
In favore del consenso presunto

[Marco Borghi](#)

Il modello del consenso presunto viene qui sostenuto anche perché, oltre a non presentare svantaggi rilevanti rispetto al sistema opposto, promuove l'esigenza per ogni cittadino di interessarsi al tema dei trapianti, stante l'obbligo legale, notorio, di assumere necessariamente una posizione attiva, consona al dovere etico di solidarietà umana.

Il contesto normativo

Rari sono gli ambiti scientifici la cui connotazione interdisciplinare sia così profonda come nel caso dei trapianti. Questa constatazione si corrobora e si estende man mano che il dibattito affronta nuovi aspetti e travalica confini apparentemente consolidati.

Grazie a Roberto Malacrida, ho avuto il privilegio di seguire questa evoluzione con un approccio diverso dall'ottica autoreferenziale tipica del diritto, anzi verificandone il carattere dirompente sulle categorie giuridiche prodotte dall'interazione, sovente antinomica, tra i valori umani e sociali fondamentali che il trapianto d'organi suscita.

Questo interesse mi indusse anche ad accettare il mandato di accompagnare l'Ufficio federale della sanità nel compito di elaborare dapprima la norma costituzionale, in seguito il progetto di legge federale: dal punto di vista scientifico la sfida appariva affascinante già per il fatto che si trattava di trasformare in norme vincolanti un dibattito aperto (necessariamente tale se si considera d'un lato il carattere intrinsecamente evolutivo della medicina - e non solo delle sue tecniche -, d'altro lato la varietà di opzioni preliminari proposte dalla riflessione etica, ineludibile e pregiudiziale, quanto più orientata a una dialettica discorsiva che a fornire soluzioni definitive)¹. Questo paradosso, quasi un'aporia, ha potuto essere risolto agevolmente a livello costituzionale semplicemente richiamando l'esigenza di rispettare i valori fondamentali suscettibili di essere pregiudicati o estesi dalla medicina dei trapianti e sancendo unicamente il divieto del commercio di organi umani².

In sostanza, il problema del rapporto e della gerarchia tra i diversi diritti costituzionali fondamentali interagenti nelle varie fasi e nelle diverse forme in cui i trapianti sono attuati è stato così demandato al legislatore federale e la disposizione costituzionale ha sostanzialmente ricevuto mera valenza giuridica nel quadro della ripartizione della competenza legislativa fra Confederazione e Cantoni. Si è così persa l'occasione di stabilire nuovi principi legislativi, in particolare di imporre l'istituzionalizzazione di autorità interdisciplinari, di cui avevo in precedenza tentato invano di dimostrare la necessità: dapprima di integrarne il principio nella Costituzione³, poi di inserire funzione, competenze e modalità operative nella legge federale⁴. Questo sistema avrebbe permesso di mantenere le competenze giuridiche, normative e decisionali all'interno degli organi democraticamente istituiti (invece ad esempio di demandare competenze fondamentali ad altri enti, privati o semiprivati) contemperandole con la natura interdisciplinare della medicina dei trapianti, in particolare con il dibattito etico inteso ineludibilmente a «*faire vivre au singulier l'exigence d'universalité*»⁵, punto d'incontro metodologico fra etica e diritto, caratterizzato dal carattere generale e astratto di ogni norma.

Il consenso presunto

Il carattere riduttivo e unilaterale del contesto normativo appare ancora più evidente nel caso della scelta delle diverse modalità di espressione del consenso in situazione di trapianto da persona deceduta. Anzi, dando prova di scarsa sensibilità democratica, il Dipartimento federale competente «epurò» dall'avanprogetto elaborato dalla succitata commissione interna dell'Ufficio federale della sanità la

proposta di trasmettere al Parlamento la scelta fra le due opzioni, che in quest'ottica erano state compiutamente redatte. Eppure si trattava di un tema fondamentale sul piano dell'interazione fra diversi diritti costituzionali, da sempre aspramente dibattuto (e non a caso ancora ripreso in termini antagonisti nel recente congresso di Lugano)⁶: estremizzando le posizioni si potrebbe infatti criticamente affermare che l'adozione del consenso presunto puro (ovverosia la competenza - che giuridicamente include l'obbligo - per gli organi medici designati dalla legge speciale sui trapianti, di espianare organi da persona deceduta in assenza di una opposizione preventiva formulata - esclusivamente - da quest'ultima e consegnata in un registro pubblico, tra l'altro, rispettoso della normativa sulla protezione dei dati) comporti in definitiva una sorta di nazionalizzazione o di *collettivizzazione* dei corpi⁷, secondo una concezione fondamentalmente economicistica che assimila gli organi a una risorsa materiale nell'ambito di una retorica di ottimizzazione della relazione costi/benefici. Ma, con la stessa logica, si può obiettare che gli organi umani sono trasformati dalla legge speciale in « *biens publics nationalisés par le gouvernement, le prélèvement s'apparentant ainsi à un impôt* »⁸ anche nel caso del consenso esplicito, specie se formulato dai congiunti, ma anche se espresso preventivamente dal donatore, soprattutto nel caso di consenso tra vivi, perché nessun soggetto può essere definito autonomo e libero nell'espressione della propria determinazione, secondo uno stereotipato paradigma privilegiante l'autodeterminazione dell'individuo, mentre in realtà questi appartiene a una « comunità emozionale » che lo condiziona, l'identità di ciascuno essendo costituita dal contesto delle relazioni interoggettive del microcosmo sociale nel quale è integrato.

Infine, va sottolineato che la presunzione si fonda su un dovere etico fondamentale di solidarietà umana e d'altra parte che in nessun modo si può equiparare il meccanismo della presunzione con una sorta di « espropriazione » degli organi da parte dello Stato, stante la possibilità per ogni cittadino di escludere in piena autonomia e senza conseguenze l'espianare dei suoi organi⁹. D'altronde la dicotomia rappresentata dai due modelli « puri » (consenso *post mortem* formulato preventivamente, oppure consenso presunto nel senso *suesposto*) è storicamente fallace: l'esperienza di ogni struttura sanitaria operante clinicamente nel settore dei trapianti testimonia del fatto che, nella prassi, sia l'uno che l'altro modello si trasformano concretamente in un terzo sistema, ibrido, in cui il coinvolgimento dei congiunti risulta inevitabile. E, sovente, lo stesso legislatore è indotto, nell'ambito delle varie fasi di elaborazione della legge, a riconoscere un incongruo ruolo di opposizione ai familiari a dispetto della conclamata intenzione di adottare il modello del consenso presunto¹⁰.

Da questo punto di vista, e in assenza di criteri suscettibili di confortare l'ipotesi, frequentemente avanzata negli ambienti medici, secondo cui il consenso presunto aumenterebbe la disponibilità di organi, le variabili e le concause in tal senso essendo in realtà numerose, diversi sono gli argomenti favorevoli all'adozione del consenso presunto nella legislazione soprattutto dal profilo giuridico, anche partendo inoltre dal presupposto che statisticamente sempre poco rilevanti sono i casi di donatori che hanno attestato preventivamente la loro volontà di donare *post mortem* i loro organi¹¹.

Schematicamente si deve infatti constatare che il modello del consenso presunto:

- è l'unico atto a indurre i cittadini a interessarsi al tema dei trapianti, in quanto li rende consapevoli che la mancata notifica al registro pubblico equivale all'implicita accettazione dell'espianare, nonché atto a garantire effettivamente l'espressione del consenso informato: ogni cittadino ha infatti la possibilità di informarsi tempestivamente su ogni aspetto per lui rilevante della medicina dei trapianti e in ogni momento può opporre un rifiuto, totale o parziale, o revocarlo; per contro, ben diversa, nell'ambito del modello opposto, nell'ipotesi (frequente) di assenza di una esplicita e univoca dichiarazione preventiva del donatore, è la capacità di discernimento dei familiari (condizione di validità di ogni atto giuridico fondato sull'autonomia del soggetto) costretti a esprimersi in tempi molto brevi sulla richiesta dei medici di procedere all'espianare degli organi di un congiunto di cui hanno appena appreso il decesso, per di più non apparente dallo stato visibile di quest'ultimo;

- conseguentemente evita anche possibili conflitti fra i familiari chiamati a testimoniare sulla volontà presunta del congiunto, spesso desumibile da indizi equivoci se non contraddittori;

- inoltre, l'applicazione rigorosa della legge deresponsabilizza i congiunti sollevandoli anche emozionalmente da un compito per il quale sovente non sono in alcun modo preparati;

- rispetta l'esigenza fondamentale del diritto, il principio di sicurezza giuridica, in ragione dell'automatismo binario rappresentato d'un lato dal carattere decisivo dell'iscrizione - o dell'assenza di

essa - dell'opposizione eventuale del defunto e d'altro lato dalla semplicità del sistema la cui conoscenza non si fonda solo sulla nota finzione *ignorantia iuris nocet* bensì, in base alla giurisprudenza del Tribunale federale, sulla conoscenza effettiva della presunzione legale, prodotta dall'obbligo per lo Stato di informare capillarmente i cittadini¹²;

- infine, la sola restrizione che questo sistema impone consiste nell'obbligo di registrare individualmente l'eventuale opposizione, un atto civico agevole certamente esigibile da ogni cittadino.

Conclusione

In sostanza, il modello del consenso presunto non presenta svantaggi rilevanti rispetto al sistema opposto, mentre è il solo atto in tutte le circostanze possibili ad assicurare il rispetto dei presupposti giuridici di validità dell'espressione del consenso informato, perché, tra l'altro, promuove l'esigenza per ogni cittadino di interessarsi al tema dei trapianti, stante l'obbligo legale, notorio, di assumere necessariamente una posizione attiva, consona al dovere etico di solidarietà umana.

¹A. Bondolfi, «Quelques résistances aux greffes d'organes», in R. Malacrida, S. Martinoli, R. Wullschleger, *Donazioni e trapianti d'organo: visioni filosofiche, etiche e religiose*, Edizioni Alice, Corbaro 7, Comano, 1997, p. 27 sgg.

² Art. 119a della Costituzione federale: «Medicina dei trapianti 1. La Confederazione emana prescrizioni in materia di trapianto di organi, tessuti e cellule. Provvede in tale ambito alla protezione della dignità umana, della personalità e della salute. 2. Stabilisce in particolare criteri affinché l'attribuzione degli organi sia equa. 3. La donazione di organi, tessuti e cellule umane è gratuita. Il commercio di organi umani è vietato».

³M. Borghi, *Pour une réglementation constitutionnelle fédérale des transplantations d'organes en Suisse*, Institut du fédéralisme, PIFF 13, Fribourg, 1995.

⁴ Una descrizione riassuntiva è esposta in M. Borghi, *A mo' di conclusione prospettica, le scelte difficili del legislatore federale*, in *Donazioni e trapianti d'organo. I trapianti dai vivi*, Edizioni Alice, Comano, 1999, p. 103 sgg.

⁵L. Sève, *Pour une critique de la raison bioéthique*, Odile Jacob, Paris, 1994, p. 196.

⁶ In quest'ottica, rispetterò il gioco delle parti, voluto dagli organizzatori e, nel confronto con Sebastiano Martinoli, insisterò piuttosto sugli aspetti positivi del consenso presunto.

⁷ P. Steiner, *La transplantation d'organes; un commerce nouveau entre les êtres humains*, Gallimard, Paris, 2010, p. 152.

⁸ *Ibidem*, p. 87.

⁹ M. Borghi, *Pour une réglementation*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰ Su questi aspetti, cfr. il resoconto dell'evoluzione della legislazione francese, in Steiner, *op. cit.*, pp. 152 e 170 sgg. e, riferito principalmente alla legislazione spagnola, cfr. J. Fabre, *Presumed consent is unnecessary*, *BMJ*, 30 ottobre 2010, p. 922 sgg.; cfr. inoltre R. Schöning, *Rechtliche Aspekte der Organtransplantation*, Zurigo, 1996, p. 81 sgg.

¹¹ E malgrado le più originali e talvolta bizzarre proposte intese a incrementarne il numero, talune rasentando la remunerazione del donatore, ad esempio con sconti sui premi di assicurazione malattia, donazioni in favore di opere caritatevoli, partecipazioni alle spese funerarie, ecc. (cfr. M. Mader, *Le don d'organes entre gratuité et modèles de récompense*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 2011, p. 568 sgg.); d'altra parte dev'essere considerata perlomeno problematica anche sul piano giuridico la campagna pubblicitaria predisposta dalla Confederazione, che si limita a *informare* la popolazione, precludendosi la competenza di *promuovere* (ancorché con argomenti pertinenti e oggettivi) il dono di organi (cfr. su questo tema l'intervento di A. Flückiger, *La Confédération s'interdit à tort de faire la promotion du don d'organes*, in *Le Temps*, 4.9.2009, p. 14). Il medesimo autore, su questo tema, ha inoltre curato il volume *Émouvoir et persuader pour promouvoir le don d'organes? L'efficacité entre éthique et droit*, Schulthess Verlag, Zürich, 2010.

¹² Sentenza del Tribunale federale pubblicata nella Raccolta ufficiale 123 I 112.