

SOLIDARIETA' E "DONO" NEI TRAPIANTI TRA VIVENTI*.

Di **Domenica Pirilli**

SOMMARIO: 1. Solidarietà e "dono" nei trapianti tra viventi. - 2. L'esigenza di tutelare chi dona. - 3. La gratuità.

1. Solidarietà e "dono" nei trapianti tra viventi.

La tematica relativa ai trapianti di organi¹ assume le sembianze di un Giano bifronte, attratta per

* Saggio sottoposto a revisione da parte di un membro del Comitato dei Revisori.

¹Quello dei trapianti di organi è un tema fortemente dibattuto che si colloca nella sfumata linea di demarcazione tra diritto ed etica e che suscita reazioni contrastanti. Evidentemente occorre fare riferimento ai valori posti a fondamento dell'ordinamento giuridico tenendo però altresì presente, come autorevolmente sottolineato, che il fenomeno giuridico è comunque sempre in debito di conoscenza verso l'etica e che, sotto altro profilo, qualunque risposta va cercata e coordinata con un sistema giuridico che, comunque, pone al suo centro la dignità della persona e da essa non può prescindere. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, 71. Sulla distinzione tra trapianti terapeutici, sperimentali, ma, più in generale, sull'evoluzione normativa e dottrinale in tema di trapianti, cfr. SCALISI, *Gli aspetti giuridici della chirurgia sostitutiva*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 258 ss.

Sulla individuazione dei profili caratterizzanti i vari tipi di trapianti, CICORIA, *Il dono, Gratuità e diffidenza negli atti di destinazione solidaristica*, Napoli, 2012, 69 ss. Sul punto, con riferimento alla distinzione tra chirurgia sostitutiva con organi o parti di organi artificiali e chirurgia del trapianto, MANTOVANI, voce *Trapianti*, in *Nss. Dig. It. App. VII*, 1987, 793.

un verso dall'esigenza di prestare attenzione a chi dona², per l'altro dal desiderio di fornire una *chance*, spesso di sopravvivenza, a chi riceve, in una contrapposizione che, lungi dall'essere circoscritta all'esclusivo alveo degli atti di disposizione del corpo, permea di sé diversi settori del diritto privato³.

La correlazione tra il momento dell'espanto e quello dell'impianto⁴ consente una lettura unitaria del fenomeno, sia pure con una duplice avvertenza: l'esigenza di tracciare una linea di confine tra le due

² Tenendo ovviamente presente che non di donazioni in senso tecnico è dato parlare nel contesto di cui trattasi, dovendosi diversamente la locuzione ricondurre a terminologia non prettamente giuridica. Sulle differenze specifiche tra donazione ex art. 769 c.c. e donazioni di organi cfr. DI ROSA, *Biodiritto, itinerari di ricerca*, Torino, 2009, 158.

³Il riferimento è alla dicotomia *ego/alter* che emerge principalmente nella dimensione dell'Essere ma che non manca di interessare anche il diritto patrimoniale. LA TORRE, *Ego e alter nel diritto delle persone*, Milano, 2011, 1 ss..

⁴ CICORIA, *Il dono*, cit., 39, parla di "un sottile filo di legame sociale tra gli attori dell'intera operazione". L'organo donato non fa più parte del corpo del disponente e diventa, diversamente, un tutt'uno con quello del ricevente, rendendo peraltro inimmaginabile una qualsiasi forma di restituzione. Cfr. MESSINETTI, *Persone e destinazioni solidaristiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 523 s..



diverse sfere soggettive⁵—compito naturalmente demandato all’ordinamento giuridico—; la consapevolezza che non sempre chi dona conosce il ricevente⁶; in tali circostanze lo spirito di solidarietà⁷ raggiunge le sue più alte vette⁸. Non a caso, con riguardo alla tematica che ci occupa, si è soliti fare riferimento alle c.d. prestazioni superetiche⁹. Le donazioni tra estranei —a differenza di quelle tra persone legate da vincolo di consanguineità— sarebbero pertanto improntate a canoni di solidarietà “pura”.

Sotto altro profilo, l’ordinamento non può non assumere le vesti di garante della dignità della persona assicurando una soglia di vivibilità al di sotto della quale non è consentito scendere¹⁰. Se infatti

⁵ LA TORRE, Ego e alter *nel trapianto di organi*, in *Giust. civ.*, 2011, 3 ss.

⁶ Sebbene infatti le normative di settore prediligano le donazioni tra soggetti legati tra loro da un vincolo di consanguineità, ciononostante vanno aumentando, in ragione della penuria di organi, le donazioni tra estranei. Cfr. sul punto, GUIDI, NOCCO, DI PAOLO, *Il trapianto di rene e la donazione altruistica, dal buon samaritano al compenso pecuniario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, 593 ss.. Con riferimento alle donazioni in cui chi dona non conosce il ricevente, definite “donazioni samaritaniche”, cfr. CICORIA, *Il dono*, cit., 82 ss.: l’A. evidenzia le implicazioni connesse alle donazioni tra soggetti “*emotionally no related*”, ivi compresa la *ratio* della previsione dell’anonimato, nonché le perplessità sollevate da chi ritiene improprio fare riferimento alla categoria del dono se i soggetti coinvolti non si conoscono neppure.

⁷ Una solidarietà che non si pone solo in termini di limite ma “si proietta piuttosto nei rapporti interprivati anche in una dimensione positiva”. La solidarietà è “concetto relazionale per eccellenza”. CICCARELLO, *Dovere di protezione e valore della persona*, Milano, 1988, 182. Sullo spirito di solidarietà cfr. LIPARI, <*Spirito di liberalità*> e <*spirito di solidarietà*>, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 1 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Milano, 1998, 121 ss. e, con specifico riferimento alla tematica che ci occupa, ZIINO, *Trapianto di organi e principio costituzionale di solidarietà sociale*, in *Dir. fam.*, 2000, 1409 ss..

⁸ Parla di una dimensione relazionale del corpo RODOTÀ, *Il corpo*, in *La Vita e le regole, tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 95: “per sé, il corpo è un oggetto sociale, e la società della comunicazione ne esalta proprio le possibilità comunicative, dunque la sua dimensione relazionale. Ma un grado più intenso di socializzazione si ha quando l’attitudine distributiva del corpo si traduce in una esplicita destinazione sociale, nella messa a disposizione di altri di sue parti o suoi prodotti. E’ quel che accade, per esempio, quando lo spirito di solidarietà fa crescere la propensione a consentire la donazione di organi per i trapianti”. Sotto altro profilo non può non cogliersi la suggestione di ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell’appartenenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 7, allorché afferma che “ogni parte del corpo è un luogo in cui io sono me” e che “quando accetto un intervento chirurgico sul mio rene, io non dispongo di un oggetto corporale, dispongo di me in un luogo in cui sono me, che è il mio rene”.

⁹ Cfr. BOZZI, *Alla ricerca del contratto gratuito atipico*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 211.

¹⁰ Cfr. DADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, 245 “l’atto di disposizione per essere lecito, oltre che non concretare un

l’art. 2 della Costituzione ci guida lungo il sentiero della solidarietà sociale¹¹, l’art. 32 nel tutelare la salute¹² e, di riflesso, l’art. 5 c.c.¹³, nel vietare gli atti di disposizione che cagionino una diminuzione permanente dell’integrità fisica, pur senza prescindere dall’attenzione per chi riceve, sembrano offrire garanzia a chi dona¹⁴.

Avere marcato la differenza tra solidarietà e dono, lungi dall’assumere la valenza di una contrapposizione¹⁵ tra due poli entro cui collocare la materia che ci occupa, ha diversamente il senso del riconoscimento di una identità specifica del dono¹⁶, che, pur dai contorni sfuggenti¹⁷, sembra assurgere al rango di istituto a sé stante¹⁸. Esso invero evoca l’idea di innocenza e disinteresse¹⁹ abbattendo quel-

danno irreparabile alla salute del disponente, deve perseguire un interesse meritevole di tutela”. Tale interesse è individuato nel perseguimento della salute altrui, sul fondamento di un dovere di solidarietà.

¹¹ BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato*, Torino, 2001, 237 ss..

¹² Ritiene che la tutela della persona attraverso il riconoscimento dei suoi diritti fondamentali qualifichi il sistema ordinamentale delineato dalla Costituzione, GIACOBBE, voce *Trapianti*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 901.

¹³ Articolo la cui genesi va ricondotta ad un caso avvenuto a Napoli a metà degli anni ’30 (Cass. Pen., 31 gennaio 1934, in *Foro it.*, 1934, II, 146 ss.), noto come innesto Voronoff, che ha evidenziato un vuoto normativo e l’esigenza di una regolamentazione; l’art. 5 costituisce infatti una novità rispetto al codice del 1865. Occorre individuare la portata semantica della diminuzione permanente all’integrità fisica di cui parla l’art. 5 c.c., articolo che pone dei limiti alla possibilità di disporre di parti del proprio corpo e che va oggi (in un contesto diverso rispetto a quello in cui ha avuto origine) letto e interpretato alla luce del dettato costituzionale, nonché della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Cfr. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., 85. Su ragioni e limiti alle deroghe ammesse all’art. 5 dalle normative sui trapianti, GIACOBBE, cit., 896.

¹⁴ RUSCELLO, *La vita oltre la vita. Note a margine dei trapianti di organi*, in *Vita not.*, 2001, 62.

¹⁵ Parla anzi di “dono solidaristico” RESTA, *Doni non patrimoniali*, in *Enc. Dir.*, Annali IV, 2011, 518.

¹⁶ Sulla portata antropologica del dono, con riferimento al dono della vita ed anche della morte, cfr. GORASSINI, *Appunti sparsi sul c.d. testamento biologico*, in *Rassegna di diritto civile*, 2011, 41 ss..

¹⁷ In realtà sono rari i casi in cui il legislatore adopera il termine “dono”; un esempio è quello della normativa sulla donazione di sangue di cui alla L. 219/2005, ove all’art. 2 si legge “La presente legge disciplina le attività trasfusionali ovvero le attività riguardanti la promozione del dono del sangue...”.

¹⁸ CICORIA, *Profili del dono nel diritto privato*, in *Giust. civ.*, 2010, 279; ID, *Il dono*, cit., 171 ss., evidenzia i tratti distintivi di una fattispecie che si differenzia sia dalla donazione che dall’obbligazione naturale.

¹⁹ CICORIA, cit., loco cit., afferma “il dato che più interessa è la purezza, il disinteresse: l’atto dell’offerta si connota di assoluta innocenza che sfugge alla logica dello scambio, meglio, delle regole del mercato: nasce la contrapposizione netta tra spirito egoista e solidarietà sociale, tra individualismo e altruismo, tra profitto e gratuità”.



le barriere di diffidenza²⁰ che caratterizzano i rapporti tra soggetti portatori di interessi contrapposti e si proietta in una dimensione positiva, che ricusa l'idea di profitto ma non per questo perde di giuridicità nella misura in cui connota un modello di circolazione a sé stante, fondato su extrapatrimonialità, unilateralità, revocabilità, nonché su libertà e spontaneità della determinazione assunta²¹.

2. L'esigenza di tutelare chi dona.

Le ipotesi di trapianti ammesse nel nostro ordinamento²², nel riservare attenzione a chi decide di

donare²³, appaiono accomunate da tre elementi distintivi: la salvaguardia del principio di autodeterminazione²⁴; l'individuazione puntuale degli organi che è consentito donare; la gratuità dell'atto.

L'esigenza di avere riguardo all'autodeterminazione di chi dona è collegata alla necessità che il consenso all'espianto di un organo sia realmente informato²⁵; la dottrina, con riguardo al trapianto di rene, ad esempio, ha parlato di consenso “estremamente qualificato”²⁶. Evidente la logica sottesa: una volta effettuato l'espianto si determina comunque una menomazione²⁷ (anche se temporanea, come nel trapianto di fegato); non sembra pertanto esservi alcun dubbio sull'esigenza di rendere edotto il donatore in merito alle possibili conseguenze cui va incontro²⁸.

²⁰ Che il dono abbia da sempre avuto questa caratteristica è confermato in primo luogo da fonti non giuridiche. Basti pensare a Medea, che per vendicarsi di Giasone, invia, per tramite dei propri stessi figli, dei doni intrisi di veleno alla nubenda Glauce, che credendo in un gesto di riappacificazione, li accetta, ignara della fine che la attende. Sulla diffidenza nel dono, CICORIA, *Il dono*, cit., 35 e, con specifico riferimento alla diffidenza negli atti di destinazione solidaristica, 38 s..

²¹ Cfr. RESTA, *Doni non patrimoniali*, cit., 518 ss..

²² Il primo intervento del nostro legislatore, come è noto, risale al 1967; la L. n. 458/1967 regolamentò infatti per la prima volta il trapianto di rene da vivente; l'intervento successivo in materia è databile 1999. Con la L. 483/99 è stata infatti introdotta la possibilità del trapianto parziale di fegato. Nella proposta si evidenziava per un verso che tale previsione avrebbe consentito di salvare numerose vite umane; per l'altro l'esigenza della gratuità. La possibilità di procedere ad un trapianto parziale di fegato deriva dalla capacità di quest'ultimo di autorigenerarsi, capacità ben nota già agli antichi; basti pensare al mito di Prometeo, condannato perché aveva rubato il fuoco agli dei per donarlo agli uomini a subire che un'aquila divorasse parte del suo fegato di giorno; di notte l'organo si rigenerava consentendo, l'indomani, la prosecuzione della tortura. Sul trapianto di fegato cfr. D'ARRIGO, *Trapianto di fegato: una legge inutile o nociva? Alcune riflessioni sulla donazione di organi tra persone viventi*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, 1186. La capacità del fegato di rigenerarsi consente di inquadrare questo tipo di trapianto tra quelli sicuramente meno rischiosi per chi dona.

La possibilità, oggi, di donare un organo è quindi circoscritta a determinate ipotesi espressamente previste dal legislatore. E' evidente che il discorso assume connotazioni diverse a secondo dei diversi tipi di trapianto non potendosi equiparare, ad esempio, l'ipotesi di donazione di midollo osseo, disciplinata dalla legge 6 marzo 2001 n.52, che non comporta particolari conseguenze per il donatore, se non temporanee e di poco rilievo, quali febbre o dolori ossei alla zona interessata dall'intervento, con quella, ben più complessa (e per questo limitata nelle sue possibilità applicative) del trapianto di rene. Quest'ultimo tipo di trapianto, anche se oggi si predilige la tecnica laparoscopica - in ragione dell'esigenza (e volontà) di prestare particolare attenzione al donatore che compie un atto di estrema solidarietà-, risulta comunque abbastanza complesso e comporta un certo margine di rischio legato all'intervento in sé, nonché una menomazione permanente. Sebbene nella maggior parte dei casi non si ravvisino apprezzabili ripercussioni funzionali, pur tuttavia non è escluso che possano evidenziarsi dei danni legati alla maggiore invasività dell'intervento. Cfr. PULCINI- MONCIOTTI-

CARPELLINI-ROSI- GIANELLI-CASTIGLIONE- GABRIELLI, *Pre-lievo di rene da vivente a fini di trapianto e conseguenze per il donatore: problematiche medico-legali*, in *Riv. it. medicina legale*, 2006, 1126. Oggi, come è noto, la L. 167/2012, prevede che si possa disporre a titolo gratuito anche di parti di polmone, pancreas e intestino. Occorrerà verificare l'impatto sociale di tale ultimo intervento normativo, accolto già con grande favore. Discorso diverso, che esula però dai confini della presente indagine, è quello relativo ai c.d. trapianti minori, ossia i trapianti di tessuti, in ragione del fatto che il tessuto è comunque rigenerabile e non si pongono pertanto problemi di liceità del trapianto stesso. Cfr. LA TORRE, *Ego e alter nel diritto delle persone*, cit., 152 s..

²³ E' vero, potrebbe obiettarsi, che chi necessita dell'organo da trapiantare ha come prospettiva il più delle volte la non sopravvivenza, ma il bilanciamento va operato tenendo conto del fatto che chi dona versa in una situazione di salute, il cui sacrificio non può non essere opportunamente ponderato. Ciò non significa, è chiaro, che l'attenzione del legislatore sia rivolta esclusivamente a chi dona. Basti pensare che la donazione “non fa sorgere diritti di sorta del donatore nei confronti del ricevente”.

²⁴ Cui è strettamente connessa la possibilità di revocare il consenso all'espianto.

²⁵ Principio richiamato peraltro anche nel Regolamento del Ministero della Salute sullo svolgimento delle attività di trapianto di organi da donatore vivente (Decreto n. 116 del 16.4.2010).

²⁶ D'ADDINO SERRAVALLE, Intervento, in *La morte e il diritto: il problema dei trapianti d'organo*, (a cura di) BISCONTINI, Napoli, 1994, 75. Basti pensare che la normativa sul trapianto di rene prevede che il donatore acquisisca la consapevolezza “delle conseguenze personali che il suo sacrificio comporta” (art. 2 L. 458/67).

²⁷ Sul significato del concetto di menomazione, nonché di malattia, invalidità e lesione, cfr. CARNEVALE-COLAGRECO, *Non solo una questione semantica*, in *Riv. it. medicina legale*, 2000, 95 ss..

²⁸ Non a caso è previsto che venga assistito, nella fase degli accertamenti, da un proprio medico di fiducia nella logica di una verifica puntuale del consenso all'espianto. Quello del consenso informato in campo medico è ormai argomento ampiamente dibattuto per le molteplici implicazioni che ne derivano. Non sempre però purtroppo la realtà corrisponde all'intento del legislatore. Basti pensare alle ipotesi in cui soggetti “tecnici” (ad esempio gli esercenti una professione sanitaria) forniscono “fiumi” di informazioni a ridosso di un intervento a chi, per carenza (inevitabile) di cognizioni tec-

Deve essere rispettato (e ciò vale, ovviamente in termini diversi ed in logica speculare, anche per chi si sottopone all'impianto²⁹) il principio di autode-terminazione in campo sanitario³⁰, quale giusto corollario di un sistema particolarmente attento alle esigenze del paziente³¹, in cui la tutela della salute in misura sempre maggiore costituisce (per fortuna)

niche non è in grado di comprendere a fondo la portata delle dichiarazioni rese e non ha il tempo di procurarsi aliunde l'informazione. Su attività medica e consenso informato, senza pretesa di completezza, ci si permette di rinviare a FACCI, *L'osservatorio di merito*, in *La Resp. civ.*, 2012, 709 ss., DI CRISTO, *Il difetto di consenso al trattamento medico sanitario*, in *Fam. pers., succ.*, 2012, 275 ss., FACCI, *Consenso informato e responsabilità del medico*, in *La Resp. civ.*, 2011, 792 ss., CHIARINI, *Il medico (ir)responsabile e il paziente (dis)informato. Note in tema di danno risarcibile per intervento terapeutico eseguito in difetto di consenso*, in *Giur. it.*, 2011, 818 ss.; PARRINELLO, *Medical malpractice e regole di responsabilità civile, tradizione e innovazione*, Milano, 2008, 149 ss. ed ivi note bibliografiche; GENNARI, *Consenso informato: ritorno all'anno zero*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1411 ss.; FACCI, *Violazione del dovere di informazione da parte del sanitario e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 41 ss.; TOMMASI, *Consenso informato e disciplina dell'attività medica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 555 ss.; STANZIONE, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, in *Iustitia*, 2003, 370 ss.; PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 325 ss.; VICIANI, *L'autodeterminazione "informata" del soggetto e gli interessi rilevanti (a proposito dell'informazione sul trattamento sanitario)*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 272 ss.

²⁹ Con riferimento al trapianto di rene, l'art. 4 della l. 458 dispone che "Il trapianto del rene legittimamente prelevato e destinato ad un determinato paziente non può aver luogo senza il consenso di questo o in assenza di uno stato di necessità".

³⁰ Ritiene VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati (diritti e doveri nel nuovo sistema delle fonti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 692 che, al fine di evitare che il trattamento sanitario comporti una lesione di una situazione soggettiva autonoma e fondamentale il consenso debba essere "effettivo, personale e non burocratico" e che l'autorizzazione del malato "consapevole e coerente" debba riguardare ogni fase della cura.

³¹ Sebbene esuli dal campo specifico di indagine, pur tuttavia va rilevato come la questione assuma inevitabilmente sfumature e connotazioni diverse con riferimento all'espianto da cadavere. Qui la tematica si pone su un diverso piano essendo sancito un principio generale di liceità del prelievo sia pure con il limite del rispetto costituzionale della dignità umana, limite che non consente l'espianto dell'encefalo e delle ghiandole della sfera genitale. Sul punto cfr. DI ROSA, op.cit., 137. Sulla ratio del divieto di prelievo dell'encefalo e delle gonadi cfr. COPPOLA, *Famiglia, testamento e prelievo dal cadavere a scopo di trapianto*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 199 ss.. Sul passaggio da una disciplina restrittiva ad una volta ad incrementare i trapianti, PALMERINI, *La nuova legge sui trapianti d'organo: prime notazioni*, in *Studium iuris*, 1999, 1311 ss..

Sotto altro profilo, ed in ossequio all'antico ma mai superato sentimento di pietas per i defunti, il prelievo deve avvenire senza mutilazioni. La L. 91/1999 all'art. 4 prevede poi che dopo l'espianto il cadavere venga ricomposto con la massima cura.

un punto di non ritorno³² ed in cui, nella logica di una maggiore tutela all'utenza, si assiste al passaggio, ormai acquisito, dalla responsabilità extracontrattuale a quella contrattuale³³, alla individuazione di una responsabilità autonoma della struttura³⁴, alla canalizzazione dei costi degli errori medici sulle strutture e, campo che qui maggiormente interessa, alla previsione di una serie di obblighi informativi a carico degli esercenti le professioni sanitarie³⁵. Si è quindi lontani dall'epoca in cui l'attività medica era ritenuta di per sé un'esimente³⁶.

³² Ed in cui la dialettica libertà/responsabilità registra la prevalenza di quest'ultima nell'ottica della realizzazione del valore perseguito. Cfr. GORASSINI, *Assicurazione per responsabilità medica e limiti di mercato*, in *L'assicurazione tra codice civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*, (a cura di) Busnelli-Comandè, Milano, 2009, 106.

³³ PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 325 ss.. Evidenti sono i vantaggi derivanti dall'inquadramento della responsabilità (medica e sanitaria) nel contesto dell'inadempimento contrattuale sia in termini di onere probatorio che di tempi di prescrizione. "Sempre più spesso si fa riferimento al "contatto sociale" per attrarre per attrarre nell'area contrattuale una serie di rapporti e per invertire l'onere probatorio in presenza di una posizione soggettiva del danneggiato ritenuta meritevole di particolare protezione"; così VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbl. contr.*, 2008, 394. Cfr. altresì GIARDINA, *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale, Inadempimento e rimedi*, (a cura di) VISINTINI, Padova, 2009, 73 ss..

³⁴ ZAULI, *Responsabilità della struttura sanitaria: onere probatorio e danno patrimoniale*, in *La Resp. civ.*, 2010, 368 ss.. SCHIATTONE, *Carenza di attrezzature e responsabilità autonoma della struttura sanitaria*, in *La Resp. civ.*, 2010, 101 ss.; FACCIOLI, *Ancora sulla responsabilità degli enti sanitari per carenze strutturali ed organizzative: lo standard di efficienza esigibile dall'ospedale*, ivi, 2007, 521 ss.; ID, *La responsabilità della struttura sanitaria per carenze strutturali ed organizzative*, ivi, 2006, 515 ss..

³⁵ Su inadempimento per sola violazione del consenso informato, MONTANI, *L'inadempimento medico per la (sola) violazione del consenso informato*, in *Danno resp.*, 2012, 621 ss. Sulla risarcibilità del danno da omessa adeguata informazione, CALDERAI, *Sui limiti della tutela giuridica dell'autodeterminazione in biomedicina*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 901 ss.; BUSI, *La violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica: il danno risarcibile, i soggetti responsabili*, ivi, 2011, 753 ss.; RICCIO, *La violazione dell'autodeterminazione è, dunque, autonomamente risarcibile*, in *Contr. impr.*, 2010, 313 ss.; DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*, in *Corr. giur.*, 2010, 1204 ss.; DI CRISTO, *Il difetto di consenso al trattamento medico sanitario*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 275 ss. Sulla rilevanza del consenso informato e violazione del dovere professionale di informazione, DROGHETTI, *La risarcibilità dei danni derivati da un trattamento medico necessario e correttamente eseguito in difetto, però, di consenso del paziente*, in *Resp. civ.*, 2012, 616 ss..

³⁶ Sul punto FRANZONI, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *Resp. civ.*, 2012, 85 ss.. L'A. si sofferma sul principio di autodeterminazione chiarendo come esso non si identifichi con

Il principio di autodeterminazione va però coniugato con il dovere del medico di adempiere le proprie funzioni³⁷ e, quindi, con l'esigenza di porre dei limiti alla volontà del disponente, qualora costui, spinto dal desiderio di salvare la vita altrui, rischi di arrecare un grave pregiudizio alla propria salute³⁸.

Che l'esigenza di tutela della salute del donatore dovesse andare oltre la sua volontà di donare è stato da sempre molto chiaro al legislatore che non a caso ha scelto di rimettere "a una valutazione discrezionale del giudice l'atto decisivo per l'eseguibilità o meno del prelievo"³⁹, a conferma dei limiti posti all'autonomia privata in questo delicato settore e ad evidenziare come si tratti di una tematica che, lungi dall'essere circoscritta ai rapporti tra privati, si

proietta in dimensione altra⁴⁰. La scelta di donare, pertanto, pur in presenza dei presupposti richiesti dalla legge, non sarà produttiva di effetti in assenza di un apposito provvedimento del giudice.

Sotto altro profilo, rimane imprescindibile la possibilità di mutare avviso e, quindi, di revocare il proprio consenso⁴¹ fino al momento dell'intervento in un contesto in cui non può certo invocarsi alcun meccanismo di vincolatività⁴². Purtroppo la questione, apparentemente scevra da complicazioni, è stata diversamente oggetto di dibattito nella misura in cui ci si è chiesti se vi potesse essere margine per una qualche forma di responsabilità in capo al mancato donatore⁴³.

Invero, chi decide di donare non solo non assume alcun obbligo in tal senso (e non può pertanto essere tenuto a donare), ma può revocare il proprio consenso sino al momento dell'intervento⁴⁴; la facoltà di revocare il consenso incarnerebbe una modalità d'essere del richiamato principio di autodeterminazione⁴⁵. Diversamente, la domanda dovrebbe riguardare la possibilità di prevedere, pur considerando perfettamente lecita la revoca del consenso, un equo indennizzo a favore di chi attendeva di ricevere l'organo. Orbene, la questione non può non coinvolgere la natura stessa delle prestazioni superetiche, la cui mancata esecuzione non può essere considerata un disvalore.

Per quanto concerne l'individuazione operata dal legislatore degli organi che è consentito donare, fermo restando il riferimento alle singole normative, cui si è avuto modo di accennare, sia dato aggiungere una considerazione ulteriore: i trapianti ammessi nel nostro ordinamento costituiscono un numero chiuso; in questa logica si pone, ad esempio l'esclusione di quelle ipotesi in cui si sia in presenza di un organo con capacità di rigenerarsi⁴⁶ o di un organo "doppio"⁴⁷. La deroga all'art. 5 c.c. è quindi circoscritta ai casi espressamente disciplinati, il cui novero è stato recentemente ampliato per ricom-

il diritto alla salute. Sul punto v. anche GORGONI, *Il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione nella responsabilità medica*, in *Obbl. contr.*, 2011, 191 ss..

Evidenzia come non sia il consenso ad essere informato ma il paziente in una prospettiva più ampia di dialettica tra momento informativo e scelta consapevole, GHIDONI, *Il trattamento sanitario tra protezione della personalità e imposizione di valori etici*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 185 ss..

³⁷ "Il principio generale dell'autodeterminazione terapeutica in tutte le fasi della vita non è in discussione, né si dubita della sua qualificazione come diritto personalissimo di rango costituzionale, come ribadito dalla nota pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite del 13 novembre 2008, ma si ritiene che il suo concreto esercizio non possa prescindere dalla natura della relazione che si instaura con il medico per effetto della richiesta di cura e delle modalità e contesti concreti nei quali si manifesta. Un'autonomia assoluta e incondizionata del paziente non sembra in concreto configurabile stante l'oggetto della prestazione e la peculiarità del rapporto medico/paziente che, in quanto relazione caratterizzata da una asimmetria di informazioni tecniche, non può svolgersi su un piano paritario; inoltre la richiesta di ricovero e l'accettazione del paziente nella struttura sanitaria istituzionalmente deputata alla cura impongono ai medici di adempiere a quella funzione di protezione che costituisce l'essenza stessa della professione" (Tribunale Milano, sez. V, 16 dicembre 2008, n. 14883). Sul punto cfr FANTETTI, *Diritto di autodeterminazione e danno esistenziale alla luce della recente pronuncia delle S.U. della Cassazione*, in *La responsabilità civile*, 2009, 84 ss.; ALPA, *Il principio di autodeterminazione e il testamento biologico*, in *Vita notarile*, 2007, 3 ss.; PINNA, *Autodeterminazione e consenso da regola per i trattamenti sanitari a principio generale*, in *Contr. impr.*, 2006, 589 ss.; ALPA, *Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate sulle cure mediche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 83.

³⁸ E qui si innesta un'ulteriore questione, quella relativa al rapporto tra dignità umana ed autonomia. Cfr. sul punto MURRO, *L'attività del Comitato Nazionale per la Bioetica a più di quindici anni dalla sua istituzione*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 923 ss. Sulla tutela della dignità umana in campo medico, GLIATTA, *La dignità e la salute del paziente e il trattamento sanitario in assenza di consenso*, in *La Resp. civ.*, 2010, 784 ss..

³⁹ Cfr. sul punto LA TORRE, Ego e alter *nel diritto delle persone*, cit., 148.

⁴⁰ Si assiste al passaggio da una dimensione privatistica ad una dimensione pubblicistica.

⁴¹ Sulla possibilità di revocare il consenso, con particolare riguardo ai negozi sugli attributi immateriali della personalità, cfr. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 250 ss.

⁴² RESTA, *op. ult. cit.*, 260.

⁴³ Cfr. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 322 ss.. Contrario alla configurabilità di una responsabilità per danni del revocante, LA TORRE, Ego e alter *nel diritto delle persone*, cit., 146.

⁴⁴ Pertanto anche dopo il provvedimento del giudice.

⁴⁵ Sulla revocabilità del consenso fino all'ultimo momento cfr. D'ARRIGO, *op. ult. cit.*, 284 ss..

⁴⁶ D'ARRIGO, *Trapianto di fegato*, cit., 1195.

⁴⁷ CICORIA, cit., 280.

prendervi i trapianti parziali di polmone, pancreas e intestino⁴⁸.

3. La gratuità.

| 144 Il legislatore ha pian piano consentito varie forme di trapianti tra viventi sia pure con il limite, comune a tutte le ipotesi, della incommerciabilità.

Il punto è questo: si ammette oggi che una persona maggiorenne⁴⁹, consapevolmente, in piena libertà, dopo essere stata opportunamente informata, purché l'intervento non metta a rischio la sua stessa salute⁵⁰, decida di sottoporsi all'espianco di un organo, nei limiti imposti dalla legge, ma non si ammette che lo faccia dietro corrispettivo⁵¹.

La previsione della gratuità⁵² sembrerebbe costituire il giusto corollario di un meccanismo basato su solidarietà ed etica del dono⁵³. E' una di quelle ipotesi in cui l'ordinamento non consente di scegliere ma indica, come unica via percorribile, quella non improntata a logiche mercantili.

⁴⁸ Il riferimento è alla già citata L. 167/2012.

⁴⁹ Un'eccezione è individuabile nella normativa sui trapianti di tessuti; è infatti previsto che il prelievo possa essere eseguito anche su soggetti di età inferiore a 18 anni in ragione della non invasività dell'intervento.

⁵⁰ Ciò su cui si deve porre l'attenzione è il valore vita, potenzialmente a rischio in ragione di atti di disposizione particolarmente invasivi e nocivi per la salute. Cfr. DI ROSA, *op. cit.*, 128.

Sull'esistenza di un diritto-dovere alla salute cfr. D'ARRIGO, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, 1999, 141 s..

⁵¹ Unica eccezione è quella relativa al volontario sano nella sperimentazione medica, per il quale è previsto un indennizzo. Secondo RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 812 "anche nei casi in cui sia effettivamente operante la regola della gratuità, questa spesso implica soltanto che il primo anello di tutta la complessa catena di rapporti giuridici che interessano il corpo umano venga sottratto allo schema dello scambio economico in senso proprio. Ma non esclude che i passaggi ulteriori riproducano dinamiche di circolazione tipicamente mercantili, presuppongano compensazioni di carattere monetario e risultino dunque prevalentemente incentrati sul paradigma del profitto economico".

⁵² Sulla trasversalità del concetto di gratuità, cfr. GALASSO, *Il principio di gratuità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 205. VENUTI, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, in *Dir. fam. pers.*, 2001, 827 ss.; GIACOBBE, voce *Trapianti*, cit., 899 "la pattuizione di un corrispettivo altererebbe, invero, la finalità caratteristica dell'atto dispositivo, facendo venir meno la sua legittimazione nell'ambito dei principi di solidarietà sociale, i quali soli giustificano la incisione del proprio corpo".

⁵³ Cfr. COZZOLI, *Il trapianto di organi nella prospettiva valoriale del dono*, in *Medicina e morale*, 1997, 461 ss.. E' meritevole del massimo rispetto chi dona purché tale nobile gesto non sia subordinato alla previsione di un corrispettivo.

Le "donazioni"⁵⁴ di organi sono lecite se si collocano al di fuori del contratto⁵⁵.

Le ragioni di tale scelta vanno probabilmente ricercate nell'esigenza di garantire la spontaneità della determinazione assunta⁵⁶, altrimenti messa a rischio dalla vincolatività dell'accordo e dalla previsione di un corrispettivo. Il trapianto assume allora un particolare valore sociale⁵⁷. Sottesa a tutto ciò vi è una logica relazionale; l'atto di disposizione diventa strumento di salvezza della vita altrui, "donare" un proprio organo diventa un modo per aiutare altri a vivere⁵⁸.

Il divieto di prevedere un compenso per chi dispone è poi strettamente legato all'esigenza di evitare che persone bisognose commercializzino parti di sé per garantire la propria sopravvivenza o quella dei propri congiunti⁵⁹.

⁵⁴ Come si è già avuto modo di accennare, trattasi di termine adoperato in maniera impropria dal punto di vista tecnico. Con riferimento ai profili di differenziazione tra donazione di organi e donazione ex art. 769 c.c., cfr. LA TORRE, Ego e Alter *nel diritto della persona*, cit., 141 s. "i tratti differenziali sono evidenti e irriducibili: a) l'atto di disposizione è unilaterale e revocabile, a contenuto non patrimoniale, avente per oggetto una *res extra commercium* (qual è l'organo del corpo umano) di alto valore esistenziale ma non suscettibile di valutazione economica, mentre: b) la donazione è un contratto, e come tale, accordo che regola fra le parti un "rapporto giuridico patrimoniale" (art. 1321 c.c.), concernente il trasferimento di un diritto reale o l'assunzione di un'obbligazione, anch'essa avente carattere patrimoniale (art. 1174 c.c.)".

⁵⁵ GORASSINI, *Alla ricerca di un'allocatione delle c.d. liberalità non donative*, in *Annali Facoltà di Giurisprudenza, Università Mediterranea di Reggio Calabria*, Napoli, 2010, 534.

⁵⁶ Cfr. CICORIA, cit., 279 ss.

⁵⁷ Quello stesso valore sociale che, parametrato ai tempi, veniva richiamato dalla sentenza della Cassazione nel 1934 (all'origine dell'art. 5) "nei casi di lesione alla integrità, che importano un pregiudizio di una certa rilevanza al corpo, la morale sociale valuta come lecito il consenso solo a condizione che concorra uno scopo di particolare valore sociale e il vantaggio alla salute di un'altra persona è di per sé uno scopo di particolare valore sociale".

⁵⁸ La logica valoriale del dono, appunto. COZZOLI, cit., 464. Se a ciò si aggiunge che spesso chi dona non conosce il destinatario dell'organo, ben si comprende come lo stesso concetto di dono è destinato a mutare in questa logica; cfr. RODOTÀ, *Il dono*, cit., 126: "così l'idea stessa di dono muta natura, rivolto com'è a un destinatario indeterminato. Più che atto di liberalità, si palesa come manifestazione di solidarietà verso tutta l'umanità sofferente".

⁵⁹ GARRAFA, *Usi e abusi del corpo umano*, in *Questioni di Bioetica*, cit., 102. Ci si chiede però perché assuma un indiscutibile ed incontrovertibile valore il dono e non, ad esempio, la vendita finalizzata alla salvezza di una vita umana, KUHSE, *Il corpo come proprietà, ragioni di scambio e valori etici*, in *Questioni di Bioetica*, cit., 71. E' però il caso di sottolineare come le preoccupazioni di fondo e la ripugnanza nei confronti di atti di disposizione a titolo oneroso (che, diversamente, non investe il dono) siano legate all'auspicio che nessuno abbia l'esigenza di vendere parti di sé per biso-



Sia dato interrogarsi *per incidens* sul rapporto intercorrente tra gratuità e solidarietà in questo contesto. Che l'atto gratuito possa essere sganciato da intenti solidaristici non par dubbio; basti pensare alle donazioni di cui al libro II del codice civile, in cui è diversamente riscontrabile uno spirito di liberalità. E' la solidarietà che per essere tale deve trovare realizzazione attraverso la gratuità⁶⁰.

Discorso diverso è quello relativo al trapianto tra viventi *crossover*⁶¹ in relazione al quale si pone il problema della conciliabilità del dono con l'accordo di cui è parte chi decide di sottoporsi al trapianto *de quo*⁶².

E' infatti perlomeno dubbio che in questi casi l'intento di donare sia sganciato dalla speranza di ricevere⁶³. In questa logica occorrerebbe chiedersi come far salvo l'elemento della spontaneità e se sia dato ritenere possibile l'espianto pur in assenza della (attesa) controprestazione.

gno, BERLINGUER, *Il corpo come merce o come valore*, in *Questioni di Bioetica*, cit., 79. Sul corpo come oggetto di proprietà o soggetto di rispetto, SGRECCIA, cit., 113. Evidenzia come la cedibilità a titolo oneroso rischierebbe di abbandonare il cedente al ricatto dell'indigenza, ANZANI, *Gli "atti di disposizione della persona" nel prisma dell'identità personale (tra regole e principi)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 5 s.; CICORIA, cit., 291: "assecondare la logica dello scambio anche per le parti del corpo significherebbe introdurre e legittimare un sistema di "cannibalizzazione" metafisica caratterizzata da riti addirittura tribali: la scelta dell'organo più giovane o, perché no, la festa per la morte del venditore".

⁶⁰ Vi sono dei casi in cui la solidarietà "per essere davvero tale, dev'essere connotata dalla gratuità", RODOTÀ, *Il dono*, cit., 121. Attribuisce al riconoscimento del principio di gratuità il ruolo di "chiave di ingresso della solidarietà nell'area di rapporti di autonomia privata", GALASSO, *Il principio di gratuità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 215. "L'accesso al sistema solidale mediante la gratuità rappresenta la sola forma di precomprensione degli atti di dono solidali o altruistici", per MESSINETTI, cit., 507. La gratuità dell'atto si annulla nel principio di solidarietà per CICORIA, *Il dono*, cit., 162.

⁶¹ Sulle caratteristiche del trapianto incrociato, CICORIA, *Il dono*, cit., 81.

⁶² D'AVACK, *Trapianto da vivente crossover: aspetti etici e giuridici*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 1509 ss..

⁶³ Sarebbe una di quelle ipotesi in cui emerge la natura del dono come qualcosa "che si dà o per grazia attesa o per grazia ricevuta". LA TORRE, *Dizionario di pensieri intorno al diritto*, cit., 93.