ORDINES
Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

2015
FASCICOLO 2
(ESTRATTO)

GIUSY COSCO

La disposizione del corpo tra disciplina codicistica e complessità del sistema delle fonti

23 dicembre 2015

ORDINES
Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee
n. 2/2015

GIUSY COSCO*

La disposizione del corpo tra disciplina codicistica e complessità del sistema delle fonti

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari; 2. La tutela della persona nel codice civile; 3. I valori costituzionali e la legislazione speciale a tutela della persona; 4. L'atto di autonomia e il «diritto leggero»; 5. L'integrità fisica; 6. Il consenso e lo *ius se poenitendi*; 7. L'incommerciabilità; 8. Riflessioni conclusive.

1. Considerazioni preliminari.

Lo straordinario sviluppo tecnologico e scientifico in campo biomedico oltre che l'evoluzione culturale e giuridica inducono oggi ad una diversa considerazione del corpo e del potere che hanno i privati di disporne e di fruirne al fine di trarne nuove utilità, anche economiche. Sul corpo sono consentiti interventi di vario genere che servono a salvarlo o a reintegrarlo o, ancora, ad accrescerne le funzionalità. Il corpo modificato per rendere migliore la vita non è ipotesi eccezionale e la tecnica dei trapianti, in particolare, ha messo in evidenza le inquietudini legate a sostituzioni che pongono anche seri problemi di identità[1].

* Ricercatore di Diritto privato nell'Università degli Studi "*Magna Graecia*" di Catanzaro.

[1] La logica è quella della solidarietà sociale finalizzata alla tutela del bene essenziale salute. Così S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2007, 83 s.

Se in passato si riteneva che la nascita, la vita e la morte, regolate dalle leggi di natura, non fossero oggetto di particolare attenzione da parte del diritto, «che li assumeva essenzialmente come fatti ai quali ricollegare determinati effetti giuridici»[2], oggi i medesimi fenomeni possono essere l'effetto di comportamenti umani dei quali il diritto deve stabilire la liceità, i limiti e le modalità di svolgimento[3].

---

[2] Cfr. G. ANZANI, *Gli "atti di disposizione della persona" nel prisma dell'identità personale (tra regole e principi)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/2009, 14.

[3] Ancora G. ANZANI, *op. cit.* Cfr. altresì A. FALZEA, *Diritto alla vita, diritto alla morte*, in AA.VV., *I diritti dell'uomo nell'ambito della medicina legale*, Milano, 1981, 119 ss.

L'A. definisce la positività del diritto partendo dal mondo reale e guarda ad esso come ad un sistema concentrico di sfere della realtà sempre più complesse: la sfera fisica, la sfera organica, la sfera animata e la sfera umana. «In ragione della complessità crescente, alle diverse sfere corrispondono livelli diversi di realtà, dal livello inferiore della sfera fisica – attraverso livelli intermedi delle sfere biologiche, inanimata e animata – al livello superiore della sfera umana» (A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Milano, 1988, 292 s.).

L'uomo è presente nella sfera materiale con il suo corpo; nella categoria generale dei corpi il pensiero umanistico e la scienza giuridica hanno effettuato una contrapposizione dell'uomo alle cose, definendo le figure corrispondenti del soggetto e dell'oggetto (A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 299). L'uomo resta soggetto anche per ciò che ha in comune con gli animali, con gli esseri viventi e con ogni altra esistenza meramente fisica. Il diritto riserva al corpo umano una disciplina giuridica diversa da quella pensata per le cose e ciò per la diversa posizione di queste e dell'uomo nella scala gerarchica dei valori.

Le aspettative del singolo riferite alla propria sfera spirituale vedono subordinata la loro specifica possibilità di realizzazione e di soddisfazione alle potenzialità della sfera vitale (v. C.M. D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, 1999, 105). L'integrità fisica, che si identifica con l'esistenza corporea e vitale dell'uomo, è presupposto indiretto della rilevanza giuridica di tutti gli interessi (patrimoniali e non patrimoniali) di cui l'individuo può essere

Il corpo umano[4], in particolare, può essere sottoposto ad interventi e manipolazioni per ragioni diverse ed appare sempre più caratterizzato dalla «parcellizzazione»[5] a tal punto da rendere necessaria la verifica dei termini in cui la parte rappresenta il tutto e della possibilità di operare sul singolo elemento in maniera autonoma. Gli interventi sono volti alla cura del soggetto interessato o, in altre circostanze, vengono compiuti a vantaggio di terze persone[6]; generalmente si ritiene che, in questo secondo caso, gli atti dispositivi avrebbero un più ridotto margine di liceità[7].

---

portatore. Il concetto di integrità fisica (oggetto della nostra trattazione e comprensivo altresì dell'integrità psichica) coincide con la sfera biologica e vitale dell'essere umano (p. 108); si tratta di un fenomeno dinamico e non di un concetto statico, nel senso che «non soltanto deve essere preservato dagli eventi lesivi o peggiorativi ma anche "gestito" per promuovere e per assecondare la realizzazione di tutti gli altri valori condizionati dallo stesso» (p. 109). Il corpo umano interessa la sfera vitale, ma ha riflessi anche nelle sfere superiori e dunque gli atti di disposizione del corpo incidono sull'integrità fisica, ma «interessano mediatamente istanze superiori del soggetto» (p. 109).

V. anche A. GORASSINI, *Per un (bio)diritto semplificato della nascita e della morte*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008, 229 ss.

[4] Per una ricostruzione storica del dibattito sul corpo M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002, 13 ss.

[5] Così M.C. VENUTI, *op. cit.*, 7. Il corpo «si moltiplica e si scompone, cerca unità e conosce divisioni. In vertiginosi giochi di specchi si fronteggiano corpo fisico e corpo elettronico, corpo materiale e corpo virtuale, corpo biologico e corpo politico. Un corpo sempre più inteso come insieme di parti separate ripropone l'ipotesi dell'*homme machine*». Così S. RODOTÀ, *op. cit.*, 73.

[6] Le riflessioni sulla disciplina giuridica del corpo non possono prescindere dalla distinzione tra gli atti di disposizione compiuti nell'interesse proprio e quelli compiuti nell'interesse altrui. Osserva G. RESTA (*La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in AV.VV., *Il governo del corpo*, I, *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, Milano, 2011, 807) che gli atti di

È dunque necessario «conciliare il bisogno di progresso con l'esigenza di tutelare i fondamentali diritti dell'individuo»[8] e definire i limiti entro i quali gli atti di disposizione del proprio corpo sono consentiti. Si pone, dunque, il problema del loro regime, della natura e della commercializzazione[9], dell'alienabilità o meno delle singole

disposizione compiuti a beneficio di terzi sollecitano riflessioni al confine tra la teoria dei diritti della personalità e la teoria della circolazione giuridica.

Cfr. altresì R. ROMBOLI, *sub* art. 5, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna - Roma, 1988, *sub* art. 5, 243 ss., e C.M. D'ARRIGO, *op. cit.*, 237 ss.

[7] «A ben vedere, però, da tale distinzione non possono discendere conseguenze determinanti: in un ordinamento ispirato da valori solidaristici ed altruistici non sembra corretto attardarsi nel difendere posizioni marcatamente individualistiche. L'atto ispirato da fini altruistici non è in astratto più o meno meritevole di quello fondato su ragioni individuali; piuttosto, la differenziazione guida l'interprete verso una più consapevole ricognizione di tutte le componenti in gioco, per la formulazione di un circostanziato giudizio di meritevolezza». Così C.M. D'ARRIGO, *Il contratto e il corpo*: *meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, in *Familia*, 2005, 794.

[8] Cfr. L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, Napoli, 1993, 13. Chiarisce l'A. che la necessità di tutela riguarda non solo i valori tradizionali, riconosciuti espressamente dalla nostra Costituzione, ma anche beni emersi «dalle trame della società in correlazione ad una sua rapida evoluzione, che, seppure in astratto "riconducibili" ad alcune previsioni costituzionali, non sembrano, tuttavia, godere di una specifica protezione: come, ad esempio, il diritto del singolo ad un patrimonio genetico non manipolato, il diritto alla unicità e alla differenza, il diritto alla segretezza delle informazioni genetiche appartenenti alla sfera privata, il diritto ad una morte dignitosa esente da ogni forma di accanimento terapeutico» (L. CHIEFFI, *op. cit.*, 14).

[9] La locuzione «commercializzazione del corpo» «designa tutte le pratiche volte a corrispondere profitti o incentivi finanziari in cambio di parti, prodotti e funzioni del corpo umano da utilizzare nella ricerca e nell'applicazione, in campo medico e industriale, delle tecniche e tecnologie biologiche». Così P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Corpo (commercializzazione del)*, in *Enciclopedia di bioetica e di scienza giuridica*, Napoli, III (2010), 558.

parti staccate[10] e, quindi, della regolamentazione di tali fattispecie a contenuto non patrimoniale, affrancando «il metodo di indagine dai consueti apriorismi di matrice pancontrattualista» ed allo scopo «di svincolare tali vicende dai canoni regolamentari propri del contratto» [11], e questo perché gli interessi coinvolti sono strettamente inerenti alla sfera personale e come tali non possono trovare adeguata tutela nelle regole che presiedono ai rapporti economici, rispondenti certamente a logiche diverse[12]. Le soluzioni proposte per colmare le lacune nella regolamentazione delle fattispecie oggetto della nostra

---

Sulla commercializzazione del corpo v. H.T. ENGELHARDT, *Il corpo in vendita: dilemmi morali della secolarizzazione,* in AV.VV., *Questioni di bioetica*, a cura di S. RODOTÀ, Roma - Bari, 1993, 123 ss., secondo cui «non esiste un'unica morale secolare generale canonica in grado di determinare quale uso degli organi sia moralmente oltraggioso e quale sia encomiabile. La conseguenza è che domande e controversie ricadono nella sfera della scelta individuale» (H.T. ENGELHARDT, *op. cit.*, 127). Ed ancora, «le ragioni che conducono alla proibizione della vendita di organi presuppongono l'esistenza di tradizioni ideologiche, morali o filosofiche» (H.T. ENGELHARDT, *op. cit.*, 137).

[10] La questione – afferma correttamente VENUTI (*op. cit.*, 8) – «è probabilmente uno degli aspetti più attuali e in fondo più risalenti della riflessione giuridica sul corpo (e sulla persona)».

Nonostante l'art. 50 c.p. preveda l'esclusione dell'antigiuridicità del fatto commesso con il consenso della persona che può validamente disporne, si pone il problema di individuare i limiti entro i quali ciascuno possa compiere atti di disposizione della propria integrità fisica ed, in particolare, di quello oltre il quale, nonostante il consenso dell'avente diritto, la lesione di tale bene non perde rilevanza penale. v. C.M. D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*,cit., 8.

[11] L. DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2000, 10.

[12] Puntualizza A. GAMBARO (*I beni*, *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO eL. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2012, 194) che le decisioni aventi ad oggetto parti del corpo concernono la persona ed i suoi diritti e non le cose.

indagine sono due: l'applicazione analogica delle norme dettate per il contratto o l'individuazione di una disciplina specifica, avendo riguardo soprattutto ai principi costituzionali e plasmata sulla natura degli interessi oggetto di disposizione[13].

La questione fondamentale di carattere etico e giuridico attiene all'inquadramento del corpo e delle sue parti tra i beni, tra le *res in commercium*, cioè tra gli oggetti di situazioni giuridiche soggettive riconducibili alle forme dell'appartenenza[14] e disponibili secondo gli strumenti negoziali conosciuti nella prassi dei traffici[15] ed ai limiti entro i quali il soggetto possa disporne[16].

---

[13] Ancora L. DI BONA, *op. cit.*, 55 ss.

[14] A. GAMBARO, *I beni*, cit., 191 s., considera il corpo umano «un bene nel senso più generico che la parola può veicolare», ma non idoneo ad essere oggetto di situazioni di appartenenza.

[15] Così P. D'ADDINO SERRAVALLE, *op. cit.*, 541. Cfr. altresì: C.M. D'ARRIGO, *op. ult. cit.*, 207; M. DOGLIOTTI, *Atti di disposizione del corpo e teoria contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 254 ss.; M.C. CHERUBINI, *Tutela della salute e cc.dd. atti di disposizione del corpo*, in F.D. BUSNELLI – U. BRECCIA, *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, 91 ss.; P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in ID, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, 246.

A. GALASSO (*Biotecnologie e atti di disposizione del corpo*, in *Familia*, 2001, 935) sostiene che «se gli atti di disposizione del corpo fossero disciplinati dalle regole dei rapporti di mercato, il rischio della compressione della libertà del volere sarebbe gravissimo e, in alcuni ceti e in alcuni Paesi, in larga misura inevitabile».

A. GAMBARO A., *La proprietà*, in *Tratt. Dir. priv.* IUDICA-ZATTI, Milano, 1990, 39 ss., si pone il problema dell'inquadramento giuridico dei tessuti biologici e delle parti del corpo e della loro eventuale alienabilità, considerando totalmente disponibili i tessuti «replicati e replicanti» (p. 40).

[16] «Sebbene il vasto tema della "corporeità" sia stato indagato – dalla dottrina assai più che dalla giurisprudenza – in ogni sua dimensione, un capitolo sul quale ancora non vi è chiarezza riguarda la possibilità di concludere validi ed efficaci contratti aventi ad oggetto il corpo umano. Il tema appare governato dalla

L'affermazione dei diritti della personalità come categoria specifica di diritti soggettivi a contenuto non patrimoniale (accanto alla proprietà ed ai diritti di credito, diritti soggettivi a contenuto patrimoniale) ha generalmente comportato l'esclusione dei relativi rapporti dal mercato ed una serie di limitazioni alla disponibilità degli stessi diritti[17]. Quello all'integrità psicofisica è un diritto irrinunciabile e, nella maggior parte delle situazioni, indisponibile, a meno che l'atto di disposizione sia compatibile con la salvaguardia della dignità umana[18].

La validità e l'efficacia dei contratti aventi ad oggetto il corpo umano è prevalentemente negata in ragione dell'incompatibilità tra

---

contrapposizione fra l'indirizzo riferibile, con una certa approssimazione, all'ideologia liberista e quello legato al personalismo di matrice cattolica». C.M. D'ARRIGO, *Il contratto e il corpo*: *meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, cit., 777.

[17] M.C. VENUTI, *op. cit.*, 8 s.

[18] C.M. BIANCA, *Diritto civile. I. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, 164.

Sul concetto di dignità così G. CRICENTI, *"Indisponibilità" del bene vita e disposizione di sé*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2/2009, 20: può essere intesa come un diritto che l'umanità può opporre al singolo oppure come un diritto che il singolo può opporre agli altri. Per impedire all'individuo di disporre di sé si privilegia la prima accezione secondo cui la dignità non viene intesa come un diritto, bensì come un obbligo. Si tratta di «un diritto che i terzi, anzi l'umanità, oppongono all'interessato, nel suo stesso interesse, ma soprattutto nell'interesse dell'umanità stessa. In questa accezione la dignità serve a limitare certe libertà individuali, in nome del fatto che l'esercizio di quelle libertà lede ciò che di umano c'è nell'uomo». La libertà di autodeterminarsi subisce limitazioni quando le attività, gli atti ed i comportamenti dell'individuo ne ledono la dignità, che non viene considerata un diritto dell'uomo, bensì che l'umanità vanta nei confronti del singolo. Cfr. anche G. ALPA, *Bioetica, biodiritto e rifiuto di cure*, in AA.VV., *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, Torino, 2012, 8.

libertà assoluta dell'individuo e vincoli di natura contrattuale[19]. Il divieto di disporre contrattualmente del proprio corpo - è stato evidenziato in dottrina - non limita la libertà del soggetto, ma la rafforza poiché lo stesso divieto «impedisce di subordinarla ad esigenze o interessi di carattere economico»[20]. Il soggetto non può obbligarsi a subire trattamenti sul corpo perché ciò implicherebbe una lesione della dignità della persona. Non è possibile parlare di un diritto di proprietà sul proprio corpo, bensì di «un diritto fondamentale all'integrità psico – fisica che tutela il corpo come espressione della persona umana»[21]e la disponibilità di tale diritto «trova oggi la sua giustificazione nel libero e sano sviluppo della personalità»[22].

2. La tutela della persona nel codice civile.

Il codice civile del 1942, in primo luogo, in un'ottica di analisi patrimonialistica[23], accoglie un concetto formale-astratto di persona,

[19] Così: M. PESANTE, voce *Corpo umano (atti di disposizione)*, in *Enc. dir.*, Milano, 10/962, 660 s.; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. comm.* CICU- MESSINEO, Milano, 4/1982, 131 s.

[20] P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Corpo (commercializzazione del), cit.*, 577.

[21] C.M. BIANCA, *op. cit.*, 166. Precisa l'A. che problema diverso è quello del contratto relativo ad un intervento medico-chirurgico: il contratto sarebbe valido e vincolante poiché attribuisce al paziente il diritto e non l'obbligo all'intervento (p. 166 s.).

[22] P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo*, cit., 106 s.

[23] Il codice civile vigente privilegia le categorie del contratto e dell'impresa nel senso della c.d. commercializzazione del diritto privato, sostituendo la centralità dell'istituto proprietario del c.c. del 1865 sulla scia del *Code civil* napoleonico del 1804.

che tende a risolversi in quello di soggetto di diritto e ad assumere il significato tecnico di centro unitario di imputazione di atti e di rapporti giuridici[24]. In tale contesto si inserisce l'art. 5, che contempla la disciplina originaria in materia di circolazione del corpo e delle sue parti[25] e che, con la previsione del divieto degli atti di disposizione che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica o siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico ed al buon costume[26], esprime una prima attenzione dell'ordinamento per la

[24] P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Corpo (atti di disposizione del)*, *cit*, 530. L' A. rileva che il concetto normativo di persona si distacca dal concetto biologico-psicologico di uomo dato che «persona è una qualificazione formale dell'ordinamento giuridico, connessa al riconoscimento di diritti e doveri giuridici, che va a sovrapporsi ad un sostrato fattuale, costituito dall'uomo o da realtà diverse dall'uomo, e, nella costruzione kelseniana, ove non esiste alcuna entità data, la persona è i suoi doveri e i suoi diritti, ovvero la loro unità personificata».

[25] Sull'art. 5 v. tra gli altri: M. PESANTE, *op. cit.*, 653 ss.; M.C. CHERUBINI, *op. cit.*, 73 ss.; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, *passim, e* di recente ID., *Corpo (atti di disposizione del)*, cit., 525 ss.; R. ROMBOLI, *op. cit.*, 225 ss.; V. RIZZO, *Atti di "disposizione" del corpo e tecniche legislative*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, 618 ss.; G. ALPA, A. ANSALDO, *Le persone fisiche. Artt 1-10*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di P. SCHLESINGER, Milano, 1996, 247 ss.; D. CARUSI, voce *Atti di disposizione del corpo*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, (III) 1998, 1 ss.; M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, 241 ss.; C.M. D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, *cit.*, *passim*; ID., voce *Integrità fisica*, in *Enc. dir.*, (Aggiornamento), Milano, 4/2000, 712 ss.; ID., *Il contratto e il corpo: meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, in *Familia*, 2005, 777 ss.; G. FERRANDO, *Il principio di gratuità, biotecnologie e "atti di disposizione del corpo"*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, 761 ss.; M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, cit., *passim*; F. CAGGIA, *sub* art. 5, in G. ALPA – V. MARICONDA (a cura di), *Codice civile commentato*, Milano, 2005, 218 ss.; G. RESTA, *op. cit.*, 805 ss.

[26] Per una recente e puntuale trattazione degli atti di disposizione del corpo contrari al buon costume F. GIGLIOTTI, *Prestazione contraria al buon costume. Art.*

«dimensione personale del soggetto e dei suoi interessi»[27] e si inserisce in una logica di contemperamento di interessi contrapposti: l'esigenza di carattere patrimoniale di riconoscere validità alla libera contrattazione, anche a titolo oneroso, di parti, prodotti o funzioni del proprio corpo[28]; l'esigenza di salvaguardare l'integrità fisica del singolo.

La norma rappresenta il fondamento *a contrario* del potere di disposizione sul corpo poiché, vietando solo determinati atti di disposizione, implicitamente riconosce la liceità di tutti gli altri[29].

L'articolo 5 è stato dunque introdotto nel codice civile per eliminare i dubbi sulla configurabilità di un diritto sul proprio corpo e per assicurare un valore patrimoniale di scambio alle parti cedute, garantendo la validità di alcuni atti di disposizione socialmente apprezzati come il contratto di baliatico, la vendita dei capelli, delle unghie, il lavoro nel circo[30]; si palesa, però, a seguito del processo di

---

2035, in *Commentario al codice civile*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F. D. BUSNELLI, Milano, 2015, 175 ss.

[27] In tal senso M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, cit., 23.

[28] Questo è quanto emerge dalla Relazione del Guardasigilli al Progetto definitivo e dalla Relazione della Commissione Reale.

[29] M. DOGLIOTTI, *Atti di disposizione sul corpo e teoria contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 241.

Sulla formulazione dell'articolo 5 «hanno inciso le dispute teoriche sulla qualificazione del diritto all'integrità fisica, le quali si sono polarizzate intorno ad una lettura liberale che riconosce al singolo una titolarità sul proprio corpo modellata sull'istituto proprietario ed una visione dello stesso diritto, e in generale dei diritti della personalità, caratterizzata dall'attribuzione di un fondamento pubblicistico». Così F. CAGGIA, *op. cit.*, 238.

[30] S. RODOTÀ, *op. cit.*, 95 s.

In particolare, capelli, denti ed unghie vengono tradizionalmente considerati parti legittimamente staccate dal corpo, beni autonomi di proprietà del soggetto a cui appartenevano e, di conseguenza, possibile oggetto di atti di

profonda erosione subito nel corso degli anni[31], attualmente inidoneo a regolamentare i diversi interessi riguardanti la persona, non più limitati alla dimensione corporea dell'integrità fisica[32], bensì estesi anche a quella immateriale dell'identità personale.

La norma in esame è annoverata «tra le più controverse e tormentate, forse in assoluto la più discussa»[33] del codice civile. Le incertezze, collegate alla formula sintetica ed ambigua, riguardano soprattutto la sua portata generale, il fondamento del potere di disposizione ed il significato da attribuire alle espressioni «atti di disposizione», «diminuzione permanente», «integrità fisica»[34].

Come emerge dai lavori preparatori, gli atti di disposizione del corpo a cui si riferisce l'art. 5 c.c. sono quelli di consenso all'offesa dell'integrità fisica, diritto della personalità che ha in comune con gli altri i caratteri dell'essenzialità e dell'assolutezza, ma si distingue per una limitata disponibilità[35].

---

disposizione. A ciò «non osta la finalità speculativa che all'atto di disposizione in tal caso si accompagna» (F. GIGLIOTTI, *op. cit.*, 178) poiché il fine del guadagno si fonda, nel caso di specie, sulla disposizione non di parti del corpo considerate «in quanto tali», ma di beni autonomi e da esso ricavati e, per tale ragione, non può considerarsi contrario al divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro (art. 3, comma 2, lett. c), della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. e art. 21 della Convenzione di Oviedo). In tal senso F. GIGLIOTTI, *op. cit.*, 178 ss.

[31] G. RESTA, *op. cit.*, 808.

[32] G. ANZANI, *op. cit.*, 1.

[33] Così R. ROMBOLI, *op. cit.*, 225.

[34] P. D'ADDINO SERRAVALLE, *op. cit.*, 532.

[35] Secondo la D'Addino Serravalle (*op. cit.*, 535) gli atti di disposizione non comprendono quelli di alienazione e di rinunzia dei diritti sul corpo umano, poiché non si tratterebbe più di una diminuzione permanente bensì di una perdita di integrità.

Due sono i limiti contemplati nella norma: quello speciale alla disponibilità del proprio corpo rappresentato dalla diminuzione permanente o menomazione irreversibile dell'integrità fisica[36]; quello generale, dato da legge, ordine pubblico e buon costume, è posto ricorrendo alla tecnica normativa delle clausole generali [37], caratterizzate da quell'indeterminatezza[38] che rende necessario un

[36] Per una puntuale ricostruzione dei diversi orientamenti sul concetto di diminuzione permanente si veda C.M. D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, cit., 339 ss.; cfr. anche G. ALPA, A. ANSALDO, *op. cit.*, 253.

[37] A. DE CUPIS, *Integrità fisica* (*diritto alla*), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XVII (1988), 2; C.M. D'ARRIGO, *op. ult. cit.*, 338, precisa che la tecnica normativa delle clausole generali interessa il tema degli atti di disposizione del corpo non solo per l'art. 5 c.c., dato che alla stessa tecnica si ricorre spesso nella legislazione speciale in materia di tutela alla salute.

[38] La dottrina è tendenzialmente unita nel ravvisare nell'indeterminatezza il tratto caratterizzante le clausole generali dal punto di vista strutturale, ma non lo è sulla nozione stessa di indeterminatezza (che può essere intesa sul piano linguistico, su quello del valore o può trattarsi di una indeterminatezza voluta dal legislatore, dunque intenzionale) e su quella di clausola generale, sulla delimitazione dei suoi confini rispetto alle "altre figure giuridiche che ruotano attorno alla (maggiore) indeterminatezza della norma" (standards, principi generali). E. FABIANI, *Clausola generale*, in *Enc. dir.*, *Annali*, Milano, V (2012), 183 ss., in part. 213 s.

Le clausole generali vengono definite da L. MENGONI (*Spunti per una teoria delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, cit., 10) «norme incomplete, frammenti di norme», che «non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito dei programmi normativi di altre disposizioni». Per G. D'AMICO (*Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. it.,* 2011, 1704 ss.) la clausola generale è una parte (o frammento) di una disposizione legislativa, costituita da un termine valutativo, cioè da una singola parola o espressione che necessita, per la determinazione del significato, del compimento di una valutazione: deve evocare un valore «la cui concretizzazione non è stata effettuata dal legislatore, ma viene invece lasciata all'interprete» (p. 1705); Cfr. ID., *Clausole generali e ragionevolezza*, in AA.VV., *I rapporti civilistici*

apporto valutativo e dunque un intervento discrezionale da parte del giudice[39], il quale svolge in questa occasione un ruolo integrativo e non esclusivamente interpretativo. Si tratta allora, per evitare scelte arbitrarie, di ancorare il potere discrezionale del giudice a parametri oggettivi, quali, in primo luogo, i valori fondamentali garantiti dalla Costituzione, dalle norme comunitarie e internazionali[40].

Quella delle clausole generali è «una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta»[41]. «Il

---

nell'interpretazione della Corte costituzionale. La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali, Napoli, 2007, 429 ss., in part. 435 ss.

Per approfondimenti sulle clausole generali v. P. RESCIGNO (a cura di), *Le clausole generali nel diritto privato*, in *Giur. it.*, 2011, 1689 ss. (raccoglie contributi sul tema, oltre che di D'Amico e di Rescigno, di Carusi, Chiassoni, Mazzamuto, Roselli, Astone, Cuffaro, Moscati e Velluzzi).

[39] Ancora C.M. D'ARRIGO, *op. ult. cit.*, 344.

[40] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 225, definisce le clausole generali «una tecnica legislativa che consente la concretizzazione e specificazione delle molteplici possibilità di attuazione di un principio, operando contemporaneamente come criterio di controllo della compatibilità tra principi e regole». Cfr. anche A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 540 e P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, 126 (nota n. 254).

Secondo C.M. D'ARRIGO, *op. ult. cit.*, 351 «la ricerca di obiettività non può condurre ad ancorare il contenuto delle clausole generali a principi o *standards* cui le parti del rapporto sarebbero già soggetti in ragione della diretta operatività di queste norme, in quanto in tal caso le clausole generali diverrebbero superflue. I principi costituzionali segnano l'ambito in cui sono chiamate ad operare le clausole generali ma non ne esauriscono il contenuto».

[41] L. MENGONI, *op. cit.*, 10.

ricorso alle clausole generali si risolve in una parziale rinuncia a legiferare; in particolare, in una rinuncia a dettare regole minuziose e tassative a favore della determinazione, piuttosto, di una tavola di valori ad uso di coloro che dovranno applicare le norme così poste»[42]. Si tratta degli strumenti giuridici forse più adatti a far fronte e a contemperare la pluralità di valori e di culture presenti all'interno di un' organizzazione sociale[43].

Il limite speciale contenuto nella prima parte della norma in esame è certamente espressione del momento storico in cui fu approvato il nostro codice e si inserisce nel programma di tutela della sanità della stirpe tipico del regime fascista, «il modo come è stato affrontato e risolto il tema degli atti di disposizione del corpo mostra con evidenza ancora maggiore la concezione accolta con riguardo al rapporto tra l'individuo ed il proprio corpo. Quest'ultimo viene visto non come elemento inscindibile della persona umana, ma come oggetto autonomo e separato da essa su cui esercitare i propri poteri e i diritti reali e personali»[44].

Sono considerati atti contrari all'ordine pubblico quelli incompatibili con i principi basilari dell'ordinamento giuridico che riguardano la tutela della persona e dunque la dignità umana[45]. La

[42] C.M. D'ARRIGO, *op. ult. cit.*, 349.

[43] Secondo S. RODOTÀ, *Conclusione: il tempo delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, 258, «in una società articolata, "di minoranze", è necessario creare spazi di convivenza, legittimare valori diversi attraverso la creazione di strumenti che ne rendano possibile l'autonomia e la compatibilità».

[44] R. ROMBOLI, *Sub* art. 5, cit., 229**.**

[45]Sulla liceità o meno del contratto di surrogazione di maternità e sulla questione relativa alla sua contrarietà alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume si veda l'evoluzione giurisprudenziale, precedente alla promulgazione della legge n. 40 del 2004, che ha portato i giudici di merito, in una prima fase, a

valutazione viene fatta dopo la verifica della meritevolezza degli interessi prospettati dalle parti negli atti di autonomia privata, controllo previsto dall'art. 1322, comma 2, c.c. e ribadito dall'art. 5 c.c. con riferimento specifico alla disposizione del corpo[46]. Anche gli atti di disposizione contrari al buon costume sono lesivi della dignità umana poiché considerati contrari agli imperativi etici condivisi dalla coscienza collettiva[47].

L'invalidità[48] (che impedisce la produzione degli effetti della contrattazione, ma non la stessa, dato che agli accordi invalidi potrebbe darsi spontanea esecuzione[49]) è la sanzione che, pur non espressamente prevista dalla disposizione in esame, viene comminata in caso di violazione del divieto.

---

ritenere illecito il contratto di surrogazione (così Trib. Monza 27/10/1989, in Nuova giur. civ. comm., 90, I, 355 e App. Salerno 25/02/1992, in Nuova giur. civ. comm., 94, I, 177) e, in un secondo momento, a considerare un tale accordo ammissibile purché gratuito (v. Trib. Roma 17/02/2000, in Dir. fam., 2000, 706 e Appello Bari 13/02/2009, in www.iusexplorer.it).

[46] C.M. D'ARRIGO, *op. ult. cit.*, 357. Più delicato è il problema della determinazione del contenuto della clausola alla luce del quale deve svolgersi il giudizio di meritevolezza. Per la ricostruzione del dibattito dottrinale e per i relativi riferimenti bibliografici v. ancora C.M. D'ARRIGO, *op. cit.*, 358 ss.

[47] F. GIGLIOTTI, *op. cit.*, 176. L'A. evidenzia la difficoltà di effettuare una ricognizione analitica dei casi in cui l'atto dispositivo è da considerare, *in concreto* (il corsivo è dell'Autore), contrastante con i buoni costumi (p. 177 s.).

[48] Secondo G. CRICENTI, *op. cit.*, 19 s., la sanzione, anche se solo virtuale, non può riferirsi ad atti meramente materiali, qual è quello di disporre della propria vita.

[49] Così P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, ESI, 1996, 556 ss.

Il problema degli atti di disposizione del proprio corpo deve essere considerato sotto profili diversi[50]. L'ambito della «disponibilità *tout cour*» si rileva a contrario dalla previsione dell'art. 5 c.c. e riguarda la disposizione di parti staccate, quali le unghie ed i capelli.

Bisogna poi considerare l'ambito della «disponibilità controllata», cioè il settore che l'ordinamento valuta positivamente e la cui regolamentazione viene affidata a discipline speciali volte ad assicurare il rispetto di alcuni principi di sistema, come nel caso dei trapianti di organo da morto e da essere vivente.

Esistono altresì ambiti di «indisponibilità assoluta» dove la valutazione di segno negativo è affidata ad esiti interpretativi considerati conformi al complessivo disegno normativo (come nel caso della sterilizzazione volontaria non terapeutica) o a puntuali disposizioni di legge, anche estranee al settore strettamente civilistico, ma con esso coordinabili (così per l'esercizio della prostituzione).

Altra distinzione da fare è quella tra atti dispositivi in cui è assente il profilo relazionale e atti dispositivi il cui ambito è caratterizzato dalla dimensione relazionale dell'atto umano e contraddistinto dalla destinazione del proprio corpo a soddisfare interessi leciti di altri soggetti.

[50] Così G. DI ROSA, *Biodiritto. Itinerari di ricerca*, Torino, 2009, 131, il quale delinea il sistema dei rapporti tra corpo umano e disponibilità giuridica.

3. I valori costituzionali e la legislazione speciale a tutela della persona.

L'introduzione della Carta costituzionale ha spostato l'attenzione sulla persona, valore preminente da porre all'apice della gerarchia [51].

Come già evidenziato, i limiti che il legislatore del '42 ha posto al potere di disposizione del proprio corpo[52] sono apparsi non più adeguati alla luce dei principi solidaristici e personalistici consacrati nella Carta costituzionale. Ci si è resi conto dell'inadeguatezza dell'art. 5 c.c. a regolamentare tutte le ipotesi di disposizione della propria integrità fisica che si sono progressivamente poste all'attenzione del giurista. Considerando il limite della diminuzione permanente, professioni e sport quali, ad esempio, pugilato, automobilismo, arti marziali (ed altri ancora) non potrebbero essere esercitati in quanto pericolosi per l'incolumità fisica, ma trattandosi di attività volte alla realizzazione di valori della persona costituzionalmente protetti (quali lavoro, successo e fama), occorre tentare la comparazione degli interessi in gioco per trovare una soluzione di compromesso[53].

---

[51] V. in tal senso, a proposito dello specifico tema che ci occupa, M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, cit., 11.

[52] Limite speciale alla disponibilità sul proprio corpo è la diminuzione permanente dell'integrità fisica; limiti generali sono la legge, l'ordine pubblico (cioè i principi generali dell'ordinamento, soprattutto costituzionali) e il buon costume (che secondo la tesi penalistica è dato dalla sfera sessuale e dal pudore sessuale e secondo una nozione più ampia è dato dai principi di etica sociale e dalla morale comune, cioè dai *boni mores latini* e dalla comune coscienza morale).

[53] C.M. D'ARRIGO, *op. ult. cit.*, 330 s. evidenzia che, in relazione a quanto disposto dall'art. 5, anche gli interventi funzionali alla salvaguardia della salute e

All'art. 5, inoltre, sono stati affiancati i criteri di valutazione introdotti per alcuni atti di disposizione dalla legislazione speciale[54], che ha attribuito minore rilievo al limite della diminuzione permanente anche a seguito della sovrapposizione della nozione di salute a quella più rigida di integrità fisica[55]. Quest'ultima esprime essenzialmente un concetto biologico e di natura statica, «come espressione di qualcosa di esteriore da conservare»[56].

Il diritto alla salute, al contrario, deve essere considerato in posizione dinamica, volto a realizzare il più completo sviluppo della personalità umana, che varia da soggetto a soggetto ed in relazione al grado di evoluzione della società.

La diminuzione permanente, infatti, non sempre comporta una lesione della dignità umana: così gli interventi medici compiuti nell'interesse del soggetto e gli atti di disposizione in cui la perdita dell'integrità fisica trova causa adeguata nell'adempimento del dovere morale di solidarietà sociale che la nostra Costituzione privilegia[57].

Ed ancora, il limite della contrarietà alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume ha assunto una connotazione diversa e più specifica, con il superamento della logica contrattualistica tipica della disciplina del codice civile[58]. Viene così privilegiata una rilettura delle disposizioni codicistiche alla luce delle indicazioni costituzionali

---

della vita dell'individuo comportano una diminuzione permanente della sua integrità fisica ed eccedono i limiti previsti dal codice.

[54] C.M. D'ARRIGO, *op. ult. cit.*, 314.

[55] G. RESTA, *op. cit.*, 808.

[56] R. ROMBOLI, *Sub* art. 5, *cit.*, 235.

[57] Ancora C.M. BIANCA, *op. cit.*, 165.

[58] In tal senso ancora G. RESTA, *op. cit.*, 809.

nell'ottica della depatrimonializzazione del diritto privato[59] e della necessità di rispondere alle esigenze fondamentali della persona in attuazione dell'art. 2 della Costituzione[60].

Quest'ultima ha posto a fondamento del nostro ordinamento rispetto, tutela e promozione della persona umana e lo stesso deve fare la scienza, non solo in attuazione della morale, ma anche e soprattutto in attuazione della gerarchia dei valori giuridicamente rilevanti[61].

Il riconoscimento al singolo di una certa sfera di libertà di disporre del proprio corpo perde il riferimento di natura patrimoniale e non ha come fine principale la garanzia di un ambito di libera contrattazione delle utilità economiche riconducibili all'uso del corpo, ma è volto alla promozione della personalità umana, cui è funzionale il riconoscimento della libertà personale, la quale deve essere coordinata, tra l'altro, con l'uguaglianza e la dignità umana, l'identità, la salute e l'integrità fisica[62].

---

[59] A tale proposito: C. DONISI, *Verso la "depatrimonializzazione"del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 644 ss.; P. PERLINGIERI, *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1978, 430; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 114 ss.

[60] G. DI ROSA, *op. cit.*, 126.

[61] V. P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, *passim*.

[62] P. D'ADDINO SERRAVALLE, *op. cit.*, 536.

«Nella nostra Costituzione, come quasi unanimemente riconosciuto, assume una posizione centrale la tutela e la realizzazione della persona umana, la quale viene sicuramente intesa come qualcosa di assolutamente unico e non separabile, composto di corpo e di mente, per cui sembra oggi che il discorso non possa più, o meglio non debba più, essere impostato in termini di "potere di disposizione" sul proprio corpo, se non forse per le parti staccate, successivamente alla separazione dal corpo, quanto di libertà, libertà di decidere in ordine a

Sulla base del principio personalista gli atti di disposizione in esame subiscono una profonda trasformazione di prospettiva. In un primo momento si è parlato di «potere di disporre del proprio corpo» «dando così l'impressione di un corpo visto come oggetto separato dalla persona e su cui il soggetto esercita i propri poteri di disposizione e tutelando l'integrità fisica non come bene della persona, ma in maniera strumentale all'esercizio di certe attività o allo svolgimento di un certo ruolo del soggetto nella famiglia, nella società o nella difesa della patria»[63]. Oggi la Costituzione e il principio personalista, in particolare, impongono una impostazione del problema in termini di libertà di decidere e di autodeterminarsi in ordine a comportamenti che riguardano il corpo, sul presupposto del valore unitario e inscindibile della persona come tale [64]. Viene abbandonata l'idea del corpo umano visto come oggetto separato dalla persona su cui il soggetto esercita i propri poteri di disposizione e il relativo atto deve essere ricostruito come espressione della libertà di decidere sulla propria persona in applicazione dell'art. 13 della Costituzione[65].

---

comportamenti e ad attività incidenti sul corpo, per azione diretta dell'interessato o tramite l'opera di terzi». Cfr. R. ROMBOLI, *op. ult. cit,* 229.

[63] R. ROMBOLI, *La "relatività" dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. dir.*, 1991, 568.

[64] C.M. D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, *cit.*, 149. Cfr. altresì R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, 568 s., e M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, 241.

[65] R. ROMBOLI, *Sub* art. 5, *cit.*, 236.

Il valore della inviolabilità della persona è costruito nella Costituzione «come "libertà" nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo». Così Corte cost. 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.*, 1/1991, 14.

Puntualizza C.M. D'ARRIGO, *op. cit.*, 152, che la qualificazione del rapporto dell'individuo con il proprio corpo esclusivamente in termini di libertà vanifica la

La libertà di decidere sul proprio corpo così intesa si manifesta sia nell'aspetto attivo di libertà positiva, sia sotto quello di libertà negativa: la prima individua «il diritto del singolo di decidere liberamente e volontariamente in ordine ad attività che coinvolgono in qualche misura il suo corpo, anche se, come per tutte le libertà, pur sancite e tutelate dalla Costituzione, tale libertà non è certo illimitata, ma incontra limiti implicitamente o esplicitamente stabiliti, i quali sono comunque espressione di valori costituzionali ritenuti prevalenti rispetto a quello tutelato dalla libertà in esame»; l'aspetto negativo della libertà riguarda invece «il diritto del soggetto a non subire, contro la sua volontà, atti o interventi sul proprio corpo ad opera di terzi, se non nei ristretti limiti previsti, espressivi, anche in questo caso, di valori superiori»[66].

La libertà di disporre del proprio corpo in tal senso è desumibile dal coordinamento delle norme degli articoli 2, 3, comma 2, 13 e 32 della Costituzione[67] e la disposizione richiamata più di frequente per valutare la copertura costituzionale della libertà di

funzione promozionale dell'ordinamento giuridico. Poiché l'intervento positivo dello Stato è rivolto ad incentivare lo sviluppo della persona umana anche relativamente ai profili biologici della sua esistenza, non si può parlare di libertà in senso proprio ed a tale concetto è preferibile sostituire quello di "autonomia privata"; «la libertà in parola non potrebbe comunque essere considerata assolutamente incondizionata, atteso che anche fra i valori fondamentali dell'ordinamento insiste un legame di reciproco condizionamento e limitazione» (p. 153 s.). In un ordinamento giuridico promozionale – riferisce lo stesso autore (p. 163) – l'autonomia privata non è un valore in se, ma solo nella misura in cui l'atto che ne costituisce l'estrinsecazione è rispondente ad interessi e valori meritevoli di tutela. Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, 147 s.; P. D'ADDINO SERRAVALLE., *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana,* cit., 107 ss.

[66] R. ROMBOLI, *Sub* art. 5, cit., 237.

[67] Cfr. Trib. Firenze, 22/12/2010, in *Foro it.*, 2/2011, 608.

decidere e di autodeterminarsi è quella contenuta nell'art. 2. L'art. 32, inoltre, posto a tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse della collettività, escludendo l'obbligatorietà di trattamenti sanitari se non per disposizioni di legge, è il frutto di una diversa valutazione, nel senso che è volto a tutelare la salute, la vita e le condizioni di vita, quali valori psichici oltre che fisici, suscettibili non solo di conservazione e di reintegrazione, ma anche di incremento e di promozione per la realizzazione del pieno sviluppo della persona.

Il criterio di contemperamento fissato dall'art. 5 si è rivelato dunque inadeguato in casi particolarmente importanti che hanno reso necessario l'intervento del legislatore, il quale ha conferito dignità e meritevolezza di tutela ad atti dispositivi che, in attuazione del principio di solidarietà, infrangono il limite massimo di liceità della diminuzione permanente. La Costituzione impone senza dubbio una rilettura dell'art. 5 c.c. per escluderne l'applicazione in alcune ipotesi per le quali si rende necessaria una valutazione concreta «formulata alla stregua di principi fondamentali e volta al conseguimento di una composizione fra valori configgenti» [68].

[68] C.M. D'ARRIGO, *op. cit.*, 333.

A prescindere dall'incidenza su tale limite massimo, il legislatore, prendendo atto dell'emersione di nuovi valori riferibili all'integrità fisica (C.M. D'ARRIGO, voce *Integrità fisica*, cit., 716 s.), ha ritenuto, in alcuni casi, di dover codificare un'apposita disciplina. Tra le leggi speciali di maggiore interesse: la legge 26 giugno 1967, n. 458, disciplina il trapianto del rene tra persone viventi; la legge 22 maggio 1978, n. 194, riguarda l'interruzione della gravidanza; la legge 14 aprile 1982, n. 164, in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, consente l'adeguamento dei caratteri fisici all'identità psico-sessuale; la legge 4 maggio 1990, n. 107, sulla donazione del sangue umano, è stata abrogata ed integralmente sostituita dalla legge 21 ottobre 2005, n. 219, contenente la nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati; la legge 12

Ed inoltre, il requisito della gratuità viene configurato come presupposto generale di liceità dell'atto solo nella legislazione speciale, mentre l'art. 5 non fa alcuna espressa menzione del requisito dell'assenza di corrispettivo. Viene ora sancita la nullità di qualsiasi pattuizione che preveda la corresponsione di un compenso in denaro o di altra utilità in favore del donatore[69]; per molto tempo

agosto 1993, n. 301, si occupa di trapianti e di innesti di cornea, mentre la legge 16 dicembre 1999, n. 483, del trapianto parziale di fegato; quella del 6 marzo 2001, n. 52, tratta del riconoscimento del Registro nazionale italiano dei donatori di midollo osseo; la legge 19 febbraio 2004, n. 40, regolamenta la procreazione medicalmente assistita; ultima, in ordine di tempo, la legge 19 settembre 2012, n. 167, contiene le norme per consentire il trapianto parziale di polmone, pancreas e intestino tra persone viventi.

Per una ricognizione della legislazione speciale v.: D. CARUSI, voce *Atti di disposizione del corpo*, *cit.,* 4, e C.M. D'ARRIGO, voce *Integrità fisica*, *cit*., 717 ss.

[69] Sottolinea A. PALAZZO (*Atti gratuiti e donazioni*, Torino, 2000, 22 ss.) che l'utilizzo da parte del legislatore di espressioni quali «donatore» o «atto di donazione», se riferito agli atti di disposizione, è atecnico. V. anche A. GAMBARO, *I beni*, cit., 199.

G. DI ROSA, *op. cit.*, 156 ss., parla di sovrapposizione di due diversi linguaggi, quello comune e quello giuridico, e ritiene che l'utilizzo in senso atecnico della categoria giuridica della donazione si rilevi dal confronto tra i tratti distintivi della donazione indicati nell'art. 769 c.c. e l'atto di donazione degli organi. Ci troviamo in presenza di «un atto gratuito non donativo, il cui *nomen iuris* (donazione) non corrisponde allo schema tecnico-formale sotteso, volendo semplicemente riferirsi ad un atto di disposizione gratuito di parti del proprio corpo, del quale sia stata accertata la morte (cerebrale), in funzione di un interesse sociale» (p. 158). La donazione di organi si colloca, dunque, nella categoria delle prestazioni superetiche o supererogatorie poiché si tratta di un atto di solidarietà che non è espressione di obbligo giuridico o di obbligo morale (Così A. PALAZZO, *op. cit*., 24 s.). Cfr. F. GIGLIOTTI, *Del pagamento dell'indebito, Obbligazioni naturali, Art. 2034*, in *Commentario al codice civile*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F. D. BUSNELLI, Milano, 2015, p. 43 (nota 10).

la dottrina[70] ha invece prevalentemente sostenuto la validità dei contratti aventi ad oggetto lo sfruttamento economico delle parti e delle funzioni del corpo umano[71].

4. L'atto di autonomia e il «diritto leggero».

Il nesso tra la tutela dell'integrità fisica ed il potere di autodeterminazione dei privati trova il suo punto di confluenza non più nel limite della diminuzione permanente, ma in quello del pieno sviluppo della personalità. Il richiamo all'autonomia privata in materia di integrità fisica non è eccezionale o occasionale, ma rappresenta, come giustamente evidenziato in dottrina[72], il momento privilegiato per selezionare, armonizzare, promuovere e tutelare i valori emergenti. L'autonomia negoziale, soprattutto se guardiamo alle disposizioni costituzionali, appare lo strumento giuridico più adeguato alla tutela della persona umana e viene riconosciuta allo scopo di perseguire interessi personali ed esistenziali meritevoli di

Per la disamina delle differenze tra gratuità, liberalità e donazione mi sia consentito rinviare a G. COSCO, *Gratuità e atipicità. Dall'adempimento dell'obbligazione naturale al contratto gratuito atipico*, Soveria Mannelli (Cz), 2008, 7 ss.

[70] Cfr.: M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, 249 ss.; D. CARUSI, *Contratto illecito e* soluti retentio. *L'art. 2035 cod. civ. tra vecchie e nuove "immoralità"*, Napoli, 1995, 108 ss.; C.M. D'ARRIGO., *Autonomia privata e integrità fisica*, cit., 246, e, più di recente, ID., *Il contratto e il corpo: meritevolezza e liceità degli atti di disposizione dell'integrità fisica*, *cit.*, 788 ss.

[71] G. RESTA, *op. cit.*, 810.

[72] C.M. D'ARRIGO, *op. cit.*, 74.

essere tutelati[73]; nelle situazioni esistenziali la meritevolezza coincide con il rispetto della dignità e la realizzazione ottimale della personalità secondo le modalità predisposte dalla legge ed è diversa da quella tipicamente contrattuale se non altro per la differenza ontologica esistente fra i valori della persona e gli interessi a contenuto patrimoniale[74].

Privilegiare l'autonomia dei privati nella tutela dell'integrità fisica – è stato opportunamente rilevato[75] – rappresenta un importante passo verso il «diritto leggero», elastico e flessibile, che non fa scelte valoriali, limita le norme imperative e di divieto, che non possono essere derogate dalle parti, e privilegia le disposizioni di principio, che rendono possibile alle stesse ed al giudice l'individuazione di una soluzione aderente alle particolarità del caso

[73] Cfr. A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 41. Richiamando l'illustre dottrina da ultimo citata C.M. D'ARRIGO, *op. cit.*, 165, evidenzia che la garanzia costituzionale dei valori della persona umana si articola nei fenomeni dell'autoregolamento di interessi e dell'autonomia privata: il primo è un fenomeno pregiuridico che «tale resta fino a quando l'autonomia giuridica individuale non lo porta nell'ambito della giuridicità, evidenziandolo socialmente sia quanto agli interessi da realizzare sia quanto ai mezzi ed ai modi programmati per la sua realizzazione» (così A. FALZEA, *op. ult. loc. cit.*).

[74] «I criteri di valutazione degli atti di disposizione dell'integrità fisica hanno un riferimento assiologico privilegiato nei valori espressi dai principi costituzionali». Così C.M. D'ARRIGO, *op. ult. cit.*, 312.

[75] Cfr.: C.M. D'ARRIGO., *op. cit.*, 167; A. GALASSO, *Diritto civile e relazioni personali*, in AA.VV., *La legge e il corpo*, in *Democrazia e diritto* 1996, 253 ss.; M.G. GIAMMARINARO, *Diritto leggero e autonomia procreativa. La maternità di sostituzione,* in *Democrazia e diritto* 1996, 97 s. V. anche G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, *passim.* Di diverso avviso G. DALLA TORRE, *La vita e il diritto*, in *Iustitia*, 1996, 109, il quale considera il «diritto forte» coerente con l'etica propria del diritto.

concreto, evitando l'eccessiva invasività del diritto nelle questioni che coinvolgono la persona. In merito alle principali tematiche riferite al corpo umano è stato evidenziato un eccesso normativo, cioè un'invasività del diritto che rappresenta una tendenza contraria a quella, dominante nella maggior parte dei rapporti sociali e civili, della *deregulation*.

Una legislazione flessibile - che ricorre principalmente ai valori espressi dalle norme costituzionali, caratterizzati dalla relatività e dalla indeterminatezza - consente il confronto fra posizioni diverse e la sua elasticità serve ad individuare i principi in grado di adattarsi ai continui mutamenti della coscienza sociale, della scienza e della tecnologia[76].

5. L'integrità fisica.

Il diritto al(bene del)l'integrità fisica comporta il riferimento al diritto dell'individuo umano all'integrità «del suo organismo naturale, considerato nel suo aspetto così anatomico come fisiologico, ed altresì psichico»[77], come espressamente sancito dall'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[78].

[76] C.M. D'ARRIGO, *op. cit.*, 169.

[77] A. DE CUPIS, *Integrità fisica (diritto alla)*, *cit.*, 1.

[78]La Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 segna il passaggio da una logica puramente mercantile che ha caratterizzato la nascita e l'azione politica dell'Unione europea ad una che pone al centro la persona e i suoi diritti fondamentali. Attraverso l'assegnazione del rango costituzionale ai precetti sanciti dalla Carta di Nizza viene individuato un nucleo condiviso ed essenziale di valori, principi, diritti e libertà fondamentali comuni a popoli e Stati europei diversi per tradizione e cultura. La dignità umana è il valore fondamentale enucleato dalla Carta e attorno ad esso «deve misurarsi in concreto l'universalismo

La nozione di integrità a cui si riferisce l'art. 5 c.c. è certamente quella fisica, che viene alterata «per sottrazione»[79] dagli atti di disposizione, ma la norma del codice civile deve essere oggi «collocata in un contesto che la dilata in diverse direzioni e che è segnato dal modo in cui l'art. 32 della Costituzione considera la salute come un diritto fondamentale»[80]. Ciò anche nel senso che la diminuzione permanente dell'integrità fisica può derivare da un'«addizione» e non soltanto da una «sottrazione» (come dimostra il doping, l'assunzione di droghe, il fumo attivo e passivo). Il corpo a cui si riferisce l'art. 5 c.c. è il simbolo dell'identità di una persona, ma l'identità non è data solo dal corpo. Fanno parte delle forme di disposizione della persona anche gli atti che non incidono sull'integrità fisica o sulla salute, bensì sull'identità personale[81].

Il corpo è un'«unità funzionale»[82], che comprende entità separate, anche fisicamente collocate in luoghi diversi, ed in cui la violazione di una parte viene considerata come violazione dell'intero. Questo vale anche per le singole componenti del «corpo elettronico»[83], inteso come quell'insieme di informazioni riguardanti

---

dei diritti umani». Cfr. A. GALASSO – G. PALMERI, *Presentazione*, in AA.VV., *Diritti fondamentali e multi etnicità. Una ricerca per la Costituzione dell'Unione europea*, Palermo, 2003, 7 e s.

[79] S. RODOTÀ, *op. cit.*, 85.

[80] S. RODOTÀ, *op. ult. loc. cit.*

[81] G. ANZANI, *op. cit.*, 11.

[82] L'espressione è di S. RODOTÀ, *Il corpo "giuridificato"*, in AA. VV., *Il governo del corpo*, I, *Trattato di biodiritto* diretto da S. RODOTÀ - P. ZATTI, Milano, 2011, 60 ss.

[83] S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., 73 ss. e ID., *Il corpo "giuridificato"*, *cit.*, 62. L'A. si riferisce alle numerosissime banche dati dove compariamo come consumatori, elettori, lavoratori ed altro ancora e parla di distribuzione di ciascuno di noi nel tempo e nello spazio.

ognuno di noi ed in cui la nostra identità è sezionata e diventa possibile oggetto di atti di disposizione, anche se con tutta una serie di limiti[84].

Si assiste oggi ad un mutamento e ad una estensione della nozione di corpo, oltre che ad una moltiplicazione dei corpi virtuali e dunque delle identità di ciascuno di noi[85]. L'integrità non riguarda solo la fisicità e deve fare i conti oltre che con la dimensione fisica, anche con quella psichica e con quella tecnologica. La singola utilizzazione o negoziazione del corpo e delle sue parti è possibile purché non contraria ai diritti alla salute, all'integrità, all'identità ed ai principi fondamentali della dignità umana, dell'eguaglianza, della solidarietà, sanciti dalle leggi nazionali e dalle convenzioni

---

Il riconoscimento della rilevanza della persona, invero, sarebbe limitato se si evidenziasse l'inscindibilità tra corpo e mente, trascurando la dimensione del corpo elettronico. «Se è certamente riduttivo, e pericoloso, affermare che "noi siamo i nostri dati", è pur vero che la nostra vita sta ormai diventando uno scambio continuo di informazioni, che viviamo in un flusso ininterrotto di dati, sì che costruzione, identità, riconoscimento della persona dipendono in maniera sempre più inestricabile dal modo in cui viene considerato l'insieme dei dati che la riguardano». Così S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma - Bari, 2012, 159.

Cfr. altresì M. DELL'UTRI., *Art. 5 – Atti di disposizione del corpo*, in A. BARBA – S. PAGLIANTINI (a cura di), *Delle persone. Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2012, 521 ss.

[84] Di «autonomia presidiata», nel senso dell'insieme delle garanzie collettive, presupposto ineliminabile per la pienezza effettiva dell'autonomia individuale, parlano S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., 22 e P. ZATTI, *Di là dal velo della persona fisica. Realtà del corpo e diritti "dell'uomo"*, in *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, 2009, 87.

[85] «I corpi parlanti con identità diverse possono così moltiplicarsi nel tempo e nello spazio». S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, 78.

internazionali[86]: occorre, a tale scopo, un'analisi degli interessi e dei valori coinvolti in ogni singola situazione.

La libertà di autodeterminazione trova dunque il suo limite nel rispetto della dignità umana[87], dal quale discende il principio dell'indisponibilità del corpo, delle sue parti e dei suoi prodotti; deroghe a tale principio sono possibili solo a seguito di autorizzazionelegislativa, per finalità terapeutica e scientifica, con consenso espresso dell'interessato[88] e sempre con atto solidale e gratuito[89].

La necessità di comporre i diversi interessi, riconducibili alla persona, coinvolti nell'atto di disposizione ha indotto il legislatore

---

[86] V. P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Corpo* (*commercializzazione del*), *cit*., 559. L'A. evidenzia (p. 563 s.) che la liceità delle pratiche di commercializzazione del corpo trova il suo «parametro ultimativo» nella dignità umana, valore pregnante del nostro ordinamento «esprimendo la sintesi delle libertà positivamente protette e dei diritti inviolabili dell'uomo, concepiti nella loro correlazione con i doveri di solidarietà; ma anche un valore, tra quelli qualificati indivisibili ed universali, sui quali è radicata la costituzione europea e l'azione comunitaria, oltre che numerose convenzioni internazionali» (p. 564).

[87] L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, 158 s.

Il criterio della dignità umana, quale limite alla libertà di disporre del proprio corpo, è espressamente richiamato dalla Corte costituzionale, 22 ottobre 1990, n. 471 (in *Foro it.*, 1/1991, 14 ss., con nota di R. ROMBOLI, *I limiti di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" ed in quello "passivo"*, in *Giur. cost*. 1991, 626 ss., con nota di A. MUSUMECI, *Dal «potere» alla «libertà» di disporre del proprio corpo*).

[88] Puntualizza D'Amico G. (*La compravendita*, in *Tratt. Dir civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2013, 20 s.) che il consenso non è quello «negoziale» (che sorregge gli «atti di disposizione» veri e propri), ma è il «consenso dell'avente diritto» sempre revocabile dal soggetto che l'ha prestato.

[89] In questi termini si esprime P. D'ADDINO SERRAVALLE., *Corpo* (*Commercializzazione del*), *cit*., 565 s.

nazionale e sovranazionale a non fissare regole rigide, ma a privilegiare quel diritto leggero che seleziona principi fondamentali, quali la gratuità e la necessità del consenso informato[90], la cui centralità è affermata dal già citato art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. La questione aperta resta quella del potenziale conflitto tra diritti ed interessi inviolabili, che siano nel contempo di pari rango costituzionale.

La soluzione del problema non è certo agevole. Al legislatore nazionale dovrebbe essere demandata una disciplina per principi[91] atta a consentire al giudice «di individuare punti di riferimento costanti e ampiamente condivisi cui agganciare le sue soluzioni interpretative»[92]con l'intento, però, di selezionare le peculiarità dei

[90] Ancora P. D'ADDINO SERRAVALLE, *op. ult. cit.*, 583.

[91] R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, Roma, 2014, 207 ss., propone come esempio di buona legislazione in tal senso la legge 6 giugno 1967 n. 458, sui trapianti di rene tra persone viventi, nella quale viene effettuato un bilanciamento tra diversi valori: il consenso del donante, il suo potere di autodeterminarsi e quello dell'altro soggetto coinvolto, con il limite del carattere necessariamente gratuito della donazione e dell'autorizzazione da parte del giudice; equilibrata appare, inoltre, la relazione tra il principio di solidarietà e quello personalistico.

[92] N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 493.

«Se si vuole evitare che l'interpretazione da *Auslegung* quale obiettiva ricostruzione di senso si trasformi in *Sinngebung*, ossia in attribuzione soggettiva di significato, allora il procedimento ermeneutico e il suo esito devono poter contare e fondarsi su una rigorosa metodica di principi, canoni, criteri e moduli valutativi vincolanti e oggettivamente osservabili e verificabili, con conseguente costruzione di altrettanti statuti epistemologici dell'intendere e la messa in campo di una dogmatica giuridica quale struttura anch'essa metodica di valutazione sistematica dell'esito interpretativo». Così V. SCALISI, *Per una ermeneutica giuridica "veritativa" orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2014, 1256.

singoli casi per ricercare poi la soluzione più equa nel rispetto dell'autonomia dei soggetti privati[93].

Anche la legislazione per principi potrebbe tuttavia risultare complicata per un parlamento nazionale che sconta oggi più che mai un quadro politico incerto ed una contrapposizione tra maggioranza ed opposizione talvolta impalpabile. A questo punto si mostra indispensabile il ricorso alle Carte dei diritti [94].

La superiore premessa non esclude ovviamente la necessità che l'opera di bilanciamento venga effettuata tanto dal legislatore[95] quanto dal giudice[96] avendo riguardo a tutti i principi[97] ed ai

[93] A. GALASSO, *op. ult. cit.*, 261 s.

[94] R. CONTI, *op. cit.*, 182.

[95] Così nella già citata legge sul trapianto di rene.

[96] Il legislatore e l'interprete svolgono un ruolo concorrente anche nel processo di creazione delle regole, che nascono dall'attività del primo (il quale pone la regola) e del secondo (che la interpreta). Cfr. N. LIPARI, *op. cit.*, p. 482.

V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2009, 413, evidenzia che, nel processo di costruzione della regola giuridica da applicare al caso concreto, spetta sempre all'interpretazione il primato assiologico rispetto alla fonte anche in ambito europeo. La regola giuridica non preesiste all'interpretazione, ma è l'interpretazione che la costituisce e la foggia, «eccitata dall'esigenza del caso della vita». ID., *Per una ermeneutica giuridica "veritativa" orientata a giustizia*, *cit.*, 1251.

L'interprete, dunque, è un protagonista attivo del processo di integrazione giuridica europea, con l'inevitabile margine di arbitrio che l'attività ermeneutica comporta. In tal senso ID., *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, *cit.*, 437.

Cfr. le pregevoli pagine dedicate all'interpretazione da P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma - Bari, 2003, 103 ss.

[97] Il principio è stato definito in termini di regola giuridica caratterizzata dall'indeterminatezza nel momento dell'azione (il dover-fare) e nel momento del risultato dell'azione (il dover-essere del valore giuridico); la parola «principio» è polisensa indicando: le regole ricavate per induzione dall'insieme delle norme

corrispondenti valori[98]. In materia di atti di disposizione del proprio corpo, il principio dell'autodeterminazione e conseguentemente anche quello del consenso, come tutti i diritti tradizionalmente considerati assoluti e intangibili, sono oggetto di operazioni di bilanciamento da parte del giudice ogni volta che la soluzione del singolo caso necessiti di una scelta tra interessi tutti fondamentali , ma concorrenti[99]. Il loro bilanciamento deve avvenire nel rispetto del

ordinarie (o principi comuni o inespressi); le regole poste deliberatamente dal legislatore al vertice dell'ordinamento «con il compito di indirizzare l'interpretazione, l'applicazione e lo sviluppo del diritto positivo» (o principi fondamentali o espressi); le regole derivanti da fonti metanazionali e rientranti per vie diverse nell'ordinamento giuridico «con una posizione ed un rango primario rispetto a tutte le altre regole del diritto positivo» (o principi transnazionali). Ognuna delle classi elencate è a sua volta suscettibile di ulteriori distinzioni. In particolare, tra i principi fondamentali una posizione autonoma rivestirebbero quelli che la Costituzione italiana considera principi supremi «in quanto non condizionati da nessun'altra regola giuridica ed a loro volta condizionanti ogni altra norma ed ogni altro principio, anche se di natura costituzionale o transnazionale». Così A. FALZEA, *I principi generali del diritto* (Relazione introduttiva al Convegno dell'Accademia dei Lincei sui Principi generali del Diritto del 27-29 maggio 1991), in *Riv. dir. civ., 1/*1991, 457 s. Cfr. altresì P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo - comunitario delle fonti*, cit., 193, secondo cui i principi fondamentali si identificherebbero con quelli costituzionali, considerati fondamenti di un sistema concepito gerarchicamente.

[98] G. OPPO, *Sui principi generali del diritto privato* (Relazione al Convegno su "I principi generali del diritto" promosso dall'Accademia dei Lincei nei giorni 27-29 maggio 1991), in *Riv. dir. civ., 1/*1991, 475, evidenzia il collegamento funzionale, esistente soprattutto nel diritto privato, tra i valori (definiti dall'Autore come idealità civili alle quali si ispira l'ordinamento), i principi (consistenti nell'assunzione in forma precettiva di tali valori), le clausole generali (cioè l'enucleazione dai principi dei criteri di condotta) e gli *standards* valutativi (come misura sociale dell'applicazione di quei criteri).

[99] V. Cass. civ. 20/12/2012, n. 23707, in www.iusexplorer.it.

valore superiore della dignità dell'uomo e deve essere governato dal principio della massima espansione possibile dei diritti fondamentali e – come opportunamente affermato[100] – "non avviene, a monte, sulle disposizioni, ma sulle «norme» per come esse vivono e sui «casi», per come essi si declinano volta per volta"[101].

I principi fondamentali, per la loro collocazione al vertice dell'ordinamento giuridico, ammettono come unico condizionamento «quello del loro reciproco coordinamento all'interno del sistema trascendente del quale fanno parte e si atteggiano invece come condizionanti rispetto a tutte le altre regole del diritto positivo. Il condizionamento interno si fa rilevante quando entrano in campo principi fondamentali in posizione di confliggenza, ciascuno dei quali si atteggia come intollerante di limitazioni e di rinunce». A. FALZEA, *op. ult. cit.,* 470.

[100] R. CONTI, *op. cit.*, 270.

[101] Cass. civ. 5 agosto 2010, n. 18279, ha riconosciuto che nelle controversie in cui due diritti, entrambi con copertura costituzionale, si contrappongono, il giudice deve applicare il criterio della «gerarchia mobile», dovendo procedere di volta in volta ed in considerazione dello specifico *thema decidendum* all'individuazione dell'interesse da privilegiare dopo aver effettuato una comparazione equilibrata fra i diritti in gioco.

La distinzione fra «disposizione» (quale parte di un testo non ancora confortato dal lavorio interpretativo) e «norma» (intesa come testo già sottoposto ad elaborazione interpretativa rilevante) fatta da Cass. civ. Sez. Un. 2 agosto 1994, n. 7194 (in *Corr. giur.*, 1994, 1342, con nota di A. PIZZORUSSO) è stata ripresa da P. GROSSI, *op. cit.*, 111.

6. Il consenso e lo *ius se poenitendi*.

Regola generale in medicina e biologia è quella del consenso[102] libero, pieno, effettivo, attuale, spontaneo, consapevole ed informato della persona interessata[103], a cui deve essere previamente ed

[102] Con il Codice di Norimberga del 1946 sull'etica della sperimentazione - che si apre con le parole «il consenso volontario del soggetto umano è assolutamente necessario» – si assiste all'abbandono della subordinazione della persona al potere medico, «delegittimato nella sua autonomia dall'uso che di esso avevano fatto i medici nazisti». Così S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 164, il quale evidenzia che il consenso informato garantisce alla persona la sovranità sul proprio corpo, «con un processo che si ritrova nel modo in cui viene strutturata la relazione tra la persona e chi tratta i suoi dati, anch'essa radicalmente modificata con l'attribuzione direttamente a essa del potere di governo delle proprie informazioni». V. anche P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giur civ comm.*, 1/2007, 1 ss.

Sulle questioni giuridiche connesse all'istituto del consenso informato v. le approfondite riflessioni di V. DONATO, *Note in tema di consenso informato all'atto medico. La sfida del diritto tra innovazione scientifica e nuova domanda etica,* in ID., *Contributi di diritto civile*, Torino, 2004, 1 ss., in part. 12 ss.

Sui caratteri del consenso e, di conseguenza, del dissenso a sottoporsi a determinate cure mediche cfr. Cass. civ., 15 settembre 2008, n. 23676, in *www.iusexplorer.it*.

Il dissenso deve essere espresso, inequivoco ed attuale: non basta una manifestazione generica formulata *ex ante* ed in un momento in cui il paziente non era in pericolo di vita, ma è necessaria una volontà espressa dopo aver ricevuto le informazioni sulla gravità della propria situazione e sui rischi derivanti dal rifiuto delle cure.

Nel caso specifico la Suprema Corte ha ritenuto che non vi fossero le condizioni per un valido dissenso se manifestato tramite un cartellino, con la scritta niente sangue, trovato addosso al paziente, testimone di Geova, incosciente al momento del ricovero.

[103] L. DI BONA, *op. cit.*, 64 s. evidenzia le differenze fra gli atti a contenuto patrimoniale e quelli a contenuto non patrimoniale: nel primo caso si assiste ad

adeguatamente notificato lo scopo, la natura, le conseguenze, i rischi dell'intervento e la possibilità, in qualsiasi momento, di revocare l'autorizzazione[104] (negli stessi termini si esprime anche l'art. 5 della Convenzione di Oviedo); la verifica dell'integrità del consenso è più severa rispetto a quella effettuata nei negozi a contenuto patrimoniale[105]. Particolare rilevanza viene dunque riconosciuta alla

«una progressiva obiettivizzazione dei rapporti, in funzione della circolazione dei beni, della celerità degli affari, nonché dell'equilibrio delle posizioni contrattuali, obiettivi rispetto ai quali risulterebbe certamente di ostacolo un'eccessiva rilevanza dell'interno volere del soggetto» (p. 64); «la disciplina degli atti non patrimoniali rivela una costante attenzione per la qualità e gli stati soggettivi delle parti ed attribuisce rilevanza essenziale all'intento effettivo dell'autore ed alla pienezza e spontaneità del suo volere, postulando altresì, di regola, l'assoluta personalità della dichiarazione» (p. 65).

[104] V. M.C. VENUTI, *Integrità della persona e multietnicità*, *cit.*, 207 s.

Afferma Corte cost. 23/12/2008, n. 438 (in *Giur. cost.*, 2008, 4970, con note di: R. BALDUZZI – D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*; D. DORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il "consenso informato" ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale;* C. CORAGGIO, *Il consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale*): «la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute». V. G. RESTA, *op. cit.*, 806 e S. RODOTÀ., *op. ult. cit.*, 256.

Sulla duplice accezione attiva e passiva della libertà di disporre del corpo v. R. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" ed in quello "passivo"*, *cit.*, 15 ss.; ID., *La "relatività"dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. Dir.*, 1991, 565 ss.

[105] V. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo*, Torino, 2004, 100 e L. DI BONA , *op. cit.*, 65.

volontà del disponente[106]; un tale riconoscimento non comporta un'assenza di limiti: si dà l'opportunità all'interessato di incidere su un proprio diritto fondamentale, ma l'atto compiuto non trova la sua unica giustificazione nella volontà di costui, nel suo arbitrio[107]. Il soggetto può disporre del proprio diritto all'integrità psico-fisica se tale potere rinviene il suo fondamento, la sua giustificazione e meritevolezza nei principi costituzionali, nei quali trova anche il proprio limite[108]. L'art. 2 della Costituzione, in particolare, riconosce

[106] L'unica eccezione (rilevata da C.M. D'ARRIGO, *op. cit.*, 273 s.) riguarda l'esecuzione di interventi medici urgenti effettuati nell'interesse del paziente, ipotesi integranti gli estremi dello stato di necessità *ex* art. 54 c.p. Cfr. M.C. CHERUBINI, *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo*, in *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di F.D. BUSNELLI, U. BRECCIA, Milano, 1978, 89 e C.M. BIANCA, *op. cit.*, 165.

[107] Il disponente non ha assoluta ed incondizionata libertà di agire ed i limiti alla stessa sono rinvenibili nei principi generali ed inderogabili, in particolare della Costituzione, che «da un lato, ne giustificano e ne legittimano il compimento e, dall'altro, limitano "dall'interno" il potere autonomo». Così L. DI BONA, *op. cit.*, 108, la quale avverte del pericolo di incorrere in un equivoco: «quello che importa confusione tra le istanze affatto diverse di libertà e libertarismo; tra i concetti di volontà e volontarismo o, ancora, tra il riconoscimento dell'autonomia privata, da un lato, e la configurazione della stessa come intangibile dogma dall'altro».

[108] La circostanza che il consenso informato trovi il suo fondamento nella Costituzione, in particolare negli articoli 2, 13 e 32, pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute. Ogni individuo ha il diritto ad essere curato, ma ha anche quello di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, oltre che alle eventuali terapie alternative. Le informazioni devono essere esaurienti proprio per garantire una scelta libera e consapevole da parte del paziente. In questi termini si è espressa Corte cost. 23/12/2008, n. 438, *cit.* V. anche Trib. Torino, 16/01/2013, in www.iusexplorer.it.

Sul consenso come presupposto di liceità del trattamento medico cfr. Cass. pen. 14/02/2006, n. 11640, in *Riv. pen.*, 2/2007, 229.

e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, ma prescrive l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale; l'art. 32 obbliga lo Stato a tutelare la salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività ma, con il limite della riserva di legge, prevede il trattamento sanitario obbligatorio. Anche la legislazione ordinaria, che riconosce il potere di compiere atti di disposizione del proprio corpo in deroga a quanto disposto dall'art. 5, pone limiti per lo svolgimento delle relative attività[109] oggetto di penetranti controlli pubblici, limiti imposti al potere di agire dei singoli e strumentali alla soddisfazione degli interessi meritevoli di tutela che non sono solo quelli dei singoli.

La particolare natura degli interessi coinvolti negli atti di disposizione del corpo, poiché volti a tutelare la salute, la dignità e la personalità umana, ha indotto l'ordinamento a riconoscerne lo *ius se poenitendi ad nutum,* cioè senza addurre alcuna motivazione, fino al momento immediatamente precedente la materiale esecuzione della prestazione[110]. La revocabilità non priva le fattispecie a contenuto non patrimoniale di qualsiasi efficacia impegnativa, che ne risulta solo «affievolita»[111], nel senso che occorre effettuare di volta in volta un bilanciamento dei contrapposti interessi egualmente rilevanti a mantenere e revocare il vincolo. La circostanza che l'ordinamento riconosca il diritto di revocare il consenso prestato a tutela di interessi esistenziali non significa che non debba essere assicurata protezione adeguata all'affidamento del destinatario diretto dell'atto dispositivo. In ipotesi di ripensamento del titolare del diritto è

[109] L. DI BONA, *op. cit.*, 110.

[110] La facoltà di revocare il consenso rappresenta una «modalità d'essere» del principio di autodeterminazione. Così D. PIRILLI, *Solidarietà e "dono nei trapianti tra viventi"*, in *Persona e mercato*, 2/2013, 143.

[111] L'aggettivo è utilizzato da L. DI BONA, *op. cit.*, 126.

possibile garantire la protezione dell'altrui affidamento attribuendo al soggetto revocante la responsabilità non per essersi sottratto all'esecuzione della prestazione, «bensì per non aver sufficientemente ponderato la propria determinazione volitiva nella fase precedente la formale manifestazione del consenso ed aver quindi arrecato un danno, con l'inatteso ripensamento, al destinatario dell'atto dispositivo»[112]. Il promittente di una prestazione attinente alla sfera esistenziale e dunque personalissima non può essere obbligato ad eseguirla, ma potrebbe essere chiamato a rispondere dei danni provocati per aver ingenerato un legittimo affidamento nell'altra parte.

7. L'incommerciabilità.

Ed ancora, è sul rispetto del valore della dignità umana che si fonda il principio di incommerciabilità e dunque l'esplicito divieto di fare del corpo umano e delle sue parti fonte di lucro[113], sancito, oltre

[112] In tal senso ancora L. DI BONA, *op. cit.*, 195. L'A. sostiene la rilevanza, anche nelle fattispecie non patrimoniali, del principio dell'affidamento che, insieme a quello di correttezza e buona fede, sarebbe espressione del dovere di solidarietà *ex* art. 2 Cost., valore primario nel nostro ordinamento e che rileva in ogni rapporto, indipendentemente dal suo carattere patrimoniale (p. 190).

[113] Il principio di gratuità, che opera nelle relazioni personali ed affettive, serve a diversificare i piani su cui si pongono i rapporti di mercato e le relazioni affettive. Cfr. A. GALASSO, *Biotecnologie e atti di disposizione del corpo*, *cit.*, 933 ss. e ID., *Il principio di gratuità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 203.

Sul principio di gratuità quale fondamento del moderno statuto giuridico della persona fisica v.: P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo,* Torino, 2004, 98 ss.; G. FERRANDO, *Il principio di gratuità, biotecnologie e "atti di disposizione del corpo"*, in *Eur. Dir. priv.*, 2002, 761 ss.; D. MESSINETTI, *Principio di gratuità e atti di disposizi*one *del proprio corpo*, in A.

che in specifiche norme interne in materia di atti di disposizione del corpo a favore di terzi[114], dall'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dall'art. 21 della Convenzione di Oviedo sulla protezione dei diritti umani nell'ambito della medicina e della biologia e dall'art. 4 della Dichiarazione universale sul Genoma umano e i diritti dell'uomo, adottata dall'UNESCO l'11 novembre 1997.

Tale proibizione non dipende dalla natura del corpo e delle sue parti, bensì dal loro essere riferiti alla persona e l'inerenza a quest'ultima nella sua interezza impedisce che le singole componenti il corpo vengano assimilate a qualsiasi altra merce[115] e si giustifica per una serie di ragioni[116]. In primo luogo, la prospettiva personalistica e

---

BELVEDERE – C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, 1 ss.; ID., *Persona e destinazioni solidaristiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 493 ss; M.C. VENUTI, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, in *Dir. fam.*, 2001, 827 ss.

[114] In particolare, al principio di gratuità si riferiscono le leggi sulla donazione del sangue e di plasmaderivati (legge 4 maggio 1990, n. 107: art. 1, commi 2, 4; art. 2, comma 1; art. 3, comma 1; art. 17, commi 1 e 3) e sulle attività trasfusionali (l'art. 4 della legge 21 ottobre 2005, n. 219, rubricato «Gratuità del sangue e dei suoi prodotti», dispone che il sangue umano non è fonte di profitto; l'art. 17 del d.lgs. 20 dicembre 2007, n. 261, sulla raccolta e lavorazione del sangue umano, si occupa della donazione volontaria e gratuita del sangue). Negli stessi termini si esprimono le norme in materia di trapianto del rene (l. 26 giugno 1967, n. 458) e parziale del fegato tra persone viventi (l. 16 dicembre 1999, n. 483).

Cfr. L. DI BONA, *op. cit.*, 206.

La gratuità è ora richiamata anche dall'art. 1 della legge 167 del 2012 sui trapianti di polmone, pancreas e intestino. V., per un commento alla legge da ultimo richiamata, M. CICORIA, *La l. n. 167 del 2012: ancora sul dono*, in *Giust. civ.*, 9/2013, 463 ss.

[115] S. RODOTÀ, *Il corpo "giuridificato"*, *cit.*, 56.

[116] Evidenziate in più occasioni dalla dottrina. A tal proposito L. DI BONA, *op. cit.*, 206 ss.

solidaristica propugnata soprattutto dal legislatore costituzionale, in netta contrapposizione con quella utilitaristica dell'ordinamento, valuta inconcepibile una considerazione del corpo umano in termini di bene economicamente valutabile (art. 810), suscettibile di scambio e dunque potenziale oggetto di cessione a fronte del pagamento di una somma di denaro o con altra prestazione valutabile economicamente[117].

La gratuità garantisce la spontaneità dell'atto e la libertà del consenso ed evita qualsiasi forma di coercizione indiretta della libertà di autodeterminazione[118].

Gli accordi posti in essere in violazione del principio in esame sono illeciti[119]. Gli atti di disposizione del corpo, dunque, estranei alla logica dello scambio risultano altresì incompatibili con lo schema della corrispettività nel senso che la prestazione, caratterizzata dalla non patrimonialità e oggetto della disposizione, non può essere posta in relazione di interdipendenza funzionale con un'altra prestazione,

[117] «In altri termini, essendo legislativamente concepito in una logica di solidarietà, e dunque necessariamente funzionalizzato alla causa altruistica, l'atto di disposizione del corpo in favore di terzi rinviene nella gratuità la propria essenziale condizione di liceità». Così L. DI BONA, *op. cit.*, 208.

[118] V. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 100 e G. FERRANDO, *Il principio di gratuità biotecnologie e atti di disposizione del corpo*, cit., 779.)

A. NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir.,* Milano*,* Annali, IV (2011), 144, guarda alla gratuità come all'indice più sicuro della disponibilità a sacrificare un diritto.

[119] «Tali convenzioni rendono infatti "oneroso" un tipo di "acquisto" che, nelle fattispecie espressamente disciplinate, il legislatore ha concepito come essenzialmente gratuito e – di più – legittimato soltanto a questa condizione». Ancora L. DI BONA , *op. cit.*, 209 s.

sia patrimoniale che non patrimoniale[120] e ciò per la funzione solidaristica che qualifica l'attribuzione non patrimoniale. Ed inoltre la controprestazione, per quel che ci riguarda, finirebbe per pregiudicare la spontaneità del consenso, incidendo sulla decisione del disponente o donatore[121].

La negazione dello scambio, quale condizione di ammissibilità degli atti di autodeterminazione nell'utilizzo del corpo e delle sue parti, non esclude l'eventualità che il beneficiario compensi spontaneamente e liberamente il proprio benefattore nelle forme della donazione remuneratoria[122]; né possono considerarsi illecite forme di indennizzo per la diminuzione patrimoniale subita dal donatore a causa dell'intervento, come il rimborso delle spese medico – chirurgiche, il mancato guadagno durante la convalescenza e tutti i danni subiti in conseguenza, ad esempio, di un prelievo[123]. Occorre rispettare i limiti di liceità fissati per gli atti di disposizione del

[120] La dottrina parla di «assoluta incompatibilità» tra l'atto dispositivo a contenuto non patrimoniale e un assetto sinallagmatico degli interessi. V. L. DI BONA, *op. cit.*, 214.

[121] Appare difficile garantire l'elemento della spontaneità nel trapianto tra viventi c.d. *crossover*, trattandosi di donazioni simultanee di organi tra più soggetti appartenenti a diverse coppie di donatori e di riceventi. A tale proposito: D. PIRILLI, *op. cit.*, 145; M. CICORIA, *Profili del dono nel Diritto privato*, in *Giust. civ.*, 6/2010, 280; L. D'AVACK, *Trapianto da vivente* crossover*:aspetti etici e giuridici*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 1509 ss.

[122] P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 98.

[123] L. DI BONA, *op. cit.*, 215 s. e P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 98. Evidenzia la Ferrando (*op. ult. cit.,* 783) che gratuità non significa solo assenza di corrispettivo, essendo possibile prevedere un compenso per i disagi affrontati e le spese sostenute, ma «in primo luogo disponibilità solidale e assenza di professionalizzazione del volontario». Questo per evitare che il peso della sperimentazione ricada sulle fasce deboli della popolazione e per garantire la libertà e la dignità della persona.

proprio corpo dal legislatore nazionale e sovranazionale e garantire la libertà individuale soprattutto riconoscendo il potere di revoca.

In questa materia l'Europa (e non solo) sposa il principio di gratuità degli atti di disposizione del corpo[124] a tutela dei diritti inviolabili dell'uomo e per garantire la libertà di autodeterminazione e la scelta di politica del diritto fatta dal legislatore italiano nel senso della gratuità dell'atto di disposizione trova il suo riscontro proprio nelle fonti sovranazionali[125]. Occorre, però, precisare, anche in considerazione della pluralità di regimi del corpo e delle sue parti[126], che il principio sancito dall'art. 3, comma 2, lett. c), della Carta di Nizza e dall'art. 21 della Convenzione di Oviedo non esclude l'esistenza di profili patrimoniali dei diritti della personalità[127], ma le

[124] Cfr. F. GIGLIOTTI, *Prestazione contraria al buon costume. Art. 2035*, cit., 182 ss.

[125] V. G. RESTA, *op. cit.*, 814.

[126] «Non ogni parte del corpo, anche se unita all'insieme, è con eguale intensità *luogo, segno, esperienza dell'Io*». Così P. ZATTI, *op. ult. cit.*, 66.

[127] A tale proposito: R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto,* in *Tratt. Dir. civ.* SACCO, II, 1993, 48, Torino; M. RICOLFI, *Questioni in tema di regime giuridico dello sfruttamento commerciale dell'immagine* (nota a Cass. n. 4785 del 2 maggio 1991 e n. 4031 del 16 aprile 1991), in *Nuova giur. civ. comm.,* 1/1992, 51 ss.

Occorre capire cosa si intende per divieto di fare del corpo umano (e delle sue parti) fonte di lucro. Ancora G. RESTA, *op. cit.*, 817 ss., evidenzia il duplice significato della formula «extrapatrimonialità del corpo». Il primo significato attiene al profilo dell'appartenenza, nel senso che il corpo, i suoi elementi e prodotti non possono costituire oggetto di un diritto patrimoniale; il secondo significato attiene al profilo della circolazione, evocato dal concetto di gratuità, nel senso che l'extrapatrimonialità si esprime nel divieto di corrispettivo, nella nullità delle convenzioni che hanno l'effetto di attribuire un valore patrimoniale al corpo umano, ai suoi elementi e prodotti.

condizioni di operatività sono diverse da quelle che tradizionalmente caratterizzano i rapporti patrimoniali[128].

8. Riflessioni conclusive.

Alla luce dell'analisi fino a qui condotta sulle questioni in tema di atti di disposizione del corpo emerge (nell'ottica attuale della c.d. «globalizzazione» la constatazione potrebbe apparire scontata, ma certamente non scontate né auspicabili sono le conseguenze che ne possono derivare sul piano della tutela dei diritti fondamentali) l'inadeguatezza della sola normativa interna a definire la questione circa il «regime di appartenenza e di circolazione del corpo» e la necessità di considerare una molteplicità di regole e di principi di fonte sovranazionale[129].

[128] È corretto sostenere che l'uomo non possa essere considerato completamente estraneo ai meccanismi del commercio giuridico, anche se l'autonomia negoziale che viene riconosciuta in questo campo non può prescindere dal coinvolgimento di valori e diritti fondamentali. Cfr. P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Corpo* (c*ommercializzazione del*), *cit*., 559 e A. DE VITA, *Delle persone e della famiglia*, in *Comm. cod. civ*. SCIALOJA - BRANCA, Bologna – Roma, 1988, 546**.**

Non è possibile trascurare l'attitudine delle parti staccate a soddisfare esigenze e bisogni umani; nello stesso tempo occorre evitare che lo scioglimento di legami con la persona conduca a sfruttamenti lesivi della dignità. V. ancora P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Corpo, cit.,* 553, secondo cui l'ampliamento del potere di autodeterminazione e la varietà e complessità delle relazioni che si possono determinare sollecitano i giuristi ad individuare le possibili esplicazioni dell'autonomia privata in campo personale ed esistenziale e la natura degli atti attraverso cui si esplica (p. 547).

[129] «Al giurista che osserva la relazione con il corpo si apre un panorama incomparabile rispetto anche al recente passato. Un vasto repertorio di norme – che nascono dalle fonti internazionali e sopranazionali, dalle leggi, dalle fonti

La complessità dell'ordinamento[130] – che emerge con tutta evidenza nella fase interpretativa volta ad individuare la disciplina del caso concreto all'interno del variegato quadro normativo - ha reso fin qui necessario il confronto fra le fonti nazionali (codice civile, Costituzione e discipline settoriali contenute nella legislazione speciale) nella definizione dei diritti e delle libertà fondamentali e necessita ora di una riflessione sulle dinamiche esistenti fra il citato diritto interno e le fonti sovranazionali che si occupano della tutela giuridica della persona umana[131], in particolare sull'interazione[132] tra l' ordinamento nazionale e quello comunitario.

La Convenzione sui diritti umani e sulla biomedicina (Oviedo, 1997), la Dichiarazione Unesco sul genoma umano (1997), la

deontologiche, dalla giurisprudenza – forma uno "statuto del corpo" che continuamente evolve». Così P. ZATTI, *Di là dal velo della persona fisica. Realtà del corpo e diritti "dell'uomo", cit*., 85.

Cfr. G. RESTA, *op. cit.*, 809, secondo cui «la materia del corpo è infatti una di quelle maggiormente incise dal fenomeno del decentramento su scala sovranazionale dei processi nomopoietici, con una continua sovrapposizione tra regole di *hard law* e regole di *soft law* ed una conseguente notevole complicazione del sistema delle fonti del diritto». A tale proposito E. PALMERINI, *Le frontiere del biodiritto,* in Liber amicorum *per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 1/2008, 275 ss.

[130] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo - comunitario delle fonti*, cit., 187 ss.

[131] M. BESSONE – G. FERRANDO, *Persona fisica, a) Diritto privato*, in *Enc. dir*., Milano XXXIII (1983), 193 ss. e spec. 196 ss.

[132]M.C. VENUTI, *Integrità della persona e multietnicità*, in A. GALASSO, *Diritti fondamentali e multietnicità*, cit., 209 s., definisce l'interazione riferita alla Carta di Nizza in termini di «un moto pendolare» che influisce sull'individuazione e sull'estensione da attribuire a diritti e libertà. A differenza di quel che avviene con regolamenti e direttive l'operatività non è solo o prevalentemente in linea discendente, cioè dal diritto comunitario a quello degli Stati di destinazione, ma è reciproca.

Dichiarazione Universale sulla Bioetica e i Diritti Umani (UNESCO, 2005) e la Carta di Nizza, tutte formulate secondo la tecnica della legislazione per principi, attribuiscono ai giudici ampi margini di valutazione e di apprezzamento; i principi generali che si formano in tali contesti (diversi dunque da quello nazionale[133]) fungono senz'altro da collante fra gli ordinamenti[134]e rappresentano certamente un valido strumento per superare le incertezze nella regolamentazione del caso concreto.

A questo punto occorre inquadrare tali principi all'interno della gerarchia delle fonti, che non ci appare più quel «sistema ordinato, lineare e gerarchicamente organizzato» [135] descritto nei testi di Diritto privato e di Diritto costituzionale. Ciò anche a seguito della

[133] Secondo A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 471, ciò avviene per un duplice ordine di ragioni: «la profonda trasformazione del tipo odierno di società, dai modi di una organizzazione politica e culturale rigidamente chiusa e tendenzialmente autarchica, a quelli di una organizzazione politica e culturale progressivamente aperta ed essenzialmente relazionale»; «l'affievolimento delle note distintive delle culture locali e l'intensificazione del loro processo di uniformazione».

Cfr. altresì A. TRABUCCHI, *Regole di diritto e principi generali del diritto nell'ordinamento comunitario* (Relazione al Convegno dei Lincei sui Principi generali del Diritto del 27-29 maggio 1991), in *Riv. dir. civ., 1*/1991, 511 ss.

[134] V. A. RUGGERI, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema* (Relazione all'incontro di studio su *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma 28 febbraio – 2 marzo 2007), in www.forumcostituzionale.it, 1.

[135] A. SANTOSUOSSO – S. AZZINI, *Scienza, tecnologia e gli attuali flussi giuridici transnazionali*, in S. RODOTÀ. e M.C. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, *Trattato di biodiri*tto, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, Milano, 2010, 740. Di particolare interesse i risultati provvisori di una ricerca in corso presso il Centro di Ricerca Interdipartimentale ECLT, Università degli Studi di Pavia (dott.ssa Sara Azzini), a cui si fa riferimento nel lavoro appena citato (p. 739 ss.).

progressiva «destatualizzazione del diritto»[136] nel senso appunto della non esclusiva riconducibilità allo Stato delle fonti normative[137].

[136] V. N. LIPARI, *op. cit.*, 488.

U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. dir.*, 2006, 361 ss., evidenzia il «disordine delle fonti».

[137] A riprova di quanto appena affermato basti confrontare le diverse opinioni della dottrina sui rapporti tra il diritto europeo ed internazionale e la Costituzione italiana: per alcuni autori quest'ultima sarebbe gerarchicamente sovraordinata al primo; altri effettuano una valutazione in senso esattamente opposto; altri ancora reputano i Trattati istitutivi dell'Unione europea sovraordinati alla Costituzione, ma subordinati ai principi costituzionali fondamentali. La stessa Costituzione - legislazione formulata per principi come il diritto europeo e quello internazionale - non è oggetto di considerazione unitaria da parte della dottrina dato che, secondo alcuni, i diritti fondamentali andrebbero collocati gerarchicamente su un gradino più elevato rispetto alle c.d. regole costituzionali ordinarie.

Più precisamente, secondo P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 30/2007, «la specificità dell'ordinamento comunitario non sottrae le fonti comunitarie al vincolo della legalità e della legittimità dello stato italiano, altrimenti la loro forza normativa non avrebbe alcuna giustificazione all'interno del territorio nazionale». Cfr.: A. PIZZORUSSO – S. FERRERI, *Le fonti del diritto italiano, 1, Le fonti scritte*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 1998, 397 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2004, 31; G. IUDICA – P. ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Padova, 2014, 13.

F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 2004, 37, colloca il Trattato istitutivo della Comunità Europea ed i regolamenti emanati dal Consiglio della Comunità riguardanti le materie fissate dal Trattato ad un livello sovraordinato rispetto alle fonti del diritto interno, anche costituzionali, in ragione della limitazione della sovranità nazionale consentita dal nostro Paese *ex* art. 11 della Costituzione. Secondo G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Diritto pubblico*, 3/2002, 769 s., sia i trattati che il diritto comunitario fondato sui trattati possono derogare alla Costituzione italiana, con il limite delle norme costituzionali che tutelano i diritti inalienabili dell'uomo e di quelle che costituiscono principi costituzionali fondamentali dell'ordinamento italiano. Al

La coesistenza e l'intersecarsi di fonti nazionali, costituzionali, europee e internazionali, il ricorso da parte dei giudici al metodo comparativo[138]oltre che la questione sul ruolo del diritto giurisprudenziale[139] costituiscono il centro del problema a cui

vertice della gerarchia starebbe l'art. 11 della Costituzione; subito dopo i diritti inalienabili dell'uomo ed i principi fondamentali ricavabili dalla Costituzione; al terzo posto i trattati istitutivi e regolativi dell'Unione europea; al quarto posto il diritto derivato dai trattati; e poi la Costituzione (p. 772).

Per una considerazione unitaria della Costituzione v.: F. GALGANO, *op. cit.*, 34; G. IUDICA – P. ZATTI, *op. cit.*, 10; P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 29. *Contra* P. RESCIGNO, *op. cit.*, 772 e A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013, 26 s.

Secondo A. SANTOSUOSSO – S. AZZINI, *op. cit.*, 741, la valutazione difforme della Costituzione sarebbe la dimostrazione della coesistenza nel nostro ordinamento di principi giuridici differenti «(o norme di grado superiore con funzione ordinante il sistema), ciascuno dei quali è valido e capace di ordinare gerarchicamente le fonti normative secondo una logica propria, che è diversa e talora incompatibile con quella degli altri principi».

[138] In campo biogiuridico è frequente l'uso giurisprudenziale della comparazione, espressione utilizzata con riferimento alla prassi di ricorrere ad esperienze giuridiche straniere nel processo di concretizzazione dei principi fondamentali, per interpretare, applicare, adattare e completare il diritto nazionale soprattutto quando quest'ultimo appare incompleto, poco chiaro, contraddittorio o obsoleto. Nel caso Englaro, ad esempio, la Cassazione (16 ottobre 2007, n. 21748, con nota critica di F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 107 ss.) ha utilizzato il metodo comparatistico, avendo richiamato a supporto della propria decisione legislazioni e precedenti di paesi stranieri. Cfr. G. SMORTO, *L'uso giurisprudenziale della* comparazione, in *Eur. Dir. priv.*, 2010, 223 ss. e R. CONTI, *op. cit.*, 163 ss.

[139] Questione considerata da sempre «nucleo centrale di qualsiasi riflessione sul diritto, saldandosi inevitabilmente con il tema dell'interpretazione giuridica, intesa come necessario momento di raccordo tra la fredda staticità dell'enunciato e la viva realtà di un'esperienza sociale soggetta al divenire della

potrebbe forse ovviarsi ammettendo un'interazione orizzontale tra le fonti a discapito del metodo gerarchico staticamente inteso[140]. Questo consentirebbe al singolo giudice, chiamato a decidere il caso concreto applicando l'insieme dei principi e delle regole individuati, di effettuare il bilanciamento dei valori derivanti dai diritti inviolabili e dalle libertà fondamentali, riconosciuti anche in fonti sovranazionali (quali la Carta di Nizza e la Convenzione di Oviedo) e che nel caso specifico potrebbero garantire il livello maggiore di protezione rispetto alle altre fonti[141].

Il timore che le fonti esterne, internazionali e comunitarie, ledano valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale e diritti

storia». Così N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2009, 479.

[140] Secondo A. RUGGERI, *op. cit.,* 7 , la soluzione più adatta «all'uguale bisogno di affermazione di *tutti* (il corsivo è dell'Autore) i principi fondamentali» è quella che porta al bilanciamento dei valori in campo a seconda dei casi «e, laddove questo non possa oggettivamente aversi, alla momentanea prevalenza di un valore sull'altro, ferma restando la possibilità di ricercare sintesi assiologiche diversamente connotate per casi parimenti diversi».

[141] Ancora A. RUGGERI, *op. loc. cit.*, sostiene che l'eventuale soggezione, se necessaria, del diritto costituzionale al diritto internazionale consuetudinario ed al diritto comunitario non costituisce una menomazione del primo, ma la sua piena realizzazione.

La problematicità di una tale soluzione è stata rilevata dai più volte citati A. SANTOSUOSSO – S. AZZINI, *op. cit.*, 747, secondo cui il principio della maggiore protezione potrebbe portare a sacrificare la nostra Costituzione su questioni particolarmente delicate come quella dell'ammissibilità nel nostro ordinamento del matrimonio fra persone dello stesso sesso e, nel caso specifico, far prevalere l'art. 9 della Carta di Nizza («Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio») sull'interpretazione dell'art. 29 Cost. nel senso della bisessualità quale presupposto essenziale del matrimonio. Cfr. V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, *cit.*, 433.

fondamentali dell'uomo può essere confinato tra le ipotesi di studio considerando che la Carta di Nizza (art. 53) e la Convenzione sui diritti umani e sulla biomedicina (art. 27) stabiliscono che nessuna norma in esse contenuta possa essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti «dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri»[142].

[142] Cfr. a tale proposito A. SANTOSUOSSO – S. AZZINI, *op. cit.*, 744 e A. CARDONE, *Diritti fondamentali* (tutela multilivello dei), in *Enc. dir.*, Milano, Annali, IV (2011), 368.