

## **AUTONOMIA DEL DONATORE E PREVENZIONE DEL DANNO NELLA DONAZIONE DI ORGANI DA VIVENTE. UN CONTRIBUTO AL PROBLEMA DEL PATERNALISMO NEL DIRITTO MEDICO E DELLA SANITÀ.**

**Ulrich Schroth\***

**Abstract.** L'articolo affronta il problema del bilanciamento del principio della libertà individuale con il principio di prevenzione del danno nelle relazioni medico-sanitarie e con specifico riferimento all'ipotesi di donazione di organi da vivente. L'autore elabora una critica dell'approccio paternalistico intrinseco alla tradizione ippocratica e propone una giustificazione della pratica della donazione di organi da vivente basata sulla centralità del principio di autodeterminazione e dell'atto del consenso. L'autore identifica i criteri della legittimazione normativa della pratica in esame muovendo dalla centralità e dalla complessità del significato della decisione del soggetto donante. Questa non è orientata al semplice interesse individuale ma esprime piuttosto l'intero mondo valoriale e relazionale della persona. L'analisi procede con la descrizione della legislazione tedesca attualmente vigente in tema di donazione di organi da vivente e con la considerazione critica, basata su un approccio anti-paternalista, di alcuni suoi aspetti caratterizzanti come il principio di sussidiarietà della donazione da vivente, il divieto di donazione da vivente in favore di sconosciuti, le norme di regolamentazione del rischio nel contesto della donazione di organi, l'iter procedurale di valutazione dell'autonomia della volontà del donante.

### **1. La legittimazione normativa della donazione da vivente**

Il principio della necessità del rispetto dell'autonomia si è recentemente sviluppato nella giurisprudenza come principio guida dell'etica medica<sup>1</sup>. Il significato di questo sviluppo è particolarmente evidente nella donazione di organi da vivente. Il più volte citato giuramento di Ippocrate<sup>2</sup> contro la donazione da vivente – *“il medico deve usare la sua arte al meglio delle conoscenze e capacità per curare*

---

\* Ludwig Maximilian Universität, München. Traduzione italiana di Francesco Romeo, Università di Napoli 'Federico II'.

<sup>1</sup> Per Adolf Laufs *“il consenso è uno degli argomenti più discussi dalla fine degli anni 50 nel diritto sanitario, [...] senza che la densa sequenza di procedimenti e contributi scientifici trovi una fine”*, Adolf Laufs, § 6 *Die Elemente der Rechtfertigung ärztlichen Handelns*, in: A. LAUFS, B.R. KERN, a cura di, *Handbuch des Arztrechts*, München 2010, § 6 r. pp. 21 ss.

<sup>2</sup> Cfr. Per tutti G. FEUERSTEIN, *Das Transplantationssystem*, Weinheim 1995, p. 203.

*il malato, giammai a suo detrimento e danno*" – risale al IV secolo aC<sup>3</sup>. Il donatore di rene è danneggiato dalla perdita di un rene su due, mentre il donatore di fegato viene danneggiato dal fatto che, almeno temporaneamente, perde parte del suo fegato.

Se si interpreta in senso assoluto il divieto di recare danno, la donazione di organi da vivente, che richiede un intervento medico su una persona sana, sarebbe vietata legalmente. Tuttavia, tale divieto entra in collisione da una parte con il principio della necessità di massimizzare i benefici per le persone coinvolte, ed è fuori discussione, nella donazione di rene da vivente, che l'atto di donazione, nella sua funzione utilitaristica, migliora la posizione complessiva di donatori e riceventi. Ciò è particolarmente vero se si prendono in considerazione anche i benefici psicologici per il donatore. D'altra parte – e questo sembra importante per la natura problematica degli argomenti utilitaristici – l'eccessiva enfasi posta sul principio di prevenzione del danno appare non adatta al principio di autodeterminazione del paziente<sup>4</sup>. La tradizione ippocratica è paternalistica, non comprende la straordinaria importanza della autodeterminazione dei cittadini nelle decisioni sui loro corpi<sup>5</sup>. Non a caso l'autonomia del donatore è sancita nei principi generali a riguardo dei diritti della personalità, garantiti costituzionalmente<sup>6</sup>. Essa si realizza nel fatto che le disposizioni penali di protezione che si riferiscono al corpo rientrano nella disponibilità del donatore di organi e possono venire vanificate dalla volontà di questo. Per noi oggi è un principio normativo importante che gli uomini, in senso

---

<sup>3</sup> In dettaglio sul giuramento di Ippocrate *Adolf Laufs*, § 4 Berufsethik: *Schutz der Persönlichkeit des Kranken*, in: A. LAUFS, B.R. KERN, cit., n. 1, § 4 r. pp. 13 ss.

<sup>4</sup> Sul rapporto tra diritto alla autodeterminazione ed il giuramento di Ippocrate si veda anche D. KETTLER, A. SIMON, R. ANSELM, V. LIPP, G. DUTTGE, *Selbstbestimmung am Lebendende*, Göttingen, 2006.

<sup>5</sup> Il dovere di guarire del medico trova "il limite nel, *fondamentalmente libero, diritto di autodeterminazione dell'uomo sul proprio corpo*", BGHSt 11, 111, 114.

<sup>6</sup> Art. 2 Abs. 2 S. 1 (i.V.m. Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1) GG, per un'altra concezione Art. 2 Abs. 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG; ampiamente B. FATEH-MOGHADAM, *Die Einwilligung in die Lebendorganspende*, München 2008; vedi anche: U. SCHROTH, *Die Einwilligung in eine nicht indizierte Körperbeeinträchtigung zur Selbstverwirklichung – insbesondere die Einwilligung in Lebendspende, Schönheitsoperation und Piercing*, in: W.HASSEMER, S. BEUKELMANN, a cura di, *In dubio pro libertate: Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München 2009, pp. 653, 654 ss.

ampio, abbiano il potere di decidere in merito alla tutela giuridica dei loro integrità fisica.

Contro questa posizione liberale, che deriva l'autorizzazione della donazione da vivente unicamente dal consenso, viene opposta la posizione paternalistica che un donatore non possa agire liberamente, perché sollecitato dalla impellenza dell'aiutare un altro<sup>7</sup>. La mancanza di autodeterminazione risultante da questa situazione, porrebbe quindi in dubbio la legittimità normativa della donazione da vivente. Tuttavia, si deve distinguere la pressione, da un lato, dalla coartazione dall'altro. La differenza tra il caso in cui un medico suggerisce a un potenziale donatore di organi di prestare il consenso alla donazione, altrimenti il destinatario dell'organo rischierebbe di morire, e il caso in cui un parente di un paziente gravemente malato minaccia un'altra persona con una denuncia penale per evasione fiscale, in modo che presti il consenso alla donazione da vivente, è di natura fondamentale, anche se la pressione mentale alla quale il donatore viene sottoposto nelle diverse situazioni non è diversa. Nel caso in cui essa corrisponda ad un sistema di valori della persona, come prestare aiuto in qualità di donatore di organi ad un'altra persona, come, ad esempio, nel caso di una madre che vuole donare il suo rene a causa di una malattia pericolosa per la vita del suo bambino, in questo caso ci si trova di fronte ad una decisione legittimante, non vedendo il donatore per sé altra decisione alternativa possibile. In questa costellazione di fattispecie concrete, la donatrice si identifica con la decisione di donazione, la decisione è radicata nel suo sistema di valori. Si comporta in modo autentico, cioè prende una decisione che si adatta alla sua biografia personale. La decisione della madre può quindi essere qualificata, nonostante l'immensa pressione, come una autodeterminazione in senso normativo. Una pressione derivante da una situazione esterna non esclude l'autenticità di una tale decisione.

Contrariamente al caso precedente, una decisione in cui un donatore viene costretto, da parte di terzi, a mettere un suo organo a disposizione – come, ad esempio, sotto minaccia di, forse anche legittime, accuse penali per evasione fiscale – non è una decisione autentica che legittimi una donazione da vivente, perché non corrisponde al sistema di preferenze del donatore. Essa deve quindi essere qualificata come normativamente contraria alla volontà individuale.

---

<sup>7</sup> Così, ad esempio, D. ESSER, *Verfassungsrechtliche Aspekte der Lebendspende von Organen zu Transplantationszwecken*, Gießen 2000, p. 122.

Il giudizio che il donatore abbia autonomamente acconsentito alla donazione di organi, è normativamente giustificato qualora al donatore si possa attribuire capacità di intendere – cioè la competenza per giudicare le conseguenze delle proprie azioni – e la decisione – vista dal punto di vista del donatore – sia autentica.

Non si può giungere tuttavia alla completa libertà da qualsiasi pressione attraverso la delimitazione di competenze normative, giacché questa difficilmente potrebbe essere garantita. In caso contrario, alcune competenze – come ad esempio la competenza alla donazione da vivente – potrebbero essere delimitate e contemporaneamente alcune decisioni potrebbero essere valutate come illegittime, ritenendo la loro determinazione non libera da pressione. La competenza sarebbe allora contemporaneamente delimitata e nuovamente utilizzata. Eticamente, può ben essere una scelta sensata richiedere una riduzione della pressione sui donatori. Normativamente, il diritto di decisione deriva già dal fatto che il decisore è capace di discernimento, qualora adeguatamente informato, non ingannato né costretto. La competenza media di colui che decide, nel valutare e decidere le conseguenze per se stesso, nonché l'autenticità di una decisione presa legittimano la decisione di donazione di organi.

Lo studioso di etica medica Beckmann si è già espresso nel senso che, da un punto di vista etico, il consenso autodeterminato alla donazione di organi non sia sufficiente per la sua legittimazione<sup>8</sup>. Sarebbe ulteriormente necessario che la presenza di una emergenza, l'assenza di alternative di trattamento efficaci ed il rischio di pericolo e di danno – sia pure volontariamente presi in considerazione da parte del donatore – appaiano considerevoli da un punto di vista complessivo. Sebbene la società della libertà debba tributare rispetto alla autodeterminazione, non viene con ciò eliminato il dovere di verificare le possibilità prevenzione dei rischi e danni alle persone. Beckmann sostiene: “*alla donazione in vita si para ancora innanzi il dovere del medico di evitare danni*”<sup>9</sup>. La donazione da viventi andrebbe pertanto limitata all'emergenza, con la condizione però che il numero di donatori di organi da cadavere in Germania aumenti.

In rispetto ad un diritto di autodeterminazione dei singoli basato sull'autonomia non è possibile poi effettivamente prevedere alcun obbligo di donare gli organi, ma esiste un dovere di ogni adulto capace

---

<sup>8</sup> J. BECKMANN, *Zur Lebendspende menschlicher Organe aus ethischer Sicht*, in: *Zeitschrift für medizinische Ethik*, 53, 2007, pp. 3 ss., 7.

<sup>9</sup> J. BECKMANN, *Lebendspende menschlicher Organe*, nota 8, pp. 3 ss., 7.

di agire, di decidere a favore o contro la donazione di organi *post mortem* e di documentarlo per iscritto o oralmente.

Credo che tali condizioni restrittive per la donazione degli organi da vivente siano normativamente non adeguate. Da un lato va detto che le persone non solo hanno interessi legati al mondo delle esperienze individuali, ma anche interessi legati ai valori. Di interessi legati al mondo dell'esperienza si parla quando si tratta del desiderio degli individui di essere liberi da dolore e malattia. Interessi legati al mondo dei valori si riferiscono a come l'individuo vuole contribuire alla società. Un interesse relativo ai valori può anche essere quello di voler donare un organo ad un altro. Il principio della necessità del rispetto delle decisioni autodeterminate ed autentiche dell'altro è fondato sul riconoscimento reciproco delle persone come soggetti e richiede di prendere in considerazione gli interessi correlati all'esperienza. Oltre a ciò viene anche richiesto di riconoscere gli interessi connessi ai valori di ogni persona e, se necessario, anche di aiutare alla loro attuazione. Il divieto di danneggiare per i medici indietreggia davanti al principio di autodeterminazione, nel caso di una decisione autodeterminata del donatore di organi vivente che si ponga l'obiettivo di aiutare un altro. Solo in casi eccezionali, quando una donazione da vivente è collegata con la preoccupazione specifica che il donatore vivente potrebbe perdere la sua vita, il divieto di danno rivive nell'ordinamenti giuridici, che – con buona ragione – concordano nel il divieto di eutanasia<sup>10</sup>.

La donazione da vivente non è, inoltre, legittima solo se ci si trova di fronte ad una mancanza di alternative di trattamento efficaci. È del tutto oscuro cosa significhi una valida alternativa nel caso di donazione di un rene. Per i malati di reni si offre la possibilità della dialisi; essi non avrebbero, però, la stessa aspettativa di vita di coloro che ricevono una donazione di rene. Inoltre, la dialisi è associata ad una marcata restrizione della libertà che il destinatario di una donazione di organi non deve sopportare. Nemmeno la donazione di rene da cadavere è paragonabile a quella da donatore vivente, poiché la durata dei reni è considerevolmente inferiore nel *post-mortem*. Non è per nulla evidente perché all'individuo non dovrebbe essere permesso prendere in considerazione un danno per lui calcolabile, nel caso in cui ciò possa servire ad aiutare un altro. Se si rispetta la sua decisione di donare, allora questa decisione deve esse essere preso sul serio. La valutazione

---

<sup>10</sup> In merito al buon motivo per un divieto di morte su richiesta si veda: U. SCHROTH, *Sterbehilfe als strafrechtliches Problem – Selbstbestimmung und Schutzwürdigkeit des tödlich Kranken*, in: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA) 2006, pp. 549 ss.

effettiva dei costi-benefici deve essere presa da ciascun donatore per se stesso. La donazione da viventi non si legittima sulla necessità in relazione al diritto di autodeterminazione, ma da sola sulla decisione autentica di una persona capace di discernimento.

Con la legittimazione della donazione derivante dalla sola autodeterminazione va di pari passo che non esista alcun obbligo di solidarietà, di qualsiasi tipo<sup>11</sup>. Anche nei confronti del coniuge e di figli nessuno può essere richiesto di donare i propri organi, nemmeno qualora queste persone si trovassero in pericolo di morte. La donazione di organi da vivente è, secondo la formulazione di Hilpert, un dovere supererogatorio. È anche chiamato, 'dovere non obbligatorio'. Su questo tipo di dovere si divide la scolastica medievale. Essa descrisse, con questo termine, doveri nel cui adempimento doveva essere data una prestazione maggiore di quanto fosse comandato dalle leggi divine. Ma non indugiamo qui sulle basi religiose<sup>12</sup>.

È importante tener fermo che la non donazione dei cittadini, anche la non donazione da parte di persone che sono in uno stretto rapporto personale con un potenziale ricevente, non deve ricevere alcuna valutazione negativa. A nessuno può essere fatto alcun rimprovero di natura etica o giuridica nel caso in cui decida contro la donazione da vivente - anche in situazioni di emergenza. Nessuno deve a nessun altro una donazione di organi in vita.

## **2. Il quadro giuridico della donazione di organi da vivente**

Per un consenso giuridicamente vincolante sono necessarie in Germania la maggiore età e la capacità di intendere<sup>13</sup>. Il consenso a donare non revocato presuppone una stabile decisione alla donazione di organi<sup>14</sup>, cioè qualcosa più di una semplice e momentanea preferenza per la donazione, che non si basi su inganno o coercizione (che, tuttavia,

---

<sup>11</sup> Sul punto ampiamente U. SCHROTH, *Medizin, Bioethik und Recht*, in: A. KAUFMANN, W. HASSEMER, U. NEUMANN, a cura di, *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg 2011, pp. 458 ss., p. 469 s.

<sup>12</sup> V. LUKAS, 10, 35.

<sup>13</sup> Questi presupposti sono protetti penalmente. Vedi sul punto anche T. GUTMANN, in: U. SCHROTH, P. KÖNIG, T. GUTMANN, F. ODUNCU, a cura di, *Transplantationsgesetz Kommentar*, München 2005, § 8 r. 7 come anche U. SCHROTH, § 19 r. 43.

<sup>14</sup> Una decisione stabile non dovrebbe permettere la sopravvenienza di decisioni del momento, anzi, chi decide dovrebbe sentirsi fermo nella sua decisione.

– deve essere distinta dalla semplice pressione – come già spiegato)<sup>15</sup>. Inoltre, un consenso efficace presuppone una informazione adeguata. Questa informazione deve riguardare lo scopo e tipo di intervento, l'ambito e la portata del prelievo di organi, possibili conseguenze o strascichi, i rischi, la possibilità prevista di successo del trapianto di organi e di altre circostanze cui il donatore attribuisca una conoscibile importanza. Quest'ultimo requisito chiarisce che il legislatore intende garantire che il donatore di organi, capace di consenso, prenda una decisione autentica, compatibile con i suoi valori.

Secondo la legge tedesca sui trapianti, il trapianto di organi da persona vivente non può mettere in pericolo il donatore, secondo la prognosi medica, oltre il rischio dell'operazione e non deve compromettere seriamente la salute al di là delle conseguenze immediate del prelievo di organi. Inoltre, il donatore deve essere adatto, in termini medici, alla donazione, e ci deve essere una indicazione del ricevente. La legge inoltre dispone la sussidiarietà della donazione da vivente. Non deve essere disponibile, fino al momento del prelievo dell'organo, nessun organo donato *post-mortem* ed adatto al trapianto. Infine, una donazione di organi da vivente deve essere evitata anche nel caso in cui gli organi vengano trasferiti sulla base di un traffico di organi<sup>16</sup>. La legge tedesca impone – a differenza di molti altri ordinamenti<sup>17</sup> – nel caso di organi che non si rigenerano, una relazione particolarmente stretta tra donatore e ricevente.

Proceduralmente deve essere una Commissione a stabilire se esistano indizi per la costrizione della volontà o per un traffico di organi. La decisione della Commissione non è vincolante per i medici, ma la constatazione che esistono tali indicazioni, può essere alla base del sospetto iniziale per un procedimento penale<sup>18</sup>.

### **3. Valutazione critica della regolamentazione della donazione di organi da vivente nel TPG (legge sui trapianti d'organo).**

Dopo la presentazione delle premesse normative relative alla donazione

---

<sup>15</sup> Cfr. T. GUTMANN, U. SCHROTH, a cura di, *Organlebenspende in Europa*, Berlin 2002, pp. 114 ss.

<sup>16</sup> Esaurientemente sul punto: P. KÖNIG, *Das strafbewehrte Verbot des Organhandels*, in: C. ROXIN, U. SCHROTH, a cura di, *Handbuch des Medizinstrafrechts*, Stuttgart 2010, pp. 501 ss.

<sup>17</sup> T. GUTMANN, U. SCHROTH, *Organlebenspende in Europa*, nota. 15, pp. 41 ss.

<sup>18</sup> Cfr sul punto, U. SCHROTH, *Die strafrechtlichen Grenzen der Organlebenspende*, in: C. ROXIN, U. SCHROTH, *Handbuch des Medizinstrafrechts*, cit., nota 16, pp. 466 ss., p. 476 s.

di organi da vivente vorrei sottoporre alcune delle disposizioni della TPG tedesca ad una valutazione critica orientata verso i problemi.

*I. Sulla sussidiarietà della donazione da vivente.*

In primo luogo, affronto la questione se al donatore vivente debba essere vietata, eticamente o giuridicamente, la donazione nel caso in cui sia disponibile un organo da cadavere.

A mio parere, è necessario criticare un approccio così restrittivo della libertà. In primo luogo occorre osservare che la scarsità di organi disponibili è la regola, vale a dire che non qualsiasi malato grave trova un organo disponibile. Rifiutare ad un malato grave l'organo di un potenziale donatore vivente, perché egli ne può ottenere uno da cadavere, significa che un altro malato grave, che non si trova nella stessa condizione e per il quale non vi è alcun donatore vivente disponibile, non potrà essere aiutato. La decisione del donatore vivente, di voler donare un proprio organo ad un'altra persona, dovrebbe essere rispettata se e in quanto pienamente informato di tutte le circostanze del caso specifico<sup>19</sup>. Inoltre, contro il principio di sussidiarietà nella donazione da vivente sta anche il fatto che il destinatario dell'organo sarebbe destinato ad un trattamento peggiore: vale a dire, si è dimostrato oltre ogni dubbio che gli organi trapianti derivati da cadavere – almeno nella donazione di rene – hanno una durata molto inferiore rispetto agli organi provenienti da donatori viventi<sup>20</sup>. In uno Stato che protegge l'integrità fisica come diritto fondamentale di ogni cittadino, è totalmente fuori luogo rinviare il ricevente ad un trattamento peggiore qualora i rischi per il donatore vivente possano essere calcolati. Anche da un punto di vista etico, a mio avviso, vale la medesima posizione. Nel caso in cui un donatore vivente ha deciso di donare un organo, ed abbia ponderato ed accettato il danno eventuale, non c'è alcun motivo per rifiutare al destinatario l'organo del donante. Nessuno deve essere protetto da se stesso con misure penali, anche nel caso di interventi irreversibili all'integrità del corpo. Alla concezione che i cittadini abbiano il dovere giuridico<sup>21</sup> di mantenere se stessi, deve essere opposto

---

<sup>19</sup> Sul dovere di informazione del medico cfr. H. SCHÖCH, *Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen*, in: C. ROXIN, U. SCHROTH, *Handbuch des Medizinstrafrechts*, cit., nota 16, pp. 51 ss.

<sup>20</sup> Per tutti T. GUTMANN, U. SCHROTH, *Organlebendspende in Europa*, cit., nota 15, pp. 25 ss. m.w.N.

<sup>21</sup> Sui "doveri giuridici contro se stessi" in particolare anche B. FATEH-MOGHADAM, *Grenzen des weichen Paternalismus – Blinde Flecken der Paternalismuskritik*, in:



l'antipaternalistico Kant: "Nessuno mi può costringere, a essere felice a suo modo (come egli pensa che sia il benessere di altre persone), ma ognuno può ricercare la sua felicità sulla strada che a lui appare buona, qualora egli non impedisca la libertà degli altri ad anelare a uno scopo analogo, che possa coesistere con la libertà di tutti sulla base di una possibile legge generale (cioè quella dei diritti degli altri). Un governo che fosse stato eretto sul principio della benevolenza verso il popolo come quella di un padre per i suoi figli, cioè un governo paterno (*imperium paternale*), dove quindi i sudditi, come bambini immaturi incapaci di distinguere che cosa sia realmente utile o dannoso, siano costretti a comportarsi passivamente [...]"<sup>22</sup> un simile ordinamento statale è per Kant il più grande dispotismo. Non c'è nulla da aggiungere. Derivare un obbligo di auto-conservazione dell'autonomia significa postulare la libertà per annullarla immediatamente.

Qualora – partendo dalla sistematica moral-filosofica kantiana – venga intrapreso il tentativo di stabilire un obbligo giuridico contro se stessi, questo non sarebbe convincente, perché in questo modo la determinante caratteristica di differenziazione, per Kant, tra obblighi giuridici e obblighi di virtù (*Tugendpflichten*) non sarebbe sufficientemente salvaguardata. Se il diritto è collegato al potere di costringere, punto sul quale Kant insiste espressamente, allora un dovere giuridico contro se stessi equivarrebbe a qualcosa come una coazione giuridica contro se stessi. È vero che Kant costruisce, nella Dottrina delle Virtù, la comprensione di sé, come esseri autonomi, come una auto-costrizione, tuttavia, questo auto-vincolo è notevolmente diverso dalla costrizione giuridica<sup>23</sup>. Il primo si basa sul principio della libertà interiore. Se ci deve essere un obbligo a mantenere intatto il proprio corpo, allora questo obbligo è un dovere della virtù, non un obbligo giuridico. Non dovrebbe quindi esserci nessuna coercizione giuridica a mantenere intatto il corpo, soprattutto quando il danno alla integrità del corpo del donatore porta un beneficio alla salute di terzi.

## II. Sull'adeguatezza normativa della restrizione del pool di donatori.

Ora veniamo al secondo punto problematico. La legge tedesca sui Trapianti contiene il divieto di donazione da viventi a favore di

---

B. FATEH-MOGHADAM, S. SELLMAYER, W. VOSSENKUHL, a cura di, *Grenzen des Paternalismus*, Stuttgart 2010, pp. 21 ss.

<sup>22</sup> I. KANT, *Über den Gemeinspruch* (1793), Hamburg 1992, p. 41.

<sup>23</sup> DR. G. ELLSCHEID, *Das Paternalismusproblem im System der Kant'schen Moralphilosophie*, in: B. FATEH-MOGHADAM, S. SELLMAYER, W. VOSSENKUHL, *Grenzen des Paternalismus*, nota 21, pp. 182 ss.

sconosciuti, a meno che il donatore e il ricevente non siano evidentemente in un rapporto personale particolarmente stretto<sup>24</sup>.

Come argomento centrale per limitare il pool di donatori si sostiene che i donatori debbano essere protetti da loro stessi. Questo argomento non è giuridicamente né eticamente appropriato. È paternalistico e porta a risultati insoddisfacenti. Una protezione contro decisioni affrettate o fuori contesto può essere garantita da mezzi meno restrittivi di un divieto generalizzato. Anche la necessità di prevenire il traffico di organi non comporta la limitazione della libertà del donatore di organi, fino al punto di non poter donare un organo ad alcun estraneo<sup>25</sup>. Il legislatore, attraverso il divieto di commercio di organi, protegge contro il rischio che gli interessi monetari a breve termine vengano in primo piano nella motivazione ad agire nella decisione a favore o contro la donazione, al posto degli interessi più importanti e di lungo periodo, quali la propria salute. Correttamente inteso, il divieto di commercio di organi è un reato di pericolo. Ora, se il divieto di volontaria donazione da vivente fosse destinato alla protezione contro il pericolo di traffico di organi, il legislatore si troverebbe ad agire nella fase precedente alla fase precedente della protezione sanzionatoria del bene giuridico<sup>26</sup>. Una protezione giuridica anticipata in tal misura non è adatta alla funzione di *ultima ratio* delle sanzioni penali e non rappresenta più una punizione proporzionata<sup>27</sup>. Anche l'idea del legislatore, che una donazione di organi da vivente sia giuridicamente ed eticamente legittima solo se sostenuta da motivazioni puramente altruistiche, nel senso di disinteressate, non è convincente<sup>28</sup>. Perché non dovrebbero i coniugi donare un rene guidati dall'interesse di essere di nuovo in grado di fare un viaggio spensierato, o perché vogliono che l'altro venga rimesso nella condizione di avere un posto di lavoro al fine di contribuire al reddito familiare. Un tale

---

<sup>24</sup> Sull'intera problematica, dettagliatamente U. SCHROTH, *Die strafrechtlichen Grenzen der Organlebendspende*, in: C. ROXIN, U. SCHROTH, *Handbuch des Medizinstrafrechts*, cit., nota 16, pp. 466 ss., 483 ss. m.w.N.

<sup>25</sup> Sul punto U. SCHROTH, *Die strafrechtlichen Grenzen der Organlebendspende*, cit., cit., nota 16, pp. 466 ss., 488.

<sup>26</sup> Sul punto U. SCHROTH, *Das Organhandelsverbot – Legitimität und Inhalt einer paternalistischen Strafnorm*, in: B. SCHÜNEMANN, H. ACHENBACH, W. BOTTKE, B. HAFFKE, H.J. RUDOLPHI, a cura di, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, New York <sup>1</sup>2001, pp. 869 ss.

<sup>27</sup> Cfr. anche T. GUTMANN, in: U. SCHROTH, P. KÖNIG, T. GUTMANN, F. ODUNCU, cit., *Transplantationsgesetz Kommentar*, nota 13, § 8 r. pp. 26 ss.

<sup>28</sup> Cfr. U. SCHROTH, *Die strafrechtlichen Grenzen der Organlebendspende*, cit., v. nota 16, pp. 466 ss., 486.

atteggiamento 'egoista' è piuttosto un indizio che il vivente donatore di organi veramente vuole tale donazione e ha optato volontariamente per essa. La società dovrebbe accettare anche una tale decisione autonoma laddove non vengano coinvolti terzi.

*III. Sul contenuto e l'adeguatezza delle norme di regolamentazione del rischio nel contesto della donazione di organi.*

Un ulteriore campo di problemi è la questione se determinati rischi e situazioni di pericolo per donatori o riceventi debbano opporsi alla donazione.

Per una donazione di organi da vivente in Germania è ammesso solo il caso in cui il donatore, secondo valutazione medica, sia adatto allo scopo specifico e non sia compromesso dalla donazione oltre il rischio dell'intervento chirurgico. Non è chiaro ciò che dovrebbe essere 'il rischio dell'intervento chirurgico. Deve essere basato su un rischio oggettivo di intervento chirurgico o sul rischio individuale del donatore? Il primo caso sarebbe da escludere immediatamente: non vi è alcun rischio oggettivo esistente per tutte le operazioni. Il rischio chirurgico di un giovane donatore sano è sostanzialmente diverso da quello di un vecchio donatore e/o di un fumatore da lungo tempo. Tuttavia, non dovrebbe forse più un padre sessanta anni, che è un fumatore, donare un rene alla figlia ventenne in dialisi? In definitiva, questa deve essere sicuramente una sua decisione e non deve dipendere dal risultato incerto di una ponderazione obiettiva costi-benefici.

Risulta essere inadeguato anche il riferirsi al singolo specifico intervento chirurgico. Ne discutiamo sulla scorta della donazione in vita di rene. Questa ha un rischio, per il donatore, molto inferiore rispetto all'espianto parziale del fegato<sup>29</sup>. Anche con un aumento del rischio individuale questo trapianto è ancora considerato molto meno rischioso della parziale rimozione del fegato. L'innalzamento del rischio deve comunque escludere il trapianto di rene?

È anche dubbio fino a che punto specifici rischi, derivanti dalla costituzione del donatore, escludano la donazione da vivente. Così si potrebbe accettare che la donazione in vita sia generalmente esclusa se il donatore è estremamente obeso, o se ha una pressione sanguigna significativamente alta, oppure arterie coronarie danneggiate, o abbia

---

<sup>29</sup> Cfr. J. BECKMANN, *Ausweitung des Spender-Empfänger-Kreises und "Marktlösung"? Zu aktuellen ethischen Fragen der Lebendspende von Organen am Beispiel der Niere*, in: AA.VV. *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik*, Band 10, 2005, pp. 15, 18.

già subito un infarto miocardico o soffra di insufficienza miocardica scompensata ecc. Bisogna, tuttavia, guardarsi da conclusioni affrettate. Anche in questi casi c'è, quando esaustivamente informato, un consenso ad un pericolo esterno con intenzioni altruistiche che il donatore vuole. Giuridicamente può essere garantito, nel migliore dei casi, che il donatore raggiunga una decisione autentica; che egli si comporti in modo grossolanamente irragionevole, non può essere impedito. È anche impossibile assicurare penalmente una decisione razionale, nel senso che sia basata su una ponderazione costi-benefici oggettivamente ragionevole. Il cittadino ha il diritto di valutare da solo la ponderazione costi - benefici della donazione di organi da vivente, dopo una esaustiva informazione.

Dal punto di vista medico etico è possibile valutare diversamente la legittimità di tale prelievo di organi. Il dovere di cura del medico gli impone di lavorare in ogni caso per raggiungere un obiettivo ragionevole nell'analisi costi-benefici del potenziale donatore di organi e di tentare di condurre il paziente ad una valutazione razionale.

Anche se particolari rischi nella persona del donatore non escludono giuridicamente di per sé il trapianto, tuttavia nessun chirurgo dei trapianti è obbligato a portare avanti una donazione di organi gravata da rischi.

Infine, un trapianto da vivente non dovrebbe essere escluso a causa di prospettive limitate od incertezza per il successo, ma solo qualora il risultato portasse all'ottenimento di organi non idonei.

Il divieto di danneggiare gioca, nel limitare il consenso a lesioni personali, da un punto di vista giuridico, solo un ruolo sott'ordinato. Il divieto danneggiare - lievemente paternalistico - ha senso solo per l'effetto della necessità di essere informato sui rischi aggiuntivi, le minori probabilità di successo ecc. In modo diverso occorre probabilmente valutare in una ottica di etica medica. Qui il divieto di danneggiare è decisivo, ed è affiancato nel suo significato dal dovere di cura del medico. Il medico è tenuto a lavorare su decisioni ragionevoli nel quadro della ponderazione costi-benefici del donatore vivente. Una decisione razionale dei costi-benefici, tuttavia, non è necessaria per la legittimazione giuridica della donazione da vivente. Il punto centrale è che il donatore di organi ragionevole raggiunga una decisione autentica nei confronti di se stesso. In un sistema giuridico che vieta l'uccisione su richiesta, sono solo i rischi di pericolo di vita specificamente esclusi.

*IV. Sulla legittimità del procedimento davanti alla Commissione.*

In chiusura, vorrei sottolineare che la salvaguardia procedurale dell'autonomia della decisione di donare prescritta in Germania attraverso un modello a commissione, non va incontro in linea di principio alla critica di essere un semplice 'paternalismo procedurale'. I potenziali donatori devono presentare e spiegare le loro motivazioni avanti ad una commissione indipendente. Ciò esclude decisioni istantanee e facilita lo sviluppo di un modo di vedere stabile<sup>30</sup>. Dovendo il donatore confrontarsi con persone che non hanno nulla a che fare direttamente con il trapianto, ha luogo una ottimizzazione della sua decisione. Ciò non può che essere benvenuto, se in effetti si giunge al risultato.

Infine, una parola sulla garanzia giuridica in ambito assicurativo. I donatori di organi danno un prezioso contributo per i malati gravi. Per questo meritano la solidarietà sociale. Ciò significa, in particolare, che la società ha l'obbligo di garantire giuridicamente che essi godano di un'ampia protezione assicurativa.

---

<sup>30</sup> Sulla stabilità della decisione del donatore ampiamente B. FATEH-MOGHADAM, U. SCHROTH, C. GROSS, T. GUTMANN, *Die Praxis der Lebendspendekommissionen – Eine empirische Untersuchung zur Implementierung prozeduraler Modelle der Absicherung von Autonomiebedingungen im Transplantationswesen*, in: *Medizinrecht*, 2004, pp. 19 ss., 82 ss.