del medesimo e per un’analisi delle conseguenze che possono derivare dall’ambiguità del termine sul piano giuridico, si veda SOMMAGGIO P., *Il volto e la maschera: concezione classica e moderna della persona nella esperienza giuridica* (Dissertazione di Dottorato), Padova 1999.

⁶⁸ La distinzione tra “vita biologica” e “vita biografica”, peraltro accolta anche da Peter Singer e da T.H. Engelhardt, si deve a RACHELS J., *La fine della vita. La moralità dell’eutanasia*, cit., secondo il quale «[L]a morte è un male non perché mette fine all’essere vivi (in senso biologico), ma perché mette fine alla propria vita (in senso biografico)», ivi, pp. 57-58. Sulla necessità di introdurre nella “teoria della persona” il tema della *biografia* in senso opposto rispetto a quello (riduzionistico) appena richiamato, si vedano le osservazioni svolte da D’AGOSTINO F., *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, Torino 2011, in particolare pp. 165-167. Ivi l’A., nell’auspicare la sostituzione «alla logica impersonale della *biologia* quella personalissima della *biografia*» (ivi p. 166) ammonisce sul fatto che quest’ultima categoria non può essere intesa in senso riduzionistico come «susseguirsi cronologico di meri accadimenti *impersonali*». Essa presuppone cioè una *persona* e tale qualifica va estesa a tutti gli esseri umani in quanto tali «anche se portatori di handicap, o in stato vegetativo, al limite nella più assoluta inconsapevolezza, per il solo fatto che la loro vita si proietta al di fuori di loro stessi» (*ibidem*).

⁶⁹ Così VIAFORA C., *La bioetica alla ricerca della persona negli “stati di confine”*, in ID. (a cura di), *La bioetica alla ricerca della persona negli stati di confine*, cit.. Argomenta infatti l’autore che la settorializzazione che ha assunto il sapere scientifico soprattutto in campo biomedico ha sbriciolato sempre di più il sapere di talché tutti i concetti (anche quelli basilari che ricoprono intere discipline) risultano frantumati. In tale contesto sarebbe divenuto non solo *impossibile* pensare l’uomo, ma anche *inutile* «dal momento che lo scienziato per ordinare il campo della sua esperienza non ha bisogno dell’idea di uomo», ivi p. 24.

non costituire il limite di ogni trattamento medico, giacché segna il momento in cui cessa definitivamente la possibilità di una vita dignitosa»⁷⁰.

Da questa affermazione possiamo partire per dare conto della via intrapresa dalla nostra giurisprudenza, anticipando sin d'ora che quello che si cercherà di mettere in luce nel prosieguo della trattazione, sarà quell'alcunché di "sinistro" che si può leggere tra le righe delle pronunce considerande, vale a dire un processo di de-assolutizzazione del bene vita⁷¹ per cui, la vita *priva* di determinate condizioni – e precipuamente quelle cognitive e volitive – non sarebbe una "vita degna" e pertanto ad essa risulterebbe preferibile la morte.

Invero, se da un lato va sicuramente attribuita rilevanza a dette condizioni, le quali valgono a connotare il dato *biografico*, non va dimenticato che esso non

⁷⁰ In tal senso Corte Appello di Milano, decr. 31.12.1999, su www.dejure.it, in massima. Si fa presente, al fine di meglio inquadrare il contesto di riferimento, che la massima riportata è stata ricavata dal decreto della Corte d'Appello di Milano emesso – a conclusione del "primo atto" del lunghissimo iter giudiziario relativo alla drammatica ed oramai nota vicenda di Eluana Englaro – in seguito al reclamo presentato dal padre e tutore della stessa, Beppino Englaro, avverso il decreto del Tribunale di Lecco che aveva rigettato la sua richiesta di disporre la sospensione del trattamento vitale cui era sottoposta la figlia dal 1992. Con il decreto richiamato la Corte d'Appello di Milano, sez. Persone, Minori e Famiglia, confermò il diniego del Tribunale. Nel 2002, il sig. Englaro presentò dunque una nuova istanza al Tribunale di Lecco per ottenere l'autorizzazione a sospendere il trattamento di sostegno vitale; anche in questo caso la richiesta del tutore fu disattesa dal Tribunale e confermata nel 2003 in sede di reclamo dalla medesima sezione della Corte d'Appello di Milano (in tal caso reputandosi comunque inopportuna un'interpretazione integrativa volta ad attuare il principio di autodeterminazione della persona umana in caso di "paziente in SVP"). Il provvedimento della Corte venne questa volta impugnato dal tutore con ricorso straordinario per Cassazione (ex art. 111 Costituzione): la Corte dichiarò inammissibile il ricorso con ordinanza n. 8291/2005 per difetto di partecipazione al procedimento di un contraddittore ritenuto necessario, vale a dire il curatore speciale dell'incapace ex art. 78 c.p.c.. A seguito di tale ordinanza il tutore avviò quindi davanti al medesimo Tribunale di Lecco la stessa istanza, integrata dall'adesione della curatrice speciale nel frattempo nominata. L'istanza tuttavia venne nuovamente rigettata dal Tribunale, che ritenne il tutore non legittimato ad esprimere scelte al posto dell'incapace in materia di diritti e atti personalissimi. Il decreto del Tribunale venne questa volta riformato dalla Corte d'Appello di Milano, in sede di reclamo, con provvedimento 15/16.12.2005, con cui la Corte ritenne ammissibile il ricorso ma rigettò nel merito l'istanza del tutore, affermando che non fosse stata fornita la prova del fatto che la richiesta di sospendere il trattamento vitale corrispondesse alla volontà espressa dall'incapace prima di cadere in stato di incoscienza. Il padre propose quindi ricorso per Cassazione, conclusosi con la nota sentenza n. 21748/2007, di cui si dirà in appresso per le evidenti ricadute che quella pronuncia comporta anche sul tema ivi affrontato. La ricostruzione dell'iter giudiziario relativo a quello che oramai è divenuto il "caso Englaro" è stata mutuata da quella operata dalla Corte d'Appello di Milano, I sezione, in sede di rinvio, nel decreto 09.07.2008, in www.dejure.it.

⁷¹ Cfr. REGGIO F., *La vita come danno. Alcune note in margine ad una recente sentenza in tema di 'diritto a non nascere'*, in ZANUSO F. (a cura di), *Il Filo delle Parche*, cit., p. 165.

può prescindere da quello biologico e dunque il problema emerge non tanto nel momento in cui si cerca una soluzione personalistica in tutti i cosiddetti “casi di confine”⁷², ma nel momento successivo in cui cioè la *persona* viene confinata nelle *funzioni*⁷³ che riesce ad esercitare e la sua dignità commisurata esclusivamente sulla base di queste.

Si sviluppa cioè una elaborazione giurisprudenziale che, prefiggendosi «con ogni probabilità una ricostruzione degli interessi tutelabili tra inizio e fine vita viepiù conforme ai fermenti evolutivi percepibili sul piano sociale»⁷⁴, sta tentando una rivisitazione concettuale e valoriale atta a «ri-orientare il sistema» in un senso che, a nostro modesto avviso, risulta più regressivo che evolutivo⁷⁵.

Invero nell'accogliere la cosiddetta *Weltanschauung* di riferimento, non si può tralasciare di verificare che la stessa sia compatibile con i principi fondanti

⁷² Lo stesso auspicio viene svolto da D'Agostino, vedi *supra* in nota.

⁷³ Si tratta di un atteggiamento, sicuramente riduzionistico, di matrice empirista che viene denominato “funzionalista” proprio perché identifica la soggettività personale con la rilevazione esteriore delle condizioni o dell'esercizio effettivo di determinate funzioni. Tale impostazione determina dunque «un passaggio indebito dall'ordine dell'essere a quello della funzione» (così POSSENTI V., *Bioetica e persona in prospettiva filosofica* in VIAFORA C. (a cura di), *La bioetica alla ricerca della persona negli stati di confine*, cit., p. 85). La critica che più frequentemente viene mossa a tale approccio consiste nel fatto che esso dimentica che una funzione presuppone l'esistenza di un soggetto e che il fatto che un soggetto non riesca ad esercitare tali funzioni, non significa che il soggetto venga meno ma semplicemente che in lui non è più (o non è ancora) possibile il loro esercizio. Quindi il primo preesiste alle seconde, le quali non potrebbero esserci senza un soggetto che le antecede (si veda anche D'AGOSTINO F., PALAZZANI L., *Bioetica. Nozioni fondamentali*, Brescia 2007); nel medesimo senso ci sembra di poter interpretare anche il pensiero di Robert Spaemann di cui si dirà in appresso.

⁷⁴ SPADAFORA A., *Gli interessi tutelabili tra inizio e fine vita, spunti per una riflessione sistematica*, in “Giustizia Civile”, 2009, XI, p. 419 ss.. Continua l'Autore sostenendo che in questo percorso «il diritto alla vita trascolora da diritto intrinsecamente indisponibile a situazione giuridica soggettiva rispetto alla quale la libertà di autodeterminazione individuale ha modo comunque di esplicarsi», cosicché un grave rischio «di esiti destabilizzanti appare riconnettersi alla asserita possibilità di ricostruire gli intendimenti individuali, addirittura presuntivamente e dunque anche in difetto di una preventiva manifestazione espressa». L'A. evidenzia peraltro come, in questa prospettiva, anche il diritto a rifiutare i trattamenti sanitari sottenderebbe la disponibilità non tanto, come pure si afferma, del bene salute, quanto piuttosto dell'interesse stesso alla conservazione della vita.

⁷⁵ In questo stesso senso anche Spadafora, *idem*. In tale processo, come si vedrà e come lascia presagire la massima sopra riportata, un ruolo determinante gioca il concetto di “dignità della vita” (legato a doppio filo con quello di “vita cosciente”) che, da oggetto di tutela, diventa condizione non solo della stessa, ma anche ragion d'essere della vita medesima e quindi discrimine tra ciò che è vita e ciò che non lo è più, o non lo diventerà mai.

l'ordinamento giuridico, pena lo sconfinamento nell'arbitrio e nell'ideologia, con la conseguente legittimazione della forza proprio a discapito di coloro che invece, per le condizioni in cui versano, dovrebbero essere maggiormente tutelati⁷⁶.

Infatti, per quanto diffusa possa considerarsi una certa concezione dell'uomo e quindi della sua vita (nonché della sua morte), il fatto che un'opinione trionfi sulle altre nulla ci dice della sua validità e nulla potrà mai dirci, poiché nell'ottica postmoderna la dissociazione tra ragione e verità conduce ad affermare che la ragione umana sia di fatto «incapace di attingere (conoscere, intuire, dimostrare) verità forti»⁷⁷ alla luce delle quali vagliare opinioni e dissensi. Viene cioè abbandonata l'idea che esista un «sapere assoluto e perciò definitivo»⁷⁸ vale a dire una Verità incondizionata, nella convinzione che vi siano solo tante «piccole» verità relative, valide *hic et nunc* ma sempre falsificabili e rivedibili⁷⁹.

In altre parole, la premessa concettuale che connota il pensiero postmoderno è che la ragione umana, incapace di conoscenze certe ed incontrovertibili, possa al più elaborarne talune di utili e condivisibili, attorno alle quali si formi un consenso puntuale e contingente (che necessita peraltro di un continuo rinnovamento e di conferme a seconda del contesto in cui ci si trova ad operare)⁸⁰; consenso volto a superare disaccordi e controversie sul piano pubblico.

E ciò vale, come si va argomentando, anche per quelle conoscenze relative a concetti fondamentali quali quello di persona, uomo, vita e morte.

⁷⁶ Tornano alle mente le parole di Giovanni Paolo II: « [G]uardando le cose da tale punto di vista, si può, in certo senso, parlare di una *guerra dei potenti contro i deboli*: la vita che richiederebbe più accoglienza, amore e cura è ritenuta inutile, o è considerata come un peso insopportabile e, quindi, è rifiutata in molte maniere», GIOVANNI PAOLO II, *Evangelium vitae. Il valore e l'invulnerabilità della vita umana*, Roma 1995, § 12.

⁷⁷ PALAZZANI L., *La secolarizzazione in (bio)etica*, in ID. (a cura di), *Filosofia del diritto e secolarizzazione. Percorsi, profili, itinerari*, Roma 2011, p. 80.

⁷⁸ SPAEMANN R., *Ars longa, vita brevis*, in "Acta Philosophica", 2004, XII/2, p. 255.

⁷⁹ Ivi, p. 257.

⁸⁰ SCUDERI R., *Le identità virtuali. Un fenomeno giuridico postmoderno*, in MORO P. (a cura di), *Etica Informatica Diritto*, cit., p. 197.

A nostro avviso, la questione ivi posta appare urgente poiché si impone la necessità di offrire delle risposte che non siano il “mero saldo aritmetico di posizioni antagoniste”⁸¹, ma che siano il bilanciamento di tutte le posizioni coinvolte, quale risultato di un dialogo autentico⁸², non ridotto a mero scambio di opinioni tra “stranieri morali”⁸³ e che dunque tenga in debito conto anche quelle di coloro che non sono più in grado di “contrattare”⁸⁴ (o non lo sono ancora o non lo saranno mai).

5. *Un corpo che sopravvive alla mente e gli argomenti “vita cosciente” e “vita degna”.*

La sentenza da cui si diparte l’analisi di tali argomenti è la pronuncia della Corte di Cassazione del 16 ottobre 2007, n. 21748⁸⁵.

Siamo consci di come la stessa sia evocativa di tutta una serie di considerazioni, sviluppatasi sin dai primi momenti della vicenda ad essa sottesa e che ha scosso l’intera opinione pubblica, originando un dibattito che a tutt’oggi non può dirsi sopito; considerazioni che si sono dipanate sia sul piano medico-scientifico, che su quello etico, ma anche e soprattutto su quello giuridico⁸⁶.

⁸¹ DONINI M., *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, in “Cassazione Penale”, 2007, III, p. 902B ss.

⁸² Sul “dialogo” quale *endoxon* biogiuridico e sulle sue ricadute “pratiche” si vedano le considerazioni svolte da ZANUSO F., *Incontrare l’altro nel dialogo, oltre la tolleranza: infibulazione rituale e tutela dei diritti umani*, in ID. (a cura di), *Il filo delle Parche*, cit..

⁸³ Il riferimento è qui chiaramente al pensiero del bioeticista liberal-libertario ENGELHARDT H.T., *Manuale di bioetica*, Milano 1991.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ Si tratta della sentenza resa nel noto “caso Englaro” di cui si sono tracciati sopra i principali step (vedi *supra*, in nota), con cui la Corte di Cassazione ha riconosciuto al padre-tutore di Eluana in stato vegetativo permanente da oltre quindici anni, l’autorizzazione a procedere alla sospensione del trattamento di alimentazione ed idratazione artificiale.

⁸⁶ A tale riguardo si vedano tra gli altri, BARBIERI M.C., *Stato vegetativo permanente: una sindrome “in cerca di un nome” e un caso giudiziario in cerca di una decisione. I profili penalistici della sentenza Cass. 4 ottobre 2007, sez. I, civile sul caso di Eluana Englaro*, in “Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale”,

Seppur brevemente, vale la pena di ricordare che le principali critiche mosse alla sentenza richiamata (e conseguentemente, anche al provvedimento emesso dalla Corte d'Appello di Milano in esito al relativo rinvio effettuato dagli Ermellini) si sono concentrate precipuamente sulla qualificazione di alimentazione e idratazione artificiali come trattamenti sanitari; sulla diagnosi di irreversibilità ed assenza di coscienza in relazione allo stato vegetativo, laddove nemmeno scientificamente vi è consenso unanime sul punto; nonché (soprattutto) sull'affermata sufficienza della prova della volontà presunta del soggetto – peraltro ricostruita dal legale rappresentante⁸⁷ – per consentire la sospensione del sostegno vitale artificiale. Il nodo cruciale del “caso Englaro” è stata però proprio la configurazione del principio di autodeterminazione che, riconosciuto come operante anche di fronte al paziente incosciente che non abbia mai espresso alcuna indicazione chiara in merito a determinati trattamenti sanitari, possa essere fatto valere attraverso il suo legale rappresentante⁸⁸.

2008, I, p. 389 ss.; DEFANTI C.A., *Eluana Englaro: la fine di un incubo?*, in “Bioetica”, 2007, IV, pp. 107 ss.; DI BITONTO M.L., *A proposito di Eluana*, in “Giustizia Civile”, 2009, XII-XIII, p. 313 ss.; VIGANÒ F., *Decisioni mediche di fine vita e “attivismo giudiziale”*, cit.; DANOVÌ F., *Giudice, parti e P.M. nel processo ai confini dell'esistenza (quasi una fantasia)*, in “Diritto di Famiglia e delle Persone”, 2009, I, p. 132 ss.; CALÒ E., *Caso Englaro: la decisione della Corte d'Appello di Milano*, in “Corriere giuridico”, 2008, IX, p. 1290 ss.; FUSCO M., *Eluana vivrà. Per una questione di rito - Gli Ermellini decidono di non decidere*, in “Diritto e giustizia”, 2005, IXX, pp. 12 ss.; per una concisa ma puntuale ricostruzione di tutti gli step giudiziari si vedano TRIPODINA C., *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse?*, cit., ma anche GUARNIERI A., *Profili giuridici della fine della vita umana*, in “Responsabilità Civile e Previdenza”, 2009, IX, pp. 1707 ss.. Sul tema, considerazioni più generali sono svolte anche da BARNI M., *La via giudiziaria al testamento biologico*, in “Rivista Italiana di Medicina Legale”, 2008, VI, p. 1413 ss.

⁸⁷ Cass. Civ., sez. I, 16.10.2007, n. 21748, punto 7.3 della parte motiva.

⁸⁸ La sentenza in commento introduce cioè il principio per cui, a sospendere il trattamento di sostegno artificiale nel caso di soggetto in stato vegetativo permanente irreversibile che nulla abbia dichiarato in merito ai trattamenti cui intende sottoporsi, può essere ritenuta sufficiente la ricostruzione della sua *volontà presunta*, purché ricostruita, nel dialogo tra medico e rappresentante legale dell'incapace, «alla stregua di chiari, univoci e convincenti elementi di prova». Alcuni dottrina ha evidenziato la possibilità che, il principio di autodeterminazione, così facendo, venga di fatto svuotato di contenuto scolorando «nell'assai più liquido principio del miglior interesse» (così TRIPODINA C., *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse?*, cit.) ovvero addirittura trasformandosi in un principio di «etero-determinazione» (in tale ultimo senso MINGARDO L., *Il diritto di (auto)determinazione*, cit.). Su autodeterminazione e fine vita - anche con riferimento al caso sotteso alla sentenza ivi richiamata e alla tematica delle “dichiarazioni anticipate di trattamento” - si veda altresì PASQUINO T., *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova 2009.

Nelle righe che seguiranno, tuttavia, non verranno ripercorse tali discussioni, quantomeno non nella loro completezza. Per converso, ciò che ci si propone di fare è di fornire di questa pronuncia una lettura “diversa”, alla luce di quanto siamo venuti sin qui dicendo.

Può darsi il caso che, in questa operazione, il dato giurisprudenziale risulti talvolta forzato. Ciononostante, siamo persuasi che ad una più attenta analisi che superi la rigidità del dato letterale, nelle parole degli Ermellini (ma anche in quelle della Corte d’Appello di Milano investita del rinvio) non si possano non scorgere quelle spinte verso una nuova concezione di morte, formulata in termini molto parziali ed incentrata sul ruolo della coscienza nella connotazione del soggetto e della sua vita, già preannunciata nelle prime mosse di questo elaborato.

Infatti, nonostante il fulcro della pronuncia sia stato pressoché unanimemente ravvisato nell’affermazione del diritto all’autodeterminazione del soggetto incosciente⁸⁹, la convinzione di chi scrive è che, sottesa al provvedimento in esame, vi sia una “problematica” ulteriore e ben più pregnante, che implica una rivisitazione del concetto di *persona* in termini alquanto riduzionistici nonché, quale corollario di tale impostazione, una nozione di morte ben lontana dalla legislativamente accolta *whole brain death* di cui all’art. 1, L. 578/1993.

E siamo persuasi che tale “rivisitazione” possa trovare (ora) anche maggior fondamento proprio nella nozione neurologica di morte (nonché nella sua ridefinizione per via legislativa, che le offre al contempo substrato normativo) per cui, una volta confinato l’uomo nel suo encefalo⁹⁰, breve sarà il passo verso un suo

⁸⁹ Deve trattarsi di soggetto che versi da anni in stato vegetativo permanente e che non abbia lasciato alcuna indicazione determinata in ordine ai trattamenti sanitari cui avrebbe o meno voluto essere sottoposto.

⁹⁰ Questo è, beninteso, l’argomento ivi sostenuto, o quantomeno la “provocazione” sottesa all’intento del presente lavoro. L’obiezione che si potrebbe muovere ad un tale argomento è quella che è stata mossa a coloro che ben prima di noi l’hanno sostenuto, *ab imis* Hans Jonas, vale a dire il fatto che l’aver riformulato il concetto di morte in termini neurologici non ha di certo comportato l’identificazione dell’uomo con il proprio cervello, cosiccome i precedenti criteri cardiorespiratori non identificavano l’uomo con il suo cuore o con i suoi polmoni (così LAMB D., *Il confine della vita*, cit., p. 102).

ulteriore radicamento in quella parte dell'encefalo ove si fanno risiedere i cosiddetti *signa personae*, vale a dire nella sua parte superiore (la corteccia cerebrale, alla distruzione della quale corrisponde il concetto di morte corticale)⁹¹.

Ciò vale *a fortiori* tenuto conto della visione antropocentrica che ha caratterizzato l'età moderna ed i cui tratti salienti sono giunti sino a noi informando non solo il pensiero politico, ma anche quello giuridico (sia dottrinale che giurisprudenziale): ci si riferisce a quel razionalismo volontarista che riduce l'uomo ad *una dimensione*⁹², sulla base della quale viene "giudicata" non solo la sua vita, ma addirittura qualificato egli stesso.

Di talché, se l'uomo (ma forse potremmo più correttamente dire la *persona*) appare individuato dalla dimensione volitiva e razionale – dimensione che la neuroscienza fa risiedere nella zona corticale dell'encefalo – ciò significa che egli può dirsi veramente tale solo quando riesce a vivere, esplicandola, questa sua propria dimensione⁹³. Detta possibilità, tuttavia, viene meno nel momento in cui il soggetto diviene incosciente poiché perde la capacità cerebrale superiore e ciò accade, non già quando l'intero encefalo risulta irrimediabilmente distrutto, ma in un momento (spesso di gran lunga) precedente, vale a dire quando la corteccia cerebrale risulta distrutta, ovvero quando il soggetto si trova in quello stato

⁹¹ In questo senso ci vediamo concordi con le osservazioni di Peter Singer, secondo cui l'accettazione della morte cerebrale ha comportato evidentemente un allontanamento dal concetto tradizionale di morte e l'essersi concentrati sulla morte di un organo, il cervello, ha posto un problema ulteriore che infatti emerge a nostro avviso con sempre maggiore forza: è la morte dell'intero cervello o quella della sola corteccia che va considerata cruciale quando si tratta di dichiarare la morte di una persona? Cfr. SINGER P., *Ripensare la vita*, cit., p. 61.

⁹² Si tratta cioè di una antropologia condizionata da una visione unidimensionale dell'uomo. Così anche MORO P., *Dignità umana e consenso all'atto medico. I diritti fondamentali del paziente e il problema della volontà*, in ZANUSO F. (a cura di), *Il filo delle Parche*, cit., p. 144, secondo il quale una tale antropologia non sarebbe altro che il segno del fatto che l'uomo contemporaneo ha dimenticato il valore indisponibile della soggettività poiché ha smarrito il senso dell'intero, finendo per privilegiare soltanto una parte di sé e delle sue facoltà soggettive.

⁹³ Ma tale argomento trova riscontro proprio nelle ragioni addotte a sostegno della tesi del ricorrente nel caso che stiamo considerando. Si legge infatti «[Nel] ricorso si sostiene che il diritto alla vita è in uno [...] con la garanzia dell'individualità umana di cui agli artt. 2, 13 e 32 Cost.. Il modo normale di garantire l'individualità di un uomo è l'autodeterminazione; ma [...] nel caso di E., l'autodeterminazione non è più possibile perché la persona ha perso irreversibilmente coscienza e volontà [...]» (così Cass. Civ. 21748/2007, cit., punto 1, parte motiva).

cosiddetto di “morte corticale” (condizione in cui versa anche il soggetto in “stato vegetativo permanente”).

Ma quale sarà l’ulteriore passaggio logico?

Poiché in una siffatta concezione antropologica anche la dignità umana trova riscontro e misura nella capacità del soggetto cosciente di manifestare la propria volontà, laddove egli non riesca più ad esercitare una tale “funzione” – e quindi non riesca più ad autodeterminarsi – allora verrà meno anche la possibilità di vivere una vita degna e dunque verrà meno la vita stessa dal momento che, in una tale prospettiva, solo una “vita degna” può dirsi “vita” a tutti gli effetti⁹⁴.

Semplificando ulteriormente: le funzioni di coscienza, tra cui primariamente quella razionale e quella volitiva, risultano essere presiedute dalla parte superiore dell’encefalo; dette funzioni sono dimensione fondamentale del soggetto nonché condizione imprescindibile per una vita dignitosa; ad una vita non dignitosa è preferibile/assimilabile la morte; la vita in cui non è più possibile⁹⁵ l’estrinsecazione della volontà in quanto il soggetto è incosciente, non è dignitosa e pertanto non è vita.

Ed è la stessa Corte di Cassazione, sezione III, 02.10.2012, n. 16754 a condurci a questa conclusione nel momento in cui afferma, seppure *incidenter* che «un interesse a non vivere una non-vita» è stato «condivisibilmente riconosciuto da questa stessa Corte con la sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748»⁹⁶

⁹⁴ Nello stesso senso possono leggersi le considerazioni svolte da MANTOVANI F., *La proclamazione dei diritti umani e la non effettività dei diritti umani*, cit., in ordine alla “non effettività dei diritti umani nel campo biomedico”.

⁹⁵ O non sarà mai possibile, se si considera la problematica dal punto di vista del cosiddetto “inizio vita”. Invero, a nostro modesto avviso, questa medesima logica si rinviene nella sentenza della Corte di Cassazione, sez. III, 02.10.2012, n. 16754 che si è pronunciata sul “diritto a non nascere se non sano” e che, con un revirement rispetto al precedente orientamento, ha riconosciuto alla minore nata affetta dalla sindrome di down il risarcimento del danno, per effetto del principio secondo cui «la propagazione intersoggettiva dell’illecito legittima un soggetto di diritto quale il neonato, per il tramite del suo legale rappresentante, ad agire in giudizio per il risarcimento di un danno che si assume in ipotesi ingiusto» (Cass. Civ., n. 16754/2012, cit., punto 6.2 parte motiva).

⁹⁶ Cass. Civ., n. 16754/2012, cit., punto 6.2 parte motiva.

Ma, procediamo con ordine, cercando di trarre dalle parole ivi pronunciate dalla Corte tali due argomenti.

Quanto al primo, vale a dire l'argomento "*vita cosciente*", sono plurimi i *loci* in cui esso può essere rinvenuto.

Preliminarmente occorre tuttavia precisare che, ai fini del presente lavoro, tale argomento non viene criticato in senso assoluto: ciò determinerebbe invero un atteggiamento comunque riduzionista, ancorché in senso biologista e dunque, per così dire, più "garantista". L'esclusione della componente biografica infatti comporterebbe per vero un "appiattimento" del soggetto al suo substrato biologico, con il conseguente rischio di porre in ombra tutte quelle facoltà (tra cui *in primis* la coscienza) che «stagliano la vita umana dal mero dato organico»⁹⁷. E questo ci porrebbe comunque all'interno di una prospettiva parcellizzante, esponendoci così a quelle medesime critiche che ivi si stanno muovendo. Come si è sopra anticipato, infatti, deve considerarsi innegabile la necessità di considerare *l'aspetto personale* del soggetto nella identificazione del medesimo, soprattutto "negli stadi di confine"⁹⁸.

Le nostre osservazioni, dunque, si concentrano sullo *step* logico successivo, vale a dire laddove viene operata quella riduzione della persona alla sua coscienza – con un passaggio indebito dall'ordine dell'essere e della sostanza a quello della funzione⁹⁹ – e conseguentemente viene attribuita dignità solo al soggetto che tale coscienza possa estrinsecare.

⁹⁷ REGGIO F., *Qualità della vita & dimenticanza*, in "Studi cattolici", 2009, 581/582, pp. 496-500: 497.

⁹⁸ Ed anzi, una siffatta necessità ci sembra un punto in cui le diverse correnti di pensiero (bioetiche) paiono essere concordi. Per brevità, possiamo ivi ricondurle principalmente a due filoni: da un lato la bioetica cosiddetta *pro-life* fondata sul principio della "sacralità della vita" e, dall'altro l'opposta impostazione *pro-choice* fondata invece sul diverso principio della "qualità della vita". Per una più approfondita disamina delle diverse impostazioni bioetiche si vedano però D'AGOSTINO F., PALAZZANI L., *Bioetica*, cit.. Anche Robert Spaemann (di cui si veda soprattutto ID., *Persone. Sulla differenza tra "qualcosa" e "qualcuno"* (1996), Roma-Bari 200) sottolinea come imprescindibile il fatto che "biologico" e "personale" vengano tenuti insieme (vedi anche FAZIO D., *Tutti gli uomini sono persone? Le ragioni di Spaemann*, in "Cultura & Identità", 2012, IXX, pp. 7-22.

⁹⁹ Così POSSENTI V., *Bioetica e persona in prospettiva filosofica* in VIAFORA C. (a cura di), *La bioetica alla ricerca della persona negli stati di confine*, cit., p. 85.

Torniamo dunque a quanto si stava dicendo.

Nella sentenza considerata si fa riferimento ad un soggetto che «pur essendo in grado di respirare spontaneamente, e pur conservando le funzioni cardiovascolari, gastrointestinali e renali, è radicalmente incapace di vivere esperienze cognitive ed emotive e quindi di avere alcun contatto con l'ambiente esterno»; un soggetto di cui è garantita la mera «sopravvivenza fisica»¹⁰⁰ in quanto «tenuto in vita artificialmente il più a lungo possibile anche privo di coscienza»¹⁰¹.

Ivi emerge il primo degli argomenti richiamati: la rilevanza della coscienza, non già di per sé, ma in netta contrapposizione alla sfera biologica con la conseguente materializzazione dell'antico dualismo anima/corpo nel nuovo dualismo cervello/corpo, che l'introduzione della morte cerebrale ha contribuito a riaffermare.

E una siffatta dicotomia si può scorgere anche in un passaggio successivo della sentenza in cui la Corte riconosce il diritto del soggetto di rifiutare (ancorché, nel caso *de quo*, attraverso il rappresentante legale) il trattamento di sostegno vitale, laddove sia ritenuta inaccettabile l'idea di «un corpo destinato, grazie a terapie mediche, a sopravvivere alla mente»¹⁰². E, sulla scia di tale pronuncia, di mera «sopravvivenza di un corpo inerte» si parla anche in un "noto" decreto del Tribunale di Modena 05.11.2008¹⁰³ (con cui è stata riconosciuta al soggetto capace la possibilità di nominare, per il caso di sua futura incapacità, un amministratore di sostegno che possa farsi portavoce della volontà dell'incapace in ordine ai trattamenti sanitari da ricevere/rifiutare), ovvero di

¹⁰⁰ Cass. Civ., 21748/2007, cit., punto 7.1 parte motiva.

¹⁰¹ Cass. Civ., 21748/2007, cit., punto 7.5 parte motiva.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Tribunale di Modena, 05.11.2008, dott. Stanzani, in www.dejure.it. Per un commento alquanto critico sul richiamato provvedimento si veda GAZZONI F., *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. "morte dignitosa"*, cit.; nonché SALITO G., *Designazione preventiva dell'amministratore di sostegno e testamento biologico. Nota a Trib. Modena 13 maggio/5 novembre 2008*, in "Iustitia", 2009, II, pp. 207-218.

«sopravvivenza meramente biologica» nella sentenza della Corte d'Appello di Milano investita del rinvio¹⁰⁴.

Per comprendere la portata di tali affermazioni, occorre tuttavia soffermarvisi attentamente, perché esse trattengono in sé un significato che va ben aldilà di quello che *prima facie* si riesce a cogliere.

Sulla rilevanza della coscienza a connotare la vita dell'individuo siamo tutti concordi e di ciò si è già argomentato sopra quando si è sottolineata l'indubbia necessità di recuperare il dato "personale"¹⁰⁵ al fine di risolvere le questioni che si pongono ai confini della vita.

Le parole della Cassazione (e così quelle delle Corti di merito ivi riportate) sembrano però spingersi oltre; vale a dire che se il corpo sopravvive a qualcosa, ciò significa che questo qualcosa è già morto.

Ma cosa è morto in questi casi? La parte superiore dell'encefalo è sicuramente distrutta¹⁰⁶, si da cioè una «situazione cronica di oggettiva [...]

¹⁰⁴ Corte d'Appello di Milano, decr. 31.12.1999, cit.

¹⁰⁵ Tale necessità viene ivi intesa nell'accezione riconducibile a Francesco D'Agostino.

¹⁰⁶ Si conclude così per brevità. In realtà, occorre precisare che soprattutto per quanto riguarda lo stato vegetativo permanente il problema della diagnosi risulta alquanto controverso. Nel soggetto in stato vegetativo, infatti, le pesanti lesioni a carico della corteccia cerebrale determinano la perdita totale della sua funzionalità, ovvero delle basi neurali della consapevolezza (cosiddetta *awareness*, mentre al contrario resta integra la vigilanza, cioè la cosiddetta *wakefulness*). Il problema diagnostico però sta nel fatto che la consapevolezza è un fatto tipicamente soggettivo e dunque un'esperienza intrinsecamente non obiettivabile: la sua assenza dunque può essere provata solo attraverso l'assenza di segni di essa e l'impossibilità di suscitare nel soggetto risposte intenzionali agli stimoli cui viene sottoposto. Ciò significa che la diagnosi si può far derivare solo da evidenze negative, ovvero si giunge a sostenere l'assenza di consapevolezza sulla base della mancata prova contraria: vale a dire che la mancanza di prove della consapevolezza viene equiparata alla sua totale assenza. Ed il problema si acuisce se si guarda a quelle condizioni affini allo SVP, vale a dire "lo stato di minima coscienza" e la "sindrome *locked-in*". In tali casi infatti, pur essendovi consapevolezza (seppure minima nel primo caso, ma integra nel secondo), manca molto spesso la possibilità di manifestarla all'esterno, con la conseguenza che i pazienti in queste condizioni potrebbero risultare, in base ai correnti test diagnostici, indistinguibili rispetto al soggetto in stato vegetativo permanente (per le informazioni ivi riportate, si veda REICHLIN M., *Etica e neuroscienze*, cit., pp. 5-26, in cui l'A. riporta che secondo alcuni recenti studi, i falsi negativi si aggirano intorno al 43%; su tale problematica si sofferma anche BECCHI P., *I segni della morte e la questione dei trapianti*, cit.).

perdita assoluta della coscienza»¹⁰⁷. Ma affermare ciò, equivale ad affermare che anche la persona sia morta?

A nostro modesto avviso, alla luce delle pronunce considerande, a tale quesito la giurisprudenza risponde oggi affermativamente.

Parlare di “un corpo che sopravvive alla mente” fa riferimento ad una realtà, quella biologica, che sola continua a vivere come un qualcosa di autonomo rispetto alla complessa realtà “uomo” e radicalmente separato da questa. Non è l’uomo che giace in un letto di ospedale, ma solo il suo sostrato materiale: la persona lì non c’è, lì c’è solo il suo feticcio ovvero, più coerentemente, la sua spoglia incosciente¹⁰⁸.

Secondo la prospettiva appena richiamata, si tratterebbe in altri termini di “cadaveri biologicamente vivi”¹⁰⁹.

Questa separazione tra la vita meramente biologica e la cosiddetta “vita biografica” emerge e trova ulteriore conferma nelle parole del giudice di Modena che, seguendo la via tracciata dalla Corte di Cassazione con la sentenza richiamata, afferma che le terapie cui viene sottoposto il soggetto in stato vegetativo permanente – *id est* il morto corticale – sarebbero solo «finalizzate, di fatto, a posporre la morte biologica».

Ma, occorre chiedersi, “porre” quest’ultima “dopo” rispetto a che cosa?

Rispetto ad un’altra morte già verificatasi, vale a dire quella personale. Ecco dunque come la giurisprudenza più recente si sta allontanando definitivamente dalla definizione legale di morte formulata in termini di “cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell’encefalo” (di cui all’art. 1, L. 578/1993), introducendo così nell’ordinamento una nozione di morte molto più parziale ed incentrata sulla sola distruzione della parte superiore dell’encefalo (la corteccia).

¹⁰⁷ Cass. Civ. 21748/2007, punto 7.5 parte motiva.

¹⁰⁸ Abbiamo ivi impiegato indistintamente i concetti di uomo e persona volutamente.

¹⁰⁹ ENGELHARDT H.T., *Manuale di bioetica*, cit., p. 268.

Questa è la ragione per cui si è parlato di un pericoloso “arretramento della soglia”. Perché ai fini di considerare estinto il soggetto sembra essere divenuta necessaria e sufficiente la sua morte corticale, il che vale ad anticipare il momento del decesso alla perdita della coscienza, momento in cui l’individuo è vivo ma la persona è già spirata.

Ma non solo. Vi è a nostro avviso un motivo ulteriore per cui si può parlare di “arretramento della soglia”, facendo in questa seconda accezione riferimento alla “soglia di tutela” che viene così riconosciuta al soggetto.

Invero, se da un lato, l’operato della giurisprudenza può elaborare nei cosiddetti *hard cases* delle soluzioni potenzialmente capaci di adeguare il dato normativo (laddove presente) alla fattispecie concreta, dall’altro lato, elevato è il rischio che si corre, laddove tali soluzioni vengano individuate riducendo la persona alla sua capacità di coscienza, ovvero confinandola nella parte superiore dell’encefalo: in altre parole ponendo l’accento sulla sola presenza della coscienza e della volizione ai fini di apprestarle tutela.

Una tale impostazione infatti dimentica che tali funzioni (coscienza, volizione, razionalità), per quanto siano un segno determinante e sicuramente rilevante della persona, non la esauriscono ma ne costituiscono solo degli aspetti, degli attributi, delle qualità. Il fatto che una di esse manchi o risulti compromessa nella sua estrinsecazione, dunque, non fa venire meno la *persona* poiché essa non è la mera somma delle sue capacità.

Un rifiuto della concezione olistica dell’essere umano che lasci il posto ad una concezione antropologica riduzionistica, tuttavia, non può che determinare l’ulteriore e temibile conseguenza di far dipendere dalla presenza della coscienza nel soggetto, il riconoscimento della sua dignità e di quella della sua vita.

Come afferma Ferrando Mantovani, infatti, «col negare la dignità umana sulla base del criterio della coscienza si apre la scivolosa china eugenetico-razzista della negazione di tale dignità anche ai soggetti dementi, infermi di mente, colpiti

da ictus, o di una graduatoria della dignità umana in base al criterio della maggiore o minore coscienza [...] poiché arbitraria è la distinzione tra “vita degna”, “vita meno degna” e “vita non degna” in base alle condizioni di esistenza»¹¹⁰.

La “vita degna”, ecco il secondo argomento sopra richiamato. A tale riguardo, siamo invero persuasi che la nostra giurisprudenza stia rasentando proprio la china paventata da Mantovani.

Invero, una volta che la sussistenza di determinate qualità e la possibilità di esprimerle al meglio diventa il parametro alla luce del quale vagliare un’esistenza e giudicare se la stessa possa o meno considerarsi dignitosa, allora la dignità non sarà più riconosciuta alla vita in quanto tale, ma solo alla vita in determinate condizioni, con la conseguenza che a chiunque ne sia privo potrà legittimamente riconoscersi minor tutela.

In un tale contesto, dunque, anche il principio del “rispetto della persona e della sua dignità”, seppure invocato quale cardine dell’ordinamento giuridico (nonché posto a fondamento delle moderne Carte Costituzionali) appare di fatto privo di significato e di effettivo contenuto. E questo per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo perché la persona, ancorché proclamata quale “sommo bene *superiorem non recognosens*”¹¹¹ risulta subordinata alla concezione di essa di volta in volta ritenuta rilevante; in secondo luogo perché anche la sua dignità¹¹², elevata a valore assoluto, in realtà degrada di fronte al giudizio che altri ne fanno.

¹¹⁰ MANTOVANI F., *La proclamazione dei diritti umani e la non effettività dei diritti umani*, cit.. Come vedremo nel prosieguo delle pagine, nello stesso senso si sviluppano anche le argomentazioni di Robert Spaemann.

¹¹¹ Così anche Cass. Civ., 16754/2012, punto 6.2 parte motiva.

¹¹² Sulle ambiguità insite nel concetto di dignità, cfr. anche BECCHI P., *Il principio dignità umana*, Brescia 2009, in cui l’Autore evidenzia proprio come, nonostante la dignità sia elevata a principio giuridico anche dalle Carte Costituzionali essa provoca, soprattutto di fronte ai dilemmi bioetici come quello ivi affrontato, un conflitto di interpretazioni al punto da venire «spesso chiamata in causa per sostenere posizioni tra loro opposte», ivi pp. 87-88.

Alle nostre considerazioni si potrebbe obiettare richiamando le parole della già menzionata Corte di Cassazione, la quale ribadisce che «[C]hi versa in stato vegetativo permanente è, a tutti gli effetti, persona in senso pieno¹¹³».

Ma cosa significa “essere persona in senso pieno”, chi lo è?

Le risposte a tale interrogativo non sono univoche. Come si è più volte affermato nel corso delle pagine che precedono, e come vedremo nell’ultima parte del presente elaborato, il concetto di persona, per quanto continuamente evocato anche nel dibattito (bio)giuridico per risolvere i problemi legati allo sviluppo della tecnica ed ai quesiti dalla stessa posti soprattutto “alle frontiere della vita” risulta di fatto ambiguo, un *endoxon* solo apparente.

Non vi è alcuna unanimità di vedute sulla risposta da dare a tale interrogativo e dunque, ci si chiede, come può la Corte fondatamente richiamarsi nelle proprie motivazioni alla centralità della persona «aldilà della significazione che si attribuisce al termine “persona”»¹¹⁴?

E, a dotare di fondamento quanto siamo venuti sin qui dicendo, sono di nuovo le parole della Corte di Cassazione: «La vita dell’individuo va intesa non in senso biologico come un mero fatto meccanico suscettibile di prolungamenti artificiali, [...] con la conseguenza che la perdita irreversibile della coscienza non può non costituire il limite di ogni trattamento medico, giacché segna il momento in cui cessa definitivamente la possibilità di una vita dignitosa [...]»¹¹⁵.

Ecco dunque emergere i due richiamati argomenti sottesi alla più recente giurisprudenza, nonché uno presupposto imprescindibile dell’altro: la vita cosciente e la vita degna.

¹¹³ Cass. Civ., sez. I., 16 ottobre 2007, n. 21748 punto 7.5 parte motiva.

Se poi si prosegue nella lettura di questo punto della sentenza, non si può che persuadersi di quanto appena affermato: «la comunità deve mettere a disposizione [loro, vale a dire di quei soggetti considerati persona in senso pieno: n.d.r.] tutte le migliori cure e presidi che la scienza medica è in grado di apprestare [...] a prescindere da quanta speranza vi sia di recuperare le funzioni cognitive». Ma ecco dunque che ritorna il dato cognitivo, vale a dire il primo dei due argomenti sopra evocati.

¹¹⁴ Cfr. Cass. Civ., sez. III, 02.10.2012, n. 16754, punto 6.2 della parte motiva.

¹¹⁵ Corte d’Appello di Milano, decr. 31.12.1999, cit. in massima.

Laddove viene meno l'una, non può esservi l'altra, ma se una se una vita non è (tale), essa diventa la sua negazione, vale a dire una non-vita, in altri termini: una morte.

6. Osservazioni conclusive

Nel presente capitolo sono state ripercorse alcune tappe giurisprudenziali che potremmo definire emblematiche e rappresentative di un fenomeno affatto trascurabile: il progressivo allontanamento della giurisprudenza italiana rispetto alla definizione legale di morte di cui all'art. 1, L. 578/1993.

Un primo passo, seppure molto flebile, in tale direzione viene compiuto già con la sentenza della Corte Costituzionale, n. 414/1995.

Si è visto infatti che con tale pronuncia, se da un lato viene affermata la "bontà" della scelta operata dal legislatore del 1993 con l'accoglimento della *whole brain death* quale definizione di morte valida a tutti gli effetti, dall'altro lato la Consulta instilla un primo tratto di confusione: nelle battute finali del provvedimento infatti, si trova il riferimento alla cosiddetta *brain stem death*, vale a dire alla cosiddetta morte tronco-encefalica.

L'unicità del concetto di morte, così acclarata dalla Corte, riceve dunque un primo colpo che ne scuote le già deboli fondamenta.

Si insinua cioè l'idea che, ad accertare la morte del soggetto, sia sufficiente la distruzione del solo tronco cerebrale in quanto quest'ultimo sarebbe il sistema critico dell'intero encefalo, di talché la cessazione irreversibile della sua funzionalità determinerebbe indubbiamente anche la morte di tutto l'encefalo¹¹⁶.

¹¹⁶ In realtà, alcuni recenti studi sulla sindrome cosiddetta locked-in dimostrerebbero il contrario, vale a dire la permanenza di aree di funzionamento neo-corticale pur in presenza di un tronco encefalico gravemente leso (così BECCHI P., *I segni della morte e la questione dei trapianti*, cit.).

Un secondo colpo alla morte cerebrale totale, siccome legislativamente accolta e definita dall'art. 1, L. 578/1993 viene inferto da una pronuncia di merito: si tratta della sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Milano che assolverà il soggetto (dichiarato astrattamente) responsabile di aver cagionato la morte della moglie mediante il distaccamento del presidio respiratorio in quanto «il fatto non sussiste, non essendo stato provato oltre ogni ragionevole dubbio che la donna fosse viva al momento dell'estubazione».

Ma come? La legge 578/1993 ed il relativo decreto attuativo – l'allora D.M. 592/1994 aggiornato poi con D.M. 11.04.2008 – prevedeva rigide procedure per l'accertamento del decesso, procedure che nel caso in esame non erano state nemmeno avviate. Non si comprende dunque come l'imputato possa essere andato assolto, dal momento che non era stata formulata alcuna dichiarazione di morte e dunque la paziente doveva giudicarsi, a tutti gli effetti di legge, ancora viva.

L'ultimo colpo, quello però che potremmo definire decisivo, viene sferrato dalla giurisprudenza più recente che, a dispetto della definizione legale di morte, sembra surrettiziamente introdurre una nuova ed ulteriore, fondata sulla perdita della coscienza e come tale qualificabile in termini di *high brain death*, vale a dire di morte corticale.

E come avviene tale "operazione"?

Essa avviene, a nostro avviso, con l'exasperazione della dicotomia tra il dato biologico e quello biografico, quale conseguenza di un nuovo dualismo tutto interno all'uomo che la riformulazione della morte in termini neurologici ha contribuito a riproporre¹¹⁷: quello tra corpo e (il suo stesso) cervello, o meglio, la parte superiore di esso.

¹¹⁷ In tal senso si svilupperanno infatti le critiche di Hans Jonas, come si vedrà più approfonditamente in seguito (vedi *infra* capitolo III).

La giurisprudenza cioè (quantomeno quella ivi considerata), in accoglimento di una visione parcellizzata della realtà che è tipica dell'epoca contemporanea, starebbe confinando il soggetto nella corteccia cerebrale, sulla base del malcelato presupposto che, essendo tale organo il responsabile della coscienza e dunque delle funzioni superiori (quelle cioè di indole volitiva e razionale), ivi risiederebbe la *persona*.

A fronte di ciò, una ulteriore considerazione si impone.

Se l'obiettivo perseguito dal legislatore italiano con l'introduzione della definizione legale di morte di cui all'art. 1, L. 578/1993, poteva individuarsi nella necessità di ricondurre ad unità il sistema¹¹⁸, alla luce di quanto esposto nelle precedenti righe, sembra di potersi affermare che un tale obiettivo non sia stato raggiunto, ma che anzi, la scelta operata con la L. 578/1993 stia conducendo nella direzione diametralmente opposta favorendo una ulteriore "moltiplicazione" delle definizioni di morte all'interno del sistema.

Ivi sembrano infatti oggi convivere tre nozioni di "morte": biologica, legale e giurisprudenziale (ovvero personale).

Partendo dalla seconda, quella "legale", si è visto che essa coincide con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo.

Quanto alla morte "biologica", essa veniva invece comunemente individuata con l'inizio del processo putrefattivo e questo perché in tale momento si può essere certi che l'intero organismo in tutte le sue componenti tissutali e cellulari è entrato in un irreversibile processo di decomposizione.

Si è già tracciata la differenza tra le due evidenziando come la morte legale (o clinica) possa considerarsi la risultante di precise scelte di politica legislativa,

¹¹⁸ Va ricordato infatti che fino all'entrata in vigore della L. 578/1993 vigevano due diverse "definizioni" di morte: l'una formulata in termini neurologici ed applicabile nell'ambito della chirurgia sostitutiva e l'altra, vigente nel contesto ordinario, formulata secondo i previgenti criteri cardio-circolatori.

che la sentenza della Corte Costituzionale, n. 414/1995 ivi esaminata, ha considerato correttamente operate.

Tuttavia, alla luce delle considerazioni svolte alla fine del presente capitolo ed in particolar modo con l'analisi della giurisprudenza più recente, sembra che si stia verificando uno spostamento di significati, per cui le due definizioni appena richiamate paiono sempre più coincidere, con la contemporanea affermazione di una terza definizione di morte, di matrice giurisprudenziale ad esse contrapposta, vale a dire la "morte biografica".

Indispensabile a questo punto è dunque interrogarsi sugli approdi a cui possa condurre la via intrapresa dalla giurisprudenza; una via segnata da un forte riduzionismo mentalista che confina la persona nella sua coscienza, dimenticando che essa è molto più delle sue funzioni mentali ed introducendo una equazione tra vita priva di coscienza, come tale non degna, e morte.

CAPITOLO TERZO

Posizioni filosofiche a confronto

Sommario: 1. Introduzione; 2. Hans Jonas: un pensiero controcorrente; 3. Peter Singer: ripensare la vita o ripensare la morte; 4. Hans Jonas e Peter Singer: prime considerazioni; 5. Robert Spaemann; 6. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Nei precedenti capitoli si è affrontato il tema della morte fondata su criteri neurologici e si è mostrato, non solo come e quando tale concetto si sia affermato, ma anche quali siano le diverse accezioni in cui esso viene inteso, nonché le implicazioni derivanti dal suo accoglimento.

Nel corso della trattazione si è, in modo più o meno esplicito, accennato anche alle critiche mosse alla pacifica e pressoché universale accettazione di siffatto concetto, facendo soprattutto riferimento all'eventualità che esso sia stato concepito al solo scopo di favorire i trapianti di organo, più che essere il risultato di dati empirici di valenza "assoluta"¹. Un ruolo determinante sulla strada che ha condotto all'elaborazione del concetto, ebbe l'oramai noto Comitato di Harvard, al quale si deve appunto la ridefinizione della morte, fondata fino a quel momento sul criterio cardiopolmonare, in termini di "perdita irreversibile delle funzioni encefaliche".

¹ Il virgolettato è d'obbligo, considerato che, una delle caratteristiche precipue della scienza moderna, di cui la morte cerebrale potrebbe considerare paradigma, è rappresentata proprio dal fatto che essa non conosce alcun sapere assoluto e perciò incontrovertibile, ma fornisce solo risposte parziali e comunque sempre rivedibili, risposte che restano "valide" sintantoché non viene dimostrato il contrario, vale a dire sintantoché «falliscono i tentativi di falsificarle», SPAEMANN R., *Ars longa, vita brevis*, cit., p. 255.

Nel presente capitolo quindi, si cercherà di dare conto del dibattito filosofico che su di esso si è sviluppato, dalla sua pubblicazione fino ai giorni nostri.

A tal fine, verranno considerati i contributi di tre personalità che sono state determinanti non solo per l'avvio della discussione, ma anche per l'interesse che hanno destato e per il fatto di aver comunque "attirato l'attenzione" sul tema sollevando la recente riflessione, a dispetto del plauso immediato che la nozione di morte cerebrale ha ottenuto, nonché infine perché le posizioni rispettivamente assunte, che in un certo modo possono considerarsi emblematiche dei diversi approcci sviluppatasi sul tema.

Tali autori sono:

Hans Jonas, che per primo ha avuto il coraggio di sfidare la comunità scientifica mettendo in luce sia le incoerenze insite nella ridefinizione della morte in termini neurologici, sia le spinte utilitaristiche ad essa sottese;

Peter Singer che, seppur criticando la scelta operata dai compilatori del Rapporto di Harvard, una volta ravvisata la natura operativa di tale scelta, ne ha estremizzato le conclusioni giungendo ad affermare che essendo essa una scelta operata in funzione della trapiantologia, allora si sarebbe dovuto ottimizzare i profitti e dunque ammettere l'espianto non solo ai soggetti in morte cerebrale totale, ma anche a tutti coloro che non sono persone perché hanno perso (o non hanno mai avuto o non avranno mai) la funzionalità cerebrale superiore che sola connota la *persona*;

Robert Spaemann, la cui teoria sulla *persona* può costituire a nostro avviso un punto di partenza condivisibile per arginare la pericolosa deriva verso cui la nostra giurisprudenza si sta spingendo nei casi di confine, come si è cercato di mettere in luce nella parte conclusiva del precedente capitolo.

2. Hans Jonas: un pensiero "controcorrente"

La prima voce a sollevarsi contro la proposta della Commissione di Harvard, è quella di Hans Jonas. Egli, già nel settembre del 1968 - quindi solo un mese dopo la pubblicazione del Rapporto - coglie l'occasione di pronunciarsi sull'argomento, durante un convegno sugli "Aspetti etici della sperimentazione sull'uomo"².

La dura critica che il filosofo muove ai medici di Harvard parte dall'analisi del contenuto del Rapporto che, secondo Jonas, avrebbe due scopi, solo uno dei quali potrebbe 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 muove alcuna obiezione. 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 avrebbe nulla "di inquietante"³. Egli sembra far qui riferimento all'opportunità di evitare il cosiddetto "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 isolamento⁴.

² JONAS H., *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, (1985), Torino 1997, p. 167.

³ Ivi, p. 168.

⁴ Si tenga peraltro presente che, nel momento in cui Jonas scrive, la durata di vita per questi pazienti in coma irreversibile, attaccati al respiratore nelle corsie della rianimazione, era stimata intorno a qualche giorno al massimo. Solo ora, in seguito a studi approfonditi e al miglioramento delle tecniche di sostegno vitale, sappiamo che questi soggetti possono vivere anche a lungo, come si è visto nelle pagine precedenti. Vedi *supra*, in particolare i dati relativi agli studi condotti dal dott. Alan Shewmon, di cui al capitolo primo del presente elaborato.

Il Filosofo 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, [poiché: n.d.r.] la morte attraverserà da sé lo spettro di tutte le definizioni possibili»⁵.

A sostegno della sua tesi Jonas riporta peraltro, parte di un discorso tenuto nel 1957 da Papa Pio XII: «quando il coma profondo viene giudicato irreversibile, non è obbligatorio ricorrere a strumenti eccezionali per mantenere il paziente in vita. Il loro uso verrà interrotto, e al paziente verrà permesso di morire»⁶. Pio XII pronuncia quelle parole in un momento in cui, nonostante i progressi nelle pratiche rianimatorie avanzino inesorabilmente, non si è ancora avuta una formulazione teorica completa del coma irreversibile (risalente al lavoro di Mollaret e Goulon del 1959), né tantomeno si è mai parlato di morte cerebrale. Il discorso del Papa viene pronunciato nel 1957⁷ e fa riferimento a quella stessa condizione clinica, che (solo) due anni più tardi verrà descritta come *coma dépassé*, che poi nell'agosto 1968 verrà definita *morte cerebrale* e che in quello stesso frangente sarà equiparata dalla Harvard Committee, alla *morte dell'uomo*.

Appare logico domandarsi, come sia possibile che lo stesso quadro clinico oggi identifichi una condizione di vita e domani, invece, equivalga alla morte. Si

⁵ JONAS H., *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità* (1985), cit. p. 169.

⁶ Citato in JONAS H., *Dalla fede antica all'uomo tecnologico*, cit., p. 204. Queste parole, peraltro, vengono comunemente riprese anche nell'attuale dibattito bioetico sull'accanimento terapeutico, sull'eutanasia e sulle prospettive di fine vita in genere. Nello stesso senso, continua il pontefice: «La ragione naturale e la morale cristiana insegnano che l'uomo (e chiunque abbia l'ufficio di assistere il prossimo) ha il diritto e il dovere, in caso di malattia grave, di adottare le cure necessarie per conservare la vita e la salute [...]. Ma esso [tale dovere] non obbliga, generalmente, che all'impiego dei mezzi ordinari [...], ossia, di quei mezzi che non impongono un onere straordinario per sé stessi o per altri», in MORCAVALLO B., *Morte e persona*, cit., p. 72. Sul tema vedi anche ARAMINI M., *Testamento biologico. Spunti per un dibattito*, Milano 2007, in particolare pp. 57-65.

⁷ Va peraltro qui precisato che, in seguito, lo stesso Pio XII e la Chiesa Cattolica accoglieranno la nuova definizione di morte formulata dal Comitato di Harvard in termini di perdita irreversibile dell'intera funzionalità encefalica.

potrebbe rispondere sostenendo che ciò è connaturato alla natura ed al *modus operandi* della scienza moderna e che il progresso scientifico comporta dei cambiamenti repentini: fino a sessant'anni fa, ad esempio, si moriva di polmonite ed ora questo è impensabile. Ed è proprio questo stesso progresso scientifico che ha affermato a-problematicamente il passaggio dall'equazione coma irreversibile = vita, a quella per cui coma irreversibile = morte cerebrale = morte.

Quanto detto su quella condizione clinica, che Mollaret e Goulon chiamano *coma dépassé* in cui il soggetto è vivo, ora deve essere riferito al coma irreversibile, anzi alla equivalente morte cerebrale, in cui però il soggetto è morto. I fraintendimenti a ben vedere, sono una diretta conseguenza dell'operazione definitoria compiuta dai medici di Harvard che, mutuando le parole di David Lamb, «ha mescolato coma irreversibile e morte»⁸.

L'omonimo Comitato, quindi, ha sancito il cambiamento, limitandosi a piegare la realtà alle esigenze poste dalla contingenza, così come può ritenersi tipico dell'incedere scientifico caratterizzante la modernità. E questo è proprio quello che Jonas condanna in ordine al secondo dei due obbiettivi sottesi al Rapporto di Harvard, che ci apprestiamo a considerare. Egli lo definisce come l'altro «scopo contrapposto in modo inquietante [...] nella ricerca di una nuova definizione di morte»⁹; il Filosofo accusa la Commissione di aver, con la nuova definizione di morte, anticipato arbitrariamente il momento in cui si può dichiarare morto il soggetto, col mascherato (ma non troppo) intento di poter agire sul suo corpo come se fosse un cadavere, quando in realtà egli non è ancora morto.

E questo allo scopo di favorire la pratica dei trapianti, operando su organi e tessuti del paziente in una condizione che, fino a quel momento, si sarebbe chiamata "vivisezione"¹⁰.

⁸ LAMB D., *Il confine della vita. Morte cerebrale ed etica dei trapianti*, cit., p. 40.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

Secondo Jonas, i medici di Harvard si sarebbero arrogati una conoscenza che in realtà non possedevano, quella cioè di stabilire il confine esatto tra la vita e la morte, al solo scopo di rendere leciti determinati interventi in uno stadio della vita, sicuramente prossimo alla morte, che però morte non è. Egli infatti scrive: «[...] una cosa è smettere di rimandare la morte, un'altra cosa è cominciare a fare violenza sul corpo; una cosa è desistere dal protrarre l'agonia, un'altra cosa è considerarla finita, e quindi considerare il corpo come un cadavere pronto per essere sottoposto a ciò che sarebbe tortura e morte per qualunque corpo vivente»¹¹.

Ciò che Jonas condanna è quindi la possibilità, cercata e fornita dalla nuova definizione di morte, di utilizzare il paziente come una cosa a disposizione dei medici, una risorsa, in un momento in cui egli non ha ancora raggiunto la morte, perché si trova ancora in uno stadio che la precede e che di conseguenza, deve definirsi vita.

Non si può cioè pretendere di considerare morto il soggetto ancora vivo, anche se destinato a morire di lì a poco, né tantomeno si può legittimare il mantenimento del sostegno vitale, per l'ulteriore tempo necessario a prelevarne gli organi in condizioni ottimali. Secondo Jonas non è lecito dichiarare morto il paziente e poi, invece di staccare il respiratore e lasciarlo "varcare in pace la soglia", tenerlo ancora attaccato ai macchinari e agli ausili meccanici che mantengono sia lui, che i suoi organi in una condizione di vita.

Il Filosofo ritiene infatti che, «per quanto questo interesse – salvare altre vite – sia autentico, la sua intromissione nel tentativo *teorico* di definire la morte rende tale tentativo impuro; e 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»¹².

¹¹ JONAS H., *Dalla fede antica all'uomo tecnologico*, cit., p. 205.

¹² Ivi, p. 211.

Pertanto, non solo contro le conclusioni cui sono giunti i medici di Harvard, ma prima ancora contro le premesse da cui sono partiti, si sferra la critica di Jonas. È l'utilitarismo intrinseco alla nuova definizione della morte che egli contesta e di ciò egli si convince ancor più quando viene accusato, dalla classe medica, di minacciare la pratica dei trapianti, con i suoi scrupoli e la sua incompetenza di profano¹³.

Costruire la nuova definizione della morte su basi utilitaristiche, inoltre, comporta conseguenze molto pericolose; una definizione sfornita dei presupposti necessari, non può reggere agli insulti che il progresso le sferra. Invero, se il paziente comatoso non viene più considerato come un paziente, ma viene invece definito come cadavere, significa che esso esce dal mondo dalle persone, per entrare in quello delle *res*.

Con il cadavere, sostiene l'Autore, è quindi lecito fare «qualunque cosa svariati interessi spingano a fare. [...] Questo comprende – perché no? – il prolungamento della condizione intermedia – a cui dobbiamo attribuire un nome (“vita simulata?”), poiché quello di “vita” se l'è accaparrato la nuova definizione della morte – da cui dobbiamo cercare di trarre tutto il profitto che possiamo»¹⁴.

Il complesso delle conseguenze che Jonas prospetta è invero – beninteso a nostro avviso – terribile: invece di staccare il respiratore, si potrebbe lasciarlo attaccato e prolungare così artificialmente la vita del deceduto per poi utilizzarlo come banca di ormoni, oppure di sangue o di altre sostanze, insomma come “fonte inesauribile” di ciò che occorre ai vivi. Si potrebbe spingersi anche oltre, usando questo corpo, vivo e morto nello stesso tempo, per la sperimentazione chirurgica, immunologica, farmacologica, per l'istruzione medica, per la dimostrazione e l'esercitazione anatomica e psicologica, per così dire, *in vivo*¹⁵.

¹³ JONAS H., *Dalla fede antica all'uomo tecnologico*, cit., p. 210.

¹⁴ Ivi, p. 215.

¹⁵ E tali conseguenze, paventate da Jonas con grande anticipo, si sono realizzate non solo con la L. 91/1999 relativa alla donazione di organi da cadavere che ammette appunto che l'espianto avvenga mentre il soggetto è ancora attaccato al respiratore cosicché il cuore continui a battere e gli organi

«Godiamo, cioè, dei vantaggi che comporta la disponibilità di un donatore vivo senza gli svantaggi costituiti dai suoi diritti ed interessi (perché un cadavere non ne ha)»¹⁶.

Affinché un tale scenario non si concretizzi, Jonas sostiene che gli interventi come quelli descritti, non dovrebbero essere «per nessun motivo attuati su un corpo umano in una condizione così ambigua o estrema. E la definizione che li consente, facendo apparire come non ambiguo ciò che è a dir poco ambiguo, dovrebbe essere rifiutata»¹⁷.

Non avendo la certezza che il paziente in coma irreversibile è già morto, si dovrebbe propendere per la vita, secondo il brocardo *in dubio pro vita*. Non sapendo dove si trova l'esatto confine tra la vita e la morte, non è sufficiente una definizione a dipanare le incertezze; e a questo scopo non basterebbe, secondo lui, nemmeno la avvenuta cessazione delle funzioni cerebrali, che i medici di Harvard adducono quale primo fondamento della loro scelta¹⁸.

Il coma irreversibile, secondo Jonas, integra una condizione che preclude la riattivazione di qualsiasi parte del cervello in ogni senso, per cui si avrebbe un "organismo come un tutto"¹⁹ meno il cervello, il quale si trova comunque in una condizione di vita, fintantoché resta attaccato ai macchinari: ma anche in questo caso, non ci si dovrebbe domandare se il paziente è morto, bensì «come ci si deve comportare nei suoi confronti, visto che è ancora un paziente? Adesso è a questa

siano profusi, ma paiono diventare sempre più reali alla luce delle istanze volte a legittimare l'uso del cadavere a scopo di studio e ricerca, su cui si è di recente espresso il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Donazione del corpo post mortem a fini di studio e di ricerca*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma 2013.

¹⁶ JONAS H., *Dalla fede antica all'uomo tecnologico*, cit., p. 216.

¹⁷ Ivi, p. 217.

¹⁸ Chiaramente, nel momento in cui l'A. scrive "*Against the stream*", egli si basa sulle affermazioni del Comitato di Harvard, che aveva parlato di morte cerebrale in termini di cessazione irreversibile di tutte le funzioni encefaliche. Giova ricordare che questo lavoro risale al 1970, vale a dire a ridosso della pubblicazione del Rapporto. Molto diversa è la situazione oggi, in cui è stata empiricamente dimostrata la permanenza di determinate funzioni.

¹⁹ JONAS H., *Dalla fede antica all'uomo tecnologico*, cit., p. 214.

domanda che occorre rispondere, sicuramente non con una definizione della morte, ma dell'uomo e di ciò che costituisce una vita umana»²⁰.

Alle suesposte considerazioni, Jonas ne aggiunge due di natura squisitamente filosofica: la prima riguarda il rapporto corpo-cervello, la seconda riguarda invece la moralità del suo (ma anche nostro) tempo.

In ordine alla prima, egli sostiene che la nuova definizione della morte, ripropone il vecchio dualismo anima-corpo, in termini di cervello-corpo. Secondo questa "nuova" impostazione, la persona umana sarebbe «costituita [...] dal cervello, di cui il resto del corpo è un semplice strumento»²¹ e quindi, una volta morto il cervello, rimarrebbero solo spoglie mortali. Jonas, consapevole che nel cervello risiedono le funzioni più elevate della persona, non nega affatto che l'aspetto cerebrale sia comunque decisivo per definire la qualità umana dell'organismo chiamato uomo; ciò che egli contesta è l'identificazione della persona con il suo cervello²².

Secondo lui, il corpo extra-cerebrale deve considerarsi essenziale per l'identità della persona: «il corpo è unicamente il corpo di questo cervello, e di nessun altro, così come il cervello è unicamente il cervello di questo corpo, e di nessun altro»²³. E questo legame inscindibile permane anche nel paziente comatoso, che quindi deve essere considerato come ciò che perdura del soggetto e come tale «ha ancora diritto all'inviolabilità che le leggi di Dio e degli uomini hanno accordato a tali soggetti. Questa inviolabilità impone che non lo si usi come mero strumento»²⁴.

Secondo Jonas, è quindi necessario ritornare ad una definizione della morte che tenga conto di tutte le conoscenze acquisite, al fine di evitare qualsiasi

²⁰ *Ibidem.*

²¹ JONAS H., *Dalla fede antica all'uomo tecnologico*, cit., p. 218.

²² *Ibidem.*

²³ *Ibidem.*

²⁴ *Ibidem.*

indebita violenza sul soggetto (ancora vivo); solo la morte cerebrale, più la cessazione dei battiti cardiaci, più qualunque altra indicazione pertinente, potrà dire qual è il confine tra la vita e la morte²⁵.

La seconda considerazione filosofica è rivolta invece alla società contemporanea. Jonas ne condanna il pragmatismo dominante, di cui l'operato dei medici di Harvard rappresenta chiaramente un emblema.

Egli sostiene che i "ridefinitori"²⁶ della morte, si siano messi al servizio di questo pragmatismo, nel momento in cui hanno dichiarato "già morto" un soggetto che invece si trova nella ambigua zona di confine tra la vita e la morte, al fine di legittimare (per ora) il mantenimento in funzione del respiratore per il tempo necessario a prelevarne gli organi in condizioni vitali.

L'utilitarismo che caratterizza la nostra epoca, sostiene il Filosofo, ci condurrà «a dare via libera a nuove conquiste della tecnica in vista di vantaggi immediati, a piegarci al *diktat* tecnologico della reificazione anche di noi stessi [...]»²⁷.

²⁵ *Idem.*

²⁶ Ivi, p. 219.

²⁷ JONAS H., *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità* (1985), cit., p. 184. L'espressione è tratta dal Post-poscritto al saggio "Against the stream", aggiunto da Jonas nel 1985 (un primo poscritto risale infatti al 1976, vedi JONAS H., *Controcorrente. Osservazioni sulla definizione e ridefinizione della morte*, in ID., *Dalla fede antica all'uomo tecnologico*, cit.). Ci basti qui precisare che nel corso degli anni Jonas ha continuato la sua "battaglia" contro il Rapporto di Harvard, anche se già nel 1985 egli afferma che "la battaglia è persa in linea di principio". Molte delle conseguenze che egli aveva paventato già oltre quindici anni prima, cominciano a diventare realtà: sempre più Paesi adottano, come definizione legale di morte, proprio quella fornita dalla Harvard Committee, legittimando così molti degli interventi che egli aveva solo ipotizzato.

3. Peter Singer: ripensare la vita o ripensare la morte

Un altro autore che si è molto soffermato sul concetto di morte cerebrale è Peter Singer, il quale è stato più volte richiamato anche nel corso delle parti che precedono.

La sua critica è, quantomeno nelle conclusioni, molto diversa da quella di Jonas; i due Autori, infatti, pur condannando entrambi le scelte operate dai medici di Harvard e dunque pur partendo dalle medesime premesse critiche dovute alla non condivisione della nuova nozione di morte cerebrale, giungono a conclusioni diametralmente opposte.

Jonas considera illecito il mantenimento del respiratore dopo l'accertamento della morte cerebrale, al fine di prelevare gli organi in condizioni di vitalità e ritiene opportuno orientarsi verso una definizione di morte che tenga conto di tutte le nuove conoscenze: cioè di morte deve parlarsi solo quando tutti i segni della morte si siano manifestati.

Singer, pur criticando le conclusioni del Comitato di Harvard, ne estremizza le premesse, prima giungendo a proporre una nuova definizione della morte basata sulle sole funzioni superiori e poi avanzando l'idea di tornare alla definizione di morte tradizionale, con la possibilità però di procedere all'espanto in tutti quei soggetti in cui sia irreversibilmente distrutta la coscienza (vale a dire i pazienti in stato di morte corticale, come ad esempio i soggetti in stato vegetativo persistente).

La critica di Peter Singer si diparte dall'analisi dell'incipit del Rapporto di Harvard, in relazione al quale egli rileva – come lui stesso li definisce – “due aspetti degni di nota”²⁸ su cui peraltro egli stesso si baserà per formulare la sua “soluzione migliore”²⁹: il primo è costituito dal fatto che la Commissione avrebbe

²⁸ SINGER P., *Ripensare la vita*, cit., p. 41.

²⁹ SINGER P., *Morte cerebrale ed etica della sacralità della vita*, in BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, cit., p. 99.

taciuto gli scopi reali della nuova definizione di morte in termini neurologici; il secondo è invece costituito dall'indeterminatezza ed imprecisione del contenuto del Rapporto.

Di entrambi questi aspetti si è già detto in precedenza, parlando in particolare delle premesse alla morte cerebrale. Cerchiamo ora di considerarli dal punto di vista di questo Autore, affrontandoli in maniera unitaria.

Innanzitutto Singer sostiene che il Comitato di Harvard, nel ridefinire la morte, ne avrebbe taciuto le reali motivazioni; non avrebbe cioè reso noto che, dietro la ridefinizione della morte, oltre al problema dei numerosi pazienti in coma irreversibile, ci sarebbe stato anche quello di reperire gli organi per i trapianti³⁰. A dimostrazione di questa sua tesi, egli riporta le già ricordate parole di H. Beecher, presidente della Commissione, nonché la versione originale del prologo del Rapporto, in cui appare abbastanza chiaro il legame tra il nuovo concetto di morte e le esigenze poste dallo sviluppo della chirurgia sostitutiva³¹.

Egli, tuttavia, dopo aver criticato la poca franchezza del Comitato di Harvard, non arriva a condannarne gli assunti – come forse ci si sarebbe aspettati³² – ma al contrario sembra fare leva proprio su quelle medesime premesse per portarne agli estremi le conclusioni³³. Come a dire che, se il motivo fondante la loro scelta fosse stato, con franchezza, reso noto per quello che

³⁰ Afferma infatti l'Autore che «[S]e il Comitato raccomanda la nuova definizione di morte, è perché lo status quo crea difficoltà gravi a persone e istituzioni, e impedisce di usare in modo appropriato gli organi delle persone in 'coma irreversibile' per salvare altre vite umane», SINGER P., *Morte cerebrale ed etica della sacralità della vita*, in BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, cit., pp. 101-102.

³¹ Ivi, p. 99.

³² In realtà, considerate le posizioni fortemente utilitaristiche che caratterizzano il pensiero di questo Autore facendolo diventare uno dei maggiori esponenti contemporanei di tale corrente filosofica, rendono le sue conclusioni in ordine alla questione affrontata, se non scontate, quantomeno prevedibili. Egli tuttavia deve la sua notorietà alla teoria sulla *persona*, per una critica completa, si veda PALAZZANI L., *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, cit..

³³ Nello stesso senso, si possono leggere le parole di Paolo Sommaggio, per il quale le critiche di Singer «sembrano finalizzate non alla riconsiderazione, ma ad una radicalizzazione di quelle stesse determinazioni», SOMMAGGIO P., *Il dono preteso*, cit., p. 108.

realmente era, ovvero la necessità di reperire organi in condizioni vitali, allora a tal fine la morte si sarebbe potuta ridefinire anche in termini di perdita delle sole funzioni superiori (cioè come morte corticale).

Ma, facciamo un passo indietro.

Il ragionamento di Singer si diparte dalla constatazione che nel rapporto di Harvard, il Comitato prima afferma l'intenzione di ridefinire come morte il coma irreversibile, facendo esplicito riferimento ai soggetti che non presentano più alcuna attività discernibile del sistema nervoso centrale, ma poi parla degli stessi come di "pazienti permanentemente privi delle facoltà intellettive"³⁴. Sempre nel Rapporto poi la Commissione dichiara che «l'opinione medica responsabile è pronta ad adottare nuovi criteri e a pronunciarsi per la morte della persona quando essa si trovi in uno stato di coma irreversibile per effetto di un danno cerebrale permanente»³⁵.

A questo punto l'autore muove alcune considerazioni: 1) lo stato di coma irreversibile per un danno cerebrale permanente non è sinonimo di morte di tutto il cervello; 2) un danno permanente alle parti del cervello responsabili della coscienza può determinare una condizione nota come stato vegetativo persistente; 3) le ragioni per cui la Commissione propone di ridefinire la morte (il peso enorme per i pazienti, per le famiglie, per gli ospedali, per la comunità e lo spreco degli organi) valgono per tutte le persone in stato di coma irreversibile, non solo per quelle il cui cervello sia morto interamente.

Egli si domanda perché allora la Commissione si sia occupata solo dei malati che non presentano *nessuna* attività cerebrale³⁶: si chiede cioè per quale ragione il Comitato abbia fornito una definizione della morte in termini di totale distruzione dell'encefalo, se poi gli argomenti addotti «valevano sotto ogni

³⁴ In SINGER P., *Ripensare la vita*, cit., p. 43.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

aspetto, per tutti i pazienti permanentemente privi di coscienza»³⁷. Ed è proprio su tale premessa, ovvero sull'incoerenza argomentativa rilevata nelle ragioni portate dal Comitato, che egli costruisce la sua teoria, servendosi di quella stessa incoerenza per spostare l'attenzione, ai fini della ridefinizione della morte, dall'intero encefalo alle sole parti superiori.

Tra le possibili risposte all'interrogativo su presentato, egli immagina che la Commissione abbia agito così perché allora, non essendoci nessuna procedura atta a stabilire con assoluta certezza l'irreversibilità del coma, l'unica soluzione fosse quella di guardare che il soggetto avesse subito una lesione così grave, da impedire ogni attività cerebrale.

Si affretta però a dimostrare che, anche se così fosse stato in origine, alla luce dei successivi sviluppi (avvenuti a partire dalla metà degli anni ottanta), tale ragione non avrebbe ad oggi più alcuna valenza. Egli porta infatti l'attenzione su alcuni fatti di cronaca³⁸ e sui risultati di alcuni studi³⁹, che rendono sorpassata la teoria dei medici di Harvard. Riesce in tal modo ad argomentare che, l'assioma fatto proprio dal Comitato, secondo cui andrebbe prediletta la morte cerebrale totale, non regge più e questo perché: a) non è più vero che in questa condizione i soggetti, anche se attaccati al respiratore, muoiono in brevissimo tempo (con la

³⁷ SINGER P., *Ripensare la vita*, cit., p. 62.

³⁸ Si fa qui riferimento ai casi di Trisha Marshall e Marion Ploch, due donne incinte, dichiarate cerebralmente morte, tenute in vita per il tempo necessario a portare a termine la gravidanza. Cfr. JONAS H., *Una madre morte con un feto vivo in corpo? Due lettere*, in BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, cit., p. 69.

³⁹ Si tratta di alcuni studi condotti in Giappone, i quali hanno dimostrato che, anche nel soggetto dichiarato cerebralmente morto secondo i test standard, non tutte le funzioni del cervello cessano (tra queste, la capacità di produrre alcuni ormoni che contribuiscono a regolare diverse funzioni corporee). Questi studi hanno provato, che in molti soggetti dichiarati cerebralmente morti, persistono alcune funzioni nervose riferibili, in modo particolare, all'ipotalamo e all'ipofisi, una ghiandola che dipende da esso. La distruzione dell'ipotalamo e dell'ipofisi comporta diabete insipido, ma questo non si verifica in circa il 30% dei pazienti. Inoltre, gli studi condotti in Giappone, cui anche Singer fa riferimento, hanno dimostrato che se correttamente stimolato l'ipotalamo continua ad essere reattivo. Cfr. DEFANTI C.A., *Soglie. Medicina e fine della vita*, cit, p. 104.

distruzione dell'intero encefalo viene cioè meno l' "organismo come un tutto integrato"⁴⁰); b) non tutte le funzioni cessano.

La *whole brain death* è quindi una finzione, essa non è più attendibile nemmeno dal mero punto di vista empirico e pertanto, continuare a fondare la definizione di morte, sulla perdita di *tutte* le funzioni cerebrali non ha più alcun senso, poiché così facendo se ne autorizza la dichiarazione sulla base dell'irreversibile cessazione di alcune funzioni cerebrali soltanto.

In altri termini, si insinua «l'idea che, per poter stabilire se una persona è viva o morta, alcune funzioni cerebrali sono importanti mentre altre (per esempio quelle ormonali) non lo sono. Ma se ciò è vero, dobbiamo incominciare a discutere quali funzioni cerebrali sono importanti e perché»⁴¹.

A tale riguardo Singer sostiene che, poiché non si riesce a dimostrare la cessazione irreversibile di tutte le funzioni, ma anzi risulta empiricamente dimostrato che alcune di esse permangono, allora la premessa che vengano meno tutte le funzioni encefaliche è errata, di talché non si potrà più legittimamente procedere sulla base di essa ad una dichiarazione di morte. Sarà pertanto necessario riconsiderare la nozione di morte e – egli si dice Singer – una volta iniziata una tale discussione «ci saranno ovviamente ragioni molto forti per dire (usando gli stessi argomenti messi a punto dalla Commissione di Harvard all'inizio di tutto questo dibattito) che ciò che conta veramente è la perdita irreversibile della coscienza»⁴².

Ed è proprio in tal senso che conducono le argomentazioni di Singer. Egli invero, prima critica le incongruenze del Rapporto di Harvard, poi mette in luce l'inattendibilità e l'infondatezza della morte cerebrale totale confutandone le

⁴⁰ Alla stessa conclusione giungerà anche Shewmon a seguito dell'analisi di numerosi casi di sopravvivenza lunga in un numero considerevole di pazienti, dichiarati cerebralmente morti secondo la nozione di morte cerebrale totale.

⁴¹ SINGER P., *Ripensare la vita*, cit., p. 64.

⁴² *Ibidem*.

premesse scientifiche⁴³, infine, si serve delle restanti premesse etiche per sostenere la necessità di ripensare alla morte in termini diversi, vale a dire come *high brain death*.

La proposta iniziale di Singer è dunque quella di identificare la morte con la perdita della coscienza, giacché è quest'ultima che fa dell'uomo una *persona*. Egli sostiene, infatti, che «a fare della morte del cervello la morte di tutto ciò che apprezziamo, in realtà non siano le funzioni 'integrative' o di 'coordinamento' del cervello stesso, ma invece la sua associazione con la nostra coscienza e con la nostra personalità»⁴⁴.

Si comprende pertanto il fine delle critiche volte ad evidenziare determinate incongruenze del Rapporto di Harvard; dimostrare che, in realtà, anche il Comitato (e la successiva Commissione del Presidente che ne ha confermato le posizioni), ha sempre guardato alle funzioni superiori, pur formulando la morte in termini di perdita totale del funzionamento encefalico⁴⁵.

Per dare però conto fino in fondo del pensiero di Singer, non possiamo tralasciare la sua impostazione successiva. Quella vista fino a qui, è quella presentata nel suo già richiamato "*Ripensare la vita*".

⁴³ Più correttamente, Singer contesta non tanto il contenuto delle premesse scientifiche, quanto piuttosto proprio la loro mancanza. Egli ritiene infatti che aver individuato la morte dell'uomo con la totale distruzione del suo encefalo, costituisca un giudizio etico e non un fatto scientifico. Cfr. SINGER P. *Ripensare la vita*, cit., nonché ID., *Morte cerebrale ed etica della sacralità della vita*, in BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, cit. p. 99.

⁴⁴ SINGER P., *Ripensare la vita*, cit. p. 47.

⁴⁵ Ci pare di poter porre, sulla stessa linea argomentativa, anche un altro passo del testo di Singer. Dopo aver accennato agli sviluppi che a partire dagli anni ottanta hanno investito la questione della morte cerebrale e relativi criteri di accertamento, l'autore fa notare che, alla scoperta che i pazienti dichiarati cerebralmente morti in base ai criteri di Harvard, in realtà mantenevano alcune funzioni encefaliche, il grande pubblico non fece una piega. Egli cioè si chiede perché la gente non si sia indignata, nello scoprire che in quei pazienti, dichiarati morti, alcune funzioni anche importanti per l'organismo, rimanevano integre. E l'autore risponde, sempre in coerenza con la tesi che cerca di argomentare, che molto probabilmente questa assenza di reazioni è dovuta al fatto che, siano cessate tutte o solo alcune delle funzioni cerebrali non cambia le cose, se comunque la coscienza non può essere recuperata. Cfr. SINGER P., *Ripensare la vita*, cit., p. 66.

In un suo lavoro successivo, tuttavia, egli dichiara che forse, «affermare che gli esseri umani muoiono quando perdono irreversibilmente la capacità di essere coscienti è troppo paradossale»⁴⁶ e quindi sviluppa una nuova proposta, che lui stesso definisce “logicamente cogente e rigorosa” e che del resto appare coerente con l’impostazione radicalmente utilitaristica che contraddistingue il suo pensiero.

Il Filosofo suggerisce di abbandonare i criteri neurologici di morte, per tornare a quelli tradizionali; sostenendo però, al contempo, essere moralmente accettabile la sospensione del sostegno vitale, per procedere all’espianto in tutti quei soggetti vivi, che però abbiano perso irreversibilmente la coscienza⁴⁷. Così si ottiene la massima utilità, soddisfacendo anche tutte quelle esigenze sottese alla formulazione del rapporto di Harvard, che però erano state mascherate.

L’errore che Singer imputa al Comitato di Harvard pertanto non è solo quello di aver formulato un giudizio etico, spacciandolo per rivelazione scientifica, ma anche quello per cui, simulando le reali ragioni sottese alla ridefinizione della morte si è compiuta una scelta “di compromesso” che non permette la massimizzazione dei benefici.

Concordando con Paolo Becchi, potremmo dunque affermare che la conclusione teorica formulata da Singer «non influisce tuttavia minimamente sul suo atteggiamento pratico perché Singer giunge, nonostante la sua esplicita presa di distanza dai criteri neurologici di morte, agli stessi esiti pratici di coloro che

⁴⁶ SINGER P., *Morte cerebrale ed etica della sacralità della vita*, in BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l’attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, cit., p. 119.

⁴⁷ Ci sia permesso qui precisare che Singer aveva già avanzato una proposta simile, in relazione ai neonati anencefalici, durante un convegno tenutosi nel febbraio del 1991, presso il Royal Children’s Hospital di Melbourne. In quell’occasione si affrontava il problema della liceità dell’espianto nei neonati anencefalici e nei bambini in stato di morte corticale, allo stato delle cose impossibile perché questi soggetti non soddisfano i criteri di morte generalmente accettati. Essendo favorevole a questo tipo di intervento, Singer suggerì, non già di modificare la nozione corrente di morte nel senso della morte corticale, ma avanzò l’idea di dichiarare legale l’espianto di organi da questi bambini, sicuramente vivi, ma per i quali fosse stata avanzata una diagnosi di anencefalia o di distruzione della corteccia. Cfr. SINGER P., *Ripensare la vita. Tecnologia e bioetica: una nuova morale per il mondo moderno* (1994), cit., p. 66.

oggi sostengono una definizione di morte in termini di perdita irreversibile della coscienza»⁴⁸. Ed è lo stesso Singer ad ammettere che «così facendo, perverremmo allo stesso esito pratico a cui si approderebbe ridefinendo la morte in termini di perdita irreversibile della coscienza»⁴⁹.

In una società come quella contemporanea, in cui è rifiutata l'identificazione dell'*essere umano* con la *persona* e in cui l'idea di *persona* sembra essere entrata in una profonda crisi⁵⁰, una proposta come quella di Singer non pare poi «così lontana dalla realtà da non avere nessuna probabilità di successo»⁵¹, come lui stesso la considera ed anzi, come abbiamo mostrato nella seconda parte del presente elaborato, pare trovare sempre maggior consenso e riconoscimento anche nel dato giurisprudenziale.

Così, secondo l'autore, egli avrebbe elaborato il seguente "giudizio morale trasparente"⁵²: rendere lecito l'espianto da tutti i soggetti privi di coscienza; la possibilità di usarli come serbatoi di organi, con il dovuto consenso.

Ma, una volta ammessa la possibilità di donatori non morti, bisogna chiedersi sino a che punto il criterio della utilità, che sembra aver informato la tematica della morte cerebrale, sia giustificabile⁵³ e perseguibile.

⁴⁸ BECCHI P., *Morte cerebrale e trapianto di organi. Una questione di etica giuridica*, cit. pp. 90-91.

⁴⁹ SINGER P., *Morte cerebrale ed etica della sacralità della vita*, in BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, cit., p. 119.

⁵⁰ In questo senso D'AGOSTINO F., *Parole di bioetica*, cit., p. 147.

⁵¹ SINGER P., *Morte cerebrale ed etica della sacralità della vita*, in BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, cit., p. 120.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ In questo senso SOMMAGGIO P., *Il dono preteso*, cit..

4. Hans Jonas e Peter Singer: prime considerazioni

Si è sino a qui considerato il dibattito filosofico scaturito a ridosso dalla pubblicazione del Rapporto di Harvard.

A questo punto si rendono opportune alcune considerazioni, volte in primo luogo a “riassumere” le posizioni dei due filosofi considerati e quindi ad effettuare qualche ulteriore rilievo, che potrà servire da substrato argomentativo alla parte conclusiva del presente capitolo.

Jonas, contrario fin dall’inizio alla morte cerebrale, l’ha intesa come un’abile ed utilitaristica operazione definitoria della classe medica, imposta per rendere lecito, sui corpi dei pazienti ancora vivi (ma a tal fine dichiarati morti) il prelievo di organi a cuore battente. Il filosofo si dichiara assolutamente contrario a tale tipo di intervento; egli ritiene opportuna una definizione della morte che tenga conto di tutte le conoscenze a disposizione, al fine di evitare che questi soggetti vengano lecitamente “vivisezionati”. Secondo lui, quindi, il trapianto sarebbe possibile solo dopo che il cuore abbia cessato di battere.

Molto diversa è invece la posizione di Singer. Anch’egli critica la ridefinizione della morte in termini neurologici, sostenendo che si tratti non già della risultante di qualche scoperta scientifica, bensì di una chiara opzione etica finalizzata – anche per lui, così come per Jonas – a favorire la chirurgia sostitutiva. Proprio su questa base, Singer all’inizio sostiene l’opportunità di considerare cadaveri anche i soggetti in morte corticale, semplificando: se di utilità deve trattarsi, allora tanto vale massimizzare il profitto.

Nella sua successiva impostazione però egli elabora una teoria diversa: continua ad avversare la morte in termini di perdita irreversibile di tutte le funzioni encefaliche, auspicando però questa volta un ritorno ai criteri classici di morte. Ciò che tuttavia lo distingue profondamente da Jonas è la posizione che egli assume verso la pratica dei trapianti: per lui è perfettamente legittimo il

prelievo di organi a cuore battente, non solo da soggetti in morte cerebrale, ma anche da tutti gli individui in cui sia irreversibilmente distrutta la coscienza.

Ciò premesso, possiamo ora procedere con alcune ulteriori considerazioni.

Innanzitutto, sembra chiaro da quanto detto, che il concetto di morte cerebrale non sia un concetto univoco, né dal punto di vista scientifico⁵⁴, per le ragioni più volte richiamate nella prima parte del presente lavoro, ma nemmeno dal punto di vista bioetico.

Allora, che cos'è la morte, se non la *morte cerebrale*? E ancora, se la morte cerebrale non è la morte, i trapianti *ex mortuo* (che in realtà avvengono da un quasi-morto, ma ancora vivo) sono legittimi⁵⁵?

Come ha sostenuto Jonas, lo sbaglio sotteso al comportamento dei medici di Harvard è stato proprio quello di perseguire due scopi con un unico mezzo, vale a dire l'aver imposto una definizione di morte per agevolare la chirurgia sostitutiva, argomentando che tale nuova definizione potesse risolvere il problema di tutti quei pazienti in coma irreversibile. Il Filosofo ha tuttavia obiettato che, definendo cadaveri degli esseri umani viventi allo scopo di lasciarli legittimamente attaccati al respiratore per il tempo necessario a prelevare i loro organi in condizioni vitali, si sia arbitrariamente anticipato il momento della morte. Vale a dire, che la domanda da porsi non era "ma questi soggetti sono morti?", bensì "come comportarsi con questi pazienti entrati irreversibilmente nel processo del morire, ma ancora vivi?".

Bisogna a questo punto domandarsi se sia davvero possibile dare una definizione della morte. Questo è l'altro punto su cui Jonas sferra le sue critiche:

⁵⁴ Si è visto infatti che i risultati di alcuni studi più recenti hanno anche confutato le giustificazioni empiriche alla teoria dell'integratore centrale, evidenziando che l'organismo "come un tutto integrato" può vivere anche senza un encefalo funzionante; ciò significa che esso, nonostante la sua importanza, non può più fondatamente considerarsi il sistema critico del corpo.

⁵⁵ Questa tematica esula da quella approfondita nel presente lavoro. Riteniamo tuttavia che possa venire, seppur brevemente, ivi affrontata perché comunque strettamente connessa a quella che ne costituisce oggetto precipuo, nonché parte importante delle critiche filosofiche qui considerate.

egli sostiene che non si possa definire ciò che è intrinsecamente indefinibile. Non si può cioè arrogarsi una conoscenza che in realtà non si possiede per rendere lecito ad un “penultimo stadio” quello che solo l’ultimo consentirebbe.

Dobbiamo qui concordare con Singer, quando afferma che scegliere «di registrare la morte in un momento qualsiasi prima che il corpo diventi rigido e freddo [...]» significa pronunciare un giudizio etico⁵⁶. Questo vuol dire, che sotto la definizione di morte che noi prediligiamo, c’è la nostra concezione della vita umana.

Definire la morte del soggetto in termini di perdita della funzionalità cerebrale sicuramente significa attribuire un ruolo determinante all’encefalo, per la vita della *persona*. Parlare di “ruolo determinante dell’encefalo” può essere tuttavia inteso in una duplice accezione: a) considerare l’importanza che esso riveste per la vita dell’individuo, in quanto lo si ritiene il sistema critico dell’organismo; b) ridurre la persona ad una mente pensante e cosciente.

Nel primo caso, come fa notare David Lamb, dire che il cervello è importante, significa affermare che “una persona *non può esistere* se non è dotata di cervello”, non certo “che essa è il suo cervello”⁵⁷. Questa affermazione di Lamb, così apparentemente ovvia, non può tuttavia essere del tutto condivisa, se valutata alla luce delle sue argomentazioni. Invero, quando egli afferma che il soggetto non può vivere “senza testa”, fa riferimento al soggetto in cui sia distrutto il sistema critico dell’organismo, che egli peraltro individua nel tronco encefalico (anziché nell’intero encefalo come vorrebbe il Rapporto di Harvard), secondo la teoria di Pallis. Per argomentare questa sua impostazione Lamb si riferisce al fatto che i soggetti in cui è distrutto il tronco encefalico (*a fortiori* nei casi di morte cerebrale totale), si trovano in una condizione irreversibile da cui non si può ritornare indietro. La morte del cervello, egli sostiene, è cioè il punto

⁵⁶ P. SINGER, *Ripensare la vita. Tecnologia e bioetica: una nuova morale per il mondo moderno* (1994), cit., p. 47.

⁵⁷ LAMB D., *Il confine della vita. Morte cerebrale ed etica dei trapianti*, cit. p. 102.

aldilà del quale, con o senza ausili meccanici, gli altri sistemi non possono più sopravvivere⁵⁸. A tale conclusione si potrebbe fare un duplice ordine di obiezioni: innanzitutto ciò è smentito dai numerosi casi, cui si è accennato sopra, di sopravvivenza anche molto lunga di pazienti in stato di morte cerebrale, il che mostra, che l'“organismo come un tutto integrato” può funzionare anche con un encefalo distrutto. In secondo luogo, dire che la perdita del sistema critico comporta la morte, non significa necessariamente affermare che essa *sia* la morte. L'irreversibilità di quella condizione e la circostanza che ad essa seguirà la morte fornisce una prognosi di decesso, non una diagnosi.

L'encefalo, per quanto importante e sicuramente fondamentale nella vita di un essere umano, in questi termini, cioè con le argomentazioni presentate da Lamb, non sembra quindi essere il parametro giusto su cui fondare una definizione di morte, sempreché, come sosteneva Singer, non si sia scelto questo organo perché ad esso associamo la nostra coscienza e la nostra personalità.

E proprio secondo l'altra accezione, sub lettera b), la persona viene identificata con la sua coscienza: l'attenzione si sposta quindi dall'intero encefalo alla sola sua parte superiore, sul presupposto che ivi sia la sede della coscienza. Ciò significa che, una volta perduta irreversibilmente quest'ultima, il soggetto può considerarsi morto.

Ci pare di poter affermare che questa sia la tesi di Singer (quantomeno secondo la sua prima impostazione). Egli sostiene infatti, che, “senza coscienza, la prosecuzione della vita, non può essere di nessun beneficio⁵⁹”, salvo che gli organi non possano essere donati, così almeno gli altri potranno trarne un qualche giovamento, aggiungeremmo noi.

I sostenitori della definizione della morte in termini di perdita della coscienza argomentano, infatti, che «uno standard di morte neocorticale potrebbe

⁵⁸ Ivi, p. 72.

⁵⁹ SINGER P., *Ripensare la vita. Tecnologia e bioetica: una nuova morale per il mondo moderno* (1994), cit. pp. 208-209.

aumentare in modo significativo la disponibilità e l'accesso ai trapianti, poiché i pazienti (inclusi gli anencefalici) dichiarati morti in base alla definizione neocorticale possono essere conservati biologicamente per anni, invece di poche ore o giorni come nel caso della morte cerebrale totale»⁶⁰. Queste teorie si riferiscono chiaramente ad un concetto di persona, che potremmo definire psicologistico o mentalistico: se persona è soltanto colui che può ragionare, ricordare, pensare al futuro e fare dei progetti, allora bisogna concludere che tutti coloro che non sono in grado di farlo, non sono persone.

Ma, anche ammettendo una conclusione di questo tipo, cosa ci porta a dire che questi esseri umani-non persone devono considerarsi morti?⁶¹

Gli utilitaristi avranno sicuramente interesse a sostenere una teoria siffatta, in quanto essa permette di massimizzare i benefici, minimizzando al contempo i danni. Ma quale deve essere il parametro su cui basare il calcolo costi/benefici? Secondo Singer, gli interessi che devono essere presi in considerazione sono solo quelli dei soggetti in grado di averne, vale a dire i soggetti *senzienti*, cioè coloro che possono percepire, nel senso di "sentire" il piacere e il dolore⁶². Ci sembra logico a questo punto dedurre che i soggetti privi di coscienza, mancando di capacità senziente, non abbiano interessi e quindi possano legittimamente essere utilizzati per il soddisfacimento di quelli altrui.

Ai fini di una definizione di morte, quindi, che si guardi all'encefalo come il sistema critico dell'organismo, sapendo però che ciò non è più asseribile nemmeno in termini di coerenza scientifica, ovvero che si considerino le sole sue parti superiori per stabilire se una persona è viva o morta, in entrambi i casi, la

⁶⁰ SMITH D.R., *Legal issues leading to the notion of neocortical death*, in ARAMINI M., *Testamento biologico. Spunti per un dibattito*, cit., p. 139. E continua l'Autore: «[S]ulla base dell'attuale Uniform Anatomical Gift Act, ciò offre la possibilità che parti o corpi di morti neocorticali possano essere donati e conservati per ricerche a lungo termine, in banche di organi, o per altri fini come test farmacologici o produzione di composti biologici». Ecco gli usi di questi soggetti vivi, considerati morti, che Jonas paventava.

⁶¹ ARAMINI M., *Testamento biologico. Spunti per un dibattito*, cit., p. 50.

⁶² PALAZZANI L., *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, cit.

trattazione si sposta dal piano scientifico a quello suo proprio, cioè quello filosofico.

Tracciare la linea di confine tra la vita e la morte, basandola sul funzionamento cerebrale è, infatti, sotto il profilo biologico, artificiale⁶³.

Seguendo questa logica, bisogna però chiedersi cosa accadrebbe se tornassimo al criterio tradizionale, come da più parti si sostiene. Anche la definizione di morte in termini cardiaci, sarebbe sotto il profilo biologico artificiale perché nel processo del morire, l'arresto della funzione cardiaca è comunque solo una delle tappe intermedie, peraltro ripristinabile con le attuali tecniche della rianimazione. Se ammettiamo che il passaggio dalla vita alla morte, dal punto di vista biologico è un processo, significa che qualsiasi istante si scelga per indicare la morte dell'organismo come un tutto, che sia antecedente a quello della distruzione di tutto l'organismo, comporta un giudizio di valore.

Un giudizio che, se fino a qualche tempo fa sembrava rimesso all'opera del legislatore, ora appare affidato a quella della giurisprudenza, vale a dire a quella del giudice uomo-singolo che si trova a giudicare sulle istanze dei soggetti, ai confini della loro esistenza.

5. Robert Spaemann

Un ultimo autore che intendiamo qui considerare è Robert Spaemann.

Siamo invero persuasi che le sue riflessioni sul concetto di *persona* costituiscano un valido tentativo di superare il relativismo contemporaneo in favore di una concezione unitaria dell'uomo che, valorizzando il nesso indissolubile tra corporeità e pensiero, potrebbe offrire un punto di partenza per

⁶³ In questo senso anche HALEVY A., BRODY B., *La morte cerebrale: riconciliare definizioni, criteri e test*, in BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, cit.

rispondere anche alle questioni bioetiche di fine vita ed in particolar modo a quella posta con il presente lavoro. Vale a dire, non solo e non tanto se la morte cerebrale totale, siccome definita dal nostro legislatore possa considerarsi correttamente la morte dell'uomo, quanto soprattutto se la sua introduzione nel nostro ordinamento non abbia di fatto favorito quel processo – già iniziato con la modernità – di riduzione dell'uomo alla sua sfera cerebrale e di scissione tra individuo e persona, così determinando (e quasi legittimando) un "pericoloso" arretramento della soglia di tutela da riconoscere a quest'ultima.

Di tale fenomeno si è cercato di dare conto nel capitolo precedente in cui si sono ripercorse alcune tappe della nostra giurisprudenza, cercando di evidenziare sia le difficoltà da questa manifestate nell'affrontare la questione sia quell'avvicinamento della giurisprudenza più recente ad una definizione di morte, nei termini "parziali" di morte corticale, legata ad un concetto riduzionistico di *persona* fondato sulla capacità di esercizio delle funzioni superiori che, esasperando il moderno dualismo di matrice cartesiana tra spirito e materia, sembra importarne uno tutto interno all'essere umano che scinde radicalmente tra (coscienza, *rectius*) parte superiore del cervello e resto del corpo.

«Il problema di tutta l'opera filosofica di Spaemann è trovare una via d'uscita a questa dialettica, a questo dualismo»⁶⁴ ecco la ragione per cui si è scelto di ivi considerare il pensiero di questo Autore, nella convinzione – come si è già detto sopra – che lo stesso possa fornire lo spunto per delle riflessioni condivise anche sul tema qui affrontato. Questo vale *a fortiori* alla luce dell'impostazione giurisprudenziale da ultimo considerata, che si innesta a nostro avviso sulle teorie di matrice lockiana cui può ricondursi anche il pensiero di Peter Singer⁶⁵, per le

⁶⁴ ALLODI L, *La trascendenza, "luogo" dell'umano*, in SPAEMANN R., *Persone. Sulla differenza tra "qualcosa" e "qualcuno"* (1996), Roma-Bari 2005, p. X.

⁶⁵ Peraltro, la riflessione di Spaemann in merito allo statuto di *persona* ha come obiettivo polemico proprio le tesi (anche) di Peter Singer di cui si è detto sopra, che cioè riconoscono tale "qualifica" solo a coloro che possiedono e sono in grado di esplicitare determinate facoltà attribuendo conseguentemente solo ad essi dignità.

quali lo *status* di persona andrebbe riconosciuto solo agli individui capaci di manifestare determinate facoltà (tra cui *in primis* la coscienza) attestabili sul piano empirico.

La richiamata visione dicotomica del soggetto, che già Jonas aveva rintracciato nella scelta operata dal Comitato di Harvard, secondo Spaemann è dovuta al fatto che la scienza moderna, seppure prendendo le mosse dal pensiero di Descartes, si sia da questo allontanata, superandolo, con la rinuncia alla fondazione metafisica e con l'accoglimento, piuttosto, di una concezione tipicamente empiristica⁶⁶. Così facendo essa, già impegnata in un processo di oggettivazione del mondo circostante, ha ricompreso anche l'uomo in tale processo e lo ha sottoposto al medesimo trattamento reificante, con la conseguenza di ricondurre anche la *res cogitans*, la parte pensante e spirituale dell'uomo stesso, ad oggetto della "fisica matematizzata"⁶⁷.

La scienza moderna dunque, seguendo i postulati del cartesianesimo, avrebbe compiuto rispetto ad esso un passo ulteriore, prima contrapponendo l'uomo alla natura – quali rispettivamente soggetto e oggetto dell'osservazione scientifica – poi contrapponendo l'uomo con sé stesso in un dualismo tra corporeità e mente pensante (tra materia e ragione), in cui solo la seconda connoterebbe propriamente l'essere umano rendendolo persona, e infine confinando quest'ultima nella parte superiore dell'encefalo. Tale passo ulteriore può imputarsi alla pretesa di spiegare qualsiasi fenomeno in termini di materia e quindi di considerare anche il pensiero, ed in modo precipuo la coscienza, come prodotto del cervello (o meglio, della corteccia cerebrale) aderendo appunto ad un'impostazione schiettamente empiristica di matrice lockiana.

⁶⁶ SPAEMANN R., *Ars longa, vita brevis*, cit., p. 255.

⁶⁷ *Ivi*, p. 253. In questo processo un ruolo determinante vanno assumendo le cosiddette neuroscienze, si veda in tal senso REICHLIN M., *Etica e neuroscienze. Stati vegetativi, malattie degenerative, identità personale*, cit..

La tesi che Spaemann fa risalire a John Locke è infatti il travisamento della definizione boeziana di "persona", «*persona est naturae rationalis individua substantia*», al quale conduce un'interpretazione di tale definizione alla luce del dualismo cartesiano. La teoria di Locke si fonda, secondo il Filosofo, sul seguente argomento: poiché gli esseri umani che comunemente chiamiamo persone hanno "natura razionale", allora dobbiamo dedurre per esclusione che, chi non esprime tale natura, non dovrebbe essere considerato persona⁶⁸. Ma, occorre primariamente capire in che cosa si esprima la natura razionale. Ed è proprio seguendo tale impostazione che gli empiristi si interrogano su quali caratteristiche, attestabili sul piano empirico, possano costituire tale "razionalità" riconoscendo di conseguenza lo *status* di persona solo a coloro che possiedano e manifestino in modo verificabile le facoltà così di volta in volta individuate.

Il problema legato a tale impostazione, evidenzia Spaemann, risiede però nel fatto che per questa corrente filosofica «vi sono soltanto stati di cui abbiamo esperienza interna ed esterna, ma non vi è un sostrato di tali stati»⁶⁹, non vi è in altri termini nulla che li sorregga, che li tenga insieme in una realtà unica, più complessa e che dunque ne anticipi il comparire, sopravvivendo alla loro scomparsa o distruzione⁷⁰.

«L'essere della persona [secondo tale prospettiva: n.d.r.] non inizia dunque con la sua esistenza come organismo umano vivente ma soltanto con il progressivo destarsi di certi stati di coscienza»⁷¹ e allo stesso modo, possiamo

⁶⁸ FAZIO D., *Tutti gli uomini sono persone? Le ragioni di Spaemann*, cit., p. 12.

⁶⁹ SPAEMANN R., *Quando l'uomo inizia ad essere persona?*, in SGRECCIA E., LAFFITTE J. (a cura di), *L'embrione umano nella fase del preimpianto. Aspetti scientifici e considerazioni bioetiche*, Atti della XII Assemblea della PAV, Roma 2007, pp. 214-219: 215.

⁷⁰ Sulla perdita del senso dell'Intero, inteso secondo la classicità, si veda magistralmente CAVALLA F., *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, cit..

⁷¹ SPAEMANN R., *Quando l'uomo inizia ad essere persona?*, cit., p. 215.

dedurre, viene meno con l'affievolirsi o lo scomparire di essi. In altre parole, la persona "occupa" uno spazio temporale ridotto nella vita dell'essere umano⁷².

Prima di vedere quale sia la risposta di Spaemann a tale atteggiamento, occorre vagliarne le implicazioni principali. Si tratta chiaramente di quel riduzionismo cui si è fatto più volte riferimento nel corso della trattazione, che abbiamo ritrovato palese nelle argomentazioni di Peter Singer e che abbiamo colto quale presupposto ideologico anche della nostra giurisprudenza più recente. Tale impostazione determina a nostro avviso delle conseguenze alquanto pericolose per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, poiché riduce una realtà complessa qual è quella dell'essere umano in una sua (o sue più) proprietà, in una facoltà cioè che sicuramente lo caratterizza, ma che altrettanto sicuramente non lo esaurisce nella sua completezza in quanto «[L]'uomo [...] non è mai semplicemente la mera somma dei suoi predicati»⁷³.

In secondo luogo, poiché lega a tale proprietà l'idea di *persona*, facendo altresì dipendere dalla sua sussistenza – garantita solo attraverso la verifica empirica – il riconoscimento della sua dignità, con tutte le conseguenze che possono derivare anche e soprattutto sul piano giuridico. Si assiste cioè ad una trasformazione dell'atto di «riconoscimento delle persone in un atto di cooptazione» poiché si consegnano coloro che "attendono" tale riconoscimento all'arbitrio di coloro che già si ritengono tali⁷⁴.

In contrapposizione alla concezione sin qui esaminata, che riconosce lo *status* di persona solo all'individuo che possieda determinate facoltà e che sia in

⁷² Beninteso, ciò sarà possibile solo ove la morte della persona non venga fatta coincidere con la morte dell'essere umano, attraverso l'accoglimento della accezione di morte formulata in termini di *high brain death* o morte corticale, su cui ci siamo già soffermati *supra*.

⁷³ SPAEMANN R., *Personae. Sulla differenza tra "qualcosa" e "qualcuno"* (1996), Roma-Bari 2005, p. 237.

⁷⁴ SPAEMANN R., *Quando l'uomo inizia ad essere persona?*, cit., p. 217.

grado di esercitarle, Spaemann sostiene la tesi per cui le persone non sono le loro qualità, ma sono coloro che le portano⁷⁵.

A tal fine egli si sofferma sul concetto di *substantia* che rielabora alla luce della filosofia classica aristotelica, riconoscendovi quell'elemento che permane come costitutivo dell'uomo indipendentemente dal comparire o scomparire di determinate facoltà, scelte di volta in volta per ricondurvi (o forse più correttamente, ridurvi) la persona⁷⁶, la sua dignità e conseguentemente per attribuirle tutela.

Spaemann riconduce la *substantia* boeziana all'*hypokeimenon* (letteralmente "ciò che sta sotto") di Aristotele: una realtà "che sta sotto", il sostrato, soggetto del divenire che pur mutando rimane sempre sé stesso. Questo *mistero* si manifesta all'esterno attraverso caratteri e qualità che, nel loro insieme, costituiscono la persona ma non la esauriscono poiché essa non è solo l'insieme o la somma di quelle proprietà, ma essa è tutto ciò, più un qualche cosa d'Altro che tiene insieme tali caratteristiche, poiché le anticipa e le sottende. Questa è anche la ragione per cui, quando si parla della persona si fa riferimento ad un *qualcuno*, non a *qualcosa*, essa *ha* delle qualità, ma non è tali qualità, essa apprende e sviluppa tali qualità nel tempo, ma non può essere ridotta ad una di esse o alla loro somma. Vi sono certo delle qualità che ci spingono a definire gli uomini persone, tuttavia «ciò che chiamiamo persone non sono queste qualità, ma coloro che le portano»⁷⁷.

«Non esiste alcuna qualità che voglia dire essere "persona"»⁷⁸ poiché «l'essere persona non è una caratteristica dell'uomo, ma è il suo *essere*»⁷⁹ che dunque né inizia dopo la nascita⁸⁰ ma neppure viene meno prima della morte

⁷⁵ SPAEMANN R., *Persone*, cit., p. 230.

⁷⁶ SOMMAGGIO P., *La consulenza (Gen)etica*, cit., in particolare pp. 145-146.

⁷⁷ SPAEMANN R., *Persone*, cit., p. 230.

⁷⁸ Ivi, p. 8.

⁷⁹ SPAEMANN R., *Quando l'uomo inizia ad essere persona?*, cit., p. 216.

⁸⁰ Ivi il riferimento è alla concezione cosiddetta "gradualistica" dell'essere *persona* per cui quest'ultima non nascerebbe con la nascita dell'essere umano ma si svilupperebbe in seguito, con il destarsi

poiché tali due accadimenti non sono dei mutamenti accidentali, ma sono mutamenti sostanziali che determinano l'inizio o la fine della persona.

In definitiva «se “qualcuno” esiste [qualcuno, non qualcosa: n.d.r.], egli è esistito da quando esiste questo organismo umano individuale ed egli esisterà fino a che questo organismo vive. L'essere della persona è la vita di un uomo»⁸¹. Ed è qui che Spaemann affronta, seppure solo incidentalmente, la questione della morte cerebrale, affermando che in definitiva «non ha alcun senso dire che la morte cerebrale forse non è la morte dell'uomo, ma la morte della persona. In quanto la persona è l'uomo e non una qualità dell'uomo. Perciò essa non può morire prima dell'uomo»⁸².

La sua condanna del concetto di morte cerebrale sarà dichiarata ed argomentata ampiamente in occasione del Congresso dal titolo “*Signs of death*” organizzato dalla Pontificia Accademia delle Scienze e tenutosi a Roma il 3 e 4 febbraio 2005⁸³. Con il suo intervento, il Filosofo renderà infatti nota la sua contrarietà alla definizione di morte in termini neurologici, affermando come siano state proprio le argomentazioni filosofiche portate a fondamento della sua validità, a convincerlo del contrario⁸⁴. Egli in particolare condanna quelle teorie

progressivo degli stadi di coscienza e si affievolirebbe parallelamente con l'invecchiamento e con la degenerazione mentale e psicologica dell'anziano. Tale concezione può essere ricondotta al pensatore anglosassone Derek Parfit di cui si veda su tutti ID., *Ragione e persone*, (1984), Milano 1989.

⁸¹ SPAEMANN R., *Persone*, cit., p. 241.

⁸² *Ibidem*.

In tono polemico con la concezione empiristica dell'uomo di matrice lockiana di cui si è detto sopra, l'A. ribadisce lo stesso concetto affermando: «[Q]uanto questa concezione si sia diffusa senza che neppure ce ne si accorgesse, lo si può vedere dal fatto che nientedimeno che il Presidente della Conferenza Episcopale Tedesca, intervenendo qualche anno fa nella discussione a proposito della cosiddetta morte cerebrale, affermò che poteva darsi che la morte cerebrale non fosse la morte dell'uomo ma che si trattava comunque della morte della persona» SPAEMANN R., *Quando l'uomo inizia ad essere persona?*, cit., p. 215.

⁸³ Tale intervento si trova ora tradotto nella raccolta pubblicata da Roberto DE MATTEI, SPAEMANN R., *La morte cerebrale è la morte dell'essere umano? Il dibattito in corso*, in DE MATTEI R. (a cura di), *Finis Vitae*, cit., pp. 333-349.

⁸⁴ Ivi, p. 345. La critica di Spaemann investe in particolare le argomentazioni svolte da Edward J. Furton in un articolo pubblicato nell'autunno 2002 dalla rivista “*National Catholic Bioethics Quarterly*” e formulate in aperto contrasto con le teorie del dott. Alan Shewmon.

per cui la differenza tra la vita della persona e la vita del corpo sarebbe diventata, in epoca contemporanea, evidente⁸⁵: tali teorie infatti, fa notare Spaemann, riescono a sostenere la tesi dell'uguaglianza tra morte cerebrale e morte dell'essere umano «soltanto distinguendo tra morte dell'essere umano come persona e morte dell'essere umano come essere vivente»⁸⁶.

Si tratta in altre parole delle medesime argomentazioni addotte da Peter Singer (già richiamate) e da Derek Parfit, argomentazioni che Spaemann non può che condannare, come di fatto fa, anche e proprio alla luce del suo concetto di *persona*.

Come si è visto sopra, le speculazioni di tali autori, di chiara matrice lockiana, si costruiscono sul presupposto per cui le persone esistono solo finché riescono a manifestare ed estrinsecare determinate facoltà – ovvero sono capaci di atti mentali razionali – dal che deriva che esse muoiono nel momento in cui non sono più capaci di atti intellettuali, ancorché l'“organismo come un tutto” funzioni ancora e possa considerarsi dunque vivente. Ebbene, secondo tale impostazione, «senza funzioni cerebrali in atto, l'organismo umano non è nient'altro che un organo danneggiato, il quale mostra ancora qualche espressione di vita»⁸⁷.

Emerge pertanto in modo evidente l'antinomia tra questa impostazione e quella spaemanniana, per la quale ogni separazione tra il dato biologico e quello personale (o potremmo anche dire biografico per richiamarci a quanto visto nelle parti precedenti dell'elaborato) sarebbe insostenibile e condannabile poiché evidentemente riduzionistica e dimentica del fatto che ogni realtà biologica è al contempo qualcosa di personale, così come del resto «anche la realtà personale dell'uomo ha sempre anche un aspetto biologico»⁸⁸.

⁸⁵ Si tratta appunto della tesi sostenuta da Furton, di cui alla nota precedente.

⁸⁶ SPAEMANN R., *La morte cerebrale è la morte dell'essere umano? Il dibattito in corso*, cit., p. 345.

⁸⁷ Ivi, p. 347.

⁸⁸ SPAEMANN R., *Quando l'uomo inizia ad essere persona?*, cit., p. 217.

Secondo l'A. sarebbe dunque del tutto pretestuoso separare questi due elementi intrinsecamente costitutivi dell'uomo ed inscindibilmente legati l'uno all'altro «in quanto tutto ciò che [egli: n.d.r.] è, la sua struttura, anche fisica, i suoi bisogni biologici e le sue aspirazioni spirituali sono inseriti e formano un tutt'uno con l'ottica personale»⁸⁹.

Come è noto infatti, la tesi di Spaemann è che tutti gli uomini, vale a dire tutti gli appartenenti alla specie *Homo sapiens* siano persone⁹⁰ fin dalla nascita a prescindere dal riconoscimento che altri ne facciano e questo perché la loro realtà biologica apre ad una dimensione personale che si estrinseca appunto in una trama di relazioni che vanno aldilà del legame genealogico, pur senza prescindere da questo. «[N]ei rapporti fra esseri viventi, con il *bios* che li accomuna, in specie per l'uomo, si stabilisce un rapporto che si pone come ulteriore alla stessa animalità; la genealogia, la parentela non sono mere espressioni biologiche ma generano simultaneamente relazioni interpersonali che durano tutta la vita»⁹¹.

Alle considerazioni svolte sin qui, riteniamo opportuno aggiungerne una ulteriore, legata al concetto di dignità.

Abbiamo visto nelle battute finali del precedente capitolo quale sia la "china pericolosa"⁹² che si rischia di rasentare (e che nel nostro convincimento anche parte della recente giurisprudenza sta rasentando) nel momento in cui si lega la dignità della persona alla qualità della sua vita, facendo a sua volta dipendere quest'ultima dalla sussistenza di determinate funzioni e dalla effettiva manifestazione di determinati caratteri.

⁸⁹ FAZIO D., *Tutti gli uomini sono persone? Le ragioni di Spaemann*, in "Cultura & Identità", 2012, IXX, p. 12.

⁹⁰ Emerge qui chiaramente la distanza tra il pensiero di Spaemann e quello di Peter Singer sopra considerato, per il quale invece attribuire la dignità di persona ai soli appartenenti alla specie umana costituirebbe una ingiustificata forma di specismo in quanto «[N]on tutti i membri della specie *Homo sapiens* sono persone, e non tutte le persone sono membri della specie *Homo sapiens*», SINGER P., *Ripensare la vita. Tecnologia e bioetica: una nuova morale per il mondo moderno*, cit., p. 208.

⁹¹ Ivi, p. 13.

⁹² MANTOVANI F., *La proclamazione dei diritti umani e la non effettività dei diritti umani (accanimento contro la vita o cultura della vita?)*, cit..

Ciò comporta, una limitazione ingiustificata della cerchia di coloro che vengono riconosciuti come persone comportando conseguentemente una indebita sottrazione dall'ambito della tutela per tutti coloro che non siano ancora, o non siano più, *persone* perché mancanti delle caratteristiche ritenute necessarie per essere riconosciuti come tali.

Anche su questo punto ci pare che le osservazioni di Spaemann, di nuovo in palese contrasto con la posizione di Peter Singer sopra considerata, possano offrire degli spunti di riflessione non trascurabili.

Egli sostiene che l'essere persona sia *l'essere* dell'uomo e non una caratteristica che altri gli riconoscono sulla base della presenza di determinate qualità o attributi – peraltro empiricamente dimostrabili – di talché anche «la sua dignità è del tutto indipendente dalla “funzione”»⁹³.

Infatti, il suo argomento «contro l'idea di legare l'essere persona alla presenza effettiva di determinate caratteristiche si basa sull'osservazione che ponendo tale condizione, si trasforma l'atto di riconoscimento delle persone in un atto di cooptazione»⁹⁴ e si consegna, come si è già detto, «coloro che arrivano dopo, all'arbitrio»⁹⁵ di coloro che già si ritengono tali e che già si riconoscono fra loro.

Invero, «fissare in modo ingiustificato, al principio della vita, un momento nel quale tale riconoscimento abbia inizio porta inevitabilmente a stabilire in modo altrettanto ingiustificato un termine nell'ultimo stadio della vita»⁹⁶.

Il rischio paventato da Spaemann, ci pare di poter concludere, è che in tale prospettiva dignità e tutela non siano diritti incondizionati, ma divengano «una pura questione di potere»⁹⁷ cui è sottoposto lo stesso *an* non solo della persona ma

⁹³ SPAEMANN R., *Natura e ragione. Saggi di antropologia* (1987), Roma 2006, p. 38.

⁹⁴ SPAEMANN R., *Quando l'uomo inizia ad essere persona?*, cit., p. 217.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ SPAEMANN R., *Quando l'uomo inizia ad essere persona?*, cit., p. 216.

⁹⁷ *Ibidem*.

dello stesso essere umano. Infatti, se l'unica destinataria di tutela e di diritti è la *persona*, nessun rilievo è riconosciuto all'individuo che, in conseguenza alla visione antropologica dualistica di stampo cartesiano, risulta oggi dalla stessa completamente separato in quanto mero agglomerato di processi biologici dotati di una qualche utilità per la persona sintantoché questa sia presente e lo voglia.

Secondo il Filosofo, anche la morte cerebrale sarebbe il precipitato di questa impostazione ed anzi, a ben vedere, questa dicotomia sarebbe secondo lui la sola premessa su cui si può ancora fondatamente affermare che la morte cerebrale indichi la morte dell'uomo. Egli infatti sostiene che la *whole brain death* non sia più di fatto sostenibile e che dunque, se si vuole continuare ad accettare la formulazione della morte in termini neurologici, l'unica scelta coerente sia quella di accogliere la nozione di *high brain death*⁹⁸.

L'insostenibilità della morte cerebrale totale sarebbe divenuta evidente e comprovata secondo Spaemann da un duplice ordine di fattori: in primo luogo essa contraddice l'apparenza, cioè la naturale percezione della realtà, per cui un corpo caldo in cui è mantenuta l'unità integrativa seppure con l'ausilio delle macchine, che cresce e si sviluppa, che può portare a termine una gravidanza e che necessita di essere immobilizzato per procedere all'espianto non può essere considerato un cadavere; in secondo luogo, anche le ragioni avanzate dalla scienza medica convergono con quelle del senso comune, poiché è stato dimostrato (il riferimento è soprattutto agli studi del dott. Alan Shewmon) che l'unità integrativa è una caratteristica olistica che coinvolge la mutua interazione tra tutte le parti e non è presieduta dall'encefalo, quale organo sovraordinato che impartisce ordini ad una collezione di tessuti e organi altrimenti privi di qualsivoglia integrazione.

⁹⁸ SPAEMANN R., *La morte cerebrale è la morte dell'essere umano? Il dibattito in corso*, cit., pp. 339-340. Ed egli parla di coerenza proprio con riferimento alle teorie di Singer e Parfit che, sebbene molto lontane dalla sua impostazione ed anzi in palese contrasto con essa, dichiarano spirata la persona ma non considerano per questa ragione già morto l'essere umano (ivi, p. 348).

Ciò che secondo l'Autore avrebbe dunque reso possibile l'immediato accoglimento del nuovo concetto di morte, nonché la sua perdurante "validità" sarebbe stata la sua trasformazione in definizione il che l'avrebbe sottratto alla discussione scientifica rendendolo ad essa immune⁹⁹. Il pericolo legato ad un'operazione siffatta, evidenzia Spaemann, è che essa sia stata condotta alla luce di un interesse ben preciso, vale a dire quello del reperimento degli organi per i trapianti e questo, per quanto possa dirsi un interesse legittimo, «rende più difficile la ricerca della verità»¹⁰⁰.

Di fronte a tali argomenti, egli dunque sostiene la necessità di ripensare una tale definizione, in accoglimento di quel principio già invocato da Jonas di fronte al Rapporto di Harvard per cui *in dubio pro vita*¹⁰¹ al fine di evitare che, l'incondizionatezza del diritto ad essere persona e l'incondizionatezza della sua dignità non siano ridotte ad una mera *façon de parler*¹⁰².

6. Osservazioni conclusive

Nel presente capitolo si è cercato di mettere a confronto alcune delle posizioni filosofiche che hanno affrontato in modo esplicito la questione della ridefinizione di morte, siccome ci è pervenuta dalle mani dei compilatori di Harvard. Siamo persuasi che il percorso compiuto attraverso il pensiero di queste tre figure possa offrire un quadro completo dei possibili approcci al tema considerato¹⁰³.

⁹⁹ Ivi, p. 337

¹⁰⁰ SPAEMANN R., *Ars longa, vita brevis*, cit., p. 262.

¹⁰¹ SPAEMANN R., *La morte cerebrale è la morte dell'essere umano? Il dibattito in corso*, in DE MATTEI R. (a cura di), *Finis Vitae*, cit., p. 349.

¹⁰² SPAEMANN R., *Persone*, cit., p. 240.

¹⁰³ Un altro Autore cui, nonostante non sia stato ivi espressamente considerato, va tributato il merito di aver sollecitato il dibattito in Italia, è Paolo Becchi. Egli muove una critica serrata all'operazione definitoria compiuta dal Comitato di Harvard, di cui condanna la sottaciuta opzione utilitaristica,

A fronte dell'analisi compiuta e proprio alla luce della diversità che caratterizza il pensiero di questi Autori, riteniamo possibile in primo luogo affermare l'innegabile natura controversa del concetto di morte basato sulla perdita della funzionalità encefalica. Di fronte ad esso, non si può più fondatamente porsi come se si trattasse di un dato certo ed incontrovertibile e questo impone, ad oggi, la necessità di una riflessione critica che tenga conto di tutte le implicazioni che lo stesso sottende.

L'approfondimento delle posizioni di questi Autori, infatti, ha messo in luce come, sebbene le loro argomentazioni abbiano poi condotto a conclusioni e soluzioni molto lontane le une dalle altre, esse si siano dipartite tutte dalla constatazione della natura utilitaristica della scelta compiuta dai compilatori di Harvard, scelta peraltro sganciata da qualsivoglia scoperta scientifica che ne abbia

affermando che essa sia stata «un abile *escamotage* per considerare giuridicamente decedute persone che, pur versando in condizioni ormai irreversibili, di fatto morte non lo sono ancora», P. BECCHI, *Morte cerebrale e trapianto di organi. Una questione di etica giuridica*, cit., p. 158. La "soluzione" che egli propone potrebbe essere considerata una mediana tra la posizione dei primi due autori sopra considerati. Essa infatti, non può sovrapporsi a quella di Jonas in quanto, diversamente da quest'ultimo, Becchi ammette comunque la possibilità di espiantare gli organi "a cuore battente" e quindi di permettere che il donatore venga lasciato ancora attaccato al respiratore, per il tempo necessario al prelievo dei suoi organi in condizioni ottimali purché egli, debitamente informato, vi abbia acconsentito. Ma la sua tesi non si può nemmeno sovrapporre a quella più estrema di Singer, poiché Becchi, pur ammettendo la possibilità di accelerare il processo del morire dei morti corticali (*id est* soggetti in stato vegetativo permanente) non considera lecito procedere al prelievo da questi ultimi, come invece sostiene Singer. Becchi motiva la sua scelta in ragione del fatto che, considerare eticamente insostenibile la pratica del trapianto, sarebbe commettere lo stesso errore compiuto dal Comitato di Harvard, cioè risolvere un problema etico (quello della liceità dei trapianti) con una presunta definizione scientifica della morte. L'Autore ritiene quindi che, al fine di considerare legittima la pratica dell'espianto "a cuore battente", il donatore sia informato del fatto che il prelievo avviene quando è ancora vivo, nonostante sia entrato irreversibilmente nel processo del morire. Così, la persona pienamente consapevole, potrebbe "dichiarare anticipatamente di sacrificare quel poco che ancora resta della sua vita per gli altri. Donando la sua vita che sta comunque per finire egli consente ad altri di vivere" (ivi. p. 163). Secondo quest'impostazione, sarebbe sufficiente il consenso dell'espiantando a legittimare il prelievo, che però avverrebbe comunque da un soggetto vivo, costituendo così la causa diretta del suo decesso. Come è stato evidenziato (vedi PASQUALUCCI P., *Se la "morte cerebrale" non è la vera morte, sono legittimi i trapianti? A proposito di un recente libro di Paolo Becchi*, cit.), questo da un lato ci porterebbe a considerare il bene vita, tra il novero dei diritti disponibili, il che è in palese contrasto con l'impianto del nostro ordinamento, che ne statuisce – quantomeno formalmente – l'indisponibilità. Dall'altro lato aprirebbe ulteriormente la via a quelle valutazioni di opportunità che sono state proprio alla base della ridefinizione della morte, criticata in premessa.

fondato se non la necessità, quantomeno l'opportunità. Tale assonanza tra le posizioni di pensatori così diversi tra loro – seppure accostabili solo nel momento genetico delle loro riflessioni – non può non destare attenzione, ma soprattutto dimostra, a nostro sommo avviso, come la questione della morte cerebrale debba spostarsi ora sul suo piano naturale, vale a dire quello filosofico.

Invero, «[L]a morte della persona [...] è un evento che non può essere direttamente individuato da nessuna tecnica scientifica o metodica empirica»¹⁰⁴.

Come si è potuto intravedere nel corso delle pagine che precedono, tuttavia, diverso è l'esito a cui è giunta ciascuna di queste tre figure.

Dapprima abbiamo considerato la posizione conservatrice di Hans Jonas che già nel 1970 (e dunque a soli due anni dalla pubblicazione del Rapporto di Harvard) auspicava un "ritorno sui propri passi"¹⁰⁵ scongiurando l'accoglimento della nuova definizione di morte affinché non fossero legittimati su un paziente comatoso, morituro, ma pur sempre vivo, interventi che come tali si sarebbero dovuti qualificare "vivisezione". A questo Autore va sicuramente riconosciuto, non solo il merito di aver colto per primo le insidie intrinseche all'operazione ridefinitoria dei compilatori di Harvard, ma anche di essere riuscito a rappresentare, con una chiarezza ed una lungimiranza disarmanti, quegli scenari che tale operazione avrebbe potuto determinare. Il primo di questi fu proprio l'ingresso della morte cerebrale negli ordinamenti giuridici, come presupposto dell'espanto di organi a cuore battente, rispetto al quale egli aveva avvisato «[D]ata la pressione esercitata dagli interessi della medicina – molti reali e rispettabili – è prevedibile che la licenza che tale definizione implica nella teoria diventerà ineluttabile nella pratica, una volta che essa sia stata riconosciuta ufficialmente. Pertanto, è indispensabile opporsi con ogni mezzo a questo

¹⁰⁴ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso al XVIII Congresso Internazionale della Società dei Trapianti*, http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/2000/jul-sep/documents/hf_jp_ii_spe_20000829_transplants_it.html.

¹⁰⁵ JONAS H., *Dalla fede antica all'uomo tecnologico*, cit., p. 217.

riconoscimento. È la sola cosa a cui sia ancora possibile opporsi; quando le conclusioni pratiche ci parranno allettanti, sarà troppo tardi»¹⁰⁶.

E quanto da Jonas paventato nei suddetti termini può dirsi emblematicamente riassunto dalla posizione di Peter Singer, la cui ultima impostazione evidenzia quali siano i rischi che la scelta del Comitato di Harvard ha comportato in modo ancor più chiaro che non la sua prima impostazione. Invero, il fatto che egli non ritenga nemmeno più necessario procedere ad una ridefinizione della morte in termini di *high brain death* per legittimare pratiche come l'espianto di organi da individui in stato vegetativo permanente o da neonati anencefalici, dimostra la portata delle implicazioni cui la scelta dei medici di Harvard "ha aperto le porte".

Aver scisso in due l'essere umano, esasperando l'antico dualismo cartesiano in uno nuovo dualismo puramente materialista, con il cervello che opera in base a principi meccanici¹⁰⁷; aver individuato nella parte superiore dell'encefalo la componente deputata a presiedere alle cosiddette funzioni superiori; aver infine ricondotto a queste (o ad alcune di esse) la persona: tutto ciò inevitabilmente legittima la pretesa di coloro che, come Singer, identificano quest'ultima con determinate funzioni, a trattare il soggetto che versi in morte cerebrale (sia essa formulata in termini di *whole brain – brain stem – neocortical death*) come una *res*, come tale sottratta al riconoscimento di ogni diritto.

Da ultimo si è preso in considerazione il pensiero di Robert Spaemann, il quale suggerisce un ripensamento del concetto di morte cerebrale in vista della *persona* cercando di offrire di quest'ultima una nozione che, aldilà del consenso unanime che sempre più di frequente essa evoca solo formalmente, possa fornire un punto di partenza condiviso, non solo per affrontare il dibattito in corso sulla definizione di morte ma anche e soprattutto per garantire alla persona la dignità

¹⁰⁶ JONAS H., *Dalla fede antica all'uomo tecnologico*, cit., p. 217.

¹⁰⁷ SHEWMON D.A., *Disconnessione tra encefalo e corpo: implicazioni per il fondamento teorico della morte cerebrale*, in DE MATTEI R. (a cura di), *Finis Vitae*, cit., pp. 325-327.

che le spetta in quanto manifestazione del Mistero, come tale irriducibile alla somma delle sue parti o delle sue funzioni.

CONCLUSIONI

Nel percorso intrapreso in queste pagine si è riflettuto sulla questione della morte cerebrale, con particolare riferimento alle implicazioni derivanti dalla sua accettazione, sul piano etico-filosofico, ma anche e soprattutto su quello giuridico.

La riflessione ha preso le mosse dalla considerazione del suo momento genetico, vale a dire dalla pubblicazione del Rapporto di Harvard con cui l'omonimo Comitato ha di fatto equiparato *l'irreversible coma* alla morte dell'uomo, definendo quest'ultima in termini di perdita (*rectius* distruzione) irreversibile della funzionalità encefalica. L'analisi delle premesse di tale operazione ridefinitoria, svolte nella prima parte del testo e quella di alcune posizioni filosofiche sulla stessa formatesi – anche a fronte del dato empirico che ne ha riconosciuto inattendibilità¹ e lacunosità dei presupposti – hanno permesso di estrinsecare talune rilevanti implicazioni legate al suo accoglimento anche nel nostro ordinamento.

Il concetto di morte, siccome formulato dalla Commissione di Harvard (recepito dalla L. 578/1993), invero, lungi dal costituire la risultante di nuove scoperte scientifiche, si è manifestato come una precisa opzione etica². Il morire, globalmente considerato, è infatti un processo in cui si possono individuare diverse tappe: se una di tali tappe e quale di esse debba essere considerata determinante per definire la morte stessa, è un problema di ordine etico-filosofico e non di ordine meramente empirico, per quanto tale sia invece il suo accertamento.

¹ Nel senso che, giova ribadire, vi è attualmente una assoluta discrepanza tra definizione e risultati dei test volti all'accertamento della cessazione di tutte le funzioni, in quanto da tali test emerge proprio la perdurante permanenza di alcune funzioni, cfr. DEFANTI C.A., *La morte cerebrale come paradigma della bioetica*, in BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, cit.

² Peraltro, se non c'è dubbio che i criteri per determinare se la morte si sia verificata e i test connessi siano di competenza della scienza, non vi è altresì dubbio che la definizione del concetto di morte sia di competenza della filosofia. Cfr. VIAFORA C., *La bioetica alla ricerca della persona negli "stati di confine"*, in ID. (a cura di), *La bioetica alla ricerca della persona negli stati di confine*, cit., p. 31.

Il *punctum dolens*, come si è cercato di evidenziare, è che nel momento in cui la teoria posta a fondamento di un tale concetto viene falsificata perché fallaci ne vengono rivelati i presupposti³, la condizione di morte cerebrale, lungi dal rappresentare la «conferma della morte» può al più individuarne la «predizione di imminenza»⁴. Ma, laddove il principio di “conferma della morte” cede il passo a quello della sua “predizione”, la linea che separa la vita e la morte diventa troppo confusa (dal momento che il processo del morire accompagna quello del vivere)⁵ con la conseguenza che l’individuazione di tale momento potrebbe divenire esercizio di arbitrio⁶.

È qui dunque che si manifesta con urgenza la necessità di una riflessione critica, per evitare che di fronte all’ineluttabilità della morte, della fine, o anche solo nel momento in cui essa sembra avvicinarsi, prorompa «l’inno all’inottemperanza, all’uso e all’abuso delle creature»⁷ da qualunque parte esso provenga⁸.

Questo è il timore che è emerso anche dall’analisi del percorso compiuto dalla nostra giurisprudenza. In particolare, se le prime sentenze considerate, hanno messo in luce una certa “difficoltà di equilibrio” nell’affrontare con

³ Il riferimento è qui alla teoria cosiddetta dell’integratore centrale formulata da Bernat Culver e Gert secondo la quale l’encefalo costituirebbe appunto l’organo deputato alla integrazione dell’organismo come un tutto. Tale teoria, si è visto, è stata smentita proprio dagli studi condotti dal neurologo Alan Shewmon, i quali dimostrano che l’organismo come un tutto integrato può sopravvivere anche a fronte di un encefalo irrimediabilmente danneggiato.

⁴ WATANABE Y., *Controversie sulla morte cerebrale in Giappone e i nostri sette anni di esperienza dall’entrata in vigore della legge sul trapianto di organi*, in DE MATTEI R., *Finis Vitae*, cit., pp. 373-374.

⁵ A tale riguardo, anche con riferimento alle problematiche bioetiche di inizio-vita, si parla di un “processo di diluizione dei confini” legato allo sviluppo di nuovi strumenti terapeutici e di sostegno di vita artificiale, in VIAFORA C., *La bioetica alla ricerca della persona negli “stati di confine”*, in ID. (a cura di), *La bioetica alla ricerca della persona negli stati di confine*, cit., p. 21.

⁶ In senso analogo si è espressa taluna dottrina con riferimento alla possibile natura “espropriativa” del trapianto di organi, legata all’impostazione pubblicistica accolta con la L. 91/1999 in relazione alla proprietà del corpo e al potere di disposizione sullo stesso. Di ciò si è dato conto nella prima parte del testo, vedi *supra*, cap. I, in particolare § 6.2.

⁷ GENTILE F., *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova 2006, p. 144.

⁸ È in tal senso che nella seconda parte dell’elaborato si è contrapposto al dispotismo dello “stato-legislatore padrone” quello dei giudici, vedi *supra*, cap. II, § 1.

chiarezza la questione della morte cerebrale, è la giurisprudenza più recente a destare perplessità. Quest'ultima infatti, sembra allontanarsi a tal punto dalla scelta operata dal legislatore, che il concetto di morte che emerge dalle pronunce considerate appare così "parziale" da risultare di fatto riconducibile a quello di morte corticale⁹.

A tale riguardo, la critica che potrebbe essere mossa a quanto ivi sostenuto, è che, in realtà, in tali casi la scelta operata dalla giurisprudenza richiamata sia stata volta solo a garantire l'esercizio del diritto all'autodeterminazione del paziente incosciente e che, pertanto, ciò nulla abbia a che vedere con l'introduzione di un nuovo criterio di morte¹⁰.

Se tale rilievo potrebbe apparire *prima facie* fondato, in realtà, a dimostrare il contrario vi è chiara la concezione antropologica sottesa a quelle pronunce (concezione che si rinviene nella lettura della loro parte motiva): la separazione tra il dato biologico e quello biografico, con la completa irrilevanza del primo sul secondo, è il presupposto esplicito su cui esse si fondano.

Tale separazione trova la sua genesi proprio nella formulazione della morte in termini neurologici.

⁹ È in questo senso che, nel corso delle pagine che precedono, si è cercato di mostrare come dall'imposizione di una definizione legale di morte, ci si stia dirigendo verso una definizione giurisprudenziale della stessa. A tale riguardo si parla di un fenomeno di "giurisdizzazione" della morte in FERRETTI M., BELLOMO A., GRATAGLIANO I., *Il "contratto di Ulisse": considerazioni bioetiche in fatto di "direttive anticipate" e psichiatria*, in "Rivista Italiana di Medicina Legale", IV-V, 2008, p. 1009 ss.. Secondo tale prospettiva, essa diventa ciò che la legge, o la giurisprudenza, afferma che sia. Detto fenomeno, secondo gli Autori sembra doversi imputare al fatto che l'uomo postmoderno ha perso la fiducia nella scienza che, diversamente da quanto accadeva nella modernità, non riesce più a fornire risposte coerenti alle esigenze sorte con lo sviluppo della tecnica. Così, questo ruolo viene ora affidato al diritto con la convinzione che esso sia maggiormente in grado di fornire risposte puntuali in assenza della certezza scientifica. Tuttavia, nemmeno questa operazione è scevra di conseguenze perché anche le leggi, così come le sentenze delle corti supreme sono il frutto di contrattazioni tra ideologie e attori sociali dotati di maggiore o minore potere per sostenerle, di talché, la morte non diviene altro che "ciò che gli attori coalizzati in gruppi di potere decidono che sia".

¹⁰ Peraltro, taluna dottrina ha già dimostrato come, proprio in tali casi di confine anche l'autodeterminazione rischi di trasformarsi in eterodeterminazione (MINGARDO L., *Il diritto di (auto)determinazione. Idee, norme, fatti* (Dissertazione di Dottorato), Università di Padova, Padova 2010, nonché TRIPODINA C., *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del "caso Englaro")*, in "Giurisprudenza Costituzionale", 2008, V, p. 4069 ss.) e tale problema si acuisce, a nostro avviso, nel momento in cui tale diritto di "determinazione" venga affidato ad un "qualcuno di molto lontano" dal soggetto ferito (morente?), sia esso legislatore o giudice.

Infatti, l'aver assunto a *discrimen* tra la vita e la morte del soggetto il funzionamento del suo cervello, sembra aver sostituito al moderno dualismo anima-corpo di matrice cartesiana, che già aveva spezzato l'unità dell'uomo riconoscendo solo alla prima lo statuto dell'essere persona, quello di cervello-corpo sul presupposto che la *persona* sia costituita dal cervello di cui il corpo è mero feticcio. Ma, una volta ammesso questo, sarà un prevedibile *pendant* l'ulteriore riduzione del soggetto al suo supporto mentale ed in particolare alla parte superiore di esso in cui si ritiene si concentrino tutte le facoltà, le capacità e le funzioni (ed in modo precipuo razionalità coscienza e volontà) che rendono l'individuo umano una *persona*.

Il ruolo di quest'ultima, riconosciuta quale *primum movens* dell'ordinamento giuridico e come tale tutelata, implica sicuramente la necessità di individuare e preservare l'essenza personale, di ricercare cioè il dato biografico per non ricadere in un riduzionismo biologista che svilisca l'essere umano al mero dato organico, dimenticando molti dei suoi fondamentali tratti caratterizzanti.

Tuttavia, anche la ricerca dei *signa personae* rischia di essere vana laddove declinata in una prospettiva riduzionistica che materializzi l'essenza personale, confinandola in una determinata parte dell'encefalo¹¹. La conseguenza di un'impostazione siffatta appare evidente: laddove tale "pezzo" smette di funzionare, allora anche la persona cessa di esistere e può venire legittimamente considerata estinta, nonostante il suo corpo sia ancora vivo. In altri termini, mutuando le parole della Corte d'Appello di Milano, la persona muore e ciò che rimane è solo «un corpo avvolto come un semplice oggetto in un'imbracatura»¹².

Il rilievo del dato personale non è ivi posto in discussione, tuttavia non va dimenticato che esso non può prescindere da quello biologico poiché quest'ultimo è anche qualcosa di personale, così come la realtà personale dell'uomo ha sempre

¹¹ Ad un tale risultato sembra condurre oggi anche quel "monismo biologico" che, fomentato dagli studi neuroscientifici, riduce la sfera del mentale al suo sostrato neuronale con una totale riduzione e dissoluzione del pensiero ad un complesso di meccanismi neurologici.

¹² Corte Appello Milano, I sez., 09/07/2008 decr.

anche un aspetto biologico¹³ e dunque il problema emerge non tanto nel momento in cui si cerca una soluzione personalistica in tutti i cosiddetti “casi di confine”, ma nel momento successivo in cui cioè la *persona* viene confinata nelle funzioni che riesce a manifestare e la sua dignità commisurata esclusivamente sulla base di queste.

La dimenticanza del senso dell'intero, la perdita della percezione olistica dell'essenza individuale sostituita dalla visione frantumata e scomposta della realtà, la rinuncia alla prospettiva metafisica che ha caratterizzato la modernità accompagnando quel processo di secolarizzazione che manifesta oggi in modo evidente i suoi tratti peculiari, sono “fenomeni” che trovano nei risvolti legati alla tematica ivi affrontata una chiara esemplificazione.

Le problematiche che la riformulazione della morte in termini neurologici ha scaturito, sembrano mostrare come l'abbandono della dimensione trascendente, (determinato dalla convinzione che questa fosse solo un “legaccio” per l'uomo moderno capace di scandagliare la realtà in ogni sua manifestazione *etsi deus non daretur*) abbia lasciato l'uomo postmoderno in balia dell'arbitrio, sottoponendo la sua condizione di persona all'altrui valutazione basata sui criteri pragmatici elaborati sul dato sperimentale¹⁴.

Ma la persona non è riducibile alla risultante di una verifica empirica, essa sfugge alla quantificazione e alla mentalità calcolante tipica della scienza moderna e quindi non può essere considerata come la mera somma delle sue funzioni, cosiccome non è la somma delle sue componenti organiche.

La parola persona «non è cioè un termine sortale con cui determinati individui possono essere riconosciuti ed inseriti in una classe naturale di

¹³ SPAEMANN R., *Quando l'uomo inizia ad essere persona?*, in SGRECCIA E., LAFFITTE J. (a cura di), *L'embrione umano nella fase del preimpianto. Aspetti scientifici e considerazioni bioetiche*, p. 217.

¹⁴ L'homo faber, infatti, nella convinzione che tutto possa essere conosciuto dalla scienza e dominato dalla tecnica, ha rivolto quella stessa ricerca verso sé stesso finendo così per diventare anch'egli oggetto di conoscenza, appiattendosi così la propria natura al rango delle *res*. Cfr. in tal senso CAVALLA F., *All'origine del diritto al tramonto della legge*, cit., p. 181. Di “reificazione dell'uomo” quale aporia dell'individualismo moderno parla anche GENTILE F., *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano 1984, pp. 223-229.

oggetti»¹⁵ ma è «un nome dignitatis. Chiamare qualcuno persona significa riconoscergli [...] lo status di un fine in sè»¹⁶.

Come ci ha suggerito Spaemann, essa dunque non può essere ridotta all'insieme delle sue manifestazioni o funzioni o caratteri – siano essi organici o intellettivi – poiché essa è l'insieme di queste caratteristiche più un "qualche cosa d'altro" che risulta sfuggente, nascosto e ne custodisce l'unità¹⁷.

La persona è un momento e un luogo della manifestazione di quel Principio, che in essa è presente aldilà di ogni sua determinazione contingente, in quanto la antecede e la trascende costituendola come bene prima di, e condizione di, ogni considerazione che su di essa si può compiere¹⁸.

Solo tenendo a mente questo, l'uomo postmoderno potrà affrontare le sfide che gli vengono poste ai confini dell'esistenza, senza risultarne sconfitto, poiché solo così «potrà essere indagatore rispettoso e insieme audace dei misteri inesauribili dell'Essere che tutto trascende e tutto pervade perché non è da noi misurato ma è la misura nostra e del mondo»¹⁹.

¹⁵ SPAEMANN R., *Quando l'uomo inizia ad essere persona?*, in SGRECCIA E., LAFFITTE J. (a cura di), *L'embrione umano nella fase del preimpianto. Aspetti scientifici e considerazioni bioetiche*, p. 214.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ SOMMAGGIO P., *Una filosofia per la genetica. Due forme di intervento: somatica e germinale. Tre approcci all'umano: materiale, eugenico, metafisico*, in ZANUSO F. (a cura di), *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano 2009, p. 192.

¹⁸ CAVALLA F., *Diritto alla vita, diritto sulla vita. Alle origini delle discussioni sull'eutanasia*, in ZANUSO F. (a cura di), *Il filo delle Parche*, cit., p. 66.

¹⁹ COTTA S., *L'uomo tolemaico*, Milano 1975, p. 141.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Dizionario medico*, Milano 2006.
- AA.VV., *Etica dei trapianti d'organi*, Milano 1991.
- AA.VV., *Eutanasia: opinioni a confronto*, Guida, Napoli 2000.
- AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL, *A definition of irreversible coma*, in "Journal of American Medical Association", 1968, 205, pp. 337-340.
- AGAMBEN G., *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino 1995.
- AGAMBEN G., *L'aperto. L'uomo e l'animale*, Bollati Boringhieri, Torino 2002.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale, I*, Giuffrè, Milano 1992.
- ARAMINI M., *Testamento biologico. Spunti per un dibattito*, Ancora, Milano 2007.
- ARISTOTELE, *L'anima*, (a cura di G. Movia), Bompiani Editore, Milano 2010.
- ALLODI L., *La trascendenza, "luogo" dell'umano*, in SPAEMANN R., *Persone. Sulla differenza tra "qualcosa" e "qualcuno"* (1996), Laterza, Roma-Bari 2005, pp. V-XV.
- ARAMINI M., DI NAUTA S., *Etica dei trapianti di organi. Per una cultura della donazione*, Ancora, Milano 1998.
- ARIES P., *Storia della morte in Occidente*, Rizzoli, Milano 1989.
- BAILO R., CECCHI P., *L'eutanasia tra etica e diritto: principi e pratiche a confronto*, in "Il diritto di famiglia e delle persone", III, 1998, p. 1200 ss.
- BARBIERI M.C., *Stato vegetativo permanente: una sindrome "in cerca di un nome" e un caso giudiziario in cerca di una decisione. I profili penalistici della sentenza Cass. 4 ottobre 2007, sez. I, civile sul caso di Eluana Englaro*, in "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", 2008, I, p. 389 ss.
- BARCARO R., *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.
- BARCARO R., BECCHI P., *La "morte cerebrale" è entrata in crisi irreversibile?*, in "Politica del diritto", 2003, IV, p. 653 ss.

- BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, ESI, Napoli 2004.
- BARCARO R., BECCHI P., DONADONI P. (a cura di), *Prospettive bioetiche di fine vita. La morte cerebrale e il trapianto di organi*, Franco Angeli, Milano 2008.
- BARNI M., *Stato vegetativo persistente: l'ineludibile protagonismo del medico*, in "Rivista Italiana di Medicina Legale", 2001, III, p. 628 ss.
- BARNI M., *La via giudiziaria al testamento biologico*, in "Rivista Italiana di Medicina Legale", 2008, VI, p. 1413 ss.
- BECCHI P., *I segni della morte e la questione dei trapianti*, in "Humanitas", 2010, III, p. 486 ss.
- BECCHI P., *Il principio dignità umana*, Morcelliana, Brescia 2009.
- BECCHI P., *Morte cerebrale e trapianto di organi. Una questione di etica giuridica*, Morcelliana, Brescia 2008.
- BECCHI P., *Morti cerebrali = cadaveri?*, in "Politica del diritto", 2007, III, p. 487 ss.
- BECCHI P., *Tra(i)pianti. Spunti critici intorno alla legge in materia di donazione degli organi e alla sua applicazione*, in "Ragion pratica", 2002, 18.
- BECCHI P., DONADONI P., *Informazione e consenso all'espianto di organi da cadavere. Riflessioni di politica del diritto sulla nuova legislazione*, in "Politica del diritto", 2001, XXXII, p. 267 ss.
- BERTI E., *Mind and soul? Two notions in the light of contemporary philosophy*, in www.casinapiov.va/content/dam/accademia/pdf/sv121/sv121-berti.pdf
- BISCONTINI G. (a cura di), *La morte e il diritto. Il problema dei trapianti d'organo*, ESI, Napoli 1994.
- BISORI L., *Legge 1 aprile 1999. Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti*, in "La legislazione penale", 1999, II, p. 807 ss.
- BRUSKEWITZ F.W., *Un breve riassunto della dottrina cattolica sulla vita umana*, in DE MATTEI R. (a cura di), *Finis vitae, La morte cerebrale è ancora vita?*, Rubettino, Soveria Mannelli 2007.
- BYRNE P.A., *Morte: l'assenza della vita*, in DE MATTEI R., *Finis Vitae, La morte cerebrale è ancora vita?*, Rubettino, Soveria Mannelli 2007.

- CALÒ E., *Caso Englaro: la decisione della Corte d'Appello di Milano*, in "Corriere giuridico", 2008, IX, p. 1290 ss.
- CALÒ E., *La Cassazione "vara" il testamento biologico*, in "Corriere giuridico", 2007, XII, p. 1686 ss.
- CALÒ E., *La nuova disciplina sui trapianti di organi*, in "Corriere giuridico", 1999, pp. 938 ss.
- CANUTO G., TOVO S., *Medicina legale e delle assicurazioni*, Piccin, Padova 1996.
- CAPORALE M., *Al confine tra la vita e la morte: il caso-limite dei bambini anencefalici. Aspetti etici e giuridici*, Milano 1997.
- CARTESIO, *Discorso sul metodo*, Oscar Mondadori, Milano 1993.
- CATTORINI P., *La proporzionalità delle cure mediche per i pazienti in stato vegetativo permanente*, in "Rivista Italiana di Medicina Legale", 2002, II, p. 267 ss.
- CAVALLA F., *All'origine del diritto al tramonto della legge*, Jovene Editore, Napoli 2011.
- CAVALLA F. (a cura di), *Cultura moderna e interpretazione classica. Temi e problemi di Filosofia del Dritto*, Cedam, Padova 1997.
- CAVALLA F., *Diritto alla vita, diritto sulla vita. Alle origini delle discussioni sull'eutanasia*, in ZANUSO F. (a cura di), *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano 2009.
- CAVALLA F., *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, Cedam, Padova 1996.
- CAVALLA F., *Retorica, processo, verità. Principi di filosofia forense*, Franco Angeli, Milano 2005.
- CECCHI R., *Lo stato vegetativo permanente: una questione bioetica aperta*, in "Rivista Italiana di Medicina Legale", 2008, V, p. 973 ss.
- CELOTTO A., *Il bilanciamento tra diritto alla vita e trapiantabilità degli organi al vaglio della Corte Costituzionale*, in "Giurisprudenza italiana", 1996, I, pp. 28-30.
- CHIEREGHIN F., *Dall'antropologia all'etica. All'origine della domanda sull'uomo*, Guerini e Associati, Milano 1997.
- COIMBRA C.G., *Il test di apnea: un 'disastro' letale al capezzale del malato per evitare un 'disastro' legale in sala operatoria*, in DE MATTEI R. (a cura di), *Finis Vitae. La*

morte cerebrale è ancora vita?, Rubettino, Soveria Mannelli 2007.

COCCO G., AMBROSETTI E.M., (a cura di), *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I reati contro le persone*, Cedam, Padova 2007.

COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Definizione e accertamento della morte nell'uomo*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma 1991.

COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Donazione del corpo post mortem a fini di studio e di ricerca*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma 2013.

COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *I criteri di accertamento della morte*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma 2010.

COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Il Comitato Nazionale per la Bioetica: 1990-2005. Quindici anni di impegno. Atti del Convegno di studio*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma 2010.

COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Questioni bioetiche relative alla fine della vita umana*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma 1995.

COPPOLA C., *Famiglia, testamento e prelievi dal cadavere a scopo di trapianto*, in "Famiglia, persone e successioni", 2008, III, p. 199 ss.

COSSUTTA M., *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa*, EUT, Trieste 2011.

COSSUTTA M., *Questioni sull'informatica giuridica*, Giappichelli, Torino 2003.

COTTA S., *Diritto, persona, mondo umano*, Giappichelli, Torino 1989.

COTTA S., *L'uomo tolemaico*, Rizzoli, Milano 1975.

COTTA S., *La sfida tecnologica*, Il Mulino, Bologna 1968.

COTTA S., *Soggetto umano. Soggetto giuridico*, Giuffrè, Milano 1997.

D'AGOSTINO F., *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*, Giappichelli, Torino 2011.

D'AGOSTINO F., *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1996.

D'AGOSTINO F., *Parole di bioetica*, Giappichelli, Torino 2004.

D'AGOSTINO F. (a cura di), *Corpo esibito, corpo violato, corpo venduto, corpo donato. Nuove forme di rilevanza giuridica del corpo umano*, Giuffrè Editore, Milano 2003.

D'AGOSTINO F., PALAZZANI L., *Bioetica. Nozioni fondamentali*, Editrice La Scuola, Brescia 2007.

D'AVACK L., *Il trapianto di organi: aspetti etici e giuridici*, in COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Il Comitato Nazionale per la Bioetica: 1990-2005. Quindici anni di impegno. Atti del Convegno di studio*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma 2010.

DANOVI F., *Giudice, parti e P.M. nel processo ai confini dell'esistenza (quasi una fantasia)*, in "Diritto di Famiglia e delle Persone", 2009, I, p. 132 ss.

DE BLASIO A., *Il trapianto come risposta terapeutica: in Italia, in Europa e negli Usa*, Giuffrè, Milano 2001.

DE MATTEI R. (a cura di) *Finis Vitae. La morte cerebrale è ancora vita?*, Rubettino, Soveria Mannelli 2007.

DEFANTI C.A., *Eluana Englaro: la fine di un incubo?*, in "Bioetica", 2007, IV, p. 107 ss.

DEFANTI C.A., *La morte cerebrale come paradigma della bioetica*, in BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, ESI, Napoli 2004.

DEFANTI C.A., *Soglie. Medicina e fine della vita*, Bollati Boringhieri, Torino 2007.

DEFANTI C.A., *Sugli stati di confine (brain death, brain life) e sull'identità personale nelle malattie cerebrali*, in VIAFORA C. (a cura di), *La bioetica alla ricerca della persona negli stati di confine*, Gregoriana Libreria Editrice, Padova 1994.

DI BITONTO M.L., *A proposito di Eluana*, in "La Giustizia Civile", 2009, XII-XIII, p. 313 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.

DIANESE G., *La nuova disciplina dei trapianti di organi. Commento alla Legge 1° aprile 1999, n. 91*, Simone, Napoli 1999.

DONINI M., *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in "Cassazione Penale", 2007, III, p. 902B ss.

ENGELHARDT H.T., *Manuale di bioetica*, Il Saggiatore, Milano 1991.

FAGIUOLI S. (a cura di), *La questione dei trapianti tra etica, diritto, economia*, Giuffrè, Milano 1997.

FAZIO D., *Tutti gli uomini sono persone? Le ragioni di Spaemann*, in "Cultura & Identità", 2012, IXX, p. 7 ss.

FERRANDO G., *Il principio di gratuità biotecnologie e "atti di disposizione del corpo"*, in "Europa e diritto privato", 2002, III, p. 761 ss.

FERRETTI M., BELLOMO A., GRATAGLIANO I., *Il "contratto di Ulisse": considerazioni bioetiche in fatto di "direttive anticipate" e psichiatria*, in "Rivista Italiana di Medicina Legale", IV-V, 2008, p. 1009 ss.

FINNIS J.M., *Per un'etica dell'uguaglianza nel diritto alla vita. Un commento a Peter Singer*, in BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, ESI, Napoli 2004.

FROSINI V., *"Mors tua vita mea". Accertamento della morte e trapianto di organi e tessuti biologici*, in "Giurisprudenza italiana", 1994, III, p. 257 ss.

FUSCO M., *Eluana vivrà. Per una questione di rito – Gli Ermellini decidono di non decidere*, in "Diritto e giustizia", 2005, IXX, p. 12 ss.

FUSELLI S., *Ragionamento giudiziale e sillogismo. Appunti in margine ad Aristotele*, in CAVALLA F. (a cura di), *Cultura moderna e interpretazione classica. Temi e problemi di Filosofia del Diritto*, Cedam, Padova 1997.

GARRONE G. (a cura di), *Evangelium vitae. Un capolavoro di Giovanni Paolo II*, Gribaudi, Milano 2007.

GAZZONI F., *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. "morte dignitosa"*, in "Diritto e Famiglia", 2009, I, p. 288 ss.

GENTILE F., *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Cedam, Padova 2006.

GENTILE F., *Intelligenza politica e ragion di stato*, Giuffrè, Milano 1984.

GENTILE F., *Legalità Giustizia Giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, ESI, Napoli 2008.

GENTILE F., *Ordinamento giuridico. Tra virtualità e realtà*, Cedam, Padova 2000.

GIOVANNI PAOLO II, *Discorso al XVIII Congresso Internazionale della Società dei Trapianti*, reperibile su: http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/2000/jul-sep/documents/hf_jp-ii_spe_20000829_transplants_it.html.

GIOVANNI PAOLO II, *Evangelium vitae. Il valore e l'inviolabilità della vita umana*, Libreria Editrice Vaticana, Roma 1995.

GIOVANNI PAOLO II, *Fides et ratio. Lettera enciclica circa i rapporti tra fede e ragione*, Libreria Editrice Vaticana, Roma 1998.

GIUNTA F., *La nuova disciplina dei trapianti d'organo: principi generali e profili penali*, in "Rivista Italiana di Medicina Legale", 2001, I, p. 68 ss.

GIUSTI G., *L'eutanasia. Diritto di vivere, diritto di morire*, Cedam, Padova 1982.

GUARNIERI A., *Profili giuridici della fine della vita umana*, in "Responsabilità Civile e Previdenza", 2009, IX, pp. 1707 ss.

HALEVY A., BRODY B., *La morte cerebrale: riconciliare definizioni, criteri e test*, in BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, ESI, Napoli 2004.

HAYASHI N., *Brain Hypothermia Therapy*, in Jpn. Med. Jour. 1996, in www.antipredazione.org.

HEATH I., *Modi di morire*, Bollati Boringhieri, Torino 2008.

JONAS H., *Dalla fede antica all'uomo tecnologico. Saggi filosofici (1974)*, Il Mulino, Bologna 1991.

JONAS H., *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica (1979)*, Einaudi, Torino 2002.

JONAS H., *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità (1985)*, Einaudi, Torino 1997.

LAMB D., *Etica e trapianto degli organi (1990)*, Il Mulino, Bologna 1995.

LAMB D., *Il confine della vita. Morte cerebrale ed etica dei trapianti*, Il Mulino, Bologna 1987.

LAMB D., *L'etica alle frontiere della vita*, Il Mulino, Bologna 1998.

LUNO A.R., *L'accertamento della morte clinica*, www.eticaepolitica.net/bioetica 2006.

MAFFETTONE S., *Il valore della vita. Un'interpretazione filosofica pluralista*, Arnoldo Mondadori Editore, Milano 1998.

MANNI C., *Valore etico e significato sociale della donazione*, in FAGIUOLI S. (a cura di), *La questione dei trapianti tra etica, diritto, economia*, Giuffrè, Milano 1997.

- MANTOVANI F., *Diritto penale*, Cedam, Padova 2001.
- MANTOVANI F., *Diritto penale - parte speciale. Delitti contro la persona*, Cedam, Padova 2005.
- MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Cedam, Padova 1974.
- MANTOVANI F., *La proclamazione dei diritti umani e la non effettività dei diritti umani (accanimento contro la vita o cultura della vita?)*, in "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", 2008, I, p. 40 ss.
- MANTOVANI F., *Luci ed ombre della giustizia (agli occhi del comune cittadino)*, in www.ugci.org.
- MASTROPAOLO F., *Intervento in BISCONTINI G. (a cura di), La morte e il diritto. Il problema dei trapianti d'organo*, ESI, Napoli 1994.
- MICHELETTI D., *La nuova legge sui trapianti. Linee guida e tutela penale*, in "Diritto penale e processo", 1999, p. 549 ss.
- MINGARDO L., *Il diritto di (auto)determinazione. Idee, norme, fatti* (Dissertazione di Dottorato), Università di Padova, Padova 2010.
- MOLINARI G.F., *Criteri per stabilire la morte*, in SPINASANTI S. (a cura di) *La morte umana. Antropologia diritto etica*, Edizioni Paoline, Cinisello Balsamo 1987.
- MORCAVALLO B., *Morte e persona. Un dialogo fra etica medica, bioetica e filosofia morale*, Alfredo Guida Editore, Napoli 1999.
- MORO P., *Dignità umana e consenso all'atto medico. I diritti fondamentali del paziente e il problema della volontà*, in ZANUSO F. (a cura di), *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano 2009.
- MORO P. (a cura di), *Etica Informatica Diritto*, Franco Angeli, Milano 2008.
- MORO P., *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Giappichelli, Torino 2004.
- MORO P., *L'essenza della legge. Saggio sul Minosse platonico*, in CAVALLA F. (a cura di), *Cultura moderna e interpretazione classica. Temi e problemi di Filosofia del Dritto*, Cedam, Padova 1997
- NANNINI U.G., *Valori della persona e definizione legale di morte*, Cedam, Padova 1996.

NERI D., *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità delle persone*, Laterza, Roma-Bari 1995.

NICOLAI S., *Corte Costituzionale*, 27 luglio 1995, n. 414, in "Giurisprudenza italiana", 1996, I.

NICOTRA GUERRERA I., *Il silenzio legale informato nella recente legge sui trapianti: dalla regola coercitiva alla norma pedagogica*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 1999, p. 829 ss.

NORELLI G.A., BUCCELLI C., FINESCHI V., *Medicina legale e delle assicurazioni*, Piccin, Padova 2009.

PALAZZANI L. (a cura di), *Filosofia del diritto e secolarizzazione. Percorsi, profili, itinerari*, Edizioni Studium, Roma 2011.

PALAZZANI L., *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Giappichelli, Torino 1996.

PALAZZANI L., *La secolarizzazione in (bio)etica*, in ID. (a cura di), *Filosofia del diritto e secolarizzazione. Percorsi, profili, itinerari*, Edizioni Studium, Roma 2011.

PALMERINI E., *La nuova legge sui trapianti di organo: prime notazioni*, in "Studium iuris", 1999, II, p. 1311 ss.

PARFIT D., *Ragione e persone* (1984), Il saggiatore, Milano 1989.

PASQUALUCCI P., *Se la "morte cerebrale" non è la vera morte, sono legittimi i trapianti? A proposito di un recente libro di Paolo Becchi*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 2008, IV, p. 673 ss.

PASQUINO T., *Autodeterminazione e dignità della morte*, Cedam, Padova 2009.

PIZZETTI F.G., ROSTI M. (a cura di), *Inizio e fine vita: soggetti, diritti, conflitti*, Giuffrè, Milano 2007.

POGGI F., *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, Carocci, Roma 2013.

PONTIFICIA ACADEMIA SCIENTIARUM, *The signs of death. The Proceedings of the Working Group. 11-12 September 2006*, Città del Vaticano, 2007.

POSSENTI V., *Bioetica e persona in prospettiva filosofica* in VIAFORA C. (a cura di), *La bioetica alla ricerca della persona negli stati di confine*, Gregoriana Libreria Editrice, Padova 1994.

POTTS. M., *L'inizio e la fine della vita: verso la coerenza filosofica*, in DE MATTEI R., *Finis Vitae. La morte cerebrale è ancora vita?*, Rubettino, Soveria Mannelli 2007.

- PRIVITERA S. (a cura di), *La donazione di organi storia, etica, legge*, Roma 2004.
- PUPPO F., *Alcune riflessioni sui limiti della c.d. applicazione automatica della legge. L'esempio del decreto penale di condanna*, in MORO P. (a cura di), *Etica Informatica Diritto*, Franco Angeli, Milano 2008.
- RACHELS J., *La fine della vita. La moralità dell'eutanasia*, Edizioni Sonda, Milano 1989.
- REGGIO F., *La vita come danno. Alcune note in margine ad una recente sentenza in tema di 'diritto a non nascere'*, in ZANUSO F. (a cura di), *Il Filo delle Parche. Opinioni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano 2009.
- REGGIO F., *Qualità della vita & dimenticanza*, in "Studi cattolici", 2009, 581/582, p. 496 ss.
- REICHLIN M., *Etica e neuroscienze. Stati vegetativi, malattie degenerative, identità personale*, Mondadori, Cles 2012.
- RICCI P., *Aspetti medico-legali e penalistici dei trapianti di organo*, in STANZIONE P. (a cura di) *La disciplina giuridica dei trapianti. La legge 1° aprile 1999, n. 91*, Milano 2000.
- RIZ R., *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, Padova 2002.
- ROMANO B., *Relazione e diritto tra moderno e postmoderno. Interpretazione del «Sistema di Universale Dipendenza» con Heidegger e Lacan. Lezioni 1986-87*, Bulzoni Editore, Roma 1987.
- ROUSSEAU J.J., *Il contratto sociale*, Laterza, Roma-Bari 2003.
- RUSSO M.T., *Dal corpo proprio al corpo estraneo: cultura postmoderna e immagini del corpo*, in D'AGOSTINO F. (a cura di), *Corpo esibito, corpo violato, corpo venduto, corpo donato. Nuove forme di rilevanza giuridica del corpo umano*, Giuffrè, Milano 2003.
- SALITO G., *Designazione preventiva dell'amministratore di sostegno e testamento biologico. Nota a Trib. Modena 13 maggio/5 novembre 2008*, in "Iustitia", 2009, II, p. 207 ss.
- SARACENI G., *Diritto e secolarizzazione. Dal tempo della responsabilità al tempo della solitudine*, in PALAZZANI L. (a cura di), *Filosofia del diritto e secolarizzazione. Percorsi, profili, itinerari*, Edizioni Studium, Roma 2011.
- SCUDERI R., *Le identità virtuali. Un fenomeno giuridico postmoderno*, in MORO P. (a cura di), *Etica Informatica Diritto*, Franco Angeli, Milano 2008.

SGRECCIA E., *Manuale di bioetica. Volume I. Fondamenti ed etica biomedica*, Milano 2000.

SHEWMON D.A., *Disconnessione tra encefalo e corpo: implicazioni per il fondamento teorico della morte cerebrale*, in DE MATTEI R. (a cura di), *Finis Vitae. La morte cerebrale è ancora vita?*, Rubettino, Soveria Mannelli 2007.

SHEWMON D.A., *'Morte del tronco cerebrale', 'morte cerebrale' e morte: un riesame critico della loro presunta equivalenza (1998)*, in BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, ESI, Napoli 2004.

SINGER P., *La vita come si dovrebbe. Le idee che hanno messo in discussione la nostra morale*, Il saggiatore, Milano 2001.

SINGER P., *Morte cerebrale ed etica della sacralità della vita*, in BARCARO R., BECCHI P. (a cura di), *Questioni mortali: l'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, ESI, Napoli 2004.

SINGER P., *Ripensare la vita. Tecnologia e bioetica: una nuova morale per il mondo moderno (1994)*, Il Saggiatore, Milano 2000.

SISTO D., *La filosofia dinanzi alla morte. A partire dal rapporto tra tecnica e natura*, in "Lessico ed etica pubblica", 2011, I, p. 117 ss.

SMITH D.R., *Legal issues leading to the notion of neocortical death*, in ARAMINI M., *Testamento biologico. Spunti per un dibattito*, Ancora, Milano 2007.

SOMMA A., *L'accertamento della morte tra scienza e diritto*, in "Corriere giuridico", 1994, IV.

SOMMAGGIO P., *Il dono preteso. Il problema dei trapianti di organo: legislazione e principi*, Cedam, Padova 2004.

SOMMAGGIO P., *Il volto e la maschera: concezione classica e moderna della persona nella esperienza giuridica (Dissertazione di Dottorato)*, Università di Padova, Padova 1999.

SOMMAGGIO P., *La consulenza (Gen)etica. Nuovi miti. Nuovi oracoli. Libertà della persona*, Franco Angeli, Milano 2010.

SOMMAGGIO P., *La finzione del dono putativo*, in D'AGOSTINO F. (a cura di), *Corpo esibito, corpo violato, corpo venduto, corpo donato. Nuove forme di rilevanza giuridica del corpo umano*, Giuffrè, Milano 2003.

SOMMAGGIO P., *Una filosofia per la genetica. Due forme di intervento: somatica e germinale. Tre approcci all'umano: materiale, eugenico, metafisico*, in ZANUSO F. (a cura di), *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano 2009.

SPADAFORA A., *Gli interessi tutelabili tra inizio e fine vita: spunti per una riflessione sistematica*, in "Giustizia Civile", 2009, XI, p. 419 ss.

SPAEMANN R., *Ars longa, vita brevis*, in "Acta Philosophica", 2004, XII/2, p. 249 ss.

SPAEMANN R., *La morte cerebrale è la morte dell'essere umano? Il dibattito in corso*, in DE MATTEI R. (a cura di) *Finis Vitae. La morte cerebrale è ancora vita?*, Rubettino, Soveria Mannelli 2007, pp. 333-349.

SPAEMANN R., *Natura e ragione. Saggi di antropologia* (1987), Edizioni Università della Santa Croce, Roma 2006.

SPAEMANN R., *Persone. Sulla differenza tra "qualcosa" e "qualcuno"* (1996), Laterza, Roma-Bari 2005.

SPAEMANN R., *Quando l'uomo inizia ad essere persona?*, in SGRECCIA E., LAFFITTE J. (a cura di), *L'embrione umano nella fase del preimpianto. Aspetti scientifici e considerazioni bioetiche*, Atti della XII Assemblea della PAV, Libreria Editrice Vaticana, Roma 2007, p. 214 ss.

SPINASANTI S. (a cura di) *La morte umana. Antropologia diritto etica*, Edizioni Paoline, Cinisello Balsamo 1987.

STANZIONE P. (a cura di), *La disciplina giuridica dei trapianti. La Legge 1° aprile 1999, n. 91*, Giuffrè, Milano 2000.

TERESI D., *The Undead. Organ Harvesting, the Ice-Water test, Beating-Heart Cadavers. How Medicine is Blurring the Line between Life and Death*, New York 2012.

TODESCAN F., *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*, Cedam, Padova 1979.

TRICOMI I., *Così la "lunga marcia" verso l'attuazione lascia spazio al regime transitorio*, in "Guida al diritto", 1999, XVII, p. 32 ss.

TRIPODINA C., *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del "caso Englaro")*, in "Giurisprudenza Costituzionale", 2008, V, p. 4069 ss.

TRIPODINA C., *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in CAVINO M., TRIPODINA C. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Giuffrè, Milano 2012.

TUROLDO F. (a cura di), *Le dichiarazioni anticipate di trattamento. Un testamento per la vita*, Gregoriana Libreria Editrice, Padova 2006.

VATTIMO G., *La fine della modernità. Nichilismo ed ermeneutica nella cultura post-moderna*, Garzanti editore, Milano 1985.

VEATCH R.M., in LAMB D., *Il confine della vita. Morte cerebrale ed etica dei trapianti*, Il Mulino, Bologna 1987.

VIAFORA C. (a cura di), *La bioetica alla ricerca della persona negli stati di confine*, Gregoriana Libreria Editrice, Padova 1994.

VIGANÒ F., *Decisioni mediche di fine vita e "attivismo giudiziale"*, in "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", 2008, IV, p. 1594 ss.

VINCENTI U., *Argomenti e decisioni argomentate correttamente*, in CAVALLA F. (a cura di), *Cultura moderna e interpretazione classica, Temi e problemi di Filosofia del Dritto*, Cedam, Padova 1997.

VOLPE G., *Per una dimensione umana della morte: nella medicina e nel diritto*, in "La giustizia penale", 1993, I, 2, p. 154 ss.

WATANABE Y., *Controversie sulla morte cerebrale in Giappone e i nostri sette anni di esperienza dall'entrata in vigore della legge sul trapianto di organi*, in DE MATTEI R. (a cura di) *Finis Vitae. La morte cerebrale è ancora vita?*, Rubettino, Soveria Mannelli 2007.

WEAVER W.F., *Il trapianto di organi vitali dispari. Altruismo secolare? Uccidere è diventata una virtù?*, in DE MATTEI R. (a cura di) *Finis Vitae. La morte cerebrale è ancora vita?*, Rubettino, Soveria Mannelli 2007.

WEBER R., *Il concetto di morte cerebrale e la morte dell'uomo*, in DE MATTEI R. (a cura di) *Finis Vitae. La morte cerebrale è ancora vita?*, Rubettino, Soveria Mannelli 2007.

ZANGANI P., *L'accertamento della morte e prelievi da cadavere*, in "La giustizia penale", 1994, I, p. 287 ss.

ZANUSO F. (a cura di), *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano 2009.

ZANUSO F., *Incontrare l'altro nel dialogo, oltre la tolleranza: infibulazione rituale e tutela dei diritti umani*, in ID. (a cura di), *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano 2009.

ZANUSO F., *L'indisponibile filo delle Parche. Argomentazione e decisione nel dibattito biogiuridico*, in ID. (a cura di), *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano 2009.

ZANUSO F., *Neminem laedere. Verità e persuasione nel dibattito biogiuridico*, Cedam, Padova 2005.

ZIINO D., *Trapianti di organi e principi costituzionali di solidarietà sociale*, in "Il diritto di famiglia e delle persone", 2000, p. 1423.

ZINI F., *La donazione degli organi come problema biogiuridico: il dono della vita come dono alla vita*, in ZANUSO F. (a cura di), *Il Filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano 2009.