

Torino 23 ottobre 2013

LA NORMATIVA ITALIANA IN MATERIA DI RISCONTRI DIAGNOSTICI

Diapositiva n. 1

La normativa di riferimento che disciplina i rapporti tra l'A.G. e l'A.S. nel settore dei riscontri diagnostici è contenuta nei seguenti atti:

- 1) nel codice di procedura penale e nelle norme di attuazione;
- 2) nel Regolamento di Polizia Mortuaria, approvato con il D.P.R. n. 285/1990;
- 3) nella legge n.31/2006, meglio nota come legge sulla SIDS.

Diapositiva n. 2

2. Cominciando dal codice di procedura penale, va subito citato l'art.116 delle disposizioni di attuazione, il quale prevede che *“Se per la morte di una persona sorge sospetto di reato, il procuratore della Repubblica accerta la causa della morte e, se lo ritiene necessario, ordina l'autopsia secondo le modalità previste dall'art. 360 c.p.p....Nei predetti casi la sepoltura non può essere eseguita senza l'ordine del procuratore della Repubblica”*

In questi casi, quando non sono note le cause del decesso ma vi è ragione di ritenere che la morte possa essere stata provocata da un'azione delittuosa (*dolosa e volontaria*, come per esempio in caso di omicidio, ma anche *colposa*, come nei casi di responsabilità medica, infortuni sul lavoro, sinistri stradali ecc.) commessa da una o più persone, interviene l'Autorità Giudiziaria con le forme e gli strumenti previsti dal codice di procedura penale. Ciò significa che verrà nominato un consulente tecnico da parte del pubblico ministero, il quale eseguirà l'autopsia giudiziaria con le forme e le garanzie prevista dal codice di procedura penale (art. 360 e seguenti per chi fosse interessato ad approfondire questo aspetto).

In conclusione, quando dai primi accertamenti sul decesso emerge il sospetto di un reato, il legislatore ha inteso dare prevalenza alle esigenze di indagine e di accertamento investigativo, affidate all'azione dell'Autorità Giudiziaria.

E' importante sottolineare che in queste ipotesi non sia previsto alcun consenso da parte dei prossimi congiunti.

Diapositiva n. 3

3. Il Regolamento di Polizia Mortuaria disciplina invece la materia dei riscontri diagnostici disposti dall'Autorità sanitaria di propria iniziativa, distinguendo fra quelli facoltativi e quelli obbligatori.

Qui non c'è l'Autorità Giudiziaria.

In entrambi i casi non è previsto il consenso dei familiari.

Diapositiva n. 4

Possono essere sottoposti a riscontro diagnostico (FACOLTATIVO) i cadaveri per i quali sia incerta la diagnosi del decesso, ovvero necessario un chiarimento di quesiti medico-scientifici in caso di decesso in ospedale, ovvero in caso di sospetta malattia infettiva in caso di decesso a casa.

L'art. 45 comma 5 del regolamento di polizia mortuaria prevede, tuttavia, che quando, nel corso di un riscontro di natura sanitaria emerga una situazione di sospetto sulla causalità del decesso come conseguenza di un reato, il medico sospenda l'accertamento ed informi il magistrato.

Il legislatore ha previsto il caso in cui i sospetti in merito alla commissione di un reato emergano non nella fase iniziale degli accertamenti, bensì in un momento successivo.

L'art. 45, comma 5, del Regolamento di Polizia Mortuaria sopra citato prevede infatti che *“Quando nel corso di una autopsia non ordinata dall'autorità giudiziaria si abbia il sospetto che la morte sia dovuta a reato, il medico settore deve sospendere le operazioni e darne immediata comunicazione all'autorità giudiziaria.”*

Anche in questo caso il legislatore ha inteso dare prevalenza alle esigenze di indagine e di accertamento investigativo, stabilendo che l'accertamento autoptico disposto di iniziativa dall'Autorità Sanitaria venga immediatamente sospeso e sia data immediata comunicazione all'Autorità Giudiziaria, la quale disporrà l'autopsia giudiziaria con le forme ed il rispetto delle garanzie previste dal codice di procedura penale.

In tutti i casi in cui interviene l'Autorità Giudiziaria (e cioè la Procura della Repubblica) disponendo l'autopsia giudiziaria **non è prevista alcuna possibilità da parte dei prossimi congiunti del defunto di opporsi a tale atto**. L'esigenza di **accertamento delle cause della morte ha la priorità** su ogni altro interesse.

Ai prossimi congiunti, che hanno diritto di essere informati del compimento dell'atto, è riconosciuta la facoltà di nominare un difensore nell'ambito del procedimento penale, nonché un consulente di parte, il quale ha diritto di assistere all'accertamento autoptico, facendo le proprie osservazioni.

Diapositiva n. 5

Secondo la l. 83/1961 devono essere sottoposti a riscontro diagnostico (OBBLIGATORIO) i cadaveri delle persone decedute senza assistenza medica, trasportati in ospedale o ad un deposito di osservazione o ad un obitorio (morte violenta-morte sospetta- rinvenimento di cadavere in luogo pubblico)

Nei casi sopra citati, l'autorità Sanitaria agisce di propria iniziativa, senza necessità di coordinarsi con l'Autorità Giudiziaria (salvo il caso sopra citato previsto dall'art. 45 del Regolamento di Polizia Mortuaria).

L'interesse che il legislatore ha inteso salvaguardare e tutelare con l'art. 37 sopra citato è quello della **ricerca scientifica** e della **tutela della salute**.

Va subito evidenziato che sia in caso di riscontri diagnostici facoltativi, sia in caso di riscontri obbligatori, la legge non accorda ai prossimi congiunti del defunto alcuna possibilità di opporsi al compimento dell'atto.

Nel bilanciamento di interessi potenzialmente configgenti - ricerca scientifica e tutela della salute da un lato, volontà dei prossimi congiunti dall'altro lato – si è data prevalenza esclusiva all'interesse pubblico.

Diapositiva n. 6

Inserita in questo scenario normativo l'attuazione della legge 31/06 non è, purtroppo, immune da aspetti di criticità e pone evidenti esigenze di armonizzare, il più possibile, fra di loro la normativa con la più recente normativa della SIDS, soprattutto tenendo conto del fatto che un bambino, non più lattante perché di età superiore ai dodici mesi, pur potendo presentare un quadro diagnostico sovrapponibile a quello della SIDS, ricadrebbe sotto la disciplina dell'art. 37, e di scongiurare una possibile vanificazione dell'obiettivo di monitorare il fenomeno della SIDS a causa del mancato contemperamento delle esigenze e dei diritti delle famiglie e/o dell'Autorità giudiziaria (nel caso di avvio di procedimento penale in relazione al decesso) con le specifiche previsioni della legge 31/06.

Nel dettaglio vediamo che con la legge 2 febbraio 2006 n.31 il legislatore è intervenuto per disciplinare la materia relativa alla SIDS, con un provvedimento intitolato *“Disciplina del riscontro diagnostico sulle vittime della sindrome della morte improvvisa del lattante (SIDS) e di morte inaspettata del feto”*

La legge non si limita a regolamentare la materia delle autopsie nei casi di sospetta SIDS, in quanto alcuni articoli sono dedicati al ruolo delle associazioni dei familiari di neonati deceduti per SIDS, alla raccolta di dati, al sostegno psicologico ai genitori colpiti da un così grave lutto.

Tuttavia le norme più significative sono proprio dedicate agli accertamenti diagnostici, circostanza questa che giustifica la scelta del titolo sopra riportato.

Va ancora osservato che la legge, sin dalla formulazione del titolo, fa riferimento non soltanto alle morti improvvise del lattante, ma anche alle morti inaspettate del feto.

I riscontri diagnostici sono disciplinati dall'art. 1 della legge. In particolare il primo periodo del comma 1, prevede che *“I lattanti deceduti improvvisamente entro un anno di vita senza causa apparente e i feti deceduti anch'essi senza causa apparente dopo la venticinquesima settimana di gestazione devono essere prontamente sottoposti con il consenso di entrambi i genitori a riscontro diagnostico, da effettuarsi nei centri autorizzati secondo i criteri individuati nell'articolo 2, a cui sono inviati gli organi prelevati...”*

La prima parte del comma 1, pur essendo una formulazione apparentemente semplice, contiene aspetti di particolare importanza su cui merita soffermarsi.

Innanzitutto nel periodo sopra citato il legislatore definisce l'ambito di applicazione, stabilendo che la legge n.31/2006 si applichi a due categorie di casi:

- a) *ai lattanti deceduti improvvisamente entro un anno di vita senza causa apparente;*
- b) *ai feti deceduti senza causa apparente dopo la venticinquesima settimana di gestazione*

I criteri che definiscono pertanto l'ambito di applicazione della legge sono due:

- *criterio soggettivo*, e cioè la l'appartenenza del deceduto alla categoria dei lattanti entro il primo anno di vita ovvero dei feti dopo la venticinquesima settimana di gestazione;
- *criterio oggettivo*, che è dato dall'assenza di una causa apparente del decesso.

L'avverbio *improvvisamente*, che viene utilizzato soltanto in relazione alla categoria dei lattanti deceduti entro il primo anno di vita, è verosimilmente utilizzato per sottolineare ed enfatizzare l'assenza di una causa apparente (o meglio nota e conosciuta) del decesso.

Detto ciò, la prima parte dell'art.1 sopra citato introduce due principi apparentemente tra loro contraddittori.

Da un lato, infatti, prevede **l'obbligo del riscontro autoptico**, posto che la norma prevede che i lattanti ed i feti deceduti *“devono essere prontamente sottoposti...a riscontro diagnostico”*.

Dall'altro lato introduce il principio del **previo consenso di entrambi i genitori** atteso che il riscontro diagnostico può essere disposto solo con il consenso di entrambi i genitori.

E' del tutto evidente che il principio di obbligatorietà del riscontro autoptico ha come destinatario l'Autorità Sanitaria. Detto diversamente, il precetto si rivolge all'Autorità

Sanitaria imponendole l'obbligo di effettuare il riscontro diagnostico, senza lasciare alcuna discrezionalità sul punto.

Tuttavia prima di procedere all'autopsia, l'Autorità Sanitaria deve acquisire il consenso di entrambi i genitori.

Diapositiva n. 7

L'apparente contraddittorietà tra i due principi costituisce in realtà il risultato di un giudizio di bilanciamento tra due opposti interessi e valori, che trovano espresso riconoscimento in alcuni articoli della Costituzione:

- da un lato vi è un *interesse pubblico*, che consiste nella tutela della salute come interesse delle collettività (art. 32 della Costituzione), nonché nella tutela della ricerca scientifica (art. 33 della Costituzione);
- dall'altro lato vi è un *interesse dei singoli individui*, in questo caso i genitori del lattante o del feto deceduto, e che consiste nel rispetto dei limiti imposti dal rispetto della persona umana e della dignità umana (articoli 2 e 32, secondo comma, della Costituzione).

Nel bilanciare tali contrapposte esigenze il legislatore ha dato prevalenza all'interesse dei genitori del lattante defunto, stabilendo che il riscontro diagnostico possa svolgersi solo dopo aver acquisito il consenso di entrambi i genitori.

Detto diversamente, l'Autorità Sanitaria è obbligata ad avviare l'iter che dovrebbe portare al riscontro diagnostico, interpellando i genitori. Se questi prestano il consenso, l'autopsia deve essere svolta; in caso contrario l'iter si blocca ed il riscontro diagnostico non può avere corso.

Tale interpretazione del dettato normativo trova conforto nell'iter di approvazione della legge. Nella prima stesura del testo, infatti, non era previsto il consenso dei genitori. Durante la discussione in Commissione è stato approvato un emendamento proposto dal Deputato Valpiana, con il quale è stato introdotto il consenso di entrambi i genitori.

Peraltro il Comitato permanente dei pareri della Camera, con il parere datato 8 febbraio 2005, pur esprimendo parere favorevole sulla prima stesura del testo approvata dal Senato, aveva invitato la Commissione "*a verificare se la previsione di un riscontro diagnostico obbligatorio nei casi di decessi di lattanti senza causa apparente, da effettuarsi peraltro senza la previsione di un consenso dei genitori, sia compatibile con i principi costituzionali di cui all'articolo 32 della Costituzione*",

Durante i lavori preparatori l'On. Salvino Burtone, nell'illustrare la propria posizione sui riscontri diagnostici, ha affermato che "*ci è sembrato, in tal senso, opportuno definire pure il consenso dei genitori sull'autopsia del cadavere, anche perché riteniamo giusto un gesto di solidarietà in una vicenda tragica, che potrebbe essere aggravata anche da un atto medico*" (Seduta n. 584 del 10.2.2005)

In conclusione, per i decessi improvvisi dei lattanti, senza causa apparente, entro il primo anni di vita, nonché per il decesso dei feti, senza causa apparente, dopo la venticinquesima settimana, l'Autorità sanitaria deve effettuare l'autopsia, previa acquisizione del consenso di entrambi i genitori. In mancanza del consenso, anche di uno solo dei genitori, l'autopsia non può essere effettuata.

5. A questo punto occorre interrogarsi in merito ai rapporti tra la legge 31/2006 e il Regolamento di Polizia Mortuaria, previsto dal D.P.R. n.285/1990.

I casi di SIDS, infatti, potrebbero rientrare sia nella categoria dei *riscontri obbligatori* prevista dall'art. 37 del D.P.R. 285/1990, se sono avvenuti in ospedale; sia nella categoria dei *riscontri facoltativi*, se sono avvenuti a domicilio, dato che è ignota la causa di morte.

Come si è visto in precedenza, il predetto Regolamento di Polizia Mortuaria non prevede il consenso dei genitori o dei prossimi congiunti del defunto; di talché si potrebbe sostenere che anche nei casi di SIDS si applichi l'art. 37 del D.P.R. 285/1990, superando così il problema dell'acquisizione del consenso di entrambi i genitori.

Ritengo che tale conclusione sia giuridicamente errata.

E' indubbio che l'art. 37 del Regolamento di Polizia Mortuaria e l'art. 1 della legge SIDS sono tra loro in contrasto, in quanto il primo non prevede il consenso di alcuno dei prossimi congiunti, mentre il secondo subordina l'autopsia all'acquisizione del consenso di entrambi i genitori.

Tra le due norme, tuttavia, prevale sempre l'art. 1 della legge SIDS per le seguenti ragioni:

- a) si tratta di una legge successiva rispetto al Regolamento di Polizia Mortuaria (*lex posterior derogat priori*);
- b) si tratta di una legge speciale rispetto al regolamento di Polizia Mortuaria, in quanto il suo ambito di applicazione è limitato ad una categoria particolare di decessi (*lex specialis derogat generali*);
- c) l'intenzione del legislatore, come emerge dai lavori preparatori, è assolutamente chiara ed era quella di subordinare l'autopsia al previo consenso di entrambi i genitori.

Infine va ancora detto che in caso di effettuazione di un riscontro diagnostico senza l'acquisizione del consenso di entrambi i genitori, l'ordinamento prevede conseguenze e sanzioni giuridiche sia civili che penali.

Sotto il primo profilo, va ricordato che l'art. 2043 del codice civile prevede che "qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

Sotto il secondo profilo va ricordato che il codice penale prevede il reato di "Uso illegittimo di cadavere" all'art. 413 c.p, norma che punisce con la reclusione fino a

sei mesi o con la multa fino a 516,00 euro *2* Chiunque disseziona o altrimenti adopera un cadavere o una parte di esso, a scopi scientifici o didattici, in casi non consentiti dalla legge”

Diapositiva n. 8

ARMONIZZAZIONE ART. 37 D.P.R. 285/90 E L. 31/06.

Il primo punto critico, sotto il profilo dell'armonizzazione delle due norme, è dato dall'esigenza di **raccogliere tempestivamente** dati rilevanti, sotto il profilo diagnostico, che va mediata con il rispetto dei tempi del conferimento di incarico autoptico nei casi di avvio del procedimento penale .

Si era discusso se fosse possibile prevedere **prelievi preliminari** , (cioè quei prelievi che impongono il rispetto delle 24 ore per garantire esiti utili), in ogni caso, “ a prescindere” dall'interesse dell'autorità giudiziaria all'accertamento, cioè sia che dovesse intervenire la Procura e sia nel caso contrario .

Si diceva che questa previsione avrebbe potuto dare una risposta soddisfacente all'esigenza dei medici di disporre dei necessari dati raccolti nell'immediatezza, perché questi accertamenti preliminari, non confliggendo con l'eventuale successiva autopsia, non avrebbero dovuto attendere i tempi del conferimento dell'incarico peritale e neppure avrebbero potuto essere condizionati al tempo necessario per l'acquisizione dei consensi (che, come vedremo, potrebbe essere un'operazione non sempre così immediata), in quanto ritenuti, proprio perché accertamenti preliminari, sottratti all'obbligo di acquisire il preventivo doppio consenso dei genitori, trattandosi di atti medici scarsamente invasivi (intendendo per invasività di un atto l'attitudine ad essere fonte di dolore o di danno, ovvero, causa di alterazione/deturpamento del cadavere) ed obbligatori per effetto della legge 31/06.

Questa interpretazione avrebbe trovato fondamento nell'interpretazione del significato di “invasività” e di “alterazione” fisica. Il legislatore, infatti, in via generale, condiziona la legittimità di un atto medico sul vivente al consenso avendo presente come esso sia fonte di dolore e/o di danno per la persona; ovvero, condiziona la legittimità di un atto medico sul cadavere al consenso (o alla previsione di legge) avendo presente come esso sia fonte di alterazione e/o deturpamento del cadavere.

Se i prelievi preliminari non si fossero tradotti in una significativa alterazione e/o deturpamento del cadavere, non potendo, ovviamente essere fonte di dolore, non sarebbero rientrati in alcuna delle due ipotesi e ciò avrebbe giustificato la legittimità di quell'atto medico anche senza il consenso e pur non essendo stato espressamente previsto dalla legge.

Ne sarebbe derivato l'ulteriore vantaggio di attenuare, cioè di ridurre in modo significativo, la perdita di dati utili allo studio della patologia al fine della sua prevenzione qualora i genitori non intendessero prestare il consenso al riscontro, nei casi di non interesse da parte della Procura.

L'ulteriore, ed inevitabile, approfondimento della discussione si è, quindi, spostato sull'esame di ciò che, concretamente, avrebbe dovuto costituire l'oggetto dei *prelievi preliminari* e, su questo versante, le aperture interpretative manifestate in generale sul tema si sono drasticamente ridotte ed è prevalso il concetto secondo cui debba essere esclusa questa possibilità, in mancanza di una norma chiarificatrice che connoti questo atto medico diversamente da quelli che, come tali, richiederebbero il consenso l'addove l'A.G. non procedesse ad autopsia. Né sarebbe accettabile una previsione generalizzata di esame autoptico disposto dall'A.G. anche quando non vi sia un fumus che indichi la commissione di un reato.

E' stato, invece, valutata in termini di maggiore percorribilità l'ipotesi di contenere i tempi di incarico del medico incaricato di eseguire l'autopsia, con l'individuazione del consulente in un medico del Centro SIDS, ovvero, quantomeno, con il suo affiancamento da parte di un medico del Centro SIDS. Questo sarà il reale oggetto dell'appendice del nuovo protocollo.

Allo stesso modo è stata valutata l'opportunità di **“raccomandare”**, nei casi non previsti dalla legge 31/06, ma che si riferiscano a bambini piccoli, l'adozione delle procedure di riscontro che questa legge ha previsto per i lattanti.

Tuttavia, come vedremo meglio, questa raccomandazione può solo incentivare l'avvio di una prassi, non essendo contemplata dalla legge 31/06, e va accompagnata dall'avviso che debba essere preceduta dalla richiesta di autorizzazione al Garante.

Diapositiva n. 9

CRITICITA' della L. n. 31 del 2.2.2006

Il primo nodo ci viene dall'art. 1 della legge n. 31 del 2006 che prevede, da un lato, l'obbligatorietà del riscontro autoptico; d'altro lato, la necessità del consenso di entrambi i genitori.

– per inciso: E' singolare che la legge preveda il consenso anche di un solo genitore perché possa essere compiuto un atto medico su un bambino vivente, ed invece richieda il consenso di entrambi per compiere un atto medico sul suo cadavere. Forse si possono comprendere le ragioni di questa difformità di previsione muovendo dall'ottica della tutela che si vuole garantire (nel primo caso la salute del bambino, quale diritto alla vita, può spiegare la sufficienza di un consenso parziale, nel secondo la tutela della solidarietà alla famiglia sembra logicamente prevalere su quella della ricerca) –

Tornando al tema, un altro aspetto di attuale criticità deriva dal fatto che può essere disposta l'autopsia dal P.M., che si inserisce, quindi, per ragioni diverse e con obiettivi propri, nel percorso dell'accertamento previsto dalla legge 31/06

Va rammentato che se si procede ad un riscontro autoptico senza i consensi previsti si ricade nell'ipotesi di reato prevista dall'art. 413 c.p. (Uso illegittimo di cadavere), che recita:” *chiunque disseziona o altrimenti adopera un cadavere, o una parte di esso, a scopi scientifici o didattici, in casi non consentiti dalla legge* – ed il riscontro ex legge 31/06 senza consenso NON è consentito -, *è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino a 516 euro...*”, e nell'art. 2043 cod.civ., che prevede la responsabilità per danno da fatto ingiusto (che è quello che si realizza a seguito di una condotta contra legem).

ACCERTAMENTI AL MOMENTO DEL DECESSO

Anzitutto vanno accertati l'ora ed il luogo della morte.

Il medico, come pubblico ufficiale, ha il dovere di accertare il decesso nel momento e nel luogo in cui esso venga alla sua attenzione (per le ovvie ricadute sulle indagini); poiché, peraltro, siamo tutti consapevoli che l'accertamento del decesso di un lattante abbia delle connotazioni emotive molto particolari, è umanamente comprensibile che l'operatore sanitario (soprattutto nel caso di intervento del 118 con ambulanza non medicalizzata) protragga i tentativi di rianimazione arrivando anche a portare il piccolo in ospedale pure quando, ormai, vi siano indicazioni univoche del decesso. Devo dire, però, che è “scientificamente” scorretto (intendendo con questo termine anche un accertamento giudiziario che si esprima attraverso un'indagine tecnico-scientifica) e potenzialmente dannoso per le indagini ogni spostamento, di luogo e/o di tempo, dell'accertamento di morte, soprattutto in quei casi nei quali l'inspiegabilità del decesso si accompagna a tutta una serie di elementi di dubbio sul fatto che sia attribuibile a cause naturali.

Ulteriore oggetto di accertamento immediato, tramite prelievo, possono essere il sangue, i tessuti e gli organi. Tuttavia, come abbiamo già visto, questi prelievi preliminari sono consentiti soltanto previo consenso di entrambi i genitori, ovvero nell'ambito di una consulenza già disposta dall'A.G.

Diapositiva n.10

CONSENSO DI ENTRAMBI I GENITORI

Anzitutto, cosa si deve intendere per consenso di entrambi i genitori? La questione va ricollegata al concetto di titolarità della potestà genitoriale ed alla distinzione dall'esercizio della potestà (anche se qui, a ben vedere, l'oggetto o soggetto della potestà non è più in vita; peraltro, non abbiamo parametri alternativi....).

In concreto, si potrebbe porre il problema nel caso in cui il neonato fosse figlio di genitori ignoti, ovvero fosse riconosciuto da un solo genitore, ovvero, uno o entrambi i genitori fossero deceduti o decaduti dalla potestà genitoriale.

Se il lattante fosse figlio di genitori ignoti sarebbe il tutore provvisorio, nominato dal Tribunale per i minorenni nell'ambito della procedura di adottabilità, a prestare il consenso ed il medico avrebbe accesso a tutte le informazioni anamnestiche relative alla gravidanza chiedendole ai servizi o al Tribunale per i minorenni (come è già previsto che avvenga nel caso di indagine medica su una patologia che sia potenzialmente ereditaria del minorenne, figlio di donna che non voglia essere nominata).

Se manchino entrambi i genitori, per decesso o perché dichiarati decaduti dalla potestà genitoriale, sarà il tutore nominato dal Giudice tutelare a prestare il consenso (non i parenti, neppure se con lui conviventi, diversamente da quanto accade, come vedremo, in tema di consenso per il trattamento dei dati).

Se soltanto uno dei genitori sia stato dichiarato decaduto dalla potestà genitoriale (rimanendo titolare della potestà, ma privo del suo esercizio), ovvero sia deceduto, sarà sufficiente il consenso dell'unico genitore esercente la potestà genitoriale, ovvero di quello sopravvissuto.

Quando i genitori che siano irregolari sul territorio nazionale, privi di documenti ed in situazione di impossibilità di dimostrare il rapporto di parentela con il figlio, ritengo che il referente sia il Tribunale per i minorenni o il giudice tutelare (come è stato per tutte le questioni relative ai minori "irregolari non accompagnati" presenti in Italia).

Rispetto ai feti deceduti dopo la 25° settimana di gestazione il problema si semplifica, da un lato, e si fa più complesso, dall'altro.

Si semplifica nel senso che nei confronti del feto non si pongono problemi di titolarità o di esercizio della potestà genitoriale: i genitori sono coloro i quali hanno dato origine al feto ed a loro va chiesto il consenso.

E' più complesso, peraltro, perché vi sono casi, come ad esempio quando non sia noto il padre (donna non coniugata), nei quali risulta legittimo l'interrogativo su che fare.

Il nostro sistema normativo conosce un'ipotesi analoga e cioè quella del parto di donna che non voglia essere nominata.

In questo caso l'ostetrica, se il padre è stato in qualche modo indicato, deve informarlo della nascita, così permettendogli l'eventuale riconoscimento.

So bene che su quest'obbligo si sono aperte ampie discussioni, anche molto critiche, e mi immagino che se volessimo applicare il medesimo obbligo all'anatomopatologo le medesime discussioni si porrebbero con ancor maggiore accentuazione.

Diapositiva n. 11

CONNESSIONE FRA LA L.31/06 E IL D.LVO 196/03

legge n. 31/06, all'**articolo 3**, pur in presenza del rinvio al codice in materia di protezioni dei dati personali, prevede che: *"I risultati delle indagini....sono comunicati dai centri autorizzati alla prima cattedra dell'istituto di anatomia patologica dell'università di Milano che, nel rispetto delle regole sul trattamento dei dati personali, provvede ad istituire una banca dati nazionale e a trasmettere i dati così raccolti alla regione competente per territorio, ai medici curanti e ai parenti delle vittime."*

Le norma di riferimento sono gli artt. 4, 20, 26 e 76 del D.LVO N. 196 DEL 2003 – CODICE IN MATERIA DI PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI - DATI SENSIBILI –

Quali sono i *dati sensibili*?

- art. 4 D.lvo 196/03 alla lett. d) individua come:

"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;

Cosa significa *trattamento* dei dati sensibili?

Sempre l' art. 4 D.lvo 196/03 alla lett. a) indica come:

"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;

cioè *"...qualunque attività di raccolta di dati personali, comunque effettuata..."*, ma che presenti un minimo di organicità e catalogazione, cioè che sia il contrario della raccolta alla rinfusa (cfr. Cass. Sez. III del 23 giugno 2006 n. 22059)

Cosa significa *comunicazione* dei dati sensibili?

Sempre l' art. 4 D.lvo 196/03 indica come:

"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;

Cosa significa *diffusione* dei dati sensibili?

Sempre l' art. 4 D.lvo 196/03 indica come:

"diffusione", il dare conoscenza dei dati personali a soggetti indeterminati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione;

Date queste definizioni, si pone ora il problema di individuare la disciplina scelta dal Legislatore in questa materia.

La disciplina, in linea generale, è indicata dall' art. 26 comma 1, e prevede che possano: “ *essere oggetto di trattamento solo con il consenso scritto dell'interessato e previa autorizzazione del garante*” –

Peraltro, l'art. **art. 76** prevede una prima deroga indicando la necessità del consenso della persona, ma escludendo la necessità dell'autorizzazione del Garante se la finalità sia di cura della persona consenziente.

Ovvero è esclusa la necessità del consenso della persona, ma è presupposta la necessità dell'autorizzazione del Garante, se la finalità sia di prevenzione, diagnosi e cura rivolte a terzi.

La deroga più rilevante, tuttavia, è prevista proprio dall'**art. art. 20 co. 1 D.lvo n. 196/03**, che esclude la necessità dell'autorizzazione del garante e recita:

“ 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” .

Diapositiva n. 12

Ragioni di applicabilità dell'art. 20 alle procedure di raccolta dei dati ai sensi della legge 31/06:

La **banca dati** è istituita ed autorizzata per legge, così come sono individuati dalla legge sia le **finalità** che i **soggetti**, pubblici e privati, che il progetto coinvolge. Allo stesso modo, sono individuati i **tipi di dati sensibili** che rilevano al fine della ricerca scientifica, nonché le **modalità** di rilevamento – art. 1 legge cit. -.

Diapositiva n. 13

In realtà, l'intera disciplina relativa al trattamento dei dati sensibili conosce altre ipotesi di deroga all'art. 26 che, infatti, non trova applicazione nelle ipotesi di rilevanza epidemiologica, come prevede l'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.*

Le ipotesi di esclusione della necessità del consenso dei genitori sono disciplinate dall' art. 24 lett. A), che recita:

Casi nei quali può essere effettuato il trattamento senza consenso

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;*

Da questa norma discende che **non** debba essere richiesto il consenso (al trattamento dei dati, che è cosa diversa dal consenso al riscontro) ai genitori del bambino deceduto

Inoltre, dall'art. 110 della legge da ultimo cit.:

Ricerca medica, biomedica ed epidemiologica

Il consenso dell'interessato per il trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute, finalizzato a scopi di ricerca scientifica in campo medico, biomedico o epidemiologico, non è necessario quando la ricerca è prevista da un'espressa disposizione di legge che prevede specificamente il trattamento

Da questa norma discende la conferma che **non** debba essere richiesto il consenso ai genitori del bambino deceduto.

L'unico **divieto** operante è quello della comunicazione e diffusione “*per finalità diverse*” da quelle previste della legge che ha previsto la raccolta dei dati, come prevede l'art. 25 lett. B), che recita:

Divieti di comunicazione e diffusione

La comunicazione e la diffusione sono vietate...

- b. *per finalità diverse da quelle indicate nella notificazione del trattamento, ove prescritta.*

Da questa rapida ricognizione normativa emerge come il codice in materia di protezione dei dati personali privilegia la ricerca scientifica il cui valore sociale sia riconosciuto da una legge in linea con il principio secondo il quale “*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 “ (art. 26 co. 4 lett. C), ma resta inteso che vadano, comunque, rispettate le garanzie previste dal titolo V (artt. 31 ss. della legge da ultimo cit.) e che il ‘trattamento dei dati personali’ si svolga “nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità della persona fisica, con particolare riguardo alla ‘riservatezza’ e ‘all’identità’ personale” (cfr. Cass. Sez. V del 30.11.2005 n. 43373 “*nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità della persona fisica, con particolare riguardo alla ‘riservatezza’ e ‘all’identità’ personale*”) a tutela del paziente.

PAZIENTE.

Si è parlato di paziente, anche se la legge dice: “l’interessato”, ma chi è il paziente tutelato? Il paziente è, o che dovrebbe essere, il bambino morto, e non i suoi genitori, e lo sono, quantomeno in forma potenziale, tutti i bambini esposti al rischio SIDS. Lo spunto formale, contenuto nel codice più volte richiamato, che si trova agli artt. 24 co. 1 lett. E) ed all’art. 26 co. 4 lett. B) orienta verso la concezione adultocentrica di paziente. Infatti, le norme chiariscono, in tema di consenso, che se:

l’interessato 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 (che tratta del consenso successivo in caso di urgenza);

RISPETTO DEI DIRITTI E LIBERTÀ FONDAMENTALI: DIGNITÀ E RISERVATEZZA:

Le modalità sono indicate dall’art. 22 della legge da ultimo cit:

Principi applicabili al trattamento di dati sensibili e giudiziari

- 1. I soggetti pubblici conformano il trattamento dei dati sensibili e giudiziari secondo modalità volte a prevenire violazioni dei diritti, delle libertà fondamentali e della dignità dell’interessato.*
- 2. Nel fornire l’informativa di cui all’articolo 13 i soggetti pubblici fanno espresso riferimento alla normativa che prevede gli obblighi o i compiti in base alla quale è effettuato il trattamento dei dati sensibili e giudiziari.*
- 3. I soggetti pubblici possono trattare solo i dati sensibili e giudiziari indispensabili per svolgere attività istituzionali che non possono essere adempiute, caso per caso, mediante il trattamento di dati anonimi o di dati personali di natura diversa.*
- 4. I dati sensibili e giudiziari sono raccolti, di regola, presso l’interessato.*
- 5. In applicazione dell’articolo 11, comma 1, lettere c), d) ed e), i soggetti pubblici verificano periodicamente l’esattezza e l’aggiornamento dei dati sensibili e giudiziari.*

nonché la loro pertinenza, completezza, non eccedenza e indispensabilità rispetto alle finalità perseguite nei singoli casi, anche con riferimento ai dati che l'interessato fornisce di propria iniziativa. Al fine di assicurare che i dati sensibili e giudiziari siano indispensabili rispetto agli obblighi e ai compiti loro attribuiti, i soggetti pubblici valutano specificamente il rapporto tra i dati e gli adempimenti. I dati che, anche a seguito delle verifiche, risultano eccedenti o non pertinenti o non indispensabili non possono essere utilizzati, salvo che per l'eventuale conservazione, a norma di legge, dell'atto o del documento che li contiene. Specifica attenzione è prestata per la verifica dell'indispensabilità dei dati sensibili e giudiziari riferiti a soggetti diversi da quelli cui si riferiscono direttamente le prestazioni o gli adempimenti.

- 6. I dati sensibili e giudiziari contenuti in elenchi, registri o banche di dati, tenuti con l'ausilio di strumenti elettronici, sono trattati con tecniche di cifratura o mediante l'utilizzazione di codici identificativi o di altre soluzioni che, considerato il numero e la natura dei dati trattati, li rendono temporaneamente inintelligibili anche a chi è autorizzato ad accedervi e permettono di identificare gli interessati solo in caso di necessità.*
- 7. I dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale sono conservati separatamente da altri dati personali trattati per finalità che non richiedono il loro utilizzo. I medesimi dati sono trattati con le modalità di cui al comma 6 anche quando sono tenuti in elenchi, registri o banche di dati senza l'ausilio di strumenti elettronici.*
- 8. I dati idonei a rivelare lo stato di salute non possono essere diffusi.*
- 9. Rispetto ai dati sensibili e giudiziari indispensabili ai sensi del comma 3, i soggetti pubblici sono autorizzati ad effettuare unicamente le operazioni di trattamento indispensabili per il perseguimento delle finalità per le quali il trattamento è consentito, anche quando i dati sono raccolti nello svolgimento di compiti di vigilanza, di controllo o ispettivi.*
- 10. I dati sensibili e giudiziari non possono essere trattati nell'ambito di test psico-attitudinali volti a definire il profilo o la personalità dell'interessato. Le operazioni di raffronto tra dati sensibili e giudiziari, nonché i trattamenti di dati sensibili e giudiziari ai sensi dell'articolo 14, sono effettuati solo previa annotazione scritta dei motivi.*
- 11. In ogni caso, le operazioni e i trattamenti di cui al comma 10, se effettuati utilizzando banche di dati di diversi titolari, nonché la diffusione dei dati sensibili e giudiziari, sono ammessi solo se previsti da espressa disposizione di legge.*

e nel rispetto delle regole previste dall'art. 11 e ss. e delle altre misure previste dall'art. 83.

- 1. I soggetti di cui agli articoli 78, 79 e 80 adottano idonee misure per garantire, nell'organizzazione delle prestazioni e dei servizi, il rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali e della dignità degli interessati, nonché del segreto professionale, fermo restando quanto previsto dalle leggi e dai regolamenti in materia di modalità di trattamento dei dati sensibili e di misure minime di sicurezza.....*
 - c. soluzioni tali da prevenire, durante colloqui, l'indebita conoscenza da parte di terzi di informazioni idonee a rivelare lo stato di salute;*
 - d. cautele volte ad evitare che le prestazioni sanitarie, ivi compresa l'eventuale documentazione di anamnesi, avvenga in situazioni di promiscuità derivanti*

dalle il rispetto della dignità dell'interessato in occasione della prestazione medica e in ogni operazione di trattamento dei dati;

- e. modalità o dai locali prescelti;*
- h. la messa in atto di procedure, anche di formazione del personale, dirette a prevenire nei confronti di estranei un'esplicita correlazione tra l'interessato e reparti o strutture, indicativa dell'esistenza di un particolare stato di salute;*
- i. la sottoposizione degli incaricati che non sono tenuti per legge al segreto professionale a regole di condotta analoghe al segreto professionale.*

Va ancora ricordato che l'interessato, al quale non è richiesto il consenso, non ha diritto di ottenere “la cancellazione, la trasformazione in forma anonima o il blocco dei dati” salvo che siano stati trattati in violazione di legge, o che si tratti di “quelli di cui non è necessaria la conservazione in relazione agli scopi per i quali i dati sono stati raccolti o successivamente trattati”(art. 7 co. 3 lett. b)

Prima di affrontare l'ultimo tema relativo alle sanzioni penali, ricordo, per inciso, che il divieto di trattamento dei dati sensibili – sanzionato penalmente (...se non avviene alle condizioni di cui all'art. 26) - **non operi** nei confronti dell'autorità giudiziaria che indaghi in ordine a fatti penalmente rilevanti (cfr. Cass. Sez. II del 30.4.1999 n. 1480 – leggere 1 – id. Cass. Sez I dell'8.6.1999 n. 7239).

Diapositiva n. 14

SANZIONI PENALI - DELITTI

Perché il divieto assuma **rilevanza penale** (**art. 167** ss) occorre che il trattamento dei dati sensibili e la loro diffusione siano finalizzati a conseguire un profitto o ad arrecare ad altri un danno; inoltre, deve realizzarsi un **nocumento** per le persone.

Trattamento illecito di dati

- 1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli articoli 18, 19, **23 [SENZA CONSENSO]**, 123, 126 e 130, ovvero in applicazione dell'articolo 129, è punito, se dal fatto deriva nocumento, con la reclusione da sei a diciotto mesi o, se il fatto consiste nella comunicazione o diffusione, con la reclusione da sei a ventiquattro mesi.*
- 2. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli articoli 17, **20 [SENZA AUTORIZZAZIONE GARANTE OVE IL TRATTAMENTO NON SIA PREVISTO DALLA LEGGE O***

PER FINI DIVERSI...], 21, 22, commi 8 e 11, 25, 26, 27 e 45, è punito, se dal fatto deriva nocumento, con la reclusione da uno a tre anni.

Questa costruzione di illecito penale comporta la necessità, per gli inquirenti, di dare prova che il soggetto abbia consapevolmente violato il divieto, ma anche che lo abbia violato con l'ulteriore volontà di procurarsi un profitto (per sé o per altri) o con l'ulteriore volontà di arrecare danno.

Si dice, in altri termini, che la sussistenza del reato presuppone la dimostrazione del doppio dolo (cioè volontà di violare il divieto e volontà di trarne profitto o arrecare danno).

Ma ciò non è sufficiente, secondo le modifiche del codice già citato, perché quella che nella precedente legge era considerata un'aggravante, ora è posta come condizione obiettiva di punibilità: la condizione è che il danno si sia effettivamente realizzato.

Vale a dire che la condotta non è punibile se non si dà prova della realizzazione di un danno conseguente alla violazione.

Il che significa non soltanto che debba essere provata l'esistenza di un danno – come finalità, ovvero come fatto realizzato - (avente contenuto psicologico o patrimoniale), ma che debba essere provato anche il nesso di causalità fra la violazione del divieto e la realizzazione del nocumento, che deve “ essere conseguenza diretta ed immediata” dell'illecita condotta (Cass. Sez. III del 9 luglio 2004 n. 30134 – id. Cass. Sez. III del 23 giugno 2006 n. 22059 – id Cass. Sez. VI del 24 febbraio 2005 n. 7259.).

Diapositiva n. 15

SANZIONI PENALI O AMMINISTRATIVE - CONTRAVVENZIONI

Ulteriore reato contravvenzionale è quello previsto dall'art. 169 (dall'art. 161 al 166 sono previste soltanto sanzioni amministrative):

Misure di sicurezza

- 1. Chiunque, essendovi tenuto, omette di adottare le misure minime previste dall'articolo 33 è punito con l'arresto sino a due anni o con l'ammenda da diecimila euro a cinquantamila euro.*
- 2. All'autore del reato, all'atto dell'accertamento o, nei casi complessi, anche con successivo atto del Garante, è impartita una prescrizione fissando un termine per la regolarizzazione non eccedente il periodo di tempo tecnicamente necessario, prorogabile in caso di particolare complessità o per l'oggettiva difficoltà dell'adempimento e comunque non superiore a sei mesi. Nei sessanta giorni successivi allo scadere del termine, se risulta l'adempimento alla prescrizione, l'autore del reato è ammesso dal Garante a pagare una somma pari al quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione.*

L'adempimento e il pagamento estinguono il reato. L'organo che impartisce la prescrizione e il pubblico ministero provvedono nei modi di cui agli articoli 21, 22, 23 e 24 del decreto legislativo 19 dicembre 1994, n. 758, e successive modificazioni, in quanto applicabili.

Non è, invece, applicabile, proprio per quanto sinora enunciato con riferimento alla previsione *ex lege* del trattamento e diffusione dei dati, né l'art. 170

E', invece, applicabile l'art. 172:

Art. 172

Pene accessorie

1. La condanna per uno dei delitti previsti dal presente codice importa la pubblicazione della sentenza.

In conclusione, quindi, possiamo riassumere, alla luce della normativa sul trattamento dei dati sensibili, nel senso che le situazioni ricadenti nella disciplina della legge n. 31/06:

- richiedono il consenso per il riscontro
- non richiedono il consenso al trattamento dei dati sensibili, né è richiesta l'autorizzazione del Garante
- il riscontro effettuato in mancanza di consenso integra la violazione dell'art. 413 c.p.
- il trattamento dei dati senza il rispetto delle cautele previste dal codice in materia di protezione dei dati personali integra, a seconda della gravità, una contravvenzione penale, ovvero una violazione amministrativa punita con sanzione amministrativa.

Anna Maria Baldelli