

Intervento pubblico e trapianti di organi a scopo terapeutico: alcune considerazioni generali

di Sebastiano Bavetta

1. Introduzione

Le motivazioni che giustificano l'intervento pubblico in tema di trapianti di organi a scopo terapeutico hanno genesi diverse che vanno da quelle filosofiche, a quelle economiche, a quelle giuridiche¹. Tutte però sono accomunate dall'esigenza di individuare un punto di equilibrio tra tutela dei diritti della persona e salvaguardia del benessere della collettività. Il diritto della persona è quello all'integrità e inviolabilità del proprio corpo, diritto fondamentale dell'individuo e, come tale, assoluto e inalienabile. L'attenzione al benessere della collettività si traduce, al contrario, nella solidarietà sociale e, quindi, nella generale considerazione che sia un preciso dovere assicurare, per quanto possibile, il bene «salute» a tutti.

Nella maggioranza dei paesi occidentali, gli ordinamenti giuridici che hanno regolamentato la materia hanno colto questo equilibrio nel divieto di compensare i fornitori di organi imponendo una restrizione sul diritto di proprietà di cui un individuo gode sulle parti del proprio corpo e introducendo distorsioni rispetto al meccanismo di mercato nell'allocazione degli organi. Il beneficio principale di utilizzare il meccanismo del prezzo consiste nel rendere più facile l'allocazione delle risorse al loro valore più alto, massimizzando il benessere della collettività. Per taluni beni e, in modo particolare, per le parti del corpo, questa argomentazione utilitarista – che normalmente prevale nella difesa dell'economia di mercato – soccombe di fronte a numero-

Ringrazio il professore Gianluigi Galeotti per l'incoraggiamento a intraprendere lo studio di questo tema. Gli errori che rimangono sono solo mia responsabilità.

¹ Tra i numerosi contributi interdisciplinari, si veda Mathieu [1988] e Rodotà [1993]. Sebbene con enfasi posta su aspetti diversi, entrambi sottolineano che la prospettiva etica non può essere considerata un *optional*, un complemento delle ragioni economiche che informano l'intervento pubblico in materia di trapianti d'organo ma è, al contrario, una componente integrale nella selezione del ruolo più appropriato dello Stato.

se obiezioni di natura etica che coinvolgono aspetti di equità e libertà individuale che non hanno spazio nei ristretti limiti dell'attuale economia del benessere. Talune di queste obiezioni non reggono ad un esame più attento. A chi osserva, ad esempio, che l'uso del meccanismo del prezzo nell'allocazione favorirebbe i ricchi nell'accesso a risorse che, per le loro caratteristiche, sono vitali, si può far notare che anche i generi alimentari sono vitali ma nessuno discute il ruolo del mercato come sistema di trasferimento della proprietà, anche se è chiaro che i più abbienti hanno accesso privilegiato (per quantità e qualità) alle risorse alimentari. Altre obiezioni sono, però, più fondate. Per esempio, non è difficile immaginare un argomento filosofico contrario alla vendita di parti del corpo perché lesiva della dignità umana.

Il fatto che sia possibile offrire delle motivazioni interessanti a favore di soluzioni non di mercato nell'acquisizione degli organi da trapianto e, soprattutto, il fatto che nei paesi occidentali questo sistema di regolamentazione prevalga sul libero funzionamento delle forze di mercato non è un buon motivo per ritenere che debba necessariamente essere il meccanismo di acquisizione migliore. Tutto ciò non solo per l'esercizio di un sano spirito critico nei confronti delle istituzioni prevalenti², ma anche perché ammettere che l'allocazione delle parti del corpo non debba passare per il mercato non è senza costi. È noto quanto le previsioni dei modelli economici sugli *shortages* dovuti all'introduzione di politiche di controllo del prezzo siano verificate anche nel caso degli organi per trapianto terapeutico. Costi resi certamente più elevati dal fatto che l'evoluzione della medicina e la diffusione di nuovi farmaci immunosoppressivi hanno accresciuto sia la tipologia di organi che possono essere utilmente trapiantati che il numero di pazienti per i quali il ricorso a questo tipo di interventi è conveniente oltre che possibile.

Nell'ambito di questo dibattito, obiettivo di questo lavoro è confrontare, nelle loro linee generali, i due criteri principali e antagonisti che si misurano nel disegno di ogni sistema di regolamentazione dell'acquisizione degli organi per trapianto evidenziandone punti di forza e di debolezza. Dal confronto emergono due considerazioni. Anzitutto, poiché i limiti attualmente imposti all'alienabilità degli organi per trapianto prelevati da cadavere non sembrano sostenuti da inderoga-

² Spirito critico tanto più importante alla luce di alcuni risultati [cfr. Barnett *et al.* 1993] che dimostrano come la difesa delle rendite di posizione di alcune categorie sia rilevante nel mantenimento dell'attuale sistema almeno quanto le motivazioni di natura etica.

bili motivazioni etiche, ne segue, *prima facie*, l'auspicio di un rilassamento della regola di inalienabilità a titolo oneroso. Al contrario, per gli organi prelevati da viventi, l'esigenza di tutelare diritti fondamentali delle persone, pone limiti all'ammissibilità del ricorso al mercato per l'acquisizione di organi per trapianto terapeutico, in questo caso.

Il primo criterio, descritto nel paragrafo seguente, è quello che informa la normativa oggi in vigore in Italia: essendo il corpo «segno costitutivo» della persona, essenziale per la propria realizzazione [Carcattera 1983], non può ammettersi alcuna rinuncia permanente alla piena funzionalità del proprio organismo, se non in casi rigorosamente limitati e sempre a titolo gratuito. Il secondo criterio, affrontato nel terzo paragrafo, è quello utilitarista, proposto dall'analisi economica e al quale si accennava sopra: l'introduzione di una regola di inalienabilità genera una dissipazione delle risorse rispetto all'allocatione ottimale che si determinerebbe se le forze di mercato fossero lasciate libere di agire.

2. La normativa vigente: il corpo «segno costitutivo» della persona

2.1. Trapianti da vivente a vivente

La problematica relativa ai trapianti tra persone viventi nasce dalla generale considerazione che qui si coniugano due momenti diversi. Da un lato, quello riguardante il corpo, che si presenta come un bene fondamentale della persona che lo cede. Dall'altro, quello riguardante l'alternatività tra due soggetti che sono in relazione complementare tra loro, per il fatto che al beneficio dell'uno corrisponde necessariamente il sacrificio dell'altro.

L'attenzione al corpo è espressione di una verità incontrovertibile, consistente nel fatto che il corpo è condizione costitutiva dell'essere personale. La persona senza il suo corpo non sarebbe tale, resterebbe priva della sua dimensione reale, non solo dal punto di vista della sua vita di relazione, ma anche per sé stessa, sotto il profilo intrinseco. Ma, se il corpo è espressione necessaria dell'essere personale, non è possibile negarne l'inviolabilità e l'irrinunciabilità. In questo senso, rifacendosi all'opposizione categoriale «essere-avere» [Carcattera 1983], è chiaro che è possibile discutere del nostro avere ma non del nostro essere. Appartenendo il corpo alla dimensione del nostro essere piuttosto che a quella dell'avere, non è possibile affermare che la persona possiede un corpo ma, al contrario, che è un corpo vivo. Sul piano normativo, tutto questo si traduce nel divieto, posto a carico dell'indi-

viduo, di disporre del proprio corpo quando i relativi atti dispositivi cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica o siano contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume (art. 5 codice civile).

Letta, come fanno alcuni giuristi, *a contrariis*, questa disposizione stabilisce il diritto della persona a disporre liberamente del proprio corpo nei limiti in cui non resti diminuita permanentemente l'integrità fisica o sia lesa la legge, l'ordine pubblico o il buon costume. In questa direzione, che assegna alla libertà dispositiva del corpo un ruolo più lato, si muove la disciplina particolare dettata per il trapianto del rene. In deroga a quanto stabilito dall'articolo 5 del codice civile, la legge 26 giugno 1967 n. 458 consente esplicitamente e con alcuni specifici accorgimenti questo tipo di trapianti, rappresentando una sensibile evoluzione rispetto al sistema normativo previsto dal codice civile.

2.2. Trapianti da cadavere

I problemi sollevati dai trapianti da cadavere a vivente sono del tutto diversi da quelli osservati nel caso dei trapianti *inter vivos*. Nel primo caso, infatti, non si è in presenza di due persone titolari di diritti fondamentali meritevoli di tutela o che giustificano il sacrificio degli interessi dell'una in favore dell'altra poiché, nella fattispecie, l'individuo è uno solo, non potendosi più considerare tale il cadavere. È, quindi, soltanto la persona vivente che ha la titolarità dei diritti fondamentali, non il cadavere che l'ha perduta. Questo non significa certo che il cadavere non sia anch'esso un valore: basti osservare come in numerose culture si attribuisca alla salma un valore sacrale e le vengano talvolta tributate onoranze anche maggiori di quelle riservate ai vivi. Solo che l'idea dell'intangibilità del cadavere nasce più dalla cultura che dalla natura e il suo valore è espressione di meri sentimenti umani che non possono costituire fonte di diritti.

Poiché, come si è visto, l'inviolabilità del corpo e il divieto di disporre si spiegano perché l'una e l'altro sono necessari alla vita e all'estrinsecazione della personalità, questi stessi principi non sono più invocabili per il corpo esanime. Questo, infatti, non è espressione della vita (anche se può aiutare ad evocarla) nè della personalità: estinta la persona, il corpo si fa cosa nell'esperienza giuridica ed è suscettibile di diventare possesso di altri soggetti viventi [Carcattera 1983].

Un intervento da parte dello Stato che limiti la libertà di disporre del proprio corpo dopo la morte non deriva, quindi, nell'esperienza

giuridica, dall'interesse del legislatore a proteggere un correlativo diritto fondamentale dell'individuo, soprattutto se questo diritto è in conflitto con quello alla vita e alla salute di un'altra persona, poiché l'inviolabilità del cadavere non rappresenta un momento costitutivo dell'essere personale, ma semplicemente un'esigenza sentimentale, propria dell'uomo, largamente avvertita e diffusa in numerose esperienze culturali. Alla luce di queste considerazioni, si spiegano l'ispirazione e l'evoluzione, nel senso di una continua liberalizzazione, della disciplina dell'intervento pubblico in tema di trapianti d'organo a scopo terapeutico.

Mentre, in un primo momento, il prelievo di parti di cadavere era limitato a taluni ben precisi organi ed era consentito solo se il soggetto ne avesse dato autorizzazione quando era in vita (legge 3 aprile 1957, n. 235, art. 1), successivamente la regola veniva ribaltata. Da un lato, estendendo sempre di più il numero degli organi prelevabili; dall'altro, considerando sempre lecito il prelievo salvo che l'estinto non avesse disposto contrariamente in vita, in maniera inequivoca e per iscritto (legge 2 aprile 1968 n. 519, art. 1; legge 2 dicembre 1975 n. 644, art. 6). Sempre in tema di consenso, l'evoluzione verso regimi normativi più permissivi ha reso altresì rilevante il consenso di quei congiunti dell'estinto che la legge ritiene portatori di un interesse meritevole di tutela e quindi legittimati ad autorizzare o negare il prelievo.

3. Inalienabilità e controllo del prezzo

Dal punto di vista dell'economista, il diritto di proprietà non è altro che un insieme di diritti che un individuo detiene su di un dato bene. La letteratura economica sulle istituzioni che si è sviluppata in seguito al famoso articolo di Coase [1960] sui costi sociali distingue diversi regimi istituzionali di detenzione della proprietà. In particolare, un bene è soggetto ad un regime di proprietà privata se il detentore ha un diritto esclusivo al suo uso nella maniera che ritiene più opportuna; se gode, inoltre, del diritto esclusivo di ricevere il reddito generato dall'uso del bene; se può, infine, alienarne la proprietà liberamente, alle condizioni che ritiene più opportune e alle persone che considera adatte.

Possono essere introdotte regolamentazioni al diritto di proprietà che riguardano ciascuno dei tre aspetti della titolarità, separatamente. In materia di organi per trapianto terapeutico, la normativa restringe soltanto la possibilità di alienare il bene alle condizioni che il detento-

re ritiene più opportune, fissandone il prezzo a zero. In particolare, seguendo Rose-Ackerman [1984] e ammettendo che un diritto si possa trasferire soltanto attraverso la vendita o la donazione, si possono distinguere quattro casi, evidenziati nella tabella 1.

TAB. 1.

	Donazione permessa	Donazione proibita
Vendita permessa	Proprietà pura	Proprietà modificata
Vendita proibita	Inalienabilità modificata	Inalienabilità pura

Nel primo – rappresentato nella casella in alto a sinistra – tutti trasferimenti volontari sono permessi alle condizioni stabilite dall'accordo tra le parti: in particolare, il bene può essere sia venduto che alienato a titolo gratuito. Nel secondo caso (proprietà modificata) rappresentato in alto a destra, la legge ammette il traferimento per mezzo della sola vendita. Nel terzo, detto di inalienabilità modificata (casella in basso a sinistra), il legislatore ammette la donazione del bene ma non la vendita; nell'ultimo caso (raffigurato in basso a destra), il bene non può essere alienato in alcun modo, nè a titolo oneroso, nè a titolo gratuito.

In presenza di una situazione di inalienabilità modificata e data l'ipotesi di razionalità, ciascun individuo utilizzerà quegli aspetti del proprio diritto che ancora controlla in modo da generare il rendimento più elevato. Se non è possibile alienare il bene a titolo oneroso, si avrà una restrizione nelle opportunità di cui un individuo dispone di percepire il reddito derivante dalla proprietà. Inevitabilmente ciò impone delle distorsioni nella maniera in cui il titolare utilizzerà il proprio diritto e genera un'allocazione finale diversa da quella che si sarebbe altrimenti raggiunta e che risponde alle indicazioni descritte nelle due proposizioni seguenti, dimostrate da Cheung [1974].

Proposizione 1

Quando un individuo è privato, in parte o per intero, del diritto a percepire il reddito derivante dalla proprietà di un bene, il reddito del quale è privato tenderà a essere dissipato a meno che non venga assegnato un diritto esclusivo su quel reddito ad un altro individuo. La dissipazione avverrà o attraverso un cambiamento nella destinazione del bene – risul-

tante in un declino del suo valore – o attraverso il cambiamento degli accordi contrattuali risultanti in una crescita dei costi di transazione.

Per rendere più chiaro il contenuto di questa proposizione, consideriamo il caso di un bene il cui mercato è rappresentato dalla figura 1.

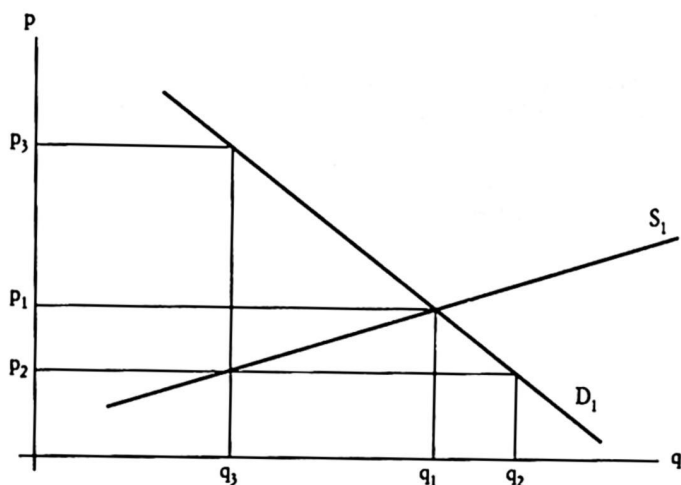


FIG. 1.

Se D_1 è la domanda e S_1 l'offerta, la quantità di equilibrio scambiata nel mercato sarà q_1 e il suo prezzo p_1 . L'introduzione di un controllo sul prezzo che ne fissi il livello a $p_2 < p_1$ genera un eccesso di domanda $q_2 - q_3$ e una dissipazione del valore del bene pari a $(p_3 - p_2) \times q_3$. p_2 è infatti il prezzo monetario che il produttore riceve dal compratore ma non è il prezzo che quest'ultimo effettivamente paga, poiché i consumatori dovranno sostenere la differenza $p_3 - p_2$ in termini non monetari (nel caso degli organi da trapianto, in termini di attesa in coda) e questa differenza non va al venditore proprio perché il controllo sul prezzo ha privato i consumatori del diritto di proprietà sul bene senza, peraltro, trasferirne la titolarità ai produttori. Il sistema di incentivi descritto dalla figura 1 riflette quello che avviene nell'allocazione degli organi. Una volta fissato a zero il prezzo, gli individui non avranno più incentivi a vendere organi per trapianto finendo, quindi, per modificare la destinazione che il bene avrebbe altrimenti avuto e generando una dissipazione di risorse.

Nella prospettiva dell'economia istituzionale, rimanendo valida l'ipotesi di razionalità, la quantità di risorse dissipate a seguito dell'intro-

duzione del controllo sul prezzo sarà sempre un minimo, dati i vincoli imposti al comportamento individuale. Questa considerazione è affermata nella seconda proposizione dimostrata da Cheung [1974].

Proposizione 2

Ciascuna parte coinvolta nella transazione cercherà di minimizzare dissipazione del reddito derivante dalla introduzione del controllo del prezzo. Questo avverrà o attraverso un cambiamento della destinazione del bene che riduca al minimo la sua perdita di valore, ovvero attraverso la definizione accordi contrattuali alternativi che riducano al minimo la crescita dei costi transazione.

Invece di guardare al comportamento delle parti come mera reazione all'introduzione di un vincolo al prezzo, la proposizione 2 consente interpretarlo come tentativo di rendere minima la dissipazione, mettendo in luce i vincoli ai quali sono sottoposti i contraenti nel processo di minimizzazione. Seguendo Barzel [1989], si può immaginare un ipotetico mercato di un bene nel quale viene introdotto un tetto al prezzo al livello p_2 , rendendo una parte del valore del bene di dominio pubblico. Poiché i costi di transazione sono positivi, la regolamentazione colpisce solo alcuni degli aspetti nei quali si estrinseca il diritto di proprietà: per esempio, influisce sulla possibilità di vendere il bene alle condizioni ritenute più opportune, ma non sugli eventuali servizi aggiuntivi forniti dal produttore assieme alla vendita del bene. I produttori, quindi, saranno incentivati, per appropriarsi di una parte dell'area dissipata, a modificare le condizioni di offerta, legando la vendita del bene alla prestazione di servizi aggiuntivi non colpiti dalla regolamentazione. D'altra parte, tutti quei consumatori per i quali il costo di appropriarsi di questi aspetti è minore della perdita di valore del bene per la dissipazione, hanno incentivo ad approfittare di questa opportunità, riappropriandosi di una parte del valore del bene dissipato per effetto del controllo.

Graficamente, questo sforzo di riappropriazione si traduce in uno spostamento a sinistra della curva di domanda in D_2 e di quella d'offerta in S_2 . Lo spostamento a destra dell'offerta è dovuto al fatto che, essendo più basso il livello dei servizi forniti dai produttori, sono necessarie minori risorse per ogni quantità offerta del bene. D'altra parte, lo spostamento della curva di domanda è dovuto al fatto che il valore che i consumatori attribuiscono adesso al bene è minore di quello prevalente prima dell'introduzione del controllo sul prezzo. La quantità venduta sul mercato è adesso q_2 , mentre, in linea con le indicazioni della proposizione 2 la dissipazione si riduce al rettangolo $ABCD < KJMD$. Se

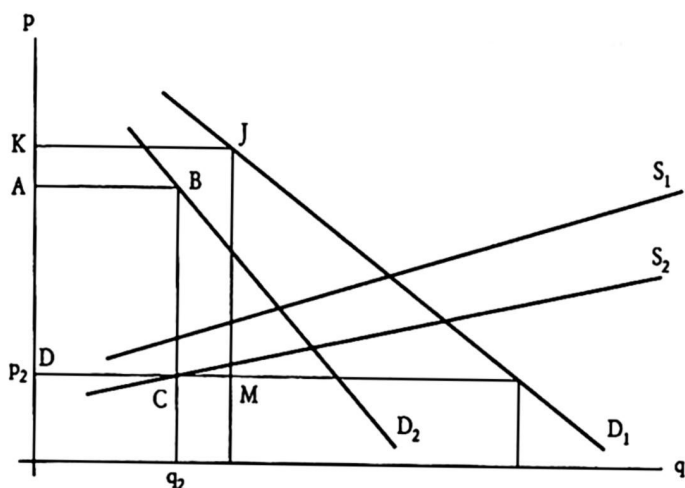


FIG. 2

applicato al caso dei trapianti, la proposizione 2 dimostra come gli incentivi messi in moto dal controllo del prezzo genereranno un sistema allocativo articolato quale quello prevalente nei paesi occidentali e descritto in numerosi lavori nella letteratura [v., fra gli altri, Elster 1992] e che questo sistema tenderà a minimizzare i costi di transazione che le parti contraenti devono sostenere.

4. Conclusioni

Raccogliendo le fila di queste brevi considerazioni generali, dal confronto tra l'argomentazione utilitarista e i principi che informano la normativa oggi prevalente in Italia emergono alcune possibili direzioni per un'evoluzione dell'intervento pubblico nel settore dei trapianti d'organo.

La prima direzione riguarda i trapianti da cadavere a vivente. Il fatto che l'interpretazione dominante della legge non faccia risalire l'imposizione di una regola di inalienabilità modificata alla protezione di diritti fondamentali della persona suggerisce, *prima facie*, che il divieto di trasferire la titolarità di un organo a titolo oneroso sia riflesso più di un atteggiamento culturale o di interessi corporativi che non di insuperabili motivazioni etiche. Se poi si guarda al numero di persone in attesa e ai costi sociali che la regola di inalienabilità impone e, ancora, al favore con cui si guarda ad un diritto alla salute nel nostro ordinamento, il peso

delle argomentazioni che privilegiano la concessione di un diritto di proprietà pieno sulle parti del cadavere sembra ancora maggiore. Se si accettano queste considerazioni, il dibattito, allora, più che concentrarsi sull'opportunità della vendita degli organi, dovrebbe discutere le caratteristiche specifiche che un simile mercato dovrebbe avere (Childress [1989] per un'applicazione alla realtà degli Stati Uniti). È proprio attraverso il disegno di queste caratteristiche, infatti, che si costruisce un sistema di acquisizione e allocazione degli organi che elimini gli *shortages* attualmente esistenti soddisfacendo, allo stesso tempo, quei *desiderata* (in termini di equità e libertà) che la complessità della problematica richiede.

La seconda direzione riguarda i trapianti *inter vivos*. Poiché l'imposizione di una regola di inalienabilità modificata, in questo caso, risale alla protezione di diritti fondamentali della persona, *prima facie*, il diritto di trasferire la titolarità a titolo oneroso sembra doversi scartare. In questo caso appare più convincente una legislazione che limiti le possibilità di utilizzazione degli organi come garanzia di rispetto della libertà e delle possibilità di realizzazione di un individuo.

Riferimenti bibliografici

- Barnett, A. H., Beard, T. R. e Kaserman, D. L. (1993), *The Medical Community's Opposition to Organ Markets: Ethics or Economics?* in «Review of Industrial Organization», 8, pp. 669-678.
- Barzel, Y. (1989), *Economic Analysis of Property Rights*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Carcattera (1983), *Trapianto d'organo: profili filosofico-giuridici*, in Aa.vv., *Il trapianto di organi: problemi giuridici e morali*, atti del convegno «Diritto alla vita, diritto alla morte», Università di Roma «Tor Vergata», 4-5 maggio 1982, pp. 26-34.
- Cheung, S. (1974), *A Theory of Price Control*, in «Journal of Law and Economics», 17, pp. 53-71.
- Childress, J. F. (1989), *Ethical Criteria for Procuring and Distributing Organs for Transplantation* in «Journal of Health Politics, Policy and Law», 14, pp. 87-113.
- Elster, J. (1992), *Local Justice*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Hansmann, H. (1989), *The Economics and Ethics of Markets for Human Organs* in «Journal of Health Politics, Policy and Law», 14, pp. 57-85.
- Giacobbe, G. (1992), *Trapianti* in Aa.vv., *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 44, pp. 892-902.
- Hylton, K. N. (1990), *The Law and Economics of Organ Procurement*, in «Law and Policy», 12, pp. 197-224.

- Mathieu, D. (a cura di) (1988), *Organ Substitution Technology. Ethical, Legal, and Public Policy Issues*, New York, Westview Press.
- Reynolds, L. R. e Barney, L. D. (1988), *Economics of Organ Procurement and Allocation*, in «Journal of Economic Issues», 22, pp. 571-579.
- Rodotà, S. (a cura di) (1993), *Questioni di Bioetica*, Roma-Bari, Laterza.
- Rose-Ackerman, S. (1985), *Inalienability and the Theory of Property Rights*, in «Columbia Law Review», 85, pp. 931-69.
- (1986), *Efficiency, Equity and Inalienability in Law and Economics and the Economics of Legal Regulation*, a cura di J. M. Graf von der Schulenburg e G. Skogh, Kluwer Academic Publisher, pp. 11-37.