

DIRITTO E BIOETICA

Aspetti Giuridici e dell'Assicurazione in tema di
Responsabilità del Medico e della Struttura Ospedaliera,
delle Nuove Tecnologie Genetiche, dell'Ambiente e della
Tutela della Privacy

Cesare Triberti

 **EDIZIONI MAROS** s.a.s.

Proprietà letteraria riservata a norma di legge
Riproduzione anche parziale vietata
© by | ~~XXXXXXXXXX~~ |

PREFAZIONE

Milano, febbraio 2004

Edizioni MAROS

1) RESPONSABILITA' DEL MEDICO E DELLA STRUTTURA.

La responsabilità del medico e, connessa ad essa, la responsabilità concorrente od esclusiva della Struttura sanitaria costituiscono uno dei punti in maggior evoluzione nell'ambito della casistica giuridica odierna.

Pur con l'enfasi propria delle informazioni giornalistiche, è stato osservato che nei prossimi venti anni circa l'80% dei medici operanti in Strutture ospedaliere potranno essere investiti da domande di risarcimento da parte di loro pazienti, domande esperibili sia in sede penale che in sede civile.

Appare quindi evidente come si renda opportuno dedicare una particolare attenzione a tutte le incidenze giuridiche relative a tali fattispecie, soprattutto alla luce dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale sviluppatasi in questi ultimi anni.

Ed occorre evidenziare come la responsabilità del medico sia strettamente correlata al danno alla persona, e quindi come entri necessariamente in gioco un bene primario per l'uomo quale il *bene salute*, bene anche costituzionalmente tutelato.

Di conseguenza, anche l'effetto creditorio, cioè di risarcimento in favore del paziente, dovrà adattarsi al rispetto di un simile diritto, e quindi, accertato il "danno ingiusto", si dovrà operare nella corretta ricerca del nesso di causalità e nella successiva determinazione del danno alla salute stessa concretatesi nelle sue molteplici forme di danno biologico, specifico, morale, ecc. come meglio esamineremo in seguito.

D'altro canto, proprio la specificità della professione del medico implica, maggiormente che per altre prestazioni professionali, alcuni elementi caratteristici della stessa:

- la elevata ripetitività di interventi dello stesso tipo;
- la modesta difficoltà dell'intervento o la sua complessità;
- la presenza o meno di uno specifico obbligo di risultato, assunto espressamente o implicitamente deducibile dalla natura stessa della prestazione;
- la presenza di nuove tecnologie sempre più coadiuvanti nella lotta al male, ma, purtroppo, anche il diffondersi di nuove pericolose malattie;
- la possibilità di interazione fra la professionalità medica ed altre professionalità scientifiche, per la ricerca e la creazione di nuovi sbocchi della medicina, come nell'ingegneria genetica e tutto quanto ad essa connesso o la tutela dell'ambiente.

Il ricorso alle Strutture sanitarie pubbliche o private è diventato una costante della vita sociale, e l'attenzione con cui la spesa e la operatività sanitaria è seguita, sia dallo Stato (e per esso dalle Regioni) sia dal cittadino che necessita (o teme di aver necessità in futuro) di cure è evidente.

Proprio il sempre maggior ricorso alle strutture sanitarie, ai medici di base e alle tecniche di analisi di laboratorio, ha aumentato il contatto professionale medico-paziente, introducendo, da un lato, una sempre maggior conoscenza della medicina, e dall'altro una ripetitività di situazioni, che può portare a "disattenzioni" operative, con tutte le ovvie conseguenze sul paziente.

E ciò soprattutto in presenza di interventi per così dire routinari e di facile esecuzione.

Se poi si sommano gli interventi di alta specializzazione e difficoltà, si può ben comprendere come il quadro di indagine si ampli necessariamente e richieda una particolare attenzione alle conseguenze di ciascun comportamento.

Specchio di quanto scritto è la nota diversità di opinioni: il medico lamenta un ricorso sempre maggiore ad azioni giudiziali anche in presenza di fattispecie, a suo pensare, non giustificanti tali rimedi, il paziente, in presenza di un risultato non ritenuto soddisfacente, ricorre al Magistrato per ottenere un risarcimento del danno patito.

Si tratta di due distinte situazioni, entrambe astrattamente esatte e perfettamente giustificabili secondo i diversi punti di vista, ma le cui ripercussioni finali, nell'ambito della usuale vita di relazione, incidono rilevantemente, e, quindi, implicano una corretta valutazione non solo medica, ma anche giuridica.

Da questa visuale appaiono anche nuove realtà, quali, ad esempio, la definizione di un determinato intervento medico come mirante ad un preciso risultato (l'esempio tipico, come vedremo, è legato alla chirurgia estetica o all'odontoiatria, pur con le ovvie eccezioni, o meglio, stante la regola dell'obbligazione di mezzo, con l'eccezione dell'obbligazione di risultato), oppure la usuale definizione dell'obbligazione medica di semplice mezzo e svincolata dallo specifico obiettivo del risultato.

Parallelamente, i medici devono confrontarsi con la sempre più evoluta ricerca e quindi, devono anch'essi essere parte attiva e primaria di tale attività e della sua concreta applicazione, adeguando la loro preparazione professionale e superando qualsiasi "pigrizia" mentale.

Nuova attività questa, che potrebbe coinvolgere anche altre specializzazioni scientifiche, come la fisica e la chimica, la matematica e l'informatica, e in ordine alla quale non si può estraniare nemmeno il

mondo del diritto, per tutte le implicazioni che sorgono da una simile prospettiva.

Si ricordi, infine, come proprio la specifica connessione fra medico e paziente implichi il sorgere di fortissime incidenze etiche, la cui ripercussione sulla realtà e la pratica del mondo della sofferenza non possa essere disattesa, stante soprattutto la sua inerenza con la vita quotidiana e, quindi, con le ripercussioni legislative, spesso frutto anche dei "tempi" cui appartengono.

Cercheremo pertanto di affrontare nelle pagine che seguono alcuni dei principali aspetti della professione del medico, della incidenza di principi etici in essa, dell'evoluzione del rispetto di ogni livello e forma di vita, ambiente compreso nella sua totalità, per delinearne, ove possibile, e con tutti limiti di questa ricerca, le incidenze giuridiche.

Per l'operatore del diritto, affrontare il rapporto medico - paziente implica una duplice attenzione: la prima è relativa alla normativa vigente, cioè all'applicabilità o meno di precise disposizioni di legge (codici civile e penale compresi) alle concrete fattispecie, la seconda è, invece, relativa, a tutta quell'ampia zona "grigia" che circonda situazioni estreme come la sofferenza e la fine della vita, o la possibile interruzione volontaria della vita di altri esseri.

Ora, procedendo da basi per così dire consolidate, affronteremo inizialmente la mai sopita questione delle responsabilità del medico nella sua professione e la conseguente natura sanzionatoria di quei comportamenti accertati e dichiarati dalla magistratura come "illeciti" (non necessariamente implicanti una sanzione penale) e quindi collegati ad un principio risarcitorio.

1.1) **LA NOZIONE DI DANNO.**

Volendo trattare un argomento delicato come quello della responsabilità del medico, occorrerà porre l'attenzione sulla conseguenza primaria del comportamento del professionista nei confronti del paziente, cioè il danno causato a quest'ultimo a fronte dell'atto medico imperfetto.

Giuridicamente parlando, si osserva come il danno debba essere la conseguenza di un comportamento umano con le peculiarità di cui all'art. 1223 c.c. "Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta".

Ora, l'art. 1223 c.c. è riferito alla responsabilità di natura contrattuale, quella che nasce a fronte di un accordo fra le parti, ma in forza del dettato dell'art. 2056 c.c. "Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227" è estensibile anche alla responsabilità extracontrattuale" (1).

In giurisprudenza è previsto inoltre che la disciplina del codice penale di cui agli artt. 40 e 41 c.p. (2) sia perfettamente applicabile anche all'accertamento del nesso di causalità in ambito civile.

E l'accertamento del nesso di causalità può essere svolto sulla base del ricorso a presunzioni alla logica, alla comune esperienza e a soluzioni intuitive ogni qual volta l'accertamento sul piano tecnico sarebbe estremamente difficoltoso richiedendo elevatissime e specializzatissime cognizioni tecniche (3).

Il tutto ben evidenziato nella decisione che ha statuito come "Con riguardo alla sussistenza del nesso di causalità fra lesioni personali e un intervento chirurgico, al fine dell'eventuale responsabilità risarcitoria dell'autore dell'intervento, ove il ricorso alle nozioni di patologia medica e medicina legale non possa fornire un grado di certezza assoluta, la ricorrenza del suddetto rapporto di causalità non può essere esclusa in base al mero rilievo di margini di relatività, a fronte di un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica" (4).

Inoltre, vista la possibilità di concorso (art. 41 c.p.) di più condotte pregiudizievoli, competerà al magistrato accertare se si verta o meno in presenza di un evento dannoso imputabile a più soggetti.

(1) Vedasi Cass. Sez. Unite, 21.02.2002 n. 2515.

(2) Art. 40 c.p. "Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento, dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione o omissione".

Art. 41 c.p. "Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione o omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento. Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita. Le disposizioni precedenti si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui".

(3) Così Trib. Rovereto 17.1.1969 in un celebre processo contro il direttore di uno stabilimento chimico per lesioni colpose nei confronti di 194 parti lese, lesioni dovute a defluenti dello stabilimento, nel quale il Tribunale decise senza fare ricorso alla consulenza tecnica ma sulla base dell'accertamento del nesso di causalità in forza di presunzioni, regole di esperienza e procedimenti logici. Estremamente decisa una valutazione del Tribunale a fronte della irrilevanza ed inammissibilità della perizia e della valutazione tecnica: "La realtà è che questo è un tribunale e non una Commissione di studi".

(4) Così cass. 16.11.1993 n. 11287.

stabilendosi "altresì l'efficienza causale di ciascuna condotta, ovvero se si sia in presenza di una pluralità di eventi dannosi" (5).

Sulla base di quanto brevemente esaminato, si può ora pervenire alla valutazione della conseguenza dell'evento dannoso: il danno.

Il termine danno evoca di per se stesso una situazione spiacevole, negativa, portatrice di ripercussioni non certo positive che influenzano sia la sfera soggettiva di chi il danno subisce, che quella di chi il danno abbia causato.

Quindi: un effetto lesivo, un effetto negativo sul soggetto danneggiato ed infine il risarcimento del danno patito dal danneggiato.

Nel presente lavoro il concetto di danno sarà sempre immanente in quanto accompagnerà, come realmente nella vita quotidiana accompagna, tutto l'iter dell'attività professionale del medico, della struttura per la quale svolge la propria professione, dei suoi collaboratori, dei pazienti, dei soggetti legati da vincoli di parentela o affinità a questi ultimi, ed infine sarà accanto a tutte quelle forme nuove di sperimentazione medica o ambientale o di intervento diretto sull'ambiente stesso, che possano produrre riflessi negativi sia sul singolo che sulla comunità.

In questa prima parte del lavoro affronteremo, pur per sommi capi, la problematica del danno alla persona, quale fonte di responsabilità per chi l'abbia causato e di diritti di risarcimento per chi l'abbia patito.

La questione non è di poco conto, ed è stata oggetto di travagliate, e non sempre concordanti, analisi da parte degli autori di diritto e della giurisprudenza, che sovente hanno battuto strade diverse.

Va comunque riconosciuto che i Giudici, anche attraverso la Corte Costituzionale, e soprattutto tramite le numerosissime sentenze di merito civili e penali, hanno tracciato una precisa area di influenza.

Sin dagli anni sessanta gli interpreti si sono posti il problema di sviscerare le questioni connesse al concetto di "ingiustizia del danno" e superare il principio sino a quel momento consolidato che tale danno ingiusto fosse di esclusiva pertinenza dell'area della responsabilità aquiliana del pregiudizio cagionato con la lesione di un diritto assoluto (6), e quelle connesse al problema della imputazione della responsabilità "con l'apertura alla responsabilità oggettiva, con la successiva stagione della responsabilità civile arriva sino ai giorni nostri" ed è "caratterizzata proprio dalle riflessioni circa il rilievo risarcitorio del pregiudizio alla persona che non si concreti in una

(5) Così cass. civ. 4.2.1992 n. 1147.

(6) Sul punto vedasi: Cassazione sentenza 11 dicembre 2000 n. 15580.

perdita patrimoniale accertabile secondo i classici criteri della differenza patrimoniale negativa” e quindi affrontando il serio ostacolo che si frapponeva alla risarcibilità del danno alla persona in tutti i casi in cui il pregiudizio fosse cagionato da un comportamento illecito che, però, non integrasse gli estremi del reato (7).

Tutto ha subito una svolta incisiva con la Sentenza della Corte Costituzionale 14.7.1986 n. 184, che, intervenendo in merito all'art. 2059 c.c., ha statuito “Posto che: l'art. 2059 c.c. attiene esclusivamente ai danni morali subiettivi e non esclude che altre disposizioni prevedano la risarcibilità del danno biologico per sé considerato: b) il diritto vivente individua nell'art. 2043 c.c., in relazione all'art. 32 cost. la disposizione che permette la risarcibilità in ogni caso di tale pregiudizio, è infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c. nella parte in cui prevede la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dalla lesione del diritto alla salute soltanto in conseguenza di un reato, i riferimenti agli artt. 2, 3, 24 e 32 cost.”.

Entrava così prepotentemente in campo la nozione di danno biologico.

Correttamente è stato osservato come sussistano diversi criteri di danno, tra cui (8):

1. danni alla salute psicofisica con riflessi peculiari: lesioni alla persona che si traducono in esborsi pecuniari o comunque con incidenza sul reddito futuro del soggetto leso;
2. danni alla salute psicofisica indipendenti dai riflessi pecuniari, e quindi senza far riferimento ai loro riflessi negativi sul patrimonio e sul reddito del soggetto offeso;
3. danni da sofferenze (considerate indipendentemente dalle lesioni in sé alla salute) con riflessi peculiari: affezioni, dolori, turbamenti, che si traducono in mancati guadagni e che comunque hanno influenza negativa sul reddito del danneggiato;
4. Danni da sofferenze che, a differenza di quelli di cui al punto precedente, sono indipendenti da incidenze pecuniarie;
5. Danni da sofferenze sofferte da soggetti diversi dal danneggiato, e come tali qualificabili “danni riflessi”.

I danni di cui ai punti 1 e 3 sono i così detti *danni patrimoniali*, la cui risarcibilità è stabilita dagli artt. 1223, 126 e 2043 c.c., i danni di cui

(7) Sul punto vedasi: A. D'Adda, I nuovi assetti del danno alla persona: dal danno biologico al “danno esistenziale”, Responsabilità civile e previdenza, Giuffrè Ed., Milano, 2002, pag. 340 e ss.

(8) Vedasi: P. Monateri – M. Bona, Il danno alla persona, Cedam, Padova, pagg. 2-3.

al punto 4 sono stati definiti come *danni non patrimoniali o morali*, ed infine nell'ambito di cui al punto 2 sono ricomprendibili i *danni biologici o alla salute*.

Tali ultimi danni non sono però limitati alla semplice lesione dell'integrità fisica, ma rispecchiano anche il danno psichico, rientrando anche nell'ipotesi sub. 5 (9).

Quindi la salute viene considerata nella sua più ampia generalità, così come l'ha voluta il dettato costituzionale, che richiameremo infra, relativamente al disposto dell'art. 32.

Successivamente ci si è posti il problema di tutta quella serie di danni, che pur non assumendo carattere di patrimonialità o di non patrimonialità (vedasi sub. 1-3 precedentemente indicato), riflettessero comunque una loro precipua incidenza fra le due categorie, e pertanto si è sviluppata ulteriormente l'incidenza del *danno biologico* sino alla caratterizzazione del *danno esistenziale*, quale ulteriore danno alla persona.

Come sempre però le vie sono state lastricate da diversità di opinioni, non tutti gli autori aderendo alla classificazione di cui sopra, ma in ogni caso, parlando di danno esistenziale, si può ritenere che esso delinea il malessere profondo, esistenziale e psicologico che avvolge la vittima dell'evento lesivo.

Per tale fatto, la vittima può anche smettere di operare totalmente, ma, per lo più, subirà in ogni momento della sua vita quel profondo malessere che l'ha colpita a seguito della lesione subita e che si riflette ancora nella sua esistenza.

Risulta pertanto evidente come "il danno biologico, vale a dire i postumi patologici rapportati alla funzionalità psico-fisica della vittima e comprensivi anche di una componente attenta all'agire reale e pregresso del danneggiato, non possa essere concettualmente né assorbito né in alcun modo assimilato al malessere esistenziale e psicologico conseguente all'evento lesivo e comprensivo delle eventuali ricadute sulla possibilità di agire e, più spesso, sulla volontà di agire. Tale distinzione concettuale non vuol dire chiaramente che i due pregiudizi abbiano una diversa rilevanza assiologica, ma solo che si tratta di danni differenti rispetto ai quali occorre verificare se debbano o meno essere disciplinati con la stessa regola per poter raggiungere il medesimo grado di tutela". Con la conseguenza che, essendo il danno biologico oggetto di attenta valutazione medico-legale, che ha portato alla creazione di specifiche tabelle di

(9) Vedasi Tribunale di Lecce 5.10.2001; Tribunale di Milano 7.2.2000 n. 1223; Cass. civ. 23.4.1998 n. 4186.

risarcibilità, il danno esistenziale finirebbe per ottenere una tutela maggiore, rispetto al danno biologico, a cui accede una maggior copertura risarcitoria (10).

Quindi, su tali basi, si è poi decisamente schierata la giurisprudenza di merito, che ha costantemente definito l'ambito di applicazione.

In particolare la Cassazione con la sua sentenza 11 dicembre 2000 n. 15580, ha ritenuto che la risarcibilità della lesione di qualsiasi diritto fondamentale, anche prescindendo dall'esistenza di un pregiudizio patrimoniale o morale, superando pertanto ogni obiezione sulla risarcibilità del danno e ritenendo pertanto che la lesione di un diritto costituzionalmente tutelato è sempre risarcibile giacché, provata la lesione, risulterebbe provato anche il danno (11). Come ben leggibile nelle sotto riportate motivazioni, la sentenza ha avuto anche il pregio di superare tutte le banalizzazioni sul lavoro casalingo, riconoscendone pieno valore e dignità.

In ogni caso l'influsso delle decisioni dei Tribunali e della Cassazione hanno oramai definito precisi contorni in ordine al danno alla persona ed alla sua integrale risarcibilità, entrando nel merito di situazioni particolari quali il danno estetico, alla vita di relazione (o collocandoli nello stesso ambito) ecc. pur ricordando sempre la tutela generale offerta dal principio del danno esistenziale.

(10) Vedasi: E. Navarretta, Responsabilità civile e previdenza, n. 4-5/2001, Giuffrè ed. Milano, 2001.; sempre nella medesima rivista, pagg. 809-816, il dr. M. Rossetti, Magistrato, esaminando "il danno esistenziale tra l'art. 2043 e l'art. 2059 c.c." scriveva che: "Secondo i sostenitori della tesi del danno esistenziale, il fondamento normativo della risarcibilità di questo tipo di pregiudizio va ravvisato nell'art. 2043 c.c.. Per stabilire, poi, quali fra gli infiniti pregiudizi di varia intensità che la condotta dell'uomo può causare ai suoi simili, un utile "selettore" sarebbe rappresentato dalle norme costituzionali. Danno (esistenziale) risarcibile è, dunque, la perdita di una attività dell'esistenza, la quale costituisca espressione di un diritto costituzionalmente protetto. Purché, ovviamente, il pregiudizio sia di "un certo rilievo" e sempre che sia allegato e dimostrato".

(11) Vedasi: Cass. Civ. Sez. III, 11.12.2000 n. 15580 "Deve ritenersi configurabile a carico della casalinga un danno patrimoniale in senso stretto, come tale riferibile in via autonoma ed ulteriore rispetto al danno biologico, ogniqualvolta il fatto illecito si traduca nella lesione della capacità produttiva, che, nel caso, si manifesta nell'adempimento delle c.d. incombenze domestiche. A fondamento di tale conclusione si pongono il riconoscimento dell'attività della casalinga quale attività lavorativa in senso proprio, come tale tutelata dall'art. 4 Cost. ed il principio del risarcimento integrale del danno alla persona, alla luce del quale deve risarcirsi non solo la lesione del bene salute tutelato dall'art. 32 della Cost., ma qualsiasi lesione di beni avente rilevanza costituzionale. Tale danno deve essere liquidato equitativamente attraverso il sistema della capitalizzazione del reddito figurativo della casalinga (determinabile facendo riferimento al reddito giornaliero di una collaboratrice familiare a tempo pieno, oppure al reddito di una domestica a ore, oppure al reddito paragonato al triplo della pensione sociale) e comunque, conformemente alle previsioni dell'art. 2056 c.c.".

Sul punto richiamiamo la Cass. civ. Sez. III, 21.5.2001 N. 6895
"I postumi di carattere estetico, conseguenti ad un fatto lesivo della persona (nella specie alterazione della armonica fisionomia del viso), in quanto incidenti in modo negativo sulla vita di relazione, possono ricevere un autonomo trattamento risarcitorio, sotto l'aspetto strettamente patrimoniale, allorché, pur determinando una così detta "micropermanente" sul piano strettamente biologico, eventualmente provochi negative ripercussioni non soltanto su un'attività lavorativa già svolta, ma anche su un'attività futura, precludendola o rendendola di più difficile conseguimento in relazione all'età, al sesso del danneggiato, ed ad ogni altra utile circostanza particolare, si da non identificarsi con il danno biologico" (12).

Sul punto richiamiamo due giudicati, di opposta portata, che riprovano come non sempre i giudizi di merito coincidano.

- Trib. Roma 7 marzo 2002, G.U. Rosetti – Camera e Parinello c. Milano assicurazioni s.p.a.
"Il danno esistenziale subito dal congiunto a seguito della morte del familiare – consistente nella rinuncia alle proprie abitudini di vita – non risulta risarcibile, in quanto esso non si distingue dal danno morale";
- Trib. Napoli Sez. Stralcio, 12 febbraio 2002, G. Elefante – Carnevale e Frignano c. Polarsi Assicurazione S.p.a..
"In caso di morte del familiare, ai congiunti va riconosciuto il risarcimento del danno esistenziale, consistente nella modificazione peggiorativa della loro vita in conseguenza alla perdita del rapporto parentale"

Come è stato esaurientemente e profondamente osservato (13)
"nella maggior parte delle decisioni che hanno ritenuto esistente tale tipo di danno, il fondamento normativo viene solitamente ravvisato in una norma composita, ricavata in via interpretativa dal combinato disposto dell'art. 2043 (sanzione) c.c. e di una norma costituzionale (precetto), secondo lo «schema» adottato da Corte cost. n. 184 del 1986 per sostenere la risarcibilità ex art. 2043 c.c. del danno biologico (cfr., sia pure con motivazioni tra loro non omogenee, G.d. Pace di Sora 10 luglio 2000, in *Giurispr. romana*, 2001, 341; Trib. Milano 31 maggio 1999 e Trib. Treviso 25 novembre 1998, ambedue in Riv. giu. circol., 2000, 143; Trib. Torino, 8 agosto 1995, in Resp. civ., 1996, 282).

(12) Sul punto vedasi anche: Cass. Civ. 15.11.1999 n. 12622; Cass. Civ. 2.7.1991 n. 7262; Cass. Civ. 12.1.1999 n. 256.

(13) Così, P. Ziviz, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, Giuffrè Ed. Milano, 2002, maggio-giugno, pag. 807 – 817.

A questo orientamento non consolidato, multiforme negli esiti e polisenso nelle motivazioni, possono muoversi quattro ordini di obiezioni.

In primo luogo, esso si richiama ad un orientamento, o meglio, ad una (sola) pronuncia della Corte costituzionale, il cui fondamento argomentativo è stato successivamente abbandonato dalla stessa Consulta. Infatti, con la sentenza 27 ottobre 1994, n. 372, in Giust. civ., 1994, I, 3029, il Giudice delle leggi ha chiaramente ritenuto non condivisibile il principio secondo cui la lesione di un diritto costituzionalmente protetto fosse risarcibile di per sé, a prescindere dalle conseguenze che tale lesioni abbia cagionato, chiaramente affermando che il risarcimento presuppone sempre una «perdita di tipo patrimoniale o personale». Assunto, questo, da tempo condiviso dal giudice di legittimità, che ha osservato (con riferimento al danno biologico, ma le conclusioni non cambiano rispetto a qualsiasi altro tipo di danno): «*per il [danno biologico] non vale la regola che, verificatosi l'evento, vi sia senz'altro un danno da risarcire. Il risarcimento del danno vi sarà se vi sarà perdita di quelle utilità che fanno capo all'individuo nel modo preesistente al fatto dannoso e che debbono essere compensate con utilità economiche equivalenti*» (Cass. civ., 29.5.1996, n. 4991, in Foro it., 1996, I, 3107).

In secondo luogo, la tesi del «danno esistenziale» sembra trascurare del tutto che il nostro sistema della responsabilità civile si fonda sul criterio della colpa, con poche (anche se non marginali) eccezioni (ad esempio, quelle di cui agli artt. 2048, 2050, 2052 c.c.).

La nozione di colpa civile, distinta da quella di colpa penalmente rilevante (Cass. civ., 22 febbraio 1996, n. 1375, in Arch. circolaz., 1996, 537; Pret. Forlì, 19 febbraio 1986, in Resp. civ. prev., 1986, 176), viene tradizionalmente fondata su due elementi: da un lato l'idea di deviazione, di scostamento, di abbandono, di inosservanza di una regola di condotta, sia essa frutto di una norma di legge, regolamentare, contrattuale, deontologica, di comune prudenza (arg. ex art. 1176 c.c.). Dall'altro lato, la nozione di colpa viene tradizionalmente fondata sull'idea della concreta prevedibilità ed evitabilità dell'evento. Nella prevedibilità ed evitabilità, anzi, risiede la distinzione tra colpa e caso fortuito: giacché non sarebbe giusto né condivisibile ascrivere ad un soggetto le conseguenze di un fatto che egli non poteva né prevedere né evitare. La necessaria prevedibilità dell'evento dannoso è stata affermata anche dalla Corte costituzionale, la quale ha espressamente affermato che, là dove essa manchi, non è possibile una valutazione autonoma della colpa (Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in Giust. civ., 1994, I, 3029).

Ovviamente, la prevedibilità o prevenibilità dell'evento non va confusa con la prevedibilità delle conseguenze dannose da esso scaturite. Come noto, infatti, in materia extracontrattuale il danneggiante risponde anche delle conseguenze imprevedibili della propria condotta.

E' a questo punto, però, che la nozione di danno esistenziale sembra entrare in apparente collisione con la nozione di colpa come ora tratteggiata. Infatti delle due l'una:

a) se il danno esistenziale, come i suoi sostenitori mostrano di ritenere, va qualificato «danno-conseguenza», la prevedibilità o la prevenibilità dell'evento dannoso (fonte del danno esistenziale, cioè il «danno-evento» propriamente detto) dovrà necessariamente concernere una lesione ontologicamente diversa dalla perdita dell'attività esistenziale: e quindi, ancora una volta, una lesione o biologica, o patrimoniale o morale. Insomma, se il danno esistenziale è un danno-conseguenza, esso presuppone un danno-evento che difficilmente potrebbe collocarsi al di fuori delle tre categorie tradizionali. Ma, se così è, gli effetti della lesione dovranno essere retti dalle regole consuete, e quindi:

- in caso di lesione della salute, le perdite esistenziali da questa causate sono già oggi risarcibili, ex artt. 32 Cost. e 2043 c.c.;
- in caso di danno patrimoniale, le perdite esistenziali da esso causate non sono risarcibili, ex artt. 1223 e 2056 c.c.;
- in caso di danno morale, le perdite esistenziali, in quanto fonte di sofferenza, sono già oggi risarcibili ex art. 2059 c.c.;

b) se invece, per evitare le secche del doppio nesso causale tra condotta illecita e danno-evento, e tra questo ultimo e danno-conseguenza, si volesse configurare il danno esistenziale come danno-evento, allora verrebbe a mancare del tutto il requisito della prevedibilità o prevenibilità dell'evento di danno, e con esso la configurabilità stessa della colpa civile. Le attività esistenziali astrattamente compromettibili per effetto dell'altrui illecito, infatti, sono troppo varie e multiformi per potere essere ritenute prevedibili dal danneggiante.

Il primo nodo irrisolto della nozione di danno esistenziale appare dunque così riassumibile:

- se questo danno è un danno-evento, esso è imprevedibile e dunque non può essere ascritto all'offensore a titolo di colpa;
- se esso è un danno-conseguenza, presuppone necessariamente un danno-evento, che dovrà incidere sulla salute, sul patrimonio o sul morale, ed ubbidire alle regole risarcitorie normativamente

poste o giurisprudenzialmente elaborate per questi tre tipi di danno.

In terzo luogo, sul piano del contenuto, la nozione di «danno esistenziale» deve affrontare una «scelta tragica»:

- a) o ammettere che persino la perdita possibilità - ad esempio - di fare schiamazzi, imbrattare i muri, ed insomma di compiere qualsiasi insignificante gesto quotidiano costituisce un danno risarcibile: ed in questo caso l'interprete deve spiegare perché mai debba considerarsi «ingiusta» la perdita della possibilità di compiere un gesto od un'attività insignificanti, inutili od illeciti;
- b) ovvero, ammettere che non qualsiasi perdita esistenziale possa costituire un danno risarcibile: ed in questo caso l'interprete avrà il non agevole compito di individuare il «selettore», cioè il criterio in base al quale discernere le perdite esistenziali meritevoli di tutela risarcitoria da quelle non risarcibili, e non è difficile prevedere che l'attività esistenziale meritevole di tutela sarà immancabilmente ancorata o a principi costituzionali o a norme di legge. Ma, in questo modo, viene a perdersi tutta la portata innovativa del danno esistenziale: se infatti, perché il danno sia risarcibile, è necessario individuare la norma costituzionale o la norma di legge alla quale «ancorare» l'ingiustizia del danno, non c'è bisogno di mettere in campo una nuova figura, in quanto già oggi la lesione di un interesse normativamente qualificato costituisce un danno risarcibile, secondo quanto stabilito da Cass. civ., Sez. un., n. 500 del 1999.

Secondo questa ultima decisione della Corte di legittimità, qualsiasi lesione, e quindi qualsiasi perdita (patrimoniale, biologica, morale od esistenziale), può dar luogo a un risarcimento, a condizione che l'interesse leso:

(a) sia protetto da disposizioni specifiche; ovvero (b) sia oggetto di norme che rivelano una esigenza di protezione. Nel primo caso, il risarcimento sarà sempre dovuto, purché sussistano gli altri elementi dell'illecito; nel secondo caso, il risarcimento sarà dovuto se il giudice accerti, nel caso concreto, la prevalenza dell'interesse leso rispetto a quello, eventualmente concorrente, dell'offensore.

In quarto luogo, ed è quel che appare assolutamente risolutore, il concreto pregiudizio che si intende contestare come «danno esistenziale» non riesce a distinguersi in nulla dal danno morale.

Secondo i sostenitori della tesi del danno esistenziale, questo ultimo costituisce una rinuncia ad un *facere*, ad una attività positiva, mentre il danno morale costituisce una mera sofferenza soggettiva, inferiore, inesprimibile, un *pati*.

A tale affermazione può replicarsi, innanzitutto, che è pericoloso e controproducente sostenere che il danno morale costituisca una sofferenza «interna». Se così fosse, tale danno non potrebbe mai essere dedotto né provato in giudizio, giacché i moti dell'animo sono noti solo a chi li avverte. Il risarcimento del danno morale diverrebbe così una pura e semplice sanzione, o - se si preferisce - un grazioso regalo, che il danneggiato avrebbe sempre diritto di pretendere, a prescindere da qualsiasi dimostrazione circa l'effettiva esistenza di esso.

Inoltre, non convince la distinzione tra danno morale e danno esistenziale fondata sul rilievo secondo cui chi subisce un danno morale «soffre», mentre chi subisce un danno esistenziale «non fa». La sofferenza morale causata dall'illecito, infatti, è sempre una sofferenza causata da una rinuncia: tanto è vero che nessuno potrebbe ragionevolmente sostenere che costituisca un danno la rinuncia ad attività sgradite o spiacevoli. Ma se così è, deve concludersi che il c.d. «danno esistenziale» non è che la sofferenza causata da una rinuncia, cioè un *pregiudizio d'affezione*, e quindi un danno morale (14).

(14) E sempre su tali considerazioni l'Autrice, a pag. 812 -813, prosegue: «La sovrapponibilità concettuale tra danno morale ed esistenziale emerge anche su un piano più prettamente giuridico. I sostenitori della tesi del danno esistenziale affermano che il danno morale risarcibile ex art. 2059 c.c. sarebbe rappresentato dalla mera «sofferenza»; mentre il danno esistenziale risarcibile ex art. 2043 c.c. sarebbe rappresentato dalla lesione di un diritto costituzionalmente protetto. Orbene, poiché si afferma la diversità ontologica di questi due pregiudizi, deve concludersi che i sostenitori della tesi in esame ammettono implicitamente che il danno morale ex art. 2059 c.c. non costituisce una lesione di diritti costituzionalmente protetti. Se, infatti, la «sofferenza morale» costituisse lesione di un diritto costituzionalmente protetto, l'art. 2059 c.c. dovrebbe di necessità ritenersi costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui ne limita il risarcimento. Invece, nessuno dei sostenitori della tesi del danno esistenziale prospetta un esito demolitorio della norma in esame, come se il danno morale non costituisse mai un *vulnus ad alcun diritto costituzionalmente protetto*.

Ma questa conclusione è palesemente insostenibile. La sofferenza per la perdita d'una persona cara, per la perdita della salute, per la perdita della reputazione, per la perdita della stima da parte dei propri familiari, se causate dall'altrui atto illecito, costituiscono altrettante gravi violazioni di altrettanti diritti costituzionalmente protetti. Il danno morale dunque deriva (o almeno deriva anche) dalla lesione di diritti tutelati a livello di costituzione; ma se così è, non si comprende come la vittima possa pretendere il risarcimento d'un danno esistenziale per la perdita di un'attività oggetto di tutela costituzionale, e nel contempo il risarcimento d'un danno morale per la sofferenza causata da quella rinuncia. Medesima è la lesione, medesima la sofferenza, ma duplice il risarcimento invocato.

Quindi emerge dall'esame della citata sentenza del Tribunale di Roma, che non vi sarebbe autonoma distinzione fra danno morale e danno esistenziale (15).

A respingere una simile prospettiva, basterà far mente al destino di quei risvolti esistenziali - coinvolgenti la sfera di carattere relazionale - che risultavano qualificati, nel sistema risarcitorio tradizionale, come danno alla vita di relazione. A fronte della perdita di autonomia di tale categoria, susseguita alla nascita del danno biologico, tutte le ripercussioni negative di carattere relazionale determinate da una lesione alla salute sono state assorbite entro quest'ultimo ambito; nessuno ha mai posto la questione circa la

Si consideri, inoltre, che tra i vari «casi previsti dalla legge» in cui è risarcibile il danno morale, rientrano l'impiego di modalità illecite nella raccolta di dati personali (art. 29, comma 9, legge 31 dicembre 1996, n. 675 ora Codice sulla Privacy su cui torneremo), e l'adozione di atti discriminatori per motivi razziali, etnici o religiosi (art. 44, comma 7, D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286). Ebbene, sarebbe assai difficile sostenere che il diritto alla riservatezza dei propri dati personali o quello a non essere discriminati per ragioni razziali non costituiscono diritti costituzionalmente garantiti. Eppure, se il legislatore ha voluto espressamente prevedere la risarcibilità del danno morale anche in questi casi, vuoi dire che gli strumenti ordinari (primo fra tutti, l'art. 2043 c.c.) non erano sufficienti a dare tutela ai diritti in esame. Detto altrimenti: se davvero, come sostengono i sostenitori della tesi del danno esistenziale, il combinato disposto dell'art. 2 Cost. e 2043 c.c. consentisse di risarcire il danno (per restare nell'esempio) da discriminazione razziale che non costituisca reato e non causi perdite patrimoniali o biologiche, l'art. 44, comma 7, D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 non avrebbe alcun senso, ed il legislatore avrebbe sancito la risarcibilità di un danno che sarebbe stato comunque pacificamente risarcibile, anche in assenza della suddetta norma".

(15) Osserva pertanto l'Autrice, a pag. 814, che: "Non ci resta, a questo punto, che tornare al problema - posto dalla sentenza romana - circa la mancanza di autonomia che contraddistinguerebbe il danno esistenziale rispetto al danno morale, poiché l'essenza del primo pregiudizio sarebbe descrivibile sempre e comunque nei termini di una sofferenza determinata dalla rinuncia forzata ad attività piacevoli.

A respingere una simile prospettiva, basterà far mente al destino di quei risvolti esistenziali - coinvolgenti la sfera di carattere relazionale - che risultavano qualificati, nel sistema risarcitorio tradizionale, come danno alla vita di relazione. A fronte della perdita di autonomia di tale categoria, susseguita alla nascita del danno biologico, tutte le ripercussioni negative di carattere relazionale determinate da una lesione alla salute sono state assorbite entro quest'ultimo ambito; nessuno ha mai posto la questione circa la necessità di ricondurre le stesse nell'area morale, per il fatto che le compromissioni di questo tipo sarebbero destinate comunque a tradursi in un patimento determinato dalla rinuncia a tali attività. Non si vede allora perché, per gli altri tipi di torto, le compromissioni incidenti sulla sfera di esplicazione personale - un tempo autonomamente risarcite come danno alla vita di relazione - sarebbero oggi destinate a non differenziarsi dai turbamenti di carattere emotivo innescati dall'illecito, e ad essere prese perciò in considerazione esclusivamente alla stregua di un patema d'animo.

La verità è che danno esistenziale e danno morale riguardano due aree di pregiudizio ben distinte: nel primo caso ci troviamo di fronte ad una modificazione della realtà esterna, nell'altro a rilevare è una sofferenza di carattere emotivo. E che sia questa ultima l'essenza del danno morale è un dato inconfutabile, malgrado il giudice romano si dolga del fatto che se così fosse «tale danno non potrebbe mai essere dedotto né provato in giudizio, giacché i moti dell'animo sono noti solo a chi li avverte».

necessità di ricondurre le stesse nell'area morale, per il fatto che le compromissioni di questo tipo sarebbero destinate comunque a tradursi in un patimento determinato dalla rinuncia a tali attività. Non si vede allora perché, per gli altri tipi di torto, le situazioni incidenti sulla sfera di esplicazione personale - un tempo autonomamente risarcite come danno alla vita di relazione - sarebbero oggi destinate a non differenziarsi dai turbamenti di carattere emotivo innescati dall'illecito, e ad essere prese perciò in considerazione esclusivamente alla stregua di un patema d'animo.

La verità è che danno esistenziale e danno morale riguardano due aree di pregiudizio ben distinte: nel primo caso ci troviamo di fronte ad una modificazione della realtà esterna, nell'altro a rilevare è una sofferenza di carattere emotivo. E che sia quest'ultima l'essenza del danno morale è un dato inconfutabile, malgrado il giudice romano si dolga del fatto che se così fosse «tale danno non potrebbe mai essere dedotto né provato in giudizio, giacché i moti dell'animo sono noti solo a chi li avverte».

Una posizione restrittiva come quella vista è stata sancita dai giudici romani è stata, come visto nel dispositivo richiamato nelle precedenti pagine, totalmente ribaltata dal Tribunale di Napoli che, sempre come da dispositivo soprascritto, ha ritenuto che il danno esistenziale possa identificarsi in un «*appiattimento della propria condizione sociale con distacco dal mondo esterno, ricerca spasmodica del figlio amato, depressione, impossibilità di funzionamento psichico come prima dell'evento: in breve una disorganizzazione sociale e psicologica con debilitazione perenne*». Correttamente, quindi, «nel seno di tali decisioni si evince, perciò, una propensione a qualificare come danno esistenziale il malessere di carattere non patologico. Se così fosse, però, bisognerebbe concordare con le conclusioni del tribunale romano, secondo cui riflessi morali ed esistenziali verrebbero a coincidere: ciò in quanto il disagio psicologico e l'alterazione della psiche - che non siano tali da incidere (ancora) sulla salute della vittima - integrano quel turbamento di carattere emotivo in cui si incarna il danno morale.

La verità è che nell'area esistenziale dovranno essere ricondotte esclusivamente le ripercussioni esterne che l'illecito abbia prodotto a carico della vittima; alla stregua di danno morale dovrà invece sempre essere qualificato il malessere (non patologico) di carattere psichico provocato dall'illecito. Questo non significa che il verificarsi di un disagio di carattere psichico non abbia alcuna rilevanza per l'area esistenziale del danno. Esso appare, infatti, inevitabilmente destinato a pesare in senso negativo sull'esistenza del

soggetto, incidendo sulle condizioni di vita dello stesso. Il punto è, però, che - per quanto concerne il danno esistenziale - saranno sempre e solo queste ultime a dover essere prese in considerazione, quale peggioramento della realtà esterna della vittima.

Per garantire l'autonomia del danno esistenziale, risulta indispensabile - in definitiva - spogliare tale nozione da qualsiasi risvolto di carattere psicologico. Non bisogna, infatti, lasciarsi ingannare dall'aggettivo «esistenziale», prescelto per definire questa nuova categoria di danno: così suggestivo da indurre qualche interprete a canalizzare in quel ambito le ripercussioni concernenti i disagi di carattere psichico patiti dalla vittima” (16).

A fronte di simili argomentazioni occorre ora affrontare le più recenti posizioni giurisprudenziali identificabili in due giudicati della Cassazione e nella sentenza della Corte Costituzionale con sentenza 11 luglio 2003 n. 233 che li richiama.¹⁷

L'intervento della Corte, chiamata a decidere da un attento quesito da parte del Tribunale di Bologna¹⁸, ha ritenuto inoperante il limite posto dall'art. 2059 c.c. con la sua riserva (Art. 2059 c.c. “Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge”) sulla base del fatto che detto articolo mira a consentire il risarcimento del danneggiato e non a punire il danneggiante “in nome di interessi collettivi di cui la potestà punitiva è espressione”.

Quindi più che il riferimento all'art. 2059 c.c. l'attenzione dovrebbe spostarsi all'art. 2043 c.c. che consente il risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non, compresa la eventuale presunzione di colpa.¹⁹

In ogni caso proprio a seguito della sentenza della Corte Costituzionale e delle sentenze della Cassazione N.ri 7281-7282 /2003, si è ritenuto²⁰ che “Il risarcimento del danno non patrimoniale – la cui nozione comprende non solo il danno morale soggettivo, bensì tutti i pregiudizi non suscettibili di valutazione economica conseguenti alla lesione di valori inerenti alla persona – non incorre nei limiti dell'art. 185 c.p. quando vengano violati interessi

(16) Così sempre P. Ziviz, op.cit. pag. 817.

¹⁷ Così : Corte Costituzionale 11 luglio 2003 n. 233, in Resp.Civ.e Prev. 2003,1036 e Cass. 12 maggio 2003 n. 7281 e 7282, in Guida al Diritto, Il Sole24ore,Milano, del 28 giugno 2003.

¹⁸ Il Tribunale di Bologna aveva posto il problema dell'incostituzionalità della riserva di legge sancita dall'art. 2059 c.c. rilevato che sussiste il collegamento fra l'art. 2 Cost. e l'art. 2043 c.c. ammettendosi così il risarcimento di ogni diritto inviolabile, e quindi ne deriverebbe la incostituzionalità del limite dell'art. 2059 c.c.

¹⁹ Sul punto ed in generale sul rapporto fra la sentenza della Corte Costituzionale n. 233/2003 e le sopraccitate sentenze della Cass. N.ri 7281-7283 /2003 nonché sulla disamina della risarcibilità del danno morale, vedasi l'intelligente intervento di F. Gazzoni in Resp.Civ. e Prev., Giuffrè Ed., Milano 2003, pagg. 1292- 1317.

²⁰ Cass. Civ. 19 agosto 2003 n.12124

costituzionalmente garantiti, dal momento che il rinvio ai casi determinati dalla legge di cui all'art. 2059 c.c. va riferito anche alle previsioni della legge fondamentale che riconoscono diritti inviolabili; "E la Corte di Appello di Milano 11 novembre 2003, Pres. Vaglio, Rel. Chindemi.

ha sancito che " Il danno non patrimoniale - che non comprende soltanto il danno morale soggettivo, ma anche il danno biologico (lesione dell'integrità psico-fisica suscettibile di accertamento medico-legale) e il danno esistenziale (alterazione della qualità della vita che si estrinseca nella lesione della personalità del soggetto) – è liquidabile sulla base dell'art. 2059 c.c., norma che, alla luce di una lettura costituzionalmente orientata, esclude la risarcibilità delle sole figure del danno bagatellare".

Quindi i detti due giudicati sono in sintonia con l'orientamento della Corte Costituzionale, differenziandosi solo per l'osservazione della Corte di Appello di Milano che esclude la risarcibilità dei danni di modesto o insignificante valore.

2) PRESUPPOSTI GIURIDICI PER IL RISARCIMENTO DEL DANNO.

2.1) VALUTAZIONI METODOLOGICHE.

Stabilito che cosa sia il danno e che lo stesso debba essere risarcito, si rende ora necessario valutare come e perché si debba procedere alla liquidazione del danno patito, e quindi esaminare i presupposti dell'applicabilità dell'azione risarcitoria sia dal punto di vista della natura giuridica di tale responsabilità, sia da quello dell'esistenza di un elemento essenziale, ossia il così detto "nesso di causalità".

Si dovrà pertanto valutare:

- quale sia la natura della prestazione medica (contrattuale o extracontrattuale);
- quale sia la posizione del medico (dipendente della struttura pubblica, o libero professionista);
- quale sia la posizione degli ausiliari o sottoposti del medico;
- quale sia la responsabilità della struttura (pubblica o privata) per cui opera il medico;
- quale sia il nesso di causalità;
- quale sia l'incidenza del dolo o della colpa;
- quale sia la responsabilità di terzi in ipotesi di prodotto o servizi risultanti dannosi o pericolosi.

2.2) IL MEDICO: RESPONSABILITA' CONTRATTUALE O EXTRACONTRATTUALE.

Senza voler addentrarci in particolarmente complesse distinzioni giuridiche sui rapporti professionali intercorrenti fra il medico ed il suo paziente osserviamo come la **responsabilità contrattuale** derivi da un preciso obbligo giuridico assunto dal medico nei confronti del proprio paziente, qualunque sia la natura dello stesso rapporto.

Diversamente la **responsabilità extracontrattuale** scaturisce dal principio generale di *neminem ledere*, e conseguentemente si risconterà un danno ingiusto che produrrà diritto anch'esso ad un risarcimento per la lesione che, a sua volta avrebbe causato una diminuzione economica.

L'art. 1218 c.c. recita: "*Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova*

che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile".

Ne consegue l'assoluta necessità di un'obbligazione che vincoli il medico alla prestazione.

Si osservi però che l'odierno sviluppo della attività medica pone la necessità di valutare l'intervento dello stesso in un contesto più ampio tanto da potersi discutere di "responsabilità del medico e responsabilità medica".

Non si può parlare oggi di una classificazione semplice, bensì di un regime composito di responsabilità, che impone di portare la discussione più sul concetto di "responsabilità medica" che "del medico".

Entrano in campo non soltanto il rapporto fra medico e paziente, ma anche l'intero complesso dei rapporti che sorgono nel momento in cui il paziente è destinatario di tutta una serie complessa di prestazioni, che spaziano dalle prestazioni diagnostiche a quelle chirurgiche, terapeutiche, riabilitative, ecc., con il coinvolgimento di altri soggetti oltre al medico curante, quali appunto i suoi collaboratori, gli altri specialisti presenti durante uno specifico intervento (anestesisti, chirurghi di altra specializzazione, come ben presente nel caso di grandi interventi, quali i trapianti) o i rappresentanti della struttura presso la quale svolge la sua attività il medico.

Strettamente connesso a quanto in esame, è la natura dell'obbligazione del medico, ossia se essa debba qualificarsi come *obbligazione di risultato o di mezzo*.

La distinzione non è di poco conto in quanto nel primo caso il medico sarebbe tenuto al raggiungimento del risultato (guarigione dell'ammalato) in base al rapporto medico-paziente esistente, mentre nel secondo caso il medico è tenuto ad una determinata attività idonea al conseguimento di un risultato, senza però che sia responsabile del raggiungimento di tale risultato.

Ciò implica, che nella prima ipotesi, non si porrebbero giustificazioni ad eventuali risultati negativi, totali o parziali, collocando così la professione del medico in un ambito estremamente rigoroso, se non "impossibile" il cui unico risultato sarebbe l'esatto raggiungimento dell'impegno fissato.

La seconda ipotesi è invece quella accettata e che meglio rispecchia il tipo di professionalità richiesta e la sua reale collocazione in un mondo totalmente in evoluzione ed ancora privo di certezze assolute, quale è quello della medicina.

Pertanto con lo svolgimento di attività professionale alla luce della dovuta diligenza (requisito fondamentale ed essenziale, giacché, diversamente, il paziente sarebbe lasciato alla "balia del destino" e dell'eventuale incapacità del medico), anche l'obbligazione di mezzi persegue adeguatamente il suo scopo (21).

A tal fine rammentiamo ancora come non sia la mancanza di un risultato dovuto a caratterizzare questa specifica obbligazione, ma piuttosto come debba sussistere una corrispondenza fra l'attività svolta (mirante ad ottenere un "buon risultato") e il perseguimento dell'interesse primario della salute del paziente, interesse tutelato dalla Costituzione stessa che sancisce nell'art. 32 *"La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in ogni caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana"* (22).

Ciò implica anche una correzione del principio dell'onere della prova, cioè della necessità che chi agisca in giudizio (in questo caso il paziente che si ritiene danneggiato dall'intervento del medico) debba

(21) Vedasi: E. Guerinoni, Responsabilità Civile e previdenza, Giuffrè Ed., Milano, 2001, pagg. 600-601 "La distinzione ha avuto largo sviluppo nella nostra dottrina e nella nostra giurisprudenza; quest'ultima in particolare, l'ha utilizzata con riguardo all'individuazione dell'oggetto della obbligazione nell'esercizio di attività di prestazione d'opera intellettuale (artt. 2230 e ss. c.c.) definendo, in relazione a vari rapporti professionali, una nozione di diligenza (e perizia), la cui violazione costituisce "colpa professionale" e, quindi, inadempimento dell'obbligazione di mezzi. Si è così consolidato l'orientamento per la quale la responsabilità del professionista intellettuale non discende - di regola - dal mancato raggiungimento del risultato sperato dal cliente, bensì dal mancato impiego da parte del medesimo debitore della necessaria diligenza richiesta dalla particolare attività svolta dallo stesso. Uno dei maggiori settori di applicazione concreta della distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato è proprio quello relativo all'individuazione del contenuto della prestazione del medico al fine dell'affermazione o meno della sua responsabilità per i danni al paziente che si è sottoposto alle sue cure. Secondo un consolidato insegnamento della giurisprudenza, l'obbligazione che il professionista medico assume verso il cliente-paziente ha per contenuto lo svolgimento con adeguata diligenza dell'attività professionale necessaria od utile in relazione al caso concreto e in vista del risultato che il cliente spera di conseguire: si tratterebbe quindi di una tipica obbligazione di mezzi".

(22) Tale diritto alla salute presenta una molteplicità di valenze: innanzitutto si identifica nel diritto al pieno rispetto dell'integrità sia fisica che psichica di ogni cittadino, o, meglio, di ogni individuo, e significa altresì che l'individuo ha diritto a ricevere prestazioni mediche e farmaceutiche, sia che ne usufruisca gratuitamente essendo indigente, sia che concorra con corresponsioni personali integrative (i così detti tickets), e significa ancora che il diritto alla salute investe anche il diritto ad un ambiente salubre come sancito dalla Cass. Sez. unite 6.10.1979 n. 5172.

provare il fondamento della propria domanda, prova che nel caso delle prestazioni professionali può presentare aspetti ben più complessi che nell'ordinaria casistica di inadempimento delle obbligazioni commerciali.

L'art. 1218 c.c. stabilisce *"Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile"*.

Quindi tale prova non può essere identificata nella semplice difficoltà o nella sopravvenuta maggiore onerosità della prestazione, e quindi deve essere piena e completa e deve comprendere anche la dimostrazione della mancanza di colpa

(23).

Tuttavia, a riprova che anche nel diritto possono esservi interpretazioni diverse o che introducono correttivi ed eccezioni al sistema della responsabilità medica, si possono leggere due diverse sentenze, relative a casi difformi, che hanno inciso sulle implicazioni pratiche dell'onere della prova, stabilendo, la prima [Cass. civ. 16.2.2001 n. 2335](#) in relazione ad un caso di intervento di protesi mammaria con esiti per nulla soddisfacenti, il ricorso alla *presunzione di colpa* correlata dall'esito peggiorativo conseguito con un intervento

(23) Sul punto vedasi una non recente sentenza, che tuttavia aveva introdotto elementi di estremo interesse: Cass. 18.6.1975 n. 2439 "L'obbligazione che il professionista assume verso il cliente, per effetto dell'accettazione dell'incarico conferitogli, ha per contenuto lo svolgimento dell'attività professionale necessaria ed utile in relazione al caso concreto ed in vista del risultato che, attraverso il mezzo tecnico-professionale, il cliente spera di conseguire; il professionista di regola risponde verso il cliente oltre che per dolo anche per colpa lieve, da valutarsi con riguardo alla diligenza, che nello svolgimento dell'attività professionale deve essere quella media, ed in relazione alla natura dell'attività esercitata. La responsabilità è attenuata quando l'attività professionale da svolgere in relazione al caso concreto implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà configurabili allorché l'impegno intellettuale richiesto dal caso concreto sia superiore a quello professionale medio, ed il professionista debba trascendere la preparazione professionale media ed impegnarsi in attività tecnico-professionale di livello superiore. Il caso concreto che richiede un tale impegno professionale ed intellettuale è quello straordinario ed eccezionale sì da non essere adeguatamente studiato dalla scienza medica e sperimentato nella pratica (se non addirittura ignoto), ovvero quando nella scienza medica siano proposti o dibattuti diversi, ed incompatibili tra loro, sistemi diagnostici e terapeutici e di tecnica chirurgica, tra i quali il medico operi la sua scelta. Incombe al cliente, che assume di aver subito un danno, l'onere di provare la difettosa o inadeguata prestazione professionale in base a sufficienti ed idonei dati obiettivi, da cui il giudice possa arguire se il caso concreto richieda la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, oltreché l'esistenza del danno e del rapporto di causalità tra la difettosa od inadeguata preparazione professionale ed il danno; mentre incombe al professionista provare che l'imperfetta esecuzione della prestazione è dovuta a forza maggiore o caso fortuito".

di facile esecuzione, e ristabilendo così il regime probatorio introdotto dall'art. 1218 c.c..

La seconda invece Cass. civ. 16.2.2001 n. 2335 non ha fatto ricorso al principio della *presunzione di colpa* per ristabilire il regime probatorio introdotto dal citato art. 1218 c.c., individuando nella prestazione medica dell'odontoiatra, e più esattamente nel caso di realizzazione ed applicazione di una protesi, una ipotesi di obbligazione di risultato.

Nel loro giudicato i Giudici vanno oltre il semplice rilevamento di vizi e difformità che rendono la protesi del tutto inadatta sotto il profilo strutturale e funzionale, ricercando invece anche la presenza di errori tecnici che rivelino una violazione delle "regole tecniche e scientifiche" oramai acquisite in detto settore medico-odontoiatrico, e sulla base di esse determinano la imperizia e negligenza dell'odontoiatra.

Pertanto, su tale orientamento, emerge come l'obbligazione del sanitario consista propriamente nell'effettuare esattamente e senza difformità qualitative e/o quantitative quanto richiesto dal suo paziente.

A questo punto si rende necessario esaminare brevemente la portata dell'art. 2236 c.c. che stabilisce: "*Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave*".

Pertanto, poiché le obbligazioni inerenti l'esercizio di un'attività professionale sono, di regola, obbligazioni di mezzi e non di risultato, in quanto il professionista, assumendo l'incarico, si impegna a prestare la propria opera per raggiungere il risultato sperato ma non a conseguirlo, l'inadempimento del professionista non potrà essere desunto dal mancato raggiungimento del risultato utile avuto di mira dal cliente, ma deve essere valutato alla stregua della violazione dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale e, particolarmente, del dovere di diligenza.

Richiamiamo il pensiero della giurisprudenza Cass. civ. 16.2.2001 n. 2335²⁴²⁵²⁶ (27) per la quale la responsabilità del medico

²⁴ 1

²⁵ 2

²⁶ 3

(27) Cass. civ. 16.2.2001 n. 2335: come desumibile dal dispositivo, nella specie il giudice di merito aveva graduato percentualmente la responsabilità del medico in un caso in cui alla produzione del danno - tetraparesi spastica di un neonato - avevano concorso il colposo ritardo nella somministrazione di farmaci ossitocici e nell'esecuzione del parto cesareo

per danni causati al paziente postula la violazione dei doveri inerenti allo svolgimento della propria attività, tra i quali quello della diligenza, che va a sua volta valutato con riguardo alla natura di tale attività e che, in rapporto alla professione del medico chirurgo, implica scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale. Nella diligenza è compresa anche la perizia da intendersi come conoscenza ed attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione.

La limitazione di responsabilità professionale del medico chirurgo ai soli casi di dolo e di colpa grave, ai sensi dell'art. 2236 c.c., attiene esclusivamente alla perizia, con esclusione dell'imprudenza e della negligenza.

In tema di responsabilità del medico chirurgo, nel caso di prestazione «routinaria», incombe sul paziente l'onere di provare che l'intervento era di facile o «routinario» esecuzione, mentre al professionista spetta provare, al fine di andare esente da responsabilità, che l'insuccesso dell'operazione non è dipeso da un difetto di diligenza propria.

In materia di rapporto di causalità nella responsabilità extracontrattuale, in base ai principi di cui agli artt. 40 e 41 c.p., qualora le condizioni ambientali od i fattori naturali che caratterizzano la realtà fisica su cui incide il comportamento imputabile dell'uomo siano sufficienti a determinare l'evento di danno indipendentemente dal comportamento medesimo, l'autore dell'azione o della omissione resta sollevato, per intero, da ogni responsabilità dell'evento, non avendo posto in essere alcun antecedente dotato in concorso di efficienza causale: qualora, invece, quelle condizioni non possano dar luogo, senza l'apporto umano, all'evento di danno, l'autore del comportamento imputabile è responsabile per intero di tutte le conseguenze da esso scaturenti secondo normalità: in tal caso, infatti, non può operarsi una riduzione proporzionale in ragione della minore gravità della sua colpa, in quanto una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile.

con conseguente asfissia neonatale del feto e un episodio di apnea verificatosi al trentaquattresimo giorno di vita.

Inoltre, rammentiamo che potrebbe sussistere il comportamento dello stesso paziente che incida, o meglio, escluda la responsabilità del medico, così come richiamato in un interessante sentenza della corte di Appello di Milano: *“Non può essere ascritto alcun silenzio significativo al medico consultato per il rischio di distrofia muscolare nella pro-creanda prole, ma che in effetti ha svolto unicamente un esame senza giungere ad un pronostico eugenetico a causa della incompleta documentazione sottopostagli, del mancato seguito alla riserva di fornire anche copia della cartella clinica di un consanguineo all'origine dell'allarme e, più genericamente, della mancata prosecuzione delle indagini e dalla sospensione dell'iter della consulenza, come documentato dall'interruzione delle scritture sulla cartella clinica dopo la fissazione di una data per gli ulteriori esami. Conseguentemente, il medico non può essere ritenuto responsabile dell'esito complessivo del consulto genetico richiesto così da indurre i futuri genitori ad una non consapevole procreazione quando la mancata risposta al quesito genetico proposto sia derivata unicamente dal mancato compimento della consulenza per la sopravvenuta inerzia degli stessi richiedenti che dunque, in concreto, poiché interrotta, non ebbe alcun esito, cioè nessun interpretabile risultato, né positivo, né negativo”* Corte Appello - Sez. I civ. - n. 913 - 30 marzo 2001 - est. de Ruggiero, (28).

2.3)

MEDICO E STRUTTURA PUBBLICA O PRIVATA

Preliminarmente osserviamo che, affrontando il rapporto fra medico e struttura pubblica o privata, non si intende assolutamente escludere il caso del professionista che incorra in un problema di responsabilità professionale senza dipendere da una struttura sia essa pubblica o privata, ma che operi pertanto nell'ambito del proprio studio.

Evidentemente in tal caso, non avremo problemi in ordine all'eventuale ripartizione di corresponsabilità, gravando l'intero adempimento sul professionista in quanto tale.

Conseguenza evidente sarà l'applicabilità del principio di ordinaria responsabilità di natura contrattuale per l'obbligazione assunta nei confronti del proprio paziente, seguendosi gli ordinari criteri di applicazione.

La Cassazione 22.1.1999 n. 589

(28) Corte Appello - Sez. I civ. - n. 913 - 30 marzo 2001 - est. de Ruggiero, in Giustizia a Milano, Milano, marzo 2001.

(29) ha sancito che pur non essendovi alcun contratto che vincoli il sanitario dipendente da una struttura pubblica al paziente che si sia sottoposto alle sue cure, la responsabilità del sanitario per i danni cagionati al paziente, abbia natura contrattuale e che tale responsabilità si fondi sul contatto sociale che fra loro si instaura in seguito all'affidamento del paziente alle cure del medico.

Si può quindi ritenere che, a seguito di un lungo percorso dottrinario e giurisprudenziale, si sia pervenuti ad una caratterizzazione della problematica attinente alla natura della responsabilità del medico dipendente da una Struttura Sanitaria, sia essa pubblica o privata, per i danni arrecati al paziente a seguito del negligente svolgimento da parte del medico stesso dell'attività diagnostico - terapeutica prestata al paziente.

Così che nessuna particolare questione si è creata ricollocando nell'ambito della responsabilità contrattuale per il caso di responsabilità del medico libero professionista (qualificato responsabile per l'inadempimento alle obbligazioni del contratto d'opera intellettuale concluso con il paziente), mentre lo stesso pacifico atteggiamento non è stato raggiunto per l'ipotesi del sanitario dipendente di un ente di cura pubblico o privato.

La giurisprudenza non ha mai dubitato che dei danni arrecati ai privati nell'ambito di strutture sanitarie pubbliche e private debba risponderne tanto l'ente di cura quanto il sanitario dipendente; tuttavia, si sono avute ampie ed accese discussioni e diversi orientamenti si sono sviluppati con riferimento alla natura delle rispettive responsabilità.

Conseguentemente si è delineata concettualmente e praticamente la responsabilità della Struttura Sanitaria.

Nell'ipotesi di struttura privata, in particolare, il fondamento della responsabilità è stato definito nell'inadempimento da parte della stessa Struttura alle obbligazioni derivanti dal contratto concluso fra la medesima e il paziente, che ad essa si rivolge, contratto avente ad oggetto una serie di obbligazioni, quali, ad esempio, l'obbligazione di compiere l'attività diagnostica e la inerente attività terapeutica.

Nell'ipotesi di struttura dipendente dall'ente sanitario nazionale, la sua responsabilità, secondo un primo orientamento ante legge 23 dicembre 1978, n. 833 e D.P.R. 10 dicembre 1979, n. 761, ora però superato, era da ricercarsi nella violazione della fondamentale regola del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c.. A tale tesi si è oggi

(29) Cass. Civ. 22.1.1999 n. 589.

sostituita quella che riconosce, invece, vera natura contrattuale alla responsabilità dell'ente ospedaliero, ricollegandola alla violazione di una specifica obbligazione nei confronti del paziente. Tale soluzione si fonda sulla convinzione che lo Stato, come ogni altro ente pubblico, nell'esercizio di un servizio pubblico predisposto nell'interesse dei privati che ne fanno richiesta, non eserciti poteri particolari di natura pubblicistica, ma si limita ad offrire un servizio: è stato deciso che il privato, fatta la richiesta del servizio, acquista un *diritto soggettivo* a cui corrisponde un *dovere* dello Stato o dell'ente pubblico che agisce *iure gestionis* di effettuare la prestazione, cosicché, sussistendo fra i soggetti coinvolti un rapporto giuridico, nel caso di inadempimento alla suddetta prestazione, la responsabilità non potrà che essere quella propria per le ipotesi di inadempimento (ossia quella «contrattuale»).

Nell'ambito di tale orientamento, peraltro, non sono mancate pronunce che hanno qualificato il preesistente rapporto giuridico fra ente ospedaliero pubblico e paziente che ad esso si rivolge come vero e proprio contratto d'opera professionale, talora definito come *contratto atipico di ospedalità* (vedasi sul punto anche l'ultima parte del presente lavoro, in tema di assicurazione) contratto che si conclude con l'accettazione - ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale - del paziente nell'ospedale e con il quale l'ente ospedaliero assume a proprio carico, nei confronti del malato, di svolgere - fra l'altro - le necessarie prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche.

Maggiore complessità ha presentato la questione relativa alla responsabilità del medico dipendente: anche a tale riguardo la giurisprudenza si è espressa ora nel senso di attribuirle natura aquiliana ora riconoscendole natura contrattuale.

Secondo un primo orientamento, ormai superato, il medico dipendente sarebbe responsabile nei confronti del paziente *ex lege Aquilia* per l'errore diagnostico e/o terapeutico da lui commesso, errore che "rileva quale atto illecito causativo di un evento dal quale deriva un danno".

Richiamiamo inoltre un'ulteriore regola fondamentale: in alcuni casi, come ad esempio a fronte di interventi di chirurgia plastica o di ortodonzia e/o odontoiatria, il professionista potrebbe essere ritenuto inadempiente a fronte di uno specifico risultato garantito al paziente, ed in tal caso ne sorgerebbe una ben più incidente *responsabilità di risultato*.

E così dunque, la giurisprudenza è stata chiamata a decidere casi simili ed ha statuito che "Può sussistere altresì una responsabilità

concorrente del medico con la Struttura Ospedaliera da cui dipende: in tal caso quest'ultima verrà chiamata in causa ai fini della responsabilità in quanto l'Ente risponde del comportamento del medico suo dipendente in base al rapporto organico fra essi intercorrente.

La posizione del medico/struttura nei confronti del paziente è caratterizzata dalla presenza di un contratto di prestazione d'opera professionale sorto al momento dell'affidamento del paziente al medico da parte della Struttura Ospedaliera e, quindi, con il sorgere in capo alla Struttura medesima dell'obbligo di corretta esecuzione della prestazione. Riteniamo utile richiamare espressamente il dispositivo della Sentenza della Corte dei Conti, Piemonte, 10.6.1999 n.1058 "Secondo la giurisprudenza di Cassazione occorre distinguere l'ipotesi in cui l'intervento sia di difficile esecuzione da quella in cui l'intervento sia di facile e rutinaria esecuzione.

Nel secondo caso, provata dal paziente la non difficile esecuzione dell'intervento chiesto, incombe sul professionista l'onere di dimostrare che l'insuccesso del proprio intervento non è dipeso dal difetto di propria diligenza o perizia.

Il caso in esame, per l'alta qualificazione delle strutture in cui si è svolto e per l'elevata competenza dei sanitari ospedalieri, non era tale da prospettare problemi di speciale difficoltà, compete quindi ai sanitari l'onere di dimostrare la correttezza del loro intervento in ogni momento stante il carattere prevalentemente omissivo del loro comportamento.

Emerge da diversi testi normativi (legge 194/78), ed anche dalla Costituzione, un vero e proprio principio generale di tutela della vita e della salute del nascituro che rappresenta il substrato giuridico sul quale fondare l'eventuale responsabilità dei sanitari che hanno assistito la donna nel parto, per i danni cagionati al neonato a seguito di colpa professionale.

Ciò che si intende tutelare, in sostanza, è quell'insieme di interessi giuridicamente rilevanti che l'ordinamento ritiene meritevoli di tutela e pertanto garantisce contro eventuali azioni pregiudizievoli di terzi; nell'ambito di tali interessi rientra sicuramente quello alla salute, e quindi all'integrità fisica del nascituro, il quale pertanto è portatore di un diritto «a nascere sano», la cui lesione può e deve essere adeguatamente risarcita, allorquando essa derivi da colpa dei sanitari che hanno assistito la madre durante la gravidanza e/o al momento del parto.

Si deve pertanto affermare che l'evento lesivo si è verificato in conseguenza di un errore riferibile ad una condotta umana, cioè ai

comportamenti professionali dei medici e del personale sanitario operanti nella struttura. L'ente convenuto, responsabile dell'operato dei suoi dipendenti, deve essere perciò dichiarato obbligato all'integrale risarcimento dei danni conseguente al fatto illecito descritto.

Tra l'ente ospedaliero ed il paziente si realizza un vero e proprio rapporto contrattuale, perfezionato con l'accettazione del paziente medesimo per il ricovero o per la cura; conseguentemente, la responsabilità dell'ente medesimo dovrà configurarsi come responsabilità contrattuale derivante da un inesatto adempimento della prestazione da parte dei sanitari dipendenti dell'ente ai sensi dell'articolo 1218 del codice civile.

Secondo un prevalente orientamento della Corte di Cassazione, inoltre, il contratto concluso tra l'ente ospedaliero ed il paziente sarebbe assimilabile ad un contratto d'opera professionale, sulla base della natura professionale delle prestazioni che l'ente, per il tramite dei suoi dipendenti, si obbliga a fornire (cfr. Cass. 4152/1995).

Sulla scorta dei citati principi si è tenuto conto, ai fini risarcitori, del rapporto obbligatorio esistente tra l'Ente ospedaliero, che agiva per il tramite dei suoi dipendenti, ed il paziente; in base a tale rapporto, la responsabilità è stata ricercata in capo all'ente, il quale, infatti, per l'inesatto adempimento è stato riconosciuto responsabile e obbligato al risarcimento.

Che vi sia responsabilità personale dei due medici è peraltro indubbio, ed è esplicitamente affermato nella sentenza di primo grado laddove si dice che «l'evento lesivo si è verificato in conseguenza di un errore riferibile ad una condotta umana, cioè ai comportamenti professionali dei medici e del personale sanitario operanti nella struttura ospedaliera e dipendenti dell'ente convenuto in giudizio.

Un'altra conseguenza di questa impostazione è relativa al fatto che anche per tale contratto andranno applicati i parametri dell'art. 2236 cod. civ., in base al quale la responsabilità per i danni derivati dall'inesatto adempimento della prestazione professionale, che ci si è obbligati a compiere, saranno limitati alle ipotesi di dolo e colpa grave, unicamente se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

Secondo l'attuale giurisprudenza della Corte di Cassazione (Sez. III n. 1127/1998), occorre distinguere l'ipotesi in cui l'intervento sia di difficile esecuzione (poiché richiede notevole abilità, presuppone la soluzione di problemi tecnici nuovi o di speciale complessità e comporta un largo margine di rischio) da quella in cui l'intervento sia di facile e rutinaria esecuzione.

Nel primo caso, una volta provato dal professionista che la prestazione implica problemi tecnici di particolare difficoltà, è il paziente che deve dimostrare, ai fini dell'accertamento della responsabilità del predetto, in modo preciso e specifico, le modalità (ritenute non idonee) di esecuzione dell'atto e delle prestazioni post operatorie.

Nel secondo caso, provata dal paziente la non difficile esecuzione dell'intervento richiesto, incombe sul professionista l'onere di dimostrare (al fine di andare esente da responsabilità) che l'insuccesso del proprio intervento non è dipeso dal difetto di propria diligenza o perizia.

Deve infatti ritenersi, a questo ultimo riguardo, che ricorra la presunzione di un'inadeguata o non diligente esecuzione della prestazione professionale, superabile solo con la prova contraria, e cioè dimostrando che l'esito infausto era stato causato dal sopravvenire di un evento impreveduto ed imprevedibile oppure dalla preesistenza di una particolare condizione fisica del paziente, non accertabile con il criterio dell'ordinaria diligenza professionale (Cassazione 5005/96, 6220/88, 6141/78).

È in tale quadro normativo che va dunque inquadrata la fattispecie in esame al fine del vaglio di responsabilità personali che in questa sede vanno ricercate.

Dalla perizia medico/legale emerge chiaramente che i sanitari della ASL operanti presso l'Ospedale non posero in essere, in occasione del ricovero e del parto, tutti i presidi sanitari necessari, agendo con condotta colposa non osservante delle norme di prudenza e diligenza richieste dal caso concreto, caratterizzato quest'ultimo, tra l'altro, non da particolari difficoltà ma dal trattamento ordinario di una gravidanza.

*Se quindi deve necessariamente escludersi che ciò che è accaduto possa ascriversi al *quid quod plerumque accidit*, diventa indubitabile che il caso in esame, per l'alta qualificazione delle strutture in cui si è svolto e per l'elevata competenza dei sanitari ospedalieri, non era comunque tale da prospettare problemi di speciale difficoltà eccedenti comunque la specifica preparazione degli stessi; compete quindi ai sanitari l'onere di dimostrare la correttezza del loro intervento in ogni momento stante il carattere prevalentemente omissivo del loro comportamento.*

Il comportamento dei sanitari si atteggia pertanto connotato da colpa grave, per l'imprudenza e l'imperizia, considerate anche le circostanze di fatto nell'affrontare la descritta situazione senza esame

cardiografico e senza una costante presenza di personale medico presso la partoriente.

Era un preciso dovere dei sanitari convenuti coordinare in vigilando e in committendo l'intera équipe ostetrica; dovere derivante dal ruolo attribuito (Cassazione, III Sezione civile, n. 2750/1998).

Questo Collegio deve anche convenire circa la sussistenza della «mala gestio» del giudizio civile. I convenuti infatti non risultano essere mai stati informati dell'azione di responsabilità promossa contro l'Ente, né dei limiti di copertura assicurativa, né delle ragioni di rifiuto dell'offerta di composizione stragiudiziale del sinistro. L'Amministrazione non si è fatta carico di richiedere neppure una riga di relazione ai convenuti in merito alla vicenda e al relativo operato professionale. La Compagnia di Assicurazione risulta essersi rifiutata di mettere a disposizione il massimale, quando le parti lese avevano esternato la disponibilità ad accettarlo a tacitazione delle loro pretese.

Tale stato di cose e tale cattiva gestione dell'iter processuale convince questo Collegio a far uso del potere riduttivo dell'addebito nella misura del 40% dell'importo complessivo contestato.

P.Q.M.

La Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale per la Regione Piemonte... condanna i sigg. (omissis) al pagamento della somma complessiva pari a L. 1.168.634.151, ripartita in parti uguali, oltre alla rivalutazione monetaria e agli interessi legali, da computarsi secondo legge" (30).

Quindi per pensiero costante ora della Giurisprudenza, "se il medico agisce nella struttura ospedaliera pubblica, trova applicazione

(30) Sul punto vedasi Cass. Civ. sez. III, 22.1.1999 n. 589, e la sopra citata sentenza della C. Conti Piemonte, 10.6.1999 n. 1058 "Secondo la giurisprudenza della Cassazione occorre distinguere l'ipotesi in cui l'intervento sia di difficile esecuzione da quella in cui l'intervento sia di facile e rutinaria esecuzione. Nel secondo caso, provata dal paziente la non difficile esecuzione dell'intervento chiesto, incombe sul professionista l'onere di dimostrare che l'insuccesso del proprio intervento non è dipeso dal difetto di propria diligenza o perizia. Il caso in esame, per l'alta qualificazione della struttura in cui si è svolto e per l'elevata competenza dei sanitari ospedalieri, non era tale da prospettare problemi di speciale difficoltà, compete quindi ai sanitari ospedalieri l'onere di dimostrare la correttezza del loro intervento in ogni momento stante il carattere prevalentemente omissivo del loro comportamento "Su tali basi quindi è il paziente che deve dimostrare il nesso causale e che, quindi, sussista responsabilità essendosi aggravate le proprie condizioni di salute a seguito dell'intervento sanitario caratterizzato da facilità di esecuzione, mentre competerà al medico di dimostrare o la propria diligenza o la difficoltà dell'intervento. A sua volta la Struttura Sanitaria non potrà negare la propria responsabilità accampano carenze finanziarie di mezzi e di personale, ma deve dimostrare che con i mezzi a disposizione si è organizzata in modo diligente e se l'evento dannoso si è verificato la stessa non può essere ritenuta responsabile, qualora gli interventi necessari fossero così straordinari da esorbitare le sue competenze e le sue reali possibilità". Così S. Marinello, in Diritto ed Economi a dell'Assicurazione, I, 2000, Giuffrè ed., Milano, pagg. 238- 244.

l'art. 2236 c.c. che limita il requisito del dolo e della colpa grave quando la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di particolare complessità. Si esclude quindi la responsabilità per semplice imperizia (in caso di particolare esecuzione), ma non anche nei casi di negligenza o imprudenza non gravi; in questi casi il medico risponde anche in caso di colpa lieve, se dall'errore è derivato un peggioramento delle condizioni di salute del paziente" con la conseguenza che per la responsabilità civile il danno si pone come requisito indispensabile per ottenere la stessa. Tant'è che "se un medico effettua una diagnosi errata, e dispone pertanto una terapia impropria, ma per effetti del tutto naturali il paziente, nonostante i palesi errori, guarisce il medico non risulta civilmente responsabile in quanto, malgrado l'evidente imperizia, non vi è stato un evento dannoso" (31).

Sul punto vedasi Cass. Civ. sez. III, 22.1.1999 n. 589, e la sentenza della C. Conti Piemonte, 10.6.1999 n. 1058. Per la Cassazione occorre distinguere l'ipotesi in cui l'intervento sia di difficile esecuzione da quella in cui l'intervento sia di facile e routinaria esecuzione. Nel secondo caso, ferma la prova a carico del paziente della non difficile esecuzione dell'intervento chiesto, incombe sul professionista l'onere di dimostrare che l'insuccesso del proprio intervento non sia dipeso dal difetto di propria diligenza o perizia. A sua volta la Struttura Sanitaria non potrà negare la propria responsabilità accampando carenze finanziarie di mezzi e di personale, ma deve dimostrare che con i mezzi a disposizione si è organizzata in modo diligente e se l'evento dannoso si è verificato la stessa non può essere ritenuta responsabile, qualora gli interventi necessari fossero così straordinari da esorbitare le sue competenze e le sue reali possibilità.

Sussiste altresì il principio della responsabilità del Primario Ospedaliero nei confronti degli ammalati della divisione, e conseguentemente dell'obbligo di definire i criteri diagnostici e terapeutici e di vigilare sulla loro esecuzione da parte degli aiuti ed assistenti ai sensi degli artt. 7 D.P.R. 128/1969 e 63 D.P.R. 761/1979,

VEDI

Testo inserito nuovamente a pag. 48 evidenziato in giallo

(31) Così ancora il commento di S. Marinello, vedasi nota precedente, che, richiama inoltre la distinzione fra la responsabilità civile e quella penale, nella quale per la sussistenza del reato è sufficiente che l'evento sia anche solo pericoloso, come dottrinalmente e giurisprudenzialmente evidenziato con la distinzione fra reati di evento e di pericolo.

nonché sussiste la responsabilità dell'Assistente Ospedaliero per omessa tempestiva informazione al Primario (32).

Così, innanzitutto sussiste l'esigenza di accertare il nesso causale fra fatti ed evento lesivo, successivamente la necessità di accertare la responsabilità degli altri medici, responsabilità di natura concorrente con quella del primario.

Nel caso in esame quindi, ai sensi dell'art. 63 D.P.R. 761/79 "il medico appartenente alla posizione iniziale svolge funzioni medico-chirurgiche di supporto e funzioni di studio, di didattica, di ricerca... secondo le direttive dei medici appartenenti alle posizioni funzionali superiori. Ha la responsabilità per le attività professionali a lui direttamente affidate e per le istruzioni e direttive impartite nonché per i risultati conseguiti. La sua attività è soggetta a controllo e gode di autonomia vincolata alle direttive ricevute". Ne deriva pertanto che l'assistenza dell'assistente ospedaliero, vigente la normativa di cui al citato D.P.R. 761/79, è una attività di collaborazione medico-chirurgica nella cura dei malati, collaborazione di supporto, restando attribuite al primario o all'aiuto, le scelte terapeutiche (33).

Ne consegue che gli interventi chirurgici possono essere disposti ed attuati solo dal primario o dall'aiuto, sia pure se coadiuvati dall'assistente, che può svolgere solo attività di collaborazione o supporto rispetto ad un soggetto gerarchicamente superiore.

Ma, se come visto, la sussistenza di una responsabilità concorrente del primario e del suo assistente è oramai assodata, lo stesso può dirsi di una concorrente responsabilità della Struttura Ospedaliera e del medico.

Il tutto sulla base di due differenti tipi di responsabilità.

(32) Così Cass. Civ. Sez. III, 18.5.2001 n. 6822 "Il primario ospedaliero, ai sensi dell'art. 7 D.P.R. 27 marzo 1969 n. 128, ha la responsabilità dei malati della divisione, per i quali ha l'obbligo di definire i criteri diagnostici e terapeutici che gli aiuti e gli assistenti devono seguire e di vigilare, com'è desumibile anche dall'art. 63 D.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761, sull'esatta esecuzione da parte dei medesimi. Pertanto sussiste la negligenza del primario del reparto che omette, violando gli schemi della normale pratica ostetrica, di impostare un programma di monitoraggio assiduo del travaglio della partoriente - per venti minuti all'inizio del medesimo, poi ogni trenta minuti per una durata di cinque minuti, e nell'ultimo periodo del travaglio ogni cinque minuti - al fine di poter intervenire tempestivamente, con un taglio cesareo, all'insorgere di sofferenza fetale; di impartire direttive precise di controllo cardiografico al suo assistente nel caso di sua assenza dal reparto; di vigilare sull'esatta esecuzione delle medesime ed è quindi, colpevole per i danni riportati da un neonato in seguito a sofferenza anossica cerebrale, evitabile con un tempestivo parto cesareo. Pur non rientrando nei poteri dell'assistente di procedere al taglio cesareo, egli è responsabile per non aver tempestivamente informato il primario degli esiti del tracciato cardiografico, così impedendogli di impostare la terapia in grado di evitare le gravi conseguenze della sofferenza neonatale".

(33) Cass. Civ. 16.5.2000 n. 6318.

- contrattuale per la Struttura Ospedaliera;
- extracontrattuale o aquiliana del medico.

La prima è determinata dalla obbligazione sorta fra la Struttura Ospedaliera e il paziente, a fronte della quale la Struttura Sanitaria si impegna ad effettuare una serie di prestazioni.

La seconda è legata all'intervento del medico, che nel caso di specie si pone in posizione separata (terzo) rispetto alla Struttura ed al paziente.

Appare a questo punto necessario evidenziare il nesso di causalità, ossia accertare il rapporto eziologico fra il danno subito dal paziente ed il comportamento doloso o colposo del medico.

Nell'evoluzione giurisprudenziale si è avuto un'attenuazione della presenza del livello di colpa del medico sino a pervenire al punto in cui sarà il medico che dovrà provare di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno e quindi a provare la causa specifica, ossia a dimostrare che la causa del danno non sia riconducibile a condotta attiva od omissiva del medico.

Si è quindi sempre più evidenziata la tutela del paziente, e tale tutela è stata, per così dire, rafforzata dalla concorrente responsabilità della Struttura ospedaliera.

Responsabilità che è stata caratterizzata dal fatto che possa sussistere anche in assenza di responsabilità del medico o dell'équipe medica che abbia seguito il paziente (34).

Quindi la sola presenza dell'obbligazione contrattuale sorta con l'affidamento del paziente alla Struttura è sufficiente a garantirne la tutela: un esempio di tale "garanzia" a favore del paziente è ribadita dalla giurisprudenza della Suprema Corte (35).

La Struttura ospedaliera dovrà quindi adempiere all'obbligazione di effettuare le prestazioni mediche necessarie per il paziente, ma dovrà altresì dimostrarsi efficiente e funzionale, priva di carenze strutturali e tecniche che possano incidere negativamente sull'esito delle prestazioni mediche dovute (36).

(34) Cass. 19.5.1999 n. 4852.

(35) Cass. 1.3.1988 n. 2144.

(36) La Giurisprudenza ha altresì ritenuto che nell'ipotesi di rapporto di dipendenza del medico nei confronti dell'ente ospedaliero sussista anche in capo al medico una identica matrice con la responsabilità della struttura e cioè abbia riferimento alla non diligente o errata esecuzione della prestazione, così che, accertata tale negligenza, la responsabilità troverà fondamento nel vincolo contrattuale sorto con il paziente, così cass. Civ. sez. III, 1.9.1999 n. 9198.

Così si è evoluta una corrente giurisprudenziale che ha trovato principio con il giudicato del Tribunale di Monza del 7 giugno 1995 (37) che ha, fra l'altro, deciso che la "responsabilità contrattuale della struttura sanitaria può non essere dovuta ai comportamenti dei singoli facenti parte della propria organizzazione, ma far capo alla struttura ospedaliera complessivamente organizzata". Su tali tracce, il Tribunale di Milano con sentenza del 9 gennaio 1997 ha dichiarato che la responsabilità dell'ente per danni alla persona del paziente possa essere ricondotta anche in via esclusiva alla colposa carenza organizzativa dell'ospedale stesso, sentenza confortata da successivi giudicati anche della suprema Corte (38).

Ma si rammenti sempre come oggi si parli di "contratto di ospedalità", caratterizzato dalla causa gravante sull'Ente ospedaliero di assicurare al paziente, nel miglior modo, le prestazioni mediche e chirurgiche (39).

Sentenze che a volte richiamano la responsabilità anche concorrente del medico con la struttura, come nell'ipotesi di inadeguatezza di strumenti nell'area prenatale, fatto quest'ultimo, che unito alla negligenza del medico, ha implicato la loro condanna solidale, come la Cass. 19.5.1999 n. 4852 precedentemente richiamata ha sancito.

Si può, nella fattispecie, ritenere anche superabile la distinzione fra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato, giacché la tutela del paziente nei confronti della Struttura Ospedaliera è legata alla fornitura di tutti i mezzi necessari al raggiungimento del risultato voluto, risultato che a carico del medico potrebbe assurgere la natura di obbligazione di risultato, come già scritto nell'ipotesi di prestazioni di chirurgia plastica-estetica o di prestazioni odontoiatriche.

Incide pertanto in maniera rilevante il principio di buona fede, caratterizzato dall'offerta di strutture ospedaliere adeguate, ed a rafforzare il principio gravante sulla Struttura è la presenza di regole comportamentali e "protocolli" sempre più articolati nonché di sistemi di certificazione qualità che comprovino l'efficienza della stessa (40).

A questo punto, ragionando in senso inverso, si può ricercare la prova dell'assenza di responsabilità della Struttura Ospedaliera attraverso alcuni criteri precisi:

(37) Vedasi in Responsabilità civile e previdenza, Giuffrè Ed., Milano, 1996, 389 e ss.

(38) Vedasi Cass. civ. 16.5.2000 n. 6318.

(39) Così: Cass. 1.3.1988 n. 2144; Cass. 9.1.1979 n. 119.

(40) Vedasi DPCM 19.5.1995 Schema generale di riferimento della Carta dei Servizi Pubblici Sanitari e D.M. 24.7.1995 Contenuti e modalità di utilizzo degli indicatori di efficienza e qualità del servizio sanitario nazionale, e la certificazione di qualità ISO 9000.

- un criterio qualitativo umano: presenza di personale medico e paramedico e comunque professionale che garantisca sempre le scelte in raffronto alle varie contingenti situazioni;
- un criterio quantitativo umano: determinato dalla sufficiente presenza di personale, sia esso della medesima area operativa (esempio sufficienti medici e personale chirurgico) sia di altra area operativa ad essa collegata per il principio di necessità (area di terapia intensiva);
- un criterio qualitativo strumentale: apparecchiature tecnologiche e scientifiche e operative di elevato livello e qualitativamente assistite e mantenute;
- un criterio quantitativo strumentale: presenza di apparecchiature tecnologiche e scientifiche in numero adeguato alle necessità operative della Struttura.

Pertanto, agli effetti civilistici, si potrà dire che:

- graverà sul medico non la semplice responsabilità legata alla diligenza "del buon padre di famiglia", ma graverà una diligenza che implica la conoscenza delle regole professionali ottimali, e l'applicazione nella professione di una "perizia" legata alla conoscenza specifica dell'area di intervento (così dunque e per esempio, l'oculista dovrà conoscere le più avanzate tecnologie d'intervento sull'occhio);
- graverà sul medico dipendente della Struttura sia pubblica che privata, la responsabilità propria per interventi che non implicino la soluzione di problemi di particolare difficoltà;
- graverà sempre sul medico la responsabilità per imprudenza e negligenza;
- graverà sul medico, in particolari situazioni, un'obbligazione di risultato (41), o, al limite, in relazione alla circostanza, la riprova di negligenza a fronte della prova a carico del paziente che

(41) In tal senso: Cass. Civ. sez. III, 10.9.1999 n. 9167 "L'obbligazione assunta dal medico consistente nel provocare la definitiva infertilità di una paziente, è come tale di risultato e non di mezzi. In tal caso l'obbligazione di risultato può definirsi adempiuta solo quando si sia realizzato l'evento previsto come conseguenza dell'attività esplicata dal debitore, nell'identità di previsione negoziale e nella completezza quantitativa e qualitativa degli effetti previsti e, per converso, non può ritenersi adempiuta se l'attività dell'obbligato, quantunque diligente, non sia valsa a far raggiungere il risultato previsto. Ne deriva che una volta che sia provata la mancanza del risultato va riconosciuto l'inadempimento del medico stesso".

l'intervento a cui si è sottoposto, fosse di facile ed usuale esecuzione.

Rilevata poi, come sopra detto la concorrente e, a volte esclusiva, responsabilità della Struttura, il medico potrebbe essere chiamato a rispondere in base al criterio che *“il grado di diligenza professionale del medico va valutata con riguardo alle circostanze concrete e tra queste rientrano anche la dotazione della struttura ospedaliera in cui lo stesso opera. E' negligente pertanto il sanitario che non denuncia le carenze e, al limite, che non disponga il trasferimento del paziente in altra sede più adeguata”* (42).

In definitiva, quindi, è ancora una volta la giurisprudenza che segna il percorso in tema di responsabilità del medico, determinando quale sia il livello richiesto al medico in tema di *“colpa e diligenza”* viene ribadita, sul punto della determinazione del principio di diligenza, la posizione che ravvisa nel medico un debitore qualificato, e l'adempimento della obbligazione del quale deve essere valutato - ai fini del giudizio di adempimento e, quindi di responsabilità - *in base al metro stabilito dall'art. 1176, comma 2, c.c., con la conseguenza che egli è tenuto a conoscere le «regole del mestiere» e a operare con perizia e con prudenza* (43).

(42) In tal senso: Cass. civ. sez. III, 27.7.1999 n. 7336.

(43) Richiamiamo una interessante sentenza, che richiama la responsabilità per colpa vicaria, ovviamente occorrerà separare il caso esaminato dalla sentenza da quello di responsabilità della struttura per l'attività del medico, ma il principio dell'art. 2049 c.c. è pienamente applicabile Tribunale di Milano - Sez. X civ. - n. 829 - 21 gennaio 2002 - G.U. Catalano, in Giustizia a Milano, Milano gennaio 2002, - Responsabilità vicaria per aggressione di un dipendente nei confronti di altro dipendente - Ricorre - Indagine sulla colpa del "padrone"- Non necessaria - Responsabilità oggettiva - Ricorre.

“Quando sia risultato pacifico nel giudizio che l'attore è stato aggredito da un dipendente del convenuto, che il fatto è avvenuto sul posto di lavoro, durante l'orario di lavoro, mentre il dipendente era addetto alle proprie mansioni e l'arma dell'aggressione era uno strumento di lavoro reperito sul posto, emerge un rapporto di occasionalità necessaria che consente di ritenere il committente responsabile ex art. 2049 cod. civ.. Infatti, ai fini della responsabilità indiretta del committente per il danno arrecato dal fatto illecito del commesso, ai sensi dell'art. 2049 c.c., è sufficiente che sussista un nesso di occasionalità necessaria tra l'illecito stesso ed il rapporto che lega detti soggetti, nel senso che le mansioni o le incombenze affidate al secondo abbiano reso possibile, o comunque agevolato, il comportamento produttivo del danno, a nulla rilevando che tale comportamento si sia posto in modo autonomo nell'ambito dell'incarico o abbia ecceduto dai limiti di esso, anche se in trasgressione degli ordini ricevuti, sempre che il commesso abbia perseguito finalità coerenti con quelle in vista delle quali le mansioni gli furono affidate e non finalità proprie alle quali il committente non sia neppure mediamente interessato o compartecipe (Cass. 10.12.98 n. 12417; Cass. 21.6.99 n. 6233).

Va osservato comunque che ex art. 2049 cod. civile la responsabilità extracontrattuale prescinde da una *culpa in vigilando ed in eligendo* del datore di lavoro ed è quindi irrilevante l'eventuale dimostrazione dell'assenza di colpa (Cass. 29.8.95 n. 9100); la ratio di tale norma è infatti fondata su un'ipotesi di responsabilità oggettiva giustificata da una

Nella diligenza di cui all'art. 1176, comma 2, peraltro si intende altresì compresa la perizia «da intendersi come conoscenza ed attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione», perizia ben attinente ad un prestatore d'opera specifica come il medico.

Il grado di diligenza poi, per la Cassazione, deve essere apprezzato in relazione alle circostanze concrete: il medico, può pertanto essere ritenuto responsabile del danno subito dal paziente qualora tale pregiudizio si sia verificato in conseguenza della scarsa dotazione della struttura ospedaliera nella quale il medico ha scelto di effettuare l'intervento. La diligenza e la perizia del medico, quindi, si manifestano anche nel valutare se effettuare il ricovero e l'intervento del paziente in una Struttura Sanitaria piuttosto che in un'altra.

Quanto alla norma dell'art. 2236 c.c., il pensiero della giurisprudenza è nel senso che la limitazione della responsabilità professionale stabilita per i soli casi di dolo o colpa grave è relativa esclusivamente alla perizia, per la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, con esclusione dell'imprudenza e della negligenza che, quindi, non sono influenzati da tale limitazione.

La diligenza incide anche sulla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato.

Come visto, la prima ricorre quando la prestazione cui il debitore è obbligato consiste in una determinata attività idonea a realizzare il risultato che il creditore si attende, ma non anche nell'ottenimento di questo risultato; si avrà, invece, un'obbligazione di risultato quando il debitore si obbliga verso il creditore a realizzare anche tale risultato con la conseguenza che, nelle obbligazioni di mezzi, il debitore si obbliga allo svolgimento della propria attività con la dovuta "diligenza", che costituisce, di regola, il criterio valutativo dell'adempimento stesso; nelle obbligazioni di risultato, invece, si avrà adempimento solo qualora si ottenga il risultato.

La distinzione ha avuto largo spazio in giurisprudenza che in particolare, l'ha richiamata riferendosi all'individuazione dell'oggetto dell'obbligazione nell'esercizio di attività di prestazione d'opera intellettuale, stabilendo, una nozione di diligenza la cui violazione costituisce colpa professionale e, quindi, inadempimento dell'obbligazione di mezzi.

Si è così consolidato l'orientamento per la quale la responsabilità del professionista intellettuale non discende - di regola -

ricostruzione della responsabilità civile conforme ai principi della redistribuzione del rischio con la conseguenza che in capo al datore di lavoro rimane l'obbligazione del risarcimento del danno.

dal mancato raggiungimento del risultato sperato dal cliente bensì dal mancato impiego da parte del medesimo debitore della necessaria diligenza richiesta dalla particolare attività svolta dallo stesso.

Si comprende pertanto come l'area professionale medica sia sicuramente uno dei principali ambiti di applicazione delle obbligazioni di mezzi o di risultato, ed è in esso che dovrà determinare l'ambito relativo all'individuazione del contenuto della prestazione del medico al fine di accertare o meno della sua responsabilità per i danni subiti dal paziente che si è sottoposto alle sue cure, e ciò indipendentemente dalla Struttura o con incidenza anche della stessa qualora venga ravvisata la carenza sopra menzionata.

Ora, sulla base di un consolidato indirizzo giurisprudenziale, l'obbligazione che il professionista medico assume nei confronti del paziente ha per contenuto lo svolgimento, con diligenza dell'attività professionale necessaria in relazione al caso concreto e in vista del risultato che il cliente spera di ottenere: si verterebbe pertanto in una tipica ipotesi di obbligazione di mezzi.

Ciò non implica però che si possa delineare il diverso ambito in cui, il medico si impegni a fornire un risultato, punto che, come precedentemente esaminato, è stato affrontato da alcuni giudicati in tema di chirurgia estetica nei quali l'attività del medico è stata identificata non tanto diretta alla soluzione di una situazione patologica quanto, invece, rivolta al miglioramento dell'aspetto del paziente medesimo (diversa cosa è, a nostro parere, e sempre nell'ambito della chirurgia plastica, la chirurgia "ricostruttiva") e così deciso anche in tema di alcuni interventi odontoiatrici.

Si è quindi ritenuto che l'obbligazione del chirurgo plastico operante per finalità estetiche o dell'odontoiatra esperto di ortodonzia, sia da considerarsi, in linea di massima, una obbligazione di risultato, ritenendosi l'obbligazione assunta dal professionista simile a quella di chi si impegna a realizzare una determinata opera secondo le precise indicazioni impartite dal soggetto interessato alla realizzazione del lavoro.

La stessa obbligazione è stata accertata in un caso di sterilizzazione "garantita", ma non realizzata⁽⁴⁴⁾.

E' stato pertanto correttamente ritenuto che anche nel caso di prestazioni d'opera medica l'accordo delle parti possa qualificare la prestazione nel senso del "risultato", in modo tale che, in presenza di contestazione, la pur corretta esecuzione tecnica della prestazione non è sufficiente a escludere la responsabilità per inadempimento del

(44) Cass. civ. 10.9.1999 n. 9617.

medico qualora tale esecuzione non ottenga la realizzazione del risultato concordato.

3) IL CONSENSO INFORMATO. **Stop 29.8**

3.1) LA POSIZIONE DEL PAZIENTE E DEL MEDICO.

Affrontare il problema del consenso del paziente rispetto alle cure o all'attività chirurgica che vengono prestate significa affrontare un duplice ordine di problemi.

Il primo è relativo all'aspetto strettamente etico, cioè ai rapporti umani sorti fra l'ammalato e chi si sta prendendo cura di lui, sia che si tratti di personale medico che di personale paramedico, sia che si tratti di ammalati terminali che di ammalati pronti a essere ristabiliti pienamente.

Il secondo è relativo all'incidenza giuridica legata alla presenza di informazioni dirette all'ammalato da parte del medico in ordine alle cure o agli interventi a cui è sottoposto ed alla conseguente posizione dell'ammalato nel pieno rispetto del suo diritto alle cure più adeguate e del diritto di rifiutare le cure non ritenute accettabili.

Il tema etico è sicuramente di maggior impatto emotivo ed ha rappresentato il campo di indagine di maggior respiro.

Si è rilevato come due correnti di pensiero o, meglio di atteggiamento, si siano poste in antagonismo fra loro: il così detto modello paternalista e il così detto modello contrattualista.

Il primo rispecchia un approccio all'ammalato che ne limita l'ambito decisionale, rimettendo praticamente tutto nelle mani del medico, pur nella miglior ricerca del bene dell'ammalato stesso, il secondo si basa invece sul rapporto contrattuale instauratosi fra il paziente ed il suo medico (o la struttura sanitaria ed i suoi medici) spingendo il rapporto su di un piano fortemente burocratizzato (45) con tutti gli evidenti aspetti propri di tale collocazione.

Invero riteniamo che possano benissimo ravvisarsi anche nell'aspetto contrattualistico o giuridico, valori profondi e mirati al pieno rispetto dei diritti dell'ammalato, così come meglio esamineremo in seguito.

(45) In tal senso, S. Leone, Manuale di Bioetica, Op. cit. pagg. 228 - 229, sottolineando l'A. che "...il consenso sta subendo un pericoloso processo di giuridicizzazione riducendosi ad una firma da mettere su un modulo più o meno ben compilato" pertanto ciò crea una forma di burocratizzazione che introdurrebbe per di più una qual forma di sfiducia o di limitazione decisionale. Il risultato positivo sarebbe invece presente in una terza via, l'alleanza terapeutica, cioè "un impegno di sinergia fra più alleati per raggiungere il fine comune" senza che nessuna delle due volontà, quella del medico e quella del paziente, venga ad essere assolutizzata, avendo invece come fine comune la cura dell'ammalato.

Restando nell'ambito più profondamente etico, si dovranno valutare alcuni aspetti peculiari del rapporto fra ammalato, malattia, cure praticate o praticabili e atteggiamento del personale medico.

Non si è più innanzi ad una serie di terapie praticate soprattutto in un ambito familiare, ove la presenza di parenti e affetti reali, aiutava in un certo qual modo la terapia, anche se la stessa si rilevava, purtroppo, non risolutiva, e dove il medico era considerato parte della famiglia, conoscendone tutti membri, tutte le loro patologie, anche non solo fisiche ma psicologiche.

Oggi l'ammalato è inserito in un contesto enormemente più ampio, asettico, tecnologicamente avanzato, ma proprio in quanto tale, estremamente difforme dalla realtà abituale del paziente, che si ritrova, sì avvolto dalla certezza che la tecnologia possa persino fare miracoli, ma si ritrova totalmente in balia della struttura e dei suoi operatori (46).

Se poi si rileva che molte volte il personale medico e paramedico si presenta come una realtà estranea, scorbutica, maleducata ed insensibile, il quadro che ne emerge non è certo dei migliori.

Che tali comportamenti negativi non costituiscano la regola è pur vero, ma, purtroppo non costituiscono nemmeno l'eccezione, ponendosi su un piano tragicamente paritetico: è dato di conoscenza comune come, nella stessa corsia, nello stesso reparto sussistano e coesistano medici e personale estremamente umani e medici e personale per nulla umani e comprensivi, e ciò senza voler nulla togliere alle competenze professionali, in entrambi i casi positive.

Ora, simili discordanti realtà incidono sullo spirito del paziente, soprattutto se in presenza di ammalati anziani, soli, estremamente debilitati, e totalmente ignoranti dei loro diritti e dell'obbligo di rispetto che anche i più stanchi operatori debbono portare per le loro sofferenze.

Un ammalato non è "l'ammalato" da manuale o da numero di libretto sanitario, l'ammalato, ciascun ammalato è una realtà unica, con tutti i suoi lati positivi e negativi, ma che ha un cuore e dei

(46) Osserva M. Aramini, Introduzione alla bioetica, Op. cit. che "Nella realtà, si deve rilevare che l'inserimento del paziente negli ospedali dimentica quasi completamente che l'ammalato è una persona che ha paura: già l'approccio con gli uffici di accettazione è segnato da scarso o nullo calore umano. Raro è un servizio di accoglienza che con le prime informazioni riduca lo stato di spaesamento del ricoverato, il quale sente immediatamente che da quel momento sarà in balia di programmi e di eventi più grandi di lui che non potrà né dominare né correggere". Con profonda lucidità l'A. sottolinea come lo stesso prolungarsi della degenza non attenui, ma, anzi, accentui le difficoltà del paziente e "ciò che colpisce maggiormente l'ammalato è la percezione di essere solo un caso tra i tanti, che il personale sanitario tratta in maniera routinaria. Questa percezione ha un effetto profondamente debilitante".

sentimenti, che si sente proiettato in un ambito che certo non costituisce una sua scelta di vita, e che lo vede soggetto a umilianti comportamenti fisiologici che ne offendono lo spirito se anche le più umili e maleodoranti attività non vengono svolte dal personale medico e paramedico con un profondo senso di umanità.

Ritengo che a volte, collocare e togliere con garbo una "padella", pulire con cortesia la persona ammalata, sia corroborante per quest'ultima come un buon antibiotico.

Certo la carenza di personale, gli orari estenuanti, la esiguità delle retribuzioni, sono ampi giustificativi, ma devono essere delle eccezioni, non la prassi quotidiana.

E che il fenomeno non sia nuovo è ben noto, ed anche in periodi tragici e estremamente dolorosi come le guerre, troppe volte gli ammalati hanno dovuto subire ferite psicologiche in aggiunta alle lacerazioni fisiche (47).

Ecco che allora l'aspetto giuridico di tutela del diritto dell'ammalato anche tramite il consenso informato, si pone come una equilibrata soluzione.

Dell'aspetto giuridico non si deve cogliere solo l'aspetto vincolistico, che, come precedentemente osservato, può spingere ad una visione rigidamente burocratica del rapporto "informazione-assenso", ma anche il suo collocarsi come forma di garanzia del pieno rispetto dell'ammalato e di conferma della libertà di scelta operativa del medico.

Ovviamente la necessità di informare il paziente deve essere caratterizzata da una necessaria sintesi essendo inutile, se non controproducente, uno sfoggio di terminologie tecniche, deve essere mirata ad ottenere, nei modi e forme giuridicamente rilevanti, l'assenso dell'ammalato in merito a terapie utili e praticabili e deve compenetrarsi con una chiara e inequivocabile dichiarazione di assenso o dissenso da parte dell'ammalato stesso.

Se questi non potesse, per minore età, per età avanzata, per deficienze fisiche o psichiche prestare la dovuta attenzione alle informazioni del medico e formulare in termini giuridicamente validi la propria volontà, sarà lo stesso ordinamento che indicherà chi e per conto di chi, altri possano essere informati e rilasciare il debito assenso.

(47) Così M. Gilbert, *First word war*, N.Y. 1994, Milano, Ed. Mondadori 2002 "Il 23 febbraio dal suo letto dell'ospedale Militare di Ruen il volontario americano Carroll Carstairs scrisse al padre di essere stato rimproverato, insieme ad altri ufficiali, una notte dall'infermiera di turno perché quando il dolore per le ferite si era fatto insopportabile avevano "disturbato" il medico di guardia".

Ed anche nei confronti di detti parenti, affini, congiunti, legali rappresentanti, il medico dovrà comportarsi come se si trattasse del paziente stesso, esplicitamente informando ed esplicitamente, pur se "indirettamente" ricevendo il consenso a quanto proposto o indicato.

Nemmeno si può ritenere sempre implicito ogni trattamento successivo a fronte di un consenso inizialmente prestato sulla base di determinate situazioni di realtà clinica, se, successivamente, vuoi per il modificarsi della situazione soggettiva (del paziente) vuoi per l'approntarsi di nuove terapie, il medico debba concretamente modificare quanto precedentemente stabilito, e comunicato al paziente.

Al fine di evitare pericolose ripercussioni giuridiche, sarà opportuno che vengano comunicate le nuove informazioni e richiesto su esse un nuovo, distinto assenso.

Si rivela in tal modo la natura contrattuale del consenso in quanto lo stesso deve essere dato solo a fronte di precise indicazioni su ciò che debba essere assentito, diversamente si avrebbe un vizio della volontà, dall'errore al più grave dolo.

Appare così evidente come, per il medico, la corretta informazione (a cui farà seguito un corretto consenso, in quanto emesso da un soggetto debitamente *informato*) costituisca un ulteriore aspetto della sua obbligazione professionale assunta con l'incarico di curare il paziente, anche se trasmesso tramite una struttura sanitaria, e che sempre egli, medico, debba attenersi ai principi di corretto adempimento dell'obbligazione e di rispetto dei principi di buona fede (48).

(48) Osserva M. Bilancetti, La responsabilità civile penale del medico, Op. cit., pag. 975: "La "diligenza" attiene, in materia di responsabilità professionale medica, non solo alla esecuzione della prestazione dovuta, ma anche alla doverosa informazione, da parte del sanitario, per consentire al paziente di esprimere un consenso consapevole e quindi efficace. L'informazione non è solo un dovere deontologico, ma costituisce un distinto aspetto della diligenza". Prosegue l'A., pagg. 976-977, richiamando un interessante giudicato della Cassazione relativo ad un intervento di anestesia mediante iniezione lombare, effettuato senza che la paziente fosse stata preventivamente informata della specifica metodologia adottata, così da ricevere una completa informazione sui rischi a cui si sottoponeva ed alla quale informazione, avrebbe poi dovuto prestare idoneo assenso. Con la decisione che "la scelta di una delle tre tecniche metodologiche anestetiche, comportando diversi fattori di rischio, avrebbe dovuto ottenere un valido e consapevole consenso della paziente".

Sempre sul consenso, scrive V. Lungagnani, Biotecnologie - norme e regolamenti, UTET Torino, 2002, pag. 16: "I successivi capitoli II e III (*N.R.: della Convenzione di Oviedo*) dedicati al consenso, alla vita privata ed al diritto di informazione sono corollari del principio fondamentale di prevalenza dell'interesse dell'individuo.... La Convenzione di Oviedo precisa le condizioni di salvaguardia che devono essere rispettate qualora la persona interessata non sia in grado di esprimere consenso e comprensione (ad esempio disturbi psichiatrici, minore età, situazioni di emergenza) sempre in ottemperanza del principio di operare per il beneficio della salute dell'individuo".

A tal fine richiamiamo due giudicati particolarmente illuminanti sul punto.

Il primo è citato da Salvino Leone (49) che, rilevando come il consenso agli atti medici sia una delle più importanti espressioni di autonomia decisionale, ritiene che proprio “la sensibilità dell’uomo di oggi trova assolutamente inammissibile un qualsiasi intervento su di sé che non abbia alla base la sua lucida e piena accettazione. Persino quando tale intervento è sicuramente diretto a salvargli la vita. La dimostrazione più clamorosa e per versi, sorprendente, l’abbiamo in una sentenza del Tribunale di Firenze del 1992 che è diventata emblematica di un cambio di mentalità che ha pervaso anche la giurisprudenza. Nel corso di un intervento al colon su una donna anziana, il chirurgo si accorse che la suddetta aveva, in realtà un tumore, procedendo senza indugio alla sua asportazione. Dopo alcuni giorni, tuttavia, la donna morì per varie complicanze postoperatorie. Il chirurgo, come spesso capita in questi casi venne denunciato e, successivamente condannato, ma non come ci si aspetterebbe, per *omicidio colposo* bensì per *omicidio preterintenzionale*. Il reato colposo infatti riconosce tre motivazioni: imprudenza, negligenza o imperizia. Se la morte della paziente doveva essere in qualche modo imputata all’operato del chirurgo la causa non doveva essere che una di queste tre. In realtà l’averlo condannato per omicidio preterintenzionale presuppone una deliberata “volontà di nuocere” sia pure al di là di una diretta intenzionalità. Operare una donna che non abbia consentito a farlo, anche se con il fine di salvarle la vita si configura quindi come “azione lesiva” non certo della sua corporeità ma della sua volontà. In una gerarchia di valori la volontà del paziente viene assolutamente al primo posto, essendole subordinato ogni altro bene, anche quello della stessa vita”.

Indubbiamente la valutazione dell’Autore è negativa e concordiamo con lui in linea di principio, ma la lettura delle motivazioni della sentenza offrono un angolo di valutazione diverso: “Risponde di omicidio preterintenzionale il primario chirurgo ospedaliero il quale, nel sottoporre un’anziana paziente ad intervento operatorio, anziché realizzare la programmata asportazione transanale di un adenoma villosa, abbia senza previo consenso e in assenza di necessità ed urgenza terapeutica, proceduto all’asportazione totale addomino-peritale del retto, provocando a due mesi di distanza il decesso della

(49) Vedasi, S. Leone, manuale di bioetica, Istituto Siciliano di Bioetica, Acireale, 2003, pag. 227.

donna quale conseguenza dell'intervento estremamente traumatico e cruento" (50).

Indubbiamente, pur in presenza di un grave esempio, riteniamo di non accettare le esposte motivazioni che collocano il chirurgo responsabile ex art. 584 c.p., mancando il nesso causale fra volontà ed evento con riferimento alla mancata informazione e relativo consenso, benché la sentenza sia stata confermata in Cassazione con la seguente motivazione: "E' configurabile il reato di omicidio preterintenzionale nella condotta del chirurgo che ebbe, sotto il profilo intellettuale, la rappresentazione dell'evento lesioni e, sotto quello volitivo, l'intenzione diretta a realizzarlo, ebbe cioè consapevole volontà di ledere l'altrui integrità personale senza averne diritto e senza che ve ne fosse la necessità, ed avendo di conseguenza cagionato una lesione da cui era derivata malattia, un processo patologico che aveva determinato una compromissione funzionale grave e successivamente condotto a morte la paziente" (51).

VEDI
Testo già
inserito
da:
pag. 34
eviden-
ziato in
verde

Il secondo giudicato è del Tribunale di Milano (52): "Va dichiarata la responsabilità del chirurgo in ordine all'accaduto (blocco di stent rimasto in parte dentro l'arteria femorale ed in parte al di fuori) e alle sue conseguenze per aver proceduto, dopo l'esame angiografico, all'intervento di angioplastica, trascurando che il paziente non fosse stato informato compiutamente, quando era in condizione di piena consapevolezza, circa la natura ed i rischi dell'intervento. Infatti, come afferma il consulente dell'Ufficio, il consenso chiesto ed ottenuto immediatamente dopo il compimento dell'esame angiografico ed in esito ad esso, quindi durante il trattamento medico-chirurgico, non può considerarsi validamente prestato.

La trascuratezza appare maggiormente censurabile per il fatto che l'operatore non aveva incontrato l'attore, e tanto meno lo aveva visitato, prima dell'intervento e doveva perciò ragionevolmente presumere che l'attore si fosse recato presso la Casa di Cura per

(50) Corte di Assise di Firenze, 18.10.1990, in Foro It. 1991, II, 236; Cass. sez. V, 21.4.1992, in Rep. Foro. It. 2000, 1610,15.

(51) Art. 584 c.p. Omicidio preterintenzionale - "*Chiunque, con atti diretti a commettere uno dei delitti previsti dagli articoli 581 e 582 cagiona la morte di un uomo, è punito con la reclusione da dieci a diciotto anni*"; Art. 581 c.p. - percosse (estraneo alla sentenza sopra esaminata); Art. 582 c.p. Lesione personale - "*Chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale derivi una malattia nel corpo o nella mente è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni*".

(52) Tribunale di Milano - Sez. I. civ. - n. 8687 - 13 luglio 2000 - g.u. Roda Bogetti, Giustizia a Milano, Milano, luglio 2000: Intervento di angioplastica - Consenso ottenuto durante l'intervento - Ritenzione dello stent - Responsabilità - Ricorre - Chirurgo professionista indipendente - Scelta operata dalla Casa di Cura e non dal paziente - Mancata predisposizione di equipe angiochirurgica di pronto intervento - Responsabilità della Casa di Cura - Ricorre.

l'esame angiografico su prescrizione di altro sanitario, l'opportunità del parere del quale prima di sottoporsi all'angioplastica, doveva essere considerato nell'ordine delle cose.

La ritenzione dello stent - su questo punto dissentendo dal parere del consulente dell'Ufficio - non può essere considerato una complicanza eccezionale, ma un errore, in mancanza di prova che non fosse preventivamente rilevabile l'impossibilità del transito del catetere di dilatazione munito di stent per via femorale "a *causa dei ridotto angolo*" e dovuta a causa eccezionale (anatomica o altra) l'uscita dello stent dalla sua sede durante la manovra di estrazione.

Va pure dichiarata la responsabilità della Casa di Cura sia in relazione al rapporto di subordinazione in cui il chirurgo aveva accettato di collocarsi rispetto ad essa, dimostrato dal fatto che non risulta che egli fosse conosciuto dall'attore prima dell'inizio dell'intervento e tanto meno che fosse stato scelto. Donde la conclusione che era stata la Casa di Cura ad essere prescelta tra le tante, con affidamento totale alla organizzazione sanitaria della stessa, compresa la individuazione del sanitario operatore, sia per la carenza nella predisposizione dei servizi, sicuramente attinente il contenuto della obbligazione contrattuale assunta, rivelata dalla mancata preordinazione di una equipe angiochirurgica di pronto intervento per fronteggiare le emergenze, tanto è vero che l'intervento resosi necessario di un chirurgo vascolare risulta avvenuto molte ore dopo l'incidente".

La sentenza del Tribunale di Milano, è esemplare sotto diversi aspetti. Il primo risolve il problema del consenso: il Tribunale non solo ne presuppone il pieno rilascio, ma sottolinea come il consenso, rilasciato in una determinata situazione nella quale il paziente non si potesse considerare in "piena consapevolezza" (consenso richiesto ed ottenuto immediatamente dopo il compimento dell'esame angiografico ed in esito ad esso, quindi durante il trattamento medico-chirurgico) e quindi non potesse considerarsi validamente prestato. Il secondo risolve il problema della responsabilità concorrente della Casa di cura, identificandone le ragioni sia nella subordinazione del chirurgo alla stessa ed al fatto che "quel" chirurgo fosse del tutto sconosciuto al paziente, sia rilevando la presenza di carenze strutturali della stessa Casa di cura. Si tratta pertanto di una ampia ed esauriente sentenza, perfettamente condividibile sotto ogni aspetto.

A conclusione delle osservazioni in tema di informativa e consenso, riteniamo doveroso affrontare un aspetto particolarmente delicato: l'informativa "insostenibile" per l'ammalato, cioè il rivelare allo stesso della estrema gravità della malattia o degli esiti invalidanti permanenti ad essa connessi, verità che potrebbe spingere il paziente persino ad atti autolesionistici.

Dal punto di vista strettamente etico, si osserva come possa essere proprio per il bene dell'ammalato che non si debba rivelare la gravità del suo stato, e ciò anche in funzione di mantenere viva la speranza di guarigione.

Dal punto di vista giuridico si ritiene che, salvo che sia l'ammalato stesso che manifesti apertamente il desiderio di "*non sapere*", manifestazione che dovrebbe essere inequivocabile e priva di vizi della volontà (il che ci pare rientrante solo in ipotesi teoriche) e, comunque collegata anche al pieno assenso a qualsiasi tipo di cura il sanitario ritenga opportuna, una forma di informazione, pur mitigata e limitata alle proposte diagnostico-terapeutiche, debba essere rilasciata (53).

Infatti non si può presupporre, salvo appunto piena ed indiscussa prova del suo dissenso all'informazione (vedasi art. 30 codice deontologico medico 3.10.1998, di cui in nota successiva), che il paziente non voglia essere informato della gravità del suo male, e così limitarlo nel compimento di atti appartenenti alla sua esclusiva sfera giuridica, quali il provvedere a soddisfare precedenti obbligazioni o a disporre secondo le sue ultime volontà.

Quanto meno dovranno essere resi edotti i parenti stretti, eventualmente con l'invito di non aggravare il naturale stato di "paura" dell'ammalato medesimo.

I principi da salvaguardare sono pertanto il diritto del paziente a tutelare la propria vita ed il rispetto del malato nelle condizioni in cui lo pone la malattia.⁵⁴

Correttamente è stato altresì affermato che il problema debba essere affrontato con delicatezza, in modo da offrire un'informazione graduale e veritiera, tenendo conto della psicologia del paziente, del presumibile decorso della malattia e di quanto il paziente dovrebbe o vorrebbe compiere prima della morte.

(53) Nel senso della piena ammissibilità del diritto a *non sapere*, è S. Leone, Manuale di bioetica, Op. cit. pagg. 234 - 235 "Qualora un malato abbia esplicitamente richiesto di non voler sapere la verità sarebbe un'indebita e immotivata violenza il comunicargliela a tutti i costi. Se dire la verità è fondamentale rispetto di un diritto lo è altrettanto il non dirlo qualora il paziente non voglia saperlo. Questo non è in contrasto con quanto detto prima circa la sussistenza del diritto anche quando questo non sia preteso, perché in questo secondo caso vi è la sussistenza di un altro diritto, esistente e percepito come tale, che esclude il precedente".

⁵⁴ Ricorda il Prof. Don Luigi Maria Verzè, Verità al malato e libertà per l'uomo, in Una Verità in Dialogo, Europa Scienze Umane Editrice, Istituto Scientifico H. S. Raffaele, Milano, 1994, pag. 164 "È importante che la malattia sia vissuta non casualmente, ma come occasione quasi programmata con l'aspettativa che essa può migliorare la mia vita. Non solo: la malattia può essere occasione di miglioramento, come capitò a Socrate che nella sofferenza ragionata maturò l'esigenza della riflessione alla ricerca del vero sapere."

In particolare se tali criteri valgono per gli ammalati gravi, diversamente si dovrà agire di fronte agli ammalati terminali e, particolarmente, a quelli affetti da cancro.

“Per i malati terminali spesso si tratta solo di confermare delicatamente quanto il paziente ha già intuito per suo conto. Esistono però dei casi in cui il paziente, pur essendo prossimo alla fine, non se ne rende conto e non ha pensato di assolvere i suoi doveri conclusivi nell’illusione di potersi pensare in un secondo tempo,. In questi casi la scelta è guidata dal maggior bene del paziente e la comunicazione della verità assume un carattere di urgenza anche se non deve venir meno una certa gradualità. Per i casi in cui il malato ha adempiuto i suoi obblighi finali e non si rende conto del suo stato, la comunicazione della verità può essere tralasciata se le condizioni di debolezza fanno paventare uno sconvolgimento profondo della persona. Per i malati inguaribili di cancro, per i quali la fine è certa, ma differita, si pone il problema se sia di utilità per il malato essere informato fin dall’inizio della sua malattia o se sia meglio aspettare tempi più opportuni. La soluzione che in pratica si rivela più perseguibile è quella di non negare la verità di fronte alle domande che il soggetto pone dopo aver intuito la gravità del proprio male” (55). Principio questo riconosciuto anche dall’art. 39 del codice di deontologia medica del 1995 e dall’art. 30 del codice di deontologia del 1998 (56).

(55) Così, M. Aramini, Introduzione alla bioetica, Op. cit. pagg. 153 - 154.

(56) Art. 30 - Informazioni - “Il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate; il medico nell’informarlo dovrà tenere conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche. Ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere soddisfatta. Il medico deve altresì, soddisfare le richieste di informazione del cittadino in tema di prevenzione. Le informazioni riguardanti prognosi gravi o infauste o tali da poter procurare preoccupazione e sofferenza alla persona, devono essere fornite con prudenza, usando terminologie non traumatizzanti e senza escludere elementi di speranza. La documentata volontà della persona assistita di non essere informata o di delegare ad altro soggetto l’informazione deve essere rispettata”. Scrive M.H. Diniz, O estado atual do biodireito, Op. cit. pag. 352 “Pela carta dos Direitos do Paciente da Associação Americana de Hospitais de 1973 “o paciente tem o direito de receber do medico informações completas do seu estado real, a respeito do seu diagnóstico, tratamento e prognóstico, em termos que possa entender”. Prosegue l’Autrice ritenendo come solo un consenso chiaro ed esauriente possa garantire l’autonomia del paziente, come peraltro conformemente P. Antonio de Carvalho Fortes, “Reflexões sobre a bioética eo consentimento esclarecido, Bioetica, 2: 129-35 “O consentimento esclarecido emitido pelo paciente, è portanto, manifestação do principio de autonomia da vontade, fundamental para guiar as ações no campo da saúde” Consenso che per J. Harris, The value of life: an introduction to medical ethics, London, 1985, potrà essere revocato e rinnovato.

Una posizione di vero aiuto può essere offerta dai famigliari dell'ammalato, per i quali la presenza del vincolo personale ed affettivo costituisce il miglior presupposto non per "dire" all'ammalato una sgradevole realtà, ma per "comunicare" anche gradualmente una realtà che si deve comunque accettare e che, se comunicata da persone a lui vicine, consente di superare la minor fiducia che l'ammalato nutre nei confronti della Struttura rispetto al vincolo familiare.⁵⁷

3.2) IL CONSENSO ED I TESTIMONI DI GEOVA.

Un aspetto particolare del consenso è offerto dalla nota casistica dei pazienti di credo religioso dei Testimoni di Geova (58).

I fatti possono essere così riassunti: i credenti di tale fede non ritengono lecite le trasfusioni di sangue, e pertanto, nell'eventualità di un loro ricovero e conseguente necessità di trasfusioni di sangue, si pone il grave problema per il medico di accettare il rifiuto a trasfusioni da essi non ammesse anche a costo della vita o imporle "coattivamente", con ogni conseguente rischio per responsabilità del medico stesso sia in uno che nell'altro caso (fermo l'utilizzo di tecniche diverse come il riutilizzo del sangue del paziente stesso, ove possibile).

L'indagine si concentra solo sull'ipotesi della trasfusione senza diversa alternativa di cura.

Vi sono numerosi giudicati che hanno affrontato il caso e utilizzeremo come punto di discussione l'ipotesi ricorrente del paziente che, in presenza della necessità di essere sottoposto a trasfusione, rifiuta categoricamente tale rimedio.

Uno dei giudicati maggiormente richiamati, è quello del Pretore di Modica, che era stato chiamato ad affrontare il caso di un paziente che, saputo a seguito della corretta comunicazione del medico, di dover essere sottoposto a trasfusione, si era fermamente rifiutato di accettare tale cura.

Così, a fronte di un paziente che si opponeva alla trasfusione, il medico, nonostante avesse cercato inutilmente di convincerlo a sottoporsi alla trasfusione, vista la situazione di pericolo in cui si trovava il paziente, si era rivolto al magistrato civile utilizzando un ricorso ex art. 700 c.p.c., cioè un procedimento di urgenza.

⁵⁷ Sul punto vedasi, G. Angelini, Una Verità in Dialogo, Op.cit. pag.180.

(58) Sul punto vedasi ampiamente, M. Bilancetti, La responsabilità civile penale del medico, Op. cit. pagg. 509 - 554.

Il Magistrato civile si era espresso affinché il medico provvedesse coercitivamente alla trasfusione “nei confronti di un paziente in pericolo di vita, che rifiuti una terapia trasfusionale, siccome contraria al suo credo religioso” (59).

Il provvedimento venne però contrastato dall'intervento del Pubblico Ministero (intervento ammesso ex art. 70, comma 3, c.p.c.) sulla base di precise argomentazioni così riassumibili: a) in quanto l'emotrasfusione non rientra fra i trattamenti sanitari obbligatori consentiti dall'art. 32, comma 2 della Costituzione, b) nel caso di specie trattandosi di salute del singolo individuo e non della collettività. Pertanto sussisteva e sussiste il diritto del paziente a rifiutare la trasfusione.

Indubbiamente il medico si trova in una posizione difficile: da un lato ha il dovere di tutelare la salute del paziente, dall'altro non può prevaricarne la volontà, correndo in entrambi i casi il rischio di gravi conseguenze penali, come sentenziato dalla Corte di Assise di Firenze e Cassazione (60).

Il ricorso al Magistrato elimina sicuramente un problema, ma lascia sussistere la riflessione generale: la motivazione, ovviamente deve essere legata allo stato di assoluta necessità di effettuare la trasfusione ed al conseguente persistere del paziente in uno stato di incapacità di intendere e volere.

Ma è altrettanto vero che lo stato di necessità si manifesti solo in presenza di assenza di consenso, mentre, a fronte di un dichiarato rifiuto, nulla potrà essere fatto in contrasto di detto dissenso (61).

(59) Pret. Modica, Ord. Ex art. 700 c.p.c. 13.8.1990, Giur. Merito 1993, I, 1314, e vedasi ampio commento anche di M. Bilancetti, come richiamato nella nota precedente.

(60) Vedasi precedente nota 46, con richiamo alla Corte di Assise di Firenze, 18.10.1990, Massimo, in Foro It. 1991, II, 236; Cass. sez. V, 21.4.1992, Massimo, in Rep. Foro. It. 2000, 1610, 15.

(61) Innanzi all'argomentazione che, così operando, si potrebbe ritenere che sussista un *diritto al suicidio*, correttamente si è ritenuto che “Sotto il primo profilo si rileva che se è indubbia la legittimità (e direi l'opportunità) dell'intervento coattivo rivolto ad impedire il suicidio, perché è espressione di una condotta umana dovuta ad una sorte di abbandono psico-fisico di un soggetto in preda a debilitazione, stati depressivi et similia, diverso appare quando la scelta di non curarsi risponde a determinate esigenze di vita, anche come preferenze per scelta qualitative del proprio modo di vivere come tali personalissime e quindi soggettive, oppure perché rispondenti, come nel caso in esame, a determinate scelte religiose, meritevoli di rispetto e considerazione, così come emerge dal nostro ordinamento costituzionale (Art. 19: “tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma”) che le colloca tra quei diritti fondamentali delle persone che non si possono conculcare imponendo valutazioni soggettive, ancorché di diffusione più comune (Art. 3 della Costituzione: “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alle leggi senza distinzione di religione...”). La soprarichiamata Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (n. redazione, sottoscritta a Nizza il 7 luglio 2000) ha ribadito tali principi cardine del nostro

Giuridicamente il medico non sarà responsabile in quanto il paziente, essendo perfettamente sciente e lucido, chiede solo il rispetto della propria volontà, e a tale desiderio deve adeguarsi il medico stesso.

Inoltre la norma di legge sulle emotrasfusioni (D.M. 1.9.1995) richiama la necessità che il paziente manifesti il proprio consenso in forma non equivoca, consenso richiesto anche dall'art. 32 del Codice Deontologico del medico.

Il problema si propone in termini diversi in caso di incapace: in tal caso sussistono due posizioni etiche contrastanti, la prima relativa ai principi del Comitato Nazionale di Bioetica, dell'art. 34 del Codice Deontologico del Medico, che riterrebbe valida la scelta eventualmente manifestata antecedentemente dal paziente, la seconda è contraria all'ammissibilità del riconoscimento di un consenso "antecedente" e non ribadito al momento (anche per le condizioni di salute del paziente che lo rendono incapace di intendere e volere) così come riconosciuto anche dal principio di assenza di un dovere giuridico che imponga di intervenire, visto anche l'art. 40 c.p. comma 2 (62).

Si ritiene pertanto che il medico, pur prendendo atto della eventuale indicazione di quella che era la volontà del paziente, indicazione effettuata da parenti, amici ecc., non sia tenuto ad adeguarvisi e possa procedere alle terapie ritenute più confacenti per ricreare la salute del malato.

Va correttamente osservato che recentemente (nei mesi di gennaio e febbraio 2004) si sono avute due diverse modalità di azione: la prima che aveva visto richiamata sulle pagine dei giornali la dolorosa vicenda una paziente che aveva rifiutato l'amputazione di un piede durante il ricovero presso un Ospedale di Milano e che, nonostante le pressanti posizioni anche dei mass media, di personaggi politici, giornalisti e "esperti" aveva visto il riconoscimento della volontà della paziente al rifiuto dell'amputazione, con l'estremo risultato della morte ineluttabilmente verificatasi.

ordinamento giuridico... Il diritto a non curarsi non deve essere assimilato ad un preteso diritto al suicidio: diversamente per questa strada, si perverrebbe a troppe pericolose interferenze in violazione del diritto costituzionale della autodeterminazione, sopraesaminato. Nel caso in esame la paziente non voleva il suicidio, anzi voleva essere assistita e curata; il suo rifiuto non era alla vita bensì solo a quel trattamento specifico contrario al suo credo religioso". M. Bilancetti, la responsabilità civile e penale del medico, Op. cit. pagg. 513 - 514.

(62) Art. 40 c.p. Rapporto di causalità - *"Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione o omissione.*

Non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo".

Pochi giorni dopo quel caso se ne è presentato un altro del tutto simile ma per il quale è stata seguita una diversa linea procedurale, ricorrendosi al Magistrato che ha nominato un Tutore ritenendo la paziente, a fronte di una visita psichiatrica, incapace di intendere e volere e quindi rimettendo poi al Tutore l'autorizzazione all'intervento chirurgico amputativo.

Stante la immediatezza dei due casi rispetto alla stesura del presente lavoro, nasce l'obiettivo impossibilità di accertare documentalmente la posizione del Magistrato nelle richiamate situazioni, ma, accettando quanto riportato dai media sul secondo episodio, riteniamo che si sia prevaricata la reale volontà dell'ammalata (sempre che non sussistesse realmente una situazione di incapacità di intendere e volere tale da menomare pesantemente la sua capacità di scelta) dando preferenza al sicuramente più "umano" impatto di tutela della vita e della salute, ma trascurando il suo inalienabile diritto al rifiuto della cura, ed aprendo così pericolosamente un varco ad interventi dettati da terze volontà anziché dal rispetto della pur amara decisione dell'ammalato.

Si pone quindi prepotentemente la contrapposizione fra libera scelta personale e imposizione coatta di una scelta, sulla base di un principio generale di beneficenza a favore della persona umana ritenuta in quel momento non in grado di decidere della propria salute e vita.

Si potrebbe così pervenire ad una imposizione etica sociale della scelta terapeutica che potrebbe tragicamente mutare posizione con il mutare del pensiero comune e giungere all'aberrazione della scelta della morte anziché della vita, come la storia ha ben insegnato nell'attuazione del principio eutanasico nazista.

E si contrappone anche la duplice posizione del Magistrato che, nella seconda ipotesi, ha di fatto sollevato il chirurgo da quella responsabilità precedentemente esaminata e sempre dichiarata che, in alcuni casi ha accolto la massima "sensibilità" dell'essenza della incontestabile scelta del paziente manifestata attraverso il proprio libero consenso.

Sull'argomento richiamiamo anche il pensiero di un Medico ed Etico di grande esperienza e lucidità di analisi ⁶³per il quale occorre innanzitutto non confondere il problema del rifiuto delle terapie con la richiesta di eutanasia e/o di suicidio assistito, di lotta contro l'accanimento terapeutico e contro il dolore. Il rifiuto delle terapie

⁶³ Così : A. Anzani , Rifiutare le terapie è un diritto , ma il paziente deve essere informato, in www. Il Portale della Comunità Ambrosiana, Chiesa di Milano

mediche rientra tra i diritti prioritari dell'uomo tutelati anche dalla Costituzione con il suo art. 13 (sulla inviolabilità della libertà personale) e con il suo art.32 (sulla tutela della salute), così che il paziente è in grado di assumersi personalmente la responsabilità di programmare e organizzare ciò che è più adatto al suo attuale stato di malattia e quindi è in grado di dare o rifiutare il suo consenso all'inizio o alla sospensione della terapia. Ed è evidente che si tratti di *consenso informato* ed **"E' compito del medico** curante, facendo ricorso alla sua sensibilità, al suo intuito psicologico, alla sua umana partecipazione verso il malato-persona che soffre, **provvedere alla informazione**, dosando il modo concreto di rivelare la verità, procedendo con corretta pedagogia e sana gradualità, evitando così al malato traumi dannosi e non rispettosi della sua personalità, cercando sempre di adeguare l'informazione al suo grado di cultura e di comprensione. In questo modo il medico si pone in un atteggiamento non di dispensatore di terapie, ma soprattutto di **"compagno di viaggio" del paziente** che a lui si è rivolto per ottenere una risposta positiva ai propri bisogni di salute."

Ecco dunque che questo atteggiamento implica un " dialogo ricco di pazienza " perché, come ritiene l'Autore, " non esiste malato che non abbia dubbi da chiarire , incertezze da ridurre, angosce da sedare, pessimismi da ridimensionare ".

Ne consegue che, se sono state fornite tutte le corrette spiegazioni al malato, questi possa così essere in grado di conoscere pienamente e globalmente tutti i valori che sono in gioco in quel momento e alla luce di essi solo il malato potrà " giudicare cosa sia bene per lui in quel preciso istante della sua vita."

Pertanto, innanzi ad un paziente che rifiuti le terapie il medico" **deve rendersi conto del perché** della scelta del malato e inevitabilmente, se vuole essere onesto con se stesso, è invitato dalla circostanza oggettiva a compiere una verifica del suo operato. E' stato il paziente sufficientemente informato? Il rifiuto è dovuto ad una incomprendione, ad un cattivo rapporto con l'operatore sanitario ovvero è frutto di una libera e consapevole scelta? Se le risposte sono affermativo, è necessario **ritornare daccapo, anche con caparbietà e determinatezza**. Di fronte al rifiuto del paziente il medico può sentirsi sconfitto, nonostante che la terapia proposta sia stata programmata per il bene del paziente sì da restituirlo alla vita. E se la sua coscienza nulla ha da rimproverargli, gli rimane tuttavia l'obbligo morale di continuare a garantire al malato una presenza, pur silenziosa, mai inutile. Alla *sapientia mentis* si accompagna e rimane la *sapientia cordis*."

Va da sé che accanto ad una simile corretta valutazione dal punto di vista medico - etico, anche l'analisi giuridica non possa che adeguarsi: il rispetto della volontà dell'ammalato è prioritario ed il dovere del medico di informare correttamente lo stesso paziente deve essere soddisfatto a pena di gravissime responsabilità civili e penali, ma nulla di più deve farsi carico il professionista a fronte di una simile problema che già lo coinvolge moralmente .

Nel caso, invece, questa volta inequivocabile, di un paziente incapace in quanto di minore età, il medico dovrà rivolgersi, se i tempi lo consentono, all'autorità Giudiziaria, ai sensi degli artt. 330-333-336-361-384-424 c.c., per l'adozione di provvedimenti urgenti e idonei alla salute dell'ammalato. Il tutto a maggior ragione se il minore manifestasse parere favorevole, giacché in tema di consenso si verte in ambito di capacità o incapacità "naturale" e non legale.

4) LA TUTELA DEI DATI PERSONALI NEL CODICE PRIVACY.

Un aspetto non indifferente della incidenza del Legislatore nell'ambito della tutela dei diritti si è avuta con il recepimento in Italia della Dir. Cee 95/46 del Parlamento Europeo e del Consiglio 24 ottobre 1995, tramite la Legge 31.12.1996 n. 675 e la Legge 31.12.1996 n. 676 recante delega al Governo in materia di tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali, nonché sulle successive modifiche della L. 675/96 con particolare riguardo all'indicazione delle misure minime di sicurezza. Sulla L. 675/96 si è ampiamente scritto (64), e soprattutto si scriverà ora, in seguito alla promulgazione del Dec. Legs. 30 giugno 2003 n. 196 (di cui alla Legge Delega 24 marzo 2001 n. 127 per l'emanazione di un testo unico in materia di trattamento dei dati personali), correntemente definito *Codice in materia di protezione dei dati personali*, (65) che ha riordinato la materia in un ampio e articolato contesto di ben 186 articoli oltre agli allegati (all. A - Codici di deontologia; all. B - Disciplinare tecnico in materia di misure minime di sicurezza; all. C - Trattamenti non occasionali effettuati in ambito giudiziario o per fini di Polizia) sostituendosi alla L. 675/96. Si ritiene quindi necessario affrontare anche nel presente lavoro alcune specifiche incidenze del Codice (così lo menzioneremo semplicemente in seguito), soprattutto in tema di dati sanitari e sensibili in generale, nonché in tema specifico di dati genetici (art. 90) e di dati trattati mediante carte (art. 91), cartelle cliniche (art. 92), certificati di assistenza al parto (art. 93) e banche dati, registri e schedari in ambito sanitario (art. 94).

Procederemo quindi all'esame del Codice partendo proprio dagli enunciati iniziali per poi affrontare gli ulteriori articoli di pertinenza all'odierno lavoro. I primi due articoli stabiliscono il *Diritto alla protezione dei dati personali* e le *finalità* del trattamento, sancendo appunto, che chiunque ha diritto alla protezione dei suoi dati personali e che il trattamento dei dati debba avvenire nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità

(64) Vedasi sull'argomento della L. 675/96: C. Triberti, *Guida pratica per gli enti locali - Legge 31 dicembre 1996 n. 675*, Lombardia Informatica s.p.a. per la Regione Lombardia pagg. 1-180; G. Buttarelli, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Giuffrè Ed., Milano, 1997, pagg. 1-585; E. Giannantonio, M. G. Losano, V. Zeno-Zencovich, *La tutela dei dati personali - Commentario alla L. 675/96*, Cedam, Padova, 1997, pagg. 1-569; Riccardo Imperiali - Rosario Imperiali, *La tutela dei dati personali*, Il Sole 24 Ore, Milano, 1997, pagg. 1-377; G. Carrella e C. Triberti, *Internet - aspetti giuridici e fiscali* - Ed. Maros, Milano, 2000; G. Carrella - C. Triberti, *E-Commerce tra mercato e diritto*, Ed. Sole24 Milano, 2001, pagg. 203-214.

(65) Decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 186 in G.U., supplemento ordinario alla G.U. n. 174 del 29 luglio 2003, n. 123/L.

dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali. Conseguentemente il trattamento stesso è disciplinato dalla normativa in modo che sia assicurato un elevato livello di tutela dei diritti e delle libertà soprarichiamati, e ciò anche nel rispetto dei principi di semplificazione, armonizzazione ed efficacia delle modalità previste per il loro esercizio da parte degli interessati, nonché per l'adempimento degli obblighi da parte dei titolari del trattamento.

Pertanto: viene ribadito il principio informatore dell'originario testo della L. 675/96, ed in particolare si osservi come l'oggetto di tutela della legge non sia il dato in se stesso, bensì le modalità di trattamento del dato medesimo. Su cosa debba intendersi per trattamento, il legislatore rielenca dettagliatamente una serie di definizioni che aiutano indubbiamente a comprendere il testo della normativa.

Il legislatore, inoltre, specifica (vedasi l'art. 3 relativo al principio di *specificità del trattamento*) che i sistemi informativi e i programmi informatici debbano essere configurati in modo tale da ridurre al minimo l'utilizzazione di dati personali e di dati identificativi, in modo da escluderne il trattamento quando le finalità perseguite nei singoli casi possono essere realizzate mediante, rispettivamente, dati anonimi od opportune modalità che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità.

Come detto, poi, il legislatore rielenca nell'art. 4 tutta una serie di definizioni che aiutano a comprendere meglio la portata del testo di legge, inserendo nuove terminologie rispetto alla definizione riportata nell'art. 1 della L. 675/96.

A tal fine richiamiamo qui l'intero testo dell'art. 4, in modo tale che si possa fare riferimento alle singole voci nel commento delle successive disposizioni, pur rimandando al testo integrale del Codice per una totale visione del suo contenuto.

Inoltre, per una maggior comodità di lettura dei punti riferibili all'odierna trattazione, evidenziamo in grassetto gli stessi, rispetto alle altre definizioni, per così dire, estranee alla presente indagine.

Pertanto:

Art. 4 - Definizioni.

1. Ai fini del presente codice si intende per:

- a. "trattamento", qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione,*

- la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati;
- b. "dato personale", qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale;
 - c. "dati identificativi", i dati personali che permettono l'identificazione diretta dell'interessato;
 - d. "dati sensibili", i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale;
 - e. "dati giudiziari", i dati personali idonei a rivelare provvedimenti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere da a) a o) e da r) a u), del D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, o la qualità di imputato o di indagato ai sensi degli articoli 60 e 61 del codice di procedura penale;
 - f. "titolare", la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo cui competono, anche unitamente ad altro titolare, le decisioni in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento di dati personali e agli strumenti utilizzati, ivi compreso il profilo della sicurezza;
 - g. "responsabile", la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo preposti dal titolare al trattamento di dati personali;
 - h. "incaricati", le persone fisiche autorizzate a compiere operazioni di trattamento dal titolare o dal responsabile;
 - i. "interessato", la persona fisica, la persona giuridica, l'ente o l'associazione cui si riferiscono i dati personali;
 - j. "comunicazione", il dare conoscenza dei dati personali a uno o più soggetti determinati diversi dall'interessato, dal rappresentante del titolare nel territorio dello Stato, dal responsabile e dagli incaricati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione;

- k. "diffusione", il dare conoscenza dei dati personali a soggetti indeterminati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione;
 - l. "dato anonimo", il dato che in origine, o a seguito di trattamento, non può essere associato ad un interessato identificato o identificabile;
 - m. "blocco", la conservazione di dati personali con sospensione temporanea di ogni altra operazione del trattamento;
 - n. "banca di dati", qualsiasi complesso organizzato di dati personali, ripartito in una o più unità dislocate in uno o più siti;
 - o. "Garante", l'autorità di cui all'articolo 153, istituita dalla legge 31 dicembre 1996, n. 675.
2. "comunicazione elettronica", ogni informazione scambiata o trasmessa tra un numero finito di soggetti tramite un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico. Sono escluse le informazioni trasmesse al pubblico tramite una rete di comunicazione elettronica, come parte di un servizio di radiodiffusione, salvo che le stesse informazioni siano collegate ad un abbonato o utente ricevente, identificato o identificabile;
- a. "chiamata", la connessione istituita da un servizio telefonico accessibile al pubblico, che consente la comunicazione bidirezionale in tempo reale;
 - b. "reti di comunicazione elettronica", i sistemi di trasmissione, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e altre risorse che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, incluse le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa Internet, le reti utilizzate per la diffusione circolare dei programmi sonori e televisivi, i sistemi per il trasporto della corrente elettrica, nella misura in cui sono utilizzati per trasmettere i segnali, le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato;
 - c. "rete pubblica di comunicazioni", una rete di comunicazioni elettroniche utilizzata interamente o prevalentemente per fornire servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico;
 - d. "servizio di comunicazione elettronica", i servizi consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazioni elettroniche, compresi i servizi di telecomunicazioni e i servizi di trasmissione nelle reti utilizzate per la diffusione circolare radiotelevisiva, nei limiti previsti

- dall'articolo 2, lettera c), della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002;
- e. "abbonato", qualunque persona fisica, persona giuridica, ente o associazione parte di un contratto con un fornitore di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico per la fornitura di tali servizi, o comunque destinatario di tali servizi tramite schede prepagate;
 - f. "utente", qualsiasi persona fisica che utilizza un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico, per motivi privati o commerciali, senza esservi necessariamente abbonata;
 - g. "dati relativi al traffico", qualsiasi dato sottoposto a trattamento ai fini della trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica o della relativa fatturazione;
 - h. "dati relativi all'ubicazione", ogni dato trattato in una rete di comunicazione elettronica che indica la posizione geografica dell'apparecchiatura terminale dell'utente di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico;
 - i. "servizio a valore aggiunto", il servizio che richiede il trattamento dei dati relativi al traffico o dei dati relativi all'ubicazione diversi dai dati relativi al traffico, oltre a quanto è necessario per la trasmissione di una comunicazione o della relativa fatturazione;
 - j. "posta elettronica", messaggi contenenti testi, voci, suoni o immagini trasmessi attraverso una rete pubblica di comunicazione, che possono essere archiviati in rete o nell'apparecchiatura terminale ricevente, fino a che il ricevente non ne ha preso conoscenza.
3. Ai fini del presente codice si intende, altresì, per:
- l. "misure minime", il complesso delle misure tecniche, informatiche, organizzative, logistiche e procedurali di sicurezza che configurano il livello minimo di protezione richiesto in relazione ai rischi previsti nell'articolo 31;
 - m. "strumenti elettronici", gli elaboratori, i programmi per elaboratori e qualunque dispositivo elettronico o comunque automatizzato con cui si effettua il trattamento;
 - n. "autenticazione informatica", l'insieme degli strumenti elettronici e delle procedure per la verifica anche indiretta dell'identità;
 - o. "credenziali di autenticazione", i dati ed i dispositivi, in possesso di una persona, da questa conosciuti o ad essa univocamente correlati, utilizzati per l'autenticazione informatica;
 - p. "parola chiave", componente di una credenziale di autenticazione associata ad una persona ed a questa nota,

- costituita da una sequenza di caratteri o altri dati in forma elettronica;
- q. "profilo di autorizzazione", l'insieme delle informazioni, univocamente associate ad una persona, che consente di individuare a quali dati essa può accedere, nonché i trattamenti ad essa consentiti;
 - r. "sistema di autorizzazione", l'insieme degli strumenti e delle procedure che abilitano l'accesso ai dati e alle modalità di trattamento degli stessi, in funzione del profilo di autorizzazione del richiedente.
4. Ai fini del presente codice si intende per:
- a "scopi storici", le finalità di studio, indagine, ricerca e documentazione di figure, fatti e circostanze del passato;
 - b "scopi statistici", le finalità di indagine statistica o di produzione di risultati statistici, anche a mezzo di sistemi informativi statistici;
 - c "scopi scientifici", le finalità di studio e di indagine sistematica finalizzata allo sviluppo delle conoscenze scientifiche in uno specifico settore.

Il successivo art. 5) conferma che rientrano nella tutela del codice sia l'attività di trattamento di dati personali, anche detenuti all'estero, effettuato da chiunque è stabilito nel territorio dello Stato o in un luogo comunque soggetto alla sovranità dello Stato. E che la medesima disciplina si applica anche al trattamento di dati personali effettuato da chiunque è stabilito nel territorio di un Paese non appartenente all'Unione europea e impiega, per il trattamento, strumenti situati nel territorio dello Stato anche diversi da quelli elettronici, salvo che essi siano utilizzati solo ai fini di transito nel territorio dell'Unione europea. In caso di applicazione del presente codice, il titolare del trattamento designa un proprio rappresentante stabilito nel territorio dello Stato ai fini dell'applicazione della disciplina sul trattamento dei dati personali.

Pertanto, la tutela è offerta non solo a colui i cui dati sono oggetto di trattamento in Italia, e nella CEE, ma anche a colui i cui dati vengono trattati da un soggetto residente in un paese extra CEE, ma che utilizzi strumenti situati in Italia, restando, ovviamente esclusi dall'ambito, i casi in cui gli strumenti utilizzati operino semplicemente come gate way, cioè come mezzi di puro transito da uno stato all'altro.

A questo punto si rende necessario esaminare quelli che sono indicati, nell'art. 7), come *i Diritti dell'interessato*, risultando assolutamente prioritario che l'interessato abbia percezione dei diritti posti a

tutela del trattamento dei suoi dati, e a tal fine il legislatore distingue due aree, la prima e preliminare, è relativa al diritto di ottenere dal titolare del trattamento tutte le informazioni essenziali a confermare o meno l'esistenza di dati che lo riguardino, mentre la seconda area è, per così dire, di attuazione dei poteri riconosciutigli e quindi, sia essa quella di ottenere l'indicazione dell'origine dei suoi dati, delle finalità e modalità del trattamento, della logica applicata in caso di trattamento effettuato con l'ausilio di strumenti elettronici, degli estremi identificativi del titolare, dei responsabili e del rappresentante designato dal titolare, dei soggetti o delle categorie di soggetti ai quali i dati personali possano essere comunicati o che possano venirne a conoscenza in qualità di rappresentante designato nel territorio dello Stato, di responsabili o incaricati.

Si tratta pertanto di una ampia categoria di possibilità di ottenimento di informazioni che costituiranno la base per la successiva facoltà, sempre per l'interessato e a sua tutela, di ottenere:

- a. l'aggiornamento, la rettificazione ovvero, quando vi ha interesse, l'integrazione dei dati;
 - b. la cancellazione, la trasformazione in forma anonima o il blocco dei dati trattati in violazione di legge, compresi quelli di cui non è necessaria la conservazione in relazione agli scopi per i quali i dati sono stati raccolti o successivamente trattati;
 - c. l'attestazione che le operazioni di cui alle lettere a) e b) sono state portate a conoscenza, anche per quanto riguarda il loro contenuto, di coloro ai quali i dati sono stati comunicati o diffusi, eccettuato il caso in cui tale adempimento si rivela impossibile o comporta un impiego di mezzi manifestamente sproporzionato rispetto al diritto tutelato.
2. L'interessato ha diritto di opporsi, in tutto o in parte:
- a. per motivi legittimi al trattamento dei dati personali che lo riguardano, ancorché pertinenti allo scopo della raccolta;
 - b. al trattamento di dati personali che lo riguardano a fini di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale.

Abbiamo riprodotto dettagliatamente questi diritti al fine di sottolinearne l'importanza nell'ambito della garanzia e tutela offerta dalla legge: l'interessato gode di un potere di disposizione sull'attività del terzo (cioè del titolare del trattamento) tale da incidere la fattiva operatività. E se così non fosse non si comprenderebbero le ragioni di

ampia tutela e garanzia voluti sia dal legislatore comunitario, che, ancor più, da quello nazionale.

Si colga la percezione del legislatore: a fronte del dilagare in questi ultimi anni del fenomeno dell'invio in massa di comunicazioni pubblicitarie, comunicazioni non richieste né, sovente, gradite, e che violano particolarmente anche l'aspetto esterno, più appariscente della privacy, è stato appositamente inserito il punto 2.b) in modo tale che non potessero sorgere dubbi interpretativi o applicativi.

Il codice regola negli articoli successivi le modalità con le quali l'interessato potrà far valere i propri diritti, rimarcando come il titolare del trattamento debba cooperare nel modo più ampio e semplice, per l'interessato, affinché quest'ultimo possa agevolmente esercitare i propri diritti. Siamo di fronte ad un ulteriore esempio di garanzia. Ai fini della presente indagine, e quindi, con riferimento ai dati sanitari, è altresì stabilito che:

“Art. 10.3 - Salvo che la richiesta sia riferita ad un particolare trattamento o a specifici dati personali o categorie di dati personali, il riscontro all'interessato comprende tutti i dati personali che riguardano l'interessato comunque trattati dal titolare. Se la richiesta è rivolta ad un esercente una professione sanitaria o ad un organismo sanitario si osserva la disposizione di cui all'articolo 84, comma 1, cioè i dati possono essere resi noti solo per il tramite di un medico designato dall'interessato o dal titolare”.

Dopo questa fase, che potremmo definire, preliminare, il testo del codice affronta le vere e proprie regole generali per il trattamento dei dati, procedendo da quelle di carattere “generale” cioè applicabile a qualsiasi tipo di dati, siano essi sensibili o no.

Assume così particolare importanza, nel contesto di tutta la legge, l'art. 11) riportante due indicatori essenziali per l'intero contesto del trattamento.

Il primo stabilisce che *i dati personali oggetto di trattamento sono:*

- a) trattati in modo lecito e secondo correttezza;*
- b) raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi, ed utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi;*
- c) esatti e, se necessario, aggiornati;*
- d) pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati;*

e) *conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati.*

Il secondo stabilisce che *i dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati.*

Vi è quindi una indisponibilità assoluta del dato trattato in violazione della *disciplina rilevante*, ossia incidente in tema di tutela del trattamento, così che il titolare perde, quale sanzione aggiuntiva a quelle indicate dal codice (come la condanna al risarcimento dei danni o le sanzioni penali) la possibilità di usufruire del dato illecitamente trattato, perdendo così anche l'eventuale vantaggio economico del trattamento.

Il successivo art. 12) auspica l'applicazione di codici di deontologia che possano favorire il lecito e corretto trattamento dei dati e fa richiamo espresso sia al potere del Garante di promuovere la sottoscrizione di questi codici deontologici, sia indicandone alcuni (giornalisti, statistici ecc.) *nell'allegato a)* al codice.

Sorge quindi spontaneo chiedersi se vi sia, o possa esservi un collegamento con il codice deontologico medico.

A tal fine riteniamo che quest'ultimo goda di posizione autonoma, e per questo non possa essere ritenuto "condizione essenziale per la liceità e la correttezza del trattamento dei dati personali" al pari degli altri codici deontologici contemplati.

D'altro canto, le finalità del codice deontologico medico, così come la legge di attuazione della Convenzione di Oviedo (L. 28.3.2001 n. 145) e la disposizione della legge italiana in tema di sicurezza sul lavoro (DLs. 626/94), hanno un loro rilevante e preciso ambito di applicazione, che, comunque si ripercuote nella sfera del soggetto leso, tutelando al pari (ed eventualmente in concorso) con la L. 675/96 nella sua più esauriente forma.

A tal fine, utilizzando le disposizioni dell'art. 13) in ordine alla *informativa* che l'interessato ha diritto di ricevere, sia oralmente che per iscritto (dati sensibili) non si può fare a meno di richiamare quanto relativo al *consenso informato* dell'ammalato, così come disciplinato dal codice deontologico medico e dalla Convenzione di Oviedo che, in particolare, all'art. 10.2 dispone che tutti abbiano diritto di ricevere le informazioni relative alla propria salute, salvo che l'interessato non voglia essere informato.

Argomento ben noto, con tutte le sue implicazioni giuridiche in tema di responsabilità per mancata informativa o per mancato rifiuto della volontà del paziente di “non voler essere informato”, diritto altrettanto inviolabile.

A questo punto il Legislatore, richiamando l'art. 18) della L. 675/96, ribadisce all'art. 15) un principio incidente in maniera pesantissima nell'ambito dei diritti dell'interessato che ritenga (*rectius*: sia) vittima di un trattamento illecito, e stabilisce, maggiore rafforzamento del diritto al risarcimento, il principio della risarcibilità anche del danno non patrimoniale.

Il che ci riporta alle argomentazioni esposte nella prima parte del presente lavoro in tema di danno morale e della sua ricomprensione nell'ambito delle “categorie” di danni risarcibili e, ancor più, al rafforzamento della tesi (giurisprudenzialmente accolta) della risarcibilità del danno morale anche in assenza di danno patrimoniale.

Il che ben si comprende proprio in tema di violazione del corretto e lecito trattamento del dato personale: la materia è suscettibile di ripercussione maggiormente nella sfera psichica ed emotiva del soggetto più che in quella economico-patrimoniale (salvo ovviamente il ripercuotersi del danno anche in tale sfera come, ad esempio, nell'ipotesi dell'imprenditore che si trovi con le linee di credito rifiutate a fronte di un'erronea informativa della centrale rischi delle banche).

Sofferamoci pertanto sull'art. 15.

Art. 15

Danni cagionati per effetto del trattamento.

1. *Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile.*

2. *Il danno non patrimoniale è risarcibile anche in caso di violazione dell'articolo 11.*

Il modello dell'art. 15, (e precedentemente anche dall'art. 18 l. n. 675/96 (trattamento come attività e risarcibilità del danno morale da trattamento) riteniamo debba preliminarmente confrontarsi con la problematica, ben nota, di “danno” (66).

(66) Vedasi: G. Carrella - C. Triberti, E-commerce tra mercato e diritto, Op. cit., pagg. 203 - 214.

4.1) Il danno in generale.

Il concetto di danno, come già visto, implica una valutazione di segno negativo, attuandosi nel danno un risultato peggiorativo di una situazione preesistente.

L'articolo 2043 del c.c. contempla il risarcimento per fatto illecito stabilendo che "qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha ammesso il fatto a risarcire il danno".

La definizione desumibile dal codice civile è quindi più articolata della nozione non giuridica: quest'ultima fa riferimento esclusivamente ad un fatto negativo, peggiorativo della situazione del soggetto che ha subito l'azione dalla quale discende il danno. La nozione di danno offerta dalla lettura dell'art. 2043 c.c. implica la presenza di due soggetti e di un bene sul quale sia caduto l'effetto negativo del comportamento del soggetto che ha operato creando il danno, nonché la presenza di una attribuibilità dell'evento dannoso al comportamento del soggetto tanto da farne scaturire il diritto al risarcimento.

E' quindi chiaro che emerge un nesso di causalità fra condotta illecita e l'evento dannoso e fra evento dannoso e contestuale nascita dell'obbligazione risarcitoria.

4.2) Il danno causato dal trattamento dei dati personali.

L'art. 15) sopracitato stabilisce che chiunque procuri un danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile che così dispone:

"Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno".

L'articolo 2050 c.c. è riferito alla "responsabilità per esercizio di attività pericolosa".

Nell'ipotesi di specie e con riguardo alla legge da noi qui commentata, si è di fronte ad una responsabilità di natura contrattuale ed extracontrattuale che investe a cascata sia il titolare del trattamento e il gestore della banca dati sia i terzi che sono contrattualmente legati ai due precedenti soggetti per fornitura dei beni e/o servizi.

La responsabilità del titolare, gestore e terzi, come sopra detto, è nei confronti dell'interessato, cioè la persona fisica o giuridica o comunque dell'ente cui si riferiscono i dati personali.

La responsabilità ex art. 2050 c.c. grava sul titolare, e da ciò discende che tale soggetto sia altresì gravato dalla inerente presunzione di colpa, dalla quale potrà liberarsi solo dimostrando di avere adottato tutte le misure di sicurezza possibili ad evitare il danno, e riferibili allo stato attuale di conoscenza tecnico-scientifica.

E' questo dell'inversione dell'onere della prova lo stesso principio adottato in tema di responsabilità da prodotto difettoso.

Ora, precedentemente, con la legge 675/96, ed ancor più ora con l'art. 15 del Codice, si è innanzi ad un'estensione ex lege del principio di attività pericolosa, un'estensione implicita derivante dalla natura dell'attività di raccolta, gestione e di trattamento dei dati, con specifico riferimento ai profili della "sicurezza".

L'articolo 2050 va affrontato con l'articolo 2043 c.c. che dispone "Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

Da tale raffronto sono emerse tre fondamentali tesi concernenti il tema della responsabilità oggettiva quale risultato della presunzione di colpa.

Nella prima di queste tesi la responsabilità dell'esercente l'attività pericolosa si fonda sul fatto colposo ed omissivo dello stesso esercente l'attività, di non aver predisposto le misure idonee ad evitare il danno.

Con la seconda tesi si sostiene che è dalla singola situazione (attività pericolosa) che sorge l'obbligazione risarcitoria.

La terza tesi, intermedia alle altre, afferma che sussiste una presunzione di colpa nella condotta del responsabile che produce l'inversione dell'onere della prova.

Il danneggiato che agisce non deve dimostrare la colpa dell'esercente l'attività pericolosa: è quest'ultimo che deve fornire la prova liberatoria.

A nostro giudizio occorre sempre valutare tutti gli elementi di fatto, senza ritenere che vi sia comunque una presunzione di imputazione della responsabilità.

Altro problema posto dall'articolo 2050 c.c. è l'individuazione del soggetto danneggiato.

L'articolo ne offre una individuazione molto ampia, infatti l'espressione testuale utilizzata è "... *ad altri*".

Tale espressione offre una sola immediata certezza: la non identità tra danneggiato e danneggiante.

Si può quindi risalire in questo modo alla individuazione del soggetto danneggiato, intendendosi, quindi, con tale ultima espressione, chi non essendo l'esercente l'attività pericolosa, svolga per esso una attività di prestatore d'opera sia autonoma sia subordinata.

Il soggetto danneggiante è invece dall'articolo 2050 c.c. identificato con "chiunque", e non è richiesta una specifica qualifica, quale ad esempio potrebbe essere l'attività economica, lucrativa, imprenditoriale.

La Giurisprudenza ritiene che occorra operare una distinzione tra attività svolta direttamente dall'esercente e attività "trasferita" a terzi senza vincolo di subordinazione.

Nel primo caso infatti, l'esercente risponde dei danni, mentre nel secondo caso sarà il terzo soggetto a dover dimostrare che "l'evento dannoso si è verificato per caso fortuito, ovvero per un vizio intrinseco della cosa, addebitabile unicamente al costruttore".

Da tale principio scaturisce la considerazione che l'esercente l'attività pericolosa sia responsabile per i danni cagionati a terzi dai propri dipendenti.

E ciò, sia chiaro, non in forza dell'art. 2049 c.c. (responsabilità per il fatto dei propri dipendenti), ma per l'articolo 2050 c.c. servendo il 2049 c.c. solo ad identificare chi sia "l'esercente l'attività".

Tale soggetto potrà essere sia chi svolge direttamente l'attività, sia chi organizza, dirige, predispone i mezzi che consentono ad altri di svolgere l'attività pericolosa, qualora quest'ultimo non goda di sufficiente autonomia tecnica nello svolgimento dell'incarico; inoltre potrà essere o un soggetto pubblico o privato.

La distinzione fra "pericolosità della condotta" e "pericolosità dell'attività in sé considerata" per la quale un'attività normalmente innocua può assumere carattere di pericolosità per la condotta imprudente o negligente di chi la esercita, e un'attività in sé stessa pericolosa per sua natura o per mezzi adoperati, è a nostro parere superata dalla dizione dell'art. 18 che qualifica direttamente il trattamento dei dati come attività pericolosa, lasciandosi alle spalle la distinzione dottrinale tra attività pericolose tipiche e atipiche.

Per integrare la fattispecie di responsabilità considerata dall'articolo qui in esame, è necessaria la sussistenza del nesso di causalità: si avrà responsabilità e conseguentemente risarcimento solo a fronte di un nesso causale fra attività pericolosa e danno, in modo che sussista una relazione diretta fra l'evento dannoso ed il rischio specifico di una determinata attività pericolosa, gravando sull'esercente la dimostrazione di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno.

Facendo riferimento alla rubrica e al testo art. 2050 c.c., noi riteniamo che siano ricomprensibili nella fattispecie di esercizio e svolgimento di attività pericolosa, sia le attività imprenditoriali, sia i singoli atti tra loro del tutto indipendenti, con la conseguenza che sarà "eserccente" anche chi non sia imprenditore, principio questo che risulta rafforzato dalla lettura del Codice.

Da quanto sopra detto consegue che l'esercente sia responsabile ogni volta il danno dipenda in modo diretto dall'attività pericolosa però se l'esercente trasferisce ad un altro soggetto la cosa pericolosa, questi assume un distinto potere di disposizione ed un autonomo dovere di sorveglianza. Da tutto quanto appena esposto ne consegue che ogni svolgimento di attività da parte del produttore cessa e la presunzione di colpa non grava più su di lui, mentre correlativamente si trasferiscono da quel momento a carico del consegnatario, gli oneri di prudenza, custodia e sorveglianza, e con essi, la presunzione di responsabilità di cui all'art. 2050 c.c., con l'ulteriore conseguenza che, in caso di sinistro, incombe su quest'ultimo l'onere di dimostrare che l'evento dannoso si è verificato per caso fortuito ovvero per vizio intrinseco della cosa addebitabile unicamente al costruttore.

Ci si chiede allora quale sia il rapporto fra titolare e incaricato del trattamento.

Si può argomentare sulla distinzione fra attività pericolosa e atto pericoloso, e quindi anche chi compia solo l'atto pericoloso può essere gravato dal risarcimento, dimostrandosi che il danno sia il prodotto causale di un'attività pericolosa in esercizio, o derivi da altra causa.

Risulta pertanto possibile l'applicabilità del principio per il quale nell'appalto sussiste l'autonomia dell'imprenditore nell'esecuzione delle opere a lui commissionate, e conseguentemente, nell'ipotesi di subappalto l'appaltatore (ora subcommittente) sarà responsabile per i danni derivati ai terzi dall'attività esecutiva, affidata al subappaltatore, solo se quest'ultimo risulti essere semplicemente un "mero esecutore".

Ci si chiede altresì se sia possibile un concorso a carico dell'esercente l'attività pericolosa e del custode della cosa pericolosa, pur se a fronte di distinte norme, (2050 e 2051 c.c.).

Alcuni parrebbero indirizzati in tal senso, mentre la dottrina è variamente indirizzata sull'ammissibilità del concorso di norme.

Riteniamo utile richiamare anche la disciplina in materia di responsabilità del prodotto difettoso, per la quale sussiste sempre a carico di chi non sia il produttore.

Vi sarebbe quindi la possibilità di ricorrere al concorso fra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana.

Un altro interessante problema affrontato dall'art. 2050 c.c. è quello relativo alla prova liberatoria, data quanto sia possibile dimostrare che sono state adottate tutte le misure idonee ad evitare il danno.

Riteniamo che la prova in questione sia raggiungibile dimostrando di avere adottato non solo misure prescritte in relazione all'attività pericolosa ma nel dimostrare di aver adottato tutte le misure idonee.

Per maggiore sicurezza, riteniamo che debbano comunque essere adottate tutte le misure prescritte oltre ad altre non espressamente previste. Si ritiene che la valutazione sull'idoneità delle misure debba essere relativamente ad un giudizio "ex ante" e non "ex post" rispetto all'evento dannoso.

Conseguentemente se si dimostrasse di aver adottato tutte le misure prescritte oltre ad altre non prescritte si porrebbe al ribaltamento del principio di attività pericolosa.

Occorre affrontare infine un ulteriore problema concernente il risarcimento del danno procurato da esercizio di attività pericolosa, che nel nostro caso si concreta nel trattamento dei dati.

La regola dell'art. 2050 del c.c. (Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose: chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno) è pertinente sul piano sistematico e testuale, ad esempio anche con il tenore ed il contenuto dell'attività disciplinata, ad esempio, nell'ambito del trattamento dei *dati genetici*.

Pertanto: se in forza già della L. 675/96 ed ora specificatamente dell'art. 15) del Codice, si può ritenere che sia stata inserita "ex lege" una nuova determinazione di "attività pericolosa", la sua applicazione a qualsiasi trattamento di dati in sede di attività sanitaria farebbe sì che, anche l'esercizio di tale attività possa considerarsi ricompreso fra quelli di natura "pericolosa" con tutte le conseguenze sopra menzionate.

Pertanto, rilevato come l'applicazione delle regole sul trattamento dei dati richiamino, in caso di inottemperanza, il grave principio della responsabilità oggettiva, entriamo nel vivo dell'indagine esaminando la materia relativa al trattamento dei dati **sensibili**.

4.3) Dati Sensibili.

Come visto (67) i dati sensibili sono i dati che investono una particolare situazione dell'interessato, e ciò in quanto ne "marcano" l'appartenenza a specifici gruppi o categorie, e nella presente indagine ci interessano particolarmente i dati "sanitari" benché abbinati ad essi possano assumere specifica rilevanza altre categorie di dati sensibili, quali, ad esempio quelli religiosi, come nella casistica legata al rifiuto delle trasfusioni di sangue manifestato dai Testimoni di Geova.

Il Codice, seguendo la sua elencazione, affronta nuovamente (dopo la "definizione") l'argomento dei dati sensibili con un primo approccio di carattere generale, riferendosi al trattamento dei dati da parte dei *soggetti pubblici* (68).

Due sono gli elementi rilevanti dettati dall'art. 18) e precisamente:

...omissis...

3) *Nel trattare i dati il soggetto pubblico osserva i presupposti e i limiti stabiliti dal presente codice, anche in relazione alla diversa natura dei dati, nonché dalla legge e dai regolamenti.*

4) *Salvo quanto previsto nella Parte II per gli esercenti le professioni sanitarie e gli organismi sanitari pubblici, i soggetti pubblici non devono richiedere il consenso dell'interessato.*

...omissis...

Quindi, preliminarmente si osservi come per la specifica categoria degli esercenti le professioni sanitarie e gli organismi sanitari pubblici, non sia richiesta la necessità del consenso dell'interessato per il trattamento dei suoi dati, e ciò ben si giustifica, da un lato con la qualità della professione sanitaria (pubblica) e dall'altro con la sua posizione costituzionalmente sancita di vigilanza e tutela del bene salute.

Il tutto senza violazione dei diritti dei cittadini in nessun caso giacché l'articolo in esame, rimanda ad ulteriore garanzia stabilita nella successiva parte II del codice.

(67) Vedasi art. 4.d) definizioni "dati sensibili", i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale.

(68) vedasi capo II, Art. 18 che espressamente ritiene applicabili le disposizioni del capo II a "tutti i soggetti pubblici, esclusi gli enti pubblici economici" in ordine ai quali sono destinate le disposizioni del successivo capo III.

L'art. 20) affronta poi specificatamente "*i principi applicabili al trattamento dei dati sensibili*" stabilendo che il trattamento dei dati sensibili da parte di soggetti pubblici è consentito solo se autorizzato da espressa disposizione di legge nella quale sono specificati i tipi di dati che possono essere trattati e di operazioni eseguibili e le finalità di rilevante interesse pubblico perseguite. Elemento, quest'ultimo, di carattere incidente per l'applicazione della norma. Stabilisce, inoltre che, il trattamento sia consentito, nei casi in cui una disposizione di legge specifica la finalità di rilevante interesse pubblico, ma non i tipi di dati sensibili e di operazioni eseguibili, solo in riferimento ai tipi di dati e di operazioni identificati e resi pubblici a cura dei soggetti che ne effettuano il trattamento, in relazione alle specifiche finalità perseguite nei singoli casi e nel rispetto dei principi di cui all'articolo 22, con atto di natura regolamentare adottato in conformità al parere espresso dal Garante ai sensi dell'articolo 154, comma 1, lettera g), anche su schemi tipo. Dizione un po' complessa, ma riferibile alla regola generale di tutela propria dei dati aventi la qualità di "sensibili". E prosegue stabilendo che, se il trattamento non è previsto espressamente da una disposizione di legge, i soggetti pubblici possono richiedere al Garante l'individuazione delle attività, tra quelle demandate ai medesimi soggetti dalla legge, che perseguono finalità di rilevante interesse pubblico e per le quali è conseguentemente autorizzato, ai sensi dell'articolo 26, comma 2, il trattamento dei dati sensibili osservandosi però che il trattamento è consentito solo se il soggetto pubblico provvede altresì a identificare e rendere pubblici i tipi di dati e di operazioni nei modi di cui al comma 2, cioè sempre con il rispetto delle precise garanzie sancite dal detto successivo art. 22.

Il testo dell'art. 22) indica esaurientemente quali siano i principi (regole di comportamento e gestione del trattamento) a cui debbono attenersi i soggetti pubblici che procedano al trattamento, e cioè: secondo modalità volte a prevenire la violazione dei diritti, delle libertà fondamentali e della dignità, il tutto specchiato nel testo costituzionale. L'intero contesto dell'articolo è mirato a precise norme di tutela, ma si deve sottolineare particolarmente come il legislatore abbia non solo sancito disposizioni in tema di verifica ed aggiornamento dei dati, ma in particolare mirate al più completo "anonimato" dei dati medesimi (punto 6) e alle regole di "conservazione separata" degli stessi rispetto a tutti quegli altri dati che possano essere trattati per finalità che non ne richiedano l'utilizzo. E, a maggior ragione, è fatto espresso divieto di diffusione dei dati che possano rilevare "lo stato di salute" del loro interessato.

Il successivo capo III, come detto, è relativo alle regole per il trattamento dei dati, da parte dei soggetti privati o enti pubblici economici, fra cui rammentiamo, le società di capitali identificati come tali dalle norme Cee in tema di appalti di forniture e servizi (regole per le formalità delle inerenti gare pubbliche oltre soglia economica comunitaria) (69).

Il codice distingue, nei due articoli 23 e 24 le modalità di trattamento per le quali sia richiesto il consenso dell'interessato e per quelle in cui tale consenso non sia necessario.

Per i primi è stabilito che:

“Art. 23 (Consenso)

1. Il trattamento di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici è ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato.

2. Il consenso può riguardare l'intero trattamento ovvero una o più operazioni dello stesso.

3. Il consenso è validamente prestato solo se è espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, se è documentato per iscritto, e se sono state rese all'interessato le informazioni di cui all'articolo 13.

4. Il consenso è manifestato in forma scritta quando il trattamento riguarda dati sensibili.

Mentre: Art. 24 (casi nei quali può essere effettuato il trattamento senza il consenso) stabilisce che:

1. Il consenso non è richiesto, oltre che nei casi previsti nella Parte II, quando il trattamento:

a. è necessario per adempiere ad un obbligo previsto dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria;

...omissis...

b. è necessario per la salvaguardia della vita o dell'incolumità fisica di un terzo. Se la medesima finalità riguarda l'interessato e quest'ultimo non può prestare il proprio consenso per impossibilità fisica, per incapacità di agire o per incapacità di intendere o di volere, il consenso è manifestato da chi esercita legalmente la potestà, ovvero da un prossimo congiunto, da un familiare, da un convivente o, in loro assenza, dal responsabile della struttura

(69) Vedasi Decr. Leg. 17.3.95 n. 157-158

presso cui dimora l'interessato. Si applica la disposizione di cui all'articolo 82, comma 2 (70).

...omissis...

Il sistema di garanzie è ulteriormente garantito dal successivo art. 26:

Garanzie per i dati sensibili

1. I dati sensibili possono essere oggetto di trattamento solo con il consenso scritto dell'interessato e previa autorizzazione del Garante, nell'osservanza dei presupposti e dei limiti stabiliti dal presente codice, nonché dalla legge e dai regolamenti.

...omissis...

I dati sensibili possono essere oggetto di trattamento anche senza consenso, previa autorizzazione del Garante:

...omissis...

quando il trattamento è necessario per la salvaguardia della vita o dell'incolumità fisica di un terzo. Se la medesima finalità riguarda l'interessato e quest'ultimo non può prestare il proprio consenso per impossibilità fisica, per incapacità di agire o per incapacità di intendere o di volere, il consenso è manifestato da chi esercita legalmente la potestà, ovvero da un prossimo congiunto, da un familiare, da un convivente o, in loro assenza, dal responsabile della struttura presso cui dimora l'interessato. Si applica la disposizione di cui all'articolo 82, comma 2;

(70) Art. 82 "Emergenze e tutela della salute e dell'incolumità fisica:

1. *L'informativa e il consenso al trattamento dei dati personali possono intervenire senza ritardo, successivamente alla prestazione, nel caso di emergenza sanitaria o di igiene pubblica per la quale la competente autorità ha adottato un'ordinanza contingibile ed urgente ai sensi dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112.*

2. *L'informativa e il consenso al trattamento dei dati personali possono altresì intervenire senza ritardo, successivamente alla prestazione, in caso di:*

a. *impossibilità fisica, incapacità di agire o incapacità di intendere o di volere dell'interessato, quando non è possibile acquisire il consenso da chi esercita legalmente la potestà, ovvero da un prossimo congiunto, da un familiare, da un convivente o, in loro assenza, dal responsabile della struttura presso cui dimora l'interessato;*

b. *rischio grave, imminente ed irreparabile per la salute o l'incolumità fisica dell'interessato.*

3. *L'informativa e il consenso al trattamento dei dati personali possono intervenire senza ritardo, successivamente alla prestazione, anche in caso di prestazione medica che può essere pregiudicata dall'acquisizione preventiva del consenso, in termini di tempestività o efficacia.*

4. *Dopo il raggiungimento della maggiore età l'informativa è fornita all'interessato anche ai fini della acquisizione di una nuova manifestazione del consenso quando questo è necessario.*

...omissis...

I dati idonei a rivelare lo stato di salute non possono essere diffusi.

Quindi c'è una stretta correlazione fra i principi sanciti dall'art. 26 del codice e la normativa deontologica medica e della convenzione di Oviedo, ma rammentiamo che, pur assonanti, si tratta di norme diverse, di diversa applicazione e di diversa incidenza.

Conseguentemente il *consenso informato* richiama, in caso di inosservanza, sanzioni civilistiche e penalistiche proprie, mentre le disposizioni del codice sono relative al principio oggettivo del trattamento dei dati dei soggetti interessati, senza che debbano incidere direttamente sul diritto alla salute, ma proprio per la loro stretta correlazione, vi è una reciproca incidenza fra le norme del codice sul trattamento dei dati personali ed il codice deontologico medico, come ben evidenziato da due articoli, gli artt. 10 e 11.

A tal fine rammentiamo come l'art. 10 del Codice deontologico medico, sancisca che *“Il medico deve tutelare la riservatezza dei dati personali e della documentazione in suo possesso riguardante le persone anche se affidata a codici o sistemi informatici. Il medico deve informare i suoi collaboratori dell'obbligo del segreto professionale e deve vigilare affinché essi vi si conformino. Nelle pubblicazioni scientifiche di dati clinici o di osservazioni relative a singole persone, il medico deve assicurare la non identificabilità delle stesse. Analogamente il medico non deve diffondere, attraverso la stampa o altri mezzi di informazione, notizie che possano consentire la identificazione dei soggetti cui si riferiscono”*.

Mentre l'Art. 11) stabilisce che: *“Nella comunicazione di atti o di documenti relativi a singole persone, anche se destinati a Enti o Autorità che svolgono attività sanitaria, il medico deve porre in essere ogni precauzione atta a garantire la tutela del segreto professionale. Il medico, nella diffusione di bollettini medici, deve preventivamente acquisire il consenso dell'interessato o dei suoi legali rappresentanti. Il medico non può collaborare alla costituzione di banche di dati sanitari, ove non esistano garanzie di tutela della riservatezza e della vita privata della persona”* (71).

(71) Il quasi corrispondente art. 94) del codice relativo al trattamento dei dati, recita: *“Banche di dati, registri e schedari in ambito sanitario*

1. *Il trattamento di dati idonei a rivelare lo stato di salute contenuti in banche di dati, schedari, archivi o registri tenuti in ambito sanitario, è effettuato nel rispetto dell'articolo 3 anche presso banche di dati, schedari, archivi o registri già istituiti alla data di entrata in vigore del presente codice e in riferimento ad accessi di terzi previsti dalla disciplina vigente alla medesima data, in particolare presso:*

Quindi, anche nell'ambito della deontologia medica si osservano alcune linee essenziali, senza le quali sussisterebbe una precisa responsabilità del sanitario: il vincolo della segretezza e della non identificabilità dei pazienti, anche nei richiami posti in pubblicazioni o mezzi di informazione in senso lato, e il vincolo della sicurezza, vincolo che riveste posizione assolutamente prioritaria nell'ambito della disciplina per il trattamento dei dati.

E proprio in quest'ultimo tema, il capo V del codice, affronta, pur con un unico articolo, l'art. 90, un argomento totalmente escluso dalla stesura del precedente dettato della L. 675/96 e cioè l'argomento dei *dati genetici*.

Recita espressamente l'articolo in esame:

“Trattamento dei dati genetici e donatori di midollo osseo.

1. Il trattamento dei dati genetici da chiunque effettuato è consentito nei soli casi previsti da apposita autorizzazione rilasciata dal Garante sentito il Ministro della salute, che acquisisce, a tal fine, il parere del Consiglio superiore di sanità.

2. L'autorizzazione di cui al comma 1 individua anche gli ulteriori elementi da includere nell'informativa ai sensi dell'articolo 13, con particolare riguardo alla specificazione delle finalità perseguite e dei risultati conseguibili anche in relazione alle notizie inattese che possono essere conosciute per effetto del trattamento dei dati e al diritto di opporsi al medesimo trattamento per motivi legittimi.

3. Il donatore di midollo osseo, ai sensi della legge 6 marzo 2001, n. 52, ha il diritto e il dovere di mantenere l'anonimato sia nei confronti del ricevente sia nei confronti di terzi.

Il legislatore è intervenuto, in forza di uno spirito decisamente di garanzia, in un ambito scientifico tutt'ora in piena evoluzione, postulando un intervento del Garante in sinergia con il Ministero della Salute.

-
- a. *il registro nazionale dei casi di mesotelioma asbesto-correlati istituito presso l'Istituto superiore per la prevenzione e la sicurezza del lavoro (Ispes), di cui all'articolo 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 dicembre 2002, n. 308;*
 - b. *la banca di dati in materia di sorveglianza della malattia di Creutzfeldt-Jakob o delle varianti e sindromi ad essa correlate, di cui al decreto del Ministro della salute in data 21 dicembre 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 8 del 10 gennaio 2002;*
 - c. *il registro nazionale delle malattie rare di cui all'articolo 3 del decreto del Ministro della sanità in data 18 maggio 2001, n. 279;*
 - d. *i registri dei donatori di midollo osseo istituiti in applicazione della legge 6 marzo 2001, n. 52;*
 - e. *gli schedari dei donatori di sangue di cui all'articolo 15 del decreto del Ministro della sanità in data 26 gennaio 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 78 del 3 aprile 2001.*

Già l'art. 13 della Convenzione di Oviedo aveva stabilito che qualsiasi intervento diretto a modificare il genoma umano possa essere attuato solo a scopi di prevenzione, diagnosi o terapia e solo se l'obiettivo mirato non sia quello di introdurre una qualche modifica nel genoma dei discendenti (72).

Dati che, per l'art. 91 possono anche essere trattati attraverso l'uso di carte con microprocessori, che riportino tutta la serie di informazioni relative all'interessato.

Dati trattati mediante carte.

1. *Il trattamento in ogni forma di dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale eventualmente registrati su carte anche non elettroniche, compresa la carta nazionale dei servizi, o trattati mediante le medesime carte è consentito se necessario ai sensi dell'articolo 3, nell'osservanza di misure ed accorgimenti prescritti dal Garante nei modi di cui all'articolo 17.*

L'articolo ne richiama due precedenti, di cui il primo (l'art. 3) è di carattere generale, valido cioè per tutti i punti del codice, ed in forza del quale nel trattamento si dovrà ridurre al minimo l'utilizzazione di dati personali e identificativi, in modo tale che debbano essere favorite soluzioni diverse, tramite il ricorso a dati anonimi o a modalità tecniche che permettano di identificare l'interessato esclusivamente in caso di necessità.

Il che è particolarmente calzante per i dati contenuti delle carte magnetiche, come ad esempio la carta sanitaria, che, secondo le nuove prospettive, potrà contenere non solo i dati sanitari, ma anche ulteriori dati da utilizzarsi in situazioni totalmente diverse, come ad esempio in attività commerciali o bancarie.

A maggior ragione si dovrà allora tener conto anche di quanto stabilito nell'art. 17, che recita:

“Trattamento che presenta rischi specifici.

1. *Il trattamento dei dati diversi da quelli sensibili e giudiziari che presenta rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali, nonché*

(72) Sul punto ha osservato V. Lungagnani, *Biotecnologie*, Op.cit., pag. 25 “Rimane comunque il timore che interventi volti alla terapia genetica somatica - vale a dire alla modifica del corredo genetico di determinate specie cellulari funzionali dello specifico paziente, ad esclusione di quelle riproduttive - abbiano influenza sulla prole, ovvero che le tecniche messe a punto per gli individui possano essere impiegate sulle popolazioni. In pratica, la regolamentazione si occupa unicamente di tracciare un solco invalicabile di liceità tra la terapia genica somatica e quella germinale, disponendo il divieto assoluto di interventi volti a trasmettere le modificazioni apportate alle generazioni future, siano esse costituite da singoli individui o da intere popolazioni”.

per la dignità dell'interessato, in relazione alla natura dei dati o alle modalità del trattamento o agli effetti che può determinare, è ammesso nel rispetto di misure ed accorgimenti a garanzia dell'interessato, ove prescritti.

2. Le misure e gli accorgimenti di cui al comma 1 sono prescritti dal Garante in applicazione dei principi sanciti dal presente codice, nell'ambito di una verifica preliminare all'inizio del trattamento, effettuata anche in relazione a determinate categorie di titolari o di trattamenti, anche a seguito di un interpello del titolare”.

Il che significa che per il trattamento di dati non sensibili o non giudiziari che presenta rischi specifici, come nell'ipotesi di trattamento di dati relativi alla situazione di insolvenza di un soggetto, si dovranno utilizzare *misure ed accorgimenti* idonei alla “specificità” dei rischi legati al trattamento. Pertanto, in forza del richiamo contenuto nell'art. 91 anche per le carte che contengono dati sensibili si dovrà far ricorso al principio dell'accertamento preventivo da parte del Garante o su impulso dell'interessato, e quindi il Garante dovrà esprimersi in ordine alle carte che contengano dati sensibili, indicando le misure e gli accorgimenti più opportuni, in quanto il loro trattamento rientra tra quelli ritenuti particolarmente rischiosi.

L'art. 92 si inserisce nel disposto strettamente medico delle *cartelle cliniche* stabilendo che:

”1. Nei casi in cui organismi sanitari pubblici e privati redigono e conservano una cartella clinica in conformità alla disciplina applicabile, sono adottati opportuni accorgimenti per assicurare la comprensibilità dei dati e per distinguere i dati relativi al paziente da quelli eventualmente riguardanti altri interessati, ivi comprese informazioni relative a nascituri.

2. Eventuali richieste di presa visione o di rilascio di copia della cartella e dell'acclusa scheda di dimissione ospedaliera da parte di soggetti diversi dall'interessato possono essere accolte, in tutto o in parte, solo se la richiesta è giustificata dalla documentata necessità:

- a. di far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria ai sensi dell'articolo 26, comma 4, lettera c), di rango pari a quello dell'interessato, ovvero consistente in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile;*
- b. di tutelare, in conformità alla disciplina sull'accesso ai documenti amministrativi, una situazione giuridicamente rilevante di rango pari a quella dell'interessato, ovvero consistente in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile”.*

Rammentiamo che la redazione della cartella clinica assume un rilievo speciale nell'ambito della professione del medico.

Così come il codice disciplina, all'art. 93 le modalità di formazione e redazione del *Certificato di assistenza al parto*, che ha stabilito inderogabilmente che ai fini della dichiarazione di nascita il certificato di assistenza al parto è sempre sostituito da una semplice attestazione contenente i soli dati richiesti nei registri di nascita.

E sono i punti 2 e 3 dell'art. 93 che indicano, ben eloquentemente, quale sia lo spirito della legge e la volontà del legislatore in tema di riservatezza:

"2. Il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata avvalendosi della facoltà di cui all'articolo 30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, possono essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse, in conformità alla legge, decorsi cento anni dalla formazione del documento.

3. Durante il periodo di cui al comma 2 la richiesta di accesso al certificato o alla cartella può essere accolta relativamente ai dati relativi alla madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, osservando le opportune cautele per evitare che quest'ultima sia identificabile".

Emerge con evidenza assoluta l'intento di massima riservatezza in ordine alla conoscenza di *chi vi abbia interesse* (quindi non di tutti, bensì solo di un soggetto "qualificato" e identificabile solo attraverso la sua "determinazione"), solo dopo un secolo dalla formazione del documento.

Quindi conoscenza sì, ma rimessa a generazioni future.

Il già citato art. 3 che limita il più possibile il trattamento di dati non anonimi, è nuovamente richiamato nell'art. 94 (Banche dati, registri e schedari in ambito sanitario) che riconosce la piena validità del trattamento di dati idonei a rivelare lo stato di salute, contenuti in banche dati, registri o schedari, anche se già esistenti alla data di entrata in vigore del codice, fermo restando il principio anche per i terzi che intendano accedere a tali dati, secondo le modalità stabilite dalla vigente disciplina.

Un'ultima osservazione, a chiusura di questa breve analisi di alcuni punti della nuova legge sulla tutela del trattamento dati personali, è relativo alle misure di sicurezza.

Si tratta di un argomento di primaria importanza, sia per il principio stesso della legge che, come ben noto mira alla "tutela" del

dato attraverso un trattamento lecito e corretto, sia per il fatto che l'assenza di misure di sicurezza è il presupposto per la declaratoria di responsabilità del titolare del trattamento, con conseguenti sanzioni penali e civili, come precedentemente esaminato trattando dell'art. 15).

Preliminarmente occorre definire esattamente che cosa si intenda per *sicurezza*: riteniamo che possa definirsi con tale termine il complesso di attività poste in essere al fine di garantire la protezione dei dati o di un sistema.

E' evidente che un conto è parlare di sicurezza, ed altro conto è attuarla: vale in questo campo la regola aurea che più si spende meglio si spende, e quindi per ottenere un buon livello di sicurezza la sicurezza assoluta è un mito occorrerà effettuare una appropriata serie di investimenti, sia nell'ambito tecnologico (sicurezza logica) sia in quello fisico (apparecchiature meccaniche: chiavi, ad esempio, accessi blindati ecc..) e umano (opportuno addestramento del personale). Passando all'esame diretto dei vari articoli, occorre però soffermarsi sull'art. 28 che definisce come, qualora il Titolare del trattamento sia una persona giuridica, una pubblica amministrazione o un qualsiasi altro organismo, ente o associazione, è l'entità nel suo complesso o l'unità od organismo periferico che esercita un potere decisionale del tutto autonomo sulle finalità e sulle modalità del trattamento, ivi compreso il profilo della sicurezza.

Quindi due osservazioni in ordine a tale dettato: la prima è che la responsabilità per l'applicazione del codice grava sull'organo di comando della società o associazione, cioè sul o sui legali rappresentanti dello stesso, la seconda è che ad essi è devoluta non solo la scelta delle modalità del trattamento, ma anche la scelta delle misure di sicurezza, così che l'eventuale azione penale o civile si ripercuoterà proprio sui membri dell'organo amministrativo che ne è quindi investito direttamente, e ciò, sia che si tratti dell'intera struttura giuridica o di una sua sede o ramo di azienda preposto ed autonomo nella sua scelta decisionale.

Ed occorre anche valutare la portata del punto 2 dell'art. 29 ove viene "imputato" un obbligo di scelta la titolare in modo tale che "*Se designato il responsabile è individuato tra soggetti che per esperienza, capacità ed affidabilità forniscano idonea garanzia del pieno rispetto delle vigenti disposizioni in materia di trattamento, ivi compreso il profilo della sicurezza*".

Quindi, come desumibile anche dall'intero tenore dell'art. 29 vi è una precisa responsabilità per il Responsabile di attuare le misure di sicurezza, ma anche del Titolare di attuare innanzitutto una scelta oculata del Responsabile in base alla sua esperienza, capacità ed

affidabilità (quindi con determinazione *ex lege* di un livello qualitativo e professionale del responsabile) e, sempre per il Titolare, di vigilare sul comportamento del Responsabile.

Si desume quindi dalla lettura dei due articoli 28 e 29 come il Legislatore sia determinato affinché il trattamento dei dati, sia esso effettuato direttamente dal titolare o sia effettuato da uno o più Responsabili prescelti, avvenga secondo il rigoroso rispetto della normativa vigente e soprattutto con il pieno rispetto delle disposizioni in tema di sicurezza.

Pertanto riteniamo che, in caso di responsabilità per omessa attuazione delle misure di sicurezza, soprattutto da parte del responsabile, sussista una specie di "aggravante" per il Titolare, che, già sottoposto alla delicata responsabilità oggettiva determinata dall'art. 15 del codice, avrà ulteriore difficoltà di difesa se non riuscisse a provare di aver pienamente rispettato anche il dettato degli articoli sopra esaminati.

Entrando poi nello specifico del CAPO I - Misure di Sicurezza, l'art. 31 stabilisce un preciso ordine di misure da adottarsi, inderogabilmente, dal Titolare:

"1. I dati personali oggetto di trattamento sono custoditi e controllati, anche in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico, alla natura dei dati e alle specifiche caratteristiche del trattamento, in modo da ridurre al minimo, mediante l'adozione di idonee e preventive misure di sicurezza, i rischi di distruzione o perdita, anche accidentale, dei dati stessi, di accesso non autorizzato o di trattamento non consentito o non conforme alle finalità della raccolta.

Quindi, innanzitutto obbligo di garanzia di sicurezza per ridurre i rischi di distruzione o perdita, ma anche obbligo di attuare misure di sicurezza idonee ad impedire un accesso non autorizzato (73) o un trattamento non consentito o non conforme alle finalità prefissate.

(73) In connessione quindi con: art. 615 ter. c.p. accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico.

Art. 615 quater c.p. detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici e telematici.

Art. 615 quinquies c.p. diffusione di programmi diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico.

Così G. Carrella - C. Triberti, Internet, Op. cit. pagg. 238-243 "In considerazione della stretta relazione corrente fra le due fattispecie contemplate dagli art. 615 ter, quater e quinquies, procederemo al loro esame congiuntamente.

L'art. 615 ter punisce l'accesso abusivo in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza o si trattiene, mantenendo il detto accesso contro la volontà di chi abbia diritto di escluderlo.

Sono stati stabiliti incrementi di pena, portando la reclusione dal massimo di uno, come stabilito nel primo comma, al massimo di cinque anni se il fatto sia commesso da un pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio, o da chi esercita, anche abusivamente, la professione di investigatore privato, o con abuso della qualità di operatore del sistema.

La stessa aggravante di pena ricorre anche nell'ipotesi in cui il colpevole, nel perpetrare il crimine usi violenza sulle cose o alle persone o se sia palesemente armato.

Alla stessa pena soggiace chi, a seguito dell'accesso abusivo, abbia causato la distruzione o il danneggiamento del sistema o l'interruzione totale o parziale del suo funzionamento, o la distruzione di dati, informazioni o programmi contenuti nel sistema.

Il legislatore ha stabilito poi un'ulteriore aggravante qualora i fatti riguardino sistemi informatici o telematici di interesse militare o relativi all'ordine pubblico o alla sicurezza pubblica o alla sanità o alla protezione civile o comunque di interesse pubblico.

La norma di cui al successivo art. 615 quater tutela la diffusione o la ricerca a buon fine, e ciò, come meglio vedremo, in senso lato, di codici o parole chiave di accesso o altri mezzi idonei all'accesso al sistema fornito i misure di sicurezza, o fornisca informazioni idonee allo scopo sopracitato.

L'art. 615 quinquies si rivolge alla tutela nei confronti di chi metta in circolazione un programma informatico, proprio o di terzi, idoneo al danneggiamento di un sistema informatico o telematico, dati o programmi compresi o d esso pertinenti, o idoneo a creare interruzione totale o parziale del sistema o la sua alterazione.

I tre articoli apportano finalmente un preciso contributo alla difesa contro uno dei comportamenti illegittimi e maggiormente diffusi del mondo delle comunicazioni informatiche.

La dottrina si era ampiamente interessata del fenomeno posto in essere da chi, soprattutto esperto di sistemi EDP, attuava intrusioni clandestine nelle linee autorizzate durante le pause di utenza ed utilizzo abusivo dell'hardware, realizzando l'"abuso del riposo"; attuava intercettazioni e modifiche delle comunicazioni in "rete", e cioè il così detto sistema di "penetrazione e disturbo mimetico"; attuava penetrazioni nel sistema EDP con elaboratore pirata fuori rete collegato illecitamente, sulla linea telefonica; attuava altresì parassitismo elettronico mediante intercettazione di radiazioni emananti dall'elaboratore, ponendo in essere il sistema definito "acchiappaonde"; attuava l'utilizzo delle "memorie tampone" o delle copie accantonate e superflue fuoriuscite dalle stampanti; o da parte di chi poneva in essere altri atti illegittimi tra cui: intercettazione dei dati grazie alla decodificazione dei battiti delle stampanti: può denominarsi metodo "tergisudore elettronico"; immissione di comandi illegittimi attraverso gli accessi di correzione: può definirsi sistema di ingresso a "botola di emergenza"; immissione di dati truffaldini nelle memorie: è definibile il sistema "baro"; immissione di dati clandestini senza che le ulteriori funzioni pregiudichino quelle precedenti e legittime: è il noto sistema detto del "cavallo di troia", è il più usato nell'ambito della criminalità degli operatori bancari poiché consente automatici trasferimenti di fondi; inserimento in memoria di dati comando sottoposti a condizione sospensiva o risolutiva (l'operazione illegittima viene eseguita dall'elaboratore solo allorché si verificano determinate condizioni calcolate dall'autore): è noto come tecnica della "bomba logica". Può farsi rientrare in questa tecnica l'operazione detta di "contaminazione da virus" per cui un programma, per autogenesi, si riproduce sino ad occupare e quindi distruggere un intero programma".

Si era così evidenziato come, in assenza di apposite norme, si cercasse di rendere applicabili le norme sulla violazione di domicilio di cui all'art. 614 c.p. o alle fattispecie di cui all'art. 632 bis relativo all'intercettazione delle comunicazioni telefoniche e telegrafiche: ma era evidente che nessuna di quelle norme si adattasse alle dette fattispecie criminali, così come desumibile dalle seguenti osservazioni.

L'art. 615 bis c.p. recita al primo comma "Chiunque mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora, si procura indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgendosi nei luoghi indicati nell'art. 614 e punito... alla stessa pena soggiace, salvo che il fatto costituisca più grave reato, chi rivela o diffonde mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico, le notizie o le immagini ottenute nei modi indicati nella prima parte di questo articolo..." ora l'art. 614 richiamato si riferisce alla "Violazione di domicilio"

e quindi relativo a "Chiunque s'introduce nell'abitazione altrui, o in altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero si introduce clandestinamente con l'inganno..."

Ne consegue che la detta norma tutela sia le private abitazioni e i luoghi di privata dimora e le appartenenze, come ad esempio gli androni dei palazzi, ribadendosi così che per privata dimora debba intendersi qualsiasi luogo destinato permanentemente o transitoriamente alla esplicazione della vita privata o delle attività lavorative. Pertanto il concetto di dimora privata è più ampia di quello di casa di abitazione e come detto ricomprende anche ogni altro luogo ove le persone si soffermano per compiere, anche momentaneamente atti di vita, di commercio, studio ecc..

Quindi per detti articoli si trattava di reati interpersonali, cioè fra soggetti umani, senza escludersi però l'estensione alle persone giuridiche, dovendosi necessariamente intendersi compresi fra i soggetti passivi del reato le società e far riferimento, in ordine alla volontà di escludere l'accesso, a chi avesse la direzione o amministrazione della impresa (società), quindi non si poteva, all'epoca, estendere la tutela ai sistemi informatici in se stessi né tantomeno con le modalità utilizzate dagli Hackers.

Di diversa portata risulta invece la tutela offerta dai nuovi articoli introdotti con la Legge 547/93 e qui in esame: l'art. 615 ter ha come interesse tutelato la sfera della privacy estesa dal domicilio e fatta rientrare nel più ampio mondo dell'informatica e della telematica.

L'elemento oggettivo è, a nostro giudizio, costituito dal comportamento di accesso "indiscreto", ma a condizione che il sistema goda di misure di sicurezza.

Una prima valutazione dovrà farsi in relazione all'intrusione: ossia deve sussistere la volontà di escludere l'introduzione da parte dell'autore del reato in detti "luoghi".

La volontà di esclusione può risultare in modo espresso o comunque inequivocabilmente manifesto: come nell'ipotesi di divieto di accesso agli strumenti informatici o telematici, divieto che può benissimo desumersi anche dal compimento di atti incompatibili con il comportamento di chi si introduca.

A nostro avviso il semplice fatto che sussistano regole aziendali note, come nell'ipotesi limite ma auspicabile di affissione nella bacheca aziendale di un richiamo alla inviolabilità dei sistemi informativi, o la presenza di chiavi di accesso e di sistemi di sicurezza (elemento fondamentale su cui ci soffermeremo in seguito), identifica la volontà del titolare del diritto al rispetto delle norme.

Parallelamente all'accesso palesemente contro la volontà del dominus, riteniamo debba essere considerato, l'accesso che si protenda oltre quanto autorizzato, e così dunque, come nell'ipotesi di un soggetto autorizzato ad accedere e permanere sulla rete per un certo periodo e per specifiche operazioni o solo per specifiche operazioni, con comportamento di questo soggetto che si collochi oltre e contro detta autorizzazione (molto opportunamente il legislatore ha sanzionato sia l'introduzione che il permanere nel sistema, contro la volontà espressa o tacita di chi goda del diritto di escluderlo).

Argomento che offrirà spunto agli operatori del diritto sarà anche quello relativo alla distinzione fra "dissenso tacito" e "dissenso presunto" sottolineandosi come i due concetti possano rendere arduo nella pratica una loro distinta applicazione, nonostante che essi differiscano in quanto il primo "postula una manifestazione ostensiva di volontà, percepita come tale dall'agente, mentre il secondo ne prescinde" con la conseguenza che "il dissenso presunto non possa ritenersi sufficiente per l'esistenza del reato".

Resta infine da determinare chi abbia il diritto di "escludere" l'intruso: riteniamo che tale diritto sia in capo tanto al proprietario della linea, del sistema, dei dati ecc. quanto a chi ne abbia la detenzione o il possesso, come nell'ipotesi di chi stia, ad esempio, utilizzando il sistema non proprio per un service o stia operando in qualità di licenziatario.

Dalla lettura del testo dell'art. 615 ter c.p. emerge un ulteriore dato meritevole di riflessione: è il riferimento alla necessaria "protezione" del sistema.

L'attenzione deve quindi concentrarsi sul termine "misura di sicurezza" posto dal legislatore quale elemento condizionante dell'applicabilità della norma: indubbiamente si è voluto porre un onere a carico delle parti e tale onere consiste nell'aver adottato una qualche misura di sicurezza.

Il successivo art. 33) affronta la questione delle misure minime di sicurezza, stabilendo, come norma di riferimento e rinvio che *“Nel quadro dei più generali obblighi di sicurezza di cui all’art. 31, o previsti da speciali disposizioni, i titolari del trattamento sono comunque tenuti ad adottare le misure minime individuate nel presente capo o ai sensi dell’art. 58 comma 3, volte ad assicurare un livello minimo di protezione dei detti dati personali”*.

Appare pertanto in scena l’art. 58, comma 3, che, con riferimento ai trattamenti effettuati dagli Organismi di cui agli art. 3, 4 e 6 L. 24.10.1977 n. 801, o sui dati coperti da segreto di Stato, riporta: *“Le misure di sicurezza relative ai dati trattati dagli organismi di cui al*

Tale condizione ricorre anche nel successivo articolo, ribadendosi così la necessità di cooperazione "preventiva" da parte del potenziale soggetto passivo del reato.

E' stato lasciato agli interpreti di determinare la "qualità" di simili misure di sicurezza, e pensiamo che si possa ritenere che un pur minimo livello di sicurezza logica e fisica soddisfi tale esigenza tenendo in ogni caso presente il criterio di proporzionalità all'entità del sistema, essendo ovvio che, un sistema risulterà maggiormente protetto quanto più sarà sofisticato o quanto maggiormente delicati sono le informazioni in esse contenute.

Potrebbe prospettarsi anche una situazione del tutto particolare qualora l'utente non abbia particolari possibilità di "intervenire" sulla rete, come nell'ipotesi di concessioni di rete ad un gestore pubblico che, a sua volta concede l'utilizzo ai privati utilizzatori.

In tal caso, per quanto concerne il requisito delle misure di sicurezza, riteniamo che sia lo stesso concedente a dimostrare di averne adottato proporzionalmente al livello, costo e qualità del servizio, ed in tal caso, qualora mancassero detti accorgimenti e non fosse applicabile la sanzione, il danneggiato potrebbe sempre rivalersi per responsabilità a fronte della violazione del principio di buona fede e di corretta gestione dei rapporti contrattuali in essere.

Diversamente sarebbe stata un'inutile fatica l'aver introdotto la specifica disciplina, se, come effetto limite, al di là della sua attuazione, si verificasse anche il danno per l'utente, soggetto passivo del reato; anzi, vista l'eventuale inapplicabilità dell'art. 615 ter o quater, soggetto passivo di un "danno" economicamente quantificabile, e ravvisabile ad esempio, nel costo delle linee di utenza.

Il testo dell'articolo in esame fa altresì riferimento all'introduzione e al mantenimento in simile posizione: "riteniamo che si tratti di una medesima modalità di attuazione del reato essendo evidente che la "permanenza" presupponga comunque l'accesso, accesso che avrebbe potuto essere anche legittimo, ma che, successivamente è stato negato.

Su tale base riteniamo che possa realizzarsi anche il tentativo di reato, soprattutto con riferimento alle ipotesi di esistenza di sistemi di sicurezza che ne impediscano la perpetrazione completa.

A sua volta l'art. 615 quinquies combatte la diffusione, in senso ampio, di programmi atti a danneggiare o interrompere un sistema informatico, così come dimostrato dall'esauritiva elencazione delle fattispecie, elencazione calzante per ogni situazione illegittima, e tutela anch'esso il diritto all'inviolabilità della sfera di interesse economico-sociale introdotta dai precedenti articoli, senza tuttavia richiedere il dolo specifico necessario per l'attuazione della fattispecie dell'art. 615 quater, e così dunque solo implicando "dolo generico", realizzandosi il fatto delittuoso con il semplice crearsi o distribuirsi del prodotto "atto a danneggiare", senza la necessità dell'attuarsi del danno, totale o parziale, o dell'interruzione, ma è sufficiente l'esistenza del prodotto illegittimo.

Riteniamo interessante anche il raffronto con le disposizioni degli artt. 8 e 10 Legge 518/92 sulla tutela del software, nella parte in cui si riferiscono a mezzi di rimozione fraudolenta dei sistemi di sicurezza".

comma 1 sono stabilite e periodicamente aggiornate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, con l'osservanza delle norme che regolano la materia".

In materia di sicurezza, infine, il codice, rinvia all'allegato B) Disciplinare Tecnico in materia di Misure di Sicurezza che indica dettagliatamente, in relazione ai Trattamenti con strumenti elettronici, che si debba ricorrere al Sistema di autenticazione informatica, ai sistemi di autorizzazione, alle altre misure di sicurezza ed al Documento programmatico sulla sicurezza ed a tutte le ulteriori misure in caso di trattamento di dati sensibili o giudiziari (ove al punto 20 si legge 2 "*I dati sensibili o giudiziari sono protetti contro l'accesso abusivo, di cui all'art. 615 ter del codice penale, mediante l'utilizzo di idonei strumenti elettronici*").

L'adozione dei sistemi e delle misure minime di sicurezza si ripercuotono nella sfera del titolare in quanto, come detto, costituiscono presupposto di applicazione delle norme sulla responsabilità civile e penale, e, ove non applicabile la sanzione penale, resterebbe sempre possibile l'azione civile.

Valgono quindi, anche in tema di codice e, nello specifico, di violazione delle norme relative all'adozione delle misure di sicurezza, le argomentazioni espresse precedentemente in tema di danno risarcibile nelle sue più ampie componenti, visto anche l'espresso richiamo effettuato dall'art. 15 comma 2) alla risarcibilità del danno morale pur in assenza di danno patrimoniale.

Su ulteriori aspetti legati alla Privacy ed all'evoluzione delle tecnologie genetiche torneremo trattando di tali specifici argomenti.

5) DIRITTO E BIOETICA.

5.1) BIODIRITTO.

Questa seconda parte del lavoro cercherà di affrontare alcuni temi particolarmente delicati ed interessanti il rapporto fra bioetica e organizzazione giuridica, in modo tale da esaminare quanto legislativamente sia esistente e quanto debba farsi al fine di regolamentare una materia in così rapida espansione adeguando alcuni suoi parametri a principi irrinunciabili di tutela della persona e, particolarmente, della vita umana. Come sovente accade, la velocità di sviluppo delle scienze, il loro interagire, la universalizzazione dei sistemi e della trasmissione delle informazioni crea un solco sempre maggiore fra quanto giuridicamente regolamentato e quanto di nuovo si affaccia prepotentemente nella vita quotidiana.

Le regole di diritto solitamente seguono gli sviluppi della scienza, proprio per la diversa velocità di attuazione che le caratterizzavano e che, sostanzialmente, è bene che sia così.

Le norme giuridiche che disciplinano settori particolarmente sensibili ed avanzati e che incidono sulla essenza stessa della vita umana necessitano di una prima regola di certezza e stabilità, che consenta di porre una serie di limiti e di controlli a risultati scientifici, e soprattutto a sperimentazioni scientifiche, che potrebbero incidere negativamente sull'ordine costituito.

Non si tratta di frenare lo sviluppo scientifico, bensì di regolamentarlo, adattandone al portata alle reali esigenze di vita di una nazione o di un intero contesto di nazioni.

Ciò che potrebbe apparire del tutto lecito in uno Stato potrebbe violare regole precise in un altro Stato, od in un'altra area di interesse sociale o stato-sociale: un esempio può essere offerto dalla presenza di regole di vita (utilizzo di bevande alcoliche, perfetta identità di diritti fra uomini e donne, ecc..) che in paesi di impronta "laica" sono di normale dominio, mentre in altri paesi caratterizzati da un elemento "religioso-politico", sono inammissibili e così dunque, anche giuridicamente sanzionabili (in tali casi poi la distinzione fra diritto civile e penale è totalmente priva di connotazione, sussistendo regole di "governo" della vita dello stato e delle persone totalmente proprie.

Sussiste pertanto una concreta difficoltà per gli operatori del diritto e conseguentemente anche per i legislatori, nell'inquadrare giuridicamente, e, se del caso, sanzionare, attività apparentemente, o anche sostanzialmente meritorie, ma che potrebbero rivelarsi invece totalmente negative ai fini del rispetto della vita umana.

E' stato usato il termine "apparentemente" non per avanzare infondate critiche, ma semplicemente per dimostrare la necessità di accertare esattamente quale sia lo scopo della ricerca (e quindi dell'applicazione pratica dei suoi risultati) rispetto alla odierna società.

Non è certo un voler ripristinare tribunali dell'inquisizione, ma non è nemmeno voler lasciare campo libero ad ogni forma di ricerca e applicazione, giacché proprio l'esperienza della prima metà del secolo scorso ci ha mostrato a quale punto di aberrazione possa pervenire l'uomo nascondendosi dietro presunti valori sociali o razziali.

In ogni caso, l'obiettivo primario della bioetica dovrà essere la tutela della libertà e della dignità degli esseri umani, ed in particolare di coloro che possono essere oggetto di sperimentazioni genetiche in qualsiasi momento della loro vita, sia che abbiano appena iniziato il loro stadio vitale, sia che si presentino nella loro maturità, sia che giacciono in un letto in dolorosa attesa della morte.

Appare così superabile anche la dicotomia fra etica "laica" e "religiosa" (74).

Non può certo stupire che sia in essere un ampio dibattito sull'essenza della Bioetica (75), ed in particolare ci si pone anche il

(74) Vedasi: M.A. Cattaneo, <http://www.portaledibioetica.it>. A mio avviso, invece, la preoccupazione - in rapporto alla legislazione - dovrebbe riguardare soprattutto la tutela della libertà e della dignità di quegli esseri umani che sono o che possono essere oggetto di sperimentazioni genetiche a vari livelli della loro vita o possibilità di vita; siano essi malati gravi, embrioni (ovvero esseri umani allo stadio iniziale della vita), esseri umani non ancora concepiti, ma che potrebbero esserlo per una "artificiale" e non "naturale". Mi chiedo se noi viventi abbiamo l'assoluto diritto di decidere circa la possibilità di vita di esseri futuri. Infine - e qui si palesa un motivo di dissenso filosofico di fondo - io non credo alla contrapposizione tra "etiche laiche" ed "etiche religiose" (così come non credo ai cambiamenti dei principi morali), ma ritengo che la morale sia una sola. Quando Kant parla della legge morale che è in noi, si riferisce a quest'unica morale. Ma vorrei citare ancora, al riguardo, due autori che solo a una visione superficiale possono sembrare lontani fra loro. Voltaire afferma che non vi è che una morale, che è la stessa presso tutti gli uomini che fanno uso della loro ragione: la morale viene da Dio come la luce. Alessandro Manzoni afferma che gli uomini hanno, anche indipendentemente dalla ragione, una scienza morale, concernente le idee del giusto e dell'ingiusto; ma la morale teologica, egli aggiunge, non ha altro scopo, non è cosa diversa da questa, costituendone soltanto un completamento. Dunque, in riferimento ai problemi bioetici, non si tratta e non si deve trattare di una contrapposizione tra visione religiosa e visione laica. Le osservazioni che ho voluto svolgere - se pure sono e possono essere confortate da una fede religiosa - hanno a mio avviso valore e significato filosofico e razionale, e sono in ultima analisi mosse dalla preoccupazione per la tutela della dignità umana.

(75) Sul punto, fra molti, vedasi: M. H. Diniz, *O estado atual do biodireito*, Ed. Saraiva, S. Paolo - Brasile, 2002, che nella sua completa ed incisiva pubblicazione, osserva come il termine Bioetica sia stato impiegato per la prima volta dall'oncologo e biologo nord americano Van Rensselder Potter, dell'Università del Wisconsin, a Madison, nella sua opera *Bioethics: bridge to the future*, pubblicata nel 1971, ove considera la Bioetica come una nuova disciplina alla quale ricorrono le scienze biologiche per migliorare la qualità della vita dell'essere umano, acconsentendo la partecipazione degli uomini alla

problema del rapporto fra il raggiungimento del bene comune e la presenza di precise regole, che non dovranno mai essere fini a se stesse se non si vorrà ricadere in un sistema "dove un insieme di regole costituiscono chi è autorizzato a prendere le decisioni collettive e con quali procedure" così che le regole stesse stabiliranno sì, *il chi ed il come*, ossia chi debba decidere e sulla base di quali procedure, ma nel contempo non preciseranno il reale contenuto delle decisioni, ossia il *che cosa* (76). Quindi nulla può essere lasciato al caso, nemmeno la essenziale necessità di predisporre regole precise.

E' difficile pervenire ad una esaustiva classificazione, sia perché le classificazioni sono di per se stesse potenzialmente ed attivamente modificabili, sia perché, proprio quali "scelte" metodologiche da parte dei loro autori, possono rispecchiare un aspetto del problema e trascurarne un altro.

Ai fini pratici del presente lavoro ci atterremo a situazioni specifiche, cercando, se possibile, di collocarle in precisi contesti, o, diversamente, di esaminarle nella loro portata ed incidenza giuridica.

Non è certo agevole cercare di estrapolare l'aspetto etico della norma da quella che è la sua essenza tecnica, mantenendo una

evoluzione biologica e preservando l'armonia universale. Essa sarebbe pertanto la scienza che consentirebbe la sopravvivenza sulla Terra, Terra che si trova attualmente in pericolo a causa di un non controllato sviluppo della tecnologia industriale, dell'uso indiscriminato dei componenti per l'agricoltura tossici, dell'uso altrettanto indiscriminato degli animali per la ricerca o per esperienze biologiche, nonché dal sempre maggior inquinamento delle acque, dell'atmosfera e sonora. Conseguentemente la Bioetica, nella sua essenza, comprenderebbe un compromesso fra l'equilibrio e la preservazione degli esseri umani e l'ecosistema e la vita stessa del pianeta. Questa concezione è totalmente diversa da quella indicata da André Hellegers, che ha fondato nel 1971, nell'Università di Georgetown, il Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics, per il quale la Bioetica sarebbe l'etica delle scienze della vita. Su tali principi, Jean Pierre Marc Vergnes sarebbe una Bioetica medica, riconfermandosi tale concetto nell'opera *The Principles of bioethics*, scritta da Beauchamps e Childress nel 1979. L'*Encyclopedia of bioethics*, ha definito, nel 1978, la Bioetica come lo studio sistematico della condotta umana nel campo delle scienze della vita e della salute, esaminata alla luce dei valori e principi morali.

(76) Così: V. Possenti, *Bioetica e democrazia procedurale*, <http://www.portaledibioetica.it>; che sottolinea inoltre: "Poiché il compito delle liberal democrazie, come del resto di ogni forma politica corretta, sta nel procurare il bene comune di un popolo unito, l'enfatica sottolineatura delle regole si presta alla critica anche da un altro punto di vista, ossia perché orienta all'idea che le virtù politiche, intellettuali e morali risultino un elemento secondario o addirittura inessenziale, mentre il compito principale verrebbe adempiuto dalle regole. Tuttavia il soggetto ultimo della decisione politica non è la regola ma la persona, sempre e comunque accompagnata dal corteo delle sue virtù e dei suoi vizi. L'art. 4 della Dichiarazione dei doveri dell'uomo e del cittadino nella costituzione della Repubblica francese (22-8-1795) recita: "*Nessuno è buon cittadino, se non è buon figliolo, buon padre, buon fratello, buon amico, buono sposo*". Un richiamo eccessivo alle procedure tende infine a deprimere l'idea che gli eventi politici sono aperti e che dipendono non poco dalle scelte degli attori sociali.

asetticità che forse sarebbe meglio lasciare alle sale operatorie, ma è altrettanto vero che si cercherà di mantenere il massimo equilibrio nell'enunciare posizioni fra loro diverse, e, soprattutto, nell'esaminare regole già determinate.

Facciamo un esempio: esistendo una regolamentazione dell'interruzione della gravidanza, si dovrà innanzitutto cercare di valutare se siano apparse nuove realtà inquadrabili in tale ambito e, se sì, come e se sia possibile una loro collocazione in un ambito noto e disciplinato, oppure se si tratti di situazioni nuove, solo apparentemente ricollocabili in un contesto esistente, e, quindi, da valutare attentamente ai fini giuridici.

Si eviterà in tal modo, di acconsentire attività non ritenute lecite dall'ordinamento giuridico e di evitare che il ricercatore o il medico che le attui, incorra in gravissimi reati penalmente sanzionabili.

Di sicuro può ritenersi che il concetto di Bioetica abbia una portata ampia, che comprenda un raffronto fra tutte le nuove realtà scaturite dalla ricerca e dall'esperienza medica (in senso alto di tutela della salute, come ben sancito anche dalla nostra Costituzione e dalla Carta dei diritti dell'Uomo) in modo tale che si possa dare una precisa risposta ai problemi emersi dalle nuove realtà scientifiche, come la clonazione, la riproduzione assistita della vita umana, l'ingegneria genetica, la biologia molecolare, l'utilizzo della tecnologia del DNA, l'eutanasia, l'interruzione della gravidanza per particolari casi, e così via.

Senza esclusione, come ben sottolineato (77), dei rischi scaturiti dal degrado ambientale e dall'uso delle armi chimiche.

Si avrebbe quindi un aspetto della Bioetica che affronti la realtà esistenti, come l'interruzione della gravidanza, l'eutanasia, le discriminazioni sociali e religiose che potrebbero impedire l'applicazione di precise terapie o vaccini, un ulteriore aspetto che affronti tutte le nuove problematiche, anche se relative a precedenti situazioni, ma ora poste in una situazione del tutto nuova proprio grazie alla ricerca.

Si verrà così a creare un'ulteriore duplicazione di aree di interesse, potendosi distinguere la *microbioetica* dalla *macrobioetica*, interessando la prima, i rapporti fra medicina (e medico) e paziente, ed interessando la seconda, il più ampio ambito della preservazione della vita umana attraverso la tutela dell' ambiente (78).

(77) Vedasi M. H. Diniz, O estado atual do biodireito, Op. cit. pag. 11.

(78) Vedasi in tal senso: M. Segre, Definição de bioética e sua relação com a ética, deontologia e diceologia, Bioética, 1995.

5.2) DIRITTO E MICROBIOETICA.

Come detto, pur non ritenendosi le classificazioni del tutto soddisfacenti, si potrà, tuttavia, ricorrere alla duplice partizione della bioetica in micro e macro, sopra richiamata, per approfondire l'area della tutela assoluta della vita umana in tutti i rapporti che colgono il singolo individuo, o l'insieme di più individui (quindi intesi come collettività, anche se non assoluta) ed il mondo medico, sia esso quello della ricerca, della sperimentazione, della cura, della farmacologia, dell'assistenza sanitaria in genere.

In tale ambito il diritto assume rilevanza primaria in quanto dovrà procedere dall'oggetto della tutela (la vita umana ed il diritto alla salute) per determinare una serie di regole sull'utilizzo di mezzi che ne potrebbero minacciare l'esistenza stessa.

Non è questo l'ambito di discussione sulla natura filosofica di tali norme, rilevando invece come spesso esse siano il frutto di una scelta determinata da una evoluzione di pensiero e comportamento di tutta una sfera di soggetti o di una maggior parte di essi, così che ne scaturiscono principi e sanzioni che troveranno attuazione.

Nulla vieta comunque che si possa correggere ciò che, contrariamente ad un primo momento, risulti poi criticabile se non negativo, come, in ogni caso, si dovrà sempre valutare preventivamente l'impatto etico e sociale di una norma sull'intero tessuto sociale di una nazione.

Pertanto, dato come assioma assoluto che la vita umana debba essere sempre tutelata, risulterà sicuramente più agevole utilizzare, per le nostre riflessioni, il percorso temporale della vita, dal suo nascere al suo ultimo istante, nel quale l'essere umano ha terminato il suo percorso terreno.

E riflettere su tutte le situazioni complesse che si innestano su quel filo apparentemente semplice di vita-morte: quando realmente la vita inizia, quando si possa dire che la vita sia realmente cessata, quando si possa tramite la morte donare una speranza di vita, se non la vita stessa ad altri, il tutto sempre nel più rigoroso rispetto della vita umana stessa.

6) TUTELA COSTITUZIONALE E NORMATIVA DELLA VITA.

6.1) LA COSTITUZIONE.

Abbiamo già esaminato come la Costituzione Italiana, al pari di ogni altra Costituzione liberale, tuteli sempre ed assolutamente la vita.

Gli art. 2 e 32 cost. (79) ne stabiliscono i parametri assoluti, le molteplici norme civilistiche e penalistiche, ne rafforzano l'attuazione, contribuendo al loro rispetto: la responsabilità civile in caso di inadempimento nelle obbligazioni professionali, con le conseguenti modalità risarcitorie (80), la norma penale come sanzione alla commissione di un reato, norme che suscitano indubbiamente un maggior impatto psicologico su chiunque, soprattutto se non operatore del diritto, e che sono oramai patrimonio comune, almeno a percezione superficiale, del cittadino (81).

In nota sono richiamati gli articoli per così dire, di maggior impatto, ed è corretto che sia così in quanto la volontaria soppressione della vita umana deve essere correttamente sanzionata (82).

Non si dovrà quindi mai scordare come la vita goda di priorità assoluta sopra qualsiasi altro diritto, tanto da consentirsi, in una tragica situazione di conflitto, di non ritenersi punibile chi offenda l'integrità altrui per legittima difesa (83).

(79) Vedasi: art. 2 "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo", art. 32: "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite per gli indigenti. Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana".

(80) Vedasi fra gli altri: art. 2229 c.c., art. 2232, art. 1218 c.c., art. 1223 c.c., art. 1225, art. 2043 c.c., art. 2050 c.c., art. 2697 c.c., art. 2045 c.c.

(81) Vedasi fra gli altri: art. 27 Cost., art. 1 c.p., art. 132 c.p., art. art. 133 c.p., art. 61., art. 62 c.p., art. 589 cp., art. 584 c.p., art. 575 c.p., art. 590 c.p., art. 582 c.p., art. 76 c.p.p..

(82) Non si ritiene di dover approfondire il concetto di pena come sanzione o come elemento di recupero del reo, aspetto oggi considerato prevalente, anche alla luce del dettato costituzionale, ma nulla può escludere che vi debba essere un opportuno rigore che evidenzi come l'ordinamento non possa essere stravolto da comportamenti soggettivi o collettivi negativi rispetto alla maggioranza dei cittadini, minandone così anche le sicurezze e le speranze.

(83) Vedasi art. 52 c.p. Difesa legittima "Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa".

6.2) IL NASCITURO.

E' fuori dubbio che il nascituro, già dal momento del concepimento, vada qualificato come autonomo centro di interessi, sulla scorta del parallelismo fra biologia diritto proposto da autorevole dottrina, secondo la quale *il concepito, che per le scienze biologiche è un individuo che si va sviluppando come uomo, può configurarsi, non che per il diritto, come un'entità autonoma che si va formando come persona*, e, quindi come un vero e proprio soggetto in fieri.

Emerge da diversi testi normativi (legge 194/78), ed anche dalla Costituzione, nonché dalla stessa Dichiarazione dei Diritti dei Bambini dell'ONU (84) un vero e proprio principio generale di tutela della vita e della salute del nascituro che rappresenta il substrato giuridico sul quale fondare l'eventuale responsabilità dei sanitari che, (ad esempio), hanno assistito la donna nel parto per i danni causati al neonato a seguito di colpa professionale.

Ciò che si intende tutelare, in sostanza, è quel insieme di interessi giuridicamente rilevanti che l'ordinamento ritiene meritevoli di tutela e pertanto garantisce contro eventuali azioni pregiudizievoli di terzi; nell'ambito di tali interessi rientra sicuramente quello alla salute, e quindi all'integrità fisica del nascituro, il quale pertanto è portatore di un "diritto a nascere sano" la cui lesione può e deve essere adeguatamente risarcita allorché essa derivi da colpa dei sanitari che hanno assistito la madre nella gravidanza e/o al momento del parto (85).

Quindi si può ben osservare che sia essenziale determinare quando si abbia il concepimento, e tale punto non è di solo interesse "clinico", ma investe anche l'ambito giuridico in quanto segna la differenza fra il compimento di un atto giuridicamente neutro, se non espressamente autorizzato, ed un omicidio.

Basti pertanto tale riflessione a rendere rilevante le argomentazioni *pro* o *contro* l'inizio della vita con il concepimento.

Essenzialmente si hanno due atteggiamenti di pensiero:

- la vita inizia con la fecondazione dell'ovulo da parte dello spermatozoo;

(84) Sul punto vedasi anche M. H. Diniz, Op. cit. pag. 27 che, richiamando proprio la Dichiarazione dell'Onu, indica la sua posizione sul punto: "Il bambino, data la sua immaturità fisica e mentale, necessita di una protezione legale appropriata, sia prima che dopo il concepimento". La vita umana inizia con il concepimento. Da quell'istante si ha un vero essere umano e qualunque sia il grado di evoluzione vitale nel quale si trova, necessita, prima della nascita, dell'utero e del rispetto della sua vita.

(85) Così C. Conti, Sez. Piemonte, 10.6.1999 n. 1058 citata.

- la vita inizia con il positivo attecchimento o, in caso di fecondazione in vitro con l'innesto, dell'ovulo nell'utero materno.

Dipendendo quindi da una o dall'altra concezione si potranno affrontare, dal punto di vista giuridico, alcuni argomenti specifici: l'aborto, la fecondazione in vitro, l'utilizzo dei feti a scopo di ricerca.

6.3) DIRITTI DEL NASCITURO.

Come detto, anche prima della nascita, l'essere umano gode di tutela e diritti, ma l'iter logico e giuridico posto a fondamento di tale principio non è né semplice né lineare e proveremo a tracciarne i confini avendo come punto di riferimento una sentenza della Cassazione penale che ne ha affrontato compiutamente anche gli aspetti civilistici e le cui motivazioni possono aiutarci nell'indagine.

La Sentenza (86) ha così deciso: *"In materia di responsabilità extracontrattuale il danno «al nascituro» è in realtà costituito dal danno sofferto da una persona effettivamente nata, che si manifesta successivamente al momento della nascita e che consegue ad un atto illecito verificatosi anteriormente a questa. La struttura del fatto illecito delineata dall'art. 2043 c.c. e dalle altre disposizioni che disciplinano la materia non implica necessariamente che tra la condotta illecita ed il danno patito dal danneggiato debba sussistere un rapporto di contemporaneità o di contiguità temporale ed è pertanto risarcibile anche il danno ingiusto che si verifichi in un momento successivo a quello in cui viene posta in essere la condotta illecita. L'illecito civile si configura come l'invasione non autorizzata, ancorché non vietata, della sfera giuridicamente protetta di pertinenza di altri soggetti, che è comprensiva non solo di diritti soggettivi assoluti, ma di diritti di credito, di interessi legittimi, di interessi diffusi e di aspettative e comunque di posizioni giuridiche non specificatamente tutelate da una norma di relazione"*.

La Corte ha affrontato distintamente due punti: il primo relativo alla risarcibilità del danno patito da un soggetto che, al momento dell'evento lesivo, non era ancora nato, ma era stato concepito, ed il secondo relativo alla natura giuridica della responsabilità del medico e della struttura ospedaliera.

(86) Cass. pen. 13 novembre 2000, Pres. Lisciotto - Rel. Brusco - P. M. Paltrinieri, in Responsabilità civile e previdenza, Giuffrè Ed., Milano, 2001, pag. 327.

Per quanto concerne il primo aspetto non vi è tuttavia una uniformità di valutazioni.

Per l'art. 1 c.c. *“La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita”*.

Quindi la legge riconosce al nascituro una serie di diritti, ma essi sono subordinati all'evento nascita (87).

La dottrina non è concorde nel qualificare tale peculiarità, definendola a volte come una capacità giuridica ridotta, altre volte come capacità giuridica provvisoria, ma in ogni caso, ciò che riteniamo essenziale, è il riconoscimento di diritti, fra cui predomina quello alla vita e quello alla salute, e, in subordine ad essi per la loro rilevanza non solo giuridica ma anche etica, tutta la serie di diritti patrimoniali, che si concretizzeranno con l'evento nascita.

Di sicuro nella valutazione del problema potrà soccorrere il principio della responsabilità aquiliana o extracontrattuale, così come affrontato da un giudicato, peraltro negativo sul punto della risarcibilità stessa, della Cassazione civile (88) che è partita proprio dal riconoscimento che la personalità giuridica si acquista solo con la nascita e che, quindi, il riconoscimento di diritti da parte della legge al nascituro costituisca una situazione di eccezionalità, e che comunque il danno non sia risarcibile anche se si verifichi successivamente all'evento dannoso, ossia al momento della nascita.

E ciò perché il soggetto, al momento della violazione del suo diritto soggettivo, non era esistente.

La Cassazione penale, nella sentenza in esame, ha quindi basato proprio sulla responsabilità extracontrattuale il principio di risarcibilità e nell'affrontare l'iter logico di tale motivazione ha dapprima richiamato la giurisprudenza di merito che si era allineata al giudicato del 1973 (89), per poi valutare sia gli art. 2 e 31, comma secondo, Costituzione, sia la legge n. 194/78 sull'interruzione della gravidanza, e giungere alla conclusione che tutte le richiamate norme abbiano più valenza pubblicistica che patrimoniale.

Pertanto, per la Corte, ciò che occorre valutare preliminarmente è che i danni patiti dal nascituro non costituiscono danni del nascituro stesso, ma di una persona effettivamente nata che dal fatto illecito, compiuto dopo il concepimento, ma prima della nascita, ha subito danni le cui conseguenze si manifestano successivamente alla sua

(87) Sul punto la sopraccitata sentenza richiama l'art. 254 c.c. 1° comma, l'art. 462, 1° e 2° comma, l'art. 784 c.c..

(88) Cass. civ. Sez. III, 28.12.1973 n. 3467.

(89) Così: Trib. Roma 12.4.1977; Trib. Monza 28.10.1997, rivista citata in nota 64 pag. 332.

nascita. “Quando si parla di danni subiti dal nascituro concepito si sottintende quindi che sia avvenuta successivamente la nascita. Ciò non esclude, ovviamente, che possano aversi danni provocati direttamente sul feto che diverranno risarcibili (a favore del nato) dopo la nascita”.

Ne consegue l'applicabilità dell'art. 2043 c.c. che “secondo la concezione tradizionale, richiede, per il sorgere della responsabilità, i seguenti elementi: una condotta («qualunque fatto»); l'elemento soggettivo (dolo o colpa); un danno ingiusto; un rapporto di casualità tra la condotta ed il danno”.

E nemmeno si richiede la contemporaneità fra condotta e danno causato, proprio per la ormai consolidata evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in tema di responsabilità extracontrattuale.

Sia in dottrina che in giurisprudenza può ritenersi superata la limitazione della risarcibilità alla sola violazione dei diritti soggettivi assoluti “fino a ricomprendervi la violazione dei diritti (relativi) di credito (tutela aquiliana del credito), di interessi legittimi (si vedano le recentissime sentenze delle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione 22 luglio 1999 n. 500 e 501), di interessi diffusi, di aspettative. E mentre in passato il danno poteva considerarsi ingiusto solo se ledeva un diritto che la legge attribuiva esplicitamente ad un soggetto, in base a questi più recenti orientamenti questa qualificazione può aversi anche nei casi in cui un soggetto, non esplicitamente autorizzato da una norma (e qualche volta se autorizzato, come si dirà in prosieguo), arreca un danno ad un terzo non necessariamente titolare di un diritto soggettivo”.

Pertanto, rifiutandosi il concetto di “tipicità” dell'illecito, si potrà attribuire all'art. 2043 c.c. portata di clausola generale di responsabilità civile.

Questa concezione e quindi questo mutamento teorico “ha riguardato anche altri elementi dell'illecito ed in particolare, l'esistenza del danno ingiusto e il concetto di colpa. Il danno (ingiusto) viene comunemente inteso in due significati (entrambi contemplati dall'art. 2043). Il primo (che spesso viene confuso con il secondo) si riferisce alla lesione dell'interesse tutelato (il cosiddetto bene giuridico protetto dal diritto penale) e, sotto questo profilo non può mai far difetto; anzi costituisce il fondamento della responsabilità per fatto illecito che oggi si fonda nell'invasione non consentita di una sfera soggettiva comunque tutelata dall'ordinamento. Nel secondo significato assunto dall'espressione (cioè di un pregiudizio economicamente valutabile) già da tempo è stato sottolineato come la nozione di illecito possa

anche prescindere come è dimostrato dall'esistenza di numerosi casi in cui l'ordinamento reagisce, a fronte di lesioni di sfere giuridiche protette, anche in mancanza di danno (sono stati fatti gli esempi della violazione del diritto al nome, all'immagine, della concorrenza sleale, della violazione del diritto di autore ecc.) anche se, in questi casi, la repressione dell'illecito non prescinde del tutto dal concetto di danno inteso come pregiudizio (chiaro essendo l'intenzione del legislatore di evitare danni futuri)".

Fermo restando, che per la Corte, il risarcimento del danno operi solo in presenza della prova del danno medesimo.

Da ciò si desume come il danno ingiusto non possa realizzarsi se non in presenza di un fatto che abbia generato la responsabilità, mentre tale fatto (illecito) non presuppone il danno ingiusto.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo dell'illecito (colpa ma anche il dolo) "si è pervenuti ad un sistema che ritiene la colpa elemento non necessario sia per l'esistenza di numerosi casi di responsabilità oggettiva sia perché esistono financo casi di responsabilità per comportamenti esplicitamente consentiti". Quindi si è ritenuto non più centrale l'elemento soggettivo della colpa, ma quello oggettivo proprio del rischio proprio dell'attività umana.

Sotto il profilo della responsabilità oggettiva quindi non si ravvisa sempre il comportamento colposo dell'agente, ma "talvolta è sufficiente una relazione formale con una cosa o una persona (si tratta di alcune delle ipotesi di cui agli artt. da 2047 a 2054) che prescinde del tutto da ogni relazione tra soggetti di diritto. Sotto il secondo profilo si sono richiamati i cosiddetti «atti leciti dannosi» (per esempio art. 1328 c.c.) che prevedono il risarcimento del danno anche in caso di condotte esplicitamente consentite". Però in entrambi i casi non verrà meno l'ingiustizia del danno in senso di garanzia per i diritti protetti.

"Ciò che ricollega la condotta (il fatto) al danno ingiusto è invece costituito dal rapporto di causalità (inteso come causalità giuridica e non come causalità materiale). Anche il nesso eziologico può essere inteso in due significati: come rapporto di consequenzialità tra condotta (fatto) e evento; come nesso tra evento e conseguenze dannose. In entrambi i significati si prescinde da qualunque criterio di contemporaneità purché esistano quelle caratteristiche di adeguatezza causale che la giurisprudenza unanimemente richiede".

Dandosi altresì atto che per la giurisprudenza sono da ritenere risarcibili i danni a responsabilità contrattuale o extracontrattuale,

anche nel caso di danni indiretti e mediati purché si presentino come effetto giustificato dalla regolarità causale (90).

Pertanto correttamente la Corte ha ritenuto che: "Può ragionevolmente affermarsi che il nascituro concepito all'epoca del fatto illecito, e che sia successivamente nato, è personalmente titolare del diritto di azione per ottenere il risarcimento dei danni ingiusti provocatigli da tale fatto purché si verifichi la nascita e a decorrere da questo momento o da quello in cui si verificano effetti dannosi.

Se la nascita non si verifica (per fatto colposo dell'agente o per altra causa) il danno ingiusto (ovviamente nei confronti del nascituro) non sorge così come nel caso in cui al fatto illecito (che abbia provocato danni al feto) sia stato posto rimedio e non permangono conseguenze al momento della nascita. Premesso che in tema di responsabilità extracontrattuale non ha rilievo il tema della prevedibilità del danno (in quanto l'articolo 2056 c.c. non richiama l'art. 1225) nessun problema si pone, ovviamente, per quanto attiene al risarcimento del danno patrimoniale conseguente alla morte del padre del nascituro che, fin dal momento della nascita, è stato privato dell'assistenza economica e materiale che il padre era tenuto a fornirgli. Parimenti indubitabile è il diritto del minore al risarcimento del danno non patrimoniale sussistendo i presupposti previsti dal combinato disposto degli artt. 2059 c.c., 185 c.p. e 74 c.p.p., ma il danno non patrimoniale merita due precisazioni. Innanzitutto che non può riferirsi (come ritiene la citata Trib. Monza 8 maggio 1998) alle sofferenze intrauterine non esistendo attualmente una valida dimostrazione che il feto possa subire tali effetti provocati dal grave turbamento subito dalla gestante. In secondo luogo che il giudice della liquidazione dei danni dovrà accertare il momento iniziale del verificarsi del danno morale che dovrà coincidere con il momento, da individuare secondo i criteri di probabilità statistica, in cui il minore inizierà a prender coscienza della mancanza della figura paterna subendo le conseguenti sofferenze che derivano dall'avvertire tale mancanza. Per quanto riguarda infine il danno biologico, pur non essendo trasmissibile agli eredi, quello della persona deceduta nell'immediatezza del fatto illecito (91) ne è ammessa la astratta risarcibilità, *iure proprio*, a favore dei prossimi congiunti (92), ma la sua esistenza in concreto dovrà essere accertata, nel giudizio di liquidazione del danno, secondo gli ordinari criteri, ove venga

(90) Cass. civ. sez. III, 19.5.1999 n. 4852.

(91) Cass. Sez. III civ. 25 febbraio 2000 n. 2124; 14 febbraio 2000 n. 1633; 29 novembre 1999 n. 1336.

(92) Cass. Sez. III civ. 25 febbraio 2000 n. 2134.

dimostrata una stabile compromissione della salute psicofisica del minore”.

Quindi vengono pienamente riconosciuti i diritti del nascituro che si pone come soggetto totalmente tutelabile anche a fronte del comportamento lesivo che ha investito direttamente il terzo a cui è legato, e tale posizione trova piena attuazione anche nell'ipotesi di responsabilità del medico e della struttura con cui opera o dipende, ponendo in perfetta luce la necessità di ampliare l'ottica giuridica in presenza di detti specifici eventi lesivi.

7) ABORTO

Come è ben noto il termine aborto significa interruzione della gravidanza, e quindi una particolare situazione clinica che impedisce il venir alla luce con il parto (93).

Il nostro ordinamento, a seguito di un profondo e sentito mutamento di esigenze sociali, ha disciplinato profondamente la precedente posizione giuridica in tema di interruzione della gravidanza, che era penalmente sanzionata, e che, oltre alla sanzione penale, incideva anche profondamente con conseguenze civilistiche.

La Legge 22 maggio 1978 n. 194 *"Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza"* ha disciplinato la materia stabilendo che (art. 1) *"Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio."*

L'interruzione volontaria della gravidanza, di cui alla presente legge, non è mezzo per il controllo delle nascite.

Lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie funzioni e competenze, promuovono e sviluppano i servizi socio-sanitari, nonché altre iniziative necessarie per evitare che l'aborto sia usato ai fini della limitazione delle nascite".

Ed ammettendo la possibilità di interruzione, prosegue statuendo che (art. 4) *"Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio."*

L'interruzione volontaria della gravidanza, di cui alla presente legge, non è mezzo per il controllo delle nascite.

Lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie funzioni e competenze, promuovono e sviluppano i servizi socio-sanitari, nonché altre iniziative necessarie per evitare che l'aborto sia usato ai fini della limitazione delle nascite".

Viene così riconosciuto, da un lato, e non poteva essere diversamente, che l'aborto non costituisce un mezzo di controllo delle nascite, e dall'altro lato ribadisce il principio della Corte Costituzionale del 12.5.75 n. 27 (94).

(93) Per una definizione del concetto di "feto" si intende il prodotto del concepimento dalla fine del secondo mese di vita intrauterina sino alla nascita, come da Devoto-Oli, Nuovo Vocabolario della Lingua Italia, voce "feto".

(94) La Cass. Sez. I, 27.11.1981 n. 10669 ha sancito che l'aborto sia ammissibile e giustificato ogni qual volta venga accertato un pericolo per il benessere, non solo fisico, ma anche psichico della gestante.

In ogni caso è garantita la tutela della madre e del padre tramite l'assistenza della struttura socio-sanitaria e del consultorio (95) e viene ammessa la possibilità dell'interruzione *oltre* i primi novanta giorni (art. 6 "a) *quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna*"). Il successivo disposto (art. 7) attribuisce "l'accertamento dei processi patologici indicati nell'art. 6" *ad un medico del servizio ostetrico-ginecologico dell'ente ospedaliero in cui deve praticarsi l'intervento che ne certifica l'esistenza. Il medico può avvalersi della collaborazione di specialisti. Il medico è tenuto a fornire la documentazione sul caso e a comunicare la sua certificazione al direttore sanitario dell'ospedale per l'intervento d praticarsi immediatamente*".

E lo stesso articolo prosegue stabilendo che, se e poi vi fosse pericolo per la vita della donna, "*l'interruzione della gravidanza può essere attuata anche senza l'osservanza delle procedure di cui al*

(95) Art. 5 "Il consultorio e la struttura socio-sanitaria, oltre a dover garantire i necessari accertamenti medici, hanno il compito in ogni caso, e specialmente quando la richiesta di interruzione della gravidanza sia motivata dall'incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante, di esaminare con la donna e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, le possibili soluzioni dei problemi proposti, di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto.

Quando la donna si rivolge al medico di sua fiducia questi compie gli accertamenti sanitari necessari, nel rispetto della dignità e della libertà della donna; valuta con la donna stessa e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, anche sulla base dell'esito degli accertamenti di cui sopra, le circostanze che la determinano a chiedere l'interruzione della gravidanza; la informa sui diritti a lei spettanti e sugli interventi di carattere sociale cui può fare ricorso, nonché sui consultori e le strutture socio-sanitarie.

Quando il medico del consultorio o della struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, riscontra l'esistenza di condizioni tali da rendere urgente l'intervento, rilascia immediatamente alla donna un certificato attestante l'urgenza. Con tale certificato la donna stessa può presentarsi ad una delle sedi autorizzate a praticare l'interruzione della gravidanza.

Se non viene riscontrato il caso di urgenza, al termine dell'incontro il medico del consultorio o della struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, di fronte alla richiesta della donna di interrompere la gravidanza sulla base delle circostanze di cui all'articolo 4, le rilascia copia di un documento, firmato anche dalla donna, attestante lo stato di gravidanza e l'avvenuta richiesta, e la invita a soprassedere per sette giorni. Trascorsi i sette giorni, la donna può presentarsi, per ottenere la interruzione della gravidanza, sulla base del documento rilasciatele ai sensi del presente comma, presso una delle sedi autorizzate".

comma precedente ed al di fuori delle sedi di cui all'art. 8. In questi casi il medico è tenuto a darne comunicazione al medico provinciale".

Quindi particolare attenzione alla posizione del medico ed alla sua conseguente responsabilità: dipende infatti dal suo giudizio, eventualmente confortato dal parere di specialisti, l'accertamento dei presupposti ed il conseguente intervento di interruzione.

La tutela della vita della gestante è prioritaria e quindi, al pari di altre situazioni pratiche (e non codificate come questa) la professionalità del medico è riconosciuta come elemento di giudizio di operabilità.

Ma non si può dire che, in caso di interruzione di gravidanza in un periodo di gestazione così avanzato, non si abbia una tutela del feto, giacché l'ultimo comma dell'art. 7 stabilisce che *"quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto, l'interruzione della gravidanza può essere praticata solo nel caso di cui alla lettera a) dell'articolo 6 e il medico che esegue l'intervento deve adottare ogni misura idonea a salvaguardare la vita del feto"*.

La Legge riconosce però, accanto al diritto della donna di richiedere l'interruzione della gravidanza (art. 12 e art. 13) il diritto del medico (e del personale esercente le attività ausiliarie) di manifestare obiezione di coscienza, con il conseguente esonero dalla prestazione.

Tuttavia, nel caso in cui l'intervento *del personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie sia indispensabile per salvare la vita della donna in imminente pericolo*, gli stessi dovranno operarsi per salvare la vita della donna stessa, e, se si rifiutassero se ne accollerebbero le conseguenze civili e penali.

Analoga tutela è riconosciuta dall'art. 12 per i casi relativi la minore o l'incapace qualora si manifesti l'urgenza di intervenire (96).

(96) Art. 12 "La richiesta di interruzione della gravidanza secondo le procedure della presente legge è fatta personalmente dalla donna.

Se la donna è di età inferiore ai diciotto anni, per l'interruzione della gravidanza è richiesto l'assenso di chi esercita sulla donna stessa la potestà o la tutela. Tuttavia, nei primi novanta giorni, quando vi siano seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la potestà o la tutela, oppure queste, interpellate, rifiutino il loro assenso o esprimano pareri tra loro difformi, il consultorio o la struttura socio-sanitaria, o il medico di fiducia, espleta i compiti e le procedure di cui all'articolo 5 e rimette entro sette giorni dalla richiesta una relazione, corredata del proprio parere, al giudice tutelare del luogo in cui esso opera. Il giudice tutelare, entro cinque giorni, sentita la donna e tenuto conto della sua volontà, delle ragioni che adduce e della relazione trasmessagli, può autorizzare la donna, con atto non soggetto a reclamo, a decidere la interruzione della gravidanza (1).

Qualora il medico accerti l'urgenza dell'intervento a causa di un grave pericolo per la salute della minore di diciotto anni, indipendentemente dall'assenso di chi esercita la potestà o la tutela e senza adire il giudice tutelare, certifica l'esistenza delle condizioni che giustificano l'interruzione della gravidanza. Tale certificazione costituisce titolo per ottenere in via d'urgenza l'intervento e, se necessario, il ricovero.

Sussiste infine una precisa determinazione a carico di chi cagioni, per colpa, un aborto o, sempre per colpa, un parto prematuro, e viene stabilita la sanzione della reclusione da tre mesi a due anni nel primo caso, e della riduzione a metà di detta pena, nella seconda ipotesi (97).

Quindi, modificandosi il precedente costruito penale, l'aborto colposo ora non è più una forma di aggravante delle lesioni colpose, ma assurge ad autonoma figura di reato, per la quale non è necessaria la querela di parte, ma si procede di ufficio, con ulteriore sottolineatura della posizione del medico e del suo obbligo di vigilanza e comunicazione alle strutture sanitarie competenti (98).

Si osservi che la responsabilità del medico non è eliminata dalla condotta imprudente della gestante che abbia chiesto con ritardo le necessarie cure, in quanto vi potrebbe essere concorso di cause anche in questa ipotesi qualora il sanitario, anziché contrastare il processo patologico in atto, differisca di intervenire a fronte di una situazione qualificabile come assolutamente in eludibile a fronte del suo quadro clinico (99).

La Legge 194/78 sancisce poi (art. 18) che: *“Chiunque cagiona l'interruzione della gravidanza senza il consenso della donna è punito con la reclusione da quattro a otto anni. Si considera come non prestato il consenso estorto con violenza o minaccia ovvero carpito con l'inganno.*

La stessa pena si applica a chiunque provochi l'interruzione della gravidanza con azioni dirette a provocare lesioni alla donna.

Detta pena è diminuita fino alla metà se da tali lesioni deriva l'acceleramento del parto.

Se dai fatti previsti dal primo e dal secondo comma deriva la morte della donna si applica la reclusione da otto a sedici anni; se ne deriva una lesione personale gravissima si applica la reclusione da sei

Ai fini dell'interruzione della gravidanza dopo i primi novanta giorni, si applicano anche alla minore di diciotto anni le procedure di cui all'articolo 7, indipendentemente dall'assenso di chi esercita la potestà o la tutela”.

(97) Art. 17: “Chiunque cagiona ad una donna per colpa l'interruzione della gravidanza è punito con la reclusione da tre mesi a due anni. Chiunque cagiona ad una donna per colpa un parto prematuro è punito con la pena prevista dal comma precedente, diminuita fino alla metà. Nei casi previsti dai commi precedenti, se il fatto è commesso con la violazione delle norme poste a tutela del lavoro la pena è aumentata.

(98) Sul punto vedasi Cass. Pen. Sez. IV, 20.8.1980 n. 7656.

(99) In tal senso Cass. Sez. V, 4.10.2000 n. 217149, che ha ritenuto corretta l'affermazione dei giudici di merito che avevano affermato il nesso causale della condotta del medico, che aveva avviato ad un altro ospedale una paziente, la quale, pur in ritardo, aveva richiesto le cure per il distacco della placenta, così omettendo un immediato intervento che avrebbe potuto salvare il feto.

a dodici anni; se la lesione personale è grave questa ultima pena è diminuita.

Le pene stabilite dai commi precedenti sono aumentate se la donna è minore degli anni diciotto.

Il consenso della donna deve sussistere al momento in cui l'intervento viene eseguito, indipendentemente dal fatto che precedentemente abbia potuto manifestare sentimenti di segno opposto al rifiuto dell'aborto (100). Inoltre vi è la sanzione ulteriore stabilita dall'art. 19: *“Chiunque cagiona l'interruzione volontaria della gravidanza senza l'osservanza delle modalità indicate negli articoli 5 o 8, è punito con la reclusione sino a tre anni.*

La donna è punita con la multa fino a € 516.

Se l'interruzione volontaria della gravidanza avviene senza l'accertamento medico dei casi previsti dalle lettere a) e b) dell'articolo 6 o comunque senza l'osservanza delle modalità previste dall'articolo 7, chi la cagiona è punito con la reclusione da uno a quattro anni.

La donna è punita con la reclusione sino a sei mesi.

Quando l'interruzione volontaria della gravidanza avviene su donna minore degli anni diciotto, o interdetta, fuori dei casi o senza l'osservanza delle modalità previste dagli articoli 12 e 13, chi la cagiona è punito con le pene rispettivamente previste dai commi precedenti aumentate fino alla metà. La donna non è punibile.

Se dai fatti previsti dai commi precedenti deriva la morte della donna, si applica la reclusione da tre a sette anni; se ne deriva una lesione personale gravissima si applica la reclusione da due a cinque anni; se la lesione personale è grave quest'ultima pena è diminuita.

Le pene stabilite dal comma precedente sono aumentate se la morte o la lesione della donna derivano dai fatti previsti dal quinto comma” (101).

Quindi, la materia è precisamente regolata dalla norma di legge, che sicuramente fa sorgere ancor oggi, discussioni e riflessioni, non ultime quelle relative alla possibilità che dietro lo schermo del

(100) In tal senso: Cass. Pen. Sez. III, 15.7.1994 n. 8079.

(101) Vedasi una particolare sentenza: Cass. Sez. V, 31.7.1980 n. 9411 “L'esaurimento dell'attività dell'agente provocatore, che fin dall'inizio si sia proposto di limitare il suo apporto volontario al compimento di una parte soltanto dell'azione criminosa, costituisce un avvenimento estraneo e indipendente dalla volontà del compartecipe, sì che - anche in caso di reato a concorso necessario - la desistenza del primo (correo necessario) non si riverbera sull'attività del secondo, la cui cessazione non può quindi considerarsi volontaria. (Nel caso sottoposto all'esame dei giudici vi era una donna incinta, in qualità di agente provocatore, che dopo aver simultaneamente accettato di sottoporsi ad interruzione della gravidanza dietro compenso e senza l'osservanza delle modalità prescritte, non appena iniziate le pratiche abortive aveva provocato l'intervento della polizia).

pericolo “psichico” (art. 4) o sulla valutazione medica lasciata nella disponibilità del professionista, ma si deve altresì riconoscere che si sia posto freno a situazioni criminose e si sia riconosciuta un’ampia tutela alla donna (si noti che ripetutamente si fa riferimento alla “donna” e non tanto alla “gestante”), senza scordarsi del feto, la cui sopravvivenza è auspicata in ogni caso di compatibilità.

Ciò non toglie che si debba comunque riflettere su alcuni aspetti del complesso iter della fecondazione e gestazione, in quanto, senza voler minimamente, porre in discussione il testo legislativo, vi sono alcuni aspetti strettamente legati alla natura dell’embrione che ritroveremo nelle successive indagini.

Una delle posizioni su cui si è basata l’applicazione della norma, ritiene che il feto sia “*pars viscerum matris*”, ossia che non goda di un’autonoma esistenza, ma che sia invece, una parte dell’organismo della madre, la quale, a sua volta, ha diritto alla piena disponibilità del suo corpo (102).

E conseguentemente, se è piena responsabile del proprio corpo a maggior ragione lo sarà anche del proprio feto.

La posizione contraria ritiene che il feto non sia parte integrante del corpo materno, benché ne abbia l’ovvia necessità, ma che costituisca un essere autonomo, dotato di vita propria, con caratteristiche fisiche e psichiche proprie, con un suo originale DNA, inalterabile sin dal momento della fecondazione dell’ovulo da parte dello spermatozoo.

Quindi si avrà un intero ed inscindibile ciclo di crescita, dal momento della fecondazione sino alla nascita, che caratterizza la contestuale evoluzione di un essere umano (103).

(102) Sul punto si è sempre avuto un amplissimo e, sovente fin troppo “acceso” dibattito fra fautori ed oppositori della legalizzazione dell’aborto. Si può ricordare uno slogan gridato dalle donne nei cortei di sostegno alla promulgazione della legge, che ben indica il pensiero ed il clima di quei momenti “l’utero è mio e lo gestisco io”. Come detto il fatto non è né era secondario al contesto socio economico della Nazione, né è compito di questo lavoro di valutarne la portata: la norma è stata introdotta e, senza voler appartenere allo schieramento pro aborto, si deve riconoscere che si è sanata una situazione di clandestinità inammissibile, che esponeva alcuni strati sociali, per così dire meno protetti ed economicamente meno favoriti, a rischi gravissimi per pratiche abortive clandestine effettuate oltre i limiti dell’accettabilità medica e sociale, e che, proprio rendendo accessibili detti Sistemi clandestini, favoriva lo sviluppo di organizzazioni comunque “criminali”. Tale situazione è venuta meno, o almeno tale è lo spirito della legge, che fa ritenere superato tale quadro criminoso.

(103) Un grande scienziato, Jerome Lejeune, scopritore della causa genetica della Sindrome di Down ha ritenuto che al momento stesso della fecondazione sia già integralmente ed inequivocabilmente decifrabile la struttura organizzativa dell’essere umano in ogni sua parte, gambe, braccia, sistema nervoso, ecc.. W. A. Liley ha ritenuto che: “nella prima settimana di gestazione, con la fecondazione si ha un nuovo essere umano, unico ed irripetibile; con la seconda settimana egli già possiede tutti i suoi

Per gli ordinamenti che non riconoscono la possibilità di interruzione della gravidanza, così come invece contemplata dalla nostra Legge 194/78 e d.Legs. 26.3.2001 n. 151 (*T.U. della maternità e paternità*), il problema si pone in termini più radicali, nel senso che occorrerà un'attenta distinzione fra le ipotesi di interruzione, e precisamente si dovrebbe distinguere tra:

- **aborto spontaneo**: determinato da cause naturali e non volute, sia che esse discendano da problemi legati all'evoluzione della gravidanza stessa da parte della gestante (situazioni patologiche pregresse della madre, come malattie o malformazioni uterine) o del feto (malformazioni dello stesso) o determinato da fattori esterni, come traumi derivanti da incidenti o forti choc;
- **aborto provocato**: determinato da un preciso intervento della gestante o di terzi. In tal caso sarà necessario valutare quale sia stata la finalità dell'intervento di interruzione della gravidanza. Esso, infatti potrà essere:
 - **terapeutico**: ricomprensibile a sua volta, in due distinte modalità, la prima qualificabile come "*aborto necessario*" al fine di salvare la vita della gestante stessa. E ciò sia in presenza di consenso della stessa, sia in assenza di consenso. La seconda qualificabile come "*aborto per evitare un'infermità grave della gestante*", in tal caso, e riteniamo, ferma ogni specifica e necessaria prova sul difficile confine fra rischio di morte e di sola grave infermità, l'interruzione potrebbe essere passibile di sanzione penale;

caratteri fisici e psichici e incomincia a ricevere alimentazione dalla madre; fra la seconda e terza settimana presenta la sua forma, occhi, colonna vertebrale, cervello, polmoni, stomaco, fegato e reni. Il suo sangue inizia a circolare senza mescolarsi con quello della madre, ed il suo cuore comincia battere o a funzionare, anche se lo stetoscopio o la risonanza rilevano il suo battito solo nella nona o decima settimana; nella quarta settimana la testa, le braccia e le gambe sono già completamente formate; nella quinta settimana il torace si separa dall'addome, gli occhi sono dotati della retina e del cristallino, le orecchie incominciano a formarsi e sorgono le dita delle mani e dei piedi; fra la sesta ed ottava settimana tutti gli organi si sono sviluppati, sono perfetti il volto, la bocca, la lingua, le onde del cervello ed i denti da latte risultano impiantati. Nell'ottava settimana tutte le dita delle mani e dei piedi sono completate, comprese le impronte digitali, le stesse che figureranno nei documenti. Gli impulsi cerebrali sono già registrabili. Fra la undicesima e la dodicesima settimana tutti i sistemi funzionano. Muove la testa, muove le sopracciglia, stringe i pugni, sorride, apre la bocca ecc.. Il feto ha pertanto tre mesi ed è già completamente formato, dovendo soltanto crescere. Nella sedicesima settimana si agita con tale forza che la madre percepisce i suoi movimenti. Nella diciottesima settimana può accennare al pianto, benché la mancanza di aria non produce suoni. Sente dolore, paura, e attaccamento alla vita..." e prosegue con un esempio registrato durante una fase abortiva, così come riportato, unitamente alla riflessione di Liley da M. H. Diniz, Op. cit. pag. 71.

- **legato a forme di violenza sessuale:** è ammesso dall'ordinamento in precisi casi e, sempre, sotto la direzione del medico; è necessario il consenso della gestante, se capace di intendere e volere, o del suo legale rappresentante;
- **aborto criminale:** come detto, in assenza di una norma che autorizzi l'interruzione della gravidanza, si incorrerebbe nel reato di aborto ogni qual volta si ponga in essere un'attività abortiva (104).

Fermo restando che non sia in discussione la legge sull'interruzione della gravidanza, si rammenti che potrà sempre sussistere responsabilità del medico (in senso anche lato, cioè dello stesso e della struttura sanitaria) qualora si verificano, a seguito degli interventi di interruzione della gravidanza, danni alla madre.

Si rientrerebbe nelle ordinarie ipotesi di responsabilità professionale come per qualsiasi altro caso.

Va da sé che se si fosse in presenza di aborto effettuato al di là dei casi previsti dalla legge, la situazione si porrebbe sotto un'altra luce.

Proviamo ad immaginare un quadro ipotetico, ma possibile, l'intervento oltre i termini o l'utilizzo di un feto per scopo terapeutico della madre o di un parente stretto, in tal caso nulla giustificerebbe il comportamento del medico e, concorrente, della madre o di terzi.

Un ulteriore aspetto della delicata materia dell'interruzione della gravidanza è relativo all'uso di medicinali che, assunti entro un breve lasso di tempo dalla possibile fecondazione, produrrebbero effetti simili ad una interruzione della gravidanza: è l'ipotesi, ad esempio, della "*pillola del giorno dopo*" che, ammessa dal Ministero della

(104) Con espresso riferimento alle ipotesi sopra esaminate, e con particolare riguardo all'aborto come crimine, non esistendo una legge simile a quella italiana nell'ordinamento brasiliano, vedasi M. H. Diniz, Op. cit., pagg. 38-41, ove, fra l'altro vengono esaminati i presupposti per l'applicazione della sanzione penale e cioè: l'esistenza comprovata dello stato di gravidanza, intesa quale arco temporale dalla fecondazione dell'ovulo sino all'inizio del processo del parto; il dolo, ossia la volontà di interrompere la gravidanza provocando la morte del concepito (dolo diretto) o assumendosi il rischio del risultato previsto (dolo eventuale); l'uso di appropriate tecniche abortive (dirette: aspirazione uterina, dilatazione del collo dell'utero, isterotomia, curettaggio, ecc.; indirette o extrauterine: determinate da fattori fisici esterni (calore/freddo applicati con diverse modalità al ventre della gestante) o da fattori meccanici (pressioni, urti, massaggi violenti); ed infine, quasi ovviamente, la morte del concepito. Pertanto si renderà necessaria una precisa prova medico-legale atta a dimostrare: a) l'esistenza della gravidanza; b) la realtà dell'aborto, tramite l'esame della madre e/o del prodotto del concepimento; c) la natura dell'aborto, e cioè se sia stato spontaneo o provocato; d) l'epoca dell'aborto, determinabile sia dall'esame della gestante sia dall'esame del prodotto del concepimento espulso; e) la data della manovra abortiva; f) le lesioni fisiche della gestante o, al limite estremo, la sua morte.

Sanità, non incontra alcuna obiezione giuridica in ordine al suo uso, salvo l'ipotesi che la sua somministrazione, autorizzata dal medico, possa produrre effetti negativi sulla donna, effetti legati alla composizione della pillola stessa (105).

7.1) EMBRIONE.

Trattando dell'interruzione della gravidanza abbiamo, necessariamente, parlato di embrione e di feto.

Ora si rende necessario esaminare tali realtà alla luce della loro tutela: l'ordinamento giuridico deve infatti proteggere i loro diritti, dal concepimento sino alla nascita.

La stessa legge sull'interruzione della gravidanza è posta anche a tutela di essi in quanto, regolamentando una situazione

(105) Ferma restando la liceità del commercio e conseguente assunzione della medicina, vi sono tuttavia opinioni etiche di segno contrario, che possiamo qui richiamare nel pensiero di M. Palmaro, in www.portaledibioetica.it, che ritiene: "La decisione del ministro della sanità con cui viene immessa sul mercato la pillola del giorno dopo presta il fianco a una serie nutrita di obiezioni di natura giuridica. Vediamo le principali. L'argomento secondo cui "la gravidanza inizia dopo l'annidamento" è talmente ridicolo che non varrebbe nemmeno la pena di discuterlo, se a sostenerlo non fosse un ministro della Repubblica. Bene: un extracomunitario senza casa è un uomo? Certamente sì, risponderebbe chiunque. Se invece l'uomo allo stato embrionale è senza dimora - perché è stato concepito in provetta, oppure perché non si è ancora annidato - allora non è un uomo. Ma se così fosse, chi o che cosa è? Appartiene al regno vegetale, al regno animale, agli oggetti inanimati? Come può questa "cosa" di tre, quattro giorni di vita possedere già un patrimonio genetico determinato, ed essere già maschio o femmina, biondo o bruno, sano o down? Se dunque questo è un uomo, piccolissimo e indifeso, il Norlevo lo uccide. Se l'aborto chirurgico evoca - in chi ne conosce le cruente modalità - la lama tagliente di una spada o il piombo di un'arma da fuoco, questa pastiglia fa venire in mente un gas tossico, come quelli usati dal Terzo Reich per sopprimere gli ebrei nei campi di sterminio. Un sistema silenzioso, sicuro e invisibile: chi entrava in quelle docce non sapeva. E chi viveva a pochi chilometri da Auschwitz non sentiva. Così le coscienze potevano continuare a dormire, tranquillamente. Ora, si dà il caso che in Italia esista una legge che permette con straordinaria larghezza di abortire, recandosi in un ospedale dello Stato, a spese della collettività. Una legge inaccettabile. Ma il Norlevo è qualcosa che va ben oltre questa stessa legge, invocando la quale si potrebbe sostenere con piena ragione che questo prodotto, la sua commercializzazione e la sua pubblicizzazione costituiscono altrettanti reati di "aborto clandestino". Per sfuggire all'evidenza di questa obiezione - come ha scritto Vincenzo Turchi - si è ricorsi a espedienti linguistici, riservando il termine "aborto" al solo caso di eliminazione dell'embrione già impiantato in utero. Ciò va a cozzare contro l'irresistibile verità scientifica secondo cui la vita, con il suo irripetibile corredo cromosomico, esiste a partire dalla fecondazione dell'ovulo. Né ha senso parlare di "ovulo non ancora impiantato", perché nessun ovulo si è mai impiantato. L'impianto avviene esclusivamente quando un ovulo è stato fecondato, ed è già diventato blastula, cioè embrione nella sua prima fase di sviluppo. La vita è un fatto, una realtà, non una definizione. Il diritto fondamentale alla vita, laico perché universale, fondamento di ogni altro diritto, nasce da questo fatto inconfutabile. "Ex facto oritur ius"; dal fatto nasce il diritto, insegnavano i pagani latini.

precedentemente lasciata nelle mani di praticoni e delinquenti, ha posto necessariamente l'accento sulla giuridicità di un certo comportamento, comportamento non più giuridicamente sanzionabile, ed ha altresì evidenziato come la tutela si estenda proprio a quella realtà fisica che, dopo un certo periodo dal concepimento, è da intendersi come vero e proprio essere umano.

Si è ritenuto che l'embrione nella fase della vita intrauterina, e così anche nella situazione della fecondazione in vitro (su cui torneremo) goda di personalità giuridica formale relativamente ai diritti della personalità ad esso attribuiti dalla legge e dalla costituzione (106).

Come detto l'art. 2 della Costituzione riconosce e tutela i diritti inviolabili dell'essere umano *"La Repubblica riconosce garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale"*.

L'art. 1 c.c. stabilisce che *"La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita"*.

Questa contrapposizione di articoli spinge ad una duplice riflessione: la prima, restrittiva, attribuisce capacità giuridica solo al concepito al momento della sua nascita, sulla base del dettato dell'art. 1 c.c., mentre la seconda è estensiva, attribuendo capacità giuridica all'essere umano anche prima della nascita, estende allo stesso tutta la fascia di tutela possibile.

Ma a questo punto l'aspetto giuridico deve necessariamente scontrarsi con la necessità dell'intervento tecnico-scientifico: "A tale proposito la biologia distingue l'embrione dal feto, definendo questo ultimo come il prodotto del concepimento trascorsi tre mesi dalla gestazione. L'uomo, da un punto di vista genetico, ha pertanto inizio con il concepimento, ma il concetto stesso di uomo si sostanzia in un organismo individuale, cioè in una entità che auto-organizza una pluralità di componenti di un sistema vitale. Come è possibile allora garantire una tutela idonea alla vita umana non individuale, senza considerarla parte dell'altrui corporeità, ma integra e totale fisicità umana?"

(106) Tale aspetto emerge prepotentemente in quegli ordinamenti ove non è riconosciuta l'interruzione volontaria della gravidanza, così come è, invece, disciplinata dall'ordinamento di altri paesi. A tal proposito, per le aree prive di legislazione sull'ammissibilità della interruzione della gravidanza, si avrà un'accentuata tutela dell'embrione stesso, alla luce del divieto di interruzione della gravidanza, come sopra esaminato.

Nell'intento di superare tale ostacolo una parte della dottrina ha cercato di elaborare un *tertium genus*, oltre alla categoria delle cose rese dei soggetti di diritto, proprio per garantire un'adeguata tutela giuridica della vita umana non individuale.

Nell'intento di garantire la massima tutela della vita umana, fin dalle sue prime forme di manifestazione, si sono espresse la Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la Biomedicina, approvata dal Consiglio d'Europa il 19 novembre 1996, ed il documento "Identità e statuto dell'embrione umano" approvato dal Comitato Nazionale di Bioetica il 27 giugno 1996. Per il C.N.B. è persona umana ogni individuo umano in tutte le fasi della sua esistenza e nei suoi confronti esiste il dovere di rispetto e di tutela proprio per favorire lo sviluppo delle capacità e delle funzioni di cui è dotata. Un individuo umano può non avere ancora raggiunto, o non essere concretamente in grado di esercitare, o avere perduto, la capacità di svolgere certe funzioni tipiche della persona, senza che ciò riduca la sua dignità di persona. Semplicemente egli non avrà il diritto alla tutela di tali funzioni, in quanto assenti. Nel caso dell'embrione individualizzato ciò significa che non c'è l'obbligo morale di trattarlo come se fosse cosciente, libero, auto determinato, capace di comunicazione e attività simbolica. Tuttavia sussiste il dovere intrinseco di tutelarne l'esistenza e l'integrità" (107).

(107) In tal senso M. A. Favazzo, in www.portaledibioetica.it.

8) EUTANASIA.

Affrontare un argomento estremamente delicato come l'eutanasia implica un duplice ordine di indagine, il primo necessariamente di aspetto etico, il secondo più strettamente giuridico.

Ed è a questo secondo aspetto che si deve indirizzare il presente lavoro, tenuto conto della sua peculiarità, ma non si può evitare un attento esame delle molteplici manifestazioni di pensiero che hanno caratterizzato e caratterizzano le contrastanti opinioni sull'ammissibilità o meno dell'eutanasia.

Il termine, di etimologia greco antico, significa "buona morte" ed è presente nella storia umana sin dall'antichità.

Una prima valutazione era legata alla sfera individuale: evidentemente vi erano posizioni diverse a seconda della qualità del soggetto, e così dunque, per il guerriero si sarebbe trattato di morire gloriosamente in battaglia, per il politico spirare con il rimpianto e ammirazione del popolo da lui ben governato, per il singolo cittadino morire attorniato dai suoi cari, per lo schiavo, morire da uomo libero.

Storicamente il principio della buona morte o, in un certo senso della identificazione della stessa con il suicidio, è sempre stato presente nel pensiero e nella coscienza umana, passando dalla concezione sociale (vedasi le leggi di Sparta che imponevano la morte dei nati deformati o comunque ritenuti inabili alla vita comune) a quella privata (lo Stoicismo e i vari personaggi che hanno tranquillamente posto il suicidio come un naturale termine della loro vita), per giungere all'epoca cristiana che ha decisamente negata la possibilità di porre autonomamente termine alla propria esistenza, ritenendosi la vita un dono di Dio e non essendo nella libera disponibilità dell'essere umano deciderne il termine.

D'altro canto lo stesso giuramento di Ippocrate escludeva categoricamente che il medico potesse somministrare farmaci mortali al proprio paziente o consigliarne l'uso.

San Tommaso D'Aquino, (108) riassume sinteticamente il pensiero cristiano contro l'interruzione volontaria della vita, ritenendo che l'amore naturale che ogni essere ha per se stesso proibisce un simile comportamento, che chi lo pone in essere viola un dovere sociale in quanto nessun uomo è solo, ma è parte dell'intera collettività ed infine perché solo in Dio vi è il potere della vita e della morte degli uomini.

(108) Vedasi Summa Theologiae, II-II, qu. 64, art. 5,c, A Porcarelli, www.portaledibioetica.it anche per le riflessioni successive soprarichiamate.

Tommaso, con la grande lucidità di pensiero che lo contraddistingue, ha anticipato una serie di principi particolarmente attuali, come l'appartenenza del singolo ad un contesto sociale e come sia possibile, sempre che lo sia, sostituire al divino l'ordinamento statale, che autorizzi il suicidio in forma di eutanasia.

E' però nell'ultimo secolo, il XX°, che si vede un aumento della sensibilità, positiva o negativa che sia, del fenomeno, alla quale si è accompagnata un'azione pratica.

Cresce in genere la domanda eutanasi e l'eutanasia sociale viene praticata in modo più massiccio. Nel 1906 il parlamento dell'Ohio presentò il testo di una legge sull'eutanasia su richiesta (che fu respinto dal Consiglio Superiore), analoga proposta fu presentata nel 1936 a Londra da "Vesper" (Società per l'eutanasia volontaria, nata nel 1935 ad opera di Lord Moynihan e del Dr Killick Millard), ma il progetto fu respinto dalla Camera dei Lords. Nel 1938 nasce la Società Americana per l'eutanasia volontaria, a New York, ad opera del rev.do Charles Potter.

Alla domanda sociale di eutanasia, portata avanti da alcuni gruppi di pressione, fa riscontro un riemergere di quella che possiamo chiamare *eutanasia sociale*, già presente nel mondo antico e che assume in età contemporanea forme nuove, anche sul piano giuridico.

Per affrontare tale tema, possiamo sviluppare in modo più analitico l'esempio paradigmatico della Germania, anche prima dell'avvento del regime nazista. Già durante la Grande Guerra si assiste - come in molti altri Paesi - ad un'impennata delle morti dei malati cronici presenti negli ospedali, anche a motivo della scarsità di cibo che rendeva oneroso nutrire tante "bocche inutili". Nel 1920 viene pubblicato un libro, di Alfred Hoche e Karl Binding, dal titolo *L'autorizzazione all'eliminazione delle vite non più degne di essere vissute*, che - secondo gli autori - sono in se stesse luogo di sofferenza e provocano sofferenza ai parenti e danno economico allo stato che, quale arbitro della distribuzione delle ricchezze, avrebbe dovuto autorizzarne l'uccisione. La motivazione economica, portata all'interno del dibattito tra gli scienziati, non fu certamente sufficiente a motivare un'azione effettiva e sistematica, che invece venne con il progetto eugenetico nazista che collegava la necessità di eutanasia sociale nei confronti di alcune categorie di persone con quella di preservare la purezza della razza ariana. Il primo passo verso l'attuazione del piano eugenetico si ebbe nel 1933 con l'emanazione della "Legge sulla prevenzione della nascita di persone affette da malattie ereditarie". La legge venne discussa il 14 luglio. Poiché il 20 luglio si sarebbe dovuto firmare il Concordato tra Chiesa Cattolica e

Stato Nazista si ritenne politicamente più opportuno promulgarla ufficialmente il 25 luglio successivo. L'8 ottobre 1935 venne emanata una seconda legge per "La salvaguardia della salute ereditaria del popolo tedesco". Con essa si autorizzava l'aborto nel caso in cui uno dei genitori fosse affetto da malattie ereditarie. Parallelamente venne varata un'intensa campagna di propaganda mirante a convincere il popolo tedesco dell'opportunità sociale e dell'intrinseca bontà delle pratiche eugenetiche (sterilizzazione ed eutanasia), venne anche creata la "Commissione del Reich per la salute del popolo" che si dedicò all'organizzazione della propaganda nelle scuole, negli uffici pubblici e nel Partito Nazista. La Direzione Sanitaria del Reich creò in tutta la Germania circa 500 "Centri di consulenza per la protezione del patrimonio genetico e della razza". I medici che li dirigevano furono incaricati di raccogliere tutti i dati necessari per stimare quale parte della popolazione dovesse essere sterilizzata e controllare le nascite di bambini deformati o psichicamente disabili. Si giunge così alla preparazione prossima dei provvedimenti direttamente eutanasi nei confronti di quei bambini che il "monitoraggio" aveva individuato. A dare inizio al processo di eutanasia fu un ordine scritto di Adolf Hitler retro-datato al 1° settembre 1939 (in realtà emanato in ottobre) su carta intestata della Cancelleria. Il testo recitava:

"Il Reichsleiter Bouhler e il dottor Brandt sono incaricati, sotto la propria responsabilità, di estendere le competenze di alcuni medici da loro nominati, autorizzandoli a concedere la morte per grazia ai malati considerati incurabili secondo l'umano giudizio, previa valutazione critica del loro stato di malattia".

In tal modo la pratica di eliminazione fisica dei malati gravi e dei minorati psichici trovava la sua "copertura giuridica", pur essendo già iniziata in modo strisciante da alcuni mesi, nei centri sopra citati. Venne subito creato un centro di coordinamento dell'intera operazione che trovò la sua sede in un villino espropriato ad un ebreo, a Berlino in Tiergartenstrasse n. 4 (di qui il nome in codice dell'intera operazione: "Aktion T 4"). La procedura può essere riassunta in alcuni passaggi essenziali: invio, a tutti i responsabili di ospedali psichiatrici, di generici questionari, apparentemente miranti a censire la capacità lavorativa dei soggetti inabili, sulla base dell'analisi di tali questionari (senza visitare il malato) una commissione di esperti decideva quali dovessero essere soppressi, tali persone venivano poi prelevate dagli ospedali, trasportate (con pullman dai finestrini oscurati) nei centri di eliminazione (di cui non si comunicava la destinazione e scelti in genere lontani dal luogo di cura, per depistare i parenti delle vittime), dove erano state predisposte delle camere a gas mascherate da

docce e si procedeva all'uccisione, ai parenti veniva inviata una lettera standard che annunciava la morte per una causa qualsiasi. Si avvertiva che per ragioni sanitarie il cadavere era stato cremato e si avvertiva che l'urna con le ceneri era a disposizione.

Tra il 1940 e il 1941 furono eliminati in questo modo più di 70.000 malati psichici nei cinque centri di eliminazione, prima che Hitler - a motivo del montare delle proteste dopo che la cosa iniziò ad emergere alla luce del sole - non la sospese nel 1941. In realtà l'azione non fu realmente sospesa, ma semplicemente trasformata in altra azione (Aktion 14F13) condotta direttamente dalle SS (da Himmler) in collegamento con le azioni che si svolgevano nei campi di concentramento che nel frattempo erano stati istituiti ed in cui - assieme alle persone afflitte da varie forme di malattia - vennero sopresse anche persone divenute nel frattempo inabili al lavoro o persone sane di cui si decise la soppressione. Si può osservare come l'operazione T4 abbia avuto anche il ruolo di fornire una "palestra" in cui sperimentare metodiche di uccisione di massa di persone adulte che vennero immediatamente impiegate per realizzare la "soluzione finale", senza soluzione di continuità: il personale che era stato impiegato nell'azione T4 venne in genere trasferito dai centri di soppressione dei malati psichici ai campi di sterminio.

Nell'immediato secondo dopoguerra, essendo venuti alla luce - grazie al processo di Norimberga - i fatti di cui si è detto sopra, si è assistito ad un periodo di relativa cautela nel portare avanti le istanze eutanasiche, anche perché il collegamento con le stragi naziste risultava molto immediato. Il dibattito sull'eutanasia volontaria, in ogni caso, non si interrompe ma prosegue con tanto maggiore intensità quanto più i progressi della medicina consentono la sopravvivenza (talora in condizioni fisiche piuttosto precarie) di persone che in altre epoche non sarebbero riuscite a sopravvivere. Soprattutto negli anni 1955-1960 si sviluppano tecniche di rianimazione tali da mettere in discussione anche le precedenti metodiche per l'accertamento della morte, così come si pone il problema dello status dei pazienti in "stato vegetativo persistente". Di fronte a tali nuove sfide riprende slancio l'attività dei movimenti pro-eutanasia, che si sono fatti promotori di iniziative miranti sia a far accettare tale pratica a livello di costume, sia - soprattutto - a legalizzarla. Segnaliamo alcuni punti di riferimento che possono essere utili:

1967 Luis Kutner conia l'espressione "Living will" per designare il rifiuto di alcune forme di terapie, da allora inizia una forte campagna di diffusione di questi "testamenti biologici" (così viene abitualmente

tradotta l'espressione in lingua italiana) che in molti casi si configurano come vere e proprie richieste di "eutanasia passiva";

1973, nascono in Olanda società per l'eutanasia volontaria;

1976, analoghe società vengono costituite in Germania e Giappone; si tiene - a Tokyo - il primo incontro internazionale delle società per l'eutanasia volontaria;

1980, nasce la World Federation of Right-to-Die Societies, costituita ad Oxford (Inghilterra) a partire da 27 gruppi appartenenti a 18 nazioni;

1980, (5 maggio) viene resa pubblica la "Dichiarazione sull'eutanasia" della Sacra Congregazione per la dottrina della fede (Chiesa Cattolica) che esprime una netta condanna di tale pratica (109);

1983, viene resa pubblica la "Dichiarazione sulla fase finale della malattia" dell'Associazione Medica Mondiale, che ancora ribadisce la necessità di curare le persone sofferenti senza sopprimerle;

1984, la Suprema corte olandese approva la pratica dell'eutanasia, a determinate condizioni;

(109) Sul punto ha scritto A. Anzani, Presidente dell'Associazione dei Medici cattolici, Sezione di Milano, in un articolo pubblicato su: www.diocesidimilano.it, 2003.

Nella "Dichiarazione sull'eutanasia" del 5 maggio 1980, la Sacra Congregazione per la Dottrina della Fede dà la seguente definizione: "Per eutanasia s'intende un'azione o un'omissione che di natura sua, o nelle intenzioni, procura la morte, allo scopo di eliminare ogni dolore. L'eutanasia si situa, dunque, al livello delle intenzioni e dei metodi usati".

Da questa definizione si deducono alcune fondamentali riflessioni:

- 1) l'eutanasia si situa a livello di intenzioni: c'è eutanasia quando si ha l'intenzione di porre fine alla vita o di accelerare la morte di una persona; non c'è eutanasia quando si ha l'intenzione di alleviare le sofferenze d'una persona malata in fase finale, anche se la somministrazione di farmaci può accelerarne la morte come effetto secondario;
- 2) L'eutanasia si situa a livello dei metodi usati: c'è eutanasia quando l'uccisione intenzionale si ottiene o con la somministrazione di sostanze in dosi mortali o con la sospensione di terapie ordinarie e ancora utili (in altre parole con il privare il malato di quanto è necessario per tenerlo in vita o di quanto gli è utile). Non c'è eutanasia quando si omettono trattamenti che non sono utili al malato o addirittura possono essergli dannosi.

Con estrema chiarezza occorre rilevare come l'eutanasia si situa nel contesto dell'uccisione della vita. Nulla hanno a vedere con l'eutanasia i problemi connessi con la lotta contro la malattia e la morte: la sospensione delle terapie, la rianimazione, l'uso degli analgesici.

1991, il Congresso degli Stati Uniti approva il “Patient Self-Determination Act”, che impone agli ospedali il rispetto dei “living wills”; l’anno successivo è l’Associazione Medica britannica a dichiarare il proprio supporto ai “living wills”;

1996, il governo del Territorio dell’Australia del Nord approva la prima legge che consente l’eutanasia attiva volontaria, che viene però soppressa nel 1997 dal Parlamento Federale australiano;

1998, in Cina il governo ha autorizzato la soppressione dei malati terminali;

2001, viene approvata (il 10 aprile) la legge che legalizza l’eutanasia in Olanda;

2002, (23 settembre), entra in vigore la legge che legalizza l’eutanasia in Belgio.

Da quanto esaminato emerge una stretta connessione fra il principio di porre fine alla vita ed un suo posizionamento se non in una sfera etico positiva, quanto meno in una situazione di “acriticità legalizzata”, rimettendo tutto nelle mani del legislatore nazionale che autorizzi il compimento di un atto normalmente ritenuto penalmente perseguibile, come peraltro è successo con la legge sull’interruzione volontaria della gravidanza.

Pertanto in sé il concetto può apparire contraddittorio, assimilando un fenomeno naturale (la morte) ad un comportamento (atto) commissivo o omissivo, che ne agevoli il compimento (110).

(110) In tal senso vedasi, fra gli altri, S. Leone, Manuale di Bioetica, Op. cit. pag. 156: “La più problematica tra le risposte etiche relative alla morte riguarda l’eutanasia, termine ambiguo in quanto sovrappone il piano descrittivo (cioè, dalla radice greca, il concetto di “buona morte”, eu-thanatos) con quello valutativo (cioè la soppressione pietosa dell’ammalato). Per eutanasia possiamo intendere ogni azione od omissione compiuta per sopprimere la vita di un ammalato al fine di evitargli sofferenze fisiche o psichiche”. Quindi l’eutanasia non consiste solo nel compiere un’azione direttamente finalizzata a sopprimere un individuo ma anche nell’ometterne una che potrebbe salvarlo. Sul piano etico, in sostanza, non c’è distinzione fra la diretta uccisione ed il far sì che deliberatamente l’individuo muoia, come non vi è differenza tra l’eliminare un uomo affogandolo in mare o lasciando che anneghi. Posizione assolutamente negativa è quella della Chiesa Cattolica, che con la Dichiarazione 5 maggio 1980 della Sacra Congregazione per la dottrina della fede, che si occupa di difendere e promuovere l’integrità del patrimonio delle verità da credere, ha ribadito la sua posizione, operando, nell’esposizione, secondo il metodo abituale: inchiesta preliminare e fissazione di un progetto da parte di una commissione di esperti, studio da parte dei consultori della Congregazione, messa a punto definitiva e approvazione pontificia. Sia allo stato

Pur a fronte delle incidenti rilevanze etiche, nel presente lavoro si terrà conto principalmente degli aspetti giuridici legati all'eutanasia, essendo tale la natura dell'indagine, ma non si potrà fare a meno di soffermarci sui principi etici, che, di diversa estrazione e natura, sono comunque a fondamento delle due sopraccitate contrastanti posizioni.

Come noto la posizione di fermo rigetto del principio è quella della Chiesa Cattolica che può essere sintetizzato dal Documento della Congregazione per la Dottrina e la Fede, che, in particolare osserva: "La vita umana è il fondamento di tutti i beni, la sorgente e la condizione necessaria di ogni attività umana e di ogni convivenza sociale. Se la maggior parte degli uomini ritiene che la vita abbia un carattere sacro e che nessuno ne possa disporre a piacimento, i credenti vedono in essa anche un dono dell'amore di Dio, che sono chiamati a conservare e far fruttificare. Da quest'ultima considerazione derivano alcune conseguenze:

1. Nessuno può attentare alla vita di un uomo innocente senza opporsi all'amore di Dio per lui, senza violare un diritto fondamentale, inammissibile e inalienabile, senza commettere, perciò, un crimine di estrema gravità.
2. Ogni uomo ha il dovere di conformare la sua vita al disegno di Dio. Essa gli è affidata come un bene che deve portare i suoi frutti già qui in terra, ma trova la sua piena perfezione soltanto nella vita eterna.
3. La morte volontaria, ossia il suicidio è, pertanto, inaccettabile al pari dell'omicidio: un simile atto costituisce, infatti, da parte dell'uomo, il rifiuto della sovranità di Dio e del suo disegno di amore. Il suicidio, inoltre, è spesso anche rifiuto dell'amore verso se stessi, negazione della naturale aspirazione alla vita, rinuncia di fronte ai doveri di giustizia e di carità verso il prossimo, verso le varie comunità e verso la società intera, benché talvolta intervengano - come si sa dei fattori psicologici che possono attenuare o, addirittura, togliere la responsabilità.

preliminare che a quello finale si è fatto ricorso a rappresentanti del mondo della salute, e in particolare a eminenti specialisti in medicina.

Il documento comprende quattro parti. Dopo l'introduzione, che indica i destinatari (pur rivolgendosi direttamente ai cattolici, il richiamo ai grandi principi morali in materia può essere accolto anche dagli altri cristiani, dagli altri credenti e da tutti gli uomini di buona volontà), un primo punto richiama il valore della vita umana. Il secondo punto è dedicato all'eutanasia propriamente detta. La terza parte tratta dei problemi morali che comporta l'uso degli analgesici. La quarta, infine, espone i grandi principi morali che regolano l'uso proporzionato dei mezzi terapeutici nel corso di gravi malattie e nell'imminenza della morte.

Si dovrà, tuttavia, tenere ben distinto dal suicidio quel sacrificio con il quale per una causa superiore - quali la gloria di Dio, la salvezza delle anime o il servizio dei fratelli - si offre o si pone in pericolo la propria vita.

Per trattare in maniera adeguata il problema dell'eutanasia, conviene, innanzitutto, precisare il vocabolo.

Etimologicamente la parola eutanasia significava, nell'antichità, una morte dolce senza sofferenze atroci. Oggi non ci si riferisce più al significato originario del termine, ma piuttosto all'intervento della medicina diretto ad attenuare i dolori della malattia e dell'agonia, talvolta anche con il rischio di sopprimere prematuramente la vita. Inoltre, il termine viene usato, in senso più stretto, con il significato di «procurare la morte per pietà», allo scopo di eliminare radicalmente le ultime sofferenze o di evitare a bambini anormali, ai malati mentali o agli incurabili il prolungarsi di una vita infelice, forse per molti anni, che potrebbe imporre degli oneri troppo pesanti alle famiglie o alla società.

E' quindi necessario dire chiaramente in quale senso venga preso il termine in questo Documento.

Per eutanasia s'intende un'azione o un'omissione che di natura sua, o nelle intenzioni, procura la morte, allo scopo di eliminare ogni dolore. L'eutanasia si situa, dunque, al livello delle intenzioni e dei metodi usati.

Ora, è necessario ribadire con tutta fermezza che niente e nessuno può autorizzare l'uccisione di un essere umano innocente, feto o embrione che sia, bambino o adulto, vecchio, ammalato incurabile o agonizzante. Nessuno, inoltre, può richiedere questo gesto omicida per se stesso o per un altro affidato alla sua responsabilità, né può acconsentirvi esplicitamente o implicitamente. Nessuna autorità può legittimamente imporlo né permetterlo. Si tratta, infatti, di una violazione della legge divina, di un'offesa alla dignità della persona umana, di un crimine contro la vita, di un attentato contro l'umanità.

Potrebbe anche verificarsi che il dolore prolungato e insopportabile, ragioni di ordine affettivo o diversi altri motivi inducano qualcuno a ritenere di poter legittimamente chiedere la morte o procurarla ad altri. Benché in casi del genere la responsabilità personale possa esser diminuita o perfino non sussistere, tuttavia l'errore di giudizio della coscienza - fosse pure in buona fede - non modifica la natura dell'atto omicida, che in sé rimane sempre inammissibile. Le suppliche dei malati molto gravi, che talvolta invocano la morte, non devono essere intese come espressione di

una vera volontà di eutanasia; esse infatti sono quasi sempre richieste angosciate di aiuto e di affetto. Oltre le cure mediche, ciò di cui l'ammalato ha bisogno è l'amore, il calore umano e soprannaturale, col quale possono e debbono circondarlo tutti coloro che gli sono vicini, genitori e figli, medici e infermieri.

Quanto sopra riportato evidenzia come il pensiero dottrinale sull'argomento sia amplissimo, affronti non solo l'aspetto terminologico, ma anche la sua essenza.

“Per eutanasia s'intende l'azione od omissione, compiuta da un terzo e deliberatamente intesa alla soppressione di una vita umana allo scopo di porre fine alle sofferenze”.

Questa definizione sgombera il campo da una serie di equivoci che nel dibattito si situano al livello del significato stesso del termine: ambiguità talvolta dettate da intenti ideologici, come ad esempio dal bisogno di giustificare gli atti “omissivi”, sostenendo la tesi che essi sarebbero comportamenti in sé stessi privi di significato sul piano etico e giuridico. Altre volte, la difficoltà è insita nella natura stessa della condotta eutanasiica la quale - a differenza di altri problemi tipici della bioetica, come ad esempio l'aborto o la fecondazione artificiale - richiede una riflessione approfondita già nella fase introduttiva della discussione, cioè in quella della definizione.

Dunque, per potersi configurare un'ipotesi di eutanasia, è necessario analizzare non soltanto gli elementi oggettivi della condotta, ma ricercare gli scopi dell'atto: soltanto dall'analisi contestuale di questi due momenti dell'azione umana, può scaturire la definizione di un fatto come eutanasiico. Tutto questo può essere altrimenti espresso ricordando che l'eutanasia è una condotta che si situa innanzitutto sul piano delle intenzioni (111).

Ed in particolare vedasi anche il pensiero di altro Autore per il quale, correttamente, “Oggi la parola eutanasia non indica per tutti quelli che la pronunciano la medesima realtà. Una gran confusione pervade i dibattiti e le tavole rotonde quando si interviene a discutere e a riflettere su questo problema; ciò è dovuto al fatto che il significato del termine, modificatosi nel tempo, non è univoco. Occorre allora a partire per una serena riflessione da una definizione chiara e corretta.

(1119 In tal senso: M. Palmaro, www.portaledibioetica.it, Bioetica e Diritto. Eutanasia: il problema della definizione terminologica; e sempre in tale sito, E. Montero, Il dibattito sulla legislazione dell'eutanasia volontaria, ove scrive: “Il diritto di morire con dignità è uno dei principali argomenti utilizzati per promuovere la legalizzazione dell'eutanasia”.

Precisati i termini della questione, sarà poi possibile arrivare a delle conclusioni" (112).

Come detto non esiste solo un atteggiamento di netta chiusura sull'argomento, ed alcuni Paesi hanno affrontato, o sono in corso dibattiti parlamentari finali, sulla legalizzazione dell'eutanasia.

In particolare l'attenzione è concentrata sull'Olanda, sempre, per così dire, "all'avanguardia" nella disciplina normativa di nuove situazioni sociali.

La legge olandese ammette l'eutanasia ed il percorso attraverso cui si è giunti a questa situazione è stato graduale, come la stessa delicatezza della materia impone "ed è passato attraverso un sofisticato meccanismo giuridico che, in un primo tempo, aveva lo scopo di garantire la non punibilità del medico che avesse commesso un atto eutanasi, pur in presenza di norme esplicite che vietano e condannano l'eutanasia medesima. Questo meccanismo era entrato in vigore l'1 giugno 1994, partiva dal presupposto che il medico coinvolto nell'eutanasia emettesse un certificato di morte non naturale, accompagnato da un rapporto sull'accaduto (una specie di auto denuncia), redatto in base alle linee guida elaborate già nel 1981 dalla Corte di Rotterdam, e poi riviste dalla Royal Dutch Medical Association nel 1985. Spettava poi al procuratore decidere se le linee guida fossero state rispettate, o al contrario se dovesse avviare un'azione penale.

Le linee guida prevedono come presupposti di una legittima richiesta di eutanasia:

1. il paziente deve soffrire di dolori insopportabili;
2. il paziente deve essere conscio;
3. la richiesta di morte deve essere volontaria;
4. al paziente devono essere offerte altre alternative e un po' di tempo per considerarle;
5. non ci devono essere altre ragionevoli soluzioni al problema;
6. la morte del paziente non può causare un'inutile sofferenza ad altri;
7. ci deve essere più di una persona coinvolta nella decisione;

(112) Così A. Anzani, Op. cit., osservando che "Dal punto di vista etico occorre tenere in considerazione tutti gli elementi che sono in gioco nella situazione reale e riflettere e considerare l'intenzione di chi compie il gesto. Ancora con chiarezza possiamo affermare che l'eutanasia non coincide con qualunque atto medico che di fatto abbia come conseguenza un accorciamento della vita. Lo ripetiamo: non è eutanasia né la somministrazione di analgesici a dosi convenienti per alleviare forti dolori in pazienti in fase finale, anche se al loro vita ne risultasse abbreviata, né la sospensione di cure definibili sproporzionate. Ogni cura deve essere rispettosa della dignità della persona".

8. solo un medico può effettuare l'eutanasia sul paziente;
9. è necessario prestare grande cura nel prendere la decisione.

Queste linee-guida sono state rese ancor più permissive dopo che la Corte d'Appello dell'Aja nel 1986 ha stabilito che non solo la sofferenza fisica giustificava la richiesta di eutanasia, ma anche quella psicologica e le potenziali disfunzioni della personalità. Ciò significa che l'accesso all'eutanasia è aperto anche a un soggetto che non possa essere definito clinicamente malato o sofferente (113).

Un segnale inquietante è venuto dalla pubblicazione nel 1991 del primo rapporto ufficiale commissionato dal Governo sulla pratica dell'eutanasia, noto come Rapporto Remmelink: il dato più preoccupante è relativo agli atti eutanasi avvenuti in assenza di qualsiasi richiesta da parte del paziente, che ammonterebbero a 1040 nel 1990, accanto ai 2300 casi in cui esiste prova della richiesta. Un caso su tre, dunque, va ricondotto alla cosiddetta eutanasia non richiesta. E ben 8100 pazienti sarebbero stati soppressi con l'uso di dosi massicce di antidolorifici, somministrate non con lo scopo di controllare il dolore ma di accelerare la morte.

Nonostante questi segnali, l'Olanda ha proseguito sulla strada della legalizzazione, e oggi ha in vigore una normativa – approvata il 28 novembre 2000 - che ha affermato non solo la non punibilità dei medici, ma la liceità vera e propria degli atti eutanasi (114).

(113) In tal senso M. Palmaro, op. cit., l'A. prosegue richiamando un dato di provenienza pubblica olandese, che apre un nuovo scenario "Un segnale inquietante è venuto dalla pubblicazione nel 1991 del primo rapporto ufficiale commissionato dal Governo sulla pratica dell'eutanasia, noto come Rapporto Remmelink: il dato più preoccupante è relativo agli atti eutanasi avvenuti in assenza di qualsiasi richiesta da parte del paziente, che ammonterebbero a 1040 nel 1990, accanto ai 2300 casi in cui esiste prova della richiesta. Un caso su tre, dunque, va ricondotto alla cosiddetta eutanasia non richiesta. E ben 8100 pazienti sarebbero stati soppressi con l'uso di dosi massicce di antidolorifici, somministrate non con lo scopo di controllare il dolore ma di accelerare la morte.

Nonostante questi segnali, l'Olanda ha proseguito sulla strada della legalizzazione, e oggi ha in vigore una normativa - approvata il 28 novembre 2000 - che ha affermato non solo la non punibilità dei medici, ma la liceità vera e propria degli atti eutanasi".

(114) Nel testo di legge Olandese si possono cogliere elementi essenziali per le linee guida dell'intervento legislativo:

Capitolo 1. Definizioni del concetto.

Articolo I

Nella presente legge si intende con:

- a. i Nostri Ministri: il Ministro di Giustizia e il Ministro per la Salute Pubblica, il Benessere e lo Sport;
- b. assistenza al suicidio: l'assistere intenzionalmente un altro al suicidio o il fornirgli i mezzi come indicato all'art. 294, secondo paragrafo, secondo periodo del Codice di Diritto Penale;

Occorre ora valutare l'elemento centrale del problema eutanasico, e cioè il motivo della richiesta/accettazione di porre termine alla vita.

Principalmente l'argomento è relativo al malato terminale, in preda ad atroci sofferenze, sottoposto a trattamento di farmaci che possono solo cercare di lenire il dolore, senza alcuna altra speranza.

A richiesta di morte avanzata dall'ammalato non va comunque e aprioristicamente rigettata.

-
- c. il medico: il medico che abbia applicato, secondo la segnalazione, l'interruzione della vita su richiesta o abbia prestato assistenza in caso di suicidio;
 - d. il consulente: il medico consultato sull'intenzione di un medico di praticare l'interruzione della vita su richiesta o di dare assistenza al suicidio;
 - e. gli assistenti: assistenti così come riportato all'art. 446, primo paragrafo. del libro 7 del Codice Civile;
 - f. la commissione: una commissione regionale di controllo di cui all'articolo 3;
 - g. ispettore regionale: ispettore regionale dell'Ispettorato alla Salute appartenente alla Sorveglianza Statale per la Salute Pubblica.

Capitolo 2. Criteri di accuratezza, Articolo 2:

1. I criteri di accuratezza. di cui all'art. 293, secondo paragrafo del Codice di Diritto Penale, comportano che il medico:

- a. abbia avuto convinzione che si trattava di una richiesta spontanea e ben ponderata del paziente;
- b. abbia avuto convinzione che per il paziente si trattava di sofferenze insopportabili e senza prospettive di miglioramento;
- c. abbia informato il paziente della situazione in cui si trovava e sulle prospettive che ne derivano;
- d. sia giunto a convinzione, insieme al paziente. che nessun'altra soluzione fosse ragionevole per lo stato in cui costui si trovava;
- e. abbia chiesto il parere di perlomeno un altro medico indipendente, il quale abbia visitato il paziente e abbia scritto il suo parere sui criteri di accuratezza di cui alle sezioni dalla a fino alla d;
- f. abbia eseguito scrupolosamente, dal punto di vista medico, l'interruzione della vita o dato assistenza al suicidio.

2. Il medico può dare seguito alla richiesta in oggetto, qualora il paziente di 16 anni o maggiore di 16 anni non sia più in grado di manifestare la propria volontà, ma che prima di aver raggiunto quella condizione, sia stato ritenuto capace di valutare ragionevolmente i propri interessi a riguardo, e abbia rilasciato una dichiarazione scritta contenente una richiesta di interruzione della vita. I criteri di accuratezza. indicati al primo paragrafo. si applicano conformemente.

3. Il medico può dare seguito ad una richiesta del paziente per l'interruzione della vita o per un suicidio assistito, qualora il paziente minorenni abbia un'età compresa tra i 16 e i 18 anni e possa essere ritenuto capace di ragionevole valutazione dei propri interessi a riguardo, dopo che il genitore o i genitori oppure il tutore. che hanno potestà su di lui, siano stati coinvolti nella decisione.

4. Il medico può dare seguito ad una richiesta del paziente per l'interruzione della vita o per un suicidio assistito, qualora il paziente minorenni abbia un'età tra i 12 e i 16 anni e sia ritenuto capace di ragionevole valutazione dei propri interessi a riguardo e qualora il genitore o i genitori oppure i genitori adottivi che hanno potestà su di lui, siano d'accordo con l'interruzione della vita o con il suicidio assistito. Il secondo paragrafo si applica conformemente".

Essa fa parte della sua posizione di essere umano centro di diritti e di aspettative, e come tale deve essere ascoltata; ciò, come vedremo non significa accettarla, ma significa aver ulteriore rispetto dell'uomo e della sua dignità.

Sarà compito della realtà sociale oltre che familiare, convogliare tale giustificabile richiesta in un suo specifico contesto, che potrebbe anche essere di accoglimento, ma sempre nel rispetto dell'etica e delle norme.

Correttamente è stato asserito da molteplici voci, che sia necessario comprendere che cosa si celi dietro una simile richiesta, e quindi che cosa desideri realmente il paziente, e se tale desiderio sia inquadrabile unicamente nel desiderio di morte anziché in una diversa richiesta di aiuto.

“E' noto che la sollecitazione della morte può significare un rimprovero rivolto dal paziente terminale a sanitari e parenti, dai quali si sente abbandonato o può esprimere un bisogno non soddisfatto di speciale attenzione per il proprio dolore o per il senso di inutilità che prova. Si tratta quindi di un appello, che una volta soddisfatto fa annullare il desiderio d'anticipare la morte”(115).

Tali attente osservazioni si sviluppano ulteriormente analizzando la volontà di morte in un duplice contesto: “essa può esprimere una volontà patologica di morte o una volontà sana di morte. Prevale nell'opinione comune, soprattutto a proposito dei suicidi, l'idea che la volontà di morte, non si possa accompagnare alla salute, sia morale che mentale. E' questa la ragione che oggi fa accettare con indulgenza il suicidio, dopo un'epoca in cui era considerato moralmente cattivo. Ma resta la domanda. Si può avere una volontà non patologica di morire? Ed eventualmente come valutare moralmente questo desiderio di morte? Che cosa debbono fare la società e la medicina di fronte alla richiesta di morte avanzata da un soggetto sano di mente?”.

Fino a pochi anni fa, la morte era considerata un qualcosa di accettabile, non vi erano questioni particolari, si moriva in casa, salvo poche eccezioni, e la morte stessa era “celebrata”. Oggi il decesso avviene in ospedale, e si muore in un ambiente completamente estraneo alla famiglia. In questo ambiente, tra pareti bianche e camici bianchi, strumenti tecnologici, certamente le persone pensano che, in cambio della sofferenza ambientale, ci dovrebbe essere almeno una speranza che li salveranno. Quindi anche questa situazione di morte

(115) In tal senso: M. Aramini, Introduzione alla Bioetica, Giuffrè Ed., Milano, 2003, pag. 408-409.

medicalizzata è un altro dei nostri grandi problemi. E' logico allora che ci siano persone che non vogliono finire con i tubi che entrano ed escono ovunque e vogliono fermarsi prima (116).

E' così altrettanto logico che ci si debba chiedere se la richiesta di morte di un soggetto, pur debilitato dalla malattia e dalla sofferenza, debba considerarsi una libera volontà ed una libera scelta.

A favore della scelta eutanasia pesano le parole di un autore, H.T. Hengelhardt, che ha scritto "Per ciascun essere umano vale il principio: la mia vita è del tutto mia, e sono l'unico a poterne disporre".

Quindi è la persona interessata che, in base alle proprie idee, ha diritto di considerarla preziosa e quindi tutelabile.

In tal caso si sposta l'ambito di interesse sulla scelta di porre termine alla propria vita dalla sfera pubblica a quella privata, lasciando tale ultima determinazione al soggetto interessato.

Si è osservato come nella vita reale non sia mai possibile addivenire ad una scelta, ad una decisione, ad una volontà relativa alla propria vita, "che sia veramente libera, ponderata e razionale" e che pertanto "tracci un bilancio definitivo del valore della propria esistenza in modo asettico e disincarnato. Tale decisione dipende sempre dall'influsso dell'atteggiamento delle persone circostanti" (117).

Pertanto tra questo influsso potrebbe collocarsi un principio legislativo che riconosca la possibilità di porre fine alla vita, come è avvenuto per il contesto Olandese.

Ora, su tale incidenza, dal punto di vista giuridico, torneremo in seguito esaminando sia la realtà legislativa favorevole, sia la contraria.

Restando nell'ambito della discussione etica, vi sono posizioni di accettazione della eutanasia, intesa come uccisione della persona in fase di vita terminale, al fine di liberarla da una condizione di dolore

(116) In tal senso: A. Fiori, Dialoghi di Bioetica, Fondazione Lelio e Lisli Basso issopo, Carocci Ed., Roma, 2002, pag. 80.

(117) In tal senso: M. Aramini, Introduzione alla bioetica, Op. cit. pag. 410, che richiama il pensiero di D. Lamb, per il quale esisterebbe la concreta possibilità che, a fronte della "leicità dell'uccisione su richiesta", i moribondi abbiano un ultimo dovere di buona creanza verso i viventi e che assolvano tale dovere proprio esprimendo il loro "desiderio di morire". Di parere decisamente critico sulla asserzione di Engelhardt, è L. Lombardi Vallauri, Dialoghi di Bioetica, Op. cit., pag. 71-75 che sul punto scrive: "Secondo me noi siamo esseri vocazionali, abbiamo, cioè, una specie di parola dentro (un tempo attribuita a Dio - un'idea ancora condivisa da alcuni -, mentre per altri è riconducibile proprio alla struttura della condizione umana). Abbiamo dentro di noi una parola che ci dice "Non sprecare la vita, sii te stesso, guarda che tu sei unico e, se non sarai ciò che sei, il mondo ne sarà impoverito. Abbiamo dei doveri verso la situazione in cui siamo nati. La vita mi sembra non disponibile".

insopportabile, e quindi ponendo tale atto come lecito in quanto doveroso (118).

Si richiederebbero però cinque requisiti: il primo è il non trattare della buona morte, ma della buona uccisione di un essere umano, uccisione che deve essere il più possibile indolore.

Poco importa che si tratti di attività commissiva od omissiva, diretta o indiretta, si tratterebbe infatti di ricercare, tra simili distinzioni, null'altro che "ritrovati acuti, ma dove l'essere sagaci è un difetto per mettersi a posto la coscienza".

Il secondo requisito è dato dallo stato terminale dell'ammalato.

Infatti, anche in situazioni diverse dallo stato terminale, vi potrebbero essere sofferenza atroci, ma per così dire "temporanee" alle quali può far seguito la vita, come nell'ipotesi di amputazioni senza anestesia e con pochi o senza antidolorifici susseguenti, scenario purtroppo abituale in zone di guerra o di calamità in aree povere o contrastate del mondo.

Ma proprio per questo possono sorgere dubbi sullo stato di ammalato terminale, se non vi sia la reale irreversibilità.

Il terzo requisito è proprio la enorme sofferenza, il "*dolore inumano*".

Occorre però la certezza dell'irreversibilità, giacché anche un coma, non veramente irreversibile, non avrebbe un limite temporale ingiustificabile. Ed occorre come detto, che il dolore sia tale da non permettere di "interpretare il dolore che mina alla base la stessa capacità di interpretarlo, cioè che fa di un pezzo di carne una cosa spaventosamente sofferente che non sa più trovare un senso. Allora se combiniamo l'irreversibilità con la non interpretabilità, ricaviamo che questo povero disgraziato non ha davanti a sé atti umani e soffre come una bestia, non ha più niente per cui valga la pena mantenersi in vita. Quindi il dolore non è più interpretabile".

Quarto requisito è il consenso.

Il consenso può essere rilasciato precedentemente all'instaurarsi della malattia, come nel caso del testamento biologico, oppure attualizzarsi nel momento della sofferenza, o essere presunto, rimesso alla conferma di terzi, solitamente i famigliari, che ne possono garantire l'aderenza alla desiderio a suo tempo manifestato dall'ammalato.

E' evidente che a tali situazioni possono avanzarsi diverse critiche: la prima è legata alla revocabilità o modificabilità della volontà

(118) In tal senso, sempre L. Lombardi Vallauri, vedasi nota precedente, che termina il suo intervento con una frase di profonda umanità "Cerchiamo di imparare, sin da adesso, a vivere divertendoci, in modo tale che ci sia permesso, poi, anche di morire con qualche saggezza".

anticipata, la seconda al reale stato psico-volitivo dell'ammalato, che sotto farmaci e sottoposto ad atroci sofferenze, potrebbe benissimo non manifestare un libero ed incondizionato consenso.

Il quinto requisito è l'assenza di alternative.

In tal direzione si ritiene quindi che "dal punto di vista occidentale, l'ideale è l'analgésico non anestetico o chimico o chirurgico. Io credo che l'umanità in genere, ma l'Oriente in particolare, possano dire molte cose sul dolore che deriva dalla solitudine, dallo smarrimento, della morte, indipendentemente dalla dolorosità. Penso che non dobbiamo assolutamente separare il problema dell'eutanasia dal problema della buona morte, di come ci si prepara a morire e di come si è accompagnati a morire, in modo tale che, se mai, la buona uccisione sia il punto estremo dell'operazione della buona morte".

La questione fondamentale è quindi quella della morte stessa, e della definizione di buona morte e di buona vita, buona vita intesa anche come "senso del vivere la fase terminale della vita", e quindi cercando di mantenere in tutte le fasi della vita una qualità umana.

Ne consegue che non si potrà argomentare contro l'eutanasia, senza riflettere su cosa si debba intendere "per l'uomo la morte buona", e tale non potrà mai essere cercare di rendere la morte disponibile al dominio umano.

Come per i suicidi, "fuggire la morte anticipandola significa fuggire se stessi come soggetto".

La morte è sempre presente ed immanente nella vita dell'uomo, e quindi testimonia la stessa essenza della vita umana, cioè la sua terminabilità.

Diventa così "la prova decisiva della condizione umana, nella quale si può trovare un senso che rimanda ad una speranza o a Dio, o negare qualsiasi senso attraverso l'affermazione della propria autonomia assoluta. Detto in altre parole, la morte può diventare l'atto per eccellenza, nel quale l'uomo afferma la sua fede nel senso della vita o la sua disperazione".

Accettare l'eutanasia è quindi la volontà di anticipare la morte, è un atto di disperazione, è l'abbandono della lotta per vivere, il manifestarsi di un distacco del senso della vita, che pur inconsciamente, si è "consumato molto prima che apparisse la malattia finale" (119).

Ed è vero che l'eutanasia si ponga come un vero e proprio tabù nella pratica medica.

(119) M. Aramini, Introduzione alla bioetica, Op. cit., pagg. 413-414.

Sul punto concordiamo pienamente con chi, affrontando l'argomento del suicidio assistito e dell'eutanasia, abbia confermato tale concetto, e proprio sulla base della difficoltà di affrontare l'argomento, si debba rigettare ogni ipotesi di ammissibilità, per lo meno in assenza di un testo legislativo, la cui determinazione però dovrebbe essere attentamente valutata (120).

Riteniamo però necessario osservare come nella maggior parte dei casi di richiesta o comunque scelta eutanasi, soprattutto da parte dei congiunti dell'ammalato, sia sempre determinata da profonda angoscia sia per le condizioni del paziente, che soffrendo rende enorme il dolore di chi lo ama, sia per la scelta stessa, le cui estreme conseguenze giuridiche sono ben note a chi compia il gesto, assumendosene la responsabilità.

Ora, al di là degli aspetti etici, sussistono i problemi giuridici e su essi si deve necessariamente ragionare, pur se, in assenza di un dettato normativo, come quello olandese, ogni discussione dovrà tener conto dell'attuale norma penale.

L'eutanasia va collocata nel contesto dell'art. 579 c.p. (121).

Ed occorre però fare una distinzione, distinzione vista anche in ambito etico, fra *eutanasia attiva* e *passiva*.

(120) In tal senso, M. H. Diniz, Op. cit., pag. 328, che osserva "Come potrebbe un medico avere la missione di abbreviare i giorni del suo paziente? Non sarebbe egli complice della morte? Sarebbe possibile per un professionista della salute attenuare la sofferenza, togliendo la vita, nel caso in cui si riconosca la irreversibilità del quadro clinico nel paziente terminale? Potrebbe il medico, con il consenso del paziente o dei suoi famigliari, anticipare la morte, davanti all'atrocità della sofferenza ed all'inevitabilità della morte stessa?

Il medico non può attuare l'eutanasia, né deve misurare sforzi per alleviare il dolore del suo paziente". Concordiamo con Villanova e Morales, nel riconoscere che l'unico obiettivo della medicina è quello di far il bene in vantaggio della vita. Il Codice di Etica Medica del Brasile, all'art. 66 vieta al medico di utilizzare, in qualsiasi caso, dei mezzi destinati ad abbreviare la vita del paziente, anche a fronte della richiesta dello stesso o dei suoi rappresentanti legali... L'eutanasia o la morte pietosa non implicano il diritto di uccidere, essendo sempre un omicidio, anche se il paziente sia condannato a morte prossima e in una prolungata sofferenza.

(121) Art. 579 c.p. Omicidio del consenziente "Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni. Non si applicano le aggravanti indicate nell'art. 61. Si applicano le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso: 1) contro una persona minore degli anni diciotto; 2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3) contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno".

Eutanasia attiva: intendiamo l'intervento compiuto dal medico o da terzi diretto a interrompere la vita del paziente mediante somministrazione di sostanze e farmaci o tramite il compimento di atti che, in quanto tali, siano la causa del decesso.

Eutanasia passiva: intendiamo l'intervento compiuto dal medico o da terzi diretto ad interrompere la somministrazione del trattamento terapeutico applicato al paziente, in modo tale che si impedisca un prolungamento ingiustificato della vita in previsione della morte prossima.

Tuttavia, proprio per la peculiarità del secondo caso, non riteniamo possa parlarsi di eutanasia in senso stretto, quanto di scelta ragionata della terapia attuabile in presenza di condizioni estreme del paziente che in ogni caso non presenterebbe allo stato possibilità di sopravvivenza futura.

In caso di eutanasia attiva sussiste quindi la responsabilità diretta di chi compie l'atto e l'eventuale responsabilità concorrente degli altri soggetti che coadiuvino il compimento dell'atto stesso.

Quindi richiamo integrale dell'art 579 c.p. - Omicidio del consenziente – *“Chiunque cagiona la morte di un uomo con il consenso di lui, è punito con la reclusione da sei a quindici anni. Si applicano le disposizioni relative all'omicidio se il fatto è commesso: 1) contro una persona minore degli anni diciotto; 2) contro una persona inferma di mente o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per altra infermità o per abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3) contro una persona il cui consenso sia stato, dal colpevole, estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno”*.

Ovviamente non potrebbe trovare applicazione l'art. 62 c.p. *Circostanze attenuanti comuni* che, al n. 1 contempla: “1) L'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale” (122).

L'esame della sentenza riportata in nota offre alcuni spunti di riflessione: innanzitutto non viene posto in dubbio il divieto dell'art. 579 c.p., la fattispecie è omicidio e come tale non subisce alcuna diversa interpretazione o rubricazione.

(122) Vedasi cass. 7.4.1999 Le circostanze attenuanti di particolare valore morale o sociale debbono essere ispirate esclusivamente a motivi altruistici e non a motivi personali neppure concorrenti, e devono corrispondere a finalità e principi i quali ricevono l'incondizionata approvazione della società in cui agisce chi tiene la condotta in quel determinato momento storico. In tema di omicidio del consenziente avente le caratteristiche dell'eutanasia tali circostanze non possono essere riconosciute, in quanto le discussioni tuttora esistenti in proposito denotano la mancanza di un suo attuale apprezzamento positivo, risultando, anzi larghe fasce di contrasto nella società contemporanea”.

Si discute solo in tema di circostanze attenuanti, che, nel caso dell'eutanasia vengono escluse per l'assenza di un vero e proprio "sentito comune". Il che può lasciar presupporre che una diversa percezione sociale indurrebbe alla riconoscibilità delle attenuanti, e, su tale spinta si potrebbe giungere all'esclusione della eutanasia fra la fattispecie dell'omicidio, pur in assenza di un dettato di legge che autorizzi l'intervento eutanasi.

Tuttavia un primo colpo alla struttura dell'omicidio è stato offerto dalla Corte di Assise di Appello di Milano in una nota vertenza che ha visto un marito, profondamente legato alla moglie da sincero affetto, che non sopportando più di vederla in una condizione vegetativa irreversibile, ha interrotto l'assistenza automatica cardiocircolatoria, che ha statuito: "Si è in presenza di un omicidio impossibile per insufficienza della prova dell'esistenza in vita nel caso dell'imputato che volontariamente interrompe la ventilazione forzata per la respirazione artificiale del paziente in stato di coma" (123). L'attenzione viene quindi posta sulla "incertezza della sussistenza del nesso causale" tra la condotta del marito, che ha interrotto volontariamente l'assistenza artificiale alla moglie in coma, e l'evento morte, in quanto non si sarebbe avuta la certezza che sussistesse già la morte cerebrale... vedasi il capitolo sulla morte cerebrale.

Un'ultima osservazione strettamente giuridica: è evidente che in caso di riconoscimento di un atto eutanasi qualificato come omicidio, scatterebbero tutte le sanzioni civili e penali della obbligazione solidale, come sopra scritto, ma resterebbe esclusa la responsabilità della Struttura Sanitaria, anche se siano state reperite proprio nella detta struttura le eventuali sostanze tossiche o farmacologiche utilizzate per porre fine alla vita del paziente.

Diversa è l'ipotesi della così detta **eutanasia passiva**.

In questa fattispecie subentrano alcune diverse considerazioni giuridiche.

La prima è legata al principio costituzionale (Art. 32 cost.) già esaminato, per cui "*Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*".

La seconda è legata al necessario temperamento del dovere del medico di dover applicare le cure necessarie ed il

(123) Vedasi Corte di Assise di Appello di Milano, 24.4.2002, Foro It. 2003, II, 87 e Guida al Diritto, il Sole 24ore, n. 40/02, p. 47 ess..

necessario consenso del paziente a riceverle, consenso che costituisce, in ultima analisi, il limite invalicabile per il medico.

Pertanto il paziente avrà il diritto di rifiutare particolari cure o interventi, se consapevole che qualsiasi terapia o intervento non avrebbero beneficio finale alcuno.

Nulla vieta, anzi è dovere, che il medico si prodighi, per quanto possibile, per attenuare le sofferenze fisiche e, se possibile psichiche dell'ammalato, accompagnandolo il più possibile "dolcemente" al momento finale.

Quanto scritto supera il dettato degli art. 579 e 580 c.p. (124) in quanto mancano i presupposti di applicabilità: il paziente, rifiutando le cure, anche se "consigliato tecnicamente" sulle conseguenze del suo comportamento, non subisce pressione alcuna dall'esterno (salvo ovviamente casi specifici su soggetti psichicamente labili o incapaci, per i quali la volontà del rifiuto della cura non si pone minimamente) né invita egli stesso altri ad ucciderlo (125).

Ovviamente nell'ipotesi di soggetti non liberamente consenzienti, sia per incapacità mentale o fisica sia per minore età, prevarrà il diritto ad attuare le necessarie cure e terapie.

(124) Art. 579 c.p. "omicidio del consenziente", vedasi nota 12, e Art. 580 c.p.. "Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima. Le pene sono aumentate se la persona istigata o eccitata o aiutata si trova in una delle condizioni indicate nei numeri 1 e 2 dell'articolo precedente. Nondimeno, se la persona suddetta è minore degli anni quattordici o comunque è priva della capacità d'intendere o di volere, si applicano le disposizioni relative all'omicidio".

(125) Correttamente ed esaurientemente M. Bilancetti, La responsabilità penale e civile del medico, Op. cit., pag. 508, ritiene che nella ipotesi di rifiuto delle cure, il paziente "ha il diritto di avvalersi, come di non avvalersi, delle cure che il servizio sanitario, ed il singolo medico, gli prospettano; egli ha cioè il diritto di non curarsi, anche se tale condotta lo espone al rischio stesso della vita. Il medico deve solo verificare che il rifiuto del paziente sia consapevolmente prestato da persona capace di intendere e volere: ciò appurato egli ha l'obbligo di arrestarsi dopo aver adempiuto al suo dovere di informazione e, di fronte al pericolo prospettato, anche di tenace persuasione nell'interesse del paziente. Oltre non si può andare se non nei casi tassativamente previsti dalla Carta Costituzionale e cioè "Nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se non per disposizione di legge" e, prosegue l'A.: "Le ipotesi che sono solo quelle previste con legge (e tali non sarebbero quelle per esempio individuate con semplice decreto ministeriale) - sono quelle dovute ad esigenze di sanità pubblica (malattie mentali, vaccinazioni obbligatorie, lotta all'AIDS, prevenzione, cura e riabilitazione degli stati di tossicodipendenze, ecc..) ove nell'interesse della collettività si può prescindere dal consenso del diretto interessato ma, in ogni caso, con il limite invalicabile della persona umana".

8.1) ACCANIMENTO TERAPEUTICO.

Strettamente collegato alla problematica dell'eutanasia è quello del così detto accanimento terapeutico, ossia tutta l'attività tecnico-medica che riesce a prolungare la vita di un ammalato terminale.

La stessa terminologia offre spunti di riflessione: osserva un profondo conoscitore della bioetica (126) che "il termine *accanimento terapeutico* di per sé impreciso, anche se efficace, è usato solo nelle lingue neolatine. Lo ritroviamo infatti in francese (*encharnement therapeutique*) e in spagnolo (*encarnizamiento terapeutico*). Il portoghese attenua il concetto con *obstinação terapeutica* (127). Nel

(126) Vedasi: S. Leone, Manuale di Bioetica, Op. cit. pagg. 168-171.

(127) Vedasi, sul punto, M. H. Diniz, O estado atual do Biodireito, op. cit., pagg. 336-340, l'Autrice, oltre ad analizzare il fatto che la presenza di nuovi rimedi farmacologici e tecnologici aiuta al prolungamento della vita dell'ammalato terminale prolungando la sua angustia e suscitando in lui più agonia che vita, si chiede se esista realmente un "diritto al prolungamento della vita" e se ci sia "Un obbligo a prolungarla indefinitivamente", e se sia ammissibile il culto idolatra della vita che rende la fase terminale una lotta ad ogni costo contro la morte sottomettendo il paziente ad una "parafermalia" tecnologica. Analizzando la distanasia, definita anche ostinazione terapeutica (*obstinação terapeutica*) o medical fility, identifica in essa tutto ciò che viene fatto, anche se causa un dolore atroce al paziente. Ciò perché la distanasia è una morte lenta e con grande sofferenza. Si tratta del prolungamento esagerato della morte di un paziente terminale o di un trattamento inutile. Sempre l'A. osserva con acutezza che la distanasia/accanimento terapeutico "Nao visa prolongar a vida, mas sim o processo da morte", e con tale osservazione riteniamo renda realmente superata ogni argomentazione in ordine all'opportunità o meno di un accanimento terapeutico. E ancora, "E vedasi anche la seconda ipotesi che a mio avviso non va confusa con quella eutanasiaca è la rinuncia all'accanimento terapeutico, cioè a tutte quelle pratiche mediche estreme e di carattere eccezionale, non proporzionate alla situazione sanitaria reale del paziente, che vengono poste in essere più per finalità di carattere narcisisticamente tecnologico che per rispondere ad un bisogno autentico del paziente stesso. È chiaro che di norma la rinuncia all'accanimento terapeutico accelera e porta alla morte del paziente, esattamente come di norma la pratica dello stesso può garantire il prolungamento della sua sopravvivenza materiale anche per molto tempo. Esiste però un consenso, direi pressoché unanime, sul fatto che l'accanimento terapeutico non solo non è valutabile eticamente in termini positivi, ma va ritenuto illecito sia in chiave etica che in chiave giuridica, perché non è una autentica pratica terapeutica, malgrado l'aggettivazione la raffiguri per tale. Che l'accanimento terapeutico non solo non sia doveroso, ma sia da condannare eticamente, è dottrina ampiamente acquisita, a partire addirittura da Pio XII, quindi quando ancora la parola bioetica non era nemmeno stata inventata. È chiaro che in circostanze concrete possono nascere sottilissimi e complicatissimi problemi casistici: in molti casi, quando il medico per esempio comunica alla famiglia che è il momento di smettere di applicare al paziente terminale pratiche di sopravvivenza vitale, che hanno ormai acquistato il carattere dell'accanimento, può essere da questa diffidato dal farlo e a volte addirittura denunciato. E' necessaria a volte una forte consapevolezza deontologica ed etica nel medico perché egli scelga la strada della rinuncia all'accanimento terapeutico. In altri contesti possono sorgere complesse questioni, per determinare se l'uso di macchinari di alta sofisticazione vada ad integrare o meno l'ipotesi dell'accanimento terapeutico. Lasciamole da parte. Il punto fermo è che, quando il paziente viene sottratto

mondo anglosassone si parla, invece, di *futilità* o di *life sustaining treatment*, anche se i due termini indicano prassi distinte ed in ogni caso fanno riferimento solo ad una delle tre tipologie fondamentali di accanimento terapeutico. Da un po' di tempo alcuni usano il termine *distanasia* che, tuttavia ha un riferimento troppo diretto con la "cattiva morte".

A differenza di altre ipotesi in cui si potrebbe avere un conflitto fra i due principi generali della bioetica, cioè quello dell'autonomia e della beneficenza (come nell'ipotesi di genitori che chiedano l'interruzione di una terapia al figlio in rianimazione e il medico si rifiuti, prolungando la terapia con improvviso successo), l'accanimento terapeutico richiede che si accerti una questione preliminare ossia che cosa si debba intendere per "trattamento terapeutico inutile".

Tale riteniamo essere un trattamento che non solo non offra risultati clinici positivi (nel senso di miglioramento o guarigione), ma nemmeno migliori la qualità della vita del paziente e non offra una ragionevole provabilità di sopravvivenza per lo stesso.

E' pur vero che con il passare del tempo la tecnologia e la scienza risolvono problemi precedentemente ritenuti insuperabili, ma

all'accanimento terapeutico e muore, nessuno è legittimato a dire che gli è stata praticata l'eutanasia.

Ben diverso è il contesto della medicina palliativa, cioè di quegli interventi che, non potendo più avere come obiettivo la guarigione del paziente, cercano di aiutarlo a sopportare i dolori connessi alla sua patologia. La medicina palliativa ha conosciuto in questi ultimi anni un eccezionale sviluppo, contenendo sempre più efficacemente una delle motivazioni più comuni, più umane che sottostanno alle richieste di eutanasia: il desiderio del paziente di non soffrire più, soprattutto quando le sue sofferenze sono attivate da una malattia terminale. Tranne casi oramai particolarmente rari, la medicina palliativa è in grado di controllare i dolori dei malati terminali e di garantire loro una qualità di vita più che accettabile. Anche in questo caso è però in agguato un equivoco, perché qualcuno a volte e a torto qualifica come eutanasi, mentre in realtà non lo è, l'ipotesi in cui la palliazione, soprattutto attraverso l'uso di sostanze farmacologiche, produce il duplice effetto di sedare i dolori del paziente, ma anche di sconvolgere ulteriormente il precario equilibrio fisico del suo organismo e in qualche modo anche accelerarne il decesso. Questa ipotesi non configura però un atto eutanasi. Se la finalità della palliazione è autenticamente palliativa, nel senso che abbiamo appena descritto, l'eventuale esito di accelerazione del decesso è in qualche modo, direbbe un moralista d'altri tempi, un effetto secondario non intenzionale e quindi eticamente lecito di un atto che, nella sua valenza primaria, è altamente etico, quale quello di operare per il bene del malato. Anche in questo caso non affermo nulla di nuovo, né di rivoluzionario. Lo stesso Pio XII, oltre a criticare l'accanimento terapeutico, riconosceva lecita nel senso or ora detto la medicina palliativa. Oltretutto è chiarissimo che c'è un abisso che separa l'intenzione che muove il medico che pratica la palliazione da quella che muove il medico che pratica l'eutanasia. Quest'ultimo vuole raggiungere nella maniera più rapida, direi al limite immediata, la sedazione totale, cioè la morte del paziente, mentre il primo vuole intervenire sul paziente per placarne i dolori e quindi non ha alcuna finalità letale nei confronti del malato che gli è stato affidato. Anche da questo punto di vista siamo al di fuori dell'orizzonte dell'eutanasia.

ciò non implica l'ibernazione in attesa di futuri risultati, e ciò che conta è il momento attuale, il "presente" dell'ammalato.

Non si deve, a nostro parere, confondere il diritto di prolungare, indefinitivamente o quasi, uno stato patologico irreversibile, con il diritto ad una morte dignitosa, anche se con sofferenza.

Lo scopo della medicina in tal caso dovrà essere quello di lenire al massimo tali sofferenze, senza però creare un prolungamento precario e penoso della vita.

Correttamente si è osservato che "Dire no all'accanimento terapeutico non significa dire sì all'abbandono terapeutico. Il medico sa bene che nelle situazioni terminali si pongono davvero problemi di grande momento: e che tra gli estremi atteggiamenti, sbagliati, dell'accanimento terapeutico spinto fino a violare la dignità della morte e il disinvolto risparmio di terapie di rianimazione fino a squalificarne la speranza, c'è la giusta e prudente saggezza di chi opera tutto il possibile e si arrende all'impossibile" (128).

Si sono create anche delle classificazioni dei trattamenti tipici dell'accanimento, e, pur essendo ogni classificazione sempre aperta a nuovi sviluppi, riteniamo tuttavia estremamente valida l'analisi (129) che distingue tra:

- trattamenti inutili (*futility*);
- trattamenti straordinari (*extraordinary means*);
- trattamenti di sostegno vitale (*life sustaining treatments*).

I primi riguardano tutti quegli interventi che non incidono in maniera significativa sul naturale decorso della patologia o sulla miglior qualità di vita del paziente.

I secondi riguardano il ricorso a mezzi terapeutici eccedenti le ordinarie capacità che ha il paziente di usufruirne.

I terzi riguardano gli interventi che attuano un prolungamento intensivo delle funzioni vitali in via di cessazione, come nell'ipotesi di stati vegetativi persistenti.

E' stato altresì osservato, come per i primi, si scontrino due differenti posizioni: i parenti dell'ammalato ed i medici, e come, alla richiesta dei primi di far tutto ciò che sia possibile, i secondi evitino di scontrarsi con tali profondi e giustificabili sentimenti, e attuino terapie della cui inutilità sono certi.

(128) Così A. Anzani, Op. cit. che conclude con una considerazione profondamente etica: "Di fronte alla morte solo la fede dà serenità e pace".

(129) Così S. Leone, manuale di Bioetica, op. cit., pagg. 168 e ss..

Il ricorso a rimedi straordinari può implicare anche il ricorso a provvedimenti terapeutici sperimentali, che, in tal caso non costituiscono, a nostro parere, una forma di accanimento, ma una sorta di estrema terapia mirata alla guarigione, pur se difficile, ed i cui risultati, come ben osservato dai mietici, si potranno persino riverberare sugli stessi aprenti dell'ammalato.

Nella terza ipotesi si manifesta con evidente realtà l'accanimento terapeutico: l'ammalato, soprattutto se ospedalizzato, viene trattenuto in uno stato di vita vegetativa persistente.

Sorgono, a fronte di simili problematiche, interrogativi etici e giuridici, per i primi rinviamo all'ampia bibliografia esistente, ed in parte richiamata in nota, che tende a rispettare il dolore dei parenti ed il diritto alla vita dell'ammalato, ma che invita a non confondere i veri termini della questione, legati all'inutilità di simili trattamenti ed alla loro sostanziale impossibilità di migliorare la qualità della vita dell'ammalato che si trova in una così dolorosa e tragica situazione.

Per i secondi occorre invece esaminare la distinzione fra omissione e astensione, intendendosi la prima quale obbligo di non omettere ciò che è utile e necessario all'ammalato, e la seconda come semplice riconduzione dell'assistenza dell'ammalato nella sua corretta gestione.

Riteniamo che la validità del principio del consenso dell'ammalato valga anche in questo caso, e considerando due distinte posizioni:

- ammalato consenziente che chieda di interrompere terapie o interventi di tale natura;
- ammalato non consenziente e quindi non in grado di manifestare un proprio certo desiderio.

Nel primo caso, riteniamo non trattarsi di un principio eutanasico, in quanto non viene richiesta la morte, ma semplicemente si chiede che la vita abbia il suo naturale decorso stemperandosi nel momento finale di passaggio alla morte.

Il diritto al rifiuto di terapie è costituzionalmente sancito, né sussistono obblighi specifici per il medico di attuare terapie che non siano imposte per legge, il problema si è presentato in più riprese nel caso di ammalati di particolare fede religiosa (Testimoni di Geova) che, proprio per il credo, hanno rifiutato trasfusioni di sangue, creando una serie di problematiche giuridiche, non sempre di facile soluzione. Non può trovare accoglimento il principio sancito dall'art. 591 c.p.

(130) in quanto non solo non si concretizzano le situazioni ipotizzate nell'articolo, ma si verte in un'ipotesi in cui sussiste pienamente il consenso dell'ammalato, consenso al quale il medico non può né deve opporsi.

Lo stesso testo della *Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina* (131) stabilisce che un trattamento sanitario possa essere attuato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato.

Pertanto il paziente ha piena facoltà di chiedere l'interruzione del trattamento "oltre norma" senza che il medico ne abbia la responsabilità giuridica.

Nell'ipotesi di assenza di coscienza o incapacità dell'ammalato, la valutazione è rimessa al medico, non sussistendo nel caso una delle ipotesi di sostituzione del legale rappresentante dell'ammalato giuridicamente incapace mirata al fine di rifiutare una specifica terapia, rifiuto fondato o meno che sia, giacché si tratterebbe solo di rientrare nella norma delle terapie usuali.

E' altrettanto vero che nell'ipotesi di vero e proprio distacco di apparecchiature di sostentamento vitale, riteniamo debba richiedersi l'autorizzazione al Magistrato al fine di non incorrere in una grave responsabilità.

Rammentiamo sul punto un recente giudicato 24 aprile 2002 della Corte di Assise di Appello di Milano (132) che ha mandato assolto un marito che aveva staccato il respiratore che manteneva in vita la moglie in coma profondo.

La sentenza, più ampiamente riportata in nota, ha un suo fondamento, ma non sempre si potrebbe ritenere che altre Corti seguano il medesimo ragionamento, ritenendo che manchi la irrefutabile prova che si fosse già verificata a morte cerebrale.

(130) Art. 591 c.p. "Abbandono di persone minori o incapaci - Chiunque abbandona una persona minore degli anni quattordici, ovvero una persona incapace, per malattia di mente o di corpo, per vecchiaia o per altra causa di provvedere a sé stessa, e della quale abbia la custodia o debba avere cura, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni. ...omissis... La pena è della reclusione da uno a sei anni se dal fatto deriva una lesione personale e da tre a otto anni se ne deriva la morte. Le pene sono aumentate se il fatto è commesso dal genitore, dal figlio, dal tutore o dal coniuge, ovvero dall'adottante o dall'adottato -".

(131) Ratificata con Legge 28 marzo 2001 n. 145.

(132) C. Assise di Appello di Milano, 24.4.2002, Foro Ital., 2003, II, 87.

8.2) Le cure palliative e le alternative all'eutanasia.

Innanzi al problema irrisolvibile della morte, e fermo il rifiuto dell'eutanasia, si affrontano due diverse correnti di pensiero, una di impronta più religiosa, l'altra più laica, che entrambe comunque hanno come obiettivo l'aiutare il malato al momento delicato del trapasso, e, nello stesso tempo, di aiutare anche i suoi cari anch'essi comunque sofferenti e grandemente coinvolti emotivamente.

Sovente la posizione dei terminali è di lotta per la vita e non di abbandono nonostante la gravità della loro situazione, ed in tal caso "Invece di essere soddisfatta la richiesta di eutanasia e di suicidio assistito dovrebbe essere accuratamente indagata, per rimuovere le cause che la generano. In una società sempre più individualistica esistono buone probabilità per considerare queste richieste" (133).

Pertanto per l'Autore è auspicabile che si sviluppi il ricorso agli *hospices* cliniche sorte proprio con lo scopo di umanizzare l'assistenza ai pazienti in fin di vita e di somministrare il trattamento del dolore, le cosiddette cure palliative. "La sofferenza non è una variabile indipendente per il soggetto che la patisce. Essa dipende oltre che dalla malattia, anche da tutta una serie di altri fattori che possono aumentarla o diminuirla. Pazienti con una sofferenza non controllata possono vedere la morte come l'unica fuga dalla sofferenza che stanno sperimentando. Una risposta completa e adatta alla sofferenza riduce drasticamente le richieste di eutanasia o di suicidio".

Il ricorso alle così dette cure palliative, definite "attive, totali, effettuate sulle persone affette da un male inguaribile, in cui le cure specifiche per la malattia non hanno alcuna risposta. Il loro obbiettivo è quello di non prolungare la vita, ma di migliorarne la qualità" (134).

Ora, lo scopo primario è quello di abbattere la soglia del dolore, e ci si chiede dal punto di vista giuridico se vi siano eventuali responsabilità anche in questo campo qualora non vengano attuate correttamente tali cure.

Il discorso non è astratto, ma strettamente reale, legato alla particolare posizione dell'ammalato che vede comunque prioritaria la tutela del suo diritto alla salute.

(133) Così M. Aramini, Introduzione alla bioetica, Op. cit., pagg. 419-422.

(134) Così V. Ventafridda, in A.V. Quando morire? bioetica e diritto nel dibattito sull'eutanasia, Gregoriana Libreria Editrice, Padova, 1996, 254, e anche M. Aramini, Introduzione alla bioetica, Op. cit. pag. 423, per il quale "Per definizione le cure palliative sono multidisciplinari. Infatti del malato non si prende cura solo il medico, ma anche l'infermiere, lo psicologo, la famiglia e anche i volontari adeguatamente preparati".

La struttura, forse più che il singolo medico, potrebbero risentire di una simile posizione qualora si dimostrasse l'insufficienza di cure dirette all'abbattimento della soglia del dolore e del miglioramento possibile della fase finale della vita dell'ammalato (135).

E la preparazione di tutto il personale medico e paramedico deve essere elevato in quanto mai si dovrà confondere l'uso di tali rimedi, di per sé correttissimi, con l'uso di medicine dirette a spegnere celermente la vita senza alcuna giustificazione.

Un punto di partenza resterebbe quindi il consenso informato eventualmente prestato dai famigliari, e su di essi si porrà attenzione in quanto ogni inutile sofferenza del loro caro si ripercuote sulla loro stessa sfera psichica accentuandone lo stato di tensione e ripercuotendosi in ogni caso come lesione esistenziale (136).

L'interesse della Giurisprudenza si è spinto al di là del problema specifico della colpa professionale, al rapporto fra volontà dell'ammalato e potere influenzante del medico (137).

8.2.1) L'Orthotanasia.

Accanto a questa concezione vi è l'approccio alle esigenze dell'ammalato terminale e delle persone che gli sono accanto, parenti e amici, e che maggiormente possono essere coinvolti nel rapporto emotivo della fine della vita e, purtroppo, anche della dolorosa fase fisica di trapasso vissuta dal paziente.

Tale approccio si identifica con l'Orthotanasia, e sul punto riprendiamo le considerazioni di uno dei suoi maggiori studiosi e attuatori (138).

(135) Del rapporto fra responsabilità del medico e della concorrente responsabilità della struttura di è ampiamente detto nella prima parte del presente lavoro, e qui basti, fra le altre rammentare: Cass. civ. Sez. III, 22 gennaio 1999 n. 589" ... *Da tutto ciò consegue che la responsabilità dell'ente gestore del servizio ospedaliero e quella del medico dipendente hanno entrambe medesima radice nella esecuzione non diligente o errata della prestazione sanitaria da parte del medico, per cui, una volta accertata la stessa, risulta contestualmente provata la responsabilità a contenuto contrattuale di entrambi: qualificazione che discende non dalla fonte dell'obbligazione, ma dal contenuto del rapporto*". Conforme Cass. civ. Sez. III, 1° settembre 1999 n. 9198 e Cass. civ. 31 marzo 2000 n. 3928.

(136) La mancanza di informazione implica responsabilità: in quanto essa costituisce "il nucleo della colpa del medico imputato nell'inosservanza del dovere di completa informazione-prescrizione sui limiti del ricorso alla terapia alternativa" Cass. pen. Sez. III, 28 aprile - 4 luglio 2000, e Cass. civ. 23 febbraio 2000 n. 2044.

(137) Cass. pen. Sez. VI, 20 giugno 2000 n. 7280.

(138) Le esposte riflessioni sull'Orthotanasia sono tratte da Giovanni C. Zapparoli, in Enciclopedia Italiana Treccani, voce Morte. E sempre sull'argomento vedasi anche G.

“Orthotanasia significa morte sana, morte giusta, morte come evento naturale che fa parte della vita, ed è un concetto proposto da Eissler (1955), che ci ha fornito un magistrale trattamento dell’evento “morte” dal punto di vista psicoanalitico e psichiatrico. Da una parte esiste un’ideologia, sottostante il pensiero occidentale riguardo alla morte, centrata sulla “eutanasia”, che considera la morte come un danno, una specie di “summum malum” inevitabile, imposto da una volontà superiore contro la nostra volontà, che dovrebbe quindi almeno avere luogo con il minimo disagio o almeno senza rimorso, paura o trepidazione. La rappresentazione del sé senza limiti nel tempo, la tendenza a un’esperienza del tempo pericolosamente ristretta al presente, il rifiuto di considerare il presente l’anticipazione del futuro e quindi di prevedere le conseguenze di questo lontano futuro, hanno causato o sono stati il risultato della negazione della morte come evento. Dall’altra parte, esiste una constatazione di realtà: la morte è parte della vita. Il concetto di “eutanasia” richiede quindi, sottolinea Eissler, una controparte nella forma della “orthotanasia” che significa morire in maniera adeguata alla realtà della morte. Ciò infatti permette un’integrazione del concetto della morte all’interno del contesto della storia della persona umana e della sua evoluzione: il pensiero della morte e la preparazione del suo accadere diventano dunque quello che sono nella realtà, una parte del processo della vita. Queste le basi della orthotanasia, prospettiva naturale e realistica che sviluppa nell’individuo il coraggio necessario per affrontare adeguatamente l’impatto della morte. Coraggio che non gli può derivare solo dalla sua negazione che, essendo illusoria, lo lascia impreparato di fronte a ciò che è precisamente l’elemento essenziale della morte, la sua inesorabilità.” Pertanto per il prof. Zapparoli, da un lato si ha la scienza medica che affronta la malattia prevalentemente dal punto di vista biologico, proponendosi, anche in

C. Zapparoli - E. Adler Segre, *Vivere e morire - Un modello di intervento con i malati terminali*, Feltrinelli Ed., Milano, 1997, con i contributi anche di AA.VV. tra cui E. Burke che trattando della propria esperienza di assistenza ai malati terminali di AIDS ha suddiviso il tempo del trattamento in tre periodi di diversa difficoltà, di cui il primo “il più impegnativo, durante il quale non ci si può permettere la minima svista, è quello in cui si gettano le fondamenta del nostro rapporto emotivo con l’utente”. Il secondo periodo viene definito “Orthotanasia preparatoria” nel qual periodo il compito verso l’ammalato consiste nell’organizzare l’aiuto, incominciando a partire proprio da quel materiale che egli ci ha fornito nella fase di apertura del rapporto emotivo per andare incontro ai suoi bisogni; soccorre a tal fine l’utilizzo delle “piccole chiacchiere”, cioè uno sforzo di ascolto e partecipazione movendo proprio da argomenti che l’ammalato propone e “che riguardano qualsiasi cosa che rivesta un interesse lontano dal soggetto costituito dalla malattia”, quindi si ricostituisce per il paziente un contatto emotivo con il mondo circostante, eliminando lo stato ansioso, distraendolo e se possibile, divertendolo. Il terzo periodo è quello del commiato.

relazione all'evento morte, il compito essenziale di alleviare al massimo le sofferenze del paziente e di prolungare la vita nei limiti del possibile, e dall'altro si ha l'orthotanasia che, nulla togliendo alla presenza strettamente medica, si occupa di una dimensione specificatamente psicologica, in quanto si prefigge la finalità di aiutare l'individuo ad affrontare l'evento ineludibile della morte, proteggendolo da "paure irrazionali e dalla valenza distruttiva di richieste impossibili, essenzialmente quella di «guarire» dalla morte".

L'orthotanasia pertanto indica una via per contribuire ad aiutare il morente a sviluppare una propria capacità di servirsi di tutti i mezzi che possano alleviare le angosce caratteristiche e inevitabili di tale fase esistenziale. Pur nella sua autonomia, l'Orthotanasia, non si estranea dall'utilizzo dell'apporto del pensiero filosofico e religioso così come quella di ogni altra adeguata risorsa ai bisogni propri del paziente in quel particolare momento. Su tali basi è essenziale, nelle persone che assistono il morente, lo sviluppo di alcune capacità fondamentali per svolgere tale difficile compito. "È infatti arduo identificarsi col morente, si conosce assai poco della morte e poco dei bisogni dei morenti, dice Eissler (1955), essenzialmente solo la sensazione che non c'è nulla fare, da controllare, da combattere, da distruggere. È facile quindi che si determini una condizione di impotenza assoluta che, solo se si accetta la morte secondo natura, si può trasformare in una potenza relativa, che consente di reperire e utilizzare modalità e strategie che permettono di vivere con la minor sofferenza e la maggior serenità possibili questo periodo".

Così facendo chiunque stia assistendo il morente riesce innanzitutto a identificarsi con lui e a riconoscere i suoi bisogni specifici e le sue risorse nel modo più obbiettivo e neutrale possibile, evitando cioè di attribuire allo stesso bisogni e risorse che potrebbero non essere né condivisi né più far parte della sua realtà. In secondo luogo, può sviluppare uno stato di compassione e partecipazione senza le componenti di paura o disperazione che sono spesso presenti nei famigliari. In terzo luogo, si struttura la capacità di offrire una solidarietà basata su un'uguaglianza, possibile se si risolve l'incongruenza che esiste tra chi è morente e chi non lo è, che si può realizzare solo attraverso una profonda consapevolezza che la propria differenziazione dal morente è solo temporanea e tale consapevolezza si può sviluppare unicamente attraverso una profonda e autentica accettazione del limite. E come ben sottolineato dall'Autore, "questo è un discorso complesso che richiede un approfondimento.

Da sempre l'essere umano ha trovato nel confronto con il limite una delle spinte più intense e vitali per attuare realizzazioni volte a

trascenderne il confine, ogniqualvolta che tale limite, per opera dell'uomo o di fattori a lui esterni, si erigeva come un ostacolo apparentemente invalicabile alla progressione e allo sviluppo. Le colonne d'Ercole, simbolica linea di demarcazione verso l'infinita terra dell'ignoto, hanno da sempre stimolato l'impulso a procedere verso un'evoluzione costante nella quale lo spirito umano testimonia la volontà di se stesso, che nella libertà e nella creatività trova il mezzo di esprimere la propria affermazione, la propria potenza, la possibilità di acquisire, contro l'impotenza, la passività, la perdita. Parlare dei limiti ci pone quindi anzitutto di fronte alle polarità tra conosciuto e ignoto, tra il sapere e il non sapere; ambito nel quale, più che in ogni altro forse nella storia dell'umanità, si è espressa la continua lotta nei confronti della propria limitatezza. Ma proprio questo ambito ci permette, al momento attuale, delle considerazioni contrastanti. La conoscenza è in grado di valicare di continuo la frontiera del sapere oltre la quale si apre il mondo del non conosciuto, ma la conoscenza pone sempre l'uomo di fronte ai limiti di qualcosa che non può mai essere completato, di un universo fisico e spirituale non riducibile ai parametri e alle leggi con i quali si tenta di definirlo. Esiste quindi una dinamica che si svolge tra forze opposte che derivano dalla tendenza al progresso che trascende il limite e dalla constatazione che altri limiti di continuo sfidano il desiderio dell'uomo di una padronanza totale sulla realtà interna ed esterna. Ogni conoscenza infatti stimola nuovi problemi e ricerche, in un movimento senza requie nel quale il progresso seguono inquietudine ed ansia, che mostrano quanto illusorio sia il desiderio di trascendere le anguste strettoie del non sapere per raggiungere la "teoria del tutto". Ma parlare di limite ci pone anche di fronte alle polarità morte-eterno, e dobbiamo affrontare nei confronti di tale polarità una contraddittorietà e una dinamica simili a quelle sopra descritte. Infatti, come nel campo della conoscenza, il contrasto di continuo ha origine nell'estenuante vicissitudine di momenti di illusione e di delusione che segnano il cammino della costruzione di sistemi, le cui coordinate spazio-temporali vogliono negare l'esistenza del "finito", e ai quali movimenti di pensiero opposti tolgono verosimiglianza e credibilità. Tali contrasti si impongono con particolare evidenza nell'epoca attuale, dove il tentativo di raggiungere un'affermazione della natura umana a livelli nei quali si confondono e si oscurano i criteri che definiscono o hanno definito nel passato i, limiti "naturali", sembra in certi momenti avvicinarci al "Sonno della ragione" che "genera mostri". Una componente di questo atteggiamento è la acritica e unilaterale edonistica accezione prima ricordata, che rende la malattia, la vecchiaia, ma soprattutto la morte, fonte solo

d'orrore in quanto le identifica come eventi privi di senso e di significati che non siano negativi. A maggior ragione, quindi, rispetto a epoche passate, esiste al momento attuale la ricerca di un'illusione di eterno". Soccorre pertanto l'esperienza diretta del terapeuta con i malati terminali, dalla quale sono sorte alcune constatazioni, e cioè il nascere nell'ammalato di un profondo *senso di impotenza, disperazione e ingiustizia se non si "perdona la morte"*. E "tali sentimenti di impotenza, disperazione e ingiustizia sono l'inevitabile conseguenza di un particolare concetto della morte sentita non come un evento, non come la conclusione logica di un episodio che è la vita, ma come un danno causato da una disfunzione dell'esistenza: la morte è quindi inaccettabile, qualcosa di inesorabile che non perdona e non può essere perdonata. Il morente deve quindi risolvere questo problema in quanto sino a che non "perdona la morte" saranno prevalenti i sentimenti di impotenza e disperazione che rendono impossibile vivere con dignità e serenità questa fase della vita" (139).

Altro aspetto essenziale è rivestito dal ruolo di chi assiste il morente in modo tale che possa svolgere la funzione di intermediario tra due dimensioni, (quelle della vita e della morte, dell'individuo ancora esistente e presente e l'ignoto che lo attende, tra l'illusione e la realtà) e quindi, di essere in grado di strutturare "riti di passaggio" in tutti quei casi in cui il morente non è in grado di arrivare a una soluzione personale né di utilizzare "i riti di passaggio collettivi" ed aiutare altresì il morente a riconoscere il buono e il positivo della sua esistenza sia per quanto riguarda la sua vita passata sia riguardo all'eredità che può lasciare, segno e ricordo di ciò che ha costruito e realizzato e che continua a vivere anche dopo di lui e negli altri dopo di lui". Riponendo così in gioco anche nell'ammalato terminale quella parte sempre vitale del suo essere che, come tale, si oppone alla passività connessa al deterioramento del corpo, al dolore alle cure che spaventano, alle angosce della fine imminente.

Ora, senza ovviamente entrare nell'ambito tecnico di tale risorsa, così come quella di ogni altra cura o terapia palliativa, emergono due riflessioni giuridiche.

(139) L'autore prosegue affrontando compiutamente l'aspetto dell'"illusione di eterno" *che è fonte delle fantasie di immortalità, può aiutare a risolvere tale dilemma, in quanto da all'individuo la possibilità di trasformare un'esperienza subita passivamente in modo totale, in un'esperienza che è anche di attività e padronanza, è infatti espressione di un'attività creativa in grado di sviluppare una realtà soggettiva entro i confini della quale è possibile contrastare il proprio senso di passività e negare il limite del proprio essere finito. Perché questo avvenga tale fantasia deve però rispondere a certi requisiti, che posso sintetizzare nel fatto di rimanere nell'area dell'illusione, senza sconfinare nella pretesa onnipotente di negare la realtà*".

Esse sono legate ad una possibile forma di responsabilità degli operatori innanzi all'impatto di cure palliative o di precise domande loro poste dall'ammalato o da i famigliari dello stesso (140).

E' evidente che il ricorso a cure palliative non dovrà incidere sulla posizione clinica del paziente, cioè arrecare in alcun modo un danno da mutamento di terapia, sia dal punto di vista fisico che psichico, dovendo il medico sempre attenersi al rispetto del consenso informato e della ordinaria diligenza professionale.

Un'ulteriore situazione fonte di disagio e imbarazzo è la domanda diretta, da parte del paziente "secondo lei morirò?" la risposta a questa domanda, nei suoi termini essenziali è che la morte è imprevedibile e che è possibile che "io possa morire prima di lei". Questa risposta infatti ha la finalità di trasmettere al paziente due fondamentali messaggi, il primo relativo al fatto che moriamo tutti e quindi la morte è un evento naturale, il secondo, a questo collegato, relativo alla comunicazione di una solidarietà autentica, diversa quindi dalla solidarietà generica che si può esprimere ad una persona che subisce un destino avverso; nasce infatti dalla consapevolezza che la morte è un destino comune a tutti gli esseri umani.

Una seconda domanda che tipicamente viene rivolta al medico o all'infermiere è "*avrò ancora dolore?*" naturalmente questa è una domanda che sembra poter esigere una risposta puramente medica e farmacologica, ma riveste, al contrario, anche un aspetto psicologico molto importante in quanto, proprio con l'ausilio di mezzi psicologici si può ridurre il dolore.

Tale risultato però è ottenibile solo se l'operatore comprenda "due fondamentali condizioni, anzitutto che è necessario, anche in questo caso, riconoscere i limiti, ed è possibile ridurre il dolore ma non eliminarlo completamente. In secondo luogo che il paziente può essere aiutato a sentire meno il dolore nella misura in cui può essere aiutato a sviluppare un atteggiamento attivo, che gli fa capire che di fronte al dolore può anche difendersi e non deve quindi solo subirlo. Una delle possibilità è quella di far parlare il paziente della sua sfera soggettiva, del suo mondo interiore, di come si sente, di come è la

(140) Sul punto richiamiamo sempre l'opportunità di porre la massima attenzione alle "conseguenze" che potrebbero colpire i parenti o il coniuge in caso di morte "particolarmente sofferta" del loro caro, così come accaduto e nel testo riportato, per la morte del Ministro di culto dei Testimoni di Geova che aveva strenuamente rifiutato le trasfusioni di sangue. Tali "conseguenze" si potrebbero concretizzare in un danno biologico e morale.

causa condizione emotiva, degli stati d'animo che teme di non essere in grado di tollerare" (141).

Pertanto anche un approccio diverso alla medicina convenzionale e palliativa può aiutare l'ammalato a superare il difficile momento del trapasso.

Ed anche dal punto di vista giuridico non vi è alcuna riserva all'utilizzo di una simile terapia psicologica: non si ritiene necessario alcun "consenso informato" benché debba essere buona norma rendere edotti i parenti e, se possibile, l'ammalato stesso del ricorso ad una simile terapia di supporto, i cui vantaggi supererebbero non tanto gli svantaggi, che a nostro parere non esistono, quanto l'eventuale indifferenza rispetto alla situazione preesistente dell'ammalato.

Anzi, la stessa struttura, ricorrendo, ove possibile ad un simile supporto, offrirebbe al paziente ed alla sua famiglia un ulteriore apprezzabile servizio.

8.3) LA MORTE CEREBRALE.

A questo punto si rende necessario esaminare un altro punto non pacificamente definito: quando si abbia la morte.

Tale indagine è essenziale, non solo per fini etici, ma soprattutto per delineare il confine fra la vita e la morte, confine anche tra la possibilità del compimento di determinati atti o la loro assoluta antigiridicità, come nell'ipotesi di interruzione dell'accanimento terapeutico, nell'espianto di organi, nell'utilizzo degli embrioni nella fecondazione in vitro.

(141) Il Prof. Zapparoli richiama un episodio che meglio spiega tale approccio totalmente nuovo: "Sono intervenuto recentemente in una situazione rispetto alla quale sia i familiari che il personale medico si sentivano impotenti. Il paziente, uomo di 55 anni malato di cancro osseo, più volte operato e sottoposto a cicli di analgesici sempre più potenti e sempre più inefficaci, era caduto in uno stato di panico e di ribellione al dolore, e chiedeva incessantemente di farlo morire per far cessare questo dolore insostenibile. Mi è stato possibile, con molta pazienza, accettando anche i suoi lamenti e superandolo scetticismo della moglie e del medico che ritenevano inutile quello che stavo facendo, aiutarlo a sviluppare anche un altro tipo di comunicazione che riguardava le sue preoccupazioni per quello che avrebbe lasciato, i suoi rimpianti per quello che non avrebbe più potuto avere e, collegati a questo, anche il ricordo di quello che aveva vissuto. La conversazione ha avuto fine quando il paziente si è sentito troppo stanco per continuare, ma ha riconosciuto con grande sollievo oltre che meraviglia, che durante questa conversazione aveva sentito meno l'intensità e l'incombenza del dolore e le sentiva meno anche in quel momento. La moglie e il medico hanno a questo punto riconosciuto l'importanza dell'aspetto psicologico legato al dolore, e questo è stato importante per permettere loro un altro tipo di dialogo con il paziente".

Come correttamente osservato (142) la parola morte “non ha un contenuto univoco ed anche l’esperienza alla quale si riferisce non ha contenuto univoco. Infatti si parla di morte civile, di stato di morte, di processo di morte” da tale molteplicità discende il bisogno di precisare esattamente che cosa si intenda per “morte” e ciò non solo ai fini etici, ma, per quanto riguarda la nostra indagine, anche ai fini giuridici, essendo la barriera fra la vita e la morte non solo demarcante due stati di fatto relativi all’essere umano ma, in alcuni casi, relativi alla punibilità o non punibilità di un comportamento.

Anzi, riteniamo che proprio con il diffondersi delle nuove problematiche legate alla bioetica, si renda necessario un preciso adeguamento degli aspetti giuridici di ciascun comportamento medico in quanto proprio la difficoltà della materia incide sull’applicazione della norma giuridica, e la norma giuridica di riferimento in questi casi è la più pesante, è quella relativa alla cessazione della vita per fatto altrui, l’omicidio.

Forse in nessun altro ambito bioetico l’impatto con la sanzione penale è così forte, e come tale, l’interpretazione dell’evento deve essere il più chiaro possibile per consentire la corretta applicazione della norma, o, si auspica, la sua corretta esclusione.

Ed è così che la medicina riveste un ruolo profondamente innovatore nel mondo giuridico, così come al tecnologia informatica aveva pervaso con le sue problematiche ed il suo esponenziale diffondersi, la disciplina di particolari figure contrattuali: l’operatore del diritto, sia egli il magistrato o il difensore, deve essere posto in condizione di partire da un dato certo, la precisa o la più precisa possibile, qualificazione dell’evento “morte” e la sua riconducibilità ad un comportamento umano, la cui incidenza sarà oggetto di successiva valutazione.

A nostro parere è essenziale, sempre, stabilire “quando” possa dirsi avvenuto l’evento terminale della vita umana e successivamente “come” sia avvenuto tale fatto, essendo le due nozioni necessariamente correlate ai fini dell’applicazione della norma giuridica.

Sul punto è stato chiaramente indicato come si sia passati da un accertamento della morte legato a “criteri collaudati delle espressioni vitali: respirazione, attività cardiaca, per cui la loro cessazione era indice di morte”, criteri che hanno risentito delle nuove tecniche mediche della rianimazione, tanto da porre in discussione il puro riferimento all’attività cardiaca ed alla respirazione, e del diffondersi della tecnologia del trapianto d’organi.

(142) Così M. Aramini, Introduzione alla bioetica, Op. cit. pag. 373.

Si è quindi spostata l'attenzione sulla morte cerebrale (143) e si sono accentrate le indagini su criteri neurologici: su tali basi, la morte si identifica con la distruzione delle cellule del tronco, fenomeno irreversibile, ma non si riesce ad avere la certezza del momento in cui tale evento avvenga, fermo restando che da quell'istante inizia il decadimento dell'organismo con diversa velocità secondo il tipo di cellule e tessuti.

Quindi occorrerà quanto meno procedere all'accertamento della morte del tronco procedendo in base a:

- stato di incoscienza;
- assenza di riflesso corneale, riflesso fotomotore, riflesso oculocefalico ed oculo vestibolare, reazione a stimoli dolorifici portati nel territorio di innervazione del trigemino, riflesso carenale e respirazione spontanea dopo la sospensione della ventilazione artificiale fino al raggiungimento d'ipercapnia da 60 mm Hg con ph ematico minore di 7,40;
- silenzio elettrico cerebrale, documentato da EEG;
- assenza di flusso cerebrale;
- durata dell'osservazione non inferiore a sei ore (144).

Pertanto, pur restando ampia la discussione in ordine alla ricerca del momento in cui realmente cessa la vita, possiamo ritenere che il principio della morte del tronco sia il più calzante in quanto non si potrebbe ritenere, ad esempio, che sia possibile espiantare un organo ad un uomo totalmente privo di attività psichica, ma che continui a respirare perché il tronco funziona ancora.

(143) Così M. Aramini, Introduzione alla bioetica, Op. cit. pag. 374 "Più correttamente bisogna dire morte dell'encefalo, ma il termine encefalo non è entrato nell'uso corrente. L'encefalo è composto dagli emisferi cerebrali (tanto basti, ma in effetti la suddivisione anatomica della parte alta dell'encefalo è molto più complessa) e dal tronco, che è quella parte che collega gli emisferi con la corda spinale e comprende il ponte, il midollo allungato e il mesencefalo. Perché possa essere dichiarata la morte cerebrale è necessario che l'assenza di funzioni sia irreversibile e ben definita dal punto di vista della causa, debbono poi essere esclusi gli stati di ipotermia, intossicazioni da farmaci, encefalopatie metaboliche e stati di shock".

(144) Sul punto vedasi sempre M. Aramini, Introduzione alla bioetica, Op. cit. pag. 377-378 che, richiama le regole sulla determinazione della morte cerebrale simili in tutti i paesi del mondo, richiamando altresì la differenziazione fra la concezione della "whole brain death" sostenuta dalla President's Commission for the study of ethical problems in medicine and biomedical and behavioral research (USA 1981) e dalla maggioranza delle nazioni europee e di altri continenti, e la "brain stem death" scelta dall'Inghilterra, Canada e Australia.

Sarebbe un vero e proprio omicidio.
E come scritto (145) non risulterebbe mai che un caso di morte cerebrale accertata sia risultato errato (146).

(145) Così, I. Carrasco De Paula, *Morte cerebrale: aspetti etico filosofici*, Medicina e Morale, 1993, pag. 899.

(146) A tal fine rammentiamo quanto scritto in ordine al neonato anencefalico, da Romano Lucio, in www.portaledibioetica.it, *Il neonato anencefalico: antropologia e concetto di morte*: "Le riflessioni bioetiche, ed i relativi interrogativi, che il feto ed il neonato anencefalico evocano sono incentrate essenzialmente su due campi: le cure da prestare alla nascita e la possibilità di donazione d'organi. Ma valutazione previa è la determinazione della identità del soggetto anencefalico, vale a dire la identificazione della dimensione antropologica che, unitamente a quella scientifica e giuridico-deontologica, ci permette di formulare e giustificare il giudizio etico. Il feto anencefalico, effetto di generazione umana, ha una forma umana ed è teleologicamente diretto, fin dalla fecondazione, con un principio vitale proprio.Ciò significa che si tratta di un individuo della specie umana da rispettare come persona, che ha una ben specifica individualità non solo biologica ma strettamente antropologica, né naturalistica né culturale.E l'anencefalo ha identità e dignità umana. Invece, la sola identità di persona in senso sociale viene assegnata all'anencefalo da coloro che, secondo una visione funzionalistico-attualistica, non gli riconoscono criteri di efficienza e funzionalità, negandogli natura ontologica. Secondo H.T. Engelhardt "... Non tutti gli esseri umani sono persone. I feti, gli infanti, i ritardati mentali gravi e coloro che sono in coma senza speranza costituiscono esempi di non persone umane. Tali entità sono membri della specie umana. Non hanno status, in sé e per sé, nella comunità morale. Non sono partecipanti primari all'impresa morale. Solo le persone umane hanno questo status".E' la natura ontologica della persona che viene negata all'anencefalo in siffatta concezione che assegna priorità assoluta alla funzione razio-cinante e relazionale, biologicamente dipendenti dalla corteccia cerebrale anche in persistenza di funzione del tronco cerebrale. La definizione di morte cerebrale nell'anencefalo rappresenta tema di ineludibile rilievo etico. Evidentemente superfluo risulta il ricorrere alla valutazione del flusso cerebrale ed all'elettroencefalogramma, mentre la specificazione della morte del tronco cerebrale può essere effettuata mediante la determinazione della scomparsa dei riflessi già precedentemente evocati, indicativi di pregressa normofunzionalità dei nervi cranici, e con il prolungarsi dell'apnea per almeno 24 ore. Non sempre, però, i riflessi sono dimostrabili in quanto frequentemente nell'anencefalico si associano anomalie dei nervi cranici, pertanto l'assenza fin dalla nascita di riflessi non significa che ci sia la morte del tronco cerebrale. Sotto il profilo bioetico il problema che si pone, e non solo per gli anencefalici, è la differenziazione tra morte cerebrale totale e morte corticale. Nella morte cerebrale totale si assiste alla cessazione definitiva di tutte le funzioni del cervello e vale a dire sia della corteccia che del tronco; per la morte corticale sarebbe sufficiente il riscontrare la cessazione definitiva delle funzioni della corteccia cerebrale ma tale interpretazione non si può ritenere condivisibile in quanto nella morte corticale permangono integre le funzioni, omeostatiche e vegetative, che sono regolate dalla permanente attività del tronco cerebrale, sebbene siano compromesse definitivamente le funzioni correlate alla coscienza".

FIVET

E' stato correttamente osservato che affrontare l'argomento della fecondazione in vitro implichi affrontare un vero e proprio *mare magnum* di problematiche, che possono essere distintamente esaminate nelle loro incidenze.

Il primo aspetto è di carattere squisitamente personale, cioè legato alla posizione della coppia, che, a differenza dell'usuale concepimento naturale, si trova innanzi ad un nuovo protagonista, il medico che dirige l'atto del concepimento in maniera del tutto asettica, e quindi suscitando nuovi interrogativi sia etici che antropologici.¹⁴⁷

Il secondo aspetto investe necessariamente la posizione giuridica dell'embrione umano, riprendendo la dicotomia fra "soggetto di diritto o oggetto": la questione è prioritaria in quanto senza embrioni non si potrà parlare di fecondazione in vitro, ma proprio per la "pluralità" degli embrioni da utilizzare, e la loro collocazione in aree di attesa (congelati sotto azoto liquido) e la loro successiva distruzione, ci si chiede se la soggettività sia già sorta nell'embrione e che, in presenza di esclusione degli stessi si debba rientrare in un semplice caso di distruzione o in un tragico caso di omicidio.

A nostro giudizio, in tal caso, il limite fra il non essere e l'essere può realmente implicare il compiere un atto giuridicamente irrilevante o un omicidio, il che, francamente, non è da poco.

E si rientrerebbe anche nell'ipotesi di omicidio anche se si volesse considerare la distruzione degli embrioni "eccedenti" alla stregua di aborti, e ciò proprio perché tale situazione non è contemplata dalla disciplina della legge sull'interruzione della gravidanza.

Ad analoga conclusione si perverrebbe in caso di utilizzo degli embrioni in sovrannumero per scopi diversi dalla fecondazione in vitro, come, ad esempio, nella ricerca scientifica o nella clonazione: in ultima analisi la differenza fra la loro distruzione diretta e tale destinazione non muterebbe l'incidenza etica o giuridica.

Ulteriore aspetto è offerto dalla distinzione fra fecondazione *omologa* e fecondazione *eterologa* attuata tramite l'uso di gameti prelevati da

147 In tal senso M. Palmaro, "Fecondazione artificiale: le questioni sul tappeto" in www.portaledibioetica.it

un donatore esterno alla coppia, quindi di un “estraneo” rispetto alla coppia, il che consentirebbe anche a coppie di solo sesso femminile di generare, con tutta la nuova ondata di interrogativi giuridici e etici connessi.

Appare quindi preminente l'esigenza di una disciplina legale che non solo riordini la materia, ma, soprattutto, che superi i dubbi giuridici connessi sia alla novità della materia, sia all'assoluta incidenza del “fatto” nella sfera di eventuali comportamenti penalmente e civilmente incidenti, e a tal fine basti richiamare sia la possibile commissione di omicidio, sia la incidenza civilistica in materia successoria, e di responsabilità per fatto illecito.¹⁴⁸

Preliminarmente all'esame della FIVET, rammentiamo come sussistano altre forme di inseminazione artificiale, identificate in base al punto esatto in cui si deposita il seme e cioè:

148 Sulla disciplina legislativa vedasi M. Palmaro, nota precedente: “Il quadro normativo internazionale in materia di fecondazione artificiale si presenta molto variegato e disorganico: a nazioni che hanno deciso in maniera piuttosto netta quale scelta legislativa intraprendere, si accompagnano casi di assoluta inerzia legislativa. Lo stesso Comitato nazionale di Bioetica, nell'estate del 1992, aveva elaborato un ponderoso documento che monitorava le esperienze giuridiche nel mondo nel campo della procreazione assistita.

Si badi bene che non sempre ad un intervento del legislatore fa da contraltare una proporzionata restrizione del campo d'azione delle cliniche e delle coppie. **La Gran Bretagna**, ad esempio, ha costruito un meccanismo molto articolato e minuzioso di regolamentazione, ma dentro un quadro generale di ammissibilità di queste pratiche.

Esistono poi situazioni intermedie, nelle quali sono compresi interventi normativi minimali, come è il caso degli **Stati Uniti**. E altre dove il legislatore sembra invece aver scelto, almeno in alcune situazioni, la via del rigore, come in **Germania**.

A causa dell'ampiezza delle tecniche che esistono sul tappeto, limiteremo la nostra esposizione alla Fivet.

La **Gran Bretagna** ha disciplinato la Fivet costituendo una Authority avente funzione di controllo sui centri che praticano la Fivet medesima, e la ricerca sugli embrioni. Il grado di permissività della legge inglese è fra i più elevati che si potrebbero immaginare in questa materia.

Un ruolo completamente antitetico svolge la legge della **Germania Federale**, che nel 1990 ha emanato una normativa a tutela dell'embrione umano, restrittiva sulla ricerca sperimentale. A titolo d'esempio, si ricordi che la Fecondazione post mortem è penalmente sanzionata, è vietata la produzione di più embrioni di quanti se ne intendano impiantare, è proibito impiantare più di tre embrioni, ed è altresì fatto divieto di donare ovociti, di cedere embrioni se non per la loro stessa sopravvivenza, di attuare maternità surrogata.

Anche la **Svezia e la Norvegia** hanno in parte scelto una via restrittiva, vietando la Fivet eterologa, al pari della Germania.

Viceversa, la **Spagna** ha legalizzato la Fivet sia nella sua forma omologa che eterologa. Questo Paese è stato l'unico fin ora ad aver esplicitamente accolto nel testo giuridico la distinzione – assai controversa, contestata, e per ora minoritaria nella letteratura scientifica – fra embrione e pre-embrione.

Anche l'**Australia** ha accolto la liceità della Fivet eterologa, però subordinandola al fallimento o alla impossibilità delle strade ordinarie artificiali.

Più articolato il quadro normativo dell'**Austria** che, accanto al divieto della Fivet eterologa, proibisce la Fivet per la donna nubile e sola, la fecondazione post mortem, la ricerca sugli embrioni

- ICI inseminazione intracervicale;
- IUI inseminazione intrauterina;
- IPI inseminazione intraperitoneale.

Come noto ¹⁴⁹l'inseminazione più comune è quella intracervicale, che si effettua con l'ausilio di una siringa ad hoc collegata ad una cannula intrauterina, la cui estremità viene introdotta nel canale cervicale e tramite la quale si introducono 0,5 ml di liquido seminale.

Le ragioni per cui si ricorre alla inseminazione omologa sono molteplici, solitamente legate a situazioni particolari che impediscono in parte o in toto il rapporto sessuale come nel caso di vaginismo, stenosi vulvari o vaginali, difetti anatomici o funzionali dell'erezione, ecc..o che impediscono la regola ascesa del seme dalla vagina all'utero.

Si fa ricorso alla inseminazione eterologa nei casi in cui sia riscontrabile la totale assenza di produzione di spermatozoi o di ostruzione delle vie escretorie degli spermatozoi medesimi.

In una posizione intermedia si pone la GIFT (Gamete Intra Fallopian Transfer) che consiste nel trasferimento di cellule d'uovo e di spermatozoi nella porzione ampollare delle tube per via laparoscopica con un catetere.

Il congiungimento dei gameti, sino a quel momento tenuti separati da una bolla d'aria, non implica produzione di embrioni in laboratorio .

La fecondazione in vitro, cioè al di fuori del corpo, si propone, invece, con un approccio del tutto diverso.

Storicamente risale, nella sua prima ricerca pratica, agli anni settanta, come rimedio alla sterilità, basandosi sul recupero di un solo oocita maturo nel follicolo ovario proprio prima dell'ovulazione quando era presente il ciclo naturale delle donne affette da ostruzione bilaterale delle tube di Falloppio.

Era quindi assolutamente necessario identificare l'inizio dell'ovulazione spontanea per consentire l'aspirazione, mediante laparoscopia, del contenuto follicolare comprendente l'oocita. Così facendo gli spermatozoi venivano separati dal liquido seminale mediante una leggera centrifugazione e uniti all'oocita in un terreno di coltura. Gli embrioni sviluppatasi venivano poi trasferiti nell'utero tramite un catetere introdotto attraverso il collo dell'utero, operazione semplice ma ad alto rischio per l'embrione a causa di possibili traumatismi.

149 Così M. Aramini, Manuale di Bioetica, Op.cit. pag. 240 – 241

A fronte di questa prima tecnica ¹⁵⁰ venivano affinate nuove innovazioni tra cui:

- *Tecniche ultrasoniche per il controllo e prelievo degli oociti;*
- *L'introduzione della superovulazione;*
- *Il congelamento degli embrioni;*
- *Il congelamento di oociti;*
- *Il passaggio alla fecondazione eterologa;*
- *Il trattamento della sterilità maschile;*
- *La maternità surrogata.*

A parte la tecnica ultrasonica che consente un prelievo degli oociti per così dire meno stressante per la donna, riteniamo doveroso, anche in relazione alle successive osservazioni di carattere giuridico, soffermarci sulle altre elencazioni.

La superovulazione consente il prelievo di molti oociti contemporaneamente, anziché l'unico maturato durante il ciclo naturale.

Il congelamento degli embrioni avviene tramite la crioconservazione in azoto liquido a -196°C) e mira alla conservazione dell'eccedente numero di oociti derivati dalla superovulazione.

Il ricorso alla fecondazione eterologa è stato determinato, principalmente, dalla presenza di donne con insufficienza ovarica totale o con asportazione o mancanza naturale delle ovaie.

La sterilità maschile, benché già la fecondazione in vitro richieda un basso numero di spermatozoi, trova un rimedio alle sue forme più accentuate, attraverso la microiniezione di un unico spermatozoo attraverso la zona pellucida (si tratta della tecnica denominata ICSI, *Intra Cytoplasmic Sperm Injection*), con risultati positivi nel 70% dei casi.

Infine la maternità surrogata identifica quella funzione svolta da donne che portano a termine la gravidanza per conto di altre donne, con l'accordo di cedere il bimbo dopo la nascita.

150 Così sempre M. Aramini, Manuale di Bioetica, Op. cit. pagg. 242 -244, che preliminarmente identifica gli autori delle prime ricerche, come nel caso di Chang che, nel 1958, ottenne la nascita di conigli vivi da fecondazione in vitro, e R.G. Edwards e P.C. Steptoe che ad Oldham in U.K., e E.A. Wood e A.O. Trounson a Melbourne in Australia e Souprat a Nashville, negli U.S.A., indipendentemente gli uni dagli altri, identificarono le principali esigenze tecniche per effettuare con successo la fecondazione in vitro, che ebbe come risultato la nascita dei primi bambini a Oldham (U.K.) nel 1978 e a Melbourne, nel 1980.

In particolare, osserva sempre l'Autore, "I casi relativi all'uso della Fivet sono: a) la donna può portare avanti una gravidanza avendo ricevuto un embrione ottenuto in vitro. Questo embrione a sua volta può provenire o da un'unione di un ovulo della donna stessa con lo sperma dell'uomo della coppia sterile o dall'unione di un ovulo e dello sperma della coppia committente (in questo caso la donna si chiama madre portante); b) la donna può accogliere nel suo utero un embrione concepito normalmente dalla coppia committente, ma rimosso dalla sua sede naturale mediante lavaggio uterino (washing-out)".

E' evidente che un meccanismo come la Fivet implica profonde riflessioni etiche e giuridiche, le prime sono legate principalmente ad alcuni fattori:

- natura dell'embrione;
- natura del rapporto di coppia;
- natura della maternità rispetto al nato;
- natura della posizione del nato rispetto ai genitori.

Sinteticamente: il primo aspetto, che verrà ulteriormente richiamato nelle considerazioni giuridiche, impone di riflettere sulla posizione dell'embrione-bambino, nel senso della sua scelta (come figlio) da parte dei genitori che ricorrono ad una tecnica del tutto particolare e che, se nel caso di fecondazione omologa non presenta particolari problemi essendo il concepito frutto delle componenti biologiche e psichiche dei suoi genitori, diversamente si può dire nel caso di fecondazione eterologa, che scompiglia le carte, per così dire, nel senso soprascritto.

Infatti in quest'ultimo caso l'embrione riporterà ineluttabilmente i caratteri propri di un "terzo", con tutto il suo carico genetico diverso e, quindi aggiuntivo a quello dei genitori naturali, o meglio di quello dei due che non partecipa (solitamente il marito) visto che comunque la madre commisterà il proprio patrimonio genetico con quello dell'embrione.

Fenomeno ulteriormente accentuato nel caso di gestazione effettuata da parte di una gestante terza rispetto alla madre naturale.

Consequente alle riflessioni esposte è quella relativa alla posizione della coppia che deve essere ben preparata ad accettare una realtà così diversa da quella usuale, e che si estrensicherà nella nascita di un figlio non al cento per cento geneticamente identico ad essa.

La stessa madre avrà sentimenti e posizioni diverse rispetto alla nascita del figlio, con possibili mutamenti affettivi nel corso degli anni legati anche a fattori esterni al figlio stesso.

E quindi i medesimi sentimenti possono imporsi nella vita della coppia, con potenziali frustrazioni sia da parte del marito per la presenza evidente del frutto del seme di un altro uomo, anche se voluto, sia da parte della donna proprio nei confronti del marito in raffronto al terzo donatore.¹⁵¹

Infine non possiamo scordarci dei diritti dell'embrione e quindi del bambino che nascerà.

Il discorso investe inizialmente la problematica della tutela dell'embrione, tutela che risente, in attesa di una auspicabile regolamentazione normativa, delle contrapposte posizioni etico-mediche, riassumibili in:

- **posizione radicale:** l'embrione non assimilabile alla persona umana e quindi non gode di alcuna specifica tutela;
- **posizione gradualistica:** la qualità di soggetto umano non è insita inizialmente nell'embrione, ma viene alla luce graduatamente;
- **posizione vitale:** l'embrione è un essere umano e come tale gode sin dal primo momento di tutti i diritti dell'essere umano stesso.

E' evidente che la prima e la seconda si collocano su livelli quasi identici, soprattutto considerandosi le nuove tecniche di fecondazione che mirano all'utilizzo di pochi embrioni e al loro innesto totale.

Sussisterebbe sempre il rischio di aborto spontaneo, ma ciò sarebbe la naturale conseguenza di un processo naturale, e non di un atto di distruzione indotta.

Ovviamente la terza posizione, esclude ogni e qualsiasi forma di Fivet per il semplice fatto che la distruzione di anche un solo embrione implicherebbe la uccisione di una vita umana.

151 Sul punto vedasi anche M.H. Diniz, O estado atual do Biodireito, Op.cit. pagg.478-489: si osserva come la fecondazione omologa non crei soverchi problemi in quanto non urta i principi giuridici, pur implicando alcuni problemi etico-giuridici, indipendentemente dal fatto che il figlio abbia o meno i componenti genetici del marito, mentre nella fecondazione eterologa i problemi sono sicuramente maggiori, così come il di squilibrio della struttura base del matrimonio, la possibilità per transessuali e omosessuali di chiedere che la compagna abbia un figlio con simile procedimento, la falsa iscrizione nel registro di stato civile in rapporto alla presunzione di paternità del marito durante il matrimonio, la mancanza di consenso del marito incidente nella posizione della coppia e quindi nel futuro del rapporto patrimoniale.

E a maggior ragione sarebbe riprovevole l'utilizzo di embrioni per scopi scientifici non direttamente legati al processo di fecondazione, così come nel caso di utilizzo per ricerca a favore della madre i cui risultati imporrebbero la distruzione dell'embrione stesso.

Inoltre, e questo è un aspetto di tutte e tre le sopraccitate categorie di fecondazione, vi è il problema del conflitto di paternità, ricorrendo un'evidente ambigua duplicazione fra padre naturale acquisito in costanza del matrimonio e padre genetico (solo) donante il seme.

Quest'ultimo avrebbe pieno diritto a rivendicare la paternità, nulla sussistendo in contrario, allo stato attuale, nella legge, ed il secondo (in senso temporale) padre avrebbe diritto a ricorrere al disconoscimento in caso di pentimento.

Posizioni che hanno comunque ripercussioni sul figlio nato che, a sua volta, ha diritto di conoscere tutto sul suo concepimento e di saper chi sia il padre, a tacer, poi, delle problematiche successive, avendo egli diritto all'eredità del padre naturale e di quello genetico, e lo stesso può dirsi per il padre, chiunque egli sia, nei confronti del figlio.

Senza scordare la posizione degli eventuali fratelli.

In ogni caso il punto giuridicamente incidente, soprattutto per le conseguenze ed implicazioni dirette, è quello relativo alla posizione degli embrioni eccedenti.

La loro distruzione immediata o successiva alla loro collocazione nell'azoto, se si accogliesse la **posizione vitale**, costituirebbe omicidio, ai sensi dell'art. 575 c.p. e delle aggravanti contemplate dall'art. 577 c.p.¹⁵²

Infatti, non vi sarebbe possibilità di escludere la partecipazione del padre nel caso di distruzione dell'embrione, nella fecondazione omologa, e del terzo donante, se consapevole, nel caso della fecondazione eterologa.

Sussiste inoltre la possibilità di concorso, ed il medico non potrebbe ritenersi estraneo, soprattutto se egli fosse l'operatore sanitario che direttamente, nel compimento dell'attività, attui anche l'uccisione dell'embrione.

Nell'ipotesi poi di seme di un soggetto portatore di una malattia ereditaria o contagiosa, quale ad esempio l'AIDS, vi sarebbero

152 Art. 575 c.p. "omicidio": Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni venti".

Art. 577 c.p. Altre circostanze aggravanti: "Si applica la pena dell'ergastolo se il fatto preveduto dall'art. 575 è commesso: 1) contro l'ascendente o il discendente; 2) col mezzo di sostanze venefiche o con altro mezzo insidioso; 3) con premeditazione...".

ripercussioni sia sul figlio, sia sulla gestante e sul padre naturale acquisito se, a sua volta contaminato dalla madre.

In tali situazioni si verterebbe nell'ipotesi di lesioni personali gravissime, e, se il donante fosse consapevole dell'infezione, si potrebbe ipotizzare l'omicidio volontario.

Altra posizione aberrante potrebbe avversi nell'ipotesi di gravidanza umana realizzata utilizzando solo espermatozoi, forma immatura del gamete maschio, che contiene 46 cromosomi e non 23, come gli spermatozoi. Il medico tramite questa tecnica, attua un'incisione nel testicolo, ritira la cellula per sottoporla ad una riduzione cromosomica artificiale, prima di iniettarla nell'ovulo. Tutto ciò potrebbe causare, nel futuro, serissime aberrazioni genetiche.¹⁵³

Così, al di là delle problematiche cliniche è sorta, dirimente, la questione etica e giuridica relativa ad una simile attività.¹⁵⁴ E rimane il

153 Conforme a questo atteggiamento di pensiero, M.H. Diniz, O estado atual do bidireito, Op. cit. pag. 501, ove l'Atrice si chiede altresì se sia ammissibile l'uso di topi per la fecondazione umana, tecnica che richiede la coltura dello spermatozoo ottenuto tramite un'incisione del testicolo del ratto o nei tessuti dell'animale, in quanto l'ambiente biochimico del suo apparato riproduttore è simile a quello dell'uomo. Sarebbe tutto ciò ammissibile dal punto di vista giuridico?

154 Fra gli altri, vedasi M. Palmaro, www.portaledibioetica.it che scrive. "Fecondazione artificiale: le questioni sul tappeto".

Nel mare magnum dei problemi collegati alla Fivet, può essere utile riassumere un breve catalogo delle questioni principali che costituiscono oggetto di discussione nel campo della fecondazione artificiale:

1. La scissione del concepimento dall'atto coniugale. In genere, questo tema è ritenuto rilevante soprattutto sul piano teologico, e quindi per i cattolici. Tuttavia esso ha interessanti ripercussioni anche sul piano antropologico, poiché mette l'accento su una novità che è senza precedenti: vale a dire che nella Fivet il protagonista dell'atto che determina il concepimento è un tecnico di laboratorio, e non più la coppia. Una vera rivoluzione, al di là di come la si voglia giudicare;

2. Lo statuto ontologico e giuridico dell'embrione umano. Questo tema è, a differenza del primo, di sicura competenza giuridica, stante la "laicità" che caratterizza la domanda fondamentale: "l'embrione è un soggetto di diritto o un oggetto?" La soluzione del quesito è pregiudiziale alla soluzione di ogni altro interrogativo in materia di Fivet. Tenendo presente che la semplice incapacità di poter dare una risposta certa alla domanda – tesi sostenuta da alcuni bioeticisti – dovrebbe indurre ad un atteggiamento prudenziale, cioè tuzioristico nei confronti di una realtà presunta o sospettata di appartenere alla famiglia umana;

3. L'abortività indotta connessa alla Fivet:

E' certo oltre ogni dubbio che in ogni ciclo di Fivet vengono scientemente sacrificati decine e decine di embrioni, il cui impianto è reso altamente difficile proprio dall'artificialità del processo. I tecnici anzi usano molti embrioni proprio in base a calcoli probabilistici e all'effetto combinato che i deboli segnali ormonali di ciascuno potrebbero produrre sul corpo della donna. Questo tema, ancorché subordinatamente al riconoscimento di un qualche valore al nascituro, rappresenta un ostacolo rilevante alla liceità anche giuridica della Fivet, in ogni sua forma;

4. Gli embrioni soprannumerari:

L'alta produzione di embrioni, motivata dalle difficoltà di riuscita di cui parlavamo poc'anzi, induce i tecnici a procedere in maniera pianificata – o per il sopravvenire di imprevisti – al

problema dell'affitto di utero, fermo restando che non implichi distruzione dell'embrione, in quanto, se così fosse, non si sfuggirebbe alla regola degli artt. 575 e 577 c.p.¹⁵⁵

Per una soluzione del problema si è reso necessario un intervento legislativo, così come avvenuto con la legge 194/78 per l'interruzione della gravidanza, in quanto, pur non risolvendosi ovviamente i profondi problemi etici connessi alla materia, vengono poste precise demarcazioni entro le quali si possa operare con certezza.

E' nata così la legge 19 febbraio 2004 n. 40 disciplinante la materia, ultimo frutto di un lungo e travagliato iter legislativo ed è con riferimento a tale norma che svolgeremo le nostre riflessioni.

A tal fine, e per maggior semplicità di lettura, seguiremo il testo dell'articolato legislativo.

congelamento degli embrioni che non vengano messi a dimora. Ne scaturisce il fenomeno della proliferazione di embrioni umani conservati sotto azoto liquido, in numero sempre crescente, il cui destino non è chiaro e anzi estremamente controverso a seconda delle scuole di pensiero bioetica;

5. La sperimentazione sugli embrioni:

Vi è chi propone l'opportunità di produrre embrioni con la fecondazione artificiale, al solo scopo di usarli a scopo sperimentale. Altri, su posizioni apparentemente più sfumate ma in realtà perfettamente coerenti con quella appena enunciata, suggeriscono di usare gli embrioni soprannumerari per la ricerca. Entrambe le tesi presuppongono la non umanità dell'essere concepito, o più prosaicamente, la liceità del sacrificio di essere innocenti per fini nobili e utili alla collettività;

6. La Fivet eterologa:

Questa pratica consiste nell'uso di gameti prelevati da soggetti esterni alla coppia, il cosiddetto donatore di seme. Qui, in aggiunta alle implicazioni viste finora, bisogna mettere in conto i numerosi problemi di carattere giuridico che si ricollegano alla definizione pianificata di una filiazione nella quale genitori sociali e biologici non coincidono;

7. In alcuni Paesi, come ad esempio Stati Uniti e Gran Bretagna (ma non solo), si segnalano anche casi di "maternità surrogata", cioè di donne che accettano l'impianto di embrioni - assolutamente estranei, oppure generati con gameti di amici o di parenti - gratuitamente o dietro compenso economico.

155 Art. 575 c.p. "omicidio" "Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni venti "; Art. 577 c.p. Altre circostanze aggravanti "Si applica la pena dell'ergastolo se il fatto preveduto dall'art. 575 è commesso: 1) contro l'ascendente o il discendente; 2) col mezzo di sostanze venefiche o con altro mezzo insidioso; 3) con premeditazione....".

LEGGE 19 FEBBRAIO 2004 N. 40

Norme in materia di procreazione medicalmente assistita

Capo I

PRINCÌPI GENERALI

Art. 1.

(Finalità)

1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.

Art. 2.

(Interventi contro la sterilità e la infertilità)

- 1. Il Ministro della salute, sentito il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, può promuovere ricerche sulle cause patologiche, psicologiche, ambientali e sociali dei fenomeni della sterilità e della infertilità e favorire gli interventi necessari per rimuoverle nonché per ridurre l'incidenza, può incentivare gli studi e le ricerche sulle tecniche di crioconservazione dei gameti e può altresì promuovere campagne di informazione e di prevenzione dei fenomeni della sterilità e della infertilità.*
- 2. Per le finalità di cui al comma 1 è autorizzata la spesa massima di 2 milioni di euro a decorrere dal 2002.*
- 3. All'onere derivante dall'attuazione del comma 2 si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 2002-2004, nell'ambito dell'unità previsionale di base di parte corrente «Fondo speciale» dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2002, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero della salute. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri*

decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.

Il successivo articolo 2) è un articolo di sostegno alla ricerca, senza porre nuove proposte o condizioni preliminari al ricorso alla procreazione assistita. A tal proposito notiamo come il procedimento sia indicato quale "procreazione" e non solo "fecondazione", in modo da apparire anche una volta strettamente funzionale alla soluzione di un reale problema di coppia e non un mezzo idoneo per qualsiasi diversa soluzione.

L' articolo 3) ha semplice funzione integrativa della Legge 29.7.1975 n. 405.

Art. 3.

(Modifica alla legge 29 luglio 1975, n. 405)

1. Al primo comma dell'articolo 1 della legge 29 luglio 1975, n. 405, sono aggiunte, in fine, le seguenti lettere:

«d-bis) l'informazione e l'assistenza riguardo ai problemi della sterilità e della infertilità umana, nonché alle tecniche di procreazione medicalmente assistita;

d-ter) l'informazione sulle procedure per l'adozione e l'affidamento familiare».

2. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Art. 3.

(Modifica alla legge 29 luglio 1975, n. 405)

1. Al primo comma dell'articolo 1 della legge 29 luglio 1975, n. 405, sono aggiunte, in fine, le seguenti lettere:

«d-bis) l'informazione e l'assistenza riguardo ai problemi della sterilità e della infertilità umana, nonché alle tecniche di procreazione medicalmente assistita;

d-ter) l'informazione sulle procedure per l'adozione e l'affidamento familiare».

2. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

L' articolo 3) ha semplice funzione integrativa della Legge 29.7.1975 n. 405, relativa alla "Istituzione dei consultori familiari".

Capo II

ACCESSO ALLE TECNICHE

Art. 4.

(Accesso alle tecniche)

1. *Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonchè ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico.*

2. *Le tecniche di procreazione medicalmente assistita sono applicate, in base ai seguenti principi:*

a) *gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso per i destinatari, ispirandosi al principio della minore invasività;*

b) *consenso informato, da realizzare ai sensi dell'articolo 6.*

3. *È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.*

L'art.4) entra nel merito delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ribadendo quanto espresso nell'art. 1) e cioè che condizione assoluta di ricorso alla procreazione assistita è l'impossibilità di risolvere diversamente lo stato di sterilità o infertilità, stato che può essere inspiegabile o medicalmente accertata. Sul concetto di inspiegabilità ci permettiamo di sollevare qualche dubbio interpretativo in quanto si tratta di un concetto estremamente indeterminato, soprattutto alla luce del successivo inciso, scientificamente corretto e, da un certo punto di vista, tranquillizzante non solo giuridicamente, ma anche eticamente.

In ogni caso, le cause di sterilità o infertilità, accertate secondo la prassi medica o ritenute inspiegabili devono essere irrisolvibili con le correnti conoscenze medico-scientifiche.

Il secondo punto dell'art. 4) pone un'ulteriore serie di limitazioni, ponendo precise regole, di cui la prima è mirata alla tutela della sfera fisica e psicologica dei destinatari, e quindi dei coniugi e non solo della donna visto che all' invasività tecnica si accompagna quella psicologica e che la terminologia al plurale non consente diverse interpretazioni.

Inoltre è ribadito che debba essere prestato il consenso informato, sul cui contenuto richiamiamo quanto precedentemente scritto anche ai fini della responsabilità civile penale del medico e della Struttura sanitaria, se concorrente.

Il punto 3) pone, invece, un divieto assoluto, escludendo la possibilità della fecondazione eterologa, risolvendo così uno dei punti di particolare dibattito etico, come sopra visto. Il divieto è quindi inderogabile ed investe la responsabilità della coppia e del medico. Infine, con tale precisa indicazione viene rafforzata la identificazione della tecnica di inseminazione così come pacificamente conosciuta e denominata nell'ambito scientifico.

Art. 5.

(Requisiti soggettivi)

1. Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.

Il testo dell'articolo 5) ribadisce la condizione di ammissibilità di cui all'articolo 1) e pone un'ulteriore serie di condizioni inderogabili, anch'esse risolventi alcune dibattute questioni, e precisamente:

1. è ammessa la procreazione medicalmente assistita solo coppie di sesso diverso: vengono pertanto escluse le coppie omosessuali maschili o femminili (o lesbiche secondo la terminologia comune e corrente), ma viene lasciata aperta la possibilità ad una coppia composta da un omosessuale maschile ed uno femminile, il che potrebbe agevolare il desiderio di una delle due persone, fermo però restando il divieto di ricorrere alla tecnologia in esame qualora vi siano diversi sistemi di rimedio alla sterilità o infertilità.
2. è ammessa la procreazione medicalmente assistita solo per coppie maggiorenni, coniugate o conviventi: la maggiore età risolve il problema dell'eventuale ricorso all'esercente la potestà, in caso di minore, e viene altresì riconosciuto lo status di convivenza, equiparandolo allo status coniugale, il che implica che anche in altre aree, ad esempio di competenza amministrativa (assegnazione di alloggi di edilizia economico popolare, sovvenzioni alle coppie, ecc.) si dovrà tener conto di quanto disposto dalla disposizione in esame.
3. è ammessa la procreazione medicalmente assistita: solo per coppie viventi: restando pertanto categoricamente escluso il ricorso ad embrioni di soggetti defunti, o, meglio vista la peculiarità dell'innesto in utero, di utilizzo di seme maschile congelato o comunque custodito, appartenente al coniuge o al compagno defunto. Superandosi con tale divieto anche le molteplici difficoltà giuridiche ed etiche legate a problematiche successive.
4. l'attenzione va concentrata anche sul concetto " in età potenzialmente fertile": l'inciso è diretto ad evitare l'"abuso" del ricorso alla tecnica per coppie la cui fertilità naturale (in senso temporale) è superata; resta ovviamente la criticità di una simile asserzione ai fini interpretativi essendo estremamente soggettivo il periodo di fertilità e quindi ci si dovrebbe attenere ad un

parametro basato su media statistica.

Art. 6.

(Consenso informato)

- 1. Per le finalità indicate dal comma 3, prima del ricorso ed in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita il medico informa in maniera dettagliata i soggetti di cui all'articolo 5 sui metodi, sui problemi bioetici e sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all'applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti, nonché sulle relative conseguenze giuridiche per la donna, per l'uomo e per il nascituro. Alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della legge 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita. Le informazioni di cui al presente comma e quelle concernenti il grado di invasività delle tecniche nei confronti della donna e dell'uomo devono essere fornite per ciascuna delle tecniche applicate e in modo tale da garantire il formarsi di una volontà consapevole e consapevolmente espressa.*
 - 2. Alla coppia devono essere prospettati con chiarezza i costi economici dell'intera procedura qualora si tratti di strutture private autorizzate.*
 - 3. La volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo.*
 - 4. Fatti salvi i requisiti previsti dalla presente legge, il medico responsabile della struttura può decidere di non procedere alla procreazione medicalmente assistita, esclusivamente per motivi di ordine medico-sanitario. In tale caso deve fornire alla coppia motivazione scritta di tale decisione.*
 - 5. Ai richiedenti, al momento di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, devono essere esplicitate con chiarezza e mediante sottoscrizione le conseguenze giuridiche di cui all'articolo 8 e all'articolo 9 della presente legge.*
- Il testo dell'articolo 6) richiama ulteriormente la necessità del consenso

informato ponendo una serie di precise indicazioni in ordine alle modalità di rilascio ed al contenuto dello stesso. Innanzitutto emerge la necessità di più consensi e, quindi, di più informative. E non riteniamo possa prescindere da tale necessità rilevato come nello stesso articolo venga ribadita la pluralità di informative e relativi assensi, il tutto nell'intento non solo di correttamente informare, ma soprattutto, riteniamo, di consentire alla coppia di valutare, passo per passo l'importanza dell'avvenimento e di soppesare attentamente le sue conseguenze. La rimessione al medico della indicazione dei problemi bioetici è ammissibile in quanto il successivo art. 16) contempla la possibilità di obiezione di coscienza, al pari dell'obiezione di coscienza riconosciuta dalla legge 184/78 sull'interruzione della gravidanza, ovviamente con l'esclusione della obbligatorietà dell'intervento in caso di urgenza per comprovate necessità di salvaguardia della salute della donna, non ricorrendone qui i presupposti. Ad analoga conclusione, circa la sua liceità, si deve pervenire per le informative di natura strettamente medica e di incidenza psicologica, rientranti nella specifica professionalità del medico, e, di per sé inerenti sempre una corretta informazione da medico a paziente. Inoltre, vista la precisa richiesta del legislatore, di indicazione delle difficoltà sulla provabilità di successo del trattamento e sui rischi, si potrà escludere che l'obbligazione del medico diventi un'obbligazione di risultato (sul punto vedasi quanto precedentemente scritto) e si potrà, altresì, ritenere l'intervento, non di facile e ordinaria esecuzione. Si avrà quindi una particolare partecipazione della coppia alla difficoltà della tecnica in esame ed una sua consapevole partecipazione a tutto l'iter, consapevole partecipazione ribadita dalla facoltà di rinunciare, con l'inderogabile lasso di tempo (di riflessione) di sette giorni, oltre la possibilità di rinunciare comunque sino alla fecondazione dell'ovulo. Riteniamo tale assunto di rilevantissima incidenza in quanto porrebbe la posizione dell'ovulo fecondato nell'ambito dei soggetti viventi. Il punto 4) dell'articolo in esame rimette alla valutazione del medico responsabile della struttura (quindi non al medico che sta seguendo ad esempio la coppia, ma al responsabile –direttore sanitario) di non procedere alla tecnica, ma ciò solo ed esclusivamente per fondati motivi di ordine medico-sanitario, e quindi con esclusione di altre motivazioni, siano esse etiche o giuridiche, dandone però motivazione scritta.

Si tratta di un onere estremamente serio, potendosi assimilare la motivazione scritta alla cartella clinica, con tutte le inerenti incidenze e responsabilità per il medico stesso.

Altro obbligo, assimilabile al precedente, è quello di cui all'ultimo punto dell'articolo in esame, obbligo consistente in una vera e propria informativa " formale", del tipo di quella prescritta dalla legge 675/96 e

nuovo codice sulla tutela dei dati personali (privacy), informativa che deve essere resa sottoscritta dai futuri genitori. Tale incumbente, assumendo un aspetto rigorosamente formale, ma amministrativo, non richiede la predisposizione diretta da parte del medico responsabile della struttura, ma rientra nell'ambito delle formalità tipiche del consenso informato, pur come detto, richiedendo la sottoscrizione degli interessati, sottoscrizione che presuppone la piena conoscenza dei successivi articoli 8 e 9) per quanto concerne le loro conseguenze giuridiche. A tal fine sorge spontaneo chiedersi che cosa si intenda per conseguenze giuridiche: rilevato che i detti articoli, soprattutto l'art.9) hanno una portata ampia, potrebbe rendersi necessario richiamare integralmente il loro testo ed eventualmente integrarlo con note e chiarimenti, soprattutto al fine di evitare che possa presumersi la non piena e corretta comprensione del disposto di legge, con gravi responsabilità per il medico e, concorsualmente, per la stessa Struttura .

Art. 7.

(Linee guida)

- 1. Il Ministro della salute, avvalendosi dell'Istituto superiore di sanità, e previo parere del Consiglio superiore di sanità, definisce, con proprio decreto, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, linee guida contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita.*
- 2. Le linee guida di cui al comma 1 sono vincolanti per tutte le strutture autorizzate.*
- 3. Le linee guida sono aggiornate periodicamente, almeno ogni tre anni, in rapporto all'evoluzione tecnico-scientifica, con le medesime procedure di cui al comma 1.*

L'articolo 7) ha funzione e portata esclusivamente tecnico-scientifica, rimettendo alla valutazione dell'Istituto superiore di sanità su quali modalità impostarsi la procedura e la tecnica che consentano la procreazione medicalmente assistita. Linee guida rigide, e quindi non superabili dai medici e dalla Struttura scelta dalla coppia, fermo l'aggiornamento periodico, sempre ammissibile e comunque non dilazionabile oltre il triennio, a maggior garanzia del risultato ottimale della procedura.

Capo III

*DISPOSIZIONI CONCERNENTI
LA TUTELA DEL NASCITURO*

Art. 8.

(Stato giuridico del nato)

- 1. I nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6.*

L'articolo 8) assume particolare rilievo inserendo ex lege nell'ambito dei figli legittimi (in costanza di matrimonio) o riconosciuti (per coppie conviventi) i nati . In particolare l'ultima parte dell'articolo richiama la volontà di accedere alla tecnica in esame.

Innanzitutto viene ribadito, implicitamente, che il marito è il padre del figlio concepito durante il matrimonio e che si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando sono trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio stesso e non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, o dallo scioglimento o dalla cessazione degli effetti civili (divorzio).¹⁵⁶ Ma proprio in relazione alla pubblicità e formalità della procedura, si potrà ritenere superato anche il disposto dell'art. 233 c.c. che ritiene legittimo il figlio nato prima che siano trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio se uno dei coniugi, o il figlio stesso, non ne disconoscono la paternità (mater sempre certa): la coppia convivente che acceda alla tecnica in esame e poi celebri il matrimonio ed il figlio nasca prima dei centottanta giorni dalla celebrazione ha, con il proprio assenso, sancito un principio iuris et de iure di riconoscimento al figlio, e nemmeno lo stesso potrebbe impugnarlo con il disconoscimento della paternità, salvo, riteniamo, la prova difficilissima, della dimostrazione di una fecondazione eterologa, disconoscimento ammissibile solo per il figlio, visto il dettato del successivo articolo 9).

Quindi viene anche superato il dettato dell'art. 234 c.c. secondo e terzo comma, che implica la possibilità di prova anche per il concepito durante la convivenza e la possibilità per il figlio di reclamare lo stato di figlio legittimo, assumendo a piena certificazione di tale stato la procedura in esame. Ed a maggior ragione verrà meno l'art. 235 c.c..¹⁵⁷ come definito anche nel successivo art. 9).

Anche in tema di riconoscimento si avrà una concreta innovazione, considerandosi piena prova, ai sensi dell'art. 237 c.c.¹⁵⁸ Prova riconosciuta anche secondo il disposto dell'art. 242 c.c. che esclude, per il solo fatto della formale documentazione richiesta dalla approvanda legge in esame, ogni prova testimoniale.

¹⁵⁶ Così: Artt. 231 e 232 c.c..

¹⁵⁷ Così: Art. 324, Art. 235 c.c..

¹⁵⁸ Così: Art. 237 c.c..

Art. 9.

(Divieto del disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre)

- 1. Qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice.*
- 2. La madre del nato a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non può dichiarare la volontà di non essere nominata, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396.*
- 3. In caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi.*

Come soprarilevato, l'art.9) incide ulteriormente ai fini della qualità di figlio legittimo o riconosciuto, tutelandolo fortemente e inequivocabilmente anche nel caso di fecondazione eterologa, pur vietata, ma sempre possibile per fatto volontario. Pertanto viene stabilito che il coniuge o il convivente il cui consenso alla fecondazione eterologa sia ricavabile da atti concludenti (nel caso in esame, da atti non manifestamente contrari alla fecondazione eterologa, prova che riteniamo possa essere data anche per testimoni visto il primario interesse di tutela del figlio), contrariamente a quanto contenuto nell'art.235 c.c., **non** possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi:

- 1) se i coniugi non hanno coabitato nel periodo compreso tra il trecentesimo ed il centottantesimo giorno prima della nascita.
- 2) se durante il tempo predetto il marito era affetto da impotenza, anche solo di generare.

E nemmeno sarà attuabile il dettato dell'art. 236 c.c. comma 1° per il quale: " Il riconoscimento può essere impugnato per difetto di veridicità dall'autore del riconoscimento, da colui che è stato riconosciuto e da chiunque vi abbia interesse". Superandosi per evidente inapplicabilità anche i successivi due commi " L'impugnazione è ammessa anche dopo

la legittimazione. “ e “L’azione è imprescrittibile”.

Il punto 2) dell’art. 9) in esame esclude inoltre che la madre possa chiedere, ed ottenere come stabilito dal DPR 3 novembre 2000 n. 396, di non essere nominata, ed esclude altresì il dettato dell’art. 93) Codice sul trattamento dei dati personali ¹⁵⁹ nella parte in cui prevede la possibilità per la madre di non voler essere nominata.

Infine il punto 3) dell’articolo in esame stabilisce una decisiva tutela nei confronti del figlio della coppia che, pur in violazione della norma, sia ricorsa alla fecondazione eterologa, privando il donatore del gameti di qualsiasi relazione giuridica parentale con il nato, né esercitare qualsiasi diritto nei suoi confronti. Unica eccezione riteniamo sia la disposizione testamentaria, che però dovrà subire la disposizione in tema di legittima, rilevato che il nato non assume in alcun modo la qualità di figlio del terzo donatore.

Capo IV

REGOLAMENTAZIONE DELLE STRUTTURE AUTORIZZATE ALL’APPLICAZIONE DELLE TECNICHE DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

Art. 10.

(Strutture autorizzate)

1. *Gli interventi di procreazione medicalmente assistita sono realizzati nelle strutture pubbliche e private autorizzate dalle regioni e iscritte al registro di cui all’articolo 11.*
2. *Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano definiscono con proprio atto, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge:*
 - a) *i requisiti tecnico-scientifici e organizzativi delle strutture;*
 - b) *le caratteristiche del personale delle strutture;*
 - c) *i criteri per la determinazione della durata delle autorizzazioni e dei casi di revoca delle stesse;*
 - d) *i criteri per lo svolgimento dei controlli sul rispetto delle disposizioni della presente legge e sul permanere dei requisiti tecnico-scientifici e organizzativi delle strutture.*

Art. 11.

¹⁵⁹ Vedasi in ordine al Codice di cui alla Legge Delega 127/2001 quanto scritto nel presente lavoro.

(Registro)

1. È istituito, con decreto del Ministro della salute, presso l'Istituto superiore di sanità, il registro nazionale delle strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, degli embrioni formati e dei nati a seguito dell'applicazione delle tecniche medesime.

2. L'iscrizione al registro di cui al comma 1 è obbligatoria.

3. L'Istituto superiore di sanità raccoglie e diffonde, in collaborazione con gli osservatori epidemiologici regionali, le informazioni necessarie al fine di consentire la trasparenza e la pubblicità delle tecniche di procreazione medicalmente assistita adottate e dei risultati conseguiti.

4. L'Istituto superiore di sanità raccoglie le istanze, le informazioni, i suggerimenti, le proposte delle società scientifiche e degli utenti riguardanti la procreazione medicalmente assistita.

5. Le strutture di cui al presente articolo sono tenute a fornire agli osservatori epidemiologici regionali e all'Istituto superiore di sanità i dati necessari per le finalità indicate dall'articolo 15 nonchè ogni altra informazione necessaria allo svolgimento delle funzioni di controllo e di ispezione da parte delle autorità competenti.

6. All'onere derivante dall'attuazione del presente articolo, determinato nella misura massima di 154.937 euro a decorrere dall'anno 2002, si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 2002-2004, nell'ambito dell'unità previsionale di base di parte corrente «Fondo speciale» dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2002, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero della salute. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.

Gli articoli 109 e 11) hanno rilevanza specificatamente tecnica e regolamentare, e non precisano di alcun commento, salvo osservare che si dovrà sempre tener conto, ai fini della tutela del trattamento dei dati dei soggetti interessati, genitori e figli, delle disposizioni di cui al sopra ricordato Codice introdotto con Legge Delega 127/2001 in relazione alla legge 675/96.

Capo V

DIVIETI E SANZIONI

Art. 12.

(Divieti generali e sanzioni)

1. *Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti*

- estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro.*
- 2. Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro.*
- 3. Per l'accertamento dei requisiti di cui al comma 2 il medico si avvale di una dichiarazione sottoscritta dai soggetti richiedenti. In caso di dichiarazioni mendaci si applica l'articolo 76, commi 1 e 2, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.*
- 4. Chiunque applica tecniche di procreazione medicalmente assistita senza avere raccolto il consenso secondo le modalità di cui all'articolo 6 è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro.*
- 5. Chiunque a qualsiasi titolo applica tecniche di procreazione medicalmente assistita in strutture diverse da quelle di cui all'articolo 10 è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 100.000 a 300.000 euro.*
- 6. Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.*
- 7. Chiunque realizza un processo volto ad ottenere un essere umano discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad un altro essere umano in vita o morto, è punito con la reclusione da dieci a venti anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. Il medico è punito, altresì, con l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione.*
- 8. Non sono punibili l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche nei casi di cui ai commi 1, 2, 4 e 5.*
- 9. È disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo, salvo quanto previsto dal comma 7.*
- 10. L'autorizzazione concessa ai sensi dell'articolo 10 alla struttura al cui interno è eseguita una delle pratiche vietate ai sensi del presente articolo è sospesa per un anno. Nell'ipotesi di più violazioni dei divieti di cui al*

presente articolo o di recidiva l'autorizzazione può essere revocata.

L'articolo 12) assume particolare rilevanza (come peraltro il successivo), per la sua natura cogente e sanzionatoria, ad ulteriore conferma della delicatezza dell'argomento e della tutela del nato.

Esaminiamo pertanto il testo dell'articolo seguendo i suoi punti.

Il punto 1) risulta applicabile ai medici e agli specialisti che abbiano utilizzato gameti esterni alla coppia, che potrebbe in linea di massima, esserne all'oscuro, ma che, anche se ne fosse a conoscenza, vedrebbe la propria "responsabilità" attenuata dalla responsabilità degli "specialisti" scientifici che pongono in essere la tecnica.

Il punto 2) ed il punto 3) richiamano la disposizione dell'art. 5) e sanziona chi ne abbia consentito la violazione, e rimette alla dichiarazione con valenza di piena certificazione, da parte dei coniugi di alcuni elementi, esattamente quelli relativi alla minore età ed alla mancanza di coniugio e non contestuale convivenza, essendo ammissibile, ma forse un poco più improba, la dichiarazione di diversità di sesso, giacché la Struttura ed i medici potrebbero essere all'oscuro di un passaggio, quello della donazione del gamete

Il punto 4) riconferma la rilevanza del consenso informato che deve essere richiesto e rilasciato, e riteniamo che la disposizione in esame, pur ribadendo la necessità del consenso, non incida sull'esito della fecondazione, tanto che il figlio non subisce alcuna limitazione del suo status, a riprova della estrema tutela conferitagli.

Il punto 5) richiamando le Strutture sanitarie indicate nel testo normativo, sottolinea l'esigenza che una simile tecnica non venga lasciata nella disponibilità di Strutture inadeguate, ribadendosi anche se indirettamente, lo spirito di tutela, sia del figlio, sia, in questo caso, anche della coppia.

Il punto 6) con sempre più incidenti sanzioni pecuniarie mira a dissuadere la "commercializzazione" della tecnica, rendendola un mero strumento di lucro o di pubblicità e, comunque, tendente a sminuirne la prioritaria funzione di ausilio alla nascita.

Il punto 7) è, invece, molto più rilevante e la sanzione della perdita della libertà personale da dieci a venti anni richiama inequivocabilmente gli articoli del codice penale relativi ai reati contro la persona, unitamente alla pena accessoria della interdizione perpetua dalla professione medica.

Si tratta di un espresso divieto di clonazione umana.

Il punto 8) come più volte ritenuto, tende a ritenere "non punibili" i genitori.

Il punto 9) tende invece a ritenere "punibile" l'esercente la professione

sanitaria, proprio per la sua “ qualità” di specialista del settore, ponendo tale requisito come aggravante, ferma la maggior sanzione stabilita dal punto 7).

Il punto 10) ha natura sanzionatoria nei confronti della Struttura, secondo una graduazione opportuna. Sorge logico ritenere che, se la Struttura non sia a conoscenza per comportamento doloso dell'esercente la professione sanitaria della violazione della norma, abbia ampia azione di tutela nei suoi confronti, ferma però la propria “indifendibilità “ rilevata la precisa portata della sanzione.

Capo VI

MISURE DI TUTELA DELL'EMBRIONE

Art. 13.

(Sperimentazione sugli embrioni umani)

1. *È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano.*
2. *La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative.*
3. *Sono, comunque, vietati:*
 - a) *la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge;*
 - b) *ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo;*
 - c) *interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca;*
 - d) *la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere.*
4. *La violazione dei divieti di cui al comma 1 è punita con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro. In caso di violazione di uno dei divieti di cui al comma 3 la pena è aumentata. Le circostanze attenuanti concorrenti con le circostanze aggravanti previste dal comma 3 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste.*
5. *È disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio*

professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo.

L'art.13) riveste incidenza estrema ed innovativa nel mondo scientifico: con esso viene sancito un inderogabile principio di tutela dell'embrione che lo colloca nell'ambito dei soggetti di diritto al pari degli esseri umani.

A tal fine è vietata la ricerca e la sperimentazione non solo sull'embrione, ma per estensione, su tutti gli embrioni e tramite gli embrioni, salvo che, tale ricerca o sperimentazione sia destinata alla salvaguardia dell'embrione stesso e solo se non vi siano soluzioni metodologiche alternative.

Vengono così lasciate alla ricerca ed alla metodologia allo stato esistente le alternative alla ricerca e sperimentazione, restando il dubbio del come si debba intendere possibile l'alternatività e, conseguentemente, viene attribuito al medico (inteso in senso lato) il potere decisionale e attribuendo allo stesso anche le inerenti responsabilità legate alla scelta.

Il punto 3 dell'articolo in esame, vieta categoricamente una serie di attività esaustivamente indicate e formalmente e sostanzialmente ineludibili:

- a) la prima è relativa al divieto di sperimentazione sull'embrione umano. Ovviamente è fatto salvo il precedente punto, che, ferma sempre la preliminare alternativa se esistente, tutela proprio l'embrione, mentre la pura sperimentazione sarebbe destinata a scopi diversi dalla cura di quell'embrione. Viene così evidenziato anche come oggetto primario di tutela sia quell'embrione, inteso come realtà esistente ed essenziale, che non può essere sacrificato nemmeno per un futuro prodotto di cura per altri embrioni. C'è la prevalenza della soggettività sul genere, un passo decisivo verso la piena identificazione dell'embrione come vero essere umano .
- b) la seconda è diretta al divieto di ogni forma di ingegneria genetica che non sia mirata al bene dello stesso embrione cui è destinata. La ricerca scientifica sugli embrioni, oggi non è più legata alla finalità di vincere la sterilità delle coppie, ma persegue altri scopi del tutto autonomi.¹⁶⁰ L'embrione non può essere usato come un

¹⁶⁰ Così M. Aramini, Introduzione alla bioetica, Op.cit. pag. 204, che richiama il rapporto Warnok (A question of life. The Warnok Report on human fertilisation embryology, Basil Blackwell, Oxford, 1985, che suggerì di rendere lecita la sperimentazione sugli embrioni, sino

oggetto, è molto di più e la manipolazione genetica si pone come una tecnica dell'ingegneria genetica che sviluppa esperienze per la alterazione del patrimonio genetico, per trasferire parti del patrimonio ereditario da un organismo vivo ad un altro per operare nuove combinazioni di geni al fine di giungere, nella riproduzione assistita al concepimento di una persona con caratteri differenti o per superare qualche malattia congenita. Il che non si pone solo in termini positivi, in quanto, pur con uno scopo nobile, il mezzo per

al 14 giorno dalla fecondazione. Concordiamo con l'A. nell'osservare che tale Rapporto "non ha visto nel 14° un elemento di soglia capace di mutare lo statuto dell'embrione" ma è da intendersi comunque come un primo tentativo di freno alla sperimentazione incontrollata sugli embrioni. L'A. indica poi un'serie di sperimentazioni per nulla legate alla soluzione della sterilità della coppia, come, "a) gli embrioni umani vengono usati per valutare tecniche contraccettive. Rientrano in quest'ambito i vaccini distruttivi della zona pellucida dell'ovulo. L'efficacia di tali vaccini viene poi testata con tentativi di fecondazione in vitro. B) lo studio delle proprietà delle cellule staminali di embrioni fecondati in vitro per valutare la loro utilizzabilità nel trapianto terapeutico in altri pazienti. Questa ricerca sembra particolarmente promettente perché le cellule embrionali non danno origine a fenomeni di rigetto. Il morbo di Parkinson è una delle malattie che si cerca di curare, soprattutto in soggetti giovani, con l'immissione di cellule delle ghiandole surrenali dei feti in alcune zone del cervello. Tali cellule sono capaci di produrre la dopamina, la cui mancanza provoca la malattia. C) lo studio della terapia genica; essa consiste nell'introduzione in organismi e in cellule umane di un gene, cioè di un frammento di DNA che ha l'effetto di prevenire e/o curare una condizione patologica, allo scopo di curare un embrione in cui è stato individuato un gene mutante. D) l'elaborazione di tecniche diagnostiche che consentano di individuare difetti genetici negli embrioni fecondati in vitro (diagnostica preimpianto). Lo scopo di questi studi è quello di impiantare in utero solo embrioni esenti da difetti genetici". La conseguenza di tali impostazioni sarà che, da un lato si avrà una forte produzione di embrioni allo scopo di ricercare quello buono, e da qui "nascerà un affinamento delle tecniche di diagnosi preimpianto con una deriva pericolosa perché nessuno sarà mai in grado di fare una lista delle malattie veramente gravi, dalla mucoviscidosi alla distrofia muscolare che giustifichino la soppressione del futuro portatore: il diritto naturale vi si oppone".

161 Sul punto vedasi anche M.H. Diniz, O estado atual do biodireito, Op. cit. pagg. 422 -423, ove vengono analizzati gli aspetti inquietanti del problema, tali da pervenire "all'apertura di un vaso di Pandora portatore di disgrazie imprevedibili alle future generazioni".

162 Cis' M, Aramini, Introduzione alla bioetica, Op. cit. pag. 196;

163 Su tali linee anche M.H. Deniz, O estado atual do biodireito, Op. Cit. che, a pag. 425, osserva "Constituem atos atentatórios ao patrimônio genético da humanidade e à dignidade do ser humano não apenas as manipulações em embriões humanos sem qualquer finalidade terapêutica, tendo por objetivo o desenvolvimento de investigações ou experimentações ou a eugenia negativa, como também as tentativas de alterar patrimônio genético de significativos grupos sociais, como os deficientes, negros, indígenas, etc.. para obtenção de "melhora" em seu acervo genético, mediante seleção negativa de traços geneticamente indesejáveis, com redução artificial dos genes deletérios, visando a criação de um suposto genoma perfeito, por meio de técnicas de depuração genética e a solução de certos problemas sociais. Não seria isso uma modalidade de genocídio?"

164 Ci pare che tale forzatura della natura sia già stata pericolosamente anticipata dall'uso di mangimi per erbivori contenenti farine di carne, tramutando innaturalmente, l'erbivoro in onnivoro, con la tragica conseguenza della sindrome della "mucca pazza".

perseguirlo si dimostrerebbe iniquo se prevaricasse su altre realtà.¹⁶¹ E medesima tutela deve godere il gamete, nulla mutando da quella del pro embrione, collocandosi in stretta sintonia con quest'ultimo.

- c) La terza è relativa a proibire gli interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca, quindi il divieto è assoluto con riferimento alle ipotesi determinate. Appare qui il termine clonazione, termine in un certo senso "magico", che suscita stupori ed inquietudini uniche. Nella fecondazione umana assistita l'intervento della tecnica di clonazione ha superato la necessità dell'unione ineludibile dei due gameti, maschile e femminile, ricollocandosi fra le tecniche della riproduzione asessuata. Nella riproduzione asessuata viene collocata anche la fissione gemellare o geminazione indotta, che riproduce artificialmente quella che avviene in natura nella gemellarità monoculare. E quindi "dato che le cellule dell'embrione sino al 14° giorno sono totipotenti, cioè in grado di dare o rigine ad un embrione completo, se si scinde una cellula embrionale, si ottiene un embrione gemello dell'embrione cui è stata prelevata la cellula".¹⁶² Appare quindi corretto proibire la manipolazione delle cellule umane germinative e totipotenti, al fine proprio di evitare una alterazione della discendenza del donatore del gamete dovuta all'interferenza nella regolare trasmissione del patrimonio genetico, il che porterebbe a conseguenze impreviste ed imprevedibili.¹⁶³ Pertanto risulta perfettamente corretto il divieto manifestato dal legislatore.
- d) La quarta è relativa alla proibizione della fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere. Il dettato è breve, incisivo ed inequivocabile. Da simile tecnica non sorgerebbe altro che un'aberrazione della natura, assolutamente ingiustificabile ed inammissibile.¹⁶⁴ Nel caso in esame, in più, non si potrebbe nemmeno discutere della essenza umana dell'embrione e della sua tutela, dovendo giungere alla conclusione della sua non umanità artificiale, e legata, "contro natura", comunque anche a geni umani.

I successivi punti 4 e 5) stabiliscono precise e pesanti sanzioni oltre alla

pena accessoria dell'interdizione dalla professione medica.

Art. 14.

(Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni)

- 1. È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194.*
- 3. Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre.*
- 3. Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile.*
- 4. Ai fini della presente legge sulla procreazione medicalmente assistita è vietata la riduzione embrionaria di gravidanze plurime, salvo nei casi previsti dalla legge 22 maggio 1978, n. 194.*
- 5. I soggetti di cui all'articolo 5 sono informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell'utero.*
- 6. La violazione di uno dei divieti e degli obblighi di cui ai commi precedenti è punita con la reclusione fino a tre anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro.*
- 7. È disposta la sospensione fino ad un anno dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno dei reati di cui al presente articolo.*
- 8. È consentita la crioconservazione dei gameti maschile e femminile, previo consenso informato e scritto.*
- 9. La violazione delle disposizioni di cui al comma 8 è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro.*

L'art.14) in esame offre, anch'esso, una decisa limitazione legale, stabilendo, come regola generale, al punto 1) il divieto della crioconservazione e soppressione degli embrioni, con l'inciso comunque, della salvaguardia offerta dalla legge 194/78 sull'interruzione della

gravidanza.¹⁶⁵ Sul punto vale ora affrontare una nota questione: se il momento iniziale della vita si identifichi con la fecondazione dell'ovulo da parte dello spermatozoo, o se inizi con l'attecchimento dell'ovulo fecondato nell'utero.

E' evidente come le conseguenze sia totalmente opposte, e implicino considerazioni giuridiche relevantissime, ponendo la distruzione dell'embrione non inserito nell'utero o espulso non per scopi terapeutici (legge 194/78) nell'area delle azioni penalmente sanzionabili, o meglio, in assenza di una specifica normativa che consenti di considerare omicidio tale fatto, quanto meno nella sfera sanzionatoria stabilita nel testo di legge in esame.

Fermo tale principio generale, sono poste nei successivi punti, le eccezioni:

Innanzitutto viene affrontato il problema del numero di embrioni: fermo restando il richiamo all'art.7), il numero di embrioni deve essere strettamente limitato a quanto necessario per l'intervento e per un solo impianto, eventualmente di più embrioni, ma solo ed esclusivamente contestualmente, e comunque il numero non può essere superiore a tre. Quindi viene ribadito il principio che una molteplicità di embrioni sia del tutto illegittima in quanto non terrebbe conto della natura umana degli stessi e si offrirebbe a possibili usi non consentiti.¹⁶⁶

165 Sulla crioconservazione e le sue inerenti conseguenze negative per l'embrione in eccesso, sono concordi anche Autori di Paesi nei quali non è tutt'ora ammessa l'interruzione della gravidanza, così P. Matunho da Silva, A procriação artificial – aspectos jurídicos, Coimbra, 1986, pag. 64; M.H.Diniz, O estado atual de biodireito, Op.cit. pag. 427.

166 Sull'uso di embrioni per scopi diversi dalla procreazione, vedasi M. Aramini, Introduzione alla bioetica, Op. cit. pag. 251 – 252 "La tutela della salute del nascituro implica che le tecniche di fecondazione artificiale non siano adoperate con fini eugenetici (selezionare cioè l'impianto migliore) come sempre più frequentemente si fa, ma siano impiegate quali strumenti per eliminare le malattie ereditarie ...Sulla sorte degli embrioni le posizioni sono chiare: da una parte abbiamo la posizione radicale di chi non li considera per nulla persone umane e, tanto meno, degni di particolare tutela (Engelhardt, Singer, M.A Warren, M. Toolley) "e prosegue richiamando come con tesi vicina a quella radicale, vi siano altri autori (come ad esempio Mc Laren) che parlano di pre-embrione, che, nei primi giorni di vita è solo un grappolo di cellule. Concordiamo con chi, come l'A., ritenga che la vita dell'embrione umano deve essere riconosciuta, come ogni altra vita umana, inviolabile e non strumentalizzabile ad alcun fine esterno. Concorde sulla linea del riconoscimento della vita umana all'embrione, è anche M.H. Deniz, O estado atual do biodireito, Op.cit. pag.428 per la quale "Embora a vida se inicie com a fecundação e a vida viavel com a gravidez, que se dá com a nidação.... Convem repetir, que, na verdade, o começo da consideração jurídica da personalidade è o momento da penetração do espermatozoide no ovulo, mesmo fora de corpo da mulher, por isso, repudiamos não só qualquer tipo de experimentação não terapêutica com embriões, mas também técnicas de fecundação in vitro que implique a perda de ovulos fecundados, por haver um sacrifício de vidas humanas, colocadas sob a proteção da norma constitucional:"L'Autrice ritiene utilizzabile l'embrione per scopi diversi dalla procreazione, solo se l'embrione sia clinicamente morto e con il consenso di coloro che gratuitamente hanno ceduto i gameti. E sottolinea come, se si considera biologicamente ottenuto un essere umano con la fecondazione, essere umano con il suo patrimonio genetico, tale essere dovrà godere

Il punto 3.dell'articolo disciplina l'ipotesi che il ove il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile.

Quindi due elementi da rilevare: a) grave e documentata causa di forza maggiore; b) non prevedibilità della stessa al momento della fecondazione; solo in presenza di questi principi si potrà riconservare gli embrioni, ma sempre nel numero massimo di tre e tenerli pronti al trasferimento non appena le condizioni lo consentano. E' evidente come si possano verificare situazione di abuso, con inerente responsabilità per il medico, responsabilità gradatamente peggiore se si giungesse alla distruzione dell'embrione per falsa indicazione della grave causa di forza maggiore.

Il punto 4 dell'articolo in esame, in perfetta coerenza con i precedenti punti, vieta la riduzione embrionaria di gravidanze plurime, affinché non venga eluso il principio dell'uso di un ristretto numero di embrioni e solo di quelli ai fini del trattamento. Come sempre reato salve le disposizioni in ordine alla legge sull'interruzione della gravidanza .

I soggetti di cui all'articolo 5 (cioè le coppie di sesso diverso e in età fertile) devono essere informati su quanti embrioni siano stati prodotti e quale sia lo stato di salute degli stessi, rivolgendosi tale punto non solo a tutela dell'embrione ma anche di quella della madre.

I successivi punti 6 e 7) ribadiscono le sanzioni applicabili in caso di violazione della norma sopra esposta.

di tutela giuridica anche fuori dall'utero. S. Leone, Manuale di bioetica, Op.cit. pagg. 66-71 richiama le problematiche sopraesposte, confermando che è al momento della fecondazione che avviene l'unione di due patrimoni genetici determinando la "novità biologica" del concepito. "Prima di questo evento vi è solo una cellula materna (l'ovocita) e una paterna (lo spermatozoo) . Solo con la formazione dello zigote siamo in presenza di una nuova entità biologica il cui assetto genetico sarà assolutamente nuovo, originale, diverso da quello di tutte le cellule del padre e della madre. Quindi non dovrebbero esservi dubbi sul fatto che la vita del nuovo individuo inizi al momento della fecondazione "l'A. riconosce che esistono però altre correnti di pensiero, e tra esse vi è quella che colloca l'inizio della vita nel momento in cui: - viene definitivamente persa la totipotenza delle cellule embrionali (e quindi la gemellarità è ormai impossibile);-l'embrione si impianta nell'utero (non rientrando più in quel 70% di perdite precoci (stimate);- compare la stria primitiva che costituisce il vero inizio della differenziazione tissutale e organica . ""Questo progetto avviene tra il 5° e il 7° giorno dalla fecondazione e si completa al 14 ° giornoMa anche questa tesi non regge ad una rigorosa analisi, rivelandosi inadeguata a sconfessare con razionalità argomentativa quella precedente ...Nonostante tali considerazioni vi è chi sposta ancora più in giù la data di comparsa dell'individualità umana, ponendola verso l'8 settimana, epoca in cui comincia la corticalizzazione, cioè la comparsa della corteccia cerebrale".

Capo VII
DISPOSIZIONI FINALI E TRANSITORIE

Art. 15.

(Relazione al Parlamento)

- 1. L'Istituto superiore di sanità predispone, entro il 28 febbraio di ciascun anno, una relazione annuale per il Ministro della salute in base ai dati raccolti ai sensi dell'articolo 11, comma 5, sull'attività delle strutture autorizzate, con particolare riferimento alla valutazione epidemiologica delle tecniche e degli interventi effettuati.*
- 2. Il Ministro della salute, sulla base dei dati indicati al comma 1, presenta entro il 30 giugno di ogni anno una relazione al Parlamento sull'attuazione della presente legge.*

L'art.15), per sua stessa definizione è inerente ad una prassi informativa da parte dell'Istituto Superiore della Sanità al Ministero della salute, al fine di monitorare lo stato attuativo della tecnica e di successiva presentazione al Parlamento sulla reale attuazione della legge in esame.

Art. 16.

(Obiezione di coscienza)

- 1. Il personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie non è tenuto a prendere parte alle procedure per l'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita disciplinate dalla presente legge quando sollevi obiezione di coscienza con preventiva dichiarazione. La dichiarazione dell'obiettore deve essere comunicata entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge al direttore dell'azienda unità sanitaria locale o dell'azienda ospedaliera, nel caso di personale dipendente, al direttore sanitario, nel caso di personale dipendente da strutture private autorizzate o accreditate.*
- 2. L'obiezione può essere sempre revocata o venire proposta anche al di fuori dei termini di cui al comma 1, ma in tale caso la dichiarazione produce effetto dopo un mese dalla sua presentazione agli organismi di cui al comma 1.*
- 3. L'obiezione di coscienza esonera il personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie dal compimento delle procedure e delle attività specificatamente e necessariamente dirette a determinare l'intervento di procreazione medicalmente assistita e non dall'assistenza antecedente e conseguente l'intervento.*

L'art. 16) ricalca l'art. 13) della legge 194/78 sull'interruzione della gravidanza.

Viene così riconosciuto al personale sanitario ed esercente le attività sanitarie ausiliarie di manifestare obiezione di coscienza da comunicarsi preventivamente all'applicazione della tecnica, con comunicazione da inviarsi / manifestarsi al direttore rispettivamente dell'azienda ospedaliera o sanitaria locale, nel caso di personale dipendente dalle stesse, o al direttore sanitario nel caso di personale dipendente da strutture private o accreditate. Il termine per la comunicazione è di tre mesi dall'entrata in vigore della legge, termine non essenziale, ma indicativo in quanto l'obiezione, e ciò ci pare in perfetta sintonia con il rispetto della coscienza del personale interessato, potrà essere presentata in qualsiasi momento, ma con efficacia a far tempo da un mese dalla sua presentazione ai soggetti precedentemente richiamati. Tale termine riteniamo abbia a una funzione sia burocratica sia pratica, per consentire in quest'ultimo caso, di non interrompere una tecnica iniziata.

L'ultimo punto dell'articolo 16) pur esonerando l'obiettore dalla partecipazione attiva alla tecnica, non lo esonera dal compimento di tutta l'attività precedente e successiva all'intervento, non facendo così venir meno la professionalità medica né la libera scelta sulla partecipazione o meno .

Art. 17.
(Disposizioni transitorie)

- 1. Le strutture e i centri iscritti nell'elenco predisposto presso l'Istituto superiore di sanità ai sensi dell'ordinanza del Ministro della sanità del 5 marzo 1997, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 55 del 7 marzo 1997, sono autorizzati ad applicare le tecniche di procreazione medicalmente assistita, nel rispetto delle disposizioni della presente legge, fino al nono mese successivo alla data di entrata in vigore della presente legge.*
- 2. Entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, le strutture e i centri di cui al comma 1 trasmettono al Ministero della salute un elenco contenente l'indicazione numerica degli embrioni prodotti a seguito dell'applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita nel periodo precedente la data di entrata in vigore della presente legge, nonché, nel rispetto delle vigenti disposizioni sulla tutela della riservatezza dei dati personali, l'indicazione nominativa di coloro che hanno fatto ricorso alle tecniche medesime a seguito delle quali sono stati formati gli embrioni. La violazione della disposizione del presente comma è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 25.000 a 50.000 euro.*
- 3. Entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge il Ministro della salute, avvalendosi dell'Istituto superiore di sanità,*

definisce, con proprio decreto, le modalità e i termini di conservazione degli embrioni di cui al comma 2.

Art. 18.

(Fondo per le tecniche di procreazione medicalmente assistita)

- 1. Al fine di favorire l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita da parte dei soggetti di cui all'articolo 5, presso il Ministero della salute è istituito il Fondo per le tecniche di procreazione medicalmente assistita. Il Fondo è ripartito tra le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano sulla base di criteri determinati con decreto del Ministro della salute, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano.*
- 2. Per la dotazione del Fondo di cui al comma 1 è autorizzata la spesa di 3,4 milioni di euro per l'anno 2002 e di 6,8 milioni di euro a decorrere dall'anno 2003.*
- 3. All'onere derivante dall'attuazione del presente articolo si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 2002-2004, nell'ambito dell'unità previsionale di base di parte corrente «Fondo speciale» dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2002, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero medesimo. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.*

Gli ultimi due articoli non hanno rilevanza diretta sul mondo etico-giuridico, ma solo funzione amministrativa di copertura di bilancio .

INGEGNERIA GENETICA

L'ingegneria genetica costituisce il punto di avvio di una nuova sperimentazione ed applicazione delle ricerche che apre scenari totalmente nuovi nell'ambito della vita umana.

Tale impostazione non può prescindere da una valutazione critica dei rischi insiti in un simile contesto, soprattutto qualora la ricerca venga "strumentalizzata" esclusivamente o prioritariamente, ai fini di un progetto economico, legato alla brevettabilità di quanto scoperto, ed alla sua inerente collocazione in commercio.

Tali basi potrebbero altresì portare a quella che è definita la *eugenetica selettiva*, cioè incidente sull'essere umano, come nel caso di interventi pre implantatori nella FIVET, che porrebbero in rilievo il nuovo approccio al patrimonio genetico, non più considerato tale in quanto proprio di ciascun soggetto, ma in quanto possibile di variazioni e manipolazioni.

Non si sarebbe molto lontani, in caso di eccessi, dalle tragiche posizioni ideologiche razziali del secolo scorso, sostituendosi alla superiorità della razza, la superiorità genetica.

Ciò non vuol dire che la genetica ponga posizioni acriticamente negative, ma implica la necessità di regolamentare l'intera materia o, quanto meno, di porre estrema attenzione nel suo utilizzo.

Sicuramente viviamo in un'epoca nella quale la transizione genera incertezza, ma non esclude profonde soluzioni positive come la soluzione a malattie di origine ereditaria, e tutto ciò è legato al progetto del genoma umano che ha consentito e consente una sempre più profonda conoscenza della fisiologia umana.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Sul concetto di ingegneria genetica vedasi anche M. Aramini, Introduzione alla bioetica, Op.cit., pag.176 "Per ingegneria genetica si intende ogni tecnica di trattamento del DNA, quindi ogni intervento mirante modificare il patrimonio genetico con qualsiasi finalità. A questo proposito bisogna ricordare che nel DNA è scritto il progetto di ogni vivente, sia esso un semplice batterio o un essere umano. Il progetto è l'insieme di informazioni che istruisce la formazione di proteine, cellule, e, quindi, degli organismi nella loro interezza. A sua volta il DNA è generalmente racchiuso nei cromosomi, piccoli corpiccioli presenti nel nucleo delle cellule. Come detto il DNA (acido DessoriboNucleico) è il materiale depositario dell'informazione genetica di quasi tutti gli organismi.; esso è formato dallo zucchero dessoribosio, da fosfato e da quattro sostanze chiamate basi azotate:adenina, citosina, guanina e timina. Queste quattro sostanze sono l'alfabeto base del DNA; tutti i progetti viventi hanno un diverso DNA, che, a sua volta è costituito da diverse combinazioni delle lettere base."

All'interno delle cellule, nel loro nucleo, si trovano i cromosomi cioè delle strutture bastoncellari composte da un duplice filamento di acido desossiribonucleico (DNA). Tale acido è costituito da uno zucchero, il desossiribosio e da quattro basi azotate in successione.

“La sequenza di tali basi , riunite in gruppi di tre (triplette o *codon*) fornisce un *codice* detto appunto genetico, in base al quale vengono ordinati in successione gli amminoacidi che sono i costituenti delle proteine. Il tratto di cromosoma che, più o meno lungo, che codifica una determinata proteina viene chiamato *gene*”.

Pertanto, considerato come vi siano molteplici combinazioni di sequenze amminoacidiche, tipiche di ogni proteina, “l'enorme numero di proteine diverse contenute nell'organismo e la dislocazione del codice genetico su 23 cromosomi, ci si rende conto della straordinaria difficoltà a sequenziare sui cromosomi l'esatta successione delle triplette, cioè a decifrarne il codice genetico umano. E' esattamente quello che si è proposto il *progetto genoma*, progetto che anticipando i tempi sulla prevista data del 2003, una struttura privata statunitense, è riuscita a concluderlo dandone l'annuncio il 27 giugno 2000 e la lettura del genoma umano consente pertanto di intervenire su di esso ,e , quindi consente la maggior parte delle manipolazioni genetiche.¹⁶⁸

Tali manipolazioni , a secondo delle tecniche attuate vengono classificate principalmente in:

- Microiniezione
- Fusione cellulare
- Trasferimento del DNA
- DNA ricombinante

La prima è la tecnica più semplice e consiste nell'introduzione di geni esogeni nel nucleo di un'altra cellula, nucleo che incorpora i geni nel suo DNA.

La seconda consiste nella fusione tra due cellule portandole a ibridizzare il loro patrimonio genetico che si esprime così nella sua totalità.

La terza indica un termine generico con il quale possono essere indicate tre metodiche aventi in comune il passaggio di DNA , da un batterio o un virus a un'altra cellula.

168 Così S.Leone,Manuale di bioetica, Op.cit. pagg.113 – 114.

La quarta indica la tecnica maggiormente applicata e meglio della altre indicativa del termine di *ingegneria genetica* ¹⁶⁹

Ora, sugli aspetti tecnici della mappazione del genoma si è scritto molto e profondamente, e rinviamo alla vasta bibliografia scientifica sul punto, cercando di accentrare l'attenzione sugli aspetti giuridici.

Sin dalla conferenza di Asilomar del 1975 si era percepita la necessità di una regolamentazione della sperimentazione genetica e delle applicazioni biotecnologiche.

Nel 1977 il *National Institute of Health* degli Stati Uniti ha pubblica le *Guidelines for Research Involving DNA Molecules* ed il nostro *Comitato nazionale per la Bioetica* (CNB) ¹⁷⁰ ha pubblicato una serie di importanti documenti negli anni 1991-1999 , ed ha raccomandato che venga posta attenzione affinché le nuove conoscenze non portino a discriminazioni e ineguaglianze giustificate sul piano delle differenze genetiche.

Nel 1997 il parlamento europeo è intervenuto con una specifica risoluzione sulla *clonazione* (12 marzo 1997) ¹⁷¹ a cui ha fatto seguito il Protocollo Addizionale alla "Convenzione di Oviedo" , sul divieto di clonazione di esseri umani , del 12 gennaio 1998, sulla quale (Convenzione) torneremo a discutere.

Pertanto occorre accentrare l'attenzione sul rapporto esistente fra il progetto genoma ed i diritti umani innanzitutto e successivamente approfondire specifici aspetti dell'applicazione della tecnica genetica.

E' essenziale che l'ingegneria genetica non si collochi contro il principio assoluto del diritto alla vita , alla dignità umana , alla libertà ed all'uguaglianza, senza alcuna distinzione o priorità fra essi, ma considerandoli un tutt'uno organico ed inscindibile.

Senza scordare peraltro gli esseri diversi dall'uomo, i cui diritti devono essere parimenti osservati e rispettati, pur se in una certa subalternità all'essere umano.

169 Sempre così S. Leone, Manuale di Bioetica ,Op.cit. pagg.114 -115 , indicando ampiamente l'A. la portata delle tecnologie sopracitate e soffermandosi nelle pagine successive sull'applicazione pratica delle stesse , soprattutto in ambito diagnostico, senza assolutamente trascurare l'aspetto etico del problema.

170 Il Comitato nazionale per la Bioetica – CNB- è stato istituito con Dec. Pres.Cons.Ministri il 28 marzo 1990.

171 Ampiamente sul punto, M. Aramini, Introduzione alla Bioetica, Op.cit. pagg. 181 – 183, ribadendo anch'Egli i principi etici che debbono governare la materia in quanto accanto agli interventi di tipo terapeutico possono coesistere finalità diverse, mirate alla creazione di ibridi, il tutto reso possibile dallo "svilimento assiologico e metafisico dell'uomo per cui non si vede più la differenza fra l'uomo e gli altri organismi biologici (animali e vegetali) e pertanto non si vede alcuna ragione dall'astenersi dalla manipolazione dell'uomo.... L'aspetto più incoraggiante dell'ingegneria genetica è la possibilità di curare molte malattie attraverso la terapia genica. Il progetto genoma sta allargando il campo della diagnosi e affina le capacità predittive della medicina." Pagg.183-185 Op.cit..

La stessa Giurisprudenza ha riconosciuto l'esigenza del pieno rispetto degli animali in quanto veri e propri esseri viventi, dotati di una loro propria sensibilità psico-fisica, soggetti come l'uomo agli stimoli del dolore ed ai limiti di tollerabilità della stessa.¹⁷²

E quindi è ben recepibile anche in tale ambito sperimentale l'obiezione di coscienza, come riconosciuto dalla legge 12 ottobre 1993 n. 413.

Fermo quindi il dovuto rispetto per gli animali, esaminiamo alcune possibili conseguenze giuridiche della sperimentazione su tali esseri, senza soffermarci sulla immaginifica creazione di una *chimera*, sia essa mezzo uomo e animale, sia composta da animali diversi.

E' evidente che l'utilizzo di parti di organismo animale, anche nell'ambito della comune tecnica dei trapianti, potrebbe generare rischi gravissimi.

L'utilizzo di parti animali, esempio fegato o reni o cuore, al di là dei problemi di rigetto trattati con l'intervento di tecniche genetiche, potrebbero svegliare virus sino a quel momento pacificamente addormentati nelle cellule dell'animale e, con loro, in perfetta simbiosi, per scatenarsi nell'organismo umano, sia singolarmente (il soggetto trattato) sia diffondendosi a livello epidemiologico.

La presenza di virus come l'HIV¹⁷³ o Ebola, trasmessi all'uomo dai primati, con i quali convivevano pacificamente, sono la prova evidente

172 Così, Cass. Pen., sez.III, 14.3.1990 ; e Decr.lgs. 27.1.1992 n.116 che all'art.4 disciplina le modalità di sperimentazione sugli animali.

173 Sulla diffusione del virus HIV vedasi quanto scritto da M.C. Re, www.portaledibioetica.it, **Diagnosi e monitoraggio virologici dell'infezione HIV**"La storia dell'AIDS (Acquired immuno-deficiency syndrome o Sindrome da immuno-deficienza acquisita) è iniziata nel Giugno **1981**, quando il CDC (Centers for Disease Control and Prevention) di Atlanta, negli U.S.A., segnalò la presenza di casi di polmonite da *Pneumocystis carinii* (un microrganismo a metà strada tra protozoi e miceti, sino ad allora noto per la capacità di causare una rara forma di polmonite, esclusivamente in soggetti affetti da una evidente compromissione del sistema immunitario, come i nati prematuri o i soggetti con deficit genetici della risposta immune) in diversi omosessuali maschi di Los Angeles. Si vide subito che la patologia (inizialmente definita "gay pneumonia" o "polmonite dei gay") si accompagnava alla presenza di sostanziali lesioni del sistema immune che, non essendo legate alla presenza di alterazioni genetiche, era necessario ammettere fossero state acquisite tardivamente, per cause esterne. Poco dopo, si mise in evidenza che, oltre alla polmonite da *Pneumocystis carinii*, e non solo tra gli omosessuali di sesso maschile, ma anche tra i tossicodipendenti o i soggetti sottoposti a trafilazione di sangue o a somministrazione di emoderivati, era evidenziabile, sia pure con diversa frequenza, la comparsa di infezioni o di manifestazioni tumorali (sarcoma di Kaposi) raramente riscontrabili in soggetti capaci di una normale risposta immune. Nel **1982** questo insieme di patologie vennero comprese nella denominazione di "Sindrome da immunodeficienza acquisita" (AIDS: Acquired ImmunoDeficiency Sindrome) e, anche per la presso che contemporanea dimostrazione della possibilità di trasmissione materno-fetale della patologia, si ipotizzò che alla sua radice dovesse trovarsi un agente infettante (un virus), in grado di trasmettersi soprattutto con il sangue (durante rapporti sessuali, con le trasfusioni, per via diaplacentare dalla madre al feto, etc) e capace di colpire elettivamente le cellule coinvolte nella risposta immunitaria.

Nel **1983** Luc Montagnier in Francia e Robert Gallo negli U.S.A. sono riusciti ad identificare il virus responsabile dell'AIDS, virus oggi denominato **HIV** (human immunodeficiency virus) e di cui si conoscono due tipi, denominati rispettivamente HIV-1 ed HIV-2, tra i quali HIV-1 è il tipo largamente più diffuso e di maggiore patogenicità.

L'identificazione e l'isolamento in colture cellulari del virus responsabile della sindrome da immunodeficienza acquisita, ha reso possibile la preparazione di una serie di reagenti diagnostici, alcuni dei quali (preparazioni di antigeni virali), disponibili in commercio sin dal **1985**, hanno reso immediatamente possibili le procedure diagnostiche per l'accertamento di infezione oggi definite di "primo livello" e lo screening preliminare dei donatori di sangue o di organo, nonché le preparazioni di immunoderivati, consentendo di portare il rischio di trasmissione dell'infezione (almeno il rischio iatrogeno, oltretutto quello legato a procedure o interventi sanitari) a livelli assai prossimi allo zero.

Dal 1985 ad oggi, sono stati compiuti numerosi progressi nelle conoscenze sulla patogenesi della malattia, nei procedimenti diagnostici e nelle applicazioni terapeutiche.

Tuttavia l'AIDS rimane ancora oggi una malattia gravemente invalidante sia sul piano fisico sia sul piano psicologico e delle relazioni sociali e, quello che più conta, rappresenta una patologia che, nella quasi totalità dei casi, è destinata a concludersi, anche se dopo un periodo di tempo molto più lungo che in passato, nel definitivo collasso del sistema immunitario e nell'esito infausto.

La grande variabilità antigenica di HIV, il fatto che, come tutti i retrovirus, HIV sia in grado, già nella prima fase di contatto con l'organismo, di inserire il proprio genoma - in forma di DNA provirale - nel genoma di una serie di cellule bersaglio specifiche, alcune delle quali rappresentano veri e propri santuari protetti dagli effettori della risposta immune e la mancanza di efficacia della risposta immune che si verifica nel corso dell'infezione naturale, con la conseguente totale assenza di "guarigioni spontanee", sono tutti fattori che rendono l'allestimento di un vaccino preventivo estremamente improbabile. La prevenzione della malattia, quindi, è (ed è destinata a rimanere per lungo tempo) esclusivamente legata alla adozione di misure efficaci nel prevenire il contagio. Nel caso dell'infezione iatrogena, come abbiamo già detto, lo screening accurato dei donatori di sangue, dei donatori di organi o tessuti per i trapianti, il controllo delle preparazioni di emoderivati, l'isolamento funzionale e la corretta gestione dei pazienti infetti da HIV, etc, hanno praticamente azzerato il rischio di trasmissione dell'infezione legato ad interventi sanitari. Più difficile è, ovviamente, la situazione nella normale popolazione, soprattutto nei Paesi in via di sviluppo (ai quali appartiene più dell'80% dei circa 40 milioni di casi di AIDS presenti nel mondo alla fine del 2001) o in collettività con peculiari atteggiamenti culturali (tossicodipendenti, prostitute, etc).

Almeno nei Paesi industrializzati, comunque, ed a partire dalla metà degli anni '90, si è osservata una tendenza alla diminuzione di nuovi casi di AIDS, da collegare probabilmente all'ingresso, più o meno consapevole, di norme comportamentali adeguate in ampi strati della collettività, anche se, negli ultimi due o tre anni, la tendenza alla diminuzione è sempre meno evidente ed il numero di nuovi casi sembra tendere alla stabilizzazione intorno a cifre ancora consistenti, da riferire evidentemente ad atteggiamenti e comportamenti "a rischio" di una quota di popolazione incompressibile senza l'intervento di programmi di educazione/informazione sanitaria adeguati. Va inoltre sottolineato che l'aumento della sopravvivenza determina un incremento del numero di **persone sieropositive viventi** (che, in Italia, si stima ormai vicino a 110 mila). Pertanto, anche se i successi della terapia sono notevoli e hanno contribuito alla diminuzione di casi di malattia conclamata e a un crollo dei decessi, si rileva un aumento globale dell'impatto dell'epidemia (rischio di trasmissione dell'infezione) a livello di popolazione.

Nel follow-up del paziente infetto, nel quale evidentemente l'infezione è definitivamente accertata, quello che è essenziale, non è più stabilire o meno la presenza del virus, ma piuttosto accertarne il livello di replicazione, misurando la quantità di virus (il cosiddetto "viral load" o "carico virale") presente in circolo.

I parametri virologici in grado di dare utili indicazioni sul "viral load" sono fondamentalmente rappresentati da: 1) determinazione della quantità di virus infettante presente nel sangue periferico (infectious culture dose o ICD) misurata in colture di cellule in vitro, 2)

di simili pericoli, e quindi, la dimostrazione dell'esigenza di test sempre più approfonditi e vasti.

Si potrebbe benissimo caratterizzare l'ingegneria genetica della qualità di *attività pericolosa*, con tutte le inerenti conseguenze giuridiche sia per il singolo ricercatore e sperimentatore che abbia creato il danno al paziente, sia per la Struttura in cui opera e/o nella quale venga svolta la ricerca.

Lo stesso Ministero della Sanità Italiana ha, nella Sessione della sua Assemblea Generale del 30 settembre 1998, stabilito che si possa procedere alla sperimentazione del fegato bioartificiale al fine di verificare l'efficacia e l'assenza di pericoli a fronte dell'utilizzo di cellule porcine.

Conseguenza primaria di tale sperimentazione sarà il ricorso ad una completa informazione per i soggetti che si prestino alla ricerca, informazione da intendersi più completa di quanto normalmente richiesto per l'usuale "consenso informato", trattandosi non solo di affrontare problemi di alta difficoltà tecnica e scientifica, ma anche di evidenziare come nella sperimentazione stessa siano insiti pericoli potenzialmente devastanti e tutt'ora ignoti.

Un interessante spunto nasce dal raffronto di quanto attuabile con la tecnologia del genoma e la duplice responsabilità da prodotto difettoso (Legge 224/88) e da attività pericolosa (art. 2050 c.c.).

Rammentiamo che la Convenzione di Oviedo¹⁷⁴ dispone all'art. 12 che non si possa procedere a test predittivi di malattie genetiche o che permettano sia di identificare il soggetto come portatore di un gene responsabile di una malattia sia di rivelare una predisposizione o una suscettività genetica a una malattia se non ai fini medici o di ricerca medica, e subordinata ad una conseguenza genetica appropriata.

Il tutto ben evidenziato fra l'altro, nel progetto di legge sulla fecondazione artificiale e sulla legge 675/96 precedentemente esaminati.

A sua volta la Risoluzione del Consiglio dell'U.E. 97/C 193/02 del 9.6.1997 è intervenuta sulla delicata questione dello scambio dei

determinazione quantitativa del DNA provirale mediante PCR (DNA/PCR), 3) determinazione dei livelli plasmatici di antigeni virus-specifici, utilizzando a questo scopo la quantificazione della principale proteina presente nel virione maturo e rappresentata dalla proteina capsidica p24 (antigenemia), 4) determinazione quantitativa di RNA virionico nel plasm".

174 La Convenzione del Consiglio di Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina " del 4 aprile 1997, più comunemente conosciuta come "Convenzione di Oviedo" è stata ratificata e recepita dalla legge 28 marzo 2001 n. 145, così come il suo protocollo addizionale sul divieto della clonazione umana del 12 gennaio 1998.

risultati di analisi del DNA, disponendo che gli Stati membri sono invitati a prevedere la costituzione di banche dati nazionali relative al DNA, e al fine dello scambio di risultati di analisi del DNA tra gli Stati membri, questi ultimi sono incoraggiati a costituire tali banche secondo gli stessi standard ed in modo che siano compatibili tra loro. Le possibilità di scambio sono limitate allo scambio di dati concernenti la parte non codificante della molecola del DNA, di cui si può ritenere che non porti alcuna informazione su proprietà ereditarie specifiche. Su tale risoluzione oggi si è innestato con riferimento alla L.675/96 il già nominato Decreto legislativo 30.6.2003 n.196 "Codice in materia di protezione dei dati personali" al Capo V Dati Genetici Art.90 (trattamento dei dati genetici e donatori di midollo osseo) stabilisce:

- 1. Il trattamento dei dati genetici da chiunque effettuato è consentito nei soli casi previsti da apposita autorizzazione rilasciata dal Garante sentito il Ministero della Salute, che acquisisce, a tal fine, il parere del Consiglio superiore di Sanità;*
- 2. L'autorizzazione di cui al comma 1 individua anche gli ulteriori elementi da includere nell'informativa ai sensi dell'art. 13, con particolare riguardo alla specificazione delle finalità perseguite e dei risultati conseguibili anche in relazione alle notizie inattese che possono essere conosciute per effetto del trattamento dei dati e al diritto di opporsi al medesimo trattamento per motivi legittimi;*
- 3. Il donatore di midollo osseo, ai sensi della legge 6 marzo 2001 n.52, ha il diritto e il dovere di mantenere l'anonimato sia nei confronti del ricevente sia nei confronti di terzi.*

Si noti, a proposito della disposizione come venga disposto un primo livello di "garanzia" offerta dall'autorizzazione (preventivamente e direttamente richiesta) del Garante, per la quale il Ministero della salute, tramite il Consiglio Superiore della Sanità, invia apposito parere.

L'intervento del Ministero è quindi legato alla determinazione dei requisiti idonei ad acconsentire ad un soggetto la possibilità di trattare dati genetici, subentrando poi la specifica disciplina del Garante della Privacy in tema di modalità e sicurezza del trattamento dei dati.

In ordine alla donazione di midollo osseo, vige non solo il diritto per il donante all'anonimato, ma lo stesso donatore è vincolato a tale impegno, rafforzandosi ulteriormente la rigidità del vincolo, tenendosi conto, sempre per quest'ultimo, dell'esistenza dell'apposito registro

istituito dalla citata legge 6 marzo 2001 n. 52, richiamata anche dal successivo art. 94 del Codice in esame.

Su tali basi è corretta l'osservazione relativa agli operatori interessati allo sviluppo e realizzazione di test genetici, per la quale:

- chiunque voglia condurre un'attività di diagnostica genetica deve esaurientemente informare i destinatari della attività.
- non possono essere perseguite finalità di diagnostica genetica diverse dalla ricerca e terapia medica, anche se vi fosse il consenso degli interessati.
- nessuno può attivarsi al trattamento dei dati genetici senza il preventivo placet autorizzativo del Garante della Privacy.¹⁷⁵

Sempre la Convenzione di Oviedo, dispone all'art.13 che un intervento diretto a modificare il genoma umano possa essere attuato solo a scopo di prevenzione, diagnosi o terapia e soltanto se il suo obiettivo non sia quello di introdurre una qualche modifica nel genoma dei discendenti.

Quindi, in assenza di più precise disposizioni legislative, si può ritenere che l'attività di terapia genetica, sia da escludersi per la *linea germinale* nell'uomo, mentre possa ritenersi attuabile la terapia genetica della linea somatica, se in presenza di idonee condizioni e nel rispetto delle vigenti normative applicabili.

Lo stesso progetto di legge italiano sulla fecondazione artificiale esclude categoricamente l'utilizzo degli embrioni per scopi diversi dal trattamento fecondante, rafforzandosi così i detti divieti.

Conseguenza della violazione sarà la concorrente responsabilità sia del medico che della Struttura, in quanto non potrebbe, in un caso così specifico, ritenersi esclusa la responsabilità della Struttura medesima aprioristicamente, salva la possibilità di dimostrare che l'intervento non consentito sia stato attuato in totale autonomia dal medico, senza la pur minima conoscenza della Struttura.

Ed è comunque evidente che anche in tal caso la prova liberatoria gravante sulla Struttura sarà di estrema difficoltà.

175 Vedasi V. Lungagnani, *Bioteologie*, Op.cit. pagg. 22 – 23 che prosegue sull'argomento evidenziando le limitazioni conseguenti a tali vincoli, e così dunque l'impossibilità, in ambito medico, di sviluppo di test genetici "fai da te" da rendere immediatamente disponibili al pubblico nonché una particolare specializzazione nell'informativa per i soggetti che intendano sottoporsi ai test, informativa che investirà anche aspetti etici e psicologici; e sottolinea altresì come unico utilizzo legalmente ammissibile del DNA sia quello giudiziario, mentre appare di estrema difficoltà la realizzazione di una banca dati che contenga le informazioni delle persone sottoposte a diagnostica genetica.

10.1

Responsabilità del medico e della struttura per prodotto difettoso e per attività pericolosa in genere e particolarmente in ambito di ingegneria genetica.

Abbiamo accennato come la ricerca sul genoma e la sua applicazione tramite l'ingegneria genetica possa presentare dei rischi, connessi alla potenziale "pericolosità" della tecnologia in connessione agli elementi genetici umani o animali.

Quindi riteniamo perfettamente applicabile alla materia la disciplina per responsabilità da prodotto difettoso.¹⁷⁶

Come ben noto, la qualità di un prodotto è un concetto strettamente connesso, dal punto di vista giuridico, alla responsabilità del produttore, quando la mancanza di qualità sia causa di un danno, così che la responsabilità del produttore è quindi identificabile come *la responsabilità attribuibile ad un preciso soggetto che si pone in stretta relazione con il prodotto, relazione determinata dalla sua creazione.*

Pertanto il problema legato al risarcimento non è solo giuridico, ma altresì economico e sociale, e si è caratterizzato negli anni '80 a causa di due fattori peculiari: la produzione industriale di massa e le nuove forme di distribuzione dei prodotti sul mercato, che sono passate dall'antica forma di presenza in capo al medesimo soggetto della qualità di artigiano e venditore, alla nuova forma di distribuzione che vede una netta differenziazione fra le figure del produttore e quelle del venditore finale, con presenza altresì di figure intermedie, quali i grossisti, tutti comunque estranei al processo di produzione e di controllo sulla qualità del prodotto, attività, quest'ultime di pertinenza esclusiva del produttore.

Conseguenza di un simile nuovo assetto di mercato, è che l'imputazione della responsabilità al produttore non è derivabile dal rapporto contrattuale instauratosi tra venditore e utente in quanto egli è estraneo alle obbligazioni tra le due parti (appunto venditore e utente) e quindi una simile responsabilità dovrà necessariamente collocarsi nell'area della responsabilità extracontrattuale per fatti illeciti.

¹⁷⁶ In tema di responsabilità da prodotto difettoso applicabile al software, C. Triberti – N. Cuomo, *Qualità del software*, Ipsoa Informatica, Milano, 1989, pagg. 1-158.

Su tali basi, sin dal 1985 la direttiva 85/374/CEE ha imposto a ciascun produttore di risarcire i danni cagionati alla salute, alla sicurezza e ai beni dei cittadini dai difetti dei suoi prodotti: pertanto la direttiva mira a tutelare i danneggiati ed a promuovere il miglioramento della sicurezza dei prodotti nell'ambito del mercato interno, ricorrendo ad un quadro regolamentare il più coerente possibile e fondato sulla ripartizione equilibrata dei rischi propri del sistema produttivo moderno.

Esaminiamo quindi preliminarmente i vari tipi di difetti che possono inerire ad un prodotto industriale in quanto diverse potranno essere le conseguenze giuridiche che ne derivano.

In questo ambito è necessaria una opportuna precisazione: l'attenzione è dedicata ai difetti del prodotto finito o in corso di lavorazione, mentre restano esclusi i difetti nella procedura di realizzazione, che produrrebbero la conseguenza estrema della mancata realizzazione del prodotto finale.

Esaminiamo ora i difetti di fabbricazione: con tale termine si indicano quei difetti che vengono ad esistenza durante il ciclo di lavorazione e sono tipici dei mezzi di produzione basati sull'automazione e sono, di per se stessi, inevitabili, in quanto nemmeno con l'ausilio della tecnica più moderna si possono ritenere superabili totalmente.

D'altro canto, essi sono però "prevedibili", in quanto, proprio grazie alla tecnica del controllo di qualità, possono essere anche statisticamente accertabili.

I difetti di costruzione ineriscono invece non a pochi esemplari, bensì all'intera serie prodotta e sono riconducibili a criteri di progettazione, uso dei materiali, tecniche di fabbricazione e, da ultimo, ad un'insufficiente sperimentazione.

Il così detto *rischio da sviluppo*, su cui torneremo infra, rientra in quest'ultima categoria.

I difetti di informazioni causano un danno a seguito di immissione nel mercato di un prodotto non accompagnato da adeguate istruzioni relative al metodo di impiego o agli eventuali rischi che l'uso di quel prodotto comporta.

Ora in tema di responsabilità da prodotto difettoso valgono i consolidati principi dottrinali e giurisprudenziali per i quali il soggetto leso dovrà comunque dimostrare:

1. il danno;
2. il difetto (rectius *manca di sicurezza*) del prodotto;
3. nesso causale fra il difetto ed il danno.

Tutto ciò non è sempre di facile attuazione giacché ai fini della direttiva 85/374/CEE non è sufficiente aver subito un incidente per poter chiamare in causa la responsabilità civile del produttore: il danneggiato deve infatti provare che il danno è una conseguenza diretta del prodotto difettoso (*rectius: del difetto del prodotto*) e tale prova può rivelarsi sia complessa dal punto di vista tecnico, sia costosa a causa delle spese dirette ad accertare il difetto.

Conseguentemente il danneggiato deve affrontare l'onere particolare di dimostrare l'esistenza del difetto e del nesso di causalità tra difetto e danni subiti, tenendosi conto a tal fine della sproporzione fra possibilità per il danneggiato di accedere ad informazioni e dati, spesso riservati e complessi.

Altra difficoltà a carico del danneggiato è quella di individuare esattamente chi sia il produttore nel caso in cui il medesimo prodotto sia fabbricato da più produttori, come potrebbe verificarsi nell'ipotesi in cui un medesimo prodotto sia fabbricato su licenza da diversi produttori: si potrebbe così provare il danno, la difettosità del prodotto, il nesso causale, ma non essere in grado di identificare il produttore effettivo che ha causato il danno, diversamente però da quanto sviluppato in U.S.A. con la così detta "market share liability" utilizzata specificatamente in materia di responsabilità da farmaci. In tali situazione il danneggiato deve solo fornire la prova del nesso di causalità fra danno e prodotto, senza dover indicare specificatamente il nominativo della ditta produttrice, che risulterà responsabile per il solo fatto di aver beneficiato della vendita di quel prodotto. Inoltre non va scordato come nell'ipotesi di un processo produttivo non sia possibile isolare la responsabilità di un solo soggetto (parte della catena produttiva) ma come su ciascun partecipante alla medesima catena produttiva, gravi il dovere di verificare diligentemente i vari componenti utilizzati per la realizzazione del prodotto finale.¹⁷⁷

Tuttavia non può escludersi la responsabilità dell'utilizzatore che dovrà dimostrare di aver usato in *modo normale* il prodotto, cioè conformemente all'uso al quale il prodotto in questione possa essere normalmente utilizzato e di aver altresì non considerato che la modalità d'uso da esso utilizzatore attuata non fosse fra quelle ragionevolmente prevedibili da parte del fabbricante.¹⁷⁸

Pertanto può farsi proprio quanto scritto nell'introduzione *del Libro Verde* presentato alla Commissione delle Comunità Europee il

177 Così: Cass. 13.3.1980 n. 1696.

178 Così Cass. 29.7.1995 n. 10274.

28.07.1999: "Il diritto del danneggiato al risarcimento dei danni subiti per l'uso o il consumo di prodotti difettosi o per l'esposizione ad essi costituisce un elemento fondamentale in un mercato unico che si vuole al servizio di tutti i cittadini . Dal 1985 questo diritto è riconosciuto nella direttiva in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, secondo la quale il produttore di un bene mobile difettoso è tenuto al risarcimento dei danni cagionati all'integrità fisica o al patrimonio privato delle persone. Ne consegue che il bambino ferito dall'esplosione di una bottiglia contenente una bevanda gassosa, il dipendente che perde un dito in seguito all'utilizzo di un arnese difettoso o il pedone investito da un'automobile con i freni difettosi beneficiano di tale diritto indipendentemente dall'esistenza o meno di una negligenza da parte del produttore (principio della responsabilità civile oggettiva o senza colpa)".

Emergono così i differenti interessi in gioco: da un lato l'interesse primario dei cittadini ad essere tutelati dai rischi dei prodotti ed ad ottenere uno strumento efficiente di azione per l'esercizio di questa tutela, e dall'altro lato, l'interesse ad una normativa precisa ed il più possibile esaustiva, che tranquillizzi il mercato e che eviti, proprio in virtù del suo potere cogente e sanzionatorio, la presenza di concorrenti "spregiudicati" che immettano sul mercato prodotti a basso costo ma non conformi ai principi sanciti di sicurezza.

Così dunque il quadro delle responsabilità consente di garantire il benessere dei danneggiati tramite la sicurezza del risarcimento e scoraggiando la fabbricazione ed immissione, nel mercato, di prodotti pericolosi, senza peraltro danneggiare, dal punto di vista dei costi di ricerca e innovazione l'industria.

Pertanto, come ben delineato dal Libro Verde, la responsabilità del produttore si compone dei seguenti elementi:

- responsabilità oggettiva del produttore a favore del danneggiato;
- onere della prova del danno, del difetto e del nesso di causalità tra i due a carico del danneggiato;
- responsabilità solidale di tutti gli operatori della catena di produzione a favore del danneggiato, al fine di garantire finanziariamente il risarcimento del danno;
- l'esonero del produttore qualora egli provi l'esistenza di determinati fatti espressamente previsti nella direttiva;
- limitazione temporale della responsabilità, in virtù di termini uniformi;
- illegalità di clausole che limitino od escludano la responsabilità nei confronti del danneggiato;

- fissazione di un tetto di responsabilità finanziaria elevato, ma opzionale per gli Stati;
- verifica regolare del contenuto della direttiva in base agli effetti registrati su danneggiati e produttori.¹⁷⁹

Su tali principi si colloca l'analisi della Giurisprudenza anche Comunitaria, e qui rammentiamo come i data 25 aprile 2002 siano state pubblicate tre pronunce della Corte di giustizia Ce (Causa C 52/00; Causa C 154/00; Causa C183/00)¹⁸⁰ e la precedente, ma ugualmente significativa, sentenza della Corte di Giustizia del 2001 relativa alla responsabilità dell'Ente Ospedaliero che abbia utilizzato un prodotto difettoso, nel caso di specie, una soluzione, fabbricata dai laboratori della farmacia di un altro ospedale, anch'esso pubblico e gestito dal medesimo ente, destinata a preparare un organo per un trapianto, soluzione che ha danneggiato irrimediabilmente l'organo stesso, impedendo l'operazione chirurgica.

La prima questione affrontata era relativa alla applicabilità o meno della Direttiva 85/734 ad un prodotto che non poteva ritenersi "messo in circolazione" ai sensi dell'art. 7 a della stessa direttiva, in quanto fabbricato dal produttore ai fini dell'operazione di trapianto, per rendere attuabile il trapianto medesimo.

La seconda questione era riferibile all'art. 7 e della citata direttiva, che stabilisce l'esonero da responsabilità per il produttore se provi di non aver fabbricato il prodotto per la vendita o qualsiasi altra forma di distribuzione a scopo economico, né l'abbia fabbricato o distribuito nel quadro della sua attività professionale.

La terza questione era relativa al "danno" subito da un organo umano che, al momento del verificarsi del danno, era appena stato prelevato dal corpo del donatore con l'intenzione di trapiantarli nel corpo di

179 Così. G. Carrella – C. Triberti, E-Commerce tra mercato e diritto, Il Sole24Ore, Milano, 2001.

180 La prima relativa all'inadempimento da parte della Repubblica Francese alla mancata previsione della franchigia, all'equiparazione della responsabilità del distributore a quella del produttore, ed infine a cause di esonero della responsabilità ed obbligo di controllo sul prodotto; la seconda relativa all'inadempimento della Repubblica Ellenica anch'essa alla mancata previsione della franchigia; la terza relativa alla normativa Spagnola in contrasto con altri regimi di responsabilità previsti a livello nazionale. Tali decisioni pur segnando una strana inversione di tendenza, stabilendo una normativa più favorevole al produttore che al consumatore e quindi, nello specifico che in nessun caso saranno risarciti i danni causati da prodotto difettoso inferiori a € 500, che la responsabilità del fornitore deve restare in posizione sussidiaria rispetto alla responsabilità del produttore e che, infine, la responsabilità oggettiva propria di tale tipo di responsabilità da prodotto difettoso, sia incompatibile con ogni altro regime giuridico di responsabilità basate sui medesimi presupposti (cioè non è esclusa la azione per risarcibilità a fronte di vizi o colpa). Sul punto vedasi il commento di S. Bastianon, in Responsabilità Civile e Previdenza, Giuffrè ed., Milano, 2002, pagg. 997- 1002.

un'altra persona, e ciò costituisca un danno causato da lesioni personali subito dalla persona che avrebbe dovuto ricevere l'organo, ovvero danno o distruzione di una cosa diversa dal prodotto difettoso, sempre nei confronti della persona che avrebbe dovuto ricevere l'organo.

Sul primo punto di argomentazione, richiamiamo quanto scritto in tema di software e responsabilità da prodotto difettoso¹⁸¹ e che il prodotto non debba essere confuso con la prestazione del servizio al quale attenga (così, ad esempio, il software è sempre un bene, anche se utilizzato nella prestazione di un servizio come l'outsourcing) e su tale linea di pensiero si è orientata anche la Corte di Giustizia che ha riconosciuto come, nonostante che l'uso di un prodotto nell'ambito di una prestazione di servizio non rientri, in via di principio, nell'ambito della direttiva 85/374, tuttavia la stessa sia applicabile in quanto si stia vertendo su di un difetto di un prodotto usato nell'ambito di una prestazione di servizio, e non un difetto di quest'ultima in quanto prestazione di servizio.

La Sentenza non ha trovato consenziente l'Avvocato generale, soprattutto per quanto concerneva l'impossibilità di qualificare la soluzione di perfusione prodotta dalla farmacia dell'ospedale di Arhus (la località Danese in cui era sito l'Ospedale) come prodotto industriale, in quanto si sarebbe stato in presenza non di un prodotto industriale fabbricato in serie ma di « una preparazione unica, elaborata appositamente ogni volta che deve essere utilizzata nell'ambito di un trapianto», soluzione per di più che non sarebbe stata «messa in circolazione» come stabilito dal sopraccitato art. 7 della direttiva, ma in realtà soltanto preparata per essere utilizzata in quello specifico caso di trapianto e nemmeno è stata preparata per essere venduta o distribuita, e mai avrebbe potuto essere intesa disponibile per i consumatori. Inoltre, sempre per l'Avvocato Generale la preparazione della richiamata soluzione avrebbe costituito un'attività accessoria rispetto alla missione specifica di un ospedale, identificata nella cura dei pazienti e l'esecuzione di interventi chirurgici.

Ferma, inoltre, l'esplicita esclusione dei prodotti utilizzati nell'ambito di un'attività professionale dall'ambito di applicazione della direttiva 92/59 in materia di sicurezza generale dei prodotti, che escluderebbe anch'essa l'applicabilità della direttiva 85/374.

Queste le posizioni critiche dell'Avvocato Generale, che non condividiamo, così come non ha condiviso la Corte che, in ordine alla

181 Vedasi nota 84 e G.Carrella- C.Triberti, Internet, Op.cit.

prima questione (se possa o meno considerarsi messo in circolazione un prodotto che il produttore ha fabbricato ed utilizzato nell'ambito di una prestazione medica consistente nella preparazione di un organo umano per il trapianto) ha risposto affermativamente.

Sul punto è stato motivato che, pur rilevata l'assenza nella direttiva 85/374 della definizione di «messa in circolazione», l'esenzione dalla responsabilità a motivo della mancata messa in circolazione del prodotto sia inerente ai casi in cui una persona diversa dal produttore abbia fatto uscire il prodotto dal procedimento di fabbricazione, nonché ai casi nei quali il prodotto sia stato utilizzato contro la volontà del produttore. La Corte ha sottolineato come al prodotto in oggetto, pur non essendo lo stesso prodotto mai uscito dalla sfera di controllo del suo produttore, non sia applicabile il disposto di cui all'art. 7, lett. a) della direttiva 85/374 in quanto nel caso di specie, l'uso del prodotto era caratterizzato dal fatto che la persona alla quale era destinato doveva essa stessa recarsi nella sfera di controllo del produttore medesimo. Anzi, è stato ribadito come nel caso di un paziente che si rechi all'ospedale, il fatto che il prodotto utilizzato nell'ambito di un trattamento medico sia stato fabbricato all'interno dell'istituto o che sia stato acquistato presso un terzo non sia per nulla incidente. Infatti, la circostanza che un prodotto utilizzato nell'ambito di una prestazione di servizio sia stato fabbricato da un terzo, dal prestatore stesso del servizio o da un altro soggetto ad esso collegato non potrebbe, di per sé, incidere sul fatto che il prodotto «è stato messo in circolazione».

La Corte, in relazione all'ulteriore punto di indagine, ha ritenuto applicabile il principio di responsabilità, escludendo così l'esimente, qualora venga fornita la prova che il produttore non abbia fabbricato il prodotto per la vendita o qualsiasi altra forma di distribuzione a scopo economico, e nemmeno l'abbia fabbricato o distribuito nell'ambito di una sua attività professionale.

Particolarmente interessante è, infine, la disamina della Corte in ordine alla nozione di «danno» da prodotto difettoso, al fine di ravvisare l'esistenza di un danno risarcibile patito dal paziente in attesa del trapianto. Sul punto soccorre il testo dell'art. 9 della direttiva 85/374, che, pur non contenendo una definizione di danno, stabilisce espressamente che il danno risarcibile è sia quello causato da morte o da lesioni personali quanto il danno o la distruzione di una cosa diversa dal prodotto difettoso.

La Corte ha statuito che uno Stato membro non possa limitare i tipi di danno materiale, sia esso derivante da morte o lesione personale ovvero da distruzione di una cosa, in quanto quello specifico danno, pienamente patito dal paziente, anche se non rientrante nelle due

categorie richiamate dalla direttiva, sarà onere del legislatore nazionale determinare quale sia il tipo di danno.

Quindi si potrà ritenere applicabile la normativa sulla responsabilità da prodotto difettoso ogni qual volta si verta in un danno causato da erronea applicazione di tecnica genetica, e ciò con le note conseguenze in tema di estrema difficoltà di difesa per la parte ritenuta responsabile.

Ma anche a voler applicare l'art. 2050 c.c. non vi sarebbe particolare esonero di responsabilità per il medico (ricercatore o sperimentatore) e per la struttura, ove sia dimostrata una qualche insufficienza strutturale della stessa in relazione alla particolare materia in esame.

Come già visto trattando della normativa della privacy, l'art. 2050 c.c. può trovare applicazione a situazioni specifiche, siano esse indicate dal legislatore (come appunto nell'ipotesi della L. 675/96) siano esse "determinabili" proprio in base alla loro specificità rispetto alla generalità di altre situazioni (come nell'ipotesi delle usuali cure mediche).

Aderente a questa linea di pensiero, richiamiamo un recente giudicato del Tribunale di Roma¹⁸² per il quale "L'attività di importazione e distribuzione di farmaci costituisce attività pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c..

L'assunzione del farmaco e il nesso di causalità tra uso del farmaco difettoso e danno del consumatore possono essere provati mediante presunzioni ai sensi degli artt. 2727 ss .c.c."

Infatti, come noto, e recepito dal Tribunale, sono da ritenersi pericolose le attività:

- espressamente qualificate come tali dalla legge;
- la cui potenzialità lesiva costituisca uno dei loro naturali attributi;
- esercitate con mezzi potenzialmente lesivi.¹⁸³

Per ciascuno di tali punti potrà trovarsi applicabilità nell'ambito della ricerca e sperimentazione sul genoma, clonazione compresa, su cui torneremo.

Si rammenti, infatti, anche ai fini dell'includibilità nell'ambito del sopraccitato punto iniziale (attività qualificate come pericolose dalla legge) non sia essenziale la espressa formale menzione, ma sia

¹⁸² Tribunale di Roma, 20 aprile 2002, G.U. Rossetti- Annibaldi contro Servire Italia s.p.a..

¹⁸³ Vedasi sul punto: Cass. civ. sez. III, 12.5.2000 n. 6113; Cass. civ. sez. III, 29.5.1998 n. 5341; Cass. civ. 30.8.1995 n. 9205; Cass. civ. 21.12.1992 n. 13530; Cass.civ. 27.7.1990 n. 7571.

sufficiente l'inserimento nell'ambito di un contesto legislativo come ad esempio nel caso della Fivet, o nel Codice sulla privacy esaminati precedentemente.

LA CLONAZIONE

Strettamente legato al discorso genetico è quello sulla clonazione, sia per gli aspetti tecnico scientifici che per le incidenze giuridiche, sia per la diffusione da parte dei mass media di notizie, pettegolezzi, fantasie e poca o nulla verità sul tema.

Vi è uniformità di pensiero nel mondo scientifico e giuridico sul concetto di clonazione, che può essere sintetizzato identificando tale tecnica nel nuovo metodo di riproduzione per il quale non è più necessaria l'unione fra gameti maschili e femminili.

Quindi la clonazione si colloca nella classe delle tecniche di riproduzione asessuata, nel cui ambito si pone anche la fusione gemellare o geminazione indotta (*embryo-splitting*)¹⁸⁴ "che riproduce artificialmente quella che avviene in natura nella gemellarità monoculare. dato che le cellule dell'embrione fino al 14° giorno sono totipotenti, cioè in grado di dare origine ad un embrione completo, se si scinde una cellula embrionale si ottiene un embrione gemello dell'embrione cui è stata prelevata la cellula".

Quindi "dal punto di vista scientifico la clonazione è l'operazione che conduce alla riproduzione di:

a) frammenti di DNA e linee cellulari. Questa tecnica viene usata per la produzione di insulina umana, vaccino antiepatite B, globulina, calcitonina, somatostatina, interferone, ecc..;

184 Seguiremo la definizione scritta da M. Aramini, Introduzione alla bioetica, Op.cit. pagg. 197-199, senza scordare altri autori, quali: M.H. Diniz, O estado atual do biodireito, Op.cit. pag. 438 – 474, che osserva, tra l'altro come la clonazione sia una tecnica applicabile al "femminile", ma come gli scienziati Ryuzo Yanagimachi e Teruhiko Wakayama, dell'Università delle Hawaii, abbiano dimostrato che anche un maschio adulto possa essere replicato, creando il topo Fibro utilizzando, al posto delle cellule relazionate al sistema riproduttivo femminile (come la ghiandola mammaria o ovarica) cellule estratte dalla pelle della coda del topo donatore.; inoltre vedasi S. Leone, Manuale di bioetica, Op.cit. pagg. 130 – 138 che ben evidenzia come "Nel caso in oggetto (parlo della clonazione in senso stretto) bisogna innanzitutto stare attenti a non mettere sullo stesso piano l'uomo e l'animale, con buona pace degli animalisti e di una certa cultura contemporanea che tende ad assimilarli. Tra i possibili benefici per il mondo animale potremmo includere quello di salvare (clonandola) una specie in via di estinzione, anche se non è escluso che questo possa produrre squilibri nell'ecosistema".

b) organismi pluricellulari geneticamente identici. Questo è il caso che ha suscitato grande scalpore nell'opinione pubblica ed ha fatto invocare misure legislative allo scopo di applicare all'uomo la clonazione”.

Il tentativo che per primo ha scosso l'ambiente scientifico e non solo quello, è stato realizzato nel 1997 dai ricercatori inglesi guidati da I. Wilmut presso il Roslin Institute of Edimburg, ed ha portato alla nascita della pecora Dolly. La novità del procedimento attuato consiste nel fatto che sia stato usato il “nucleo di una cellula normale e non embrionale, cioè con la cellula di un individuo non ancora maturo, del quale non si conoscevano le caratteristiche. Infatti, la qualità della totipotenza è propria delle cellule embrionali e solo queste ultime possono originare un organismo nuovo, mentre le cellule adulte sono ormai specializzate secondo il programma contenuto nel genoma. La novità introdotta consiste nell'uso del nucleo di una cellula normale e non embrionale.

In questo caso il problema da risolvere è quello di far tornare una cellula adulta, che è specializzata, allo stato di non specializzazione che è proprio delle cellule embrionali”.

Ora la tecnologia usata per la pecora Dolly avrebbe risentito di alcuni “inquinanti”, e così forse da parte di alcune cellule staminali, ma tale argomento non è essenziale ai fini delle nostre riflessioni di carattere giuridico.¹⁸⁵

185 A tal proposito vedasi M.Palmaro in www.portaledibioetica.it , che scrive: “Clonazione Umana: Leggi nel Mondo”.

La clonazione umana è già stata oggetto di interventi legislativi in numerosi Paesi del mondo: nella maggior parte dei casi si tratta di provvedimenti che intendono vietare totalmente questa pratica, sia nella sua versione terapeutica che in quella riproduttiva. Esistono tuttavia alcune nazioni che hanno invece scelto una strada tollerante, non tanto attraverso una esplicita legalizzazione della clonazione umana, quanto piuttosto non legiferando sulla materia o evitando di ratificare dichiarazioni o trattati internazionali che proibiscono questa tecnica.

In **Italia** la clonazione umana è vietata non da una vera e propria legge ma da un provvedimento di natura amministrativa, cioè un'ordinanza del Ministro della Sanità del 22 dicembre 1999 – che ha prorogato l'efficacia della precedente ordinanza, avente il medesimo contenuto, emessa il 5 marzo 1997 – con cui è fatto divieto di praticare la clonazione, sia umana che animale. Inoltre, l'Italia ha già ratificato la Dichiarazione di Oviedo del 1997, che vieta la clonazione a fini riproduttivi e la creazione di embrioni a scopo di ricerca. Per quanto riguarda la clonazione animale, il ministro della salute Girolamo Sirchia ha annunciato di voler rimuovere il divieto, per permettere ricerche sperimentali sugli embrioni diversi da quelli di uomo.

Negli **Stati Uniti**, Paese nel quale le clonazioni terapeutiche sembrano essere già state attuate con successo, la nuova amministrazione repubblicana di George W. Bush si è dichiarata intenzionata a sanzionare duramente la clonazione umana, per qualsiasi scopo venga intrapresa. Il Congresso ha annunciato un provvedimento legislativo in questa direzione. Nell'estate del 2001, lo stesso Bush ha elaborato un documento sull'embrione umano, nel quale prevalgono le ragioni della tutela, soprattutto attraverso il divieto di

Anzi, preliminarmente occorre esaminare l'aspetto etico dell'argomento, in quanto ogni norma riflette indubbiamente lo spirito del suo tempo, e per comprendere esattamente le incidenze giuridiche di una simile tecnica riteniamo non si possa prescindere dall'analisi del problema sotto tale punto di vista.

Tendenzialmente le voci contrarie alla clonazione umana paiono unanimi.

Vuoi per l'ancestrale timore della creazione del "mostro" inteso non solo negativamente ma anche quale "cosa mirabolante, che si mostra" (basti ricordare nella letteratura la nascita del Golem, di Frankenstein, e tutta la vastissima cinematografia fantascientifica) vuoi per la reale ignoranza sui risvolti dell'operazione (non si scordi che la pecora

produzione di embrioni a scopo di ricerca. Sono invece autorizzati gli studi su embrioni che siano già stati uccisi precedentemente.

La **Gran Bretagna** è probabilmente il Paese più permissivo in questo campo, soprattutto dopo le conclusioni della celebre commissione Warnock, con la elaborazione del concetto – per la verità assai contestato negli ambienti scientifici - di "pre-embrione". Nel gennaio del 2001 la Camera dei Lord ha dato il via libera all'utilizzo delle cellule staminali di embrioni umani a scopo di ricerca, per cui sembra che la stessa clonazione terapeutica rimarrà del tutto lecita. mEntre potrebbe essere vietata quella riproduttiva.

In **Francia** esiste una legge sulla bioetica risalente al 1994, nella quale si legge che "è vietata qualsiasi forma di ricerca scientifica sull'embrione umano". La convenzione di Oviedo non è stata ratificata, ma in quanto si ritiene la normativa nazionale ben più restrittiva della dichiarazione stessa.

La **Germania** è il Paese europeo con le disposizioni più garantiste rispetto ai diritti dell'embrione umano. La legge del 1990 stabilisce infatti che "fin dalla sua origine l'embrione umano è considerato come una persona. Fin dalle ore che seguono la fecondazione, l'embrione è intoccabile." Sembra inevitabile, dunque, la conclusione che non vi sia spazio alcuno per la clonazione dell'uomo. Molto simile è la situazione giuridica in **Austria**.

In **Irlanda**, Paese nel quale fra l'altro l'aborto procurato è ancora vietato dalla legge, la clonazione è senz'altro proibita, poiché l'embrione umano è tutelato dalla Costituzione dell'E.i.r.e., e non può quindi essere usato come una cavia di laboratorio.

Spagna e **Grecia** hanno già ratificato la convenzione di Oviedo, e quindi sembrano escludere in partenza la liceità della clonazione umana.

Viceversa, un nutrito gruppo di nazioni europee hanno firmato la Dichiarazione di Oviedo, ma al momento non l'hanno ratificata, per cui sul loro territorio potrebbe, almeno teoricamente, avviarsi una sperimentazione sugli embrioni umani, compresa la clonazione. Si tratta di: **Belgio, Finlandia, Danimarca, Lussemburgo, Portogallo, Olanda, Svezia.**

Una situazione piuttosto sorprendente, se si pensa che l'Unione Europea ha adottato una serie di provvedimenti decisamente severi in questa materia: basti ricordare la Risoluzione del Parlamento Europeo del 20 settembre 1996 "Sulla tutela dei diritti umani e della dignità dell'essere umano in relazione alle applicazioni biologiche e mediche", il cui "Protocollo aggiuntivo" proibisce esplicitamente la clonazione, invita gli Stati membri alla ratifica, prevede pesanti sanzioni penali per i trasgressori, auspica il varo di un divieto universale per la clonazione e prevede l'organizzazione di una conferenza mondiale sul tema. Nella stessa direzione vanno la Risoluzione del Parlamento Europeo del 28 ottobre 1993 sulla clonazione dell'embrione umano, e la Risoluzione del Parlamento Europeo del 16 marzo 1989 sui problemi etici e giuridici delle manipolazioni genetiche.

Dolly, soffriva di accentuata patologia artrosica, non conciliabile con la sua età).

Si rammenti inoltre che verrebbe comunque violato lo stesso patrimonio genetico, e la sua "mortificazione" in quanto una serie di cloni eliminerebbe la molteplicità genetica.

Mentre invece si pongono diversamente per quanto concerne la clonazione animale, pur richiedendosi adeguata sperimentazione e controlli.

Proviamo a esaminare quali siano le motivazioni¹⁸⁶ che possono spingere ad accettare la clonazione umana:

- Desiderio di perpetuazione di se stessi: giustificazione più o meno condividibile sul piano personale, ma sicuramente eticamente negativa.
- Desiderio di "riavere" una persona deceduta o che stia per morire: giustificazione comprensibile proprio per lo spazio emotivo che crea, ma anch'essa eticamente negativa.
- Desiderio di ripetere le caratteristiche genetiche di un particolare personaggio artistico, sportivo, scientifico ecc... giustificazione plausibile, ma non certo condividibile se fosse mirata a ricreare un "genio del male".
- Desiderio di ottenere un clone umano decerebrato da utilizzare come banca personale di organi: crediamo che ogni commento sia superfluo.
- Desiderio di trasferire il nucleo per evitare la trasmissione di una malattia ereditaria per via materna, facendosi un clone del marito, ad esempio.
- Desiderio di superare ostacoli di qualsiasi natura legati alla Fivet: anche in questo caso, come nel precedente, il giudizio non potrà che essere negativo.
- Desiderio di generare indipendentemente dal maschio (il gamete maschile non sarebbe così più necessario): valgono le considerazioni appena esposte.
- Desiderio di usare il clone per curare una malattia: il desiderio non solo appare eticamente negativo, ma anche penalmente sanzionabile come nell'ipotesi sanzionata nella Fivet.

¹⁸⁶ Vedasi ampiamente M.H. Diniz, O estado atual do biodireito; Op.cit. pagg. 447-455 e nelle pagine successive anche in relazione alle disposizioni legislative brasiliane.

Queste considerazioni portano ineluttabilmente a ritenere fondate le critiche avanzate da tutti i settori della ricerca, della cultura, del diritto e delle varie credenze religiose.

L'essere umano ha diritto ad essere geneticamente unico, e a mantenere sempre tale unicità genetica alla quale accede poi un complesso di caratteri legati alla personalità, alla sfera sociale, emotiva dell'essere umano per ritenere ammissibile una simile tecnologia. L'essere umano è il prodotto di un'interazione fra un genotipo ereditario e un fenotipo culturale e ambientale, sociale e familiare; si potrebbe clonare un uomo, ma non la sua storia.

D'altro canto lo stesso "padre" della pecora Dolly aveva detto "Non conosco nessuna ragione accettabile per giustificare la clonazione di una persona che già esiste", né il genoma è l'unico determinante della formazione dell'essere umano, la sua collocazione e dipendenza è nel mondo e nella natura e come si deve rispettare la specificità di ogni altra forma di vita, animale o vegetale, così si dovrà a maggior ragione rispettare la specificità dell'essere umano.

E nemmeno vanno scordate le implicazioni strettamente giuridiche che creerebbe la clonazione di un essere umano, quali le problematiche ereditarie e parentali dirette (figli, fratelli, sorelle viventi).

Basti infine ricordare come Papa Giovanni Paolo II abbia approvato la pubblicazione il 22 febbraio 1987 della congregazione della Dottrina della Fede denominata "*Donum vitae*" che ha ribadito come dal momento di concepimento la vita umana deve essere totalmente rispettata perché l'uomo, sulla Terra è l'unica creatura che Dio vuole per se stessa e l'anima di ciascun uomo è creata direttamente da Dio.

Anche il pensiero Ebraico è in sintonia con il rispetto della vita umana, e il Presidente del Rabbinate Brasiliano di S. Paulo, Henry I. Sobel, ha dichiarato "c'è un che di arrogante nel ridurre il mistero della creazione ad una esperienza di laboratorio".¹⁸⁷

L'art. 11 della Dichiarazione Universale del Genoma Umano e dei Diritti dell'Uomo, considera la clonazione riproduttiva di esseri umani come una pratica contraria alla dignità umana.

L'Assemblea Parlamentare del Consiglio di Europa con la Raccomandazione 1.046/86 n.14, IV, e la Risoluzione del 16.3.1989 n. 41, ha proibito la clonazione di esseri umani.

In Brasile la Legge sulla Biosicurezza n. 8.974/95, all'art. 8, II, II,IV, vieta la manipolazione genetica delle cellule germinali umane e degli embrioni umani, considerandoli come reato, e permette l'intervento su

187 Sul punto ancora M.H.Diniz, O estado atual do biodireito, Op.cit. pag. 460.

materiale genetico umano *in vivo* soltanto per la cura di infermità genetiche, condizionandolo al rispetto dei principi etici dell'autonomia e della beneficenza.

Ferme le esposte riflessioni, proviamo a chiederci che cosa succederebbe se apparisse improvvisamente un clone umano.

Indubbiamente non potrà essere negata la qualifica di essere umano, essendo comunque nato da una donna e godendo di diritti e obbligazioni identici a quelli degli altri esseri umani.

Ma varrebbero le medesime tutele "del nascituro" simile a quello di ciascun concepito? Chi ne sarà il tutore? chi ne assumerà la responsabilità giuridica se incapace? come potrebbe essere ritenuto responsabile di comportamenti "contra legem" da lui posti in essere? chi godrebbe dei suoi diritti?

Si tratta di domande estremamente inquietanti, accompagnate dal rifiuto di brevettabilità del procedimento di clonazione, in quanto se così non fosse, si avrebbe un "brevetto pensante e parlante".

DIRITTO E AMBIENTE

La posizione degli operatori scientifici e giuridici nei confronti dell'ambiente non può essere trascurata nel presente lavoro, sia pur senza addentrarsi profondamente in tutta la serie di argomentazioni che interessano la vita del nostro pianeta, e conseguentemente quella di tutti gli esseri, nessuno escluso, che lo popolano.

Dal punto di vista etico, la sensibilità per l'ambiente è amplissima, e viene ribadito come il fenomeno dell'impatto negativo dell'attività umana sull'ambiente non sia certo nuovo, e a tal fine basti pensare ai grandi disboscamenti causati dai Romani per alimentare le terme, o alla distruzione di foreste per creare habitat idonei alla caccia ai volatili, nell'Inghilterra del sette e ottocento.

E' comunque verso la metà del secolo passato che ha iniziato a diffondersi un sempre più vasto sentimento di tutela per l'ambiente, manifestatosi non solo nella ricerca di leggi di tutela per la natura, ma anche nella diretta azione per impedire la scomparsa di animali e piante, come ben documentato dalla lotta di Greenpeace per la salvaguardia delle balene, dei panda, della foresta amazzonica.

Al di là di queste pur meritevoli manifestazioni, vi è comunque la necessità di affrontare compiutamente la perturbazione all'ambiente creata dal comportamento dell'uomo.

Le principali cause di alterazione sono state identificate nell'impovertimento della biodiversità¹⁸⁸ legata alla deforestazione (si ripete un problema antico) e nell'inquinamento dell'aria, dell'acqua e del suolo tramite elementi fisici, chimici e non ultimo, l'incontrollato sviluppo demografico.

Si è altresì delineato che per una "corretta impostazione dei problemi etici connessi con la tutela dell'ambiente occorre, in via preliminare aver ben chiara l'esatta identità di ciò che si intende per "ambiente". Infatti la società industriale da un lato, alcune correnti ideologiche dall'altro, hanno spesso portato ad un duplice equivoco: la rigida dicotomia tra "natura" e "città" unitamente all'idilliaca visione di una

188 Per M.Aramini, Introduzione alla bioetica, Op. cit., pag. 529: "La ricchezza della biodiversità consiste nell'enorme numero di informazioni genetiche possedute da ciascuna specie, anche dalla più piccola, informazioni che costituiscono un patrimonio evolutivo che l'uomo ha la responsabilità di tutelare (oltre al fatto che ogni specie animale o vegetale è fonte potenziale di sostanze medicinali, alimenti e altri prodotti di importanza commerciale)".

natura tutta equilibrio, ordine, armonia. In realtà, se si vuole affrontare organicamente e senza pregiudizi culturali il problema bisogna convenire che i due ecosistemi (naturale e urbano) differiscono solo per il substrato in cui i processi avvengono e per le modalità di gestione degli stessi (deterministica nella "natura", consapevole negli ecosistemi creati dall'uomo). Occorre pertanto riuscire a unificare concettualmente (anche se diversificandoli fenomenologicamente) i diversi ambienti, naturale ed urbano, nella realtà unitaria di "ambiente umano" a cui peraltro l'uomo stesso appartiene".¹⁸⁹

Quindi vi è una stretta connessione fra ambiente e qualità della vita e, conseguentemente la preservazione del primo è condizione non solo del miglior livello della seconda, ma della sua stessa sopravvivenza.

La tutela dell'ambiente diventa così un vero e proprio diritto dell'uomo, come tale riconosciuto dalla norma costituzionale e dalle più elementari norme di esistenza.

La coscienza ecologica che ne scaturisce non è nemmeno una novità, pur se, come detto, ha visto ampliarsi la sua portata a partire dagli anni '70 del scorso, tanto è che nel 1855 il Capo Indiano Seattle, della Tribù dei Duwamisk, disse, con antica e profonda saggezza, al Presidente degli Stati Uniti: "Una sola cosa sappiamo realmente: la terra non appartiene agli uomini; è l'uomo che appartiene alla terra. Tutte le cose sono in relazione fra loro come il sangue che unisce una famiglia. Tutto è relazionato entro se stesso, tutto quanto appartiene alla terra appartiene ai figli della terra, non ci fu mai un uomo che abbia tessuto la trama della vita. L'uomo è soltanto un filo di questa trama. Tutto ciò che egli farà alla terra, lo farà a se stesso...".

Non si può certo negare quanti siano i servizi prestati all'umanità dall'ecosistema naturale, in termini di alimenti, medicine e prodotti, ma a tutto ciò la crescente urbanizzazione, la deforestazione, la pesca e la caccia indiscriminate, persino la ingiusta distribuzione delle ricchezze e l'abuso delle sostanze chimiche agricole, la discriminata ricerca mineraria, hanno contribuito a creare una fase estremamente critica per l'ambiente stesso, implicando l'assoluta necessità di profondi interventi a sua tutela e conservazione.¹⁹⁰

189 In tal senso: S. Leone, Manuale di bioetica, Op. cit. pagg. 330 -331.

190 Osserva M.H. Diniz, O estado atual do biodireito, Op. cit. pagg. 608 -609 che sussiste una vera e propria aggressione ecologica causata da inquinamento dell'acqua, dell'atmosfera, del suono, visiva e ormonale, estensione delle aree aride, alterazione delle condizioni climatiche, piogge acide, modificazioni del patrimonio genetico di qualsiasi organismo vivente, abbattimento delle foreste di montagna, scorie atomiche, aumento smisurato dei rifiuti urbani, proliferazione di malattie come il saturnismo, encefalite, la silicosi, la abatosi, la diffusione sempre maggiore di diarrea, verminosi generalizzate, infezioni virali fra i fanciulli poveri, intossicazioni per l'uso smodato di pesticidi agricoli e di mercurio,

E soprattutto, se i diritti fondamentali dell'uomo sono quelli che egli possiede per il semplice fatto di godere di tale qualità umana e per la sua dignità, si deve tutelare in ogni modo tale sua ricchezza in modo tale che anche fra essi possa considerarsi il diritto a godere di un ambiente ecologicamente equilibrato.

E per ambiente si può considerare l'insieme di condizioni, leggi, influenze ed interazioni di ordine fisico, chimico e biologico che permettono, disciplinano e reggono la vita in ogni sua forma, o come, più sinteticamente, il meccanismo di regolazione e disciplina della vita stessa sul pianeta. Ambiente che richiede sempre più una sua specifica tutela, così come peraltro riconosciuto da legislazioni estremamente avanzate sul punto.¹⁹¹

E' stata fatta anche una classificazione delle forme ambientali e si è distinto fra:

- Ambiente naturale: costituito dal suolo, dall'acqua, dall'aria, dalla flora, dalla fauna, in interazione con gli esseri viventi e la loro attività.
- Ambiente artificiale: costituito dallo spazio urbano edificato, a sua volta composto da edifici, strutture urbane e comuni, pinacoteche, archivi, biblioteche, installazioni scientifiche (spazio urbano chiuso) installazioni pubbliche (vie, piazze, aree verdi, spazi liberi in generale, e tutto ciò che configura un spazio urbano aperto) . di esso si occupa il diritto urbanistico nella sua più ampia accezione.
- Ambiente culturale: formato dal patrimonio storico, artistico, archeologico, paesaggistico, turistico, indipendentemente dal fatto che esso possa risultare artificiale, in quanto sempre opera dell'uomo.
- Ambiente di lavoro: che interessa l'ambito in cui trascorrono gran parte della loro vita i lavoratori, la cui qualità della vita dipenderà dalla qualità e sicurezza di quell'ambiente.¹⁹²

diminuzione delle aree forestali e aumento dei deserti, distruzione non solo dell'habitat ma anche del patrimonio storico, archeologico, artistico, turistico e culturale, perdita della qualità della vita urbana e rurale, erosione del suolo, consumo eccessivo dell'energia e prossimo esaurimento delle risorse naturali non rinnovabili.

¹⁹¹ Vedasi in particolare, la legge 6.938/81 del Brasile, la Dichiarazione di Stoccolma del 1978, la Carta Mondiale della Natura del 1982, il Protocollo di Montreal per la protezione dello strato di ozono, del 1987, la Dichiarazione di Rio De Janeiro del 1992, la Conferenza Internazionale sulla biosfera del 1998, il Protocollo di Kyoto, su cui torneremo più ampiamente.

¹⁹² Così, J.A. Da Silva, *Direito ambiental constitucional*, S. Paolo, Ed. Malheros 1994, pag. 2.

E comunque, qualsiasi definizione o classificazione se ne faccia, resta inequivocabilmente definito che il “bene ambiente” è un bene, un patrimonio di tutta l'umanità e come tale va rispettato, tutelato e regolamentato nelle sue forme di utilizzo, senza pregiudizi di sorta, ma con la ferma convinzione che ogni sua minima ferita potrebbe innescare un meccanismo di infezione non controllabile con effetti disastrosi per l'umanità intera.

Il Comitato Nazionale per la Bioetica, nel 1995¹⁹³ che ha identificato nella distruzione della biodiversità, composta da un enorme numero di informazioni genetiche di tutte le specie viventi, e che in quanto tali sono patrimonio dell'umanità intera e devono essere tutelate.

Quindi “ da una prima reazione al degrado ambientale basata sulla convinzione del diritto di ciascuno a proteggersi contro i danni che un ambiente ostile può procurargli (diritto alla vita) ci si è evoluti verso la consapevolezza del dovere di non danneggiare l'ambiente per non subire danni alla salute (diritto alla salute) , quindi verso la consapevolezza che l'uomo, come specie - e quindi anche le generazioni future – deve poter godere di un ambiente migliore (diritto all'ambiente), e infine verso la concezione dell'ambiente come bene in se stesso, un'entità autonoma che ha diritto alla propria esistenza”. Il tutto perfettamente inserito nella previsione del Protocollo di Kyoto, argomento che affronteremo in seguito.

193 Vedasi in www.governo.it/bioetica, con riferimento alla considerazione del 21.9.1995.

GLI ORGANISMI GENETICAMENTE MODIFICATI – OGM

A contribuire a tale rischio si è unito, all'attività scriteriata di sfruttamento delle risorse, l'impatto ambientale delle nuove biotecnologie, e a tal fine basti pensare alla rivoluzione creata dallo studio del DNA e dal zappamento del genoma e così dalla ingegneria genetica in senso ampio.

Si ha un nuovo impatto nell'ambito della salute, della vita agricola e dell'allevamento animale, impatto non completamente controllato e soggetto a spinte enormi da parte di settori economici o ambientalisti, che ne cercano di aumentare o bloccare lo sviluppo, come appare ben evidente nella questione degli OGM.

Sul punto occorre soffermarsi, se non altro per valutarne lo stato giuridico attuale.

Per Organismi Geneticamente Modificati intendiamo qualsiasi organismo vegetale il cui patrimonio genetico sia stato volutamente e direttamente manipolato dall'intervento umano, o che sia stato indirettamente modificato a causa di un evento incidente sul suo patrimonio genetico stesso.

E' evidente la differente collocazione, anche ai fini del rischio delle due situazioni: la prima colloca la realizzazione del prodotto geneticamente modificato nell'ambito del frutto della ricerca e sperimentazione scientifica e della sua seguente applicazione pratica, il che, come vedremo, non dissipa timori, ma nemmeno giustifica aprioristici rifiuti.

Il secondo evento, solleva maggiori perplessità, se non veri e propri timori, per la sua "incontrollabilità" da parte dell'uomo nel suo attuarsi, come potrebbe verificarsi a causa di dispersioni inquinanti sul terreno o radioattive nell'aria con conseguente ricaduta.

Tralasciando il secondo evento, non certo per una sua minor incidenza, ma per il fatto che il suo verificarsi rientrerebbe fra le conseguenze di un evento disastroso di amplissima portata e di difficilissima soluzione, con tutte le relative conseguenze civili e penali (basti a tal fine rammentare l'effetto "Diossina" causato dalla dispersione di tale tossicità a Severo, le cui ripercussioni anche

giuridiche non sono ancora terminate),¹⁹⁴ è sul primo che si dovrà accentrare l'attenzione per cercare di verificare se i timori manifestati da parte della popolazione siano o meno fondati e quale futuro sia pronto per una simile tecnologia.

Indubbiamente uno degli impatti di maggior risalto è legato al timore che l'ambiente venga alterato sia con la scomparsa di alcune specie vegetali, sia per la possibile alterazione degli ecosistemi.¹⁹⁵

Quindi è evidente un rapporto fra rischi e benefici insito nella stessa natura della ricerca e realizzazione di OGM: il rischio deve essere decisamente inferiore al beneficio prospettato, anzi, deve rientrare nell'assoluta "eventualità" e, a nostro parere, controllabilità, nel senso che al ricerca debba sempre aver presente la possibile "perdita di controllo" sul prodotto e sulle sue incidenze nell'ambiente in modo tale da prevenire qualsiasi impatto negativo, anche potenziale.

Come detto il procedimento di realizzazione di un OGM diventa oggetto di valutazione in ordine alla sua brevettabilità o meno.

Sul punto rammentiamo che il brevetto non può essere negato a quelle invenzioni che godano dei requisiti di legge, ma come esattamente è stato osservato con riferimento anche alla Convenzione di Monaco di Baviera del 15 ottobre 1973 "La

194 Sez. Unite civ. 21.2.2002 n. 2515, Icmesa c. Pierotti, in Resp. civ. e Prev., Giuffrè Ed., Milano, n. 3, 2002, 726 "Sez. Unite civ. 21.2.2002 n. 2515, Icmesa c. Pierotti, in Resp. civ. e Prev., Giuffrè Ed., Milano, n. 3, 2002, 726 e ss. "In caso di compromissione dell'ambiente a seguito di disastro colposo (art. 449 c.p.) il danno morale soggettivo lamentato dai soggetti che si trovano in una particolare situazione (in quanto abitano e/o lavorano in detto ambiente) e che provino in concreto di avere subito un turbamento psichico (sofferenze e patemi d'animo) di natura transitoria a causa dell'esposizione a sostanze inquinanti ed alle conseguenti limitazioni del normale svolgimento della loro vita, è risarcibile autonomamente anche in mancanza di una lesione all'integrità psico-fisica (danno biologico) o di altro evento produttivo di danno patrimoniale, trattandosi di reato plurioffensivo che comporta, oltre all'offesa dell'ambiente e della pubblica incolumità, anche l'offesa ai singoli, pregiudicati nella loro sfera individuale. Il risarcimento dovuto al danneggiato riguarda, anche in tema di responsabilità aquiliana, solo le conseguenze immediate e dirette dal fatto illecito (art. 1123, richiamato dal primo comma dell'art. 2056 c.c.). Ove il pregiudizio lamentato dall'attore consista nella svalutazione delle quote di partecipazione societaria, a seguito di evento che abbia paralizzato l'attività dell'impresa che la società eserciti, esso non può pertanto essere risarcito avendo carattere meramente riflesso".

195 Sul punto, vedasi S. Leone, Manuale di bioetica, Op. cit. pagg. 340-341, ove viene affrontato accnato ai pericoli sopra descritti anche il pericolo di impatti sociali, a causa della ricaduta degli effetti dell'introduzione di OGM nei paesi in via di sviluppo, in quanto "La modificazione genetica comporta spesso l'incetta di specie originarie in tali Paesi (che vengono, quindi, depauperati delle stesse) ai quali poi vengono rivendute una volta che sono state geneticamente modificate. Un secondo problema riguarda il cosiddetto "brevetto genetico" cioè la possibilità che una pianta o una sua parte venga brevettata, divenendo, di fatto, di proprietà della ditta che lo ha prodotto". Sulla questione della brevettabilità o meno torneremo infra.

convenzione (art. 52 e 53) e la legge italiana (art. 12 e 13) vietano la brevettazione di mere scoperte, non corredate da applicazioni concrete, dei metodi matematici". Le invenzioni microbiologiche sono regolamentate da un sistema oltremodo farraginoso, ma comunque in equivoco: le razze animali e le novità vegetali sono eluse dalla brevettabilità, in via di eccezione; a tale eccezione fanno a loro volta, eccezione le invenzioni attinenti alla microbiologia. In termini di teoria generale del diritto, una norma si qualifica come eccezionale se, per un certo caso, dispone in senso contrario a quanto dispone la regola generale. Ne consegue che, ove si ponga un'eccezione ad una regola, a sua volta eccezionale, riprende a valere la regola generale. Perciò, posto che la regola generale prescrive la brevettabilità di qualsiasi invenzione e posto che a questa regola fanno eccezione le razze animali e le varietà vegetali, mentre la regola eccezionale non si applica alle invenzioni microbiologiche, equivale a dire che il principio stesso ammette la brevettabilità di queste ultime".¹⁹⁶

La delicatezza del problema e la necessità di risolvere dubbi ed evitare abusi, investe direttamente i legislatori nazionali e sopranazionali, soprattutto al fine di tutelare la salute dei cittadini.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Così, G. Agliarolo, *Il diritto delle biotecnologie*, G. Giappichelli Ed, Torino, 2001, pagg. 103-104.

¹⁹⁷ In tal senso il Brasile ha promulgato la legge N. 8.974 del 5 gennaio 1995, che con particolare riferimento agli OGM, ha, con l'art. 8), vietato qualsiasi manipolazione genetica di organismi o intervento in vitro di ADN/ARN (nota dell'autore: per ADN si intende l'acido desossiribonucleico, e per ARN l'acido ribonucleico; la molecola ADN/ARN la molecola ADN/ARN ricombinante, cioè la molecola manipolata al di fuori dalla cellula viva tramite modificazione del segmento ADN/ARN naturale o sintetico che possa moltiplicarsi in una cellula viva, o le molecole ADN/ARN risultanti da questa moltiplicazione) naturale o ricombinato realizzato in contrasto con il contenuto della legge; la manipolazione genetica della cellule germinali umane; l'intervento su materiale genetico umano in vitro, salvo per il trattamento di difetti genetici, con il rispetto dei principi etici, così come il principio di autonomia e il principio di beneficenza e previa autorizzazione del CTNbio (nota dell'autore: Commissione Tecnica Nazionale di Biosicurezza); la produzione, la raccolta o la manipolazione degli embrioni umani destinati a servire come materiale biologico disponibile; l'intervento in vivo del materiale genetico degli animali, eccettuati casi i cui tali interventi costituiscano un progresso significativo nella ricerca scientifica e nello sviluppo della tecnologia, rispettandosi i principi etici così come il principio della responsabilità e il principio di prudenza, e con l'approvazione del CTNbio; la liberazione o il rilascio nell'ambiente di OGM in contrasto con le norme stabilite dalla CTNbio e nel regolamento di questa legge. I prodotti contenenti OGM, destinati alla commercializzazione o all'industria, provenienti da altri paesi, potranno essere introdotti in Brasile dopo il parere preventivo definitivo della CTNbio e l'autorizzazione dell'organo di controllo competente, tenendosi conto dei pareri tecnici degli altri paesi, se disponibili". Il successivo art. 18) qualifica come crimine (stabilendo la pena della reclusione da tre mesi a un anno, pena minima per salire, a seconda della maggior gravità delle possibili conseguenze, sino alla reclusione da sei anni a venti in caso di morte), la manipolazione genetica delle cellule germinali umane; l'intervento sul materiale genetico umano in vivo, eccetto per la cura di difetti genetici, rispettandosi i principi etici così come il principio di autonomia e il principio di beneficenza e previa approvazione del CTNbio.

Così ha trovato primo ambito la Direttiva 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, che al Capitolo I Brevettabilità, recita "Art.1- 1- Gli Stati membri proteggono le invenzioni biotecnologiche tramite il diritto nazionale dei brevetti. Essi, se necessario, adeguano il loro diritto nazionale dei brevetti per tener conto delle disposizioni della presente direttiva. -2- La presente direttiva non pregiudica gli obblighi degli Stati membri derivanti da accordi internazionali, in particolare dall'accordo TRIPS e dalla Convenzione sulla diversità biologica. " ed all'Art. 4 "1 - Non sono brevettabili: a) le varietà generali e le razze animali; b) i procedimenti essenzialmente biologici di produzione di vegetali o di animali.

2 - Le invenzioni che hanno quale oggetto piante o animali sono brevettabili se l'eseguibilità tecnica dell'invenzione non è limitata ad una determinata varietà vegetale o razza animale. £- Il paragrafo 1, lettera b), non riguarda la brevettabilità di invenzioni che abbiano ad oggetto un procedimento microbiologico o altri procedimenti tecnici ovvero un prodotto ottenuto direttamente attraverso siffatti procedimenti". Mentre il testo del D.M. 12 novembre 1999 (G.U. Serie generale n.21 del 27.1.2000) riporta l'elenco degli agenti biologici classificati, e così 1- Sono inclusi nella classificazione unicamente gli agenti di cui è noto che possono provocare malattie infettive in soggetti umani. I rischi tossico o allergenici eventualmente presenti sono indicati a fianco di ciascun agente in apposita colonna . Non sono stati presi in considerazione gli agenti patogeni di animali e piante di cui è noto non hanno effetto sull'uomo. In sede di compilazione di questo primo elenco di agenti biologici classificati non si è tenuto conto dei microrganismi geneticamente modificati".

Così, qualora si ritenga di aver conseguito un risultato, occorre mantenere il segreto su di esso, per evitare una prematura divulgazione che eliderebbe la novità dell'invenzione: il deposito della domanda di brevetto deve precedere qualsiasi altra divulgazione. Successivamente, in un secondo momento sarà opportuno svolgere delle ricerche per valutare lo stato della tecnica, e così verificare se l'invenzione sia nuova e non costituisca uno sviluppo ovvio delle invenzioni note. Ed ancora, al fine di rispettare il requisito dell'industrialità, occorre distinguere le innovazioni attinenti alla ricerca fondamentale da quelle attinenti alla ricerca applicata, perché solo le seconde potranno essere validamente tutelate nelle loro applicazioni.¹⁹⁸

198 In tal senso, G. Agliano, Il diritto delle biotecnologie, Op.cit. pag.120.

Ricordiamo poi che il Decreto Legislativo 206 del 12 aprile 2001 ha determinato l'attuazione in ambito nazionale della Dir.98/81/ CE del 26.10.1998 che ha modificato al Dir. 90/219/CE relativa all'impiego confinato di microrganismi geneticamente modificati (di cui in Italia al Dec.Legisl. n.91 del 3.3.1993).

Or, rispetto al dettato della L. 626/94, il D.Lgs.206/01, "costituisce una specializzazione (cioè solo agenti biologici geneticamente modificati) ed una generalizzazione (ovvero agenti patogeni per animali e piante e non solo umani). Dal punto di vista di chi utilizza microrganismi in ambito confinato, al più importante novità rispetto alle disposizioni del D.Lgs. 626/94, consiste nel fatto che tutti gli impianti in cui si impiegano MOGM devono essere oggetto di una specifica procedura di notifica ed autorizzazione al Ministero della Salute".¹⁹⁹

E quindi si ribadisce ancora una volta il principio di sicurezza e prevenzione.

Appare quindi evidente l'esigenza di evitare la massimo il rischio di creare danni biologici all'ambiente, e quindi anche in ambienti più ristretti, ed in tal senso deve essere letto, ad esempio, lo scopo della Legge 626/94 stessa.

Sempre nell'ambito del quadro legislativo e della sua evoluzione si richiamano pertanto due Direttive, la 90/220/CEE e la 2001/18/CE e l'intero contesto del pensiero del legislatore europeo, dalle quali è emersa la necessità di tutela per evitare che lo sviluppo di prodotti geneticamente modificati crei danno alla salute e, d'altro canto, che venga aiutato correttamente lo sviluppo di materie prime per l'agricoltura, più appropriate ai fini della protezione e la nutrizione e di tecniche più efficaci per il trattamento dei rifiuti, disponendosi anche affinché gli Stati membri garantiscano che tutti coloro che eseguono un'immissione deliberata o la collocazione sul mercato di OGM, prendano tutti i provvedimenti ragionevolmente attuabili al fine di tenere sotto controllo ogni rischio di danno alle persone o all'ambiente.

Proprio in questo spirito deve considerarsi la "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce una disciplina per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio" oggetto del successivo punto di indagine.

¹⁹⁹ In tal senso, V. Lungagnani, *Biotecnologie*, Utet, Torino, 2002, pag.62, richiamandosi quanto più ampiamente scritto dall'A. sul punto.

12.2

Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce una disciplina per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio

Secondo la consolidata prassi, anche questa Proposta di Direttiva, così come le Direttive vere e proprie, è caratterizzata da una serie di “**Considerando**” che ne costituiscono sia l’introduzione, sia un quadro esplicativo del contenuto dei successivi articoli, integrandosi, per quanto ciò sia possibile, con gli stessi.

Pertanto il nostro commento terrà conto, sia del tenore letterale dei “**Considerando**” stessi, sia della loro interazione con gli articoli della Proposta di Direttiva, in modo tale che si possa meglio delineare la reale e vasta portata dell’intento del Legislatore Comunitario, che ha affrontato non solo un problema essenziale per la vita sociale dei Paesi dell’Unione, ma ha posto, con tempestiva evidenza e lucidità, l’assoluta necessità di affrontare e risolvere un problema planetario quale quello dell’incidenza dell’inquinamento causato dai così detti gas – Effetto Serra.

E che si tratti di un problema che investe l’intera comunità mondiale (Paesi sviluppati ed in via di sviluppo) è ben evidenziato nel testo del Progetto di Direttiva, che, non si limita ad un primo spazio temporale (il triennio 2005-2008), ma si spinge oltre, investendo il post 2008, cioè il momento in cui dovrà trovare attuazione il Protocollo di Kyoto.

Procediamo pertanto secondo tale ordine:

i primi cinque **Considerando** sono di natura istituzionale: costituiscono una specie di introduzione alla disciplina vera e propria dello scambio di quote, articolata nei vari articoli della Proposta.

Esaminiamo sinteticamente tali **Considerando**, richiamando la loro integrale lettura all’allegato 1):

Il Libro verde sullo scambio dei diritti di emissione di gas a effetto serra all’interno

dell’Unione europea ha lanciato in tutta Europa un ampio dibattito sull’opportunità e sulle modalità di funzionamento di un meccanismo che consenta lo scambio delle quote di emissioni di gas a effetto serra all’interno dell’Unione europea. (omissis)

Al di là del richiamo al Libro Verde, ciò che emerge è il riferimento allo scambio dei diritti di emissione dei gas a effetto serra all'interno dell'Unione Europea.

Infatti la proposta di Direttiva è diretta a disciplinare lo scambio di quote di immissione (come vedremo meglio esaminando l'art. 1), dando per accolto il dettato della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sulle variazioni climatiche, di cui il Protocollo di Kyoto ne è parte integrante.

Come meglio vedremo in seguito, la natura delle immissioni nocive, la loro provenienza e la possibilità di scambi a livello mondiale, sono dati acquisiti nella proposta di Direttiva, che, anzi, ne limita in parte la portata, operando solo una parte delle immissioni definite nocive ai fini del mutamento climatico, e incidendo, almeno in una prima fase limitatamente ai fini dell'obbligo di ciascun Paese comunitario, in attesa dell'espansione post 2008.

Su tale linea di pensiero, il secondo **Considerando** riconosce categoricamente che vi sia: "nel cambiamento climatico un tema prioritario per le iniziative della Comunità" tant'è che era stato previsto in ambito comunitario²⁰⁰ "per il 2005, l'istituzione di un sistema paneuropeo per lo scambio di emissioni. Questo programma riconosce che la Comunità si è impegnata ad operare, tra il 2008 e il 2012, una riduzione dell'8% delle emissioni di gas a effetto serra rispetto ai livelli del 1990 e che, a più lungo termine, occorrerà che le emissioni di gas a effetto serra diminuiscano del 70% circa rispetto al livello del 1990".

Nei successivi tre **Considerando** si richiama l'obiettivo finale della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici che mira a "stabilizzare le concentrazioni di gas a effetto serro nell'atmosfera a un livello che escluda qualsiasi pericolosa interferenza delle attività umane sul sistema climatico.

E "Una volta entrato in vigore, il Protocollo di Kyoto... l'adempimento congiunto degli impegni da esso previsto 9 (in prosieguo: "il protocollo di Kyoto"), impegnerà la Comunità e i suoi Stati membri a ridurre, nel periodo 2008-2012, le loro emissioni antropiche aggregate dei gas a effetto serra elencate nell'allegato A del Protocollo nella misura dell'8% rispetto al livello del 1990".

Pertanto "La Comunità e i suoi Stati membri si sono impegnati congiuntamente a ridurre le emissioni dei gas a effetto serra di origine

200 Com 31 del 24.1.2001

umana di cui al Protocollo di Kyoto in virtù della decisione CE [concernente la conclusione del Protocollo di Kyoto della Convenzione delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici e l'adempimento congiunto degli impegni ivi previsti]”.

Ancora una volta il protocollo di Kyoto assume incidenza essenziale ai fini del progetto del Legislatore Europeo, in piena sintonia con il pensiero delle Nazioni Unite.

Il **Considerando** n. 6 ha rilevanza anche operativa in quanto, osserva che: “La decisione 93/389/CEE del Consiglio, del 24 giugno 1993, su un meccanismo di controllo delle emissioni di CO₂ e di altri gas a effetto serra nella Comunità, ha istituito un sistema per controllare le emissioni di gas a effetto serra e valutare i progressi realizzati ai fini del rispetto degli impegni assunti in ordine a tali emissioni.

Detto sistema aiuterà gli Stati membri a determinare la quantità totale di quote di emissioni da assegnare”.

Emerge pertanto un richiamo anche ai successivi articoli 7 e 23 della Proposta di Direttiva in esame, di cui il primo riguarda la “Modifica degli Impianti” con particolare riferimento, per quanto concerne il **Considerando 6**, ad eventuali modificazioni apportabili alla natura o al funzionamento dell'impianto, o ad eventuali ampliamenti dell'impianto medesimo, che implicino la richiesta di un aggiornamento dell'autorizzazione.

Il secondo riguarda invece il “Comitato”, espressamente stabilito dall'art.8 della citata decisione 93/289/CEE, su cui torneremo esaminando il testo dell'art. 23.

I **Considerando** da **7** a **10** sono anch'essi di tipo istituzionale, ma di portata differente ai precedenti, apparendo in questo caso il principio di salvaguardia della libera concorrenza all'interno della Unione, argomento cardine di tutto il pensiero comunitario (e sul quale torneremo esaminando gli artt. 9, 11 e 16, ritenendo che siano necessarie disposizioni comunitarie sulle assegnazioni di quote di emissioni, nonché di precisa determinazione dei soggetti interessati alle immissioni e dei soggetti destinati ai controlli, riuniti in un' unica ampia visione, e con preciso riferimento alla necessità di sanzioni che devono essere effettive, proporzionate e dissuasive.

Altra considerazione rilevante è quella riportata nel **Considerando 10** che richiama la necessità di consentire a tutti i cittadini “l'accesso alle informazioni relative all'assegnazione delle quote ed ai risultati del controllo delle immissioni”.

Il tutto ribadito nell'art. 17.

Ugualmente di tipo operativo sono i **Considerando 11** e **12**, che richiamano, rispettivamente, gli artt. 2, 25 e 23, 27: “Gli Stati membri

devono presentare una relazione sull'applicazione della presente direttiva da redigere secondo la direttiva 91/692/CEE del Consiglio, del 23 dicembre 1991, per la standardizzazione e la razionalizzazione delle relazioni relative all'attuazione di talune direttive concernenti l'ambiente.

Le misure necessarie per l'applicazione della presente direttiva costituiscono delle misure di portata generale ai sensi dell'articolo 2 della decisione 1999/468/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione 13. Pertanto, esse devono essere adottate secondo la procedura di regolamentazione di cui all'articolo 5 della stessa”.

In particolare viene precisato che dovrà trovare applicazione (quindi richiamo esplicito di applicazione, non semplice raccomandazione) la decisione 1999/468/CE del Consiglio, su cui torneremo in sede di esame dell'art. 27.

I successivi **Considerando** da 13 a 16 rivestono carattere misto istituzionale e operativo: esaminiamoli brevemente “La direttiva 96/61/CE del Consiglio, del 24 settembre 1996 sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento istituisce una disciplina generale per la prevenzione e il controllo dell'inquinamento mediante la quale possono essere rilasciate autorizzazioni per l'emissione di gas a effetto serra. È opportuno modificare detta direttiva in modo da evitare che vengano fissati valori limite per le emissioni dirette di gas a effetto serra provenienti dagli impianti contemplati dalla presente direttiva, salvo il disposto della direttiva 96/61/CE”.

Il richiamo alla direttiva 96/61/CE non è solo generico, ma imperativo, in quanto ne richiama la portata, previa opportuna modifica di alcune sue parti, come espletato nell'art. 25.

Proseguono: “Poiché gli scopi dell'intervento prospettato, vale a dire l'emanazione di una disciplina per lo scambio delle quote di emissioni di gas a effetto serra nella Comunità, non possono essere realizzati in misura sufficiente dagli Stati membri che agiscono isolatamente e possono dunque, a causa delle dimensioni e degli effetti dell'intervento in oggetto, essere realizzati meglio a livello comunitario, la Comunità può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato. La presente direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tali scopi, in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo.

La presente direttiva è compatibile con la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici e con il Protocollo di Kyoto.

Essa deve essere riesaminata alla luce degli sviluppi che si registreranno in tale contesto e per tener conto dell'esperienza acquisita nella sua applicazione, come pure dei progressi realizzati nel controllo delle emissioni di gas a Effetto Serra.

Lo scambio di quote di emissioni deve essere una componente di un pacchetto organico e coerente di politiche e di interventi concreti realizzati a livello di Stati membri e della Comunità. Salva l'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato sarebbe opportuno che per le attività contemplate dal sistema comunitario di scambio di emissioni, si tenga conto di un livello di tassazione atto a pervenire agli stessi risultati. In sede di revisione della presente direttiva occorrerà tener conto della misura in cui questi obiettivi sono stati realizzati”.

L'ultimo Considerando è rigorosamente istituzionale e di chiusura all'introduzione e preliminare all'enunciazione dei vari articoli, giacché ribadisce che verranno rispettati tutti i diritti fondamentali e non contrasta (*terminologicamente*: osserva) i principi riconosciuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

12.3

TESTO DELLA (PROMULGANDA) DIRETTIVA

Esaminiamo ora i singoli articoli che costituiscono l'asse portante della proposta direttiva, unitamente alla serie degli allegati, che, come vedremo, non assumono solo valore enunciativo, ma si integrano ripetutamente con il testo dei vari articoli, ribadendone la portata soprattutto alla luce dei consolidati principi delle Nazioni Unite e della Comunità Europea stessa, in tema generale di salvaguardia dell'ambiente e in tema specifico di gravità delle mutazioni climatiche determinate dal comportamento umano.

Procediamo con ordine, sottolineando come, per evidenti ragioni di praticità, useremo il termine direttiva con riferimento ai singoli articoli che esamineremo, anziché usare il più corretto termine proposta di direttiva in quanto la stesura dei singoli articoli è formulata come se si trattasse del testo della direttiva definitiva.

12.4

GLI ARTICOLI

12.4.1

“Articolo 1

Oggetto

La presente direttiva istituisce una disciplina comunitaria di scambio di quote di emissioni di gas a effetto serra, al fine di promuovere la riduzione di detti gas in modo economicamente efficiente”.

La prima osservazione, peraltro essenziale ai fini della corretta interpretazione del testo proposto, è relativa alla esatta determinazione dell'oggetto: come già scritto, lo spirito del legislatore

europeo è diretto a regolamentare lo scambio di quote di emissioni di gas che producono il così detto effetto serra.

Il testo della direttiva non entra nel merito "ambientalista" al di là del dettare una serie di precise regole operative, peraltro intese non in senso statico, ma dinamico, cioè pronte ad una successiva riformulazione in quelle parti che si saranno dimostrate inadeguate o comunque migliorabili.

A tal fine rimandiamo all'esame degli art. 13, 21, 24, e 26, che, come vedremo, disciplinano le possibili variabili future, introducendo tale elemento dell'aggiornabilità, quale elemento costante e rilevante della direttiva medesima.

Pertanto dalla lettura della prima parte dell'art. 1 emerge che tutta l'ampia materia decisa in sede ONU e CEE in tema di mutamenti climatici, sia acquisita nello spirito della presente direttiva, costituendone il necessario presupposto, come, tra l'altro, ben ribadito nei primi quattro Considerando sopra esaminati.

Il secondo elemento ribadito nell'art. 1 è il richiamo ad una disciplina che promuova la riduzione dei gas, ma in modo economicamente efficiente: la logica della direttiva è quella di organizzare un sistema di scambio di quote di immissioni in modo tale che ciò avvenga in quelle aree nelle quali il costo dello scambio sia inferiore.

Praticamente il meccanismo di scambio presuppone una determinazione di quote da parte di ciascun Stato, che verranno attribuite a ciascuna impresa, e, conseguentemente, la possibilità di aumentare la propria quota di emissioni a condizione che trovi un'altra impresa che abbia prodotto emissioni inferiori a quelle che avrebbe avuto diritto di emettere.

In tal modo l'impresa "in credito" di quote potrà cedere la propria eccedenza di quote all'impresa "in debito", cioè che ha superato la quantità di quote assegnatele, con la conseguenza che questa ultima rientrerà nei limiti di legge, mentre non vi sarà alcun aggravio per l'ambiente, non essendovi alcun aumento della quantità programmata di emissioni nell'atmosfera.

Ovviamente un simile processo di scambio dovrà rispettare le leggi della concorrenza e dell'economia così come stabiliti dal Trattato e dalla legislazione comunitaria vigente, giacché, se così non fosse, si avrebbe un'alterazione dei principi di corretta ripartizione nell'ambito dell'Unione, e ciò con ottica volta anche nell'ottica del Protocollo di Kyoto.

12.4.2

“Articolo 2

Ambito di applicazione

1. La presente direttiva si applica alle emissioni di gas a effetto serra provenienti dalle attività indicate nell'allegato I e specificate in relazione a tali attività;

2. La presente direttiva si applica salvo quanto disposto dalla direttiva 96/61/CE in relazione all'efficienza energetica”.

L'articolo 2 determina l'ambito di applicazione della disciplina, cioè a cosa debba applicata la disciplina comunitaria di scambio delle quote: alle immissioni di gas ad effetto serra.

Tali immissioni sono, almeno per una prima fase, parte delle immissioni contemplate anche nel Protocollo di Kyoto, allegato II.

In particolare l'allegato 1 distingue fra Attività e Gas Serra: vengono, cioè, indicate le Attività che generano i Gas Serra, e tali attività vengono limitate alle seguenti: Attività energetiche: Impianti di combustione.

Si osservi che l'allegato 1 al primo punto **esclude** dall'ambito della direttiva gli impianti o le parti di impianti utilizzati per la ricerca, lo sviluppo e la sperimentazione di nuovi prodotti e processi.

Tale esclusione è evidentemente motivata da principi di salvaguardia del settore della ricerca e sperimentazione e dal fatto che un'attività di ricerca o di sperimentazione non sono tali da implicare un rischio di immissioni oltre il limite fissato.

Il secondo punto dell'allegato precisa che, “qualora uno stesso gestore ponga in essere varie attività elencate alla medesima voce in uno stesso impianto o in uno stesso complesso, si sommano le capacità di tali attività”.

La ratio di tale norma è evidente: essendo identificato il gestore (vedremo chi sia esso esaminando il successivo articolo 3) ed essendo identificata la attività produttiva di immissioni dei gas, non si è ritenuto corretto che si potessero sommare più quantitativi di immissioni, vanificando lo spirito della norma.

Piuttosto dovranno essere i singoli Stati, in sede di determinazione delle quote, a specificare ulteriormente, e, quindi a determinare precisi meccanismi di attribuzione, i limiti di immissione e, di correlativa disposizione di quote.

E tale principio vale anche in senso contrario, ossia, a favore di chi rinuncia a parte o a tutti dei suoi diritti di immissione, e quindi detiene la disponibilità di cedere o annullare tali quote (sul punto torneremo esaminando l' art. 12).

Tornando al testo dell'art. 2, il suo secondo punto, richiama, per la prima volta la direttiva 96/61/CE, stabilendo che l'applicabilità della direttiva non si estende alle disposizioni relative all'efficienza energetica precisate nella citata direttiva

12.4.3

“Articolo 3

Definizioni

Ai fini della presente direttiva valgono le seguenti definizioni:

- a) *“quota di emissioni”, il diritto di emettere una tonnellata di equivalente biossido di carbonio per un periodo determinato, valido unicamente per rispettare le disposizioni della presente direttiva e cedibile conformemente alla medesima;*
- b) *“emissione”, il rilascio nell’atmosfera di gas a effetto serra a partire da fonti situate nell’impianto;*
- c) *“gas a effetto serra”, i gas di cui all’allegato II;*
- d) *“autorizzazione ad emettere gas a effetto serra”, l’autorizzazione rilasciata a norma degli articoli 5 e 6;*
- e) *“impianto”, l’unità tecnica permanente in cui sono svolte una o più attività elencate nell’allegato I;*
- f) *“gestore”, la persona che detiene o gestisce l’impianto o, se previsto dalla normativa nazionale, dispone di un potere economico determinante sull’esercizio tecnico del medesimo;*
- g) *“persona”, qualsiasi persona fisica o giuridica;*
- h) *“cittadini”, una o più persone nonché, secondo la normativa o la prassi nazionale, le associazioni, le organizzazioni o i gruppi costituiti da queste persone;*
- i) *“tonnellata di equivalente biossido di carbonio”, CO₂ o una quantità di qualsiasi altro gas a effetto serra elencato nell’allegato II che abbia un equivalente potenziale di riscaldamento planetario”.*

Secondo una consolidata prassi, la direttiva contiene una serie di definizioni che aiutano a comprendere i termini della direttiva, risolvendo, o meglio, anticipando, problemi terminologici e quindi applicativi.

Esaminiamo alcuni aspetti delle varie definizioni, dando ovviamente per scontato e pacifico ciascun termine che non implichi necessità interpretativa.

Il punto **a)** ribadisce tre concetti: la natura del gas, la temporaneità e l’applicabilità.

Il primo identifica nel solo biossido di carbonio il gas in oggetto, mentre, come già detto, il Protocollo di Kyoto estende ad altri gas il principio di limitazione di immissione, gas quali il vapore acqueo, il metano, l'ozono, l'ossido nitrato, il clorofuorcarbonio.²⁰¹

La temporaneità è da intendersi nel senso che le norme di applicazione del principio di cessione delle quote è legato ai limiti temporali stabiliti nella direttiva e nelle singole disposizioni degli Stati, mentre le disposizioni della direttiva sono le uniche applicabili alla disciplina dello scambio di quote.

I punti **b),e), f)** possono essere valutati congiuntamente: il primo delimita l'ambito di uscita del gas, ossia intende come immissione nell'atmosfera il rilascio sin dalla sua fonte, cioè dall'impianto, e ciò, riteniamo, sia direttamente che indirettamente al fine di evitare elusioni della normativa.

L'impianto poi è da identificarsi con un ambiente tecnico, cioè produttivo, delle attività che, contemplate dall'allegato I, costituiscono la fonte del biossido di carbonio, e la costituiscono sommandosi anche in più possibili fonti (rectius: attività) i cui valori debbono però essere unitariamente considerati (vedasi il punto 2 dell'allegato I sopra esaminato).

Il gestore, è la persona fisica o giuridica, che è il titolare in senso ampio dell'impianto, ossia ne è il proprietario, il concessionario, il locatario ecc.: in tale definizione è collocato solo chi abbia la effettiva disponibilità industriale dell'impianto, cioè ne usi ai fini produttivi e quindi si accoli la responsabilità per le immissioni nell'atmosfera.

Una particolarità: la direttiva estende la titolarità dell'impianto a chi, eventualmente in base a normativa nazionale, "disponga di un potere economico determinante sull'esercizio tecnico " dell'impianto medesimo.

Quindi la gestione è da ritenersi in capo al vero controllante e vari problemi potrebbero prospettarsi in casi quali: titolarità in capo ad un ente pubblico statale, regionale, provinciale, comunale; titolarità in capo ad una società controllata da una capogruppo, da un ente pubblico ecc. il legislatore vuole evitare che, per applicazione di norme codicistiche (normalmente in materia civile) si offra una via di elusione alla direttiva .

Pertanto è in capo a tali soggetti che si concentreranno le sanzioni civili (economiche e amministrative) mentre altro discorso dovrà essere fatto in tema di sanzioni penali, in quanto il principio della responsabilità penale diretta non può essere eluso: in ogni caso si

201 In riferimento, vedasi *climatiche change the greenhouse effetc.*

dovrà attendere il testo definitivo della direttiva, e ancor più, i singoli strumenti nazionali attuativi, per poter discutere appropriatamente sull'argomento.

Il punto **c)** identifica i gas che contribuiscono, ai fini della direttiva, a produrre l'effetto serra: come già detto l'elenco è riduttivo rispetto al Protocollo di Kyoto, ma tale scelta trova il suo fondamento in un diverso approccio, più pragmatico di quello generale richiamato dalle disposizioni delle Nazioni Unite.

La direttiva non esclude che in futuro possano essere inseriti nell'elenco altri gas riconosciuti dal protocollo di Kyoto, ma al momento sono ricomprese solo le immissioni di biossido di carbonio, che, come appurato da statistiche, nel 1999 costituivano più dell'80% delle immissioni di gas effetto serra nell'atmosfera.

Esiste nello spirito della direttiva un principio che definiamo di "variabilità", legato non solo a precise esigenze tecnico-produttive, ma anche alla difficoltà di misura della qualità e quantità di immissioni di altri gas.

Fra l'altro l'allegato II contiene un elenco di "gas effetto serra" che ricalca quello del Protocollo di Kyoto, ricomprendendo assieme al Biossido di Carbonio, anche il Metano, il Protossido di Azoto, gli Idrofluorocarburi e l'Esafluoro di Zolfo.²⁰²

e richiamiamo altresì la Direttiva 2001/7817 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2001, relativa ai limiti nazionali di emissioni di alcuni inquinanti atmosferici, che ha stabilito all'art. 3. i punti rilevanti.

Il punto **d)** rinvia all'autorizzazione ex artt. 5 e 6 che esamineremo.

Il punto **g)** identifica quale persona sia soggetti fisici che giuridici, allargando pertanto la portata della direttiva a tutti i soggetti giuridici, il che consente a chiunque, anche non gestore, di poter disporre di quote, e, quindi, anche di poterle annullare, senza utilizzarle ai fini diretti dello scambio.

Tale definizione, richiamata appunto dall'art. 19, secondo comma, lascia spazio anche alle associazioni non imprenditoriali (in senso lato potremo chiamarle ambientaliste) di intervenire nel meccanismo equilibratore.

202 In relazione all'identificazione di gas e del gestore, richiamiamo la "Direttiva 2001/80/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio concernente la limitazione delle immissioni nell'atmosfera di taluni inquinanti originati dai grandi impianti di combustione", tale direttiva, confermando quanto stabilito nell'Allegati I alla proposta di direttiva in esame che trattando delle Attività energetiche ha stabilito che sono da ritenersi "esclusi gli impianti per rifiuti pericolosi o urbani", ha stabilito che...vedi art. 2, art. 1, ecc...)

La ratio di tale decisione è legata al fatto della giustificata responsabilità e partecipazione di dette aree di interesse pubblico e al fatto che, a fronte di una valutata enorme quantità di cessioni, l'intervento di detti soggetti (ambientalisti, e non solo) possa solo equilibrare qualitativamente il mercato, ma non incidere quantitativamente sullo stesso.

Il punto **h)** definisce chi siano i cittadini, di cui all'art. 17, cioè tutti i soggetti, singoli o più, o associazioni, organizzazioni o gruppi costituiti da queste persone, che abbiano accesso all'informazione in ordine alle decisioni sull'assegnazione di quote e le varie notificazioni di cui all'art. 14. Anche su tale definizione torneremo in seguito.

Il punto **i)** si riferisce ad una definizione tecnica: nel caso in esame si tratta di un limite ponderato (tonnellata), nella versione redatta in lingua inglese si legge, forse più correttamente " (i) tonne of carbon dioxide equivalent means one metric tonne of carbon dioxide (CO₂) or an amount of any other greenhouse gas referred to in Annex II with an equivalent global warming potential.

A questo punto due osservazioni: leggendo il testo redatto in inglese si rileva come nell'elenco dell'art. 3 risulti anche la voce "(b) competente authority" means an authority designated by a member State to carry out obligation arising from this Directive in accordance with Article 18: "che non figura nel testo italiano (salvo errore di stampa) e che, comunque, sono ben identificate, per entrambe le versioni linguistiche, nell'art.18; e come in entrambe le versioni non si specifichi che cosa si debba intendere per "sito" (vedasi art.6 versione italiana, letteralmente difforme da quello nella versione inglese che fa espresso riferimento "1.The competent authority shall issue a greenhouse gas emissions permit if it is satisfied that the operator is capable of monitoring and reporting emissions in accordance with the guidelines adopted pursuant to Art.14")

La seconda osservazione è relativa all'assenza, nell'elenco riportato nell'articolo, della voce "**sito**", che troveremo nel secondo capoverso dell'art. 6: non si comprende se si tratti di una dimenticanza o se il legislatore ritenga non vi siano dubbi interpretativi: sito, come vedremo, dovrebbe essere l'area fisica ove sorge un impianto, ma ciò non esclude alcune possibili contrastanti interpretazioni, così come vedremo esaminando il detto art. 6.

12.4.4

“Articolo 4

Autorizzazione ad emettere gas a effetto serra

Gli Stati membri provvedono affinché, dal 1° gennaio 2005, nessun impianto possa esercitare le attività elencate all'allegato I che possano generare emissioni di un gas a effetto serra specificato in relazione a tale attività, a meno che il relativo gestore non sia munito di un'autorizzazione rilasciata da un'autorità competente secondo gli articoli 5 e 6”.

Si tratta di un articolo fondamentale e di carattere cogente: esclude che a far tempo dal 1° gennaio 2005 vi possano essere impianti che esercitino le attività di cui all'allegato I, **senza** le prescritte autorizzazioni di cui ai successivi art. 5 e 6.

Non è ammessa lacuna deroga che non sia contemplata nella direttiva medesima, e, se così non fosse, verrebbe vanificato tutto lo spirito della direttiva medesima e del Protocollo di Kyoto.

Per quanto concerne la voce autorizzazioni riteniamo che ad essa debba applicarsi la concezione amministrativistica²⁰³, non creandosi in ogni caso una antinomia fra norme di carattere amministrativo e civilistico.

La natura giuridica dei distinti atti non si scontra con l'efficacia della direttiva: l'autorizzazione, nel caso di specie, non può che promulgare da un Organo di diritto pubblico, preminentemente Statuale, mentre la successiva attività da parte del gestore dell'impianto avrà, da un lato, natura amministrativa (vedasi, ad esempio, l'attività di cui agli artt. 5,6,7,10, ess. nei quali sia preminente la posizione dello Stato e/ o del suo delegato competente) e dall'altro, per quanto concerne la possibilità di disporre delle quote di emissioni (art.12) potrà avere natura privatistica (privato-privato), o mista (privato- Stato, se contemplato) o pubblica (Stato-Stato), così come verrà stabilito soprattutto dopo il periodo 2005-2008.²⁰⁴

203 Assume particolare valore la riforma del diritto amministrativo

204 In tema di autorizzazioni vedasi come le stesse siano stabilite anche nella Dir.2001/80CE, agli art.4 e seguenti da esso richiamati, ad es. 6 e 7,

In tema di autorizzazioni vedasi come le stesse siano stabilite anche nella Dir.2001/80CE, agli art.4 e seguenti da esso richiamati, ad es. 6 e 7.

Pertanto l'articolo in esame è da intendersi quale vera e propria conditio legis per poter esercitare le attività indicate nell'allegato I: senza tale autorizzazione non è possibile svolgere alcuna operazione industriale o produttiva di quelle menzionate.

12.4.5

“Articolo 5

Domanda di autorizzazione

La domanda rivolta all'autorità competente, diretta ad ottenere l'autorizzazione ad emettere gas a effetto serra contiene la descrizione di quanto segue:

- a) l'impianto e le sue attività;*
- b) le materie prime e secondarie il cui impiego è idoneo a produrre emissioni;*
- c) le fonti di emissione dell'impianto;*
- d) le misure previste per controllare le emissioni, secondo le linee guida di cui all'articolo 14.*

La domanda di autorizzazione contiene anche una sintesi non tecnica dei dati di cui al primo Comma”.

Il testo dell'articolo 5 è di natura prettamente “elencativa”, specificando come debba essere predisposta la domanda diretta all'autorità competente (si noti autorità competente, e quindi non necessariamente allo Stato, così come vedremo esaminando l'art. 18).

Indubbiamente la descrizione è da intendersi legata all'Allegato I, almeno per la prima fase di applicazione della direttiva .

La domanda è dunque solo uno degli elementi costituenti l'intera catena dell'assegnazione di quote e della loro circolazione (vedasi particolarmente l' art. 12).

Non è chiaramente specificato che cosa debba intendersi per "una sintesi non tecnica": dovrebbe trattarsi di una specificazione di quanto indicato nel precedente capoverso, che possa costituire ulteriormente elemento di verifica per le Autorità competenti, per l'inserimento nelle Banche Dati contemplate dall'art. 19, e per il disposto dell'allegato V.

In particolare si ricordi che nel citato allegato, alla voce **Metodologia**, si parla di Analisi Strategica e di Analisi dei Processi, e dei Rischi.

Ma a questo punto, tenuto conto delle implicazioni, della possibilità di verifica, e del valore incidente delle dichiarazioni rilasciate dal gestore dell'impianto nella predisposizione della domanda di autorizzazione, riteniamo che la sintesi non tecnica, debba comunque essere formulata in termini compatibili con le attività di verifica e, quindi, con possibilità di contro agire a risultati negativi della verifica, risultati che si ritengano non veritieri.

12.4.6

"Articolo 6

Condizioni e contenuto dell'autorizzazione

1. L'autorità competente rilascia un'autorizzazione a emettere gas a effetto serra da un impianto o da parte di esso, ove abbia accertato che il gestore è in grado di controllare e notificare le emissioni. Un'autorizzazione può valere per uno o più impianti localizzati sullo stesso sito e gestiti dallo stesso gestore;

2. L'autorizzazione ad emettere gas a effetto serra contiene i seguenti elementi:

- a) nome e indirizzo del gestore;*
- b) descrizione delle attività e delle emissioni dell'impianto;*

- c) *disposizioni in tema di controllo, specificandone la metodologia e la frequenza;*
- d) *disposizioni in tema di notificazioni;*
- e) *obbligo di restituire quote di emissioni pari alle emissioni complessivamente rilasciate dall'impianto durante ciascun anno civile, come verificate a norma dell'articolo 15, entro tre mesi dalla fine di tale anno".*

Una prima osservazione è relativa al fatto che il testo dell'articolo redatto in lingua italiana presenti alcune difformità rispetto al testo redatto in lingua inglese²⁰⁵ ed in particolare come appaia il termine **sito**: poiché nell'art 14 viene richiamato l'allegato IV (nel testo redatto in lingua inglese, vi è un espresso richiamo all'art.14), e poiché l'allegato IV alla voce Notificazione delle emissioni, elenca una serie di informazioni, fra cui, nome dell'impianto, indirizzo, codice postale, paese, ecc.. potremmo ritenere che il **sito** altro non sia che la sede operativa (non necessariamente coincidente con la sede legale) dell'impresa (rectius: impianto).

Per quanto concerne poi la voce Autorità competente, occorre coordinare il testo del presente articolo con il testo dell'art.18 ove è contemplata la possibilità che, al rilascio della autorizzazione, sia delegato non solo lo Stato membro ma altra Autorità da esso indicata (analogamente nel testo redatto in lingua inglese si parla di "Authority or Athorities").

Per quanto concerne il terzo capoverso dell'articolo in esame, so noti come in esso vengano richiamati gli elementi usuali di identificazione del soggetto (rectius: gestore) destinatario dell'autorizzazione, la descrizione dell'impianto e l'indicazione delle disposizioni in tema di controllo e di notificazioni, nonché, l'obbligo " di restituzione".

Si evince pertanto un collegamento fra l'art. 6 ed i successivi artt. 14 e 23 nonché con l'allegato IV: i detti articoli vanno pertanto valutati in stretta connessione, tenendo ben presente che l'articolo in esame pone delle precise condizioni di efficacia (conformità nella domanda ai requisiti formali propri dell'autorizzazione) con espressa incidenza obbligatoria, e quindi anche sanzionatoria per l'eventuale inadempimento comprovato (artt. 15 e 16), nell'ultimo punto (punto e).

205 Vedasi art.6 nel testo originale inglese.

12.4.7

“Articolo 7

Modifica degli impianti

“Il gestore informa l'autorità competente in merito ad eventuali modificazioni che intenda apportare alla natura o al funzionamento dell'impianto, ovvero a suoi ampliamenti, che possano richiedere l'aggiornamento dell'autorizzazione ad emettere gas a effetto serra. L'autorità competente, ove lo ritenga necessario, procede a detto aggiornamento. Qualora muti l'identità del gestore dell'impianto, l'autorità competente aggiorna l'autorizzazione per inserirvi il nome e l'indirizzo del nuovo gestore”.

Si tratta di un articolo relativo a formalità: non occorre scordare che uno dei presupposti della direttiva è la sua “visibilità”, cioè la possibilità per “ i cittadini” di accedere a tutte le informazioni relative, nonché la necessità che tutto (cioè i requisiti formali, presupposto della sostanzialità dell'autorizzazione alla disponibilità di quote) sia sempre aggiornato e che risulti facilmente verificabile.

Si evidenzia, nel secondo capoverso, il potere discrezionale dell'Autorità competente a procedere o meno al richiesto aggiornamento, che dovrà essere preventivamente richiesto (la terminologia è inequivocabile: “che intenda apportare”, e nel testo redatto in lingua inglese il concetto emerge ancor più rafforzato: “The operator shall inform the competente authority of any change planned”), ne consegue che non dovrebbero essere ammesse situazioni “per facta concludentia”, cioè far seguire la richiesta di aggiornamento alle modifiche attuate, così come non potrebbe operare una forma di “ratifica” automatica”.

Prevale sempre il principio della massima trasparenza, sia nella fattibilità dell'impianto, sia nella concessione dell'autorizzazione alle emissioni di gas.

L'ultimo capoverso è di natura squisitamente formale, ma tale formalità è subordinata sempre al comportamento attivo del gestore cedente o subentrante, mai a situazioni verificate dall'autorità ex post. In tal caso dovrebbe ritenersi sottoposti alle sanzioni richiamate dall'art. 16.

12.4.8

“Articolo 8

Coordinamento con la direttiva 96/61/CE

Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari affinché, nel caso di impianti che esercitano attività di cui all'allegato I della direttiva 96/61/CE, le condizioni e la procedura per il rilascio di un'autorizzazione ad emettere gas a effetto serra siano coordinate con quelle previste da tale direttiva. Le disposizioni degli articoli 5, 6 e 7 della presente direttiva possono essere inserite nelle procedure previste dalla direttiva 96/61/CE”.

Si tratta di un solo articolo di richiamo espresso alla necessità di coordinamento con un'altra direttiva, ma si tratta di un articolo fondamentale, tanto che il Titolo della Proposta di Direttiva è indicato come: “Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce una disciplina per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio”.

E che il coordinamento non sia l'unica voce incidente, ma si contempli anche la espressa modifica di tale direttiva, è comprovato dal successivo art. 25.

Pertanto anche alle attività disciplinate dalla direttiva 96/91/CE troverebbe applicazione il sistema degli scambi e annessi di cui alla presente direttiva.

Osserviamo che la direttiva 96/61/CE ha trovato attuazione nel nostro ordinamento con il Dec.Legs. 4 /8/1999 n. 372 che si è posto come finalità: (vedi art.1)²⁰⁶ E' particolarmente importante l'art.3 del Dec.Legs. 372/99 in quanto in esso vengono delineati i principi generali dell'autorizzazione integrata ambientale, come ben delineata nel punto 9) delle definizioni ²⁰⁷.

Appare evidente una certa antinomia logica: da un lato il Dec.Legs. 372/99 limita le immissioni di gas effetto serra, e dall'altro la direttiva,

²⁰⁶ Si osservi come anche il dec.Legs.372/99 contempli una serie di Definizioni.

²⁰⁷ Vedasi nota 16 precedente che richiama gli art. 3 e 5.

richiamando lo stesso Dec.Legs. 372/99, ne “vanifica” in certo qual modo la portata, autorizzando le immissioni di gas effetto serra. E’ chiaro che tale scelta è il miglior compromesso fra salvaguardia dell’ambiente, progresso tecnico e industriale, e equivalenza di Stati (sviluppati, quindi necessariamente inquinanti, e in via di sviluppo, sviluppo che non necessariamente potrebbe sfociare in attività inquinanti, così come auspicato dal Protocollo di Kioto e dalla presente direttiva che, a far tempo dal 2008 opererà extracomunità). La conseguenza immediata dell’auspicato coordinamento è che anche gli impianti, muniti di autorizzazione in forza del Dec.Legs, 372/99 dovranno adeguarsi alle formalità procedurali e sostanziali di cui alla presente direttiva, pena l’impossibilità di proseguire nell’attività, ma vi è di più: come vedremo esaminando l’art. 25, la presente direttiva “supera” le disposizioni del Dec.Legs. 372/99, consentendo al gestore di superare il massimale fissato dal Dec.legs. 372/99, salvo che ciò importi un “ rilevante inquinamento locale”.

12.4.9

“Articolo 9

Piano nazionale di assegnazione delle quote di emissioni

1. Per ciascun periodo di cui all'articolo 11, paragrafi 1 e 2, ciascuno Stato membro elabora un piano nazionale che determina le quote totali di emissioni che intende assegnare per tale periodo e le modalità di tale assegnazione. Il piano si fonda su criteri obiettivi e trasparenti, compresi i criteri elencati nell'allegato III.

Per il periodo di cui all'articolo 11, paragrafo 1, il piano viene pubblicato e notificato

alla Commissione ed agli altri Stati membri entro il 31 marzo 2004.

Per i periodi

successivi, il piano è pubblicato e notificato alla Commissione e agli Stati membri

almeno diciotto mesi prima dell'inizio del periodo in questione;

2. I piani nazionali di assegnazione sono esaminati in seno al comitato di cui all'articolo 23, paragrafo 1;

3. Nei tre mesi successivi alla notificazione di un piano nazionale di cui al paragrafo 1, la Commissione può respingerlo, in tutto o in parte, qualora lo ritenga incompatibile con le disposizioni dell'articolo 10 o con i criteri elencati nell'allegato III. Lo Stato membro può assumere una decisione a norma dell'articolo 11, paragrafo 1 o paragrafo 2, solo previa accettazione da parte della Commissione delle modificazioni che esso propone”.

L'articolo contiene un'indicazione temporale e soggettiva precisa: vengono delineati i due archi di tempo richiamati dall'art. 11, ovvero il triennio 2005-2008 ed il successivo quinquennio sino al 31.12.2012, e viene riconosciuto a ciascun Stato membro di elaborare un proprio piano nazionale.

Tale determinazione non è comunque arbitraria, ma soggetta al rispetto dei criteri riportati dall'allegato III e al parere del Comitato nominato ai sensi dell'art. 8 della Decisione della Commissione del 26.04.99 che modificato la decisione 93/389/CEE “su un meccanismo di controllo delle emissioni di CO₂ e di altri gas ad effetto serra nella Comunità.²⁰⁸ Ed ancora viene ribadita la scelta del legislatore per criteri obiettivi e trasparenti, come anche i criteri sanciti dall'allegato III, che qui trova conferma totale della sua applicabilità, pur sempre nel rispetto della parità fra imprese.

208 Nota: Art. 8: “Comitato.1. La Commissione è assistita da un comitato composto da rappresentanti degli Stati membri e presieduto dal rappresentante della Commissione. 2. Il rappresentante della Commissione sottopone al comitato un progetto delle misure da adottare. Il comitato formula il suo parere sul progetto entro un termine che il presidente può fissare sul progetto entro un termine che il presidente può fissare in funzione dell'urgenza della questione in esame. Il parere è formulato alla maggioranza prevista dall'art. 148, paragrafo 2 del trattato per l'adozione delle decisioni che il Consiglio deve prendere su proposta della Commissione. Nelle votazioni in seno al comitato è attribuita ai voti dei rappresentanti degli Stati membri la ponderazione fissata nell'articolo precitato. Il presidente non partecipa al voto. 3 a.) La Commissione adotta le misure previste qualora siano conformi al parere del comitato. b) Se le misure previste non sono conformi al parere del comitato, o in mancanza di parere, la Commissione sottopone senza indugio al Consiglio una proposta in merito alle misure da prendere. Il Consiglio delibera a maggioranza qualificata. Se il Consiglio non ha deliberato entro un termine di tre mesi a decorrere dalla data in cui gli è stata sottoposta la proposta, la Commissione adotta le misure proposte”.

12.4.10

“Articolo 10

Metodo di assegnazione

1. *Per il triennio che inizia il 1° gennaio 2005 gli Stati membri assegnano le quote di emissioni a titolo gratuito;*
2. *La Commissione determina un metodo armonizzato di assegnazione delle quote di emissioni per il quinquennio che inizia il 1° gennaio 2008, secondo la procedura di cui all'articolo 23, paragrafo 2°.*

Dalla lettura dell'articolo emergono due rilievi: il primo di carattere temporale (il riferimento al triennio 2005-2008 ed al successivo quinquennio), il secondo di carattere strutturale: gli Stati membri assegnano le quote, e per il primo periodo l'assegnazione è gratuita.

L'elemento della gratuità è voluto al fine di evitare che si crei competitività fra singoli Stati, con gravi ripercussioni nell'ambito della concorrenza, così come sicuramente si verificherebbe se uno Stato assegnasse quote gratuitamente e altro Stato su base onerosa.

Viene infine richiamata la procedura di cui all'art. 23, paragrafo 2: su cui torneremo, e che contempla, a sua volta, l'applicabilità dell'art. 5 della decisione 1999/468/CE, salvo il disposto dei suoi successivi art. 7 e 8.

E così dunque anche con l'assistenza del già citato Comitato, e tenendosi altresì conto che, salvo intervenga la Commissione a modificarlo (vedasi art. 22), restano applicabili i criteri di cui all'allegato III, criteri essenziali.

Sicuramente l'articolo in esame dovrà essere oggetto di attento esame in sede di predisposizione della formulazione definitiva della direttiva.

12.4.11

“Articolo 11

Assegnazione e rilascio delle quote di emissioni

1. *Per il triennio che inizia il 1° gennaio 2005 ciascuno Stato membro decide in merito alle quote globali di emissioni che assegnerà in tale periodo e in merito all'assegnazione al gestore di ciascun impianto. Tale decisione è assunta almeno tre mesi prima dell'inizio del suddetto triennio, sulla base del piano nazionale di assegnazione di cui all'articolo 9 e nel rispetto dell'articolo 10, tenendo nella dovuta considerazione le osservazioni dei cittadini;*
2. *Per il quinquennio che ha inizio il 1° gennaio 2008 e per ciascun periodo successivo di cinque anni, ciascuno Stato membro decide in merito alle quote globali di emissioni che assegnerà in tale periodo, nonché in merito all'assegnazione di tali quote al gestore di ciascun impianto. Tale decisione è assunta almeno dodici mesi prima dell'inizio del periodo in oggetto sulla base del piano nazionale di assegnazione di cui all'articolo 9 e nel rispetto dell'articolo 10, tenendo nella dovuta considerazione le osservazioni dei cittadini;*
3. *Le decisioni a norma dei paragrafi 1 e 2 devono essere conformi alle disposizioni del trattato, in particolare agli articoli 87 e 88. Nel decidere in merito all'assegnazione delle quote di emissioni, gli Stati membri tengono conto della necessità di permettere ai nuovi gestori di accedere a tali quote;*
4. *Per ogni anno del periodo di cui al paragrafo 1 o al paragrafo 2 l'autorità competente rilascia una certa quantità del totale delle quote di emissioni entro il 28 febbraio di tale anno”.*

La possibilità degli Stati membri di procedere all'assegnazione delle quote, trova un limite temporale ed uno funzionale: il primo è determinato dalla necessità che la decisione sia anteriore di almeno tre mesi al 31.12.2004.

Che tale limite sia categorico è desumibile dal tenore dell'articolo, e lo stesso dicasi per i criteri (art.9) ed i metodi (art.11) applicabili.

Si osservi anche che viene ribadito il principio che i cittadini (vedasi punto h delle definizioni) possano far valere le loro considerazioni.

Il tutto è rimarcato anche dal punto 8) dell'allegato III che recita: "Il piano deve prevedere disposizioni riguardanti le osservazioni che i cittadini possono presentare e deve contenere informazioni sulle modalità con le quali si terrà conto delle suddette osservazioni prima di adottare una decisione in materia di assegnazione delle quote".

Ovviamente il nucleo centrale sarà determinato dalla effettiva portata che tali osservazioni potranno avere ai fini della decisione finale di assegnazione delle quote.

Il secondo capoverso sposta i termini di assunzione preventiva della decisione, termine che è ora di mesi dodici, e sempre in ottemperanza ai sopra citati principi.

Quindi il piano di ciascun Stato dovrà rispettare i più volte citati criteri di equità e trasparenza, come ben ribadito dal richiamo nel terzo capoverso agli artt. 87 e 88 del Trattato di Roma, pilastri portanti della Comunità in modo tale che la disciplina possa essere estesa ad ogni eventuale nuovo subentrante gestore, nell'ottica di rispetto della concorrenza e di allargamento della Comunità.

Il rilascio di una certa quantità di quote avverrà annualmente entro il 28 febbraio di ogni anno, dal 1.1.2005, come stabilito nei primi due commi: è auspicabile che in sede di definizione del testo della direttiva, si trovi una formulazione meno generica e foriera, in quanto tale, di possibili attriti fra gli Stati membri e/o i gestori.

Vi è un'ultima considerazione: riteniamo che la Commissione (vedasi art. 14) dovrà attentamente vigilare affinché deroghe, se concesse dalle autorità competenti di ciascun Stato, non alterino i principi di concorrenza voluti dal Trattato e quindi non crei una disrazia fra gli auspicati equilibri posti a garanzia dell'intero processo di assegnazione e di trasferimento delle quote.

12.4.12

“Articolo 12

Cessione, restituzione e soppressione di quote di emissioni

1. *Gli Stati membri provvedono affinché le quote di emissioni possano essere cedute all'interno della Comunità nell'osservanza delle sole restrizioni previste dalla presente direttiva o adottate in forza della medesima;*
2. *Gli Stati membri provvedono affinché le quote di emissioni rilasciate dall'autorità competente di un altro Stato membro vengano riconosciute ai fini dell'adempimento degli obblighi che incombono ad un gestore a norma del paragrafo 3;*
3. *Gli Stati membri provvedono affinché, entro il 31 marzo di ogni anno, il gestore di ciascun impianto restituisca un numero di quote di emissioni pari alle emissioni totali di tale impianto nel corso dell'anno civile precedente, come verificato a norma dell'articolo 15, e che tali quote vengano successivamente soppresse;*
4. *Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che le quote di emissioni possano essere soppresse in qualsiasi momento a richiesta del loro titolare”.*

Si tratta di un articolo caratterizzato da particolare importanza in quanto pone le basi operative dell'intero meccanismo di cessione, restituzione e scambio delle quote di emissione, in sintonia con il Protocollo di Kyoto .

Il primo capoverso riconosce la possibilità di cessione, o meglio, riconosce il potere dei singoli Stati membri a regolamentare la cessione (si ricordi che essendo senza oneri la prima attribuzione di quote, non si fa cenno all' onerosità; il testo redatto in lingua inglese utilizza il più appropriato termine “ transferred”), ma sulla eventuale onerosità degli scambi successivi all'assegnazione nulla si dice, presumibilmente dovendosi regolamentare meglio il punto in sede di elaborazione finale della direttiva, e in tal senso riteniamo debbano essere intesi i riferimenti all'efficacia vincolante delle disposizioni stabilite dalla direttiva.

Su tale base possiamo quindi leggere il secondo capoverso, che, appunto riconosce la libera circolazione e la sostanziale identità di tutte le quote rilasciate nella Comunità, in modo tale che ciascun

gestore debba, annualmente (vedasi il terzo capoverso) restituire un numero di quote pari alle immissioni totali del proprio impianto.

Rilevante è il riconoscimento, sancito dal quarto capoverso, a che il titolare possa in qualsiasi momento sopprimere le quote: in altre parole, si invitano gli Stati membri a disciplinare la cessione delle quote anche in capo a soggetti che gestori non sono, come ad esempio, le Associazioni Ambientaliste.

Ma se così debba interpretarsi l'articolo nel suo ultimo capoverso, resta sicuramente da riscrivere il testo della direttiva in altri punti, come ad esempio nell'art. 6, salvo che si voglia intendere che la possibilità di cessione, dopo l'assegnazione delle quote ai vari gestori, non richieda la formalità stabilita a carico di ciascun gestore per ottenere l'assegnazione dallo Stato.

Si ritiene pertanto che sia ammissibile la presenza di terzi soggetti, al limite definiti o operanti come intermediari, che possano aiutare, con la loro presenza, il mantenimento dell'equilibrio del mercato, e possano, in tal senso anche aiutare chi, non gestore, desideri comunque partecipare all'attività di cessione e cancellazione delle quote, nel pieno rispetto delle diverse opinioni, siano esse produttive e di mercato, o puramente (ci sia perdonata la semplificazione) ambientalistiche.

12.4.13

“Articolo 13

Validità delle quote

1. Le quote sono valide per le emissioni prodotte durante il periodo di cui

all'articolo 11, paragrafi 1 o 2 per le quali sono rilasciate.

2. Tre mesi dopo l'inizio del primo quinquennio di cui all'articolo 11, paragrafo 2, l'autorità competente sopprime le quote che non sono più valide e che non sono state restituite e soppresse secondo l'articolo 12, paragrafo 3.

Gli Stati membri rilasciano quote di emissioni per il periodo in corso a persone le cui quote di emissioni siano state soppresse a norma del primo comma.

3. Tre mesi dopo l'inizio di ciascun quinquennio successivo di cui all'articolo 11, paragrafo 2, l'autorità competente sopprime le quote che non sono più valide e che non sono state restituite e soppresse secondo l'articolo 12, paragrafo 3.

Gli Stati membri rilasciano quote di emissioni per il periodo in corso a persone le cui quote di emissioni siano state soppresse a norma del primo comma”.

L'assenza di diverse disposizioni consente di ritenere che il primo punto dell'articolo riconosca uniformità di trattamento in tutta l'Unione a tutte le quote assegnate dai singoli Stati, visto appunto il preciso richiamo all'art. 11.

Il punto secondo ribadisce la durata della cessione e quindi la validità dell'intero processo sulla base dei due archi temporali fissati sempre nell'art. 11.

Inoltre, come desumibile dalla lettura dei successivi punti, è consentito mantenere un surplus di quote, per eventuali situazioni di emergenza, potendo consentire, gli Stati membri, tale riporto fra la fine del periodo iniziale di tre anni o nel primo seguente quinquennio, mentre per gli ulteriori periodi verrà meno la discrezionalità, dovendo comunque, ciascun Stato membro, concedere la possibilità di riporto.²⁰⁹

Pertanto anche chi avrà quote in eccedenza potrà cumularle con le nuove quote che lo Stato dovrà (non più “potrà”) assegnargli.

²⁰⁹ Sicuramente nella versione in lingua inglese i concetti sono meglio delineati, in quanto si legge al punto 2”..Member States may issue allowances to persons.”. ed al punto 3: “...Member states shall issue allowances to persons...”

12.4.14

“Articolo 14

Linee guida per il controllo e le notificazioni delle emissioni

1. La Commissione adotta, secondo la procedura di cui all'articolo 23, paragrafo 2, linee guida per il controllo e la notificazione delle emissioni provenienti dalle attività elencate all'allegato I di gas ad effetto serra specificati in relazione a tale attività. Le linee guida si basano sui principi di controllo e notificazione di cui all'allegato IV.
2. Gli Stati membri provvedono affinché le emissioni vengano controllate secondo le linee guida.
3. Gli Stati membri provvedono affinché il gestore di ciascun impianto notifichi all'autorità competente, alla fine di ogni anno, le emissioni rilasciate da tale impianto durante ciascun anno civile, secondo le linee guida”.

Si tratta di un articolo “dispositivo”, assegnante ai singoli Stati una precisa serie di obblighi, relativi anche alla formazione della Commissione ed alle linee guida da applicare utilizzando anche l'apporto del Comitato istituito ex art. 23, la cui applicazione è garanzia di equilibrata e corretta attuazione dei principi sottostanti allo spirito della direttiva.

E' quindi opportuno riferirsi all'allegato IV: questo detta i principi in materia di controllo e notificazione distinguendo fra le due attività.

Il testo dell'allegato è chiaro sul punto:

Controllo delle emissioni di biossido di carbonio

Le emissioni vengono monitorate attraverso l'applicazione di calcoli o in base a misurazioni.

Calcolo delle emissioni

Le emissioni vengono calcolate applicando la seguente formula:

Dati relativi all'attività x Fattore di emissione x Fattore di ossidazione.
I dati relativi alle attività (combustibile utilizzato, tasso di produzione, ecc.) vengono monitorati in base ai dati sulle forniture o a misure.

Vengono utilizzati fattori di emissione riconosciuti. Vengono accettati fattori di emissione specifici alle varie attività per tutti i combustibili. Fattori di default sono accettabili per tutti i combustibili, ad esclusione di quelli non commerciali (rifiuti combustibili come pneumatici e gas derivanti da lavorazioni industriali). Per il carbone devono essere elaborati ulteriormente fattori di default specifici alla vena e per il gas naturale fattori di default specifici per l'UE o per il paese di produzione. I valori di default previsti dall'IPCC (Gruppo intergovernativo per il cambiamento climatico) sono accettabili per i prodotti di raffineria. Il fattore di emissione della biomassa è pari a zero.

Se il fattore di emissione non tiene conto del fatto che parte del carbonio non viene ossidata si applica un fattore di ossidazione aggiuntivo. Se sono stati calcolati fattori di emissione specifici per le varie attività e l'ossidazione è già stata presa in considerazione, non deve essere applicato alcun fattore di ossidazione. Vengono applicati i fattori di ossidazione di default ai sensi della direttiva 96/61/CE, a meno che il gestore non dimostri che i fattori specifici alle attività siano più precisi. Per ciascuna attività e ciascun combustibile si procede ad un calcolo separato.

Misurazioni

Per la misurazione delle emissioni si applicano metodi standard o riconosciuti, supportati da un calcolo delle emissioni.

Controllo delle emissioni di altri gas a effetto serra

Vengono utilizzati metodi standard o riconosciuti.

Notificazione delle emissioni

Ciascun gestore deve presentare le informazioni riportate di seguito nella notificazione riguardante un impianto.

A. Informazioni che identificano l'impianto, comprese le seguenti:

- nome dell'impianto;
- indirizzo, codice postale e paese;
- tipo e numero di attività dell'allegato I svolte presso l'impianto;

- indirizzo, numero di telefono, fax e indirizzo di posta elettronica di una persona di contatto;
- nome del proprietario dell'impianto e di altre eventuali società capogruppo.

B. Per ciascuna attività inserita nell'allegato I svolta nel complesso e per la quale le emissioni vengono calcolate, indicare:

- dati relativi all'attività;
- fattori di emissione;
- fattori di ossidazione;
- emissioni complessive.

C. Per ciascuna attività inserita nell'allegato I svolta nel complesso e per la quale le emissioni vengono misurate, indicare:

- emissioni complessive;
- informazioni sull'affidabilità dei metodi di misurazione.

D. Per le emissioni prodotte dalla combustione di energia, la notificazione deve riportare anche il fattore di ossidazione, a meno che il fattore di emissione specifico all'attività non abbia già tenuto conto del fenomeno dell'ossidazione.

Gli Stati membri provvedono a coordinare le disposizioni in materia di notificazione con eventuali altre disposizioni esistenti, al fine di ridurre al minimo l'onere per le imprese”..

12.4.15

“Articolo 15

Verifica

Gli Stati membri provvedono affinché le notificazioni effettuate dai gestori degli impianti a norma dell'articolo 14, paragrafo 3 siano verificate secondo i criteri definiti all'allegato V, e provvedono affinché l'autorità competente ne sia informata.

Gli Stati membri provvedono affinché il gestore dell'impianto la cui notificazione non sia stata riconosciuta conforme ai criteri di cui all'allegato V entro il 31 marzo di ogni anno per le emissioni rilasciate durante l'anno precedente non possa cedere altre quote di emissioni fino al momento in cui la sua notificazione non sia riconosciuta come soddisfacente”.

Anche l'art. 15 è di carattere “procedurale” e occorre sottolineare come sia stabilito come il mancato riconoscimento della notificazione costituisca presupposto per il divieto di cessione di altre quote di emissioni sino a che non sia regolarizzata la formalità della notificazione stessa.

Ne consegue l'obbligo per gli Stati membri di predisporre gli opportuni provvedimenti.

In particolare l'allegato V stabilisce innanzitutto una serie di **Principi Generali** (necessità di verifica, e incidenza della notificazione, e particolare attenzione ad una serie di elementi che devono riguardare l'affidabilità, la credibilità e la precisione dei sistemi di controllo, dei dati e delle informazioni, tutto riguardante ovviamente le immissioni.²¹⁰

In seguito l'allegato tratta della **Metodologia** intesa come **Analisi strategica**, **Analisi dei processi**, **Analisi dei rischi** e **Rapporto**.

Tutte queste attività dovranno essere effettuate da soggetti che debbono godere di **Requisiti minimi di competenza della persona responsabile della verifica**.

L'incarico della verifica deve, ovviamente, essere totalmente indipendente rispetto al gestore e deve operare con serietà, obiettività

²¹⁰ Il tutto particolarmente evidenziato nel testo redatto in lingua inglese: “The verification process shall include consideration of the report pursuant to Article 14 and of monitoring during the preceding year. It shall address the reliability, credibility and accuracy of monitoring systems and the reported data and information relating to emissions.”.

e professionalità, conoscendo sia le disposizioni della direttiva sia, e questo è un particolare rilevante, sia le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative attinenti alle attività sottoposte a verifica.

Ed ancora, dovrà conoscere anche tutte le informazioni relative a ciascuna forma di emissione dell'impianto.

Si tratta indubbiamente di un'attività estremamente delicata e con incidenti responsabilità di natura contrattuale ed extra contrattuale per il "verificatore", ma con altrettante certe "soddisfazioni" per l'incarico ricevuto.

Infatti rammentiamo che il mancato rispetto delle disposizioni di verifica, implicherà la perdita per il gestore della possibilità di cessione di altre quote sino a che non vengano sanate le irregolarità

12.4.16

"Articolo 16

Sanzioni

1. Gli Stati membri determinano le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali di attuazione della presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per la loro applicazione. Le sanzioni devono essere

effettive, proporzionate e dissuasive. Gli Stati membri notificano le relative

disposizioni alla Commissione entro il 31 dicembre 2003 e provvedono poi a

notificare immediatamente le eventuali modificazioni.

2. Gli Stati membri pubblicano i nomi dei gestori che hanno violato le disposizioni

nazionali d'attuazione della presente direttiva.

3. Gli Stati membri provvedono affinché il gestore che, entro il 31 marzo di ogni anno, non restituisce un numero di quote sufficiente per coprire le emissioni rilasciate durante l'anno precedente sia obbligato a pagare un'ammenda per le emissioni in eccesso. Per ciascuna tonnellata di equivalente biossido di carbonio emessa da un impianto

il cui gestore non ha restituito i diritti, l'ammenda sulle emissioni in eccesso corrisponde al più elevato dei due importi seguenti: 100 euro o il doppio del prezzo medio di mercato tra il 1° gennaio e il 31 marzo dell'anno in corso, per le quote di emissioni valide nell'anno precedente. Il pagamento dell'ammenda sulle emissioni in corrispondente a tali emissioni in eccesso all'atto della restituzione delle quote relative alle emissioni dell'anno civile seguente.

4. Durante il periodo di tre anni che ha inizio nel gennaio 2005, per ogni tonnellata di equivalente biossido di carbonio emessa da un impianto per il quale il gestore non abbia restituito i diritti, gli Stati membri applicano ammende di livello inferiore sulle emissioni in eccesso, corrispondenti al più elevato fra i due importi seguenti: 50 euro oppure il doppio del prezzo medio di mercato tra il 1° gennaio e il 31 marzo dell'anno in corso, per le quote di emissioni valide nell'anno precedente. Il pagamento dell'ammenda per le emissioni in eccesso non dispensa il gestore dall'obbligo di restituire un numero di quote corrispondente a tali emissioni in eccesso all'atto della restituzione delle quote relative alle emissioni dell'anno civile seguente”.

Il primo punto dell'articolo dispone affinché gli Stati membri stabiliscano sanzioni da comminare ai gestori che non rispettino la direttiva.

Tali sanzioni dovranno essere effettivamente applicabili ed avere precisi caratteri di proporzionalità rispetto all'entità dell'inadempimento e, pertanto, dovranno essere un valido strumento di prevenzione per future violazioni.

Dovrà sussistere ovviamente un principio di uniformità delle sanzioni fra quelle che i singoli Stati riterranno di determinare, e restano aperti due problemi: il primo è relativo ad una applicabilità trans-nazionale delle sanzioni, almeno di natura civilistico-amministrativa, il secondo è relativo alla possibile presenza di norme di carattere penale.

In questo ultimo caso emergerebbero i soliti ostacoli di formulazione di sanzioni che siano uniformi per tutti i Paesi della unione e, soprattutto di loro applicabilità.

Si tratta di un'ottima occasione per iniziare a disporre norme penali uniformi per l'intera comunità o, quanto meno, estendere la loro applicazione, per fatti verificati in un determinato Paese, a soggetti eventualmente appartenenti ad un altro Paese, o concorrenti nella commissione dell'illecito.

In realtà il testo della direttiva non affronta apertamente il problema, limitando, nei successivi punti dell'articolo 16 in esame, a stabilire l'entità di un'ammenda, che si dovrà accompagnare ad altre due

sanzioni: la pubblicazione, e quindi la diffusione, dei nomi dei gestori che hanno violato le disposizioni nazionali, e l'impossibilità ad immettere altre quantità di gas, così come stabilito nell'ultimo comma dell'art. 15.

Nei punti 3 e 4, l'articolo in esame delinea, o meglio, dispone, che gli Stati membri, nel determinare le sanzioni, stabiliscano anche i parametri di applicazione dell'ammenda, che sarà ridotta per il primo periodo, mentre, a far tempo dal 2008 sarà determinata sulla base del più elevato fra gli importi seguenti: 100 euro o il doppio del prezzo medio di mercato tra il 1° gennaio e il 31 marzo dell'anno in corso, tenendosi conto, ovviamente, delle quote di emissioni valide per l'anno precedente.

Tale importo è comminato assieme da un ulteriore obbligo: la restituzione di un numero di quote corrispondenti alle emissioni in eccesso, da effettuarsi al momento della restituzione delle quote relative alle emissioni dell'anno precedente.

E' quindi una specie di penale, che dovrebbe sanzionare sufficientemente le eventuali violazioni, in quanto i costi diretti e indiretti (impossibilità di ricevere nuove quote), supererebbero il costo dei "vantaggi" che un gestore avrebbe a violare le regole.

In altre parole, si colpirebbe l'impresa nel suo punto più sensibile: il denaro, o meglio, il costo aziendale.

Riteniamo estremamente interessante il punto 2 dell'articolo: la pubblicazione dei nomi dei gestori che hanno violato le disposizioni nazionali d'attuazione della presente direttiva, non può, a nostro parere, limitarsi ad essere equiparata ad un registro buoni-cattivi, senza alcun altro effetto.

L'etica e l'onore, si sa, a volte sono ben lontane dai principi di posizione di mercato, e proprio per questo riteniamo che la pubblica dei nomi nel registro debba avere un'incidenza rilevante a carico dei trasgressori, quale, ad esempio, la possibilità di ritenere tale violazione un comportamento in violazione dei principi di corretta concorrenza, con possibilità di azione da parte degli altri gestori danneggiati da un comportamento illegittimo di uno di essi, e un adeguato riconoscimento nelle varie statuizioni nazionale (ovviamente in maniera uniforme per tutti gli Stati membri) come, ad esempio, essere presupposto dell'impossibilità di ricevere finanziamenti pubblici, o nel caso di ripetute violazioni, di divieto di svolgimento dell'attività.

Si noti inoltre come la diffusione dei dati del gestore inadempiente, costituisca una deroga ufficiale al principio della privacy, che, nel nostro Paese, con la Legge 675/96 ha assunto connotati maggiori

rispetto all'attuazione delle originaria direttiva sul trattamento dei dati personali posta in essere dagli altri Stati membri, per i quali il soggetto tutelabile è la sola persona fisica.

Resta, infine, aperto il problema del coordinamento fra le norme poste a carico dell'inadempiente e le altre eventuali norme poste a carico dei trasgressori in materia di responsabilità ambientale.

12.4.17

“Articolo 17

Accesso all'informazione

Le decisioni sull'assegnazione di quote e le notificazioni delle emissioni previste dalle autorizzazioni all'emissione di gas ad effetto serra sono messe a disposizione dei cittadini dall'autorità competente, entro i limiti di cui all'articolo 3, paragrafo 2 e paragrafo 3 della direttiva 90/313/CEE”.

L'articolo in esame ribadisce la necessità che i cittadini, e quindi tutti i membri dell'Unione, non solo i gestori e le autorità pubbliche, siano posti in grado di accedere a tutte le informazioni, relative la direttiva e le sue eventuali disapplicazioni.

Vi è quindi un interesse generale, che travalica quello particolare dei singoli gestori, alla piena conoscenza dei meccanismi di assegnazione, cessione e quanto altro concernente l'immissione dei gas effetto serra, e, conseguentemente, a valutare, con le eventuali responsabilità sanzionabili, anche tutti quei soggetti diversi dai gestori, che abbiano interessi o incarichi in forza della direttiva medesima.

Vige pertanto il principio di assoluta trasparenza e di obiettività di determinazione e applicazione delle regole, tecniche e normative: gli interessi in gioco non sono più quelli della libera concorrenza, dei progressi economici, ecc, ma investono la sopravvivenza stessa del pianeta, ed avranno, a far tempo dal 2008 portata globale .

L'articolo in esame richiama, sempre in ordine all'accesso all'informazione, i principi stabiliti dalla Dir. 90/313/CEE concernente la libertà di accesso alle informazioni in materia di ambiente.²¹¹

In particolare l'art. 4 contempla i casi di esclusione all'accesso dell'informazione, e ci si chiede peraltro se sia applicabile anche il dettato dell'art. 6.

A nostro parere un simile richiamo non appare pertinente, essendo stato delimitato esattamente l'ambito di estensione della direttiva 90/313/CEE al solo art. 3, paragrafi 2 e 3.

12.4.18

“Articolo 18

Autorità competente

Gli Stati membri prendono le opportune disposizioni amministrative, compresa la designazione di una o più autorità competenti, ai fini dell'applicazione della presente direttiva.

Qualora sia designata più di un'autorità competente, l'attività che tali autorità svolgono in applicazione della presente direttiva deve essere coordinata”.

Ciascun Stato membro ha l'onere assumere tutte le opportune disposizioni per l'applicazione della direttiva, comprese quelle di nominare una “autorità competente” o più “autorità competenti” .

In ordine all'autorità competente richiamiamo quanto scritto esaminando il precedente art. 5, che contemplava, come destinatario della domanda di autorizzazione proprio l'autorità competente.

Ovviamente, qualora vi fossero più autorità competenti nominate da ciascuno Stato, esse dovranno operare in sintonia, coordinando

211 la Direttiva CEE 90/313 ha trovato attuazione con il Dec. Legs. 24.2.1997 n. 39, del quale richiamiamo in particolare gli artt. 1-2-3.

modalità e tempi, soprattutto senza il pericolo di sovrapposizioni o inutili duplicazioni, o, ancor peggio, senza pericolo di omissioni.

Il problema potrebbe essere particolarmente sentito in Italia, a fronte del sempre più accentuato assetto Regionale.

In effetti si può ragionevolmente presumere che vi sarà una richiesta di "decentramento" decisionale: le singole Regioni possono essere particolarmente interessate alla tutela del loro patrimonio ambientale e industriale e potrebbero avere interessi convergenti, alcune a favorire le immissioni da parte delle industrie locali, altre a favorire il mantenimento di aree verdi a compensazione delle quote di immissione altrui.

Rilevato che la direttiva in esame richiama espressamente la direttiva 96/61/CEE attuata con Dec. Legs. 4.8.99 n. 372, e come vedremo, modificherà anche parte della stessa, si potrebbe ritenere che le autorità competenti della direttiva²¹² possano essere le stesse .

Lo stesso potrebbe dirsi anche per il procedimento adottabile, così come contemplato dall'art. 3 del Dec. Legs. 372/99 e così dunque: art.3 Principi generali dell'autorizzazione integrata ambientale.

In ogni caso, richiamiamo la vigente legislazione nazionale, ferma restando ovviamente la posizione dell'amministrazione centrale, quale Stato membro.

Con D.P.R. 27.3.2001 n.178 " Regolamento di organizzazione del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio" si è stabilito l'arco di funzioni che precedentemente facevano capo, anche se in misura diversa, al Ministero dell'Ambiente, che a far tempo dal 2.6.2001 è stato soppresso.

Vi sono poi le Regioni, che hanno piena investitura dall'art. 117 della Costituzione, nonché le Province, i Comuni ed altri Enti particolari, quali le Comunità Montane, le unioni di Comuni, i Consorzi, le Aree Metropolitane, rammentandosi che tale elenco è solo indicativo e non esaustivo.

Ciò che però interessa particolarmente ai fini dell'esame del testo della direttiva è il rapporto con l'ambiente da parte delle Regioni e delle Province.

Legislazione di riferimento per le Regioni è il D.P.R. 24.7.1977n .616, che ha trasferito alle Regioni un'ampia serie di funzioni

212 Vedasi art. 2 n. 8) "autorità competente", la medesima autorità statale competente al rilascio del provvedimento di valutazione dell'impatto ambientale ai sensi della vigente normativa o l'autorità individuata dalla regione, tenuto conto dell'esigenza di definire un unico procedimento per il rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale"

amministrative, precedentemente di competenza dello Stato, e ciò sia in materia di urbanistica, sia in materia di bellezze naturali, di loro protezione, sia in materia di risorse idriche.²¹³

Restando nell'ambito di competenza della direttiva, e quindi tralasciando la normativa in tema di smaltimento di rifiuti, pur di rilevante interesse per l'ambiente, ma qui estranea, richiamiamo il D.P.R. 24.5.1988 n. 203 sul cui testo torneremo in seguito (e che ha operato in parallelo con il D.P.R. 24.7.1977 n. 616, che attribuiva alle Province oltre a competenze di controllo nell'area delle discariche/rifiuti, anche la prevenzione dell'inquinamento atmosferico e la gestione dei servizi di rivelazione delle emissioni e di controllo degli impianti industriali), limitandoci a richiamare come alle Province sia stata attribuita la competenza per la redazione e tenuta dell'inventario provinciale per le emissioni atmosferiche.²¹⁴

Da quanto qui brevemente richiamato si può ben comprendere l'ampiezza della materia da disciplinare e coordinare, tenendosi conto dell'importantissimo impatto ambientale ed economico che la direttiva investe, e, che, anche alla luce degli sviluppi del dopo 2008, nessuno potrà trascurare.

12.4.19

“Articolo 19

Registri

1. Gli Stati membri istituiscono e conservano un registro per assicurare la contabilizzazione precisa delle quote rilasciate, detenute, cedute e soppresse. Gli

Stati membri possono conservare i loro registri per mezzo di un sistema consolidato, unitamente ad altri Stati membri.

2. Qualsiasi persona può detenere quote di emissioni. Il registro contiene una

213 Vedasi testo Drp 616/77 e artt. 82-83-90

214 Vedasi D.P.R. 203/88

contabilità separata per registrare le quote di emissioni detenute da ciascuna persona alla quale siano state rilasciate o cedute delle quote.

3. Ai fini dell'applicazione della presente direttiva la Commissione adotta, secondo la procedura di cui all'articolo 23, paragrafo 2, un regolamento relativo ad un sistema normalizzato e sicuro di registri sotto forma di banche di dati elettroniche normalizzate, contenenti elementi di dati comuni che consentano di controllare il rilascio, la detenzione, la cessione e la soppressione delle quote di emissioni, nonché compatibile con gli obblighi risultanti dal Protocollo di Kyoto".

L'articolo in esame dispone che i singoli Stati, eventualmente anche tramite un sistema di coordinamento della tenuta, predispongano e conservino un registro dal quale risulti la corretta posizione di ciascun Stato e destinatario delle quote, in relazione alle quote medesime.

In particolare l'articolo richiama il principio che non solo i gestori abbiano diritto a detenere quote, ma che tale diritto sia in capo a qualsiasi persona, e cioè qualsiasi soggetto fisico o giuridico, come già osservato esaminando l'art. 3.

Pertanto emerge la necessità che il registro sia adeguato alle modalità di calcolo delle quote, calcolo che avverrà in forma elettronica così come la tenuta del registro medesimo.

Sarà il regolamento di esecuzione a indicare le modalità di tenuta del registro, tenendosi conto dell'elevato numero di soggetti che aderiranno all'impresa, e quindi dell'esperienza già sviluppata in ambito comunitario per situazioni analoghe, o in altre aree, non ultimo il Protocollo di Kyoto.

Il registro svolgerà, quindi funzione di certificazione delle posizioni e, a fronte di accertate violazioni, determinerà l'impossibilità di cessione: è quindi opportuno che vi sia un accurato coordinamento per rendere inattaccabile il registro stesso da parte di soggetti inadempienti alla disposizioni della direttiva.

12.4.20

“Articolo 21

Relazioni degli Stati membri

1. Ogni anno gli Stati membri presentano alla Commissione una relazione sull'applicazione della presente direttiva. La relazione riserva un'attenzione particolare alle disposizioni prese ai fini dell'assegnazione delle quote, della tenuta dei registri, dell'applicazione delle linee guida per i controlli e le notificazioni, delle verifiche e delle questioni riguardanti l'osservanza della presente direttiva. La prima relazione viene trasmessa alla Commissione entro il 31 maggio 2005. La relazione è elaborata sulla scorta di un questionario o di uno schema elaborato dalla Commissione secondo la procedura di cui all'articolo 6 della direttiva 91/692/CEE. Il questionario o lo schema sono trasmessi agli Stati membri almeno sei mesi prima del termine per la presentazione della prima relazione;

2. Sulla base delle relazioni di cui al paragrafo 1, la Commissione pubblica un rapporto sull'applicazione della presente direttiva nei tre mesi successivi al ricevimento delle relazioni degli Stati membri;

3. La Commissione organizza uno scambio di informazioni tra le autorità competenti degli Stati membri sulle questioni relative all'assegnazione delle quote di emissioni, alla tenuta dei registri, ai controlli, alle notificazioni, alle verifiche e all'osservanza della presente direttiva”.

In forza del disposto dell'articolo in esame sorge l'obbligo per ciascun Stato membro di predisporre ed inviare alla commissione una relazione annuale sull'applicazione della direttiva e su ogni altra questione ad essa inerente, e tale relazione dovrà essere predisposta e trasmessa alla Commissione, per la prima volta, entro il 31.5.2005.

- Tale relazione terrà conto della procedura stabilita dall'art.6 della direttiva del Consiglio 23 dicembre 1991 n. 692, per la

standardizzazione e la razionalizzazione delle relazioni relative all'attuazione di talune direttive concernenti l'ambiente.²¹⁵

La Commissione pubblicherà, nei tre mesi successivi, un rapporto sull'applicazione della direttiva, e organizzerà uno scambio di informazioni, che, sempre per lo spirito della direttiva, riteniamo debbano essere accessibili a tutti i cittadini.

12.4.21

“Articolo 22

Modificazioni dell'allegato III

La Commissione può modificare l'allegato III, secondo la procedura di cui all'articolo 23, paragrafo 2, per tenere conto delle risultanze delle relazioni di cui all'articolo 21 e dell'esperienza acquisita nell'applicazione della presente direttiva”.

Il presente articolo riconosce la possibilità di modificare l'allegato III, stabilendo la procedura per la modifica, e richiamandosi implicitamente anche le stesse disposizioni dell'allegato III, che restano aperte a successivi interventi.

215 L'art. 6 recita “La Commissione è assistita da un comitato dai rappresentanti degli Stati membri e presieduto dal rappresentante della Commissione. Il rappresentante della Commissione sottopone ad un comitato un progetto delle misure da prendere. Il comitato formula il proprio parere sul progetto entro un termine che il presidente può fissare in funzione dell'urgenza della questione in esame. Il parere è formulato con la maggioranza prevista all'articolo 148, paragrafo 2 del trattato per l'adozione delle decisioni che il Consiglio deve prendere su proposta della Commissione. Nelle votazioni in seno al comitato, ai voti dei rappresentanti degli Stati membri è attribuita la ponderazione fissata nell'articolo precitato. Il Presidente non partecipa al voto. La Commissione adotta misure che sono immediatamente applicabili. Tuttavia, se tali misure non sono conformi al parere espresso dal comitato, la Commissione le comunica immediatamente al Consiglio. In tal caso:

- la Commissione può differire di un mese al massimo, a decorrere da tale comunicazione, l'applicazione delle misure da essa decise.
- Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può prendere una decisione diversa entro il termine di cui al primo comma”.

Fonte delle possibili modificazioni resta la relazione annuale presentata dai singoli Stati membri alla Commissione.

12.4.22

“Articolo 23

Comitato

- 1. La Commissione è assistita dal comitato istituito dall'articolo 8 della decisione 93/389/CEE;*
- 2. Quando venga fatto riferimento al presente paragrafo, si applica la procedura di regolamentazione di cui all'articolo 5 della decisione 1999/468/CE, salvo il disposto degli articoli 7 e 8 della stessa;*
- 3. Il periodo di cui all'articolo 5, paragrafo 6 della decisione 1999/468/CE è fissato a tre mesi”.*

Il presente articolo deve essere esaminato in relazione anche all'art. 9, e per quanto concerne il richiamo all'art. 8, richiamiamo la nota relativa.

Si richiama in questo contesto anche il preambolo 6 della direttiva, indicato implicitamente dal punto 1 dell'articolo.

Il punto 2 richiama il preambolo 12 “Le misure necessarie per l'applicazione della presente direttiva costituiscono delle misure di portata generale ai sensi dell'articolo 2 della decisione 1999/468/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione 13. Pertanto, esse devono essere adottate secondo la procedura di regolamentazione di cui all'articolo 5 della stessa”.

12.4.23

“Articolo 24

Collegamenti con altri sistemi di scambio di quote di emissioni di gas a effetto serra

1. La Comunità può concludere accordi con i paesi terzi ai fini del riconoscimento reciproco delle quote di emissioni fra il sistema comunitario e altri sistemi di scambio di quote di emissioni di gas a effetto serra, secondo le disposizioni dell'articolo 300 del trattato;

2. Quando è stato concluso un accordo di cui al paragrafo 1, la Commissione, secondo la procedura di cui all'articolo 23, paragrafo 2, prende le disposizioni necessarie in relazione al riconoscimento reciproco delle quote di emissioni contemplate da tale accordo”.

L'articolo in esame è di ampia portata in quanto va oltre le relazioni fra i Paesi Cee, stabilendo la possibilità di scambio di quote su due livelli: il primo è determinato dall'allegato B) al protocollo di Kyoto mentre il secondo livello è riferito ai Paesi candidati all'ingresso nell'Unione.²¹⁶ Anzi, potremmo ritenere persino l'esistenza di un terzo livello, o meglio di un livello nazionale, articolato su diversi sottolivelli, che si colloca a monte degli altri due livelli.

Cerchiamo di esemplificare:

Livello nazionale: è l'ambito operativo riconosciuto a ciascun Stato della Comunità. Lo Stato determinerà il piano nazionale indicando le quote necessarie (art. 9), le modalità di attribuzione, le varie regole tecniche contemplate nella direttiva e, quindi, tutto quanto necessario. Tuttavia, come visto, l'art. 18) contempla la possibilità che vi sia una “designazione di una o più autorità competenti” nell'ambito dello stesso Stato, e pertanto potremo avere una serie di autorità nazionali articolate a livello Regionale, Provinciale, di Authority, ecc., con la speranza di un non eccessivo frazionamento di competenze, e con l'auspicio di un preciso coordinamento, al fine di non vanificare la portata della direttiva;

216 Vedasi art 300 Trattato

Livello comunitario: è l'ambito operativo CEE stabilito dalla direttiva, come sancito dall'art.1 della direttiva stessa " La presente direttiva istituisce una disciplina comunitaria di scambio di quote di emissione di gas a effetto serra, al fine di promuovere la riduzione di detti gas in modo economicamente efficiente".

Ne consegue che l'ambito immediato di applicazione è l'usuale di ogni direttiva: la Comunità, assumendo valore vincolante la direttiva medesima per gli Stati membri. In tal caso non occorrono accordi infra stato che non siano già quelli stabiliti in forza della direttiva stessa;

Livello extra comunitario: è l'ambito operativo contemplato dall'art. 24 in esame, e, tale ambito potrà indirizzarsi, a favore dei Paesi in attesa di essere ammessi nella Comunità e a favore di Paesi non comunitari né richiedenti l'ingresso nella Comunità medesima.

La differenza fra le due categorie di Paesi trova giustificazione, a nostro parere, nel fatto che un paese interessato all'ingresso nella Comunità potrà adottare, con provvedimento interno, il regolamento stabilito dalla direttiva, operando, in un certo senso, una forma di attuazione della direttiva, così come necessario per ogni Paese comunitario.

Si tratterebbe quindi di una specie di anticipazione formale e sostanziale degli effetti della direttiva, anticipazione avente i medesimi aspetti e la medesima portata dell'attuazione comunitaria delle direttive.

Per quanto concerne i paesi extracomunitari non richiedenti ingresso nella CEE, e quindi intendendosi i Paesi di cui al Protocollo di Kioto (vedasi il suo allegato B), dovranno essere stabiliti precisi accordi fra i vari Stati in modo che venga compiutamente disciplinata la materia.

E' evidente che ciascun Stato dovrà riconoscere le quote assegnate dai vari altri Stati o gruppi di Stati (come ad esempio la Comunità, o come potrebbe fare il Mercosul per l'America del Sud, l'organizzazione degli Stati del Sud Est Asiatico, ecc.), riconoscere le regole ed i meccanismi di attribuzione e così via.

Un aspetto positivo di una simile procedura è sicuramente quello legato al riconoscimento dell'efficacia dei raggruppamenti di Stati, come appunto la CEE, il Mercosul, ecc, che designerebbero le linee guida per l'intera procedura di scambi, agevolando particolarmente le formalità e le garanzie.

Ed è soprattutto sulla voce garanzie che dovrà porsi particolare attenzione, affinché non vengano posti in essere meccanismi di elusione, se non di vera e propria frode.

In ogni caso sarà auspicabile o un prossima integrazione del testo della direttiva che esamini compiutamente il dettato del Protocollo di Kyoto o di una successiva direttiva più estesa, che comunque tenga fermi l'uniformità di requisiti delle quote, l'uniformità di disciplina ambientale diretta alle garanzie (controlli, registrazione, libera circolazione).

Inoltre, è stato ben osservato, nella redazione del testo della direttiva, che lo scambio delle emissioni debba "inoltre essere compatibile con un altro strumento di mercato attualmente elaborato in vari Stati membri, i cosiddetti "certificati rinnovabili negoziabili" o "certificati verdi negoziabili". Inoltre, la normativa comunitaria sulle fonti rinnovabili di energia 11 contiene anch'essa disposizioni relative all'emissione di un certificato di "garanzia di origine" dell'elettricità prodotta mediante fonti di energia rinnovabili. Questi certificati o garanzie rappresentano i vantaggi supplementari che offre l'elettricità prodotta da fonti rinnovabili di energia. Dato che non emettono gas a effetto serra, le fonti di energia rinnovabili non saranno assoggettate agli obblighi previsti dalla presente proposta di direttiva. In realtà, le imprese produttrici di elettricità potranno desiderare di investire in capacità di produzione che sfruttano fonti rinnovabili di energia (e quindi ridurre le proprie emissioni di gas a effetto serra) e in pari tempo fare maggior uso di fonti di energia rinnovabile come prevedono i loro obiettivi".²¹⁷

E' quindi evidente come solo dopo che verrà stabilito l'ammontare delle quote ed i vari obblighi, si potrà avere una precisa organizzazione del mercato, nel quale troveranno ampio spazio imprenditori privati, cioè non necessariamente legati all'area pubblica, che opereranno come in qualsiasi altro campo delle cessioni di titoli e valori, o imprenditori finanziatori, oltre ai già indicati operatori di controlli.

Si verrebbe così ad attuare una sinergia fra soggetti privati di nazionalità diverse, che, pur nel rispetto delle proprie disposizioni nazionali, creeranno una vasta rete di scambi e operazioni economiche che equilibreranno le regole economiche di mercato con la salvaguardia dell'ambiente.

²¹⁷ Vedasi anche l'Attuazione del Registro Europeo delle Emissioni Inquinanti, come stabilito dall'art. 15 Direttiva 96/91/CE.

12.4.24

“Articolo 25

Modificazione della direttiva 96/61/CE

All'articolo 9, paragrafo 3 della direttiva 96/61/CE è aggiunto il seguente comma:

“Quando le emissioni di un gas a effetto serra provenienti da un impianto sono indicate nell'allegato I della direttiva xx/xxxx/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, [che istituisce una disciplina per lo scambio delle quote di emissioni di gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio] in relazione con un'attività esercitata in tale impianto, l'autorizzazione contiene valori limite per le emissioni dirette di questo gas, solo quando ciò risulti indispensabile per evitare un rilevante inquinamento locale. Se necessario, le autorità competenti modificano l'autorizzazione sopprimendo il valore limite di emissione”.*

L'esame dell'art. 25 non può prescindere dalla lettura dell'art. 9 della direttiva 96/61/CE, attuata in Italia con il Decr. Legs. 4.8.1999 n. 372. La direttiva si è quindi posta il problema di coordinare il dettato della direttiva 96/61/CE con il contenuto della presente direttiva in modo tale che non vengano posti valori limite per le emissioni di gas ad effetto serra.

12.4.25

“Articolo 26

Riesame

1. Sulla base dei progressi realizzati nel controllo delle emissioni dei gas ad effetto serra, la Commissione può presentare al Parlamento europeo ed al Consiglio, entro il 31 dicembre 2004, una proposta intesa a modificare l'allegato I per includervi altre attività ed emissioni di altri gas a effetto serra elencati nell'allegato II.

2. Sulla base dell'esperienza acquisita nell'applicazione della presente direttiva e dei progressi realizzati nel controllo delle emissioni dei gas ad effetto serra, e tenuto conto dell'evoluzione registrata a livello internazionale, la Commissione redige un rapporto sull'applicazione della presente direttiva riguardante quanto segue:

- a) se sia opportuno modificare l'allegato I allo scopo di includervi altre attività ed emissioni di altri gas ad effetto serra elencati nell'allegato II onde migliorare ulteriormente l'efficienza economica del sistema;
- b) il metodo armonizzato di assegnazione delle quote di emissioni che risulta necessario;
- c) l'impiego dei crediti risultanti dai meccanismi basati su progetti;
- d) le relazioni tra lo scambio delle quote di emissioni ed altre politiche e interventi attuati a livello di Stati membri e a livello comunitario, compresi gli strumenti fiscali che perseguono gli stessi obiettivi;
- e) l'opportunità di istituire un registro comunitario unico.

La Commissione presenta l'eventuale rapporto di cui al primo comma al Parlamento Europeo ed al Consiglio entro il 30 giugno 2006, corredandolo, se del caso, di proposte legislative”.

Opportunamente il legislatore europeo si è posto il problema della revisione dei principi stabiliti nella direttiva, tenendo conto sia della necessaria esperienza scaturita dal periodo di avvio sia dei fondamentali criteri di sussidiarietà e proporzionalità propri dello spirito delle direttive.

Come già evidenziato, solo un preciso coordinamento fra gli Stati permetterà che le quote siano determinate, negoziabili e che, quindi, vi sia un quadro normativo comune.

D'altro canto la direttiva non può, né deve interferire con principi e meccanismi diversi da quelli in essa contemplati, e su tale base si effettuerà il necessario riesame.

Rilevato che il sistema di scambio di quote inizierà dal 1.1.2005, come stabilito nell'art.4 della direttiva in esame, e che la prima fase terminerà il 31.12.2007, a cui farà seguito il periodo pluriennale coincidente con le disposizioni del protocollo di Kyoto, come stabilito nell'art. 10 della direttiva in esame, e rilevato che si registreranno periodi successivi su base quinquennale, vi è spazio per i singoli Stati

di perfezionare la conoscenza ed i parametri dell'intero meccanismo di assegnazione di quote.

Verrà in tal modo salvato il principio economico della certezza, per i gestori, che almeno nella fase iniziale, le quote saranno determinate e inalterabili, mentre per il futuro si agirà in funzione sempre dei principi di libera concorrenza, ma nello spirito della assoluta necessità di riduzione delle immissioni nell'atmosfera e della necessità anche di ampliare il novero di gas da ritenere inquinanti e quindi compresi nella presente direttiva, tenendosi conto del ben più ampio elenco contenuto nel protocollo di Kioto.

Pertanto la presente direttiva è da intendersi pienamente compatibile con la Convenzione quadro delle Nazioni Unite e sul Protocollo di Kioto, oltre che con le norme del Trattato, risultando oramai assodato che lo sviluppo economico non possa prescindere da un'attenta regolamentazione che tenga conto dell'impatto ambientale, e come tale necessità possa trovare attuazione in un futuro lavoro di riesame e scrittura di eventuali nuove norme o di integrazione delle esistenti.

12.4.26

“Articolo 27

Attuazione

Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 31 dicembre 2003. Essi ne informano immediatamente la Commissione. La Commissione notifica queste disposizioni legislative regolamentari e amministrative degli altri Stati membri. Quando gli Stati membri adottano tali disposizioni, queste contengono un riferimento alla presente direttiva o sono corredate di un siffatto riferimento all'atto della pubblicazione ufficiale. Le modalità di riferimento sono decise dagli Stati membri”.

12.4.27

“Articolo 28

Entrata in vigore

La presente direttiva entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee”.

12.4.28

“Articolo 29

Destinatari

Gli Stati membri sono destinatari della presente direttiva. Gli ultimi tre articoli della direttiva sono essenzialmente tecnico-applicativi, e quindi legati alla fase attuativa della medesima. Procedura usuale per il legislatore comunitario”.

12.5

RAPPORTI FRA LA DIRETTIVA E L'AMBIENTE, ANCHE IN RELAZIONE ALLA PREESISTENTE NORMATIVA COMUNITARIA E NAZIONALE

Si è affrontato nella prima parte della presente analisi, l'esame delle disposizioni, o meglio, dei principi, internazionali più attinenti alla direttiva, e quindi, i principi sanciti dalla Convenzione quadro delle Nazioni Unite e del Protocollo di Kyoto.

In questa parte esamineremo, pur con evidenti limitazioni, i rapporti intercorrenti fra la direttiva e la preesistente normativa comunitaria e italiana in materia di immissioni di gas ad effetto serra.

L'argomento dell'impatto ambientale è di vastissima portata, investendo tutta una serie di attività umane che implicano la creazione di inquinamento, sia esso idrico, atmosferico, del suolo, o legato al non minore problema dello smaltimento dei rifiuti, organici, inorganici, tossici e quant'altro di scarto dell'intera attività umana, e quindi non solo dell'attività umana industriale.

Tuttavia, come detto, la presente indagine terrà conto solo di precisi riferimenti normativi all'ambito delle immissioni nell'atmosfera, sia perché di attinenza al Protocollo di Kioto, sia perché è in tale ambito che si è delineata la direttiva in esame.

12.6

INQUINAMENTO E SUOI RIFLESSI SULLE NORMATIVE

L'elemento primario della normativa ambientale è quello di impedire il degrado dell'ambiente e quindi il degrado della vita, degrado che potrebbe raggiungere livelli insopportabili e irreversibili se non combattuto adeguatamente.

Dal punto di vista strettamente giuridico la tutela dell'ambiente risente del dettato costituzionale che, all'art. 32 garantisce la tutela della salute, dovendosi intendere tale diritto in senso assoluto, e quindi non limitabile da norme o comportamenti.

La immediata conseguenza di tale principio è che qualsiasi comportamento diretto a minacciare, o che abbia leso, la salute dei cittadini sia sanzionabile ai sensi dell'art. 2043 c.c. per il quale "Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

E' stato correttamente osservato:²¹⁸ "Conseguentemente viene sancito l'obbligo di risarcire ogni violazione del diritto alla salute, anche a prescindere dai riflessi patrimoniali di una tale violazione. In

218 In tal senso: C. Pasqualini Salsa, Diritto Ambientale, Maggioli Editore, Milano, 2001, pagg. 462 - 463

tale senso si esprime, ad esempio, la Corte Costituzionale laddove afferma che la lesione al diritto alla salute, considerato come situazione soggettiva autonoma, deve essere risarcita a prescindere dalle ripercussioni della sua violazioni sull'attitudine del soggetto a produrre reddito. La Corte di Cassazione consacrerà definitivamente questo principio ribadendo che la tutela costituzionale del bene alla salute investe l'integrità psicofisica dell'individuo".

Pertanto per l'Autrice "Tutte le volte quindi che il bene salute di uno o più individui è concretamente danneggiato da un comportamento umano, l'autore di questo comportamento ha l'obbligo di risarcire il danno arrecato. Ma si dà il caso che si verificano comportamenti umani che possono comportare una lesione dell'ambiente e del paesaggio, delle bellezze naturali e culturali di un luogo, pur senza aggredire direttamente il diritto alla salute di un singolo individuo; oppure comportamenti che mettono in pericolo il diritto alla salute di più persone, senza provocare immediati danni alla salute di un individuo determinato: è il caso del così detto "danno ambientale". Si può dire che il rovescio della medaglia del danno ambientale sia rappresentato dal diritto dell'ambiente".

Intendendosi per diritto dell'ambiente " l'insieme di norme generali e di leggi speciali appartenenti a differenti rami del diritto che hanno quale fine comune la tutela del bene ambiente e la repressione dei comportamenti lesivi di tale bene" e pertanto ciò "significa evidenziare l'autonomia scientifica di una disciplina che raggruppa norme di diritto pubblico e norme di diritto privato, il cui elemento comune è quello di dare tutela al bene-ambiente".²¹⁹

La discussione in ordine alla natura del danno ambientale è stata ed è tuttora ampia: si è ritenuto che, proprio dall'esame dell'art. 18 della Legge 8.7.1986 n. 349, la " nozione di danno ambientale si può dunque svolgere in quella di danno arrecato all'ambiente. Il primo termine evoca immediatamente la discussione in atto sulle funzioni della responsabilità civile e sulle tecniche di sanzione dei comportamenti illeciti; il secondo termine evoca la tematica di interessi e dei beni privati e pubblici ", e per l'Autore pertanto, con l'introduzione della nuova legge, il danno ambientale non assume connotazione privatistica in quanto non si pone come lesione di un diritto soggettivo privato dell'ambiente salubre, ma si qualifica come "danno pubblico", distinto comunque dal danno dovuto ad una "lesione fisica" dei beni ambientali, di pertinenza del demanio, giacché in tali casi vi sarebbe solo una lesione alla proprietà. Tale riflessione, ribadisce pertanto che

219 In tal senso: C.Pasqualini Salsa, Op.cit., pag. 19

“il danno ambientale è il risultato della lesione di un bene immateriale con riflessi patrimoniali, ed ha natura pubblica”.²²⁰ Il pensiero della dottrina è stato ulteriormente precisato ritenendosi che “Tutti indistintamente i commentatori dell’ art. 18 (n.b.: legge 8.7.86 n. 349) sono concordi nel ritenere che la nuova disciplina trovi applicazione in relazione ai soli danni conseguenti alle alterazioni o compromissioni del bene-ambiente... Rimangono fuori dalla sua portata perciò i danni cagionati dalla lesione di beni di diversa natura e, in particolare, i danni ai beni che formano oggetto di proprietà privata o pubblica (o di altri diritti di godimento) e i danni alla salute, per i quali continua ad applicarsi, come in passato, la disciplina codicistica. “Prima conseguenza è che “in relazione ai casi di inquinamento dell’atmosfera e del mare territoriale, considerati tradizionalmente *res communes omnium* e di alterazione dell’equilibrio ecologico, ossia nelle ipotesi in cui la lesione cade su entità che costituiscono il supporto materiale unicamente del bene ambiente e non anche di *res in proprietate*. Nei casi in cui invece il danno ecologico si accompagna a un danno (alla salute o) ai beni oggetto di proprietà (privata, pubblica o anche demaniale), anche se non sempre sarà in pratica agevole, occorrerà distinguere le due specie di danno, rimanendo le stesse assoggettate, come si è ricordato sopra, a due differenti discipline” con la conseguenza che il danno sarà identificabile sia nella lesione del diritto di proprietà, sia nella perdita per la collettività di utilità e risorse ambientali, e quindi, con l’applicabilità del risarcimento volto a reintegrare il patrimonio del danneggiato delle utilità economiche perdute (artt. 2043 e 2056 c.c.) mentre il danno ecologico verrà risarcito, ove possibile, in maniera da ripristinare le condizioni ambientali esistenti prima della lesione (art. 18 L. 8.7.86 n. 349). Ne deriva che la L.349/86 avrebbe stabilito il principio della tipicità degli illeciti ambientali.²²¹

In sintonia con la tesi che riconosce al danno ambientale carattere pubblico, occorre quindi ritenere che vi sia comunque un danno indiretto, che colpisce i beni, privati o pubblici che siano, con la conseguenza dell’applicabilità, in tal caso dell’art. 2043 c.c., mentre per quanto concerne l’art. 18 della Legge 349/86, che opererebbe una

220 In tal senso G. Alpa, Pubblico e privato nel danno ambientale, in Contratto e Impresa, Cedam Padova, 1987, pagg. 685, 699 e 700

221 In tal senso: A. Luminoso, Sulla natura della responsabilità per danno ambientale, in Contratto e Impresa, Cedam, Padova, 1989, pagg. 898-899 e 903

deroga al disposto dell'art. 2058 c.c., si tenderebbe alla riparazione in forma specifica piuttosto che a quella in forma equivalente.²²²

Sempre a proposito di risarcibilità ed azione promuovibile, rammentiamo che in presenza di tutela della salute e conseguente necessità di intervenire al fine di annullare il presupposto ostacolante la tutela stessa che sia costituito da un atto autoritativo (atto amministrativo), la competenza è in capo al Tribunale Regionale Amministrativo, come riconosciuto da una recente Sentenza²²³ “ Qualora la tutela del diritto alla salute venga azionata in funzione dell'annullamento di atti autoritativi che comprimono il diritto stesso, si radica la giurisdizione del Giudice amministrativo, in quanto l'amministrazione conserva il potere di degradare o comprimere un diritto tutelato come bene non assoluto. In materia di inquinamento elettromagnetico, l'applicazione del principio di precauzione.

Comporta la necessità di valutare non solo gli effetti sulla salute nel breve periodo, ma soprattutto gli effetti non acuti, di lungo periodo. In corrispondenza di spazi dedicati all'infanzia (quali scuole, asili nido e parchi giochi) il principio di cautela impone una tutela più incisiva del diritto alla salute, data la maggiore sensibilità dei soggetti interessati e, di conseguenza, un limite di esposizione ai campi elettromagnetici più rigoroso”.

La sentenza consente di approfondire alcuni aspetti legati al pericolo di inquinamento: nel caso in esame si affronta la problematica dell'inquinamento elettromagnetico, tutt'ora oggetto di divergenti considerazioni tecniche sulla sua reale o solo potenziale pericolosità, ma in ogni caso meritevole di attenzione.²²⁴

Emerge il così detto principio di precauzione, previsto dall'art.174, paragrafo2 Trattato U.E. che stabilisce come il semplice fatto della non certezza della dannosità di qualche forma di emissione, non esima assolutamente dal porre in essere misure cautelative preventive, con ricorso ovviamente alla miglior tecnologia possibile (L. 36/2001).

Tale principio era stato ampiamente ribadito anche dalla Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992, e trova sempre più corrente attuazione, tant'è che già la proposta di Direttiva della Commissione Europea del

222 In tal senso: Cass. Sez. Unite, 25.1.1989, richiamata unitamente alle argomentazioni inerenti da A. Somma, Valutazione del danno ambientale, in Contratto e Impresa, Cedam, Padova, 1995, pag. 525

223 Così: TAR Veneto Sez.II, 13.2.2001 n. 236, in Responsabilità civile e previdenza, Giuffrè ed., Milano, 2001, n.6, pag.1261.

224 In ordine alle disposizioni normative sull'inquinamento elettromagnetico vedasi la Legge Quadro .22.2.2001 n. 36, anche in funzione all'applicabilità dell'art.174 paragrafo2 del Trattato U.E.

1987²²⁵ ha ritenuto che sia necessario garantire lo sviluppo di prodotti per i quali vengano utilizzati OGM che causino danni alla salute umana o all'ambiente, ed operare in modo che le nuove biotecnologie permettano sempre una migliore tutela dell'uomo e dell'ambiente attraverso lo sviluppo di materie prime appropriate.

E il ricorso a rigorose misure cautelative era stato ribadito sin dal 1995 dal Comitato Nazionale per la Bioetica²²⁶ che ha scritto come ci si sia evoluti verso il dovere di non danneggiare l'ambiente per non subire danni alla salute, auspicando pertanto che vengano poste in essere nuove strategie anche educative e formative.

Non si scordi, infine, come proprio il testo di una legge genericamente definita sulla sicurezza del lavoro, la Legge 19.1.1994 n.626,²²⁷ investa anche problematiche legate all'ambiente, inteso come luogo di lavoro, e alle svariate possibilità di inquinamento.

Sulla legge 626/94 è amplissima la bibliografia, e qui basti rammentare come la stessa identifichi le misure generali di protezione della salute e sicurezza dei lavoratori, nei seguenti principi:

- valutazione dei rischi per la salute e sicurezza;
- eliminazione dei rischi in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico e, ove ciò non sia possibile, loro riduzione al minimo;
- riduzione dei rischi alla fonte;
- programmazione della prevenzione mirando ad un complesso che integra in modo coerente nella prevenzione le condizioni tecniche produttive ed organizzative dell'azienda nonché l'influenza dei fattori dell'ambiente di lavoro;
- sostituzione di ciò che è pericoloso con ciò che non lo è o è meno pericoloso;
- rispetto dei principi ergonomici nella concezione dei posti di lavoro, nella scelta delle attrezzature e nella definizione dei metodi di lavoro e produzione, anche per attenuare il lavoro monotono e ripetitivo;
- priorità delle misure di protezione collettiva rispetto alle misure di protezione individuale;

225 Vedasi: GUCE n.C del 28.7.1988

226 Vedasi: www.governo.it/bioetica/pareri/pareri.html.

227 La L. 626/94 ha recepito nel nostro ordinamento una serie di Direttive CEE sulla sicurezza dei lavoratori, dell'ambiente di lavoro, con particolare riferimento alla Dir. 90/679/CEE del 26.11.1990.

- limitazione al minimo del numero dei lavoratori che sono, o che possono essere sottoposti al rischio;
- utilizzo limitato degli agenti chimici, fisici, biologici, sui luoghi di lavoro;
- controllo sanitario dei lavoratori in funzione dei rischi specifici;
- allentamento del lavoratore dall'esposizione a rischio, per motivi sanitari inerenti la sua persona;
- misure igieniche;
- misure di protezione collettiva e individuale;
- misure di emergenza da attuare in caso di pronto soccorso, lotta antincendio, di evacuazione dei lavoratori e di pericolo grave e immediato
- uso di segnali di avvertimento e sicurezza;
- regolare manutenzione di ambienti, attrezzature, macchinari ed impianti, con particolare riferimento ai dispositivi di sicurezza in conformità alle indicazioni dei fabbricanti;
- informazione, formazione, consultazione e partecipazione di lavoratori ovvero dei loro rappresentanti, sulle questioni riguardanti la salute e la sicurezza del luogo di lavoro;
- istruzioni adeguate ai lavoratori .

Per i progettisti, fabbricanti, fornitori e installatori di apparecchiature (operanti in impianti nei quali siano impiegati agenti biologici) è stabilito:

- i progettisti dei luoghi o posti di lavoro e degli impianti rispettano i principi generali di prevenzione in materia di sicurezza e di salute al momento delle scelte progettuali e tecniche e scelgono macchine nonché dispositivi di protezione rispondenti ai requisiti essenziali di sicurezza previsti nelle disposizioni legislative e regolamenti vigenti;
- sono vietati la fabbricazione, la vendita, il noleggio e la concessione in uso di macchine, di attrezzature di lavoro e di impianti non rispondenti alle disposizioni legislative e regolamentari vigenti in materia di sicurezza. Chiunque concede in locazione finanziaria beni assoggettati a forme di certificazione o omologazione obbligatoria è tenuto a verificare che gli stessi siano accompagnati dalle previste certificazioni o dagli altri documenti previsti dalla legge;

- gli installatori e montatori di impianti, macchine o altri mezzi tecnici devono attenersi alle norme di sicurezza e di igiene sul lavoro, nonché alle istruzioni fornite dai rispettivi fabbricanti dei macchinari e degli altri mezzi tecnici per la parte di loro competenza.

Un primo rilievo, ad esempio a favore delle Strutture Sanitarie, è che la valutazione dei rischi legati all'utilizzo di impianti biotecnologici non sia di competenza degli utilizzatori, bensì dei progettisti ed installatori, gravando sull'utilizzatore solo l'onere dell'esistenza delle previste certificazioni di legge .

Ciò consentirà, al di là della vigenza del rispetto della norma che impone l'acquisizione solo di strumenti così certificati, di poter attuare un primo livello di difesa in presenza di contestazioni legate ad attività pericolose, come nell'ambito dell'utilizzo di agenti biologici.

A tal proposito la L. 626/94 identifica quale agente biologico qualsiasi microrganismo, anche se geneticamente modificato, coltura cellulare ed endoparassita umano che potrebbe provocare infezioni, allergie o intossicazioni.²²⁸

Rammentiamo che le disposizioni delle L. 626/94 e 206/01 implicano sanzioni di natura amministrativa e penale anche per le sole omissioni o commissioni, sanzioni che possono arrivare alla pena minima di 2-4-mesi di arresto o a quella minima dell'arresto da 3 a 6 mesi, a seconda delle differenti posizioni.

Rammentiamo, e sull'argomento, torneremo in tema di assicurazioni, come il D.Lgs. 206/01 disponga che: "Chi con il proprio comportamento omissivo o commissivo in violazione delle

228 Così ampiamente, V. Lungagnani, *Biotecnologie*, Utet, Op.cit. pagg. 55- 66 che richiama inoltre il Decr.Leggs. 12.4.2001 n. 206, attuativo della Dir. 98/81/CE del 26.10.1998, a sua volta modificante la Dir. 90/219/CE relativa all'impiego confinato di microrganismi geneticamente modificati (MOGM). "Il D.Lgs.206/01 è volto alla tutela della salute umana e dell'ambiente e –rispetto al D.Lgs. 626/94 – costituisce una specializzazione (cioè solo agenti biologici geneticamente modificati ed una generalizzazione (ovvero agenti patogeni per animali e piante e non solo umani). Dal punto di vista di chi utilizza microrganismi in ambito confinato, la più importante novità rispetto alle disposizioni del D.Lgs. 626/94 consiste nel fatto che: tutti gli impianti in cui si impiegano MOGM devono fare oggetto di una specifica procedura di notifica ed autorizzazione del Ministero della Salute". E ancora "In totale analogia con i quattro gruppi di rischio in cui sono classificati gli agenti biologici dal D.Lgs. 626/94, il D.Lgs. 206/01 identifica quattro classi d'impiego dei MOGM, alle quali corrispondono adeguati e crescenti livelli di contenimento" Gli elementi caratteristici di quattro livelli di contenimento sono indicati nell'allegato IV al D.Lgs.206/01, ricalcando gli allegati XII e XIII del D.Lgs. 626/94.

disposizioni del presente decreto provoca un danno alle acque, al suolo, al sottosuolo e alle altre risorse ambientali, ovvero determina un pericolo concreto ed attuale di inquinamento ambientale, è tenuto a procedere a proprie spese gli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale delle aree inquinate e degli impianti dai quali è derivato il danno ovvero deriva il pericolo di inquinamento”.

BIODIRITTO E ASSICURAZIONE

Una necessaria parte di indagine deve essere destinata al rapporto fra danno e assicurazione, essendo il mondo assicurativo interessato alle problematiche precedentemente esposte in maniera più o meno profonda, ma comunque sempre con un preciso rapporto con esse.

Distingueremo pertanto sinteticamente le possibili aree di intervento assicurativo in tre gruppi, accennando brevemente alle principali problematiche giuridiche inerenti, sottolineando come la ripartizione abbia funzione esclusivamente operativa in relazione alle questioni affrontate nel presente lavoro.

Possiamo quindi distinguere tra:

- assicurazione di Responsabilità Civile ordinaria (la usuale RC per responsabilità del medico o della Struttura Sanitaria);
- assicurazione di Responsabilità Civile e genetica;
- assicurazione di Responsabilità Civile per danno ambientale.

13.1**La Responsabilità Civile per danno da professione medica e della Struttura.**

Come detto, la tendenza sociale è nel senso di marcare sempre di più i contorni della responsabilità professionale del medico e, conseguentemente di, adire in giudizio non solo quest'ultimo, ma anche la Struttura con la quale operi o dalla quale dipenda.

Innanzitutto occorrerà soffermarsi sulla valutazione della "professione medica", nel senso di rilevare se essa, ai fini strettamente giuridici, assuma un connotato particolare o rientri nell'usuale attività professionale d'opera.

In altre parole, ci si deve chiedere se la professione medica possa o meno rivestire la qualità di professione/attività pericolosa, perché, in

caso affermativo, si dovrà assumere e un ben diverso approccio anche in termini assicurativi.

Ora, come visto nella prima parte del presente lavoro, tale possibilità sarebbe, a nostro parere, limitata a precise e particolari ipotesi di attività soprattutto di laboratorio e ricerca, senza tuttavia poter escludere un loro sempre più vasto diffondersi.

Rinviamo l'esame di tali ipotesi al successivo argomento di indagine, limitandoci, in questo ambito, alla usuale responsabilità professionale.²²⁹

Quindi, a fronte dell'accertata presenza di colpa contrattuale o extracontrattuale del medico, ed eventualmente della Struttura, potrà intervenire la Compagnia di Assicurazione a coprire il danno.²³⁰

Va quindi richiamato quanto già scritto e che offre, in ambito assicurativo, spunto per un'ulteriore riflessione.

Dato per acquisito che al medico venga attribuita una presunzione relativa di responsabilità in quelle ipotesi in cui la sua attività abbia rilevato una negligenza o incapacità professionale non scusabile, può

229 Rammentiamo, richiamando quanto scritto anche nella prima parte del presente lavoro, come sia sempre essenziale ai fini della determinazione della responsabilità, l'accertamento del nesso causale e come tale nesso non sia sempre ravvisabile: in tal senso vedasi Sez. Un. Pen. 11.09.2002, In Responsabilità Civile e Previdenza, Giuffrè Ed. Milano, 2003, pagg. 94 - 95 " *Il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica - universale o statistica - si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impedirebbe l'evento hic et nunc, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. Non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di provabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "provabilità logica". L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio.*

230 Vi è un interessante giudicato in materia di azione di regresso: Cass. civ. sez. III, 11.3.1998 n. 2680, che in tema, fra l'altro di attività pericolosa, ha stabilito: "L'esercizio di un maneggio rientra tra le attività pericolose di cui all'art. 2050 cod.civ.. Non è vietata l'azione di regresso in via anticipata, proposta da un coobbligato verso altro coobbligato nel corso dell'azione intrapresa dal creditore. Il danno non patrimoniale è liquidabile tutte le volte che il giudice civile, pur avendo affermato che l'attività considerata rientra tra quelle ritenute pericolose, non pronuncia la condanna per presunzione, ma afferma in concreto la condotta colposa del responsabile, ravvisando nella stessa gli estremi del delitto per lesioni personali colpose".

sussistere l'ipotesi di concorso con la Struttura nel cui ambito il medico abbia operato.

Le ipotesi di rapporto fra medico e Struttura possono essere così determinate:

- medico dipendente di una Struttura pubblica
- medico dipendente di una Struttura privata
- medico professionista autonomo che utilizzi una specifica Struttura

Nella prima ipotesi, se il medico gode della limitazione di responsabilità per colpa lieve, tale situazione giuridica non è applicabile alla Struttura, vincolata al paziente da un rapporto contrattuale, e che potrebbe essere coinvolta in giudizio anche in presenza di colpa lieve o lievissima del proprio medico.

A maggior ragione incorrerebbe in responsabilità la Struttura che abbia offerto inadeguatezze operative (carenza di personale, incapacità professionale operativa dello stesso o di parte di esso o mancanza di requisiti professionali qualificati, carenze di macchinari o di ambienti operativi, quali sale operatorie, riabilitative, di terapie intensive, carenza di manutenzione delle apparecchiature, aggiornamento delle cure rispetto alle nuove soluzioni medicinali)²³¹.

Nella seconda ipotesi, si dovrà distinguere fra scelta della Struttura privata effettuata dal paziente o dal medico, richiamandosi rispettivamente al principio della responsabilità contrattuale o extracontrattuale.²³²

Resta ovviamente esclusa la responsabilità della Struttura privata per colpa del medico e non per colpa propria per inadeguatezza delle sue risorse

²³¹ In tema di contratto di "spedalità" vedasi: Trib. Verona 15 ottobre 1990, in Resp. civ. e prev. 1990, 1039.

²³² Vedasi un'ipotesi di responsabilità per omessa vigilanza rispetto ad un paziente psichicamente malato che abbia causato danni a terzi all'interno della Struttura in Tri. Monza 4 luglio 1966, in Resp. civ. e prev. 1997, 776, commentata anche da D. Chindemi, in Diritto ed Economia dell'Assicurazione, Op. cit., n. 4/2001, pagg. 964-965.

La Responsabilità civile da attività Genetica

Come precedentemente scritto, la nuova presenza della tecnologia genetica ha posto problemi rilevanti per tutti gli operatori del settore, siano essi medici, ricercatori o titolari della struttura, e conseguentemente non si possono eludere le altrettanto nuove incidenze nel settore assicurativo.

Uno dei primi problemi è legato alla diversa durata della vita.

L'elemento caratterizzante di molte polizze è quello di porre limitazioni alla risarcibilità di malattie o morte oltre un certo limite di "anzianità" del soggetto assicurato.

Il problema è che la nuova tecnologia medica, sia in ambito chirurgico che in ambito farmacologico hanno ampliato lo spazio non solo vitale, ma anche qualitativo della vita, fatto questo ben noto a tutti e quotidianamente richiamato ogni qual volta si parla di anziani, età pensionistica, necessità di nuova forza lavoro.

L'incidenza della genetica in tale ambito può condurre non solo al superamento di particolari malfunzioni organiche ed ereditarie, ma al ribaltamento di usuali presupposti contrattuali nell'ambito assicurativo, quali i detti limiti temporali (nel senso di *età*) dell'assicurato devono necessariamente essere riveduti e corretti.²³³

Appare quindi indubitabile che il Progetto Genoma, abbia ulteriormente influito sulla positiva evoluzione della vita umana e che le nuove scoperte scientifiche e le nuove cure da tale Progetto derivate influiranno sempre più.

Uno degli aspetti che maggiormente colpiscono in ambito assicurativo è quello legato al potenziale "informativo" scaturente dal Genoma, giacché nel codice genetico è possibile ravvisare una serie di informazioni che aiutano a comprendere, in modo predittivo, quelle che saranno le condizioni di salute di un individuo nel futuro.

²³³ Vedasi in ordine al problema della longevità, C. Maccheroni, in *Rivista Italiana di Economia, Demografia e Statistica Italiana*, vol. XLVI – n. 3-4, luglio-dicembre, 1992. La riflessione dell'A. è nel senso che la longevità sia oramai una delle caratteristiche proprie della società post-moderna, ed è percepibile proprio nella presenza sempre più accentuata della componente anziana nella popolazione. In Italia all'incirca nel 1890 la vita media era di circa 38 anni, sia per gli uomini che per le donne mentre nel 1995 era di circa 81 anni per le donne e di 74,6 anni per gli uomini.

O meglio, non è che il genoma umano ci sveli il futuro di ciascun individuo, il che sarebbe sicuramente troppo, ma può svelare la possibilità che in un determinato organismo si manifestino determinate patologie.

La mutazione genetica porta un individuo a contrarre una malattia, ma non consente, almeno al momento e con la corrente scienza, di stabilire esattamente quando.

Entrano così sempre in gioco le incidenze comportamentali di ciascun individuo, che sommate alla sua predisposizione genetica, potranno accentuare ed accelerare la manifestazione morbosa, come nel caso del fumatore accanito già predisposto alla neoplasia polmonare.

Pertanto il mondo assicurativo si pone in stretta connessione con il mondo scientifico informativo del genoma, in quanto la possibilità o meno di utilizzo delle informazioni genetiche potrebbe incidere sulla formulazione di nuove polizze o sull'integrazione di quelle usuali.

Come è ben noto nel rapporto assicurativo sussiste una discrasia di informazioni, nel senso che l'assicurato ben conosce le proprie condizioni di salute, i propri pregressi fisici e psichici e le malattie eventualmente ereditarie, mentre l'assicuratore non ha accesso a tali informazioni se non limitatamente a quanto consentito dall'assicurato che, potrebbe, da un lato comportarsi con vera e propria reticenza e omissione, e dall'altro, realmente non essere a conoscenza di tali precedenti morbosi.

In ogni caso ne risulta alterato il rapporto fra assicurazione e suo cliente.

Con l'intervento dei test genetici si apre una nuova area di intervento, consentendo di accertare la presenza di patologie che potrebbero, a più o meno breve lasso di tempo, influenzare la dinamica del vincolo assicurativo, oltre che, ovviamente, la vita del paziente, ma aprono anche nuovi spazi all'estensione delle polizze.

Quest'ultime sono infatti strettamente legate alla valutazione del rischio "età-salute" tendendo ad escludere dalla copertura gli ultra sessantenni, ritenendosi l'età biologica oltre il 65° anno di vita, non più un elemento aleatorio ai fini assicurativi, ma un elemento di rischio talmente invasivo da richiedere la cessazione del rapporto contrattuale oltre tale soglia.

L'intervento della tecnica genetica pone quindi sul tavolo una serie di nuovi spunti di riflessione.

Innanzitutto, come detto, incide nell'ambito della *valutazione del rischio*, consentendo più esatte determinazioni dei termini di polizza e dell'assunzione del relativo impatto da parte della Compagnia.

D'altro canto potrebbero aiutare l'assicurato stesso garantendo al sua posizione "fisica" nei confronti dell'assicurazione e ciò attraverso distinte incidenze:

- a) il miglioramento della vita: non solo nel senso della longevità che di per se stessa, sarebbe, ai fini della polizza del tutto sfavorevole per l'assicurato, ma nel senso del deciso miglioramento della qualità della vita dell'anziano e della maggior compressione delle malattie tipiche dell'età;
- b) il superamento di malattie sino ad oggi ritenute incurabili o , al massimo, cronicizzati, che, grazie alle nuove tecnologie troverebbero in un prossimo futuro rimedi adeguati ad annullarle.²³⁴

Resta pertanto incidente l'impatto informativo che i test genetici offrono, ferma restando tutta la difficoltà volontaria (da parte dell'assicurato) o legale (Legge sulla privacy) sull'acquisizione o utilizzo dei dati relativi.

234 Due esempi di tale incidenza sono richiamati da L. Colombo, in Quaderni di Impresa Assicurativa, Giuffrè Ed., Milano, supplemento al fascicolo 4/2001, pagg. 23-45, in particolare l'autore richiama i Geni del BRCA e la storia familiare. Si noti che il BRCA1 è un gene composto da 5592 paia di basi, proporzionato sul cromosoma 17q21, mentre il BRCA2 è composto da 10254 paia di basi ed è posizionato sul cromosoma 13q12-13, e pur non essendo ad oggi totalmente comprese le funzioni delle proteine che li compongono, ma ne è emersa la loro funzione soppressiva nei confronti dei tumori. L'A. osserva che " *Dato il modello, è possibile stimare la probabilità condizionata che una donna di una data età x presenti uno specifico genotipo avendo conoscenza delle età ed ella completa storia familiare di BC e OC* (come precedentemente scritto dall'A. per BC si intende il Breast Cancer, tumore della mammella, e per OC si intende l'Ovarian Cancer) *contratti dalle parenti dell'assicurata. In alternativa il modello propone un metodo di calcolo sulla base delle limitate informazioni desunte dal processo di sottoscrizione (per esempio solo il numero dei parenti malati di BC o OC). Il modello utilizza stime della provabilità di degenerazione (probabilità che una donna con i geni BRCA1 e BRCA2 mutati contragga una delle due forme tumorali nell'arco di tutta la sua vita) desunte da studi di famiglie con frequenti casi di BC o OC.*" Prosegue l'A. nell'esame dell'incidenza del BRCA in ambito dell'assicurazione Critical Illness (assicurazione che copre le prestazioni al verificarsi di un evento grave, ma non immediatamente letale) e in ambito dei costi attesi nell'assicurazione sulla vita e in ambito della così detta antiselezione, ossia nell'eventualità che persistesse un divieto di utilizzazione dei test genetici. Ed ancora in tema di assicurazione Long Term Care che prevede il pagamento " *nell'ipotesi di una prestazione nel caso in cui l'assicurato, a seguito di determinati eventi non sia più autosufficiente . La componente genetica del morbo di Alzheimer (Alzheimer Disease, d'ora in poi denominata AD) è stata rilevata negli studi epidemiologici: almeno un gene , l'allele e4 del gene alipoproteina E (d'ora in poi denominato ApoE) è collegato con manifestazioni precoci del morbo. Il calcolo del valore attuale medio delle prestazioni viene effettuato da Macdonald e Pritchard separatamente per uomini e donne e anche per entrambi i sessi insieme ; ovviamente la possibilità di transizione tengono conto della differente mortalità per sesso e della diversa incidenza del morbo.*"

Vi è poi un nuovo ambito di interesse assicurativo legato ai test genetici: i rapporti contrattuali lavorativi potranno tener conto, al momento dell'assunzione, della potenzialità dei geni del nuovo collaboratore o dipendente, e, quindi, della sua incidenza sui costi assicurativi per lo stesso dipendente o per i suoi famigliari, anch'essi solitamente beneficiari.

Si rammenti in ogni caso, l'incidenza del Codice sulla Privacy in tema di trattamento dei dati personali, e quindi sulla tutela dei dati "sensibili" (relativi, nel caso in esame, alla salute dell'assicurato) ed in particolare richiamiamo, ad esempio l'art. 84 del Codice "**Art. 84: Comunicazione di dati all'interessato.** 1) *I dati personali idonei a rivelare lo stato di salute possono essere resi noti all'interessato o ai soggetti di cui all'articolo 82, comma 2, lettera a), da parte di esercenti le professioni sanitarie ed organismi sanitari, solo per il tramite di un medico designato dall'interessato o dal titolare. Il presente comma non si applica in riferimento ai dati personali forniti in precedenza dal medesimo interessato.* 2) *Il titolare o il responsabile possono autorizzare per iscritto esercenti le professioni sanitarie diversi dai medici, che nell'esercizio dei propri compiti intrattengono rapporti diretti con i pazienti e sono incaricati di trattare dati personali idonei a rivelare lo stato di salute, a rendere noti i medesimi dati all'interessato o ai soggetti di cui all'articolo 82, comma 2, lettera a). L'atto di incarico individua appropriate modalità e cautele rapportate al contesto nel quale è effettuato il trattamento di dati.*

La Responsabilità Civile per danno ambientale

Abbiamo affrontato la questione “ambientale”, evidenziando come qualsiasi aggressione all’ambiente implichi una reazione giuridica ed una sanzione.

E’ evidente che, al di fuori dei casi di dolo o di espressa esclusione della copertura per i normali motivi (non comprensibilità di quello specifico rischio, omesso pagamento del premio, ecc..) la copertura assicurativa sarà necessariamente operante e come tale, vista la particolarità dell’area di applicazione, sorgono spontanee alcune riflessioni.

Innanzitutto occorre determinare l’oggetto della copertura, cioè che cosa sia assicurato.

In senso lato si potrà parlare di *danno ambientale o all’ambiente* ma, vista la qual genericità del concetto, sarà opportuno determinare che cosa si intenda per danno ambientale o all’ambiente, procedendo dalla stessa qualificazione di ambiente, essendo il danno concetto noto, come visto anche nella prima parte del presente lavoro.

Ambiente: il termine ambiente (e sussidiariamente, il termine *danno ambientale*) è stato oggetto di una precisa disposizione legislativa, la Legge 8 luglio 1986 n. 349, istitutiva del Ministero dell’Ambiente²³⁵.

235 In tema di *ambiente*, vedasi, fra gli altri, M.H. Diniz, O estado atual do biodireito, Op.cit. che a pag. 633 precisa come l’ambiente, cioè il complesso di tutte le specie biologiche nella loro ricchezza di patrimonio genetico, debba costituire oggetto di precisa tutela giuridica, richiamando l’art. 225 della Costituzione Federale Brasiliana del 1998 che ha stabilito come “*Tutti hanno diritto ad un ambiente ecologicamente equilibrato, bene di uso comune per il popolo ed essenziale alla qualità della vita , imponendosi la Potere Pubblico e alla collettività il dovere di difenderlo e preservarlo per le presenti e future generazioni*” e su tali basi risulta facile ritenere che il “bene ambiente” non è una *res nullius*, ma proprio anche in relazione al dettato costituzionale, è una *res communi omnium*, la cui titolarità è del popolo. L’ambiente salubre ed equilibrato è un bene di uso comune del popolo e non costituisce parte del patrimonio privato di qualsiasi persona fisica o giuridica. Il diritto ambientale è, quindi, un diritto di tutti, proprio per essere la salubrità una qualità della vita. Il bene ambientale, per conseguenza, possiede la natura giuridica di *diritto diffuso*, assumendo la posizione di *diritto transindividuale*, avendo come titolari persone legate da circostanze di fatto e potendo, pertanto, essere sfruttato da qualsiasi persona dentro le limitazioni imposte costituzionalmente.

Pertanto il Potere Pubblico dovrà proteggere preservare l’ambiente naturale (aria, suolo, fauna, flora e acqua) e l’ambiente costruito (aree rurali, città, il patrimonio culturale, l’ambiente di lavoro), non come beni integranti il suo patrimonio, ma come beni appartenenti a tutti..

Anche S. Leone, Manuale di Bioetica, Op. cit. pagg. 329, ritiene che “ *Come ogni realtà problematica, peraltro, il suo affermarsi è da mettere in rapporto a una negazione: quella*

Si è avuta così la piena visibilità e incidenza nella fera pubblica e privata, della situazione ambientale, e, come sua conseguenza, si è affrontato il problema della reazione a comportamenti ad essa dannosi, ed alla loro risarcibilità, ferma la eventuale azione punitiva nei confronti dell'autore dell'illecito.

Il punto di riferimento della citata normativa, come desumibile dall'art. 18 della L. 349/86, è l'ambiente inteso come insieme naturale di tutti gli elementi che circondano l'uomo e che costituiscono il fondamento della natura (l'aria, l'acqua, il suolo, tutte le specie animali e vegetali), legge che, fra l'altro, ha la peculiarità di aver ad oggetto non i caratteri del fatto produttivo del danno, come ad esempio l'attività pericolosa, ma lo stesso bene colpito dall'illecito.²³⁶

Ma tali definizioni non sono esaustive della problematica in quanto, accanto alla nozione di danno ambientale ed alle inerenti attività pratiche, emerge dalla nuova visione della bioetica, e quindi dall'ambito della tutela ambientale, il concetto di inquinamento.

Anche su tale termine non si avrà una identica definizione, richiamandosi in vari Paesi, determinazioni semanticamente diverse,

appunto di una piena armonia tra l'uomo ed il suo spazio vitale. Come il dogma nasce dall'eresia così l'affermazione delle responsabilità umane nei confronti dell'ambiente, è generata proprio dalla consapevolezza dei danni causati ad esso dall'uomo."

P. Bavaresco, Danno ambientale e assicurazione: dall'inquinamento al danno ambientale, in Diritto ed Economia dell'Assicurazione, Giuffrè Ed., Milano, 1999, n.2-3, a pag. 388 scrive: "La dottrina in proposito ha assunto, fondamentalmente, due posizioni. La prima, che in un primo momento ha avuto la prevalenza, è quella di coloro che sostengono l'inesistenza di una nozione di ambiente di rilievo giuridico, in quanto sarebbe la stessa costituzione a non prevedere per esso una pubblica tutela unitaria; la prova di ciò starebbe nel fatto che la disciplina amministrativa si occupa in modo differenziato e pluritario della tutela di singoli beni, interessi, aspetti concernenti l'ambiente. La seconda, che attualmente prevale, è quella di coloro che assumono l'esistenza di una nozione di ambiente giuridicamente rilevante ed unitaria, che trova il suo momento unificante nell'art. 32 della Costituzione in forza del quale ogni individuo ha diritto ad un ambiente salubre "

236 In tal senso vedasi A. Luminoso, "Sulla natura della responsabilità per danno ambientale" in Contratto e Impresa, Cedam Padova, 1989, pagg. 894 e ss., e sempre sulla Legge 394/96 vedasi G. Alpa, "Progetti Comunitari sulla Assicurazione del danno ambientale", pagg. 1089-1107, in Responsabilità Civile e Previdenza, Giuffrè Ed. Milano, 2001, "Occorre approfondire anche a livello testuale la nozione di " danno ambientale" qui accolta, dal momento che essa abbraccia fattori assai diversi tra loro e, in parte riduttivi dell'area semantica con cui nel linguaggio giuridico – almeno in quello italiano – ci si riferisce al danno ambientale. Nell'esperienza italiana infatti, l'espressione di danno ambientale è stata decodificata, alludendo essa sia al danno arrecato alle componenti dell'ambiente che sono res nullius, sia ai fattori che riguardano beni nella titolarità di enti pubblici, sia beni appartenenti a privati, sia gli effetti dell'inquinamento sulla salute fisica, sia gli effetti sulle attività economiche svolte nell'area interessata dal danno....Vi è chi condivide la tesi, qui difesa, e cioè essere l'ambiente nozione unitaria, che trascende i singoli beni che lo compongono e rivestire l'interesse lesa di natura pubblica. Vi è chi ha parlato di diritto soggettivo pubblico alla integrità del territorio, chi di tutela indiretta alla salute, chi di tutela dell'interesse della collettività alla fruizione dell'ambiente".

ma ai nostri fini di medesima portata: che si tratti di “contaminazione” o di “ pollution” nulla muta ai fini pratici, trattandosi di un effetto deleterio per l'ambiente le cui ripercussioni impattano con la vita di tutti gli esseri umani e con la struttura stessa del Pianeta, rendendo via via più difficile la vita sullo stesso.

Ovviamente uscite anche una forma di *inquinamento naturale* legato a fenomeni naturali, come ad esempio alle eruzioni vulcaniche che scaricano nell'atmosfera miliardi di tonnellate di gas tossici, ceneri ed altri elementi venefici, ma ciò che contraddistingue principalmente tali eventi dall'inquinamento imputabile all'uomo, è proprio la loro stretta inerenza con l'ambiente di cui sono parte integrante e dei cui effetti l'ambiente è abituato da milioni di anni a porre riparo o ad utilizzarli al meglio.

Invece l'inquinamento umano è per lo più caratterizzato da una precisa azione di violazione di norme e regole (se esistenti) o, in caso di loro assenza, da un preciso comportamento egoistico, che si sovrappone, annullandolo, al naturale comportamento della natura nella sua generalità, prevaricando sui diritti di molti a vantaggio dell'interesse di pochi.

Ciò, se fosse semplicemente una legge economica potrebbe avere un suo qual significato e giustificazione, pur con necessari interventi correttivi e di tutela, ma nel caso in esame, la prevaricazione trasporta con sé effetti difficilmente superabili con le sole forze della natura (come nell'ipotesi di inquinamento da prodotti non biodegradabili) con conseguenze sempre più violente sulla natura e, di riflesso, sulle condizioni di vita di tutti gli esseri che popolano il Pianeta.

Tale evento è stato recepito dal mondo assicurativo tanto che nelle polizze create proprio per la risarcibilità di danni da inquinamento si è scritto che per inquinamento si intende qualsiasi modificazione di quello che è lo stato normale fisico o di composizione degli elementi che costituiscono l'ambiente stesso, e cioè l'aria, l'acqua ed il suolo, modificazione causata dalla presenza di una o più sostanze fuoriuscite, in qualsiasi modo, dalla sfera operativa di un soggetto (l'assicurato, ovviamente ai fini assicurativi), come ad esempio da stabilimenti, uffici, aree di stoccaggio, ecc... .

Quindi l'elemento concettuale assicurativo in dettaglio supera il semplice evento, per identificare chi possa aver causato l'inquinamento, pur con le varie graduazioni ai fini delle regole di applicabilità della polizza.

E' evidente che la determinazione del danno soffra anche di un altro punto critico, cioè della molteplicità di eventi che, anche in

connessione fra loro, possono aver causato il fenomeno inquinante e, quindi, il danno.

Rammentiamo ad esempio il possibile danno causato dallo stoccaggio illecito ed abusivo di fusti contenenti sostanze inquinanti di tipo diverso, le cui conseguenze dannose per l'ambiente sono inequivocabili, così come altrettanto inequivocabile è il concorso di comportamenti plurimi nella causazione dell'evento: soggetti "inquinatori" ab origine, soggetti che si sono resi disponibili al trasporto, allo stoccaggio, all'occultamento in generale dei prodotti inquinanti, e, non ultimo, che utilizzerebbero mezzi a loro volta possibile fonte di ulteriore inquinamento, come nell'ipotesi di utilizzo di navi fatiscenti ed insicure.

Se a ciò aggiungiamo l'esame di dati ed informazioni purtroppo reali, di forme di gravissimi inquinamenti causati anche da navi di per sé sicure, ma soggette, nel loro utilizzo a errori umani, come nel tragicamente famoso naufragio in Alaska della Petroliera Exxon.

Pertanto si evidenziano i seguenti caratteri:

- Tipologia del rischio;
- Soggetto inquinante;
- Soggetto danneggiato.

Il primo carattere legato al danno da inquinamento è proprio la natura stessa della possibilità di evento e del successivo danno.

Innanzitutto, poiché che si sta esaminando la problematica dal punto di vista assicurativo, occorre evidenziare la dualità "rischio" ed "evento", in quanto il rischio evidenzia la eventualità/possibilità (negativa)²³⁷ del verificarsi dell'evento, e l'evento costituisce l'effettiva condizione di applicabilità della copertura.

Quindi per quanto concerne il "rischio" nulla si evidenzia di diverso rispetto all'ordinario contratto assicurativo, caratterizzato dall'aleatorietà del verificarsi dell'evento, e quindi della paritetica possibilità di vantaggio a favore dell'assicurato e dell'assicuratore, con la posizione di terzo beneficiario indiretto in capo al soggetto il cui danno viene risarcito.²³⁸

237 Il rischio, di per sé è *neutro*, ossia vi sarebbe *rischio* anche nell'acquisto del biglietto della lotteria e quindi nell'eventualità (positiva) di vincere il premio.

238 Rammentiamo che l'art. 1882 c.c. recita: "L'assicurazione è il contratto col quale l'assicuratore, verso pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana."

Sofferamoci ancora un attimo sul concetto di "rischio": la presenza del rischio è essenziale alla esistenza giuridica del contratto di assicurazione²³⁹, e lo stesso contratto si scioglie se il rischio cessa di esistere dopo la conclusione del contratto, fermo il diritto economico al pagamento del premio a favore dell'assicuratore.²⁴⁰

Ma anche la diminuzione del rischio incide sul rapporto contrattuale nel senso che l'assicurato ha facoltà di comunicare all'assicuratore "*mutamenti che producono una diminuzione del rischio tale che, se fosse stata conosciuta al momento della conclusione del contratto, avrebbe portato alla stipulazione di un premio minore*",²⁴¹ così pure come il contraente ha l'obbligo di comunicare immediatamente all'assicuratore l'esistenza di mutamenti che aggravano il rischio in modo tale che, se "*il nuovo stato di cose fosse esistito e fosse stato conosciuto dall'assicuratore non avrebbe consentito l'assicurazione o l'avrebbe consentita per un premio più elevato*".

Aggravamento del rischio caratterizzato da una gravità tale da alterare l'equilibrio fra rischio e premio oltre il limite della normale alea contrattuale.²⁴²

Fin qui pertanto nulla di diverso dall'ordinaria situazione assicurativa, non incidendo specificatamente la voce "inquinamento" nella dinamica giuridica del rapporto contrattuale.

E nemmeno diversa incidenza assume a nostro parere l'art. 1900 c.c. in merito al rischio inquinamento.

Come stabilito da tale articolo, *l'assicuratore non è obbligato a fronte dei sinistri cagionati da dolo o colpa grave del contraente, o dell'assicurato o del beneficiario, salvo patto contrario* per i casi di colpa grave. Inoltre "L'assicuratore è obbligato per il sinistro cagionato da dolo o da colpa grave delle persone²⁴³ del fatto delle quali l'assicurato deve rispondere. Egli è obbligato altresì, nonostante patto contrario, per i sinistri conseguenti ad atti del contraente, dell'assicurato o del beneficiario, compiuti per dovere di solidarietà umana o nella tutela degli interessi comuni all'assicuratore."

L'articolo citato, va esaminato in rapporto con l'art. 1917 c.c. che, al primo comma, recita: "*Nell'assicurazione della responsabilità civile*

239 L'art. 1895 c.c. recita "*Il contratto è nullo se il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto*"

240 L'art. 1896 c.c. recita "*Il contratto si scioglie se il rischio cessa di esistere dopo la conclusione del contratto stesso, ma l'assicuratore ha diritto al pagamento dei premi finché la cessazione del rischio non gli sia comunicata o non venga altrimenti a sua conoscenza.(omissis)*".

241 Vedasi l'art. 1897 c.c.

242 Vedasi l'art. 1898 c.c.

243 Tali soggetti sono quelli richiamati dagli artt. 2407 – 2408-2409 c.c.,

l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi". Quindi l'articolo 1917 c.c. inerisce sia al danno contrattuale che extracontrattuale. La sua portata incide sul precedente articolo 1900 c.c. in quanto limita la garanzia al solo fatto doloso, rientrando nella copertura anche l'evento causato da colpa grave.

Il tutto perfettamente applicabile alla ipotesi di responsabilità del medico e della struttura per i danni cagionati nell'esercizio dell'attività professionale, mentre per quanto riguarda l'inquinamento riteniamo che il rischio sia da valutare con particolare attenzione da parte dell'assicuratore.

I casi pratici di realizzazione dell'evento possono essere causati o dal fortuito, e quindi da assenza di colpa grave da parte del contraente, o da evento "prevedibile" vista la insufficiente capacità o volontà dell'assicurato di porre reali ostacoli alla possibilità di verificarsi dell'evento.

In questa materia quindi occorre riferirsi o al classico parametro della responsabilità civile di cui all'art. 2043 c.c. e ss. o ad una diversa soluzione che non richiami le categorie giuridiche note.²⁴⁴

E così dunque sussiste piena compatibilità fra danno ambientale e responsabilità civile.

Vi sono ovviamente posizioni critiche che hanno sottolineato, fra l'altro, come nei casi di danno ambientale sia lo Stato ad essere il vero titolare del diritto al risarcimento di un danno avente natura pubblica, ed altre che addirittura collocano la disciplina dell'art. 18 quale disciplina residuale o, persino marginale rispetto alla ordinaria disciplina civilistica.

L'analisi richiede una valutazione dei profili della disciplina dell'illecito ambientale e principalmente del rapporto con il principio di "corrispondenza fra danneggiato e titolare della pretesa risarcitoria" e si osserva che, nell'ambito strettamente civilistico, unico legittimato a richiedere la riparazione è il soggetto leso dall'evento, mentre titolare del diritto al risarcimento del danno ambientale "è lo Stato, che viene predeterminato dalla legge in ragione della sua natura di ente pubblico generale la cui legittimazione – come pure ha precisato la Corte

²⁴⁴ In senso positivo alla collocazione nell'ambito della usuale responsabilità civile vi sono G. Alpa, come riportato nella nota 2, e A. Luminoso, " Sulla natura della responsabilità per danno ambientale" in *Contratto e Impresa*, Cedam, Padova, 1989, pag. 909 che richiama in una nota anche Trimarchi, Cendon e Ziviv, G. Greco, Natoli.

Costituzionale nella citata sentenza n. 641/1987 – non sembra trovare fondamento nel fatto che ad esso sia affidata la cura della risorsa ambientale compromessa, che abbia affrontato spese per riparare il danno o abbia subito altre perdite economiche, ma unicamente nella funzione della tutela della collettività”.²⁴⁵

Ma in realtà riteniamo che il danno sia sociale più che statale e che riguardi l'intera collettività, e come tale rientri nell'ambito di applicazione della norma civilistica di responsabilità aquiliana.²⁴⁶

Ed in tale ottica deve essere letto il disposto dell'art. 18 citato, quando rimette al giudice la possibilità di determinare la liquidazione del danno in via equitativa, quando non sia possibile una diversa determinazione del danno, e in tale processo logico, il giudice dovrà “tener conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino e del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento sui beni ambientali”.

Emergono pertanto gli ulteriori elementi della *colpa* e della *remissione in ripristino*.

Per quanto riguarda la prima, si noti come il testo legislativo ponga in evidenza una colpa sicuramente *grave* per il fatto stesso della violazione della norma e della particolare gravità dell'illecito.

Pertanto se di colpa grave si tratta, l'Assicuratore dovrà risponderne solo se espressamente previsto dal contratto, contratto che, salvo diversa impostazione legislativa sul modello della RCA, sarà di libera contrattazione.

Voler imporre una forma assicurativa per danno ambientale di portata obbligatoria, implicherebbe la soluzione del rilevantissimo problema della determinazione del soggetto gravato dall'obbligo: basti a tal fine

245 Così sempre A. Luminoso, Op.cit. pag. 911.

246 Sul punto è stato osservato che si tratti di un danno pubblico all'ambiente, e quindi si un tipo di danno “diverso da quello risentito dallo Stato, dalle Regioni, dai Comuni quando vi sia una lesione “fisica” dei beni che compongono l'ambiente e che appartengono al demanio, al patrimonio indisponibile o a quello disponibile di tali enti: in tali casi, vi è semplicemente una lesione alla proprietà, indifferente essendo se trattasi di proprietà privata o pubblica. In questa accezione, la nozione di danno ambientale non è differente da quella a suo tempo progettata da Massimo Severo Giannini. In modo forse non molto sofisticato, ma certamente persuasivo, una delle prime sentenze che hanno applicato l'art. 18 della nuova legge ad una fattispecie di stoccaggio di residuati di lavorazioni chimiche, ha definito l'ambiente con queste parole “un insieme di caratteristiche ecologiche ed estetiche sì che tra le suddette caratteristiche ecologiche vanno incluse anche la bellezza del luogo, o, meglio, la non bruttezza di esso; di modo che le migliori condizioni ambientali sono quelle che garantiscono la miglior qualità della vita, sia appunto sotto l'aspetto ecologico, sia sotto l'aspetto della piacevolezza di ciò che è intorno all'uomo.” (Pret. Vigevano, 13.5.1987, in Riv. Giur.amb.1987,83).

pensare alla diversità di attività potenzialmente inquinanti, quali chimiche, di riciclaggio rifiuti, di immissione di gas nell'atmosfera, di trasporto di prodotti petroliferi, ecc, ciascuno dei quali caratterizzato da una sua specifica peculiarità.²⁴⁷

Non sia avrebbe pertanto una omogeneità di attività e quindi, di soggetti assicurabili.

Un ulteriore elemento di riflessione concerne la possibilità di *ripristino*, cioè della ricollocazione del bene ambiente nel suo stato *ante danno*.

Esaminiamo per primo chi sia il soggetto risarcibile, rilevato che non riteniamo che la tutela investa un bene pubblico, bensì di interesse sociale, e quindi saranno beneficiari del risarcimento tutti i titolari dei diritti che abbiano subito la lesione connessa con l'attività inquinante, e così i singoli cittadini lesi nella loro salute, i proprietari di terreni resi inagibili dall'inquinamento ecc..

Pertanto tali soggetti godono del diritto di risarcimento sia esso direttamente ed economicamente quantificabile in termini economico-pecuniari, sia in termini di ricollocazione dell'ambiente nella sua situazione preesistente all'evento lesivo, fatto, quest'ultimo, non sempre attuabile, e, se attuabile, da determinarsi con specifiche modalità. Tale principio, cioè la possibilità di ripristino, deve essere valutata dal giudice nella sua decisione ai fini della quantificazione, anche equitativa, del risarcimento. Tuttavia, il semplice elemento di "ripristino" potrebbe avvenire anche autonomamente in natura, come ben noto, e quindi senza uno specifico costo da accollare al soggetto inquinante, ma riteniamo che tale osservazione non sia pertinente, in quanto, la stessa lesione implica la risarcibilità e la stessa può essere attuata proprio tramite il costo del ripristino.

D'altro canto, aderendo alla tesi della responsabilità aquiliana, non si vede come il danneggiante possa recriminare di dover subire una sanzione risarcitoria che si identifichi nel costo del ripristino.

Potrebbe però nascere un nuovo problema, cioè la risarcibilità dell'equivalente del ripristino, come diritto, ma senza l'obbligo di ripristinare: se tale diritto appare accettabile in un sistema ordinario di responsabilità aquilana, in presenza di un danno così rilevante per l'intero complesso umano, si potrebbe addivenire ad un regolamento legislativo che, stabilisca sia le modalità del risarcimento di tutti i

247 Si veda l'interazione dell'art. 18 L. 349/86 con il dec. Legs. 11.5.1999 n. 152 sul recepimento della Direttiva 91/271/CEE sul trattamento delle acque reflue urbane, e direttiva 91/767/ CEE sulla protezione delle acque dall'inquinamento provocato dai nitrati provenienti da fonti agricole, e con il decr.legs.5.2.1977 detto Decreto Ronchi, sull'attuazione delle direttive 91/156/CE sui rifiuti, 91/689/CE sui rifiuti pericolosi, 94/62/CE su imballaggi e sui rifiuti di imballaggio.

danni, compresi quelli morali, sia dell'obbligo ulteriore di ripristino (se possibile) o di riduzione dell'effetto inquinante secondo i più avanzati criteri di intervento tecnico, subordinando al suo effettivo attuarsi la piena risarcibilità del danno, e si potrebbe stabilire contrattualmente in apposite polizze, che a tale compito potrà provvedere il danneggiato rivolgendosi a società o esperti designati dall'assicuratore, su base di accordi fra compagnie e Stato.

Rammentiamo che l'entità dei danni potrebbe essere superiore al risarcimento possibile (Cernobyl insegna) ed in tal caso poco si potrebbe fare, se non imporre un'adeguata strategia di prevenzione ed educazione dei soggetti all'uso delle migliori tecniche ed al ricorso alla più attenta sicurezza.²⁴⁸

La prevenzione e comunque l'attenta regolamentazione delle modalità operative, caratterizza un ulteriore requisito del danno ambientale: la sua immediatezza o il suo lento evolversi.

L'inquinamento, infatti, può colpire in un'unica rapida ondata o diffondersi lentamente, rilasciando poco per volta i suoi effetti venefici nell'ambiente.

In quest'ultimo caso la risarcibilità potrebbe investire atti accaduti molto tempo prima, con tutte le inerenti difficoltà attuative.

Diversa possibilità si avrà con il rischio di danno presente, rischio non estraneo alla prassi assicurativa.

In ogni caso, la polizza terrà conto di tutti i danni cagionati a terzi, senza volontarietà nel compimento delle attività indicate nella polizza, danni che potranno consistere tanto nell'ingiuria fisica totale o parziale

248 E' stato giustamente asserito che " Ciò che occorre considerare è invece che le polizze oggi rinvenibili sul mercato non fanno distinzione alcuna tra rischi coperti, con riguardo al tipo di danno cagionato: in primis , si assicura la responsabilità civile derivante dall'inquinamento , e si è visto come divergano i documenti comunitari da questa impostazione; poi si prendono in considerazione a pari titolo i danni arrecati alle persone , i danni arrecati alle cose e ai luoghi nonché i danni derivati alle attività economiche .Rimane aperto il problema del requisito della accidentalità. Poiché il nostro ordinamento non conosce la responsabilità da fatto accidentale, la giurisprudenza si è divisa su due fronti: il primo e più recente orientamento compie un 'interpretazione abrogativa di clausole quali quella suesposta premessa che è nullo per assenza di rischio, il contratto di assicurazione che individua il fatto accidentale nel fatto dovuto a forza maggiore o caso fortuito poiché essi costituiscono già causa di esclusione di responsabilità civile si estende , quindi, a tutti i fatti colposi (con esclusione di quelli dolosi). Un secondo orientamento invece sulla base di un concetto dia accidentalità non rientrante nella generica imprevedibilità ma maggiormente vicino all'incertezza circa i fattori o le modalità che producono un evento, riconduce l'accidentalità all'interno della responsabilità per colpa al fine di distinguere tra fatti colposi assicurabili perché accidentali e fatti colposi non assicurabili in quanto non accidentali: "G. Alpa, Op.cit. pagg. 1005 – 1106. Su tali basi la riflessione prosegue concentrandosi sui principi base dell'accidentalità: a) il calcolo della provabilità, b) il principio di mutualità, per il quale il rischio di ciascun assicurato sia uguale per tutti i gruppi di assicurati. In assenza di tali principi non si potrà garantire la parità di trattamento fra tutti gli assicurati.

di esseri umani, di animali o stati vegetali, come colture, piantagioni, aree comunque destinate a verde o uso pubblico o privato.

La copertura potrà altresì richiamare danni da interruzione totale o parziale di attività economiche e produttive, investire, insomma, tutta la vasta gamma di situazioni di ordinaria vita colpita dall'evento dannoso.

La peculiarità di una simile copertura è data dal fatto di estendersi non solo alla situazione immediata, ma anche alle conseguenze che potrebbero verificarsi in un futuro più o meno remoto come conseguenza diretta dell'evento dannoso.

E' il caso tipico della reimmissione nell'ambiente di elementi inquinanti, legati ad un iniziale incidente, che, in un primo momento possa aver causato un danno iniziale e successivamente, un ulteriore danno immediato o articolato nel tempo, per essersi nuovamente o ulteriormente aggravata la situazione negativa sull'ambiente o sulle persone.

Si tratta della "costante" propria delle situazioni inquinanti, per le quali si dovrà valutare se sia stato o meno rispettato il dettato di legge sul controllo produttivo o della salubrità dell'ambito lavorativo.

Infatti non sarebbe tollerabile né ammissibili ai sensi di polizza, un comportamento scriteriato e gravemente colposo del danneggiante che, proprio in forza della copertura assicurativa, ritenesse di poter compiere qualsiasi attività senza sottostare al rispetto delle vigenti norme di legge.

Sarebbe come se la copertura assicurativa RCA coprisse senza alcuna possibilità di rivalsa (e quindi di "deterrente psicologico" per l'assicurato) la guida in stato di ebbrezza o in assenza della patente: sarebbe un vero e proprio incentivo al comportamento criminale.

Si tratta quindi dello stesso ragionamento logico posto a tutela anche delle disposizioni del Protocollo di Kyoto: il fatto della possibilità di acquisire volumi di aria non incita all'inquinamento sfrenato in quanto sussistono precisi parametri legati al quantitativo di immissioni comunque permesso, sia che si acquisisca o meno la nuova cubatura. Pertanto anche nell'ambito della copertura da inquinamento, il soggetto "potenzialmente" inquinante non può ritenersi "libero" di comportarsi senza freni e rispetto di norme.

Altro elemento tipico di una simile polizza (analogo alle polizze di responsabilità professionale degli avvocati, commercialisti, notai, o professionisti in genere) è che la copertura può retro agire, ossia, estendersi a situazioni dannose verificatesi precedentemente, ma sempre in un momento in cui la polizza era in essere.

Vedasi in ordine a tale punto quanto precedentemente scritto sull'art. 1917 c.c..

Anche per tali situazioni (inquinanti) vale solitamente l'esclusione del rischio a fronte di esimenti quali insurrezioni, guerre, incidenti nucleari, salvo che questi ultimi siano proprio l'oggetto della copertura.

Pertanto non vi sono elementi particolarmente differenti fra una polizza "anti inquinamento" da ogni altra polizza di responsabilità civile, salvo la necessità di un accurato controllo preventivo ed eventualmente durante il vigore di copertura dell'assicurazione, alle condizioni e allo stato degli impianti che potrebbero essere causa dell'inquinamento, o delle modalità di trasporto delle sostanze inquinanti, trasporto che potrebbe essere al di fuori della sfera operativa del produttore dei prodotti inquinanti.

Si pensi all'ipotesi di stoccaggio abusivo di materiali, stoccaggio effettuato all'insaputa del titolare dell'impresa produttrice o, in senso di concorrente responsabilità, del duplice comportamento di chi affidi consapevolmente elementi inquinanti ad un terzo con l'incarico di "scaricarli" abusivamente in qualche luogo.

In quest'ultimo caso accanto all'ipotesi di responsabilità propria della colpa, che sarebbe tipica dell'evento inquinante di per se stesso, si accompagna il comportamento volontario generando una diversa situazione di responsabilità, anzi, di esclusione della responsabilità coperta dalla polizza.

Un ulteriore elemento tipico del danno ambientale è legato alla sua "quantificazione" ai fini risarcitori.

Richiamiamo sul punto quanto stabilito dall'art. 1908 c.c. – Valore della cosa assicurata - *"Nell'accertare il danno non si può attribuire alle cose perite o danneggiate un valore superiore a quello che avevano al tempo del sinistro. Il valore delle cose assicurate può essere tuttavia stabilito al tempo della conclusione del contratto, mediante stima accettata per iscritto dalle parti. Non equivale a stima la dichiarazione del valore delle cose assicurate contenuto nella polizza o in altri documenti. Nell'assicurazione dei prodotti del suolo il danno si determina in relazione al valore che i prodotti avrebbero avuto al tempo della maturazione o al tempo in cui ordinariamente si raccolgono"*.

Emerge da tale lettura una serie di considerazioni: la prima è relativa alla necessità di determinazione dell'esatto ammontare del danno alla cosa / bene danneggiato.

In tal caso non si è distanti dalle usuali quantificazioni del danno in altre tipologie di eventi, per così dire più comuni, come, ad esempio, per la risarcibilità del danno professionale o nella RCA.²⁴⁹

Ci si può chiedere se, in presenza di un danno da inquinamento, sia applicabile il dettato dell'art. 2043 c.c. o del 2050 c.c..

Nella prima ipotesi si rientrerebbe nell'ambito della responsabilità extracontrattuale con il principio dell'inversione dell'onere della prova e conseguentemente con l'onere per il danneggiato di provare il danno ingiusto da lui patito.

In caso di applicabilità dell'art. 2050 c.c. rientreremmo nel particolare ambito della responsabilità da prodotto difettoso, con l'onere della prova esimente, questa volta, a carico del danneggiante.

Riteniamo che possa essere applicabile il disposto dell'art. 2050 c.c. proprio per la particolare natura del danno o, meglio, dell'attività da cui deriva il danno stesso una volta innescatosi il processo causa - effetto.

Richiamiamo un recente giudicato del Tribunale di Roma,²⁵⁰ per meglio esporre la nostra posizione.

Il Tribunale ha ritenuto che: *“L'attività di importazione e distribuzione di farmaci costituisce attività pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c.. L'assunzione del farmaco e il nesso di causalità tra uso del farmaco difettoso e danno del consumatore possono essere provati mediante presunzioni ai sensi degli artt. 2727 ss c.c.”*.

Ora ai fini di questa parte di indagine, non entreremo nell'ambito della responsabilità da prodotto difettoso, quanto, nell'ambito dell'*attività pericolosa*.²⁵¹

249 In tal senso vedasi Cass. sez. unite, 21.2.2002 n. 2515- Pres. Marvulli. Rel. Marrone-P.M. Maccarone- Icmesa c. Pienotti, estesamente in Responsabilità Civile e Previdenza, Giuffrè Ed., Milano, 2003, pagg. 384 e ss. “ In caso di compromissione dell'ambiente a seguito di disastro colposo (art. 449 c.p.) il danno morale soggettivo lamentato dai soggetti che si trovano in una particolare situazione (in quanto abitano e/o lavorano in detto ambiente) e che provino in concreto di avere subito un turbamento psichico (sofferenze e patemi d'animo) di natura transitoria a causa dell'esposizione a sostanze inquinanti ed alle conseguenti limitazioni del normale svolgimento della loro vita, è risarcibile autonomamente anche in mancanza di una lesione all'integrità psico-fisica (danno biologico) o di altro evento produttivo di danno patrimoniale , trattandosi di reato plurioffensivo che comporta , oltre all'offesa dell'ambiente e della pubblica incolumità , anche l'offesa ai singoli, pregiudicati, nella loro sfera individuale. Il risarcimento dovuto al danneggiato riguarda , anche in tema di responsabilità aquiliana, solo le conseguenze immediate e dirette del fatto illecito (art. 1223, richiamato dal primo comma dell'art. 2056 c.c.) . Ove il pregiudizio lamentato dall'attore consista nella svalutazione delle quote di partecipazione societaria, a seguito di evento che abbia paralizzato l'attività dell' impresa che la società eserciti , esso non può pertanto essere risarcito avendo carattere meramente riflesso.”

250 Trib. Roma, 20.4.2002, in Responsabilità Civile e Previdenza, Giuffrè Ed., Milano, 2002, pag.1103 e ss..

In effetti più volte la Cassazione si era pronunciata nel senso di includere nell'ambito della *attività pericolosa* un'attività di immissione in commercio qualora sussistano i requisiti della pericolosità²⁵² ed in particolare si era pronunciata inquadrando nell'ambito di tali attività quella di distribuzione di energia elettrica.²⁵³

Ora, sussistendo oramai la problematica dell'inquinamento da elettrodotto o acustico, nulla esclude che si possa collocare nell'ambito di attività produttive e/o di importazione e/o distribuzione di prodotti, l'attività che ha generato la fonte di inquinamento e considerare tale attività quale "attività pericolosa".

Conseguentemente le Compagnie di Assicurazione dovranno valutare attentamente il rischio e comportarsi di conseguenza ai fini delle limitazioni e, non ultimo, dei premi.

Non si scordi, infatti, che il soggetto gravato dall'onere della prova, in questo caso il produttore/distributore, non potrà limitarsi a provare di non aver violato disposizioni di legge o di essersi comportato imprudentemente, ma dovrà dimostrare di aver preso ogni misura atta ad evitare il danno, il che costituisce per lui una prova quasi "diabolica".

Per quanto concerne il rischio, varrà anche in questo caso la regola aurea di concordare con l'assicurato una serie di disposizioni che lo impegnino ad adottare precise misure di sicurezza, clausole che per la loro rilevanza ed incidenza non sono nemmeno considerabili quali "vessatorie" e richiedenti di specifica approvazione.²⁵⁴

251 Correttamente U. Carnevali, nel commento alla citata sentenza, sempre nella Rivista di cui alla precedente nota, si è soffermato su due punti: il primo relativo alla competenza del Giudice italiano, il secondo relativo alla responsabilità da prodotto difettoso. Il primo rilievo è nato in quanto il soggetto leso ha avocato in giudizio non il produttore (francese) del farmaco, bensì il solo importatore italiano. In realtà essendo il fabbricante residente CEE avrebbe potuto essere tranquillamente chiamato in giudizio ai sensi dell'art.5 n.3 Convenzione di Bruxelles, con applicabilità dell'art. 62 L. 218/1995 e quindi della legge italiana. In caso di produttore extra CEE, l'importatore ai sensi dell'art. 3, comma 4 del D.P.R. 224/1988, sarebbe stato equiparato al produttore stesso. Il secondo punto si ricollega alla preventiva indagine dell'attività usuale dell'importatore che, proprio per sua qualità, non ha modo di influire sulle dimensioni del rischio che la messa in circolazione del prodotto introduce nella società. Potrà rispondere nei confronti dell'utilizzatore finale solo per negligenze della propria attività (come ad esempio nel caso di stoccaggio difettoso dei prodotti o di commercializzazione del prodotto conosciuto come difettoso). Tuttavia la sentenza in esame ha esteso all'importatore la più incidente responsabilità da esercizio di attività pericolosa.

252 Così: Cass. civ.27.1.1982 n. 542.

253 Così: Cass. civ. 29.5.1989 n. 2584.

254 Così: Cass. civ. Sez. III, 10.3.1998 n. 2636 "Le clausole di un contratto di assicurazione contro il furto subordinanti la garanzia assicurativa all'adozione di speciali dispositivi di sicurezza (nella specie cassetti o mobili o cassaforti chiusi a chiave) non introducono limiti alla responsabilità contrattuale dell'assicuratore, ma individuano e circoscrivono il rischio, cioè l'oggetto del contratto, e pertanto sono valide ed efficaci anche in mancanza di una specifica

Quindi il rischio da inquinamento può essere collocato tra i rischi propri dell'attività pericolosa e conseguentemente valutato ai fini anche assicurativi.

approvazione per iscritto , non appartenendo alla tipologia dell'art. 1341 c.c., 2° comma cod.civ.”.

Codice della Privacy e Assicurazione

Come già anticipato trattando precedentemente del nuovo Codice della Privacy, la sua influenza nel mondo assicurativo richiede una specifica riflessione e cercheremo in quest'ultima parte del lavoro di analizzarne, pur per sommi capi, la portata.

Indubbiamente l'area assicurativa riveste un particolare interesse nell'ambito della tutela del trattamento dei dati, sia per quanto concerne l'impatto delle nuove tecnologie biomediche sia per quanto concerne l'usuale attività di gestione delle polizze, dalla loro collocazione sul mercato alla comunicazione e trattamento dei dati degli assicurati o dei beneficiari, dati sovente implicanti la loro qualifica di dati sensibili.

Parallelamente gli stessi organi di controllo e vigilanza sulle Compagnie, quali l'ISVAP e l'ANIA, raccomandano la massima cautela ed equilibrio nella gestione dei dati ed il loro utilizzo, pur sottolineando la preminente necessità di evitare frodi o illeciti utilizzi di informazioni, in piena sintonia del disposto del Codice, diretto appunto al rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali degli interessati.²⁵⁵

Per una miglior disamina della materia distingueremo alcuni punti di indagine in:

- dati e informative
- dati sensibili
- dati trattati all'estero o inviati all'estero

Abbiamo già affrontato il problema della corretta informativa resa dall'assicurato alla Compagnia e l'incidenza delle eventuali omissioni o reticenze sia ai fini del rischio sia ai fini della naturale esistenza della polizza stessa.

Rammentiamo ora come il Codice operi in equilibrio fra i due distinti diritti, quello della Compagnia diretto ad ottenere informazioni veritiere e inoppugnabili ed il diritto dell'assicurato alla non divulgazione dei propri dati (rectius: informazioni) al di là di quanto necessario e comunque consentito dalla legge.

Quindi ciascun interessato (nel nostro caso, assicurato ed anche beneficiario) ha diritto di ricevere la corretta informativa soprattutto in previsione del futuro contratto, la cui formalizzazione è il successivo

²⁵⁵ Vedasi in particolare l'Art.2 e l'Art. 11 del Codice.

passo a fronte del perfetto incontro di volontà giuridiche , liberamente manifestate a fronte delle richieste ed ottenute reciproche informazioni.

Si era già scritto all'epoca della promulgazione della L. 675/96 della peculiarità propria di alcune figure professionali in ambito assicurativo e cioè degli operatori dell'aerea Banca – Assicurazione e dei classici Brokers.²⁵⁶

Il nuovo Codice non ha mutato quell'impianto, e anche ora si può ritenere che nel rapporto contrattuale "*Assicurato-Banca collocante il prodotto assicurativo e Compagnia*" possano intersecarsi e sovrapporsi diverse qualifiche.

Così la Banca assumerà la qualifica di Responsabile del trattamento per quanto concerne la collocazione della polizza all'assicurato, diventando però nel contempo Titolare del trattamento , nei confronti dell'assicurato, non più da intendersi come tale, bensì come cliente dell'istituto di credito che opererà ad esempio con addebiti sul conto corrente in posizione del tutto autonoma da quella propria del suo rapporto con la Compagnia Assicuratrice.

Quindi si creerebbe la medesima situazione propria dell'attività di outsourcing , nella quale il prestatore del servizio diventerà nei confronti dell'interessato solo Responsabile del trattamento dei dati , restando il suo committente il vero ed unico Titolare, ed assumendo il medesimo outsourcer a sua volta qualifica di Titolare del trattamento per tutta una serie di dati inerenti alla propria attività gestionale e, persino nei confronti dell'interessato originario qualora, indipendentemente dallo stretto rapporto contrattuale che lo lega al suo committente, operi direttamente con quest'ultimo, ad esempio sviluppando un software ad hoc.

Lo stesso riteniamo possa dirsi nei confronti del Broker , che pur operando per la collocazione di prodotti di una particolare Compagnia o di più Compagnie , ne assumono la qualità di Responsabili del trattamento.

D'altro canto l'art. 29 del Codice, contemplando la possibile indicazione del responsabile del trattamento da parte del titolare, non esclude che l'indicazione sia effettuata anche nel prospetto informativo sulle condizioni di polizza che il Broker consegna al proprio cliente (e futuro dell'Assicurazione) per la conclusione del contratto .

²⁵⁶ Vedasi, C. Triberti, *Guida pratica per gli enti locali – Legge 31 dicembre 1996 n. 675*, Lombardia Informatica s.p.a. per la Regione Lombardia ,Op.cit. pag. 185-187.

Diversa posizione avrebbero i soggetti legati da vincolo subordinato con la Compagnia, quali gli Agenti, che l' ANIA, in vigore della L. 675/96 , in una sua specifica circolare aveva qualificato i propri agenti come Incaricati del trattamento, che nella lettura dell'Art. 30 del Codice ci pare però inidonea, assumendo anch'essi la più incisiva qualifica di Responsabili del Trattamento.

Tale qualifica ci pare anche la più corretta alla luce degli obblighi giuridici esistenti fra la Compagnia e i propri Agenti, che in ogni caso dovranno attenersi alle indicazioni della mandante, ma godono comunque di propria autonomia ed indipendenza operativa nell'ambito del mandato ricevuto.

Pertanto dovrà essere attentamente adempiuto da parte delle Compagnie l'obbligo della corretta informativa, che pur non a rigor di legge necessariamente scritta, è sempre opportuno che lo sia anche in assenza di dati sensibili.

A sua volta l'assicurato dovrà essere ben edotto non solo della finalità del trattamento dei propri dati, ma soprattutto del fatto che gli stessi potrebbero essere oggetto di trattamento da parte di altre Compagnie nell'ipotesi di suddivisione del rischio.²⁵⁷

A sua volta si dovrà essere certi del libero e pieno consenso dell'assicurato, consenso che possiamo distinguere di due tipologie:

- consenso espresso esplicitamente a seguito dell'informativa e incardinato anche nel successivo contratto²⁵⁸
- consenso implicitamente manifestato in ogni comunicazione diretta alla compagnia per richieste di risarcimento o comunque di pagamento²⁵⁹

Riteniamo che la prima sopraindicata area, possa interessare solo i soggetti vincolati reciprocamente dal rapporto contrattuale, sia esso relativo alla ordinaria responsabilità o a quella obbligatoria per i veicoli a motore, mentre nella seconda rientrano i soggetti che , pur non vincolati alla Compagnia quali contraenti, tuttavia agiscono in forza dell'azione di risarcimento da fatto illecito, e quindi, proprio con la

²⁵⁷ In tal senso vedasi l'Art. 4 . f) del Codice che identifica quale " *Titolare*, la persona fisica , la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente , associazione o organismo cui competono, *anche unitamente ad altro titolare*, le decisioni in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento di dati personali e agli strumenti utilizzati, ivi compreso il profilo della sicurezza".

²⁵⁸ Vedasi gli Art. 13,23 24 e 43 del Codice.

²⁵⁹ Vedasi sul punto anche la L. 990/69 e la L. 57/2001 , ben note agli operatori del settore.

richiesta di risarcimento e l'osservanza delle disposizioni di corrette informazioni alla Compagnia²⁶⁰

Si rende ora necessario estendere l'indagine ai "dati sensibili" che proprio nella gestione delle polizze, e particolarmente nell'ambito contenzioso, assumono particolare rilevanza.

Nella predisposizione delle schede medico-legali i fiduciari medici, che comunque si premuniscono abitualmente dell'espresso consenso del visitato, trattano due distinti tipi di dati.

Una prima serie di dati è offerta da tutti i dati, che potremmo chiamare *storici*, cioè obiettivamente inalterabili, quali ad esempio di dati di nascita, codici fiscali, anamnesi remota comprovata da certificazioni (cartelle cliniche, radiografie, T.A.C., Risonanze Magnetiche, Ecografie ecc...) e una serie di dati strettamente valutativi, legati alla professionalità del Medico incaricato della visita, e sovente dei diversi Medici incaricati quali fiduciari di parte e del Giudice.

Questi ultimi dati, pur se soggettivamente attribuibili a ciascun professionista, non possono certo ritenersi di assoluta obiettività, potendo differire gli uni dagli altri e comunque essere sempre legati alla sfera valutativa di ciascun Medico.

Il Garante aveva a suo tempo affrontato il problema²⁶¹ ritenendo che qualsiasi informazione / dato relativa alle perizie mediche dovesse sempre ritenersi "dato personale" e quindi soggetto alla specifica disciplina, allora della L. 675/96, oggi del Codice.

Tale posizione non ci trova consenzienti, almeno per quello che riguarda le espresse "valutazioni" del Medico che ha redatto la cartella.

Infatti, se i dati del paziente e della sua pregressa documentata situazione clinica e patologica rientrano nell'ambito dei dati personali, e per di più "sensibili", lo stesso non potrebbe dirsi per le valutazioni "personali" del Medico.

Infatti, se anch'esse fossero "dati personali" in senso stretto, gli stessi potrebbero essere oggetto di richiesta da parte dell'interessato di modifica in senso lato riconosciutagli dall'art. 7 del Codice, e persino di azione specifica tramite l'intervento del Garante e del Giudice ai sensi degli artt. 141 – 152 del Codice.

Conferma tale tesi anche il combinato disposto fra gli art.7 ("*Diritto di accesso ai dati personali ed altri diritti*" per l'interessato) e 8 ("

²⁶⁰ Vedasi sul punto la precisa e dettagliata disciplina della L. 57/2001, purtroppo non sempre onorata da parte dei soggetti "lesi", ma che comunque, ai fini della prestazione di un valido "consenso", possono dirsi adempienti se, a maggior ragione, instaurano un'azione giudiziaria con l'assistenza di legali di fiducia.

²⁶¹ Vedasi fra le altre, Garante della privacy, pronuncia del 30 settembre 1998 –Aut.2/98

Esercizio dei diritti “sempre per l'interessato) del Codice , quando, all'art. 8 punto3 lettera e) è stabilito che il diritto di accesso dell'interessato trova un impedimento “ai sensi dell'art. 24 comma 1 lettera f) limitatamente al periodo durante il quale potrebbe derivarne pregiudizio effettivo e concreto per lo svolgimento delle investigazioni difensive o per l'esercizio del diritto in sede giudiziaria.”

Quindi vi è un riconoscimento anche dei diritti concorrenti della Compagnia .

Tuttavia occorre valutare che l'art. 3 della L. 57/2001 riconosce agli assicurati o ai danneggiati un diritto “di accesso agli atti a conclusione dei procedimenti di valutazione, constatazione e liquidazione dei danni che li riguardano”²⁶², diritto che non si sovrappone con quanto stabilito dal Codice negli artt.7 e 8 , soprarichiamati, che gode di diversa e distinta natura rispetto al primo.

Si rammenti anche che, l'Impresa Assicuratrice da un lato gode della specifica Autorizzazione Generale al trattamento dei dati sensibili, e dall'altro che gode comunque del diritto di cui all'art. 26 comma 4 lettera c), per cui “I dati sensibili possono essere oggetto di trattamento anche senza consenso, previa autorizzazione del garante:quando il trattamento è necessario ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000 n. 397, o, comunque, per far valere o difendere in sede giudiziaria un diritto, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tale finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento. Se i dati sono idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, il diritto deve essere di rango pari a quello dell'interessato ovvero consistente in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile”.²⁶³

²⁶² Legge 5 marzo 2001 n. 57, Art.3 (Norme per il diritto di accesso agli atti delle imprese di assicurazione) “ Dopo l'art.12 bis della legge 24 dicembre 1969 n. 990, introdotto dall'articolo 1, comma 1, della presente legge , è inserito il seguente: Art.12 ter-1 Le imprese di assicurazione obbligatoria esercenti il ramo dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti sono tenute a garantire a coloro che stipulino con esse contratti di assicurazione riguardanti tale ramo , nonché ai danneggiati , il diritto di accesso agli atti a conclusione dei procedimenti di valutazione , constatazione e liquidazione dei danni che li riguardano. Al danneggiato o all'assicurato non sono opponibili agli accordi associativi stipulati tra imprese di assicurazione. 2 Al fine di cui al comma 1 ciascuna impresa di assicurazione deve garantire all'assicurato nonché al danneggiato l'accesso agli atti di cui al medesimo comma 1. Se entro sessanta giorni dalla richiesta l'assicurato o il danneggiato non è messo in condizione di prendere visione degli atti richiesti, egli può rivolgersi all'ISVAP al fine di veder garantito il proprio diritto. 3...omissis...”

²⁶³ L'art. 5 della sopracitata Legge 57/2001 recita fra l'altro “ ...L'obbligo di proporre al danneggiato congrua offerta per il risarcimento del danno ovvero di comunicare i motivi per cui non si ritiene di fare offerta, sussiste anche per i sinistri che abbiano causato lesioni

In particolare si osservi come la legge 57/2001, sempre all'art. 5 punti 2 e 3) riconosca il principio del "danno biologico" e particolarmente stabilisca che "Agli effetti di cui al comma 2, per danno biologico si intende la lesione all'integrità psicofisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale.

Il danno biologico è risarcibile indipendentemente dalla sua incidenza sulla capacità di produzione di reddito del danneggiato. Fatto salvo quanto previsto dal comma 2, il danno biologico viene ulteriormente risarcito tenuto conto delle condizioni soggettive del danneggiato. ..omissis..".

Un ultimo cenno è relativo all'art. 120 del Codice che autorizza l'ISVAP a definire con proprio provvedimento le procedure e modalità di funzionamento della banca dati dei sinistri istituita per la prevenzione ed il contrasto di comportamenti fraudolenti nel settore delle assicurazioni obbligatorie per i veicoli a motore immatricolati in Italia e stabilisce quindi anche le modalità di accesso alle informazioni raccolte dalla banca dati per gli organi giudiziari e per le pubbliche amministrazioni competenti in materia di prevenzione e contrasto di comportamenti fraudolenti nel settore delle assicurazioni obbligatorie , nonché le modalità ed i limiti per l'accesso alle informazioni da parte delle imprese di assicurazione stesse.

E quindi il relativo trattamento dei dati e sua comunicazione ai vari soggetti sopraindicati è consentito solo ed esclusivamente per le medesime citate funzioni.

Quindi, se sussiste un beneficio di accesso e trattamento per le imprese, sussiste altresì sempre a loro carico l'obbligo di corretto trattamento dei dati e di loro aggiornamento o rettifica o necessaria cancellazione, potendo incorrere, in caso di mancato rispetto di tale norma, nelle sanzioni stabilite dal Codice a tutela del trattamento di qualsiasi dato.

Emerge quindi anche in ambito assicurativo l'esigenza primaria dell'adozione di tutte quelle misure di sicurezza idonee al pieno rispetto dei diritti dell'interessato , misure particolarmente identificate

personali o il decesso. La richiesta di risarcimento deve essere presentata dal danneggiato o dagli aventi diritto con le modalità indicate al primo comma. La richiesta deve contenere la descrizione delle circostanze nelle quali si è verificato il sinistro e deve essere accompagnata, ai fini dell'accertamento e della valutazione del danno da parte dell'impresa , dai dati relativi all'età, all'attività del danneggiato, al suo reddito, all'entità delle lesioni subite, da attestazione medica comprovante l'avvenuta guarigione con o senza postumi permanenti o , in caso di decesso, dal certificato di morte. L'assicuratore è tenuto a provvedere all'adempimento del predetto obbligo entro novanta giorni dalla ricezione di tale documentazione. Il danneggiato non può rifiutare gli accertamenti necessari alla valutazione del danno alla persona da parte dell'impresa...omissis....

del Documento programmatico per la Sicurezza, la cui stesura non solo è requisito di corretto adempimento della legge, ma rientra fra gli atti di cui gli Amministratori debbono fare menzione nella loro relazione annuale di bilancio.

Azione di rivalsa e surrogazione dell'Assicurazione

Vi sono alcune ipotesi da considerare a fronte del diritto di rivalsa e del diritto di surrogazione spettante all'assicuratore prima di affrontare anche l'incidenza della privacy sulla procedura posta in essere .
Per quanto concerne la rivalsa, è sempre viva un'attenta discussione in ordine alle posizioni dei vari soggetti "passivi" e cioè:

- sinistro causato dal conducente che sia anche proprietario del mezzo e stipulante la polizza
- sinistro causato dal conducente che non sia proprietario e proprietario che sia anche stipulante la polizza
- sinistro causato da conducente che non sia proprietario e stipulante la polizza diverso dal proprietario.

Si rammenti, e ciò vale per ciascuna situazione di rivalsa ex art. 18 L. 990/69, che la posizione dell'assicuratore non può prescindere sia dall'accertamento della reale responsabilità dell'assicurato, sia dall'esatto ammontare dell'importo chiesto in rivalsa che non potrà mai eccedere all'indennizzo pagato, gravando sempre sull'assicuratore anche tale ulteriore onere .

La seconda ipotesi sopraindicata , ove sussista ad esempio la carenza di condizioni per l'abilitazione alla guida del mezzo, vedrà l'assicuratore agire nei confronti di entrambi i soggetti, conducente e proprietario.²⁶⁴

L'azione di rivalsa riconosciuta all'assicurazione come visto in forza dell'art. 18 L. 990/69 è esperibile anche nel caso di " assicurazione per conto di chi spetta " , cioè di assicurazione stipulata da chi non sia il proprietario del veicolo , solo ed esclusivamente nei confronti del conducente se sia dimostrato che la circolazione del veicolo sia avvenuta contro la volontà del proprietario .

²⁶⁴ Per la Cass. 28.11.1998 n. 12083, invece l'azione di rivalsa nei confronti dell'assicurato proprietario del veicolo, non può essere esercitata contro soggetti diversi dall'assicurato. La Cass. 8.3.1993 n. 2764 ha identificato nell'assicurato qualsiasi terzo che , risultando titolare dell'interesse assicurato, quale proprietario o conducente del veicolo assicurato, ancorché non contraente, sia beneficiario dell'assicurazione (nel caso di specie, il conducente, diverso dal proprietario-contraente).

Diversamente se la circolazione del veicolo sia avvenuta con il consenso del proprietario l'azione di rivalsa dovrà essere proposta solo nei suoi confronti.

Tuttavia nell'ipotesi di assicurazione contratta da persona diversa dal proprietario, non appare consentito operare una sostituzione pura e semplice della persona del contraente, di per sé non soggetto alla responsabilità da circolazione del veicolo, con quella del proprietario che se non ha escluso la volontà di circolazione, non è responsabile.

In tal caso però si dovrà far capo al contratto di assicurazione per accertare se la volontà contrattuale fosse concretamente indirizzata nel senso di obbligare il contraente ad evitare che la guida del veicolo fosse ad esempio assunta da un soggetto privo di patente, e ad assoggettare in caso contrario anche il contraente a rivalsa, indipendentemente che la circolazione avvenisse contro la volontà del proprietario.

E quindi se la polizza contrattualmente stipulata contenga la clausola di estensione della responsabilità anche al contraente non proprietario, quest'ultimo potrà essere soggetto passivo dell'azione promossa dall'assicuratore.²⁶⁵

La legge mirando alla tutela del danneggiato, ha posto su piani diversi i rapporti fra assicuratore e danneggiato e fra assicuratore e assicurato. Ora, ai sensi dell'art. 2054 c.c.,3 comma, la responsabilità del proprietario del veicolo e dei soggetti ad esso equiparati, viene meno quando si provi che la circolazione del veicolo sia avvenuta contro la loro volontà, ma sussiste comunque l'onere dell'assicuratore di risarcire il danneggiato e sussiste altresì il diritto, sempre per l'assicuratore, di agire nei confronti del conducente per ottenere la restituzione di quanto eventualmente pagato al danneggiato.²⁶⁶

Diversamente, nell'ipotesi contemplata dall'art. 18, 2 comma, L. 990/69, l'assicuratore, che è tenuto a mantenere indenne il

²⁶⁵ In tal senso Cass. 14.12.2001 n. 15848 in Mass. 2001 e Rep. Foro It. 2001,119,pag. 557.

²⁶⁶ Così ai sensi dell'art. 1 L. 990/69 modificato dall'art. 1 d.l. 23.12.1976 n. 857, convertito con modificazione nella L. 26.02.1977 n. 39. Si noti che nell'ipotesi di affidamento di un'auto ad un'officina si presume che ciò implichi la possibilità di circolazione del veicolo per "prova" e quindi tale circolazione avvenga nell'interesse del proprietario e con il suo assenso; conseguentemente l'assicurazione non avrà diritto di rivalsa nei confronti del titolare dell'officina e del meccanico conducente, ai sensi dell'art. 1.comma 3 L. 990/69 e sue succ. In tal senso Cass. 26.11.1998 n. 11978.

Il Tribunale di Belluno con sentenza 1.10.1996, in Dir. e Econ. Dell'Assic., 1998, 587, aveva stabilito che " In ipotesi di circolazione *proibente domino*, il proprietario del veicolo, in difetto del presupposto della sua responsabilità, deve essere assolto sia ex art. 2054, 3 comma, c.c. dalla domanda proposta nei suoi confronti dal trasportato sul veicolo, sia dalla rivalsa proposta dall'assicuratore ai sensi dell'art. 18, 2 comma, L. 990/69 per il motivo che il conducente era sprovvisto di patente."

danneggiato, vista la libera circolazione del veicolo, avrà diritto di rivalsa nei confronti dell'assicurato.

Pertanto quanto stabilito dall'art.1 ,3 comma L. 990/69 ha come base la responsabilità del proprietario del veicolo per i danni causati dalla sua circolazione.

Se detta circolazione non avvenga contro la volontà del proprietario, sussiste , in presenza di responsabilità del conducente, anche la responsabilità del proprietario e l'assicurazione copre entrambe le responsabilità nei confronti del danneggiato e l'assicuratore non ha diritto di rivalsa alcuno.

Se il proprietario non aveva consentito la circolazione del veicolo, l'assicuratore garantirà il danneggiato, ed avrà però diritto di rivalsa nei confronti del conducente.

Da ultimo vi sono le pattuizioni proprie del contratto di assicurazione che, pur non opponibili al terzo danneggiato, tuttavia ineriscono ai rapporti fra assicurato e assicuratore, rispetto proprio alla situazione che dà luogo alla responsabilità del proprietario del veicolo verso il terzo e alla situazione di esonero dell'assicurato cos' garantito dall'assicurazione.²⁶⁷

Nella diversa ipotesi di contraente diverso dal proprietario , in caso di circolazione contraria alla volontà del proprietario, non potrà essere sostituito o unito al conducente quale soggetto passivo della rivalsa, così come è da ritenersi escluso il proprietario.

Se invece la circolazione è avvenuta con il consenso del proprietario , si dovrà valutare se il contratto contenga delle condizioni limitative a favore del contraente , giacchè in ipotesi di guida senza patente, ad esempio, anche il contraente potrebbe essere chiamato a rispondere in sede di rivalsa ove non provi , proprio lui, di aver posto in essere tutte le cautele necessarie ad impedire la violazione delle regole contrattuali assunte.²⁶⁸

Tale posizione assunta dal Supremo Collegio nella citata sentenza 14.12.2001 n. 15848, non trova però unanimità di consensi tendendosi a ritenere che il contraente, non proprietario e non conducente, non sia " l'assicurato" cui fa riferimento l'ar. 18,2 comma, L. 990/69, e quindi con la conclusioni che nei confronti di tale contraente non possa esercitarsi azione di rivalsa.²⁶⁹

²⁶⁷ Così Cass. 27.5.1991 n. 5698; 16.5.1997 n. 4363; 23.11.1998 n. 12083.

²⁶⁸ Si noti che nell'ipotesi di norme contrattuali di tal tipo, che miri ad evitare che il veicolo sia guidato da soggetto non abilitato, non rientra fra le clausole vessatorie da approvarsi espressamente, ma tra le clausole che delimitano il rischio assicurato.

²⁶⁹ A proposito della natura dell'azione di rivalsa, si discute se sia identificabile in una surrogazione legale di cui all'art. 1203 c.c. n. 5 , (in tal senso: Cass. 13.10.1997 n. 9956) o in azione di regresso (in tal senso :Cass. 27.1.995 n. 981; Cass. 1.12.1994 n.10267), distinzione

Tali argomentazioni portano necessariamente a valutare quali siano i diritti riconosciuti al danneggiato per i quali sia possibile l'azione di rivalsa.

Tali diritti hanno natura squisitamente patrimoniale, restando esclusi dalla azione di rivalsa sia il danno biologico sia il danno morale²⁷⁰.

In tal senso anche le disposizioni sulla surrogazione dell'assicuratore che, appunto in forza della surroga, acquista a titolo derivativo i diritti dell'assicurato, nel medesimo stato, contenuto e limiti in cui essi si trovavano al momento della surrogazione, venendo l'assicuratore a subentrare nella identica posizione sostanziale e processuale del danneggiato verso il terzo autore del fatto dannoso.²⁷¹

In concreto quindi, in tema di surrogazione dell'assicuratore nei diritti dell'assicurato ai sensi dell'art. 1916 c.c., l'esercizio della relativa azione non può sacrificare oltre i limiti imposti dal rapporto assicurativo, il diritto dell'assicurato all'integrale risarcimento del danno, con la conseguenza che non può estendersi anche ai danni non coperti dalla garanzia assicurativa, quale il danno biologico e quello morale patiti dall'infortunato a cagione di un infortunio imputabile a responsabilità di terzi e non compreso, ad esempio, nell'indennizzo corrisposto dall'INAIL²⁷²

Si rammenti inoltre che, nell'ipotesi di una Struttura che abbia stipulato una polizza a copertura della propria responsabilità civile, il medico dipendente della Struttura non potrà essere definito "beneficiario" della polizza e

quindi se si verificasse un danno a terzi causato dal medico nell'esercizio della propria attività professionale, tale danno indennizzato dall'assicuratore potrà essere oggetto di surroga da parte dell'assicurazione nei confronti dello stesso medico autore del danno.²⁷³

influyente soprattutto ai fini del termine prescrizione che, nell'ipotesi di regresso avverrà ai sensi dell'art. 2952 c.c., eccezione in opponibile al terzo danneggiato il cui diritto è soggetto al più lungo termine prescrizione di cui all'art. 2947 c.c. visto il disposto dell'art. 26 L. 990/69, o come ritenuto dalla Cass. 17.10.1997 n. 10176 soggetto al termine prescrizione di cui all'art. 2946 decorrente dalla data di esecuzione del pagamento.

²⁷⁰ Così: Tribunale di casale Monferrato, 9.2.1996, in Rep. Foro It. 1996, 154, pag. 533; Cass. 15.4.1996 n. 302 in Arch. Circ. 1996, 628.sull'esclusione delle maggiori somme oltre il massimale a fronte di proprio colposo inadempimento.

²⁷¹ Così: Cass. 2.2.2001 n. 1508; Pret. Roma 22.5.1998 in Rep. Foro It. 1999,132,pag. 596.

²⁷² Così : Cass. 10.11.1998 n. 11315 in Arch. Circ. 1999,216., Cass. 3.12.1998 n. 12247, in Mass. 1998; Cass. 14.11.1997 n. 11262, in Rep. Foro It. 1997,n.149, pag. 559. Lo stesso dicasi per il concorso di colpa del danneggiato, avendo l'ente diritto all'integrale restituzione delle somme corrisposte, senza alcuna decurtazione per effetto del concorso : Cass. 12.11996 n. 187; Cass. 18.1.2002 n 492, in Mass. 2000.

²⁷³ Così : Cass. 4.11.1998 n. 11079 in Rep. Foro It. 2000, n. 116, pag. 604.

Quindi, ai sensi del Codice sulla Privacy, l'assicuratore ha pienamente diritto di accedere ad informazioni inerenti la liquidazione del danno, salvo, parrebbe, poter opporre il proprio diniego alla comunicazione di dati inerenti i parametri di risarcibilità del danno biologico e morale nei casi in cui non sia contemplata la possibilità di surrogazione o rivalsa degli stessi.

Riteniamo tuttavia restrittivo tale approccio, valutando, invece, come proprio in virtù della autorizzazione di legge, dei vincoli contrattuali esistenti nonché del pieno e legittimo diritto di agire per il riconoscimento di un diritto anche in sede giudiziaria, sia possibile trattare anche dati sensibili e comunicarli in esecuzione dell'esercizio di tali diritti.

Ovviamente varranno le regole di operare in conformità della disposizione di legge e particolarmente di attuare tutti i sistemi di sicurezza possibili, soprattutto se, vertendosi in ipotesi di responsabilità medica o della struttura, ed a maggior ragione se trattandosi in tema di dati genetici, anche se inerenti diverse ipotesi di intervento da parte del medico, la materia del contendere potrà esigere dettagliate relazioni medico – legali, che, come detto, pur riportando anche solo le valutazioni specifiche del fiduciario, tuttavia, investono sempre la delicata area del dato sensibile.

Ipotesi di attento esame anche ove siano state effettuate offerte e comunicazioni ai sensi della L. 57/2001, che non esclude la possibilità di attuare rivalse o surrogazioni..