



IAIC



DGBIC



CREDA

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

NUMERO SPECIALE 2024

FRANCESCA PIERGENTILI

TUTELA DEL CORPO E NORMATIVA SUI TRAPIANTI D'ORGANO

PROFILI COSTITUZIONALI



Nuova Editrice Universitaria

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

FONDATA E DIRETTA DA

Alberto M. Gambino

COMITATO DI DIREZIONE

**Valeria Falce, Giusella Finocchiaro, Oreste Pollicino,
Giorgio Resta, Salvatore Sica**

COMITATO SCIENTIFICO

**Guido Alpa, Fernando Bocchini, Giovanni Comandè, Gianluca Contaldi,
Vincenzo Di Cataldo, Giorgio Floridia, Gianpiero Gamaleri, Gustavo Ghidini,
Andrea Guaccero, Mario Libertini, Francesco Macario, Roberto Mastroianni,
Giorgio Meo, Cesare Mirabelli, Enrico Moscati, Alberto Musso, Luca Nivarra,
Gustavo Olivieri, Cristoforo Osti, Roberto Pardolesi, Giuliana Scognamiglio,
Giuseppe Sena, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini**

E

**Margarita Castilla Barea, Cristophe Geiger, Reto Hilty, Ian Kerr, Jay P. Kesan,
David Lametti, Fiona MacMillan, Maximiliano Marzetti, Ana Ramalho,
Maria Pàz Garcia Rubio, Patrick Van Eecke, Hong Xue**

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

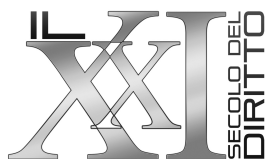
NUMERO SPECIALE 2024

FRANCESCA PIERGENTILI

TUTELA DEL CORPO E NORMATIVA SUI TRAPIANTI D'ORGANO

PROFILI COSTITUZIONALI





© Copyright 2024 “NEU-Nuova Editrice Universitaria”

Via Collatina, 146 - 00155 Roma

e-mail: nuovaeditriceunivers@libero.it

web: www.nuovaeditriceuniversitaria.it

Finito di stampare nel mese di ottobre 2024

dalla Infocarcere s.c.r.l. - Via Collatina, 146 - 00155 Roma

Nessuna parte di questa opera può essere riprodotta in qualsiasi forma senza l'autorizzazione scritta della “NEU-Nuova Editrice Universitaria”

ISBN: 978-88-32133-95-0

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

TUTELA DEL CORPO E NORMATIVA SUI TRAPIANTI D'ORGANO PROFILI COSTITUZIONALI

SOMMARIO

Premesse e linee di ricerca

1. <i>Il legame tra l'uomo e il suo corpo</i>	11
2. <i>Il corpo come oggetto di sanzione</i>	12
3. <i>Il corpo nel rapporto tra autorità e libertà</i>	13
4. <i>I nuovi problemi sorti con lo sviluppo delle tecnologie</i>	15

PARTE PRIMA

LA TUTELA DEL CORPO UMANO

TRA PRINCIPI COSTITUZIONALI E LEGISLAZIONE ORDINARIA

CAPITOLO PRIMO

MOMENTI STORICI

1. Il corpo umano tra soggetto e oggetto	23
2. La tutela del corpo umano nello Stato liberale in Italia	24
3. Il corpo umano nello Stato totalitario	26

3.1 <i>La tutela del corpo nel codice penale</i>	28
3.2 <i>La tutela del corpo umano nel codice civile</i>	31
4. <i>L'applicazione della disciplina prevista nell'art. 5 c.c.</i>	34

CAPITOLO SECONDO

IL CORPO UMANO NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO

1. <i>L'avvento della Costituzione personalista</i>	39
2. <i>La tutela del corpo umano (e della vita) tra i diritti inviolabili della persona</i>	42
2.1 <i>Il principio personalista e l'art. 2 Cost.</i>	42
2.2 <i>L'art. 2 come norma a "fattispecie aperta"?</i>	45
2.3 <i>Lo sviluppo delle tecnologie e l'interpretazione dell'art. 2 Cost.</i>	46
2.4 <i>Critica alla tesi dell'art. 2 Cost. come norma a fattispecie aperta</i>	49
2.5 <i>La posizione della giurisprudenza costituzionale</i>	52
2.6 <i>L'art. 2 Cost. come fondamento della protezione del corpo</i>	55
3. <i>Il corpo umano e il dovere di solidarietà</i>	56
3.1 <i>I doveri in Costituzione</i>	56
3.2 <i>Il legame tra i diritti inviolabili e il dovere di solidarietà</i>	57
3.3 <i>Il dovere di solidarietà e il diritto alla salute</i>	58
3.4 <i>Il dovere inderogabile di solidarietà e la donazione di organi</i>	60
3.5 <i>I doveri inderogabili come numerus clausus</i>	61
4. <i>Il corpo umano tra principio di uguaglianza e protezione della dignità dell'uomo</i>	62
5. <i>Il corpo umano e la libertà personale</i>	65
6. <i>Il corpo umano e la protezione della salute</i>	71
6.1 <i>Il carattere "complesso" del diritto alla salute nell'art. 32 Cost.</i>	71
6.2 <i>La dimensione dinamica della "salute": non più solo integrità fisica</i>	73

6.3	<i>La tutela della salute e dell'ambiente</i>	75
6.4	<i>L'interesse della collettività alla salute e la gratuità nell'indigenza</i>	78
6.5	<i>Il secondo comma dell'art. 32 Cost.</i>	81
7.	Il consenso informato agli interventi sul corpo	86
8.	Il diritto all'autodeterminazione	96
8.1	<i>L'autodeterminazione come moderno habeas corpus?</i>	96
8.2	<i>I limiti all'autodeterminazione nell'ordinamento italiano</i>	100
8.3	<i>Il principio di autodeterminazione nella giurisprudenza costituzionale sul c.d. fine vita</i>	103
9.	La dignità umana	111

CAPITOLO TERZO

LA TUTELA DEL CORPO UMANO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

1.	L'affermazione dei diritti umani nel diritto internazionale	115
2.	Le Dichiarazioni dell'UNESCO: la Dichiarazione Universale sul Genoma Umano e la Dichiarazione Universale sulla bioetica e i diritti umani	119
3.	La c.d. Convenzione di Oviedo	121
3.1	<i>I protocolli addizionali</i>	125
4.	La Dichiarazione di Helsinki e le Linee guida etiche internazionali per la ricerca biomedica	128
5.	I più recenti documenti internazionali sui trapianti	130

CAPITOLO QUARTO

LA TUTELA DEL CORPO UMANO NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

1.	Il corpo nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nei Trattati	133
2.	La normativa derivata relativa al corpo umano	139

3. La normativa relativa alle c.d. biobanche nel diritto dell’Unione europea	147
4. Il regolamento Ue sulla «sostanza di origine umana».....	150
5. La tutela dei dati personali nell’era digitale: le implicazioni sulla tutela del corpo umano	154

PARTE SECONDA

L’ATTUAZIONE DEI PRINCIPI A PROTEZIONE DEL CORPO UMANO NELLA NORMATIVA SUI TRAPIANTI D’ORGANO

CAPITOLO PRIMO

DEFINIZIONI E FONTI DELLA DISCIPLINA SUI TRAPIANTI D’ORGANO

1. Aspetti definatori della chirurgia sostitutiva dei trapianti.....	161
2. L’inerzia del legislatore e i principi costituzionali della materia ...	166
3. La storia della legislazione ordinaria sui trapianti di organo e l’istituzione del Centro Nazionale Trapianti	168
4. L’applicazione delle categorie giuridiche della proprietà al corpo umano e alle sue parti alla luce delle evoluzioni tecnologiche in materia di trapianti	175

CAPITOLO SECONDO

I TRAPIANTI D’ORGANO *POST MORTEM*

1. Il c.d “diritto di disporre del proprio cadavere”: sistema privatistico e sistema pubblicistico a confronto	187
2. I principi della legge n. 644 del 1975 e il regime “pubblicistico” del consenso	197
3. La legge n. 91 del 1999: l’istituzione del Centro Nazionale Trapianti e il regime inattuato del silenzio-assenso informato	199
4. La disciplina transitoria e i ritardi legislativi.....	208

5. L'accertamento della morte: la morte cerebrale come presupposto oggettivo al prelievo.....	214
6. La questione della c.d. donazione controllata.....	222
7. La donazione di organi dopo l'eutanasia o il suicidio assistito.....	228
8. La questione circa l'utilizzo di tessuti embrionali e fetali: il caso del neonato anencefalico.....	230

CAPITOLO TERZO

I TRAPIANTI DI ORGANI INTER VIVOS

1. I trapianti tra viventi: il principio del consenso informato.....	233
2. La normativa sul trapianto di rene come modello per la disciplina dei trapianti tra vivi.....	236
3. Il trapianto da donatore vivente e la questione della disponibilità della propria salute.....	240
4. La donazione samaritana e quella c.d. incrociata alla luce dei principi costituzionali a tutela del corpo.....	246

CAPITOLO QUARTO

LE NUOVE FRONTIERE: GLI XENOTRAPIANTI, IL TRAPIANTO DI UTERO E L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE

1. Gli xenotrapianti.....	253
2. I trapianti sperimentali: il caso del trapianto di utero.....	258
3. L'Intelligenza Artificiale applicata alla medicina dei trapianti.....	264
OSSERVAZIONI FINALI.....	269

PREMESSE E LINEE DI RICERCA

1. *Il legame tra l'uomo e il suo corpo*

Fin dall'antichità il diritto ha prestato una speciale attenzione al corpo umano.

In particolare, “si è sempre discusso se l'uomo sia il padrone assoluto della sua persona e se possa disporre a suo libito della sua vita e dell'integrità del suo corpo”¹.

Lo stretto legame tra le vicende giuridiche legate alla libertà dell'uomo e quelle riguardanti la corporeità è, d'altronde, evidente se si considera che “la dimensione corporea è coesenziale alla persona”, sicché “senza il corpo la persona non potrebbe esprimersi e manifestarsi”² nel mondo fisico.

Il corpo costituisce, infatti, il principale tramite della persona per comunicare con il mondo esterno, per “rivelarsi” e realizzarsi.

Già il diritto romano, ed in particolare la Compilazione giustiniana, conosceva “il principio dell'inseparabilità tra corpo umano e persona”³.

È significativo sottolineare che questo inscindibile rapporto mantiene ovviamente la sua attualità dopo decine di secoli ed è stato chiaramente colto anche dalla Corte costituzionale italiana. Essa ha affermato che il corpo umano non “può essere considerato avulso dalla persona laddove tale inseparabilità non sussiste per i beni economici”: si tratta, in particolare, di una “diversità che emerge anche dagli artt. 2 e 42 della

¹ Così Corte di Appello di Napoli, sez. III, sent. 30 aprile 1932, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, 770.

² M. ARAMINI, *Introduzione alla Bioetica*, Milano, 2003, 341.

³ P. FERRETTI, voce *Corpo*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica*, a cura di E. Sgreccia e A. Tarantino, vol. III, Napoli, 2010, 602 s. L'autore si riferisce, in particolare, a D. 9, 2, 13 pr.

Carta costituzionale, il primo dei quali considera la personalità dell'uomo e il secondo la proprietà pubblica e privata”⁴.

2. Il corpo come oggetto di sanzione

È, d'altronde, proprio attraverso le vicende legate al corpo umano che la legge ha da sempre “mostrato la sua forza” e lo Stato ha fondato la sua autorità, come è stato evidente sin dalle prime legislazioni, soprattutto quelle che disciplinavano sanzioni.

Già la Legge del Taglione ci offre un esempio di come la normativa, in particolare quella penale, si sia servita del corpo e delle sue parti per esprimere l'essenza della punizione giuridica: la logica di “occhio per occhio, dente per dente” risolveva l'imputazione della responsabilità “interamente in una relazione tra corpi”⁵.

Invero l'ambito della legislazione penale non è stato il solo a occuparsi del corpo umano: basti qui accennare alla pratica diffusa nel passato in molti ordinamenti, anche molto diversi tra loro, di garantire il

⁴ Corte Cost., sent. 22 gennaio 1986, n. 18, in *Giur. Cost.*, 1986, I, 1, 121 ss. con commento di A. PACE, *Davvero inammissibili le ispezioni giudiziali sulla persona dei lavoratori dipendenti?*, 122 ss. Nella pronuncia il giudice delle leggi ha affrontato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 696, co. 1, c.p.c., in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui, “limitando l'ammissibilità dell'accertamento tecnico preventivo alla verifica dello stato dei luoghi o della qualità o condizione di cose, esclude l'ammissibilità dello stesso mezzo istruttorio per la verifica dello stato o della condizione o della qualità della persona”. La Corte ha dichiarato inammissibile la questione a essa sottoposta proprio in virtù della tutela del corpo umano: come si legge nella sentenza, “porre invero la persona umana sullo stesso piano dei luoghi e delle cose, che l'art. 696 comma primo c.p.c. identifica quali oggetti di accertamento tecnico preventivo, è lecito sol a chi ometta di considerare che la persona umana ... non può formare oggetto di procedimenti cautelari, né il corpo umano, cui ci si riferisce nella motivazione delle stesse, può essere considerato avulso dalla persona” (§ 4.2 del *Considerato in diritto*).

⁵ S. RODOTÀ, *Il corpo “giuridificato”*, in AA.VV., *Trattato di Biodiritto. Il governo del corpo*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, 52.

pagamento del debito attraverso la riduzione in schiavitù del debitore presso il creditore o il sostanziale assoggettamento quasi servile di un soggetto ad un altro, che produceva una sospensione temporanea dei diritti della persona a essa sottoposta (*subiectio servi loco*)⁶. Nel Diritto romano, infatti, era consentita l'assunzione volontaria d'impegni attraverso atti che nel caso di inadempimento esponevano "la persona e non il patrimonio del debitore (che risponde perciò anche in caso di incolpevole insolvenza)"⁷.

3. Il corpo nel rapporto tra autorità e libertà

Il corpo, come evidenziato da Rodotà, è per lo più entrato "nella dimensione giuridica in modo drammatico, la sua giuridificazione racconta storie di punizione, subordinazione, discriminazione"⁸.

La dimensione corporea della persona, in altre parole, da sempre ha configurato "il più palese (e il più fisico) dei momenti di collisione tra autorità e libertà"⁹, il più evidente dei punti di scontro tra l'esercizio del potere e la protezione dei diritti dell'uomo.

A contrario, può osservarsi come la crescente attenzione da parte del legislatore nei confronti del corpo, che caratterizza, come si vedrà nella trattazione, l'attuale epoca del costituzionalismo multilivello è un chia-

⁶ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, VII ed., Napoli, 1984, 283.

⁷ A. CORBINO, *Istituzioni e ordinamenti di Roma dalle origini all'egemonia mediterranea*, in P. CERBAMI-A. CORBINO-A. METRO-G. PURPURA, *Storia del diritto romano. Profilo*, Catanzaro-Messina, 1996, 31.

Coloro che, a garanzia di un proprio o di un altrui debito, esponevano volontariamente la propria persona nelle mani del creditore erano chiamati *nexi*, cioè autovincolati, per distinguerli dagli *addicti*, persone assoggettate al proprio creditore dal magistrato stesso. La legge Petelia Papiria del 326 a.C., che introdusse mitigazioni all'esecuzione personale, segnò la fine, in età storica, di questi istituti: cfr. A. GUARINO, *Istituzioni di diritto romano. Ragguglio*, Napoli, 2006, 39.

⁸ S. RODOTÀ, *Il corpo "giuridificato"*, cit., 52.

⁹ P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in AA.VV., *Il governo del corpo*, cit., 138.

ro sintomo di una più profonda sensibilità per la persona e la sua tutela sul piano giuridico.

Dopo che i codici del XIX secolo, pur riservando una particolare posizione alle persone, avevano tuttavia dato scarsa attenzione al corpo umano – stesso può dirsi anche per lo Statuto albertino¹⁰ – è soltanto con il codice civile del 1942, in particolare con l'art. 5 c.c., e poi, soprattutto, con la Costituzione repubblicana che cambia radicalmente l'attenzione verso il corpo, la cui protezione diventa sempre più strumentale alla difesa dell'uomo e dei suoi diritti inviolabili¹¹: si è opportunamente notato che “il Ventesimo secolo ha rappresentato l'epoca in cui la dimensione giuridica ha dovuto riscoprire il corpo”¹².

Non è un caso che l'approvazione della prima norma dell'ordinamento italiano che in epoca moderna tutela direttamente il corpo – e disciplina gli atti di disposizione di quest'ultimo – l'art. 5 c.c., ha avuto come *occasio legis* un famoso caso giudiziario¹³ “relativo ad un trapianto, dietro compenso, di un testicolo da un giovane studente ad un anziano e facoltoso signore che cercava di riacquistare l'ormai perduta virilità”¹⁴.

¹⁰ V. *infra*, par. 2, cap. I della Parte prima di questo studio.

¹¹ V. *infra*, par. 1, cap. II della Parte prima.

¹² P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, in *Trattato di Biodiritto. Il governo del corpo*, cit., 52.

¹³ Cfr. la sentenza del Tribunale di Napoli del 13 dicembre 1931, in *Foro it.*, 1932, 140 ss. V. *infra* cap. I, § 1 e § 3.2 della Prima parte di questo lavoro.

¹⁴ R. ROMBOLI, *Art. 5 (Atti di disposizione del proprio corpo)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, I, Bologna-Roma, 1988, 227: “il caso, che passò attraverso tre gradi di giurisdizione, pose il problema della responsabilità penale dei medici per l'operazione di trapianto e del valore scriminante del consenso prestato dal giovane”. Cfr. Trib. di Napoli, sent. 28 novembre 1931 (in *Giust. pen.*, 1932, II, 592 ss.); Corte di appello di Napoli, sez. III, sent. 30 aprile 1932, già citata; su tale decisione v. la nota di B. PETROCELLI (in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 456 ss.); A. SANDULLI, *Ancora della lesione personale del consenziente*, in *Scuola positiva*, 1932, II, 319; L. SEVERINO, *La lesione consensuale per innesto chirurgico. L'innesto della glandola sessuale*, in *Giust. pen.*, 1932, II, 592; Corte di Cassazione del Regno, sez. penale, sent. del 31 gennaio 1934, in *Foro it.*, 1934, II, 303 ss., con nota di G. ARANGIO RUIZ.

È, poi, evidente il primato che assume la persona umana nella Carta fondamentale, anche come reazione alla priorità che invece aveva lo Stato rispetto all'individuo nell'esperienza fascista¹⁵. Basti pensare al riconoscimento e alla garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo contenuta nell'art. 2 Cost., "chiave di volta dell'ordinamento" e indice "del fine essenziale" dello Stato, "che consiste nello sviluppo della personalità, attraverso il godimento dei diritti anzidetti", e non di certo "la potenza della nazione, o la supremazia di una razza, o quella di una classe sociale"¹⁶.

4. I nuovi problemi sorti con lo sviluppo delle tecnologie

Negli ultimi anni il progresso scientifico, soprattutto in campo biotecnologico, ha consentito possibilità di intervento sul (e nel) corpo umano, prima impensabili.

Gli interventi sul corpo umano sono oggi sempre più numerosi e incisivi: le emotrasfusioni, le possibilità di fecondazione artificiale, la clonazione umana, i trapianti di organi e tessuti, l'uso della placenta e del cordone ombelicale come fonti di cellule staminali, il reperimento dei dati genetici e la loro raccolta in apposite banche, i tentativi di potenziamento umano, le tecniche di *editing* genetico, l'uso di *chip* nel corpo, l'uso dell'AI in medicina, la ricerca sugli organoidi e sugli xenotrapianti sono soltanto alcuni esempi delle nuove frontiere raggiunte dalla scienza che interrogano il diritto, ma anche l'etica, sui limiti e la liceità delle stesse.

Si pone, pertanto, in maniera pressante ed evidente il problema "della garanzia degli spazi individuali di libertà, messi in discussione anche

¹⁵ Nella vasta dottrina v. G. LA PIRA, *Il valore della Costituzione italiana*, in *Cronache sociali*, 31 gennaio 1948, ripubbl. in ID., *La casa comune. Una Costituzione per l'uomo*, a cura di U. De Siervo, Firenze, 1979, 277 ss.

¹⁶ M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Milano, 1993, 60.

dall'avvento di nuove preoccupanti tecnologie¹⁷: è, infatti, “innegabile che oggi il diritto – così come anche la politica – non possa fare a meno di confrontarsi” con i dati del progresso scientifico, “non solo per i vantaggi che da essi l’universo giuridico può trarre, ma anche per i rischi che dal progresso scientifico e tecnologico possono discendere (basti pensare alle lesioni di diritti fondamentali che da un uso improprio possono derivare)”¹⁸.

Ci si interroga, in altre parole, con un rinnovato interesse, sulle vicende legate alla dimensione fisica della persona, e in particolare sui limiti riguardanti gli atti di disposizione del corpo (e della vita stessa) e l'autodeterminazione personale.

Nel contesto culturale e sociale ora descritto risulta centrale il ruolo svolto dalla normativa dei trapianti di organo dal momento che la possibilità di ricorrervi “obbliga a guardare alle modificazioni” della dimensione fisica della persona “come una vicenda ordinaria che, inoltre, impone di spingere lo sguardo oltre il corpo singolo”¹⁹.

La normativa sui trapianti tra vivi, che consente in qualche modo di intaccare l'integrità fisica, si pone, in questo contesto, come è stato autorevolmente affermato, come limite del costituzionalmente consentito²⁰.

L'analisi della stessa porta a interrogarsi sui confini entro i quali “è consentito utilizzare il corpo umano, sperimentare sull'uomo in nome del progresso della scienza e dell'interesse dei più e prelevare parti di un corpo vivente a vantaggio della salute altrui”²¹.

¹⁷ Così già A. BARBERA, *Le libertà tra «diritti» e «istituzioni»*, *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Milano, 1977, I, 52.

¹⁸ G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, 9.

¹⁹ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto, tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 84.

²⁰ F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1976, 163.

²¹ F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 66.

Nel corso della storia, anche non molto lontana, si è assistito spesso allo sfruttamento dei più deboli – detenuti, condannati a morte, moribondi, malati – per il vantaggio di altri. Si pensi alla decisione, poi non così remota, del Tribunale di Firenze del 1967 secondo la quale “possono esistere uomini senza alcun valore” come nel “caso limite di coloro che per vecchiaia o per malattia o per altra causa siano totalmente inetti a qualunque attività redditizia”²².

Nel dibattito sui limiti che s’impongono agli interventi della scienza, in particolare della scienza medica, sul corpo umano, e dunque nell’ambito dei confini che delimitano la materia dei trapianti, diventa necessario ricostruire e analizzare il rapporto tra principi fondamentali in collisione, tra i quali un ruolo determinante hanno la tutela della vita e della salute, la protezione della dignità umana, il consenso informato e il principio di solidarietà sociale; nonché le modalità con le quali il legislatore ha scelto di definire tali conflitti.

Fino a che punto il diritto può permettere che l’individuo vivente scelga di ledere la propria integrità fisica, la propria salute, per il bene di un soggetto terzo?

E ancora, il dovere di solidarietà si può spingere fino a enunciare un vero e proprio diritto pubblico sul cadavere per l’uso a fini di trapianto? Può concretizzarsi la proposta autorevolmente avanzata già da mezzo secolo di un sistema di “nazionalizzazione del cadavere”²³?

²² Tribunale di Firenze del 5 gennaio 1967, in *Arch. resp. Civ.*, 1969, 130, con la quale il giudice aveva negato il risarcimento del danno alla salute a favore di un anziano.

²³ Cfr. l’intervento di G. LEONE in *Atti del Convegno organizzato dall’ISLE sul tema «Il trapianto degli organi umani e il diritto»*, tenutosi il 1° marzo 1968, Milano, 1968, 51. L’Autore specifica cosa intende per “nazionalizzazione del cadavere”: nazionalizzazione nel senso che “la disponibilità del cadavere, ai fini del benessere dell’umanità e di altri esseri umani, non spetti né al *de cuius*, né agli eredi, né ai parenti, e che pertanto lo Stato, in un’organizzazione futura, debba poter disporre di qualunque cadavere per poter prelevare qualunque parte al fine di giovare ad una vita umana”.

È evidente come le problematiche sopra esposte abbiano un riflesso determinante sulle tradizionali categorie giuridiche, le quali non possono “esistere astrattamente uguali a se stesse nel tempo, ma vengono via via modificate per l’influenza del concreto atteggiarsi dei diritti nella società in ogni determinato momento storico”²⁴: tra i tanti aspetti che verranno analizzati nella trattazione si può già richiamare quello della morte, da sempre considerata un fatto in senso stretto, che, come si vedrà più avanti in questo lavoro²⁵, è oggi oggetto di una profonda rivisitazione.

Essa non è più solo un evento naturale, un “mero «concetto di realtà»”²⁶, ma è divenuta, per i rapidi progressi in campo biomedico, un fenomeno anch’esso da regolare: le problematiche legate alla scelta tra le possibili definizioni di morte e ai criteri di accertamento della stessa interrogano non solo gli operatori sanitari, ma anche il mondo del diritto, a partire dal legislatore e dagli organi giudiziari.

Ulteriore esempio da richiamare sin d’ora è quello della salute, la cui nozione prevista dall’art. 32 Cost. è stata segnata da un’evoluzione negli ultimi anni, ad opera del legislatore e della giurisprudenza. Il progressivo ampliamento del suo contenuto, la questione circa la disponibilità o meno di tale diritto e del potere di decidere sul proprio corpo sono argomenti determinanti per lo studio della legislazione sui trapianti, che pone non pochi interrogativi in tal senso²⁷.

Problemi di vasta portata sorgono per quanto riguarda il paradigma proprietario applicato al corpo umano: tradizionalmente, infatti, è questo modello ad essere utilizzato per le parti staccate dello stesso. Le nuove tecnologie e, nello specifico, la possibilità sempre maggiore di far circolare organi e “materiale” umano, spingono a interrogarsi sul regime uti-

²⁴ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 73.

²⁵ V. *infra*, par. 5, cap. 2, della Parte seconda di questo lavoro.

²⁶ F. MANTOVANI, *Delitto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, I, III ed., Padova, 2008, 35.

²⁷ V., in particolare, par. 3, cap. III della Parte seconda.

lizzato per questi nuovi “beni”²⁸. Ciò è tanto più necessario alla luce degli ultimi dati disponibili sui trapianti, forniti dall’Osservatorio globale sulle donazioni e i trapianti. Essi indicano che ogni anno, in tutto il mondo, vengono eseguiti più di 150.000²⁹ trapianti di organi solidi, con un aumento del 52% rispetto al 2010. La crescita risulta, però, ancora insufficiente a colmare la richiesta dei pazienti in attesa (il numero dei trapianti eseguiti è inferiore al 10% del fabbisogno globale). I dati mostrano, inoltre, molte disuguaglianze e uno sviluppo asimmetrico dei trapianti in tutto il mondo: molti paesi non hanno ancora oggi sistemi e infrastrutture adeguate, normative specifiche e finanziamenti.

La 77^a sessione della *World Health Assembly* dell’OMS ha approvato a Ginevra il 29 maggio 2024 una Risoluzione per incentivare la disponibilità, l’accesso etico e il controllo dei trapianti di cellule, tessuti e organi umani. Il documento promuove, in particolare, lo sviluppo dei trapianti e il contrasto alle disuguaglianze, introducendo, altresì, misure per prevenire e combattere la tratta di persone finalizzata all’espianto e il traffico di organi umani.

Di fronte ai continui attacchi alla vita fragile e vulnerabile, in tutte le sue forme, – conseguenza del diffondersi di una cultura efficientista e individualista – la società necessita di gesti concreti di solidarietà che testimoniano il valore della vita e delle relazioni umane.

La donazione di organi da destinare alla medicina dei trapianti risponde, così, ancora oggi, ad una necessità “sociale”, che guarda al bisogno di cura di tanti pazienti che attendono l’operazione salva-vita di trapianto: la donazione spinge ad andare oltre sé stessi, per salvaguardare la vita altrui nella fragilità. Promuovere la cultura sottesa ai trapianti, nel rispetto della dignità umana, vuol dire rafforzare la cultura della solidarietà e della speranza.

²⁸ V. *infra*, par. 4, cap. I della Parte seconda.

²⁹ Cfr. i dati riportati per l’anno 2022 dal *Global Observatory on Donation and Transplantation*, consultabili sul sito <https://www.transplant-observatory.org/>

PARTE I

LA TUTELA DEL CORPO UMANO TRA PRINCIPI COSTITUZIONALI E LEGISLAZIONE ORDINARIA

CAPITOLO PRIMO
MOMENTI STORICI

SOMMARIO: 1. Il corpo umano tra soggetto e oggetto – 2. La tutela del corpo umano nello Stato liberale in Italia – 3. Il corpo umano nello Stato totalitario; 3.1. La tutela del corpo nel codice penale; 3.2. La tutela del corpo umano nel codice civile – 4. L'applicazione della disciplina prevista dall'art. 5 c.c.

1. Il corpo umano tra soggetto e oggetto

Per potere analizzare in profondità la normativa vigente in Italia in materia di trapianti, occorre fissare un quadro di riferimento generale relativo alla protezione del corpo umano. A tal fine appare opportuno partire dalla tutela di quest'ultimo nella fase pre-repubblicana e, dunque, tanto nell'epoca dello Stato liberale, quanto in quella dello Stato totalitario, per giungere a evidenziare le profonde novità apportate in materia dalla Costituzione del 1948.

Nello studio di tali profili condotto in questo primo capitolo, emergerà come il diritto si è trovato nel corso del tempo ad affrontare il problema creato, in fondo, dalla “doppia verità del corpo” umano: esso, da una parte, appare, secondo quanto già evidenziato nell'introduzione di questo lavoro, “come indistinguibile dal soggetto, che vi si riconosce in termini di essere” e dall'altra, è considerato “oggetto di diritti, decisioni, appropriazioni”³⁰, e, pertanto, manipolabile, divisibile nelle sue parti, donabile, disponibile.

³⁰ P. ZATTI, *Principi e forme del “Governo del corpo”*, in AA.VV., *Il governo del corpo*, cit., I, 99.

I codici civili dell'800, in particolare quello francese e italiano, “pur aprendosi con una parte dedicata alle «persone»”, ne ignoravano “del tutto la fisicità, limitandosi poi a essenziali accenni sul nascere e morire”³¹.

Tale assenza sul piano storico può essere giustificata se si considera che “un tempo risultava difficile concepire l'esistenza di *beni* da proteggere che non fossero, da un lato, patrimonialmente valutabili e, dall'altro, esterni alla persona e pertanto appropriabili”³².

Solo molto più tardi il diritto si è finalmente occupato – con attenzione sempre crescente – del corpo umano nella sua concretezza, “delle persone considerate nella loro dimensione fisica, come entità biologiche, dotate di un corpo”³³.

2. La tutela del corpo umano nello Stato liberale in Italia

Com'è noto, lo Statuto del Regno non lasciava ampio spazio alla disciplina del rapporto tra Stato e cittadino, come invece fa la Costituzione repubblicana³⁴: infatti, “il quadro delle libertà e dei diritti che si era formato sotto lo Statuto Albertino presentava una sensibile debolezza complessiva”³⁵.

Le poche norme riguardanti il rapporto tra Stato e cittadino “si limitavano, per di più, ad enunciare in forma sempre piuttosto laconica i di-

³¹ S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., 74.

³² F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIII ed., Napoli, 2007, 179.

³³ A. SANTOSUOSSO, *Persone fisiche e confini biologici: chi determina chi*, in AA.VV., *Diritti e Costituzione: profili evolutivi e dimensioni inedite*, a cura di A. D'Aloia, Milano, 2003, 141.

³⁴ Al riguardo v. per tutti M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018, 35 ss.

³⁵ P. BARILE, *I diritti umano in cinquant'anni di Costituzione repubblicana*, in *Dalla Costituente alla Costituzione*, Convegno in occasione del cinquantesimo della Costituzione repubblicana, tenutosi a Roma i giorni 18-20 dicembre 1997, Roma, 1998, 143.

ritti e i doveri in parola, rinviandone poi l'ulteriore più concreta e dettagliata disciplina alle statuizioni della legge³⁶.

Il legislatore ordinario, in questo quadro, godeva di un vasto campo d'azione, tanto più ove si consideri che lo Statuto fu ben presto considerato una Carta flessibile, sia per la “natura «elastica» delle norme statutarie, le quali rendevano generalmente possibili notevoli mutamenti normativi”, sia per “l'esistenza di una «lacuna apparente» in ordine al regime di immodificabilità a cui le norme statutarie erano sottoposte³⁷”.

Per quanto riguarda più specificamente la tutela del corpo umano, lo Statuto non ne prevedeva una specifica, né tanto meno contemplava, neanche indirettamente, il diritto alla salute, né quello all'integrità fisica.

L'unica libertà legata alla dimensione corporea della persona era disciplinata nell'art. 26 dello Statuto, il quale proclamava che “la libertà individuale è guarentita”.

In riferimento a tale articolo, per ciò che qui interessa, la migliore dottrina metteva in luce come la parola “libertà” avesse una radice comune alla “parola gotica *lib*, donde poi l'inglese *limb*, membro, e *life*, vita, e il tedesco *Leben* e *Leib* che pur significano vita e corpo³⁸”, proprio per sottolineare il legame inscindibile tra libertà personale e la padronanza del proprio corpo.

Libertà individuale era, dunque, il termine utilizzato per indicare tanto la “disposizione autonoma della propria persona fisica”, quanto lo “esercizio delle facoltà elementari di muoversi e vivere³⁹”.

³⁶ P. BISCARETTI DI RUFFIA, voce *Statuto albertino*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milano, 1990, 992.

³⁷ A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, 2 ed., Padova, 2002, 15 s. Per l'illustre studioso lo Statuto era stato concepito come rigido, “non modificabile nelle vie ordinarie”, in quanto “atto costituzionale formalizzato in un apposito documento esplicitamente qualificato legge fondamentale”, ma immediatamente è stato considerato invece flessibile, anche in virtù di una sorta di “congiura politico-culturale” (14 s.).

³⁸ F. RACIOPPI-I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1909, vol. II, 59.

³⁹ F. RACIOPPI-I. BRUNELLI, *loc. ult. cit.*

Nel quadro costituzionale ora descritto, sotto l'influsso del pensiero illuministico, e in particolare di Cesare Beccaria⁴⁰, nel 1889 in Italia, con il codice Zanardelli, venne abolita la pena di morte⁴¹, questione sulla quale lo Statuto, diversamente dalla Costituzione repubblicana, era rimasto invece silente.

La contestazione della tortura e del carattere disumano della pena di morte “cade in un momento storico in cui la pena – in molti casi – è ancora spettacolo cruento, esibizione del corpo del condannato”⁴².

3. Il corpo umano nello Stato totalitario

Com'è noto, con l'avvento dello Stato totalitario i diritti di libertà, e non solo quelli politici, vennero fortemente limitati dal regime autoritario⁴³.

L'esperienza del totalitarismo dello Stato fascista è caratterizzata, invero, “dalla prevalenza dello Stato sulla persona, con i corpi dei cittadini ridotti a meri oggetti funzionali agli obiettivi fissati dai vertici”⁴⁴.

⁴⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, VI, Milano, 1984. L'autore ha affermato che deve essere prescelto quel tipo di pene e quel metodo d'infliggerle che, “serbata la proporzione, farà un'impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo”.

⁴¹ Nella vasta dottrina ci si limita a ricordare G. VASSALLI, *Cesare Beccaria nel bicentenario del «Dei delitti e delle pene»*, ora in *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, 1997, 527 ss.; F. M. PAGANO, *Principi del codice penale*, in *Opere filosofiche, politiche ed estetiche di F. Mario Pagano*, Napoli, 1848, 323 ss.; G. FILANGERI, *La scienza della legislazione*, vol. III, XLIII, Milano 1855, 726 e ss.

⁴² A. D'ALOIA, *Cesare Beccaria. Note per una lettura costituzionale su “Dei delitti e delle pene”*, in *Dirittifondamentali.it*, Vol. V, fasc. 1/2016, 10. All'opera di Beccaria si ispirò la prima legislazione abolizionista della pena di morte nel 1786 nel Granducato di Toscana. Sul punto v. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Bologna, 2007, XIX.

⁴³ Nella vasta dottrina, si consenta il rinvio a L. PALADIN, «Fascismo. II. Diritto costituzionale», in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 889 ss.; G. MELIS, «Fascismo (ordinamento costituzionale)», in *Dig. disc. pubbl.*, 1991.

⁴⁴ P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 12.

Nello Stato totalitario si assiste, dunque, a “pesanti limitazioni, in fatto e in diritto, alle stesse libertà civili elementari, sino all’introduzione delle discriminazioni di capacità giuridica per motivi razziali”⁴⁵.

Di tale contesto storico la garanzia del corpo umano non poteva non risentire gravemente.

Si ricordano, in quel periodo, oltre alla reintroduzione della pena di morte⁴⁶, le forme di tortura inflitte sul corpo umano, l’inasprimento delle misure limitative della libertà personale, in particolare quelle di prevenzione⁴⁷, e in generale gli accentuati poteri discrezionali dell’autorità di pubblica sicurezza, previsti nei T.U. delle leggi di pubblica sicurezza del 1926 e del 1931⁴⁸, ma anche la qualificazione dei reati di violenza sessuale come “*Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*”, nel Titolo IX del codice penale⁴⁹. Occorre, inoltre, far menzione dei “provvedimenti contro i celibi, varati al fine di assecondare la politica di incremento demografico e di ‘difesa della razza’”⁵⁰: in particolare la previsione di una imposta speciale, disciplinata dal R.D. 19 dicembre 1926 n. 2132, per coloro che, non sposati, avevano un’età compresa tra

⁴⁵ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, Introduzione al diritto costituzionale italiano*, I, Padova, 1978, 116: “la legislazione fascista si contrappose radicalmente al sistema liberale democratico che l’aveva preceduta, cancellandone gli istituti e le garanzie essenziali”. Le leggi razziali furono un insieme di atti normativi, tra i quali il d.l. n. 1728 del 1938, il d.l. n. 1381 del 1938, il d.l. 1390 del 1938, la l. n. 1024 del 1939, la l. n. 1054 del 1939. Cfr. M. OLIVETTI, *op.ult. cit.*

⁴⁶ Essa venne reintrodotta prima dalla l. 25 novembre 1926, n. 2008 (legge per la difesa dello Stato) per gli attentati contro i reali e il Capo del Governo, nonché per altri delitti contro la sicurezza dello Stato e poi dagli artt. 17 e 21 del Codice Rocco; la pena è stata successivamente abolita con il d. lg. lgt. 10 agosto 1944, n. 224.

⁴⁷ Ad esempio l’introduzione del confino di polizia, con R.D. 6 nov. 1926, nr. 1848 (Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza), nei confronti dei nemici interni del regime.

⁴⁸ Si fa riferimento al R.D. del 6 novembre 1926, n.1848, e al R.D. 18 giugno 1931, n. 773.

⁴⁹ Cfr. P. VERONESI, *loc. ult. cit.*; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VII, Torino, 1984, 612; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, vol. 2, t. I, IV ed., Bologna, 2013, 237 ss.

⁵⁰ P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III ed., Torino, 2011, 30.

i 25 e i 65 anni, “dovuta dai celibi pel solo fatto del loro stato” (art. 1, comma 2)⁵¹.

Scopo del regime totalitario era in fondo quello, ovviamente deprecabile, di “trasformare uomini e donne in puri esseri di una specie: privare della pluralità significa costringere all’uniformità ... e l’uniformità è caratteristica della specie”⁵².

3.1 La tutela del corpo nel codice penale

Nonostante il clima “culturale” sopra descritto, durante l’esperienza fascista formalmente era comunque possibile riscontrare una forma di tutela all’integrità fisica della persona: anche in assenza di una disciplina specifica sugli atti di disposizione del proprio corpo, era infatti deducibile da alcune disposizioni del codice penale una protezione per alcuni, singoli, aspetti dell’integrità della persona.

In altre parole, nonostante non fosse possibile rinvenire nel codice Rocco del 1930 la previsione di “una norma incriminante genericamente l’offesa al bene dell’integrità fisica”, in esso erano presenti “varie norme incriminatrici di determinate specie di offesa a questo bene”⁵³.

In particolare, si fa riferimento all’art. 581 c.p., che sanziona ancora oggi il delitto di percosse, prevedendo la pena per “chiunque percuote

⁵¹ Il R.D. 19 dicembre 1926 n. 2132, ha previsto l’imposta personale progressiva sui celibi, applicata poi con R.D. 13 febbraio 1927, il cui art. 1 affermava: “Sono soggetti alla imposta istituita col R. decreto-legge 19 dicembre 1926, n. 2132, i celibi compresi tra i 25 ed i 65 anni compiuti, ad eccezione: 1° dei sacerdoti cattolici e dei religiosi che hanno pronunciato il voto di castità; 2° dei grandi invalidi di guerra; 3° degli ufficiali, dei sottufficiali e dei militari di truppa vincolati a ferme speciali delle forze armate dello Stato, per i quali il matrimonio sia subordinato a condizioni od a limitazioni; 4° di coloro ai quali l’art. 61 del Codice civile vieta di contrarre matrimonio; 5° degli stranieri ancorché residenti permanentemente in Italia”.

⁵² B. MAGNI, *I confini del corpo*, in *Il governo del corpo*, cit., 40.

⁵³ M. PESANTE, voce *Corpo umano (Atti di disposizione)*, in *Enc. Dir.*, vol. X, Milano, 1962, 658.

taluno, se dal fatto non deriva una malattia nel corpo o nella mente”⁵⁴, e all’ art. 582 c.p., che prevede il reato di lesioni personali qualora dalla lesione deriva una malattia nel corpo o nella mente⁵⁵.

L’indisponibilità della vita⁵⁶ era poi, più in generale, affermata dall’art. 579 c.p., che incrimina l’omicidio del consenziente, e cioè chiunque cagiona la morte di un uomo con il consenso di lui, e dall’art. 580 c.p., che punisce l’istigazione o l’aiuto al suicidio, e cioè il soggetto che determina altri al suicidio o rafforza l’altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l’esecuzione. Tale assetto si fondava originariamente sull’esclusivo interesse dello Stato “alla conservazione della esistenza fisica dei consociati”⁵⁷, come emerge dall’analisi della dottrina del tempo⁵⁸.

⁵⁴ L’articolo è stato da ultimo modificato dalla legge 14 agosto 2020, n. 113, recante *Disposizioni in materia di sicurezza per gli esercenti le professioni sanitarie e socio-sanitarie nell’esercizio delle loro funzioni*, che ha previsto un diverso regime qualora ricorra la circostanza aggravante prevista dall’articolo 61, numero 11-octies.

⁵⁵ Su tali disposizioni nella vasta dottrina penalistica, v. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, Padova, 1995, 145 ss.; M. G. GALLISAI PILO, *Lesioni e percosse*, in *Digesto disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 394 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Lesioni personali e percosse*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, 1 ss.

⁵⁶ Nella vasta dottrina al riguardo v. G. GEMMA, *Vita (diritto alla)*, in *Digesto disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, 670 ss.

⁵⁷ O. VANNINI, *I delitti contro la integrità della stirpe e l’omicidio del consenziente*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, 163. L’Autore continua affermando che “nell’omicidio del consenziente soggetto passivo non è l’uomo, bensì lo Stato: l’uomo mercé il consenso, declina la qualità giuridica di titolare dell’interesse alla conservazione del bene in lui protetto dalla legge, e rimane mero oggetto materiale del reato”. È interessante notare che il tema sia emerso anche in occasione del recente dibattito sulla proposta di abrogazione mediante referendum dell’art. 579 c.p.: in tale occasione la Corte costituzionale ha avuto modo di ricordare, con la sentenza n. 50 del 2022, che anche se è vero “che il legislatore del 1930, mediante la norma incriminatrice di cui all’art. 579 cod. pen., intendeva tutelare la vita umana intesa come bene indisponibile anche in funzione dell’interesse che lo Stato riponeva nella conservazione della vita dei propri cittadini, non è però affatto arduo cogliere, oggi, la ratio di tutela della norma «alla luce del mutato quadro costituzionale, che guarda alla persona umana come a un valore in sé, e non come a un semplice mezzo per il soddisfacimento di interessi collettivi». Vietando ai terzi di farsi esecutori delle altrui richieste di morte, pur validamente espresse,

Ancor prima poi dell'approvazione dell'art. 5 c.c. era possibile rinvenire nell'art. 50 c.p. – secondo il quale è esclusa la punibilità di chi “lede o pone in pericolo un diritto con il consenso della persona che può validamente disporre” – una prima scarna disciplina degli atti di disposizione del proprio corpo con la previsione della causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto⁵⁹.

Anche i lavori preparatori al codice civile mettono in luce la stretta relazione tra le due norme, animate da una stessa finalità. L'art. 50 c.p. è, dunque, considerata una classica norma in bianco, successivamente integrata dall'art. 5 c.c.⁶⁰.

Va ricordato, inoltre, l'art. 552 c.p., previsto originariamente tra i delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe e abrogato dalla l. 22 maggio 1978, n. 194, che puniva per il reato di procurata impotenza alla procreazione tanto il soggetto destinatario dell'intervento, quanto co-

l'incriminazione dell'omicidio del consenziente), assolve ... allo scopo, di perdurante attualità, di proteggere il diritto alla vita, soprattutto – ma, occorre aggiungere, non soltanto – delle persone più deboli e vulnerabili, in confronto a scelte estreme e irreparabili, collegate a situazioni, magari solo momentanee, di difficoltà e sofferenza, o anche soltanto non sufficientemente meditate”. La sentenza ribadisce così il cardinale rilievo del valore della vita, primo dei diritti inviolabili dell'uomo. Sulla pronuncia v. A. RUGGERI, *Autodeterminazione versus vita, a proposito della disciplina penale dell'omicidio del consenziente e della sua giusta sottrazione ad abrogazione popolare parziale (traendo spunto da Corte cost. n. 50 del 2022)*, in *Diritti fondamentali*, 1/2022. Per una diversa prospettiva, v. A. PUGIOTTO, *Eutanasia referendaria. Dall'ammissibilità del quesito all'incostituzionalità dei suoi effetti: metodo e merito nella sent. n. 50/2022*, in *Rivista AIC*, 2/2022, 27 maggio 2022.

⁵⁸ G. GEMMA, voce *Vita (diritto alla)*, cit., 678.

⁵⁹ Sull'art. 50 c.p. v. G. MARINI, voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Novissimo dig., app.*, vol. II, Torino, 1980, 402 ss.; M. ROMANO, *Art. 50*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 3^a ed., Milano, 2004, 529; C.F. GROSSO, voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Roma, 1988, 1 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 244.

⁶⁰ Cfr. R. ROMBOLI, *Art. 5*, cit., 227 s.; L. SALAZAR, *Consenso dell'avente diritto e disponibilità fisica*, in *Cass. pen. Mass.*, 1983, 53 ss.; C.M. D'ARRIGO, *Il contratto e il corpo: meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, in *Familia*, 2005, 4-5, 778 ss.

lui che compiva, con il consenso dell'interessato, atti in grado di far perdere tale capacità. Non ha subito modifiche fino ad oggi invece l'art. 583 c.p. che punisce per lesione personale gravissima la procurata perdita della capacità di procreare, la perdita di un arto oppure dell'uso di un organo, la deformazione ovvero lo sfregio del viso.

3.2 La tutela del corpo umano nel codice civile

Il codice civile, pur essendo stato redatto e promulgato durante la drammatica esperienza dello Stato totalitario, nella sua elaborazione non ha riportato, salvo alcune previsioni⁶¹, con “una durevole traccia l'ideologia imperante a quell'epoca ... in quanto maturato in un clima sostanzialmente conservatore e borghese, indifferente alle concezioni ufficiali proclamate dal fascismo”⁶²: in sostanza il codice non ha risentito, se non in un esiguo numero di norme specifiche, del regime e ciò è vero anche in relazione al tema qui in esame⁶³.

Infatti, pur se nell'elaborazione dell'art. 5 c.c., come si può ben vedere dai lavori preparatori⁶⁴, era presente la scelta, propria del regime, di salvaguardare l'integrità dell'individuo per i fini superiori, di potenza, dello Stato e della conservazione della stirpe – funzionale all'espletamento dei do-

⁶¹ V. ad esempio l'art. 1 c.c., comma 3, che prevedeva limitazioni alla capacità giuridica derivanti dall'appartenenza a determinate razze stabilite da leggi speciali, e l'art. 147 c.c. che, al comma 2, nello specificare i doveri verso i figli, stabiliva che l'educazione e l'istruzione dovevano essere conformi ai principi della morale e al sentimento nazionale fascista.

⁶² A. TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1975, 25.

⁶³ Cfr. F. MAROI, *Diritto civile e fascismo*, in *Archivio giuridico “Filippo Serafini”*, 1935, 29. V. inoltre sul punto, in relazione alle disposizioni del codice sulla famiglia, F. VARI, *Profili costituzionali dell'autonomia familiare*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 9 dicembre 2019.

⁶⁴ Sui lavori preliminari v. M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002, 24 ss.; M.C. CHERUBINI, *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo*, in *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di Busnelli-Breccia, Milano, 1978, 74 ss.; S. ROSSI, voce *Corpo umano (atto di disposizione sul)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, app. di aggiornamento VII, Torino, 2012, 222.

veri che il singolo aveva nei confronti della società⁶⁵ – tale scelta “appare tuttavia nettamente subordinata alla esigenza liberista di assicurare un’ampia disponibilità del proprio corpo, attraverso una norma che considerasse ogni atto di disposizione ammesso, se non contrastante con la legge o la morale”⁶⁶.

Come già evidenziato, l’approvazione della disposizione per eccellenza sugli atti di disposizione del corpo umano, l’art. 5 c.c., ha avuto come *occasio legis* un famoso caso giudiziario, che in occasione dei diversi gradi di giurisdizione suscitò un ampio dibattito in dottrina sul valore scriminante del consenso dell’avente diritto, quando ad essere leso è il corpo umano.

Il caso riguardava il trapianto di un testicolo da un giovane a un anziano, con il consenso del primo e con la previsione di un compenso da parte del secondo.

Come si evince dalla vicenda e dalla lettura dei lavori preparatori del codice civile, l’art. 5 c.c. è stato approvato con l’intenzione di colmare una lacunosa normativa e di disciplinare gli atti di disposizione del corpo, in particolare “quelli con cui un soggetto dispone del proprio corpo o di parte di esso a favore di altri”⁶⁷.

⁶⁵ Cfr. R. ROMBOLI, *I trapianti d’organo*, in AA.VV., *Il diritto alla salute alle soglie del terzo Millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, a cura di L. Chieffi, Torino, 2003, 151, il quale ricorda come la disposizione in questione rispecchia “la concezione dominante del periodo storico in cui la stessa fu approvata e l’integrità fisica è tutelata non come valore in sé, ma come bene strumentale al perseguimento di finalità ritenute essenziali, come padre che mantiene la famiglia ed è co-produttore di figli, come lavoratore che consente il progresso economico della nazione, come soldato che difende la patria dallo straniero”.

⁶⁶ M. DOGLIOTTI, *Persone fisiche. Capacità, status, diritti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. II, Torino, 2014, 364.

⁶⁷ Così R. ROMBOLI, *Art. 5, cit.*, 228. La norma in esame è anche intesa in senso ampio, con il divieto di atti di disposizione materiale, ossia di “fatti giuridici volontari che hanno ad oggetto il corpo umano”, come ad es. il suicidio o la sterilizzazione volontaria. Contro tale interpretazione v. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. I, Padova, 2009, 152, il quale ritiene possibile la sola interpretazione letterale dell’articolo, per l’autodeterminazione della persona.

L'art. 5 c.c. rappresentò, così, una novità rispetto al codice civile del 1865, introducendo per la prima volta una disciplina dei rapporti riferiti alla sfera corporea della persona.

Occorre, per completezza, ricordare che il codice civile ha previsto una norma sull'integrità fisica della persona anche all'art. 2087 c.c., in materia di lavoro: l'imprenditore ha l'obbligo di adottare, nell'esercizio dell'impresa, tutte le misure necessarie per tutelare, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro.

Tale norma a tutela delle condizioni di lavoro, così fondamentale e centrale nel dibattito giuridico contemporaneo, per molto tempo "rimase sostanzialmente inapplicata e fu frequentemente (e assai restrittivamente) interpretata, alla luce del mero obbligo di correttezza e probità"⁶⁸.

L'art. 2087 c.c. ha così avuto una scarsa applicazione in funzione di prevenzione, mentre rilevante è stata la sua applicazione in funzione risarcitoria: è stato infatti "solitamente invocato ex post, in funzione risarcitoria di eventi dannosi già verificatisi"⁶⁹.

La Corte costituzionale ha riconosciuto, a questo riguardo, l'esistenza anche nel rapporto di lavoro del danno biologico, inteso come lesione dell'integrità psico-fisica della persona-lavoratore⁷⁰.

⁶⁸ M. DOGLIOTTI, *Persone fisiche. Capacità, status, diritti, cit.*, 362.

⁶⁹ E. GHERA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, Bari, 2007, 113.

⁷⁰ Cfr. Corte cost., sent. 14 luglio 1986, n. 184, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 534 ss. con nota di G. ALPA, *Danno biologico. Questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c.* Su tale decisione v. anche G. PONZANELLI, *La Corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*, in *Foro it.*, 1986, I, 2053 ss.; P.G. MONATERI, *La Costituzione e il diritto privato: il caso dell'art. 32 e del danno biologico*, in *Foro it.*, 1986, I, 2976; A. PULVIRENTI, *Il danno all'integrità psico-fisica (cosiddetto danno biologico), nella più recente sentenza della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 392 ss; G. SCALFI, *Reminiscenze dogmatiche per il c.d. danno alla salute: un ripensamento della Corte costituzionale*, in *Resp. civ. prev.*, 1986, 520.

Nella giurisprudenza successiva v., inoltre, Corte cost. sent. 15 febbraio 1991, n. 87, in *Foro it.*, 1991, I, 1664 s., con nota di D. POLETTI, *Cronaca di un incontro*

4. L'applicazione della disciplina prevista nell'art. 5 c.c.

Caduto il regime fascista, anche in epoca repubblicana, l'art. 5 c.c. ha continuato ad avere grande importanza quanto agli atti di disposizione del proprio corpo. Gli atti di disposizione del proprio corpo sono consentiti dall'art. 5 c.c. a certe condizioni, e cioè quando non “cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica” e quando non “siano contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume”.

Per quanto riguarda l'utilizzo dell'espressione «atto di disposizione», essa sembra essere impropria dal momento che il consenso, per quanto riguarda gli atti di disposizione del proprio corpo, e specialmente il consenso al trapianto di rene, può essere in ogni momento revocato e non obbliga, dunque, il consenziente⁷¹. L'uso di tale espressione riflette, invero, l'impostazione contrattualistica e la logica proprietaria sottesa al codice civile⁷².

Si discute, altresì, se rientrino nella disposizione in esame anche gli atti che il soggetto compie direttamente in prima persona sul proprio corpo e che possono mettere in pericolo la sua integrità. È il caso dello svolgimento delle attività pericolose, come il pugilato, le gare automobilistiche o il contratto di circo⁷³. Tali attività non sono tanto lesive per l'integrità della persona, quanto rischiose per l'incolumità fisica.

annunciato: il danno alla salute e l'assicurazione contro gli infortuni; Corte cost. sent. 18 luglio 1991, n. 356, in Foro it., 1991, I, 2967, con nota di G. DE MARZO, Pregiudizio della capacità lavorativa generica: danno da lucro cessante o danno alla salute?; Corte cost., sent. 27 dicembre 1991 n. 485, in Foro it., 1993, I, 72, con nota di G. BIANCO, Corte costituzionale e danno biologico: incontri vieppiù ravvicinati.

L'art. 13 del d.lgs. 23 febbraio 2000 n. 38, come modificato dal d.lgs. 13 aprile 2001, n. 202, ha definito il danno biologico “lesione dell'integrità psico-fisica, suscettibile di valutazione medico-legale, della persona”, e ha esteso anche ad esso la tutela assicurativa contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

⁷¹ V. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile, cit.*, 151.

⁷² Cfr. S. ROSSI, *op. ult. cit.*

⁷³ Cfr. già G. VASSALLI, *Agonismo sportivo e norme penali*, in *Riv. dir. sport.*, 1958, 184 ss.

L'art. 5 c.c., come appena ricordato, contiene un limite speciale – quello della diminuzione permanente dell'integrità fisica – che determina secondo alcuni la “rigidità della norma”⁷⁴, e un divieto posto dalle clausole generali – la contrarietà alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume – che risulta essere “più elastico, suscettibile”, cioè, “di essere aggiornato... in relazione ai principi costituzionali ed all'evoluzione tecnologica, che in questo capo gioca un ruolo determinante”⁷⁵.

In dottrina si discute sull'esatto contenuto del divieto speciale: per alcuni, per aversi una diminuzione permanente, l'atto dispositivo dovrebbe comportare una menomazione irreversibile, anche se di minima portata⁷⁶; per altri l'alterazione dovrebbe essere funzionale, in grado, cioè, di alterare la funzionalità dell'intero organismo⁷⁷; infine, secondo una diversa teoria, si dovrebbe far riferimento non tanto alla quantità della menomazione, quanto alla sua qualità⁷⁸.

Per quanto riguarda le parti staccate del corpo umano (capelli, denti, unghie, plasma sanguigno, ecc.) è stata tradizionalmente pacifica la disponibilità del titolare: sono, cioè, oggetto di proprietà del singolo che ne ha il pieno godimento e la piena disponibilità. Tali parti sono considerate dalla dottrina beni ai sensi dell'art. 810 c.c. e il loro acquisto

⁷⁴ M. D'ARRIGO, *Trapianto di fegato: una legge inutile e nociva? Alcune riflessioni sulla donazione di organi tra viventi*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, 1193.

⁷⁵ M. D'ARRIGO, *loc. ult. cit.*

⁷⁶ Cfr. in tal senso F. MESSINEO, *Note in tema di atti di disposizione sul corpo umano*, in *Temi*, 1956, 340. Tale tesi è criticata da F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana, cit.*, 147 ss.

⁷⁷ V. F. SANTOSUOSSO, *Trapianti, cit.*, 508.

⁷⁸ Cfr. R. ROMBOLI, *Art. 5, cit.*, 230 s., per il quale la nozione di diminuzione permanente è valutata dalla dottrina prevalente “anche e soprattutto dal punto di vista qualitativo, della persona cioè considerata unitariamente e nei rapporti con i suoi simili”. V. inoltre F. MANTOVANI, *I Trapianti e la sperimentazione umana, cit.*, 152, che parla di “danno che modifica realmente e sostanzialmente il modo di essere dell'individuo, sotto il profilo dell'integrità funzionale o anche sotto il solo profilo della integrità anatomica nel caso di mortificazioni peggiorative del complesso fisiognomico, che alterano il modo di essere dell'individuo in rapporto all'ambiente, diminuendone le sue risorse caratterizzanti e in definitiva la sua capacità di vita e di relazione”.

coincide, per la dottrina maggioritaria, con il distacco dalla persona alla quale appartengono⁷⁹.

Il diritto di proprietà del soggetto dal quale è avvenuto il distacco “prescinde dalle *ragioni* per cui e dai *modi* in cui è avvenuto il distacco della parte anatomica (intervento chirurgico o odontoiatrico, incidente, fatto lesivo proprio o altrui, prelievo a scopo di trapianto o di sperimentazione, espulsione degli annessi fetali del parto, taglio di capelli, ecc.)”⁸⁰.

In caso di abbandono diventano *res derelicta*: in quanto *res nullius* possono essere “suscettibili di acquisto per occupazione (art. 923 c.c.) da parte di chi sia in grado di trarne utilità”⁸¹, ad esempio “da parte dell’ente ospedaliero se trattasi di parti di interesse didattico, scientifico, terapeutico, industriale-farmaceutico”⁸².

Proprio l’impiego delle parti staccate del corpo umano per scopi scientifici apre oggi problematiche prima sconosciute.

Il progresso in campo biomedico e l’avanzamento della tecnica, secondo quanto si illustrerà meglio più avanti, “suscita dubbi sull’affidabilità delle soluzioni e dei concetti tradizionali”⁸³ in questo ambito.

Si pensi al caso dell’impiego di materiale organico residuo da un intervento chirurgico o il diverso caso della donazione di gameti e della

⁷⁹ Per quanto riguarda la dottrina più risalente sul tema si veda A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1982, 178 ss.; ID., *Sull’equiparazione delle parti staccate del corpo umano ai frutti naturali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 137. Oltre al distacco in dottrina il diritto di proprietà sulle parti staccate è ricostruito seguendo o lo schema della fruttificazione, v. G. CRISCUOLI, *L’acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, in *Dir. fam.*, 1985, 266 ss.; o quello delle *res nullius per derelicto*, soggette a occupazione, C.M. BIANCA, *Diritto civile. La norma giuridica. I soggetti*, I, Milano, 1990, 160 ss.; o viene in qualche modo estesa analogicamente la disciplina applicabile alle opere di ingegno, considerando il distacco delle parti come una loro creazione: per questa ultima ricostruzione v. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1977, 52.

⁸⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, 81.

⁸¹ D. CARUSI, voce *Atti di disposizione del corpo*, in *Enc.giur.*, vol. III, Roma, 1999, 1.

⁸² F. MANTOVANI, *loc. ult. cit.*

⁸³ D. CARUSI, *loc. ult. cit.*

“circolazione” di embrioni per finalità legate alla procreazione medicalmente assistita.

L’art. 5 c.c. è stato, poi, oggetto dell’intervento del legislatore che ha previsto alcune deroghe, più o meno esplicite, al limite della diminuzione permanente dell’integrità fisica⁸⁴.

Vale la pena sin d’ora ricordare, infatti, che la legge, come si vedrà più avanti nella trattazione⁸⁵, ha in parte derogato alla disposizione in esame in casi specifici di particolare rilevanza sociale, come ad esempio quello della donazione a fine di trapianto del rene o di parti del fegato da vivente, prevedendo altresì la gratuità e la revocabilità del consenso.

Secondo la dottrina tali atti di disposizione, pur cagionando lesioni permanenti, si considerano leciti in quanto espressione del principio di solidarietà sociale (art. 2 Cost.), sempre nel rispetto del consenso della persona e dei limiti oggettivi dettati dall’attività medica⁸⁶.

Come si vedrà più avanti in questo lavoro, quando si affronterà la tematica della donazione al fine di trapianto di organo, è oggi il paradigma proprietario applicato al corpo umano ad essere messo in discussione, in quanto considerato riduttivo rispetto alla persona⁸⁷.

Per quanto riguarda il rapporto tra individuo e corpo, infatti, l’art. 5 c.c. muove “da un’impostazione superata” che ricostruisce tale rapporto “secondo lo schema tipico dei diritti patrimoniali, in cui il corpo appare come oggetto di un diritto liberamente disponibile entro i limiti dettati dal rispetto di interessi superiori”⁸⁸. Nella disposizione in esame il cor-

⁸⁴ In dottrina si è parlato anche di disapplicazione dell’art. 5 c.c. attraverso una abrogazione definita per sottrazione” operata dal legislatore, v. S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., 85.

⁸⁵ Cfr. *infra* Cap. III della Parte seconda di questo studio.

⁸⁶ A. BELLELLI, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, Padova, 1983, 31.

⁸⁷ In questa prospettiva viene criticata la qualificazione di *res* per le parti staccate del corpo umano, vista come “visione riduzionistica della persona”, v. G. CRICENTTI, *I diritti sul corpo*, Napoli, 2008, 143 ss.

⁸⁸ E. PALMERINI, *Le scelte sul corpo: i confini della libertà di decidere*, relazione del Convegno *Bioetica e Diritto* presso il Consiglio Superiore della Magistratura

po è, d'altronde, “visto come qualcosa di separato dalla persona, come oggetto su cui esercitare il proprio potere di disposizione per cui, non a caso si parla di potere”⁸⁹.

Parte della dottrina ha a tal proposito precisato come non sia corretto concepire la dimensione fisica della persona come oggetto autonomo rispetto ad essa⁹⁰: dovrebbe, più precisamente, parlarsi non di potere ma di libertà di disporre di sé, di autodeterminarsi in merito agli atti che interessano il proprio corpo⁹¹.

Oggi tale norma deve essere, dunque, riletta alla luce dei principi costituzionali che verranno esaminati nel prossimo capitolo e, in particolare, nella prospettiva del nuovo rapporto tra integrità fisica e diritto alla salute, previsto dall'art. 32 Cost.⁹².

tenutosi a Roma 9-10 giugno 2005, disponibile sul sito del Consiglio Superiore della Magistratura, all'indirizzo astra.csm.it, 5.

⁸⁹ R. ROMBOLI, *I trapianti d'organo*, cit., 151.

⁹⁰ V. sul punto D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale: lezioni*, Torino, 2014, 123 ss.

⁹¹ Cfr. R. ROMBOLI, *La “relatività” dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. dir.*, 1991, 569, che sottolinea come “la libertà di autodeterminarsi in ordine ad attività e comportamenti che riguardano e coinvolgono il proprio corpo può quindi ritenersi trovare tutela nella Costituzione e, con riferimento più specificamente al suo contenuto, può distinguersi, al suo interno, un aspetto “attivo”, che sta a significare il diritto del singolo di decidere liberamente e volontariamente in ordine ad attività che coinvolgono in qualche misura il suo corpo, ed un aspetto “passivo” della stessa libertà, concernente il diritto del soggetto a non subire contro la sua volontà, atti o interventi sul proprio corpo ad opera di terzi e di opporsi quindi a che altri decidano circa l'effettuazione di interventi o di trattamenti sul proprio corpo”.

⁹² V. *infra*, par. 6, cap. II, Parte prima.

CAPITOLO SECONDO
**IL CORPO UMANO NELL'ORDINAMENTO
COSTITUZIONALE ITALIANO**

SOMMARIO: 1. L'avvento della Costituzione personalista – 2. La tutela del corpo umano (e della vita) tra i diritti inviolabili della persona - 3. Il corpo umano e il dovere di solidarietà – 4. Il corpo umano tra principio di uguaglianza e protezione della dignità dell'uomo – 5. Il corpo umano e la libertà personale – 6. Il corpo umano e la protezione della salute – 7. Il consenso informato agli interventi sul corpo – 8. Il c.d. diritto all'autodeterminazione – 9. La dignità umana

1. L'avvento della Costituzione personalista

Sulla tematica della protezione giuridica del corpo umano un vero e proprio salto di qualità nell'ordinamento italiano è dovuto all'avvento della Costituzione repubblicana che, come è noto, non solo presenta caratteristiche strutturali differenti da quelle statutarie – è una Carta lunga e rigida e non più breve e flessibile, non è più “una carta elargita (*octroyée*) da un sovrano assoluto” e “non riconosce altra fonte che la sovranità popolare, né si ricollega ad alcun ordinamento superiore o preesistente a questa”⁹³ – ma soprattutto ha fortemente innovato “nel diverso modo di valutare la posizione dei cittadini di fronte allo Stato e dei doveri di questo nei suoi confronti”⁹⁴.

⁹³ P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, vol. I, Firenze 1950, CXXVIII.

⁹⁴ C. MORTATI, *Dallo Statuto Albertino alla Costituzione della Repubblica*, estratto dalla *Rivista Amministrazione civile*, n. 47-51, aprile-agosto 1961, 92.

In questa prospettiva muta significativamente la tutela del corpo umano, che in precedenza aveva trovato una particolare protezione, come appena sopra ricordato, nel codice civile, e in particolare nell'art. 5 c.c. che disciplina gli atti di disposizione del corpo.

La Carta fondamentale non menziona espressamente il concetto di integrità, ma “il valore giuridico” di quest’ultima “e delle relative forme di tutela viene notevolmente arricchito dalla Costituzione repubblicana”⁹⁵.

È stata osservata in dottrina anche l’assenza, a livello costituzionale, di un riferimento espresso “alla libertà di disposizione del proprio corpo e alla individuazione dei limiti che essa, come tutte le libertà, incontra nella sua realizzazione”, circostanza “derivata anche dal fatto che molti dei problemi emersi in materia in questi anni sono il frutto e la conseguenza di uno sviluppo della scienza medica e del raggiungimento di risultati certamente non immaginabili al momento dell’approvazione del testo costituzionale”⁹⁶.

Nei lavori preparatori, e in particolare nel dibattito svoltosi nella I Sottocommissione della Assemblea Costituente, risulta chiaro in ogni caso il primato dell’uomo, “l’anteriorità della persona rispetto allo Stato”⁹⁷ dopo le esperienze e i drammi della dittatura fascista e della seconda guerra mondiale. Al riguardo, Ruggeri ha efficacemente evidenziato che “l’intera Carta repubblicana” costituisce “un inno alla persona, ai suoi diritti fondamentali, alla sua dignità”⁹⁸.

⁹⁵ C.M. D’ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, 1999, 27.

⁹⁶ R. ROMBOLI, *I trapianti d’organo*, in *Sanità Pubblica*, 2001, 1160.

⁹⁷ Cfr. l’intervento di G. DOSSETTI, in *Atti Assemblea Costituente*, I vol., I Sott., seduta del 9 settembre 1946, 20. Gli Atti sono consultabili sul sito web della Camera dei Deputati, all’indirizzo legislature.camera.it. Sul tema nella poderosa dottrina v. P. PISICCHIO, *Pluralismo e personalismo nella Costituzione italiana. Il contributo di Aldo Moro*, Bari, 2012, 41 ss.; A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it*, n. 17/2013, 28 agosto 2013; V. ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1994, 111 ss.

⁹⁸ A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, cit., 3.

È nota, a tal proposito, l'immagine di Giorgio La Pira relativa all'edificio costituzionale pensato dai costituenti: una "Costituzione umana", e cioè una "casa" fatta per l'uomo, una "casa umana, perché umana è la concezione della persona" delineata, "umana è la concezione del corpo sociale, umana la concezione del diritto che costituisce la volta di questo edificio"⁹⁹.

Come si vedrà in questo capitolo, la centralità dei diritti inviolabili dell'uomo, del principio di uguaglianza e di pari dignità delle persone, della libertà personale, del diritto alla salute sono alla base della Costituzione e, conseguentemente, della normativa approvata dal Parlamento sul corpo umano, in generale, e sui trapianti in particolare.

I principi costituzionali relativi al corpo umano sono ancora più importanti ove si consideri che, vista l'assenza in Italia di "una disciplina generale e sistematica della intera materia dei trapianti, essendo intervenuto il nostro legislatore su singoli tipi di trapianto e stante la frammentarietà anche della disciplina... una disciplina integrale, che colmi i vuoti, va desunta dai principi personalistici sopraindicati"¹⁰⁰.

A questo riguardo, come si vedrà, è da verificare anche l'importanza dell'enunciazione dei doveri inderogabili di solidarietà previsti nell'art. 2 Cost., che ha indubbio rilievo per la materia dei trapianti di organo.

È, invero, proprio in virtù dei suddetti principi costituzionali che si pone il problema dell'individuazione del confine oltre il quale non è più possibile considerare legittimo il trapianto.

È, oggi, infatti, un dato "incontestato ed incontestabile che la chirurgia sostitutiva, negli stessi trapianti da vivente", costituisce "non più e non tanto un problema di liceità quanto e soprattutto un problema di limiti"¹⁰¹.

⁹⁹ G. LA PIRA, *Intervento all'Assemblea Costituente*, 11 marzo 1947, seduta pomeridiana.

¹⁰⁰ F. MANTOVANI, *Donazioni e trapianti: prospettiva penalistica*, in *Il governo del corpo*, cit., 1136.

¹⁰¹ F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, cit., 40.

2. La tutela del corpo umano (e della vita) tra i diritti inviolabili della persona

2.1 Il principio personalista e l'art. 2 Cost.

Nell'analisi dei principi costituzionali che proteggono il corpo umano appare opportuno prendere le mosse dalla prima parte dell'art. 2 Cost., il quale, nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo, non solo come singolo ma anche nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, pone a fondamento della Carta costituzionale il principio personalista¹⁰².

Tale articolo “informa tutta la materia contemplata nella prima parte, relativa ai diritti e ai doveri dei cittadini”¹⁰³ e “dà la misura di quella che è la posizione dell'uomo nello Stato”¹⁰⁴: quest'ultimo, nell'assetto costituzionale repubblicano, “deve costruirsi in vista della persona e non viceversa”¹⁰⁵, come invece avvenuto durante l'esperienza dello Stato totalitario in Italia.

Parte della dottrina sottolinea come l'esplicitazione del principio personalista in Costituzione avrebbe potuto essere considerata “superflua” in

¹⁰² Sul quale nella vasta dottrina v. RUGGERI, *Principio personalista e le sue proiezioni*, cit.

¹⁰³ S. CARBONARO, *I rapporti civili e i rapporti politici*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei, A. Levi, I, Firenze, 1950, 121: “lo Stato non costituisce, ma riconosce la esistenza di diritti primigeni ed originari, che si impegna di rispettare, di far rispettare e di non modificare”.

¹⁰⁴ S. CARBONARO, *op. ult. cit.*, 135. Sul primato della persona umana è stato autorevolmente affermato che fu riconosciuto da tutte le correnti in Assemblea costituente: “per i marxisti esso sarebbe derivato dalla necessità storica della ‘scomparsa dello Stato’ nella fase finale del comunismo; per i cattolici dalla ‘trascendenza perenne’ della persona rispetto allo Stato”. Così A. BARBERA, *Le libertà tra «diritti» e «istituzioni»*, cit., 10; ID, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 51 ss.

¹⁰⁵ G. LA PIRA, *Relazione sui Principi relativi ai rapporti civili*, in *Atti Assemblea Costituente, Commissione per la costituzione*, I Sottocommissione, consultabile sul sito web della Camera dei Deputati, all'indirizzo legislature.camera.it, 15.

uno Stato democratico; tuttavia essa “acquista un suo pregnante significato” se si tiene presente l’intento che ne è alla base, e cioè quello di fondare il rapporto tra Stato e singoli sulla “esigenza del rispetto della persona umana, della ‘dignità’ corrispondente alla qualità dell’uomo come tale, quale che sia la posizione sociale da esso rivestita”¹⁰⁶.

A proposito della correlazione tra l’articolo in esame e il principio personalista Ruggeri ha messo in evidenza che “lo stesso usuale riferimento all’art. 2 della Carta quale luogo espressivo del principio” potrebbe “tutt’al più valere a connotare la norma che più e meglio di ogni altra concorre...a dare l’indicazione del principio ma che certo non è la sola”: il principio esprime, così, “ – per riprendere, con adattamenti, la nota immagine bettiana – una naturale «eccedenza assiologica» rispetto agli stessi principi fondamentali restanti” permeando, in tal modo, “senza limitazione alcuna” l’intero dettato costituzionale¹⁰⁷.

In siffatto quadro, l’art. 2 Cost. garantisce i diritti che “formano il nucleo intangibile, destinato a contrassegnare la specie di aggregazione statale cui si è voluto dar vita”¹⁰⁸.

La giurisprudenza costituzionale già da tempo ha, infatti, incluso i diritti inviolabili tra i principi supremi dell’ordinamento costituzionale¹⁰⁹, e cioè nel “nucleo duro” della Costituzione che non può essere modificato neppure con legge di revisione costituzionale¹¹⁰.

Come evidenziato dal giudice delle leggi tale disposizione “pone come fine ultimo dell’organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana”¹¹¹, secondo quanto risulta anche chiaramente dai lavori dell’Assemblea costituente.

¹⁰⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Padova, 1975, 156.

¹⁰⁷ A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, cit., 3.

¹⁰⁸ C. MORTATI, *op. ult. cit.*, 155.

¹⁰⁹ L’affermazione più chiara si trova in Corte cost., sent. 266 del 12 giugno 1991.

¹¹⁰ Cfr. Corte cost., sent. 29 dicembre 1988, n. 1146, in *Giur. cost.*, 1988, 5565, nonché, più recentemente, sent. 22 ottobre 2014, n. 238, *ibid.*, 2014, 3853 ss.

¹¹¹ Corte cost., sent. 10 maggio 1999, n. 167, in *Giur. Cost.*, 1999, 1607 ss., con nota di P. VITUCCI, *Il passaggio coattivo e le persone handicappate*.

Proprio per garantire tale sviluppo è stato necessario il riconoscimento formale ed esplicito di diritti che intenzionalmente sono stati inseriti in Costituzione e non in un apposito preambolo, come inizialmente era stato invece proposto in Assemblea costituente¹¹².

L'art. 2 Cost., dunque, riconosce la soggettività giuridica di tutti gli esseri umani presupponendone la "fisica personalità"¹¹³. Riguarda non solo i cittadini, ma "fa riferimento a tutti gli uomini, individuati come portatori di valori individuali e sociali preesistenti alla stessa organizzazione statale"¹¹⁴. I diritti inviolabili costituiscono, infatti, per il giudice delle leggi "il patrimonio irrettrabile della persona umana"¹¹⁵.

La Corte costituzionale in tempi recenti, con la sent. n. 141 del 2019¹¹⁶ in tema di sfruttamento della prostituzione, ha ricordato come la previsione in esame "si presenta strettamente connessa a quella del successivo art. 3, secondo comma, che, al fine di rendere effettivi tali diritti, impegna altresì la Repubblica a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono «il pieno sviluppo della persona umana». L'art. 2 Cost. collega, dunque, i diritti inviolabili al valore del-

¹¹² P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 15. Cfr. inoltre, BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1968, 231 s.

¹¹³ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Padova, 2003, 23.

¹¹⁴ P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 172

¹¹⁵ V. Corte cost. sent. 3 febbraio 1994, n. 13, in *Giur. Cost.*, 1994, 101; sent. 3 luglio 1956, n. 11, in *Giur. Cost.*, 1956, 612; sent. 26 luglio 1979, n. 98, in *Giur. Cost.*, 1979, 719; sent. 23 luglio 1996, n. 297, in *Giur. cost.*, 1996, 2476-77.

¹¹⁶ Corte cost. sent. 7 giugno 2019, n. 141, disponibile sul sito della Corte costituzionale, all'indirizzo www.cortecostituzionale.it. Sulla decisione v. P. SCARLATTI, *La sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale tra discrezionalità del legislatore e tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, 8 gennaio 2020, 27 ss.; M. PICCHI, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 8 settembre 2019. Sulla sent. sia consentito il rinvio a F. PIERGENTILI, *Dignità umana e autodeterminazione nella sentenza n. 141/2019 della Corte Costituzionale*, sul sito www.centrostudilivatinio.it, 24 giugno 2019.

la persona e al principio di solidarietà”: soltanto in tale cornice di riferimento è possibile riconoscere l’architrave che sorregge l’intero edificio costituzionale.

2.2 L’art. 2 come norma a “fattispecie aperta”?

Si discute da tempo in dottrina, come è noto, a proposito della interpretazione da dare all’art. 2 Cost., e cioè se esso contenga una clausola a fattispecie aperta, capace cioè di dare riconoscimento “ai valori e agli interessi nuovi che vanno emergendo ad opera delle forze politiche e culturali prevalenti, delle forze politiche, cioè, che determinano la costituzione materiale”¹¹⁷, oppure se essa abbia esclusivamente un carattere riassuntivo dei diritti già espressamente regolati nelle successive disposizioni dalla Costituzione, interpretandosi in tal caso come una comune fattispecie chiusa¹¹⁸.

Per i sostenitori della prima tesi l’art. 2 Cost. sarebbe in grado di legittimare a livello costituzionale i nuovi diritti emergenti attraverso “un rinvio alla Costituzione materiale e ai principi di regime quali assunti dalla coscienza del giudice o dell’interprete”¹¹⁹. Il catalogo dei diritti garantiti dall’art. 2 Cost. sarebbe “espandibile”, capace di includere nel tempo nuovi diritti da tutelare con il carattere dell’inviolabilità.

Per chi sostiene, invece, la tesi della fattispecie chiusa, l’art. 2 Cost. non potrebbe giustificare e garantire con l’inviolabilità costituzionale ogni nuovo diritto emergente nella realtà sociale; i pretesi “nuovi diritti” potrebbero, ad ogni modo, “agevolmente rinvenire il proprio fondamento costituzionale in disposizioni esistenti, esaltando e (non mortificando) le

¹¹⁷ A. BARBERA, *Art. 2, cit.*, 84 s. Per critiche a tale posizione cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali, cit.*, 174 ss.; F. VARI, *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, Bari, 2008, 59 ss.; A. PACE, *Problematica, cit.*, 28 ss.

¹¹⁸ Così P.F. GROSSI, *op. ult. cit.*, 160 ss.; F. VARI, *op. ult. cit.*, 59 ss.

¹¹⁹ A. BARBERA, *Art. 2, cit.*, 85.

potenzialità interpretative della nostra Costituzione scritta”¹²⁰, e non essere fondati genericamente ed esclusivamente sull’art. 2 della Carta.

2.3 Lo sviluppo delle tecnologie e l’interpretazione dell’art. 2 Cost.

Di fronte alle enormi potenzialità della tecnoscienza, la quale rende l’uomo capace di ampliare le sue possibilità d’agire verso prospettive prima inimmaginabili, il tema della ricognizione di nuovi diritti inviolabili, da tutelare ex art. 2 Cost., è oggi ancor più centrale e problematico.

Si è al riguardo affermato che, “in tale dinamica, non soltanto il desiderio invoca nuovi diritti; ma l’esistenza di nuove tecnologie alimenta a sua volta desideri prima impensabili”¹²¹.

Fondamentale è, allora, ancora oggi l’interrogativo sull’interpretazione da dare all’art. 2 Cost., dal momento che dalla scelta tra le due posizioni (aperta e chiusa) dipende anche la risoluzione di alcune importanti questioni legate alla tutela costituzionale del corpo umano.

Anche in passato, infatti, è stato proprio in base a tale norma che è stato invocato, e spesso riconosciuto, qualche presunto nuovo diritto, frutto del progresso della scienza.

Esempio di quanto appena detto, nell’ambito delle nuove tecniche di procreazione artificiale, è il caso della fecondazione eterologa, a lungo richiesta come diritto dalle coppie infertili o sterili proprio in base, tra gli altri, all’art. 2 Cost.¹²² e resa possibile dalla Corte costituzionale con

¹²⁰ A. PACE, *op. ult. cit.*, 24. L’Autore riporta degli “esempi di nuovi diritti desumibili dai ‘vecchi’”: tra i molti, il diritto all’onore e alla reputazione (art. 3 comma 1), il diritto di muoversi liberamente (art. 13), la libertà di informazione (art. 21), il diritto di rettifica (art. 3 e 21), l’obiezione di coscienza (artt. 19, 21, 23).

¹²¹ M. PALMARO, *Fecondazione artificiale eterologa: ragioni etico-giuridiche di un divieto*, in AA.VV., *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Atti del Seminario tenutosi a Roma il 2 aprile 2012, a cura di F. Vari, Torino, 2012, 121.

¹²² Cfr. l’ordinanza di rimessione del Tribunale di Milano del 29 marzo 2013, nella quale il divieto di fecondazione eterologa presente nella legge 40 del 19 febbraio 2004 si considerava in contrasto, tra gli altri, con gli artt. 2, 29 e 31 Cost.

la sent. n. 162 del 2014¹²³. In tempi recenti la Consulta è tornata ad affrontare la problematica rispetto alla richiesta di accesso alle tecniche di fecondazione eterologa per le coppie dello stesso sesso femminile: con la sent. n. 221 del 2019¹²⁴ la Corte ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale anche in riferimento all'art. 2 Cost. Come si legge nella pronuncia, la possibilità – dischiusa dai progressi scientifici e tecnologici – di una scissione tra atto sessuale e procreazione, mediata dall'intervento del medico, non configura per il Giudice della legge “un ‘diritto a procreare’ (o ‘alla genitorialità’, che dir si voglia), comprensivo non solo dell'*an* e del quando, ma anche del *quomodo*, e dunque de-

Il Tribunale affermava che “le norme richiamate afferiscono i concetti di famiglia e di genitorialità che appaiono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, in quanto tali, non possono ... considerarsi cristallizzati in principi di esperienza e prassi riferibili esclusivamente all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore; ne consegue che gli stessi debbono essere interpretati tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento, nonché delle trasformazioni della società e dei costumi attraverso i quali la stessa si esprime”. A riguardo criticamente v. R. NANIA, *Osservazioni su profili costituzionali della “fecondazione eterologa”*, in AA.VV., *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 51. Sulla fecondazione eterologa cfr. anche F. VARI, *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, cit., 137.

¹²³ Corte cost., sent. 10 giugno 2014, n. 162, disponibile sul sito della Corte costituzionale, all'indirizzo www.cortecostituzionale.it. Su tale decisione v. G. D'AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, nel *Forum di Quaderni Costituzionali*, consultabile all'indirizzo www.forumcostituzionale.it; A. RUGGERI, *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al “dialogo” con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, ivi; G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale*, in *Consulta online*, disponibile all'indirizzo www.giurcost.org; F. VARI, *A proposito della sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale in materia di procreazione eterologa*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2014, 617 ss.

¹²⁴ Sulla quale v. M. PICCHI, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza. (Riflessioni sulla sentenza n. 221/2019)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020, 143 ss. Inoltre, sia consentito il rinvio a F. PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa “per infertilità sociale” al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221 del 2019*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, 28 maggio 2020, 581 ss.

clinabile anche come diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale”, tutelabile ex art. 2 Cost.: “il desiderio di avere un figlio tramite l’uso delle tecnologie” non può essere soddisfatto sempre e comunque ma sono giustificabili specifici limiti “in una prospettiva di salvaguardia dei diritti del concepito e del futuro nato”.

Sempre in tema di procreazione artificiale, con la sent. n. 161 del 2023¹²⁵ la Corte ha deciso sulla questione di legittimità costituzionale della previsione della legge n. 40 che non consente la revoca del consenso del genitore dopo la fecondazione dell’ovulo, ritendendola non fondata: l’art. 2 Cost. non configura un diritto all’autodeterminazione a non diventare genitore prima dell’impianto dell’ovulo fecondato attraverso le tecniche di procreazione medicalmente assistita.

L’art. 2 Cost., insieme agli artt. 13 e 32 Cost., è indicato, come si vedrà, anche come fondamento costituzionale per il riconoscimento di pratiche sostanzialmente eutanasiche¹²⁶.

Si può sin d’ora mettere in luce come anche in tema di trapianti da cadavere, si è tentato in passato, in base all’art. 2 Cost., di invocare “un riconoscimento costituzionale del diritto sul cadavere”¹²⁷: il continuo progresso in campo medico, infatti, “rende sempre più necessaria, ai fini medici, una libertà di utilizzazione dei cadaveri, provocando un conflitto tra inviolabilità del cadavere e tutela della salute e della vita”¹²⁸ di una persona malata.

Anche per la risoluzione della questione circa la c.d. nazionalizzazione del cadavere, se sia, cioè, possibile “disporre di qualunque cadavere

¹²⁵ Corte cost. sent. 24 luglio 2023 n. 161, disponibile sul sito della Corte costituzionale, all’indirizzo www.cortecostituzionale.it. Sulla sent. v. G. RAZZANO, *L’irrevocabilità del consenso dell’uomo alla fecondazione tramite PMA e «gli interessi costituzionalmente rilevanti attinenti alla donna» nella sent. n. 161 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2024, 20 febbraio 2024.

¹²⁶ Cfr. Corte Cass., sez. I Civ., sent. del 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Resp. Civ. e prev.*, 2008, 1103; Corte cost., sent. 22 novembre 2019 n. 242, in *Giur. It.*, 2020.

¹²⁷ G. GEMMA, *Questioni in tema di trapianti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, vol. II, 1970, 1031.

¹²⁸ G. GEMMA, *op. ult. cit.*, 1007 s.

per poter prelevare qualunque parte al fine di giovare ad una vita umana”¹²⁹, è, pertanto, fondamentale l’interpretazione data all’art. 2 Cost.¹³⁰.

Strettamente collegato alla questione in esame è il “problema della tutela costituzionale della vita”¹³¹ nella normativa sui trapianti da cadavere, che riguarda il problema dell’accertamento della morte.

La questione si è posta, nel secolo scorso, con tutta la sua drammaticità: “certamente la Costituzione salvaguarda la vita dell’individuo [...] e quindi vieta di considerare defunto un individuo, che ancora può sopravvivere, ma tale divieto può permanere quando la reviviscenza è estremamente improbabile e l’impiego di organi del defunto è necessario per assicurare la vita altrui?”¹³².

2.4 Critica alla tesi dell’art. 2 Cost. come norma a fattispecie aperta

A ben vedere, dunque, la scelta che si opera rispetto alla citata questione sull’art. 2 Cost., in entrambi i casi – che lo si consideri a fattispecie aperta o chiusa – presenta notevoli ripercussioni pratiche.

Proprio la rilevanza di questi effetti nella vita sociale, soprattutto nel campo delle tematiche “più sensibili”, può portare a rifiutare un’interpretazione aperta alla classificazione di “diritto inviolabile” di qualunque nuova pretesa o “desiderio” che emerga dal sentire comune.

Il considerare l’art. 2 Cost. una clausola a fattispecie chiusa tutela, in altre parole, l’intero testo della Carta fondamentale da interpretazioni soggettive e garantisce il carattere rigido della stessa, evitando “il sovvertimento dell’ordine delle competenze e in particolare dell’ordine delle fonti stabilito dalla Costituzione”¹³³.

¹²⁹ G. LEONE in *Atti del Convegno organizzato dall’ISLE sul tema «Il trapianto degli organi umani e il diritto»*, cit., 51.

¹³⁰ Cfr. F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, cit., 562 ss.

¹³¹ G. GEMMA, *Questioni in tema di trapianti*, cit., 1001.

¹³² G. GEMMA, *loc. ult. cit.*

¹³³ M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 58.

Infatti, ad accogliere la tesi contraria e a riconoscere il carattere aperto di detto articolo la scelta sui “nuovi diritti inviolabili” avverrebbe o attraverso “un intervento del legislatore ordinario fondato sull’art. 2 Cost., o, addirittura, anche in assenza di quest’ultimo, attraverso l’opera degli interpreti intesa a dar voce ad estemporanee e mutevoli richieste dei vari gruppi sociali”¹³⁴, ma comunque senza rispettare le procedure previste dall’art. 138 Cost. per la revisione costituzionale. Ciò rischia di limitare la stessa garanzia dei diritti fondamentali regolati dalla Costituzione.

È stato messo in luce da Olivetti il paradosso della clausola aperta, “specie se combinata con la teoria dell’invioabilità come limite alla revisione costituzionale”: un diritto non previsto in Costituzione sarebbe “sottratto non solo alla disponibilità del legislatore ordinario, ma alla stessa revisione costituzionale”¹³⁵.

Considerare l’art. 2 Cost. come una fattispecie aperta farebbe, poi, correre il rischio o di affidare al legislatore ordinario la scelta sui nuovi diritti inviolabili, rendendo di fatto “priva di significato la garanzia costituzionale per essi disposta”; o di lasciare “ai giudici, e soprattutto al giudice che è istituzionalmente investito della sindacabilità della legge ... questo controllo costituzionale delle leggi oltre i confini stabiliti dagli artt. 134 e 127, ultimo comma, Cost. nella sola legittimità costituzionale delle leggi e creare le premesse per quel governo dei giudici che il nostro sistema ha sicuramente escluso e che anche in altri ordinamenti ha ricevuto applicazioni meno vaste, più prudenti e più contrastate di quanto comunemente si ripete”¹³⁶.

Con riferimento all’espansione del ruolo dei giudici derivante da un’interpretazione aperta dell’art. 2 Cost. è stato, oltretutto, autorevolmente osservato che “alcuni temi, ed in particolare quelli che toccano

¹³⁴ F. VARI, *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, cit., 60 s. Cfr. al riguardo M. MAZZIOTTI DI CELSO, *loc. ult. cit.*

¹³⁵ M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 153.

¹³⁶ P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, cit., 26 ss.

gli stessi presupposti etici della vita collettiva, non si prestano ad un'applicazione di carattere casistico, perché la pressione del caso concreto può rivelarsi talmente forte da precludere la possibilità di iscrivere il tema in un orizzonte valutativo più ampio che riesca a condurre a soluzioni le più equilibrate¹³⁷.

Tentare di risolvere tali delicate questioni “attraverso ‘scorciatoie giudiziarie’ rischia non solo di trascinare soggetti terzi e imparziali sul terreno proprio della politica, ma di minare [...] lo stesso carattere democratico del sistema”¹³⁸.

Soprattutto sulle questioni più sensibili “una comunità politica ha la responsabilità di decidere sulle questioni che la agitano attraverso i propri organi politicamente responsabili, non può sempre scaricare ai giudici il fardello della soluzione dei problemi”¹³⁹.

Considerare l'art. 2 Cost. una norma a fattispecie chiusa non dimentica, ad ogni modo, la questione relativa ai nuovi interessi e ai nuovi valori meritevoli di tutela che emergono dalla società civile, essendo possibile dare rilievo giuridico a tali istanze grazie alla valorizzazione di specifiche disposizioni costituzionali, e cioè, come sopra già accennato, “attraverso l'interpretazione estensiva dei diritti sanciti in Costituzione, quando ciò sia possibile”¹⁴⁰.

La questione circa l'interpretazione da dare all'art. 2 Cost., così decisiva e delicata, sembra ad ogni modo ancora non definitivamente conclusa: anche chi sostiene, infatti, l'apertura della clausola riconosce

¹³⁷ R. NANIA, *Osservazioni su profili costituzionali della “fecondazione eterologa”*, cit., 52.

¹³⁸ F. VARI, *A proposito delle questioni di legittimità costituzionale del divieto di procreazione eterologa*, in AA.VV., *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 187.

¹³⁹ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1663 s.

¹⁴⁰ F. VARI, *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, cit., 63. In tal senso v., inoltre, P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 138; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 54.

la necessità di rinvenire criteri ricognitivi dei diritti inviolabili¹⁴¹. Non ogni richiesta di riconoscimento di un nuovo diritto, pertanto, è garantita dall'art. 2 Cost.

Ammettere il contrario sarebbe profondamente irragionevole, anche solo per la semplice considerazione che potrebbe considerarsi diritto inviolabile allo stesso tempo un certo presunto diritto e la sua negazione (si pensi al caso del diritto alla morte e del diritto alla vita).

Appare, invero, fondamentale per la ricognizione dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost. un orizzonte ermeneutico saldamente ancorato ad entrambi i pilastri della Carta fondamentale: la centralità della persona, con la sua libertà e dignità, e la solidarietà.

2.5 La posizione della giurisprudenza costituzionale

A prescindere dall'importanza degli argomenti ora esposti, va però ricordato come la prevalente dottrina e soprattutto la giurisprudenza, anche costituzionale, siano oramai apertamente schierate a favore della tesi secondo la quale l'art. 2 Cost. è da interpretare come norma a fattispecie aperta.

Nella sua prima giurisprudenza, invero, la Corte ha affermato che il principio espresso dall'art. 2 Cost. “indica chiaramente che la Costituzione eleva a regola fondamentale dello Stato, per tutto quanto attiene ai rapporti tra la collettività e i singoli, il riconoscimento di quei diritti che formano il patrimonio irrettrattabile della persona umana: che appartengono all'uomo inteso come essere libero” e, “alla generica formula di tale principio, fa seguire una specifica indicazione dei singoli diritti inviolabili”¹⁴².

¹⁴¹ A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, cit., 6, il quale comunque nega una indiscriminata “apertura” del catalogo stesso affermando che resta “quindi impregiudicata la questione riguardante i criteri in applicazione dei quali può aversi, senza soverchie incertezze di ordine teorico-ricostruttivo, la ricognizione dei diritti costituzionalmente innominati”.

¹⁴² Corte cost., sent. 3 luglio 1956, n. 11, in *Giur. Cost.*, 1956, 612.

Negli anni successivi tale impostazione appare superata. In tal senso si possono ricordare alcune decisioni paradigmatiche della Corte costituzionale, in particolare la sent. n. 138 del 2010¹⁴³ e la già richiamata sent. n. 162 del 2014. Infine può richiamarsi anche la sent. n. 242 del 2019¹⁴⁴.

Nella prima il giudice delle leggi ha affrontato la questione della legittimità costituzionale delle norme del codice civile che limitano la possibilità di contrarre matrimonio a coppie di sesso diverso. Il giudice

¹⁴³ Corte cost. sent. 15 aprile 2010, n. 138, in *Giur. cost.*, 2010, 1605 ss., con nota di R. ROMBOLI, *Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»*. Sulla decisione della Corte v. inoltre V.T. TONDI-DELLA MURA, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della 'libertà'*, in *Federalismi.it*, 17/2010, 22 settembre 2010; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, nel *Forum di Quaderni costituzionali*, all'indirizzo www.forumcostituzionale.it; F. VARI, *Il soliloquio del giudice a Babele ovvero il tentativo della Cassazione di equiparare il regime costituzionale di famiglia, convivenze more uxorio e unioni omosessuali*, in *Federalismi.it*, 15/2013, 24 luglio 2013.

¹⁴⁴ Su tale pronuncia v., in particolare, M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 519 s.; A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in www.giustiziainsieme.it, 2019, 3; L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019; G. RAZZANO, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all'inviolabilità della vita e chiama «terapia» l'aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, 3 marzo 2020; F. POLITI, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle "rime obbligate"?* *Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, 6 marzo 2020; A. MORRONE, *Il caso e la sua legge. Note sul caso Cappato/Dj Fabo*, in *Fam. e dir.*, 3/2020, 244 ss.; M. ESPOSITO, *"Morte a credito": riflessioni critiche sul c.d. diritto al suicidio assistito*, in *Federalismi.it*, 4/2024, 12 giugno 2024, 76 ss. Per una diversa prospettiva v. invece M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2020, 286 ss. Sia, inoltre, consentito il rinvio a F. VARI-F. PIERGENTILI, *Di libertà si può anche morire*, in *Dirittifondamentali.it*, 21 ottobre 2019.

delle leggi ha affermato che le coppie dello stesso sesso, pur non potendo contrarre matrimonio, godono di diritti protetti dall'art. 2 Cost: per la Corte, infatti, “nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni”.

Inoltre, a riprova della concretezza e dell'attualità del problema si richiama il caso, già citato, della pronuncia di incostituzionalità del divieto di praticare la fecondazione eterologa. Dopo che, in seguito ad un ampio e lungo dibattito, il Parlamento italiano ha approvato la l. 19 febbraio 2004, n. 40, sulla fecondazione artificiale, contenente il divieto appena ricordato – confermato anche in seguito al referendum popolare abrogativo cui è stato sottoposto nel 2005, che non ha raggiunto il quorum di partecipazione¹⁴⁵ – il giudice delle leggi nella sent. n. 162 ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto, richiamando, tra gli altri, proprio l'art. 2 Cost.

Si richiama, infine, la sent. n. 242 del 2019 (e l'ord. n. 207 del 2018 che l'ha preceduta), con la quale la Corte costituzionale ha individuato una circoscritta area di non conformità costituzionale della fattispecie criminosa prevista dall'art. 580 c.p., per il reato di aiuto al suicidio, corrispondente segnatamente ai casi in cui l'aspirante suicida si identifichi in una persona «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di

¹⁴⁵ Cfr. F.J. BORREGO BORREGO, *La prudencia judicial en la interpretación de los derechos humanos*, in AA.VV., *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 9: “Cuando en Italia se aprueba la ley 40 del 2004 y el artículo 4 n. 3 prohíbe la fecundación eteróloga, es un parlamento italiano elegido democráticamente. Hay referéndums que habla o no habla el pueblo italiano y 5 o 6 jueces en Estrasburgo, primera sentencia, deciden sobre la fecundación eteróloga, Qué democracia es esta? Es una democracia invertida? Para qué tenemos parlamentos? Para qué llamamos al pueblo a referéndum si después en un pleito estratégico unos jueces, 5 o 6 personas, tienen la decisión final? Quisiera terminar diciendo que estamos asistiendo a un proceso que a mi modesto entender merece una reflexión profunda”.

sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli». La Corte, come meglio si vedrà nei paragrafi successivi, ha comunque precisato che dall'art. 2 Cost. “– non diversamente che dall'art. 2 CEDU – discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire”¹⁴⁶.

2.6 L'art. 2 Cost. come fondamento della protezione del corpo

Dunque, nella prospettiva, qui criticata sul piano teorico, ma oramai predominante nel “diritto vivente” e nelle ricostruzioni della dottrina¹⁴⁷ secondo la quale l'art. 2 Cost. contempla una fattispecie aperta, il corpo umano può considerarsi protetto da questa norma costituzionale.

Oltretutto sulla stessa disposizione costituzionale può fondarsi la tutela del diritto alla vita, il quale costituisce il presupposto per il godimento di ogni altro diritto: come è stato affermato da autorevole dottrina, “tra la persona umana e il diritto alla vita sussiste un rapporto per il quale l'una non può esistere senza l'altro”, un legame definito “di coesenzialità giuridica che assume la forma di un'endiadi”¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Cfr. Corte cost. sent. n. 242 del 2019, *cit.*, § 2.2 del *Considerato in diritto*; ord. 207 del 2019, § 5 del *Considerato in diritto*.

¹⁴⁷ V. nella vasta dottrina, in particolare A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), Bologna-Roma, 1975, 80 ss.; F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, 2 ss. In una prospettiva diversa A. PACE, *Problematica*, *cit.*, 20 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino 2011, 176 ss.; P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 160 s.; ID, *Diritti fondamentali e Diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in *Il Diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova 2005, 4; F. VARI, *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, *cit.*, 63.

¹⁴⁸ A. BALDASSARRE, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, in AA.VV., *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, a cura di M. Volpi, Bologna, 2001, 16. Cfr. Corte cost., sent. 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giur. Cost.*, 1975, 117 ss. con osser-

3. Il corpo umano e il dovere di solidarietà

3.1 I doveri in Costituzione

Sempre in riferimento al rapporto tra art. 2 Cost. e protezione del corpo, occorre considerare la portata della seconda parte della disposizione costituzionale, che riguarda i doveri di solidarietà politica, economica e sociale.

Prima di passare a un'analisi dettagliata della previsione, occorre ricordare che, nel testo della nostra Costituzione, anche se più numerose sono le affermazioni di diritti, considerevoli sono anche i richiami ai doveri.

Tra questi ultimi si ricordano, a titolo esemplificativo: il dovere della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese" (art. 3, secondo comma), il dovere di garantire cure gratuite agli indigenti (art. 32 Cost.) e il dovere di istituire scuole statali per tutti gli ordini e gradi (art. 33). Sul cittadino grava¹⁴⁹, invece, il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società

vazioni di R. D'ALESSIO, *L'aborto nella prospettiva della Corte costituzionale* e di C. CHIOLA, *Incertezze sul parametro costituzionale per l'aborto*, 1098 ss. V. inoltre, F. VARI, *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, cit., 45 ss.

¹⁴⁹ In generale sui doveri nella Costituzione italiana v., nella vasta dottrina, G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967; F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, in *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. Balduzzi-M. Cavino-E. Grosso-J. Luther, Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006, Torino, 2007, 3 ss.; A. RUGGERI, *Doveri fondamentali, etica repubblicana, teoria della Costituzione (note minime a margine di un convegno)*, in *I doveri costituzionali*, cit., 551 ss.

(art. 4), mentre sul genitore il dovere (e il diritto) di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio (art. 30).

Come è noto, l'intera prima parte della Carta fondamentale è intitolata "diritti e doveri dei cittadini", e l'art. 2 Cost., accanto alla proclamazione dei diritti inviolabili dell'uomo, richiede "l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". L'intera Costituzione, invero, "si snoda nella affermazione di una serie di valori condivisi e nella conseguente definizione di una serie di rapporti civili, sociali, economici e politici, in cui sviluppa i diritti inviolabili e i doveri inderogabili di solidarietà, tra loro strettamente legati"¹⁵⁰.

In riferimento alla protezione del corpo umano, occorre dunque interrogarsi sulla portata della seconda parte dell'art. 2 Cost., che riguarda i doveri di solidarietà politica, economica e sociale .

3.2 Il legame tra i diritti inviolabili e il dovere di solidarietà

La Corte costituzionale ha, da tempo, affermato che il principio di solidarietà, "comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente"¹⁵¹.

Si è, in proposito, affermato che tale principio "deve essere riconosciuto come principio fondante della nostra convivenza di Stato democratico, poiché fa tutt'uno col principio personalista"¹⁵².

¹⁵⁰ G.M. FLICK, *La Costituzione: dall'unità d'Italia all'unione degli italiani*, in *Federalismi.it*, 5/2011, 9 marzo 2011, 3.

¹⁵¹ Corte cost., sent. 28 febbraio 1992, n. 75, in *Giur. cost.*, 1992, 404 ss.

¹⁵² S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. e soc.*, 1996, 6. Cfr. F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999, 121 ss.; ID, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma 2012.

Anche il dovere inderogabile di solidarietà, come i diritti inviolabili, ha infatti il suo “punto di incontro nella persona umana, non vista nella sua generica soggezione alla potestà statale, ma come centro di interessi e valori attorno cui ruota tutto il sistema delle garanzie costituzionali”¹⁵³.

Come evidenziato da Ruggeri “i diritti non possono neppure essere compresi nella loro essenza senza il riferimento ai doveri inderogabili di solidarietà, così come questi senza il richiamo a quelli”. Il richiamo è allora “circolare: non possono vantarsi diritti se non si è gravati di doveri, così come non possono aversi questi senza quelli”¹⁵⁴.

La Corte costituzionale, a tal proposito, ha chiarito non solo che “l’art. 2 Cost. collega... i diritti inviolabili al valore della persona e al principio di solidarietà” ma anche che “i diritti di libertà sono riconosciuti, cioè, dalla Costituzione in relazione alla tutela e allo sviluppo del valore della persona e tale valore fa riferimento non all’individuo isolato, ma a una persona titolare di diritti e doveri e, come tale, inserita in relazioni sociali. Il costituzionalismo contemporaneo è, del resto, ispirato all’idea che l’ordinamento non deve limitarsi a garantire i diritti costituzionali ma deve adoprarsi per il loro sviluppo”¹⁵⁵.

3.3 Il dovere di solidarietà e il diritto alla salute

L’art 2 Cost. riveste, dunque, grande importanza nella tutela del corpo umano.

Proprio il dovere di solidarietà è stato spesso invocato dalla stessa Corte costituzionale in rapporto al diritto alla salute.

¹⁵³ A. BARBERA, *La libertà tra «diritti» e «istituzioni»*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, vol. I, Milano, 1977, 55.

¹⁵⁴ A. RUGGERI, voce *Autodeterminazione (principio di)*, in *Digesto/Disc. Pubbl.*, VIII Agg. (2021), 9.

¹⁵⁵ Corte cost. sent. n. 141 del 2019, *cit.*

Per il giudice delle leggi, ad esempio, il dovere di solidarietà previsto dall'art. 2 Cost. “impone alla collettività, e per essa allo Stato, di predisporre” un’equa indennità per il caso di conseguenze negative per il soggetto che si sottopone a trattamenti sanitari obbligatori¹⁵⁶.

Nella più recente sent. n. 181 del 2023 il giudice delle leggi ha affermato che “la collettività è tenuta a essere «solidale» e a tutelare il diritto alla salute di chi sia stato, a sua volta, «solidale» con gli altri, per aver tenuto un comportamento che protegge la salute di tutti”¹⁵⁷. Il principio impone, pertanto, “alla collettività di essere, per l’appunto, «solidale» con il singolo che subisce un danno per essersi attenuto alla condotta raccomandata dalle pubbliche autorità a tutela dell’interesse collettivo (sentenze n. 118 del 2020, n. 268 del 2017 e n. 107 del 2012)”.

Nella stessa prospettiva si era già espressa la Corte affermando che è “la solidarietà collettiva garantita ai cittadini, alla stregua degli artt. 2 e 38 della Costituzione, a fronte di eventi generanti una situazione di bisogno” a fondare il dovere di sostenere economicamente le persone affette da epatite a seguito di trasfusione¹⁵⁸.

In materia di trattamenti sanitari obbligatori il giudice delle leggi ha, anche in tempi recenti, ribadito che il principio di solidarietà “rappresenta «la base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente»”¹⁵⁹. La solidarietà può, pertanto, anche giustificare even-

¹⁵⁶ Corte cost., sent. 23-26 febbraio 1998, n. 27, in *Giur. cost.*, 1998, 148 ss., così già Corte cost., sent. 22 giugno 1990, n. 307, in *Giur. cost.*, 1990, 1874 ss.

¹⁵⁷ Corte cost. Sent. 26 settembre 2023, n. 181, disponibile sul sito della Corte costituzionale, all’indirizzo www.cortecostituzionale.it. Per la Corte “il legislatore – in conformità a quanto già deciso dalla sentenza n. 307 del 1990 di questa Corte – ha, dunque, dettato una disciplina la cui *ratio* si rinviene nella reciprocità dei vincoli che scaturiscono dal principio di solidarietà”.

¹⁵⁸ Corte cost., sent. 27 ottobre 2006, n. 342, in *Foro it.*, 2006, 12, I, 3273 ss. Sul punto si veda G. DI COSIMO, *Art. 2*, in AA.VV., *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole-R. Bin, II ed., Padova, 2008, 14.

¹⁵⁹ Corte cost., sent. 9 febbraio 2023, n. 14, disponibile sul sito della Corte costituzionale, all’indirizzo www.cortecostituzionale.it. Si afferma, inoltre, “È costante, nella giurisprudenza costituzionale, l’affermazione della centralità di tale principio, soprattutto in ambito sanitario, in considerazione del «rilievo costituzionale della

tuali limiti, nel rispetto delle altre garanzie costituzionalmente previste, al godimento dei diritti di libertà, come si vedrà in relazione all'art. 32 Cost.

Quanto al tema specifico oggetto di questo lavoro, lo studio dei doveri, in particolare quello della solidarietà sociale, riveste grande rilievo.

3.4 Il dovere inderogabile di solidarietà e la donazione di organi

È utile ricordare che una parte della dottrina invoca i doveri inderogabili di solidarietà sociale in materia di trapianti di organo, tanto per promuovere forme di c.d. nazionalizzazione del cadavere, quanto per giustificare la deroga al divieto di disposizione del proprio corpo di cui all'art. 5 c.c. per la donazione di un organo da vivente. In realtà la solidarietà che anima, come si vedrà, la materia dei trapianti di organo non può essere imposta dalle autorità ma si fonda sulla libertà.

Nel quadro costituzionale la nozione di dovere, che evoca una situazione soggettiva di svantaggio, è esplicitamente collegata “all’esistenza di vincoli tra gli esseri umani, che derivano da una comune appartenenza e che impegnano al sostegno reciproco”¹⁶⁰, con esplicite finalità solidaristiche; è, però, anche da ricordare che tra dovere e solidarietà non vi è un rapporto univoco ed esclusivo, potendo la seconda assumere la forma dell’adempimento spontaneo, nell’esercizio di una libertà.

La Corte costituzionale, con la sent. n. 75 del 1992 in materia di volontariato¹⁶¹, ha messo in luce come lo spontaneo esercizio della solidarietà –

salute come interesse della collettività» (sentenza n. 307 del 1990): «in nome di esso, e quindi della solidarietà verso gli altri, ciascuno p[uò] essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario, anche se questo importi un rischio specifico» (ancora sentenza n. 307 del 1990, richiamata anche dalla sentenza n. 107 del 2012)”.

¹⁶⁰ M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 566.

¹⁶¹ Corte cost. sent. n. 75 del 28 febbraio 1992. Sul tema v. F. PIZZOLATO, *Il volontariato davanti alla Corte costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2020, 3 settembre 2020; V. TONDI DELLA MURA, «*Esclusivamente per fini di solidarietà*». *La*

definita in dottrina anche “solidarietà fraterna”¹⁶² – sia “la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un’ autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa”. Il volontariato – ma, si potrebbe aggiungere, anche il dono di un organo – esprime una “istanza dialettica volta al superamento del limite atomistico della libertà individuale, nel senso che di tale libertà è una manifestazione che conduce il singolo sulla via della costruzione dei rapporti sociali e dei legami tra gli uomini, al di là di vincoli derivanti da doveri pubblici o da comandi dell’ autorità”¹⁶³.

3.5 I doveri inderogabili come *numerus clausus*

Anche per quanto riguarda i doveri inderogabili, come per i diritti inviolabili, occorre interrogarsi circa l’ esatto contenuto e i limiti della disposizione in esame.

Per alcuni autori è, infatti, controversa l’ autonomia di contenuto di tali doveri rispetto agli altri specifici previsti nella Costituzione e risulta complicata la stessa individuazione dei doveri nel suddetto articolo menzionati.

In altre parole, anche per i doveri inderogabili previsti dall’ art. 2 Cost., si discute sulla portata della disposizione, ovvero se debba considerarsi una clausola aperta o chiusa¹⁶⁴.

Semberebbero deporre a favore del carattere chiuso della fattispecie il riferimento alla “costruzione dell’ edificio costituzionale sul principio

centralità della persona nella riforma del volontariato e la paradossale dinamica della solidarietà, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, IV, 2020, 1.

¹⁶² S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. Soc.*, 1996, 3. Cfr. sul tema F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, 2012, 27 ss.; A. MATTIONI, *Solidarietà giuridificazione della fraternità*, in *La fraternità come principio del diritto pubblico*, a cura di Marzanati, Mattioni, Roma, 2007, 7.

¹⁶³ Corte cost. sent. n. 75 del 1992, § 2 del *Considerato in diritto*.

¹⁶⁴ Cfr. G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967; A. CERRI, voce *Doveri pubblici*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Roma, 1989.

personalista”¹⁶⁵ e, al contrario, il rischio che attraverso un’interpretazione aperta dei doveri inderogabili possa “passare qualunque compressione della libertà di comportamento del singolo”¹⁶⁶.

Nel dibattito circa la possibilità o meno di desumere dall’art. 2 Cost. “la presenza di diritti costituzionalmente garantiti indipendentemente da una previsione costituzionale e legislativa e operanti come limite per il legislatore ordinario” sembra difficile estendere l’approccio interpretativo “aperto” anche ai doveri¹⁶⁷.

4. Il corpo umano tra principio di uguaglianza e protezione della dignità dell’uomo

Un ruolo assai importante per la protezione del corpo umano è svolto, poi, dall’art. 3 Cost.

Il primo comma dello stesso sancisce, come noto, il principio di uguaglianza in senso formale¹⁶⁸. Esso è senza dubbio “un principio generale che condiziona tutto l’ordinamento nella sua obiettività”¹⁶⁹: un

¹⁶⁵ F. VARI, *L’affermazione del principio di uguaglianza nei rapporti tra privati. Profili costituzionali*, Torino, 2013, 48.

¹⁶⁶ R. NANIA, *La libertà individuale nell’esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989, 17. Cfr. P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 68 ss.; A. CERRI, voce *Doveri pubblici*, cit.; E. ROSSI, *Art. 2 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, I, Torino, 2006, 56 ss.; G. TARLI BARBIERI, voce *Doveri inderogabili*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. III, Milano, 2006, 2066 ss.; F. PIZZOLATO-C. BUZZACCHI, voce *Doveri costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. I, Torino, 2008, 319 ss.

¹⁶⁷ M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 567.

¹⁶⁸ Nella vasta dottrina, ci si limita a richiamare L. PALADIN, *Il principio costituzionale d’eguaglianza*, Milano, 1965, 4 ss.

¹⁶⁹ Corte cost. sent. 23 marzo 1966, n. 25, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 1582 ss. La Corte aggiunge anche che “esso vieta, cioè, che la legge ponga in essere una disciplina che direttamente o indirettamente dia vita ad una non giustificata disparità di trattamento delle situazioni giuridiche, indipendentemente dalla natura e dalla qualificazione dei soggetti ai quali queste vengano imputate”. Si veda inoltre, nella vasta dottrina, L. PALADIN, *Il principio costituzionale d’eguaglianza*, Milano, 1965; F. GHERA, *Il prin-*

“principio generalissimo”¹⁷⁰ che “influenza e orienta in maniera decisiva l’interpretazione delle altre disposizioni costituzionali (non solo di quelle attributive di diritti e libertà)”¹⁷¹.

Il principio di uguaglianza rappresenta, infatti, il “punto di riferimento primario per cogliere, in tutte le sue implicazioni, il rapporto tra la nostra forma di Stato e la tutela dei diritti fondamentali”¹⁷².

Sempre l’art. 3 primo comma Cost. proclama la “pari dignità sociale”¹⁷³ di tutti i cittadini, “che sta a fondamento del principio” d’eguaglianza “e consente d’intenderne le implicazioni, in quanto espressione del pregio ineffabile della persona umana come tale, quale che sia la posizione rivestita nella società”¹⁷⁴.

Anche tale garanzia è “intimamente connessa al fondamento personalistico del nostro ordinamento, nel quale la persona...è considerata, in opposizione all’individualismo liberale, come «uomo sociale», con la conseguente costruzione dell’intero edificio costituzionale sulla centralità di quest’ultimo”¹⁷⁵. Dal riconoscimento della pari dignità sociale derivano effetti anche nei rapporti tra privati¹⁷⁶.

All’uguaglianza formale di tutti i cittadini dinnanzi alla legge, si aggiunge, nel secondo comma, il riconoscimento della uguaglianza so-

cipio di eguaglianza nella costituzione italiana e nel diritto comunitario, Padova, 2003; F. SORRENTINO, *Eguaglianza*, Torino, 2011; F. VARI, *L’affermazione del principio di uguaglianza nei rapporti tra privati. Profili costituzionali*, cit.

¹⁷⁰ M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Milano, 1993, 71.

¹⁷¹ A. CELOTTO, *Art. 3*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, Torino, 2006, Vol. 1, 67.

¹⁷² P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2002, 151.

¹⁷³ Sui profili giuridici della dignità la dottrina è vastissima. Quanto all’ordinamento costituzionale italiano si limita in questa sede a ricordare A. BALDASSARRE, *Diritti della persona*, cit., 152 ss.; P. F. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *La tutela della dignità dell’uomo*, a cura di E. Ceccherini, Napoli, 2009, 79 ss.; ID, *Ancora in tema di eguaglianza giuridica e pari dignità sociale*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, 2013, 207 ss.

¹⁷⁴ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, 1975, 1016.

¹⁷⁵ F. VARI, *L’affermazione del principio di uguaglianza nei rapporti tra privati. Profili costituzionali*, cit., 53 s.

¹⁷⁶ Cfr. F. VARI, *op. ult. cit.*, 49 ss.

stanziale, “tale cioè da mettere ogni uomo nelle condizioni di esplicitare pienamente le capacità in esso racchiuse, senza subire gli ostacoli dovuti all’assetto sociale”¹⁷⁷. Tale uguaglianza “si deve”, cioè, “realizzare eliminando le disparità di fatto che impediscono la piena partecipazione di tutti (non solo i cittadini) alla vita pubblica e sociale e che trasformano la diversità – un valore in sé positivo – in una condizione negativa di inferiorità”¹⁷⁸.

La Corte costituzionale ha di recente chiarito, con la sent. n. 141 del 2019, che l’impegno della Repubblica a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale è strettamente collegato “al fine di rendere effettivi” i diritti inviolabili: è, così, affermato che è “il collegamento con lo sviluppo della persona a qualificare la garanzia apprestata dall’art. 2 Cost.”¹⁷⁹.

I principi ora richiamati possono trovare applicazione anche con riferimento al corpo della persona e, in particolare, per ciò che qui più interessa, in relazione alla tematica dei trapianti.

Secondo una parte della dottrina, infatti, il principio di uguaglianza e quello di pari dignità sociale vietano in campo biomedico ogni tipo di discriminazione “a danno dei così detti «soggetti esposti» (moribondi, detenuti, malati psichici, vecchi, persone di colore o appartenenti a Paesi sottosviluppati, ecc.), nonché in particolare di bambini, oggetto di un turpe mercato di parti anatomiche”¹⁸⁰.

Con riguardo specifico alla realizzazione dei trapianti, poi, come si vedrà meglio in seguito¹⁸¹, il principio di uguaglianza impone, inoltre, che vengano rispettati criteri non discriminatori nell’allocazione degli organi prelevati a fini di trapianto. Questa esigenza è resa ancor più se-

¹⁷⁷ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, *cit.*, 142. Si veda sul punto nella vastissima letteratura B. CARAVITA, *Oltre l’uguaglianza formale. Un’analisi dell’art. 3, comma 2, della Costituzione*, Padova, 1984, 162.

¹⁷⁸ G.M. FLICK, *La Costituzione: dall’unità d’Italia all’unione degli italiani*, *cit.*, 3.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ F. MANTOVANI, *Donazioni e trapianti: prospettiva penalistica*, *cit.*, I, 1138.

¹⁸¹ V. cap. 1 e 2 della seconda parte di questo lavoro.

vera sia dalla carenza degli organi e dall'ampiezza della richiesta, sia dalle conseguenze che possono derivare dal mancato trapianto per la persona bisognosa dello stesso¹⁸².

5. Il corpo umano e la libertà personale

Altra previsione fondamentale della Carta per la protezione del corpo umano è rappresentata dall'art. 13 Cost., il quale, come è noto, “trova il suo antecedente storico più rilevante nel famoso statuto dell'*habeas corpus*, ottenuto dagli inglesi nel 1679”¹⁸³, volto a garantire la libertà dell'individuo dall'arresto arbitrario.

La libertà personale, definita per espressa previsione dell'art. 13 Cost. “inviolabile”, è considerata tra le libertà civili quella che “precede e condiziona tutte le altre rendendone possibile l'applicazione”¹⁸⁴.

L'articolo in esame non enuncia l'esatto contenuto dell'espressione “libertà personale” e in dottrina si è convincentemente affermato, contro un'interpretazione eccessivamente generica di tale formula, che “dilatando il suo contenuto fino a farla coincidere con la libertà della persona, si opera una inutile duplicazione dell'art. 2 Cost.”¹⁸⁵.

La libertà garantita dall'art. 13 Cost. è quella a tutela della fisicità della persona contro atti di coercizione posti in essere sia dal privato sia dall'autorità pubblica: essa si sostanzia “nella pretesa di evitare indebite

¹⁸² Cfr. M. ARAMINI-S. DI NAUTA, *Etica dei trapianti d'organo per una cultura della donazione*, Milano, 1998, 78 ss.

¹⁸³ M. RUOTOLO, *Art. 13*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., 322. In tal senso v. anche P.F. Grossi, *Contributo* ...

¹⁸⁴ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, cit., 1040. Cfr. A. BARBERA, *Pari dignità sociale e valore della persona nel diritto di libertà personale*, in *Iustitia*, 1962, 117; G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, vol. V, Padova, 1956, 363.

¹⁸⁵ A. BARBERA-C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2012, 186.

coercizioni sul proprio corpo”¹⁸⁶. In questa prospettiva, com’è noto, il secondo comma dell’articolo vieta, “se non per atto motivato dell’autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge”, forme di detenzione, ispezione, perquisizione e “qualsiasi altra restrizione della libertà personale”. In dottrina si è specificato, dunque, che oggetto di tale libertà, “sarà il proprio essere fisico”, mentre “il suo contenuto – e cioè la situazione soggettiva quale si manifesta dinamicamente e in concreto – si traduce nella disponibilità del proprio corpo”¹⁸⁷.

Riguardo a quest’ultimo aspetto, per integrare una restrizione della libertà personale non basta che sia limitata la libertà fisica. È infatti “necessario e sufficiente [...] che oltre a quell’incidenza fisica, la restrizione sia direttamente portata ad effetto con la forza; e non rimessa, quindi alla collaborazione, più o meno spontanea, dell’interessato”¹⁸⁸. Tale tesi appare confermata anche dalla giurisprudenza costituzionale più recente. In particolare, nella sent. 127 del 2022, relativa alle restrizioni avvenute durante la pandemia, la Corte ha ritenuto che la misura della quarantena non incidesse sulla libertà personale, affermando che “l’obbligo, per chi è sottoposto a quarantena per provvedimento dell’autorità sanitaria, in quanto risultato positivo al virus COVID-19, di non uscire dalla propria abitazione o dimora, non restringe la libertà personale, anzitutto perché esso non viene direttamente accompagnato da alcuna forma di coercizione fisica, né in fase iniziale, né durante la protrazione di esso per il corso della malattia”¹⁸⁹.

¹⁸⁶ M. RUOTOLO, *op. ult. cit.*, 323; P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso lezioni, cit.*, 200 ss.; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali, cit.*, 190 ss.

¹⁸⁷ A. PACE, voce *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 295. L’Autore continua così “...nell’*agere licere* del titolare rispetto quel bene, in relazione al quale l’astensione dei terzi ovvero sia il divieto fatto a costoro di impedire il libero esercizio del diritto, anziché costituire oggetto di puntuale pretesa, diviene una conseguenza strutturalmente necessaria per consentire la positiva realizzazione della libertà tutelata”.

¹⁸⁸ A. PACE, voce *Libertà personale, cit.*, 297.

¹⁸⁹ Corte cost., sent. 26 maggio 2022, n. 127, § 4.1 del *Considerato in diritto*. La Corte aggiunge, inoltre, che “il destinatario del provvedimento è infatti senza dub-

Nella libertà personale, dunque, come ha avuto modo di specificare anche la Corte costituzionale, “è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo”¹⁹⁰.

È interessante notare come il giudice delle leggi nella sent. n. 238 del 1996 ha affermato il nesso ineludibile tra vita umana, integrità fisica e libertà personale, riconoscendo a esse la caratteristica dell’inviolabilità: la libertà personale è un diritto inviolabile, ricordava, “rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell’individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita ed all’integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona”¹⁹¹.

Da ultimo, la Corte costituzionale nella recentissima sent. n. 135 del 2024 in tema di aiuto al suicidio ha affermato che il “contenuto minimo di tutela” dell’art. 13 Cost. “protegge la persona contro ogni forma di coazione sul corpo”¹⁹².

Al riguardo autorevole dottrina¹⁹³ ha in passato evidenziato come il considerare oggetto della libertà personale il proprio essere fisico possa suscitare tre differenti tipi di obiezioni, tutte però superabili.

bio obbligato ad osservare l’isolamento, a pena di incorrere nella sanzione penale, ma non vi è costretto ricorrendo ad una coercizione fisica, al punto che la normativa non prevede neppure alcuna forma di sorveglianza in grado di prevenire la violazione. In definitiva, chiunque sia sottoposto alla “quarantena” e si allontani dalla propria dimora incorrerà nella sanzione prevista dalla disposizione censurata, ma non gli si potrà impedire fisicamente di lasciare la dimora stessa, né potrà essere arrestato in conseguenza di tale violazione”.

¹⁹⁰ Corte cost., sent. 22 ottobre 1990, n. 471, in *Giur. cost.*, 1990, 2818, con la quale è dichiarato costituzionalmente illegittimo, poiché in contrasto con gli artt. 13, 24 e 32 Cost., l’art. 696, comma 1, c.p.c., nella parte in cui non consente di disporre l’accertamento tecnico o l’ispezione giudiziale sulla persona dell’istante.

¹⁹¹ Corte cost., sent. 9 luglio 1996, n. 238. Sulla sentenza, v. i commenti di A. NAPPI, *Sull’esecuzione coattiva della perizia ematologica*, in *Giur. cost.*, 1996, 2150; M. RUOTOLO, *Il prelievo ematico tra esigenze di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento tra valori*, ivi, 2151; G.P. DOLSO, *Libertà personale e prelievi ematici coattivi*, ivi, 3222.

¹⁹² Corte cost. sent. 135 del 2024.

¹⁹³ A. PACE, *loc. ult. cit.*

La prima si sostanzia nell'impossibilità per l'uomo di essere allo stesso tempo il soggetto e l'oggetto del diritto; tale perplessità si risolve rifacendosi alle categorie volontaristiche del diritto soggettivo. Per altra parte della dottrina, invece, "l'unità concettuale" della persona "non consente di costruirne un doppio e contraddittorio ruolo nell'ordinamento come soggetto e contemporaneamente oggetto di un rapporto giuridico"¹⁹⁴.

La seconda critica, invece, considera l'individuazione del proprio corpo come oggetto della libertà personale una mera estensione di schemi tipici del diritto di proprietà; ad essa si può replicare rifacendosi alle caratteristiche proprie e differenti della libertà personale rispetto a quest'ultimo diritto, e cioè l'indisponibilità, l'imprescrittibilità, l'irrinunciabilità e l'inalienabilità¹⁹⁵.

Infine, si paventa il rischio che ricostruendo la libertà personale nei termini sopra esposti sia possibile legittimare eventuali pretese giuridiche sul corpo altrui. Tuttavia, proprio il considerare come oggetto del diritto in parola il proprio essere fisico esclude questo tipo di legittimazione: "in quanto esattamente si identifichino nella salute (art. 32) e nella dignità (art. 3) valori sottratti alla disponibilità individuale, sarà lo stesso soggetto titolare ad incontrare limiti, non potendo volontariamente né menomare il proprio corpo e nemmeno destinarlo a pratiche degradanti"¹⁹⁶.

La giurisprudenza costituzionale ha alcune volte fatto rientrare nelle ipotesi di restrizione della libertà personale anche "la mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere"¹⁹⁷, ricorrendo al concetto di "degradazione giuridica": "per aversi restrizione della libertà personale di cui all'art. 13 Cost. [...] deve verificarsi una degradazione giuridica dell'individuo nel senso

¹⁹⁴ P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, cit., 258. Ivi ampia dottrina sul tema.

¹⁹⁵ Sulle quali v. P.F. GROSSI, *op. ult. cit.*, 265 ss.

¹⁹⁶ A. PACE, *loc. ult. cit.* Per una posizione differente sul punto si veda A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, I, Milano, 1959, 203 il quale ritiene che sia possibile graduare la possibilità di disporre parti del proprio corpo.

¹⁹⁷ Corte cost., sent. 10 aprile 2001, n. 105 in *Giur. cost.*, 2001, 675 ss.

dell'avvalersi di una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere in cui si concreta la violazione dell'*habeas corpus*¹⁹⁸. Va ricordato che il richiamo che la sentenza della Corte n. 105 del 2001 fa alla "mortificazione della dignità dell'uomo" è comunque limitato alle ipotesi di "assoggettamento fisico"¹⁹⁹.

Anche la recente decisione della Corte costituzionale sulle restrizioni durante la pandemia afferma che "fin dagli esordi della sua giurisprudenza, questa Corte ha riconosciuto che l'art. 13 Cost. deve trovare spazio non soltanto a fronte di restrizioni mediate dall'impiego della forza fisica, ma anche a quelle che comportino l'«assoggettamento totale della persona all'altrui potere», con le quali, vale a dire, viene compromessa la «libertà morale» degli individui (sentenza n. 30 del 1962), imponendo loro «una sorta di degradazione giuridica» (sentenza n. 11 del 1956)"²⁰⁰. Per la Consulta nel caso delle restrizioni "ci troviamo di fronte a una compressione della libertà morale o spirituale, e non anche di quella fisica; ed evidentemente, con ciò, il giudice costituzionale mostra di non aderire alla tesi che l'art. 13 della Costituzione tuteli anche la prima"²⁰¹.

Il concetto di "libertà personale", pertanto, starebbe "ad esprimere la priorità ed essenzialità, l'irriducibilità del suo contenuto concretantesi nella disposizione del proprio essere corporeo, nella sua sottrazione alla coercizione che ne impedisca o limiti il movimento o deformi artificialmente i naturali processi psichici dell'individuo"²⁰².

¹⁹⁸ Corte cost., sent. 5 maggio 1995, n. 210, in *Giur. cost.*, 1995, 1586 ss.

¹⁹⁹ La Corte, infatti, afferma che "si determina dunque nel caso del trattenimento, anche quando questo non sia disgiunto da una finalità di assistenza, quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale", sent. n. 105 del 2001 citata.

²⁰⁰ Corte cost., sent. n. 127 del 26 maggio 2022, § 5 del *Considerato in diritto*.

²⁰¹ M. ARMANNO, *Libertà personale e libertà di circolazione tra emergenza presente e incertezza*

futura, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2023, 23 gennaio 2023.

²⁰² C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, *cit.*, 1040 s.

Alcuni autori hanno ricostruito la libertà *ex art. 13 Cost.* in modo più ampio del solo assoggettamento fisico, facendo rientrare nella libertà personale anche la c.d. libertà morale, soprattutto nel caso in cui “tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all’altrui potere”²⁰³.

Contro tale impostazione si è, però, sostenuto che “una astratta proclamazione del diritto di libertà morale dell’individuo verso lo Stato sembrerebbe poco compatibile con tutti quelli che sono stati i poteri, agli organi dello Stato riconosciuti, di imporre ai singoli determinati comportamenti sotto minaccia di pena o d’altra grave sanzione, vuoi mediante atti del potere legislativo, vuoi mediante ordini dell’autorità”²⁰⁴.

Si accenna poi solamente, poiché esula dall’oggetto di questo lavoro, alla previsione secondo cui è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà, di cui al quarto comma dell’art. 13 Cost., che così fornisce una tutela specifica il corpo umano, nell’ipotesi in cui la persona si ritrovi limitata nel godimento della sua libertà personale.

In forza del primo comma dell’art. 117 Cost., così come modificato dalla riforma del Titolo V del 2001, si ricordano a questo proposito le disposizioni contenute nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950 dagli Stati membri del Consiglio d’Europa e ratificata in Italia con la legge 4 agosto 1955, n. 848, le quali proibiscono la tortura, le pene e i trattamenti inumani o degradanti (art. 3), la schiavitù e il lavoro forzato (art. 4), e che impongono obblighi agli Stati per quanto riguarda la difesa della libertà (art. 5) e il diritto alla vita (art. 2) di ogni individuo.

²⁰³ Corte cost., sent. 27 marzo 1962, n. 30, in *Giur. cost.*, 1962, 240 ss. Cfr. M. RUOTOLO, *Gli itinerari della giurisprudenza costituzionale in tema di libertà personale*, in *Questioni giustizia*, 2004, II-III, 235 ss.; R. NANIA, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, cit., 33 ss.

²⁰⁴ G. VASSALLI, *La libertà personale*, cit., 365 s.; v., inoltre, M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 191 s.

6. Il corpo umano e la protezione della salute

6.1 Il carattere “complesso” del diritto alla salute nell’art. 32 Cost.

Una specifica protezione del corpo umano è possibile rinvenire nell’art. 32 Cost., il quale definisce la salute come “fondamentale diritto dell’individuo”, unico caso di diritto così espressamente qualificato dalla Carta costituzionale²⁰⁵. Tale “riferimento alla fundamentalità del diritto, non presente nel progetto originario”²⁰⁶ del testo costituzionale, eleva e rafforza la sua posizione nel quadro costituzionale²⁰⁷. La Corte costituzionale ha, tuttavia, negato che sulla base di tale qualifica al diritto alla salute possa essere attribuita una maggiore valenza rispetto ad altri diritti non definiti fondamentali dalla Carta²⁰⁸.

L’articolo, nei suoi due commi, “garantisce un insieme variegato di posizioni giuridiche soggettive”²⁰⁹: mentre nel primo si rinvencono sia un diritto di libertà, sia un diritto a prestazioni, il secondo comma “contiene, anche se non si esaurisce in, un vero e proprio diritto di libertà, che potremmo definire in termini di ‘libertà di scelta terapeutica’”²¹⁰. Ciò mostra il carattere “complesso del diritto in questione”, che rac-

²⁰⁵ Cfr. Atti Assemblea costituente, seduta 24 aprile 1947, consultabile sul sito web della Camera dei Deputati, all’indirizzo legislature.camera.it, 3299, sul dibattito intorno all’aggettivo “fondamentale”. V. inoltre *ex multis*, Corte cost. sent., 2 giugno 1977, n. 103, in *Foro it.*, 1977, I, 2105 ss.; sent. 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, 2053 ss.; sent. 16 ottobre 1990, n. 455, in *Giur. cost.*, 1990, 2732.

²⁰⁶ C. BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, II ed., Torino, 2011, 15. Cfr. Atti Assemblea Costituente, seduta del 24 aprile 1947, *cit.*, 3295 ss.

²⁰⁷ Cfr. M. LUCIANI, voce *Salute*, I) *Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. Giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991, 4, il quale sottolinea come sia significativo il fatto che “ciò fosse avvenuto dopo che aspre critiche erano state già avanzate alla stessa formulazione più ‘blanda’ del progetto”.

²⁰⁸ Corte cost., sent. 85 del 2013.

²⁰⁹ M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all’art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, 455.

²¹⁰ M. CARTABIA, *loc. ult. cit.* Nega la sussistenza di un profilo di libertà al riguardo A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, *cit.*, 95.

chiude in sé “posizioni giuridiche soggettive diverse per struttura e contenuto, o comunque non pienamente sovrapponibili”²¹¹.

Nello specifico, il primo comma tutela la salute, innanzitutto, intesa tradizionalmente come diritto all’integrità psico-fisica della persona, che si esplicita nella pretesa che soggetti terzi, sia pubblici sia privati²¹², non compiano atti in grado di ledere tale diritto. Si tratta, dunque, di un diritto soggettivo assoluto e perfetto, in grado, cioè, di essere direttamente azionato davanti all’autorità giudiziaria senza la necessità dell’intervento legislativo²¹³.

La dottrina più recente ha evidenziato come l’integrità personale, pur essendo tutelata già prima dell’entrata in vigore della Costituzione nella sua dimensione fisica – si pensi sia all’analisi svolta nelle pagine che precedono con riferimento all’art. 5 c.c., sia alla legislazione penale, in particolare agli artt. 581 e 582 c.p. – con la costituzionalizzazione del diritto alla salute “cessa di essere riconducibile a singole parti separate da proteggere da lesioni di mano propria o altrui, e diviene un tutto non più frazionabile, da riguardare in modo unitario nelle sue molteplici dimensioni fisica, psichica e sociale”²¹⁴.

²¹¹ D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale: lezioni*, cit., 2. Cfr., inoltre, nella vasta dottrina, M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 5 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 24.

²¹² Inizialmente il diritto alla salute si considerò efficace solo nei rapporti con il potere pubblico. Questa interpretazione riduttiva iniziò a superarsi con la sentenza della Corte di Cassazione, S.U., 21 marzo 1973, n. 796. Sul punto v. D. MORANA, *op. ult. cit.*, 11; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 768.

²¹³ Cfr. *ex multis* Corte cost., sent. 26 luglio 1979, n. 88, in *Giur. cost.*, 1979, I, 656; sent. 1° luglio 1986, n. 167 in *Giur. cost.*, 1986, I, fasc. 8; sent. 7 maggio 1991, n. 202 in *Giur. cost.*, 1991, 1838. Va ricordato che parte della dottrina contesta l’appartenenza del diritto alla salute tra i diritti soggettivi. Sul tema v., inoltre, A. BARBERA-C. FUSARO, *Corso di diritto costituzionale*, cit., 230, secondo i quali pur attribuendo anche un diritto sociale, il diritto alla salute “ha una natura assimilabile a quella dei diritti di libertà, poiché presuppone la titolarità di uno status personale e naturale – la salute – che non può essere messo a repentaglio né dai singoli né dai poteri pubblici né da altri soggetti privati”.

²¹⁴ C. TRIPODINA, *Art. 32*, in *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., cit., 322.

6.2 La dimensione dinamica della “salute”: non più solo integrità fisica

È importante rilevare, infatti, come la nozione di salute ha subito negli anni un’evoluzione: essa non è più considerata semplice “assenza di malattie” o di lesioni sul proprio corpo.

In proposito vale la pena ricordare che l’Organizzazione Mondiale della Sanità ha definito il concetto di salute come “uno stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattie e di infermità”²¹⁵.

Anche la Corte costituzionale ha riconosciuto l’ampiamiento della tutela prevista dall’art. 32 Cost. e ha chiarito che la nozione giuridica di salute non si riduce alla sola dimensione fisica, ma è uno “stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza”²¹⁶.

Tale nozione, fatta propria anche dal legislatore nel 2008 – in particolare nell’art. 2, lett. o), del d.lgs. n. 81 del 2008, in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, che definisce la salute come “stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un’assenza di malattie o d’infermità” – comprende sia un concetto “sta-

²¹⁵ Definizione contenuta nella Costituzione OMS del 1948. Sul concetto di salute v. C.M. D’ARRIGO, voce *Salute (diritto alla)*, in *Enc. Dir.*, V agg., Milano, 2001, 1011 s.

²¹⁶ Corte cost., sent. 24 maggio 1985, n. 161, in *Giur. cost.*, 1985, I, 1173 ss. Cfr. anche la sent. 8 giugno 1987, n. 215, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 148 ss.; e la sent. 26 giugno 2002, n. 282, in *Giur. cost.*, 2002, 2012 ss., sulla quale v. A. D’ATENA, *La Consulta parla e la riforma del titolo V entra in vigore*, consultabile all’indirizzo www.associazionedeicostituzionalisti.it. V. inoltre la già citata Corte cost., sent. 10 giugno 2014, n. 162. Cfr. G. GEMMA, voce *Integrità fisica*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, 451, il quale esclude la possibilità di ricomprendere nell’integrità fisica anche la dimensione psichica e, in base a tale distinzione, definisce la salute come concetto in grado di comprendere sia la fisicità, sia la sfera psichica.

tico” di salute, ma anche quello “dinamico”, “come, cioè, un processo in continuo divenire, oltre che relazionale”²¹⁷.

Sembra, pertanto, delinearsi una distinzione tra il concetto di integrità fisica e quello di salute²¹⁸: il primo sarebbe caratterizzato da staticità – muovendosi sul piano della conservazione, della preservazione e della reintegrazione – mentre il secondo sarebbe un concetto dinamico, che mira “ad includere anche la promozione e lo sviluppo”²¹⁹ della dimensione psicofisica della persona.

E in questa prospettiva la salute potrebbe essere garantita persino attraverso menomazioni dell’integrità fisica, come si vedrà anche nella seconda parte di questo studio, analizzando la legislazione sui trapianti da vivente.

Esempio emblematico di quanto affermato è quello degli interventi chirurgici demolitivi, ai quali il paziente si sottopone “per assicurare la funzionalità dell’organismo e scongiurare l’aggravarsi di un processo morboso già in atto, o anche solo la sua possibile insorgenza”²²⁰: per esse “la lesione, sicuramente permanente, dell’integrità fisica tende a salvare, per quanto possibile, proprio la salute” della persona²²¹. Nell’ambito di questo ultimo tipo di operazioni chirurgiche si accenna

²¹⁷ D. MORANA, *op. ult. cit.*, 25

²¹⁸ Al riguardo v. M. LUCIANI, *Il diritto alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 769 ss.; C. BOTTARI, *Il diritto alla tutela della salute*, in AA.VV., *I diritti costituzionali*, a cura di P. Ridola, R. Nania, II ed., Torino, 2006, 1104 s. In dottrina vi è chi tenta di identificare le due nozioni come A. DE CUPIS, voce *Integrità fisica (diritto alla)*, in *Enc. Giur.*, vol. XVII, Roma, 1989, spec. I, secondo il quale l’integrità fisica “è un modo di essere dell’individuo umano, consistente nell’integrità del suo organismo naturale, considerato nel suo aspetto così anatomico come fisiologico, ed altresì psichico”, tanto che “anche la sanità psichica è un elemento dell’integrità dell’organismo”.

²¹⁹ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, 16.

²²⁰ D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni, cit.*, 27. Cfr. inoltre Corte cost., sent. 18 dicembre 1987, n. 561, in *Foro it.*, 1989, I, 2113.

²²¹ R. ROMBOLI, *Art. 5, cit.*, 236. L’autore riporta il caso dell’amputazione “di un arto per evitare che la cancrena si diffonda per tutto il corpo, provocando la morte del soggetto”.

soltanto alla sentenza della Corte costituzionale, la n. 221 del 2015²²², con la quale è stata affermata “la prevalenza del diritto alla salute dell’individuo”, nella accezione ampia appena esaminata, “sulla prevalenza tra sesso anatomico e sesso anagrafico”. Dello stesso tenore è anche la successiva sentenza n. 180 del 2017, con la quale la Consulta ha rilevato che il ricorso alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali risulta “autorizzabile in funzione di garanzia del diritto alla salute, ossia laddove lo stesso sia volto a consentire alla persona di raggiungere uno stabile equilibrio psicofisico, in particolare in quei casi nei quali la divergenza tra il sesso anatomico e la psicosessualità sia tale da determinare un atteggiamento conflittuale e di rifiuto della propria morfologia anatomica”²²³.

Vi sono, poi, ipotesi nelle quali la “*deminutio* dell’integrità fisica non produce alcuna conseguenza sulla complessiva funzionalità psicofisica” della persona e, pertanto, sulla salute²²⁴: è il caso della sottoposizione a prelievi ematici per finalità legali.

Le due nozioni di salute e di integrità hanno assunto, pertanto, nel tempo contenuto differente, ma esistono ancora punti di sovrapposizione, ogni qual volta, cioè, l’integrità “rilevi per la salute”, esprimendo “una qualificazione dello stato di salute così come ... ‘fotografato’ in un dato momento”²²⁵.

6.3 La tutela della salute e dell’ambiente

Sempre in riferimento al concetto ampio di salute che si è venuto delineando, la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare che la tutela della stessa “riguarda la generale e comune pretesa dell’individuo a

²²² Corte cost., sent. 5 novembre 2015, n. 221, in *Foro it.*, 2015, I, 3758 ss.

²²³ Corte cost., sent. 7 luglio 2017, n. 180 in *Foro it.*, 2017.

²²⁴ D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 26. Sul tema v. anche M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 501 ss.

²²⁵ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, cit., 114.

condizioni di vita, di ambiente e di lavoro che non pongano a rischio questo suo bene essenziale”²²⁶. Il diritto alla salute, anche come interesse della collettività, riguarda allora anche il diritto ad un ambiente salubre e la tutela dell’*habitat*²²⁷. È, ormai, acquisito, e non solo alla scienza medica, che “le condizioni di salute dell’uomo dipendono strettamente dalle condizioni della sfera ambientale in cui egli vive, lavora, si muove: un ambiente insalubre o degradato ha riflessi immediati sullo stato di salute di chi lo abita”²²⁸: il diritto all’ambiente salubre riguarderebbe, dunque, tutte “le attività che possono importare in via mediata pericolo o danno alla salute di una generalità indeterminata di persone”²²⁹.

In questa prospettiva va ricordata la recente modifica costituzionale, operata dalla l. c. 11 febbraio 2022, n. 1, recante “*Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell’ambiente*”²³⁰, che ha riconosciuto l’ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione, inserendo nell’art. 9 Cost. un terzo comma, secondo cui la Repubblica “tutela l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell’interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali”.

²²⁶ Corte cost., sent. 20 dicembre 1996, n. 399, in *Giur. cost.*, 1996, 3646 ss.

²²⁷ Cfr. Corte cost., sent. 30 dicembre 1987, n. 641, in *Foro it.*, 1988, I, 694 ss. con nota di F. GIAMPIETRO, *Il danno all’ambiente innanzi alla Corte costituzionale*.

²²⁸ C. TRIPODINA, *Art. 32, cit.*, 323.

²²⁹ A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, vol. XI, 1989, 26.

²³⁰ Su questa revisione costituzionale v. A. MORRONE, *Fondata sull’ambiente, in Ambiente e Costituzione*, Istituzioni del federalismo, Rivista di studi giuridici e politici, 2022, 783 ss.; M. CECCHETTI, *La disciplina sostanziale dell’ambiente nella Carta repubblicana: spunti per un’analisi della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Ambiente e Costituzione, cit.*, 797 ss.; A.O. COZZI, *La modifica degli artt. 9 e 41 Cost. in tema di ambiente: spunti dal dibattito francese sulla Carta dell’ambiente del 2004 tra diritti e principi*, in *DPCE online*, 4, 2021, 3391 ss.; F. VARI, *La novella degli artt. 9 e 41 Cost.: spunti sistematici tra protezione dell’ambiente e limiti alla revisione costituzionale*, in *Ambientediritto.it*, n. 3 del 2023.

Anche la Corte costituzionale riconosce l'ambiente come "elemento determinativo della qualità della vita" e chiarisce che la sua protezione non ha soltanto finalità naturalistiche, ma è "imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), per cui esso assurge a valore primario e assoluto"²³¹.

In dottrina anche prima della modifica costituzionale si era già rilevato che tutela della salute e tutela dell'ambiente, pur avendo "punti di contatto", hanno "ambiti che teoricamente e praticamente devono essere mantenuti distinti"²³², e ciò tanto più dopo la riforma del Titolo V della parte II della Costituzione, nella quale, all'art. 117 Cost., si fa esplicito riferimento, nella lettera s) del comma secondo, alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema²³³.

Con la modifica dell'art. 41 Cost., operata dall'art. 2 della l. c. n. 1 del 2022, l'ambiente e la salute, come due concetti diversi e autonomi, sono stati inseriti come limiti all'iniziativa economica privata, in aggiunta alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana.

Tale modifica rispecchia evidentemente una diversa e nuova sensibilità nei confronti del valore della salute e dell'ambiente nella società

²³¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 641 del 1987 citata. In tempi più recenti, v. Corte cost. sent. nn. 7 del 2019, 206 e 113 del 2018, 260 del 2017, 210 del 2016, disponibili sul sito della Corte costituzionale, all'indirizzo www.cortecostituzionale.it.

²³² B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005, 42. L'Autore chiarisce che "la tutela della salute riguarda la persona umana e ricadono in quell'ambito tutte le attività che mirano alla salvaguardia dell'integrità psico-fisica della persona umana, individualmente o collettivamente considerata; la tutela dell'ambiente è rivolta invece alla conservazione dell'equilibrio ecologico degli ambiti di volta in volta considerati. Naturalmente, la tutela della salute umana non può avvenire senza prendere in considerazione tutte le attività di prevenzione ... viceversa, pur senza assumere posizioni di tipo ecocentrico, è possibile un'attività di tutela dell'ambiente sganciata da finalità di protezione dell'uomo... La prevenzione sanitaria non è in grado, già in astratto, di risalire la scala delle cause sino agli interventi di tutela ambientale".

²³³ Sulla riforma costituzionale e sulle modifiche al sistema delle competenze del nuovo art. 117 Cost. in tema di salute v. C. BOTTARI, *Il diritto alla tutela della salute*, cit., 1123 ss. V. inoltre, in giurisprudenza, Corte cost., sent. 26 giugno 2002, n. 282, cit.; sent. 4 dicembre 2002, n. 510, in *Giur. cost.*, 2002, 4213 ss.

contemporanea, nonché l'intento di dare maggiore protezione a tali beni rispetto agli interessi esclusivamente di natura economica, soprattutto nei casi di possibile danneggiamento.

In particolare, il nuovo riconoscimento del valore da attribuire alla salute, quale limite alla libertà di iniziativa economica privata, conferma la crescente attenzione per la persona e, ai fini del presente lavoro, del suo corpo.

Va ricordato, infine, per completezza, che nel terzo comma dell'art. 41 Cost., la riforma costituzionale in esame ha inserito anche i fini ambientali tra quelli ai quali l'attività economica pubblica e privata può essere indirizzata e coordinata da programmi e controlli determinati dalla legge.

6.4 L'interesse della collettività alla salute e la gratuità nell'indigenza

Il primo comma dell'articolo 32 Cost. qualifica la salute non solo come "diritto fondamentale dell'individuo", ma anche come "interesse della collettività".

Si è di fronte a un profilo di indubbia importanza per la normativa sui trapianti: il punto di equilibrio tra i due aspetti del diritto alla salute, tra interesse della collettività e diritto alla salute del singolo, "non è sempre facilmente raggiungibile e spesso ha dato luogo a contrastanti valutazioni e a numerose questioni di legittimità costituzionale"²³⁴. Emblematico a riguardo è il caso della dichiarazione d'incostituzionalità delle leggi che "vietavano la sottoposizione obbligatoria ad analisi tendenti ad accertare l'infezione di HIV, anche nell'ipotesi di attività lavorative che per la loro natura presentano un serio rischio di trasmissione dell'infezione"²³⁵. Al vaglio del giudice delle leggi è stata la l. 5 giugno 1990, n. 135, che, nell'ambito del programma di prevenzione e lotta

²³⁴ P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, cit., 524.

²³⁵ P. CARETTI, *loc. ult. cit.*; cfr. Corte cost., sent. 2 giugno 1994, n. 218, in *Foro it.*, 1995, I, 46.

contro l'AIDS, nel disciplinare l'accertamento dell'infezione, stabiliva che nessuno potesse essere sottoposto senza il suo consenso ad analisi tendenti ad accertare l'infezione da HIV, se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse (art. 5). Era poi vietata ogni discriminazione, in caso di accertata infezione, per l'accesso o il mantenimento di posti di lavoro ed era espressamente escluso che i datori di lavoro potessero svolgere indagini dirette in tal senso tra i dipendenti (art. 6). Il giudice delle leggi ha, tuttavia, dichiarato incostituzionale tale normativa, nella parte in cui non prevedeva accertamenti sanitari dell'assenza di infezione da HIV come condizione per l'espletamento di attività che comportavano rischi concreti per la salute di terzi: la tutela della salute, secondo il giudice delle leggi, "implica, infatti, anche il dovere dell'individuo di non porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui".

Per la Corte, in particolare, "l'interesse comune alla salute collettiva e l'esigenza della preventiva protezione dei terzi consentono in questo caso, e talvolta rendono obbligatori, accertamenti sanitari legislativamente previsti, diretti a stabilire se chi è chiamato a svolgere determinate attività, nelle quali sussiste un serio rischio di contagio, sia affetto da una malattia trasmissibile in occasione ed in ragione dell'esercizio delle attività stesse", facendo comunque salva la dignità della persona, "che comprende anche il diritto alla riservatezza sul proprio stato di salute ed al mantenimento della vita lavorativa e di relazione" compatibile con il proprio stato²³⁶.

²³⁶ È interessante riportare anche il seguito della motivazione della decisione in cui la Corte afferma che "le attività che, in ragione dello stato di salute di chi le svolge, rischiano di mettere in pericolo la salute dei terzi, possono essere espletate solo da chi si sottoponga agli accertamenti necessari per escludere la presenza di quelle malattie infettive o contagiose, che siano tali da porre in pericolo la salute dei destinatari delle attività stesse. Non si tratta quindi di controlli sanitari indiscriminati, di massa o per categorie di soggetti, ma di accertamenti circoscritti sia nella determinazione di coloro che vi possono essere tenuti, costituendo un onere per poter svolgere una determinata attività, sia nel contenuto degli esami. Questi devono es-

Secondo Guzzetta “è evidente, da una semplice lettura dell’intera disposizione del primo comma dell’art. 32 come sia possibile una tensione tra le finalità della tutela, non coincidendo necessariamente l’interesse collettivo (di cui alla seconda parte della disposizione) con quello individuale”: tale tensione, tuttavia, non può risolversi “meccanicamente in favore dell’interesse collettivo”²³⁷. Il diritto individuale alla salute non è, infatti, un diritto funzionale e strumentale al perseguimento dell’interesse collettivo: “è anzi proprio dal riferimento all’interesse della collettività che vengono rafforzate le ragioni per l’adozione di misure di promozione della salute o il riconoscimento di un vero e proprio diritto sociale alle cure”²³⁸.

L’ultima parte del primo comma dell’art. 32 Cost. prevede, inoltre, che vengano garantite “le cure gratuite agli indigenti”. La Corte costituzionale ha più volte chiarito che il concetto di “indigenza” è relativo e “non possiede un significato puntuale e sempre identico a se stesso”²³⁹ e in dottrina si è aggiunto che tale concetto non è da intendersi “in termini assoluti di «povertà», bensì di «indigenza medica», tale per cui indigenti sono tutti coloro che, di volta in volta, non sono in grado di pagare o contribuire al pagamento di specifiche cure eccessivamente costose e tuttavia essenziali per la loro salute”²⁴⁰.

sere funzionalmente collegati alla verifica dell’idoneità all’espletamento di quelle specifiche attività e riservati a chi ad esse è, o intende essere, addetto”.

²³⁷ G. GUZZETTA, *Vaccinazioni: diritti, doveri, responsabilità - Obbligo vaccinale e consenso informato. Profili problematici e aporie logiche*, in *Giur. It.*, ottobre 2022, 2293.

²³⁸ G. GUZZETTA, *Vaccinazioni*, cit., 2294.

²³⁹ Corte cost., sent. 26 maggio 1998, n. 185, in *Giur. cost.*, 1998, 1527 ss., con la quale il giudice delle leggi ha infatti precisato che “possono essere determinati con una sentenza di questa Corte i limiti di reddito o i tetti patrimoniali al di sotto dei quali le condizioni economiche di una persona siano insufficienti a fronteggiare le esigenze terapeutiche, anche perché i criteri di cui il legislatore può fare uso per determinare il contenuto di tale nozione possono variare a seconda della maggiore o minore onerosità della cura”.

²⁴⁰ G. DI COSIMO, *Art. 32*, in *Commentario breve della Costituzione*, cit., 325.

Tale diritto tuttavia non è, in linea di principio, immediatamente azionabile, “ed è quindi rimesso all’attuazione del legislatore sulla base anche (e forse, soprattutto) delle risorse finanziarie disponibili”²⁴¹.

È di tutta evidenza come la problematica abbia grande importanza per ciò che riguarda l’accesso ai trapianti, i cui costi, per i privati, salvo situazioni eccezionali sarebbero difficilmente sopportabili.

Sotto questo profilo la Corte costituzionale, in numerose sentenze, ha affermato l’esistenza di un “contenuto minimo del diritto alla salute”²⁴², di un nucleo essenziale che “deve essere in ogni caso assicurato”²⁴³: la tutela della salute, infatti, è condizionata alla distribuzione delle risorse finanziarie, ma tali esigenze della finanza pubblica “non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto” dall’art. 32 Cost. “come ambito inviolabile della dignità umana”²⁴⁴.

6.5 Il secondo comma dell’art. 32 Cost.

Quanto, poi, al secondo comma dell’art. 32 Cost., esso afferma, come è noto, che “nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”. È, però, ulteriormente specificato che “la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

Dal generale divieto di imporre trattamenti sanitari obbligatori discende il riconoscimento della libertà di scelta terapeutica del paziente,

²⁴¹ P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 524.

²⁴² Corte cost., sent. 26 maggio 1998, n. 185, in *Giur. cost.*, 1998, 1527 ss., con la quale essa afferma che anche nei casi estremi di esigenza di cura, “impellenti e senza risposte alternative”, come alcune patologie tumorali, “va considerato che dalla disciplina della sperimentazione, così prevista, scaturiscono indubbiamente aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute”.

²⁴³ C. BOTTARI, *op. ult. cit.*, 1106.

²⁴⁴ Corte cost., sent. 16 luglio 1999, n. 309, in *Giur. cost.*, 1999, 2500 ss.

la libertà di cura, intesa sia come libertà negativa, ossia “libertà da – essendo diretta a regolare le ipotesi, le condizioni e le modalità con cui la pubblica autorità può limitare la sfera di libertà dell’individuo in tema di salute”²⁴⁵, sia come libertà positiva, e cioè come libertà di scelta del medico e della migliore terapia.

A tal proposito si ricorda come la nozione di “trattamento sanitario” accolta nel nostro ordinamento è piuttosto ampia, come ampio è, secondo quanto già visto sopra, il concetto di salute.

Si considera, infatti, un trattamento sanitario “non solo quello che ha lo scopo di curare un processo morboso in atto, o quello di natura riabilitativa che mira a ristabilire le funzionalità biologiche, ma altresì ogni intervento tecnico-sanitario che abbia lo scopo di prevenire l’insorgere di processi morbosi o di alterazione del complessivo equilibrio psicofisico della persona”²⁴⁶.

L’art. 1, comma 5, della l. n. 219 del 2017 qualifica addirittura come trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l’idratazione artificiale, con conseguenze importanti in tema di fine vita, come si vedrà nei paragrafi successivi.

Si ricorda, ad ogni modo, come l’art. 32, comma secondo, Cost., fu introdotto come “limite nei confronti del potere pubblico, in quanto è affidato alla legge (e non al giudice o all’amministrazione) il potere di disporre il trattamento sanitario come obbligatorio”²⁴⁷.

In Assemblea costituente era ancora forte il ricordo delle esperienze totalitarie e dei campi di concentramento e ciò ha portato alla formulazione della riserva di legge nell’articolo in esame “non come semplice riserva di competenza al legislatore, ma inserendo una peculiare previsione” - quella del rispetto della persona umana che la legge non può mai violare – “sicché la riserva... si configura come rafforzata e consen-

²⁴⁵ M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all’art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, cit., 460.

²⁴⁶ D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2021, 52.

²⁴⁷ S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, cit., 104.

te un controllo di costituzionalità” non soltanto legato alla ragionevolezza dei trattamenti obbligatori, ma anche “alla loro consistenza e alle modalità attraverso cui questi si estrinsecano”²⁴⁸.

L’obbligatorietà dei trattamenti sanitari è, pertanto, l’eccezione ed essa si esplica in modo differente nel caso di trattamenti obbligatori in senso stretto e in quello di trattamenti sanitari coattivi.

La differenza tra i due in dottrina è considerata “essenzialmente qualitativa, anche se poi in concreto essa rischia di sfumare qualora le sanzioni nei confronti di chi non ottempera siano così incisive da vanificare la scelta tra il sottoporsi ad un trattamento indesiderato e l’incorrere nei rigori della legge”²⁴⁹.

Come la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di specificare, sono obbligatori quei trattamenti sanitari previsti dal legislatore – esempio emblematico è quello delle vaccinazioni obbligatorie – *ex art. 32 Cost.*; sono invece coattivi quei trattamenti che vengono eseguiti limitando la libertà fisica della persona con la forza: è il caso delle terapie imposte dal legislatore senza la collaborazione e il consenso dell’interessato e portate a effetto con la forza, come il ricovero imposto al malato di mente considerato pericoloso o il prelievo ematico coattivo a scopo probatorio²⁵⁰.

Questi ultimi trattamenti rientrano nella sfera di applicazione dell’art. 13 Cost. e, riguardando limitazioni alla libertà personale, “debbono perciò sottostare alle più esigenti garanzie previste da tale disposizione costituzionale”²⁵¹.

²⁴⁸ S. MANGIAMELI, *loc. ult. cit.*

²⁴⁹ P. CARETTI, *I diritti fondamentali, cit.*, 526. Cfr. inoltre sul tema M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 9 ss.

²⁵⁰ Cfr. Corte cost. sent. 12 giugno 1996, n. 194, in *Giust. pen.*, 1997, I, 50.

²⁵¹ M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all’art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana, cit.*, 457. In particolare, “la più rilevante differenza consiste nel fatto che, mentre il trattamento coattivo è soggetto a riserva di legge assoluta e a riserva di giurisdizione ... viceversa il trattamento sanitario obbligatorio è soggetto a riserva di legge, della cui natura si discute in dottrina, ma

Sempre il giudice delle leggi ha chiarito che, per essere legittimo, il trattamento obbligatorio deve rispettare due condizioni: deve essere diretto a “migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato” e deve perseguire fini solidaristici, e cioè “preservare lo stato di salute degli altri, giacché è tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quell’auto-determinazione dell’uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale”²⁵².

Il legislatore ha attuato il diritto alla salute attraverso l’istituzione, con l. 23 dicembre 1978, n. 833, del Servizio Sanitario Nazionale²⁵³, “oltrepassando la stessa lettera dell’art. 32 ... laddove, costruendo un servizio di tipo universale, ha proclamato la necessità di garantire il mantenimento e il recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione”²⁵⁴, senza circoscrivere la gratuità delle cure soltanto agli indigenti. Vi è, dunque, un impegno dei soggetti pubblici nel garantire i trattamenti necessari per prevenire e curare le malattie al di là delle condizioni economiche dell’individuo.

Per quanto riguarda i limiti imposti ai trattamenti sanitari obbligatori dal rispetto della persona umana, in dottrina il “rispetto di questo ultimo limite dà luogo a dubbi”²⁵⁵.

La Costituzione utilizza, infatti, un concetto diverso rispetto a quello di dignità, richiamata espressamente, invece, negli artt. 3 Cost., in riferimento alla pari dignità sociale dei cittadini, 36, primo comma, Cost.,

può essere fatto valere da autorità sanitarie e amministrative”. Sul tema v. inoltre G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, 1995.

²⁵² Corte cost., sent. 22 giugno 1990, n. 307, in *Giur. cost.*, 1990, 1874 ss.; sent. 18 aprile 1996, n. 118, in *Giur. cost.*, 1996, 1006 ss.

²⁵³ Sull’istituzione del Servizio Sanitario Nazionale v. C. BOTTARI, *Il diritto alla tutela della salute*, cit., 1109 ss.

²⁵⁴ A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto costituzionale*, cit., 30. M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 504 ss.

²⁵⁵ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, cit., 1051. L’autore si chiede in particolare se da tale limite si “possa ... desumere il divieto della sterilizzazione”.

in merito alla retribuzione del lavoratore e 41, secondo comma, Cost., come limite alla libera iniziativa economica privata²⁵⁶.

Secondo autorevoli autori il limite previsto dall'art. 32 Cost. ingloba il richiamo alla dignità dell'uomo e, pur tuttavia, non si esaurisce in esso. Si tratterebbe, infatti, di un limite ancora "più incisivo di quello originariamente previsto dal progetto di Costituzione, che parlava infatti non di 'persona', ma di 'dignità umana'" e "tale maggiore incisività era stata puntualmente notata già in assemblea costituente"²⁵⁷.

La dignità è violata, infatti, "mediante offese di ordine morale o a causa di abbandono in situazioni di degrado fisico", mentre il rispetto della persona "oltrepassa queste fattispecie ed arriva a coprire anche ... le esigenze collegate al pudore della persona sottoposta al trattamento sanitario ed alla riservatezza delle notizie" legate alla sua salute²⁵⁸.

Nel limite del rispetto della persona si può considerare, dunque, contenuto implicitamente il richiamo alla dignità dell'essere umano²⁵⁹; ma la tutela è ancor più ampia.

Va, poi, ricordato come la dottrina colleghi la tutela della salute alla difesa della vita della persona, proprio per il "nesso organico in cui si trovano il bene dell'integrità fisica e il bene della vita rispetto alla persona"²⁶⁰.

Tale inscindibile rapporto è riconosciuto già da tempo anche dalla Corte costituzionale, che ha affermato, come già ricordato nelle pagine che precedono, il legame tra "la persona umana e il corpo che non ne è avulso"²⁶¹.

²⁵⁶ Sul tema v. P. F. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Dir. soc.*, 2008, 31 s.

²⁵⁷ M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 10. Cfr. l'intervento dell'On. Caronia, in Atti Assemblea costituente, seduta 24 aprile 1947, *cit.*, 3298.

²⁵⁸ D. MORANA, *op. ult. cit.*, 48.

²⁵⁹ F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Torino, 2011, 150; M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, vol. IV, 2011, 3136.

²⁶⁰ M. PESANTE, voce *Corpo umano (atti di disposizione)*, *cit.*, 658.

²⁶¹ Corte cost. sent. 9 ottobre 1990, n. 471, già citata. In dottrina si è messo in luce lo stretto rapporto tra vita e salute, affermando che il diritto alla vita, "ricomprende

È, infatti, “incontestabile che la salute è finalizzata alla vita, alla dignità piena della persona umana, ed è logico che tali valori, che stanno alla base della tutela costituzionale della salute, costituiscano anche un limite ai procedimenti terapeutici”²⁶².

Si analizzerà, più avanti in questo lavoro, nella parte dedicata a una dettagliata analisi della legislazione italiana sui trapianti, il problema, nell’ambito della donazione di organo da vivente, della disponibilità o meno della salute individuale: il diritto previsto dall’art. 32 Cost., esplicitamente qualificato come diritto inviolabile dalla Corte costituzionale²⁶³, può essere veramente sacrificato o, comunque, menomato, per compiere atti di solidarietà e salvare la vita di altre persone? Il consenso del donatore fino a che punto è in grado di giustificare tale lesione? Tali interrogativi, nella successiva trattazione del tema, saranno studiati alla luce dell’evoluzione del concetto di salute, poc’anzi ricordato.

7. Il consenso informato agli interventi sul corpo

Ulteriore elemento di grande importanza nella protezione del corpo umano a livello costituzionale è desumibile dal combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 Cost., dai quali la Corte costituzionale ha ricavato, nella sua giurisprudenza, la garanzia del consenso informato.

Il diritto al consenso informato ha trovato in tempi recenti una specifica disciplina con la l. 22 dicembre 2017 n. 219, recante “*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*”.

anche il diritto alla difesa della salute dell’uomo, con l’avvertenza che il diritto alla salute in un ordine gerarchico, viene dopo il diritto alla vita”: così M. ARAMINI, *Introduzione alla Bioetica*, cit., 342.

²⁶² G. GEMMA, *Questioni in tema di trapianti: profili di illegittimità costituzionale*, cit., 1014.

²⁶³ Cfr. la già citata Corte cost., sent. 2 giugno 1977, n. 103 e la sent. 17 luglio 2001, n. 252, in *Giur. cost.*, 2001, 4 ss.

to»²⁶⁴, all'esito di un percorso parlamentare caratterizzato da un ampio dibattito sul tema.

Anche prima dell'approvazione di tale legge il rispetto del consenso informato per l'esecuzione di un trattamento sanitario era comunque affermato, a livello di legislazione ordinaria, dall'art. 33 della l. 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, dall'art. 3 della l. 21 ottobre 2005, n. 219 e dall'art. 6 della l. 19 febbraio 2004, n. 40.

Il principio era, inoltre, disciplinato, come si vedrà nel capitolo successivo, dall'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dall'art. 5 della c.d. Convenzione di Oviedo del 2005, e, quanto ai minori, dall'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989²⁶⁵.

Anche il codice di deontologia medica²⁶⁶ disciplina il consenso, all'art. 35, come requisito indispensabile per intraprendere l'attività diagnostica o terapeutica sul paziente e richiede che sia esplicito e informato.

²⁶⁴ Sulla legge, v. in particolare G. RAZZANO, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT fra libertà di cura e rischio di innesti eutanasci*, Torino, 2019; G. BALDINI, *La legge 219/17 tra molte luci e qualche ombra*, in *Dirittifondamentali.it*, Fasc. 1/2019, 5 febbraio 2019; L. EUSEBI, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento*, in M. Oliva-M. Caputo, *Itinerari di medicina legale e delle responsabilità in campo sanitario*, Torino, 2021, 418 ss.; L. D'AVACK, *Consenso informato e scelte di fine vita. Riflessioni etiche e giuridiche*, Torino, 2020.

²⁶⁵ La convenzione è stata ratificata in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176. L'art. 24 della stessa riconosce il diritto del minore e dei suoi genitori sulla salute e sulla nutrizione del minore stesso.

²⁶⁶ Codice di deontologia medica approvato dalla Federazione nazionale degli Ordini dei medici e chirurghi e degli odontoiatri il 18 maggio 2014 che, all'art. 35, stabilisce che il sanitario non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente (v., inoltre, Cass. Civ., sent. 16 ottobre 2007, n. 21748). Sul valore giuridico del codice deontologico v. G.D. COMPORI, *La deontologia medica nella prospettiva della pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 859; V. DURANTE, *Salute e diritti fra fonti giuridiche e fonti deontologiche*, in *Pol. dir.*, 2004, 563 e, più in generale, A.M. SANDULLI, *Regole di deontologia professionale e sindacato della Corte di Cassazione*, in *Giust. Civ.*, 1961, I, 616 ss.

In tempi più recenti, l'art. 1-quinquies, del d.l. n. 172 del 2020, convertito in l. n. 6 del 2021, sulla somministrazione vaccinale prevista durante la pandemia Covid-19, richiama espressamente la disciplina prevista dalla l. n. 219 del 2017, affermando che il consenso informato debba essere reso “in conformità alla volontà dell’interessato”.

Il contributo della giurisprudenza, sia penale sia civile, della Cassazione sul consenso è stato molto rilevante. Ci si limita ai fini di questo studio a ricordare come il necessario consenso per gli interventi sanitari si sia sganciato progressivamente sia dalla causa di giustificazione prevista dall’art. 50 c.p.²⁶⁷ – “ammettendo l’autolegittimazione dell’*ars medica*, in quanto attività ontologicamente diretta alla tutela di beni di rilievo primario come il bene della salute e della vita”²⁶⁸ – sia dall’art. 5 c.c.²⁶⁹, per trovare fondamento, anche per la Cassazione, negli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.

Prima di trovare formale riconoscimento dal legislatore, il consenso informato è stato riconosciuto dalla Corte costituzionale come “vero e proprio diritto della persona”²⁷⁰ e “principio fondamentale in materia di tutela della salute”²⁷¹.

²⁶⁷ Si ricordano, in particolare Cass. pen., sez. IV, sent. 27 marzo 2001, n. 36519, in *Corriere del Merito*, 2009, 304; Cass. pen., sez. IV, sent. 11 luglio 2001, n. 35822, in *Cass. pen.*, 2002, 2041.

²⁶⁸ B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità*, cit., 70. Cfr. al riguardo L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, 727 ss.

²⁶⁹ In particolare, il consenso veniva, infatti, qualificato come mero atto autorizzatorio: cfr. in tal senso Cass. Civ., sez. III, sent. 12 giugno 1982, n. 3604, in *Giust. civ.*, 1983, I, 939.

Dagli anni Novanta il consenso è fatto rientrare nella tutela dell’autodeterminazione individuale, e in particolare negli artt. 2, 13, 32 Cost. V. Cass. Civ., sez. III, sent. 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, 2913. Oggi viene considerato quale istituto posto a protezione di un diritto costituzionalmente tutelato e ne è stata ampliata la responsabilità per danni causati dalla violazione degli obblighi informativi: v. Cass. Civ., sent. 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Foro it.*, 2010, I, 2113. Sul tema v. B. VIMERCATI, *op. ult. cit.*, 76 ss.

²⁷⁰ Corte cost., sent. 23 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, 4971 ss.

²⁷¹ Corte cost., sent. 30 luglio 2009, n. 253, in *Giur. cost.*, 2009, 4, 3473 ss.

In dottrina si erano sollevate alcune voci critiche a questa ricostruzione della Consulta.

In particolare, si affermava che il diritto al consenso informato poteva essere esaustivamente fondato anche dal solo art. 32 Cost., senza il bisogno del ricorso agli artt. 2 e 13 Cost.

Morana ha, a riguardo, sostenuto come la posizione della Corte appariva il frutto del “bisogno di ricorrere al grimaldello dell’art. 2 Cost. ogni qual volta il riconoscimento di una posizione giuridica soggettiva non sia espressamente «nominato» in una disposizione costituzionale”, con la conseguenza di far sorgere “il dubbio” che tale posizione “più semplicemente riveli, per questo profilo, una certa pigrizia interpretativa, che non è nuova nella giurisprudenza costituzionale in tema di diritti e che tuttavia svela la tendenza ad una disaffezione all’interpretazione letterale e sistematica della Costituzione”²⁷².

Invero l’art. 32, secondo comma, Cost. sarebbe sufficiente di per sé a dare protezione giuridica al consenso là dove prevede che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”. Così come ogni individuo ha infatti il diritto alla cura, per la Corte costituzionale ognuno “ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente”²⁷³.

Tale diritto, dunque, si sostanzia nell’adesione consapevole, poiché informata, al trattamento sanitario offerto dal medico e può essere considerato sufficientemente garantito dal solo art. 32 Cost.

²⁷² D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il «consenso informato» ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2008, 4971 s. Per quanto riguarda il riferimento all’art. 13 Cost., l’Autrice sottolinea come quest’ultimo rilevi in tema di trattamenti sanitari solamente nel caso in cui siano coattivi (p. 4979).

²⁷³ Corte cost., sent. 23 dicembre, n. 438 del 2008, appena citata.

Per quanto riguarda la disciplina positiva, l'art. 1 della l. n. 219 del 2017 ha previsto che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge.

Ai sensi del comma 3 dell'art. 1 della suddetta legge, ogni persona ha, poi, “il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi”.

Rilevanti conseguenze scaturiscono da tale diritto nel rapporto tra il personale sanitario e il soggetto in cura: la consensualità, infatti, “esige ... che la strutturale «asimmetria informativa» caratterizzante la relazione tra medico e paziente sia tendenzialmente superata, o quantomeno ridotta nella maggiore misura possibile, attraverso un flusso informativo chiamato a svilupparsi all'interno della medesima relazione”²⁷⁴.

La l. n. 219 del 2017 valorizza tale relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico, basata appunto sul consenso informato: in esso “si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico” (art. 1).

Il modello di relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico promosso da tale legge, fondato sul consenso informato, “non è né quello del paternalismo medico né quello dell'autodeterminazione assoluta del paziente” ma “sembra piuttosto identificabile nella c.d. alleanza terapeutica”²⁷⁵.

²⁷⁴ D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il «consenso informato» ai trattamenti sanitari*, cit., 4975. L'Autrice in nota sottolinea che l'art. 35 del Codice di deontologia medica, già citato, si esprime in termini di «processo informativo».

²⁷⁵ E. BILOTTI, *Ai confini dell'autodeterminazione terapeutica. Il dialogo tra il legislatore e il giudice delle leggi sulla legittimità dell'assistenza medica al suicidio*, in *Corr. Giur.*, n. 4, 2019, 470.

Il diritto del paziente a ricevere un'adeguata informazione preventiva riguardante il trattamento può essere, comunque, definito come un "diritto implicito nel diritto alla salute e nel diritto di rifiutare una prestazione sanitaria" e "riguarda tutti i momenti significativi attraverso i quali si realizza il diritto fondamentale alla salute dell'art. 32, comma 1"²⁷⁶.

Al riguardo è importante ricordare che anche se è condivisibile la tesi secondo la quale "il principio del consenso informato ha base costituzionale e natura di diritto fondamentale", ciò però "non significa affatto che esso sia un diritto assoluto: esso incontra invece limiti, che vanno desunti sistematicamente dalla Cost."²⁷⁷.

Tra i limiti che può incontrare il diritto al consenso informato rientrano la salvaguardia della vita e della salute del soggetto: "questi beni oggettivi e finali vanno quantomeno bilanciati con il bene strumentale rappresentato dall'autonomia del soggetto, protetta dal consenso informato"²⁷⁸.

Tali aspetti verranno analizzati in dettagli più avanti, in riferimento alla materia dei trapianti da donatore vivente.

L'art. 1, comma 5, della l. n. 219 del 2017 prevede anche il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, "qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso", come anche di revocare in qualsiasi momento il consenso precedentemente prestato.

Il riconoscimento del diritto fondamentale alla salute e del principio del consenso informato comporta, infatti, che l'individuo possa scegliere di rifiutare le cure e di non curarsi.

²⁷⁶ G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, comma 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, 91. Per il dovere di informazione gravante sul medico cfr. art. 33 del Codice di deontologia medica.

²⁷⁷ M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 508.

²⁷⁸ M. OLIVETTI, *loc. ult. cit.*

Il medico è, così, tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo, secondo quanto previsto dal comma 5 dell'art. 1 della legge.

Il dissenso alla cura è, infatti, in grado di sollevare il medico dalla propria responsabilità di intervento se consapevole e “concreto nel senso che il dissenso deve essere manifestato non come astratta presa di posizione in riferimento ad un non meno astratto problema, ma come decisione immediatamente collegata ad un evento che può effettivamente verificarsi”²⁷⁹.

Nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico è tenuto ad assicurare le cure necessarie, “nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla”, secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 7 della legge n. 219.

È applicabile, infatti, in tali situazioni il principio del consenso presumibile, fondato su una regola generale sussumibile nella locuzione *in dubio pro vita*, che solleva il medico dalla propria responsabilità autorizzando un intervento salvavita²⁸⁰.

In dottrina viene esclusa “la tipicità penale dell'attività medico-chirurgica con finalità terapeutica, in ragione del suo valore altamente sociale” e “purché essa ovviamente venga esercitata secondo la *lex artis* e nei confronti di un paziente non dissenziente”²⁸¹.

È possibile derogare al principio del consenso nei soli casi espressamente previsti dalla legge: è il caso, per esempio, dei trattamenti sanitari obbligatori previsti dalla legge, da effettuarsi però sempre nel limite del rispetto della persona umana di cui si è già parlato in riferimento all'art. 32 Cost., secondo comma.

²⁷⁹ M. LUCIANI, voce *Salute, cit.*, 9. Sul problema cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali, cit.*, 52.

²⁸⁰ Cfr. F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana, cit.*, 234 ss.

²⁸¹ G. MARRA, *Il consenso dell'avente diritto. L'art. 50 c.p.*, in AA.VV., *Commentario sistematico al Codice Penale. Il reato. Cause di esclusione e di estinzione del reato e della pena. Forme di manifestazione e concorso di reati*, vol. II, opera diretta da M. Ronco, Bologna, 2007, 530.

Il diritto di non curarsi, infatti, “incontra il limite degli interessi della collettività, che possono giustificare – sulla base di una previsione legislativa e nel rispetto della persona umana – i trattamenti sanitari obbligatori (o addirittura coattivi)”²⁸².

Caso emblematico, sul quale si è espressa anche in più occasioni la Corte costituzionale, è quello degli obblighi vaccinali. In particolare, la Corte giudicando sulla legittimità costituzionale del d.l. n. 73 del 2017, convertito in l. n. 119 del 2017, in materia di vaccinazione obbligatoria dei minori, ha affermato che “i valori costituzionali coinvolti nella problematica delle vaccinazioni sono molteplici e implicano, oltre alla libertà di autodeterminazione individuale nelle scelte inerenti alle cure sanitarie e la tutela della salute individuale e collettiva (tutelate dall’art. 32 Cost.), anche l’interesse del minore, da perseguire anzitutto nell’esercizio del diritto-dovere dei genitori di adottare le condotte idonee a proteggere la salute dei figli (art. 30 e 31 Cost.), garantendo che tale libertà non determini scelte potenzialmente pregiudizievoli per la salute del minore”²⁸³.

Il comma 6 dell’art. 1 della legge n. 219 ricorda anche che “il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali”.

Per quanto riguarda il minore, la normativa del 2017 prevede, all’art. 3 comma 3, che il consenso informato al trattamento sanitario “è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità”.

Tale principio ha trovato specifica attuazione, ad esempio, nel caso della vaccinazione da Covid-19: in caso di contrasto tra i genitori

²⁸² M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 510.

²⁸³ Corte cost., sent. 18 gennaio 2018, n. 5, disponibile sul sito della Corte costituzionale, all’indirizzo www.cortecostituzionale.it.

sull'opportunità di sottoporre o meno a vaccinazione il minore il giudice tutelare ha deciso a favore del genitore che meglio rappresentava gli interessi del minore, assecondando la volontà del minore stesso, il quale aveva già espresso la volontà di essere sottoposto alla dose del vaccino²⁸⁴.

Riguardo al principio del consenso informato, si pone, poi, il problema del soggetto che non può esprimere il consenso poiché incapace di intendere e di volere, come nel caso del paziente in coma.

In particolare, la problematica riguarda i profili legati all'attualità dell'espressione del consenso e al problema delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT).

È noto a riguardo il caso della morte di Eluana Englaro nel quale, dopo una travagliata vicenda giudiziaria, la Corte d'appello di Milano, con un decreto del 25 giugno 2008, in attuazione delle regole affermate dalla sentenza della Corte di Cassazione del 16 ottobre del 2007, n. 21748²⁸⁵, "ha applicato un cosiddetto 'principio di autodeterminazione' e, attraverso testimonianze ed elementi presuntivi della volontà della paziente, ha autorizzato il tutore a staccare il sondino naso-gastrico che veicolava il sostentamento"²⁸⁶ alla ragazza che da anni si trovava in situazione di disabilità.

²⁸⁴ V. Tribunale Firenze, Giudice Tutelare, decreto 15 febbraio 2022; Trib. Milano sez. IX, dec. 2 settembre 2021; Trib. Milano 13 settembre 2021.

²⁸⁵ Corte di Cassazione, I sez. Civ., sent. 16 ottobre 2007, n. 21748, già citata. Sulla sentenza v. M. ESPOSITO, *Note minime sul periclitare del confine tra legge e giurisdizione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 22 giugno 2009; A. SIMONCINI-O.C. SNEAD, *I profili costituzionali delle decisioni sulle cure di persone incapaci tra libertà e giusto processo, con uno sguardo oltreoceano*, in *Quad. Cost.*, 2010, 15 ss.

²⁸⁶ A.M. GAMBINO, *Direttive anticipate e diritto privato*, in AA.VV., *Autonomia e autodeterminazione. Profili etici, bioetici e giuridici*, a cura di C. Navarini, Roma, 2011, 115. Sul tema v. inoltre B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Milano, 2014, 119 ss.; C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, 545 ss.; R. ROMBOLI, *Il «caso Englaro»: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in *Quad. cost.*, 2009, 91 ss.

Per quanto riguarda il problema delle disposizioni anticipate di trattamento, la l. n. 219 del 2017 prevede, all'art. 4, che “ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari”. Il medico è “tenuto al rispetto delle DAT”, le quali, però possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita. È, in ogni caso, fatto salvo quanto stabilito dal comma 6 dell'art. 1, che – come già ricordato –, vieta trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali.

Tale garanzia è fondamentale rispetto al ruolo del medico: è, infatti, “spazio per un rigoroso scrutinio di ragionevolezza delle DAT”²⁸⁷, la cui esecuzione deve configurarsi come rinuncia alle cure e non come omicidio del consenziente.

Con le DAT è indicata, come accennato, una volontà “ora per allora”, a discapito dell'attualità del consenso e dell'adeguata ed effettiva informazione medica. Uno strumento più rispettoso del consenso informato sembra, invece, essere quello indicato all'art. 5 della legge, che prevede, “nella relazione tra paziente e medico rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta”, una pianificazione delle cure condivisa tra il paziente e il medico, alla quale il medico e l'équipe sanitaria sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a

²⁸⁷ G. RAZZANO, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e DAT*, cit., 126. Sul punto v. anche M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 514.

trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità. La pianificazione delle cure può essere aggiornata al progressivo evolversi della malattia, su richiesta del paziente o su suggerimento del medico.

8. Il diritto all'autodeterminazione

8.1 L'autodeterminazione come moderno habeas corpus?

Nel riconoscere il consenso informato come vero e proprio diritto, la Corte costituzionale ha aggiunto che esso si pone come “sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello della salute”.²⁸⁸ In tal modo il giudice delle leggi ha affermato l'autonomia concettuale di un diritto della persona all'autodeterminazione in ordine alla propria salute.

Non solo nella giurisprudenza costituzionale appena ricordata, ma anche in dottrina si è affermata l'esistenza di uno specifico diritto all'autodeterminazione della persona, fondato sugli artt. 2, interpretato come norma a fattispecie aperta, 13 e 32, secondo comma, Cost.

Nonostante in Costituzione non si faccia alcuna menzione di tale diritto, esso starebbe a indicare l'autonoma capacità di scelta del singolo, sarebbe cioè “espressione di una «sovranità su di sé»: un *diritto alla libera disposizione del proprio corpo* che si tradurrebbe – è stato detto – in un *moderno habeas corpus*”²⁸⁹.

In questa prospettiva l'autonomia dei privati²⁹⁰ non rappresenterebbe più il centro della sola sfera dei rapporti patrimoniali, dell'autonomia contrattuale, ma toccherebbe “il vertice della nostra fonte costituzionale

²⁸⁸ Corte cost., sent. 23 dicembre 2008, n. 438, già citata.

²⁸⁹ A. BARBERA-C. FUSARO, *Corso di diritto costituzionale*, cit., 234.

²⁹⁰ Sulla quale per una trattazione generale relativa ai profili costituzionali v. M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003.

... aprendosi ... agli interessi legati allo sviluppo della persona umana²⁹¹ e formando in tal modo il nucleo di un vero e proprio principio generale costituzionalmente garantito, tale da influenzare in maniera determinante la sfera corporale dell'uomo.

All'interno di questa impostazione dottrinale il principio di autodeterminazione costituirebbe la "espressione di ausilio ed esplicativa dei diritti non previsti e delle categorie giuridiche (autonomia privata, libertà individuale) che, pur non contemplate espressamente, avrebbero un rilievo costituzionale"²⁹².

Per quanto riguarda il fondamento costituzionale del diritto all'autodeterminazione sono evocati sia l'art. 2 Cost., inteso, come detto, quale clausola a fattispecie aperta; sia l'art. 13 Cost., ricollegando l'autodeterminazione alla libertà morale e facendo rientrare quest'ultima nell'ambito di tutela della libertà personale; e da ultimo l'art. 32, comma secondo, Cost. Dal principio secondo cui nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario discenderebbe il diritto all'autodeterminazione per quanto riguarda il rifiuto della cura e la scelta circa il fine vita, finanche il suicidio assistito e l'eutanasia²⁹³.

In senso contrario a tale ricostruzione una parte della dottrina da tempo ha evidenziato che, anche allargando il problema dell'autonomia individuale al di là delle questioni più strettamente economiche, fino a toccare il campo delicatissimo delle frontiere bioetiche, "ciò non significa che autonomia equivalga a libertà individuale fino a ricomprendere tutte le azioni consentite all'individuo perché non vietate"²⁹⁴.

²⁹¹ A. GALASSO, *Una riflessione introduttiva*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 11 s. In particolare, l'Autore cita il riconoscimento costituzionale dato al principio di autodeterminazione dalla sentenza della Corte cost. n. 438 del 2008 citata.

²⁹² S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, cit., 84.

²⁹³ Cfr. per esempio A. GALASSO, *op. ult. cit.*, 13; G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, cost.*, cit., 109.

²⁹⁴ G. ABBAMONTE, *Note sul problema dell'autonomia privata*, in *Studi sulla Costituzione*, Milano, 1958, II, 93.

Proprio a questo riguardo non solo è stata messa in luce la differenza, nel sistema costituzionale, tra la categoria delle “libertà” e quella della “autonomia”, con quest’ultima che sta a indicare un “potere dinamico” e la prima che invece è “una pretesa” e dunque una situazione statica²⁹⁵; ma è stato anche ricordato che la Costituzione italiana, come tutte le Carte del dopoguerra, “proprio per via degli orrori che avevano umiliato la dignità umana” nel periodo bellico, si è fatta “carico di disciplinare puntualmente diritti e libertà, valorizzando il contesto sociale in cui la persona umana si sviluppa e la comunità adempie all’obbligo di solidarietà, per cui la circostanza che determinate decisioni individuali ricadano sul singolo, non abiliterebbe a ritenere queste come non suscettibili di essere sottoposte a valutazioni e a divieto”²⁹⁶.

Alcuni valori fondamentali, protetti anche dalla Carta costituzionale, come la famiglia, la vita, la salute, il lavoro, sono da considerare come “valori, anteriori e indipendenti rispetto all’autodeterminazione individuale, la cui tutela spetta alla legge, che è legittimata, in vista della loro salvaguardia e protezione, a disporre anche contro la volontà dei singoli individui, obbligandoli giuridicamente a serbare condotte in conformità della legge”²⁹⁷.

²⁹⁵ Cfr. MANGIAMELI, *op. ult. cit.*, 12: “ad affermare che la libertà sia un potere si finirebbe con i restringere lo spazio di libertà, dal momento che l’esercizio del potere presuppone non solo la capacità giuridica, ma anche quella di agire, e di fatto risulterebbero così privati dei diritti di libertà tutti coloro che sono incapaci, i minori gli interdetti; per non considerare, poi, che ogni specifica libertà non esercitata non sarebbe perciò stesso non goduta”. In generale su struttura e contenuto dei diritti di libertà nella Costituzione italiana v. P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni, cit.*, 235 ss., ivi ampia dottrina. Per una diversa prospettiva, v. invece A. PACE, *Problematica, cit.*, 116 ss.

²⁹⁶ S. MANGIAMELI, *op. ult. cit.*, 24

²⁹⁷ M. RONCO, *Volontà anticipate e volontà attuale: quale autonomia?*, in AA.VV., *Autonomia e autodeterminazione. Profili etici, bioetici e giuridici, cit.*, 68 s. L’Autore sottolinea come l’autodeterminazione individuale era, nelle dichiarazioni dei diritti, “considerata non come il principio e il fondamento di tutta l’esperienza giuridica, bensì come il segno dignitario dell’essere umano” (p. 69).

Occorre, inoltre, considerare, – come emerso in relazione al tema della procreazione artificiale, nel quale la problematica dell'autodeterminazione è stata evocata per il riconoscimento della c.d. fecondazione eterologa, che “nella stessa raffigurazione liberale dei diritti del singolo l'incrocio con i diritti altrui rappresenta il punto di caduta della stringente consequenzialità del paradigma dell'autodeterminazione”²⁹⁸.

Per quanto riguarda l'ambito delle scelte sanitarie vi è una generale tendenza, soprattutto da parte di chi sostiene l'esistenza di un diritto di morire da ricomprendere in quello all'autodeterminazione, a considerare il soggetto bisognoso di cure autonomo e in grado di compiere liberamente, con lucidità e consapevolezza, qualsiasi tipo di decisione che lo riguardi, soprattutto in campo medico.

Si è al riguardo osservato che “l'enfasi che così frequentemente corre nelle decisioni giurisprudenziali ... sull'idea di autodeterminazione del singolo è indice di un'esigenza, profondamente avvertita nel nostro tempo, di emancipare l'individuo dallo stato di soggezione rispetto a qualunque forma di potere: nel nostro caso dallo stato di soggezione del paziente rispetto al legislatore, alla struttura sanitaria, al medico e ad ogni altra autorità”²⁹⁹.

Tuttavia, si trascura in tale maniera lo stato di bisogno e di difficoltà nel quale si trova molto spesso il malato, la sua debolezza anche psicologica, la complessità della sua situazione, “cosicché enfatizzare solo la sua capacità di autodeterminazione, finisce col produrre l'effetto paradossale di lasciarlo solo con le sue scelte drammatiche, o peggio, di metterlo in balia di chi, nel momento di debolezza, può esercitare un potere, anche solo morale, su di lui”³⁰⁰.

²⁹⁸ R. NANIA, *Osservazioni su profili costituzionali della “fecondazione eterologa”*, cit., 54.

²⁹⁹ M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, cit., 464 s.

³⁰⁰ M. CARTABIA, *loc. ult. cit.*

8.2 I limiti all'autodeterminazione nell'ordinamento italiano

D'altronde anche in altri ambiti dell'ordinamento l'autonomia privata trova dei limiti a tutela dei soggetti più deboli e della loro dignità: si pensi, per esempio, al settore del diritto del lavoro, nel quale “nessuno in effetti riterrebbe, per esempio, che i limiti fissati alla pura autodeterminazione contrattuale ... assumano una portata riduttiva circa la dignità attribuita alla figura del lavoratore”³⁰¹.

Si pensi, poi, alla libertà di autodeterminazione del proprio essere fisico, di disporre del proprio corpo: anche essa non è assoluta ma, al contrario, incontra limiti imposti dalla legge a tutela di valori superiori, come ad esempio l'obbligo di indossare il casco³⁰² o la cintura di sicurezza³⁰³ oppure, come si vedrà anche più avanti, il divieto di compravendita di parti del corpo.

³⁰¹ L. EUSEBI, *Laicità e dignità umana: profili biogiuridici*, in AA.VV., *Biogiuridica cattolica*, a cura di F. D'Agostino, Roma, 2014, 97.

³⁰² Obbligo previsto dall'art. 171 del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, Codice della strada, secondo il quale “Durante la marcia, ai conducenti e agli eventuali passeggeri di ciclomotori e motoveicoli è fatto obbligo di indossare e di tenere regolarmente allacciato un casco protettivo conforme ai tipi omologati, in conformità con i regolamenti emanati dall'Ufficio europeo per le Nazioni Unite - Commissione economica per l'Europa e con la normativa comunitaria”. Sul punto v., Corte cost., sent. 16 maggio 1994, n. 180, in *Giur. cost.*, 1994, 1603. Per la Corte “appare conforme al dettato costituzionale, che considera la salute dell'individuo anche interesse della collettività, che il legislatore nel suo apprezzamento prescrive certi comportamenti e ne sanziona l'inosservanza allo scopo di ridurre il più possibile le pregiudizievoli conseguenze, dal punto di vista della mortalità e della morbosità invalidante, degli incidenti stradali”. E “non può difatti condividersi la tesi... per la quale l'ingerenza statale nella sfera del cittadino sarebbe consentita solo se sia posto in pericolo il diritto alla salute di terzi individui”, mentre quando “la collettività nei confronti della salute dell'individuo vanta un mero interesse” sarebbe “illegittima ogni imposizione o limitazione” di diritti di libertà, come quello “di circolazione ed in genere di estrinsecazione della personalità”.

³⁰³ Cfr. l'art. 172 del d.lgs. 30 aprile 1992 n. 285 aggiornato, Codice della strada, che obbliga il conducente e i passeggeri dei veicoli a indossare la cintura di sicurezza “in qualsiasi situazione di marcia”. L'articolo obbliga, altresì, ad utilizzare sistemi di ritenuta per bambini di statura inferiore a 1,50 e a utilizzare apposito dispositivo di al-

Ci mostra chiari limiti alla libera disposizione del proprio corpo anche la legislazione vigente che considera un reato la produzione, la commercializzazione e lo spaccio degli stupefacenti³⁰⁴. Come ha affermato Barbera, “se si dovesse trattare di diritti di libertà non solo questi comportamenti non potrebbero essere eventualmente puniti, ma non potrebbero neanche essere ostacolati con misure amministrative (ad esempio in alcuni casi con il ritiro della patente) ... ma allora detenere ed assumere droghe significa esercitare un diritto di libertà oppure significa narcotizzare le menti e privarsi di una libertà?”³⁰⁵. Anche Barbera riconosce che non può affermarsi un diritto alla libera disponibilità del proprio corpo (o alla libera disponibilità della propria mente) in base agli art. 2 e 13 Cost. La Corte costituzionale è in più occasioni intervenuta in materia, vagliando la ragionevolezza e la proporzionalità del trattamento sanzionatorio, affermando la legittimità dello stesso (ad es. sent. n. 179 del 2017³⁰⁶ e n. 40 del 2019³⁰⁷).

larme volto a prevenire l'abbandono del bambino. Della scelta di non tutelare la propria integrità fisica non mettendo la cintura di sicurezza e della legittimità costituzionale di imposizioni legislative parla A. PACE, *Problematica, cit.*, 99 s.

³⁰⁴ Sul tema sia consentito il rinvio a F. PIERGENTILI, *La cannabis nella normativa e nella giurisprudenza italiana*, in *Quad. Scienza&Vita, Cannabis, pro e contro. Consumo, regolamentazione, proibizione*, 2021, 55 ss.

³⁰⁵ A. BARBERA, *La Costituzione come bene comune, Relazione al Meeting di Rimini 2024*. Il testo è consultabile sul sito della Corte costituzionale www.cortecostituzionale.it.

³⁰⁶ Corte cost., sent. 13 luglio 2017 n. 179. La Corte ha ritenuto che il trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 73 d.P.R. 309/1990 non violi i principi di ragionevolezza-uguaglianza, di offensività, e di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del reato.

³⁰⁷ Corte cost. sent. 8 marzo 2019, n. 40. La Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 73, comma 1, del DPR 309/1990, nella parte in cui prevede la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anni, anziché di sei anni. Cfr. N. CANZIAN, *La reviviscenza a giudizio: il minimo edittale per le droghe "pesanti" fra divieto di impugnazione del giudicato e assenza di soluzioni obbligate*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2019, 994 ss.; F. DEPRETIS, *Verso una nuova tipologia decisoria della Corte costituzionale in materia penale? A margine della sentenza n. 40 del 2019*, in *Dir. comp.*, 15 aprile 2019.

Con l'innalzamento dell'autodeterminazione a principio costituzionale non si dovrebbe in alcun modo ostacolare, ma anzi andrebbe legittimata e liberalizzata, qualsiasi altra espressione della "autonomia" decisionale del singolo, come il caso del suicidio. Si può paradossalmente sostenere che sarebbe sempre lecito, allora, l'aiuto al suicidio e andrebbero considerate abrogate totalmente le norme penali che puniscono l'istigazione al suicidio e l'omicidio del consenziente³⁰⁸!

In proposito si è convincentemente obiettato che "l'uomo può suicidarsi, esercitando un potere di fatto sul proprio corpo; può determinare il peggioramento o impedire il miglioramento delle sue condizioni di salute, non curandosi"; tuttavia si tratta di poteri che "non sono espressione di un diritto, bensì di mere facoltà di fatto, che non trovano tutela nell'ordinamento giuridico e non sono azionabili come pretese giuridiche nei confronti di terzi"³⁰⁹.

Al contrario attribuire all'autodeterminazione lo "statuto" di diritto costituzionale può costituire "un argomento idoneo, se preso sul serio, a legittimare qualsiasi decisione sulla vita e sulla morte, ben al di là dei «casi eccezionali» per i quali tale argomento è utilizzato in questa fase (giuridicamente e soprattutto legislativamente) acerba del dibattito; sino alla banalizzazione e alla potenziale liberalizzazione del suicidio"³¹⁰.

Con l'affermazione del diritto all'autodeterminazione in fondo si tenta di "sostituire la 'libertà della persona' con la 'volontà dell'individuo' per dare fondamento teoretico dei diritti indisponibili, con il risultato di renderli 'disponibili' e contrattualizzabili"³¹¹. Ma se

³⁰⁸ Cfr. L. EUSEBI, *Criteriologie dell'intervento medico e consenso*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 1239 ss.

³⁰⁹ M. RONCO, *Volontà anticipate e volontà attuale: quale autonomia?*, cit., 71. Sul tema v. anche F. VARI, *Costituzione e fine vita. Riflessioni alla luce dell'insegnamento di Antonio Ruggeri*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, Napoli, 2021, nonché in *Consulta Online*, 2019, 425.

³¹⁰ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Capacità di volere e rifiuto delle cure*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 387 s.

³¹¹ Così criticamente A.M. GAMBINO, *Direttive anticipate e diritto privato*, cit., 118.

l'autodeterminazione fosse veramente il diritto “tiranno”³¹² in grado di prevalere su tutti gli altri in caso di bilanciamento, “più nessuna legge sarebbe ammissibile, perché la legge non avrebbe «il diritto» di vincolare la condotta dell'uomo”³¹³.

I limiti all'autodeterminazione hanno, pertanto “senso e giustificazione”, dal punto di vista costituzionale, “unicamente se risultano serventi, a un tempo, la persona che ne è assoggettata e il consorzio sociale al quale essa appartiene, e, per ciò stesso, in ultima istanza, la Costituzione e l'etica pubblica in essa custodita e da essa promossa”³¹⁴.

8.3 Il principio di autodeterminazione nella giurisprudenza costituzionale sul c.d. *fine vita*

La Corte costituzionale negli ultimi anni è intervenuta, in più occasioni, sul tema, interrogandosi sul ruolo e sui limiti dell'autodeterminazione individuale, in particolare nella materia del fine vita, ma non solo.

L'autodeterminazione è, infatti, “impropriamente evocata in campo da quanti vorrebbero interamente rimessa all'autodeterminazione del soggetto la decisione di porre fine ai propri giorni, avvalendosi – laddove necessario – della collaborazione di terzi (in specie di personale medico e paramedico) per centrare questo obiettivo”³¹⁵.

³¹² Sull'affermazione “tirannica” del principio di autodeterminazione v. A. MORRONE, *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale*, Atti del Seminario di Bologna, 12 ottobre 2018, a cura di A. Morrone, in www.forumcostituzionale.it, 2018, 10; E. FURNO, *Il “caso Cappato”: le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 141 s.; F. VARI-F. PIERGENTILI, *Di libertà si può anche morire*, in *Dirittifondamentali*, 21 ottobre 2019.

³¹³ M. RONCO, *Volontà anticipate e volontà attuale: quale autonomia?*, cit., 67.

³¹⁴ A. RUGGERI, voce *Autodeterminazione (principio di)*, in *Dig. Dic. Pub.*, Agg. VIII, 10.

³¹⁵ A. RUGGERI, voce *Autodeterminazione*, cit., 16.

Emblematico è il caso che ha riguardato la morte di Fabiano Antoniani (noto come Dj Fabo), rimasto tetraplegico a seguito di un incidente stradale, e che ha visto coinvolto Marco Cappato in un lungo processo per aver accompagnato il Dj a morire in Svizzera.

Nel giudizio di legittimità costituzionale promosso dalla Corte d'assise di Milano nel processo Dj Fabo/Cappato, la Corte, con la “invenzione di una originale tecnica decisoria in due tempi”³¹⁶, ha ritenuto non punibile ai sensi dell'articolo 580c.p., a determinate condizioni, chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che egli reputa intollerabili ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

Nell'ord. n. 207 del 2018³¹⁷, come poi nella sent. n. 242 del 2019³¹⁸, il giudice delle leggi pur riconoscendo il diritto alla vita come “il «pri-

³¹⁶ A. RUGGERI, voce *Autodeterminazione*, cit., 16. Con l'ord. n. 207 del 2018 la Corte aveva dato tempo al Parlamento fino al 24 settembre 2019 per intervenire sulla disciplina dell'aiuto al suicidio.

³¹⁷ V. Corte cost., ord. 6 novembre 2018, n. 207 in *Giur. cost.*, 2018, 2445 ss., con osservazioni di A. ANZON DEMMIG, *Un nuovo tipo di decisione di “incostituzionalità accertata ma non dichiarata”*, di R. Pinardi, *Il caso Cappato e la scommessa della Corte (riflessioni su un nuovo modello di pronuncia monitoria)*, di C. TRIPODINA, *Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto d'altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull'ord. 207/2018*, di G. Repetto, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*. Sulla pronuncia v. anche A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. 207 del 2018)*, in *Consulta Online*, 1/2019, 98 ss.

³¹⁸ Su tale pronuncia v., in particolare, M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 519 s.; A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *www.giustizainsieme.it*, 2019, 3; L. EUSEBI, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019; G. RAZZANO, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all'inviolabilità della vita e chiama «terapia» l'aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, 3

mo dei diritti inviolabili dell'uomo», in quanto presupposto per l'esercizio di tutti gli altri», ha individuato, per lo sviluppo scientifico e tecnologico in campo medico – che consente oggi di mantenere in vita il paziente in condizioni estremamente compromesse, senza poter consentire la ripresa delle funzioni vitali, “situazioni inimmaginabili” all'epoca in cui furono introdotte le norme penali vigenti – una circoscritta area di non punibilità penale, operando una equiparazione in base all'art. 3 Cost., “tra il rifiuto del trattamento necessario alla sopravvivenza, che presuppone l'accettazione da parte del paziente del decorso della malattia, e il suicidio assistito, che è una azione diretta a provocare la morte con il coinvolgimento attivo di un terzo”³¹⁹: la declaratoria di incostituzionalità ha, pertanto, riguardato “in modo specifico ed esclusivo all'aiuto al suicidio prestato a favore di soggetti che già potrebbero alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla loro sopravvivenza”, in base all'art. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017. Analoghe considerazioni sono state riprese nella recentissima sent. n. 135 del 2024³²⁰.

marzo 2020; F. POLITI, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle “rime obbligate”? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, 6 marzo 2020; A. MORRONE, *Il caso e la sua legge. Note sul caso Cappato/Dj Fabo*, in *Fam. e dir.*, 3/2020, 244 ss.; M. ESPOSITO, “Morte a credito”: riflessioni critiche sul c.d. diritto al suicidio assistito, in *Federalismi.it*, 14/2024, 12 giugno 2024. Per una diversa prospettiva v. invece M. D'AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2020, 286 ss. Sia, inoltre, consentito il rinvio a F. VARI-F. PIERGENTILI, *Di libertà si può anche morire*, in *Dirittifondamentali.it*, 21 ottobre 2019.

³¹⁹ Sia consentito il rinvio a F. PIERGENTILI, *Costituzione e suicidio assistito. A proposito della verifica del rispetto del presupposto del “trattamento di sostegno vitale” indicato nella sent. n. 242 del 2019 della Consulta*, in *Consulta Online*, 1/2024, 296.

³²⁰ Sulla quale v. A. RUGGERI, *La Consulta equilibrata sul filo del fine-vita (a prima lettura di Corte cost. n. 135 del 2024)*, in *Consulta Online*, 2024, 931 ss.; A.R. VITALE, *La morte assistita e i trattamenti di sostegno vitale come problemi biogiuridici tra il nominalismo della Corte costituzionale e l'ontologia della realtà (giuridica)*, *ibid.*, 1075 ss. Sulla questione di legittimità sottoposta al vaglio del giudice

Tuttavia, come evidenziato sempre da Ruggeri, il riferimento al principio di eguaglianza, in questo caso, appare quanto mai “improprio”: per esserci la violazione del principio, infatti, dovrebbe previamente essere dimostrata “la lesione di un diritto costituzionalmente riconosciuto, che qui però non c’è”³²¹.

In attesa dell’intervento del Legislatore in materia, auspicato dalla stessa Consulta, la verifica dei requisiti e delle modalità di esecuzione è affidata al SSN, in ottica prudenziale, a protezione della particolare vulnerabilità e sofferenza che si trova a vivere il paziente, nell’ambito della stessa *ratio* del reato previsto dall’art. 580 c.p.

È così, nello stesso spirito di garanzia, che viene posta la precondizione dell’aver coinvolto il paziente in un percorso di cure palliative, affinché la non punibilità nelle circostanze indicate del suicidio assistito “non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sofferenza”: diversamente per il giudice delle leggi “si cadrebbe...nel paradosso di non punire l’aiuto al suicidio senza aver prima assicurato l’effettività del diritto alle cure palliative”, la via indicata dal Legislatore nel 2010 per alleviare il dolore e la sofferenza nella malattia³²².

Tale garanzia ha, a bene vedere, come fine la tutela della libertà e della stessa autodeterminazione del paziente, che potrebbe essere con-

delle leggi v. M. ESPOSITO, “Morte a credito”: riflessioni critiche sul c.d. diritto al suicidio assistito, in *Federalismi.it*, n. 14 del 2024, 76 ss.; C.D. LEOTTA, *L’aiuto al suicidio del malato tenuto in vita da un trattamento di sostegno vitale: l’art. 580 c.p. torna davanti alla Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, 2024, 693 ss.; al riguardo sia anche consentito il rinvio a F. PIERGENTILI-A. RUGGERI-F. VARI, *Verso la “liberalizzazione” del suicidio assistito? (Note critiche ad una questione di costituzionalità sollevata dal Gip di Firenze)*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2024, 20 febbraio 2024, 219 ss.

³²¹ A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali*, cit., 97.

³²² V. G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014, 249 ss.

dizionata e non “libera” nella vulnerabilità: per tale motivo la Consulta indica l’effettiva erogazione di cure palliative come “pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente” (ord. 207 del 2018 e sent. 242 del 2019).

La Corte ha affrontato la tematica anche con riferimento al giudizio di ammissibilità del referendum popolare per l’abrogazione dell’art. 579 c.p., che prevede il reato di omicidio del consenziente³²³.

In particolare, con la richiesta promossa dal Comitato «*Eutanasia legale*», si prospettava l’abrogazione integrale del comma 2 dell’art. 579 c.p., nonché di alcune parole dei commi 1 e 3³²⁴: il risultato sarebbe stato la depenalizzazione del comportamento di “chiunque cagiona la morte di un uomo col consenso di lui”, fatte salve alcune vicende, tassativamente elencate, in cui il consenso era da considerarsi invalido³²⁵.

Attraverso il “ritaglio” operato sul testo si sarebbe, così, affermato il principio della disponibilità della vita umana in presenza del consenso dell’interessato, senza alcun riferimento limitativo.

La sent. n. 50 del 2022³²⁶ della Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile il referendum. Essa ha ribadito un principio importante rispetto alla pretesa prevalenza del diritto all’autodeterminazione per-

³²³ Cfr. G. RAZZANO, *Quali implicazioni per il giudizio di ammissibilità dopo l’ordinanza dell’Ufficio centrale per il referendum, che ha dichiarato legittima la denominazione «abrogazione parziale dell’art. 579 c.p. (omicidio del consenziente)» e ha respinto «Disponibilità della propria vita mediante consenso libero, consapevole e informato?»*, in *Cons. Onlilne*, I/2022.

³²⁴ Il testo dell’art. 579 c.p., qualora il referendum avesse avuto successo, sarebbe stato così riformulato: “Chiunque cagiona la morte di un uomo, col consenso di lui, è punito con le disposizioni relative all’omicidio se il fatto è commesso: contro una persona minore degli anni diciotto; 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; contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpitto con inganno”.

³²⁵ Si tratta, in particolare, dei minori, di 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; di persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpitto con inganno.

³²⁶ Corte cost. sent. 2 marzo 2022, n. 50, *cit.*

sonale sul diritto alla vita: “quando viene in rilievo il bene della vita umana, dunque, la libertà di autodeterminazione non può mai incondizionatamente prevalere sulle ragioni di tutela del medesimo bene, risultando, al contrario, sempre costituzionalmente necessario un bilanciamento che assicuri una sua tutela minima”³²⁷.

Il giudice delle leggi ha, così, negato la possibilità di un’interpretazione “ampia” della sent. n. 242 del 2019 e del ruolo dell’autodeterminazione personale nel fine vita, rifiutando la tesi che sosteneva la disponibilità della vita umana in presenza del consenso e ribadendo, al contempo, che il diritto alla vita “si colloca in posizione apicale nell’ambito dei diritti fondamentali della persona” e che è necessario, anche nei casi di bilanciamento di tale diritto con altri, garantirne e assicurarne una tutela minima.

Nella sentenza la Consulta dà una specifica attenzione alle situazioni di particolare vulnerabilità e debolezza in cui può trovarsi la persona: vi sono, infatti, “fattori di varia natura (non solo di salute fisica, ma anche affettivi, familiari, sociali o economici)”, che possono indurre la persona a scegliere di porre fine alla propria vita³²⁸.

La Corte, seppur in altra materia, aveva già riconosciuto l’esistenza di limiti alla libertà di autodeterminazione della persona, dal momento che esistono “fattori che condizionano e limitano la libertà... riducendo, talora drasticamente, il ventaglio delle sue opzioni esistenziali”: in presenza di tali fattori, “la linea di demarcazione tra decisioni autenticamente libere e decisioni che non lo sono si presenta fluida”³²⁹.

³²⁷ § 5.3 del *Considerato in diritto*.

³²⁸ § 5.4 del *Considerato in diritto*.

³²⁹ Così, Corte cost. sent. 7 giugno 2019, n. 141, disponibile sul sito della Corte costituzionale, all’indirizzo www.cortecostituzionale.it, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte d’appello di Bari con riferimento alla l. 20 febbraio 1958, n. 75. Il dubbio di costituzionalità era stato posto, con l’ord. 6 febbraio 2018, sull’art. 3, comma 1 (n. 4, prima parte, e n. 8) della legge n. 75 del 1958, in riferimento agli artt. 2, 3, 13, 25, secondo comma, 27 e 41 Cost., nella parte in cui configurano “come illecito penale il reclutamento ed il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata». Per la corte la volontaria e libera scelta di offrire prestazioni sessuali verso corrispettivo

Nello stesso filone giurisprudenziale si colloca la sent. n. 135 del 2024, con la quale la Corte ha deciso la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., come modificato dalla sentenza n. 242 del 2019. In particolare, si trattava di un procedimento penale dinnanzi al Tribunale di Firenze, in cui erano indagati per il reato di cui all'art. 580 c.p. Cappato e altre due donne, tutti membri dell'Associazione Soccorso Civile, per aver organizzato, finanziato e materialmente eseguito l'accompagnamento in Svizzera di un uomo affetto da sclerosi multipla, per l'accesso alla procedura di suicidio assistito. La condotta degli indagati, a parere del GIP di Firenze, sarebbe stata sussumibile nell'ambito di applicazione della fattispecie di aiuto al suicidio, ma non sarebbe rientrata nella ipotesi di non punibilità introdotta con la sent. n. 242 del 2019 dal momento che non sarebbe risultato presente il requisito di un malato tenuto in vita tramite trattamento di sostegno vitale. Gli elementi acquisiti in fase di indagine avrebbero permesso di accertare la sussistenza, invece, di tutte le altre condizioni sostanziali richieste: il paziente era libero e consapevole, affetto da patologia irreversibile, fonte di sofferenze, in particolare psicologiche, ritenute dallo stesso intollerabili.

Con la recente sent. n. 135 del 2024³³⁰ la Corte ha dichiarato non fondate le questioni sollevate dal giudice toscano, confermando la legittimità del requisito indicato nella sent. del 2019. Per quanto riguarda la presunta violazione dell'autodeterminazione terapeutica – intesa dal giudice *a quo* in senso ampio, tanto da ricomprendere nel diritto anche la assistenza al suicidio in ogni condizione di malattia inguaribile, fonte di sofferenze in-

“non rappresenta affatto uno strumento di tutela e di sviluppo della persona umana”, contemplato dall'art. 2 Cost., “ma costituisce – molto più semplicemente – una particolare forma di attività economica”. Pertinente è, invece, per la Corte il riferimento all'art. 41 Cost, ma anche in questo caso la questione risulta infondata: la libertà di iniziativa economica è tutelata dalla Carta ma “a condizione che non comprometta altri valori che la Costituzione considera preminenti”, tra i quali la dignità umana.

³³⁰ Corte cost., sent. del 18 luglio 2024, n. 135, disponibile sul sito della Corte costituzionale, all'indirizzo www.cortecostituzionale.it. Sulla sentenza v. A. RUGGERI, *La Consulta equilibrata sul filo del fine-vita (a prima lettura di Corte cost. n. 135 del 2024)*, in *Consulta Online*, II/2024, 25 luglio 2024, 931 ss.

tollerabili – , la Corte ha rifiutato tale nozione, ricordando il “dovere dell’ordinamento” di assicurare la tutela della vita umana “attraverso la legge (oltre che, più in generale, attraverso l’azione di tutti i pubblici poteri)”³³¹: si legge, infatti, nella pronuncia che “se è vero che ogni scelta di legalizzazione di pratiche di suicidio assistito o di eutanasia amplia gli spazi riconosciuti all’autonomia della persona nel decidere liberamente sul proprio destino, essa crea – al tempo stesso – rischi che l’ordinamento ha il dovere di evitare, in adempimento del dovere di tutela della vita umana che, esso pure, discende dall’art. 2 Cost”³³².

La Corte indica il Parlamento quale soggetto chiamato a bilanciare i principi in contrasto, per individuare “il punto di equilibrio in astratto più appropriato tra il diritto all’autodeterminazione di ciascun individuo sulla propria esistenza e le contrapposte istanze di tutela della vita umana, sua e dei terzi”, riservandosi il potere “di fissare il limite minimo, costituzionalmente imposto alla luce del quadro legislativo oggetto di scrutinio, della tutela di ciascuno di questi principi, restando poi ferma la possibilità per il legislatore di individuare soluzioni che assicurino all’uno o all’altro una tutela più intensa.”

In quest’ottica, la Corte ricorda che già con la sent. n. 50 del 2022 ha indicato “una soglia minima di tutela della vita umana, che si impone al legislatore, così come al potere referendario, e che si risolve nella insostenibilità costituzionale di una ipotetica disciplina che dovesse far dipendere dalla mera volontà dell’interessato la liceità di condotte che ne cagionino la morte, a prescindere dalle condizioni in cui il proposito è maturato, dalla qualità del soggetto attivo e dalle ragioni da cui questo è mosso, così come dalle forme di manifestazione del consenso e dai mezzi usati per provocare la morte”³³³.

Ciò porta ad escludere che possa ravvisarsi, nella situazione normativa attuale, una violazione del diritto all’autodeterminazione, mentre

³³¹ Corte cost., sent. n. 135 del 2024, *cit.*, § 5.1.

³³² Corte cost. sent. 135 del 2024, *cit.*, § 7.2.

³³³ § 7.2 del *Considerato in diritto*.

rimane un punto fermo, in ogni caso, il dovere della Repubblica – in forza degli artt. 2, 3, secondo comma, e 32 Cost., oltre che dell’art. 2 CEDU – di assicurare ai pazienti “tutte le terapie appropriate” e “assieme il dovere di assicurare loro ogni sostegno di natura assistenziale, economica, sociale, psicologica”.

Pur riconoscendo, allora, l’importanza dell’autodeterminazione personale nell’ordinamento italiano, dal momento che, “senza autodeterminazione non c’è ... personalità e, perciò, persona”³³⁴, la Corte ha confermato quanto già evidenziato in dottrina da Ruggeri, e cioè che l’autodeterminazione stessa “va incontro a limiti, senza i quali ancora una volta non vi sarebbe né persona, né società, l’una e l’altra nell’accezione costituzionale del termine”³³⁵.

9. La dignità umana

In assenza di una puntuale definizione circa il principio del rispetto della dignità umana in Costituzione, in dottrina, da tempo, si contrappongono due indirizzi metodico-teorici alternativi: uno di stampo soggettivistico, che assolutizza la volontà e l’autodeterminazione del singolo – quasi che i richiami alla dignità fossero una formula vuota disponibile ad arbitrio soggettivo³³⁶ – e il secondo di stampo oggettivistico, che non considera il punto di vista del soggetto.

Invero, negli articoli in cui si fa riferimento nella Carta alla categoria della dignità, essa mai è considerata in una prospettiva soggettiva³³⁷.

³³⁴ A. RUGGERI, voce *Autodeterminazione*, cit., 10.

³³⁵ A. RUGGERI, loc. ult. cit.

³³⁶ Per la problematica v. A. NICOLUSSI, *La legge n. 219/2017 su consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: il problema e le risposte della legge*, in *Teoria e Critica della regolazione sociale*, 2018, Milano, 65 ss.

³³⁷ A. RUGGERI, *Fraindimententi concettuali*, cit., 100. Per una diversa ricostruzione del concetto di dignità nell’ordinamento italiano v., invece, G. BRUNELLI, *Imparare dal passato: l’ord. n. 207/2018 (nel caso Cappato) e la sent. n. 27/1975 (in*

Nell'art. 36 Cost., ad esempio, la dignità si pone come limite per l'autodeterminazione contrattuale nel rapporto di lavoro. Nell'art. 41 Cost. essa è un confine per la libertà di iniziativa economica privata. Il riferimento, poi, contenuto nell'art. 3 Cost. alla "pari dignità sociale" è formulato nella cornice dell'esplicito riconoscimento dell'uguaglianza di ogni individuo³³⁸, al di là delle condizioni personali e sociali. Sempre a un significato oggettivo del termine dignità riconduce anche il divieto, contenuto al terzo comma dell'art. 27 Cost., di pene consistenti in "trattamenti contrari al senso di umanità".

Pertanto, come già posto in luce da Ruggeri, l'unica strada – di metodo e di teoria – obbligata da percorrere in tema di dignità umana "è quella mediana, che porta all'incontro dell'uno e dell'altro indirizzo, una volta epurati delle loro estreme, esasperate manifestazioni: per un verso, ammettendosi che possa (e debba) darsi una definizione oggettiva della dignità, al pari di qualunque altro valore costituzionale, e, per un altro verso, ricercando i modi per salvaguardare – fin dove possibile – l'autodeterminazione del soggetto, pur nella consapevolezza che talune sue pretese non possano essere appagate, quanto meno con riguardo a certe loro espressioni e per talune circostanze"³³⁹.

Quest'ultima ricostruzione parte dal riconoscimento di un rapporto strutturale e, pertanto, necessario tra dignità e vita umana: entrambi principi fondamentali, che non possono che essere riconosciuti, in quanto caratterizzati dal tratto "identificante della originarietà, rinvenendo unicamente in se stessi la giustificazione della loro esistenza"³⁴⁰.

tema di aborto) a confronto, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 29 giugno 2019, 1 s.

³³⁸ Cfr. F. VARI, *L'affermazione del principio di uguaglianza nei rapporti tra privati*, cit., 53 s.

³³⁹ A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, Relazione al Convegno su *Del diritto alla vita*, organizzato da G. Moschella, Messina 24-25 marzo 2011, in www.rivistaaic.it, 1- 2011.

³⁴⁰ A. RUGGERI, *loc. ult. cit.*

Nella già ricordata sent. n. 135 del 2024 in tema di aiuto al suicidio, il giudice delle leggi ha, a tal proposito, confermato la ricostruzione da ultimo richiamata sulla protezione costituzionale della dignità umana, affermando “che, dal punto di vista dell’ordinamento, ogni vita è portatrice di una inalienabile dignità, indipendentemente dalle concrete condizioni in cui essa si svolga”. Non può, pertanto, “afferinarsi che il divieto penalmente sanzionato di cui all’art. 580 cod. pen. costringa il paziente a vivere una vita, oggettivamente, ‘non degna’ di essere vissuta”.

La nozione “soggettiva” di dignità, evocata dall’ordinanza di rimessione, che si connette alla concezione che il paziente ha della propria persona – pur non lasciando indifferente il giudice delle leggi³⁴¹ – “finisce”, tuttavia, “per coincidere con quella di autodeterminazione della persona, la quale a sua volta evoca l’idea secondo cui ciascun individuo debba poter compiere da sé le scelte fondamentali che concernono la propria esistenza, incluse quelle che concernono la propria morte”³⁴². La Corte, dunque, non accoglie tale prospettiva. Si può, dunque, concludere sul punto riaffermando quanto già evidenziato dalla dottrina, e cioè che il punto di vista soggettivo, che “riveste, innegabilmente, un cruciale rilievo nelle vicende di vita individuali e collettive” non può, però, “ambire alla propria «tirannica» affermazione, sì da potersi persino rivoltare contro se stesso, risolvendosi nella sua stessa negazione”³⁴³: in sostanza, la dignità non può risultare solo una proiezione e percezione della persona, coincidente con l’autodeterminazione.

³⁴¹ § 7.3 del *Considerato in diritto*.

³⁴² § 7.3 del *Considerato in diritto*.

³⁴³ A. RUGGERI, *La dignità dell’uomo e il diritto di avere diritti* (Profili problematici e ricostruttivi), in *Consulta Online*, 2018, fasc. III, 3.

CAPITOLO TERZO
**LA TUTELA DEL CORPO UMANO
NEL DIRITTO INTERNAZIONALE**

SOMMARIO: 1. L'affermazione dei diritti umani nel diritto internazionale – 2. Le Dichiarazioni dell'UNESCO: la Dichiarazione Universale sul Genoma Umano e la Dichiarazione Universale sulla bioetica e i diritti umani – 3. La c.d. Convenzione di Oviedo – 4. La Dichiarazione di Helsinki e le Linee guida etiche internazionali per la ricerca biomedica – 5. I più recenti documenti internazionali sui trapianti

1. L'affermazione dei diritti umani nel diritto internazionale

Una volta tracciato il quadro costituzionale relativo alla protezione del corpo umano, occorre analizzare la medesima problematica nell'ambito del diritto internazionale, il quale finisce per vincolare il legislatore ordinario anche allorché abbia una origine pattizia, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., come modificato dalla l.c. n. 3 del 2001³⁴⁴.

³⁴⁴ V., in particolare, Corte cost., sentt. 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, 3475 ss., 24 ottobre 2007, n. 349, *ibid.*, 3535 ss. Su tali decisioni v. A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, in *Forum di Quaderni costituzionali*; A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti e uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, *Federalismi.it*, n. 22/2007, 21 novembre 2007; M. Cartabia, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 ss.; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 185 ss.; F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, in *Foro it.*, 2008, 50 ss.; F. VARI, *A (ben) cinque anni dalle sentenze gemelle, (appunti su) due problemi ancora irrisolti*, in *Federalismi.it*, 18/2012, 26 settembre 2012.

In proposito, occorre prendere le mosse dal rilievo che la storia del XX secolo, segnata da guerre e crimini disumani, in particolare durante le esperienze totalitarie, ha determinato per reazione l'approvazione di normative, anche a livello internazionale, a tutela dell'uomo nella sua dimensione fisica e nella sua dignità³⁴⁵.

Il diritto internazionale, che prima si interessava e disciplinava unicamente le relazioni tra Stati, ha posto in una posizione sempre più centrale l'individuo, non più considerato come mero ««elemento costitutivo» della sovranità statale o «diritto», «proprietà» dello Stato sovrano»³⁴⁶. È così tramontata la «idea che la tutela dei diritti fondamentali rientri tra gli interessi esclusivi degli Stati (e debba trovare, quindi, la propria esclusiva *sedes materiae* nelle Costituzioni di cui questi si dotano)»³⁴⁷. La tutela dei diritti dell'uomo, infatti, «tradizionalmente oggetto della disciplina dei rapporti interni ad ogni singolo Stato... è diventata oggetto anche della normativa internazionale e, superando le barriere dei singoli ordinamenti... si traduce in atti internazionali»³⁴⁸, che riconoscono diritti universali, giacché inerenti alla persona in quanto tale. Nel diritto internazionale classico erano presenti sporadiche normative che riguardavano specifiche categorie di persone – come quelle a tutela degli stranieri e degli schiavi o norme in tema di responsabilità dei pirati – ma è solo nel secondo dopoguerra che avvenne la

³⁴⁵ M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 73 ss.

³⁴⁶ U. LEANZA, *Il diritto internazionale. Da diritto per gli Stati a diritto per gli individui*, Torino, 2002, 107.

³⁴⁷ A. D'ATENA, *Costituzionalismo moderno e tutela dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello: tra Europa e Stati nazionali*, a cura di A. D'Atena-P. Grossi, Milano, 2004, 32.

³⁴⁸ A. LOIODICE, *Libertà religiosa, costituzioni e globalizzazione*, in AA.VV. *Il diritto pubblico tra tecniche e valori*, in A. LOIODICE-I. LOIODICE-F. VARI, *Il diritto pubblico tra tecniche e valori*, Roma, 2007, 30. Nella vasta dottrina sul punto v. B. CONFORTI, *Protezione internazionale dei diritti umani*, in AA.VV., *Sviluppo dei diritti dell'uomo e protezione giuridica*, a cura di L. D'Avack, Napoli, 2003, 22 ss.; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2002; A. D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, III ed. Torino, 2012, 11 ss.; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit.

svolta: gli individui nel diritto internazionale “non furono più considerati... solo come membri appartenenti a un gruppo, a una minoranza o ad altre categorie”, ma “divennero oggetto di protezione in quanto individui”³⁴⁹. A cambiare è la “*ratio* stessa delle norme internazionali a tutela dei diritti umani”³⁵⁰, non più soltanto spinta dagli interessi economici degli Stati. Il mutamento è stato così incisivo da aprire un dibattito in dottrina sul ruolo assunto dall’essere umano: in particolare ci si chiede se la tutela dei diritti umani sia solo un oggetto del diritto internazionale o si possa, invece, definire oggi l’individuo come soggetto, distinto e autonomo, dell’ordinamento internazionale³⁵¹? Al di là della complessa riflessione che si è aperta in materia, e che per la dottrina maggioritaria vede l’individuo beneficiario della normativa internazionale, titolare dei diritti che obbligano gli Stati, ma non soggetto attivo del diritto internazionale³⁵², per il tema oggetto di questo studio risulta fondamentale la protezione ormai indiscutibile della dignità dell’uomo e della sua sfera corporale.

³⁴⁹ A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma, 2005, 25.

³⁵⁰ A. CASSESE, *loc. ult. cit.*

³⁵¹ Cfr. U. LEANZA-I. CARACCILO, *Oltre la soggettività internazionale: i beneficiari delle norme internazionali*, in U. LEANZA-I. CARACCILO, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui. Parte generale*, III ed., Torino, 2012, 105. Nel testo, dopo essere riportate le due contrapposte dottrine in argomento, gli Autori escludono “allo stadio attuale di sviluppo della Comunità internazionale” la soggettività dell’individuo nel diritto internazionale. Tale diritto considera infatti “gli individui come centri di interessi suscettibili e degni di protezione internazionale. Tuttavia, il diritto internazionale non entra in contatto diretto con l’individuo, necessitando della collaborazione dello Stato per trovare effettiva applicazione all’interno degli ordinamenti internazionali” (p. 114). Sul tema si veda, E. DAES, *Status of the Individual and Contemporary International Law: Protection and Restoration of Human Rights at National, Regional and International Levels*, New York, 1989; R. DE NOVA, *Protezione internazionale delle minoranze e diritti dell’uomo*, in *DI*, 1966, 9 ss; C. ZANGHÌ, voce *Protezione internazionale dei diritti dell’uomo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997, 150 ss.

³⁵² Cfr. U. LEANZA-I. CARACCILO, *op. ult. cit.*, 114.

Già nel 1947, al termine del noto “processo ai dottori”, “il primo dei dodici processi c.d. secondari di Norimberga”³⁵³, indetto da una corte militare statunitense a seguito dei crimini commessi dai medici nazisti – si pensi alle sperimentazioni, spesso mortali, condotte nei campi di concentramento sull’essere umano – fu emanato il *Codice di Norimberga*, testo di natura deontologica, con lo specifico intento di porre limiti agli esperimenti sull’uomo³⁵⁴.

Tra i dieci principi sanciti dal Codice si trovano il divieto di condurre esperimenti sull’uomo senza il “consenso volontario” del soggetto, il rispetto della vita umana e il principio della responsabilità del medico nell’esercizio della sua attività. Si tratta, come si è visto nel capitolo precedente, di principi che nell’ordinamento italiano sono chiaramente desumibili dalla Carta costituzionale. Il codice di Norimberga, nondimeno, rimane punto di riferimento per tutte le successive normative a livello internazionale a tutela della persona coinvolta nell’attività medica e scientifica³⁵⁵. Il principio del consenso, enunciato per la prima volta proprio in questo Codice, anche se privo di valore vincolante a livello internazionale, è stato poi “recepito dal diritto positivo, mediante l’art. 7 del Patto sui diritti sociali, economici e culturali del 1966”³⁵⁶, secondo il quale “nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico”.

³⁵³ L. MARINI, *Codice di Norimberga (Nuremberg Code)*, in *Codice del diritto internazionale e comunitario della Bioetica*, Torino, 2009, 5.

³⁵⁴ *The Nuremberg Code*, in *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law*, n. 10, Nuremberg, October 1946-April 1949, Washington D.C., 1949-1953, vol. II, 181 s. Sul Codice si veda A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano, 2001,

³⁵⁵ Sul punto cfr. E. SGRECCIA, *Manuale di Bioetica, I, Fondamenti ed etica biomedica*, IV ed., Milano, 2007, 769. V. inoltre R. DE FRANCO, *Nel nome di Ippocrate. Dall’olocausto medico nazista all’etica della sperimentazione contemporanea*, Milano, 2001, 149 ss., il quale ricorda come il Codice di Norimberga sia stato influenzato anche dagli atti elaborati nel 1946 dall’*International Scientific Commission on Medical War Crimes*.

³⁵⁶ L. MARINI, *Diritto internazionale e comunitario della bioetica*, II ed., Torino, 2012, 35.

Tra i documenti di carattere generale e sempre di natura politica occorre senz'altro ricordare, poi, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, "il primo documento giuridico universale in cui un sistema di valori...viene accettato dalla Comunità internazionale nel suo complesso"³⁵⁷. Per ciò che qui interessa, in particolare l'art. 1 della stessa afferma la libertà e l'uguaglianza in dignità e diritti di ogni essere umano; l'art. 3 sancisce il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della propria persona; gli artt. 4 e 5 vietano ogni forma di schiavitù e la sottoposizione a trattamenti o punizioni crudeli, inumane e degradanti.

2. Le Dichiarazioni dell'UNESCO: la Dichiarazione Universale sul Genoma Umano e la Dichiarazione Universale sulla bioetica e i diritti umani

Il progresso in campo biomedico ha reso, poi, indispensabile l'approvazione, avvenuta a partire dagli anni '90 del secolo scorso, di atti normativi internazionali incentrati su tale settore, i quali prevedano una specifica tutela del corpo umano.

Tra di essi va, anzitutto, ricordata la Dichiarazione Universale sul Genoma Umano, approvata dall'UNESCO l'11 novembre 1997³⁵⁸. Essa definisce il genoma umano "patrimonio dell'umanità" (art. 1), sottratto nel suo stato naturale alle possibilità di sfruttamento economico (art. 4), e afferma il diritto di ogni individuo "al rispetto della propria dignità e dei propri diritti, qualunque siano le sue caratteristiche genetiche" (art. 2a). Il documento rifiuta ogni tipo di discriminazione (art. 6) e di ridu-

³⁵⁷ U. LEANZA, *Il diritto internazionale. Da diritto per gli Stati a diritto per gli individui*, cit., 113.

³⁵⁸ Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, adottata dalla 29^a Conferenza Generale dell'UNESCO del 11 novembre 1997. Testo reperibile sul sito internet dell'UNESCO, all'indirizzo www.unesco.org.

zionismo genetico: esso stabilisce, infatti, che proprio in virtù della dignità di ogni essere umano gli individui non possono essere ridotti “alle loro caratteristiche genetiche” e va rispettato “il carattere unico di ciascuno e la sua diversità” (art. 2b). Sono poi posti limiti alla ricerca medica concernente il genoma umano e alle sue applicazioni, in quanto l’interesse della stessa “non dovrebbe prevalere sul rispetto dei diritti dell’uomo, delle libertà fondamentali e della dignità umana degli individui o, all’occorrenza, dei gruppi di individui” (art. 10). L’art. 11 vieta, inoltre, “pratiche contrarie alla dignità umana, come la clonazione a scopo di riproduzione di esseri umani”, non proibendo tuttavia la clonazione per altri fini, come quello terapeutico o di ricerca.

La Dichiarazione, dunque, “da un lato riconosce l’utilità dei progressi della genetica umana per la salute... dall’altra ribadisce la necessità di rispettare pienamente la dignità umana, la libertà e i diritti fondamentali”³⁵⁹.

Sul piano internazionale va ricordata, poi, la Dichiarazione Universale sulla bioetica e i diritti umani, approvata dalla Conferenza Generale dell’UNESCO il 19 ottobre 2005. In particolare, l’art. 3 della Dichiarazione tutela la dignità umana e le libertà fondamentali, affermando la precedenza degli interessi e dei benefici dell’individuo sull’esclusivo interesse scientifico e della collettività³⁶⁰; l’art. 6, sul necessario consenso, stabilisce che ogni intervento medico, come anche la ricerca scientifica sull’uomo, deve essere realizzato con il previo, libero, espresso e informato consenso della persona coinvolta, in ogni momento ritirabile; l’art. 8, a tutela dell’integrità della persona, prevede che nell’applicazione della conoscenza scientifica, della pratica medica e delle tecnologie associate si deve tenere in considerazione la vulnerabilità della persona umana:

³⁵⁹ C. CAMPIGLIO, *L’internazionalizzazione delle fonti*, in *Trattato di Biodiritto. Ambito e fonti del Biodiritto*, cit., 612.

³⁶⁰ In merito al primato dell’essere umano sancito dall’art. 3 della Dichiarazione è da evidenziare l’uso della forma verbale “*should have*” che sembra attribuire alla previsione un carattere non del tutto incontestabile, v. in proposito L. MARINI, *Diritto internazionale e comunitario della bioetica*, cit., 36 s.

l'individuo o i gruppi in tale situazione di difficoltà dovranno essere protetti, soprattutto nella loro integrità personale.

Va ricordato che le due Dichiarazioni universali dell'UNESCO ora richiamate, pur non essendo in grado di produrre effetti giuridici vincolanti, "contribuiscono in modo significativo ad esplicitare gli ambiti" di problematiche così gravi e complesse come quelle in esame³⁶¹.

3. La c.d. Convenzione di Oviedo

Particolare rilevanza assume poi, nell'ambito più ristretto del Consiglio d'Europa, seppur aperta alla firma di Stati terzi, la Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina, denominata anche Convenzione sui diritti dell'Uomo e la Biomedicina.³⁶² Essa è stata approvata ad Oviedo nel 1997 e successivamente integrata con distinti Protocolli aggiuntivi: il Protocollo addizionale sul divieto di clonazione umana³⁶³, quello sui trapianti d'organo e tessuti³⁶⁴, quello sulla ricerca biomedica³⁶⁵ e quello sui test genetici a fini sanitari³⁶⁶.

³⁶¹ L. MARINI, *Diritto internazionale e comunitario della bioetica*, cit., 26.

³⁶² Il testo della Convenzione è reperibile sul sito web del Consiglio d'Europa, all'indirizzo <http://conventions.coe.int>. Sulla Convenzione cfr. A. BOMPIANI, *Consiglio d'Europa, diritti umani e biomedicina. Genesi della Convenzione di Oviedo e dei Protocolli*, Roma, 2009.

³⁶³ *Protocollo addizionale alla Convenzione per la protezione dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina, sul divieto di clonazione di esseri umani*, adottato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa a Parigi nel gennaio 1998. Il protocollo ha ottenuto la ratifica/adesione di 23 stati, altri 10 stati hanno solamente firmato. Testo al sito web del Consiglio d'Europa, all'indirizzo <http://conventions.coe.int>.

³⁶⁴ *Protocollo addizionale alla Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina, relativo al trapianto degli organi e di tessuti di origine umana*, adottato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa a Strasburgo 24 gennaio 2002, entrato in vigore nel 2006. Il protocollo ha ottenuto dagli Stati 13 ratifiche/adesioni ed è stato

La Convenzione di Oviedo, elaborata da una Commissione creata ad *hoc*, ora denominata Comitato direttivo per la Bioetica del Consiglio d'Europa, in collaborazione con l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, ed entrata in vigore nel dicembre 1999, può essere considerata la prima normativa organica in materia di bioetica e ha avuto significativa influenza sull'evoluzione delle discipline in materia, tanto a livello di diritto interno ai singoli Stati, quanto a livello di diritto internazionale. Basti pensare a come “alcuni principi espressi nella Convenzione” siano stati recepiti “nella Carta dei diritti fondamentali dell'Ue” proclamata a Nizza nel 2000 e riproclamata a Strasburgo nel 2007³⁶⁷. Prima della Convenzione di Oviedo gli atti internazionali aventi ad oggetto la materia in esame “consistevano essenzialmente in risoluzioni prive di ogni natura vincolante”³⁶⁸.

La Convenzione “costituisce uno strumento di base volto a fissare alcuni principi minimi di tutela”³⁶⁹, di carattere generale. È, d'altronde, fatta salva l'eventuale “tutela più estesa” adottata dagli Stati firmatari (cfr. art. 27).

Tra le disposizioni contenute nel capitolo I, all'art. 1, sono indicati l'oggetto e la finalità della Convenzione: la protezione dell'essere umano nella sua dignità e nella sua identità; la garanzia per ogni individuo (“*everyone*”) della propria integrità, dei diritti e delle libertà fondate

firmato da altri 9 Stati. Testo al sito del Consiglio d'Europa, all'indirizzo <http://conventions.coe.int>.

³⁶⁵ *Protocollo addizionale sulla ricerca Biomedica*, firmato a Strasburgo il 25 gennaio 2005, entrato in vigore nel settembre 2007. Testo reperibile al sito del Consiglio d'Europa, all'indirizzo <http://conventions.coe.int>.

³⁶⁶ *Protocollo addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti umani e la biomedicina relativo ai test genetici a fini sanitari*, adottato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa a Strasburgo il 27 novembre 2008. Testo reperibile al sito del Consiglio d'Europa, all'indirizzo <http://conventions.coe.int>.

³⁶⁷ GUCE del 14 dicembre 2007, serie C303/1.

³⁶⁸ G. CATALDI, *La Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti umani e la biomedicina*, in AA.VV., *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, a cura di L. Pineschi, Milano, 2006, 589 s.

³⁶⁹ F. VARI, *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, cit., 73

tali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina³⁷⁰. Viene inoltre ribadito un principio basilare per quanto riguarda il settore della ricerca scientifica, e cioè il primato dell'essere umano, proclamandosi, all'art 2, che "l'interesse e il bene dell'essere umano debbono prevalere sul solo interesse della società o della scienza".

Uno dei principi più importanti in ambito biomedico, già richiamato nel Codice di Norimberga, cui si è fatto cenno nel precedente paragrafo, è senza dubbio il principio del consenso. L'art. 5 della Convenzione prevede che "un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato". Tale principio si specifica nell'obbligo di informare l'interessato in maniera adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento cui si sottopone, sulle sue conseguenze e sui rischi ad esso connessi. È inoltre fatta salva la libertà di ritirare in ogni momento il consenso all'intervento³⁷¹.

Particolare rilevanza assumono poi le disposizioni a tutela del genoma umano, contenute nel capitolo IV, e quelle a protezione dei soggetti che si prestano a una ricerca scientifica, presenti nel capitolo VII.

In quest'ultimo capitolo, all'art. 18, è inoltre tutelato esplicitamente l'embrione umano: non solo è vietata la costituzione di embrioni a fine di ricerca, ma è previsto, in caso di legislazioni che ammettano la ricerca sugli embrioni in vitro, che in esse vi sia una "protezione adeguata" per lo stesso. Da tale disposizione, considerata di non semplice inter-

³⁷⁰ È stato osservato che l'uso del termine "everyone" sia stato intenzionale, come chiarito anche dalle *Note esplicative alla Convenzione*, per consentire agli Stati di specificare la portata della disposizione e, in particolare, determinare ulteriori condizioni per l'acquisto della qualità di persona. Cfr. criticamente F. VARI, *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, cit., 75 s.

³⁷¹ In dottrina sul consenso informato nella Convenzione di Oviedo si veda A. VALLINI, *Il valore del rifiuto di cure 'non confermabile' dal paziente alla luce della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 185 ss.; B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità*, cit., 49 ss.

pretazione – per alcuni addirittura “sibillina”³⁷² – si può evincere la natura, per alcuni versi, compromissoria della Convenzione, elaborata da Paesi con tradizioni e principi etici molto differenti tra di loro.

Gli artt. 19 e 20 della Convenzione dettano norme in tema di trapianto da vivente stabilendo che “il prelievo di organi o di tessuti a fini di trapianto non può essere effettuato su un donatore vivente, che nell’interesse terapeutico del ricevente e allorché non si dispone di organo o di tessuto appropriati di una persona deceduta né di metodo terapeutico alternativo di efficacia paragonabile”. È richiesto in questo caso un consenso espresso e specifico, “sia per iscritto sia davanti ad un organo ufficiale”.

Centrale per ricostruire la tematica della tutela della persona umana nella sua dimensione fisica è, poi, l’art. 21 della Convenzione, il quale afferma un altro principio fondamentale: il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto. La disposizione vieta, dunque, di trarre lucro dal corpo umano “al suo stato naturale ... senza con ciò precludere la possibilità di instaurare un regime normativo di tutela brevettuale delle invenzioni biotecnologiche aventi ad oggetto sequenze genetiche umane”³⁷³. Si vedrà, tuttavia, più avanti come nell’Unione europea ciò sia vietato dalla direttiva del Parlamento e del Consiglio europeo del 6 luglio 1998 n. 98/44³⁷⁴. In effetti, si può sin d’ora osservare che gli interessi economici sottesi alla materia dei brevetti, infatti, spesso poco si conciliano con la tutela dei diritti fondamentali dell’essere umano e la carenza di una previsione specifica nella Convenzione segna un limite della stessa.

³⁷² A. BOMPIANI, *Aspetti rilevanti per la trasposizione nell’ordinamento italiano della Convenzione sui diritti dell’uomo e la biomedicina*, in AA.VV., *Un quadro europeo per la bioetica?*, a cura di C.M. Mazzoni, Firenze, 1998, 220.

³⁷³ L. MARINI, *Diritto internazionale e comunitario della bioetica*, cit., 31. V. sul punto A. STAZI, *Innovazioni biotecnologiche e brevettabilità del vivente. Questioni giuridiche e profili bioetici nei modelli statunitense ed europeo*, Torino, 2012, 200 ss.

³⁷⁴ V. infra par. 2, cap. II di questa Parte seconda.

In merito alla Convenzione di Oviedo va ricordato come, nonostante l'approvazione da parte del Parlamento italiano della legge di autorizzazione alla ratifica – l. 28 marzo 2001, n. 145 –, quest'ultima non si è ancora perfezionata in Italia, mancando il deposito dello strumento di ratifica in seno al Consiglio d'Europa³⁷⁵. Una volta che esso intervenisse resterebbero comunque da adottare i «decreti legislativi recanti ulteriori disposizioni occorrenti per l'adattamento dell'ordinamento giuridico italiano ai principi e alle norme della Convenzione», ai sensi dell'art. 3 della l. n. 145 del 2001. Nonostante ciò, la Convenzione rimane un punto di riferimento per le normative in campo di bioetica nei suoi principi generali e “parte della giurisprudenza ... ne tratta come di un ausilio interpretativo”³⁷⁶: come affermato dalla Corte di Cassazione “esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme”³⁷⁷.

La Convenzione, inoltre, “rimanda, per taluni aspetti sensibili della materia, all'adozione di strumenti giuridici ulteriori”³⁷⁸, in particolare ad alcuni Protocolli addizionali.

3.1. I protocolli addizionali

In particolare, il Consiglio d'Europa, “prendendo atto degli sviluppi scientifici intervenuti in materia di clonazione dei mammiferi”, ha successivamente integrato il testo del Trattato con un primo Protocollo ad-

³⁷⁵ Cfr. S. PENASA, *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in *Quad. cost.*, 2007.

³⁷⁶ C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Corte di Cassazione*, *cit.*, 545 ss.

³⁷⁷ Cass. sent. 16 ottobre 2007, n. 21748 già citata, punto 7.2. Sul tema v. F.M. PALOMBINO, *La rilevanza della Convenzione di Oviedo secondo il giudice italiano*, in *Giur. cost.*, 2011, 4811 ss. In generale sull'efficacia degli accordi di diritto internazionale nell'ordinamento interno prima della loro ratifica v. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, 36 ss.

³⁷⁸ L. MARINI, *Diritto internazionale e comunitario della bioetica*, *cit.*, 27.

dizionale sul divieto di clonazione di esseri umani, firmato a Parigi il 12 gennaio 1998. Esso, in particolare, proibisce “ogni intervento avente come obiettivo quello di creare un essere umano geneticamente identico ad un altro essere umano, vivente o morto”³⁷⁹, vietando così non solo la clonazione riproduttiva - tra l’altro già proibita dalla Dichiarazione sul Genoma umano dell’UNESCO del 1997 di cui si è detto nel precedente paragrafo - ma anche quella scientifica o terapeutica.

Al testo della Convenzione è stato poi aggiunto nel 2002 un Protocollo addizionale relativo al trapianto degli organi e di tessuti di origine umana, con lo scopo di proteggere “la dignità e l’identità di ogni persona”, garantendo “senza discriminazioni, il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali riguardo al trapianto di organi e di tessuti di origine umana”³⁸⁰. Tra le disposizioni di maggior rilievo contenute nel documento vanno ricordate quella sull’equo accesso per i pazienti ai servizi di trapianto, per la quale è prevista la costituzione di un sistema che assicuri liste ufficiali di attesa per l’attribuzione degli organi “conformemente a regole trasparenti, obbiettive, e debitamente giustificate secondo criteri medici” (art. 3); quelle sulla trasparenza e sull’adeguata informazione, che stabiliscono obblighi in tal senso sia per il ricevente – che deve venire preventivamente a conoscenza della natura e delle finalità dell’impianto, nonché dei rischi e delle alternative all’intervento stesso (art. 5) – sia per il donatore – che deve essere informato non solo sulle conseguenze e sulla natura del prelievo ma anche sui diritti e le garanzie previste dalla legge a sua protezione (art. 12) – sia per gli operatori sanitari e per il pubblico. È, inoltre, vietato lo scopo di lucro nella donazione ed è contenuta una specifica norma a tutela della sfera corporale della persona: è, infatti, previsto, all’art. 18, che nel corso del prelievo venga trattato con rispetto il corpo umano e,

³⁷⁹ Art. 1.1, Protocollo addizionale alla Convenzione per la protezione dell’uomo e della dignità dell’essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina, sul divieto di clonazione di esseri umani, *cit.*

³⁸⁰ Art. 1, Protocollo addizionale sui trapianti d’organi e tessuti di origine umana.

a tal fine, “devono essere prese tutte le misure ragionevoli per restituire al corpo il proprio aspetto”.

Il terzo Protocollo aggiuntivo, firmato a Strasburgo nel 2005, riguarda la ricerca biomedica, ed in particolare la tutela dell’essere umano che si presta alla ricerca relativa alla salute, compresi gli embrioni. L’art. 2 specifica, però, che nel campo di applicazione del Protocollo rientrano i feti e gli embrioni in vivo, non quelli in vitro. Importanti sono i compiti che vengono attribuiti ai Comitati etici istituiti presso gli Stati. Una volta ribadita la loro necessaria indipendenza, si affida ad essi il compito di condurre l’esame degli obiettivi della ricerca, ma anche di valutare i profili etici della stessa: lo scopo principale “dell’esame multidisciplinare dell’accettabilità etica del progetto di ricerca consiste nel tutelare la dignità, i diritti, la sicurezza e il benessere dei partecipanti alla ricerca”³⁸¹.

Nel novembre 2008 è stato adottato un ulteriore Protocollo aggiuntivo, non ancora entrato in vigore, relativo ai test genetici a fini sanitari. Il Protocollo prevede norme generali per l’esecuzione dei test genetici condotti per ragioni sanitarie, che comportano analisi di campioni biologici di origine umana e sono finalizzati specificamente ad identificare le caratteristiche genetiche di una persona ereditarie o acquisite durante il primo sviluppo prenatale.

Le previsioni di tale documento non si applicano per i test genetici eseguiti su embrioni e su feti umani, come ad es. la diagnosi genetica pre-implantatoria e prenatale, o per test eseguiti per finalità di mera ricerca scientifica (art. 2.2). È ribadito nel Protocollo del 2008 il principio del consenso libero e informato dell’interessato al test genetico e quello della prevalenza del benessere della persona che partecipa alla ricerca sull’esclusivo interesse della società o della scienza. Nel Protocollo, per la prima volta in un atto internazionale, viene infine affrontata la questione dell’accesso diretto ai test genetici, la cui offerta commerciale sarà sicuramente in aumento nei prossimi anni.

³⁸¹ Art. 9.2 Protocollo addizionale sulla ricerca biomedica.

In materia, si accenna soltanto, all'adozione, successiva al Protocollo addizionale, della raccomandazione del Consiglio d'Europa R(2006)4 del 15 marzo 2006 sull'utilizzo di materiale biologico di origine umana a fini di ricerca da parte del Comitato dei ministri del Consiglio, che si segnala per le importanti indicazioni in tema di gestione del materiale biologico.

All'esame del Comitato direttivo sulla Bioetica del Consiglio d'Europa vi sono, infine, due progetti di Protocolli: uno relativo agli xenotrapianti e l'altro alla protezione dell'embrione e del feto umano.

Va, infine, ricordato che il 9 luglio 2014 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha adottato una Convenzione internazionale contro il traffico di organi umani che ha tra gli obiettivi quello di sanzionare penalmente il traffico di organi a fini di trapianto, proteggere le vittime di tale traffico e facilitare la cooperazione internazionale in materia³⁸².

4. La Dichiarazione di Helsinki e le Linee guida etiche internazionali per la ricerca biomedica

Uno dei documenti più importanti per quanto riguarda la protezione del corpo umano di fronte alla ricerca è senza dubbio la Dichiarazione di Helsinki, adottata nel 1964 dall'Assemblea Generale dell'Associazione Medica Mondiale (AMM) e varie volte rivisitata, da ultimo nell'ottobre del 2024³⁸³.

³⁸² Testo della Convenzione reperibile all'indirizzo <https://wcd.coe.intt>.

³⁸³ V. World Medical Association. *World Medical Association Declaration of Helsinki: ethical principles for medical research involving human participants*, JAMA, Published online October 19, 2024. Sulla Dichiarazione, nella versione previgente cfr. L. MARINI, *Codice del diritto internazionale e comunitario della bioetica*, cit., 8 s. Cfr. inoltre G. SCUDERI, *Raccolta dei principali documenti internazionali sui principi etici della ricerca e dei principali documenti legislativi degli Stati Uniti e della Comunità europea*, in *Annali dell'Istituto Superiore della Sanità*, 1997, 185 ss.

Nel testo, da poco aggiornato, erano tre i temi trattati, anche alla luce dei progressi e delle problematiche poste dalla ricerca clinica. Era innanzitutto ribadito il necessario consenso, possibilmente scritto, di coloro che si sottopongono alla ricerca. Era, poi, stabilito che la sperimentazione deve garantire ai partecipanti sia la facoltà di un beneficio reale – e dunque la possibilità di usufruire degli eventuali risultati della ricerca stessa indipendentemente dalle disponibilità economiche – sia la miglior terapia disponibile. Da ultimo era previsto per i soggetti promotori di richiedere l'esistenza di ulteriori interessi rispetto a quelli scientifici, ad esempio di natura economica, o possibili conflitti di interesse in grado di alterare l'interpretazione dei dati e dei risultati della ricerca.

Nel recente aggiornamento si segnala: l'abbandono dell'uso del termine "soggetti", sostituito con "partecipanti", il coinvolgimento attivo della comunità (i partecipanti, insieme alle loro comunità, devono essere consultati prima dell'inizio della ricerca, ma anche durante e dopo la conclusione degli studi), la nuova attenzione per evitare o minimizzare danni all'ambiente promuovendone la sostenibilità, l'attenzione alla protezione dei dati personali e biologici, in particolare dei dati sanitari, e la garanzia di un'inclusione equa dei soggetti più vulnerabili³⁸⁴.

Occorre ricordare che la Dichiarazione costituisce un documento privo di efficacia autoritativa, di derivazione non statutale, che si colloca tra le fonti di autonomia dei privati, come tutti i codici deontologici³⁸⁵.

Sempre in campo di esperimenti sull'uomo sono da ricordare, anche qui tra le fonti di c.d. soft law³⁸⁶, le *Linee-guida Etiche Internazionali*

³⁸⁴ V. BIBBINS-DOMINGO K-BRUBAKER L.-CUREFMAN G., *The 2024 Revision to the Declaration of Helsinki: Modern Ethics for Medical Research*, JAMA. Published online October 19, 2024, consultabile sul sito www.jamanetwork.com.

³⁸⁵ Cfr. L. CIMMINO, voce *Codice deontologico*, in *Il Diritto: enciclopedia giuridica del Sole 24ore*, diretta da S. Patti, vol. III, Milano, 2007-2008, 216 ss.

³⁸⁶ Sul quale v. P. COSTANZO, *Hard Law e Soft Law: il senso di una distinzione*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, a cura di P. Costanzo-L. Mezzetti-A. Ruggeri, Torino, 2010, 273 ss.; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, 71 ss.

per la Ricerca Biomedica che coinvolge soggetti umani, emanate dal Consiglio dell'Organizzazione Internazionale delle Scienze Biomediche (CIOMS) in collaborazione con la World Health Organization (WHO) per la prima volta nel 1982 e riviste nel 2002 e nel 2016³⁸⁷.

Esse prevedono standard di tutela per le persone coinvolte nella ricerca biomedica, con una particolare attenzione per i soggetti o per le popolazioni più vulnerabili. Nel documento si legge, infatti, che “la giustificazione etica della ricerca biomedica che coinvolge esseri umani è rappresentata dalla prospettiva di scoprire nuove strategie per migliorare la salute dell'uomo”, ma essa può essere accettabile “solo se è condotta in maniera che rispetti e protegga i soggetti della ricerca”.

5. I più recenti documenti internazionali sui trapianti

A novembre 2023, l'Organización Nacional de Trasplantes (ONT), sotto la presidenza spagnola del Consiglio dell'Unione europea, ha convocato a Santander un vertice globale in materia di trapianti, dal titolo *Towards Global Convergence in Transplantation: Sufficiency, Transparency and Oversight*³⁸⁸. Il vertice è stato sostenuto anche dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), con l'obiettivo di incentivare una azione globale nel settore dei trapianti.

La Dichiarazione conclusiva al vertice (c.d. “*Dichiarazione di Santander*”)³⁸⁹ ha individuato alcune raccomandazioni per sostenere donazioni e trapianti a livello globale, rivolte alle autorità governative.

³⁸⁷ Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS) and World Health Organization, *International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects*, Geneve, 2002; pubblicate su *Bull. Med. Ethic*, 2002, 182, 17 ss. I documenti del CIOMS sono consultabili su Internet, all'indirizzo www.cioms.ch.

³⁸⁸ Cfr. la notizia riportata dal CNT, “*Dichiarazione di Santander*”, *diffuse le raccomandazioni per sostenere donazioni e trapianti a livello globale*, 1° dicembre 2023, consultabile alla pagina web <https://www.trapianti.salute.gov.it/>

³⁸⁹ ONT, *Santander Statement*, 10 novembre 2023, reperibile sul sito

La prima raccomandazione è relativa al miglioramento dell'assistenza ai pazienti. In particolare, la necessità di attuare strategie preventive, in grado di limitare il bisogno di trapianto, e di integrare sempre più la donazione e il trapianto nei sistemi sanitari, tenendo conto delle risorse disponibili, per rispondere alle esigenze dei pazienti bisognosi di trapianto, tentando di eliminare le disuguaglianze nell'accesso.

La seconda raccomandazione mira allo sviluppo di percorsi di donazione in grado di sostenere il fabbisogno di trapianto, sia da cadavere che da donatore vivente, garantendo sempre il consenso e la volontà del donatore.

La terza raccomandazione è volta, invece, ad assicurare la trasparenza e la sorveglianza dei processi, con una particolare attenzione ai dati relativi a ogni operazione di donazione e di trapianto, alla tracciabilità di organi, cellule e tessuti umani, alla condivisione dei dati con gli organismi internazionali nel rispetto della normativa sulla protezione dei dati personali. La Dichiarazione raccomanda, inoltre, di rafforzare la prevenzione del traffico illecito di organi e di tutte le sostanze di origine umana.

L'ultima raccomandazione mira a incoraggiare pratiche innovative e responsabili per l'uso clinico di tutte le sostanze di origine umana (tra le quali rientrano anche però le cellule riproduttive).

Si osserva che la Dichiarazione, nella prima raccomandazione, contiene anche un invito specifico, rivolto alle autorità governative, a *“incorporating opportunities for donation of organs, tissues and cells into end-of-life care”*.

Tale raccomandazione, che collega il tema della donazione di organi da cadavere a fini di trapianto al tema del fine vita, è però da considerare con le opportune cautele, dal momento che vi è il rischio di possibili conflitti di interesse nella “gestione” del fine vita, nella cura del paziente e nella “gestione” della donazione ai fini di trapianto. La connessione dei temi è presente nella pratica, ma appare oggi sotto nuovi profili proble-

matici, in considerazione della crescita del numero di trapianti da donazione controllata, a seguito della sospensione dei trattamenti di sostegno vitale, e, più in generale, dei più recenti sviluppi in tema di fine vita.

Sempre in tema di trapianti, la 77^a sessione della World Health Assembly ha approvato a Ginevra il 29 maggio 2024 una Risoluzione³⁹⁰ sull'aumento della disponibilità, dell'accesso etico e del controllo dei trapianti di cellule, tessuti e organi umani.

Nella stessa prospettiva della Dichiarazione di Santander, la Risoluzione approvata intende sviluppare i trapianti, contrastando le disuguaglianze, e introdurre misure per prevenire e combattere la tratta di persone, finalizzata all'espianto, e il traffico di organi umani, rafforzando i quadri legislativi. Si esprime, infatti, nel documento preoccupazione per i conflitti armati, le catastrofi naturali e le emergenze umanitarie che stanno creando in tutto il mondo situazioni di maggiore vulnerabilità umana, aumentando, così, il rischio di sfruttamento e di violazione dei diritti fondamentali.

Si raccomanda, così, di sviluppare e attuare quadri normativi in linea con i principi guida dell'OMS, incoraggiando la donazione come atto altruistico, volontario e non remunerato, promuovendone un accesso equo; di garantire anche che le attività di donazione e trapianto si svolgano in centri autorizzati, accreditati o registrati, prevedendo specifiche misure di controllo, come ispezioni periodiche. Per promuovere la sicurezza si ritiene necessario raccogliere e comunicare tempestivamente i dati su ogni singolo trapianto e di tracciare cellule, tessuti e organi donati. L'OMS dovrebbe anche valutare l'istituzione di una Giornata mondiale del donatore per sensibilizzare l'opinione pubblica e migliorare la comprensione della necessità di una donazione altruistica di cellule umane, tessuti e organi.

³⁹⁰ WHA, *Increasing availability, ethical access and oversight of transplantation of human cells, tissues and organs*, 29 maggio 2024, reperibile alla pagina web https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA77/A77_49-en.pdf

**LA TUTELA DEL CORPO UMANO
NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA**

SOMMARIO: 1. Il corpo nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e nei Trattati – 2. La normativa derivata relativa al corpo umano – 3. La normativa relativa alle c.d. biobanche nel diritto dell'Unione europea – 4. Il Regolamento Ue sulla «sostanza di origine umana» – 5. La tutela dei dati personali nell'era digitale: le implicazioni sulla tutela del corpo umano

1. Il corpo nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nei Trattati

L'Unione europea, nonostante sia nata come una comunità in origine di carattere strettamente economico, progressivamente, ha dato un significativo riconoscimento normativo positivo di carattere generale alla tutela dei diritti fondamentali, anche di quelli legati alla protezione del corpo umano.

Prima dell'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali – che dal 2009, com'è noto, con il Trattato di Lisbona, “ha lo stesso valore giuridico dei Trattati”, secondo quanto previsto dall'art. 6, par. 1, del Trattato sull'Unione europea (di seguito TUE) – lo strumento principale per la tutela dei diritti dell'uomo era da rinvenire in frammentarie disposizioni contenute nei Trattati e, in special modo, nella giurisprudenza della Corte di giustizia. La Carta ha dunque “profondamente modificato l'assetto normativo in materia di protezione e tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento UE chiudendo una fase d'evoluzione giuri-

sprudenziiale e di richiami ai principi generali del diritto³⁹¹, aperta dalla Corte stessa³⁹².

A conferma di quanto detto basta ricordare come le prime disposizioni normative dell'Unione relative alle persone fisiche "non hanno riguardato l'individuo considerato come persona, ma come entità economica": erano "riferite a tipologie economiche di soggetti, come quelle del lavoratore autonomo, del lavoratore subordinato, del consumatore, e ne hanno regolato le rispettive funzioni"³⁹³.

Attraverso la Carta dei diritti fondamentali l'Unione europea ha preso una nuova "direzione che non è più quella del mercato né solo quella dei cittadini europei, quanto piuttosto quella della persona umana", diventata così "oggetto e soggetto di azione con una tutela ampia, tanto da determinare la recente teoria della tutela multilivello dei diritti fondamentali"³⁹⁴.

A onor del vero va, però, ricordato che la Carta costituisce l'esito di un lungo cammino, nel quale una tappa fondamentale è rappresentata dal Trattato di Maastricht del 1992 il quale aveva stabilito, con una disposizione attualmente presente nell'art. 6, par. 2, TUE, che "l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ... e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario"; il succes-

³⁹¹ A. FULMINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in AA.VV., *Codice dell'Unione europea operativo: TUE e TFUE commentati articolo per articolo, con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, diretto da C. Curti Gialdino, Napoli, 2012, 2379.

³⁹² Cfr. tra le molte, sentenza 12 novembre 1969, *Stauder*, 29/69, punto 7; sentenza 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70. Sul riconoscimento dei diritti operato dalla Corte v. F. ANCORA, *Corte di giustizia CEE e diritti fondamentali*, in *Giur. merit.*, 1992.

³⁹³ P. DE CESARI, *L'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di diritti delle persone fisiche*, in AA.VV., *Persona e famiglia*, a cura di P. DE CESARI, in *Trattato di diritto privato* diretto da G. Ajani-G.A. Benacchio, Torino, 2008, 3.

³⁹⁴ A LOIODICE, *Il diritto pubblico europeo*, in AA.VV., *Il diritto pubblico tra tecniche e valori*, cit., 11.

sivo Trattato di Amsterdam aveva, inoltre, aggiunto all'articolo appena citato un nuovo comma, secondo il quale "l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto".

A differenza dei Trattati precedenti, tuttavia, la Carta di Nizza attribuisce una tutela più specifica alla persona umana: in particolare nell'intero Capo I intitolato, appunto, "Dignità umana", garantisce a essa "una funzione fondante rispetto a tutti gli altri diritti, intesi, a questo punto, come strumenti di manifestazione e di garanzia dell'integrità effettiva della dignità stessa"³⁹⁵.

Già nel Preambolo sono indicati i valori "indivisibili e universali" sui quali si fonda l'UE, che sono regolati, poi, dai primi quattro Capi della Carta (la dignità umana, la libertà, l'uguaglianza, la solidarietà) ed è affermato che "essa pone la persona al centro della sua azione": la dignità umana ha per la prima volta nel diritto dell'Unione una posizione preminente, costituendo "un valore basilare e fondante dell'ordinamento europeo"³⁹⁶. Si esprime in questo stesso senso la Nota del *Presidium* che accompagnava i lavori di redazione della Carta, la quale definisce la dignità umana "la base stessa dei diritti fondamentali", facente "parte della sostanza stessa dei diritti della Carta"³⁹⁷.

La dottrina ha sottolineato, inoltre, che "solo con riferimento alla dignità umana" viene utilizzato, nell'art.1 della Carta, "il concetto di inviolabilità, che non viene invece ripetuto per gli oggetti tutelati nei ca-

³⁹⁵ P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. Costanzo-L. Mezzetti-A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, cit., 387.

³⁹⁶ F. POLITI, *Il rispetto della dignità umana nell'ordinamento europeo*, in AA.VV., *L'ordinamento europeo, I principi dell'Unione*, a cura di S. Mangiameli, Milano, 2006, 63.

³⁹⁷ *Nota Presidium*, in *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Annotato con i lavori preparatori e la giurisprudenza delle alte corti europee e della Corte costituzionale italiana*, sotto la direzione di M. Panebianco, Milano, 2001, 50.

pitoli II e seguenti del documento”³⁹⁸. L’art. 1 afferma che la dignità dell’uomo “deve essere rispettata e tutelata”, pur non fornendone una definizione specifica, come d’altronde tutti gli altri documenti giuridici che la menzionano³⁹⁹. I successivi articoli dello stesso Capo della Carta aiutano, ad ogni modo, a ricostruirne concretamente il significato “minimo”: il diritto alla vita, il diritto all’integrità psico-fisica della persona, il divieto di fare dell’uomo un oggetto di pratiche bio-mediche, la proibizione della tortura, delle pene o dei trattamenti inumani o degradanti, la proibizione della schiavitù, del lavoro forzato e della tratta degli esseri umani. Tutte queste disposizioni consistono, infatti, “nel livello minimo essenziale di integrità fisica e psichica che deve essere in ogni caso riconosciuto alla persona, qualunque sia la situazione concreta in cui essa si trovi”⁴⁰⁰: esse hanno lo scopo di tutelare l’essere umano in quanto tale, di fronte ai pericoli di reificazione.

Per quanto riguarda l’art. 2 della Carta è da ricordare che, pur riconoscendo ad ogni individuo il diritto alla vita, non viene chiarito il momento in cui inizia tale tutela: esso non “offre elementi sicuri per cogliervi un fondamento del diritto alla vita per chi non sia ancora nato, ma sia soltanto concepito”⁴⁰¹. Chiarificazioni a riguardo si possono ricavare dalle “Spiegazioni” relative alla Carta⁴⁰².

³⁹⁸ M. OLIVETTI, *Art. 1*, in AA.VV., *L’Europa dei diritti, Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia, A. Cellotto, Bologna, 2001, 43.

³⁹⁹ Proprio per la mancata definizione di dignità umana nei documenti giuridici nazionali e internazionali, tale concetto è stato definito da una parte della dottrina “a normative concept”, O. SCHACHTER, *Human Dignity as a Normative Concept*, in *American Journal of International Law*, 1983, 849.

⁴⁰⁰ M. OLIVETTI, *Art. 1*, *cit.*, 43.

⁴⁰¹ P.F. GROSSI, *Dignità umana e libertà nella carta dei diritti fondamentali della Ue*, in AA.VV., *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, a cura di M. Siclari, Torino, 2003, 48.

⁴⁰² Cfr. *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, pubblicate sulla GUUE del 14 dicembre 2007. Si veda, inoltre, D. MCGOLDRICK, *The Charter and United Nations Human Rights Treaties*, in S. Peers, A. Ward, *The Eu Charter of Fundamental Rights: Politics, Law and Policy*, Oxford, 2004, 110. Le previsioni

In esse, infatti, si legge che l'art. 2 ha come modello l'art. 2 par. 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (di seguito CEDU). Anche quest'ultimo trattato non è, però, esplicito sul valore da dare alla tutela della vita nei riguardi del concepito⁴⁰³, così come è ambigua la giurisprudenza stessa della Corte EDU sul punto⁴⁰⁴: tale aspetto rimane “uno

della Carta in questa materia hanno, ad ogni modo, lo stesso significato di quelle della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, anche per espressa previsione dell'art. 52 della Carta stessa. Per quanto riguarda, in generale, il rapporto fra i due testi normativi, v. H. TRETTER, *La Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in AA.VV., *La Carta e le Corti: i diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, a cura di G. BRONZINI-V. PICCONE, Taranto, 2007, 255 ss.

⁴⁰³ Sul tema si veda F. VARI, *Concepito e procreazione assistita*, cit., 78 ss. L'Autore spiega l'assenza nella CEDU di elementi espliciti dai quali si possa ricavare il principio di tutela del concepito “con la volontà di evitare contrasti tra gli Stati contraenti, secondo le indicazioni suggerite dal Comitato di esperti del Consiglio d'Europa”. Sull'art. 2 della Convenzione v. S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 35 ss.; L. ZWAAK, *Right to Life (Article 2)*, in AA.VV., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, a cura di P. Van Dijk, Antwerpen – Oxford, 2006, 389 ss.; D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, New York, 2009, 53 ss.; F. BESTAGNO, *Diritto alla vita (articolo 2)*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky, Padova, 2012, 36 ss. Interpreta la nozione di ogni persona, presente nell'art. 2 della Convenzione, come riferito solo alla persona già nata, M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: procedure e contenuti*, Napoli, 1999, 84 ss. L'Autore basa la sua posizione sulla decisione della Commissione in merito al caso *X c. Regno Unito* (dec. 13 maggio 1980 su ricorso n. 8416/79, in *DR*, 19, 244).

⁴⁰⁴ Si veda, come esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 8 luglio 2004, *Vo v. France*, Application n. 53924/00. Su tale decisione e sull'ambiguità della giurisprudenza della Corte, v. R. ROSSANO, *Omicidio involontario del feto e rispetto del diritto alla vita*, in *I diritti dell'uomo*, 1, 2006, 5 ss.; L. VIOLINI-A. OSTI, *Le linee di demarcazione della vita umana*, in AA.VV. *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007, 216 ss.

dei maggiori problemi interpretativi, non ancora compiutamente risolto⁴⁰⁵.

Di fondamentale importanza per ricostruire la tutela del corpo umano nel diritto dell'Unione europea è, poi, l'affermazione dei principi da rispettare in campo biologico e medico contenuta nel par. 2 dell'art. 3 della Carta, a tutela dell'integrità della persona che stabilisce le regole della garanzia del consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge; il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone; il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro; la proibizione della clonazione riproduttiva degli esseri umani⁴⁰⁶. Evidenti sono gli influssi su tali previsioni della Convenzione di Oviedo, analizzata in precedenza⁴⁰⁷.

Per quanto riguarda il principio del consenso informato parte della dottrina ha ravvisato in tale disposizione l'affermazione di un "vero e proprio diritto fondamentale di ogni cittadino europeo"⁴⁰⁸ per il riferimento, contenuto nella disposizione, alla "persona interessata" e non al malato: ad ogni persona, pertanto, che "volontariamente – e non necessariamente obbligata dal bisogno di cure – deve decidere se consentire o meno che il proprio corpo sia oggetto comunque a manipolazioni" in ambito sanitario⁴⁰⁹, manipolazioni in grado di ledere in qualche modo alla propria integrità fisica.

È, poi, di particolare interesse ai fini del presente studio, quanto alla protezione del corpo umano, il divieto di fare di esso e delle sue parti

⁴⁰⁵ S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 38

⁴⁰⁶ Sull'art. 3 della Carta v. A. SANTOSUOSSO, *Integrità della persona umana, medicina e biologia: art. 3 della Carta di Nizza*, in *Danno e resp.*, 2002, 809 ss.; R. BIFULCO, *Art. 3. Diritto all'integrità della persona*, in *L'Europa dei diritti*, cit., 51 ss.

⁴⁰⁷ V. § 1.3 di questo capitolo.

⁴⁰⁸ B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità*, cit., 54.

⁴⁰⁹ G. TOSCANO, *Informazione, consenso e responsabilità sanitaria*, Milano, 2006, 70 s.

scopo di lucro, sancito nell'art. 3, par. 2, lett. c) della Carta: si tratta di un principio cardine anche di tutta la normativa sui trapianti che si analizzerà nei successivi capitoli.

L'art. 35 della Carta e l'art. 168, par. 1, primo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), ricordano che nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione deve essere garantito un livello elevato di protezione della salute umana.

L'art. 168, par. 4, lett. a), TFUE prevede che il Parlamento europeo e il Consiglio adottino misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza degli organi e delle sostanze di origine umana (*substances of human origin*, "SoHO"), del sangue e degli emoderivati. In ogni caso "tali misure non ostano a che gli Stati membri mantengano o introducano misure protettive più rigorose". A norma del successivo par. 7, l'azione dell'Unione rispetta le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la prestazione di servizi sanitari e di assistenza medica. In particolare, le misure adottate a norma del par. 4, lett. a), non devono pregiudicare le disposizioni nazionali sulla donazione e sull'impiego clinico di organi e sangue.

2. La normativa derivata relativa al corpo umano

Nel diritto derivato dell'Unione la tutela del corpo umano si ricava da numerose disposizioni, per lo più contenute in direttive, che vertono su oggetti tra loro alquanto diversi.

Si tratta, dunque, di una disciplina non organica, ma settoriale, in conseguenza degli scopi, come già sottolineato, all'origine economici e commerciali dell'Unione.

Vale la pena richiamare, in particolare, le direttive relative alla sperimentazione medica e farmacologica sull'uomo che, sin dal 1965, hanno tentato di armonizzare le legislazioni degli Stati membri, soprattutto

dal punto di vista procedurale, e che avevano lo scopo di incentivare la libera circolazione dei farmaci: tra di esse si può citare per l'importanza che ha avuto sul piano storico la dir. 89/381/CEE⁴¹⁰ per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali, che fissava disposizioni speciali per i medicinali derivati dal sangue o dal plasma umani.

Sempre nel settore della ricerca sull'uomo importante è ricordare la dir. 91/507/CEE della Commissione Ue⁴¹¹ che riproduceva, con alcune revisioni, le *Good Clinical Practice for trials on Medical Products in the European Community* (GCP), redatte dal *Committee for Proprietary Medicinal Products* con la partecipazione di un membro delegato di ogni Stato.

Tra gli obiettivi delle Linee guida vi erano quello di uniformare i requisiti per i *trials* nei centri di ricerca e quello di garantire un elevato standard etico per la protezione dell'uomo coinvolto nella sperimentazione, in linea con i principi contenuti nella Dichiarazione di Helsinki, già citati in precedenza.

In tempi più recenti sono intervenute anche la dir. 2001/20/CE⁴¹² del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico e la dir. 2005/28/CE della Commissione UE, concernente le linee guida dettagliate per la buona pratica clinica relati-

⁴¹⁰ Dir. del Consiglio 89/381/CEE del 14 giugno 1989 che estende il campo di applicazione delle direttive 65/65/CEE e 75/319/CEE per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali e che fissa disposizioni speciali per i medicinali derivati dal sangue o dal plasma umani.

⁴¹¹ Dir. della Commissione 91/507/CEE del 19 luglio 1991 che modifica l'allegato della direttiva 75/318/CEE del Consiglio relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri riguardanti le norme ed i protocolli analitici, tossicofarmacologici e clinici in materia di sperimentazione dei medicinali.

⁴¹² Dir. 2001/20/CE del 4 aprile 2001 concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri relative all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione della sperimentazione clinica di medicinali ad uso umano.

va ai medicinali in sperimentazione sull'uomo⁴¹³. Filo conduttore della normativa in vigore nell'Unione è il principio del consenso informato a tutela dei soggetti coinvolti nella sperimentazione.

È, inoltre, fondamentale richiamare la normativa specifica in tema di trapianti e, in particolare, la dir. 2004/23/CE del 31 marzo 2004 del Parlamento europeo sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani. Di rilievo appare anche la dir. 2010/53/Ue del 7 luglio 2010 del Parlamento Ue, relativa alle norme di qualità e sicurezza degli organi umani destinati ai trapianti, che stabilisce misure di protezione, sia per il donatore di organi sia per il soggetto ricevente, anche attraverso la creazione di autorità competenti, così mirando alla istituzione di un quadro di qualità e di sicurezza in grado di definire i parametri di tutte le fasi del processo che va dalla donazione al trapianto stesso.

Il 13 giugno 2024 il Parlamento e il Consiglio Ue hanno adottato il regolamento 2024/1938, che si applicherà dal 2027, sui parametri di qualità e sicurezza per le sostanze di origine umana destinate all'applicazione sugli esseri umani. Esso abroga le direttive 2002/98/CE e 2004/23/CE, che costituiscono il quadro normativo dell'Unione rispettivamente per il sangue e i suoi componenti e per i tessuti e le cellule⁴¹⁴.

Per quanto riguarda la tutela del corpo umano una delle normative più importanti è, poi, dettata dalla dir. 98/44/CE del Parlamento europeo sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche⁴¹⁵. Essa

⁴¹³ Dir. 2005/28/CE della Commissione del 8 aprile 2005, che stabilisce i principi e le linee guida dettagliate per la buona pratica clinica relativa ai medicinali in fase di sperimentazione a uso umano nonché i requisiti per l'autorizzazione alla fabbricazione o importazione di tali medicinali, in GU L 91/13 del 9 aprile 2005.

⁴¹⁴ Sul Regolamento v. infra, par. 4 di questo capitolo.

⁴¹⁵ Sulla quale v. P. SPADA, *Liceità dell'invenzione brevettabile e esorcismo dell'innovazione*, in *Rivista di diritto privato*, 2000, 5 ss.; G. SENA, *L'importanza della protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche*, in *Rivista di diritto industriale*, 2000, p. 65 ss.; A. BOMPIANI-A. LORETI BEGHÉ-L. MARINI, *Bioetica e diritti dell'uomo nella prospettiva del diritto internazionale e comunitario*, Torino,

stabilisce una tutela efficace del corpo umano, nelle sue varie fasi di costituzione e sviluppo rispetto alla materia dei brevetti. Già il Preambolo della direttiva afferma che il diritto dei brevetti “dev’essere esercitato nel rispetto dei principi fondamentali che garantiscono la dignità e l’integrità dell’uomo”⁴¹⁶. L’art. 5, par. 1, specifica ulteriormente questo principio prevedendo che “il corpo umano nei vari stadi della sua costituzione e del suo sviluppo, nonché la mera scoperta di uno dei suoi elementi, ivi compresa la sequenza o la sequenza parziale di un gene, non possono costituire invenzioni brevettabili”. La “*ratio* della norma è quella di specificare che il corpo umano, ad ogni stadio della sua formazione e del suo sviluppo, non costituisce materia brevettabile; ciò al fine di chiarire espressamente lo *status* di inappropriabilità e inalienabilità del corpo umano”⁴¹⁷. L’art. 6 della dir., vietando la brevettabilità delle invenzioni il cui sfruttamento commerciale è contrario all’ordine pubblico o al buon costume, precisa, al par. 2, che non sono brevettabili i procedimenti di clonazione di essere umani, quelli di modificazione dell’identità genetica germinale dell’essere umano e le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali. Per esplicita precisazione contenuta nel Preambolo della direttiva⁴¹⁸ tale elenco non è esauriente.

2001, 162 ss.; L. CHIEFFI, *Bioetica e diritti dell’uomo*, Torino, 2000, p. 89 ss.; A. STAZI, *Innovazioni biotecnologiche e brevettabilità del vivente. Questioni giuridiche e profili bioetici nei modelli statunitense ed europeo*, cit., 199 ss.

⁴¹⁶ Si veda in particolare il sedicesimo “*Considerando*” del Preambolo.

⁴¹⁷ A. STAZI, *Innovazioni biotecnologiche e brevettabilità del vivente. Questioni giuridiche e profili bioetici nei modelli statunitense ed europeo*, cit., 200.

⁴¹⁸ Cfr. il trentottesimo “*Considerando*” del preambolo, nel quale si legge che “è... importante inserire nel dispositivo stesso della presente direttiva un elenco indicativo di invenzioni escluse dalla brevettabilità, per fornire ai giudici e agli uffici nazionali dei brevetti orientamenti di massima ai fini dell’interpretazione del riferimento all’ordine pubblico o al buon costume; ... questo elenco non può certo essere considerato esauriente; ... i procedimenti la cui applicazione reca pregiudizio alla dignità umana, come ad esempio i procedimenti per la produzione di esseri ibridi risultanti da cellule germinali o totipotenti umane o animali, devono ovviamente essere esclusi anch’essi dalla brevettabilità”.

stivo, potendo cioè essere escluso dalla brevettabilità qualsiasi procedimento che leda la dignità dell'essere umano.

All'epoca dell'approvazione la direttiva fu al centro di una *querelle* concernente la “opportunità di introdurre una disciplina comunitaria della brevettabilità del vivente”⁴¹⁹.

Il Regno dei Paesi Bassi aveva chiesto alla Corte di giustizia di annullare tale normativa lamentando l'inadeguatezza della sua base giuridica e la presunta violazione dei principi di sussidiarietà e di certezza del diritto, nonché del diritto internazionale ed europeo dei brevetti e del diritto fondamentale al rispetto della dignità della persona umana. La Corte, nella sent. del 9 ottobre 2001⁴²⁰, ha, però, respinto il ricorso ritenendo legittima la direttiva⁴²¹.

Per il giudice di Lussemburgo essa, infatti, “delimita il diritto dei brevetti in modo sufficientemente rigoroso affinché il corpo umano resti effettivamente indisponibile ed inalienabile e che venga così salvaguardata la dignità umana”⁴²².

Nella sentenza la Corte ha, per la prima volta, riconosciuto e incluso la dignità umana “tra i diritti fondamentali e quindi tra i principi generali dell'ordinamento comunitario, utilizzabile come parametro per la legittimità degli atti comunitari”⁴²³.

⁴¹⁹ L. MARINI, *Il diritto internazionale e comunitario della bioetica*, cit., 175 s.

⁴²⁰ Sentenza del 9 ottobre 2001, Causa C-377/98, Paesi Bassi, Italia, Norvegia c. Parlamento, Consiglio e Commissione, in *Raccolta della giurisprudenza della Corte*, 2001, p. I-7079 ss.

⁴²¹ L'Italia è intervenuta nella causa a sostegno del ricorrente. Nonostante la decisione della Corte alcuni Stati, tra cui l'Italia, hanno ritardato il recepimento della direttiva e sono incorsi nella procedura d'infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE

⁴²² Corte gius., sent. 9 ottobre 2001, causa 377/98, cit., par. 77. Per la Corte inoltre “qualunque elemento del corpo umano, nel suo ambiente naturale, non può giammai essere oggetto di brevetto, potendo ciò accadere solo qualora l'elemento del corpo umano sia una parte, una componente, di un prodotto più ampio ricomprendente anche processi tecnici”, F. POLITI, *Il rispetto della dignità umana nell'ordinamento europeo*, cit., 79 s.

⁴²³ F. SACCO, *Note sulla dignità umana nel “diritto costituzionale europeo”*, cit., 604.

La Corte di giustizia si è trovata successivamente a decidere in merito alla direttiva in discorso, con la sentenza c.d. *Brüstle* del 18 ottobre 2011⁴²⁴. Il giudice di Lussemburgo ha ribadito che, anche se essa mira a incentivare gli investimenti nella biotecnologia, “lo sfruttamento del materiale biologico di origine umana deve avvenire nel rispetto dei diritti fondamentali e, in particolare, della dignità umana”⁴²⁵.

Per la prima volta nel diritto dell’UE, la Corte ha dato una definizione di “embrione umano”, prendendo spunto dalla direttiva 98/44. Per il giudice di Lussemburgo tale nozione deve essere intesa in senso ampio, senza distinguere in fasi più o meno importanti di sviluppo: “sin dalla fecondazione qualsiasi ovulo umano deve essere considerato un «embrione umano» ... dal momento che la fecondazione è tale da dare avvio al processo di sviluppo dell’essere umano”⁴²⁶.

Tale affermazione è stata, poi, ulteriormente precisata nella sentenza c.d. *Stem Cells*⁴²⁷. Con essa la Corte ha chiarito che l’ovulo umano non fecondato, per poter essere qualificato come embrione umano, deve ne-

⁴²⁴ Grande Sezione della Corte di Giustizia, sent. del 18 ottobre 2011, causa C-34/10, *Oliver Brüstle v. Greenpeace e V*, in *Raccolta* 2011 I-09821. Sulla sentenza v. L. VIOLINI, *Il divieto di brevettabilità di parti del corpo umano: un uso specifico e non inutile del concetto di dignità umana*, in *Quad. cost.*, 1, 2012, 145 ss.; E. CATELANI, *Embriones y procreación asistida ante los tribunales europeos: remisión a la decisión de los jueces nacionales*, in *Estudios de Deusto*, Vol. 60/1, Bilbao, Enero-Junio, 2012, 371 ss.; A. STAZI, *Innovazioni biotecnologiche e brevettabilità del vivente. Questioni giuridiche e profili bioetici nei modelli statunitense ed europeo*, cit., 2012, 230 ss.; F. VARI, *Il finanziamento della ricerca da parte dell’Unione europea e il diritto alla vita: nuove prospettive alla luce della sentenza Brüstle della Corte di giustizia?*, in *Quaderni di diritto mercato e tecnologia*, 2, 2013, 79 ss., consultabile alla pagina web www.dimt.it. Sul tema sia consentito il rinvio a F. PIERGENTILI, *La Corte di giustizia e la tutela dell’embrione umano nei confronti dei brevetti. La supremazia della dignità della persona umana nella tutela europea dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, Focus Human Rights n. 2/2013, 17 maggio 2013.

⁴²⁵ § 32 della decisione.

⁴²⁶ § 35 della decisione.

⁴²⁷ Grande Sezione della Corte di giustizia, sentenza del 18 dicembre 2014, causa C-364/13, *International Stem Cell Corporation / Comptroller General of Patents*.

cessariamente avere la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano e, a tal fine, non sembra essere sufficiente l'attivazione per partenogenesi⁴²⁸. La Corte di giustizia ha, comunque, lasciato al giudice dello Stato membro il compito di verificare, alla luce delle conoscenze sufficientemente comprovate e convalidate dalla scienza medica internazionale, se l'organismo oggetto della domanda di registrazione abbia o meno la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano.

Il giudice di Lussemburgo, sempre nella sentenza *Brüstle*, ha precisato che l'utilizzazione di embrioni umani a fini di ricerca scientifica non può essere distinta dal loro sfruttamento commerciale e industriale: anch'essa deve essere esclusa dalla brevettabilità ai sensi dell'art. 6, par. 2, lett. c) della Direttiva 98/44 L'unica deroga che la Corte consente al riguardo è la brevettabilità di invenzioni che utilizzano cellule staminali embrionali per finalità terapeutiche e diagnostiche utili all'embrione stesso⁴²⁹.

⁴²⁸ Per partenogenesi si intende una tipologia di riproduzione, artificiale o spontaneo, attraverso la quale l'uovo inizia lo sviluppo embrionale senza che sia avvenuta la fecondazione da parte del gamete maschile.

⁴²⁹ La soluzione adottata dal Giudice europeo ricorda le misure a tutela dell'embrione contenute nella normativa italiana in tema di procreazione assistita. In particolare, ci si riferisce all'art. 13, c. 2, della l. 19 febbraio 2004, n. 40, secondo il quale: "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". Su tale articolo v. F. VARI, *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, cit. 139 ss.; C. CASINI-M. CASINI-M.L. DI PIETRO, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, Commentario*, Torino, 2004, 11 ss. Sulla stessa disposizione v. Corte cost. sent. 13 aprile 2016, n. 84, alla pagina web della Corte, www.cortecostituzionale.it; nonché la sentenza della Corte EDU, *Parrillo vs Italia*, del 27 agosto 2015, ric. n. 46470/11, in *Foro it.*, 2015, IV, 453, con la quale la Corte ha escluso che l'art. 13 della l. 19 febbraio 2004, n. 40 – che vieta la sperimentazione sugli embrioni umani, proibendo così la donazione per la ricerca scientifica di embrioni crioconservati – contrasti con il diritto al rispetto della vita privata previsto dall'art. 8 della CEDU.

Da ultimo, la Corte ha stabilito che è esclusa dalla brevettabilità l'invenzione che, pur non consistendo nell'utilizzazione di embrioni umani, nella sua attuazione, o in una fase precedente ad essa, preveda la distruzione di embrioni. Per la Corte, infatti, "il fatto che tale distruzione abbia luogo, eventualmente, in una fase ben precedente rispetto all'attuazione dell'invenzione, come nell'ipotesi della produzione di cellule staminali embrionali ricavate da una linea di cellule staminali la cui creazione, di per sé, ha comportato la distruzione di embrioni umani, è, al riguardo, irrilevante"⁴³⁰.

Va ricordato, comunque, che la Corte di giustizia già con la sentenza *Schmidberger*⁴³¹ del 2003 – con la quale per la prima volta si era spinta "apertamente in una disamina della relazione intercorrente tra diritti e libertà fondamentali"⁴³² e aveva definito come necessario il bilanciamento tra valori riconosciuti di pari importanza – e con la sentenza *Omega*⁴³³ del 2004 aveva insistito sul fatto che la dignità umana poteva giustificare "una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato"⁴³⁴; tuttavia soltanto con la sentenza *Brüstle* il giudice di Lussem-

⁴³⁰ § 49 della decisione.

⁴³¹ Corte di giustizia, sent. 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, in *Racc.*, p. I-5659 ss.

⁴³² R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, in AA.VV., *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti Ue e standards internazionali*, XV Convegno, Bologna 10-11 giugno 2010, a cura di L. S. Rossi, Napoli, 2011, 373.

⁴³³ Corte di giustizia, sent. 14 ottobre 2004, causa C- 36/02, *Omega*, in *Racc.*, p. I-9609 ss. Sulla sentenza v., A. VON WALTER, *La protection de la dignité humaine face au droit communautaire, L'actualité juridique ; droit administratif*, 2005, 153 ss., M.E. GENNUSA, *La dignità umana vista dal Lussemburgo*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, 174 ss.; P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in AA.VV., *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali, Saggi e casi di studio*, a cura di R. Nania, Torino, 2012, 118 ss.; N. LIPARI, *Persona e mercato*, in *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. Rabitti Bedogni e P. Barucci, vol. I, Torino, 2010, 46.

⁴³⁴ § 35 della sentenza.

burgo ha riconosciuto che il principio fondamentale della tutela della dignità umana non solo è limite alle libertà economiche, ma valore prevalente sulle stesse.

3. La normativa relativa alle c.d. biobanche nel diritto dell'Unione europea

Per biobanca (o banca biologica genetica) si intende il centro di raccolta di materiale biologico di origine umana⁴³⁵.

Con tale espressione si fa riferimento, in particolare, alle “istituzioni o unità operative e di servizio proposte a raccogliere, conservare, classificare, gestire e distribuire materiali biologici umani, campioni biologici o parti del corpo umano (cellule, tessuti, DNA), donati da individui o gruppi di individui”⁴³⁶, per finalità biomediche (ricerca, diagnosi, prevenzione e terapia). Rientrano, dunque, in tale definizione anche le sedi di raccolta di organi da destinare al trapianto.

La biobanca è una risorsa “caratterizzata da una peculiare finalizzazione, o quanto meno da una peculiare potenzialità, solidaristica”⁴³⁷: il materiale custodito, infatti, potrà essere utilizzato per la ricerca medica e per finalità terapeutiche, non solo a vantaggio dei donatori, ma anche a beneficio di coloro che hanno caratteristiche simili e compatibili con quelle riscontrate nel campione analizzato.

Gli elementi biologici umani non sono “utilizzabili in modo autonomo dalla volontà dell'individuo dal quale provengono, ma restano

⁴³⁵ Il termine biobanca fu utilizzato per la prima volta in letteratura da LOFT-POULSEN, *Cancer Risk and Oxidative DNA Damage in Man*, in *Journal of Molecular Medicine*, 1996, 74, 297 ss. Cfr. al riguardo A. SANTOSUOSSO-I.A. COLUSSI, *Diritto e genetica delle popolazioni*, in AA.VV., *Il governo del corpo*, cit., 351

⁴³⁶ L. PALAZZANI, *Biobanca: problemi bioetici e biogiuridici*, in AA.VV., *Biobanche. Aspetti scientifici ed etico-giuridici*, a cura di L. Eusebi, Milano, 2014, 11.

⁴³⁷ L. EUSEBI, *Introduzione. Le biobanche quale risorsa per una ricerca evoluta e umanizzata*, in *BioBanche. Aspetti scientifici ed etico-giuridici*, cit., 2014, 7.

correlati alla sua soggettività”⁴³⁸: costituiranno sempre espressione della corporeità del singolo e solo in casi eccezionali, come quelli previsti per le investigazioni in campo penale, potranno essere analizzati in virtù dell’abbandono da parte del titolare (esempio tipico è quello dei capelli lasciati presso il parrucchiere dopo il taglio).

Infatti il distacco “rende possibile di fatto la separazione e la circolazione”, ma la parte staccata dal corpo “rimane di principio ‘dell’individuo’ sul piano genetico, connesso e inseparabile dal corpo”⁴³⁹.

Queste considerazioni sono avvalorate dall’analisi svolta nel capitolo I della prima parte di questo lavoro, in cui si è messo in luce come le parti del corpo staccate dallo stesso sono tradizionalmente considerate oggetto di un diritto di proprietà della persona. Tali conclusioni, come a breve si vedrà, sono però oggi messe in discussione da una parte della dottrina.

In un settore così delicato e in continua evoluzione si è fatta sempre più forte l’esigenza di trovare regole comuni, così come richiesto anche dal Comitato Nazionale di Bioetica (CNB) in un parere del 2006⁴⁴⁰. Esso ricorda anche quali sono i principi che devono applicarsi in materia: la gratuità del dono; l’informativa specifica per il consenso o il dissenso del donatore; il divieto di discriminazione personale per la partecipazione alla ricerca o alla conoscenza di dati derivanti dai campioni conservati; il diritto di accesso e di controllo dell’interessato sulle informazioni conservate nelle biobanche. Il CNB ricorda, inoltre, come il Protocollo addizionale della Convenzione di Oviedo riguardante la ricerca biomedica (adottato dal Comitato dei Ministri il 30 giugno 2004), già analizzato, fissi “esclusivamente dei principi e delle regole per la tutela

⁴³⁸ L. EUSEBI, *op. ult. cit.*, 8.

⁴³⁹ L. PALAZZANI, *op. ult. cit.*, 17.

⁴⁴⁰ Comitato Nazionale di Bioetica, *Parere su Biobanche e ricerca sul materiale biologico umano*, 9 giugno 2006, testo disponibile su Internet all’indirizzo presidenza.governo.it

delle persone e dei loro diritti da rispettare nelle ricerche biomediche, non considerando il trattamento del materiale biologico”.

Per quanto riguarda il diritto dell’Unione europea, anche se nei Trattati “non vi sono norme espressamente dedicate al regolamento dei dati genetici e delle banche di raccolta di informazioni biologiche... questi trovano tutela nella più ampia disciplina dei dati personali”⁴⁴¹.

Vi sono, inoltre, alcune direttive che disciplinano specifici settori della materia: la dir. 2004/23 del 31 marzo 2004⁴⁴², sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l’approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umane, recepita in Italia attraverso il d.lgs. 6 novembre 2007, n. 191. Vanno inoltre richiamate due direttive attuative: la 2006/17 dell’8 febbraio 2006⁴⁴³ e la 2006/86 del 24 ottobre 2006⁴⁴⁴, recepite entrambi nel nostro Paese con il d.lgs 25 gennaio 2010, n. 16 che ha, tra l’altro, introdotto una garanzia per assicurare la tracciabilità dei tessuti e delle cellule donate, attraverso l’attribuzione di un codice che associa la donazione al materiale donato.

Anche la direttiva 98/44/CE, già analizzata nel paragrafo che precede, dà indicazioni importanti nel settore in esame, tracciando per l’appunto i

⁴⁴¹ R. PACIA, *Campione biologico e consenso informato nella ricerca genetica: il possibile ruolo delle biobanche*, *www.Juscivile.it*, 2014, 3. Sul Regolamento v. il successivo par. 5.

⁴⁴² Dir. 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l’approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani.

⁴⁴³ Dir. 2006/17/CE della Commissione che attua la direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda determinate prescrizioni tecniche per la donazione, l’approvvigionamento e il controllo di tessuti e cellule umani.

⁴⁴⁴ Dir. 2006/86/CE della Commissione attua la direttiva 2004/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le prescrizioni in tema di rintracciabilità, la notifica di reazioni ed eventi avversi gravi e determinate prescrizioni tecniche per la codifica, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani.

confini della brevettabilità dei materiali biologici. Essa esclude, infatti, la possibilità di brevettare il corpo umano, ma lo consente per un elemento isolato del corpo ed anche la sequenza di un gene.

4. Il regolamento Ue sulla «sostanza di origine umana»

Il regolamento 2024/1938 sui parametri di qualità e sicurezza per le sostanze di origine umana destinate all'applicazione sugli esseri umani abroga le direttive 2002/98/CE e 2004/23/CE: dal momento che “le divergenze tra le norme nazionali possono creare ostacoli alla condivisione transfrontaliera di tali sostanze”, si è ritenuta “necessaria una revisione fondamentale di tali direttive per ottenere un quadro normativo solido, trasparente, aggiornato e sostenibile per dette sostanze, che garantisca qualità e sicurezza, rafforzi la certezza del diritto per i pazienti e per tutte le parti coinvolte e sostenga la fornitura continua, tra cui lo scambio transfrontaliero, agevolando nel contempo l'innovazione a beneficio della salute pubblica”⁴⁴⁵.

Il regolamento, che si applica a decorrere dal 7 agosto 2027 (art. 87), stabilisce misure che fissano parametri elevati di qualità e sicurezza per tutte le sostanze di origine umana (*substances of human origin* – “*SoHO*”) destinate all'applicazione sugli esseri umani e per le attività relative a tali sostanze, tentando di assicurare una maggiore tutela ai riceventi e ai donatori di tutte le sostanze di origine umana e alla “progenie nata da procreazione medicalmente assistita” (art. 1). Sono, inoltre, previste sia procedure comuni di valutazione e autorizzazione sia rafforzate le misure di controllo nazionale, per il tracciamento e la trasparenza. A tali fini, il regolamento istituisce il *SoHO Coordination Board* (SCB), che favorirà l'attuazione delle nuove regole.

⁴⁴⁵ Cfr. *Considerando* n. 5 del regolamento.

Per “sostanza di origine umana”, ai fini del regolamento, si intende “qualsiasi sostanza raccolta dal corpo umano, indipendentemente dal fatto che contenga o meno cellule e che tali cellule siano vive o meno, comprese preparazioni di SoHO risultanti dalla processazione di detta sostanza” (art. 3).

Il regolamento dovrebbe applicarsi al sangue e ai suoi componenti, “così come ai tessuti e alle cellule, tra cui le cellule staminali ematopoietiche del sangue periferico, del sangue del cordone ombelicale o del midollo osseo, alle cellule e ai tessuti riproduttivi, agli embrioni, ai tessuti e alle cellule fetali e alle cellule staminali adulte ed embrionali, come disciplinati dalla direttiva 2004/23/CE”⁴⁴⁶.

Si considerano SoHO riproduttive “sperma, ovociti, tessuti ovarici e testicolari umani destinati a essere utilizzati ai fini della procreazione medicalmente assistita o del ripristino della funzione endocrina”, ma anche gli embrioni umani “sebbene non siano raccolti dal corpo umano” (art. 3).

Per “applicazione sugli esseri umani”, si intende “l’inserimento, l’impianto, l’iniezione, l’infusione, la trasfusione, il trapianto, l’ingestione, il trasferimento, l’inseminazione o la somministrazione in altro modo al corpo umano al fine di creare un’interazione biologica con tale corpo”.

Si specifica, inoltre, che la donazione e l’applicazione sugli esseri umani di SoHO diverse da quelle precedentemente disciplinate dalle direttive 2002/98/CE e 2004/23/CE sono sempre più comuni: “è necessario estendere l’ambito di applicazione del presente regolamento a qualsiasi SoHO, al fine di evitare situazioni in cui determinati gruppi di donatori o i riceventi di SoHO e la progenie nata da procreazione medicalmente assistita non siano protetti da un quadro di qualità e sicurezza adeguato a livello di Unione”. Ciò “garantirà ad esempio la protezione di donatori di SoHO e riceventi SoHO di latte materno umano, di microbiota intestinale, di preparati ematici che non vengono utilizzati per

⁴⁴⁶ Considerando n. 7.

le trasfusioni e di qualsiasi altra SoHO che potrebbe essere applicata sugli esseri umani in futuro”⁴⁴⁷. Il regolamento non dovrebbe, invece, contemplare l’applicazione di una sostanza sul corpo quando essa non ha alcuna interazione biologica con tale corpo (come nel caso di parucche realizzate con capelli umani)⁴⁴⁸.

Le SoHO possono essere “preparate” e “stoccate” in vari modi, diventando preparazioni di SoHO, che possono essere applicate sui riceventi: in tali circostanze il regolamento dovrebbe applicarsi a tutte le attività, dalla registrazione di donatori, all’applicazione sugli esseri umani fino alla registrazione degli esiti clinici. Le SoHO possono essere utilizzate anche per fabbricare prodotti disciplinati da altre normative dell’Unione, in particolare le normative concernenti i dispositivi medici, disciplinati dal regolamento (UE) 2017/745 del Parlamento europeo e del Consiglio, i medicinali, disciplinati dalla direttiva 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, i medicinali per terapie avanzate, disciplinati dal regolamento (CE) n. 1394/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, nonché i medicinali sperimentali, disciplinati dal regolamento (UE) n. 536/2014.

Si specifica, rispetto alla materia dei trapianti, che “gli organi solidi sono esclusi dalla definizione di SoHO ai fini del presente regolamento e pertanto dal suo ambito di applicazione”. La loro donazione e il loro trapianto differiscono significativamente, sono determinati anche dall’effetto di ischemia negli organi e sono disciplinati in un quadro giuridico dedicato, stabilito nella direttiva 2010/53/UE del Parlamento europeo e del Consiglio. Anche gli allograft vascolari compositi, come le mani o i volti, dovrebbero considerarsi coperti dalla definizione di organi, come indicato in tale direttiva. Tuttavia, quando gli organi sono prelevati da un donatore di SoHO al fine di separare tessuti o cellule per l’applicazione sugli esseri umani (ad esempio valvole cardiache da

⁴⁴⁷ Considerando n. 7.

⁴⁴⁸ Considerando n. 8.

un cuore o isole pancreatiche da un pancreas), dovrebbe applicarsi, invece il regolamento.

Quest'ultimo non dovrebbe interferire con la normativa nazionale in materia sanitaria avente obiettivi diversi dalla qualità e dalla sicurezza delle SoHO, se tale normativa è compatibile con il diritto dell'Unione. L'origine umana delle sostanze tocca diverse questioni sensibili e di natura etica: la normativa europea specifica che non dovrebbe interferire con le decisioni di natura etica adottate dagli Stati membri⁴⁴⁹. Tuttavia, tali decisioni dovrebbero essere conformi alla Carta. Le decisioni etiche potrebbero riguardare l'uso, o la limitazione dell'uso, di tipi specifici di SoHO oppure usi specifici di SoHO, comprese le cellule riproduttive e le cellule staminali embrionali”.

Il regolamento ribadisce il rispetto dei diritti fondamentali e dei principi riconosciuti dalla Carta⁴⁵⁰, quali la dignità umana, l'integrità della persona e il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro, la protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei loro dati di carattere personale, la libertà delle arti e delle scienze e la libertà d'impresa, la non discriminazione, il diritto alla protezione della salute e all'accesso all'assistenza sanitaria e i diritti del minore.

In particolare, la normativa eurounionale tutela il diritto alla dignità e all'integrità dei donatori e dei riceventi di SoHO, nonché della “progenie nata da procreazione medicalmente assistita”. A tal fine si specifica che il consenso alla donazione deve essere prestato liberamente, con particolare attenzione al momento informativo, che deve riguardare anche l'uso previsto del materiale donato. Nel rispetto dell'art. 3 della Carta, la donazione di SoHO non deve avere finalità lucrative, ma “dovrebbe essere volontaria e gratuita e fondarsi sui principi di altruismo del donatore di SoHO e di solidarietà tra donatore e ricevente”. La do-

⁴⁴⁹ *Considerando* n. 28.

⁴⁵⁰ *Considerando* n. 54.

nazione volontaria e gratuita “contribuisce al rispetto della dignità umana e alla tutela delle persone più vulnerabili della società.”

Nonostante l’affermazione di tali principi fondamentali, si può osservare che l’essere umano sembrerebbe considerato come una *res*: gli embrioni sono, per il regolamento, “sostanze di origine umane da utilizzare a fini medici”.

Si parla di raccolta, di processazione (ovvero ogni operazione implicata nella manipolazione di SoHO, compresi il lavaggio, la sagomatura, la separazione, la decontaminazione, la sterilizzazione, la conservazione e l’imballaggio), di controllo della qualità, di stoccaggio, di rilascio (un processo attraverso il quale si verifica che una SoHO soddisfi determinati criteri di qualità e sicurezza prima della distribuzione o dell’esportazione), di distribuzione, di importazione e di esportazione anche in riferimento all’essere umano, promuovendo, così, anche il traffico di esseri umani.

Il regolamento finisce, pertanto, per considerare allo stesso modo sostanze umane generiche ed esseri umani, violando la dignità umana che in Italia la Corte costituzionale ha riconosciuto – seppur con non poche contraddizioni – anche all’embrione, da ultimo nella sent. n. 161 del 2023⁴⁵¹.

5. La tutela dei dati personali nell’era digitale: le implicazioni sulla tutela del corpo umano

Di fronte ai profondi mutamenti sociali, conseguenti soprattutto alla digitalizzazione e allo sviluppo dell’intelligenza artificiale⁴⁵² (si pensi

⁴⁵¹ Corte cost. sent. 24 luglio 2023 n. 161, *cit.*

⁴⁵² Sulle applicazioni dell’intelligenza artificiale nel contesto italiano ed europeo v. C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, spec., 2019, 101 ss.; A. SPINA, *La medicina degli algoritmi: Intelligenza Artificiale, medicina digitale e regolazione dei dati personali*,

alla raccolta di dati biometrici e genetici, alle tecniche di riconoscimento facciale, al *data mining*, alla videosorveglianza e alla localizzazione della persona, all'uso di impianti sub-cutanei, ai dispositivi medici utilizzati per finalità diagnostiche o terapeutiche), come è stato affermato da Rodotà, “l’irrompere della biometria propone nuovi intrecci tra corpo fisico e corpo elettronico”⁴⁵³: in tale contesto “il corpo fisico sta diventando una password”, mentre il “corpo elettronico”, e cioè l’insieme dei dati legati al corpo, “è oggetto di un *data mining* sempre più aggressivo e capillare, motivato con esigenze di sicurezza o di mercato”⁴⁵⁴. È, pertanto, da tutelare il corpo fisico ma anche tutto ciò che si ricollega al corpo della persona nella sfera digitale. Il corpo umano diviene, infatti, controllabile, sorvegliabile ma anche modificabile. Si pensi, ad esempio, al tema del “potenziamento umano” e, cioè, al tentativo di aumentare facoltà fisiche o psichiche della persona per realizzare un uomo “nuovo”, una specie “post-umana” con una migliore salute, vita intellettuale ed emotiva. Per raggiungere il c.d. potenziamento “cognitivo”⁴⁵⁵, si va a incidere sulle capacità mentali attraverso farmaci “neurostimolanti”, impiegati *off label* – cioè, al di fuori delle specifiche indicazioni terapeutiche –, o attraverso le più invasive tecniche di “neurostimolazione cerebrale” (come quella elettrica corticale o l’impianto di microchips nel cervello per simulare funzioni biologiche e psichiche).

I mutamenti tecnologici che sembrano minacciare le prerogative della persona - del corpo e della psiche, nella sua stessa identità - impongono nuove forme di tutela della dignità umana. Si avverte, così,

in *Intelligenza Artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, a cura di F. Pizzetti, Torino, 2018, 319 ss.

⁴⁵³ S. RODOTÀ, *Privacy, libertà, dignità*, Discorso conclusivo della 26 Conferenza internazionale sulla protezione dei dati, 2004, consultabile sul sito dell’Autorità garante per la protezione dei dati personali www.garanteprivacy.it.

⁴⁵⁴ S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*

⁴⁵⁵ Sul tema cfr. S. NYHOLM, *Artificial Intelligence and Human Enhancement: Can AI Technologies Make Us More (Artificially) Intelligent?*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2023.

l'esigenza di ribadire che ogni trattamento di singoli dati riferiti alla persona "dev'essere considerato come se si riferisse al corpo nel suo insieme, ad una persona che deve essere rispettata nella sua integrità fisica e psichica"⁴⁵⁶, in una concezione integrale dell'essere umano. Un ruolo centrale, nella sfida aperta dalla tecnologia, è affidato alla protezione dei dati personali: la tutela dei dati sensibili è presupposto necessario per garantire il rispetto dell'uguaglianza e della dignità. La materia è regolata dal regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016⁴⁵⁷; nel nostro paese anche il Codice in materia di protezione dei dati personali è stato adeguato, con il decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, alle disposizioni del regolamento. Già nella Carta dei diritti fondamentali, all'art. 8⁴⁵⁸, è sancito il diritto alla protezione dei dati, collocato nella parte riguardante la libertà.

La problematica, che in questa sede può essere solo accennata, spinge alla ricerca di nuove categorie e strumenti per proteggere l'essere umano, e, in particolare, la dimensione corporea, nell'era digitale. A tale fine "i modelli rimediali di stampo privatistico (i "diritti dell'interessato" del GDPR e la responsabilità civile) si legano inescindibilmente a quelli pubblicistici": il fine è quello "di elevare la qualità e le garanzie dell'ecosistema informativo e non soltanto reagire a viola-

⁴⁵⁶ S. RODOTÀ, *Privacy, libertà, dignità*, cit.

⁴⁵⁷ Nella vasta dottrina, v. in particolare, F. PIZZETTI, *Il sistema normativo di protezione dei trattamenti di dati personali nel quadro europeo e nazionale*, in *Protezione dei dati personali in Italia tra GDPR e codice novellato*, Torino, 2021, 3 ss.; A.M. GAMBINO, *La circolazione dei dati personali, la configurabilità di un mercato e i diritti fondamentali*, in *Fornitura di servizi digitali e pagamento con la prestazione dei dati personali*, a cura di Ricciuto e Solinas, Padova, 2022, 45 ss.; A.M. GAMBINO-A. STAZI-D. MULA, *Manuale di Diritto dell'Informatica e della Comunicazione*, 2019, Torino, 80 ss.

⁴⁵⁸ L'articolo prevede, ai primi due commi, che ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge.

zioni già avvenute”⁴⁵⁹. L’innovazione digitale conduce, pertanto, a un “nuovo costituzionalismo, che porta in primo piano la materialità delle situazioni e dei bisogni, che individua nuove forme dei legami tra le persone e le proietta su una scala diversa da quelle che finora abbiamo conosciuto”⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ G. RESTA, *Ripensare la privacy per il mondo digitale. Intervista a Giorgio Resta*, 25 ottobre 2019, sul sito *Diritto Mercato Tecnologia*, alla pagina <https://www.dimt.it/>

⁴⁶⁰ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 7. Cfr, inoltre, D’ALOIA, *Ripensare il diritto nel tempo dell’intelligenza artificiale*, in A. PAJNO-F. DONATI-A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. I, 2022, 79 ss.

PARTE II

L'ATTUAZIONE DEI PRINCIPI A PROTEZIONE DEL CORPO NELLA NORMATIVA SUI TRAPIANTI DI ORGANO

CAPITOLO PRIMO

DEFINIZIONI E FONTI DELLA DISCIPLINA SUI TRAPIANTI DI ORGANO

SOMMARIO: 1. Aspetti definatori della chirurgia sostitutiva dei trapianti – 2. L’inerzia del legislatore e l’applicazione diretta dei principi costituzionali – 3. La storia della legislazione ordinaria sui trapianti di organo e l’istituzione del Centro Nazionale Trapianti – 4. L’applicazione delle categorie giuridiche della proprietà al corpo umano ed alle sue parti alla luce delle evoluzioni tecnologiche in materia di trapianti

1. Aspetti definatori della chirurgia sostitutiva dei trapianti

Nei capitoli che precedono è stata analizzata la tutela del corpo umano, a livello di norme costituzionali, di diritto internazionale e di diritto dell’Unione europea.

Alla luce di tali principi di riferimento, è ora necessario passare all’analisi delle discipline positive dei trapianti nell’ordinamento italiano.

Prima di ciò, va evidenziato che le possibilità di intervento della scienza medica e chirurgica in materia di trapianti hanno avuto e continuano tutt’oggi ad avere un rapido sviluppo. È terminata verso la fine degli anni Ottanta la fase sperimentale e, al giorno d’oggi, la terapia fondata sui trapianti d’organo ha un ruolo centrale nella medicina.

I trapianti sono “una cura ordinaria erogata dal Sistema Sanitario Nazionale”, inclusa nei livelli essenziali di assistenza⁴⁶¹ e “intorno alla

⁴⁶¹ Cfr. DPCM 29 novembre 2001, recante *Definizione dei livelli essenziali di assistenza*, in GU Serie Generale n.33 del 08-02-2002, Suppl. Ord. n. 26), aggiornato con il DPCM 12 gennaio 2017, recante *Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all’articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502*, in G.U. Serie Generale n.65 del 18-3-2017, Suppl. Ord. n. 15). Cfr. M. ATRIPALDI, *Diritto alla salute e livelli essenziali di assistenza (LEA), Federalismi.it, Osservatorio di diritto sanitario*, 15 novembre 2017.

quale si muovono équipe di professionisti di diverse discipline che concorrono insieme all'obiettivo ultimo che è la cura del paziente in attesa di trapianto⁴⁶². L'intervento è, infatti, in grado di dare una seria possibilità di guarigione a pazienti affetti da patologie che compromettono la funzionalità di alcuni organi e che in passato comportavano quasi inevitabilmente la morte del paziente: si parla a proposito di operazioni «salvavita».

I trapianti di organi sono molto diffusi in Italia: in poco più di 20 anni la Rete è passata da circa 900 trapianti all'anno ai 4.462 trapianti eseguiti nel 2023⁴⁶³; «dall'essere nazione di emigrazione sanitaria verso Paesi di riferimento, a diventare luogo di accoglienza per pazienti stranieri»⁴⁶⁴.

I dati dell'ultimo *Report* pubblicato dal Centro Nazionale Trapianti (CNT) indicano, inoltre, il costante miglioramento degli esiti degli interventi e l'aumento del numero delle donazioni di organi, che hanno superato nel 2023 quota duemila⁴⁶⁵.

Nonostante i risultati raggiunti dalla Rete Nazionale Trapianti, molti sono ancora i pazienti in attesa di ricevere un organo: al 31 luglio 2024 sono 8.016 le persone che attendono un trapianto⁴⁶⁶. I tempi di attesa per l'intervento rimangono, purtroppo, un fenomeno fisiologico, dovuto alla più alta richiesta di trapianto rispetto all'offerta di organi donati.

Prima di passare a verificare come i principi fissati in Costituzione, nel diritto internazionale e in quello sovranazionale trovano applicazione

⁴⁶² M. CARDILLO, *La Rete trapiantologica italiana a vent'anni dalla legge 91-99: come cambiare per affrontare il futuro*, in *Trapianti 2022*; 26 (1), 3.

⁴⁶³ CENTRO NAZIONALE TRAPIANTI, *Donazioni e trapianti 2023*, Report Preliminare, gennaio 2024, sul sito www.trapianti.salute.gov.it. Nel Report si segnala che nel 2023 sono stati realizzati 2.245 trapianti di rene (+10,4%), 1.696 di fegato (+14,7%), 186 di polmone (+33,8%), 40 di pancreas (+5,3%) ma soprattutto ben 370 trapianti di cuore rispetto ai 253 dell'anno scorso (+46,2%).

⁴⁶⁴ M. CARDILLO, *op. ult. cit.*

⁴⁶⁵ CENTRO NAZIONALE TRAPIANTI, *Donazioni e trapianti 2023*, *cit.*

⁴⁶⁶ Per l'aggiornamento costante dei dati si può consultare il Sistema informativo trapianti, alla pagina web https://trapianti.sanita.it/statistiche/liste_attesa_1.aspx

al settore, occorre precisare alcune definizioni specifiche, iniziando da quella di trapianto. Per esso si intende “l’operazione chirurgica con la quale si inserisce nell’organismo ospite un organo o un tessuto prelevato dal donatore”⁴⁶⁷. Si parla di autotrapianto, o di autoinnesto, quando il trasferimento riguarda tessuti “spostati” da una parte all’altra dello stesso organismo. In questo caso, dunque, il donatore è anche il soggetto ricevente. Si parla, invece, in senso tecnico di omotrapianto, o di innesto omoplastico (e generalmente di trapianto), quando il donatore di organo e il ricevente sono soggetti diversi, ma di una stessa specie. In questo caso si distingue a seconda che il prelievo avvenga da cadavere o *ex vivo*.

Si possono trapiantare organi (rene, cuore, fegato, polmone, pancreas, intestino), innestare tessuti (come cornea, pelle, tendini, valvole cardiache), ma anche cellule staminali (da midollo osseo, sangue periferico o sangue cordonale).

Con il trapianto di organi, attraverso l’intervento chirurgico, si sostituisce l’organo compromesso, spesso irrimediabilmente, con un organo sano, con conseguenze particolarmente significative, come meglio si vedrà nei capitoli successivi.

Mentre la medicina tradizionale, e in particolare la chirurgia demolitiva, tendeva per lo più a prolungare la vita del soggetto affetto da gravi patologie, cercando di attenuare la gravità della malattia - si pensi ai trattamenti demolitivi per i tumori - la chirurgia sostitutiva dei trapianti ha, invece, come finalità ultima quella di “ristabilire nell’organismo, irreversibilmente compromesso in un suo apparato, una condizione anatomico-funzionale normale”⁴⁶⁸.

Nella maggior parte dei casi l’intervento è effettuato in favore di pazienti in condizioni molto gravi: i trapianti costituiscono “la terapia della estrema disperata necessità”⁴⁶⁹. Quando la grave insufficienza d’organo – non trattabile con altri trattamenti medici - riguarda il cuore,

⁴⁶⁷ E. SGRECCIA, *Manuale di Bioetica*, cit., 825.

⁴⁶⁸ F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, cit., 1.

⁴⁶⁹ F. MANTOVANI, *loc. ult. cit.*, 2.

il fegato, i polmoni, l'intestino, il trapianto sarà la terapia "salvavita". Il trapianto di rene e di pancreas sono considerati, invece, terapie sostitutive (ma anche naturali), più efficaci della dialisi e della somministrazione di insulina. Nel caso, ad esempio, del rene il trapianto consente il ripristino delle funzioni renali, una maggiore tollerabilità rispetto alla dialisi, un miglioramento della qualità della vita e una maggiore sopravvivenza.

La peculiarità specifica della chirurgia applicata ai trapianti è l'ingresso nel rapporto medico-paziente di un altro soggetto, il donatore, il quale non riceve alcun beneficio o trattamento terapeutico dal trapianto stesso e che offre una parte del proprio corpo ad esclusivo vantaggio della salute altrui, pur restando titolare dei diritti analizzati nella prima parte di questo lavoro, a protezione del corpo. La presenza del donatore, necessaria per effettuare il trapianto, porta alla luce le più complesse problematiche di tali interventi e, in particolare, il conflitto che essi suscitano tra esigenze contrapposte: la tutela della vita, della salute e della dignità di quest'ultimo possono contrapporsi alla protezione dei medesimi beni del ricevente, come pure all'interesse al progresso scientifico e medico, protetto a livello costituzionale dall'art. 9 Cost., e alla conseguente introduzione di terapie sempre più avanzate, specifiche per la cura di serie patologie. E questo poiché il trapianto comporta, allo stato attuale, sempre l'altrui sacrificio.

Diverso è il caso della chirurgia sostitutiva con organi animali. È oggi sempre più attuale il tema dei così detti eterotrapianti: le operazioni di trapianto nelle quali i soggetti coinvolti sono distinti e appartenenti a specie differenti. A riguardo si distingue tra l'eterotrapianto in senso stretto, tra specie filogeneticamente simili - come nel caso di uomo e scimpanzé - e quello degli xenotrapianti, tra specie geneticamente molto differenziate, come ad esempio da maiale a uomo. I primi tentativi di trapianto con organi animali furono effettuati già negli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, ma oggi la ricerca ha raggiunto risultati importanti, come si vedrà nell'ultimo capitolo.

Gli xenotrapianti permettono il reperimento di un numero elevato di organi, tessuti e cellule da trapiantare, rappresentando una via per superare al problema della carenza di donatori, ma lasciano tutt'ora aperte numerose questioni non solo mediche, legate al successo del trapianto, ma anche giuridiche ed etiche, di non meno valore, che verranno anch'esse più avanti affrontate⁴⁷⁰.

Anche lo sviluppo della ingegneria genetica contribuisce alla produzione di organi attraverso la coltivazione di cellule staminali o al trapianto di geni⁴⁷¹.

La ricerca tenta, ad esempio, di utilizzare per il trapianto organi e tessuti artificiali. Negli ultimi anni i ricercatori si sono spinti nella possibilità di creare c.d. "organoidi", e cioè aggregati di cellule con una conformazione tridimensionale, che emulano gli organi o i tessuti umani in dimensioni ridotte, creati in laboratorio a partire da cellule staminali⁴⁷².

Fattori che hanno contribuito certamente allo sviluppo dei trapianti terapeutici sono stati, oltre ai progressi della medicina chirurgica, anche la scoperta di farmaci antirigetto e la crescita del numero dei reparti di terapia intensiva che hanno permesso, pure attraverso una diagnosi di morte tempestiva, il prelievo di organi prima del loro deterioramento e, così, favorito il successo degli interventi. Nonostante ciò, le problematiche più serie nella pratica del trapianto rimangono, ancora oggi, l'incompatibilità e il rigetto, ossia la reazione immunologica del corpo del ricevente che attacca il trapianto, la conservazione degli organi, il reperimento degli stessi, a causa della carenza di donatori e

⁴⁷⁰ V. *infra* Capitolo IV.

⁴⁷¹ Cfr. M. ARAMINI, *Introduzione alla Bioetica*, cit., 322.

⁴⁷² V. *infra* Capitolo IV. Sullo stato della ricerca v. T. TAKEBE, *Organoids: Today's research tool, tomorrow's organ transplant solution*, in *Science*, 2024; TEN DAM MJM, FREDERIX GWJ, TEN HAM RMT, VAN DER LAAN LJW, SCHNEEBERGER K. *TOWARD Transplantation of Liver Organoids: From Biology and Ethics to Cost-effective Therapy*. *Transplantation*. 2023 Aug 1; 107(8):1706-1717.

dell'opinione pubblica spesso ostile alla donazione, i timori e le questioni ancora legate al criterio dell'accertamento della morte.

Queste problematiche verranno in particolare analizzate nelle pagine che seguono.

Prima di passare a tale analisi va, da subito, messo in chiaro che non aiutano a favorire i trapianti i ritardi nell'intervento del Legislatore in materia e nell'applicazione delle normative. Si pensi, come si avrà modo di analizzare nei capitoli successivi, alla mancata attuazione, dopo più di 20 anni, del "silenzio-assenso" introdotto dagli art. 4 e 5 della l. n. 91 del 1999: ancora oggi per la manifestazione della volontà di donare vige il principio del "consenso o dissenso esplicito", previsto dall'art. 23 della legge come disposizione solamente transitoria.

2. L'inerzia del legislatore e i principi costituzionali della materia

La disciplina dei trapianti ha avuto e presenta tutt'ora grandi lacune. Si tratta di carenze dovute sicuramente ai ritardi legislativi in una materia così "incandescente ed in rapida evoluzione"⁴⁷³ e, in particolare, alla mancanza di una disciplina organica dell'intero settore⁴⁷⁴.

A sopperire nel tempo ai vuoti lasciati dal legislatore ordinario, in assenza di una disciplina generale dei trapianti, sono stati alcuni principi costituzionali, analizzati nel secondo capitolo della parte I di questo

⁴⁷³ Così già all'epoca, F. SANTOSUOSSO, voce *Trapianti*, in *Nss. Dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, 507. Nello stesso senso v. ora G. ARAMINI, *Introduzione*, cit., 323.

⁴⁷⁴ Nonostante i successivi interventi del legislatore in materia sono ancora valide le osservazioni di E. MOSCATI sulla mancanza di "una disciplina veramente organica dei trapianti". Secondo l'illustre Autore "questa frammentarietà è dovuta in misura non trascurabile al fatto stesso che il prelievo da cadavere ed il trapianto tra persone viventi sono stati regolati con separati provvedimenti ed in tempi relativamente diversi ... Di qui, una serie di lacune da un lato, una sovrapposizione di norme dall'altro, essendo in parte comuni i problemi", (E. MOSCATI, voce *Trapianto di organi*, in *Dizionari del diritto privato, Diritto civile*, I, a cura di N. Irti, Milano, 1980, 809).

lavoro. In particolare, in un ambito così delicato come quello della medicina salva-vita, baluardo a difesa dei soggetti interessati dall'attività trapiantistica, sono state, infatti, le norme della Costituzione.

Tra i principi costituzionali che hanno trovato applicazione diretta di fronte alla inerzia del legislatore si trovano, in particolare, da una parte la salvaguardia della vita, dell'integrità fisica e della salute individuale e il principio del consenso informato e, dall'altra, il dovere costituzionale di solidarietà sociale, la tutela dell'uguaglianza, della pari dignità sociale e della salute, come interesse della collettività, tematiche tutte esaminate – talora anche criticamente – nella Parte I di questo studio. Si ricorda, inoltre, il principio espresso dal secondo comma dell'art. 32 Cost., secondo il quale la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dalla protezione della persona umana in caso di trattamenti sanitari obbligatori.

In dettaglio, applicando questi principi ai trapianti tra persone viventi, se ne è desunta, come si vedrà nei capitoli che seguono, la necessaria salvaguardia della vita e della salute del donatore, con la conseguente illiceità dei prelievi che mettono a rischio la vita e la salute dello stesso, come ad esempio il trapianto di organi unici, come quello del cuore da vivente.

Per quanto riguarda i trapianti da cadavere, sempre il diritto alla vita e alla salute di ogni individuo rendono necessaria, come si chiarirà meglio più avanti in questo lavoro, la certezza circa l'intervenuta morte del donatore⁴⁷⁵. È, altresì, vietata in base ai principi costituzionali qualsiasi tipo di discriminazione in ordine alla certezza della morte, per quanto riguarda il trapianto *ex* cadavere, nonché ogni tipo di discriminazione nella scelta del candidato al trapianto. Il principio di uguaglianza vieta, poi, ogni tipo di discriminazione per quanto riguarda i prelievi da soggetti in difficoltà e “più esposti”, come da detenuti e da moribondi. Il principio della protezione della dignità proibisce anche ogni tipo di compravendita di parti del corpo.

⁴⁷⁵ F. MANTOVANI, *Donazione e trapianti: prospettiva penalistica*, cit., 1137

3. La storia della legislazione ordinaria sui trapianti di organo e l'istituzione del Centro Nazionale Trapianti

Come accennato, la gravità della mancanza di una normativa generale sui trapianti è accentuata dai continui progressi della ricerca in materia, che fanno ulteriormente sì che “il processo di regolamentazione giuridica di questa branca della medicina” sia fisiologicamente destinato a far “fatica a tenere il passo con gli sviluppi della scienza medica”⁴⁷⁶.

Già nel secondo dopoguerra venivano effettuati i primi trapianti di cornea e furono proprio i medici oftalmologi a richiedere una legge che regolasse e consentisse il prelievo.

Il legislatore regolò tale trapianto per la prima volta con la l. 3 aprile 1957, n. 235⁴⁷⁷, successivamente modificata e abrogata⁴⁷⁸, e oggi esso è disciplinato dalla l. 12 agosto 1993, n. 301⁴⁷⁹.

Alla prima normativa del 1957 seguirono molteplici interventi legislativi, anche se poco efficaci, spesso settoriali.

La materia ha visto, tuttavia, un progressivo passaggio “da una disciplina restrittiva che consentiva il prelievo in casi destinati a rimanere eccezionali per le limitazioni in essa contenute, ad una disciplina volta ad incrementare l'attività trapiantistica con opportune modifiche incidenti sui presupposti applicativi”⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶ M. ARAMINI, *Introduzione alla Bioetica*, cit., 323.

⁴⁷⁷ In precedenza, una proposta di legge di iniziativa dei Deputati De Maria e Capua, presentata nel febbraio 1951, dopo un lunghissimo iter parlamentare, non divenne legge per lo scioglimento delle Camere. Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, COMMISSIONE III, seduta del 14 dicembre 1955, 354, consultabile alla pagina web <https://legislature.camera.it>.

⁴⁷⁸ La legge fu modificata prima dalla l. 2 aprile 1968, n. 519 (in G.U. 06/05/1968, n.114); successivamente dal d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n. 133 (in S.O. n. 196/L relativo alla G.U. 21/08/2008, n. 195) che ne ha disposto (all'art. 24) l'abrogazione.

⁴⁷⁹ L. 12 agosto 1993, n. 301, recante *Norme in materia di prelievi ed innesti di cornea*, in GU n.192 del 17/08/1993.

⁴⁸⁰ E. PALMIERI, *La nuova legge sui trapianti d'organo: prime notazioni*, in *Studium Iuris*, 1999,1311

Il trapianto di rene da persona vivente è stato disciplinato per la prima volta con la l. 26 giugno 1967, n. 458⁴⁸¹, ancora in vigore, approvata dopo un lungo dibattito circa la legittimità dell'espianto di rene da soggetto vivente e in salute, con norme all'epoca "da più parti giudicate al limite della tollerabilità costituzionale"⁴⁸².

Come si legge negli atti dei lavori preparatori, in particolare nella seduta del 13 aprile 1967 della Commissione Igiene e Sanità pubblica della Camera dei Deputati, il disegno di legge giungeva all'esame della Commissione dopo già "un lungo periodo di appassionate e approfondite discussioni al Senato", dove era stato presentato dal Ministro della sanità Mariotti nel luglio 1965. Quest'ultimo "interpretando e vagliando, con alto senso di responsabilità e con umana comprensione, i progressi conseguiti da un vasto movimento scientifico e tecnico, particolarmente intenso in America, Inghilterra e Francia", "sotto la spinta di un operoso fervore di ricerche e di studi delle più qualificate scuole del nostro paese, ritenne che anche in Italia si dovesse eliminare gli ostacoli che si oppongono alla possibilità del trapianto di rene da vivente, proponendo a tal fine la deroga all'articolo 5 del codice civile" per venire incontro a "dolorose situazioni umane": "oltre 4 mila vite che si spengono ogni anno per uremia cronica irreversibile", che "colpisce prevalentemente individui giovani tra i 5 e i 55 anni, di cui circa la metà può considerarsi potenziale beneficiaria del trapianto renale"⁴⁸³.

⁴⁸¹ L. 26 giugno 1967, n. 458, recante *Trapianto del rene tra persone viventi*, in G.U. n. 160 del 27.06.1967. Il disegno di legge fu presentato in Senato dall'allora Ministro della Sanità Mariotti il 15 luglio 1965.

⁴⁸² M. BARNI, G. DELL'OSSO, G.A. NORELLI, *Aspetti medico-legali dei trapianti d'organo in ordine alla istocompatibilità*, in AA.VV., *Responsabilità e progresso medico*, a cura di G. Dell'Osso, Milano, 1984, 45. Dello stesso avviso F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, cit., 163, che parla di "limite di tollerabilità di una Costituzione coerentemente personalista".

⁴⁸³ Cfr. COMMISSIONE IGIENE E SANITÀ PUBBLICA, CAMERA DEI DEPUTATI, intervento del Relatore nella Discussione del disegno di legge *Trapianto del rene tra persone viventi (3694)*, nella seduta di giovedì 13 aprile 1967, 735, consultabile sul sito <https://legislature.camera.it/>

La tematica, come si legge ancora negli atti, certamente “suscita tutta una serie di gravi e avvincenti problemi di ordine giuridico, tecnico-scientifico, morale e sociale”⁴⁸⁴, e interessa “il problema della liceità morale e giuridica di privare un organismo sano di un organo altrettanto sano e pienamente efficiente”⁴⁸⁵.

Questo tipo di intervento compromette, infatti, chiaramente l’integrità fisica del donante e può essere ritenuto lecito, anche in deroga all’art. 5 c.c., nel limite costituzionale del rispetto della salute del donatore, come previsto dall’art. 32 Cost.

Il trapianto di rene è per lungo tempo “rimasto nella legislazione italiana un *unus casus*”⁴⁸⁶.

Il legislatore è intervenuto, poi, con la l. 16 dicembre 1999, n. 483⁴⁸⁷, che ha consentito il trapianto parziale di fegato tra viventi e, più di recente, con la l. 19 settembre 2012, n. 167⁴⁸⁸, sul trapianto parziale di polmone, pancreas e intestino, derogando, anche in questi due casi, al già ricordato art. 5 c.c., esaminato nel capitolo I della prima parte di questo lavoro. Le normative ora richiamate, tuttavia, riaffermano il principio del rispetto della vita e della salute del donatore, come si vedrà più avanti.

Un ruolo determinante, nell’evoluzione normativa, specie con riferimento ai trapianti da cadavere, ha avuto la l. 1° aprile 1999, n. 91⁴⁸⁹, che ha sostituito la precedente normativa, di stampo più pubblicistico, dettata dalla l. 2 dicembre 1975, n. 644: essa contiene una grande novità per tutto il settore dei trapianti, e cioè l’istituzione del Centro Nazio-

⁴⁸⁴ COMMISSIONE IGIENE E SANITÀ PUBBLICA, *cit.*, 735 s.

⁴⁸⁵ Cfr. COMMISSIONE IGIENE E SANITÀ PUBBLICA, *cit.*, 740.

⁴⁸⁶ F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato*, *cit.*, 162.

⁴⁸⁷ L. 16 dicembre 1999, n. 483, recante *Norme per consentire il trapianto parziale di fegato*, in GU n.297 del 20-12-1999.

⁴⁸⁸ L. 19 settembre 2012, n. 167, recante *Norme per consentire il trapianto parziale di polmone, pancreas e intestino tra persone viventi*, in GU n. 227 del 28-09-2012.

⁴⁸⁹ L. 1° aprile 1999, n. 91, recante *Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti*, in GU n.87 del 15-04-1999.

nale Trapianti (CNT), presso l'Istituto Superiore di Sanità, con compiti di indirizzo, coordinamento, regolazione, formazione e controllo dell'attività trapiantistica a livello nazionale, nonché di promozione e coordinamento dei rapporti con le istituzioni estere di settore, al fine di facilitare lo scambio di organi, secondo modalità previste dalla legge stessa.

Prima della legge del 1999 e della rete nazionale dei trapianti, il sistema era affidato a organismi regionali: “il primo Centro Regionale di Riferimento (CRR), responsabile dell'immunologia e dell'organizzazione del prelievo e del trapianto, venne infatti istituito nel 1974 dalla Regione Lombardia, mentre nel 1976 la Regione Veneto formalizzò la collaborazione con il CRR, iniziata due anni prima”⁴⁹⁰. Nacquero, inoltre, coordinamenti interregionali. Le organizzazioni avevano tutte lo scopo di rispondere ai bisogni dei pazienti in lista d'attesa di trapianto.

Con la legge del 1999 al CNT è affidato il compito del coordinamento della Rete Nazionale Trapianti secondo le linee di indirizzo e programmazione fornite dal Ministero della Salute, d'intesa con le Regioni e le Province Autonome. Tra le sue funzioni si segnala quella operativa di allocazione degli organi per i programmi di trapianto nazionali, per il programma urgenze e per il programma pediatrico, ma anche per quello di scambi di organi con Paesi esteri. Il CNT ha, inoltre, funzioni ispettive rispetto alle Banche dei tessuti, e cioè strutture sanitarie pubbliche, dislocate su tutto il territorio nazionale, che conservano, distribuiscono e certificano i tessuti destinati al trapianto.

Oltre al CNT, la legge n. 91 del 1999 ha previsto l'istituzione di Centri Regionali per i Trapianti (CRT). I CRT coordinano le attività di donazione, allocazione e trapianto sul territorio regionale; operano la selezione dei riceventi più idonei per gli organi disponibili; si occupano della

⁴⁹⁰ F. DOMINI, F. VESPASIANO, P. DI CIACCIO, L. LOMBARDINI, M. CARDILLO, *Trasparenza, efficacia ed efficienza della Rete Nazionale Trapianti dalla sua nascita ai giorni nostri: evoluzione di un modello organizzativo al servizio del paziente affetto da grave insufficienza di organo*, in *Boll. Epidemiol. Naz.*, 2023;4(3):27-34.

raccolta dei dati dei pazienti in lista di attesa e del controllo sui test immunologici; hanno il compito di coordinare il trasporto dei campioni biologici, delle équipes, degli organi e dei tessuti; curano infine i rapporti con le autorità sanitarie e le associazioni territoriali di volontariato.

È stata, inoltre, prevista la Consulta tecnica permanente per i trapianti, un organo che affianca il CNT, con funzioni consultive e d'indirizzo tecnico-operativo⁴⁹¹.

Fondamentale per la materia rimane poi la l. 29 dicembre 1993, n. 578⁴⁹², che disciplina l'accertamento e la certificazione della morte, requisito oggettivo indispensabile per procedere al prelievo *post mortem*.

La materia è inoltre regolata da alcuni decreti legislativi, in attuazione di direttive europee, come il d.lgs. 25 gennaio 2010, n. 16 e il d.lgs. 30 maggio 2012, n. 85; dagli Accordi della Conferenza permanente per i rapporti tra Stato e Regioni e da numerosi decreti ministeriali, tra i quali il Decreto del Ministro della Salute 16 aprile 2010, n. 116⁴⁹³, per lo svolgimento delle attività di trapianto di organi da donatore vivente.

Con il decreto 20 agosto 2019, n. 130⁴⁹⁴ del Ministro della Salute, *Regolamento recante disciplina degli obiettivi, delle funzioni e della struttura del Sistema informativo trapianti (SIT) e del Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, sono stati stabiliti gli obiettivi, le funzioni e la struttura del Sistema informativo trapianti (SIT), una in-

⁴⁹¹ Consulta ricostituita da ultimo con Decreto del Ministero della salute, *Ricostituzione della consulta tecnica permanente per i trapianti di cui all'art. 9, comma1, della legge 1° aprile 1999, n. 91, 30 giugno 2021*.

⁴⁹² L. 29 dicembre 1993, n. 578, recante *Norme per l'accertamento e la certificazione di morte*, in GU n.5 del 08-01-1994.

⁴⁹³ Decreto 16 aprile 2010, n. 116 *Regolamento per lo svolgimento delle attività di trapianto di organi da donatore vivente*, in GU Serie Generale n. 172 del 26-07-2010.

⁴⁹⁴ Decreto agosto 2019, n. 130, *Regolamento recante disciplina degli obiettivi, delle funzioni e della struttura del Sistema informativo trapianti (SIT) e del Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in GU n. 266 del 13-11-2019 - Suppl. Ordinario n. 42.

infrastruttura informatica per la gestione dei dati collegati all'attività della Rete Nazionale Trapianti, istituita ai sensi dell'art. 7, della l. n. 91.

Il SIT garantisce la trasparenza e la tracciabilità dei processi di donazione, prelievo e trapianto. Esso si occupa, inoltre, della tenuta delle liste delle persone in attesa di trapianto di organi, differenziate per tipologia di trapianto, come risultanti dai dati trasmessi dai CRT, e della gestione del Registro nazionale dei donatori di cellule riproduttive a scopi di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

Il SIT svolge importanti funzioni non solo legate ai trapianti ma anche per la fecondazione eterologa: al fine di rendere operativo il Registro nazionale dei donatori per la PMA di tipo eterologo, infatti, realizza le attività informatizzate necessarie a garantire la registrazione dei donatori, si occupa della tracciabilità del percorso delle cellule riproduttive dal donatore al nato, tiene il conteggio dei nati generati da un medesimo donatore, nonché la segnalazione di reazioni ed eventi avversi gravi⁴⁹⁵.

Occorre, infine ricordare che i trapianti rientrano tra le prestazioni erogate gratuitamente dal Servizio Sanitario Nazionale, al pari delle attività trasfusionali disciplinate dalla l. del 21 ottobre 2005, n. 219⁴⁹⁶.

Vale la pena ricordare che soltanto in tempi più recenti, con la l. 11 dicembre 2016, n. 236, recante *“Modifiche al codice penale e alla legge 1° aprile 1999, n. 91, in materia di traffico di organi destinati al trapianto, nonché alla legge 26 giugno 1967, n. 458, in materia di tra-*

⁴⁹⁵ È importante ricordare a tal proposito sia i principi che hanno in comune la disciplina sui trapianti con quella della fecondazione eterologa – e in particolare il principio di gratuità e il divieto di compravendita di parti del corpo umano – ma anche le profonde differenze tra le due materie e la necessità di cautele ulteriori per la PMA: “nel rapporto medico-paziente farà ingresso non solo il donatore, come in caso di trapianto, ma alla coppia e all'intervento medico si aggiungerà anche, e soprattutto, l'embrione umano”. Si consenta il rinvio al riguardo a F. PIERGENTILI, voce *Trapianto di organi (diritto costituzionale)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg. VIII, cit., 472.

⁴⁹⁶ L. 21 ottobre 2005, n. 219, recante *Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati*, in GU n. 251 del 27-10-2005.

pianto del rene tra persone viventi”, è stato introdotto nel codice penale il reato di traffico di organi⁴⁹⁷ prelevati da persona vivente⁴⁹⁸.

Il nuovo art. 601-bis punisce, pertanto, “chiunque, illecitamente, commercia, vende, acquista ovvero, in qualsiasi modo e a qualsiasi titolo, procura o tratta organi o parti di organi prelevati da persona vivente”.

La formulazione contenuta nell’articolo è piuttosto ampia e in grado, così, di ricomprendere sia le condotte a titolo oneroso che quelle a titolo gratuito, commesse da chiunque intervenga nel traffico degli organi o di parti di organi.

Se il fatto viene commesso da una persona che esercita una professione sanitaria, la condanna comporta anche la pena accessoria dell’interdizione perpetua dall’esercizio della professione.

Il secondo comma dell’art. 601-bis punisce, poi, chiunque organizza o propaganda viaggi ovvero pubblicizza o diffonde, con qualsiasi mezzo, anche per via informatica o telematica, annunci finalizzati al traffico di organi o parti di organi.

L’inserimento del nuovo reato all’interno dei “*Delitti contro la personalità individuale*” rende evidente come anche per il Legislatore il traffico illecito di organi da persona vivente sia direttamente lesivo della dignità della persona.

Le normative sopra richiamate saranno oggetto di specifica analisi nei successivi capitoli, divisi fra lo studio dei trapianti *post mortem* e di quelli *inter vivos*.

⁴⁹⁷ Sul tema del traffico di organi si è espresso più volte anche il Comitato Nazionale per la Bioetica, v., in particolare, CNB, *Compravendita di organi*, Mozione, 2004; CNB, *Traffico illegale di organi umani tra viventi*, Parere, 2015, 2013, sul sito www.bioetica.governo.it.

⁴⁹⁸ Sulla normativa cfr. A. VALLINI, *Nuove figure criminose in tema di traffico di organi prelevati da vivente*, in *D.P.P.*, 2017, 1014; V. TIGANO, *Prime osservazioni sulla legge 11 dicembre 2016, n. 236, e sui nuovi delitti di traffico di organi ex vivo introdotti dall’art. 601 bis c.p.*, in *Dir. pen. Cont.*, 2017, 209 ss.; ID., *La repressione del traffico di organi prelevati da vivente: verso il nuovo art. 601 bis c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1801 ss.; L. CARRARO, *Traffico di organi (voce)*, in *Dig. disc. pen.*, 2018, 889 ss.

4. L'applicazione delle categorie giuridiche della proprietà al corpo umano e alle sue parti alla luce delle evoluzioni tecnologiche in materia di trapianti

Prima di passare a tale analisi, occorre però ricordare che il corpo umano, come si è visto nella prima parte di questo studio, “si espande nel diritto per effetto del progresso tecnologico che ne muta la percezione”⁴⁹⁹: le parti dello stesso, infatti, possono oggi essere conservate – si ricorda a tal proposito quanto detto sulla dir. 2004/23/CE⁵⁰⁰ – possono essere etichettate per la tracciabilità – come visto nel caso della dir. 2006/86/CE⁵⁰¹ – possono essere, dunque, manipolate, scomposte, donate, come visto nel caso del recente regolamento 2024/1938. Emblematica a riguardo è proprio la normativa sui trapianti, la quale consente, come si vedrà, la donazione di alcuni organi e, dunque, la disponibilità di alcune parti del corpo per fini solidaristici.

Come già da tempo evidenziato quello dei trapianti è un settore nel quale i tradizionali strumenti, anche del diritto privato, “sono stati piegati al perseguimento di interessi di carattere più generale”⁵⁰². Proprio “la geografia variabile dei confini del corpo... che la tecnologia amplifica, impone di ripensare le categorie tradizionali”⁵⁰³. In particolare, è da esaminare come il modello proprietario possa essere applicato al corpo umano e alle sue parti, quale strumento a protezione della dimensione fisica dell'individuo. Il problema non è nuovo, basti pensare che già nella Compilazione giustiniana si escludeva il diritto di proprietà sul corpo: *dominus membrorum suorum nemo videtur*⁵⁰⁴.

Nella dottrina attuale vi sono posizioni estreme che considerano il corpo come oggetto di un diritto di tipo proprietario: per esse è possibi-

⁴⁹⁹ E. PALMERINI, *Le scelte sul corpo: i confini della libertà di decidere*, cit., 1.

⁵⁰⁰ V. *supra* Cap. IV, Parte prima.

⁵⁰¹ V. *supra* Cap. IV, Parte prima.

⁵⁰² E. MOSCATI, *Trapianto di organi*, cit., 817.

⁵⁰³ S. ROSSI, voce *Corpo umano (atto di disposizione sul)*, cit., 222.

⁵⁰⁴ D. 9, 2,13 pr. Sul problema v. P. FERRETTI, voce *Corpo*, cit., 602.

le disporre senza limiti, consentendo in tal modo anche la vendita di parti di esso e, una volta avvenuta la morte della persona, anche della totalità del corpo⁵⁰⁵. A questa stessa prospettiva si ricollegano le teorie di chi, sempre considerando il potere di disporre del proprio corpo pieno e il diritto sullo stesso esclusivo, ammette la possibilità di transazioni economiche sul corpo fino a consentire un vero e proprio mercato dello stesso; come nel caso degli organi da destinare al trapianto, con guadagni economici per i “donatori”⁵⁰⁶.

Queste posizioni sono chiaramente contrastanti, soprattutto, con l’irrinunciabilità dei diritti costituzionali che proteggono il corpo analizzati nella prima parte di questo lavoro, in virtù dei quali anche il legislatore, come si vedrà più avanti, ha stabilito il principio di gratuità in materia di donazione di organi a fine di trapianti. Esse confliggono anche con la necessaria tutela della dignità della persona, protetta a livello costituzionale, come evidenziato nel cap. II della prima parte di questo studio. In particolare, le dottrine sopra richiamate sono criticabili per l’aver ridotto il corpo umano nella sua totalità a cosa. È indispensabile, allora, per definire correttamente il problema, interrogarsi sulla possibilità di qualificare attualmente il corpo umano come *res*.

L’applicazione di categorie privatistiche al corpo umano, e nello specifico del paradigma proprietario, induce alcuni autori a considerare lo stesso come una cosa, oggetto di diritto dominicale⁵⁰⁷; dall’altra, invece, viene da diversa dottrina ribadita l’irriducibilità della persona, anche nella sua dimensione fisica, a *res*⁵⁰⁸. In tale prospettiva si sottrae, ad

⁵⁰⁵ Cfr. B. LEMENNICIER, *Le corps humain: propriété de l’Etat ou propriété de soi?*, in *Droits*, 1991, 118.

⁵⁰⁶ V. per esempio H. HANSMANN, *Un mercato di organi umani*, in AA.VV., *Una norma giuridica per la bioetica*, a cura di C.M. Mazzoni, Bologna, 1998, 177 ss.

⁵⁰⁷ Considera per esempio l’uomo “non solo persona ma altresì cosa” Carnelutti, v. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 127.

⁵⁰⁸ V. per esempio SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985, 51, che nega che il corpo possa formare oggetto di scambio; P. ZATTI, *Principi e “forme del governo del corpo”*, *cit.*, 121 s.; R. ROMBOLI, *Art. 5, cit.*, 229, per il quale “nella nostra Costituzione, come quasi unanimamente riconosciu-

esempio, al paradigma proprietario Zatti il quale, analizzando il corpo nella dimensione vissuta, propone di utilizzare per esso il criterio dell'appartenenza. Per l'autore non "esiste il diritto sul corpo", ma "una costellazione di diritti che incidono sulla questione del corpo", espressione dell'esercizio "di una signoria su noi stessi, non di un diritto su un oggetto riconosciuto nella entità corpo"⁵⁰⁹.

Non sono, peraltro, mancati tentativi finalizzati alla creazione di un *tertium genus*, intermedio tra quello di cosa e quello di persona, per valorizzare il corpo umano "senza per questo farlo rientrare nella categoria delle persone (perché in questo modo non si riuscirebbe a rendere conto della possibilità di utilizzare alcune delle sue parti)", né in quella della *res* "perché in questo caso non se ne eviterebbe l'alienabilità"⁵¹⁰.

Esaminando, innanzitutto, il corpo nella sua considerazione unitaria sembrerebbe da preferire la teoria che esclude la sua riduzione a *res*; secondo una ricostruzione che affonda le proprie radici già nel diritto romano. Quest'ultimo, come si è detto, considerava il corpo inseparabile dalla persona e senza proprietario.

La Corte costituzionale ha da tempo riconosciuto lo stretto legame tra l'essere umano e la sua dimensione fisica, tant'è che ha affermato che il corpo non "può essere considerato avulso dalla persona laddove tale inseparabilità non sussiste per i beni economici"⁵¹¹.

to, assume una posizione centrale la tutela e la realizzazione della persona umana, la quale viene sicuramente intesa come qualcosa di assolutamente unico e non separabile, composto di corpo e mente".

⁵⁰⁹ P. ZATTI, *loc. ult. cit.*

⁵¹⁰ M.M. MARZANO PARISOLI, *Il corpo tra diritto e diritti*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 1999, 549 s. L'Autore parte, però, dal presupposto che non sia possibile "assimilare completamente il corpo alla persona", altrimenti ciò "significherebbe assimilare anche le singole parti del corpo alla persona a meno di non arrivare a una contraddizione in base alla quale il corpo inteso come tutto coincide con la persona a differenza delle sue parti che sarebbero invece delle semplici cose e quindi degli oggetti di diritto" (p. 537).

⁵¹¹ Corte Cost., sent. 22 gennaio 1986, n. 18, in *Giur. Cost.*, 1986, I, 1, 121 con commento di A. PACE, *Davvero inammissibili le ispezioni giudiziali sulla persona dei lavoratori dipendenti?*, 122 ss.

Proprio per questi motivi, del corpo della persona vivente, nella sua interezza, non dovrebbe parlarsi in termini di potere di disposizione, quanto piuttosto di libertà e la sua tutela sarebbe prevista in Costituzione, là dove essa tutela diverse libertà di cui gode la persona⁵¹².

Stante “l’unità concettuale” dell’essere umano, infatti, non può essere consentito “di costituirne un doppio e contraddittorio ruolo nell’ordinamento”, come, cioè, soggetto e contemporaneamente oggetto di un rapporto giuridico⁵¹³: il diritto sul corpo, interamente considerato, è ricompreso allora nell’ambito più generale dell’incolumità personale.

Il potere di disposizione, dunque, non potrà mai riguardare il corpo “nella sua interezza o complessità, bensì unicamente parti di esso ancorché attaccate alle altre e suscettibili di una successiva separazione”⁵¹⁴.

Nel caso, invece, della libertà di disporre, e cioè “la libertà di decidere in ordine a comportamenti e ad attività incidenti sul corpo”⁵¹⁵, “trattandosi di un soggetto-persona fisica, si presuppone l’esistenza di un corpo”⁵¹⁶.

⁵¹² Cfr. in tal senso P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, cit., 259; G. GEMMA, *Sterilizzazione e diritti di libertà*, in *Riv. Trim.*, 1977, 247. V. inoltre P. D’ADDINO SERRAVALLE, voce *Corpo*, cit., 536, per la quale “il riconoscimento al singolo di una certa sfera di libertà di disporre del proprio corpo non ha più come fine precipuo la garanzia di un ambito di libera contrattazione delle utilità economiche riconducibili all’uso del corpo, ma si giustifica in relazione al principio fondamentale della promozione della personalità umana, cui è funzionale il riconoscimento dell’incoercibile libertà personale”. La libertà di disporre del proprio corpo sarebbe per l’Autrice, in particolare, “desumibile dal coordinamento delle norme degli artt. 2, 3, comma 2, 13 e 32 Cost.”

⁵¹³ P. F. GROSSI, *loc. ult. cit.* Si deve, al contrario, ricordare la posizione di chi considera il corpo umano come “un modo di essere della persona fisica” che non si identifica del tutto con l’uomo, “talché di corpo umano si può parlare anche quando l’uomo non è più, come il cadavere”. La differenza, in questa prospettiva, tra corpo e uomo “appare ancor più evidente quando si rifletta che si può parlare di porzioni del corpo umano, ma non già di porzioni dell’uomo”, così M. PESANTE, voce *Corpo umano (Atti di disposizione)*, cit., 655.

⁵¹⁴ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, cit., 125.

⁵¹⁵ R. ROMBOLI, *Art. 5*, cit., 229.

⁵¹⁶ D. MORANA, *loc. ult. cit.*, in nota.

È, d'altronde, indubbio come l'applicazione del modello proprietario al corpo umano, ma in particolare il discorso vale per le sue parti staccate o staccabili per finalità consentite dall'ordinamento, conservi ancora oggi dei vantaggi per la "tutela forte assicurata dai rimedi proprietari contro le interferenze dei terzi"⁵¹⁷, assicurando lo *ius excludendi alios*. Tuttavia, le categorie proprietarie non possono essere applicate *tout court* quando in gioco vi è il corpo umano⁵¹⁸: sarebbe necessaria una reinterpretazione per eliminare la facoltà piena di disposizione e il potere espropriativo dello Stato.

La protezione contro interferenze di terzi è, in ogni caso, ugualmente apprestata dalla categoria delle libertà costituzionali, esaminate in particolare nella prima parte di questo lavoro, che proteggono la dimensione fisica dell'uomo dalle aggressioni esterne⁵¹⁹.

Vanno, inoltre, richiamate le posizioni di chi in dottrina fa rientrare la protezione del corpo umano all'interno dei diritti della personalità: in quanto elemento costitutivo della persona, immanente alla stessa, il corpo sarebbe divenuto oggetto di diritti "in quanto attributo della persona ed espressione della sua personalità"⁵²⁰. In questa prospettiva rientrano tra i diritti della personalità, nella più ampia accezione "di diritti a carattere non patrimoniale e che mirano a difendere beni immanenti la persona"⁵²¹, non solo il diritto al nome, allo pseudonimo, all'immagine, il diritto d'autore, ma anche, come si vedrà nei capitoli successivi, in particolare in quello sulla normativa italiana relativa ai trapianti da vivente, "il diritto alla vita, all'integrità fisica, il diritto alla salute, la tutela dell'ambiente"⁵²².

⁵¹⁷ E. PALMERINI, *Le scelte sul corpo*, cit., 2.

⁵¹⁸ V. E. PALMERINI, *Le scelte sul corpo*, cit., 2 s.; G. RESTA, *Proprietà, corpo e commodification nel dibattito nordamericano*, cit., 800.

⁵¹⁹ Cfr. F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, cit., 85

⁵²⁰ S. ROSSI, voce *Corpo umano*, cit., 223. Cfr. A. DE CUPIS, voce *Corpo (atti di disposizione del)*, cit., 854 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 163.

⁵²¹ F. TOZZI, *La circolazione dei diritti della persona*, Torino, 2013, 13.

⁵²² Così, da ultimo, F. TOZZI, *La circolazione dei diritti della persona*, cit., 13 s. Cfr. al riguardo P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*,

Sarebbe, pertanto, possibile distinguere due macro-aree degli atti dispositivi dei diritti afferenti la persona: una relativa a interessi, come la salute, sovraordinati e, dunque, irrinunciabili e indisponibili, l'altra relativa a interessi anche disponibili e patrimonialmente valutabili⁵²³. È in questa seconda prospettiva che si segnalano i tentativi di ricostruire un rapporto di coesistenza tra persona e mercato⁵²⁴.

Al riguardo, tuttavia, una parte della dottrina costituzionalistica è critica verso la categoria dei diritti della personalità, chiamati anche "diritti personalissimi", in quanto considerata un contenitore di un "gruppo di rapporti di eterogenea natura... carenti di una autonoma ed apprezzabile consistenza unitaria"⁵²⁵, spesso sovrapponibili ai diritti di libertà.

Per quanto riguarda le parti staccate del corpo umano il discorso può impostarsi in termini differenti. Non sembra, infatti, "logico assimilarle *tout court* al corpo nella sua interezza, trascurando la conseguita attitudine

in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1035 ss.; S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979, 16.

⁵²³ Cfr. F. TOZZI, *op. ult. cit.*, 192 ss., il quale afferma la possibilità di sostenere una divisione tra diritti della personalità non patrimoniali e non disponibili e, altri, patrimonialmente valutabili e disponibili. La prima categoria potrebbe definirsi dei diritti della persona, la seconda dei diritti della personalità (p. 202 in nota). L'Autore ricorda, inoltre, come tale distinzione sia stata per la prima volta prospettata dalla legge sul diritto di autore, "archetipo del riconoscimento della personalità anche economica dell'individuo" (p. 195). Su tale legge, nella vasta dottrina v. P. AUTERI, *Diritto d'autore*, in AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2001, 483; L. CHIMIENTI, *Lineamenti del nuovo diritto di autore*, Milano, 2006; S. ERCOLANI, *Il diritto d'autore e i diritti connessi*, Torino, 2004; G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, 2001.

⁵²⁴ Nella vasta dottrina v. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità. Il problema dello sfruttamento economico degli attributi della persona in prospettiva comparatistica*, Napoli, 2005, 34 ss.

⁵²⁵ P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, cit., 258. Cfr. sul tema anche le riflessioni della dottrina civilistica e, in particolare, di F. SANTORO PASSARELLI, voce *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 753 ss. Sul tema v., inoltre, P. VERCELLONE, voce *Personalità (diritti della)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XII, Torino, 1984, 1087.

delle stesse a soddisfare esigenze e bisogni umani”⁵²⁶, anche se sono, comunque, da escludere, proprio in ragione di alcuni principi costituzionali esaminati nella prima parte del lavoro⁵²⁷, sfruttamenti lesivi della dignità dell’uomo e ricostruzioni che tolgano qualsiasi collegamento con il corpo.

La sempre maggiore possibilità di utilizzare cellule, organi, tessuti, infatti, “non solo dischiude possibilità terapeutiche ...ma apre anche enormi spazi al mercato” e “ingenti possibilità di profitto per industrie”⁵²⁸, in particolare quelle biotecnologiche e farmaceutiche: tali interessi non dovrebbero mai prevalere sul rispetto della dignità umana, come stabilito anche in materia di brevetti biotecnologici dalla dir. 98/44 già esaminata nel cap. IV della parte prima di questo lavoro.

Il tema assume, oggi, “un’importanza sociale ed economica maggiore rispetto al passato”⁵²⁹ proprio per il progresso tecnologico. Esso ha comportato l’allungamento di quello che è stato definito “l’elenco delle cose ricavabili dal corpo umano”⁵³⁰. Per le parti isolate del corpo umano, anche microscopiche, il paradigma proprietario appare, allora, ancora valido, anche se servono delle ulteriori precisazioni. Sembra, infatti, anche per esse necessaria una “reinterpretazione della categoria di proprietà”⁵³¹, al fine di escludere interessi economici sulle parti del corpo umano e di limitare, nel perseguimento di interessi generali, il potere espropriativo dello Stato⁵³². Per quanto riguarda la qualificazione delle parti del corpo, si potrebbe, in particolare, far riferimento

⁵²⁶ P. D’ADDINO SERRAVALLE, voce *Corpo (atti di disposizione del)*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, vol. III, Napoli, 2010, 553.

⁵²⁷ V. *supra*, par. 4, cap. II della Parte prima.

⁵²⁸ G. FERRANDO, *Il principio di gratuità, biotecnologie e «atti di disposizione del corpo»*, in *Eur. Dir. priv.*, 2002, 762.

⁵²⁹ F. CAGGIA, *Gli atti di disposizione del proprio corpo*, in AA.VV., *Diritto civile. Fonti, soggetti, famiglia. Le fonti e i soggetti*, I, diretto da N. Lipari, P. Rescigno, Milano, 2009, 558.

⁵³⁰ D. CARUSI, voce *Atti di disposizione del corpo*, *cit.*, 2.

⁵³¹ G. RESTA, *Proprietà, corpo e commodification nel dibattito nordamericano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 800.

⁵³² E. PALMERINI, *Le scelte sul corpo*, *cit.*, 3

alla teoria che si è sviluppata già intorno alla qualificazione giuridica del cadavere e che lo considera, come si vedrà nel capitolo sui trapianti da defunto⁵³³, un bene *extra commercium*⁵³⁴.

Le parti del corpo umano sono sì *extra mercato*⁵³⁵, essendo escluse dagli scambi commerciali e, dunque, dal profitto economico; ma questo non implica necessariamente “l'impossibilità” di farle “circolare mediante atti di autonomia privata”⁵³⁶: esse possono, nei limiti e secondo le modalità previste dal legislatore, circolare all'interno della collettività ed essere, dunque, oggetto di scambi giuridici, ma “l'atto iniziale che le immette nella circolazione giuridica” è sempre un dono e anche “le utilizzazioni successive sfuggono alla logica del profitto”⁵³⁷. Tale con-

⁵³³ V. *infra* par. 1, cap. II della Parte seconda di questo studio.

⁵³⁴ M. COMPORI, *Le cose, i beni, ed i diritti reali*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di Bessone, Torino, 2005, 331. Sul carattere incommerciabile di alcuni beni v. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 1998, 52, il quale ricorda come “la commerciabilità, cioè la destinazione allo scambio, non è un carattere naturale del bene, ma sempre e soltanto, un carattere giuridico”.

⁵³⁵ Sui *beni extra mercato* v. per tutti A. M. GAMBINO, *Beni extra mercato*, Milano, 2004, 6 ss. Sulla definizione di mercato e del suo stretto rapporto con il diritto v., nell'ampia letteratura, N. IRTI, *Diritto e mercato*, in AA.VV., *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., 37 ss. In particolare l'Autore definisce il mercato *locus artificialis*, in quanto la stessa *lex mercatoria* presuppone l'ordinamento statale e, dunque, gli istituti giuridici, tant'è che il mercato “non crea, ma postula la distinzione tra ‘mio’ e ‘tuo’”, e dunque che i beni siano attribuiti in proprietà privata, e non caduti in proprietà comune”, (p. 38). Sulla relazione tra persona umana, dignità e mercato v. N. LIPARI, *Persona e mercato*, cit., 43 ss.; N. OCCHIOCUPO, *Costituzione, persona umana, mercato concorrenziale*, in *20 anni di antitrust*, cit., 205 ss.; G. AMATO, *Il mercato nella costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 1; F. VARI, *Prime note sull'affermazione del principio di eguaglianza nei rapporti tra privati*, cit., 74.

⁵³⁶ E. PALMERINI, *Le scelte sul corpo*, cit., 8. Sul concetto di circolazione giuridica v. già F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, 1 ss., il quale la definisce “spostamento dei beni da uomo a uomo, operato per aumentarne le utilità”. Per una definizione più ristretta e non comprensiva degli atti di liberalità v. R. SACCO, voce *Circolazione giuridica*, in *Enc. del dir.*, vol. VII, Milano, 1960, 6.

⁵³⁷ E. PALMERINI, *loc. ult. cit.* Per quanto riguarda il rapporto tra circolazione, intesa in senso ampio, secondo la definizione riportata nella nota precedente di Carnelutti, e mercato si riporta quanto osservato da N. IRTI, *L'ordine giuridico del mer-*

clusione è l'unica coerente con i principi costituzionali analizzati nella prima parte di questo studio, e in particolare con il rispetto della dignità della persona umana⁵³⁸. Al riguardo, a conferma della estraneità del corpo umano alle logiche speculative del mercato, occorre ricordare come la tutela della dignità umana costituisca un limite stabilito all'iniziativa economica privata dall'art. 41, secondo comma, Cost. La protezione di tale limite è garantita anche dal legislatore italiano⁵³⁹ dalla normativa sovranazionale⁵⁴⁰ e internazionale⁵⁴¹.

In conclusione, il corpo (e la sua parte staccata) “come *res extra commercium*, irriducibile a merce” protegge il “principio costituzionale della pari dignità sociale”⁵⁴².

Sulla prevalenza della dignità umana, rispetto agli interessi economici, è opportuno ricordare anche quanto affermato dalla Corte costitu-

cato, Roma, *cit.*, 85, e cioè che “il mercato è sempre luogo di circolazione giuridica, poiché lo scambio si risolve appunto in duplice e reciproca traslazione; ma che non tutti i fenomeni di circolazione, e così gli atti di liberalità attributivi di diritti, sono fenomeni di mercato”.

⁵³⁸ Per quanto riguarda la dignità umana come clausola di chiusura, e quindi di lettura, dell'intero sistema costituzionale v. N. LIPARI, *Persona e mercato*, *cit.*, 45, il quale ammette che “salve le difficoltà di determinarne in concreto il *vulnus*, vi è un connotato individuante del soggetto nella sua integralità rispetto al quale ogni regola giuridica risulta impotente e di fronte al quale dunque si arresta ogni pretesa del mercato di far valere le proprie logiche”.

⁵³⁹ Cfr. art. 1 della l. 26 giugno 1967, n. 458 in materia di trapianto di rene, art. 12, c. 6, della l. 19 febbraio 2004, n. 40 che punisce la commercializzazione di gameti ed embrioni. V., inoltre, la mozione sulla compravendita di organi a fini di trapianto approvata dal Comitato Nazionale di Bioetica il 18 giugno 2004, disponibile all'indirizzo web presidenza.governo.it.

⁵⁴⁰ Cfr. l'art. 3, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; v. inoltre la Risoluzione del Parlamento europeo del 10 maggio 2005 sul commercio di ovociti umani, che “condanna qualsiasi traffico del corpo umano e di sue parti”.

⁵⁴¹ V. il Protocollo facoltativo alla Convenzione sui diritti del fanciullo, sulla vendita di bambini e la pornografia rappresentante bambini sottoscritto a New York il 25 maggio 2000, ratificato dall'Italia con l. 11 marzo 2002, n. 46; l'art. 21 della Convenzione di Oviedo, esaminata nel par. 3, cap. I della Parte seconda.

⁵⁴² F. PARENTE, *La fisicità della persona e i limiti alla disposizione del proprio corpo*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2012, 396 s.

zionale con la sent. n. 141 del 2019 in materia di favoreggiamento della prostituzione: la libertà di iniziativa economica è tutelata dalla Carta fondamentale ma “a condizione che non comprometta altri valori che la Costituzione considera preminenti”, tra i quali la dignità umana.

La Consulta nella stessa pronuncia ha chiarito, inoltre, che non si può far riferimento alla “dignità soggettiva”, “quale la concepisce il singolo imprenditore o il singolo lavoratore”: la dignità umana tutelata in Costituzione ha una dimensione oggettiva, che in un tema così delicato come quello della prostituzione, protegge la sfera più intima della corporeità. Il corpo, infatti, non può essere ridotto “a livello di merce a disposizione del cliente” per la dignità della persona che non viene meno e prevale anche rispetto all’autodeterminazione della donna.

La definizione di “bene”, sottratto alle logiche del profitto, applicato alle parti del corpo però, ha bisogno di un chiarimento. Da una parte, infatti, proprio per le nuove possibilità di intervento sulla sfera corporale della persona aperte dal progresso tecnico, le normative prendono in considerazione “il corpo umano parcellizzato ovvero le singole parti in quanto idonee a produrre nuove utilità”⁵⁴³, dall’altra sembra necessario “un adeguamento del concetto tradizionale di bene, in funzione della risoluzione dei problemi di distribuzione e circolazione delle nuove risorse, frutto dell’innovazione tecnologica”⁵⁴⁴. Il problema delle parti staccate del corpo umano, dunque, una volta fissato il divieto di profitto economico e, pertanto, garantito il loro carattere *extra mercato*, dovrà essere analizzato “alla luce della natura morfologica o funzionale della parte” stessa⁵⁴⁵.

Per concludere il punto, si osserva come i problemi affrontati in questo paragrafo rivestono un ruolo importantissimo all’interno del di-

⁵⁴³ P. D’ADDINO SERRAVALLE, *Corpo, cit.*, 540. Si pensi, per esempio, alle parti più microscopiche come cellule, DNA, ormoni e proteine.

⁵⁴⁴ P. D’ADDINO SERRAVALLE, *loc. ult. cit.*, 547. In particolare, si fa riferimento all’elemento corporeo isolato e “vivente” utilizzato in campo biomedico, che ha bisogno di particolari cautele (si pensi alle tecniche di conservazione).

⁵⁴⁵ F. PARENTE, *La fisicità della persona, cit.*, 401

battito pubblico contemporaneo: caduto, ad esempio, il divieto di procreazione assistita di tipo eterologo⁵⁴⁶, presente nella l. n. 40 del 2004, è fondamentale inquadrare il nuovo regime della donazione di gameti, non più considerato indisponibile. Come anche è indispensabile porre attenzione allo *status* giuridico dell’embrione umano soprattutto rispetto alle possibilità offerte oggi dalle tecniche di procreazione artificiale: come risulta dall’ultima Relazione del Ministro della salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge n. 40 gli embrioni che ogni anno sono “formati” e crioconservati, come anche quelli che “circolano” (in quanto importati da paesi terzi), considerati come merce, sono sempre più numerosi⁵⁴⁷.

Dimostrano la necessità di ripensare, in termini di protezione, le categorie giuridiche tradizionali (e la terminologia utilizzata) che vengono applicate al corpo umano e alla sua parte – che circola, è conservata, viene donata – anche le direttive europee di cui si è poc’anzi parlato, ed in particolare quella 2004/23/CE, sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l’approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umane, come emerge già considerando anche solo la terminologia utilizzata dal legislatore dell’Unione per riferirsi agli elementi del corpo umano (qualificati come “prodotti”)⁵⁴⁸. Come visto, inoltre, il re-

⁵⁴⁶ V. quanto detto su Corte cost., sent. 10 giugno 2014, n. 162 al par. 2, cap. II della Parte prima.

⁵⁴⁷ *Relazione del Ministro della Salute al Parlamento sullo stato di attuazione della legge contenente norme in materia di procreazione medicalmente assistita - Attività anno 2021 dei centri procreazione medicalmente assistita*, in www.salute.gov.it, 10 novembre 2023. Nel documento si legge “a seguito dell’applicazione delle tecniche di PMA di II-III livello sono stati formati 101.035 embrioni trasferibili, ne sono stati trasferiti 39.823 (39,4%) e ne sono stati crioconservati 61.212 corrispondenti al 60,6% dei formati e trasferibili totali”.

⁵⁴⁸ Cfr. l’art. 3 della dir. citata che circoscrive l’ambito definitorio della stessa e, per esempio, descrive lo «stoccaggio» come “il mantenimento del prodotto in condizioni adeguate e controllate fino alla sua distribuzione” (definendo, pertanto, “prodotto” il tessuto o la cellula umana utilizzata).

golamento Ue 2024/1938 considera l’embrione quale sostanza di origine umana.

Anche per i nuovi orizzonti di analisi aperti dallo sviluppo biotecnologico è da ribadire che la necessaria “tutela piena dell’integrità e della dignità della persona esige il rispetto incondizionato dell’individuo umano, che non può essere reputato un assemblaggio di «pezzi» suscettibili di cessione onerosa”⁵⁴⁹, ma neanche un mero “prodotto” da conservare né una “merce” libera di circolare al pari delle *res*, come invece la terminologia ora richiamata fa intendere.

⁵⁴⁹ F. PARENTE, *op. ult. cit.*, 401.

CAPITOLO SECONDO
I TRAPIANTI D'ORGANO *POST MORTEM*

SOMMARIO: 1. Il c.d. “diritto di disporre del proprio cadavere”: sistema privatistico e sistema pubblicistico a confronto – 2. I principi della legge n. 644 del 1975 e il regime “pubblicistico” del consenso – 3. La legge n. 91 del 1999: l’istituzione del Centro Nazionale Trapianti e il regime inattuato del silenzio-assenso informato – 4. La disciplina transitoria – 5. L’accertamento della morte: la morte cerebrale come requisito oggettivo al prelievo – 6. La questione della c.d. donazione controllata – 7. Donazione di organi dopo l’eutanasia o il suicidio assistito – 8. La questione circa l’utilizzo di tessuti embrionali e fetali: il caso del neonato anencefalico

1. Il c.d. “diritto di disporre del proprio cadavere”: sistema privatistico e sistema pubblicistico a confronto

Tracciato nel capitolo precedente il quadro normativo e concettuale di riferimento tra le tradizionali categorie giuridiche, si può passare a un’analisi più dettagliata della normativa sui trapianti da cadavere. Al riguardo va, anzitutto, ricordato che con la morte della persona non termina l’interesse e la protezione che l’ordinamento appresta alle vicende umane. Il cadavere, infatti, è anch’esso tutelato dal diritto, ovviamente non tanto in quanto individuo, ma come *res sui generis*⁵⁵⁰.

Per “cadavere” si intende infatti, nel campo del diritto, “il corpo umano ormai privo di vita, che costituisce una *res* incommerciabile, giacché la commerciabilità contrasterebbe con la natura del cadavere

⁵⁵⁰ Cfr. già A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1950, 167; M. PESANTE, voce *Cadavere (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, 764; R. ROMBOLI, *Atti di disposizione del proprio corpo, cit.*, 367

come residuo e impronta dell'essere vivente, e ne offenderebbe la dignità”⁵⁵¹.

La protezione della dignità della persona, che si può unire alla sua stessa esistenza, impone che il cadavere sia considerato una *res* poiché non è possibile concepire un *tertium genus* tra la persona e la cosa⁵⁵², ma *extra commercium* per proteggere la dignità, tutelata a livello costituzionale dall'art. 3 Cost. – analizzato, per ciò che qui interessa, nella prima parte del lavoro – che si “estende” anche dopo la morte e impedisce qualsiasi tipo di disposizione patrimoniale del corpo umano e delle sue spoglie⁵⁵³, tanto da parte del singolo, con riferimento al proprio corpo, quanto, dopo la morte, da parte degli eredi.

Nonostante, infatti, “il mutamento di sostanza e di funzione del corpo umano, esso resta pur sempre il residuo del corpo umano vivente: è la protezione ultraesistente della persona umana”⁵⁵⁴, la “impronta del vivente”⁵⁵⁵. Proprio per questa sua peculiarità il cadavere non è soggetto al regime comune delle *res*, ma è tutelato da una disciplina autonoma che tiene conto di tutte le situazioni e gli interessi legati al corpo della persona *post mortem*, così proteggendo in concreto la dignità dell'uomo di cui all'art. 3, primo comma, Cost., che costituisce oltretutto, ai sensi

⁵⁵¹ C. SGROI, *Dei delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti*, in AA.VV., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia e i delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti*, II, a cura di A. Balsamo-R. Cantone-M.G. Rosa-C. Sgroi, Milano, 2010, 594. Cfr. A. DE CUPIS, voce *Cadavere (diritto sul)*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, 658

⁵⁵² Cfr. L. EUSEBI, *Beni penalmente rilevanti e trapianti d'organo*, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, 999. Per l'Autore il nostro ordinamento tutela le spoglie umane non tanto come entità biologiche, quanto come oggetto del culto e della *pietas* nei confronti dei defunti.

⁵⁵³ Cfr. M. PESANTE, voce *Cadavere (dir. civ.)*, *cit.*, 769, per il quale “il corpo umano diviene con la morte una cosa, la quale è da classificare tra le cose *extra commercium*, ossia tra le cose inidonee a formare oggetto di diritti privati patrimoniali. Ciò perché la commerciabilità lederebbe la dignità umana e sarebbe in contrasto con l'essenza del cadavere, quale residuo e impronta del vivente”.

⁵⁵⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale*, I, *cit.*, 43.

⁵⁵⁵ M. PESANTE, *loc. ult. cit.*

dell'art. 41, secondo comma, Cost., un limite alla libertà di iniziativa economica.

L'incommerciabilità del cadavere è, d'altra parte, un principio antichissimo: già nel diritto romano il cadavere, e le sue parti, non erano considerati "suscettibili di commercio"⁵⁵⁶.

Esiste, dunque, un interesse di ogni individuo vivente all'inviolabilità del proprio cadavere dopo la morte, proprio per lo strettissimo rapporto tra la persona e il corpo, chiarito nel precedente capitolo. Occorre, poi, considerare l'interesse dei familiari a veder rispettato il cadavere di un proprio congiunto, per il sentimento che lega i vivi ai defunti anche dopo la morte e fa del corpo oggetto della loro pietà.

Alla base di questa inviolabilità del corpo del defunto vi è, senza dubbio, la garanzia dei principi costituzionali analizzati nella prima parte di questo lavoro.

Oltre al già ricordato primo comma dell'art. 3 Cost., una parte della dottrina afferma, anche in una prospettiva *de iure codendo*, che "la classe dei delitti contro la *pietas* per i defunti dovrebbe trovare il suo più specifico referente nel principio personalistico che impronta la Costituzione", e, dunque, nell'art. 2 Cost., interpretato pertanto come norma a fattispecie aperta⁵⁵⁷, così da inserire tali delitti in una categoria specifica "di figure di illecito contro la dignità della persona umana"⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ Al riguardo, v. A. BURDESE, voce *Cadavere (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, 763 s. L'autore chiarisce che "solo gli imperatori cristiani sentono l'opportunità di affermare tale principio, per reprimere il malvezzo del commercio delle reliquie dei martiri (*Cod. Theod.* 9, 17, 7; C. 1, 2, 3)". Il cadavere era inoltre tutelato giacché "l'offesa arrecata al cadavere legittima gli eredi all'esperimento dell'*actio iniuriarum* contro l'offensore (*Ulp. Dig.* 47, 10, 1, 4 e 6), e tale è considerato anche il proprietario che, senza preventivo permesso, espella dal suo fondo il cadavere da altri ivi collocato (*Ulp. Dig.* 11, 7, 8 pr.). A sepoltura avvenuta, il rispetto del cadavere è assicurato dalle norme repressive della violazione di sepolcro".

⁵⁵⁷ Su tale problematica v. supra, par. 2, Cap. II della Parte prima di questo lavoro.

⁵⁵⁸ C. SGROI, *Dei delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti*, cit., 580. V. inoltre A. ROSSI VANNINI, voce, *Pietà dei defunti (delitti contro)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, 570 s. In dottrina la *pietas* è intesa come sentimento spontaneo di rispetto per i defunti da parte degli uomini: cfr. sul punto,

Vi sono poi interessi pubblici ulteriori, di carattere più pratico, legati al cadavere, ed in particolare, esigenze di natura igienico-sanitaria. In particolare, si fa riferimento alla necessità di preservare la salute pubblica, interesse della collettività costituzionalmente garantito, nei termini chiariti nella prima parte di questo lavoro⁵⁵⁹, dall'art. 32 Cost., primo comma.

Anche a livello penale il nostro ordinamento tutela l'integrità e l'intangibilità del cadavere vietando, all'art. 413 c.p., l'uso illegittimo dello stesso. Tale tutela prevede, tuttavia, alcune deroghe. Il generale principio di inviolabilità del cadavere subisce infatti, in questo articolarsi di interessi, a volte in contrasto, delle eccezioni, tant'è che una parte della dottrina parla addirittura di un diritto di disporre del proprio cadavere, da ricomprendere tra i diritti della personalità⁵⁶⁰. Hanno favorito questa (limitata) disponibilità del cadavere sia interessi di natura legale e di ordine pubblico – si pensi al caso dell'autopsia medico-legale, disposta dal giudice in caso di sospetto di reato⁵⁶¹ – sia interessi di natura igienico-sanitaria – in caso di morte per sospetto di malattia infettiva⁵⁶² –, sia interessi clinici – è il caso dell'autopsia clinica per il controllo della correttezza della diagnosi⁵⁶³ – ma anche fini esclusivamente didattici e di ricerca⁵⁶⁴, come nel caso delle attività svolte sul cadavere nel corso degli studi in campo medico.

F. CHIAROTTI, voce *Defunti (delitti contro la piet  dei)*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, Milano, 1962, 896.

⁵⁵⁹ V. par. 6, Cap. II, Parte prima.

⁵⁶⁰ Ha affermato tale diritto in numerose sentenze la Corte di Cassazione: cfr. sez. I civ., sent. del 27 marzo 1958, n. 1033, la quale afferma che “il diritto di disporre del proprio cadavere, e di scelta della sepoltura non pu  considerarsi di carattere patrimoniale ma rientra, invece tra i diritti sulla personalit ”. Su tale diritto v. inoltre, F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, cit., 465 ss.

⁵⁶¹ Cfr. art. 116 norme attuazione c.p.p.; art. 63 del d.P.R. n. 1124 del 1965; art. 45 del d.P.R. 285/1990.

⁵⁶² Cfr. art. 1, l. n. 83 del 1961.

⁵⁶³ Art. 37 d.P.R. 285/1990, Regolamento di polizia mortuaria.

⁵⁶⁴ Art. 32 R.D. n. 1592 del 1933.

A tal proposito, la recente l. 10 febbraio 2020, n. 10⁵⁶⁵, recante “*Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica*”, prevede la possibilità di redigere una dichiarazione - redatta nelle forme previste dalla legge n. 219 del 2017 per le DAT - di consenso alla donazione *post mortem* del proprio corpo o dei tessuti per fini di ricerca scientifica e di formazione. Nella dichiarazione deve essere obbligatoriamente indicato un fiduciario a cui spetta l’onere di comunicare la volontà del defunto al medico che accerta il decesso.

L’art. 1, comma 3, della legge n. 10 del 2010 specifica che “l’utilizzo del corpo umano o dei tessuti *post mortem* è informato ai principi di solidarietà e proporzionalità, secondo modalità tali da assicurare il rispetto del corpo umano”.

La normativa prevede che i corpi donati vengano comunque restituiti alla famiglia in condizioni dignitose entro un anno (art. 6) e ribadisce il principio della gratuità: l’utilizzo del corpo umano, di parti di esso, o dei tessuti *post mortem* “non può avere fini di lucro” (art. 7).

La disciplina non sembra, tuttavia, circoscrivere la donazione del corpo dopo la morte alle finalità di ricerca medica – con il rischio di far ricadere nell’ambito di applicazione della normativa anche la ricerca scientifica con finalità industriale o militare – ; presenta, inoltre, lacune per quanto riguarda alcuni aspetti della gestione del materiale biologico: per esempio è omesso il tema della conservazione in biobanche⁵⁶⁶.

⁵⁶⁵ L. 10 febbraio 2020, n. 10, recante *Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica*, in GU n. 55 del 04-03-2020. Sulla l. v. F. Di Lella, *Sulle destinazioni post mortem del corpo e dei tessuti umani. Itinerari e nuove prospettive della legge n. 10 del 2020*, in *NGCC*, 2, 2021, 475 ss. Sul tema si era espresso il Comitato Nazionale per la Bioetica, v. CNB, *Donazione del corpo post mortem a fini di studio e di ricerca*, Parere, 19 aprile 2013, consultabile sul sito www.bioetica.governo.it.

⁵⁶⁶ Cfr. l’audizione di L. EUSEBI, nella XVII Legislatura, nell’ambito dell’esame del DDL n. 1534 *Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem a fini di studio e di ricerca scientifica*, in Commissione igiene e sanità del Senato, seduta del 14 gennaio 2015 il quale osserva che il DDL, che era già

Un regolamento⁵⁶⁷ ha specificato alcune cause in cui non può essere utilizzato il cadavere⁵⁶⁸ ed escluso dall'ambito di applicazione della nuova disciplina "le attività di prelievo e trapianto degli organi e dei tessuti di cui alla legge 1° aprile 1999, n. 91, che sono garantite nel rispetto delle condizioni stabilite con priorità temporale rispetto a quelle discendenti dall'atto di disposizione di cui alla legge n. 10 del 2020" (art. 1, comma 2).

Il generale diritto di disporre del proprio cadavere si sostanzia, allora, nel potere di decidere in vita come destinare il proprio corpo, sia per quanto riguarda aspetti ordinari, immediatamente successivi al decesso – e dunque scelte legate al funerale o all'inumazione o alla cremazione – ma anche per aspetti più particolari, come la decisione di consentire attività scientifico-didattiche sul proprio corpo dopo la morte o di donare organi per il trapianto.

Resta fermo che questa disponibilità del cadavere non può violare, in quanto proiezione della persona umana dopo la morte, la dignità della persona protetta dall'art. 3, primo comma, Cost.

approvato dalla Camera, "non è riferito esclusivamente a donazioni del cadavere per fini didattici di dissezione anatomica, ma concerne altresì la donazione *post mortem* del corpo stesso, o di tessuti, per *qualsiasi* fine di studio o di ricerca scientifica (e in tal modo, *a fortiori*, il possibile inserimento di materiali biologici provenienti dal cadavere in una banca biologica, o *biobanca*). Materie, queste, fra loro *del tutto diverse*". Inoltre, si evidenziava, sul piano dell'ambito dello studio e della ricerca cui finalizzare le donazioni, la necessità di specificare l'ambito medico: studio e ricerca "possono riguardare, infatti, una gamma vastissima di finalità: anche scopi industriali non afferenti al settore sanitario, scopi di carattere militare, e così via". L'audizione è reperibile sul sito www.senato.it.

⁵⁶⁷ Decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2023, n. 47, *Regolamento recante norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti post mortem a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica*, in GU n.99 del 28 aprile 2023.

⁵⁶⁸ L'art. 3, ferma restando l'applicazione delle norme previste per i casi di morte violenta o quando vi è il sospetto che la morte sia dovuta a reato, esclude l'utilizzo ai fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica dei corpi: di pazienti con patologie infettive (tra le quali HIV, HBV, HCV, tubercolosi, sifilide); pazienti sottoposti a trattamenti recenti con radionuclidi; cadaveri sottoposti a riscontro diagnostico o autopsia giudiziaria; corpi con gravi mutilazioni ed estese ferite aperte di natura traumatica; casi di suicidio; soggetti deceduti all'estero.

La modalità del prelievo e di ogni altra attività su di esso, oltretutto, devono essere effettuate in modo tale da rispettare la dignità e il sentimento di pietà per i defunti⁵⁶⁹: qualsiasi tipo di manipolazione idonea ad offendere tali beni è punita dall'art. 410 c.p., che prevede il reato di vilipendio di cadavere. Le norme penali difendono, inoltre, le spoglie del defunto dalla distruzione, soppressione o sottrazione, ex art. 411 c.p., e dall'occultamento, ex art. 412 c.p.

In conclusione, anche la possibilità del singolo di disporre da parte del suo cadavere è, comunque, limitata: “le norme dettate per ragioni di pubblica igiene e quelle dirette ad accertare l'avvenuto decesso sono inderogabili dalla volontà privata”⁵⁷⁰.

Anche la legislazione sui trapianti di organo, in qualche modo, pone dei vincoli alla disponibilità del proprio cadavere, a tutela della dignità umana, tant'è che, per esempio, alcuni organi, nello specifico gonadi e cervello, restano, comunque, esclusi dalle possibilità di prelievo.

In linea generale, sotto il profilo teorico, a seconda dell'interesse che l'ordinamento riconosce e tutela come preminente, in materia di cadavere, vi possono essere normative di stampo più privatistico, che basano la disciplina sul diritto del singolo di disporre delle sue spoglie, e sistemi, invece, con una disciplina più pubblicistica, che valorizza l'interesse della collettività, fino ad arrivare ad una sorta di nazionalizzazione del cadavere.

Tale differenza ha conseguenze enormi nel campo della donazione di organi a fini di trapianto.

Fino a che punto, infatti, è consentito spingersi alla luce dell'ordinamento costituzionale italiano nel favorire la donazione *post mortem*, per reperire organi nell'interesse collettivo alla salute? Può essere imposto il dovere di solidarietà sociale? È legittimo, cioè, un sistema pubblicistico di disciplina che consideri come presunto il consenso alla donazione? È il modello sotteso, per esempio, alla nota Racco-

⁵⁶⁹ Cfr. A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., 185.

⁵⁷⁰ M. PESANTE, *loc. ult. cit.*

mandazione 78/29 approvata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel 1978, che invita gli Stati ad avvalersi del criterio del consenso presunto, in tutti quei casi in cui non ci sia un'esplicita volontà contraria - prassi già operante nella maggior parte degli Stati membri del Consiglio - al fine di aumentare i donatori da cadavere⁵⁷¹.

In un sistema basato sulla presunzione circa la volontà di donare, il cadavere è considerato come una *res communitatis*⁵⁷². Ma entro quali limiti gli interessi della collettività e la salute del malato possono comprimere, nell'ordinamento italiano, il diritto di disporre del proprio cadavere?

Al riguardo non può non rilevarsi come "l'idea del consenso presunto è ambigua"⁵⁷³.

Invero, secondo una parte della dottrina il dovere di solidarietà previsto dall'art. 2 Cost. sarebbe in grado di prevalere sul consenso previsto per la donazione⁵⁷⁴, la cui tutela si può fondare, come si è visto nella prima parte di questo lavoro, sugli artt. 13 e 32, secondo comma, Cost.

Contro queste osservazioni va, però, ricordato quanto già sottolineava nel cap. II della parte prima di questo studio: proprio sull'art. 2 Cost., sempre interpretato come norma a fattispecie aperta, è possibile fondare la tutela del cadavere come diritto inviolabile della persona, da applicar

⁵⁷¹ Cfr. M. ARAMINI, *op. ult. cit.*, 339, il quale afferma che in questo caso "l'interesse della comunità prevale su quello del cadavere del singolo individuo. Abbiamo qui chiaramente affermata la posizione per cui il cadavere è *res societatis*."

⁵⁷² Cfr. E. SGRECCIA, *Manuale di Bioetica*, cit., 840.

⁵⁷³ G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 65.

⁵⁷⁴ Cfr. l'intervento di G. BISCONTINI, in AA.VV., *La morte e il diritto: il problema dei trapianti d'organo*, a cura di G. Biscontini, Napoli, 1994, 154 s., secondo il quale "il problema dei trapianti d'organo pare possa essere risolto correttamente soltanto in una logica solidaristica, in cui il corpo realizza un interesse individuale fintanto che la persona è viva". Per l'Autore "si potrebbe affermare che il corpo non è *res nullius*, ma *res communis omnium*. In questa prospettiva, superata una logica proprietaria ... il consenso (*rectius*: la presenza di un mancato dissenso all'espianto) ... non sarebbe imprescindibile in considerazione dell'alta finalità sociale sottesa all'utilizzazione della parte distaccata". Il consenso all'espianto non sarebbe, dunque, necessario in quanto la donazione degli organi "è atto che, ex art. 2 cost.", si pone "come adempimento del dovere inderogabile di solidarietà sociale" (p. 155).

anche alla luce del diritto di disporre delle proprie spoglie come “una delle estrinsecazioni del diritto di difendere la propria personale dignità anche in morte”⁵⁷⁵. A questo argomento, già di per sé sufficiente a respingere le tesi sopra richiamate, occorre aggiungere le considerazioni svolte sempre nella prima parte di questo lavoro sull’impossibilità, invece, di considerare i doveri richiamati nell’art. 2 Cost. come una clausola aperta⁵⁷⁶.

È, peraltro, da chiedersi se la “nazionalizzazione” del cadavere non potrebbe essere legittimata dall’art. 42, secondo comma, Cost.: vi sono, infatti, teorie che, partendo dalla qualificazione del cadavere come cosa, ritengono possibile imporre su di esso vincoli per la sua funzione sociale⁵⁷⁷. Quest’ultima “esplicherebbe efficacia anche nei confronti del cadavere (qualora questo fosse oggetto di un diritto reale)”⁵⁷⁸, dal momento che rientrerebbe in essa “certamente la tutela della salute” dei soggetti bisognosi di un organo. Tra il diritto a disporre del proprio cadavere e la tutela della salute di una persona vivente, sarebbe questa a prevalere, consentendo una sorta di espropriazione delle spoglie del defunto per destinarle al trapianto. Tale ipotesi ricorda quanto proposto già nel 1938 da Carnelutti per quanto riguarda le “trasfusioni per espropriazione” di sangue⁵⁷⁹. Questa teoria desta, tuttavia, alcune perplessità: da una parte, infatti, si ricorda quanto detto sulla dignità umana che si protrae anche oltre la morte e che tutela il corpo del defunto; dall’altra sembra in generale ostare alla teoria della nazionalizzazione la qualifi-

⁵⁷⁵ F. MASTROPAOLO, *Profilo civilistico*, in *La morte e il diritto*, cit., 38.

⁵⁷⁶ V. *supra*, par. 2, cap. II, Parte prima.

⁵⁷⁷ Sulla funzione sociale della proprietà nella poderosa dottrina v. F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Proprietà*, in *Enciclopedia del Novecento*, Vol. V, Roma, 1980, 656 ss.; R. NANIA, *Le libertà economiche; impresa e proprietà*, AA. VV., *I diritti costituzionali*, vol. I, cit., 280 ss.

⁵⁷⁸ G. GEMMA, *Questioni in tema di trapianti*, cit., 1049.

⁵⁷⁹ F. CARNELUTTI, *Problema giuridico della trasfusione del sangue*, in *Foro it.*, 1938, IV, 93.

cazione stessa del cadavere come *res sui generis*⁵⁸⁰, per la quale non sarebbe possibile assoggettare il corpo del defunto “alla comune disciplina delle cose, né di diritto civile (proprietà, occupazione, ... commerciabilità) né di diritto penale”⁵⁸¹. Si è già visto nel capitolo precedente come il modello proprietario applicato al corpo ha sempre bisogno di una reinterpretazione, che ne assicuri lo *ius excludendi alios* eliminando, invece, la facoltà piena di disposizione e il potere espropriativo dello Stato. Dunque, le categorie proprietarie non possono essere applicate *tout court* quando in gioco vi è il corpo umano⁵⁸². A riprova di quanto affermato si osserva come nel caso di espropriazione del cadavere per pubblica utilità mancherebbe il *dominus* sul quale effettuare tale intervento: l'uomo, anche dopo il decesso, continua a essere sottratto dalle categorie dell'avere, secondo quanto già visto in precedenza sul corpo. Così, nella stessa linea di ragionamento, non potrebbe essere elargito neanche l'indennizzo in caso di espropriazione, previsto dall'art. 42 Cost., visto il carattere extra-commerciale del cadavere stesso.

Ma ancora più forte sembra essere l'argomento a tutela della volontà del defunto espressa in vita: non sarebbe, infatti, pensabile che “il legislatore, senza contravvenire a un principio fondamentale dell'ordinamento possa totalmente prescindere dalla volontà espressa in vita del defunto”⁵⁸³. Anche se la morte, infatti, segna un cambiamento di tutela, dalla protezione piena dell'uomo a quella riflessa del cadavere, “non per questo viene meno la validità ed efficacia degli atti *mortis causa*, la cui attuazione anzi presuppone la fine della vita”⁵⁸⁴. E tali conclusioni dovreb-

⁵⁸⁰ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, 43, per il quale il cadavere è *res sui generis* e “conserva una connaturata dignità umana, che lo rende incomparabilmente diverso da tutte le altre cose”.

⁵⁸¹ F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 44.

⁵⁸² V. E. PALMERINI, *Le scelte sul corpo, cit.*, 2 s.; G. RESTA, *Proprietà, corpo e commodification nel dibattito nordamericano, cit.*, 800.

⁵⁸³ A. LA TORRE, *Ego e alter nel trapianto di organi*, in *Giust. civ.*, 2011, 7.

⁵⁸⁴ Così A. LA TORRE, *loc. ult. cit.*, il quale sottolinea che “con riguardo alla volontà del *de cuius* di consentire il prelievo di organi dal suo cadavere, la discrezionalità che rimane al legislatore – e non è poca – sta nel modo d'intendere questo con-

bero valere sia per gli atti aventi ad oggetto la destinazione dei beni⁵⁸⁵, sia per gli atti sulla sorte della propria salma. Sembrerebbe, dunque, da escludere che nel vigente ordinamento costituzionale, il legislatore possa, introdurre una disciplina che faccia prevalere l'uso del cadavere sulla volontà delle persone. Al contrario rimane alla sua discrezionalità la scelta circa la modalità con la quale si può manifestare in vita il consenso alla donazione di organi per dopo la morte⁵⁸⁶. Al riguardo è stato affermato che il problema circa il consenso alla donazione da cadavere “più che di legittimità costituzionale”, dovrebbe essere di “opportunità politica, affidato al legislatore ordinario, anche se il principio privatistico è il più conforme alla logica di un ordinamento personalistico e alla nostra realtà culturale”⁵⁸⁷.

2. I principi della legge n. 644 del 1975 e il regime “pubblicistico” del consenso

Un ruolo importante, nel graduale passaggio da una normativa più restrittiva in tema di trapianti da defunto, a una disciplina di favore e promozione è stato svolto, come si è accennato, dalla l. 2 dicembre 1975, n. 644⁵⁸⁸, che ha disciplinato i prelievi di parti di cadavere a sco-

senso. Più precisamente: *a*) se occorre una esplicita dichiarazione di volontà donativa da parte del soggetto che dispone dei suoi organi *post mortem*; *b*) se, al contrario, basta che egli non abbia espressamente negato in vita la disponibilità al prelievo; *c*) se, in particolare, tale disponibilità sia desumibile dal silenzio” del soggetto interpellato in vita.

⁵⁸⁵ Anche il testamento nel contenuto non patrimoniale (art. 587, comma 2, c.c.), può comprendere disposizioni circa il destino del proprio corpo, per quanto riguarda la sepoltura, e il consenso ad eventuali trapianti.

⁵⁸⁶ In tal senso A. LA TORRE, *loc. ult. cit.*

⁵⁸⁷ F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione, cit.*, 368.

⁵⁸⁸ L. 2 dicembre 1975, n. 644, recante *Disciplina dei prelievi di parti di cadavere a scopo di trapianto terapeutico e norme sul prelievo dell'ipofisi da cadavere a scopo di produzione di estratti per uso terapeutico*, in GU n.334 del 19-12-1975.

po di trapianto terapeutico fino all'entrata in vigore della l. 1° aprile 1999 n. 91⁵⁸⁹.

La legge aveva come intento principale, per l'appunto, quello di favorire la pratica dei trapianti. Ai sensi dell'art. 1 era consentito il trapianto di quasi tutti gli organi, anche di cuore, ad esclusione di encefalo e “delle ghiandole della sfera genitale e della procreazione”, per lo strettissimo legame di tali organi con l'identità personale e, dunque, ancora una volta a protezione della dignità delle persone. La legge prevedeva un duplice criterio di accertamento della morte: il criterio cardiaco e quello celebrale⁵⁹⁰. Era, inoltre, espresso un principio fondamentale in materia, e cioè veniva esclusa la possibilità di lucro sulle parti del cadavere. La donazione di organi, dunque, era estranea alle logiche del mercato.

Per quanto riguarda il consenso, era previsto un regime di stampo pubblicistico: il consenso al prelievo degli organi doveva ritenersi presunto a meno che non vi fosse un esplicito dissenso, quello espresso in vita dal defunto o quello espresso in forma scritta in seguito alla morte dai parenti fino al secondo grado. Nella prassi, però, era alterato il dettato normativo: alla fine erano, infatti, i parenti a decidere in ordine alla donazione. Veniva, cioè, richiesta ai parenti del defunto l'autorizzazione al prelievo e non se volessero opporsi allo stesso. Sembrava, invece, “improponibile alla sensibilità sociale di allora, l'applicazione della norma di legge”⁵⁹¹.

Proprio prendendo atto di questa realtà il legislatore con la l. 12 agosto 1993, n. 301, nel disciplinare il trapianto di cornea, ha formalizzato tale prassi nell'art. 1, prevedendo, in un regime di stampo privatistico, come necessario al prelievo della cornea del defunto l'assenso del coniuge o, in mancanza, dei figli maggiorenni o dei genitori, facendo sal-

⁵⁸⁹ Alla legge seguì il regolamento di attuazione d.P.R. 16 giugno 1977, n. 409.

⁵⁹⁰ Cfr. *infra* par. 5 di questo capitolo.

⁵⁹¹ M. ARAMINI, *loc. cit.*, 329.

va l'espressa dichiarazione scritta contraria alla donazione espressa dal defunto ancora in vita⁵⁹².

L'art. 6 della l. n. 644 del 1975 continuava a prevedere una deroga in caso di autopsia giudiziaria, anche qui in attuazione di uno specifico interesse costituzionale, e cioè quello dell'accertamento della responsabilità penale, desumibile dagli artt. 25, secondo comma, e 112 Cost.⁵⁹³.

Si specificava, inoltre, all'art. 9 che “i medici che effettuano il prelievo delle parti di cadavere ed il successivo trapianto devono essere diversi da quelli che accertano la morte”, disposizione a garanzia della salute e della vita del donatore stesso.

Tra i limiti della legge poteva ravvisarsi sia la mancata previsione di una struttura sanitaria nazionale per il reperimento degli organi e per la costituzione di centri di prelievo e trapianto, sia la suddetta prassi dell'autorizzazione al prelievo, non prevista originariamente dalla normativa.

3. La legge n. 91 del 1999: l'istituzione del Centro Nazionale Trapianti e il regime inattuato del silenzio-assenso informato

La l. 1° aprile 1999, n. 91, che ha abrogato la l. n. 644 del 1975 analizzata nel precedente paragrafo, disciplina la materia dei prelievi e dei trapianti di organi e tessuti da soggetto di cui sia accertata la morte ai sensi della l. 29 dicembre 1993, n. 578 e regolamenta, più in generale, tutte le attività di prelievo e di trapianto. Tale legge è stata il frutto di un lungo dibattito in seno al Parlamento, durato undici anni. Nodo cru-

⁵⁹² L'art. 1 prevede che sia possibile procedere alla donazione della cornea *post mortem* “quando si sia ottenuto l'assenso del coniuge non legalmente separato o, in mancanza, dei figli se di età non inferiore a 18 anni o, in mancanza di questi ultimi, dei genitori, salvo che il soggetto deceduto non abbia in vita manifestato per iscritto il rifiuto alla donazione. Per gli interdetti e per i minorenni l'assenso è espresso dai rispettivi rappresentanti legali”.

⁵⁹³ Sul punto cfr. M. GIALUZ, *Art. 112*, in *Commentario breve*, II ed. cit., 1011.

ciale e causa del ritardo legislativo è stata la scelta sulla modalità di raccolta del consenso alla donazione di organi *post mortem*. La soluzione adottata è, infatti, una via di mezzo tra le precedenti impostazioni. Essa, tuttavia, non sembra in ogni caso essere del tutto idonea e presenta alcune criticità, tant'è che in vigore attualmente non è ancora il sistema definitivo, disciplinato dalla legge, ma quella che doveva essere solo una disciplina provvisoria.

I due regimi del consenso “rispondono a costruzioni giuridiche tra loro del tutto differenti”⁵⁹⁴ ed evidenti appaiono allora i profili di criticità.

La serietà della problematica appare chiara se si considera la materia che tale normativa disciplina, in un settore delicato quale quello della salute e degli interventi c.d. salva-vita, l'urgenza del reperimento di organi - vista la carenza cronica degli stessi - ma anche la difficoltà, quasi drammatica, della scelta di donare organi sia da vivente, in quanto il consenso comporta sempre la menomazione della propria persona, sia da cadavere, per la situazione di sofferenza nella quale il trapianto si inserisce. Non a caso, come si è già ricordato all'inizio di questo capitolo, il codice penale prevede una disciplina, agli artt. 410 c.p. ss., a tutela del cadavere, per il rispetto e il sentimento di pietà verso i defunti⁵⁹⁵.

L'attuale normativa sui trapianti da cadavere prevede un sistema aperto per quanto riguarda l'individuazione degli organi e dei tessuti da destinare al trapianto e in grado, dunque, di fare propri i progressi della chirurgia sostitutiva in questo campo. Sono, infatti, esclusi dal prelievo solamente gonadi ed encefalo⁵⁹⁶ per le ragioni già esposte nel paragrafo

⁵⁹⁴ V. PALERMO-E. RAVERA, *Note sulla legge 1 /4/1999 n. 91 “Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e tessuti”*, in *Riv. dir. prof. san.*, n. 2, 1999, 104.

⁵⁹⁵ Cfr. L. EUSEBI, *Beni penalmente rilevanti e trapianti d'organo*, cit., 999.

⁵⁹⁶ Una parte della dottrina considera il divieto di trapianto di cervello superfluo perché irrealizzabile: B. PANNAIN, M. PANNAIN, A. GIAMPÀ, T. MININI, *Prelevi di parti di cadavere a scopo terapeutico: dalla legge n. 644 del 1975 alla legge 13 luglio 1990 n. 198*, in *Legalità e giust.*, 1991, 545 ss. V. sul punto F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, cit., 334., che definisce una mostruosità il risultato di tale trapianto, che verrebbe a creare una terza persona, frutto della

precedente: è ribadito così il divieto di prelievo per quegli organi la cui natura e funzione è intrinsecamente legata all'identità personale. Il legislatore non permette, poi, la manipolazione genetica degli embrioni anche ai fini del trapianto di organi (art. 3), a garanzia della dignità dell'embrione. La legge consente, all'art. 6, il prelievo e il trapianto di organi e tessuti "esclusivamente a scopo di trapianto terapeutico", escludendo così la possibilità di un'attività di trapianti a fine scientifico⁵⁹⁷. La liceità del solo trapianto terapeutico - effettuato su una persona che ha realmente bisogno dell'organo - è, infatti, da fondare, a livello costituzionale, sulla tutela della salute e della vita del ricevente⁵⁹⁸, protetto a livello costituzionale, come chiarito nella prima parte di questo lavoro. Il trapianto a scopo di sperimentazione pura - effettuato non nell'esclusivo interesse di cura del destinatario, ma per finalità scientifiche - potrebbe essere punito, invece, come uso illegittimo del cadavere ex art. 413 c.p.⁵⁹⁹. Ciò sembra, dunque, rispondere pienamente al dettato costituzionale analizzato nella prima parte di questo lavoro.

combinazione di due uomini, con la personalità dell'uno e le sembianze esteriori dell'altro, che "non si identificerebbe con nessuno dei due".

⁵⁹⁷ Sullo scopo terapeutico del trapianto cfr. V. ZAMBRANO, *La nozione di trapianto e l'ambito applicativo della disciplina, Trattamento terapeutico*, in AA.VV., *La disciplina giuridica dei trapianti: legge 1° aprile 1999 n. 91*, coordinamento di P. Stanzone, Milano, 2000, 26, che mette in luce come il riferimento alla terapia "presuppone un intervento che presenta ridotti margini di incertezza e rispetto al quale il rapporto tra rischi e benefici gioca ampiamente a favore di questi ultimi"; per tali motivi si ritiene di poter "riconoscere che di obiettivo carattere terapeutico del trapianto si può discorrere solo a proposito dei trapianti di tessuti, per le garanzie di successo che questi presentano".

⁵⁹⁸ F. MANTOVANI distingue, pur considerandoli entrambi leciti, i trapianti terapeutici, nei quali i noti benefici sul destinatario superano i rischi, e i trapianti terapeutici-sperimentali, anche essi effettuati nell'interesse del ricevente ma "non sufficientemente collaudati dall'esperienza... con conseguente incertezza sui possibili effetti positivi o negativi". Questi ultimi trovano un limite, e cioè sarebbero leciti in quanto "ultima spes di una malattia non più altrimenti curabile", F. MANTOVANI, *Donazioni e trapianti: prospettiva penalistica*, cit., 1150. V. inoltre per la differenza tra trapianti terapeutici, terapeutici-sperimentali e di sperimentazione pura, F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione*, cit., 10 ss.

⁵⁹⁹ F. MANTOVANI, *Donazioni e trapianti*, cit., 1150 ss.

Tra gli scopi della legge vi erano, senz'altro, quello della promozione e dell'aumento del numero dei donatori e del potenziamento delle strutture sanitarie che praticano trapianti, al fine di migliorare l'utilizzo degli organi stessi. A tale scopo la legge, come detto⁶⁰⁰, ha istituito il Centro Nazionale per i Trapianti, con compiti di indirizzo, coordinamento e controllo dell'attività trapiantistica a livello nazionale, nonché di promozione e coordinamento dei rapporti con le istituzioni estere di settore, con l'obiettivo di facilitare lo scambio di organi, secondo modalità previste dalla legge stessa⁶⁰¹. Al Centro spetta, poi, il compito di curare le liste di attesa, attraverso il sistema informatico, e di determinare i parametri uniformi sulla base della compatibilità e dell'urgenza. Il principio della istocompatibilità biologica, e cioè della tolleranza a livello immunitario di tessuti provenienti da un diverso organismo, è indispensabile per la riuscita del trapianto.

Il legislatore ha, inoltre, previsto che l'esecuzione dei trapianti avvenga secondo modalità che assicurino “il rispetto dei criteri di trasparenza e di pari opportunità tra i cittadini, prevedendo criteri di accesso alle liste di attesa determinati da parametri clinici e immunologici”⁶⁰². Anche qui si è di fronte ad una disciplina coerente con i principi costituzionali esaminati nella prima parte di questo lavoro e, in particolare, come si è già evidenziato, con la tutela del principio di eguaglianza che impone di vietare qualsiasi tipo di discriminazione, basata sulla età o sulla cittadinanza, per esempio, nella fase allocativa⁶⁰³.

⁶⁰⁰ V. *supra*, cap. I di questa parte.

⁶⁰¹ Sul Centro Nazionale Trapianti e il modello organizzativo cfr. A. SATURNO, *Il modello organizzativo: gli organismi di gestione*, in AA.VV., *La disciplina giuridica dei trapianti*, cit., 105 ss.

⁶⁰² Art. 1 della l. 1° aprile 1999, n. 91.

⁶⁰³ V. *supra*, spec. par. 4, cap. II della Parte prima. Sul tema dell'equità e dell'allocatione delle risorse, più in generale, v. G. RAZZANO, *Equità e integrazione: due principi chiave per un nuovo piano sanitario nazionale. Oltre la “missione salute” del PNRR*, in *Rivista AIC*, 2/2024, 17 aprile 2024, 52 ss.

In virtù di tale principio sarebbero illegittimi parametri basati sulla cittadinanza, sull'età, sull'aspettativa di vita oppure fondati “sul numero di persone in situazione di ‘dipendenza’, o di aspettativa, rispetto alla sopravvivenza dell’aspirante”⁶⁰⁴, tutti criteri ipotizzabili in astratto e talvolta proposti “ma di dubbia coerenza, o di sicura incompatibilità, con i nostri principi costituzionali”⁶⁰⁵. In particolare, il principio di eguaglianza e di pari dignità vietano che il dilemma della scelta dei destinatari degli organi da trapiantare “possa essere risolto sulla base di criteri improntati al privilegio o all’utilitarismo”⁶⁰⁶. Nella lista si procede ovviamente per ordine di priorità della domanda. A riguardo creano seri problemi le differenze regionali, in un sistema multilivello non in grado di offrire servizi in modo uniforme sul territorio. Le Regioni, infatti, hanno competenza in materia di organizzazione e sviluppo del sistema sanitario sul proprio territorio, e ciò si ripercuote anche sulle scelte organizzative in materia di trapianti: muta il numero dei Centri di trapianto di Regione in Regione, variano le liste di attesa, la modalità di sviluppo della rete, la qualità anche del servizio erogato.

Per tutelare il principio di eguaglianza di fronte alla carenza, ormai cronica, di organi e alle possibili discriminazioni legate alle differenze, di natura anche qualitativa, dei servizi sanitari regionali, è data la facoltà a ciascuna persona di scegliere di iscriversi in una lista di una Regione differente da quella di residenza, qualora essa sia ritenuta più virtuosa. Si tratta, in sostanza, della garanzia di principi di trasparenza e di pari opportunità nella fase esecutiva del trapianto, che non riguardano solo gli interventi da defunti ma anche quelli da viventi.

Oltre al Centro Nazionale Trapianti, la legge ha istituito la Consulta tecnica permanente per i trapianti, per la predisposizione degli indirizzi

⁶⁰⁴ D. CARUSI, *Donazioni e trapianti: allocazione e consenso*, cit., 1132.

⁶⁰⁵ D. CARUSI, *loc. ult. cit.*

⁶⁰⁶ F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, cit., 132.

tecnico-operativi per lo svolgimento delle attività di prelievo e di trapianto e con funzioni consultive a favore del Centro Nazionale.

Quest'ultimo ha emanato numerosi Protocolli e Linee guida in materia. Tra i più recenti vi sono le Nuove regole di allocazione nazionale⁶⁰⁷ del maggio 2024, il Documento di indirizzo e aspetti tecnici propedeutici al prelievo e trapianto di cuore da donatore a cuore fermo controllato⁶⁰⁸ del 2023, le Linee guida del CNT del 2023 sulla manifestazione del consenso, che contengono l'aggiornamento delle raccomandazioni sulla verifica della espressione di volontà alla donazione di organi e tessuti.

La legge esclude lo scopo di lucro ed è prevista, dunque, la gratuità della donazione. La normativa punisce esplicitamente sia chi procura organi e tessuti a scopo di lucro, sia chi ne fa commercio, con una pena che è integrata con la interdizione perpetua dall'esercizio della professione se a commettere il fatto è una persona che esercita una professione sanitaria⁶⁰⁹.

Si tratta di una disciplina in linea con i principi analizzati nella prima parte di questo studio. Infatti, la considerazione del corpo e delle sue parti come bene *extra commercium*⁶¹⁰ è coerente con lo stretto legame che vi è tra la dimensione fisica e la persona, che non può mai essere considerata una semplice *res*, e ne protegge la dignità, secondo quanto già esaminato.

Nella stessa linea è vietata dall'art. 19 della legge l'esportazione di organi e tessuti verso Stati che consentono il libero commercio degli stessi, così come ne è proibita l'importazione a scopo di trapianto da Stati “la

⁶⁰⁷ CNT, Delibera CNT n. 2 del 30/05/2024, consultabile sul sito www.trapianti.salute.gov.it.

⁶⁰⁸ CNT, *Documento di indirizzo e aspetti tecnici propedeutici al prelievo e trapianto di cuore da donatore a cuore fermo controllato*, approvato nella seduta del 23 marzo 2023, consultabile sul sito www.trapianti.salute.gov.it.

⁶⁰⁹ L'art. 22 della legge prevede come pena la reclusione da due a cinque anni e una multa.

⁶¹⁰ Cfr. par. 4, Cap. I, della Parte seconda di questo studio.

cui legislazione prevede la possibilità di prelievo e di relativa vendita di organi provenienti da cadaveri di cittadini condannati a morte”.

Per quanto riguarda la forma di raccolta del consenso, la legge prevede il silenzio-assenso informato o, meglio, il “consenso presunto informato”⁶¹¹ alla donazione *post mortem*, ma siffatta scelta è rimasta, come anticipato, inattuata. Ciò poiché requisito indispensabile di efficacia di tale regime era, ai sensi dell’art. 5 della legge, la previsione di un sistema di informazione capillare, attraverso la notificazione della richiesta di esprimere la propria volontà in ordine alla donazione. Tale richiesta dovrebbe essere notificata dall’ASL, insieme all’informazione che la mancata dichiarazione sarebbe considerata un assenso alla donazione, ed entro novanta giorni dall’avvenuta notificazione ognuno dovrebbe consentire o dissentire per iscritto alla donazione. In tale regime, connotato da un altissimo livello d’informazione, la volontà non dichiarata del soggetto informato, il mancato rifiuto dunque, si trasformerebbe in manifestazione positiva di volontà, in assenso alla donazione. Al Ministero della Salute è affidato dalla legge il compito di disciplinare il sistema e di contemplare anche le modalità e i termini della modifica delle proprie volontà precedentemente espresse, nonché la raccolta e la conservazione dei dati relativi ai donatori. La legge prevede, inoltre, che le dichiarazioni siano inserite online nel Sistema Informativo Trapianti (SIT), regolato, come visto, solo con il decreto 20 agosto 2019, n. 130.

Il decreto attuativo, adottato nell’aprile del 2000⁶¹², prevedeva che le ASL, entro il termine di 180 giorni dalla realizzazione dell’anagrafe degli assistiti, avrebbero dovuto notificare agli stessi la richiesta di dichiarare la propria volontà; tuttavia, è mancata l’istituzione

⁶¹¹ S. SICA, *La volontà alla «donazione»*, in *La disciplina giuridica dei trapianti*, cit., 83.

⁶¹² Decreto del Ministero della Sanità, 8 aprile 2000, recante *Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti, attuativo delle prescrizioni relative alle dichiarazioni di volontà dei cittadini sulla donazione di organi a scopo di trapianto*, in G.U. serie Generale n. 89 del 15.04. 2000.

dell'anagrafe informatizzata, che non ha reso possibile la notificazione a tutti gli assistiti.

La normativa concepisce il consenso, o il dissenso, al prelievo come “un diritto personalissimo che come tale non può essere esercitato da nessun soggetto diverso che dal suo titolare”⁶¹³: i parenti, a differenza di quanto avveniva con la disciplina precedente, sono del tutto esclusi dalla scelta, che appartiene esclusivamente alla singola persona sul suo corpo. È, infatti, fatta salva la sola ipotesi dell'opposizione legata alla dichiarazione autografa del defunto. Il comma 5 dell'art. 4 della legge prevede che non si possa procedere al prelievo di organi se i congiunti, o il legale rappresentante, del potenziale donatore esibiscono “una dichiarazione autografa di volontà contraria al prelievo del soggetto cui sia accertata la morte”. È possibile modificare la scelta sulla donazione notificando per iscritto all'ASL il cambiamento di posizione.

Anche gli stranieri regolarmente presenti in Italia e coloro che hanno chiesto la cittadinanza dovrebbero essere chiamati a decidere sul tema.

La legge, inoltre, abroga espressamente l'art. 1 della l. 12 agosto 1993, n. 301 sul necessario assenso esplicito per il prelievo di cornea. È invece mantenuto in vigore l'art. 2 di tale legge e, dunque, il diverso regime per l'accertamento della morte, come si vedrà più avanti in questo capitolo⁶¹⁴.

Con riferimento a tale normativa si può senz'altro sottolineare che, in un ordinamento di stampo personalistico come il nostro, il consenso alla donazione *post mortem* è centrale nella disciplina in materia di trapianti da cadavere.

Il regime del silenzio-assenso informato previsto dalla legge può essere ritenuto ambiguo, poiché mentre da una parte sembra adottare un sistema consensualistico, di stampo privatistico, basato sulla decisione individuale del soggetto, dall'altra attribuisce al silenzio “il significato

⁶¹³ V. PALERMO-E. RAVERA, *Note sulla legge 1 /4/1999 n. 91, cit.*, 108.

⁶¹⁴ V. par. 5 di questo capitolo.

di comportamento concludente avente efficacia dispositiva”⁶¹⁵. D’altra parte, lo stesso art. 4 della legge in esame – con la dizione i “cittadini sono tenuti a dichiarare la propria volontà in ordine alla donazione” – sembra “escludere ogni possibile definizione del consenso in termini negoziali”, tant’è che esso appare sempre più “mero elemento di un procedimento, che ha il suo presupposto indefettibile nell’affermazione della disponibilità «collettiva» della *res* cadavere come regola generale”⁶¹⁶.

Nel tentativo di conciliare l’esigenza di aumentare gli organi disponibili con il pieno rispetto della libera scelta della persona, è affidato poi un ruolo centrale all’accertamento dell’avvenuta informazione, con evidenti problemi dal punto di vista applicativo: si pensi, ad esempio, che, in caso di silenzio, in poche ore si dovrebbe rintracciare la prova dell’avvenuta notifica da parte dell’ASL e, dunque, della corretta informazione. Tale difficoltà sarebbe oggi, in parte, sfumata con l’ingresso degli strumenti digitali in ambito sanitario⁶¹⁷ e, in particolare, dell’istituzione del Sistema informativo trapianti (SIT).

Rimane, in ogni caso, più di un dubbio che il sistema sopra descritto di silenzio-assenso, ove in vigore, sarebbe effettivamente in grado di aumentare le donazioni. La risposta a questo interrogativo non spetta ovviamente al giurista, il quale, però, deve chiedersi se l’individuo in tale regime vedrebbe, comunque, rispettato il diritto di disporre del proprio cadavere.

⁶¹⁵ E. PALMERINI, *op. ult. cit.*, 1316.

⁶¹⁶ Così S. SICA, *La volontà alla «donazione», cit.*, 86, il quale sottolinea come “una dichiarazione alla quale si è «tenuti», certamente è priva del requisito (*recitius*, pre-requisito) dell’autonomia, nella sua dimensione ontologica ed originaria di libertà, ancor prima che di determinare il contenuto, di effettuare oppure no la dichiarazione”. L’Autore parla, a proposito, di “un’ipotesi di consenso e silenzio-assenso «procedimentali» e non negoziali, con forma vincolata, sotto pena di inesistenza della fattispecie di «donazione di organi»”, 90.

⁶¹⁷ Sul tema v., in particolare, D. MORANA-T. BALDUZZI-F. MORGANTI, *La salute “intelligente”: Health, consenso informato e principio di non-discriminazione*, in *Federalismi.it*, 28 dicembre 2022, 28 dicembre 2022, 127 ss.

Di fronte a tale quesito, in dottrina vi è chi ritiene che, comunque, il prelievo di organi possa fondarsi sui doveri inderogabili di solidarietà *ex art. 2 Cost.*, “il cui adempimento, proprio perché è inderogabile, non deve necessariamente essere giustificato dal consenso di chi vi è tenuto”⁶¹⁸. Tuttavia, si è già evidenziato come i doveri inderogabili previsti dall’art. 2 Cost. costituiscono un *numerus clausus*. In tale ambito non è contemplato il dovere di donare organi; lo Stato non può pretendere o imporre, dunque, tale comportamento solidaristico, che deve rimanere ancorato alla scelta di ogni individuo.

Rimane, inoltre, il rischio, attuando il sistema previsto dalla legge, che “la dimensione collettiva (o addirittura le pretese egemoniche o utopistiche della scienza e della ricerca medica) prendano perversamente il sopravvento, realizzando anche nell’ambito dei trapianti d’organo una deriva biopolitica deteriore”⁶¹⁹. In ogni caso, rispetto alle teorie avanzate circa una sorta di nazionalizzazione del cadavere, già esaminate nel precedente paragrafo, il consenso presumibile manterrebbe, comunque, un certo legame con la volontà del soggetto: essa, “anche se dedotta per obiettiva presunzione”, continuerebbe “pur sempre, a restare il cardine della liceità”⁶²⁰.

4. La disciplina transitoria e i ritardi legislativi

A distanza di più di venti anni dall’entrata in vigore della l. n. 91 del 1999 il sistema previsto dagli artt. 4 e 5, come sopra descritto, non è stato ancora attuato. Non sono stati emanati, infatti, – anche se tale emanazione sarebbe dovuta avvenire entro 90 giorni dall’entrata in vi-

⁶¹⁸ G. BISCONTINI, *Introduzione*, in *La morte e il diritto*, cit., 15. Afferma che sono di proprietà pubblica le spoglie anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 164

⁶¹⁹ C. SARTEA, *Trapianto di organi: riflessioni biogiuridiche*, in AA.VV., *Biogiuridica cattolica*, cit., 192.

⁶²⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 58.

gore della legge – i decreti ministeriali per l’attuazione del sistema di notificazione. È dunque ancora operante il regime transitorio previsto dall’art. 23 della l. n. 91. A distanza di più di vent’anni dalla promulgazione della legge, le aziende sanitarie locali non possono ancora notificare ai propri assistiti la richiesta di dichiarare la propria libera volontà di donazione e senza tale notifica il silenzio non è considerabile come assenso.

Attualmente è, pertanto, consentito prelevare organi e tessuti da soggetto cui sia stata accertata la morte ai sensi della l. n. 578 del 1993, “salvo che il soggetto abbia esplicitamente negato il proprio assenso”.

Il dissenso al prelievo può essere, inoltre, espresso per iscritto dal coniuge non separato, dal convivente *more uxorio* o, in mancanza, dai figli maggiorenni o, in assenza di questi, dai genitori o dal legale rappresentante, entro il periodo di osservazione ai fini dell’accertamento della morte celebrale.

L’opposizione degli stessi non è, però, “consentita qualora dai documenti personali o dalle dichiarazioni depositate presso l’azienda unità sanitaria locale di appartenenza ... risulti che il soggetto abbia espresso volontà favorevole al prelievo di organi e tessuti”; ciò salvo che i parenti non siano in possesso di una dichiarazione contraria del defunto successiva a quella favorevole alla donazione.

Nel caso in cui il soggetto non abbia manifestato in vita alcuna volontà, si procede, pertanto, al prelievo se gli aventi diritto non presentano opposizione: in assenza di qualsiasi dichiarazione da parte del soggetto sottoposto ad accertamento di morte, “il colloquio con i familiari assume un ruolo di fondamentale importanza perché diretto, interpellando i congiunti, a ricercare e a far emergere l’orientamento che il defunto avrebbe avuto in materia”⁶²¹. Per quanto riguarda i minori di età il

⁶²¹ CNT, delibera n. 2 del 18 maggio 2023, *Raccomandazioni sulla verifica della espressione di volontà alla donazione di organi e tessuti. Aggiornamento*, consultabile sul sito www.trapianti.salute.gov.it.

consenso alla donazione di organi a scopo di trapianto è efficace se espresso da entrambi i genitori.

Tale regime, dunque, ha il pregio di far prevalere la volontà del defunto su quella dei parenti, senza però escludere questi ultimi del tutto dalla decisione.

Per quanto riguarda il consenso presunto valgono le stesse considerazioni sopra svolte, relative ai dubbi che esso solleva sotto il profilo del rispetto del diritto di disporre del proprio cadavere. Non è, tuttavia, previsto in questo caso, nessuno strumento informativo, essendo, così, la presunzione ancora più problematica, soprattutto nell'ipotesi in cui sia possibile reperire i parenti.

Una criticità, in questo senso, si evidenzia nelle ultime Linee guida del CNT del 2023 sulla manifestazione del consenso. Il punto 5, legato ai “Casi particolari”, infatti, riporta alla lett. b) l'ipotesi del “Donatore identificato, congiunti non reperibili-non contattabili”: un caso esplicitamente indicato come “uno dei casi maggiormente ricorrenti”. La procedura ricorda di mettere in atto e documentare i tentativi di ricerca dei familiari e di “interrogare il SIT per verificare la presenza di una espressione di volontà” nel caso in cui si tratti di cittadino italiano residente in Italia o iscritto al Servizio Sanitario Nazionale. Se alla fine dell'osservazione gli aventi diritto non sono raggiunti “si può procedere al prelievo verbalizzando, sul modulo di acquisita informazione, la oggettiva impossibilità di contattare la famiglia”.

Pertanto, in caso di mancata reperibilità dei parenti, in assenza di esplicito rifiuto, il sistema presuntivo sarebbe assoluto, seppur non sostenuto da alcun onere informativo sulla donazione di organi a fini di trapianto.

L'applicazione, dopo più di venti anni, di una disciplina transitoria con meccanismi presuntivi, senza la garanzia di alcun onere informativo per il singolo, sembra non pienamente rispondere ai principi costituzionali a tutela del corpo esaminati innanzi.

Si consideri, poi, che relegare il momento dell'informazione alla comunicazione data ai parenti per ottenere il consenso degli stessi alla donazione degli organi del defunto vuol dire caricare di ulteriori problematiche un momento già delicato e di sofferenza, come quello della morte della persona cara. Anche per gli operatori sanitari non è semplice comunicare la morte ai parenti e, allo stesso tempo, sottoporre la questione del consenso per il prelievo degli organi in una fase delicata e complessa, che racchiude un carico emotivo importante.

Sussiste, inoltre, qualche dubbio per quanto riguarda il regime penale in vigore in caso di violazione delle norme sulla dichiarazione di volontà: è, infatti, tra le norme che acquisteranno efficacia solo nella fase definitiva l'art. 4 della legge, che punisce con la reclusione e l'interdizione dall'esercizio delle professioni sanitarie chi effettua prelievi di organi o tessuti in violazione delle norme sulla dichiarazione di volontà. Il regime attualmente in vigore sembrerebbe, dunque, sprovvisto di tutela penale, tanto più ove si consideri che la legge n. 91 ha abrogato espressamente, all'art. 27, la disciplina previgente, e dunque anche l'art. 23 della legge n. 644 del 1975⁶²², che stabiliva le sanzioni penali in caso di violazione delle regole sul consenso. L'unica soluzione per ovviare alla lacuna potrebbe essere quella del "transitorio ricorso all'art. 22, comma 4" della l. n. 91, facendo rientrare nella "abusività" del prelievo "anche e primariamente, il prelievo in violazione del regime del consenso"⁶²³.

La legge, infine, non contempla l'ipotesi del consenso parziale (ad esempio limitato agli organi interni), né tanto meno l'ipotesi della scelta di beneficiari specifici. Tali aspetti non sono secondari e hanno sollevato gravi problemi. Si ricorda il caso che si è trovato ad affrontare il

⁶²² Cfr. P. BECCHI, *Morte cerebrale e trapianto di organi. Nuovi studi*, Brescia, 2015, 170.

⁶²³ F. MANTOVANI, *Donazione e trapianti: prospettiva penalistica*, cit., 1157. Di opinione contraria L. BISORI, *Commento alla L. 1° aprile 1999, n. 91*, in *Leg. Pen.*, 1999, 849 ss.

Tribunale di Firenze nel 2015⁶²⁴, che ha riguardato un espianto avvenuto nonostante l'opposizione parziale dei parenti del defunto al prelievo⁶²⁵. Il giudice in tale occasione ha ricordato come “il legislatore, nel prevedere la facoltà di opporsi al prelievo, non vieta l'opposizione parziale” e, dunque, “sarebbe surrettizio introdurre un divieto che la legge non prevede”⁶²⁶. Pertanto, è stata condannata al risarcimento del danno non patrimoniale l'Azienda ospedaliera.

In tale occasione, peraltro, l'organo giudicante ha riconosciuto la copertura assicurativa, essendo “il caso di specie sussumibile nell'ipotesi dei danni cagionati per danneggiamento a cosa”, riconoscendo il cadavere come *res* “sia pure *extracommercium*”⁶²⁷.

Nel tempo si è tentato di incentivare la manifestazione di volontà in merito alla donazione, consentendo diverse modalità di raccolta. Il Ministero della Salute ha introdotto, già dal 2008⁶²⁸, la possibilità di depositare le proprie dichiarazioni anche presso gli sportelli comunali. Si è consentito di registrare la dichiarazione di volontà in occasione del rilascio o rinnovo della carta d'identità, presso gli uffici dell'anagrafe⁶²⁹.

⁶²⁴ Tribunale di Firenze, sezione II Civ., sent. 25 aprile 2015, n. 630, testo consultabile all'indirizzo www.lider-lab.sssup.it.

⁶²⁵ I parenti della defunta avevano consentito al prelievo di organi, ma avevano escluso tale consenso per il prelievo di cute (inserendo tale precisazione nelle Note del verbale di informazione). Nonostante ciò, l'equipe medica, nel corso dell'operazione di espianto, aveva prelevato dalla salma della donna anche la cute. Per il giudice l'opposizione parziale al prelievo è meritevole di tutela nel nostro ordinamento e, dunque, è da risarcire il danno non patrimoniale.

⁶²⁶ Il Tribunale nella sentenza citata ha aggiunto che “il divieto di opposizione parziale finirebbe, non solo per ledere l'interesse della comunità, ma anche per comprimere e limitare la volontà degli aspiranti donatori, che si vedrebbero costretti a rinunciare a donare per il sol fatto di non voler donare un dato organo o tessuto”.

⁶²⁷ È richiamata in tal senso Cass. Civ., I sez., sent. 9 maggio 1969, n. 1584, in *Foro it.*, 1969, 3193 s.

⁶²⁸ Decreto del Ministero della Salute 11 marzo 2008 recante *Integrazione del decreto 8 aprile 2000 sulla ricezione delle dichiarazioni di volontà dei cittadini circa la donazione di organi a scopo di trapianto*, in GU Serie Generale n. 80 del 04-04-2008.

⁶²⁹ Cfr. art. 3 del TUPS, per il quale “la carta d'identità può altresì contenere l'indicazione del consenso ovvero del diniego della persona cui si riferisce a dona-

Oggi è, pertanto, possibile manifestare il consenso alla donazione: presso gli uffici anagrafe dei Comuni, al momento del rilascio o rinnovo della carta d'identità; compilando il modulo dell'Associazione Italiana per la donazione di organi, tessuti e cellule (AIDO), anche digitalmente, se si è in possesso di SPID o firma digitale; presso l'ASL di riferimento, firmando il modulo per l'espressione di volontà; attraverso il tesserino del CNT o del Ministero della Salute o le *donor card* distribuite dalle associazioni di settore, conservando la tessera tra i documenti personali. Vale, in ogni caso, sempre anche la scrittura autografa, datata e firmata, custodita tra i documenti personali⁶³⁰.

La dichiarazione resa al Comune, all'AIDO e presso l'ASL viene registrata nel SIT ed è consultabile dai medici per verificare, in caso di necessità, l'esistenza dell'espressione di volontà sulla donazione. È sempre possibile, inoltre, modificare la volontà espressa: nel caso farà fede l'ultima dichiarazione resa in ordine temporale.

Nel caso in cui la persona non abbia rilasciato in vita una dichiarazione in merito alla donazione, il prelievo sarà consentito solo se i familiari aventi diritto – nell'ordine coniuge non separato, convivente *more uxorio*, figli maggiorenni e genitori - non si oppongono alla donazione.

re i propri organi in caso di morte”. I comuni trasmettono i dati relativi al consenso o al diniego alla donazione degli organi al Sistema informativo trapianti, di cui all'articolo 7, comma 2, della l. 1° aprile 1999, n. 91 (TU così modificato inizialmente dal d.l.194/2009, e poi dal d.l. 69/2013).

⁶³⁰ Cfr. art. 16 del Decreto del Ministero della Salute del 19 novembre 2015, recante *Attuazione della direttiva 2010/53/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010, relativa alle norme di qualità e sicurezza degli organi umani destinati ai trapianti, ai sensi dell'articolo 1, comma 340, legge 24 dicembre 2012, n. 228, nonché attuazione della direttiva di esecuzione 2012/25/UE della Commissione del 9 ottobre 2012, che stabilisce le procedure informative per lo scambio tra Stati membri di organi umani destinati ai trapianti*, in GU Serie Generale n. 280 del 01-12-2015.

5. L'accertamento della morte: la morte cerebrale come presupposto oggettivo al prelievo

Una volta fissato nei precedenti paragrafi il quadro relativo alla disciplina generale dei trapianti *post mortem*, occorre tuttavia soffermarsi su un problema specifico, suscettibile di gravi conseguenze, e cioè quello dell'accertamento della morte della persona. Con l'avanzare del progresso medico e, in particolare, con lo sviluppo delle tecniche rianimatorie, essa non è più solo un evento naturale, per lo più da osservare, ma diventa un fenomeno da regolare.

Il concetto di morte non è stato più considerato “come mero «concetto di realtà», ma anche come «concetto di valore»” e “la scelta tra le possibili definizioni di morte (cardiaca, corticale, troncoencefalica, encefalica) è problema non più di esclusiva competenza medica”, dal momento che finisce per coinvolgere “il bene primario della vita”⁶³¹.

La maggior parte delle legislazioni hanno, ormai da anni, introdotto come criterio di accertamento della morte la c.d. “morte cerebrale”. A elaborare il criterio è stata per la prima volta, nel 1968, una Commissione *ad hoc*, composta da tredici membri, della Facoltà di Medicina della Harvard University⁶³².

Per esserci “*brain death*” l'individuo deve trovarsi, come meglio si vedrà, in assenza di attività cerebrali, di movimenti spontanei o indotti, di respirazione spontanea e di riflessi del tronco centrale.

Il legislatore italiano ha recepito tale parametro con la l. 29 dicembre 1993, n. 578, recante *Norme per l'accertamento e la certificazione della morte*, la quale sancisce, all'art. 1, che “la morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo”.

⁶³¹ F. MANTOVANI, *Delitto penale. Parte speciale*. I, cit., 35.

⁶³² *A definition of Irreversible Coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*, in *Journal of the American Medical Association*, 205, 1968, 337 ss. La Commissione era composta da dieci medici, tra i quali due specializzati in chirurgia dei trapianti, un giurista, uno storico e un teologo.

La definizione di morte, così definita, è unica ma due sono le modalità di accertamento: con criteri neurologici o con criteri cardiocircolatori. I primi vengono utilizzati quando la morte avviene per danno diretto all'encefalo (per cause, ad esempio, traumatiche, ischemiche, tumoriali vascolari); i secondi si adottano quando la morte avviene per arresto cardiaco. In particolare, l'art. 2 della l. n. 578 specifica che “la morte per arresto cardiaco si intende avvenuta quando la respirazione e la circolazione sono cessate per un intervallo di tempo tale da comportare la perdita irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo”, accertata con le modalità definite con decreto del Ministro della sanità; mentre la morte “nei soggetti affetti da lesioni encefaliche e sottoposti a misure rianimatorie si intende avvenuta quando si verifica la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo”, accertata con le modalità clinico-strumentali definite, anch'esse con decreto.

L'indicazione delle modalità da adottare per la diagnosi del decesso è demandata, dunque, a un decreto poiché, mentre è la legge a fissare il concetto di morte, “si ritiene possibile e probabile che il progresso della medicina possa mutare gli accertamenti strumentali idonei a tale certificazione” e “in questo caso la modifica del regolamento ministeriale sarebbe più rapida”⁶³³.

Attualmente regola le modalità di accertamento e di certificazione della morte il D.M. del Ministro della Salute 11 aprile 2008⁶³⁴, che ha aggiornato il D.M. 22 agosto 1994, n. 582. L'accertamento della morte risponde a criteri rigorosi: in Italia dopo la diagnosi clinica è prevista la verifica legale, basata su criteri cardiaci o neurologici a seconda della modalità con cui è avvenuta la morte. La verifica della morte secondo i criteri neurologici prevede un periodo di osservazione di almeno 6 ore, mentre secondo i criteri cardiaci richiede la registrazione continua, per

⁶³³ L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002, 240.

⁶³⁴ Decreto 11 aprile 2008, *Aggiornamento del decreto 22 agosto 1994, n. 582 relativo al Regolamento recante le modalità per l'accertamento e la certificazione di morte*, in GU Serie Generale n. 136 del 12-06-2008.

almeno 20 minuti, dell'elettrocardiogramma e la verifica dell'assenza di qualsiasi attività elettrica proveniente dal cuore. Il periodo di osservazione di 20 minuti è a garanzia dell'effettivo accertamento della morte; in altri paesi la media di osservazione è in media di 5 o 10 minuti⁶³⁵. Per bambini molto piccoli e, in particolare, per quelli sotto l'anno di età, sono previste ulteriori osservazioni.

Al termine dell'accertamento della morte secondo i criteri cardiaci o neurologici, i medici potranno valutare la possibilità di prelevare gli organi e i tessuti a scopo di trapianto, verificando la presenza o meno di una manifestazione in vita della volontà di donazione, espressa secondo le modalità indicate dalla legge.

Anche la Corte costituzionale italiana si è occupata del problema dell'accertamento della morte, allorquando, nel luglio 1995, ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art.589 c.p. – che stabilisce la pena in caso di omicidio colposo – affermando l'unicità della definizione del concetto di “morte” nel nostro ordinamento. Per il giudice rimettente la norma incriminatrice avrebbe punito il delitto sopra richiamato con riferimento a una nozione di morte superata: secondo la conoscenza e la volontà del legislatore del 1930 la norma del codice penale impugnata avrebbe fatto riferimento alla morte secondo una “concezione di ordine naturalistico, in quanto connessa al concorso della cessazione delle tre funzioni superiori (cardiaca, respiratoria e cerebrale)”, mentre la l. 29 dicembre 1993, n. 578

⁶³⁵ Il Protocollo di Maastricht (1995) stabiliva una attesa di 10 minuti (per pazienti sia in “situazione controllata” che “non controllata”). Negli USA, Canada, Gran Bretagna, Spagna il tempo di arresto cardiaco richiesto per l'accertamento di morte è di 5 minuti. Per i pazienti donatori in fin di vita, a cuore-non-battente in “situazione controllata” negli USA bastano 2-5 minuti. Cfr. sul tema v. CNB, *Accertamento della morte secondo il criterio cardiocircolatorio e donazione controllata: aspetti etici e giuridici*, 9 dicembre 2021. Per il Canada v. SHEME SD, WILSON LC et al. *A brain-based definition of death and criteria for its determination after arrest of circulation or neurologic function in Canada: a 2023 clinical practice guideline*. Can J Anaesth. 2023 Apr;70(4):483-557.

la identificava nell'irreversibile venir meno delle sole funzioni cerebrali. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 589 c.p., in riferimento agli artt. 3, 25 e 27 Cost., era stata sollevata proprio nella parte in cui il precetto penale sarebbe stato "esteso ad una nozione di morte diversa da quella codicistica", attraverso un procedimento analogico in *malam partem* non consentito nella materia penale. Il giudice rimettente poneva, pertanto, la questione nella prospettiva che l'imputato potesse essere condannato per omicidio colposo pur non avendo causato la situazione che il legislatore del 1930 aveva inteso come "morte".

Il giudice delle leggi, chiarendo che le differenti opzioni sulla definizione di morte fanno parte della descrizione del fatto incriminato che spetta al legislatore tracciare, ha affermato che, nella questione sottoposta al suo esame, non era stato in alcun modo violato il principio di stretta legalità di cui all'art. 25 Cost. e ha messo in luce come "estinguendosi irreversibilmente ogni funzionalità del tronco cerebrale si determina la disgregazione di quella unitarietà organica che distingue la persona da un insieme di parti anatomiche, ancorché singolarmente vitali"⁶³⁶. In particolare vale la pena riportare un passaggio della decisione, in cui il giudice delle leggi ha chiarito che "allo stato attuale della scienza e del prevalente pensiero ...la recente legge n. 578 del 1993, nel riflettere i progressi scientifici ed al fine di conseguire risultati di solidarietà sociale ed esigenze di fondamentale giustizia (rispetto della vita, unicità del concetto di decesso, certezza della irreversibilità di estinzione della persona)" non si pone "in contrasto con norme e prin-

⁶³⁶ Corte cost., sent. del 27 luglio 1995, n. 414. V. A. CELOTTO, *Il bilanciamento tra diritto alla vita e trapiantabilità degli organi al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1996, I, 28. Appare opportuno inoltre riportare il par. 3 del *Considerato in diritto* in cui si legge che il legislatore, nel determinare il momento in cui una persona possa ritenersi morta, "è chiamato a ponderare, all'interno di una logica di prudente apprezzamento, non solo i dati della scienza medica, ma anche il complesso quadro dei valori di riferimento, in sintonia altresì con le altre norme dell'ordinamento, nonché con i principi deontologici e l'espressione del comune sentire". Su tale decisione, v. D. PULITANÒ, *Biodiritto e diritto penale*, in *Ambito e fonti del Biodiritto, Trattato di Biodiritto*, cit., 645.

cipi costituzionali" nei limiti del giudizio sottoposto alla Corte, "attinente alla chiarificazione della nozione di morte e l'indicazione dei criteri di accertamento della stessa"⁶³⁷.

Il criterio della cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo è oggi utilizzato, oltre che per la dichiarazione di morte sopra analizzato e per la sospensione degli interventi rianimatori, anche per l'espianto di organi a scopo di trapianto. In tal senso la legge n. 91 del 1999 accoglie la nozione di morte celebrale come requisito oggettivo indispensabile per poter procedere all'espianto.

Sul criterio di accertamento della morte si discute ancora molto nella comunità scientifica, proprio per il suo stretto legame con i trapianti. Gli anni della sua introduzione furono gli stessi, infatti, del primo trapianto di cuore realizzato da Christiaan Barnard⁶³⁸ e della scoperta della tecnica di

⁶³⁷ È nota la complessità del problema dell'influenza del dato scientifico nel giudizio operato dal giudice costituzionale. La questione è emersa anche nei giudizi relativi alla l. 19 febbraio 2004, n. 40 e in materia di vaccinazione obbligatoria durante la pandemia da Covid-19. Tra le diverse decisioni in merito alla legge n. 40 si possono senz'altro ricordare la sent. 1° aprile-8 maggio 2009, n. 151 in *Giur. cost.*, 2009 1656 ss., sulla quale v. F. VARI, *Considerazioni critiche sull'espressione secondo la quale il concepito "persona deve ancora diventare"*, in *Studi in onore di A. Loiodice*, Bari, 2012, 1171 ss.; la sent. 9 aprile-10 giugno 2014, n. 162, in *Giur. cost.*, 2014, 2563 ss., sulla quale v. E. BILOTTI, voce *Procreazione assistita eterologa*, in *Libro dell'anno del Diritto 2015*, Roma, 2015, disponibile su Internet, all'indirizzo www.treccani.it; nonché la sent. 13 aprile 2016, n. 84 della Corte cost. sul divieto di ricerca sugli embrioni previsto degli artt. 6 e 13 della legge 40 del 2004. In tema di vaccinazioni si ricorda, in particolare, Corte cost., sentt. 9 febbraio 2023, n. 14, 9 febbraio 2023, n. 15, 5 ottobre 2023, n. 185, 9 ottobre 2023, n. 186. La dottrina sul rapporto tra scienza e diritto è vastissima. Si v. E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, relazione al XXX Convegno annuale dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti svoltosi a Roma nei giorni 6-7 novembre 2015, in *Rivista AIC*, su Internet all'indirizzo www.rivistaaic.it; A. MANGIA, *Tutela della salute e valutazioni tecniche: un limite al regionalismo? Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare*, Milano, 2011, 52; C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016, 6 ss.; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferita tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta Online*, 1/2020, 211.

⁶³⁸ Cfr. C. BARNARD, *Reflections on the First Heart Transplant*, in *South African Medical Journal*, 72, 1987, 19 s.

rianimazione⁶³⁹. E proprio a queste due tecniche il Rapporto di Harvard ha fatto riferimento per l'introduzione del concetto di morte cerebrale⁶⁴⁰. Questa "concomitanza con i rapidi sviluppi della trapiantologia può venire interpretata come fortuita ed accidentale, oppure come collegata al criterio di Harvard"⁶⁴¹, e numerose sono le critiche in tal senso⁶⁴². La nuova definizione di morte viene, infatti, considerata da una parte della dottrina funzionale al reperimento di organi da destinare al trapianto. Viene, d'altra parte, messo in evidenza il conflitto che si determina tra l'interesse alla cura e all'assistenza del soggetto gravemente malato, che non deve essere dichiarato morto precocemente, pena la lesione, oltre che del suo diritto alla salute, soprattutto di quello alla vita – garantiti entrambi come evidenziato nella prima parte di questo lavoro dalla Carta costituzionale – e il diritto alla salute del paziente in attesa di trapianto che, anch'esso spesso affetto da patologie potenzialmente mortali, attende l'organo e ha bisogno di cura. A essere messo in discussione da più voci è, pertanto, il criterio neurologico stesso, per la scoperta di nuove tecniche in grado di mettere in dubbio l'effettiva morte di pazienti in stato di morte celebrale⁶⁴³. È, dunque, necessario chiedersi se allo stadio at-

⁶³⁹ Cfr. P. BECCHI, *op. ult. cit.*, 17 ss.

⁶⁴⁰ V. P. BECCHI, *op. ult. cit.*, 14, il quale riporta il testo del Rapporto di Harvard, pubblicato nel 1968: "il nostro obiettivo principale è definire come nuovo criterio di morte il coma irreversibile. La necessità di una definizione si impone per due ragioni: 1) il miglioramento delle misure di rianimazione e di prolungamento della vita ha prodotto un impegno sempre maggiore per salvare persone affette da lesioni disperatamente gravi. A volte questi sforzi hanno un successo soltanto parziale e quello che ci troviamo di fronte è un individuo il cui cuore continua a battere, pur in presenza di un cervello irrimediabilmente danneggiato ... 2) I criteri di morte obsoleti possono innescare controversie nel reperimento di organi per i trapianti".

⁶⁴¹ C. SARTEA, *Trapianto di organi: riflessioni biogiuridiche, cit.*, 201.

⁶⁴² Cfr. W. WALDSTEIN, *Scritto nel cuore. Il diritto naturale come fondamento di una società umana*, trad. it. a cura di F. Vari, Torino, 2014, 66 ss.

⁶⁴³ Di questo avviso tra i molti P. BECCHI, *op. ult. cit.*; H. JONAS, *Morte cerebrale e banca di organi umani: sulla ridefinizione pragmatica della morte*, in AA.VV., *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, a cura di P. Becchi, Torino, 1999, 166 ss.; R. SPAEMANN, *La morte cerebrale è la morte dell'essere umano? Il dibattito in corso*, in AA.VV., *Finis vitae. Is Brain Death*

tuale di avanzamento della tecnica si possa affermare con certezza la validità del metodo della morte cerebrale. E ciò poiché la tutela del diritto alla vita del paziente richiede, come condizione indispensabile per la possibilità di espianto, la certezza sull'avvenuta morte dello stesso. Invero, alla luce dei principi esaminati nella prima parte di questo lavoro non è assolutamente ipotizzabile che la Costituzione italiana consenta il sacrificio di una vita umana, e la conseguente lesione del diritto alla vita, per la cura di un'altra persona.

Anche il Comitato Nazionale di Bioetica, già nel 1991, si è posto il problema circa la definizione della morte e ha fatto proprio il criterio cerebrale, inteso “come danno cerebrale organico, irreparabile, sviluppatosi acutamente, che ha provocato uno stato di coma irreversibile, dove il supporto artificiale è avvenuto in tempo a prevenire o a trattare l'arresto cardiaco anossico”⁶⁴⁴.

Il Comitato è tornato sul tema in tempi più recenti, ribadendo la validità del criterio cerebrale: in un parere del 2010 ha, però, precisato la necessità di tenere distinto il problema dell'accertamento della morte e quello dei trapianti, “basandosi sul ben preciso presupposto che la definizione e l'accertamento della morte non debbano avere una finalità ulteriore, nel senso che si deve sempre tenere fermo il principio che la dichiarazione di morte è indipendente dall'eventuale prelievo di organi e da ogni considerazione di ordine utilitaristico relativa ai costi socio-sanitari della assistenza ai pazienti post-anossici”⁶⁴⁵.

Il concetto di morte deve essere, dunque, certo e unico, non diverso a seconda del fine della diagnosi. Deve, inoltre, riguardare la totalità delle attività encefaliche: cervello, cervelletto e tronco encefalico. Non è, pertanto, sufficiente la compromissione, più o meno irreversibile,

still Life?, a cura di R. De Mattei, Soveria Mannelli, 2006, trad. it., *Finis Vitae. La morte cerebrale è ancora vita?*, Soveria Mannelli, 2007, 333 ss.

⁶⁴⁴ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Definizione e accertamento della morte nell'uomo*, 15 febbraio 1991, disponibile all'indirizzo web <https://bioetica.governo.it/it>.

⁶⁴⁵ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *I criteri di accertamento della morte*, 24 giugno 2010, su Internet all'indirizzo web <https://bioetica.governo.it/it>.

della corteccia cerebrale e la perdita delle funzioni di relazioni, ma occorre la cessazione di ogni attività dell'encefalo⁶⁴⁶.

La tematica è ancora oggi molto attuale. Un articolo pubblicato a luglio 2024 su *The American Journal of Bioethics*⁶⁴⁷, dal titolo *The Uniform Determination of Death Act is Not Changing. Will Physicians Continue to Misdiagnose Brain Death?*, pone nuovamente la questione del rispetto dei criteri di accertamento della morte, del ruolo del principio del donatore morto e del collegamento alla materia dei trapianti. Lo scritto evidenzia che negli Stati Uniti una percentuale rilevante di pazienti dichiarati morti in base a criteri neurologici non soddisferebbe i criteri legali previsti per l'accertamento del decesso⁶⁴⁸.

Rimane fondamentale, in tutti i casi dubbi, un principio basilare in materia, quello di precauzione⁶⁴⁹. Esso porta ad affermare la regola *in dubio pro vita*, “onde i persistenti dubbi, *iuris et facti*, circa la qualificazione come vivo o morto del soggetto con funzioni, soltanto inferiori

⁶⁴⁶ Non è dunque possibile introdurre in questo ambito la distinzione tra vita biologica, legata alle funzioni organiche, e vita personale, legata alla coscienza e alle relazioni. Cfr. sull'impossibilità di operare tale distinzione in merito all'accertamento della morte, E. SGRECCIA, *Manuale di Bioetica*, cit., 842.

⁶⁴⁷ M. NAIR-COLLINS, *The Uniform Determination of Death Act is Not Changing. Will Physicians Continue to Misdiagnose Brain Death?*, in *The American Journal of Bioethics*, 2024, 1-12. Sull'attualità della problematica v., inoltre, D. FENG-A. LEWIS, *Brain Death: Ethical and Legal Challenges*, in *Neurol. Clin.*, 2023, 41(3), 469-483.

⁶⁴⁸ Mentre l'*Uniform Determination of Death Act* richiede la perdita irreversibile di tutte le funzioni cerebrali, la metà dei pazienti dichiarati morti secondo criteri neurologici conserverebbe ancora la funzione cerebrale di osmoregolazione, cioè la regolazione ipotalamica del bilancio idrico e del sodio. Vi sarebbe, pertanto, la violazione dei criteri legali, non rispettati nella pratica e nelle procedure diagnostiche utilizzate per l'accertamento della morte cerebrale (anche nelle ultime linee guida dell'*American Academy of Neurology*).

⁶⁴⁹ Sul quale v. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005. Ivi ampia bibliografia. Sul tema v. anche S. GRASSI, *Prime osservazioni sul principio di precauzione*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*, 2001, 37 ss.; F. VARI, voce *Moratoria sulla ricerca*, in *Encicl. Bioetica e Scienza giuridica*, a cura di E. Sgreccia-A. Tarantino, vol. VIII, Napoli, 2005, 682 s.; C. VIVANI, *Principio di precauzione e conoscenza scientifica*, in *Giur. it.*, 2015, 2474 ss.

o soltanto superiori, spontanee impongono la soluzione che garantisca con più sicurezza il rispetto della vita e della dignità dell'uomo"⁶⁵⁰. Si tratta dell'unica soluzione in linea con i principi costituzionali analizzati nella prima parte di questo studio e, in particolare, con la protezione del diritto alla vita e del dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo, "che, esso pure, discende dall'art. 2 Cost"⁶⁵¹.

Va, infine, ricordato, per completezza, che rimane ancora in vigore l'art. 2 della l. 12 agosto 1993, n. 301 sul diverso regime per l'accertamento della morte in caso di trapianto di cornea, nonostante la l. 29 dicembre 1993, n. 578 sull'accertamento della morte sia successiva. E ciò in applicazione del criterio *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*.

In sostanza, la normativa sul trapianto di cornea prevede l'espianto della stessa in un momento successivo alla morte giacché "essendo la cornea un tessuto non irrorato, la tardività del prelievo", a seguito dell'arresto cardiocircolatorio, "non ne compromette l'efficacia ma consente di evitare le indagini complesse"⁶⁵², necessarie per accertare la morte celebrale in maniera diretta.

6. La questione della c.d. donazione controllata

In tema di accertamento della morte ha assunto particolare rilievo il problema della c.d. donazione controllata e cioè della forma di donazione che riguarda, in particolare, i pazienti che al momento della morte si trovano in terapia intensiva nelle strutture sanitarie, per i quali la morte segue alla limitazione e alla sospensione dei trattamenti sanitari e di sostegno vitale, per inefficacia e non proporzionalità dal punto di vista clinico o per rifiuto o rinuncia del paziente. Si parla a tal proposito

⁶⁵⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 36.

⁶⁵¹ Corte cost. sent. n. 135 del 2024, cit. in tema di fine vita.

⁶⁵² E. PALMERINI, *La nuova legge sui trapianti d'organo: prime notazioni*, cit., 1313.

di donazione “controllata” dal momento che la morte di tali pazienti è prevedibile e attesa (“*controlled*”) dopo la sospensione dei trattamenti. In questi casi, se il paziente o i familiari hanno espresso il consenso alla donazione degli organi al fine di trapianto, il prelievo degli organi viene effettuato secondo i protocolli c.d. “a cuore fermo”, dopo l’accertamento della morte per arresto cardiaco. In Italia, come detto, la morte secondo tale criterio viene dichiarata dopo la registrazione continua per non meno di 20 minuti di un elettrocardiogramma che dimostri l’assenza completa di attività elettrica del cuore.

Dai dati emerge la rilevante crescita dei trapianti avvenuti con il programma di donazione a cuore fermo (DCD)⁶⁵³. Da maggio 2023 è iniziato in Italia il programma di prelievo DCD anche del cuore, prima realizzato solo in Gran Bretagna e Spagna. La procedura per la donazione controllata è molto complessa ed è stata fondamentale, per il suo sviluppo, l’attività di ricerca sulle macchine da perfusione, con la realizzazione di macchinari sempre più sofisticati. Invero, “l’ampliamento delle possibilità terapeutiche e del programma di donazione e trapianto di cuore ai donatori a cuore fermo” sta “cambiando l’epidemiologia dei riceventi e dei donatori”⁶⁵⁴: in alcuni Centri trapianto si possono oggi utilizzare cuori di donatori ultrasettantenni (nel 2023, ad esempio, è stato trapiantato un cuore di 77 anni su un ricevente di 68 in urgenza nazionale)⁶⁵⁵.

Rispetto a tale forma di donazione è importante ricordare la necessità di tenere distinto il processo del morire rispetto alla successiva donazione degli organi: la dichiarazione di morte non deve, in altre parole, essere condizionata dall’eventuale successivo prelievo di organi da de-

⁶⁵³ I trapianti derivati da questo tipo di donazione sono aumentati esponenzialmente: siamo passati dai 100 del 2018 ai 438 nel 2023. Cfr. CNT, *Donazione e trapianto 2023 di organi, tessuti e cellule staminali emopoietiche*, Report preliminare, 24.1.24, sul sito www.trapianti.salute.gov.it.

⁶⁵⁴ M. CARDILLO, *Come i donatori a cuore fermo e i nuovi protocolli terapeutici stanno cambiando la donazione e il trapianto di cuore*, in *Trapianti*, 2023, 27.

⁶⁵⁵ M. CARDILLO, *op. ult. cit.*

stinare al trapianto. I protocolli clinici applicati per la donazione controllata prevedono, invece, il compimento di alcune azioni mediche subito dopo la sospensione dei supporti vitali, nei minuti che precedono l'accertamento della morte, che non hanno finalità terapeutiche né palliative, ma vengono attuate al fine di preservare in buono stato gli organi. Tra le attività previste si segnalano, ad esempio, i prelievi ematici per l'idoneità clinica alla donazione o la somministrazione di eparina, prevista nella fase finale del periodo agonico per prevenire le complicanze trombotiche⁶⁵⁶.

Sembra necessario, rispetto a tali interventi sul paziente, compiuti pochi minuti prima della morte e finalizzati, come detto, alla preservazione degli organi da destinare al trapianto, porsi alcuni interrogativi quanto alla loro legittimità, dal momento che non solo è da verificare che essi non siano motivo di ulteriore sofferenza per il paziente, ma è anche da chiedersi se tali interventi possano in qualche modo anticipare la morte del donatore.

È necessario, anche per la garanzia dei principi costituzionali analizzati nella prima parte di questo volume, che le azioni mediche compiute sul corpo umano prima della morte per preservare gli organi da destinare al trapianto non arrechino danno al paziente e non siano lesive della sua dignità.

Il CNB, con il parere del 9 dicembre 2021⁶⁵⁷, ha affrontato il tema che presenta molteplici profili critici e problematici, dal punto di vista etico e

⁶⁵⁶ CNT, *Consenso su procedure di donazione da donatore a cuore fermo controllata (cDCD) in Italia, Position paper e documento di indirizzo della Rete Nazionale Trapianti, 2023, reperibile sul sito www.trapianti.salute.gov.it. Nel documento si definiscono interventi *ante mortem* “quegli interventi necessari alla realizzazione del processo di donazione, che devono essere messi in atto prima del momento della morte. Comprendono il posizionamento di introduttori e guide e la somministrazione di eparina (che avviene dopo la sospensione dei trattamenti di supporto vitale)”, 20.*

⁶⁵⁷ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Accertamento della morte secondo il criterio cardiocircolatorio e 'donazione controllata': aspetti etici e giuridici*, 9 dicembre 2021, su Internet all'indirizzo web <https://bioetica.governo.it/it>.

giuridico. Nel parere ha affermato che “questi interventi sul corpo del morante per essere legittimi devono tradursi sempre in una azione prudente e proporzionata”, rispettosa della dignità della persona: gli interventi non devono essere causa di sofferenza ulteriore o di danni per il paziente; non devono interferire con il processo del morire (ossia non devono accelerare la morte); devono essere oggetto di adeguata informazione; devono rispettare sempre la regola del donatore morto e il mantenimento di un tempo congruo di osservazione; bisogna garantire l’indipendenza della decisione d’interrompere i trattamenti sanitari o di sostegno vitale dalla valutazione della possibilità della donazione di organi.

Tale ultima raccomandazione richiederà una particolare attenzione ai diversi motivi dell’interruzione dei trattamenti (futilità o inefficacia dei trattamenti, rifiuto o rinuncia ai trattamenti o DAT), “con percorsi che possono differire radicalmente fra loro dal punto di vista degli aspetti etici implicati”⁶⁵⁸.

In merito ai profili del consenso a questo tipo di donazione vanno evidenziate alcune criticità nelle ultime Linee guida del CNT del 2023 sulla manifestazione del consenso⁶⁵⁹, che contengono l’aggiornamento delle raccomandazioni sulla verifica della espressione di volontà alla donazione di organi e tessuti. A proposito del regime del consenso per la donazione controllata dopo accertamento di morte con criterio cardiocircolatorio, le Linee guida si limitano ad affermare che anche se tale forma di donazione “non era ancora praticata quando è entrata in vigore la legge 91/1999, la fattispecie va regolamentata alla luce della normativa vigente, e, quindi, la normativa vigente in materia di verifica della volontà è applicabile *in toto* in via estensiva”. I principi della leg-

⁶⁵⁸ A. DA RE-A. MORRESI, *Postilla* al Parere del CNB del 9 dicembre 2021, su Internet all’indirizzo web www.presidentza.governo.it, 14. Nella *Postilla* si afferma che “a completare la riflessione sarebbe necessario un secondo documento dedicato ai diversi scenari di fine vita a presupposto di questa specifica tipologia di donazione, scenari anche indicati dalla SIAARTI nella sua richiesta al Comitato Nazionale per la Bioetica”.

⁶⁵⁹ CNT, Deliberazione n. 2 del 19 maggio 2023, *cit.*

ge n. 91 sull'espressione di volontà alla donazione di organi sono, pertanto, pienamente efficaci anche per la donazione controllata.

Tuttavia, sarebbe necessario prevedere anche garanzie ulteriori, soprattutto ai fini dell'espressione di uno specifico consenso informato: infatti, gli interventi medici nei minuti che precedono la morte non devono ledere la dignità umana né interferire con il processo del morire e devono essere in ogni caso oggetto di una adeguata e specifica informazione.

Invero, la parziale applicazione della legge del 1999 – proprio sul regime del consenso e dell'informazione – richiederebbe garanzie adeguate e la previsione di misure specifiche.

Le stesse Linee guida riconoscono che in caso di donazione controllata dopo accertamento di morte con criterio cardiocircolatorio “la tempistica della manifestazione di volontà alla donazione nel contesto della relazione con i familiari del potenziale donatore è molto diversa... inoltre, la relazione con i familiari...si arricchisce di contenuti particolari, legati alla gestione del fine vita e della sospensione dei trattamenti futuri”⁶⁶⁰.

Il CNT, al contrario da quanto indicato dal CNB, nel documento “*Consenso su procedure di donazione da donatore a cuore fermo controllata (cDCD) in Italia*”⁶⁶¹ del 2023 raccomanda di “considerare non necessario, nel percorso di donazione cDCD, uno specifico consenso per le manovre e i trattamenti effettuati prima dell'accertamento della morte se finalizzati alla preservazione degli organi e di cui si sia data chiara e

⁶⁶⁰ Sul tema v. la Postilla al Parere del CNB citato di D. Morana, A. Da Re che ritengono che sarebbe necessario approfondire “i diversi scenari di fine vita a presupposto di questa specifica tipologia di donazione, scenari anche indicati dalla SIAARTI... la CDCD avviene in conseguenza della sospensione dei trattamenti sanitari e di sostegno vitale, con percorsi che possono differire radicalmente fra loro dal punto di vista degli aspetti etici implicati”, sul sito www.bioetica.governo.it.

⁶⁶¹ CNT, *Consenso su procedure di donazione DCD controllata in Italia: Position Paper e documento di indirizzo della Rete Nazionale*, 2 giugno 2021, rivisto il 25 gennaio 2023, consultabile sul sito www.trapianti.salute.gov.it.

completa informazione alla famiglia (Ungraded Statement)”. Il documento afferma che “in base alla legge n. 24 del 8/3/2017 viene attribuita alle Società Scientifiche la responsabilità di produrre linee guida e raccomandazioni di buona pratica clinica” e che, nonostante “non abbia ancora valore vincolante di lineeguida (validazione dell’ISS), il documento SIAARTI del 2018 ha una determinante valenza deontologica sui comportamenti da tenere in questa materia”. Si specifica, poi, che “tali procedure e trattamenti *ante mortem* comprendono ... alcune manovre invasive a basso rischio come l’inserimento di guide per il successivo posizionamento delle cannule necessarie per la perfusione post-mortem degli organi nel donatore prima del prelievo e la somministrazione di eparina”. Tali trattamenti effettuati prima dell’accertamento della morte, “mirati esclusivamente alla preservazione della funzionalità degli organi e condotti in accordo con le linee guida nazionali, secondo la proporzionalità del rischio per il paziente potenziale donatore e senza creare disagio alla famiglia, sono raccomandabili sia in presenza di consenso alla donazione in quanto il completamento del percorso donativo rappresenta l’interesse primario della persona sia in attesa della decisione dei familiari, in quanto l’obiettivo è di non pregiudicare la possibilità di donazione prima della eventuale “non opposizione” nei tempi previsti dalla legge”.

Il documento afferma, inoltre, “che nel caso di pazienti coscienti, con rifiuto dei trattamenti intensivi e volontà di donazione, è necessario concordare il percorso di gestione del fine-vita e acquisire il consenso rispetto alle manovre e agli interventi finalizzati alla preservazione degli organi, compreso l’eventuale trasferimento in Terapia Intensiva”.

Si ricorda, a tal proposito, quanto già detto sulla necessaria indipendenza tra accertamento della morte, scelte di fine-vita e donazione di organi, per escludere qualsiasi logica utilitaristica non rispettosa della dignità umana.

Per l’importanza dei principi sottesi alla fattispecie in esame ci si chiede, inoltre, se siano le Linee guida lo strumento più adatto a regolare una problematica che coinvolge la tutela della vita e della dignità del

paziente/donatore, la tutela della salute e della vita del paziente/ricettore, l'interesse della ricerca e della salute collettiva, il consenso informato e l'autodeterminazione personale.

Sono le stesse trasformazioni della prassi medica a richiedere, a ben vedere, una informazione completa, aggiornata e precisa rivolta a tutti i cittadini e un aggiornamento degli strumenti normativi, a garanzia del consenso, viste le carenze ultraventennali nell'attuazione della disciplina sui trapianti: appare quanto mai necessario ridare centralità e attenzione al momento informativo, indispensabile presupposto per l'espressione del consenso alla donazione e fondamento di sviluppo della stessa attività trapiantologica, per la tutela della salute e della vita dei tanti pazienti, oggi ancora in attesa.

7. La donazione di organi dopo l'eutanasia o il suicidio assistito

La problematica appena esaminata spinge a guardare oltre i confini del nostro Paese e, in particolare, verso gli Stati che consentono la donazione degli organi da destinare al trapianto (o alla ricerca) dopo aver richiesto l'eutanasia o il suicidio assistito. Tale donazione è ammessa ed eseguita, ad esempio, in Belgio, Paesi Bassi, Canada e Spagna⁶⁶². Una ricerca sui dati del Belgio indica che il 10% dei pazienti deceduti per eutanasia potrebbe essere idoneo per la donazione di organi⁶⁶³.

⁶⁶² Cfr. per il Belgio BOLLEN, J, TEN HOOPEN, R, YSEBAERT, D, VAN MOOK, W, AND VAN HEURN, E. *Legal and Ethical Aspects of Organ Donation after Euthanasia in Belgium and the Netherlands*, in *J. Med. Ethics*, 2016, 42(8):486-9. Sul Canada v. DOWNAR, J, SHEMIE, SD, GILLRIE, C, FORTIN, MC, APPLEBY, A, BUCHMAN, DZ, ET AL. *Deceased Organ and Tissue Donation after Medical Assistance in Dying and Other Conscious and Competent Donors: Guidance for Policy*, in *Can. Med. Assoc. J.*, 2019, 191.

⁶⁶³ BOLLEN, J, VAN SMAALEN, T, TEN HOOPEN, R, VAN HEURN, E, YSEBAERT, D, AND VAN MOOK, W. *Potential Number of Organ Donors after Euthanasia in Belgium*, in *Jama*, 2017, 317(14):1476-7.

Si consideri, inoltre, la richiesta avanzata di consentire che la donazione di organi dopo l'eutanasia sia diretta a pazienti specifici⁶⁶⁴: si ritiene questa una modalità per incrementare le donazioni e la compatibilità. I profili della libertà del consenso, invero, appaiono quanto mai condizionati, finendo per mettere a rischio la vita e la dignità del donatore, in una prospettiva utilitaristica.

Rispetto a tali possibilità – ricordando comunque che nel nostro Paese non esiste un diritto alla morte, ma un dovere di tutela della vita umana in capo allo Stato⁶⁶⁵ - è fondamentale tenere distinti dalla donazione di organi a finalità di trapianto non solo il problema dell'accertamento della morte ma anche la decisione sul fine vita, a tutela della libertà di autodeterminazione, della vita e della dignità dei pazienti: sia la dichiarazione di morte, sia il rifiuto delle cure e la richiesta sostanzialmente eutanasi devono essere indipendenti dall'eventuale prelievo di organi e da ogni considerazione di ordine utilitaristico, che non rispetti la dignità dell'essere umano. Anche il CNB raccomandava nel parere del 2021 “l'indipendenza tra il momento della decisione di interrompere i trattamenti sanitari o di sostegno vitale e la valutazione della possibilità della donazione di organi”.

In ogni caso si ricorda che esistono già nella l. n. 91 dei limiti che escludono alcuni soggetti dalla possibilità di donare, al di là delle considerazioni utilitaristiche circa la qualità dell'organo e la quantità degli organi da destinare al trapianto. Come già accennato la legge vieta, ad esempio, l'importazione in Italia di tessuti e di organi a scopo di trapianto da Stati la cui legislazione prevede la possibilità di prelievo e relativa vendita di organi provenienti da cadaveri di cittadini condannati a morte (art. 19, comma 4). Sarebbe, pertanto, opportuno estendere tale esclusione ai pazienti deceduti per eutanasia o suicidio assistito, per ga-

⁶⁶⁴ VAN DIJK N, SHAW D, SHEME S, WIEBE K, VAN MOOK WE BOLLEN J. *Directed Organ Donation After Euthanasia*, in *Transpl. Int.*, 2023, 36:11259.

⁶⁶⁵ Si ricordano, in tal senso, le sentt. della Corte cost. n. 135 del 2024, n. 50 del 2022, n. 242 del 2019 citate.

rantire la libertà da condizionamenti nel fine vita e riaffermare il dovere dello Stato di tutelare la vita umana, escludendo logiche utilitaristiche contrarie al rispetto della dignità dell'uomo.

8. La questione circa l'utilizzo di tessuti embrionali e fetali: il caso del neonato anencefalico

La scarsità di organi, soprattutto di piccole dimensioni e utili per gli interventi in età pediatrica, ha fatto sorgere una discussione circa la possibilità di ricorrere a organi prelevati da neonati anencefalici prima della loro morte.

Si vorrebbe, in sostanza, fare dei neonati affetti da siffatta grave patologia una categoria di donatori per trapianti in età pediatrica, come avviene in alcuni Stati degli USA⁶⁶⁶.

A tale possibilità ostano, tuttavia, sia il carattere inviolabile del diritto alla vita, sia la tutela della dignità della persona, esaminati nella prima parte di questo lavoro: il primo impone di effettuare trapianti da persone che sono morte; la seconda, poi, esige che non si determini una diversità di trattamento tra soggetti sani e malati.

In proposito va osservato come non sia possibile equiparare il neonato anencefalo in vita al morto cerebrale. La lesione cerebrale del neonato in questo caso è parziale e non coinvolge il tronco encefalico.

Dunque, la proposta di applicare un differente criterio di morte cerebrale, consistente nella sola assenza della corteccia cerebrale, esclusivamente per il neonato anencefalico, oltre che una violazione del diritto alla vita, "prefigura un'ipotesi di contrasto col disposto dell'art. 3 della Costituzione"⁶⁶⁷, in particolare con il principio di non discriminazione

⁶⁶⁶ Cfr. sul punto E. SGRECCIA, *Manuale di Bioetica*, cit., 853 s., ivi ampia dottrina.

⁶⁶⁷ A. CAPORALE, *Al confine tra la vita e la morte: il caso-limite dei bambini anencefalici. Aspetti bioetici e giuridici*, Milano, 1997, 116.

di fronte ai trattamenti sanitari e con quello della protezione della dignità dell'uomo⁶⁶⁸, analizzati nella prima parte di questo lavoro.

Proprio per tali ragioni il Comitato Nazionale di Bioetica ha affermato, in un documento specifico, che non può farsi di questi neonati una “categoria particolare, biologica o giuridica che sia”, al fine di reperire organi⁶⁶⁹.

Completamente diverso è il caso dell'accertata morte cerebrale del neonato, ipotesi nella quale invece si riaffaccia il problema generale innanzi esaminato della validità del metodo in vigore per l'accertamento della morte della persona.

⁶⁶⁸ A. CAPORALE, *loc. ult. cit.*

⁶⁶⁹ Comitato Nazionale di Bioetica, *Il neonato anencefalico e la donazione di organi*, Roma, 21 giugno 1996, su Internet all'indirizzo www.presidenza.governo.it. Sul tema, v. E.J. NIELSEN BUSCH, M.T. MJAALAND, *Does Controlled Donation after Circulatory Death Violate the Dead Donor Rule?*, in *The American Journal of Bioethics*, marzo 2022.

CAPITOLO TERZO
IL TRAPIANTO DI ORGANI *INTER VIVOS*

SOMMARIO: 1. I trapianti tra viventi: il principio del consenso informato – 2. La normativa sul trapianto di rene come modello per la disciplina dei trapianti tra vivi – 3. Il trapianto da donatore vivente e la questione della disponibilità della propria salute – 4. La donazione samaritana e quella c.d. incrociata

1. I trapianti tra viventi: il principio del consenso informato

Per l'analisi della normativa sui trapianti tra vivi, occorre muovere dal rilievo che l'attività di donazione di organi da vivente a fini di trapianto ha registrato negli ultimi anni un notevole incremento. Ad esempio, per le donazioni di rene da vivente il 2015 ha visto il raggiungimento di un record, come si legge nei dati di attività pubblicati dal Centro Nazionale Trapianti, essendosi superato “per la prima volta la soglia dei 300 prelievi”⁶⁷⁰. Nel 2023 la donazione da vivente è arrivata a quota 335⁶⁷¹.

La materia dei trapianti da vivente è ispirata, come visto, a principi in parte differenti rispetto al prelievo di organi da cadavere. Il prelievo da *vivo*, infatti, reca sempre una diminuzione della integrità fisica del donatore. La decisione, per esempio, di cedere il proprio rene comporta, “fuori da ogni dubbio... una diminuzione permanente all'integrità fisica del donante”: basti pensare alla possibilità che, successivamente al prelievo, “possa, per qualsiasi ragione, divenire non funzionante l'unico rene rimasto al cedente”⁶⁷². Il conflitto tra interessi e i valori in gioco è,

⁶⁷⁰ CENTRO NAZIONALE TRAPIANTI, *Dati di attività 2015*, cit.

⁶⁷¹ CENTRO NAZIONALE TRAPIANTI, *Donazioni e trapianti 2023*, cit.

⁶⁷² R. ROMBOLI, *I trapianti d'organo*, cit., 153.

dunque, molto alto, e non a caso il trapianto di rene è stato considerato il limite del costituzionalmente consentito⁶⁷³. In tale contrasto non solo “la salute come interesse della collettività e la salute quale diritto del singolo” non coincidono, ma la tutela della salute di altri consociati “si risolve in un pregiudizio per la salute (*rectius*: per l’integrità fisica)” del donatore⁶⁷⁴.

Occorre, dunque, interrogarsi, come si farà più avanti, sul rapporto tra la donazione di un organo e l’indisponibilità del diritto alla salute.

Nella legislazione dei trapianti tra vivi, infatti, sembrerebbe consentito mettere a rischio la propria salute per compiere un atto di solidarietà e salvare la vita altrui. La vita e la solidarietà sono considerati valori talmente importanti da consentire lesioni della integrità fisica a una condizione indispensabile: il consenso, libero e informato. Non potrebbe esserci, infatti, “un atto di donazione, espressione di solidarietà, se non ci fosse una consapevolezza motivata su tutte le conseguenze del gesto”⁶⁷⁵. Il dono da vivente di un organo doppio (è il caso del rene) o di parte di un organo in grado di rigenerarsi (come per il fegato) è pertanto “atto eroico e certamente supererogatorio”, che “non può essere perciò in nessun modo imposto”⁶⁷⁶. Infatti, per quanto riguarda i prelievi da vivente, essi non possono trovare fondamento nell’art. 2 Cost., che richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale. Come già evidenziato⁶⁷⁷, infatti, l’art. 2 Cost. non è in grado di imporre doveri ulteriori rispetto a quelli previsti dalle successive norme costituzionali, tra le quali certo manca la previsione relativa alla dona-

⁶⁷³ Cfr. F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, cit., 163, per il quale la normativa sui trapianti costituisce, come visto, il limite del costituzionalmente tollerato sia per la situazione psicofisica nella quale si troverà il cedente dopo il trapianto, sia per il dubbio circa la liceità del porre l’uomo nell’alternativa tra eroismo e rimorso.

⁶⁷⁴ E. MOSCATI, *Trapianti di organi*, cit., 815.

⁶⁷⁵ E. SGRECCIA, *Manuale di Bioetica*, I, cit., 840

⁶⁷⁶ C. SARTEA, *Il trapianto di rene tra viventi estranei: riflessioni biogiuridiche*, in *Med. Mor.*, 2010/3, 336.

⁶⁷⁷ V. *supra* par. 3, cap.II, parte prima e par. 1, cap. II di questa Parte.

zione dei propri organi: dunque, il “sacrificio personale” della vita e dell’integrità fisica “appartiene a un’etica superiore”⁶⁷⁸, che non può essere in nessun caso pretesa dallo Stato, ma liberamente scelta dall’individuo.

Lo Stato, in conclusione, “può apprezzare il sacrificio compiuto con riconoscimenti per così dire a posteriori di carattere straordinario ... ma non può imporlo, né pretenderlo e nemmeno favorirlo”⁶⁷⁹.

Non può essere, dunque, imposta la donazione di un organo da vivente, “perché lesiva della...libertà di salute”, protetta dall’art. 32 Cost., ma “la scelta di effettuarla diventa ...esercizio di un potere riconosciuto dall’ordinamento”⁶⁸⁰.

La garanzia dei diritti dei donatori impone al legislatore, come ha effettivamente fatto, di prevedere che il consenso possa essere in ogni momento revocato, fino al momento del prelievo. In tal senso dispone l’art. 2, co. 4, della l. n. 458 del 1967. Il consenso deve essere esplicito, informato e formalizzato. Anche sotto tale profilo si tratta di garantire al meglio il diritto alla salute e quello all’autodeterminazione, ferme restando le considerazioni svolte nella prima parte di questo lavoro su tale ultimo diritto.

L’obbligo d’informazione esaustiva ed esatta per la formazione del consenso vale, poi, anche per il ricevente l’organo: i rischi legati al rigetto e all’operazione di trapianto dovranno essere conosciuti e il consenso all’impianto dovrà essere, anche esso, esplicito e formalizzato. L’esplicita dichiarazione di assenso è, dunque, indispensabile per la

⁶⁷⁸ F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, cit., 109.

⁶⁷⁹ F. MANTOVANI, *loc. ult. cit.* Sul necessario consenso al prelievo contro forme di “espropriazione” v. E. MOSCATI, *Trapianto di organi*, cit., 822, il quale ricorda la decisione del Tribunale di Napoli del lontano 1972 in merito alla illecita utilizzazione non autorizzata di una cornea asportata a un “donatore” nel corso di un necessario intervento chirurgico; cfr. Trib. Napoli, sent. 14 marzo 1972, in *Dir. Giur.*, 1972, 394. L’Autore ritiene comunque che anche il diritto di proprietà nell’attuale sistema costituzionale sia “funzionalizzato alle esigenze di solidarietà sociale”.

⁶⁸⁰ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, cit., 139. Sulla distinzione tra libertà e potere v. *supra* par. 4, cap. I di questa Parte.

donazione dell'organo, non essendo possibile concepire il prelievo contro la volontà del donatore; ma è importante, già da ora, considerare, come si ribadirà nelle pagine che seguono⁶⁸¹, che “il mero consenso non appare di per sé sufficiente a produrre l'effetto dispositivo”⁶⁸², essendo infatti a tal fine necessaria l'autorizzazione del giudice.

2. La normativa sul trapianto di rene come modello per la disciplina dei trapianti tra vivi

Il trapianto di rene tra persone viventi è disciplinato in Italia sin dalla l. 26 giugno 1967, n. 458.

Il primo trapianto di questo tipo coronato con successo era stato effettuato tra due gemelli nel 1954. Come detto, oggi il trapianto di rene è molto diffuso e costituisce un'alternativa terapeutica valida per soggetti affetti da insufficienza renale.

La legge n. 458 del 1967 ha un ruolo fondamentale nella disciplina dei trapianti tra viventi poiché non solo per lungo tempo ha rappresentato l'unica deroga ammessa alla tutela del corpo prevista dal legislatore all'art. 5 c.c., già esaminato⁶⁸³, ma è anche la normativa alla quale rinviano le leggi successive in materia dei trapianti, in quanto compatibile. In particolare, si fa riferimento alla legge sul trapianto parziale di fegato, eseguito per la prima volta nel 1963 e disciplinato dalla l. 16 dicembre 1999, n. 483⁶⁸⁴ e, in tempi più recenti, alla legge sul trapianto parziale di polmone, pancreas e intestino, la l. 19 settembre 2012, n. 167.

⁶⁸¹ V. par. 3 di questo capitolo.

⁶⁸² E. MOSCATI, *Trapianto di organi*, cit., 820. L'Autore sottolinea come la funzione dell'autorizzazione, all'epoca del Pretore, sia “una vera e propria *condicio iuris* dell'effetto dispositivo, nel senso che prima del suo rilascio la fattispecie deve essere considerata incompleta”.

⁶⁸³ V. par. 3.2 del cap. I della Parte prima.

⁶⁸⁴ Non considera il prelievo parziale di fegato una deroga all'art. 5 c.c., nonostante l'espressa previsione come deroga da parte della l. 16 dicembre 1999, n. 483,

Quanto al trapianto di fegato, una parte di fegato, di solito quella destra, viene asportata da un donatore vivente volontario e viene trapiantata in un paziente affetto da una malattia cronica.

Come detto, il fegato dal quale è prelevata la parte da trapiantare ha la capacità, in seguito, di rigenerarsi autonomamente.

La legge n. 483 del 1999 rinvia interamente la disciplina del trapianto di fegato alla legge n. 458 del 1967, limitandosi a ribadire la gratuità della donazione e il fine esclusivo di trapianto terapeutico della stessa.

Come è stato osservato in dottrina, “l’estensione pressoché totale” della disciplina del trapianto di rene a quello di parti del fegato tra persone viventi “non era assolutamente scontata ed anzi...per più versi criticabile”⁶⁸⁵, in particolare per la diversa incidenza sull’integrità fisica del donatore che comportano i due interventi: mentre, come appena visto, il trapianto di rene sempre reca la diminuzione permanente all’integrità del cedente – e per tale ragione sono previste specifiche cautele – l’asportazione di parti di fegato da destinare al trapianto non produce una tale diminuzione permanente, essendo il fegato un organo rigenerabile. Non osta a tali conclusioni la considerazione della maggior complessità e pericolosità dell’intervento chirurgico per l’asportazione del fegato, rispetto a quello per il rene, non rientrando tali valutazioni nell’ambito del rispetto dei limiti di cui all’art. 5 c.c.,

MANTOVANI, il quale afferma che “dal punto di vista medico-chirurgico trattasi di prelievo di una modesta porzione (1/3 del peso complessivo) del fegato di un individuo sano, con rigenerazione automatica e funzionale completa e rapida di tale organo, neoformatosi” (*Donazioni e trapianti: prospettiva penalistica, cit.*, 1137). L’Autore considera il riferimento operato dalla normativa alla “deroga” all’art. 5 un “incidente legislativo” dovuto alla incompetenza: infatti, “la deroga, necessaria per la liceità del prelievo renale, poiché essendo i reni organi doppi, il prelievo di uno di essi comporta menomazione vietata altrimenti dall’art. 5 c.c., era inutile invece per il prelievo parziale di fegato, in quanto rigenerabile e non costituente, quindi, menomazione permanente”. Cfr. RODRIGUEZ-FRIGNANI, *Sulla liceità del prelievo di una parte di fegato da soggetto vivente a scopo di trapianto*, in *Giust. Pen.*, 1992, I, 97.

⁶⁸⁵ R. ROMBOLI, *I trapianti d’organo, cit.*, 155.

quanto piuttosto nel problema del “confine tra l’attività di trapianto terapeutico e quello di sperimentazione”⁶⁸⁶.

Il Parlamento ha, poi, approvato la l. n. 167 del 2012, che consente la donazione, a titolo gratuito, di “parti di polmone, pancreas e intestino al fine esclusivo del trapianto tra persone viventi”. La legge, anche in questo caso, rinvia alle disposizioni della l. n. 458 del 1967, in quanto compatibili. Nell’analizzare la disciplina del trapianto tra persone viventi occorre, dunque, far riferimento alla normativa sul trapianto di rene.

Per la grave incidenza sull’integrità fisica del trapianto di rene, in esplicita deroga all’art. 5 del c.c., “un sacrificio tanto importante”⁶⁸⁷ è consentito in virtù di vincoli personali, con una preferenza per quelli di consanguineità, che assicurano anche migliori probabilità di successo del trapianto. È consentito donare il proprio rene a genitori, figli, fratelli del paziente maggiorenni. Solo in caso di assenza di consanguinei o di idoneità degli stessi, la deroga può essere consentita ad altri parenti o estranei.

L’art. 1 della legge n. 458 del 1967 permette di disporre del proprio rene a titolo gratuito in favore di un paziente determinato. È previsto, sul versante sanzionatorio, che qualsiasi pattuizione privata che preveda un compenso in denaro o qualsiasi altra utilità a favore del donatore è nulla, garantendosi così che una parte del corpo come il rene, in attuazione dei principi costituzionali analizzati nella prima parte di questo studio, sia, secondo quanto messo in luce innanzi⁶⁸⁸, *extra commercium*.

La disciplina dei trapianti tra persone viventi non potrebbe seguire, pertanto, le logiche del mercato, essendo essenzialmente ispirata a principi solidaristici⁶⁸⁹, tanto più che la Costituzione prevede, all’art. 41,

⁶⁸⁶ R. ROMBOLI, *loc. ult. cit.*

⁶⁸⁷ D. CARUSI, *Donazione e trapianti: allocazione e consenso, cit.*, 1125

⁶⁸⁸ V. *supra*, cap. I di questa parte del volume.

⁶⁸⁹ Per una posizione contraria in dottrina v. M. LOCKWOOD, *La donazione non altruistica di organi in vita*,

in *Questioni di Bioetica*, a cura di S. Rodotà, Bari, 1993, 141.

che la dignità umana costituisca un limite all'iniziativa economica privata, secondo quanto già ricordato⁶⁹⁰.

A ulteriore riprova della delicatezza della decisione di donare o meno, è prevista l'autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria al prelievo dell'organo, rilasciata sulla base del referto medico e solo una volta che sia accertata la volontà libera del donatore.

Quest'ultimo deve essere maggiorenne, capace di intendere e di volere, a conoscenza dei limiti della terapia e "consapevole delle conseguenze personali che il suo sacrificio comporta" (art. 2). L'atto di disposizione è sempre revocabile e non tollera condizioni.

La normativa del trapianto di rene da vivente si applica direttamente, in virtù dei richiami legislativi sopra ricordati, a organi molto differenti tra loro, senza alcuna differenziazione che tenga conto delle caratteristiche dell'organo e delle funzioni nell'organismo umano. È il caso, per esempio, del trapianto di polmone, pancreas e intestino. Tali organi sono molto diversi dal rene: il pancreas e l'intestino, a differenza del rene, non sono doppi, mentre il polmone è organo doppio, ma non in grado di svolgere la sua funzione singolarmente, come invece può fare il rene. Il trapianto parziale di polmone è, poi, molto più complesso, dal punto di vista organizzativo e tecnico, degli altri trapianti: è, nella maggior parte dei casi, indispensabile una doppia donazione del lobo polmonare⁶⁹¹. Tali organi, infine, non sono in grado di rigenerarsi autono-

⁶⁹⁰ Cfr. sul punto R. ROMBOLI, *I trapianti d'organo*, cit., 156.

⁶⁹¹ Cfr. la Relazione alla Proposta di legge, c. 4003, presentata il 12 gennaio 2011, n. 4003, "*Norme per consentire il trapianto parziale di polmone tra persone viventi*", consultabile sul sito internet della Camera, alla pagina web www.camera.it. Nella Proposta di legge si legge che "sebbene la donazione di un lobo polmonare non sia in grado, nella maggior parte dei casi, di provvedere al bisogno dei pazienti affetti da insufficienza respiratoria terminale, essendo necessaria la donazione di due lobi polmonari contemporaneamente da due differenti donatori, e benché, da questo punto di vista, la complessità organizzativa e tecnica del trapianto polmonare da donatore vivente risulti maggiore rispetto al trapianto da vivente di altri organi, dove un solo donatore è sufficiente per ottemperare le necessità dell'individuo ammalato che deve essere trapiantato, tuttavia i benefici dell'avvio di un pro-

mamente, come il fegato. Si tratta di elementi tutti che devono essere oggetto di attenta analisi.

La garanzia di principi costituzionali, analizzati nella prima parte del lavoro, a protezione del donatore, in particolare il rispetto del suo diritto alla vita, come pure di quello alla salute, appare, infatti, richiedere diverse tutele a seconda dell'organo interessato al trapianto. *De iure condendo* sarebbe, dunque, opportuno che il legislatore seguisse una tecnica normativa diversa, consistente nel dettare una disciplina analitica che consideri specificatamente le caratteristiche di ciascun tipo di trapianto, prevedendo, ove necessario, opportune garanzie. Tuttavia, poiché così non è stato, è necessario che l'interprete tenga conto delle differenze tra i diversi tipi di trapianto, utilizzando cautele ed "un giudizio serrato circa il c.d. «grado di compatibilità normativa»"⁶⁹².

3. Il trapianto da donatore vivente e la questione della disponibilità della propria salute

Nell'analizzare la normativa in tema di trapianti *inter vivos* è indispensabile affrontare la questione circa la disponibilità del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. È evidente, infatti, come in caso di prelievo da donatore vivente, quest'ultimo subisca – nonostante abbia manifestato il suo consenso qualificato in tal senso – una menomazione alla propria integrità psico-fisica. Pertanto, il diritto alla salute del donatore potrebbe apparire derogabile o, comunque, disponibile, essendo consentita dal legislatore, in alcune ipotesi tassativamente indicate, la scelta di intaccare il proprio corpo per finalità solidaristiche.

Tale ricostruzione non può, tuttavia, essere condivisa. Al riguardo è da richiamare, anzitutto, quanto evidenziato nella prima parte di questo

gramma di trapianto polmonare da donatore vivente sulla popolazione di pazienti affetti da insufficienza respiratoria terminale in Italia sono facilmente rilevabili”.

⁶⁹² M. CICOIRA, *La l. n. 167 del 2012: ancora sul dono*, in *Giust. civ.*, 2013, 464.

studio, circa l'evoluzione che ha contraddistinto il concetto di "salute": se, infatti, inizialmente la salute era intesa quale semplice "assenza di malattia" – e dunque tutelata attraverso la difesa della sola integrità biologica, mediante interventi di tipo curativo – oggi essa si avvicina sempre di più all'idea di "benessere psico-fisico", per ottenere il quale sarebbe addirittura possibile compiere taluni atti dispositivi in qualche maniera lesivi della propria integrità fisica⁶⁹³. È il caso, ad esempio, degli interventi chirurgici demolitivi e, in particolare, degli interventi di chirurgia estetica, nei quali il godimento della libertà di salute ex art. 32 Cost. è in contrasto con l'integrità fisica.

Le due nozioni di salute e d'integrità fisica, dunque, non sempre coincidono: così è possibile "comprendere nella prima ogni stato di benessere che poggi sull'equilibrio di 'soma e psiche', anche se raggiungibile attraverso una menomazione dell'integrità fisica della persona"⁶⁹⁴. È all'interno di questa nuova prospettiva che va valutata la legislazione sui trapianti *inter vivos*, la quale non sembra consentire alcuna deroga all'indisponibilità del diritto alla salute, quanto piuttosto permettere, in casi limitati, la possibilità di intaccare l'integrità fisica, per finalità costituzionalmente garantite, legate al diritto alla vita e al diritto alla salute di un altro soggetto.

Il prelievo da persona vivente è, infatti, consentito dal legislatore purché la conseguente menomazione non metta seriamente a repentaglio la vita e la salute del donante. Conferma tali conclusioni la previsione della necessaria valutazione medica e collegiale preventiva sullo stato di salute del donatore, che, come si è poc'anzi visto, precede il *nulla osta* del giudice ai sensi dell'art. 3 della l. n. 48 del 1967.

Il donatore, in altre parole, non può disporre della sua salute, e per tale ragione non è ammesso alla donazione del rene, per esempio, il soggetto che soffra di insufficienza renale o di malattie sistemiche con interessamento renale, come anche chi soffre di disturbi respiratori o

⁶⁹³ Cfr. par. 6, cap. II della Parte prima.

⁶⁹⁴ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, cit., 17.

cardiovascolari. Anche il personale sanitario è tenuto “a garantire lo stato di salute e di benessere del donatore con indagini approfondite sia prima che dopo la donazione, osservando e perseguendo il principio di non nuocere al donatore vivente”⁶⁹⁵.

Anche la Corte di Cassazione ha chiarito la natura e la rilevanza del *nulla osta* dell’ autorità giudiziaria, evidenziando che esso, “stanti la finalità della legge, la sua *ratio* ispiratrice, come si desume dai lavori preparatori, non può considerarsi un mero intervento burocratico e ampiamente discrezionale”: esso costituisce, invece, “un provvedimento non di mera delibazione, ma penetrante nella regolarità, non solo formale, di una procedura sanitaria complessa e completa e che fa ragionevolmente presumere, essendo autorizzatorio, che tutti gli ostacoli prevedibili e possibili siano stati esclusi «allo stato», ossia che tutto si sia svolto nel pieno rispetto del «protocollo» previsto, con l’effetto che il giudice avrà fatto presente al donatore le caratteristiche del suo atto e delle conseguenze che gliene possono derivare sulla base del giudizio formato dal collegio medico”⁶⁹⁶.

Nella sentenza, poi, si mette in luce l’importanza di tale provvedimento del giudice, “previsto dal legislatore perché si tratta nel caso di trapianto tra viventi di atto che incide sul diritto all’ integrità della persona, come diritto della personalità, con effetti eventuali, ma possibili, di natura psicologica, sul «donatore», che si sottopone a rigorosi accertamenti di varia natura”⁶⁹⁷.

Le Linee guida per il trapianto da donatore vivente della Conferenza Stato- Regioni, del 31 gennaio 2002, confermano l’ inderogabile tutela della salute del donatore: su di esso “vengono effettuati accertamenti

⁶⁹⁵ L. BONFANTE, *Guida alla dialisi e al trapianto. Donazione di rene: che rischi ci sono?*, al sito web www.giornaleitalianodinefrologia.it, marzo 2013.

⁶⁹⁶ Corte Cass. Civ., sez. III, sent. 28 gennaio 2013 n. 1874.

⁶⁹⁷ Corte Cass. Civ., sez. III, sent. 28 gennaio 2013 n. 1874.

clinici che escludano la presenza di specifici fattori di rischio in relazione a precedenti patologie”⁶⁹⁸.

Il legislatore, dunque, consente i trapianti tra vivi, muovendo non dalla disponibilità del diritto alla salute della persona, quanto piuttosto dalla possibilità che ha quest’ultima di disporre della propria integrità fisica, attraverso la cui menomazione sarà possibile garantire il diritto alla salute e/o alla vita di un altro individuo.

La sentenza del 2013 della Cassazione appena ricordata sembra arrivare alle medesime conclusioni, utilizzando tuttavia in maniera discutibile le nozioni di salute e di integrità fisica, ora esaminate⁶⁹⁹.

In altre parole, nel bilanciamento tra i due diversi interessi “contrapposti” - l’integrità fisica da un lato ed il diritto alla salute e/o alla vita dall’altro - la legge ammette la possibilità di derogare al primo; e prevede dei “controlli” - che si sostanziano nella valutazione medica e nel *nulla osta* del giudice - tesi ad assicurare che il donatore stia effettivamente disponendo della (sola) integrità fisica, senza intaccare, invece, né la sua salute, dotata di protezione costituzionale, né tanto meno la sua vita, del pari garantita dalla Carta fondamentale.

⁶⁹⁸ Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato le Regioni e le Province autonome, *Accordo tra il Ministro della salute, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano sul documento di Linee-guida per il trapianto renale da donatore vivente e da cadavere*, del 31 gennaio 2002, consultabili alla pag. web www.salute.gov.it, punto 3.

⁶⁹⁹ Nella decisione si legge: “nel bilanciamento tra spinta di alta solidarietà sociale (artt. 2 e 3 Cost.) e diritto alla salute (art. 32 Cost.), quest’ultimo inteso come diritto alla integrità fisica del proprio corpo, in quanto facente parte dei diritti della personalità, la *prudentia legislatoris* propende per la seconda, senza disdegnare di favorire la prima, affidando al giudice, che, per sua natura, è il garante dei diritti, così come dell’adempimento dei doveri, non una mera attività rogante bensì coinvolgendolo nella sua funzione istituzionale... il diritto del “donatore” a revocare il suo consenso alla donazione esercitabile anche poco prima dell’intervento, e legislativamente previsto, è emblematico della sovranità attribuita dalla legge alla sua autodeterminazione libera e consapevole circa l’esercizio del diritto all’integrità psicofisica del disporre del suo corpo”.

È, per altro, da considerare contraria alla Costituzione l'attività "lesiva dell'integrità fisica che sia pregiudizievole alla salute o, altrimenti, alla dignità umana del soggetto"⁷⁰⁰. L'aver rimesso alla valutazione discrezionale del giudice il nulla osta al prelievo, atto indispensabile per poter procedere al trapianto, sposta "così la disciplina della fattispecie dal piano privatistico a quello pubblicistico"⁷⁰¹. La decisione del giudice, in questo senso, non solo è a protezione della libertà del consenso del donatore, ma è "necessaria per privare l'atto sostanzialmente dispositivo del carattere di autonoma manifestazione di volontà negoziale, direttamente produttiva di effetti giuridici" e, così, "garantire coerentemente il rispetto del vincolo derivanti dalla indisponibilità nelle relazioni intersoggettive" del diritto alla salute⁷⁰².

Dunque, anche la volontà individuale del soggetto, la sua autodeeterminazione deve "innestarsi, ai fini della validità dell'atto dispositivo, su circostanze preesistenti che al contempo ne fondano e ne circoscrivono la reale efficacia"⁷⁰³: la disponibilità sul corpo, e dunque la libertà di decidere in ordine ad attività incidenti su di esso, non è subordinata al solo consenso dell'interessato, ma incontra limiti oggettivi a tutela della salute dell'individuo, anche se dovessero risolversi in un esito contrario alla sua volontà⁷⁰⁴.

Spingendosi oltre in tali riflessioni, sempre attraverso l'evoluzione della nozione di salute operata sia in giurisprudenza sia in dottrina⁷⁰⁵, si potrebbe forse arrivare addirittura ad affermare che anche la tutela della salute, come benessere psico-fisico in senso lato, del donatore sarebbe

⁷⁰⁰ F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, cit., 83.

⁷⁰¹ Così A. LA TORRE, *Ego e alter nel trapianto di organi*, cit., 3, il quale ricorda che la legge non dice che il giudice deve autorizzare, ma che invece "può concedere...il nulla osta".

⁷⁰² B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 46.

⁷⁰³ E. PALMERINI, *Le scelte sul corpo*, cit., 11.

⁷⁰⁴ Cfr. F. MANTOVANI, *La responsabilità del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, 246 s.

⁷⁰⁵ V. par. 6, cap. II, della Parte prima.

garantita dalla possibilità di disporre della propria integrità per finalità di trapianto, soprattutto nei casi in cui beneficiario del trapianto sia un suo parente o prossimo congiunto.

A ulteriore conferma delle conclusioni raggiunte è importante ricordare come la tematica ora in esame evochi la nota distinzione tra i diritti di libertà – nel caso di specie quello alla salute – che riguardano il lecito materiale e l'esercizio di un potere, che si colloca invece nell'area del possibile giuridico⁷⁰⁶. La problematica in esame verte sulla possibilità per il titolare del diritto alla salute di rinunciare a una parte del proprio corpo – intaccando la propria integrità fisica - per donarla a un terzo.

Al riguardo si può osservare, in via generale, che il soggetto titolare di una libertà prevista dalla Costituzione, come nel caso della salute, “non è, per ciò stesso, investito del corrispondente potere, e quindi legittimato a porre in essere negozi giuridici che investano lo stesso settore di vita materiale”⁷⁰⁷.

Con riferimento ai trapianti tra vivi, quanto alla possibilità che l'ordinamento riconosce a una persona di donare parti del suo corpo a un'altra, ciò è consentito allorquando non si determini, come detto, una lesione della salute della prima. Nell'ipotesi in cui, invece, si prospettasse concretamente una tale possibilità l'ordinamento, per garantire il diritto alla salute, a livello di legislazione ordinaria in materia di trapianti, non riconosce alcun effetto all'atto giuridico di disposizione del corpo che ricade, invece, nell'ambito del divieto di cui all'art. 5 c.c., secondo il quale, come già più volte chiarito nella prima parte di questo lavoro, “gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume”.

In sostanza sembrano costituire coerente attuazione dei principi costituzionali a protezione del corpo, dettagliatamente analizzati all'inizio

⁷⁰⁶ Sulla distinzione si v. P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad usi di lezioni*, cit., 244 ss.

⁷⁰⁷ D. MORANA, *op. ult. cit.*, 133.

di questo studio, le leggi ordinarie che, derogando al divieto previsto nell'art. 5 c.c., consentono il trapianto di organi da una persona a un'altra, purché della prima vengano tutelati il diritto alla vita e quello alla salute, nell'accezione più recente sopra richiamata. La normativa ordinaria in materia di trapianti, dunque, conferma "l'esistenza di una vera e propria irriducibilità del potere di disposizione del proprio corpo (nella parte in cui incide sulla salute) rispetto alla libertà di salute"⁷⁰⁸.

Oltretutto, i limiti all'esercizio del potere negoziale che incide sulla salute della persona possono essere giustificati, inoltre, richiamando l'interesse della collettività alla salute, anch'esso sempre protetto, come si è visto nella prima parte di questo scritto, dall'art. 32 Cost.

4. La donazione samaritana e quella c.d. incrociata alla luce dei principi costituzionali a tutela del corpo

La fonte principale di organi da destinare al trapianto è certamente la donazione *post mortem*.

Seguono poi le donazioni da vivente da parte di consanguinei e, in quantità più ridotta, di altri parenti e persone vicine al paziente - in particolare il coniuge - a lui vincolati affettivamente.

La legge sul trapianto di rene consente, come ultima estrema possibilità, e solo in caso di assenza di consanguinei o di inidoneità degli stessi, la donazione da parte di estranei. Ed effettivamente, nella pratica, è molto raro il caso del c.d. donatore samaritano, un soggetto, cioè, estraneo, vivente e sconosciuto al paziente, del quale dovrebbe essere garantito l'anonimato. La legge, dunque, non esclude tale possibilità, "anzi la annovera tra le pratiche legittime, specificandone tuttavia il carattere residuale e subordinato all'inesistenza nel caso concreto delle possibilità alternative, che vanno dunque ritenute preferibili a mente del

⁷⁰⁸ D. MORANA, *op. ult. cit.*, 152.

legislatore”⁷⁰⁹. È consentita tale deroga all’art. 5 c.c., solo per finalità solidaristiche e per salvare la vita di un paziente gravemente malato.

Si è espresso su questo tema il Comitato Nazionale di Bioetica, con un Parere del 23 aprile 2010, “*La donazione da vivo del rene a persone sconosciute (c.d. donazione samaritana)*”, su richiesta dell’allora Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei Ministri⁷¹⁰ e a seguito di una “notizia diffusa dalla stampa di tre persone disposte a donare il rene a strutture mediche e a beneficio di estranei”.

Il CNB “a larga maggioranza ha ritenuto che la donazione samaritana sia legittima, dato che si tratta di un atto supererogatorio, come tale eticamente apprezzabile per il movente solidaristico che lo ispira e che esso non implica rischi maggiori, dal punto di vista medico, per il donatore vivente di quelli che sono presenti nell’ambito delle altre forme di prelievo di rene *ex vivo* (donazione tra consanguinei o “affettivamente legati”)”.

Ha, però, ricordato che tale atto eroico “non può essere preteso né sul piano morale, né tanto meno su quello giuridico” – in conformità a quanto sopra evidenziato con riferimento all’inesistenza di doveri fondamentali ulteriori rispetto a quelli esplicitamente disciplinati in Costituzione – e ha richiesto di assumere particolari precauzioni e cautele. Tra esse vi sono il rispetto del reciproco anonimato del donatore e del ricevente, l’informativa da parte della struttura medica completa ed esauriente sui rischi fisici e psichici da dare al donatore perché si formi adeguatamente il suo consenso, la verifica delle condizioni cliniche del donatore e la preferenza che dovrà essere accordata ai donatori in caso di “bisogno sopravvenuto di un rene”.

Al documento e alla pratica in sé sono state avanzate, tuttavia, delle critiche. In particolare, già nelle Postille contenute nel documento e successive al parere, viene ricordato come permettere la donazione del rene da parte di un soggetto estraneo e non affettivamente legato al pa-

⁷⁰⁹ C. SARTEA, *Il Trapianto di rene tra persone estranee: riflessioni biogiuridiche*, cit., 342.

⁷¹⁰ Parere consultabile alla pagina web www.bioetica.governo.it/

ziente, “pur con tutte le precauzioni possibili”, potrebbe portare “ad una prassi che può comportare – tra l’altro – un aumento di condizioni patologiche nella società per rispondere alle esigenze di salute di altri”⁷¹¹.

La tematica imporrebbe, dunque, di domandarsi fino a che punto possa legittimarsi una procedura che mette a sistema il sacrificio di una persona per la salute di altri, sconosciuti, e dunque in assenza di qualsiasi legame, creando, per di più, le premesse per un ulteriore problema per il futuro: quello dei donatori in stato di bisogno sopravvenuto di rene. In particolare, nella *Postilla* si legge che “anche se la solidarietà – nella sua dimensione della socialità (partecipare alla realizzazione del bene comune) e della sussidiarietà (intervenire con maggiore attenzione laddove c’è più bisogno) – è fondamentale nel vivere umano, c’è da chiedersi – però – se essa non abbia dei limiti”⁷¹². Dal punto di vista oggettivo si ricorda il valore incommensurabile di ogni vita, mentre da quello soggettivo occorrerebbe tenere conto dei rischi insiti nell’esercizio illimitato della solidarietà, che potrebbe portare a “una minore responsabilità verso se stessi e verso il proprio corpo”.

Una risposta a tali interrogativi può essere desunta dai principi costituzionali analizzati nel secondo capitolo della prima parte di questo lavoro e, in particolare, dal principio dell’indisponibilità della vita e della salute, dal principio di eguaglianza e da quello di pari dignità sociale, dal principio del consenso agli interventi sul proprio corpo. Essi impongono di proteggere il valore della persona umana in sé e per sé: “il sacrificio del donatore ...va valutato, innanzitutto, in se stesso, indipendentemente dalla comprovata altrui utilità” e anche nell’ipotesi in cui esso fosse utile ad altri “non potrà essere giuridicamente consentito quando pregiudichi tali valori”⁷¹³. Solo se non in contrasto con questi ultimi, dunque, la donazione samaritana potrà essere consentita, ma

⁷¹¹ M.L. DI PIETRO, *Postilla al Parere del CNB* citato.

⁷¹² M.L. DI PIETRO, *loc. ult. cit.*

⁷¹³ F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, cit., 78.

comunque mai imposta dai poteri pubblici, secondo quanto più volte chiarito nelle pagine che precedono.

L'interesse alla salute dell'insieme dei consociati, infatti, non può mai prevalere, in caso di conflitto, con il diritto alla vita e alla salute dei singoli individui, come si evince chiaramente dall'analisi svolta su tali diritti nelle pagine precedenti.

Da tali osservazioni emerge chiaramente che in un ordinamento personalistico come il nostro la salute collettiva non può “essere concepita come un bene contrapponibile a quello della salute individuale, bensì soltanto come la somma della salute di tutti i consociati individualmente presi”⁷¹⁴: essa è il riflesso della tutela della salute di ogni individuo, così come previsto dalla stessa formulazione dell'art. 32 Cost., che protegge la salute come “fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività”.

In conclusione, il sacrificio dell'integrità fisica di una persona in vista della salute di altri sconosciuti, come ricordato anche dal Parere del CNB sulla donazione samaritana, in virtù dei principi costituzionali analizzati nel presente lavoro, non potrà in nessun caso essere imposto, ma dovrà essere lasciato alla scelta dei singoli e comunque limitato da adeguate cautele, a tutela della salute, anche futura, del donatore.

Alcune considerazioni possono farsi, poi, per quella che viene chiamata “donazione incrociata”.

Tale tecnica, proposta per la prima volta già negli anni Ottanta⁷¹⁵ – praticata all'inizio in Messico, USA, Germania, Gran Bretagna e Olanda⁷¹⁶, e oggi in molti Paesi, tra i quali l'Italia⁷¹⁷, con accordi anche tra

⁷¹⁴ F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 112.

⁷¹⁵ F.T. RAPAPORT, *The Case for a Living Emotionally Related International Kidney Donor Exchange Registry*, *Transplantation Proceedings*, 1986, 18, 5 ss., *cit.* da E. SGRECCIA, *Manuale di Bioetica*, *cit.*, 829.

⁷¹⁶ Cfr. A. TUFFS, *Surgeons Perform Germany's First Crossover Kidney Transplantation*, in *British Medical Journal*, 2005, 798 s.

Stati per donazioni internazionali⁷¹⁸ – coinvolge coppie di soggetti che sono consanguinei o affettivamente legati, nelle quali vi è un soggetto bisognoso di trapianto di rene e un altro disponibile alla donazione, ma incompatibile con il primo dal punto di vista immunologico. Se vi sono due, o anche più, coppie in questa situazione e vi è compatibilità biologica tra donatore e ricevente di ciascuna coppia si può effettuare il trapianto incrociato a seguito della raccolta di consenso.

Vi sono anche ulteriori modalità di trapianto incrociato, come quello indiretto: in esso il donatore, membro di una coppia, offre l'organo a un paziente inserito nella lista d'attesa per i trapianti da cadavere, biologicamente compatibile. L'altro membro della coppia, bisognoso di trapianto, subentra nella posizione di colui che era in lista d'attesa e che ha beneficiato del dono del suo parente o congiunto.

Esiste, poi, il trapianto incrociato c.d. *domino*, in grado di far partire numerosi trapianti a cascata⁷¹⁹.

Il trapianto incrociato ha alcuni pregi, tra i quali quello di alta possibilità di successo, la riduzione dei soggetti in attesa e dei relativi tempi, il rispetto dei criteri di non discriminazione nell'accesso al trapianto.

La disciplina di questi schemi di trapianto avrebbe, tuttavia, bisogno di una specifica normativa, finalizzata a prevedere una valutazione più

⁷¹⁷ CENTRO NAZIONALE TRAPIANTI, *Protocollo per la realizzazione del trapianto di rene da vivente in modalità crociata (cross-over)*, 2018, disponibile su Internet all'indirizzo www.trapianti.salute.gov.it.

⁷¹⁸ La catena incrociata di donazione e trapianto è stata, ad esempio, realizzata nell'ambito della South Alliance for Transplant (SAT), un accordo internazionale che vede coinvolti Italia, Spagna, Francia e Portogallo per individuare programmi comuni di cooperazione con l'obiettivo di incrementare le risposte ai pazienti in attesa di ricevere un trapianto. V. CNT, *Comunicato, Donazione di reni da vivente tra Italia e Spagna: è il primo trapianto crossover internazionale dopo la pandemia*, 24 febbraio 2021, disponibile su Internet all'indirizzo www.trapianti.salute.gov.it.

⁷¹⁹ Lo schema di tale trapianto prevede che un donatore vivente (donatore 1) doni un organo a un ricevente compatibile, per il quale un soggetto consanguineo o affettivamente legato, biologicamente incompatibile con esso, sarebbe disponibile alla donazione (donatore 2). Quest'ultimo soggetto donerà l'organo al successivo paziente compatibile nella lista di attesa. A riguardo cfr. E. SGRECCIA, *op. ult. cit.*, 830.

stringente in merito al consenso, a determinare la scelta in relazione all'anonimato e a fissare norme che assicurino dal rischio di sfruttamento commerciale o da scopi di profitto.

Dal punto di vista costituzionale valgono anche per i vari tipi di trapianto incrociato considerazioni analoghe a quelle evidenziate in tema di donazione samaritana, in particolare in relazione alla necessità che siano protetti il diritto alla vita e alla salute dei donatori, nonché la dignità di questi ultimi.

La particolarità che presenta il trapianto incrociato è il legame, di sangue o affettivo, tra il donatore e il soggetto bisognoso dell'organo, tra loro immunologicamente incompatibili. Questo rapporto è, da una parte, in grado di incentivare il desiderio di sacrificare la propria integrità fisica per donare l'organo e per aiutare, indirettamente, il proprio congiunto, ma, dall'altra, suggerisce la previsione di cautele ancora più stringenti per quanto riguarda la tutela del consenso, la libertà da condizionamenti e i rischi di possibile sfruttamento economico del corpo umano.

CAPITOLO QUARTO

**NUOVE FRONTIERE: XENOTRAPIANTI, TRAPIANTO
DI UTERO E INTELLIGENZA ARTIFICIALE**

SOMMARIO: 1. Gli xenotrapianti – 2. I trapianti sperimentali: il caso del trapianto di utero – 3. L'intelligenza artificiale applicata nella medicina dei trapianti

1. Gli xenotrapianti

Per completare lo studio dell'impatto dell'evoluzione delle moderne tecnologie sulla protezione costituzionale del corpo umano nel campo dei trapianti d'organo analizzeremo alcuni traguardi della ricerca che aprono questioni, anche giuridiche, molto rilevanti.

L'evoluzione della ricerca in campo biotecnologico ha, infatti, aperto nuove frontiere per i trapianti, fino a poco tempo fa neanche immaginabili, tutt'ora in rapido e costante sviluppo, che rappresentano importanti possibilità di cura e di tutela della vita e della salute umana. Al tempo stesso, però, si presentano all'orizzonte anche nuovi pericoli per il corpo e per la dignità dell'essere umano, viste le potenzialità che il progresso racchiude.

Di fronte alla ricerca e all'innovazione tecnologica e scientifica, solo un approccio rispettoso della dignità di ogni essere umano, al di là delle considerazioni personali e sociali, e che chiama in causa anche le responsabilità (dei poteri pubblici, ma anche degli individui) sulla vita umana, dovrebbe trovare spazio in un ordinamento, come il nostro, che pone la persona umana come fine ultimo e la solidarietà "come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente"⁷²⁰.

⁷²⁰ Così, come visto, Corte cost., sent. 28 febbraio 1992, n. 75.

La prima nuova frontiera da esaminare riguarda lo xenotrapianto, il trapianto effettuato, cioè, tra individui di specie diverse e considerato oggi come “la strada più promettente da percorrere per porre rimedio alla carenza di organi”⁷²¹.

Grazie ai progressi scientifici, in particolare, nel campo dell’editing-genetico e della clonazione, utilizzare organi provenienti da animali per il trapianto è una via percorribile, anche se ancora molti sono gli ostacoli da superare. Lo xenotrapianto consentirebbe di aumentare la riserva di organi, tessuti o cellule per i trapianti, rimediando, così, alla carenza “cronica” di donatori umani.

Negli ultimi anni sono stati effettuati i primi xenotrapianti di cuore, rene e fegato⁷²². Gli organi provenivano tutti da maiali geneticamente modificati: i maiali sono, infatti, la specie più utilizzata nella ricerca. Anche i primati non umani sono stati utilizzati per i vantaggi derivanti dalle loro caratteristiche anatomiche, fisiologiche e immunologiche. D’altra parte, proprio per tali caratteristiche, è alto il rischio di trasmissione all’uomo di microrganismi infettati. Per questo motivo, oltre che per la scarsa disponibilità numerica di questa specie, il Nuffield Council of Bioethics già nel 1996 nel Regno Unito⁷²³ e il Consiglio d’Europa, con la Raccomandazione n. 1399 del 1999⁷²⁴, hanno escluso la realizzazione di xenotrapianti con i primati non umani.

Per siffatte ragioni i maiali modificati geneticamente sono la specie considerata più promettente nel campo della ricerca. Oltretutto spingono anche in tale direzione sia i motivi legati a caratteristiche della spe-

⁷²¹ M. LAVITRANO, *OGM animali e xenotrapianti*, in AA.VV., *Bioetica al futuro. Tecnicizzare l’uomo o umanizzare la tecnica?*, a cura di J. Tham, M. Losito, Città del Vaticano, 2010, 320.

⁷²² Cfr. M. KOZLOV, *Pig-organ transplants: what three human recipients have taught scientists*, *Nature*, 17.5.24.

⁷²³ NUFFIELD COUNCIL OF BIOETHICS, *Animal-to-Human Transplant: the Ethics of Xenotransplantation*, London, 1996.

⁷²⁴ Raccomandazione del Consiglio d’Europa 1399 (1999), in *Texts du Conseil de l’Europe en matière de bioéthique*, Strasburgo, 1999.

cie – hanno infatti progenie numerosa, e dunque, vi è una disponibilità elevata di animali e costi ridotti – sia caratteristiche fisiologiche simili a quelle umane e, infine, motivi di natura più tecnica: il primo concerne la possibilità di eliminare specifici agenti infettanti; il secondo riguarda, invece, un traguardo recente, e cioè la capacità di clonare i maiali, rendendo così più semplice la manipolazione genetica⁷²⁵.

Così, nel gennaio 2022 un uomo di 57 anni ha ricevuto presso la University of Maryland School of Medicine, per la prima volta al mondo, lo xenotrapianto di cuore⁷²⁶. L'organo proveniva da un maiale geneticamente modificato, creato appositamente per evitare il rigetto. L'uomo è sopravvissuto per oltre due mesi dal trapianto e per i ricercatori il decesso non è stato dovuto al rigetto. Nel settembre 2023 il secondo tentativo di xenotrapianto di cuore è avvenuto su un uomo di 58 anni: a 6 settimane dal trapianto l'uomo è deceduto a causa, questa volta, del rigetto, probabilmente causato da un virus che potrebbe aver scatenato una "cascata" di reazioni immunitarie. Nel marzo 2024 è avvenuto uno xenotrapianto di rene presso il Massachusetts General Hospital, su un uomo di 62 anni affetto da insufficienza renale terminale⁷²⁷: il rene trapiantato ha subito 69 differenti modifiche nel DNA per ridurre il fenomeno del rigetto. Il paziente è deceduto a quasi due mesi dal trapianto, per cause non correlate alla procedura. Nel quarto xenotrapianto a livello mondiale in una persona viva, è stato provato un nuovo approccio utilizzando il timo, un organo immunologico che potrebbe aiutare il sistema immunitario del ricevente a riconoscere l'organo trapiantato. Una donna americana affetta da insufficienza renale e cardiaca ri-

⁷²⁵ A. SPAGNOLO-M. PENNACCHINI, *Bioteconologie e xenotrapianti*, in AA.VV., *Bioteconologie e futuro dell'uomo*, a cura di M.L. Di Pietro, E. Sgreccia, Milano, 2003, 152.

⁷²⁶ Cfr. CHISHOLM-BURNS, M., KELLY, B.S. & SPIVEY, C.A. *Xenotransplantation could either be a friend or foe of healthcare equity*, in *Commun. Med.* 4, 2024, 85; GRIFFITH, BP et al. *Genetically modified porcine-to-human cardiac xenotransplantation.*, in *N. Engl. J. Med.*, 2022, 35-44.

⁷²⁷ MALLAPATY, S. & KOSLOV, M. *First pig kidney transplant in a person: what it means for the future*, in *Nature*, 2024, 628, 13-14.

schiava di morire: è divenuta nell'aprile 2024 la seconda paziente a sottoporsi a un trapianto di rene di maiale⁷²⁸. È stata operata prima per l'impianto di una pompa meccanica al cuore e poi, dopo circa una settimana, ha ricevuto l'organo suino, includendo per la prima volta anche la ghiandola del timo del maiale, posta sotto il rene trapiantato e in grado, secondo gli esperti, di riprogrammare il sistema immunitario del paziente in modo che non rigetti l'organo⁷²⁹.

Gli xenotrapianti effettuati hanno tutti ricevuto l'approvazione per "uso compassionevole" della Food and Drug Administration (FDA), concessa per la condizione di salute estremamente compromessa dei pazienti e l'assenza di trattamenti terapeutici alternativi. Alcuni ricercatori hanno richiesto alla FDA di iniziare gli studi clinici della procedura, per ottenere una valutazione sistematica della pratica. D'altra parte, nonostante le ricerche, ancora sono molteplici i rischi e gli "inconvenienti" degli xenotrapianti, per lo più legati al rigetto dell'organo dell'animale. È oggi da risolvere la problematica della reazione di rigetto iperacuto⁷³⁰ dell'organo del suino trapiantato nell'uomo, anche se si stanno sviluppando diversi metodi per prevenire tale problema, come per il rigetto acuto vascolare⁷³¹.

Al di là delle questioni tecniche e dei rischi sanitari legati agli xenotrapianti, quello che interessa in questa sede porre in luce è la tematica della liceità di tale possibile pratica medica, sotto il profilo specifico della protezione della dignità del ricevente: occorrerà, infatti, verificare quali saranno i limiti posti a tutela della dignità umana che lo xenotrapianto non dovrà superare. Saranno, pertanto, da affrontare importanti

⁷²⁸ KOZLOV M. *Pig-organ transplants: what three human recipients have taught scientists*, in *Nature*, 2024 May; 629(8014):980-981.

⁷²⁹ KOZLOV M., *op. ult. cit.*

⁷³⁰ Per rigetto iperacuto si intende la reazione avversa causata da anticorpi xenoreattivi preesistenti e dall'attivazione del sistema del completamento del ricevente.

⁷³¹ Il rigetto acuto vascolare è dovuto agli anticorpi xenoreattivi indotti e alla possibile infiltrazione delle cellule infiammatorie del ricevente, che invadono lo xenotrapianto. Cfr. A. SPAGNOLO-M. PENNACCHINI, *Biotecnologie e xenotrapianti*, *cit.*, 152 ss.

problematiche di natura antropologica, psicologica, etica e giuridica tra le quali: l'impatto dell'organo animale sull'identità del ricevente, e cioè sulla singolarità e sulla irriducibilità dell'uomo, i rischi sanitari per la collettività, il consenso all'intervento, l'eticità dell'utilizzo degli animali, gli interessi finanziari sottesi, la brevettabilità.

Una delle principali questioni da risolvere in materia di xenotrapianti riguarda il possibile rischio sanitario, che coinvolge non soltanto il ricevente ma anche l'intera collettività: è il caso delle infezioni potenzialmente trasmissibili dall'animale all'uomo, la c.d. zoonosi. Un altro aspetto non secondario è l'ottenimento del consenso del paziente: a differenza del trapianto, il consenso riguarderà esclusivamente il ricevente ma dovrà essere molto rigoroso sul piano informativo, con la previsione di cautele più stringenti. Nella situazione attuale, considerando gli alti rischi che gli xenotrapianti comporteranno nella fase iniziale, la garanzia del diritto alla vita e di quello alla salute del paziente e della collettività richiederanno che coloro che potranno ricevere l'organo animale dovranno essere soggetti gravemente malati e senza alternative allo xenotrapianto, come ad esempio soggetti affetti da gravi insufficienze epatiche: gli obblighi di informazione per il consenso dovranno contemplare tutti i rischi e maggiori dovranno essere le cautele da adottare in caso d'infezione. Lo xenotrapianto è, infatti, ancora oggi una terapia sperimentale, dal successo incerto, e che richiede un ingente impiego di risorse sanitarie e economiche.

Nonostante i rischi e i dubbi legati allo xenotrapianto, lo sforzo della ricerca, non solo scientifica, in questo settore si giustifica per il tentativo di salvare vite umane senza altre possibilità di sopravvivenza. In ogni caso, la ricerca sugli xenotrapianti, dovrà sempre rispettare la dignità dell'essere umano, che impone la massima cautela in ogni avanzamento, il monitoraggio attento dei risultati, la rimodulazione del disegno intrapreso in caso di necessità⁷³², senza dar vita a discriminazioni⁷³³.

⁷³² Sul punto cfr. PONTIFICIA ACCADEMIA PER LA VITA, *La prospettiva degli Xenotrapianti. Aspetti Scientifici e considerazioni Etiche*, 26.09.2001.

Alla luce di tali considerazioni occorre, tuttavia, ricordare come in Italia il d.lgs. n. 26 del 2014, di recepimento della dir. 2010/63/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici, esclude la possibilità di xenotrapianti di organi solidi (art.5, c. 2, lett. d); non è invece vietata la possibilità di xenotrapianti di cellule. Proprio per l'inadeguato recepimento della direttiva, l'Italia è stata messa in mora ex art. 258 TFUE dalla Commissione europea, che ritiene che la normativa interna preveda eccessive restrizioni all'impiego di animali per fini scientifici, anche nel caso del divieto di xenotrapianto, penalizzando la ricerca in Italia rispetto agli altri Stati⁷³⁴.

Nella normativa interna sono state, comunque, previste numerose proroghe all'entrata in vigore del divieto in esame: da ultimo, nell'ambito della conversione in legge del d.l. 228 del 2021 è stata approvata la proroga triennale che differisce al 1° luglio 2025 l'entrata in vigore del divieto di sperimentazione animale negli studi sugli xenotrapianti d'organo (art. 4, c. 6).

2. I trapianti sperimentali: il caso del trapianto di utero

Negli ultimi anni, grazie all'evoluzione tecnologica e alle nuove conoscenze scientifiche, accanto ai trapianti "consolidati", si sono sviluppate procedure trapiantologiche innovative, dette anche "sperimentali", per identificare nuove terapie.

La struttura ospedaliera che intende sperimentare un trapianto mai realizzato deve sottoporre al Centro Nazionale Trapianti (CNT) un protocollo sperimentale con l'indicazione di modalità specifiche, finalità e possibilità di riuscita. Deve essere acquisito il parere positivo da parte

⁷³³ Cfr. Cfr. CHISHOLM-BURNS, M., KELLY, B.S. & SPIVEY, C.A. *Xenotransplantation could either be a friend or foe of healthcare equity*, cit.

⁷³⁴ Procedura n. 2016_2013 del 28 aprile 2016, messa in mora da parte della Commissione Ue ai sensi dell'art. 258 TFUE per violazione del diritto dell'Unione, consultabile all'indirizzo web eurinfra.politichecomunitarie.it.

del Comitato Etico locale e il parere del Consiglio Superiore di Sanità che può approvare il protocollo per un numero limitato di trapianti, per verificarne poi i risultati. Dopo l'analisi dei risultati, il programma può passare dalla fase sperimentale a quella ordinaria⁷³⁵.

La fase di sperimentazione e sviluppo dei trapianti è, così, ancora in atto. Tanti sono in Italia i trapianti sperimentali – come quello di arti, di volto, di utero e di alcune tipologie di cellule. In questi ultimi anni si è assistito allo sviluppo di numerosi protocolli terapeutici innovativi basati sull'utilizzo di cellule e tessuti allo scopo di riparare o sostituire un tessuto danneggiato o di ripristinare funzioni perse, come l'utilizzo di cellule staminali derivate da midollo osseo o da tessuto adiposo per applicazioni in chirurgia ortopedica, vascolare, plastica.

Il Ministero della salute ha pubblicato nel 2023 un documento⁷³⁶ per la definizione del percorso e dei criteri da applicare in caso di trapianto sperimentale a base di sostanze biologiche di origine umana, le *Substances of Human Origin, SoHO*, già in precedenza richiamate. Il documento evidenzia che “lo sviluppo di questi protocolli innovativi di trapianto ha avuto un aumento quasi esponenziale, con applicazioni cliniche di vario tipo, talvolta non completamente in linea con l'iter di approvazione disciplinato dalle norme vigenti”. Protocolli innovativi poco chiari e non in linea con le norme vigenti possono avere un rischioso impatto sulla sicurezza dei pazienti: il documento, perciò, tenta di definire i criteri per stabilire quando protocolli terapeutici, basati sull'utilizzo di cellule e tessuti, debbano essere considerati talmente innovativi da essere ritenuti sperimentali e debbano seguire un *iter* di approvazione specifico.

Un esempio di trapianto sperimentale oggi eseguito in Italia è quello di utero, reso possibile dai progressi delle tecniche di fecondazione assistita e della medicina dei trapianti. Il trapianto dovrebbe rispondere al desiderio delle donne che hanno subito l'asportazione dell'organo o con

⁷³⁵ Cfr. MINISTERO DELLA SALUTE, *Trapianti sperimentali, documento, aprile 2023, consultabile sul sito <https://www.salute.gov.it/>*

⁷³⁶ MINISTERO DELLA SALUTE, *Trapianti sperimentali, cit.*

una infertilità assoluta da fattore uterino di portare a termine una gravidanza e dare alla luce un figlio⁷³⁷.

Il trapianto di utero si propone, così, quale alternativa alle pratiche di maternità surrogata in caso di infertilità.

A differenza degli altri trapianti di organo, quello di utero non rappresenta, però, una operazione “salvavita”, dal momento che l’operazione non riguarda un organo “vitale”: il trapianto consentirebbe, invero, alla ricevente di “dare la vita”. Nel mondo, il trapianto di utero è una procedura sperimentale, per lo più praticata dopo donazione da vivente. Il primo trapianto è avvenuto in Arabia Saudita nel 2000 da una donatrice vivente, ma con esito negativo: l’utero fu espantato dopo soli 3 mesi. Nel 2011 si segnala il secondo tentativo da cadavere: il trapianto riuscì ma non determinò una gravidanza. Il primo bambino nato da trapianto di utero si registra nel settembre 2014⁷³⁸.

In Italia, nell’agosto 2020 è stato eseguito con successo il primo trapianto di utero presso il Centro Trapianti del Policlinico di Catania⁷³⁹ su una paziente di 30 anni con infertilità causata dalla sindrome di Rokitansky da donatrice deceduta; a gennaio 2022 ne è stato effettuato, sempre a Catania, un secondo.

La donna che ha ricevuto il primo trapianto di utero ha condotto una gravidanza regolare e ha dato alla luce una bambina⁷⁴⁰. L’utero è stato donato nell’agosto 2020, in piena pandemia di Covid-19, da una donna

⁷³⁷ Si evidenzia che in letteratura si considera il trapianto di utero anche come uno dei potenziali metodi per “l’infertilità uterina assoluta dei transgender”. V., ad esempio, L. YANG et al., *Transplantation of the Uterus in the Male Rat*, in *Transplantation*, 2023, 1 ottobre 2023, 2168 ss.; A. TARDIEU et al., *Uterus transplantation in transgenders: Will it happen one day?*, in *J. Gynecol. Obstet. Hum. Reprod.*, 2019, 5 s.

⁷³⁸ V. M. CARDILLO, *Trapianto di utero: dalla speranza alla realtà*, in *Trapianti*, 2022, 63 s.

⁷³⁹ CNT, *Comunicato, Primo trapianto di utero in Italia, un evento storico per tutta la Rete*, consultabile su Internet all’indirizzo [www. https://www.trapianti.salute.gov.it](https://www.trapianti.salute.gov.it), 22 agosto 2020.

⁷⁴⁰ CNT, *Comunicato, È nata una bambina grazie al primo trapianto italiano di utero*, consultabile su Internet all’indirizzo [www. https://www.trapianti.salute.gov.it](https://www.trapianti.salute.gov.it), 2 settembre 2022.

di 37 anni, deceduta per arresto cardiaco improvviso, che aveva espresso in vita il proprio consenso alla donazione al momento del rinnovo della carta d'identità. A un anno dal trapianto la paziente ha iniziato a sottoporsi alle tecniche di procreazione medicalmente assistita: al secondo tentativo, a due anni dal trapianto, ha dato alla luce una bimba “che porta il nome della donatrice, e che è il compimento di un percorso disseminato di difficoltà, incertezze, ricerca”⁷⁴¹.

Il Protocollo sperimentale adottato e approvato nel 2018 dal CNT⁷⁴², con il parere positivo del Consiglio Superiore di Sanità⁷⁴³, prevede un percorso clinico-assistenziale della durata di 3 anni, con due finalità: l'esito favorevole del trapianto di utero da un punto di vista funzionale e l'esito positivo della gravidanza attraverso le tecniche di PMA e il taglio cesareo. Il Protocollo è rigido e consente in Italia il solo prelievo da cadavere; esso non è applicabile alle donne con età superiore ai 40 anni. L'indicazione principale del trapianto è l'infertilità assoluta del fattore uterino congenita, a causa di assenza di utero per Sindrome di Mayer-Rokitanski-Kuser-Hauser o a seguito di isterectomia per neoplasie o complicanze ostetriche. Le donne candidabili al trapianto devono avere una normale funzione ovarica e rispondere ai requisiti legali per l'accesso alla PMA. I medici dell'equipe multidisciplinare hanno il compito di valutare: l'idoneità della paziente che ne fa richiesta attraverso esami ematochimici e strumentali, visite ambulatoriali ed eventuali ricoveri ma anche attraverso una specifica valutazione psicologica e psichiatrica per verificare la motivazione ad eseguire il trapianto e le implicazioni psicologiche connesse all'intervento, al possibile fallimento dello stesso e alla gravidanza.

⁷⁴¹ M. CARDILLO, *Trapianto di utero*, cit.

⁷⁴² *Approvato in Italia il Protocollo sperimentale per il trapianto di utero*, in *Trapianti*, Vol. 22, n. 3, luglio-settembre 2018.

⁷⁴³ Consiglio Superiore di Sanità, *Protocollo sperimentale per il trapianto di utero*, parere positivo del 13 febbraio 2018, nel quale si mettono in luce anche le problematiche etiche, ma anche economico-sociali, per le ripercussioni che potrebbero svilupparsi nel futuro.

Il trapianto di utero consente a tutti gli effetti, anche biologici, alla donna di essere madre e di partorire il bambino ma, allo stesso, tempo è molto rischioso per la donna stessa. Anche se il trapianto è temporaneo, in quanto finalizzato alla procreazione – l'organo è, infatti, rimosso subito dopo la gravidanza – la chirurgia necessaria al trapianto è particolarmente complessa: sono indispensabili almeno tre operazioni sulla ricevente per il successo dell'intervento e per la nascita del figlio: l'impianto dell'utero, il parto cesareo e la rimozione dell'utero⁷⁴⁴. Oltre al fisiologico problema del rigetto, comune alle altre operazioni di trapianto, nel caso di trapianto di utero si segnalano, in sede di intervento, lacerazioni dei vasi sanguigni e della parete della vescica, e nel post-intervento infezioni legate a trombosi vascolari.

Si segnalano, inoltre, importanti rischi per la vita del bambino durante la gravidanza, per il pericolo legato alla “precarietà” del trapianto stesso. Tali rischi sono evidenziati, ad esempio, in uno studio pubblicato su *Bioethics*⁷⁴⁵, che analizza rischi e benefici previsti per i tre soggetti direttamente coinvolti: il bambino, il donatore e il ricevente. In particolare, per quanto riguarda il concepito si richiamano pericoli legati all'utilizzo delle tecniche di procreazione assistita, alla gravidanza sotto terapia immunosoppressiva e al parto prematuro con taglio cesareo. Queste procedure sono associate alla prematurità e al basso peso alla nascita, che aumentano il rischio di morbilità e mortalità infantile. Si è, inoltre, osservato che i dati a lungo termine sono quasi inesistenti a causa della novità della tecnologia: il rapporto rischio-beneficio per i bambini coinvolti nel trapianto rimane ancora poco chiaro.

⁷⁴⁴ Cfr. A. MULLOCK, A., E.C. ROMANIS, *Surrogacy and uterus transplantation using live donors: Examining the options from the perspective of 'womb-givers'*, in *Bioethics*, vol. 35, ottobre 2021.

⁷⁴⁵ C. BOZZARO et al., *Is suffering a sufficient legitimation for UTx?*, in *Bioethics*, 2023, 37, 350-358.

Un articolo recentemente pubblicato dalla *International Journal of Reproductive Biomedicine*⁷⁴⁶ esamina la distinzione tra donatore vivente e cadavere. In Italia, come si è visto, il Protocollo sperimentale prevede la possibilità di reperire un utero per il trapianto solo da cadavere. Non è così, però, in molti altri Stati, come la Svezia che prevede la possibilità di donare l'utero da vivente, con problematiche legate al prelievo molto rilevanti.

Per il prelievo di utero da cadavere sono valide e da rispettare le condizioni generali previste per il prelievo *post mortem*: in particolare, trovano applicazione le norme sull'accertamento della morte e sul consenso al prelievo dell'organo, esaminate in questo volume con riferimento all'ordinamento italiano.

Le tecniche di recupero dell'utero risultano essere, meno complesse rispetto alla donazione da vivente. Sarebbe, però, carente la valutazione medica pre-trapianto e la pianificazione degli interventi. La qualità dell'organo prelevato potrebbe essere inferiore rispetto al prelievo da vivente, con possibili effetti negativi anche per l'innesto dell'organo.

Per quanto riguarda, invece, la donazione di utero da vivente, diversi sono i valori in gioco e le problematiche giuridiche da considerare, anche alla luce degli importanti rischi per la salute della donatrice.

Il trapianto, come si è visto, è solitamente un'operazione salva-vita, ammessa come “limite al costituzionalmente consentito” e come deroga al divieto di cui all'art. 5 c.c. in vista della tutela della salute e della vita di una persona che ha uno o più organi gravemente compromessi, per spirito di solidarietà: il bilanciamento rischi/benefici nel caso di trapianto di utero è profondamente diverso e non paragonabile al trapianto di organi. Il trapianto di utero non riguarda, infatti, un organo vitale, ma avrebbe come finalità quella di “dare la vita” attraverso i progressi in campo biotecnologico: il fine non è ripristinare l'integrità corporea del-

⁷⁴⁶ TAHERKHANI S. *Differences between living and deceased donation in human uterus transplantation: A narrative review*, in *Int. J. Reprod. Biomed.* 2023, 14 aprile 2023, 193 ss.

la donna, ma ha conseguenze che non riguardano solo il ricevente, dal momento che il trapianto è destinato alla nascita di un figlio.

L'intervento chirurgico è generalmente lungo, complesso, molto invasivo e ad alto tasso di rischio anche per la ricevente. Si segnalano, inoltre, pericoli sul piano psicologico: si fa riferimento in letteratura a importanti conseguenze dovute sia all'eventuale fallimento del trapianto, sia al tipo di organo trapiantato: l'utero non è, infatti, un organo pari e la sua funzione viene completamente a mancare dopo il prelievo, ponendo il problema della "mutilazione" della donatrice. Sul piano psicologico un problema importante è legato poi alla circostanza che, generalmente, la donatrice è legata da un rapporto di parentela o di affetto con la ricevente. La complessa relazione tra donatrice e ricevente potrebbe avere, così, conseguenze sul piano delle relazioni familiari: la donatrice potrebbe rivendicare, ad esempio, diritti sul bambino eventualmente nato dall'utero donato, come la pretesa di un maggiore contatto con il neonato⁷⁴⁷.

Si segnalano, infine, rischi sul piano della libertà della scelta oppure sul pericolo di commercializzazione del corpo della donna.

In conclusione, il trapianto di utero comporta alti i rischi per la donna che lo riceve e che tenta di porta avanti la gravidanza, come pure per il bambino che dalla stessa dovrebbe nascere.

3. L'Intelligenza Artificiale applicata alla medicina dei trapianti

Nonostante gli importanti risultati raggiunti dalla medicina dei trapianti, alcuni ostacoli sembrano ancora non permettere il pieno sviluppo delle operazioni salva-vita di trapianto. Le principali problematiche, che limitano tale sviluppo, sono collegate alla mancata corrispondenza

⁷⁴⁷ S. TAHERKHANI, *op.ult. cit.*

tra domanda e offerta di organi, all’abbinamento donatore-ricevente e al rigetto, alle complicanze post-trapianto.

Numerosi studi in letteratura riportano il crescente sviluppo e l’importante contributo di applicazioni di intelligenza artificiale anche nella medicina dei trapianti. L’aumento dell’accesso alle informazioni e ai portali elettronici da parte dei pazienti, ma soprattutto la disponibilità di grandi set di dati sanitari – clinici, genetici, radiologici e metabolici sui trapianti – sembrano poter contribuire a migliorare l’assistenza personalizzata ai pazienti. Gli algoritmi di machine learning (ML) sono, così, applicati nella modellazione predittiva della mortalità in lista d’attesa, dell’abbinamento donatore-ricevente, della previsione della sopravvivenza, della diagnosi delle complicanze a breve e lungo termine post-trapianto e delle analisi farmacocinetiche.

Un esempio è fornito dallo studio internazionale, promosso dal *Translational Research Centre for Organ Transplantation*⁷⁴⁸, pubblicato su *Lancet Digital Health*, che ha sviluppato un sistema per la previsione della sopravvivenza dopo un trapianto di rene. I dati prodotti hanno bisogno, in ogni caso, dell’interpretazione del trapiantologo: il *machine learning* analizza gli eventi clinici assistendo i trapiantologi impegnati in decisioni complesse e imparando in maniera dinamica.

Un ulteriore studio pubblicato su *American Journal of Transplantation*, dal titolo “*The Emerging Role of Generative Artificial Intelligence in Transplant Medicine*”⁷⁴⁹, mette in evidenza come l’AI generativa (GenAI) potrebbe semplificare alcune attività di medici, scienziati, educatori, studenti e pazienti che si occupano di trapianti. GenAI potrebbe, così, aiutare i medici nell’analisi delle cartelle cliniche dei pazienti, riassumendo, ad esempio, storie mediche complesse; sotto la su-

⁷⁴⁸ M. RAYNAUD et al., *Dynamic prediction of renal survival among deeply phenotyped kidney transplant recipients using artificial intelligence: an observational, international, multicohort study*, *Lancet Digit Health*, vol. 3, dic. 2021.

⁷⁴⁹ M. DEEB et al., *The Emerging Role of Generative Artificial Intelligence in Transplant Medicine*, in *Am. J. Transplant.*, 2024, 18 giugno 2024, 2-4.

pervisione di un medico o di un farmacista, potrebbe creare una guida personalizzata sul dosaggio dei farmaci; nell'ambito della patologia dei trapianti, GenAI si sta dimostrando promettente nella gestione e nell'interpretazione dei dati delle immagini istopatologiche. L'AI generativa può, inoltre, aiutare nelle attività di ricerca sui trapianti, fornendo supporto alla progettazione, alla generazione di protocolli e alla identificazione delle principali problematiche etiche.

I principali ostacoli per l'implementazione dell'AI generativa nello spazio clinico dei trapianti sono, comunque, la preoccupazione per i dati imprecisi, la trasparenza dei modelli di AI e la regolamentazione della sicurezza dei dati medici. Le prestazioni degli algoritmi sono, inoltre, dipendenti dalla qualità dei dati di input.

Accanto alle prospettive di sviluppo offerte dalle nuove tecnologie, è importante evidenziare, anche alla luce dei principi costituzionali analizzati nella prima parte di questo volume, i rischi che esse possono comportare – come nuove forme di discriminazione e di lesione dei diritti (si pensi alla salute, alla vita, al consenso informato) –: si pensi al caso di una imprecisione o di un errore nell'algoritmo che può arrivare a influenzare un abbinamento donatore-ricevente o ad escludere categorie di potenziali riceventi o, anche, ad omettere dati importanti nella storia clinica del paziente.

Le problematiche ora richiamate non sono solo teoriche, ove si consideri, ad esempio, quanto avvenuto in ambito scolastico, con gli errori compiuti dagli algoritmi ministeriali nell'assegnazione delle cattedre ai docenti, questione che ha interessato già non pochi Tribunali italiani (da ultimo Trib. di Roma, sez. I Lav., sent. 4265 del 10 aprile 2024)⁷⁵⁰.

⁷⁵⁰ Cfr. la giurisprudenza di merito di numerosi Tribunali italiani ha riconosciuto e accertato l'illegittimo funzionamento dell'algoritmo ministeriale che gestisce le graduatorie (v. Trib. Cassino, sent. n. 23 del 14/03/2023), e assegnato sedi di lavoro ai docenti ingiustamente estromessi dall'assegnazione, riconoscendo, altresì, la meritevolezza delle richieste di risarcimento del danno (Cfr., da ultimo, Trib. Civ. Roma, sez. III lavoro, sentt. n. 1463/2023 pubbl. il 10/02/2023, n. 2990/2023 pubbl. il 23/03/2023, n. 3000/2023 pubbl. il 23/03/2023, sent. n. 3001/2023 pubbl.

Infine, un aspetto problematico, collegato al precedente, potrebbe riguardare la fiducia, necessaria per l'implementazione delle donazioni (e degli organi): l'uso dell'AI potrebbe essere accolto con scetticismo da parte dei pazienti e della cittadinanza chiamata ad esprimere un consenso in merito alla donazione.

Anche per tali motivi appare fondamentale ricordare l'importanza del ruolo dell'uomo chiamato a controllare l'uso delle nuove tecnologie nel campo dei trapianti, come in ogni ambito medico, l'esperienza e l'intelligenza umana restano indispensabili.

I modelli linguistici possono essere un ausilio per i medici, per i ricercatori, per i pazienti, ma sempre nell'ambito di un'attività – soprattutto quella medica e clinica – che rimane umana e relazionale, chiamando in causa anche la responsabilità dei soggetti coinvolti.

L'innovazione non è, infatti, neutrale e riproduce un certo ordine di relazioni, un ordine “pensato” per uno scopo, da chi l'ha realizzata e sviluppata. È fondamentale, allora, ricordare che il fine ultimo e centrale del nostro ordinamento costituzionale è la persona umana: a partire dall'art. 2, la Carta pone, infatti, al centro l'uomo in quanto tale, “nella concretezza della sua esistenza e non sulla base di astratte categorie dogmatiche”⁷⁵¹.

La tutela offerta al corpo umano dalla Costituzione, che guarda senz'altro con favore alla ricerca scientifica e tecnica, secondo quanto proclamato dall'art. 9 Cost., impone, anche nel ricorso alla tecnologia e alle sue applicazioni, l'assoluto rispetto della dignità dell'uomo e il divieto di ogni forma di discriminazione.

il 23/03/2023, sent. n. 3002/2023 pubbl. il 23/03/2023, sent. n. 3004/2023 pubbl. il 23/03/2023, sent. n. 3005/2023 pubbl. il 23/03/2023, sent. n. 4086/2023 pubbl. il 20/04/2023, sent. n. 8094/2023 pubbl. il 20/09/2023, sent. n. 8095/2023 pubbl. il 20/09/2023).

⁷⁵¹ F. VARI, *L'affermazione del principio d'eguaglianza nei rapporti interpretati. Profili costituzionali*, II ed., Torino, 2017, 53.

OSSERVAZIONI FINALI

A conclusione del lavoro occorre ricordare che l'evoluzione della ricerca in campo biotecnologico, le trasformazioni delle prassi mediche, l'ampliamento delle possibilità terapeutiche, le nuove possibilità di circolazione di organi, cellule e tessuti, come anche i cambiamenti dell'epidemiologia dei riceventi e dei donatori, i collegamenti alla tematica delle scelte di fine vita, impongono oggi di guardare alla materia dei trapianti con un rinnovato interesse e come punto di partenza per la promozione di una cultura del dono e della solidarietà. Quest'ultima spinge a rifiutare logiche individualistiche e utilitaristiche, per rispondere ai bisogni di chi è nella vulnerabilità e nella fragilità, nel rispetto della dignità di ogni essere umano. Nella materia un ruolo importante è svolto dagli aspetti relazionali e comunicativi, necessari per accrescere la cultura del dono e favorire i trapianti⁷⁵².

Negli ultimi anni sono stati raggiunti importanti traguardi, anche nell'ambito della ricerca.

Allo stesso tempo, come è stato messo in luce nella seconda parte del volume, la materia avrebbe bisogno di una più compiuta disciplina. In particolare, il regime del consenso alla donazione da cadavere, contenuto nella legge del 1999 e rimasto non attuato, sembra richiedere un aggiornamento e la previsione di ulteriori garanzie – anche alla luce delle nuove possibilità terapeutiche – che non possono essere del tutto demandate a prassi o a linee guida, vista l'importanza dei valori in gioco. La legge n. 91 del 1999 ha certamente rappresentato un passo importante per lo sviluppo della medicina dei trapianti, formalizzando, come si è visto, la Rete trapiantologica italiana e colmando un vuoto

⁷⁵² Cfr. ISS, Gruppo CARE (Comunicazione, Accoglienza, Rispetto, Empatia) e Gruppo CNT (Centro Nazionale Trapianti), *Manuale di valutazione della comunicazione nella donazione di organi e tessuti*, Rapporti ISTISAN 23/27 Rev., Roma, 2023.

lasciato scoperto per quarant'anni. La legge prevedeva una importante operazione d'informazione pubblica sulla tematica e la possibilità che ciascun cittadino potesse esprimere la propria volontà in merito alla donazione.

Sicuramente il sistema del silenzio-assenso istituito con la legge ha le sue criticità, tant'è che dopo più di venti anni rimane non attuato. È anche vero, però, che un sistema pensato per essere transitorio – il sistema attuale – non è anch'esso perfetto.

Appare allora importante interrogarsi nuovamente su quale sia il sistema migliore. Esso deve essere in grado di tutelare la persona senza affidarsi alla mera presunzione, vista anche la centralità oggi del consenso informato per gli interventi sul corpo. Allo stesso tempo il sistema deve essere capace d'incrementare il numero delle donazioni, promuovendo un'autentica cultura del dono, in un'ottica non meramente utilitaristica – e, cioè, tendente al solo incremento del numero degli organi, anche a discapito dei diritti –, ma personalista: occorre puntare a una disciplina che rispecchi perfettamente lo spirito dei principi costituzionali a tutela del corpo.

L'esperienza dimostra che, “a fronte di un allargamento del bacino di persone che hanno dichiarato la loro volontà (seppur in termini percentuali rappresentino ancora poco più del 55% degli aventi diritto), aumentano anche le opposizioni alla donazione”⁷⁵³: è, pertanto, fondamentale partire dallo sviluppo della conoscenza della materia dei trapianti, delle finalità e delle garanzie poste a tutela della vita del donatore e del ricevente, per promuovere la fiducia dei cittadini, il consenso alle donazioni e incentivare i trapianti. In tale prospettiva è necessario avere una normativa chiara: la certezza dei diritti del donatore e del ricevente è l'unico strumento per aumentare la fiducia pubblica, la consapevolezza e le donazioni.

⁷⁵³ M. CARDILLO, *La Rete trapiantologica italiana*, cit.

Nell'ottica della certezza del diritto, non può non rappresentare un punto problematico l'applicazione ultraventennale di un regime previsto come "transitorio" e, dunque, per definizione, provvisorio, non definitivo: un modello che già al momento della sua previsione legislativa non era ritenuto il migliore per la tutela dei delicati valori in gioco. Non stupisce, allora, il poco peso dato oggi alla informazione e alle campagne comunicative sulla donazione e sui trapianti: il modello non dà alcuna garanzia alla informazione e, pertanto, alla libertà della scelta. Questo vale anche quando ad essere chiamati a decidere sono i parenti in occasione del decesso di una persona che non ha espresso una volontà in vita: il momento della morte, estremamente delicato, problematico dal punto di vista comunicativo ed emotivo, non sembra essere quello più adatto, nell'ottica di un modello rispettoso dei principi costituzionali.

Nonostante questo problema ora evidenziato la disciplina dettata dal legislatore in materia di trapianti rappresenta un punto di riferimento importante per la protezione del corpo umano e rispecchia i principi costituzionali a tutela della dimensione fisica della persona.

La disciplina dei trapianti d'organo protegge, infatti, la salute, la vita, la libertà, la solidarietà, la gratuità degli atti legati al corpo e la dignità dell'essere umano. Una dignità che "fa tutt'uno con la vita stessa, è cioè insita nella *humanitas* della persona": di essa "se ne può predicare la sussistenza (e, con essa, la necessità della sua integrale ed incondizionata protezione) non soltanto prima che la persona veda la luce ma persino dopo che la vita stessa si sia spenta"⁷⁵⁴, come testimonia tutta la normativa dei trapianti da cadavere. Una dignità da proteggere in quanto "bene senza tempo"⁷⁵⁵.

⁷⁵⁴ A. RUGGERI, voce *Autodeterminazione*, *cit.*, 17.

⁷⁵⁵ A. RUGGERI, *loc. ult. cit.*

Euro 20,00

ISBN 978-88-32133-95-0



9 788832 133950

La rivista è stata fondata nel 2009 da Alberto M. Gambino ed è oggi pubblicata dall'Accademia Italiana del Codice di Internet (AIC) sotto gli auspici del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo - Direzione generale biblioteche e istituti culturali (DGBIC) e dell'Università Europea di Roma con il Centro di Ricerca di Eccellenza del Diritto d'Autore (CREDA). Tutti i diritti sono dell'AIC.

La rivista "Diritto Mercato Tecnologia" intende fornire un costante supporto di aggiornamento agli studiosi e agli operatori professionali nel nuovo scenario socio-economico originato dall'interrelazione tra diritto, mercato e tecnologia, in prospettiva interdisciplinare e comparatistica. A tal fine approfondisce, attraverso studi nei settori privatistici e comparatistici, tematiche afferenti in particolare alla proprietà intellettuale, al diritto antitrust e della concorrenza, alle pratiche commerciali e alla tutela dei consumatori, al biodiritto e alle biotecnologie, al diritto delle comunicazioni elettroniche, ai diritti della persona e alle responsabilità in rete.

Il volume affronta il tema della protezione costituzionale del corpo umano, alla cui luce è analizzata la disciplina dettata dal legislatore italiano in materia di trapianti d'organo.

Da un lato, l'attuale epoca del costituzionalismo multilivello si caratterizza per una crescente attenzione nei confronti della protezione del corpo, sintomo di una più profonda sensibilità per la persona e la sua tutela nell'esperienza giuridica. D'altro lato, il progresso tecnologico rende gli interventi sul corpo sempre più numerosi e incisivi. Si guarda, pertanto, con un rinnovato interesse alle vicende legate alla dimensione fisica della persona e ai limiti degli atti di disposizione del corpo, in forza dell'autodeterminazione. Le nuove tecnologie e le possibilità di far circolare organi e "materiale" umano richiedono anche un'analisi del regime utilizzato per questi nuovi "beni", come pure dell'eventuali conseguenze dello stesso sulle tradizionali categorie giuridiche.

In questo quadro di riferimento, riveste particolare importanza la materia dei trapianti d'organo, a ragione considerata al limite del costituzionalmente consentito. Si tratta, infatti, di un settore "di frontiera", nel quale ricostruire e analizzare il rapporto tra diritti e principi fondamentali in possibile collisione: tutela della vita e della salute, protezione della dignità umana, consenso informato e principio di solidarietà sociale.

Francesca Piergentili, Avvocato del Foro di Roma, è Dottore di ricerca in "Categorie giuridiche e tecnologia" nell'Università Europea di Roma, dove ricopre l'incarico di docente a contratto di Diritto costituzionale.

Autrice di pubblicazioni in materia di diritti fondamentali, ha fatto parte del gruppo di lavoro ISS Bioetica Covid-19 istituito presso l'Istituto Superiore di Sanità.