

# Prime osservazioni sulla legge 11 dicembre 2016, n. 236, e sui nuovi delitti di traffico di organi *ex vivo* introdotti all'art. 601bis c.p.

## *Initial Observations on the Law of 11 December 2016, No. 236, and the New Crimes of Trafficking in Human Organs Removed from Living Persons Introduced by Art. 601bis of the Criminal Code.*

VINCENZO TIGANO

*Assegnista di ricerca in Diritto penale presso l'Università degli studi Magna Graecia di Catanzaro*

DONAZIONE DI ORGANI, TRAFFICO DI ORGANI,  
SOGGETTI VULNERABILI, INCOLUMITÀ INDIVIDUALE,  
PERSONALITÀ INDIVIDUALE.

ORGAN DONATION, ORGAN TRAFFICKING,  
VULNERABLE PERSONS, INDIVIDUAL'S PHYSICAL HEALTH,  
INDIVIDUAL PERSONALITY

### ABSTRACT

Con la recentissima entrata in vigore della legge n. 236/2016, il nostro legislatore ha finalmente provveduto a colmare un grave lacuna del nostro sistema penale: il fenomeno criminoso del traffico di organi, fino ad oggi fronteggiato marginalmente attraverso l'introduzione di uno sparuto gruppo di disposizioni incriminatrici extracodicistiche, è stato finalmente fatto oggetto di una serie di nuove fattispecie che hanno fatto ingresso nel codice penale.

I delitti formulati nel nuovo art. 601bis, collocati tra quelli contro la personalità individuale, vanno a punire, da un lato, le condotte con cui gli organi umani prelevati da vivente vengono mercificati, fatti circolare o trattati illegalmente e, dall'altro, quelle di propaganda e di pubblicizzazione dei viaggi e degli annunci finalizzati al traffico di organi. Al contempo, la legge di riforma ha provveduto a razionalizzare una parte del corpus di norme penali complementari esistenti in materia, abrogando l'art. 7 della legge n. 458/1967 e conseguentemente elevando l'art. 22bis della legge n. 91/1999 a unica norma incriminatrice della mediazione per fini di lucro nella donazione di qualunque organo prelevato da vivente.

Nonostante l'iniziativa del legislatore sia lodevole, emergono una serie di questioni problematiche, che riguardano sia l'inquadramento sistematico delle nuove fattispecie sia l'esigenza, attualmente rimasta inappagata, che il nostro ordinamento si adegui alle previsioni di contenuto penale contenute nella Convenzione del Consiglio d'Europa, del 2014, contro il traffico di organi.

By Law no.236/2016, which recently entered into force, the Italian legislator has finally overcome a serious gap within our system of criminal law: the criminal phenomenon of trafficking in organs, which has previously been regulated by a few provisions enacted outside of the Codes, has finally been subjected to a series of new provisions introduced into the Criminal Code.

The crimes provided for in the new art. 601bis, which have been included amongst those against the individual personality, punish both the sale, transfer or illegal handling of human organs extracted from a living person as well as the marketing and advertising of travel for the purpose of organ trafficking.

At the same time, the new Law has reorganized some of the existing complementary criminal provisions, repealing art. 7 of Law no. 458/1967, with the result that art. 22bis of the Law no. 91/1999 is now the only provision punishing intermediation for profit in the donation of any organ extracted from a living person.

Although the lawmaker's initiative seems to be positive, many problematic issues emerge, concerning both the location of art. 601bis in the Criminal Code from a systemic perspective and the requirement (as yet not complied with) for the Italian legal system to comply with to the criminal provisions of the 2014 Council of Europe Convention against organ trafficking.

## SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Le fattispecie previste dal primo comma dell'art. 601*bis*. – 2.1. Il commercio di organi provenienti da vivente. – 2.2. Le fattispecie di acquisto e di vendita. – 2.3. Il procacciamento dell'organo prelevato *ex vivo*. – 2.4. Il reato commesso da chi "tratta" gli organi umani: questioni ermeneutiche e possibili soluzioni. – 3. Le fattispecie previste dal secondo comma dell'art. 601*bis*. – 3.1. La propaganda e l'organizzazione del turismo dei trapianti. – 3.2. La pubblicizzazione e la diffusione di annunci finalizzati al traffico di organi. – 4. L'abrogazione dell'art. 7 della legge n. 458/1967 e l'espansione del campo applicativo dell'art. 22*bis*, comma 1, della legge n. 91/1999. – 5. Profili critici sull'inquadramento sistematico del primo comma dell'art. 601*bis*: la questione del bene giuridico tutelato. – 6. La legge n. 236/2016 e la Convenzione di Santiago. – 6.1. Valori aggiunti della disciplina penale nazionale del traffico di organi rispetto alle previsioni della Convenzione. – 6.2. ... e perduranti lacune: il nuovo d.d.l. di ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi umani.

## 1.

## Premessa.

Lo scorso 23 dicembre 2016 è stata pubblicata nella Gazzetta ufficiale della Repubblica la legge 11 dicembre 2016, n. 236, recante «Modifiche al codice penale e alla legge 10 aprile 1999, n. 91, in materia di traffico di organi destinati al trapianto, nonché alla legge 26 giugno 1967, n. 458, in materia di trapianto del rene tra persone viventi». Il testo del provvedimento riproduce esattamente quello del disegno di legge S-922, approvato in prima battuta dall'Assemblea del Senato il 4 marzo 2015 e poi trasmesso alla Camera dei Deputati, con l'identificativo C-2937, che lo ha approvato in via definitiva, senza emendamenti, il 23 novembre 2016.

Prima di tale riforma, l'unico formale riferimento al fenomeno criminoso del traffico di organi, nel nostro sistema penale, poteva rinvenirsi nella rubrica dell'art. 22*bis* della legge 1° aprile 1999, n. 91, intitolato «Sanzioni in materia di traffico di organi destinati ai trapianti», il cui primo comma stabilisce che debba essere punito con la reclusione da tre a otto anni e con la multa da 50.000 a 300.000 euro chiunque svolga opera di mediazione, per fini di lucro, nella donazione di organi da vivente<sup>1</sup>.

Con l'introduzione della legge n. 236/2016, il Parlamento ha sostanzialmente perseguito due distinti obiettivi: da una parte, l'ampliamento del campo di rilevanza penale del fenomeno del traffico di organi, attraverso la previsione di nuove fattispecie di reato; dall'altra, la riorganizzazione e il coordinamento delle norme già esistenti in materia. Sebbene non si evinca dal titolo della legge, l'intervento di riforma ha avuto ad oggetto soprattutto la disciplina penale del traffico di organi prelevati da vivente, dato che il sistema dei reati in materia di traffico di organi provenienti da cadavere non ha subito alcuna alterazione, eccezion fatta per il loro inserimento tra quelli il cui perseguimento da parte di un'associazione per delinquere comporta un aumento di pena per i capi, per i promotori, per i costitutori, per gli organizzatori e per gli stessi associati (art. 416, comma 6, c.p.).

Lo scopo di espansione del sistema di incriminazioni in materia è stato attuato attraverso l'introduzione dell'art. 601*bis* del codice penale, composto da due commi: il primo punisce con la reclusione da tre a dodici anni e con la multa da 50.000 a 300.000 euro, oltre che con la pena accessoria dell'interdizione perpetua dall'esercizio della professione qualora soggetto attivo sia l'esercente una professione sanitaria, «*Chiunque, illecitamente, commercia, vende, acquista ovvero, in qualsiasi modo e a qualsiasi titolo, procura o tratta organi o parti di organi prelevati da persona vivente*»; il secondo commina la pena della reclusione da tre a sette anni e della multa da euro 50.000 ad euro 300.000 per «*chiunque organizza o propaganda viaggi ovvero pubblicizza o diffonde, con qualsiasi mezzo, anche per via informatica o telematica, annunci finalizzati al traffico di organi o parti di organi di cui al primo comma*».

L'art. 601*bis* costituisce una disposizione a più norme, in quanto – come vedremo – quelle previste dal primo e dal secondo comma rappresentano due autonome ipotesi di reato, che si distinguono per la diversità fenomenica della situazione di fatto rappresentata, per il differente bene giuridico protetto e per il diverso bagaglio sanzionatorio. Ciascuno dei due commi, a sua volta, rappresenta una norma a più fattispecie, in quanto in ognuno di essi sono punite diverse

<sup>1</sup> La disposizione è stata introdotta con la legge 24 dicembre 2012, n. 228, «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato» (Legge di stabilità 2013).

azioni tipiche alternative connotate dal medesimo disvalore che, se commesse contestualmente dallo stesso soggetto sul medesimo oggetto materiale, non farebbero venire meno l'unicità del titolo di reato<sup>2</sup>.

## 2.

### Le fattispecie previste dal primo comma dell'art. 601bis.

Il primo comma dell'art. 601bis c.p. è diretto ad ampliare l'ambito di rilevanza penale del traffico di organi da vivente attraverso l'incriminazione di condotte, tra loro fungibili, cronologicamente successive alla fase della mera messa in contatto tra donatore e ricettore, già punita dall'art. 22bis della legge n. 91/1999: punendo l'acquisto, la vendita, il commercio, il procacciamento e il trattamento di organi prelevati *ex vivo*, avvenuti illecitamente, in qualsiasi modo e a qualsiasi titolo, si è inteso tutelare la salute dei beneficiari degli organi<sup>3</sup> e dissuadere qualsiasi condotta, da chiunque realizzata, di diretta mercificazione degli organi umani o di approvvigionamento degli stessi al di fuori del sistema nazionale dei trapianti.

Presupposto delle fattispecie è che l'organo oggetto delle condotte incriminate sia stato prelevato da persona vivente, per cui il loro momento di perfezionamento e consumazione risulta successivo all'intervento di espianto sul donatore.

L'avverbio "illecitamente" integra una clausola di illiceità speciale che caratterizza ciascuna delle condotte incriminate: da una parte, appare meramente tautologica rispetto agli atti di mercificazione degli organi umani che, essendo contrari al principio di gratuità che sorregge la donazione delle parti del corpo<sup>4</sup>, non avrebbero avuto bisogno di alcuna ulteriore specificazione; dall'altra, assume una sua peculiare funzione di elemento normativo giuridico di fattispecie in relazione alle condotte del procurare e del trattare organi<sup>5</sup>, in quanto subordina la loro rilevanza penale alla violazione delle norme che regolano il prelievo, la circolazione, il procacciamento, l'utilizzabilità e la destinazione degli organi per fini di trapianto<sup>6</sup>, e al contempo esclude la tipicità di tutte le forme di approvvigionamento e di utilizzazione di organi

<sup>2</sup> Sui criteri distintivi tra disposizioni a più norme e norme a più fattispecie, si vedano G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V ed., Milano, 2015, p. 502 ss.; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, vol. II, Torino, 2013 p. 69. In giurisprudenza cfr., di recente, Cass. pen., sez. II, 17 dicembre 2013 - 17 gennaio 2014, n. 1856; Cass. pen., sez. III, 20 febbraio 2013 - 8 luglio 2013, n. 28919; Cass. pen., sez. un., 27 gennaio 2011 - 26 maggio 2011, n. 21039.

<sup>3</sup> Sulla discrasia tra il bene giuridico ricavabile dalla collocazione sistematica della norma e quello effettivamente tutelato, si veda *infra* § 5.

<sup>4</sup> Art. 6bis della legge n. 91/1999: «Le donazioni di organi di donatori viventi e deceduti sono volontarie e non remunerate».

<sup>5</sup> Sul ruolo svolto dalle clausole di illiceità speciale, si vedano N. LEVI, *Ancora in tema d'illiceità speciale*, in *Scritti giuridici in memoria di Edoardo Massari*, Napoli, 1938, p. 351 ss.; D. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1967, p. 68 ss., che distinguono le ipotesi in cui tali elementi presentano un carattere meramente ridondante, ribadendo pleonasticamente l'illiceità di un fatto già desumibile dalla lettera della norma incriminatrice, dalle ipotesi in cui essi rinviano a norme esterne per determinare se un certo fatto sia contrario a esse, e quindi tipico secondo la norma incriminatrice.

<sup>6</sup> Si pensi al Decreto del Ministero della salute 16.4.2010, n. 116, *Regolamento per lo svolgimento delle attività di trapianto di organi da donatore vivente*, oltre che alle disposizioni contenute nella stessa legge n. 91/1999, per come modificata dalla legge n. 228/2012.

Particolarmente importante, affinché l'approvvigionamento possa considerarsi avvenuto lecitamente, è il rispetto delle liste di attesa per l'ottenimento di un organo ai fini di trapianto, regolate dalla Conferenza Stato-Regioni del 31 gennaio 2002 (Rep. Atti n° 1380, che, *inter alios*, prevede la possibilità per il paziente di iscriversi nelle liste della propria regione di residenza o di un altro centro per trapianti del territorio nazionale). L'utilizzo delle liste di attesa ai fini della scelta del beneficiario è disciplinato dall'art. 8, comma 6, della legge n. 91/1999, secondo cui il Centro Nazionale per i Trapianti: «a) cura, attraverso il sistema informativo dei trapianti di cui all'articolo 7, la tenuta delle liste delle persone in attesa di trapianto, differenziate per tipologia di trapianto, risultanti dai dati trasmessi dai centri regionali o interregionali per i trapianti, ovvero dalle strutture per i trapianti e dalle aziende unità sanitarie locali, secondo modalità tali da assicurare la disponibilità di tali dati 24 ore su 24; b) definisce i parametri tecnici ed i criteri per l'inserimento dei dati relativi alle persone in attesa di trapianto allo scopo di assicurare l'omogeneità dei dati stessi, con particolare riferimento alla tipologia ed all'urgenza del trapianto richiesto, e di consentire l'individuazione dei riceventi; c) individua i criteri per la definizione di protocolli operativi per l'assegnazione degli organi e dei tessuti secondo parametri stabiliti esclusivamente in base alle urgenze ed alle compatibilità risultanti dai dati contenuti nelle liste di cui alla lettera a); d) definisce linee guida rivolte ai centri regionali o interregionali per i trapianti allo scopo di uniformare l'attività di prelievo e di trapianto sul territorio nazionale; e) verifica l'applicazione dei criteri e dei parametri di cui alla lettera c) e delle linee guida di cui alla lettera d); f) procede all'assegnazione degli organi per i casi relativi alle urgenze, per i programmi definiti a livello nazionale e per i tipi di trapianto per i quali il bacino di utenza minimo corrisponde al territorio nazionale, secondo i criteri stabiliti ai sensi della lettera c); [...]».

Il sistema legale dei trapianti è basato sulla regola della parentela tra donatore e beneficiario, prioritario nella donazione tra viventi, e su quella delle liste di attesa degli aspiranti beneficiari estranei, applicato in via residuale nella donazione *ex vivo* "samaritana" e totalmente vigente sul piano della donazione *ex mortuo*. A tal proposito, l'art. 1 della legge 458/1967 dispone che la donazione di rene da vivente «è consentita ai genitori, ai figli, ai fratelli germani o non germani del paziente che siano maggiorenti, purché siano rispettate le modalità previste dalla presente legge. Solo nel caso che il paziente non abbia i consanguinei di cui al precedente comma o nessuno di essi sia idoneo o disponibile, la deroga può essere consentita anche per altri parenti o per donatori estranei». La disposizione si applica anche alla donazione di fegato, o di parti di polmone, di pancreas e di intestino provenienti da vivente, grazie al rinvio contenuto nell'art. 1, co. 2, della legge n. 483/1999 e nell'art. 1, co. 2, della legge n. 167/2012, secondo cui «si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni della legge 26 giugno 1967, n. 458».

avvenute nel pieno rispetto del sistema legale dei trapianti<sup>7</sup>.

## 2.1.

### *Il commercio di organi provenienti da vivente.*

Con l'incriminazione del commercio di organi espianati da persona vivente, il legislatore ha introdotto una fattispecie parallela a quella già prevista dall'art. 22, comma 3, della legge n. 91/1999 in relazione al traffico di organi prelevati da cadavere<sup>8</sup>, così andando a colmare un'irragionevole lacuna in materia.

La fattispecie punisce colui che, non limitandosi a procurare ad altri l'organo precedentemente reperito, proceda ad acquistarlo dal soggetto che ne sia in possesso e poi a rivenderlo a un altro soggetto<sup>9</sup>; nei casi più semplici di commercializzazione, in cui non sia riscontrabile la presenza di numerosi soggetti che si interpongano tra i diretti interessati alla cessione, l'intermediario commerciale acquisterà l'organo direttamente dal donatore per poi rivenderlo al beneficiario o a un suo delegato.

L'acquisto costituisce il presupposto di tale fattispecie di reato, che verrebbe a perfezionarsi soltanto con la successiva rivendita. Ai fini dell'integrazione del reato, non occorre che l'intermediario commerciale sia connotato da requisiti di professionalità e di abitudine, né che questi abbia effettivamente tratto un incremento patrimoniale dalla sua condotta illecita – derivante dalla differenza tra il prezzo di acquisto e il prezzo più alto di rivendita –, dovendosi considerare la fattispecie integrata laddove egli abbia svolto le attività tipiche del commercio e abbia perseguito il fine di lucro che intrinsecamente le caratterizza<sup>10</sup>. Qualora il soggetto che acquisti e poi rivenda l'organo non intenda conseguire alcun guadagno, ma si limiti a fare da intermediario a titolo gratuito nello scambio economico tra il donatore e il ricettore – agendo esclusivamente per loro conto e nel loro interesse, e quindi non influenzando sul prezzo determinato dalle parti –, egli risulterà privo del dolo tipico di colui che svolge attività di commercio e, pertanto, potrà essere punito non in quanto intermediario commerciale, ma quale soggetto acquirente o venditore.

Alla luce dei predetti rilievi, pare evidente che il commercio di organi sia contrassegnato da particolare disvalore, per l'intrinseco perseguimento di un fine di lucro invece non necessario per le altre fattispecie previste dalla norma, e pertanto sarebbe stato opportuno – in ossequio al principio di ragionevolezza – che il legislatore punisse questa condotta attraverso un'apposita norma incriminatrice e applicasse a tale reato un trattamento sanzionatorio più gravoso rispetto a quello comminato per gli altri<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. L. BISORI, *Commento alla legge 1° aprile 1999, n. 91*, in *Legisl. pen.*, 1999, p. 851-852, che ha distinto tra attività di approvvigionamento lecitamente remunerate (come quelle legittimamente svolte dai soggetti che operano nelle strutture sanitarie in cui si svolgono l'espanto, la raccolta o il trapianto) e attività di approvvigionamento illecito, mirate a ricavare un lucro attraverso la speculazione sull'organo-bene indisponibile.

<sup>8</sup> L'art. 22, comma 3, della legge n. 91/1999 punisce con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da euro 10.329 a euro 154.937 «Chiunque procura per scopo di lucro un organo o un tessuto prelevato da soggetto di cui sia stata accertata la morte ai sensi della legge 29 dicembre 1993, n. 578, e del decreto del Ministro della sanità 22 agosto 1994, n. 582, ovvero ne fa comunque commercio». A queste pene si aggiunge la sanzione accessoria dell'interdizione perpetua dall'esercizio della professione qualora il fatto sia commesso da un esercente la professione sanitaria.

<sup>9</sup> Secondo F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2010, p. 620, l'intermediazione commerciale integra una «attività commerciale in senso stretto [...] di acquisto e di rivendita».

<sup>10</sup> Si tratterebbe, dunque, di una fattispecie a dolo specifico implicito. In tal senso, si vedano – con riferimento alla parallela fattispecie di commercio di organi prelevati da cadavere, ex art. 22, comma 3, della legge n. 91/1999 – L. BISORI, *op. cit.*, p. 851; F. MANTOVANI, *Trapianti*, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg. II, Torino, 2004, p. 827, che definisce il commercio come «compravendita a fine di lucro»; G. LOSAPPIO, *Trapianti e prelievi di organi*, in F.C. PALAZZO – C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 2954.

<sup>11</sup> Sul principio di ragionevolezza/eguaglianza, utilizzato dalla Corte costituzionale come canone di controllo delle discriminazioni sanzionatorie tra fattispecie di analogo disvalore o delle assimilazioni tra fattispecie differenti, si vedano A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, 1976, p. 100 ss.; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989, p. 329; L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza della costituzionale?*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, 1994, p. 164; G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, *ivi*, p. 180 ss.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, p. 374 ss.; A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 456 ss.; R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Dir. & quest. pubbl.*, 2002, p. 115 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, p. 218 ss.; ID., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *questa Rivista*, 1, 2012, p. 106 ss.; F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena. Nota a Corte cost., sent. 10 novembre 2016, n. 236, Pres. Grossi, Rel. Zanon*, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2016. Nella giurisprudenza costituzionale, si vedano le storiche sentenze 26 luglio 1989, n. 409, 22 luglio 1994, n. 341 e 14 novembre 1997, n. 329. Da ultimo, cfr. Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236; 4 giugno 2014, n. 143; 16 aprile 2014, n. 80; 28 marzo 2012, n. 68.



## 2.2. *Le fattispecie di acquisto e di vendita.*

Le fattispecie di acquisto e di vendita degli organi umani differiscono dal commercio di parti del corpo in quanto realizzabili da qualunque soggetto che, non rivestendo i panni dell'intermediario commerciale che acquista e poi rivende un organo per trarvi un guadagno, esegua il singolo atto di acquisto o di vendita, a prescindere dal fine ultimo che lo animi. Sarebbe così punibile colui che acquisti un organo mosso dall'intento di salvare la vita del ricettore o colui che, nell'interesse esclusivo del donatore, svolga gratuitamente l'incarico di vendere il suo organo, oltre che, ovviamente, chiunque proceda all'acquisto o alla vendita in cambio di una provvigione.

Trattandosi di fattispecie di reato comune e non essendo stata prevista alcuna causa speciale di non punibilità, nell'ambito dei possibili soggetti attivi potranno rientrare persino i donatori e i beneficiari che procedano direttamente alla compravendita dell'organo da destinare al trapianto. Tuttavia, ferma la necessità di incriminare quei soggetti estranei che realizzino il singolo atto di acquisto o di vendita di un organo, risulta discutibile la scelta di attrarre nella sfera di punibilità gli individui vulnerabili fisicamente ed emotivamente coinvolti nel traffico<sup>12</sup>, e per questo non meritevoli dell'ulteriore stigma legato all'infrazione della sanzione penale<sup>13</sup>: come già sottolineato qualche anno fa dal Parlamento europeo nell'ambito del Rapporto esplicativo alla risoluzione legislativa finalizzata all'introduzione di una decisione-quadro contro il traffico di organi (poi sfociata in un nulla di fatto), «*questo tipo di accordo economico tra adulti capaci e consenzienti [il donatore e il beneficiario] è molto diverso dall'uso della violenza, dell'inganno, della tratta o del sequestro al fine di reperire organi*»<sup>14</sup>.

D'altra parte, la circostanza che al termine dello scambio illecito, il donatore, seppure in cambio di un compenso, veda compromessa irrimediabilmente la propria salute a vantaggio del ricevente che, dietro la correlativa corresponsione di una somma di denaro, salvaguardi la propria integrità fisica ai danni del primo, chiarisce come non sia opportuno collocare sullo stesso piano i due soggetti: pur essendo affetto da seri problemi di salute superabili soltanto attraverso il trapianto di un organo, l'aspirante ricettore clandestino dell'organo detiene un potere economico che gli consente di sfruttare il donatore che versi in condizioni di povertà, di pregiudicarne l'integrità fisica, e di mettere altresì in pericolo la vita di coloro che abbiano una posizione di priorità per l'ottenimento di un organo in base alle liste di attesa gestite dal Centro nazionale per i trapianti<sup>15</sup>. Dunque, una strategia di politica criminale che escluda il beneficiario/acquirente degli organi dal novero dei soggetti punibili rischierebbe di fare incrementare la percentuale di fatti illeciti legati al traffico: dato che è proprio la richiesta occulta dell'aspirante ricettore – dovuta all'insufficienza degli organi provenienti dal sistema legale delle donazioni – a mettere in moto la macchina del traffico, la mancanza di un intervento punitivo adeguatamente dissuasivo nei suoi confronti rischierebbe di far crescere la domanda di organi di provenienza clandestina e, con essa, la disponibilità dei trafficanti a reperire organi, soprattutto in quelle aree geografiche povere e, per questo, popolate da soggetti facilmente

<sup>12</sup> Cfr. G. BERLINGUER, *Il corpo come merce o come valore*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di bioetica*, Roma-Bari 1993, p. 80 ss. Secondo l'A., il donatore è un soggetto che versa «senza eccezione alcuna in una situazione di inferiorità per censo, per conoscenze e per potere» (p. 88), mentre l'aspirante beneficiario è un soggetto malato che, pur di sopravvivere, si adopera per ricevere un organo sano al di fuori del circuito legale dei trapianti, nell'ambito di un contesto sociale contrassegnato da una domanda in continua espansione a fronte di un'offerta insufficiente.

<sup>13</sup> In tal senso, critico circa l'incriminabilità dei donatori e dei beneficiari, essendo entrambi soggetti vulnerabili, è S. SCARPA, *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*, New York, 2008, p. 166.

<sup>14</sup> Rapporto esplicativo del Parlamento europeo alla Risoluzione legislativa sull'iniziativa della Repubblica ellenica finalizzata all'adozione di una Decisione quadro del Consiglio europeo concernente la prevenzione e il controllo del traffico di organi e tessuti umani (7247/2003 – C5-0166/2003 – 2003/0812 (CNS)), p. 26.

<sup>15</sup> Cfr. OMS, Ufficio Regionale per il Pacifico occidentale, Report: Consultation Meeting on Transplantation with National Health Authorities in the Western Pacific Region, (WP)HSD/ICP/HRF/6.4/001, Report series number: RS/2005/GE/41(PHL) English/Manila, Philippines, settembre 2006: «20. [...] *the vulnerability of the recipient patient does not waive his or her personal responsibility for taking reasonable steps to ensure that the organ(s) which he or she will receive has been obtained legitimately and not through means that have bypassed or broken any laws, allocation or procurement rules or recognized processes in any of the countries involved*».

sfruttabili<sup>16</sup>.

In ogni caso, va accolta con favore la mancata approvazione dell'emendamento che prevedeva l'introduzione di un delitto di donazione o di ricezione illecita degli organi umani, a prescindere dalla loro compravendita<sup>17</sup>. Sebbene anche la cessione gratuita dell'organo, avvenuta in violazione delle regole sulla circolazione delle parti del corpo provenienti da donazione, metta in pericolo la salute dei legittimi beneficiari dell'organo, l'incriminazione del donatore sarebbe risultata in contrasto con il principio di proporzionalità: in assenza di una mercificazione delle parti del corpo del donatore, contraria alle logiche solidaristiche sottese alla donazione e al principio di non discriminazione nel diritto dei malati di beneficiare di organi per i trapianti, la pur clandestina cessione dell'organo sarebbe motivata soltanto da ragioni intime, affettive o puramente emotive, e pertanto incarnerebbe una vera e propria donazione altruistica, come tale non meritevole di stigma penale. In caso contrario, vi sarebbe il rischio di tradurre le norme sulla corretta allocazione degli organi donati in un potere statale di "confiscare" le parti irreversibilmente separate dal corpo del loro "proprietario" biologico. Le stesse esigenze di astensione del diritto penale valgono per il beneficiario che si limiti ad accettare il "dono" e a sottoporsi al trapianto dell'organo, pur conoscendo la sua provenienza clandestina, senza aver pagato alcun corrispettivo al donatore e senza essere intervenuto in alcun modo nella fase del suo illecito procacciamento (si pensi all'ipotesi in cui siano i familiari ad avere arbitrariamente provveduto a procurare l'organo alla struttura sanitaria ove debba svolgersi l'intervento)<sup>18</sup>: resta comunque ferma la necessità di punire l'eventuale contributo, anche soltanto morale, da lui prestato per l'approvvigionamento illecito.

## 2.3.

### *Il procacciamento dell'organo prelevato ex vivo.*

**i**

L'incriminazione di chi «*procura*» l'organo prelevato da vivente costituisce il principale pregio della riforma legislativa, poiché attraverso questa fattispecie si verrebbe a colmare la più evidente lacuna lasciata dall'art. 22*bis* della legge n. 91/1999 che, limitandosi a incriminare chiunque svolga opera di mediazione per fini di lucro nella donazione di organi *ex vivo*, aveva lasciato impuniti tutti quegli intermediari che realizzassero le condotte esecutive del patto tra donatore e ricevente, la cui conclusione era stata agevolata dall'interposizione del mediatore<sup>19</sup>.

In base al suo ampio significato linguistico, il termine "procurare" è idoneo ad abbracciare qualunque azione attraverso cui un organo venga clandestinamente messo nella materiale disponibilità di un terzo ricevente, a prescindere che costui sia un intermediario commerciale, un vettore, un addetto alla conservazione, il personale sanitario incaricato di realizzare il trapianto, l'aspirante beneficiario dell'organo o un suo incaricato. L'inciso «*a qualsiasi titolo*» implica invece che, ai fini della punibilità, è indifferente che il procacciamento sia avvenuto a titolo oneroso o gratuito.

Se interpretata restrittivamente, l'espressione «*procura*» non potrebbe comunque consentire di ricondurre nell'ambito applicativo della fattispecie alcune condotte che si collocano nella

<sup>16</sup> Difficilmente si potrà escludere la responsabilità del beneficiario acquirente ricorrendo alla scriminante dello stato di necessità: sebbene qualche voce in dottrina (L. EUSEBI, *Beni penalmente rilevanti e trapianti d'organo*, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, p. 1015) abbia sottolineato che opportunamente si potrebbe circoscrivere l'operatività della causa di giustificazione «ai casi in cui, definita la posizione di pericolo attuale di un potenziale beneficiario, risulti individuabile una sola possibilità di prelievo utilizzabile *hic et nunc* per quel trapianto», altri hanno negato questa possibilità, rilevando che la condizione di necessità che tipicamente caratterizza i pazienti che intendano sottoporsi a un intervento di trapianto porterebbe a un'implicita abrogazione dei limiti posti dalla legge in materia di donazioni di organi (Così F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1974, p. 240 ss.; Id., *Trapianti*, cit., p. 828, nota 32; F. GIUNTA, *La nuova disciplina dei trapianti d'organo: principi generali e principi penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 88 ss).

<sup>17</sup> Romani e Mussini avevano proposto un emendamento, non approvato, diretto a introdurre, all'interno dell'art. 601*bis*, una fattispecie diretta a incriminare con la reclusione fino a due anni e con la multa da 10.000 a 100.000 euro chi donasse o ricevesse illecitamente organi destinati al trapianto.

<sup>18</sup> Invece, l'art. 156*bis*, comma 2, del codice penale spagnolo prevede un delitto di "ricettazione biologica" degli organi umani, ovviamente svincolato dal perseguimento di un fine di lucro: «*Si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable*». Per un'analisi critica della fattispecie, si consenta il rinvio a V. TIGANO, *Ámbito de aplicación y proyecciones de reforma del artículo 156 bis del Código Penal español a la luz del Convenio del Consejo de Europa de 2014 contra el tráfico de órganos*, in *Revista penal*, 2/2016, p. 319.

<sup>19</sup> Sull'ambito applicativo del reato di mediazione nella donazione di organi *ex vivo*, si consenta il rinvio a V. TIGANO, *La repressione del traffico di organi prelevati da vivente: verso il nuovo art. 601bis c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1808 ss.

fase della circolazione illecita dell'organo, come quelle realizzate da chi trasporta, importa<sup>20</sup> o riceve gli organi umani, attraverso cui l'organo viene trasferito, eventualmente da uno Stato all'altro, o intercettato, senza per questo essere messo a disposizione di qualcuno: per procurare il bene a terzi, infatti, occorrerà eseguire un atto diverso e ulteriore rispetto al trasporto, all'importazione o alla ricezione. Non si tratta, tuttavia, di un vuoto di tutela insuperabile in via ermeneutica, poiché la realizzazione della condotta di procacciamento, da parte di coloro che svolgano un compito che non rientra nell'area di tipicità delle fattispecie previste al primo comma dell'art. 601*bis*, non rappresenta una mera eventualità, bensì una prassi. Nella catena di collaborazioni illecite collocabili al centro del traffico di organi, infatti, si può agevolmente sostenere che ciascun soggetto coinvolto, a prescindere dal ruolo concretamente rivestito, finirà gioco-forza per procurare a qualcuno l'organo precedentemente ricevuto da qualcun altro: l'importatore, dopo aver introdotto l'organo nei confini territoriali dello Stato, lo farà poi sicuramente pervenire a un determinato soggetto; il vettore, dopo averlo trasportato, dovrà consegnarlo a un ricettore; il ricevente, a sua volta, si adopererà per consegnarlo al diretto interessato o, qualora egli stesso sia l'aspirante beneficiario del trapianto, provvederà a farlo pervenire al medico a tal fine reclutato. Si può dunque concludere che il reato di procacciamento illecito sia comunque idoneo a consentire l'incriminazione di qualunque intermediario del traffico di organi.

Resta ferma, ovviamente, la necessità di provare in giudizio che ciascuna di queste peculiari figure di soggetti interposti abbia effettivamente procacciato l'organo a un determinato destinatario. Qualche problema, in tal senso, potrebbe sorgere qualora la polizia fermi il vettore, l'importatore o il ricettore prima che abbiano proceduto alla successiva cessione dell'organo: in questi casi, potrebbe essere difficile imputare a costoro il delitto di procacciamento dell'organo, in forma tentata, se non si riesca a provare che la condotta fosse univocamente diretta a procurare l'organo a un determinato soggetto in un certo contesto spazio-temporale<sup>21</sup>.

Il capillare reticolo della circolazione clandestina dell'organo si concluderà solo nel momento in cui a riceverlo sia il personale sanitario che abbia il compito di eseguire il trapianto. Il medico che preservi, utilizzi e poi trapianti la parte del corpo precedentemente ricevuta, rappresenta l'ultimo anello della catena nell'ordinario sviluppo del traffico di organi e il suo operato – sempre che sia limitato alla ricezione dell'organo e all'esecuzione delle attività sanitarie necessarie – non potrebbe in alcun modo essere concretamente ricondotto nella sfera applicativa della fattispecie di procacciamento di organi: colui che effettua l'intervento chirurgico, infatti, non potrebbe considerarsi, a sua volta, soggetto che procura l'organo al beneficiario, dato che l'operazione di innesto non integra il fatto tipico del "procurare"<sup>22</sup>, da interpretarsi secondo un'accezione materiale e non biologica<sup>23</sup>.

## 2.4. *Il reato commesso da chi "tratta" gli organi umani: questioni ermeneutiche e possibili soluzioni.*

Il significato da attribuire alla condotta di chi illecitamente "tratta" organi umani prelevati *ex vivo* è ancora più complesso, poiché l'espressione utilizzata è priva di significato univoco, potendo essere interpretata secondo due accezioni differenti: il termine potrebbe essere inteso come clausola generale comprensiva di tutte le condotte attraverso cui l'organo venga fatto circolare illegalmente, alla stregua di quanto tradizionalmente rilevato dalla dottrina in rela-

<sup>20</sup> Secondo F. MANTOVANI, *Donazioni e trapianti: prospettiva penalistica*, in S. CANESTRARI e alt. (a cura di), *Il governo del corpo*, t. I, vol. II, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (dir.), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, p. 1156, sia l'esportazione sia l'importazione costituiscono forme di procacciamento.

<sup>21</sup> Per un'ampia ed efficace disamina dell'elaborazione dottrinale sul requisito dell'univocità nel delitto tentato, si rinvia a S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, 2012, p. 574 ss. In giurisprudenza, Cass. pen., sez. un., 18 ottobre 2012 - 7 dicembre 2012, n. 47604, ha considerato atti preparatori non punibili quelli non diretti in modo univoco alla consumazione di un determinato reato; conf. Cass. pen., sez. I, 7 gennaio 2010 - 9 marzo 2010, n. 9411; Cass. pen., sez. I, 24 settembre 2008 - 28 ottobre 2008, n. 40058.

<sup>22</sup> Così L. BISORI, *op. cit.*, p. 855.

<sup>23</sup> Sull'applicabilità del delitto di ricettazione, in relazione alla figura del mero ricevente di un organo che miri a conseguirne un profitto, si veda A. VALLINI, *Analisi alla L. 1/4/1999 n. 91 – Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti*, in *Legisl. pen.*, 1999, p. 447.

zione al reato di tratta di persone<sup>24</sup>; oppure come sinonimo di “trattamento”, così da condurre all’incriminazione di chi analizza, preserva, utilizza o trapianta gli organi al di fuori di una delle strutture sanitarie abilitate a certificarne la qualità, a conservarli o a effettuare i trapianti, o comunque in contrasto con le norme che ne regolano l’attribuzione ai soggetti collocati prioritariamente nelle liste di attesa.

La prima interpretazione può fondarsi su un criterio sistematico volto a valorizzare la connessione tra l’utilizzo del termine nella rubrica dell’art. 601 c.p. e l’uso del medesimo concetto per esprimere una delle fattispecie incriminatrici di cui all’art. 601*bis*, primo comma, c.p.: poiché, con la recente riforma dell’art. 601 c.p., il legislatore ha provveduto a tipizzare una gamma di comportamenti incriminati, intesi come alternative modalità di realizzazione del reato di tratta<sup>25</sup>, si potrebbe ritenere che le medesime espressioni *ivi* utilizzate – in particolare, le condotte di introduzione nel territorio statale e di trasporto – possano andare a “riempire” il significato dell’espressione “trattare” all’interno dell’art. 601*bis*, così da fare ricadere entro i confini di questa autonoma fattispecie il fatto in sé di importare o trasportare organi umani, senza bisogno di indagare sull’esistenza di successive condotte di procacciamento eseguite dai medesimi intermediari. Anche il criterio storico sembrerebbe, a prima vista, deporre in tal senso: nel resoconto stenografico della trattazione nell’assemblea del Senato, si legge che il senatore Casson, relatore del d.d.l. S-922, al fine di coprire ogni eventuale lacuna nella repressione delle attività di intermediazione nel traffico di organi, ha inserito con emendamento, nella norma incriminatrice, l’espressione «*o tratta*», in modo da «*venire incontro alle sollecitazioni di completezza e per evitare, comunque, di avere dubbi all’interprete*»<sup>26</sup>; che il sottosegretario di Stato per la giustizia Ferri, in relazione al citato emendamento, ha detto che «*Si vuole quindi punire, in modo da poter reprimere, ogni possibile manifestazione criminosa ed ogni tipo di condotta illecita in tema di traffico di organi*»; e che il senatore Scilipoti ha parlato di «*tratta clandestina di organi*»<sup>27</sup>. Si tratta, tuttavia, di indicazioni troppo deboli e generiche per sostenere con forza che la volontà legislativa si sia mossa in tale specifica direzione: il riferimento ai lavori preparatori della legge, è dunque, inconferente.

La seconda interpretazione è, anzitutto, sostenuta dal ricorso al criterio ermeneutico di tipo semantico, in base al quale il termine “trattare” andrebbe interpretato secondo il suo significato lessicale, da intendersi come «*Intervenire con determinati metodi, procedimenti e mezzi, su un materiale o un prodotto, su una sostanza, su corpi e organismi o parti di essi, per ottenere determinati effetti*»<sup>28</sup>. In secondo luogo, un ricorso più ragionato al criterio logico-sistematico dovrebbe suggerire l’inopportunità di estendere all’ambito delle condotte realizzate sugli organi umani un’accezione del termine “tratta” che tradizionalmente è stata adoperata per definire esclusivamente il traffico di persone: non a caso, tra tutte le condotte incriminate come “tratta” di esseri umani, solo quelle di introduzione nel territorio dello Stato, di trasferimento anche al di fuori del suo territorio e di trasporto sono adattabili al fenomeno del traffico di organi, mentre sarebbe illogico ritenere che si possa parlare di reclutamento, di cessione dell’autorità o di ospitalità rispetto ad un organo umano. L’uso del criterio ermeneutico di tipo sistematico, inoltre, imporrebbe all’interprete di prestare attenzione alla circostanza che mai il termine “tratta” è stato utilizzato come predicato verbale all’interno dell’art. 601 c.p., né nell’attuale formulazione, ove l’espressione compare soltanto nella rubrica della disposizione (“*Tratta di persone*”), né nella versione pre-riforma, in cui il concetto figurava soltanto come sostantivo («*Chiunque commette tratta di persona*»): il fatto che, invece, all’art. 601*bis* si incrimina chiunque «*tratta organi*», lascia pensare che le espressioni “trattare” e “commettere tratta” abbiano due significati differenti.

<sup>24</sup> Sul significato da attribuire al termine “tratta” precedentemente alla recente riforma dell’art. 601 c.p., si veda L. MONACO, *art. 601*, in A. CRESPI – G. FORTI – G. ZUCALÀ (dir.), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2008, p. 1666, secondo cui l’espressione è ricomprensiva di quelle «condotte che sottopongono il soggetto passivo a forme di “circolazione coattiva” all’interno di uno Stato o di trasferimento da uno Stato ad un altro»; F. VIGANÒ, *art. 601*, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, III ed., Milano, 2011, p. 5786, secondo cui «Per tratta deve intendersi qualsiasi attività [...] di acquisto, cessione o anche solo di trasporto di una persona già ridotta in “schiavitù” o “servitù”». Ritiene che debba essere interpretato in questo senso il verbo “tratta”, utilizzato nel nuovo art. 601*bis*, R. FLOR, *Prime riflessioni a margine della nuova Convenzione del Consiglio d’Europa contro il traffico di organi umani*, in *questa Rivista*, 14 aprile 2015, p. 23-24.

<sup>25</sup> Con la riforma dell’art. 601 c.p., avvenuta attraverso l’art. 2, comma 1, lett. b), del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, in conformità alle prescrizioni contenute nell’art. 2 della Direttiva 2011/36/UE, sono state specificate le singole condotte da incriminare come “tratta”: il reclutamento, l’introduzione nel territorio dello Stato, il trasferimento anche al di fuori del suo territorio, il trasporto, la cessione dell’autorità sulla persona, l’ospitalità, realizzate attraverso metodi coercitivi o decettivi, o su soggetti in stato di schiavitù o servitù, per fini di sfruttamento.

<sup>26</sup> Senato della Repubblica – Legislatura 17<sup>a</sup> – Aula – Resoconto stenografico della seduta n. 361 del 27/11/2014.

<sup>27</sup> Senato della Repubblica – Legislatura 17<sup>a</sup> – Aula – Resoconto stenografico della seduta n. 402 del 04/03/2015.

<sup>28</sup> La definizione è tratta dal vocabolario online Treccani: <http://www.treccani.it/vocabolario/trattare/>.



In definitiva, i criteri da seguire nel processo ermeneutico della norma incriminatrice suggeriscono di evitare di interpretare l'espressione "trattare" come un generico concetto di chiusura, ricomprensivo di tutte le forme di circolazione clandestina dell'organo non autonomamente incriminate. Questo esito sarebbe imposto, altresì, dall'esigenza di arginare il rischio di esporre la nuova disposizione a un possibile giudizio di parziale incostituzionalità per violazione del principio di tassatività *ex art. 25, comma 2, Cost.* Un uso accorto di tali parametri indurrebbe piuttosto ad attribuire un significato più preciso all'espressione, idoneo a consentire l'incriminazione di quelle condotte di utilizzo dell'organo, realizzate dal personale sanitario, che altrimenti andrebbero impunte non potendo essere ricondotte al reato di procacciamento: in tale direzione, si verrebbe incontro alle auspiccate istanze di completezza nella repressione del fenomeno e, al contempo, si assegnerebbe a ciascuna delle fattispecie incriminatrici un preciso e delimitato campo di applicazione.

### 3.

#### Le fattispecie previste dal secondo comma dell'art. 601bis.

Il secondo comma del nuovo art. 601bis punisce con la reclusione da tre a sette anni e con la multa da 50.000 a 300.00 euro «*chiunque organizza o propaganda viaggi ovvero pubblicizza o diffonde, con qualsiasi mezzo, anche per via informatica o telematica, annunci finalizzati al traffico di organi o parti di organi di cui al primo comma*». Anche in questa ipotesi siamo di fronte a una norma a più fattispecie, in quanto le due classi di condotte alternative *ivi* previste – per quanto distinguibili sul piano dell'oggetto materiale, nel primo caso individuabile nei viaggi e, nel secondo caso, negli annunci – sono accomunate dal medesimo interesse giuridico protetto, dalla stessa identità psicologico-funzionale e dalla medesima pena<sup>29</sup>.

Da una parte, abbiamo le fattispecie di organizzazione o propaganda di viaggi diretti alla commissione di uno dei reati di traffico di organi di cui al primo comma; dall'altra, le fattispecie di pubblicizzazione o diffusione di annunci aventi il medesimo obiettivo. La circostanza che la norma indichi che i viaggi e gli annunci debbano essere finalizzati alla commissione dei delitti formulati nel precedente comma della disposizione, rende evidente che, in questo capoverso, il legislatore ha inteso apprestare delle fattispecie che incriminano fatti collocabili in una fase prodromica a quella di mercificazione e approvvigionamento degli organi; una fase addirittura precedente anche a quella di mediazione nella donazione di organi. Siamo dunque in presenza di un arretramento della soglia di punibilità rispetto ai delitti previsti rispettivamente dall'art. 22bis, comma 1, della legge n. 91/1999, e dal primo comma dello stesso art. 601bis: l'organizzazione e la propaganda di viaggi, così come la pubblicizzazione e la diffusione di annunci finalizzati al traffico di organi, infatti, inducono i destinatari al reclutamento di potenziali donatori o ricettori e, successivamente, all'acquisto, alla vendita, al commercio, al procacciamento o al trattamento degli organi dai primi prelevati; la mediazione presuppone come già avvenuti la selezione e il reclutamento del donatore e del ricettore da mettere in contatto, risolvendosi in un'attività di interposizione tra le due parti, idonea a condurre allo scambio; le condotte di mercificazione, di approvvigionamento e di trattamento sono successive alla messa in contatto del donatore e del ricettore, e al prelievo dell'organo da scambiare.

A essere protetta dalla norma incriminatrice inserita al secondo comma dell'art. 601bis è la personalità individuale del donatore, in un momento in cui questi non è ancora venuto in contatto con il potenziale ricettore dell'organo e pertanto non è ancora diventato oggetto di sfruttamento: siamo di fronte, pertanto, a un'anticipazione della tutela che consente di configurare queste fattispecie come reati di pericolo presunto<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Tali criteri per l'identificazione di una norma a più fattispecie, sono individuati da Cass. pen., 17 dicembre 2013, n. 1856, cit., e sono desumibili anche da Cass. pen., sez. un., 27 gennaio 2011, n. 21039, cit., che ha considerato come azioni tipiche alternative i diversi atti di bancarotta fraudolenta patrimoniale attiva e passiva, nonostante si tratti due classi di condotte che differiscono tra loro sul piano fenomenologico e su quello dell'oggetto materiale.

<sup>30</sup> In tal senso, con riferimento alla parallela fattispecie di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, *ex art. 600quinquies c.p.*, si veda Cass. pen., sez. III, 20 settembre 2011 - 16 novembre 2011, n. 42053, secondo cui «*La fattispecie dall'art. 600quinquies c.p., di mera condotta e di pericolo astratto, è un delitto c.d. "ostacolo" poiché tende a prevenire condotte attinenti alla prostituzione minorile che favoriscono l'incontro tra la domanda e l'offerta in questo settore. La norma anticipa l'evento punitivo a comportamenti prodromici e collaterali alla induzione, favoreggiamento, sfruttamento del meretricio dei minori che agevolano il fruitore della prostituzione nella attività di procacciamento dei ragazzi; in tale modo, estende la tutela penale a condotte, che sono una forma peculiare di favoreggiamento della prostituzione minorile, e che potrebbero sfuggire alla tipicità dei reati in materia*».

### 3.1. *La propaganda e l'organizzazione del turismo dei trapianti.*

La prima parte del secondo comma dell'art. 601*bis* incrimina l'organizzazione o la propaganda di viaggi finalizzati alla realizzazione, nel luogo di destinazione, di una delle fattispecie di traffico di organi *ex vivo* previste al primo comma.

La norma appare particolarmente laconica, non indicando i soggetti a cui la propaganda e l'organizzazione sono rivolte: rientrano quindi nel suo ambito applicativo le iniziative turistiche destinate ai potenziali beneficiari del trapianto, a coloro che siano intenzionati a sottoporsi a un espianto e a vendere i propri organi, e agli intermediari, *ivi* compresi i medici competenti a effettuare gli interventi chirurgici necessari. Non essendo stato specificato nemmeno il carattere nazionale o internazionale dei viaggi (a differenza di quanto, ad esempio, avvenuto per il delitto di cui all'art. 270*quater* 1. c.p.), può ritenersi che la fattispecie punisca l'organizzazione e la propaganda non soltanto di spostamenti presso Paesi esteri, connotati da una legislazione più permissiva della nostra in materia di donazioni di organi – di cui i destinatari vogliono avvalersi secondo la logica del *law shopping* –, ma anche di viaggi da effettuarsi all'interno del nostro stesso Stato, per particolari necessità delle parti coinvolte nella cessione dell'organo<sup>31</sup>.

Alla luce dei suddetti rilievi, la genericità della norma potrebbe essere stata dettata da istanze repressive di tutte le possibili concrete manifestazioni del fenomeno: il recepimento di una delle restrittive definizioni che, in ambito internazionale, sono state date al cd. "turismo dei trapianti"<sup>32</sup>, avrebbe condotto il legislatore a relegare l'ambito di punibilità della fattispecie alla propaganda e all'organizzazione dei viaggi all'estero dei soli aspiranti beneficiari dei trapianti, lasciando numerosi vuoti di tutela. È tuttavia innegabile che, nella maggior parte dei casi, questo tipo di iniziative turistiche sia proprio ispirato dalla tentazione di superare i limiti normativi nazionali e sia rivolto soprattutto a coloro che abbiano la necessità di ricevere un organo, poiché nei Paesi meno intransigenti è frequente riscontrare un'alta disponibilità di donatori, di medici e di strutture sanitarie compiacenti.

Quanto alle condotte incriminate, organizzare viaggi finalizzati al traffico di organi significa programmare concretamente – predisponendo i mezzi necessari – i tempi e le modalità dello spostamento e della permanenza, nel luogo di destinazione, dei soggetti che perseguono lo scopo di sottoporsi all'intervento chirurgico di espianto o di trapianto e, successivamente, di realizzare una delle condotte incriminate dal primo comma dell'art. 601*bis*; nei "transplantation packages"<sup>33</sup> va inclusa anche la comunicazione degli indirizzi e delle informazioni essenziali a entrare in contatto con l'ambiente del fenomeno criminoso in oggetto. Trattandosi di un reato comune e non avendo alcuna rilevanza l'utilizzo del plurale "viaggi" per definire l'oggetto materiale, non occorre che il soggetto attivo svolga la predetta attività con i requisiti

<sup>31</sup> Si pensi a un soggetto residente in Italia che abbia estrema urgenza di sottoporsi a un trapianto e che, a causa delle sue gravissime condizioni di salute, non sia in grado di affrontare un lungo e stressante viaggio in uno Stato ove sia agevole ottenere in tempi brevi l'organo necessario. Se costui, attraverso il ricorso al metodo corruttivo, disponga del personale medico necessario per effettuare clandestinamente l'intervento chirurgico necessario in un luogo non distante dalla sua dimora, gli servirà soltanto trovare un donatore disposto a recarvisi: in questo caso, la fattispecie consentirà di incriminare chi propagandi o organizzi il breve viaggio del donatore all'interno dei confini italiani.

<sup>32</sup> La definizione più ampia, almeno dal punto di vista dei soggetti destinatari, è stata fornita dalla Dichiarazione di Istanbul, redatta dalla Società dei trapianti e dalla Società internazionale di nefrologia in seguito al vertice internazionale sul turismo dei trapianti e sul traffico di organi, svoltosi a Istanbul dal 30 aprile al 2 maggio 2008, a cui hanno partecipato ufficiali governativi e rappresentanti di istituzioni scientifiche provenienti da tutto il mondo. Secondo la Dichiarazione, il fenomeno lecito del "Travel for transplantation", che ricomprende generalmente «*the movement of organs, donors, recipients, or transplant professionals across jurisdictional borders for transplantation purposes*», assume i tratti del "Transplant tourism", di tipo illecito, se «*it involves organ trafficking and/or transplant commercialism or if the resources (organs, professionals, and transplant centers) devoted to providing transplants to patients from outside a country undermine the country's ability to provide transplant services for its own population*». La definizione è stata recepita anche dal Joint Council of Europe/United Nations Study, *Trafficking in Organs, Tissues and Cells and Trafficking in Human Beings for the Purpose of the Removal of Organs*, (Directorate General of Human Rights and Legal Affairs: Council of Europe 2009), p. 13. Definizioni più restrittive, sotto il profilo dei destinatari delle iniziative turistiche in oggetto, sono quelle rese dal Consiglio d'Europa, con la Raccomandazione n. 2009 del 23 gennaio 2013, secondo cui «*The Assembly notes with concern the practice followed by certain patients who travel abroad in order to obtain organs in return for payment, a practice widely referred to as "transplant tourism"*»; dal United Network for Organ Sharing (UNOS) che, nel Board further addresses transplant tourism, del 26 giugno 2007, definì il turismo dei trapianti come «*purchase of a transplantable organ outside the United States in a way that bypasses laws, rules or processes of any or all countries involved*»; dal World Health Organization Regional Office for the Western Pacific, che nel Report del Consultation Meeting on Transplantation with National Health Authorities in the Western Pacific Region (Manila, Philippines, 7-9 November 2005), definì il fenomeno in esame come «*the purchase of a transplantable organ abroad, including access to an organ whilst bypassing national laws, rules or processes of any or all countries involved*». Tutte le citate definizioni, comunque, sono concordi nell'attribuire al fenomeno del turismo dei trapianti una valenza unicamente internazionale e non puramente locale, regionale o nazionale.

<sup>33</sup> L'espressione è stata utilizzata da N. SCHEPER-HUGHES, *Neo-cannibalismo: corpo e feticismo della morte*, in N. SCHEPER-HUGHES - L. WACQUANT (a cura di), *Corpi in vendita*, Verona, 2004, p. 49, per definire i pacchetti di viaggio destinati a individui che intendano sottoporsi a un trapianto di organi all'estero.

di abitudine e professionalità tipici degli operatori turistici, essendo sufficiente, ai fini dell'integrazione della fattispecie, la pianificazione occasionale di una sola trasferta per un numero limitato di partecipanti<sup>34</sup>. La propaganda può invece essere intesa come la diffusione di notizie relative alla possibilità di effettuare viaggi finalizzati a commettere il traffico di organi nel luogo di destinazione, in modo idoneo a spronare i destinatari a recarvisi<sup>35</sup>.

Guardando la formulazione della norma, non si ritiene che la finalità di realizzazione del traffico di organi integri un dolo specifico, dato che l'espressione va a connotare l'obiettivo a cui obiettivamente tende il viaggio e non indica, invece, lo scopo perseguito da chi lo organizza o lo propaganda, il cui dolo, pertanto, sarà soltanto generico<sup>36</sup>.

L'incriminazione della propaganda e dell'organizzazione del turismo dei trapianti si riconnette alla necessità di assicurare la punibilità anche dei soggetti che commettano i reati di traffico fuori dai nostri confini nazionali, in deroga al principio di territorialità della legge penale. In tal senso, il naturale inserimento dell'art. 601*bis* nella sezione codicistica dei "Delitti contro la personalità individuale" consentirebbe di applicare ad esso l'art. 604 del codice penale. Tale norma, derogando alle restrittive condizioni di procedibilità dei reati comuni commessi all'estero da cittadini italiani e stranieri, *ex artt.* 9 e 10 c.p.<sup>37</sup>, stabilisce un elenco di fattispecie – tra cui rientra, appunto, questa categoria di delitti – per cui si ha la punibilità incondizionata del cittadino italiano che commetta all'estero un delitto contro la personalità individuale, o dello straniero che, oltre i nostri confini, realizzi uno dei predetti delitti in danno di un cittadino italiano; nonché la punibilità dello straniero che, all'estero, esegua in concorso con un italiano un tale delitto, purché punito con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni e fatta salva la necessità della richiesta del Ministro di grazia e giustizia.

## 3.2.

### *La pubblicizzazione e la diffusione di annunci finalizzati al traffico di organi.*

L'introduzione, nella seconda parte dell'art. 601*bis*, comma 2, delle fattispecie di pubblicizzazione o diffusione di annunci finalizzati al traffico di organi si ricollega all'art. 3, comma 1, b) della legge n. 236/2016: quest'ultima disposizione prevede l'abrogazione del secondo comma dell'art. 22*bis* della legge n. 91/1999, che puniva con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000 a euro 50.000 chiunque – salvo che il fatto costituisse reato – pubblicizzasse la richiesta d'offerta di organi al fine di conseguire un profitto finanziario o un vantaggio analogo.

Anche se le espressioni "pubblicizzazione" e "diffusione" presentano contorni semantici molto somiglianti, l'attenzione alla formulazione testuale della norma e il ricorso al criterio ermeneutico di tipo sistematico, possono fare emergere dei criteri distintivi. Per pubblicizzazione dovrebbe intendersi la propaganda, attraverso il mezzo della stampa, della radio, della televisione, di siti internet o dei nuovi media, di annunci di soggetti disposti a realizzare una delle condotte di traffico descritte dal primo comma<sup>38</sup>. La condotta di diffusione dovrebbe presentare, invece, un'accezione più ampia e generica rispetto alla prima, consistendo nella mera divulgazione di tali annunci «con qualsiasi mezzo, anche per via informatica o telematica», e quindi anche attraverso *chat-line* o programmi di condivisione via *web* fruibili previa adesione o acquisizione da parte degli utenti<sup>39</sup>.

Anche in questo caso, si può affermare che la finalità di realizzazione del traffico di organi connota l'obiettivo a cui tendono gli annunci e non, invece, lo scopo perseguito da chi li pub-

<sup>34</sup> Si faccia riferimento, a tal fine, a quanto detto da Cass. pen., 20 settembre 2011, n. 42053, cit., in relazione all'attività di chi organizza il turismo sessuale.

<sup>35</sup> In tal senso, *mutatis mutandis*, si veda Cass. pen., sez. III, 14 settembre 2015 – 23 giugno 2015, n. 36906; Cass. pen., sez. II, 7 maggio 2008 – 3 ottobre 2008, n. 37581, in relazione al reato di propaganda di idee razziste.

<sup>36</sup> Così, in riferimento all'art. 600*quinqies* c.p., si vedano S. APRILE, *I delitti contro la personalità individuale. Schiavitù e sfruttamento sessuale dei minori*, Padova, 2006, p. 260; L. PISTORELLI, art. 600-*quinqies*, in E. DOLCINI – G.L. GATTA (dir. da), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, p. 262. *Contra* F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, vol. I, IV ed., Padova, 2011, p. 460.

<sup>37</sup> Tale natura delle condizioni previste dagli artt. 9 e 10 c.p. è affermata da M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, sub art. 9, vol. I, III ed., Milano, 2004, p. 139; M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, 2014, p. 286; *contra* F. BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Nuoviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 601, che invece le ha collocate tra le condizioni obiettive di punibilità.

<sup>38</sup> In relazione all'art. 600*ter* c.p., cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 482; L. PISTORELLI, art. 600-*ter*, in E. DOLCINI – G.L. GATTA (dir. da), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, p. 235. *Contra*, per un'accezione più ampia del termine, si veda A. MARTINI, *Commento all'art. 3 L. 3/8/1998*, n. 269, in *Leg. pen.*, 1999, p. 84.

<sup>39</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, ult. loc. cit.; L. PISTORELLI, art. 600-*ter*, cit., p. 234.

blicizza o li diffonde: si tratta, quindi, di un reato a dolo generico<sup>40</sup>.

Prevedendo queste fattispecie, il legislatore ha dimostrato di prendere atto del particolare allarme sociale che suscitano le attività di diffusione di annunci finalizzati al compimento di condotte inquadrabili nel traffico di organi, e della necessità di reprimerle attraverso lo strumento penale. In linea generale, va infatti rilevato che gli ampi canali di diffusione caratterizzanti la stampa e le nuove tecnologie informatiche, laddove favoriscano il compimento di fatti illeciti, andrebbero sanzionati in modo particolarmente rigoroso. Non a caso, la Direttiva 2010/53/UE, in materia di trapianto di organi, ha contemplato come unica condotta meritevole di divieto «*la pubblicità riguardante la necessità o la disponibilità di organi nei casi in cui essa abbia come fine l'offerta o la ricerca di un profitto finanziario o di un vantaggio analogo*» (art. 13, comma 3), e ha stabilito che le sanzioni che gli Stati membri devono applicare per la violazione delle norme nazionali adottate in attuazione della direttiva «*devono essere effettive, proporzionate e dissuasive*» (art. 23).

Data la clausola di sussidiarietà posta all'inizio della disposizione, «Salvo che il fatto costituisca più grave reato», l'attività di pubblicizzazione o di diffusione che assuma la forma di una vera e propria istigazione al compimento di uno dei delitti di traffico di organi, e a cui segua l'effettiva commissione di esso, potrebbe imputarsi come concorso morale nel delitto realizzato, se si riesca a provare l'efficacia condizionante della prima sul secondo, oltre che il dolo istigatorio. In tal senso, la responsabilità concorsuale dovrebbe essere negata qualora la pubblicizzazione non sia propriamente promozionale o "istitutiva", ma presenti un carattere semplicemente comunicativo e privo di indicazioni specifiche relative ai soggetti disposti a cedere o ad acquistare l'organo<sup>41</sup> (si pensi alla mera informativa di tipo giornalistico circa i Paesi presso cui vi è maggiore richiesta di organi o presenza di donatori); allo stesso modo, il concorso morale andrebbe escluso qualora la pubblicizzazione o la diffusione siano dirette a una cerchia non previamente determinabile di destinatari<sup>42</sup>.

## 4.

### L'abrogazione dell'art. 7 della legge n. 458/1967 e l'espansione del campo applicativo dell'art. 22bis, comma 1, della legge n. 91/1999.

L'art. 4 della legge n. 236/2016 ha disposto l'abrogazione dell'art. 7 della legge 26 giugno 1967, n. 458, che puniva «*chiunque a scopo di lucro svolge opera di mediazione nella donazione di un rene*».

L'intervento del legislatore sul punto è stato necessario a correggere una svista della legge n. 228/2012 che, nell'introdurre l'art. 22bis della legge n. 91/1999, che incrimina «*chiunque a scopo di lucro svolge opera di mediazione nella donazione di organi da vivente*», aveva tralasciato di abrogare l'art. 7 della legge n. 458/1967. Essendo le due fattispecie in un rapporto strutturale di genere a specie – in quanto divergenti evidentemente solo sul piano dell'oggetto materiale, più ampio nella prima e più circoscritto nella seconda –, l'art. 15 c.p. avrebbe imposto la prevalenza della legge speciale, sebbene anteriore, sulla legge generale nell'ambito della regolazione della medesima materia, ossia la mediazione lucrativa nella donazione di rene *ex vivo*. Le conseguenze sul piano sanzionatorio sarebbero state aberranti, poiché la mediazione nella donazione di rene sarebbe stata punita con la reclusione da tre mesi ad un anno e con la multa

<sup>40</sup> Si veda *supra*, § 3.1.

<sup>41</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, ult. loc. cit. Sulla distinzione tra istruzioni punibili e informazioni non punibili si veda A. SERENI, *Istigazione al reato e auto responsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000, p. 152. In argomento, con specifico riferimento al codice penale francese, si veda S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, p. 93.

<sup>42</sup> Così C. DE MAGLIE, *Teoria e prassi nei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati-fine*, in *Riv.it. dir. e proc. pen.*, 1987, p. 949 ss., che rileva che «nel concorso morale una conoscenza bilaterale è indispensabile, assurgendo a requisito della fattispecie (plurisoggettiva). La causalità – elemento tipizzante oggettivo della fattispecie plurisoggettiva – in questo caso assume infatti, come si è visto, natura psichica, sicché la conoscenza della (altrui) partecipazione da parte tanto dell'istigatore quanto dell'istigato diviene elemento tipizzante *ex art.* 110 c.p. [...]». Se, insomma, non si richiede che il destinatario dell'istigazione come forma di partecipazione al reato sia necessariamente determinato, si esige però che esso sia perlomeno determinabile, in quanto facente parte di un gruppo o di una categoria di soggetti dai contorni definiti e facilmente ricostruibili»; conf. M. ROMANO – G. GRASSO, *sub art. 110*, in *Commentario sistematico del Codice penale*, Milano, 2012, p. 181-182.



da 154 a 3.098 euro<sup>43</sup>, mentre la mediazione nella donazione di qualunque altro organo proveniente da un donatore in vita sarebbe stata irragionevolmente punita con le ben più gravose sanzioni della reclusione da tre a sei anni e della multa da 50.000 a 300.000 euro<sup>44</sup>.

Sebbene queste irragionevoli discriminazioni punitive potessero essere già sanate in via ermeneutica tramite l'art. 15 delle Preleggi, secondo cui l'abrogazione di una norma da parte di una legge posteriore può avvenire, oltre che per dichiarazione espressa del legislatore, anche «per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti»<sup>45</sup> – incompatibilità in cui sicuramente va fatta rientrare l'eccessiva discordanza sanzionatoria tra due fattispecie di identico disvalore –, con l'art. 4 della legge n. 236/2016, il legislatore ha preferito fare cessare ogni possibile contrasto interpretativo sulla questione.

Siamo dunque di fronte a una successione di leggi penali nel tempo – regolata dall'art. 2, comma 4, c.p. – poiché l'abrogazione dell'art. 7 della legge n. 458/1967 non ha prodotto una *abolitio criminis*, ma ha soltanto determinato l'espansione del campo di applicazione dell'art. 22bis della legge n. 91/1999, ormai idoneo a reprimere la mediazione nella donazione di qualunque organo prelevato da vivente, *ivi* compreso il rene.

Sempre in relazione all'art. 22bis, e al trattamento sanzionatorio *ivi* apprestato, va segnalato che l'art. 3, comma 1, a) della legge n. 236/2016 ha innalzato il massimo edittale della pena, portandolo da sei a otto anni, in conformità con le istanze repressive perseguite con la riforma dei delitti di traffico di organi prelevati da vivente e con la necessità di rendere le sanzioni proporzionate a quelle comminate per le fattispecie di propaganda od organizzazione di viaggi, e di pubblicizzazione o diffusione di annunci finalizzati al traffico di organi (reclusione da tre a sette anni), idealmente collocabili ad uno stadio anteriore di offesa alla personalità individuale del donatore, rispetto a quella arrecata dall'intervento di mediazione per fini di lucro nella donazione<sup>46</sup>.

## 5.

### Profili critici sull'inquadramento sistematico del primo comma dell'art. 601bis: la questione del bene giuridico tutelato.

Secondo le intenzioni del legislatore, è la personalità individuale a costituire il bene giuridico protetto dalla nuova norma incriminatrice: l'art. 601bis, infatti, è collocato all'interno del Libro II, Titolo XII, Capo III, sez. I, del codice penale, e precisamente subito dopo la disposizione che punisce la tratta di esseri umani.

Si tratta di una scelta verosimilmente condizionata da una visione riduttiva del complesso e multifaccettato fenomeno del traffico di organi, tendente a identificarlo con uno soltanto dei suoi molteplici e differenti aspetti: quello dello sfruttamento del donatore che, versando in condizioni di grave difficoltà economica, sia disposto a cedere a terzi una parte del suo corpo per ricavarne un guadagno. In tal senso, nel resoconto stenografico della trattazione nell'assemblea del Senato del d.d.l. n. 922, si legge che il senatore Maurizio Romani, primo firmatario, affermò che «Il traffico di organi è una forma di tratta degli esseri umani che rappresenta una gravissima violazione dei diritti umani fondamentali, in particolare della dignità dell'uomo e della sua integrità fisica. Questo traffico costituisce un settore di attività di gruppi criminali organizzati che spesso ricorrono ad abusi e violenze su persone particolarmente vulnerabili»<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Secondo l'originaria previsione della norma, il compasso edittale della multa andava da 154 a 3.098 euro. L'art. 113, comma 3, della legge 24 novembre 1981, n. 689, ha poi elevato il minimo edittale a 300.000 lire e il massimo a 6.000.000 di lire, pene poi convertite in euro ai sensi dell'art. 51, D.lgs. n. 213/1998.

<sup>44</sup> Sul principio di ragionevolezza/eguaglianza, si veda *supra*, nota 11.

<sup>45</sup> In tal senso, il principio *lex posterior generalis non derogat priori specialis*, corollario del più generale principio *lex specialis derogat legi generali*, non è stato considerato indefettibile dalla giurisprudenza costituzionale, che ha invece inteso vincolarlo alla volontà non soltanto espressa, ma anche tacita del legislatore: «non è escluso che in concreto l'interpretazione della voluntas legis da cui dipende la soluzione dell'indicato problema di successione di norme, evidenzii una latitudine della legge generale posteriore tale da non tollerare eccezioni, neppure da parte di leggi speciali, che restano, in tal modo, tacitamente abrogate»: Corte cost., 19 febbraio 1976, n. 29. In tal senso, si veda anche Corte cost., 18 novembre 2000, n. 503; 25 luglio 1997, n. 274; 5 gennaio 1993, n. 1; 5 febbraio 1992, n. 41; 3 aprile 1987, n. 96. Nella giurisprudenza di legittimità, si vedano Cass., sez. lav., 20 aprile 1995, n. 4420; Cass. civ., sez. I, 14 maggio 1947, n. 751. Nella giurisprudenza amministrativa, si veda TAR Campania – Salerno, Sez. I, 22 maggio 2006, n. 741. Così, in dottrina, A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, Torino, 2014, p. 103 ss.; G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Milano, 2012, p. 121 ss.; M. ROMANO, *art. 157*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano, 2011, p. 68. *Contra* R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, p. 122-123.

<sup>46</sup> Su tale aspetto, si veda *supra*, § 3.

<sup>47</sup> Senato della Repubblica – Legislatura 17<sup>a</sup> – Aula – Resoconto stenografico della seduta n. 402 del 04/03/2015.

La connessione teleologica tra l'approfittamento della condizione di sudditanza psicologica della vittima e l'offesa alla sua libertà si presenta come elemento costante dei delitti contro la personalità individuale: nella Relazione ministeriale sul progetto definitivo del codice penale, a proposito di questa classe di fatti illeciti, si legge infatti che «*la lesione giuridica ha per oggetto non [...] una o più delle singole manifestazioni in cui può esplicarsi la libertà individuale, bensì il complesso di tali manifestazioni, che si riassumono nello status libertatis inteso come stato di diritto o di fatto. Il soggetto passivo del reato cessa, pertanto, di avere una propria personalità, ovvero, pur conservandola come condizione di diritto, è, di fatto, completamente assoggettato al potere del colpevole*»<sup>48</sup>.

Dall'esame del complesso delle fattispecie finora introdotte nel codice penale per tutelare la personalità individuale, emerge che questa condizione di assoggettamento è strettamente legata alla strumentalizzazione esterna della persona, ricomprensiva del suo corpo inteso in senso olistico, delle sue singole parti del corpo, delle sue energie lavorative e finanche della sua immagine. In altre parole, con la commissione di questi delitti, «è proprio la persona che viene meno, trasformandosi in una *res*»<sup>49</sup>.

L'art. 22bis della legge n. 91/1999, pur integrando l'unica disposizione penale extracodificativa contro il traffico di organi provenienti da vivente, appare perfettamente in linea con la delineata tendenza repressiva dello sfruttamento della personalità individuale insito in questo fenomeno criminoso. Infatti, nel delitto di mediazione per fini di lucro nella donazione di organi, il donatore e l'aspirante beneficiario, soggetti intrinsecamente affetti da una condizione di vulnerabilità rispettivamente economica e fisica, sono vittime della prevaricazione psicologica attuata da un soggetto terzo che si interpone tra le parti in modo da consentire loro di addivenire alla conclusione dell'accordo sulla cessione dell'organo, al fine di ricevere un compenso per la sua attività<sup>50</sup>.

La stessa direzione teleologica, sebbene ad un livello anticipato di tutela di tale bene giuridico, è riscontrabile per i delitti formulati al secondo comma dell'art. 601bis c.p.

Per quanto riguarda il primo comma dell'art. 601bis, l'inquadramento delle fattispecie *ivi* previste tra i delitti contro la personalità individuale del donatore, pare non tenere conto che si tratta di condotte aventi come oggetto materiale non le persone – così come può dirsi in relazione agli altri reati inseriti nella medesima sezione codicistica – bensì gli organi umani già prelevati dal donatore, degradati ad oggetto di mercimonio, di approvvigionamento o di trattamento illeciti.

Questa scelta lascia intravedere un'adesione del legislatore alla teoria personalistica delle parti del corpo, secondo cui l'individuo deterrebbe sui singoli organi – anche successivamente alla separazione determinata da un intervento chirurgico – una serie di interessi riconducibili

<sup>48</sup> Relazione ministeriale sul progetto definitivo del codice penale, in *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, 11, Roma, 1929, p. 410.

<sup>49</sup> T. BRASIELLO, *Personalità individuale (delitti contro la)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XII, Torino, 1965, p. 1092. Sui delitti contro la personalità individuale come presidi contro le indebite forme di riduzione della vittima a mera *res* si vedano anche C. FIORE, *Libertà individuale (delitti contro la)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, Roma, 1990, p. 3; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit, p. 271; P. SCEVI, *Nuove schiarità e diritto penale*, Milano, 2014, p. 7.

<sup>50</sup> Nei reati a dolo specifico in cui la condotta incriminata dalla fattispecie sia priva di pregnanza offensiva e il disvalore sia incentrato, in tutto o in parte, sul perseguimento del fine illecito, occorrerebbe – in ossequio al principio di necessaria lesività – che lo scopo si manifesti già sul piano dell'elemento materiale del reato, così fugando il rischio di incriminare comportamenti di per sé inoffensivi sulla base del semplice atteggiamento psicologico dell'autore del reato. A tal fine, è necessario provare l'idoneità della condotta al raggiungimento del fine proposto e, per questa ragione, questo tipo di reati possono essere assimilati a quelli di pericolo concreto. Così F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 87; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 579 ss.; A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività* in G. INSOLERA – N. MAZZACUVA – M. PAVARINI – M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2006, p. 301 ss. In senso parzialmente difforme, si veda F. ANGIANI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 116, il quale richiede, invece, che la condotta incriminata presenti un'idoneità astratta al conseguimento dello scopo, «secondo i canoni generali vevolevoli in tema di pericolo astratto». Invece, secondo L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici della fattispecie penale*, Milano, 1993, p. 511 ss., nei reati a dolo specifico, il rispetto del principio di offensività impone che l'interesse perseguito abbia determinato «efficacia causale, o motivante» sulla psiche dell'agente e si sia manifestato univocamente sul piano dell'azione materiale.

Nel caso della mediazione nella donazione di organi, condotta di per sé priva di disvalore, andrà accertata la sua oggettiva idoneità a realizzare lo scopo tipico di lucrare sulla condizione di vulnerabilità in cui tipicamente versano l'aspirante beneficiario e il donatore, il primo per motivi di salute, il secondo per ragioni di difficoltà economica. In tal senso, per la consumazione della fattispecie di reato non basterà la generica messa in contatto dei due soggetti interessati allo scambio, ma occorrerà che il mediatore dia il suo personale contributo alla conclusione dell'accordo tra le parti, funzionale alla percezione di una provvigione per l'attività prestata. Sulla questione, si veda V. TIGANO, *La repressione del traffico di organi*, cit., p. 1810-1811.

ai diritti della personalità<sup>51</sup>, in quanto «l'Io è *totus in toto et in singula parte*»<sup>52</sup>.

Di contro, una corrente più risalente ha affermato che le parti del corpo staccate non siano in alcun modo identificabili con la persona dalla quale derivino, formando anzi oggetto di un suo diritto di proprietà<sup>53</sup>.

La teoria personalistica non appare pienamente condivisibile nel campo del diritto penale: se da un lato è vero che sarebbe contrario al buon costume considerare le singole parti del corpo come una merce, dall'altro sarebbe una forzatura ritenere che un organo separato dal corpo del suo proprietario biologico ne costituisca la proiezione identitaria, afferendo a un suo diritto della personalità<sup>54</sup>. In tale direzione, Mantovani ha delineato una netta distinzione tra la persona e i suoi elementi biologici, assimilando alle mere *res* quelle parti staccate del corpo umano «non utilmente riattaccabili al corpo originario o delle quali il soggetto rifiuti il reinnesto su se stesso»<sup>55</sup>, così come avviene per gli organi destinati al trapianto su soggetti terzi. Il nesso soggetto-oggetto continuerebbe invece a sussistere soltanto per quelle parti destinate a un ricongiungimento con lo stesso individuo a cui afferiscono biologicamente, come avviene per il prelievo di sangue destinato a un'autotrasfusione o per il prelievo degli ovociti da congelare in vista della futura applicazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita: in questo caso, infatti, tra l'oggetto e il soggetto continuerebbe a esserci un vincolo di unità funzionale che trova la sua sede concettuale proprio nella nozione di «integrità».

Tuttavia, anche accogliendo la teoria «patrimonialistica» delle parti staccate del corpo, non è detto che non si possa ravvisare un'offesa della personalità individuale del donatore nella compravendita dell'organo da lui conclusa con un altro individuo: si tratterebbe infatti di un negozio giuridico fondato sull'approfittamento della sua condizione di vulnerabilità economica. Proprio con riguardo alle «prepotenze compiute sul contraente più debole» e alla tutela della libertà individuale, Vassalli scriveva che «non può esser trascurata l'offesa consistente nel trarre profitto da un altrui stato di necessità o di bisogno, inducendo il soggetto a compiere atti lesivi dei suoi interessi e che se non si fosse trovato in quello stato non avrebbe compiuto»<sup>56</sup>. Pertanto, sebbene lo sfruttamento del bisogno economico del donatore, attuato tramite l'acquisto di un suo organo, non possa identificarsi in una condotta di reificazione della persona intesa nella sua interezza funzionale, nulla impedirebbe all'interprete, e ancor prima al legislatore, di scorgervi una lesione della sua personalità individuale.

Ma anche a volere sostenere che i diritti della personalità del donatore entrino in gioco non soltanto fino al momento precedente alla separazione biologica dall'organo, bensì fino all'istante in cui egli, una volta subito l'espianto, abbia ancora il potere di disporne, non si potrebbe comunque riscontrare una loro violazione nelle successive fasi della circolazione, a meno di non volere affermare che l'offesa alla personalità individuale del donatore si perpetui in tutte le vicende che riguardano l'organo come entità ormai a se stante: se si segue – come qui si ritiene opportuno – la teoria che rifiuta la soggettivizzazione delle parti separate irreversibilmente dal corpo, si dovrà ammettere che la violazione della personalità del donatore si

<sup>51</sup> Così P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 3, 14; H. FORKEL, *Das Persönlichkeitsrecht am Körper, gesehen besonders im Lichte des Transplantationsgesetzes*, in *Jura*, 2001, p. 73 ss.; P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, p. 81 ss.; G. RESTA, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C.M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo, vol. II, tomo I, del Trattato di Biodiritto*, dir. da S. RODOTÀ – P. ZATTI, Milano, 2011, p. 819; S. ROSSI, *Corpo (Atto di disposizione sul)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, Appendice di aggiornamento*, VII, Torino, 2012, p. 250.

<sup>52</sup> Cfr. P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, cit., p. 65.

<sup>53</sup> Così A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, tomo I, Milano, 1959, p. 159 ss.; G. CRISCUOLI, *L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 c.c.*, in *Dir. fam. e pers.*, 1985, p. 266 ss.; M. FREEMAN, *Un mercato di organi umani?*, in S. FAGIUOLI (a cura di), *La questione dei trapianti tra etica, diritto ed economia*, Milano, 1997, p. 183; A. PUNZI, *La de-formazione dell'identità come eclissi della differenza. L'uomo macchina e il post-umano a confronto*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Il corpo deformato, nuovi percorsi dell'identità personale*, Milano, 2002, p. 53 ss.

<sup>54</sup> In tal senso si veda G. CRICENTI, *I diritti sul corpo*, Napoli, 2008, p. 165 ss. Sulla tendenza esegetica ad assimilare il diritto sulle parti del corpo ai diritti della personalità, si veda A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., p. 159-160: «Benché il diritto sulle parti staccate del corpo umano sia estraneo alla categoria dei diritti della personalità, vale a dire non sia compreso in tale categoria, la sua trattazione è tradizionalmente collegata a quella dei diritti della personalità. Il collegamento è giustificato: certo, le parti staccate del corpo umano, per effetto del distacco, non sono più, propriamente, tali, cioè parti dello stesso corpo umano; conservano, però, parzialmente le originarie caratteristiche naturali; e il diritto su di esse sorge per virtù di un fatto – distacco – che incide sulla sfera giuridica personale, riducendo l'elemento corporeo di quella umana entità i cui attributi, e qualità, sono oggetto di diritti personali».

<sup>55</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Speciale I. Delitti contro la persona*, cit., p. 83 L.A. ha invece utilizzato l'espressione «parti utilmente riattaccabili al corpo da cui provengono» per designare quegli elementi biologici rispetto ai quali continui a sussistere un vincolo di destinazione con il corpo di appartenenza, così come avviene nei casi di prelievo di sangue ai fini di un'autotrasfusione. La concezione richiama la distinzione tra «separazioni reversibili» e «separazioni irreversibili» coniata dalla Corte di Cassazione tedesca nel 1993 (*Bundesgerichtshof*, 9 novembre 1993, con il commento di S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano 2006, p. 78 ss.).

<sup>56</sup> G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale. Contributo alla teoria dei diritti della personalità*, Torino, 1961, p. 1688-1689.

consumi nel momento della conclusione dell'accordo di compravendita con lui.

Tuttavia, a fare dubitare che anche nel reato di acquisto dell'organo dal venditore si sia di fronte a un'offesa della sua personalità individuale, concorrono due ordini di motivi. Il primo si basa sulla considerazione che in una norma a più fattispecie, quale è quella formulata nel primo comma dell'art. 601*bis*, ciascuna di esse deve offendere il medesimo bene giuridico: e, dunque, non è razionale asserire che solo il delitto di acquisto di organi leda la personalità individuale del donatore, mentre gli altri pregiudichino interessi giuridici differenti. Il secondo si fonda sulla constatazione che le fattispecie tipizzate all'art. 601*bis*, comma 1, a differenza dei delitti di riduzione in schiavitù, di tratta di persone finalizzata al prelievo dei loro organi o di mediazione lucrativa nella donazione di organi – volti a incriminare esclusivamente i trafficanti e i mediatori anche laddove le stesse vittime traggano un guadagno dall'atto illecito<sup>57</sup> –, si rivolgono contro un più ampio bacino di soggetti attivi, tra cui può annoverarsi lo stesso donatore di organi. Il reato di acquisto di organi ha infatti una sua fattispecie speculare, cioè quella di vendita: la circostanza che il donatore, vendendo un organo al cui espianto si sia precedentemente sottoposto, possa ricadere anch'egli nell'ambito di applicazione dell'art. 601*bis* c.p., rivela quanto sia irragionevole ergere la sua personalità individuale a bene protetto da tali fattispecie. Così ragionando, infatti, il donatore finirebbe per rivestire contemporaneamente il ruolo di vittima del reato di acquisto e di autore del reato di vendita, nell'ambito della medesima situazione di fatto, in modo illogico e contraddittorio.

Ulteriore indizio della non profilabilità della personalità individuale del donatore come bene realmente protetto dalle fattispecie previste al primo comma dell'art. 601*bis*, è la mancanza di un qualsivoglia riferimento all'uso di poteri di coartazione della volontà della vittima, nella descrizione del fatto tipico<sup>58</sup>. Senza questa menzione, nulla vieta all'interprete di ritenere che il donatore che dia l'avvio al traffico sia pienamente libero nella sua scelta, magari agendo per un semplice fine di arricchimento piuttosto che di superamento di una situazione di difficoltà economica.

Infine, una prova dell'estraneità di questo bene giuridico a tale complesso di fattispecie sta nell'esistenza dei paralleli delitti di commercio e di procacciamento di organi provenienti da cadavere, ex art. 22, commi 3 e 4 della legge n. 91/1999: in questi casi, trattandosi di reati che hanno per presupposto la dichiarazione di decesso del soggetto da cui l'organo è stato prelevato, e che quindi vengono a consumarsi successivamente alla sua morte, è assolutamente inconcepibile la tutela di un suo presunto diritto di personalità<sup>59</sup>, dato che, in base alla concezione personalistica del bene giuridico, si deve esigere che ogni interesse da tutelare sia incardinabile

<sup>57</sup> Si tratta di un principio affermato in giurisprudenza in relazione alla fattispecie di riduzione in schiavitù di cui all'art. 600 c.p., ma estensibile anche alle fattispecie menzionate: Cass. pen., sez. V, 9 novembre 2005 - 1° dicembre 2005, n. 43868: «La finalità di sfruttamento, che distingue la fattispecie di cui all'art. 600 c.p. da ogni altra forma di inibizione della libertà personale, non è esclusa dall'eventualità (del tutto indimostrata nella specie) che un margine degli introiti dell'accattonaggio vada a beneficio delle persone offese dal reato. Determinante, invece, è lo stato di soggezione in cui queste ultime versano, essendo sottoposte all'altrui potere di disposizione, che si estrinseca nell'esigere, con violenza fisica o psichica, prestazioni sessuali o lavorative, accattonaggio od altri obblighi "di fare"».

<sup>58</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 263: «Ma la violenza sta al centro dei delitti contro la libertà (o, comunque, offensivi anche della libertà), caratterizzando la maggior parte di essi».

<sup>59</sup> Invece, L. EUSEBI, *Beni penalmente rilevanti e trapianti d'organo*, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, p. 1011, ha preferito sostenere la necessità di apprestare protezione giuridica alla «dignità post mortem», concetto che «consentirebbe fra l'altro di legittimare il rispetto delle spoglie anche quando non sussistano congiunti che lo desiderino, senza dover ricorrere alla nebulosità di sentimenti di pietà "collettivi"». In tale direzione, si veda la Relazione del 25 ottobre 1991 alla bozza di articolato di riforma del codice penale predisposto dalla Commissione Pagliaro, che aveva collocato i reati aventi ad oggetto le spoglie dei defunti tra i reati contro la persona: «essendo il cadavere la proiezione ultraesistenziale della persona umana, il bene personalistico della dignità della persona defunta appare costituire l'oggetto primario e costante della tutela contro gli atti irrispettosi delle spoglie umane e dei sepolcri, mentre il pur rilevante bene collettivo del suddetto sentimento [la pietà verso i defunti] si presenta come bene secondario ed eventuale». Conf. A.R. DI LANDRO, *Profili penalistici nei trapianti d'organo. Esempificazione casistica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, p. 794.



in capo a un soggetto esistente nel momento in cui subisce l'offesa penalmente rilevante<sup>60</sup>.

Obiezioni analoghe possono essere mosse qualora si individui il bene protetto nella personalità individuale del beneficiario degli organi. Le fattispecie alternative previste all'interno del primo comma dell'art. 601*bis* c.p., infatti, incriminano condotte di mercificazione o di circolazione dell'organo che possono non riguardare direttamente la persona del beneficiario: in particolare non si vede quale violazione della sua personalità possa rinvenirsi nel reato di vendita dell'organo da parte del donatore, qualora il negozio venga concluso con un intermediario; o, addirittura, nei reati di procacciamento e di trattamento, che puniscono l'approvvigionamento e l'utilizzazione dell'organo a prescindere dal perseguimento di un fine di lucro, e quindi anche nel caso in cui si tratti di atti solidaristici in favore del beneficiario, censurabili esclusivamente sotto il profilo della violazione delle regole sui trapianti.

L'unico pregiudizio alla personalità del ricettore potrebbe essere individuato nei delitti di commercio o di vendita dell'organo, in quanto chiedere del denaro all'aspirante ricettore per garantirgli la sopravvivenza, al di fuori del mercato legale di apprestamento di servizi sanitari o di beni farmaceutici, potrebbe fare emergere un approfittamento indebito delle sue precarie condizioni di salute. Tuttavia, per sovvertire la precedente asserzione, basterebbe poi considerare che l'aspirante destinatario dell'organo che correlativamente proceda a comprarlo, ricadrebbe nell'apposita fattispecie di «acquisto» prevista dal primo comma della nuova disposizione: specularmente a quanto osservato in relazione all'inconcepibilità della natura dualistica di vittima e autore del reato del donatore che venda un suo organo, sarebbe altrettanto irrazionale ritenere che il beneficiario che compri un organo possa ricoprire al contempo il ruolo di soggetto attivo del reato di acquisto illecito e di soggetto passivo del reato di vendita o di commercializzazione del medesimo organo.

In definitiva, è necessario che il bene protetto da tutte le fattispecie previste al primo comma dell'art. 601*bis* vada individuato in un interesse giuridico unitario, non titolarizzabile in capo agli individui che possono ricoprire il ruolo di soggetti attivi di uno o più dei delitti *ivi* previsti.

Tale interesse può essere profilato attraverso un opportuno riferimento alla disciplina legale del trapianto di organi, la cui violazione abbiamo visto essere necessaria ai fini dell'integrazione di ciascuna delle delineate fattispecie, come si evince dalla menzionata clausola di illiceità speciale: poiché si tratta di un *corpus* di norme finalizzate a proteggere la salute di chiunque abbia necessità di sottoporsi a un intervento di trapianto di organi, e segnatamente di chi sia legittimato a ricevere un organo donato in base al collocamento nelle liste di attesa gestite dal Centro nazionale di trapianti, potrà concludersi che bene giuridico protetto da tali fattispecie sia l'integrità fisica di questi soggetti<sup>61</sup>. Difatti, commerciare, acquistare e vendere organi umani significa sottoporli alle dinamiche del mercato privato ed escluderli dall'immissione nel circuito legale dei trapianti, a vantaggio di chi detenga un potere economico e a svantaggio di chi invece rivesta una legale posizione di precedenza nell'accesso al trapianto;

<sup>60</sup> Cfr. G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 206, secondo cui, per rendere intellegibile il processo di concretizzazione del bene giuridico, basta pensare al bene protetto dalla fattispecie di «omicidio»: «la tutela della vita non è tutela di un'astratta "vita in sé", bensì della vita di ogni singolo uomo vivente, perché solo la vita di Tizio o Caio può essere concretamente offesa». Il valore ideale, la vita, e il sostrato reale, l'uomo, vanno così a fondersi in un unico concetto, la vita dell'uomo, che va considerato come bene giuridico meritevole di tutela, in quanto concreto e individualizzabile. Ma, al di là della tutela del bene della vita del singolo, ipotesi pregnanti di questo semplice procedimento di concretizzabilità possono ravvisarsi in tutti gli altri beni attinenti alla persona, quali, per esempio, la proprietà, il possesso, la libertà personale o la libertà morale, i quali sono «breviloquenze di tutti i singoli rapporti di proprietà e possesso e delle singole libertà personali e morali di tutti i singoli uomini viventi (nessuno escluso), perché solo la libertà personale e morale di Tizio o di Caio e solo i loro singoli rapporti di proprietà e possesso, possono essere veramente e concretamente offesi». Nello stesso senso, anche F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 54 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, p. 481, secondo cui la lesione del bene giuridico dovrebbe concretizzarsi «in un'offesa in danno di altre persone in carne e ossa»; F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 468 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 808 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 554; G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 547. Nella dottrina tedesca si vedano K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens*, Frankfurt a.M., 1972, p. 193 ss.; W. HASSEMER, *Spunti per una discussione sul tema "Bene giuridico e riforma della parte speciale"*, in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, p. 367 ss.; ID., *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 109 ss.

<sup>61</sup> In tal senso, S. NEGRI, *La Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi umani: un importante strumento internazionale per la tutela della salute e della sicurezza della persona*, in *Ord. internaz. e dir. umani*, 2016, p. 131. In ambito sopranazionale, ritengono che la repressione del fenomeno criminoso del traffico di organi debba essere diretta a tutelare la salute dei legittimi beneficiari, S. MEYER, *Trafficking in Human organs in Europe. A Myth or an Actual Threat?*, in *European Journ. Of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2006, p. 221 ss., 223; E. KELLY, *International Organ Trafficking Crisis: Solutions Addressing the Heart of the Matter*, in *54 Boston College Law Review*, 2013, p. 1324.

similmente, procacciare e trattare illecitamente organi umani implica l'effettiva introduzione degli stessi nel sistema clandestino dei trapianti e la definitiva compromissione del ruolo centrale dello Stato nella gestione del sistema di equo approvvigionamento delle parti del corpo provenienti da donatore.

È comunque innegabile che le fattispecie di traffico di organi previste all'art. 601*bis*, comma 1, siano state formulate anche allo scopo di prevenire ogni possibile tentazione del donatore di cedere a lusinghiere proposte di intermediari, già nella fase del suo reclutamento: sapendo di incorrere nel delitto di vendita di organi, un qualunque donatore in grado di prevedere le conseguenze penali delle proprie azioni, sarebbe a monte disincentivato dall'entrare in contatto con un mediatore o con un potenziale beneficiario, e dal sottoporsi all'espianto clandestino di uno dei propri organi, e ne risulterebbe salvaguardata, in ultima istanza, la sua stessa personalità individuale oltre che la sua integrità fisica. Allo stesso modo si potrebbe argomentare per il ricettore consapevole di potere incorrere nel delitto di acquisto illecito di organi: scopo di queste fattispecie sarà anche quello di evitare che aspiranti beneficiari si pieghino alle proposte vessatorie di mediatori o di donatori/venditori e soprattutto che si sottopongano al trapianto di un organo che precedentemente non sia stato adeguatamente sottoposto ai controlli legali di qualità, di sicurezza e di istocompatibilità.

Tuttavia, la personalità individuale, così come il diritto alla salute dei donatori e dei ricettori clandestini di organi, può venire in rilievo soltanto come bene giuridico protetto in via meramente secondaria ed eventuale, di modo che non si possa nemmeno parlare di plurioffensività di tali fattispecie<sup>62</sup>.

La scelta legislativa di inquadrare le fattispecie previste al primo comma dell'art. 601*bis* tra i delitti contro la personalità individuale, pertanto, si può spiegare come una mera opzione simbolica, finalizzata a collocare il traffico di organi nella stessa area di illiceità dell'affine fenomeno criminoso della tratta di esseri umani finalizzata al prelievo dei loro organi: non è un caso che nei lavori preparatori della legge vi sia un frequente accostamento dei due fenomeni criminali. Essi, per quanto avvinti da un rapporto di frequente consequenzialità – se solo si pensa che al prelievo abusivo dell'organo del soggetto vittima di tratta debba poi necessariamente seguire un processo di circolazione clandestina del medesimo organo, e che l'approvvigionamento di un organo illecitamente espantato sia frequentemente preceduto dal reclutamento di un donatore da parte di un intermediario –, sono tuttavia fisiologicamente differenti, parzialmente convergenti tra loro e, quindi, meritevoli di essere disciplinati separatamente. E non soltanto perché concretamente il traffico di organi potrebbe anche non essere preceduto da un delitto di tratta – qualora lo stesso donatore proceda autonomamente a cercare un potenziale ricettore, a prendere accordi con lui e a organizzare l'espianto e il successivo trasferimento dell'organo –, ma soprattutto perché i due reati si presentano profondamente diversi già sul piano degli elementi costitutivi che li contrassegnano: come rilevato da uno studio congiunto del Consiglio d'Europa e delle Nazioni Unite, del 2009, nella tratta di esseri umani finalizzata al prelievo dei loro organi, l'attività illecita coinvolge direttamente gli esseri umani e la rimozione degli organi costituisce uno degli scopi di sfruttamento al cui perseguimento va subordinata la punibilità del fatto, mentre, nel traffico di organi, le condotte incriminate hanno ad oggetto direttamente le parti del corpo<sup>63</sup>.

In conclusione, possiamo affermare che una corretta valorizzazione del bene giuridico protetto avrebbe dovuto suggerire al nostro legislatore di collocare le nuove fattispecie di traffico di organi tra i delitti contro la vita e l'incolumità individuale anziché tra quelli contro la per-

<sup>62</sup> Sul punto si veda A. MOLARI, *La tutela penale della condanna civile*, Padova, 1960, p. 342, secondo cui, se si ritenessero «compresi fra i reati plurioffensivi pure quegli illeciti che solo eventualmente compromettono anche altri interessi, la ragion d'essere di una categoria del genere svanisce completamente, non essendovi reato, si può dire, la cui commissione non implichi, oltre alla lesione dell'interesse protetto, l'eventualità di un pregiudizio anche ad altri interessi».

<sup>63</sup> Joint Council of Europe/United Nations Study, *Trafficking in Organs, Tissues and Cells*, cit., p. 11: «However, it quickly became obvious, first of all, that trafficking in human beings for the purpose of organ removal was a small part of the bigger problem of trafficking in organs, tissues and cells (OTC) and therefore the former could not be examined without the latter. Secondly, the existence of serious confusion in the legal and scientific communities between "trafficking in OTC" and "trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs" was identified. Thirdly, the solutions for preventing both types of trafficking should necessarily be different because the "trafficked objects" are different: in one case the "organs, tissues and cells" and in the other case the "person him/herself" who is trafficked for the specific purpose of removing his/her organs. To express this idea in legal terms, it could be said that trafficking in OTC differs from trafficking in human beings for the purpose of organ removal in one of the constituent elements of the crime – the object of the criminal offence. In the former case, the object of the crime is the organs, tissues and cells, while in the latter case it is the trafficked person». Sul punto, si vedano R. FLOR, *Prime riflessioni a margine della nuova Convenzione del Consiglio d'Europa*, cit., p. 24 ss.; V. TIGANO, *Criminalization of trafficking in human organs according to the 2014 Council of Europe Convention*, in *European Criminal Law Review*, 2015, p. 252 ss.

sonalità: così, ad esempio, è avvenuto nell'ambito del codice penale spagnolo, il cui art. 156*bis*, che punisce le condotte che agevolano il traffico, l'ottenimento e il trapianto illecito di organi umani altrui<sup>64</sup>, è stato inserito tra i delitti di lesioni (titolo III del libro II), piuttosto che tra i delitti contro la libertà (Titolo VI), tra cui rientra invece il reato di tratta di esseri umani per fini di sfruttamento, tra cui è menzionato quello di rimozione degli organi (art. 177*bis*, comma 1, d)).

## 6. La legge n. 236/2016 e la Convenzione di Santiago.

Sebbene l'introduzione delle nuove fattispecie di traffico di organi abbia colmato una grave lacuna del sistema normativo italiano, non può non essere rilevata l'incompiutezza dell'opera legislativa di riforma in materia. Il Parlamento, infatti, si è fatto sfuggire l'occasione per ratificare la Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi – adottata il 9 luglio 2014 e sottoscritta dal nostro Paese a Santiago de Compostela il 25 marzo 2015 – e soprattutto per recepire le disposizioni di diritto penale sostanziale *ivi* contenute, espressive di una precisa ed esaustiva strategia repressiva del traffico di organi.

La Convenzione ha previsto una gamma molto ampia di condotte da incriminare come traffico di organi umani, in cui rientrano il prelievo degli organi avvenuto in violazione del principio della gratuità e del consenso del donatore, il reclutamento per fini di lucro del donatore o del ricevente, la corruzione attiva e passiva del personale medico, dei pubblici ufficiali e dei soggetti che dirigono o lavorano per gli enti sanitari privati, finalizzata all'esecuzione dell'intervento di illecito espianto o di trapianto dell'organo illecitamente prelevato, nonché l'uso per fini di trapianto, la preparazione, la conservazione, lo stoccaggio, il trasporto, il trasferimento, la ricezione, l'importazione e l'esportazione degli organi illecitamente prelevati (artt. 2, 4, 5, 7 e 8). Ha poi richiesto agli Stati contraenti di prevedere, come circostanze aggravanti facoltative di tali reati, la causazione della morte o di seri danni psico-fisici alla vittima, l'abuso della propria posizione da parte dell'autore del reato, la realizzazione dei fatti nell'ambito di un'organizzazione criminale, la recidiva, e la commissione dei reati ai danni di un minore o di una persona particolarmente vulnerabile (art. 13). Inoltre, l'art. 10 ha stabilito che gli Stati devono adottare le misure necessarie per fondare la propria giurisdizione sul principio di territorialità e su quello di personalità attiva, invitando altresì gli stessi ad adoperarsi per adottare le misure necessarie a stabilire la loro giurisdizione sui reati commessi contro un proprio cittadino o un soggetto avente la residenza abituale sul proprio territorio (principio di personalità passiva). Particolarmente rilevante è poi l'art. 11, che ha previsto l'obbligo di adottare le misure legislative necessarie per assicurare la responsabilità delle persone giuridiche per il cui vantaggio siano stati commessi i reati previsti conformemente alla Convenzione, da parte dei soggetti apicali o subordinati inseriti nella compagine dell'ente.

Le più gravi lacune che il nostro ordinamento a tutt'oggi presenta, rispetto alle prescrizioni contenute nella Convenzione, risiedono nella mancata repressione di alcuni dei comportamenti inquadrati dallo strumento normativo internazionale all'interno del fenomeno criminoso in oggetto, oltre che nel mancato inserimento delle fattispecie esistenti tra quelle per cui il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, prevede la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Si può rilevare ulteriormente una carenza di tassatività delle fattispecie penali previste, a fronte invece di un'estrema precisione da parte della Convenzione nel delineare i comportamenti da incriminare. Ed infine appare evidente – anche se la problematica esorbita dal presente campo d'indagine – la permanenza di una serie di vuoti di tutela nell'ambito del traffico di organi *ex mortuo*, trascurato dalla legge n. 236/2016 ed invece preso in considerazione dalla Convenzione come fenomeno complementare a quello del traffico di organi *ex vivo*: le uniche incriminazioni previste dal nostro ordinamento in questo specifico settore rimangono i reati

<sup>64</sup> Art. 156*bis* Código penal: «1. *Los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal.*

2. *Si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.*

3. *Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».*

di commercio, procacciamento per fini di lucro, e procacciamento di organi abusivamente prelevati (art. 22, commi 3 e 4 della legge n. 91/1999)<sup>65</sup>.

Di contro, la legge n. 236/2016 si è distinta sia per aver affrontato indirettamente il problema della criminalità transnazionale in materia, attraverso l'incriminazione della promozione del turismo dei trapianti e l'adozione di speciali criteri di giurisdizione per i delitti di traffico di organi, sia per aver concentrato le proprie attenzioni su un aspetto del fenomeno invece trascurato dalla Convenzione, quello cioè del commercio di organi.

## 6.1.

### *Valori aggiunti della disciplina penale nazionale del traffico di organi rispetto alle previsioni della Convenzione.*

A fronte dell'ampia gamma di condotte che la Convenzione ha chiesto agli Stati contraenti di punire, il nostro ordinamento prevede soltanto tre classi di delitti: quello di mediazione nella donazione di organi da vivente, *ex art. 22bis* della legge n. 91/1999; quelli di illecito acquisto, vendita, commercio, procacciamento e trattamento di organi, *ex art. 601bis*, primo comma, c.p.; e quelli di organizzazione o propaganda di viaggi, e di pubblicizzazione o diffusione di annunci finalizzati al traffico di organi *ex vivo*, *ex art. 601bis*, comma 2, c.p.

L'ultima categoria delittuosa costituisce un *quid pluris* della nostra legislazione, poiché non è stata espressamente contemplata dalla Convenzione di Santiago che, tuttavia, ha fatto indirettamente rientrare la propaganda del turismo dei trapianti e la pubblicizzazione di annunci finalizzati al traffico di organi nella delineata fattispecie di sollecitazione o di reclutamento del donatore o del ricevente, prevista all'art. 7, par. 1<sup>66</sup>.

Anche le fattispecie di acquisto, vendita e commercio di organi, introdotte dalla legge n. 236/2016, non sono state prese in considerazione dallo strumento normativo internazionale, che non soltanto non ha previsto alcun obbligo per gli Stati contraenti di punire il fatto di comprare, vendere o commerciare organi umani – condotte che costituiscono meri presupposti dell'illecito spianto dell'organo, non autonomamente contemplati come meritevoli di incriminazione<sup>67</sup> –, ma ha anche scelto di lasciare alle Parti il potere di decidere se applicare le fattispecie incriminatrici delineate nei confronti dei donatori e dei beneficiari<sup>68</sup>. Per quanto il silenzio su quest'ultimo aspetto costituisca una scelta apprezzabile, è criticabile che la Convenzione non abbia considerato la necessità di punire gli intermediari che, in una fase successiva a quella del reclutamento del donatore e del beneficiario e a quella dell'espianto illecito di un organo del primo, ne facciano oggetto di commercio: sebbene la condotta possa essere riconducibile alle delineate figure illecite di trasferimento ed esportazione dell'organo illecitamente prelevato (art. 8 Conv.), sarebbe stato comunque opportuno contemplare una circostanza aggravante per l'eventualità che tali atti siano commessi a titolo oneroso. L'incriminazione degli intermediari commerciali da parte della legge n. 236/2016 rappresenta, quindi, un ulteriore punto di forza della nostra legislazione in materia, fermi i suesposti rilievi critici relativi all'irragionevole previsione di un eguale ammontare di pena rispetto alle altre condotte invece non sorrette da fini di lucro.

Ulteriore elemento a favore della normativa italiana risiede nell'utilizzo del già menzionato elemento di illiceità speciale – «*illicitamente*» – in seno al primo comma dell'art. 601bis: in esso possono essere inquadrate tutte le violazioni normative in materia di donazione, circolazione, trattamento, destinazione e trapianto degli organi, in modo da circoscrivere adeguatamente l'area di tipicità delle condotte *ivi* incriminate e da consentire alle fattispecie, al contempo, di coprire una vasta area di repressione del fenomeno criminoso. Invece, la Convenzione ha scelto di richiedere l'incriminazione di ciascuna delle delineate condotte di traffico di organi, avvenute successivamente all'espianto (artt. 5, 7, par. 2 e 3, e 8), soltanto quando abbiano ad

<sup>65</sup> Per una disamina delle lacune del nostro sistema penale in relazione al fenomeno del traffico di organi prelevati da soggetti deceduti, nonostante anch'esso sia stato oggetto delle previsioni della Convenzione, si veda V. TIGANO, *La repressione del traffico di organi prelevati da vivente*, cit., p. 1835 ss.

<sup>66</sup> In tal senso, si veda Consiglio d'Europa, Rapporto esplicativo della Convenzione contro il traffico di organi, § 52. Sulle lacune della Convenzione in relazione alla repressione del turismo dei trapianti, soprattutto in relazione ai criteri di giurisdizione previsti, si veda V. TIGANO, *Criminalization of trafficking in human organs*, cit., p. 272 ss.

<sup>67</sup> Cfr. V. TIGANO, *Criminalization of trafficking in human organs*, cit., p. 258-259.

<sup>68</sup> Si veda Consiglio d'Europa, Rapporto esplicativo della Convenzione contro il traffico di organi, § 29.



oggetto un organo illecitamente prelevato<sup>69</sup>, in base ai presupposti descritti nell'art. 4, par. 1: si tratta verosimilmente di una mancanza inevitabile, dovuta al fatto che, a differenza dei principi del consenso e della gratuità delle donazioni – aventi valore sopranazionale in quanto previsti già dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 1997 (artt. 5, 6, 19, 20 e 21) e dal suo Protocollo addizionale relativo al trapianto di organi del 2001 (artt. 13, 14 e 21) – tutti gli altri principi che regolano l'approvvigionamento degli organi umani per fini di trapianto sono stabiliti esclusivamente a livello nazionale, in base alle norme interne poste a tutela della salute dei potenziali beneficiari degli organi provenienti da donazione.

Infine, si può accogliere positivamente l'indiretto recepimento dell'art. 10 della Convenzione, avvenuto attraverso la collocazione fisiologica dell'art. 601*bis* tra i delitti soggetti agli speciali criteri di giurisdizione previsti dall'art. 604 c.p., che applica incondizionatamente il principio di personalità attiva e passiva ai delitti contro la personalità individuale commessi all'estero. Rimarrebbe, invece, inappagata l'esigenza di dare piena attuazione a tali principi rispetto a chi commetta all'estero la fattispecie di mediazione lucrativa nella donazione di organi, prevista dall'art. 22*bis* della legge n. 91/1999, la cui punibilità, nel silenzio del legislatore, resta subordinata al rispetto delle condizioni stabilite degli artt. 9 e 10 c.p.

## 6.2.

### *... e perduranti lacune: il nuovo d.d.l. di ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi umani.*

In relazione alle altre fattispecie di traffico di organi presenti nel nostro ordinamento, va constatata la copertura di un'area di incriminazione più circoscritta rispetto a quella complessivamente delineata dalla Convenzione, emergendo dunque una serie di criticabili vuoti di tutela.

Il delitto di mediazione per fini di lucro nella donazione di organi, che si consuma nel momento in cui il soggetto agente mette in contatto il donatore con il ricettore in modo concretamente idoneo ad aiutarli a concludere l'accordo e a percepire una "provvigione" per la sua opera di interposizione, comporta una posticipazione della tutela della personalità individuale rispetto alle fattispecie di reclutamento o di sollecitazione del donatore o del ricettore, per fini di lucro, delineate dall'art. 7, par. 1, Conv., che si collocano in una fase precedente all'eventuale interposizione tra le due parti. L'adeguamento alla previsione convenzionale, dunque, non sarebbe garantito *de jure condito* dalla presenza dell'art. 22*bis* della legge n. 91/1999; né si potrebbe sostenere che il reclutamento del donatore o del beneficiario costituisca un tentativo di mediazione penalmente rilevante, poiché i delitti a dolo specifico incentrati sul perseguimento di un evento offensivo – quale è l'art. 22*bis*, che punisce la mediazione nella donazione di organi proprio in quanto finalizzata allo sfruttamento lucrativo delle parti direttamente coinvolte nello scambio – non ammettono la realizzazione nella forma tentata<sup>70</sup>. Inoltre, non si potrebbe considerare già recepita la disposizione convenzionale attraverso l'interpretazione estensiva dell'art. 601 c.p., cioè considerando il reclutamento del donatore come una condotta tipica di tratta, attuata mediante approfittamento della situazione di vulnerabilità della vittima e finalizzata a indurla a sottoporsi al prelievo di organi, e la sua istigazione come un tentativo di reclutamento: anzitutto, perché il reclutamento dell'aspirante destinatario del trapianto non costituisce una condotta incriminata dall'art. 601 e, in tal senso, il ricorso alla norma incriminatrice non potrebbe garantire il pieno adeguamento alla disposizione convenzionale; in secondo luogo, in quanto una tale operazione ermeneutica non terrebbe conto della circostanza che l'art. 7, par. 1, a differenza di quanto previsto nell'art. 601 c.p., non richiede l'utilizzo di alcun mezzo di coercizione fisica o psichica né lo sfruttamento della condizione di vulnerabilità del donatore, e pertanto è diretto ad apprestare una più forte tutela alle vittime di traffico di organi, non essendo necessaria la prova dell'uso dei predetti mezzi di coartazione della volontà.

<sup>69</sup> I delineati illeciti di sollecitazione o reclutamento di donatori o di riceventi, per fini di lucro, *ex art.* 7, par. 1, Conv., non contengono un tale riferimento, né avrebbero potuto contenerlo, collocandosi in una fase precedente a quella del prelievo dell'organo.

<sup>70</sup> Così G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 453.

Per quanto riguarda la fase dell'intermediazione nel traffico di organi – successiva alla mediazione nella donazione e all'espianto dell'organo da persona vivente –, le fattispecie di procacciamento e di trattamento di organi, previste al primo comma dell'art. 601*bis*, non riflettono adeguatamente le previsioni convenzionali formulate agli artt. 5 e 8, che menzionano con precisione e completezza le condotte da incriminare: l'utilizzo, anche a fini di trapianto, la preparazione, la conservazione, lo stoccaggio, il trasporto, il trasferimento, la ricezione, l'importazione e l'esportazione degli organi illecitamente prelevati. Attraverso l'incriminazione di chi «*procura*» illecitamente organi umani, infatti, il nostro legislatore ha fatto uso di una clausola generale incentrata sul solo fatto del procacciamento, per cui non è sempre agevole ricondurre a tale fattispecie le condotte attraverso cui l'organo viene fatto meramente circolare all'interno o fuori dai nostri confini nazionali, con particolare riferimento a quelle di trasporto, importazione e ricezione<sup>71</sup>. L'incriminazione di chi illecitamente «*tratta*» organi umani può dare luogo, a sua volta, a problemi interpretativi<sup>72</sup> e, anche a volervi ricomprendere gli atti di preparazione, conservazione, stoccaggio e utilizzo degli organi, permarranno comunque numerosi dubbi circa la determinatezza e inequivocità dell'espressione utilizzata.

La più evidente lacuna del sistema penale nazionale risiede nell'assenza di una fattispecie che incrimini l'intervento di rimozione degli organi effettuato senza la prestazione del consenso informato del donatore, o in cambio della prestazione di un corrispettivo in denaro in suo favore, come invece richiesto dall'art. 4, par. 1, Conv. Così, l'espianto illegittimo di qualsiasi organo proveniente da un soggetto vivente potrebbe essere unicamente inquadrabile nell'ambito di applicazione del delitto di lesioni gravissime *ex* art. 583, co. 2, n. 3), c.p.<sup>73</sup>, eventualmente in concorso con una delle fattispecie poste a tutela della libertà individuale della persona, qualora il donatore sia stato previamente vittima di violenza privata, di sequestro o di tratta. Tuttavia, il particolare rilievo assegnato dalla Convenzione alla condotta di illecita rimozione di parti del corpo umano dovrebbe esortare il legislatore italiano a introdurre un'apposita fattispecie incriminatrice a tutela del donatore, per cui sia comminata una pena adeguata a tenere conto, non soltanto della menomazione fisica derivante dalla perdita dell'organo, ma anche del maggiore disvalore ricollegato alla violazione della sua personalità individuale.

Anche le circostanze aggravanti del traffico di organi, che la Convenzione ha chiesto agli Stati contraenti di introdurre nei propri ordinamenti giuridici, non sono state prese in considerazione dalla legge n. 236/2016, eccezion fatta per quella delineata dall'art. 13, c), Conv.: l'art. 2 della legge ha, infatti, inserito gli artt. 22, commi 3 e 4, e 22*bis*, comma 1, della legge n. 91/1999, e l'art. 601*bis* c.p., tra i delitti il cui perseguimento da parte di un'associazione per delinquere comporta un trattamento sanzionatorio aggravato rispetto alle fattispecie-base previste ai primi due commi (art. 416, comma 6, c.p.). In questo modo è stato prodotto un effetto repressivo persino più forte rispetto a quello perseguito con l'aggravante facoltativa delineata dalla Convenzione, poiché il novellato sesto comma dell'art. 416 c.p. obbligherà il giudice ad applicare l'aumento di pena a chi stia a capo, promuova, costituisca, organizzi o partecipi a un'associazione finalizzata al traffico di organi, a prescindere dalla realizzazione del delitto-scopo.

Per quanto riguarda le altre circostanze delineate dalla Convenzione, il nostro ordinamento contiene già delle previsioni generali che consentono al giudice di comminare un trattamento punitivo più grave per il responsabile di uno dei delitti di traffico di organi: si tratta dell'art. 586 c.p., che impone un aumento di pena in caso di morte o di lesioni come conseguenza non voluta di un altro delitto doloso; dell'art. 99, comma 2, n. 1), c.p. che disciplina l'aggravante facoltativa della recidiva specifica; dell'art. 61, comma 1, 11), c.p., che dispone un aumento di pena per «*avere commesso il fatto con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione, o di ospitalità*». Tale adeguamento *de jure condito* non può aversi, invece, in relazione alla circostanza formulata all'art. 13 e) della Convenzione, dato che l'art. 61, comma 1, 11*quinq*ues), c.p. – che prevede un'aggravante obbligatoria per i soli delitti non colposi contro la vita, l'incolumità individuale, la libertà personale, oltre che per il delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi, commessi in danno di un infradiciotenne o di una donna in stato di gravidanza – non può essere applicato

<sup>71</sup> Si veda *supra*, § 2.3.

<sup>72</sup> Si veda *supra*, § 2.4.

<sup>73</sup> Così F. MANTOVANI, *Donazioni e trapianti: prospettiva penalistica*, cit., p. 1140, che in tal senso nega la rilevanza scriminante del consenso – eventualmente prestato – quando questo sia privo dei requisiti essenziali della personalità, dell'effettività, della capacità, della libertà, dell'informazione, della specificità, della formalità e della gratuità.

all'art. 601*bis*, collocato tra i delitti contro la personalità individuale: la circostanza che la legge n. 236/2016 non sia intervenuta con un'apposita disposizione, determina evidenti vuoti di tutela nei confronti dei soggetti particolarmente vulnerabili, soprattutto alla luce delle recenti notizie sulla scomparsa di numerosi minori immigrati in Italia, probabili vittime di espanto coattivo di organi<sup>74</sup>.

Un'ultima evidente carenza del nostro sistema normativo consiste nella mancanza di una disposizione che preveda la responsabilità delle persone giuridiche per i delitti di traffico di organi commessi nel loro interesse o nel loro vantaggio, alla luce dell'art. 11 Conv. che obbliga gli Stati contraenti a procedere in tale direzione. Esiste un indubbio legame tra criminalità d'impresa e reati commessi nel settore sanitario, che nel caso di specie è reso evidente dal fatto che la fase iniziale e la fase finale dell'*iter* del traffico di organi non possono che svolgersi presso strutture sanitarie presso cui realizzare l'espanto illecito dell'organo e il suo utilizzo finalizzato al trapianto. Pensare che gli interventi chirurgici possano essere eseguiti in stanze d'albergo o nelle abitazioni private dei diretti interessati, da parte di criminali che si improvvisino chirurghi, è soltanto il frutto di leggende metropolitane<sup>75</sup>: in realtà, non è seriamente credibile che queste delicate operazioni avvengano senza la collaborazione del personale amministrativo, sanitario e parasanitario operante presso le strutture private e pubbliche<sup>76</sup>. A ciò si aggiunga il possibile coinvolgimento di agenzie di viaggio per l'organizzazione dello spostamento e del soggiorno dei donatori e dei ricettori, e di società di spedizione e di trasporto per il trasferimento degli stessi organi.

Esiste, insomma, un fitto groviglio di rapporti economici e commerciali tra i soggetti che si muovono nell'ambito di questo fenomeno criminoso: un agiato ricettore che intende ottenere clandestinamente e celermente un organo pur di salvarsi la vita; dei mediatori specializzati nel settore che utilizzano il metodo corruttivo come strumento preferenziale per convincere medici e dirigenti a venire incontro alle richieste indebite; uno staff sanitario pronto a contravvenire alle disposizioni di legge per assicurarsi un guadagno economico; delle persone giuridiche che mettono a disposizione dei trafficanti i propri mezzi materiali e personali per trarne un profitto; e infine un donatore indigente disposto a vendere una parte del suo corpo pur di assicurarsi il sostentamento. Sarebbe quindi opportuno che il legislatore introduca nel d.lgs. n. 231/2001 una norma che commini all'ente, nel cui interesse o vantaggio venga commesso uno dei delitti previsti dagli artt. 22*bis* della legge n. 91/1999 e 601*bis* c.p., una sanzione pecuniaria, le sanzioni interdittive previste dall'art. 9, comma 2, del decreto legislativo, nonché la revoca dell'accreditamento<sup>77</sup>.

L'esigenza che il nostro ordinamento proceda alla ratifica della Convenzione di Santiago e al recepimento delle sue previsioni in materia penale, è stata già percepita in Parlamento, in cui il 21 giugno 2016 – mentre era in corso l'*iter* di approvazione alla Camera del d.d.l. poi confluito nella legge n. 236/2016 – il ministro Gentiloni, attuale Premier, ha presentato il disegno di legge n. 3918, intitolato "*Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi umani, fatta a Santiago de Compostela il 25 marzo 2015, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno*". Il d.d.l., approvato dalla Camera dei deputati l'11 maggio 2017 e ora passato all'esame del Senato con l'identificativo S-2833, mira a inserire, nella sezione del codice penale dedicata ai delitti contro la personalità individuale, i reati di prelievo di organi da vivente, di uso di organi illecitamente prelevati *ex vivo*, di corruzione attiva e passiva dell'esercente la professione sanitaria per il prelievo o l'uso illecito di organi (artt. 601*ter*, 601*quater*, 601*quinquies*); a introdurre la circostanza aggravante della minore età o dell'inferiorità fisica o psichica della vittima, oltre che quella della morte della persona sottoposta al prelievo o al trapianto (art. 601*sexies*); ed a prevedere la responsabilità ammi-

<sup>74</sup> Si veda S. DELLABELLA, *Europa, scomparsi nel nulla 10mila minori stranieri: la metà in Italia*, 1.2.2016, in <http://espresso.repubblica.it>: «I dati diffusi da Europol raccontano un fenomeno inquietante: chi scompare finisce spesso a lavorare in nero, e non si può escludere che qualcuno resti vittima del traffico d'organi. La rappresentante di Save the Children: "Il sistema non funziona, serve una legge che li tuteli"».

<sup>75</sup> Sulle leggende metropolitane che orbitano intorno al fenomeno del traffico di organi, si veda S. MEYER, *op. cit.*, p. 208.

<sup>76</sup> Sul punto, si ricordi la sentenza della Cass. pen., II sez., 9 luglio 2010 - 21 luglio 2010, n. 28699, secondo cui «la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, ma non sufficiente, all'esonero dalla disciplina in discorso, dovendo altresì concorrere la condizione che l'ente medesimo non svolga attività economica». Ne deriva che non soltanto le strutture sanitarie private ma anche gli enti ospedalieri a capitale "misto", pubblico e privato, possono essere responsabili in base al d.lgs. 231/2001. Sulla questione relative all'inquadramento degli enti che gestiscono attività sanitaria tra gli enti pubblici economici soggetti all'applicazione del d.lgs. n. 231/2001, si veda R. BORSARI, *Biodiritto e responsabilità penale delle persone giuridiche*, in A. BELVEDERE - S. RIONDATO (a cura di), *La responsabilità in medicina*, vol. IV del *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ - P. ZATTI, Milano, 2011, p. 864 ss.

<sup>77</sup> Sul punto, si vedano le riflessioni di R. FLOR, *Prime riflessioni a margine della nuova Convenzione del Consiglio d'Europa*, cit., p. 26 ss.

nistrativa delle persone giuridiche per tali delitti (art. 25*quinquies* 1. del d.lgs. n. 231/2001). L'approvazione definitiva del d.d.l. – che è stato oggetto di diversi emendamenti alla Camera con cui si è preso atto delle nuove disposizioni penali nel frattempo introdotte dall'intervenuta legge n. 236/2016 – si presenta come una priorità, non soltanto per la necessità formale che il nostro Stato proceda alla ratifica della Convenzione e al conseguenziale adeguamento delle disposizioni interne, ma anche per l'esigenza sostanziale di adottare delle scelte di incriminazione idonee a reprimere l'intero fenomeno criminoso, percepito in tutta la sua complessità fenomenologica.