

# MATERIALI PER UNA STORIA DELLA CULTURA GIURIDICA

FONDATI DA GIOVANNI TARELLO

ANNO XXXVIII, N. 1, GIUGNO 2008

Poste italiane s.p.a. - Spedizione in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Bologna.  
In caso di mancato recapito rinvia al CMP di Bologna per la restituzione al mittente previo pagamento dei resi.

**il Mulino**

CONSENSO, DISSENSO, «TERTIUM NON DATUR»  
Brevi note sull'introduzione del criterio del «silenzio-assenso informato» in tema di trapianti d'organo da cadavere

di Paolo Donadoni

Non vive ei forse anche sotterra, quando gli sarà muta  
l'armonia del giorno, se può destarla con soavi cure  
nella mente de' suoi?

Ugo Foscolo, *Dei Sepolcri* (26-30), 1806.

Non mi importa di che cosa succede quando muoio.  
Possono bruciarmi, possono farmi a fette, possono  
dare le mie palle alla scienza, non importa.

Charles Bukowski, intervistato da Fernanda Pivano,  
domenica 24 agosto 1980 a San Pedro, California.

1. *Oggetto: meccanismo acquisitivo del consenso e onere di attivazione del cittadino*

Questo scritto è dedicato all'analisi di alcune questioni relative all'introduzione del criterio del silenzio-assenso informato<sup>1</sup> in tema di trapianti d'organo da cadavere, come avvenuto in Italia ad opera della L. 91/1999<sup>2</sup>, in specie al disposto del suo art. 4<sup>3</sup>.

*Ringrazio la Dott.ssa Francesca Poggi per suggerimenti e critiche ad una prima versione di questo scritto, e il Dott. Mauro Grondona per la disponibilità della sua lettura. Ringrazio infine il Prof. Paolo Becchi ed il Prof. Pierluigi Chiassoni per avere discusso con me questi temi che successivamente, nel maggio 2005, hanno costituito oggetto di due seminari afferenti ai loro corsi di laurea presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova.*

<sup>1</sup> Da alcuni autori definito «*monstrum* giuridico» (P. Sommaggio, *Il dono preteso*, Padova, Cedam, 2004, p. 165, il corsivo è sull'originale).

<sup>2</sup> Legge 1° aprile 1999 n. 91, *Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti* (pubblicata sulla «Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana», Roma, CXXXX, serie generale, n. 87, di giovedì 15 aprile 1999, pp. 3-24). Tale legge è stata posta per disciplinare organicamente la materia, come dimostra sia l'art. 1 che afferma una finalità generale, che l'art. 27, che abroga la L. 644/1975 e l'art. 1 della L. 301/1993.

<sup>3</sup> L'art. 4 della Legge 91/1999 recita: «i cittadini sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e di tessuti del proprio corpo successivamente alla morte, e sono informati che la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione».

Per quanto tale criterio non risulti concettualmente nuovo (infatti, nell'attuale ordinamento giuridico lo riscontriamo sia in contesto civile che amministrativo), nuova è tuttavia la sua applicazione al tema dei trapianti, e nuova è altresì la funzionalità di tale applicazione. Pacifica la prima considerazione, verifichiamo la fondatezza della seconda.

Nel diritto civile, l'uso del criterio del silenzio-assenso risponde allo scopo di arrecare beneficio ad un soggetto senza richiedere la sua manifestazione di volontà, poiché si presume che egli accetti di buon grado la beneficialità delle conseguenze previste da altri in suo favore<sup>4</sup>. Tuttavia, ciò non esclude che tale soggetto possa rifiutare espressamente il beneficio.

In ambito amministrativo, il criterio del silenzio-assenso risponde a scopi di efficienza operativa (volto a combattere l'inerzia patologica della P.A.), ed in effetti soddisfa esigenze acceleratorie, specialmente dei subprocedimenti di controllo, per lo più sottoponendoli a termini rigorosi ed abbreviati, così ottimizzandone la tempistica<sup>5</sup>.

In ambedue i contesti rassegnati, pertanto, il criterio del silenzio-assenso si dimostra funzionale al perseguimento di scopi direttamente benefici per la persona implicata.

In tema di trapianti, invece, non si può parlare di alcun beneficio per la persona implicata, dato che il silenzio del cittadino interpellato viene considerato quale consenso per atti compiuti in favore (non suo, ma) di terzi. La *ratio* sottesa dall'introduzione di tale criterio in tema di trapianti, pertanto, non risulta affatto assimilabile alla *ratio* che ne giustifica l'applicazione in contesto civile e amministrativo.

Poiché la L. 91/1999 introduce il criterio del silenzio-assenso solo nella sua disciplina definitiva (art. 4), ci occuperemo esclusivamen-

<sup>4</sup> Si abbia riguardo, ad esempio, agli istituti contemplati nel Codice Civile, libro IV, *Delle obbligazioni*. Nel contratto con obbligazioni a carico del solo proponente (art. 1333 cod. civ.) con la proposta diretta a concludere un contratto che preveda obbligazioni a carico del solo proponente detto contratto si ritiene concluso salvo che colui al quale è destinata non la rifiuti entro il termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. Nel contratto a favore di terzi (art. 1411 cod. civ.) i contraenti possono concludere un contratto a favore di un terzo, il quale tuttavia può rifiutare di profittarne. Nella remissione di debito (art. 1236 cod. civ.) la dichiarazione del creditore di rimettere il debito estingue l'obbligazione del debitore salvo che quest'ultimo dichiari entro un congruo termine di non volerne approfittare.

<sup>5</sup> Ad esempio, cfr. art. 20 Legge 7 agosto 1990 n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi* (pubblicata sulla «Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana», Roma, CXXXI, serie generale, n. 192, di sabato 18 agosto 1990, pp. 7-16).

te di quest'ultima, prescindendo dalla fase transitoria (art. 23)<sup>6</sup> a tutt'oggi in vigore<sup>7</sup>.

Il punto nevralgico concerne la manifestazione di volontà dei cittadini sulla donazione dei propri organi *post mortem*. A riguardo si danno quattro ipotesi possibili:

– Se risulta che la persona aveva manifestato nei tempi e nei modi di legge volontà favorevole al prelievo: *post mortem* viene considerata «donatore».

– Se invece risulta che la persona aveva manifestato nei tempi e nei modi di legge volontà contraria al prelievo: *post mortem* viene considerata «non donatore».

– Se risulta che la persona non si era espressa nei tempi e nei modi di legge, ma d'altronde non sussiste prova che le fosse stata notificata la comunicazione degli organi amministrativi statali contenente l'invito a manifestare la propria volontà: *post mortem* viene considerata «non donatore».

– Infine, se risulta che alla persona era stata notificata la comunicazione degli organi amministrativi statali, contenente l'invito a manifestare la propria volontà, ma egualmente essa non si era espressa nei tempi e nei modi di legge: *post mortem* viene considerata «donatore».

Il criterio in esame viene comunemente qualificato, ed in effetti si atteggia, come «silenzio-assenso informato»<sup>8</sup>. Perché «informato»?

Potrebbe ritenersi che tale aggettivo sia giustificato dall'obbligo di una preventiva informazione dei cittadini sulle modalità di acquisizione del consenso *ex art. 4*. Tuttavia, tale obbligo costituisce l'elemento che distingue il criterio del «consenso-presunto» dal criterio del «silenzio-assenso»<sup>9</sup>, per cui l'informazione che giustifica l'appro-

<sup>6</sup> La fase transitoria, per l'aspetto che qui importa (manifestazione di volontà del cittadino), oltre che dall'art. 23 L. 91/1999, è disciplinata da: Ministero della Sanità, Decreto 8 aprile 2000, *Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti, attuativo delle prescrizioni relative alla dichiarazione di volontà dei cittadini sulla donazione di organi a scopo di trapianto* (pubblicata sulla «Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana», Roma, serie generale, n. 89, di sabato 15 aprile 2000, pp. 4-7); e Ministero della Sanità, Circolare 30 agosto 2000, n. 12 ([www.aido.it/legislazione/centrale.htm](http://www.aido.it/legislazione/centrale.htm)).

<sup>7</sup> Per una verifica delle questioni giuridiche inerenti la fase transitoria, mi consento di rinviare a P. Becchi, P. Donadoni, *Informazione e consenso all'espanto di organi da cadavere. Riflessioni di politica del diritto sulla nuova legislazione*, in «Politica del diritto», 2001, XXXII, n. 2, pp. 257-287 (in particolare, pp. 265 ss.).

<sup>8</sup> In letteratura ancor oggi si riscontra l'uso di varie locuzioni linguistiche («silenzio-assenso», «dissenso-esplicito», «consenso-presunto...»), impropriamente adoperate in via sinonimica.

<sup>9</sup> Il criterio del «consenso-presunto» prevede che il cittadino che non manifesta alcuna volontà venga considerato automaticamente «donatore», poiché resta a carico del dissenziente l'onere di attivarsi per rendere edotta la P.A. del proprio dissenso. Il criterio del «silenzio-

sizione della aggettivazione «informato» deve essere necessariamente un'altra.

La L. 91/1999 richiede infatti un'attività di informazione preventiva ed ulteriore della cittadinanza, e specificamente l'informazione sui temi dei trapianti d'organo da vivente, trapianti d'organo da cadavere, e sulla morte encefalica totale, con oneri di attivazione specialmente a carico del Ministero della salute e delle regioni (*ex art. 2*).

Pertanto l'aggettivo «informato» allude ad un dovere dello Stato di rendere i cittadini consapevoli del merito di ciò su cui sono chiamati a decidere, e non riguarda invece questioni procedurali che sono automaticamente implicate dal criterio stesso di silenzio-assenso.

Ciò rilevato e premesso, veniamo ora al tema della natura del criterio del silenzio-assenso informato. L'ipotesi quivi assunta ad oggetto è l'ultima esposta, quella in cui si pone l'interrogativo di come classificare («donatore», «non donatore»: *aut aut, tertium non datur*) la persona che non abbia operato una scelta personale ed espressa nonostante il decorso di novanta giorni dall'avvenuta notifica. In tale ipotesi, per l'appunto, viene in rilievo l'utilità pratica del criterio del silenzio-assenso informato.

In particolare, intendiamo proporre un'analisi del predetto criterio dapprima per qualificarne la natura giuridica, quale «presunzione» ovvero «finzione» *ope legis* della volontà consenziente del cittadino, verificando la fondatezza delle ragioni che possono venir poste alla base delle due diverse qualifiche (§ 1) e, successivamente, per distinguere il «momento perfezionativo» dell'automatismo giuridico di acquisizione del consenso dal suo «momento esecutivo», con ogni conseguenza sul piano filosofico-giuridico (§ 2). Infine, discuteremo l'accettabilità del criterio del silenzio-assenso informato con riferimento al suo momento perfezionativo (§ 3).

## 2. Presunzione o finzione di consenso?

2.1. Il criterio del silenzio-assenso informato può legittimamente qualificarsi quale meccanismo di «acquisizione del consenso», piut-

assenso», invece, prevede che la P.A. sia gravata dell'onere di informare il cittadino sulla procedura, vale a dire sul fatto che decorso un determinato lasso di tempo dalla notifica della richiesta di manifestare il proprio consenso o dissenso alla donazione dei propri organi *post mortem*, chi non avrà espresso alcuna volontà verrà automaticamente considerato quale «donatore». La differenza tra i due criteri, pertanto, è rappresentata dall'onere di attivarsi della P.A. per informare il cittadino sul meccanismo di funzionamento del criterio di acquisizione del consenso, onere che caratterizza il criterio del silenzio-assenso mentre non è previsto nel caso di consenso-presunto.

tosto che di «manifestazione della volontà», dato che la sua utilità risiede per l'appunto nel permettere di acquisire il consenso di chi non abbia espressamente manifestato la propria volontà.

Qual è la natura giuridica dell'automatismo che scatta alla scadenza dei novanta giorni dall'avvenuta notifica (art. 1 comma II D.M. 8 aprile 2000) in applicazione del criterio del silenzio-assenso informato? A quel punto la legge considera il cittadino donatore; ma ciò avviene in base a *presunzione* della sua inespressa volontà di consenso ovvero in base a *finzione* di una volontà di consenso assente?

Premesso che, mentre nella finzione non esiste alcun collegamento tra i due elementi (per cui tale collegamento viene realizzato *ex novo* e *motu proprio* dal legislatore), e che, invece, nella presunzione tra i due elementi esiste un collegamento in base all'*id quod plerumque accidit* (per cui il legislatore si limita ad assumere la probabilità), veniamo ora a verificare le due diverse tesi interpretative.

2.2. Si potrebbe ritenere che il criterio del silenzio-assenso informato costituisca una presunzione della volontà di consenso del cittadino<sup>10</sup>, reale per quanto inespressa.

Poiché il cittadino è stato informato (con la notifica della P.A.) del fatto che una mancata manifestazione di volontà nei modi e nei tempi stabiliti dalla legge equivale al divenire automaticamente donatore dei propri organi, allora il cittadino che volesse donare i propri organi potrebbe (anche) decidere semplicemente di non esprimersi.

Pertanto, il legislatore con il criterio del silenzio-assenso informato verrebbe a presumere che tutti i cittadini che non si sono espressi abbiano in verità deciso di raggiungere attraverso l'inerzia anziché l'azione il medesimo risultato pratico: divenire «donatori».

In prima istanza, tale prospettiva potrebbe ritenersi ragionevole solo previa assunzione dei tre seguenti presupposti:

– lo svolgimento di una adeguata e capillare campagna informativa, quanto meno sui temi della morte cerebrale e della donazione *post mortem*;

<sup>10</sup> Propende per l'ipotesi che il legislatore abbia inteso presumere il consenso del cittadino G. Dianese, *La nuova disciplina dei trapianti di organo*, Napoli, Finanze & Lavoro, 1999, p. 32. Pare propendere per tale ipotesi anche A. De Blasio, *Il trapianto d'organi come risposta terapeutica*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 69, che parla di «introduzione del concetto di donazione presunta». Ambigue le posizioni di P. Sommaggio, *Il dono preteso*, cit., pp. 139 ss., che parla di «*fictio* del consenso presunto» (il corsivo è sull'originale); e V. Zambrano, *Trapianti d'organo e funzione del silenzio-assenso*, in L. Chieffi, a cura di, *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, Paravia, 2000, p. 172, che parla sia di «scelta di un legislatore che, per esigenze di politica legislativa, finge esistente una volontà», sia – poche righe dopo – di «presunzione assoluta di consenso».

– il poter ritenere che tutti i cittadini siano stati resi edotti sul procedimento di acquisizione del consenso (meccanismo del silenzio-assenso);

– l'ipotesi di una intenzionale economicità di comportamento di tutti i cittadini che non hanno manifestato la propria volontà.

Ciò premesso, tuttavia, il valore presuntivo del silenzio quale consenso non può prescindere dalla logica del c.d. «caso concreto», vale a dire dal considerare gli elementi subiettivi caratterizzanti la situazione specifica di ogni singola persona implicata.

Facciamo un esempio: se un affiliato o simpatizzante della «Lega nazionale contro la predazione degli organi e la morte a cuore battente»<sup>11</sup> avesse mancato di esprimere il proprio dissenso nei modi e nei tempi previsti dalla legge, pur avendo ricevuto la notifica della P.A., si potrebbe ragionevolmente ritenerlo donatore consenziente? Tale presunzione giuridica non risulterebbe piuttosto conflittuale con i dati del caso concreto?

Ma anche tralasciando casi particolari ed emblematici, ed assumendo come riferimento la generalità dei cittadini, l'uso di un criterio statistico non può che portarci a ritenere il cittadino che non si è espresso più probabilmente un non-donatore anziché un donatore, tenuto conto del fatto che il consenso sociale alla donazione (non ai trapianti<sup>12</sup>) è ancora minoritario<sup>13</sup>.

Inoltre, nonostante risulti validamente effettuata la notifica al cittadino, secondo le risultanze del S.I.T.<sup>14</sup>, egualmente il suo silenzio (alla scadenza dei novanta giorni dall'avvenuta notifica) potrebbe – in ipotesi – derivare da motivi per nulla implicanti un suo consenso.

L'ipotesi di una mancata conoscenza della L. 91/1999 può riguardare sia l'ignoranza dell'esistenza stessa della legge (o dell'entrata in vigore dell'art. 4) che l'ignoranza di taluni suoi contenuti specifici (ad esempio, l'onere di esprimersi entro novanta giorni dalla notifi-

<sup>11</sup> La «Lega nazionale contro la predazione di organi e la morte a cuore battente» è una associazione, con sede a Bergamo ([www.antipredazione.org](http://www.antipredazione.org)), che fermamente contesta la legislazione vigente in tema di trapianti, non condividendo l'attuale criterio di morte.

<sup>12</sup> Occorre infatti distinguere tra l'adesione sociale al tema dei trapianti, che è molto vasta, dato che la maggioranza delle persone ritengono la trapiantologia una prassi di alto valore morale, e – invece – l'adesione sociale alla donazione dei propri organi, che è una scelta minoritaria, dato che a tutt'oggi il numero dei non-donatori prevale nettamente su quello dei donatori.

<sup>13</sup> Cfr. P. Becchi, *La morte nell'età della tecnica*, Genova, Compagnia dei Librai, 2002, p. 201.

<sup>14</sup> La sigla S.I.T. identifica il «Sistema Informativo dei Trapianti», previsto dall'art. 7, comma III, L. 91/1999, che deve garantire il «collegamento telematico» tra i vari organismi preposti. Inoltre, l'art. 8, comma VI, lett. b) indica tra gli scopi del S.I.T. quello di «assicurare l'omogeneità dei dati stessi, con particolare riferimento alla tipologia ed all'urgenza del trapianto richiesto, e di consentire l'individuazione dei riceventi».

ca), e pertanto, astrattamente, può porsi su due piani distinti seppur affini:

(a) *Mancata conoscenza per non-ricezione*. Anzitutto pare difficilmente praticabile la sola notifica *ex art. 138* cod. proc. civ. «mediante consegna [...] nelle mani proprie del destinatario», come previsto dal D.M. 8 aprile 2000. Vi è infatti un problema pratico: il numero delle notifiche andate a buon fine sarebbe – con ogni probabilità – molto inferiore al numero dei cittadini, e quindi insoddisfacente. Si potrebbe venire a determinare, in astratto, una disparità di trattamento per l'impossibilità di predisporre condizioni di partenza (valida effettuazione della notifica) uguali per tutti i cittadini.

Tuttavia, nell'ipotesi in cui, pur in via esclusivamente sussidiaria, si ricorresse anche alla notifica *ex art. 139* cod. proc. civ., si presenterebbero altri problemi.

Si abbia riguardo al caso in cui la comunicazione della P.A., pur notificata a domicilio del destinatario, non sia giunta nelle sue mani perché, ad esempio, la notifica è stata effettuata ad un familiare (ovvero ad un vicino o al portiere dello stabile)<sup>15</sup> il quale – con intenzionalità o per dimenticanza – non ne ha dato comunicazione al diretto interessato nel termine di novanta giorni.

Si pensi ancora, ad esempio, alla notifica avvenuta presso il domicilio di un cittadino che sia partito per un periodo di soggiorno all'estero (notifica validamente eseguita ad uno dei soggetti di cui sopra) e che rientri quando risulta già decorso il termine di novanta giorni dalla notifica. Se egli dovesse decedere il giorno del (pochi giorni dopo il) suo rientro in Italia, si potrebbe ragionevolmente ritenere donatore consenziente? In tale ipotesi, infatti, il margine di tempo di cui il cittadino ha effettivamente disposto per prendere una decisione e manifestare la propria volontà, risulta ampiamente inferiore ai novanta giorni concessi dalla legge, e pertanto sotto profilo sostanziale può essere ritenuto (potremmo dire) non conforme alla *ratio legislatoris*.

<sup>15</sup> In applicazione dell'art. 139 comma II cod. proc. civ., la notifica effettuata «a persona di famiglia o addetta alla casa» (purché non minore di quattordici anni o non palesemente incapace) è valida e, quindi, si dà per avvenuta. Inoltre, in applicazione del successivo comma III, la notifica può essere effettuata – in subordine – anche «al portiere dello stabile dove è l'abitazione della persona» o, in mancanza, «a un vicino di casa che accetti di riceverla». Se ne deduce che non vi sarebbe certezza alcuna sulla coincidenza tra il tempo concesso (in astratto) dalla legge al cittadino per la manifestazione del consenso o dissenso ed il tempo effettivamente a disposizione (in concreto) del cittadino per manifestare il proprio consenso o dissenso, poiché il momento della notifica non è detto che coincida con il momento della ricezione personale del cittadino, potendo la stessa essere fatta a mani di soggetti terzi (i familiari o, addirittura, il portiere dello stabile o un vicino).

(b) *Mancata conoscenza per non-consapevolezza.* Alcuni problemi, comunque, restano anche nell'ipotesi di notifica effettuata *ex art.* 138 cod. proc. civ.. Si abbia riguardo al caso in cui l'informazione, pur notificata e ricevuta dal destinatario, non sia stata tuttavia letta (entro il termine di novanta giorni) dallo stesso o, pur letta, non sia stata correttamente compresa nei suoi elementi essenziali (ad es. il meccanismo di funzionamento del criterio del silenzio-assenso). A quest'ultimo riguardo, nell'assolvimento dell'onere di manifestare la propria volontà, occorre rilevare come, prima ancora che il senso di diligenza dei cittadini, rilevi l'effettiva capacità di rendersi consapevoli dei termini in cui si pone tale onere<sup>16</sup>.

Peraltro, la consuetudine e la comune esperienza portano a ritenere che all'individuo non possano addebitarsi conseguenze personali allorché, interpellato su di una specifica scelta, egli non si esprima. Chi non si esprime resta escluso o, comunque, si chiama fuori. È radicato nel cittadino il convincimento che non firmare significhi non partecipare. Si tratta di un dato empirico degno di considerazione.

Inoltre, in caso di notifica a mani proprie, se il cittadino rifiuta di ricevere la copia, e pertanto la consegna non avviene, la notifica si dà egualmente per valida ed eseguita, ai sensi e per gli effetti dell'art. 138 comma II cod. proc. civ.?

Vero è che si tratta di ipotesi marginali, ma tenuto conto della rilevanza del tema e della sua incidenza su diritti personalissimi dell'individuo (questo punto verrà più diffusamente sviluppato in seguito), anche tali ipotesi non appaiono irrilevanti.

Ciò premesso, soltanto un'accurata opera informativa ad ampio raggio, da svolgersi preventivamente rispetto alla notifica della P.A., può assolvere il compito di rendere i cittadini consapevoli dei termini in cui si pone il criterio del silenzio-assenso (affinché lo si possa realmente definire «informato»).

In ogni caso, alla luce delle considerazioni suesposte possiamo concludere che, in tema di trapianti, il criterio del silenzio-assenso informato non presume il consenso del cittadino che ha mancato di manifestare la propria volontà nei modi e nei tempi di legge.

2.3. Accertato che il silenzio del cittadino non può intendersi quale presunzione di consenso, si potrebbe ritenere che il crite-

<sup>16</sup> Occorre, peraltro, considerare che nel nostro paese esistono ancora un milione di analfabeti, come fa notare A. De Blasio, *Il trapianto d'organi come risposta terapeutica*, cit., p. 70.

rio del silenzio-assenso informato costituisca piuttosto la finzione<sup>17</sup> di una volontà di consenso assente nel cittadino, vale a dire che la disposizione legislativa predichi una determinata qualificazione giuridica ad una classe di soggetti (coloro che, pur essendo stati regolarmente interpellati, non hanno manifestato la propria volontà) sulla base di un presupposto assunto per vero ma, in realtà, non corrispondente al vero (il consenso dei cittadini silenti)<sup>18</sup>, pertanto fingendo una corrispondenza tra situazione soggettiva e qualificazione giuridica dettata dalla disposizione di legge.

Tuttavia risulta piuttosto arduo sostenere che il legislatore abbia inteso fingere la sussistenza di un consenso del cittadino, e ciò per ragioni testuali (cfr. *infra* 1.4.) ma anche per ragioni di logica giuridica.

Sotto quest'ultimo profilo, infatti, non è scontato che in ambito legislativo si possa ragionare in termini di finzione, come rilevato da autorevole dottrina<sup>19</sup>. Dato che la disposizione legislativa si esplica attraverso un linguaggio di carattere prescrittivo, non descrittivo, ad essa non risulta applicabile la logica del vero/falso. La qualificazione giuridica, pertanto, non si pone in rapporto con la natura delle cose, ma esprime e positivizza la volontà legislativa su come tali cose vadano considerate sotto profilo giuridico.

È stato tuttavia sostenuto che «possiamo pure chiederci se l'assunto che un fatto (il silenzio) sia eguale ad un altro fatto (l'assenso) non costituisca appunto una finzione»<sup>20</sup>, ed ancora: «si afferma che il silenzio equivale all'assenso nella consapevolezza che in questo caso specifico un tale assunto è falso»<sup>21</sup>. Alla base di tale tesi ricostruttiva viene posta la seguente considerazione: dato che il consenso sociale alla donazione degli organi è in larga misura ancora da costruire, ciò significa che si presuppone esistente un fatto (il consenso alla donazione dei propri organi da parte del cittadino che pur interpellato non si è espresso) che invece «certamente non lo è».

<sup>17</sup> In tema di criterio del silenzio-assenso e finzione, cfr. P. Becchi, *Finzioni nel diritto e nella medicina*, in F. Brunetta d'Usseaux, *Finzioni del diritto*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 19-35; ora in P. Becchi, *La morte nell'età della tecnica*, cit., pp. 193-212 (in particolare pp. 197-201); F. Giuffrè, *La legge n. 91 del 1999: notazioni intorno al rilievo giuridico dell' «etica del dono»*, in «Quaderni costituzionali», XX-3, 2000, pp. 607-622.

<sup>18</sup> Infatti, non v'è ragione per ritenere chi non ha manifestato la propria volontà consenziente alla donazione. In realtà, molto semplicemente, su chi non si è espresso non possiamo dire niente.

<sup>19</sup> Cfr. R. Guastini, voce *Finzione giuridica*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche - Sezione Civile*, Torino, Utet, 1992 (ristampa 1998), VIII, pp. 354-356.

<sup>20</sup> Cfr. P. Becchi, *La morte nell'età della tecnica*, cit., p. 197.

<sup>21</sup> Ivi, p. 201.

In realtà, tale tesi ricostruttiva stabilisce una connessione tra il mero fatto del silenzio e le ragioni di merito del cittadino che non si è espresso. Il legislatore, invece, non stabilisce tale connessione, ma acquisisce un dato di fatto (il silenzio) e gli attribuisce una specifica qualificazione giuridica (oggettiva), senza stabilire alcun rapporto con le ragioni di merito (soggettive) che hanno determinato il cittadino al silenzio.

2.4. Ciò premesso, nessuna delle due tesi ricostruttive (né quella della presunzione né quella della finzione di consenso) pare congrua ai dati della L. 91/1999.

In effetti, come si deduce dal tenore stesso della legge, il dettato dell'art. 4 rassomiglia ad una sorta di comunicazione informativa: «i cittadini [...] sono informati che la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso». Parimenti l'art. 1 comma I D.M. 8 aprile 2000 recita: «la mancata dichiarazione di volontà [...] viene considerata quale assenso alla donazione». Affermare che la mancata dichiarazione di volontà «è considerata» (*vel* «viene considerata») quale assenso non significa presumere o fingere che ci sia stato un assenso concreto da parte del cittadino, ma soltanto che tale ipotesi è disciplinata come quella in cui c'è stato un assenso.

A ben vedere, quindi, il legislatore non presume il consenso del cittadino che ha mancato di esprimersi nei modi e nei tempi previsti dalla legge, e neppure finge che detto consenso sussista nonostante il silenzio, bensì – e più semplicemente, ma anche in maniera più efficace – assume un punto di vista esterno, e surroga una volontà soggettiva inespressa con una volontà parlamentare avente valore sussidiario e revocabile. La logica sottesa dal legislatore, pertanto, non è quella negoziale, quanto piuttosto quella procedimentale<sup>22</sup>: «il silenzio è *ipso iure* qualificato “assenso alla donazione”»<sup>23</sup>. Ponendosi al di fuori di una logica negoziale, il consenso soggettivo del cittadino non è necessario (può esserci, ma può anche non esserci, dato che è mero elemento accidentale di un procedimento<sup>24</sup>). È stato infatti istituito un procedimento per l'acquisizione del consenso al prelievo degli organi, il quale prevede che chi vuole possa espressamente dissentire facendo prevalere la sua volontà soggettiva sull'automatismo

<sup>22</sup> Il legislatore presuppone la generale disponibilità del cadavere per la comunità e, in carenza di una scelta del cittadino, stabilisce una regola «in apparenza negoziale ma procedimentale nella sostanza», P. Sommaggio, *Il dono preteso*, cit., p. 166 (e nota n. 65).

<sup>23</sup> S. Sica, *La volontà alla «donazione»*, in P. Stanzione, a cura di, *La disciplina giuridica dei trapianti*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 87 (il corsivo è sull'originale).

<sup>24</sup> *Ivi*, p. 86.

del meccanismo acquisitivo (ma il meccanismo acquisitivo funziona anche in assenza di una dichiarazione di volontà soggettiva).

Il valore prescrittivo della disposizione di legge individua un determinato comportamento omissivo per attribuirgli una precisa conseguenza giuridica. La qualificazione è prettamente giuridica non di merito, ed in effetti nulla ci dice nel merito dei convincimenti del cittadino. Il legislatore prescinde da essi. Il cittadino che, decorso novanta giorni dalla ricevuta notifica della P.A., non manifesta la propria volontà, sotto profilo giuridico è «donatore»; cosa sia nel merito del proprio foro interiore non risulta rilevante nella misura in cui non trova espressione procedurally conforme a quanto previsto dall'ordinamento giuridico. D'altronde, dato che nulla si può dire sulla reale volontà (se sussistente...) di chi non si è espresso, neppure si può ritenere che vi sia (necessariamente) una discrasia tra qualificazione giuridica e volontà individuale, salvo affidarsi in via indiziaria alle testimonianze di familiari e/o amici, ovvero in via (essa sì) presuntiva a regole statistiche per ipotizzare una prevedibilità<sup>25</sup>.

Semplicemente, il legislatore ha deciso quale valenza attribuire al silenzio: ha deciso di equiparare la posizione del cittadino che non si è espresso a quella del «donatore». Si tratta di una scelta di politica legislativa, che prescinde dall'intenzione di presumere o fingere la reale volontà dei cittadini.

### 3. Perfezionamento ed esecutività del consenso

3.1. Passiamo adesso dalla *natura* del criterio del silenzio-assenso informato alla sua *applicazione*. Occorre distinguere il momento in cui si perfeziona il meccanismo giuridico di acquisizione del consenso (quand'è che il consenso, per quanto non espresso dal cittadino, si considera comunque validamente acquisito) dal momento in cui

<sup>25</sup> Ricorrendo a ragionamenti di questa sorta: dato che, sulla base dei dati storici del nostro paese risultano più numerosi i «non donatori» dei «donatori», allora è probabile che la maggior parte di coloro che non hanno espresso la loro volontà siano anch'essi non donatori. Ma tale metodo statistico poiché può partire da dati differenti, e così giungere a risultati differenti, non risulta affidabile. Inoltre, si tratta di un metodo i cui risultati sono variabili nel tempo al variare del rapporto quantitativo tra donatori e non-donatori, e la cui affidabilità è direttamente proporzionale alla differenza numerica che intercorre tra donatori e non-donatori, in quanto, diminuendo tale differenza, diminuisce la sua forza persuasiva. In ogni caso, ulteriore elemento problematico di tale metodo è rappresentato dal fatto che esso opera sul piano generale, secondo una logica d'insieme, senza tener conto dei dati del caso concreto (cfr. quanto detto a riguardo dell'ipotesi di individuo affiliato o simpatizzante della «Lega nazionale contro la predazione di organi e la morte a cuore battente»). Pertanto, anche ove ritenuto in astratto ragionevole, tale metodo può risultare irragionevole in riferimento a singoli casi concreti.

tale consenso diviene esecutivo (quand'è che il consenso, per quanto non espresso dal cittadino, si considera operativo).

In effetti, l'eventuale confusione tra l'uno e l'altro momento può indurre a considerazioni non congrue rispetto ai dati della questione in oggetto. Viceversa, è d'uopo tener distinti questi due momenti, cronologicamente successivi, i quali risultano suscettibili di produrre differenti effetti pratici e, nel contempo, comportano differenti implicazioni sotto profilo filosofico-giuridico.

3.2. La distinzione tra il momento in cui si perfeziona il meccanismo giuridico di acquisizione del consenso ed il momento in cui tale consenso diviene esecutivo, si atteggia come di seguito esposto.

*Momento «perfezionativo» dell'acquisizione del consenso (il consenso è giuridicamente valido, il soggetto è un potenziale donatore).*

Il perfezionamento del meccanismo giuridico previsto dal criterio del silenzio-assenso è simultaneo alla manifestazione di volontà del soggetto ovvero alla scadenza del termine di novanta giorni dall'avvenuta notifica.

*(a<sup>1</sup>) Manifestazione della volontà*

Nell'ipotesi in cui il cittadino interpellato manifesti nelle forme e nei tempi di legge la propria volontà, sia essa favorevole o meno alla donazione degli organi, è nello stesso momento in cui tale manifestazione avviene (*rectius*: viene registrata nel S.I.T.) che il consenso o dissenso si considera validamente acquisito<sup>26</sup>.

*(a<sup>2</sup>) Non-manifestazione della volontà*

Viceversa, nell'ipotesi in cui il cittadino interpellato non manifesti nelle forme e nei tempi di legge la propria volontà, l'acquisizione del consenso si perfeziona alla scadenza del termine di novanta giorni dall'avvenuta notifica.

Per verificare la rispondenza al vero di tale assunto risulta sufficiente una semplice considerazione. Sia che il cittadino abbia manifestato il proprio consenso, sia che non abbia manifestato alcuna volontà entro il termine di novanta giorni dalla notifica, esso, in base

<sup>26</sup> Sussiste anche l'ipotesi del cittadino che, pur non avendo manifestato alcuna volontà registrata nel S.I.T. (ipotesi di cui all'art. 4, comma IV, lett. b, L. 91/1999), abbia comunque compilato un documento personale o una dichiarazione autografa di volontà contraria al prelievo che (ai sensi dell'art. 4, comma V, L. 91/1999) può essere prodotta dai famigliari per opporsi al prelievo.

alla risultanza del S.I.T., è qualificabile come potenziale «donatore» di organi. Ciò significa che il consenso risulta ad ogni effetto giuridico validamente acquisito. La legge, infatti, non dice che il cittadino a cui è stata notificata la comunicazione dalla P.A. è considerato donatore dopo il suo decesso, ma che «la mancata dichiarazione di volontà entro il termine di cui al comma 2 [n.d.r. novanta giorni dalla notifica] viene considerata quale assenso alla donazione» (art. 1, comma I, D.M. 8 aprile 2000). Il che significa (non può che significare) che scaduti i novanta giorni il cittadino è qualificato «donatore». Peraltro, non avrebbe ragion d'essere la previsione di un termine se non per poter attribuire, scaduto tale termine, una precisa qualifica alla posizione giuridica del cittadino<sup>27</sup>.

*Momento «esecutivo» del consenso acquisito (il consenso è operativo, il «soggetto»<sup>28</sup> è un donatore espianabile).*

Diverso, invece, è il momento di esecuzione di tale meccanismo giuridico. In effetti, esso diviene operativo esclusivamente *post mortem*, vale a dire a seguito del decesso della persona implicata.

Per verificare la rispondenza al vero di tale assunto risulta sufficiente una semplice considerazione. Malgrado l'avvenuta acquisizione del consenso (in quanto espresso, ovvero per effetto del criterio del silenzio-assenso informato), egualmente non si può procedere al prelievo degli organi fino a dopo aver ottenuto una diagnosi di morte encefalica totale<sup>29</sup> del soggetto implicato (la L. 91/1999 disciplina infatti il prelievo da cadavere).

Ciò significa che finché la persona è in vita, il procedimento di acquisizione del suo consenso alla donazione è sì perfezionato, e pertanto il consenso risulta pienamente valido (seppur revocabile), ma non ancora esecutivo.

<sup>27</sup> Tuttavia, è bene far presente come siffatta classificazione del soggetto quale «donatore» non sia definitiva, potendo egli stesso provvedere «in ogni momento» a modificare la propria posizione risultante dal S.I.T. (ai sensi del combinato disposto degli art. 5, comma I, lett. e L. 91/1999 e art. 3, D.M. 8 aprile 2000).

<sup>28</sup> In questa situazione si parla di 'soggetto' *latu sensu* (per l'appunto virgolettando il vocabolo), non in senso tecnico-giuridico, dato che in realtà siamo di fronte ad un cadavere, pertanto privo di soggettività giuridica.

<sup>29</sup> Secondo criteri e modalità sanciti dalla Legge 29 dicembre 1993 n. 578, *Norme per l'accertamento e la certificazione di morte* (pubblicata sulla «Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana», Roma, CXXXV, n. 5, di sabato 8 gennaio 1994, pp. 4-5), e dal Decreto del Ministero della Sanità, 22 agosto 1994, n. 582, *Regolamento recante le modalità per l'accertamento e la certificazione di morte* (pubblicato sulla «Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana», Roma, CXXXV, n. 245, di mercoledì 19 ottobre 1994, pp. 4-7).

Alla luce della suesposta distinzione, il criterio del silenzio-assenso informato viene di seguito questionato nel merito quanto al suo momento perfezionativo.

3.3. Mentre nel momento di esecuzione dell'intervento di prelievo degli organi si è in presenza di un cadavere<sup>30</sup>, il momento perfezionativo del consenso si pone invece in riferimento ad un individuo.

A tal riguardo è sufficiente una considerazione fattuale. È vivo il soggetto sia quando viene interpellato per ottenere il suo consenso al prelievo degli organi, sia quando, decorsi novanta giorni dalla notifica, viene qualificato come potenziale «donatore» nonostante non abbia mai espresso alcun consenso alla donazione.

Il silenzio-assenso si perfeziona nel momento stesso in cui scatta il meccanismo che qualifica il cittadino come «donatore». È esattamente in quel momento che si pone la necessità di verificare un eventuale pregiudizio ai diritti ed alle libertà costituzionalmente garantiti all'individuo, il quale in tal frangente è ancora vivo e, in quanto tale, titolare di diritti personali fondamentali.

Tale considerazione è sufficiente per rispondere a quanti contestano l'inadeguatezza di un riferimento al pregiudizio di diritti personali fondamentali, in quanto non riferibili al cadavere, poiché – come ovvio – richiedono la presenza di un soggetto vivente. Secondo tale orientamento, dato che gli organi vengono prelevati dal cadavere, non vi può essere alcuna violazione di diritti di tale natura e portata.

In realtà, alla luce di quanto suesposto, possiamo ritenere che tale posizione confonda l'esecuzione dell'automatismo (che corrisponde al momento attuativo, in cui si può procedere al prelievo degli organi) con il suo precedente perfezionamento (che corrisponde al momento acquisitivo, in cui il silenzio diviene valido consenso), così

<sup>30</sup> Fatta salva l'attuale discussione sul tema della morte cerebrale. Nella letteratura pubblicata in lingua italiana, cfr: P. Singer, *Morte cerebrale ed etica della sacralità della vita*, in «Bioetica», VIII-1, 2000, pp. 31-49; P. Becchi, *La morte. La questione irrisolta*, in «Ragion Pratica», X-19, 2002, pp. 179-218; R. Barcaro, P. Becchi, *Morte cerebrale e trapianto di organi*, in L. Battaglia, G. Macellari, a cura di, *Bioetica chirurgica e medica*, Noceto, Essebiemme, 2002, pp. 87-103; P. Becchi, *Tra(i)pianti. Spunti critici intorno alla legge in materia di donazione degli organi e alla sua applicazione*, in «Ragion Pratica», 2002, X-18, pp. 275-288; P. Becchi, *Finzioni nel diritto e nella medicina*, cit., pp. 19-35; P. Becchi, *La morte nell'età della tecnica*, cit.; R. Barcaro, P. Becchi, *La «morte cerebrale» è entrata in crisi irreversibile?*, in «Politica del diritto», XXXIV-4, 2003, pp. 653-679; R. Barcaro, P. Becchi, *Morte cerebrale e trapianto degli organi*, in «Bioetica», XII-1, 2004, pp. 25-44; R. Barcaro, P. Becchi, a cura di, *Questioni mortali. L'attuale dibattito sulla morte cerebrale e il problema dei trapianti*, Napoli, E.s.i., 2004 (antologia che propone in traduzione italiana articoli di Hans Jonas, Josef Seifert, Peter Singer, John M. Finnis, Ralf Stoecker, Amir Halevy e Baruch Brody, D. Alan Shewmon, Robert D. Truog, Carlo Alberto Defanti e, in appendice, il rapporto del Danish Council of Ethics sui criteri di morte); P. Becchi, *Morte cerebrale e trapianto di organi*, Brescia, Morcelliana, 2008.

riducendo ad unità due momenti sì collegati (*rectius*: temporalmente e logicamente consequenziali), ma non simultanei nel verificarsi né assimilabili negli effetti prodotti (o, comunque, producibili).

La congruità di tale ricostruzione, d'altronde, risulta dal fatto che l'intero impianto giuridico volto a disciplinare il meccanismo di acquisizione del consenso (non di attuazione dell'intervento di prelievo) è calibrato sul cittadino, non sul suo cadavere, ed in lui cerca un diretto interlocutore.

Il cittadino è titolare di situazioni giuridiche e del diritto di disporre di esse, mentre il suo (futuro) cadavere altro non è che l'oggetto del disporre, e il decesso il momento a partire dal quale si potranno compiere gli atti secondo quanto previamente disposto.

A questo riguardo si possono svolgere alcune considerazioni.

Sotto profilo procedurale, proprio l'inversione dell'onere di esprimere la propria volontà, che si trasferisce dal consenziente al dissenziente, costituisce il punto nevralgico<sup>31</sup>. Nell'impianto previsto dal criterio del silenzio-assenso, infatti, non è il consenziente a dover esprimere il proprio consenso, ma il dissenziente a dover esprimere il proprio dissenso. La dichiarazione di volontà non è esclusivamente funzionale al dissenso, potendo esprimersi anche una dichiarazione di consenso, ma di fatto essa è valorizzata in rapporto all'espressione di un dissenso (dato che per esprimere il consenso si può anche decidere di non manifestare alcuna volontà)<sup>32</sup>.

Tale variazione ha un valore ben più incisivo di quanto potrebbe a prima vista apparire. Infatti, se l'onere gravasse sul consenziente esso sarebbe chiamato a manifestare la propria volontà per modificare una situazione giuridica che altrimenti rimarrebbe inalterata ed avrebbe decorso naturale. Viceversa, se l'onere grava sul dissenziente esso viene chiamato a manifestare la propria volontà per salvaguardare una situazione giuridica che altrimenti viene modificata in virtù di un automatismo (quindi, prescindendo dalla volontà del soggetto implicato).

Nella prima ipotesi la posizione dell'individuo viene alterata dall'interno (*autodeterminata*, con decisione personale e specifico attivarsi del diretto interessato), poiché è l'individuo stesso che decide di operare la modifica. Invece, nella seconda ipotesi la posizione dell'individuo viene alterata dall'esterno (*eterodeterminata*, con decisione di legge), poiché un automatismo giuridico decide in vece

<sup>31</sup> Così anche P. Sommaggio, *Il dono preteso*, cit., p. 168.

<sup>32</sup> Leggasi in senso concorde: «il comma 1, in combinato disposto con il comma 2 dell'art. 4, valorizza la dichiarazione soprattutto in funzione del diniego» (S. Sica, *La volontà alla «donazione»*, cit., p. 87).

dell'individuo implicato. In quest'ultimo caso al dissenziente non resta che manifestare esplicitamente la propria volontà contraria se vuole, contro l'automatismo giuridico, conservare (entro i novanta giorni) o ripristinare (decorsi i novanta giorni) la situazione pregressa.

Ciò è ancor più rilevante se si pensa che (come abbiamo già detto) la modifica automaticamente indotta vale a vantaggio di terzi estranei, non a vantaggio del soggetto implicato.

Sotto profilo filosofico-giuridico, al diritto di disporre del proprio corpo (e delle proprie spoglie) viene sostituito il diritto di dissentire dalla disposizione effettuata da terzi<sup>33</sup>. Viene modificata la prospettiva di esplicazione della libertà individuale (che in conseguenza di tale modifica subisce una compressione), dato che dalla *libertà di* si è passati alla *libertà da*. Il cittadino non è titolare della regola ma dell'eccezione. Egli, infatti, può attivarsi per impedire l'efficacia di un automatismo procedurale che sottende la disponibilità collettiva del cadavere o, quanto meno, un senso di doverosità della donazione. Nella logica del legislatore il dissenso costituisce l'eccezione alla regola, il rifiuto di una scelta già fatta e generalizzata dallo Stato<sup>34</sup>.

Sotto profilo finalistico (dal punto di vista del cittadino), mentre con il criterio del consenso espresso si chiede al consenziente di esprimersi per far dono di sé (di quel sé fisico, l'organismo, che, in assenza del suo consenso, risulta intangibile), in maniera conforme alla logica del dono per l'appunto sottesa dai trapianti (c.d. «donazione» degli organi), al contrario con il criterio del silenzio-assenso si chiede al dissenziente di esprimersi per tutelare il proprio organismo (del quale, in assenza del suo espresso dissenso, si ritiene di poter fruire).

Pertanto, l'assunzione del criterio del silenzio-assenso induce il cittadino ad attivarsi per il divieto e la restrizione anziché per il dono e la solidarietà. Tale prospettiva, nonostante l'eventuale efficacia pratica del meccanismo (quanto all'accaparramento delle risorse disponibili), risulta diseducativa rispetto al radicarsi di una logica del dono<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Cfr. S. Sica, *La volontà alla «donazione»*, cit., p. 83, ove qualifica il criterio del silenzio-assenso come «dissenso esplicito informato».

<sup>34</sup> Secondo alcuni autori, nell'automatismo giuridico che coinvolge l'individuo silente considerandolo *ope legis* «donatore» (salvo espressa opposizione), è insito un senso di doverosità della donazione degli organi all'interno di un piano solidaristico statale (cfr. P. Becchi, *La morte nell'età della tecnica*, cit., pp. 125 ss.).

<sup>35</sup> Si potrebbe sostenere anche il contrario: il Parlamento, in qualità di organo rappresentativo della cittadinanza, ha optato per una scelta solidaristica, in quanto corrispondente alla volontà maggioritaria dei cittadini. Tuttavia, nel 1999 risultava più elevato il numero dei non-donatori rispetto a quello dei donatori, circostanza da cui si deduce che la logica del dono non era ancora prevalente a livello sociale.

Sotto profilo finalistico (dal punto di vista dello Stato), se tale meccanismo si rivelasse realmente in grado di determinare un incremento delle risorse disponibili (non delle «donazioni» intese, sotto profilo sostanziale, come atti di dono dei cittadini), ciò significherebbe che si stanno prelevando organi dai cadaveri di soggetti che altrimenti non li avrebbero ceduti di propria volontà.

Tali considerazioni ci inducono a ritenere che il criterio del silenzio-assenso (pur se «informato») si pone in una prospettiva poco consona ad un impianto normativo liberale e personalista come quello del nostro ordinamento giuridico.

#### 4. *Tutela della persona(lità), libertà individuale e principio di autoterminazione*

4.1. Alla luce del suesposto distinguo, il momento perfezionativo dell'acquisizione del consenso non può sottrarsi ad una verifica in ordine alla tutela dei diritti della persona(lità) spettanti al cittadino. Occorre premettere, a scanso di equivoci, che le considerazioni che seguono intendono assumere il tenore di punti interrogativi piuttosto che esclamativi.

Già è stato sostenuto in letteratura che il criterio del silenzio-assenso informato è suscettibile di arrecare pregiudizio ai diritti dei vivi nella misura in cui, in mancanza dell'esplicito consenso preventivo del soggetto donatore, consente alla P.A. di usufruire del cadavere senza riconoscere valore giuridico alla volontà dei suoi congiunti e familiari<sup>36</sup>. Detto criterio, infatti, si pone in contrasto con eventuali diritti dei congiunti e familiari a rappresentare la volontà espressa dal defunto in forme non corrispondenti a quelle previste dalla legge, o di decidere *motu proprio*, o (e di questo eventuale diritto può essere ritenuto titolare anche l'insieme dei consociati) di tutelare la *pietas*<sup>37</sup>. Qui, invece, nell'affermare che il criterio del silenzio-assenso informato – nel suo momento perfezionativo – è suscettibile di comprimere i diritti dei vivi, intendo riferirmi proprio ai diritti del cittadino qualificato «donatore» (finché in vita, una volta perfezionato il meccanismo di acquisizione del consenso).

<sup>36</sup> Sul ruolo dei familiari, tra fase transitoria e disciplina definitiva, mi consento di rinviare a P. Donadoni, *La legge 91/99 sui trapianti. Quali diritti garantire alla famiglia?*, in «Famiglia Oggi», XXIV-8/9, 2000, pp. 90-94.

<sup>37</sup> Cfr. P. Becchi, P. Donadoni, *Informazione e consenso all'espianto di organi da cadavere. Riflessioni di politica del diritto sulla nuova legislazione*, cit., p. 273; R. Barcaro, P. Becchi, *Morte cerebrale e trapianto degli organi*, cit., pp. 32 ss.

L'aspetto di maggior rilievo attiene infatti il significato esistenziale che la mancata espressione di una decisione individuale può assumere per la persona implicata. Il criterio del silenzio-assenso implicitamente disconosce la possibilità che un soggetto non raggiunga quel grado di consapevolezza del problema necessario per consentirgli di risolversi per il sì o per il no, ovvero che un soggetto non intenda comunque esprimersi, volendosi chiamare fuori dalla questione.

In ciò può ravvisarsi una restrizione della libertà individuale di autodeterminazione? Discerniamo due profili.

4.2. Il criterio del silenzio-assenso informato non sembra concedere sufficiente spazio vitale al dubbio. Su un aspetto talmente personale e delicato come la disposizione del proprio organismo a beneficio di altri, dovrebbe forse essere rispettata anche la non-scelta di chi, indeciso, permane nel dubbio, senza assumere al suo posto (in via generale ed astratta) una decisione che lui stesso non si è sentito di prendere (in via particolare e concreta).

Ciò può atteggiarsi sia come *diritto a non porsi domande*, ove il dubbio venga assunto aprioristicamente dalla persona come propria condizione esistenziale, sia come *diritto a non trovare risposte*, ove il dubbio risulti una condizione di fatto, rilevabile a posteriori di un interrogativo posto dalla persona a se stessa, ma ciò nonostante rimasto irrisolto.

Si tratta, a ben vedere, di aspetti di tutela della persona(lità) correlati ai (*rectius*: deducibili dai) principi di libertà individuale di autodeterminazione.

A tali ipotesi sono pertanto difficilmente ascrivibili soluzioni esterne, le quali rischiano di cagionare una decontestualizzazione e spersonalizzazione del problema. In ambedue i casi si tratta di situazioni di disagio rigorosamente personale, in cui è difficile pensare di consentire l'ingresso a terzi estranei (fosse anche lo Stato) nel foro interno dell'individuo, e risulta altresì difficile ipotizzare che terzi estranei (fosse anche lo Stato) possano surrogare una volontà inespressa, e ciò anche se motivati da ragioni di carattere sociale.

4.3. Il criterio del silenzio-assenso informato non sembra rispettare pienamente neppure il valore del silenzio. Pure nell'ipotesi in cui la persona abbia formato un proprio convincimento in tema di trapianti, egualmente non deve essere necessariamente «tenuta» ad esplicitarlo (per adoperare la voce verbale dell'art. 4 comma I L. 91/1999).

Il bene della società non può soverchiare il diritto al rispetto del silenzio dell'individuo (che, peraltro, non ha responsabilità causali

nei confronti della genesi del bisogno sociale di organi per trapianti), nella misura in cui il legittimo esplicarsi della personalità individuale non si esaurisce nella compiuta asserzione dei sì e dei no, ma pure contempla il tacere (l'astensione)<sup>38</sup>.

Il criterio del silenzio-assenso informato consente certo ai cittadini la libertà positiva di opporsi, ma sembra sottrarre loro la libertà negativa di manifestare con il silenzio una posizione di astensione che non si risolva né a favore né contro. In tal modo siffatto criterio viene a restringere l'ambito della libertà personale<sup>39</sup>.

D'altronde, un diritto al silenzio è ricavabile dall'art. 21 Cost., il quale, ove al comma I asserisce l'esistenza di un «diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero» facente capo ad ogni singola persona, comporta pure il correlato e speculare diritto a non manifestare il proprio pensiero.

Si può pertanto ritenere che la Costituzione non soltanto garantisca la libertà di manifestazione del proprio pensiero in senso positivo (il dire = libertà positiva), ma altresì la libertà di astenersi dal manifestare il proprio pensiero (il tacere = libertà negativa)<sup>40</sup>.

Per obiettare alla estensione analogica di tale tesi interpretativa al tema dei trapianti, si potrebbe rilevare – sul piano linguistico – la non sinonimia dei vocaboli «pensiero» e «volontà». Il richiamato articolo costituzionale concerne la manifestazione del pensiero, mentre il criterio del silenzio-assenso informato riguarda propriamente la manifestazione di volontà. Tuttavia, ad una riflessione sui dati complessivi della questione in esame, tale contestazione non può reputarsi stringente, quanto meno in base ai rilievi che seguono.

<sup>38</sup> Si pensi al diritto di voto, contemplato dall'art. 48 Cost. come «dovere civico». Le sanzioni previste a carico di chi non andava a votare sono state abrogate dal Decreto Legislativo 20 dicembre 1993 n. 534, *Modificazioni al testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione della Camera dei deputati, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957 n. 361* (in «Supplemento ordinario» n. 119 alla «Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana», Roma, CXXXIV, serie generale, n. 302, di lunedì 27 dicembre 1993, pp. 13-16). A seguito di tale abrogazione è oggi pacifico che il diritto di voto può anche non essere esercitato, essendo legittimo l'astensionismo (c.d. libertà negativa). Così il diritto di donare i propri organi deve poter (anche) non essere esercitato, senza che sia richiesta una specifica azione del cittadino a tutela del suo mancato esercizio (l'espressione del dissenso alla donazione, da effettuarsi nelle forme e nei tempi di legge). Se per il diritto di voto valesse il criterio del silenzio-assenso, «sarebbe come se tutti i cittadini che non si fossero recati alle urne per il referendum [...] avessero votato sì» (P. Becchi, *La morte nell'età della tecnica*, cit., p. 127).

<sup>39</sup> Salvatore Sica scrive: «invero, una dichiarazione alla quale si è «tenuti», certamente è priva del requisito (*rectius*, pre-requisito) dell'*autonomia*, nella sua dimensione ontologica ed originaria di libertà, ancor prima che di determinare il contenuto, di effettuare oppur no la dichiarazione» (S. Sica, *La volontà alla «donazione»*, cit., p. 86, i corsivi sono nell'originale).

<sup>40</sup> Sul punto, cfr. ad esempio A. Pizzorusso, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, Il foro italiano, 1984, p. 102.

In astratto, ove sia riconosciuta la libertà di non manifestare il proprio pensiero, la scelta del sì o del no alla donazione degli organi pur estrinsecandosi in un atto di volontà presuppone per ciò stesso un pensiero che induce la volontà e, in quanto tale, detto atto è *in primis* rivelatore del pensiero che lo ispira. Per cui la manifestazione del consenso/dissenso alla donazione è (non può che essere) di volontà e di pensiero ad un tempo.

Inoltre, il dato testuale della L. 91/1999 espressamente (auspica e) richiede che la decisione del cittadino corrisponda non ad improvvisazione bensì ad una scelta consapevole. A tal riguardo è decisivo il fatto che la legge preveda l'assolvimento di preventivi oneri di informazione (art. 2) sulla legge dei trapianti da vivente, dei trapianti da cadavere, e su criteri e modalità per l'accertamento di morte. La volontà del legislatore, pertanto, è quella di informare prima i cittadini e soltanto successivamente chiedergli di esprimere la propria volontà.

Inoltre, il Ministero della Salute (*ex* Ministero della Sanità) parla testualmente di «scelta consapevole», ed anzi ha divulgato nel maggio 2000 un opuscolo con tale titolo.

D'altronde, è nella natura stessa delle cose che un individuo, prima di poter assumere una decisione (tanto più su questioni di detta rilevanza personale), debba aver acquisito previa cognizione di causa e così sviluppato un proprio pensiero in relazione alla questione su cui decidere.

Quindi, intendendo attenersi al significato delle parole utilizzate dal Ministero della Salute e, comunque, al significato complessivo della legge, occorre rilevare come sia stata presupposta la formazione di un pensiero personale dei singoli cittadini che fonda la concreta formulazione dell'atto decisorio di donare o meno i propri organi.

Ciò premesso, si può argomentare per analogia che la libertà di manifestazione del proprio pensiero, prevista dal dettato costituzionale anche in senso negativo per l'appunto, sia da ritenersi estendibile come libertà di non manifestare la propria volontà.

A tale libertà non arreca pregiudizio l'equiparare il silenzio al consenso, un mero fatto ad un atto, una non-azione ad una azione, un comportamento non partecipativo ad una adesione?

## 5. Conclusioni

Alla luce di quanto suesposto, possiamo trarre alcune brevi conclusioni. Anzitutto, il meccanismo di acquisizione del consenso se-

condo il criterio del silenzio-assenso informato non è da ritenersi presuntivo di un consenso del cittadino, né deve ritenersi voglia fingere la sussistenza di detto consenso; piuttosto il legislatore ha scelto (e si tratta di una scelta di politica legislativa) quale qualifica giuridica attribuire ad una determinata situazione, in base al perseguimento di interessi statali di carattere eminentemente socio-salutistico, e ciò in un'ottica generale, senza curarsi della situazione particolaristica dei singoli soggetti che non hanno espresso la loro volontà.

Inoltre, la manifestazione di volontà, stante il tenore del testo legislativo e gli effetti della mancata manifestazione, non può qualificarsi come «obbligo», ma senz'altro può qualificarsi quale «onere»<sup>41</sup> posto a carico del cittadino dissenziente. Peraltro alla persona si chiede di attivarsi per impedire un'azione tramite cui si usufruisce del suo cadavere ad esclusivo beneficio di terzi estranei, per sanare altrui patologie rispetto alle quali la persona implicata non ha alcuna responsabilità causale.

A parere di chi scrive, un atto di tal fatta non può che passare attraverso la manifestazione di un'espressa volontà personale<sup>42</sup>, la quale non deve venire surrogata, neppure in via sussidiaria e revocabile.

Peraltro, se è vero che il termine «donazione» in tema di trapianti risulta assunto non nel rigoroso senso tecnico-giuridico (la «donazione» quale istituto civilistico tipizzato, *ex artt. 769 ss. cod. civ.*, specie appartenente al genere «contratto»), bensì secondo una dimensione etico-solidaristica, si può concludere che «proprio un'etica del dono non può che nascere da una libera scelta personale ed essere espressione di un'autentica convinzione della persona»<sup>43</sup>.

In sostanza, par chiaro che il criterio del silenzio-assenso informato rovescia la tradizionale logica del dono quale atto di solidarietà individuale. Ma le soluzioni sono valide<sup>44</sup> ove mirano a condividere una diffusa sensibilità verso il problema, per districarlo nel merito, non per preconfezionare soluzioni di stampo meramente procedurale ed asettico.

<sup>41</sup> In questo senso: S. Sica, *La volontà alla «donazione»*, cit., p. 87.

<sup>42</sup> Così anche V. Zambrano, *Trapianti d'organo e funzione del silenzio-assenso*, cit., p. 177.

<sup>43</sup> P. Becchi, *La morte nell'età della tecnica*, cit., p. 199.

<sup>44</sup> Alcuni autori sono scettici sulla rilevanza pratica della scelta del criterio giuridico per l'acquisizione del consenso dei cittadini. V. Zambrano, *Trapianti d'organo e funzione del silenzio-assenso*, cit., p. 173, sostiene che il criterio legislativo adottato in tema di acquisizione del consenso, quale esso sia, non può essere comunque in grado di risolvere il problema della scarsità delle donazioni, dato che «la propensione a donare dipende piuttosto da una serie di altri fattori di natura culturale, economica, giuridica che con il consenso dividono poco o nulla».

Ciò che si voleva notare in questa sede è come il meccanismo giuridico sotteso dal criterio del silenzio-assenso informato suscita interrogativi a riguardo dei diritti fondamentali della persona, qualificata «donatore» senza aver espresso alcun consenso. Ciò non significa necessariamente che a detti diritti venga arrecato pregiudizio, ma significa che non si può evitare di porsi il problema, e questo perché nel momento in cui si perfeziona il meccanismo, il potenziale donatore (colui che viene automaticamente qualificato «donatore») è un cittadino non un cadavere. È sufficiente il riconoscimento del suo diritto a modificare la propria posizione giuridica «in ogni momento» per tutelare i diritti fondamentali dell'individuo? Oppure, più radicalmente, non si dovrebbe forse impedire che la volontà dell'individuo venga surrogata su questioni di tale rilievo personale ed esistenziale?

Ben altro valore ha il porre l'onere di esprimersi su chi vuole aderire o, viceversa, porlo su chi vuole chiamarsi fuori. Nel primo caso (per il consenziente) si tratta di una *libera scelta*, nel secondo (per il dissenziente) di una *scelta di libertà*. Dovrebbe essere la donazione dei propri organi una libera scelta, non il dissenso alla donazione una scelta di libertà.