

Note sulla legge 1/4/1999 n. 91¹

**“Disposizioni in materia di prelievi
e di trapianti di organi e di tessuti”**

Vincenza Palermo*, Enrico Ravera**

LA LEGGE 1 APRILE 1999 N. 91 (DISPOSIZIONI IN MATERIA DI PRELIEVI

e di trapianti di organi e di tessuti), è stata salutata come strumento idoneo a risolvere definitivamente in Italia l'annoso problema dei trapianti legato, in maniera indissolubile, alla cronica carenza delle “donazioni” di organi.

Un'attenta lettura della normativa evidenzia però il travaglio sofferto dal Legislatore innanzitutto nell'affrontare e risolvere il nodo del consenso al prelievo d'organi e tessuti, nodo che è stato sciolto con soluzione che non sembra in ogni caso idonea e risolvere il problema e presenta altresì alcuni spunti d'incostituzionalità.

La normativa in commento inoltre ha dovuto rapportarsi con il concetto di

morte cerebrale, concetto che il Legislatore, secondo la miglior scienza medica, aveva già codificato², per definire “*tout court*” la morte ma che l'opinione popolare non aveva e non ha tuttora fatto proprio.

Da qui la palpabile preoccupazione di garantire a ciascun cittadino, oltre ogni necessità medica e giuridica, la volontà di essere oggetto di prelievo, come se tale atto medico dovesse compiersi su un soggetto ancora in vita e non già su un cadavere.

La morte è stata infatti identificata da sempre con la cessazione del battito cardiaco³ sicché i tempi non sembrano ancora maturi per scelte legislative

* Medico Legale, Dirigente di II livello, Responsabile del Servizio di Medicina Legale della ASL 9 di Ivrea;

** Giudice della sezione lavoro del Tribunale di Genova;

1. In Gazzetta Ufficiale 15 aprile 1999 n. 87 e qui riportata a pag. 150.

2. V. legge 29 dicembre 1993 n. 578, Norme per l'accertamento e la certificazione della morte, in Gazzetta Ufficiale 8 gennaio 1994 n. 5.

3. “Comunemente il momento della morte viene fatto coincidere con l'arresto del battito cardiaco (la c.d. “morte cardiaca”). L'assenza del battito cardiaco e dei polsi periferici, la presenza di un elettrocardiogramma piatto per non meno di venti minuti, sono i segni che, anche a termini di legge (art. 8 del regolamento di polizia mortuaria, 10.9.1990), consentono la diagnosi di morte. Tale condizione determina la cessazione, in termini perentoriamente irreversibili, della possibilità di recupero della funzione cerebrale e di tutti gli altri organi e apparati. Le tecniche di rianimazione hanno consentito di vicariare le principali funzioni biologiche (cuore, circolo, respiro) con mezzi strumentali, permettendo di creare un'apparenza di vita del tutto artificiale, anche nei pazienti con lesioni neurologiche globali e irreversibili. È pertanto possibile mantenere in condizioni straordinarie un cuore battente, reni e fegato funzionanti e così via, in un paziente con strutture cerebrali totalmente ed irrimediabilmente lese. Approvare e servirsi della definizione di “morte cerebrale” non significa però ridefinire il concetto di morte; soltanto indicare una nuova modalità di identificare la morte così da essere preparati ad utilizzare due formulazioni alternative: quella tradizionale di morte cardiaca e quella innovativa della morte cerebrale”, così il Comitato nazionale per la bioetica, 15.2.1991, Definizione ed accertamento della morte dell'uomo, Roma, 1991, pag. 11.

coerenti sia con il dato della scienza medica (la morte cerebrale è la morte) sia con quello giuridico (con la morte cerebrale l'individuo diventa infatti cadavere).

Il Legislatore, in definitiva, dovendo tenere necessariamente conto del concetto di morte cerebrale (di cui alla legge 578/93), ed essendo consapevole che la popolazione in realtà non ha ancora compreso tale concetto, ha cercato di superare l'evidente scarto tra l'attuale normativa (che riducendo ad unità il concetto di morte lo ha identificato nella cessazione irreversibile delle funzioni dell'encefalo) ed il comune sentire, affidando il futuro dei trapianti ad un'intensa campagna di informazione e rimettendo poi ad ogni cittadino la decisione sul prelievo degli organi.

Infatti il meccanismo di equiparare il silenzio-informato all'assenso, nel caso in cui il cittadino non esprima alcuna volontà, è legato da un lato alla completa informatizzazione del sistema informativo dei trapianti, dall'altro alla condotta degli operatori sanitari cioè a due elementi variabili che, tenuto conto sia della disomogenea organizzazione nel territorio dello Stato del Servizio Sanitario Nazionale (SSN) sia del comportamento tenuto dagli operatori nella vigenza della legge 644/75, lascia perplessi sulla concreta realizzazione dell'obiettivo trapianti⁴.

In altri termini, nella legge traspare lo

sforzo di ridurre ad unità concezioni sul trapianto tra loro antitetiche.

La gestazione della legge (preceduta da numerosi disegni di legge anche di iniziativa popolare⁵) è al riguardo significativa dell'acceso dibattito tra sostenitori di un una concezione privatistica del cadavere, ancorata alla tutela di un e vero e proprio diritto della personalità su di esso, e sostenitori invece di una concezione pubblicistica che, negando ogni diritto sul cadavere, pongono in evidenza l'incompatibilità di una concezione privatistica con il principio costituzionale della solidarietà sociale⁶.

Il cennato compromesso emerge inoltre dall'aver utilizzato espressioni come "donazione di organi e tessuti" (art. 4 comma 1), espressione del tutto atecnica e giuridicamente scorretta⁷, che risente però dell'impostazione individualistica del prelievo di organi e tessuti ancorato da sempre non al dovere sociale che deriva dai principi solidaristici espressi dalla Costituzione (art. 2), ma dalla libera scelta del singolo individuo, espressione di mero gesto di solidarietà individuale.

Il prelievo di organi quindi non come dovere ma come gesto volontaristico ed eccezionale che ancora oggi richiama l'attenzione sulle pagine dei giornali.

La legge in commento è quindi frutto di un compromesso sul consenso al prelievo, compromesso che ha condizionato il fine ultimo dichiarato dal

4. Per quanto riguarda il comportamento degli operatori sanitari la legge 91/99 ha introdotto rilevanti novità su cui v. infra §4.

5. Disegno di legge di iniziativa popolare n. 1288/97 AIDO, ANED ed altri.

6. V. sul punto Sala G.A., *Profili della disciplina giuridica*, in *La questione dei trapianti tra etica, diritto, economia*, Milano, 1997, pag. 26.

7. il Legislatore non ha infatti voluto fare riferimento alla disciplina della donazione quale atto di liberalità disciplinato dal codice civile: la donazione è infatti irrevocabile, salvo i casi di ingratitudine o sopravvenienza di figli, mentre tale disciplina sarebbe in evidente contrasto con il fatto che la dichiarazione di volontà al prelievo può essere in ogni momento revocata (art. 5 comma 1 lett. e), donazione che deve intendersi quindi in senso descrittivo "onde indicare il carattere di necessaria gratuità proprio degli atti di cui trattasi" così Giacobbe G., voce *Trapianti*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV, Milano, 1992, pag. 899.

Legislatore di aumentare il numero di prelievi e quindi di trapianti di organi, da conseguire anche attraverso una migliore organizzazione del SSN, legando tale obiettivo in primo luogo alla volontà di ciascun cittadino.

Tale volontà peraltro deve essere conseguenza dell'informazione che dovrà riguardare non solo la normativa sui trapianti ma anche la normativa sulla morte cerebrale.

In realtà la disciplina sul consenso coinvolge anche il regime giuridico del cadavere, regime di cui la legge non si occupa direttamente, ma che rivisita con rilevanti novità rispetto alla precedente normativa.

Le disposizioni in commento introducono infine per gli operatori sanitari maggiori responsabilità in quanto "le attività di trapianto di organi e di tessuti ed il coordinamento delle stesse costituiscono obiettivi del Servizio Sanitario nazionale" (art. 1 comma 2).

Quest'ultima disposizione, posta proprio in apertura della legge in commento, esprime la chiara volontà del Legislatore di considerare il trapianto una terapia che il SSN privilegia, volontà quindi che deve essere perse-

guita secondo quanto disposto dalla stessa normativa, salvo i casi in cui il Legislatore stesso abbia ritenuto prevalente un diverso interesse.

I DIRITTI SUL CADAVERE

Per cadavere si intende qualsiasi spoglia inanimata di un uomo, anche se priva di alcune sue parti, o di un essere che non sia mai vissuto, e cioè di un "nato morto"⁸.

Il nostro ordinamento accorda tutela al cadavere in alcune norme del codice penale (art. 410 e ss c.p.), mentre sul fronte civilistico la disciplina del cadavere e delle parti staccate del corpo si ricollega solo indirettamente alla tutela dell'integrità fisica di cui all'art. 5 c.c.⁹.

Le norme penali peraltro non sono dirette a tutelare il cadavere in sé e per sé, quanto i sentimenti di rispetto e venerazione cioè di pietà che il cadavere o i suoi resti suscitano nell'individuo¹⁰.

Dal punto di vista civilistico, invece, l'assenza di norme che tutelano direttamente il cadavere ha portato una dottrina a costruire il diritto sul proprio cadavere come diritto su cosa futura, cioè come potere di determinarne la destinazione¹¹.

8. La definizione è di Pesante M., voce Cadavere (diritto civile) in *Enciclopedia del diritto*, vol. V, Milano, 1966, pag. 265; deve peraltro osservarsi che è controverso il periodo dello sviluppo cui debba considerarsi cadavere un corpo umano. Per un quadro di sintesi del problema v. Carella A., voce Cadavere in *Enciclopedia medica italiana*, Firenze, 1974 vol. III e Carella-Prada O., voce Cadavere, in *Enciclopedia medica italiana*, Firenze, 1990, aggiornamento I, pag. 1177 e ss.

9. Art. 5 c.c.: "Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente all'integrità fisica o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume", tale disposizione non è evidentemente utilizzabile per i trapianti da cadavere: in tal senso v. Alpa G.-Ansaldo A., *Il Codice civile Commentario*, Milano, 1996, pag. 258; Dogliotti M., La vita e l'integrità fisica, in *Trattato di diritto privato a cura di P. Rescigno*, 1982, vol. II, pag. 82, sembra collegare la limitata disponibilità che il soggetto ha sul cadavere alla previsione dell'art. 5 c.c.; Pesante M., voce Cadavere, cit., secondo cui "l'atto di disposizione del proprio cadavere può rientrare entro l'ambito di applicabilità dell'art. 5 c.c. -con l'irrelevanza, naturalmente in questo caso, del limite speciale alla disponibilità quando e soltanto, appunto, sia posto in essere dal vivente e non già dai familiari".

10. V. sul punto Manzini V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, Milano, 1981-1985, pag. 71; Eusebi L., Beni penalmente rilevanti e trapianti d'organo, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1986, pag. 999, secondo cui il nostro ordinamento tutela la dignità delle spoglie umane in quanto oggetto del culto e della pietas nei confronti dei defunti e non come entità biologica. Secondo l'Autore la salma si pone come "strumento", non già come "oggetto" di questa peculiare tutela, alla quale rimane estraneo il prelievo di organi, compiuto con modalità rispettose della dignità del defunto e finalizzato al nobile scopo umanitario di promuovere la vita.

11. De Cupis A., I diritti della personalità, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di Cicu e Messineo, Milano 1982, pag. 189 e ss.

Secondo altra autorevole dottrina "deve piuttosto ritenersi che le spoglie umane siano di proprietà pubblica e abbiano la destinazione che richiedono anzitutto la pietà dei defunti, esigenze di polizia funeraria, esigenze dell'insegnamento e della sperimentazione e ancora la tutela della salute. Subordinatamente, e nel rispetto di tali esigenze, è riconosciuta una limitata rilevanza alla volontà manifestata in vita dal defunto e, in mancanza, alla volontà degli stretti congiunti. Non si può tuttavia parlare di un diritto di disposizione del proprio corpo come di cosa futura o del corpo del congiunto perché si tratta semplicemente di determinare alcune modalità in ordine alla sorte del cadavere (località della sepoltura, cremazione)¹².

La giurisprudenza, nelle rarissime occasioni in cui si è pronunciata, nel ribadire alcuni concetti pacifici in dottrina e cioè che il cadavere è cosa *extra commercium*, ha peraltro ritenuto che esso possa costituire oggetto di diritti. In particolare è stato riconosciuto al de cuius il diritto di disporre della salma ed ha affermato che tale diritto rientra tra quelli delle personalità¹³.

È nostra convinzione che il cadavere costituendo un oggetto del tutto pecu-

liare, pone difficoltà di classificazione secondo le categorie civilistiche.

È indubbio infatti che da un punto di vista naturale il cadavere (fatta eccezione per la sua imbalsamazione) è destinato alla mineralizzazione.

Ognuno di noi può decidere se renderla più celere con l'inumazione o più lenta con la tumulazione ovvero se sottrarsi ad essa con la cremazione.

In concreto si può disporre solamente sulle modalità della sepoltura (la destinazione scientifica così come la destinazione al prelievo di organi, comportano comunque la destinazione del cadavere alla sepoltura).

Non esiste quindi un diritto di proprietà sul cadavere (né da parte del soggetto in vita né da parte dei congiunti)¹⁴ ma, al più, un diritto a disporre (non del cadavere ma) delle modalità della sepoltura.

La normativa in commento si pone quindi su posizioni del tutto peculiari laddove riconosce a ciascun cittadino il diritto di disporre dei propri organi, cioè di parti del proprio cadavere. Tale diritto non ha sicuramente natura patrimoniale rientrando piuttosto tra i diritti della personalità. La convinzione è rafforzata dal fatto che il diritto di disporre sul prelievo si estingue con la

12. Bianca M., Diritto civile, vol. I, La norma giuridica. I soggetti, Milano, 1990, pag. 164; v. anche Dogliotti M., op. cit., pag. 84; il contrasto in dottrina tra posizione privatistica e pubblicistica è peraltro apparente: infatti il De Cupis, prima di esaminare a fondo i diritti sul cadavere umano, avverte che "d'altra parte, tale diritto privato (sul cadavere), ove sussista, incontra pur sempre il proprio limite nel pubblico interesse. L'interesse privato non può porsi in contrasto con questo, non può svolgersi ed attuarsi in usi e destinazioni, impresse al cadavere, che non siano conformate dal pubblico interesse -d'ordine così spirituale come igienico. Solo ella sfera corrispondente a tale limite, l'interesse privato, la volontà privata, possono trovare attuazione. Così intesto e circoscritto, il diritto privato sul cadavere ha esistenza nel nostro ordinamento giuridico", De Cupis A., op., cit., pag. 188; per una breve disamina di alcune posizioni nella dottrina giuridica e medico legale, v. Buzzi F.-Gabbrielli M., Commento al testo unificato sui prelievi di organi da cadavere proposto dal Comitato ristretto della Commissione Sanità del Senato per i disegni di legge n. 220 e n. 248/1994, in Archivio di medicina legale, sociale e criminologica anno 68, 1995.

13. Cass. 9 maggio 1969 n. 1584, in Foro Italiano, 1969, I, 3193; negli stessi termini Cass. 27 marzo 1958 n. 1033 in Foro It. 1958, I, 529; contra De Cupis A.: "È un diritto, dunque, che, pur avendo ad oggetto una cosa, è privo della qualifica patrimoniale. Ciò corrisponde allo speciale carattere delle cosa-cadavere: cosa che è residuo di un elemento della persona umana-corpo umano. Il diritto su siffatta cosa non è diritto della personalità, ma nemmeno diritto patrimoniale, op. it., pag. 189.

14. V. Rodotà S., Consenso individuale e consenso sociale, in Il trapianto d'organo nella società e nella cultura. Intervento alla conferenza dibattito sul tema., Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 1988, pag. 20.

morte della persona (elemento tipico dei diritti non patrimoniali) e che gli eredi non dispongono di alcun diritto, né *"iure proprio"* né *"iure successionis"*, per opporsi al prelievo fatta salva la possibilità di opposizione legata alla dichiarazione autografa del defunto (art. 4 comma 5). Inoltre non possono esprimere alcuna volontà i soggetti che non hanno la capacità di agire (cioè minori di età, interdetti ed inabilitati, art. 4 comma 3) il che rafforza la convinzione che il Legislatore abbia inteso il consenso o dissenso al prelievo un diritto personalissimo che come tale non può essere esercitato da nessun soggetto diverso che dal suo titolare.

IL CONSENSO AL PRELIEVO

Il testo normativo prevede l'interpello di ogni cittadino che dovrà obbligatoriamente esprimere il proprio assenso o dissenso al prelievo degli organi *post mortem* (entro 90 giorni dall'invito che ogni ASL dovrà notificare ai propri assistiti, art. 5 comma 1 lett. C): in caso di mancata risposta il cittadino verrà ritenuto donatore.

Il Legislatore ha quindi riconosciuto a ciascun cittadino il diritto ad esprimere la propria volontà in ordine al prelievo, diritto che deve inquadrarsi tra i diritti della personalità¹⁵, cioè tra quei diritti assoluti e personalissimi che si caratterizzano per essere indisponibili, intransmissibili agli eredi, non avere natura patrimoniale: essi si acquistano con la nascita e si estinguono con la morte.

Sotto questo profilo la normativa innova profondamente rispetto alla precedente, perché rileva solo ed esclusivamente la volontà del defunto e non già quella dei parenti. In tal senso la legge (art. 27¹⁶) pone rimedio anche alla disposizione di cui all'art. 1 della legge 301 del 1993¹⁷ che espropriava il defunto di ogni volontà positiva in ordine al prelievo della cornea rimettendo ogni decisione ai parenti, salvo dissenso per iscritto alla donazione da parte del deceduto.

Invero da questi scarni elementi normativi emerge che il Legislatore, a distanza di pochi anni, ha modificato radicalmente la costruzione giuridica del consenso al prelievo, cercando un punto di equilibrio tra la tesi privatistica estrema, rappresentata da quella espressa dalla legge 301/93 e quella di taglio pubblicistico della legge 644/75. Infatti nel regime della legge 644 del 1975¹⁸ il consenso doveva ritenersi presunto salvo diniego espresso in vita dal defunto ovvero opposizione scritta dei congiunti.

La prassi aveva poi stravolto il dettato normativo sicché di fatto erano i parenti a decidere: tal cosa da un lato rendeva più facile la vita al personale medico, dall'altro teneva conto non del dettato normativo ma di ataviche convinzioni legate a configurare la morte con la cessazione del battito cardiaco, alla venerazione e al rispetto del cadavere e, soprattutto, della volontà dei parenti.

15. Sui diritti della personalità v. De Cupis A., I diritti della personalità, Milano 1982; Messinetti D., voce Personalità (diritti della), in Enciclopedia del diritto, vol. XXXIII, Milano, 1984, pag. 355 e ss.

16. L'art. 27 abroga l'art. 1 della legge 12 agosto 1993 n. 301.

17. Art. 1 legge 12 agosto 1993: "... È consentito il prelievo delle cornee da cadavere 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": la prospettiva rispetto alla normativa in commento è del tutto rovesciata, perché la volontà positiva non trovava alcun riconoscimento.

18. Abrogata con effetto dal 16 aprile 1999: v. art. 28.

Il Legislatore del 1993 aveva in tal senso preso atto della consolidata prassi che veniva esercitata negli ospedali, e l'aveva formalizzata nell'art. 1 della legge 301 sul prelievo di cornea.

La legge in commento non segue l'impostazione delle citate normative ed esprime due regimi di consenso: uno transitorio ed un definitivo (che rispondono a costruzioni giuridiche tra loro del tutto differenti). Tutto ciò è indice del compromesso tra tesi privatistiche e pubblicistiche, tra chi sostiene che il cadavere appartiene allo Stato e tra chi lo ritiene invece nella disponibilità della famiglia. In altri termini al diverso modo di sentire e ritenere il prelievo un dovere sociale o un atto individuale di donazione.

Ciò che deve evidenziarsi è la diversa costruzione offerta tra regime transitorio e regime definitivo.

Del regime definitivo si è già brevemente delineato il meccanismo: se il cittadino interpellato non si esprime viene ritenuto donatore.

Il regime transitorio (art. 23), invece, modifica in parte il meccanismo già previsto dalla legge 644 del 1975 perché il dissenso al prelievo oltre che dal defunto può essere espresso per iscritto anche dai parenti ma di tale dissenso non si deve tenere conto se il defunto aveva manifestato volontà favorevole al prelievo (salvo che i parenti non siano in possesso di una dichiarazione contraria del de cuius successiva a quella favorevole al prelievo).

Lascia perplessi il fatto che il regime transitorio, più conforme a principi costituzionali rispetto a quello definitivo, resterà in vigore fino alla data di

attivazione del sistema informativo dei trapianti il che se da un lato fa sperare che di fatto diventi il vero regime definitivo, dall'altro mostra il segno della totale incertezza che ha governato la materia del consenso al prelievo.

Il regime transitorio infatti ha l'indubbio merito di fare prevalere la volontà del defunto su quella dei parenti migliorando in tal modo la legge 644 del 1975 che sul punto nulla diceva (e di fatto in caso di contrasto prevaleva la volontà dei parenti per evitare, nelle strutture sanitarie, contestazioni) e soprattutto di porsi in aderente armonia con i principi della Costituzione.

In questa materia infatti alcuni principi costituzionali sembrano passati in secondo piano.

Nella Costituzione, che pone al suo centro la Persona cioè l'Uomo, viene ad assumere particolare rilievo il diritto alla vita diritto che anche se non espresso esplicitamente da alcuna norma¹⁹, permea di sé la Carta Costituzionale. Del resto la vita è condizione primaria dell'esistenza della Persona e dell'esercizio dei suoi diritti costituzionali, politici e civili. Di non poco rilievo in tale prospettiva si colloca l'art. 32 Cost. che riconosce quale diritto inviolabile dell'uomo (ex art. 2 Cost.) quello alla salute, interesse non solo del singolo ma anche della collettività, diritto che qualora venga lesa, e non venga quindi adeguatamente protetto, determina necessariamente l'insorgere di un ostacolo di ordine economico e sociale che vulnera lo sviluppo della persona umana e la sua partecipazione alla vita collettiva (cfr. art. 3 Cost.).

19. Deve in tal senso ricordarsi che l'art. 27 comma 3° della Costituzione impone al legislatore di prevedere pene che non consistano in trattamenti contrari al senso di umanità e soprattutto che tendano alla rieducazione del condannato: in tal senso si spiega il divieto della pena di morte e le recenti prese di posizione politiche contrarie all'ergastolo.

Se il cardine costituzionale di riferimento è quindi la vita dell'individuo se cioè il bene che più di ogni altro deve trovare protezione (e soprattutto non può da nessuno essere in alcun modo leso), suona del tutto stonata la normativa in commento che dovendo scegliere tra la vita del cittadino in attesa del trapianto e l'integrità di un cadavere ha condizionato la salvezza della vita umana alla volontà espressa in vita dal cittadino, con l'assurda conseguenza che se tutti manifestassero dissenso al prelievo nessun trapianto verrebbe mai effettuato.

Devono quindi segnalarsi due evidenti contraddizioni:

- la prima è affermare che i trapianti sono obiettivi del SSN quando in realtà si demanda al singolo cittadino la concreta possibilità di effettuarli e quindi di realizzare l'obiettivo stesso del Servizio Sanitario.
- la seconda è ritenere il consenso al prelievo come consenso all'atto medico su persona vivente, da cui la disciplina è mutuata, e non come disposizione di ultima volontà su parte del cadavere.

Tutto ciò è spia dell'insicurezza che il prelievo avvenga non su un cadavere ma su un soggetto ancora tra la vita e la morte, quasi ad assecondare il sospetto che si tratti di eutanasia attiva. Il consenso al prelievo viene quindi

a deresponsabilizzare familiari, medici, società: in altri termini, il Legislatore ha in parte fatto propria l'opinione popolare che ricollega la morte alla cessazione del battito cardiaco, opinione che solamente la corretta informazione, nella prospettiva tracciata dal Legislatore stesso, dovrà col tempo essere superata.

Tra il bene vita (di chi è in lista di attesa) ed il bene cadavere viene accordata maggiore protezione al cadavere perché comunque il prelievo è condizionato all'avvenuto interpello ("i soggetti cui non sia stata notificata la richiesta di manifestazione della propria volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti ... sono considerati non donatori"). È evidente quindi che il meccanismo del consenso di cui all'art. 4 pone diversi profili di illegittimità costituzionale sia con riferimento agli art. 32, 2 e 3 della Costituzione sia per la evidente contraddizione insita nella norma in commento²⁰.

Infatti riconoscendo a ciascun cittadino il diritto di disporre o non disporre di organi e tessuti gli si attribuisce, come sopra osservato, un diritto della personalità che in quanto tale, secondo autorevole dottrina²¹ rientra tra i diritti inviolabili della persona di cui all'art. 2 della Costituzione²².

Equiparare il silenzio all'assenso a favore del prelievo ("...la mancata

20. Capizzano E., voce Vita e integrità fisica (diritto alla), in *Novissimo digesto italiano*, vol. XX, Torino, pag. 1009, secondo cui "nella prospettiva costituzionale sembra davvero legittimo il dubbio sull'incostituzionalità di leggi che condizionano alla volontà dell'estinto la possibilità di realizzare il precetto costituzionale della solidarietà e ad essa subordinano la possibilità di salvare la vita di un'altra persona, sì che, pur nel dovuto rispetto delle spoglie del defunto, sembra auspicabile la completa pubblicizzazione della disciplina dei prelievi dal cadavere..."; Perlingieri P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, pag. 319 e ss, ritiene non ammissibile per il legislatore emanare leggi che subordinano alla volontà della persona la realizzazione del precetto costituzionale della solidarietà; v. anche Giacobbe G., voce *Trapianti* cit.

21. V. Mantovani F., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, pag. 562.

22. Deve al riguardo ricordarsi che la Commissione affari costituzionale del Senato nella IX Legislatura, aveva espresso parere negativo al disegno di legge 220 (Bettoni) e 348 (Torlontano) individuando nelle norme che attribuivano alla mancata espressione della manifestazione di volontà valore di assenso un contrasto con l'art. 2 Costituzione: il testo era poi stato approvato dal Senato nella seduta del 30.11.1995.

dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione”), si pone quindi in insanabile contrasto con il diritto inviolabile di esprimere dissenso al prelievo.

Se infatti viene riconosciuto il diritto a dir sì ovvero a dir no al prelievo, la volontà non dichiarata non può trasformarsi in manifestazione positiva di volontà, perché è la stessa legge che ha individuato nella manifestazione negativa al prelievo l'esercizio di un diritto della persona, che verrebbe in tal modo violato. Ma ciò non può accadere perché trattasi di diritto inviolabile.

La normativa in commento appare comunque irrazionale oltre che per motivi giuridici anche dal punto di vista applicativo perché giocata sull'interpello individuale cui deve seguire una risposta del cittadino che deve essere censita.

Ma era opportuno censire milioni di italiani quando “solo una percentuale inferiore all'1% delle morti assume le caratteristiche della morte cerebrale”²³ Merita essere sottolineato infatti che tutto il rumore (e la spesa pubblica) che la normativa comporterà, riguarderà in concreto pochissimi soggetti: i prelievi infatti possono realizzarsi solamente su chi muore nei reparti di rianimazione, e riguarda conseguentemente una minoranza della popolazione. Viene da chiedersi se valeva la pena mettere in moto un meccanismo così complesso quale il censimento di tutti i cittadini quando in concreto solamente una minoranza (poche migliaia all'anno) sono i potenziali cittadini idonei al prelievo.

Probabilmente era più semplice ritenere il prelievo un dovere sociale previsto

dalla legge al quale era possibile, per chi non intendeva destinare il proprio cadavere al prelievo, manifestare il proprio dissenso (a mo' di obiezione di coscienza²⁴). In tal modo venivano rispettati tutti i parametri costituzionali innanzi delineati: infatti lo Stato nell'adempiere il compito di rimuovere ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3 Cost.), richiedeva al cittadino di adempiere il dovere inderogabile di solidarietà sociale (art. 2 Cost.) costituito dalla tutela della salute (art. 32 Cost.) di altro cittadino (in attesa di trapianto).

Al tempo stesso veniva rispettata, con l'obiezione, l'opinione personale, morale etica, religiosa, di chi è contrario al prelievo.

L'IMPEGNO DELLE PROFESSIONI SANITARIE

Ma l'approvazione della nuova legge offre spunto per qualche riflessione sui compiti e sulle responsabilità di alcune professioni sanitarie coinvolte nelle operazioni di prelievo e di trapianto di organi e tessuti.

Al riguardo la legge in commento è fortemente innovativa rispetto alla legge 644/75 e alla legge 301/93.

Come si è già avuto modo di evidenziare “le attività di trapianto di organi e di tessuti ed il coordinamento delle stesse costituiscono obiettivi del Servizio Sanitario nazionale”.

Tale disposizione non assume valore neutro rispetto alle professioni sanitarie ma indica un preciso traguardo cui devono tendere tutti gli operatori coinvolti nel procedimento per l'esecuzione dei trapianti.

Il prelievo, come è noto, è premessa

23.V. Comitato Nazionale per la Bioetica, Definizione cit., pag. 12.

24. In tal senso era il disegno di legge di iniziativa popolare n. 1288/97 presentato da AIDO, ANED ed altri.

indispensabile per effettuare successivamente il trapianto di organi o tessuti. Ma per effettuare nel miglior modo possibile il trapianto è indispensabile curare al meglio il prelievo: e ciò non solo da un punto di vista tecnico (cioè squisitamente medico) ma soprattutto da un punto di vista organizzativo per aumentarne il numero. Tanto maggiori saranno i prelievi tanto più l'obiettivo trapianti potrà dirsi raggiunto. Su questo punto la normativa ha previsto l'istituzione di nuove figure professionali: i coordinatori dei centri regionali ed interregionali e locali per i prelievi di organi (transplant coordinator). Tali figure professionali rivestono un ruolo centrale ed essenziale nel progetto organizzativo del SSN. Essi sono nominati rispettivamente dalla Regione e dal Direttore generale dell'ASL, scelti tra medici che abbiano acquisito esperienza nel settore dei trapianti, per le durate di cinque anni rinnovabili alla scadenza (artt. 11 e 12).

Occorre poi riflettere sul fatto che i centri per i trapianti sono costosi ed il processo di aziendalizzazione delle strutture sanitarie è divenuto oramai irreversibile.

Al riguardo l'art. 16 comma 2 della legge prevede che le regioni provvedano, ogni due anni, alla verifica della qualità e dei risultati delle attività di trapianto di organi e di tessuti svolte dalle strutture accreditate ed idonee ad effettuare i trapianti organi e tessuti, revocando l'idoneità a quelle che abbiano svolto nell'arco di un biennio meno del 50 per cento dell'attività minima prevista dagli standard disposti dal Ministero della Sanità²⁵.

È quindi altissimo il rischio, nel caso di riduzione del numero dei prelievi e

conseguentemente dei trapianti, che si abbia non solo il fallimento della legge ma soprattutto la chiusura di molte strutture sanitarie per trapianti.

Il Legislatore ha legato la riuscita dell'obiettivo trapianti da un lato ad una capillare informazione, che dovrebbe portare ad un elevato numero di dichiarazioni positive al prelievo, dall'altro al dovere per il personale sanitario di adoperarsi successivamente all'accertamento della morte a porre in essere le procedure previste per addvenire al prelievo di organi e tessuti.

L'informazione, innanzitutto, è come si è detto alla base del consenso al prelievo che ciascun cittadino deve esprimere. Lo schema utilizzato è quello del consenso-informato per una libera e consapevole scelta (art. 2 comma 1) al prelievo di organi e tessuti. Rispetto al passato, quando nessuna informazione era prevista e veniva in sostanza lasciata alla libera iniziativa delle associazioni di volontariato (AIDO) o dei rianimatori, (necessariamente nei confronti dei parenti del defunto), la nuova legge prevede invece che il Ministro della Sanità d'intesa con i Ministri della Pubblica Istruzione e dell'Università e della Ricerca Scientifica e Tecnologica, in collaborazione con scuole, enti locali, associazioni di volontariato, società scientifiche, AUSL e medici di medicina generale, promuova iniziative dirette a diffondere tra i cittadini la conoscenza delle disposizioni della legge sui trapianti nonché di quella sull'accertamento della morte (art. 2 comma 1).

Ruolo centrale nell'informazione assume innanzitutto il medico di medicina generale cui viene affidato un duplice ruolo: da un lato deve fornire un

25. Gli standard sono previsti dal Decreto Ministro della Sanità 29.1.1992 pubblicato nella G.U. n. 26 del 1.2.1992.

importante contributo alla corretta informazione ai pazienti (art. 2 comma 2), dall'altro ha il compito di sollecitarli ad esprimere la volontà in merito alla donazione di organi nel caso non l'abbiano ancora dichiarata (art. 5 lettera d). Diventa cioè ganglio nevralgico per la buona riuscita della legge perché si pone come punto costante di riferimento per il cittadino assumendo pertanto ruolo centrale nel favorire la formazione di volontà al consenso al prelievo.

Ma altri medici sono espressamente coinvolti nell'informazione.

Ai medici rianimatori è affidato il compito di fornire ai parenti²⁶ della persona deceduta informazioni sulle opportunità terapeutiche per le persone in attesa di trapianto nonché sulla natura e sulle circostanze del prelievo.

È inoltre compito dei coordinatori regionali o interregionali e locali (scelti tra medici che abbiano acquisito esperienza nel settore del trapianti) organizzare attività di informazione, di educazione e di crescita culturale della popolazione in materia di trapianti (art. 2 comma 2, art. 10 comma 6, art. 12 comma 2).

A tal fine i coordinatori possono avvalersi anche di collaboratori scelti tra personale sanitario ed amministrativo (art. 12 comma 3).

È importante rilevare al riguardo che, tra il personale sanitario, gli infermieri professionali possono assumere ruolo di prezioso supporto per medici ospedalieri coinvolti nell'attività di informazione. L'infermiere professionale ha infatti un ruolo strategico nel rapporto

con i parenti del defunto: la sua preparazione può infatti "favorire il processo di comprensione"²⁷ delle informazioni fornite dai medici, in virtù del rapporto assistenziale instauratosi tra l'infermiere professionale e la famiglia del paziente.

Tale fondamentale funzione in questa materia, ha fatto sì che in Spagna alcuni coordinatori dei trapianti siano scelti tra gli infermieri professionali. Di recente, anche in Italia, il nuovo codice deontologico degli infermieri professionali all'art. 4.18 prevede espressamente che "l'infermiere considera la donazione di sangue, tessuti ed organi un'espressione di solidarietà. Si adopera per favorire informazione e sostegno alle persone coinvolte nel donare e nel ricevere"²⁸.

La legge si preoccupa inoltre della formazione del personale prevedendo borse di studio sia per i medici che per il personale non laureato che svolga una delle attività prevista dalla legge, tra cui rientra sicuramente l'attività di informazione.

Deve poi rimarcarsi la circostanza che il Legislatore si sia fatto carico di diffondere la conoscenza della normativa sull'accertamento della morte.

È innegabile infatti che i cittadini debbano essere assicurati sia sul momento in cui un soggetto deve considerarsi morto sia sulla certezza della diagnosi clinica.

La legge n. 91 del 1 aprile 1999 punta molto sulla conoscenza delle disposizioni della legge 29 dicembre 1993 n. 578 "Norme sull'accertamento e la cer-

26. Coniuge non separato o convivente more uxorio o in mancanza ai figli maggiori di età o, in mancanza di questi ultimi, ai genitori ovvero al rappresentante legale (art. 3 comma 2).

27. Rodriguez D., *Compete solo al medico l'informazione nei confronti del paziente?*, in *Rivista di diritto delle professioni sanitarie*, 1998, pag. 72.

28. Codice deontologico approvato dal Comitato centrale IPASVI nel febbraio 1999, pubblicato nella rivista *L'Infermiere*, anno XLIII, n. 2, marzo-aprile 1999.

tificazione della morte”, ritenuta per il potenziale donatore legge ultragarantista. Si prevede, infatti, dopo la constatazione della morte cerebrale da parte del rianimatore, un accertamento scrupoloso effettuato da un collegio medico (art. 2 comma 5), nominato dalla direzione sanitaria, composto da un medico legale o, in mancanza, da un medico della direzione sanitaria o da un anatomopatologo, da uno specialista in anestesia e rianimazione e da un medico neurofisiopatologo o, in mancanza, da un neurologo o da un neurochirurgo esperti in elettroencefalografia. Il collegio deve esprimere un giudizio unanime sul momento della morte (art. 2 comma 9). Merita sottolineare che, il legislatore proprio in virtù della diffidenza mostrata dall’opinione pubblica, ha ravvisato la necessità di una procedura che non ha riscontro in altri paesi (ad esempio la Gran Bretagna dove è sufficiente la sola diagnosi clinica di morte da parte del medico di reparto). È pur vero che in questo settore i mezzi di comunicazione di massa non hanno contribuito a far chiarezza; spesso infatti si sono letti titoli a sensazione o notizie prive di fondamento la cui rettifica non ha goduto delle prime pagine dei giornali così come era accaduto per la falsa notizia. È anche con tale situazione che la legge appena promulgata deve fare i conti, tanto più che l’informazione assume momento centrale per il fine che la legge vuole raggiungere, cioè l’aumento dei prelievi di organo e quindi dei trapianti in Italia.

Il Ministero della Sanità dovrà quindi avere ruolo decisivo e strategico: a) nel promuovere iniziative nei confronti dei cittadini per la diffusione dei contenuti della legge in commento e di quella sull’accertamento e certificazione della morte, b) nell’elaborazione di corsi di

aggiornamento professionali obbligatori, c) nella vigilanza sulla chiara ed inequivocabile smentita di notizie a carattere scientifico non corrispondenti al vero e/o impostate ad allarme sociale (applicazione della legge n. 175 del 5 febbraio 1992, Norme in materia di pubblicità sanitaria e di repressione dell’esercizio abusivo delle professioni sanitarie e legge n. 47 dell’8 febbraio 1948, disposizioni sulla stampa, e successive modificazioni).

Dal punto di vista deontologico, si deve evidenziare che la FNOMCEO, nel nuovo codice di deontologia medica dell’ottobre 1998 non ha fornito alcuna indicazione sul comportamento che il medico a tale proposito deve adottare.

All’art. 38 si è limitata a recepire, in maniera notarile, che “il prelievo di parti di cadavere a scopo di trapianto terapeutico può essere effettuato solo nelle condizioni e nei modi previsti dalle leggi in vigore”.

Il codice professionale è sul punto lapalissiano perché è evidente che il medico deve rispettare la legge dello Stato. Sul punto era invece necessario dare indicazioni sul complessivo atteggiamento che il medico deve assumere sul problema del prelievo e trapianto di organi. Ma dopo la pubblicazione della legge 91 diventa indispensabile che il codice deontologico tenga conto delle nuove implicazioni deontologiche e giuridiche, sottolineando non solo le responsabilità professionali legate alla procedura di accertamento della morte e al prelievo di organi ma anche le implicazioni terapeutiche connesse al trapianto e alla sua ricaduta sociale.

Infatti la donazione di organi oltre ad essere un modo individuale di esprimere la solidarietà umana, grazie alla nuova legge costituisce un obiettivo specifico del SSN. Pertanto tutte le professioni sanitarie (ed i medici per

primi) devono sentirsi coinvolte in una attività che permetterebbe a più di 10.000 pazienti di non morire o di migliorare la propria qualità di vita. La legge in commento ha l'indubbio merito di ritenere il prelievo funzionale al trapianto, non tanto da un punto di vista medico, il che sarebbe del tutto ovvio, ma da un punto di vista giuridico e deontologico. Quando si verifica la morte di una persona, l'operatore sanitario non termina il suo compito, non sono finiti i suoi doveri che continuano invece per consentire la sopravvivenza ad un paziente in attesa di trapianto, sicché si deve adoperare al meglio nella riuscita del prelievo. Il prelievo non è più una facoltà affidata alla buona volontà del singolo reparto e quindi alla sensibilità del singolo medico: il prelievo è un dovere perché con esso si realizza l'obiettivo dei trapianti che è uno degli obiettivi del SSN. Da qui implicazioni di tipo giuridico e deontologico. Per completezza deve ricordarsi che il medico è altresì investito della problematica relativa non solo al prelievo di organi parenchimali, appannaggio in particolare delle divisioni di rianimazione ospedaliera, ma anche dei tessuti tra cui assume particolare rilievo la cornea. A tal proposito si deve puntualizzare che purtroppo l'art. 1 della legge 301/93, in cui è previsto l'esplicito assenso, non del *de cuius*, ma dei familiari entro il I grado (coniuge o in mancanza il figlio o in mancanza i genitori), sarà abrogato solo quando sarà attivato il servizio informativo dei trapianti nell'ambito del sistema informa-

tivo nazionale (art. 7 comma 2). La legge sul prelievo di cornea prevede peraltro all'art. 2 comma 3 che "il medico che dichiara la morte è tenuto a darne immediata comunicazione al più vicino centro per gli innesti corneali ...". Tale obbligo, regolarmente disatteso, assume significato diverso con la normativa in commento che come si è già detto ha disposto che "le attività di trapianto di organi e di tessuti ed il coordinamento delle stesse costituiscono obiettivi del Servizio Sanitario nazionale (art. 1 comma 2).

Il salto di qualità che la legge 91 introduce, rispetto alla normativa passata (cioè alla legge 644/75 e alla 301/93), è indicare le attività di trapianto di organi e tessuti tra gli obiettivi del SSN con conseguente dovere (e non facoltà) per il personale sanitario di adoperarsi per la loro piena realizzazione.

In altri termini il personale sanitario dovrà necessariamente attivarsi per la realizzazione dei prelievi di organi e tessuti.

Pertanto nel caso del medico che dichiara la morte l'obbligo di dare la comunicazione al più vicino centro per gli innesti corneali diventa un dovere non solo deontologico ma anche giuridico.

La mancata comunicazione costituisce pertanto, per i medici di medicina generale convenzionati con il SSN, inadempimento alla convenzione e, per i medici ospedalieri mancanza di rilevanza disciplinare, e per entrambe si configura anche responsabilità di rilevanza penale sotto il profilo dell'omissione di atti di ufficio (art. 328 c.p.)²⁹.

29. Art. 328 c.p.: "il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di ...igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo è punito con la reclusione da sei mesi a due anni"; deve rammentarsi che devono considerarsi pubblici ufficiali il medico convenzionato con la USL, il medico fiscale, il sanitario che presta attività professionale presso una clinica privata convenzionata, il medico di guardia di ruolo o convenzionale che sia, addetto ad un ambulatorio USL, i medici ospedalieri: v. Gennari M. e Sartori T., La nuova disciplina relativa ai delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione: riflessi sulle professioni sanitarie, in *Riv. it. med. leg.*, XV, 1993, pag. 11.

Sotto questo profilo gli obblighi ed i doveri della legge 91 assumono particolare rilievo: è questa infatti la più importante innovazione di tutta la normativa in commento, che inevitabilmente dovrà modificare atteggiamenti non solo dei medici impegnati nelle rianimazioni ma anche di quelli preposti ai controlli (direzioni sanitarie) e di tutti coloro che hanno doveri di vigilanza sugli obiettivi del SSN.

Ogni rianimazione avrà quindi il compito istituzionale non solo di salvare la vita di chi vi giunge ma anche, una volta ciò non sia più possibile, pervenire al prelievo di organi e tessuti per salvare la vita di chi è in lista di attesa per un trapianto. Questo è infatti l'obiettivo, per così dire secondario (dopo quello primario di salvare una vita di chi giunge in rianimazione): arrivare al prelievo per salvare altre vite umane. Non adoperarsi per far ciò significa non realizzare una finalità del SSN, il che ha sicuramente rilevanza disciplinare e contrattuale.

Ma il dettato normativo apre anche alla responsabilità penale.

Infatti l'art. 328 c.p. sanziona penalmente il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio (e tali sono medici ed infermieri di una struttura pubblica o in regime di convenzione) che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che per ragioni di ...igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo.

È evidente che in assenza del diniego al prelievo nei termini previsti dalla legge (e sopra riferiti) non ci saranno scuse o alibi per non procedere al prelievo che è sicuramente atto (cioè attività) che deve essere compiuta senza ritardo.

È di tutta evidenza inoltre che in caso di mancato prelievo l'indagine penale dovrà incentrarsi sul dolo, cioè sulla

volontà di non compiere il prelievo in assenza del dissenso nei modi previsti dalla legge: ma va da sé che i dati sui prelievi delle singole strutture unitamente al comportamento tenuto durante le fasi di cui all'art. 3 comma 2 sarà indice proprio della volontà di non porre in essere prelievi pur in presenza di tutti gli elementi previsti dalla legge per effettuarli.

Il dovere di porre in essere il prelievo, dando così concreta attuazione alla normativa in commento, trova unico limite, anch'esso di rilevanza penale e disciplinare, nel caso in cui il paziente abbia manifestato volontà contraria al prelievo (art. 4 comma 6). Tale divieto riguarda però esclusivamente i casi di prelievo effettuati in violazione (consapevole) dell'articolo 4 e cioè i casi di prelievo effettuati nei seguenti casi:

- soggetto cui non sia stata notificata la richiesta di manifestazione della propria volontà in ordine alla donazione di organi e tessuti (art. 4 comma 2);
- opposizione effettuata con dichiarazione autografa di volontà contraria al prelievo del soggetto di cui sia accertata la morte (art. 4 comma 5).

Al di fuori delle ipotesi sopra menzionate, per le quali il comportamento doloso, cioè volontariamente contrario a ciò che risulta all'esito delle indagini che devono essere effettuate prima di procedere al prelievo, è sanzionato penalmente, il personale sanitario non può esimersi dal procedere al prelievo, adducendo ad esempio quale scusante la volontà contraria dei parenti, perché in tal caso, per quanto si è già detto, si avrebbe ipotesi di omissione di atti di ufficio.

Al riguardo assumono particolare funzione di controllo e di stimolo per la corretta applicazione della legge non solo le direzioni sanitarie ma anche le

Associazioni di Volontariato che vengono ad assumere al riguardo ruolo prezioso di controllo diffuso nel territorio nonché di tutela per i malati in attesa di trapianto terapeutico.

In conclusione:

la legge 91 se presta il fianco a critiche per quanto riguarda la disciplina del consenso al prelievo, per motivi giuridici e per la eccessiva burocratizzazione che rischia di vanificare gli sforzi

voluti dal Legislatore, ha l'indubbio pregio di considerare i trapianti obiettivo del SSN e soprattutto di rafforzare, attraverso l'informazione, su cui il Ministero della Sanità dovrà al meglio controllarne la correttezza, il senso sociale e solidaristico del prelievo di organi e tessuti, prelievo che non può essere lasciato alla scelta individuale ma deve divenire definitivamente scelta sociale accettata da ogni cittadino.