

Riflessioni sul nuovo delitto di traffico di organi prelevati da persona vivente: passo avanti od occasione sprecata?

CARLO DE GASPERIS

SOMMARIO: 1. Il contesto normativo *ante* riforma. – 2. Il contenuto della L. 236/2016. – 3. Osservazioni e rilievi critici. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Il contesto normativo *ante* riforma.

Il 7 gennaio 2017 è entrata in vigore la Legge 11 dicembre 2016, n. 236, recante «Modifiche al codice penale e alla Legge 1° 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»¹.

Il testo, nei suoi quattro articoli, si propone l'obiettivo di predisporre uno strumentario adeguato a contrastare un fenomeno in continua e preoccupante espansione. Il commercio illegale di organi umani, infatti, ha assunto oramai dimensione transnazionale e minaccia alcuni tra i diritti fondamentali dell'uomo, quali l'integrità fisica, la libertà personale e la dignità umana.

A fronte di una problematica così rilevante, però, la legislazione nazionale si è sempre rivelata insufficiente ed inadeguata.

Proprio la lacunosità e la frammentarietà della disciplina hanno indotto il Legislatore ad intervenire nuovamente sulla questione, in modo da regolare compiutamente un fenomeno finora inspiegabilmente sottovalutato.

Al fine di esaminare nel dettaglio la normativa in esame, appare opportuno, in via preliminare, passare in rassegna le diverse leggi succedutesi nel tempo.

Molteplici sono le fonti normative che disciplinano il trapianto da persona vivente e

¹ Per una primissima analisi del testo di legge, cfr. PITTARO, *Traffico di organi umani destinati al trapianto: in gazzetta i nuovi reati*, in www.quotidianogiuridico.it; TRINCHERA, *Introdotta un nuovo delitto di traffico di organi prelevati da persone viventi*, in www.penale-contemporaneo.it.

da cadavere². Sul versante penalistico, al contrario, l'apparato sanzionatorio si presenta particolarmente ridotto.

In particolare, la L. 91/1999, oltre a prevedere l'istituzione del Centro Nazionale Trapianti, punisce all'art. 22 chi procura un organo o un tessuto prelevato da soggetto di cui sia stata accertata la morte³.

Per quanto riguarda il traffico di organi *ex vivo*, invece, l'area di rilevanza penale del fatto si limitava (prima della riforma) a comprendere esclusivamente la condotta di chi svolge opera di mediazione nella donazione di un rene (art. 7 L. 458/1967) o di qualsiasi altro organo (art. 22 *bis* L. 91/1999, introdotto con la L. 228/2012)⁴.

Il panorama normativo si arricchisce, infine, delle indicazioni provenienti dalle fonti sovranazionali. Il Consiglio d'Europa, infatti, prima con la Convenzione di Oviedo⁵ e poi con la Convenzione di Santiago de Compostela⁶, ha svolto un ruolo propulsivo, di impulso alla redazione del testo di legge in commento.

2. Il contenuto della L. 236/2016.

La L. 236/2016, come già detto, si struttura in quattro articoli.

L'art. 1 introduce nel codice penale l'art. 601 *bis*, il cui primo comma punisce con la reclusione da tre a dodici anni e la multa da euro 50.000 a euro 300.000 «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».

La scelta topografica è diretta al rafforzamento del sistema di tutela penale: la norma in esame, infatti, si colloca dopo i delitti di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù (art. 600 c.p.) e tratta di persone (art. 601 c.p.)⁷. In queste fattispecie, a differenza dell'art. 601 *bis* c.p., l'oggetto immediato del reato è la persona, mentre l'organo o parte di esso costituisce rispettivamente l'oggetto della costrizione per l'art. 600 c.p. («costringendola

² Per una completa rassegna normativa, v. Legge 3 aprile 1957, n. 235, in materia di «Prelievo di parti del cadavere a scopo di trapianto terapeutico»; Legge 26 giugno 1967, n. 458, in materia di «Trapianto del rene tra persone viventi»; Legge 2 dicembre 1975, n. 644, «Disciplina dei prelievi di parti di cadavere a scopo di trapianto e norme sul prelievo dell'ipofisi da cadavere a scopo di produzione di estratti per uso terapeutico»; Legge 12 agosto 1993, n. 301, «Norme in materia di prelievi ed innesti di cornea»; Legge 1 aprile 1999, n. 91, «Disposizioni in materia di prelievi e trapianti di organi e di tessuti»; Legge 16 dicembre 1999, n. 483, «Norme per consentire il trapianto parziale di fegato»; Legge 19 settembre 2012, n. 167, «Norme per consentire il trapianto parziale di polmone, pancreas e intestino tra persone viventi».

³ Mentre nella fattispecie delittuosa di cui al comma III è richiesto il dolo specifico del fine di lucro, il delitto *ex* comma IV, attraverso l'uso dell'avverbio «abusivamente», prescrive la contrarietà alle regole che governano il sistema legale dei trapianti da persona defunta.

⁴ Con specifico riguardo al delicato rapporto tra queste due norme, cfr. TIGANO, *La repressione del traffico di organi prelevati da vivente: verso il nuovo art. 601 bis c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4, 2015, 1803 ss.

⁵ Protocollo aggiuntivo alla Convenzione per i diritti umani e la biomedicina concernente i trapianti di organi e di tessuti di origine umana, Oviedo, 24 gennaio 2002.

⁶ Convenzione internazionale contro il traffico di organi umani, Santiago de Compostela, 25 marzo 2015 (non ancora entrata in vigore per la mancata ratifica da parte di cinque Paesi, di cui almeno tre membri del Consiglio d'Europa). Per un'analisi approfondita della Convenzione, v. FIOR, *Prime riflessioni a margine della nuova Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi umani*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 ss.

⁷ Così come modificati dal d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, attuativo della Direttiva 2011/36/UE, in materia di prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e protezione delle vittime.

(...) a sottoporsi al prelievo di organi»), e l'oggetto del dolo specifico per l'art. 601 c.p. («al fine di indurle o costringerle (...) a sottoporsi al prelievo di organi»).

Da un'analisi logico-giuridica della disposizione si possono evidenziare i principali elementi strutturali.

Appare evidente, innanzitutto, che si tratta di un reato comune («Chiunque») e di una norma a più fattispecie, in quanto vengono descritte una pluralità di condotte fungibili e alternative mediante le quali può essere integrata un'unica norma incriminatrice.

L'avverbio «illecitamente», poi, configura una clausola di c.d. antiggiuridicità speciale, attraverso cui si integra la condotta tipica con un elemento ulteriore di illiceità, desumibile da una norma diversa da quella incriminatrice⁸. La disposizione in esame, pertanto, è destinata a trovare applicazione solo in caso di violazione della disciplina attualmente in vigore in materia di trapianto di organi e tessuti prelevati da vivente.

Molteplici sono le condotte che compongono l'elemento oggettivo dell'art. 601 *bis* c.p.

L'uso del verbo «commercia» ha la finalità di reprimere la condotta di quegli intermediari commerciali che, sfruttando la loro posizione all'interno del mercato, acquistano l'organo per poi rivenderlo ad un prezzo più alto⁹.

I termini «vende» e «acquista», invece, prescindono del tutto dal fine di lucro che muove l'agente e, perciò, viene colpito direttamente il singolo atto di acquisto o di vendita. In questo modo, però, potrebbe rientrare nel novero dei soggetti attivi sia la posizione del donatore che quella del beneficiario.

Ancora, l'espressione «procura» è diretta espressione della scelta di politica-criminale di punire il traffico di organi nella totalità delle sue possibili manifestazioni. Svolge, pertanto, una funzione residuale, di completamento, in quanto rimanda a tutte quelle azioni idonee a condurre l'organo nella materiale disponibilità del terzo.

Maggiori problemi esegetici derivano, infine, dalla condotta di chi «tratta». L'ambito semantico del termine, infatti, si presta a due differenti interpretazioni: da un lato, potrebbe essere utilizzato come sinonimo di impiegare, manipolare, conservare; dall'altro, il verbo trattare potrebbe rimandare al contenuto del delitto di tratta di persone di cui all'art. 601 c.p.¹⁰.

Il dolo è generico e consiste nella coscienza e volontà di compiere una delle condotte descritte dalla norma, con la consapevolezza di non rispettare le regole che governano il sistema legale dei trapianti.

Il comma II dell'art. 601 *bis*, invece, prende in esame il fenomeno del c.d. «transplantation packages». Per turismo dei trapianti si intende sia quella pratica secondo cui i pazienti, solitamente provenienti da paesi ricchi, si recano all'estero, solitamente in paesi poveri,

⁸ Per una trattazione esaustiva dell'argomento, v. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, 190 ss.

⁹ Sotto tale profilo, quindi, la norma è costruita in modo perfettamente speculare all'art. 22, comma III, L. 91/1999, in materia di organi prelevati da persona deceduta.

¹⁰ TIGANO, *La repressione del traffico di organi*, cit., 1807 ss., secondo cui la seconda interpretazione sarebbe da respingere, in quanto il termine tratta *ex art.* 601 c.p. si riferisce agli esseri umani e non agli organi.

per acquistare organi da persone in gravi difficoltà economiche; sia l'attività delle organizzazioni di intermediazione dedite alla semplice divulgazione di informazioni¹¹.

La disposizione, pertanto, punisce con la reclusione da tre a sette anni e la multa da euro 50.000 a euro 300.000 «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».

Attraverso tale fattispecie si persegue l'intento di anticipare la tutela, incriminando condotte prodromiche rispetto al delitto di mediazione nella donazione di organi prelevati da vivente di cui all'art. 22 *bis*, comma I, L. 91/1999.

Allo stesso tempo, però, la clausola di sussidiarietà con cui si apre la norma («Salvo che il fatto costituisca più grave reato») consente a tutte le attività di pubblicità, dotate di effettiva rilevanza causale rispetto alla mediazione, di essere lette come un concorso morale nel reato realizzato, nella forma dell'istigazione.

L'art. 2 L. 236/2016 modifica il reato di associazione per delinquere, di cui all'art. 416 c.p.

Viene, nello specifico, ampliato l'elenco dei reati-scopo previsti dalla circostanza aggravante di cui al VI comma della fattispecie in esame, che ricomprende così anche le ipotesi delittuose descritte dagli artt. 601 *bis* c.p., 22, commi III e IV, e 22 *bis*, comma I, L. 91/1999.

Il Legislatore, in tal modo, sembra voler uniformare la disciplina interna ai dettami provenienti dalla Convenzione di Santiago de Compostela, la quale, all'art. 13, lett. a, richiede che la pena venga aggravata quando «the offence was committed in the framework of a criminal organisation».

Gli ultimi due articoli della L. 236/2016 hanno il compito di riordinare e razionalizzare il *corpus* di norme complementari esistenti in materia.

In particolare, l'art. 3, intervenendo sulla L. 91/1999, da un lato, aumenta la pena detentiva per il reato di mediazione nella donazione di organi da vivente (sostituendo «da tre a sei anni» con «da tre a otto anni») e, dall'altro, elimina l'illecito amministrativo di cui al comma II dell'art. 22 *bis*, L. 91/1999, oramai sostituito dal comma II dell'art. 601 *bis* c.p.

L'art. 4, infine, abroga il delitto di mediazione nella donazione di un rene, previsto dall'art. 7 L. 458/1967.

In questo modo, viene finalmente risolta alla radice la problematica interpretativa circa il rapporto tra questa norma e l'art. 22 *bis*, comma I, L. 91/1999, evitando l'irragionevole discriminazione sanzionatoria tra chi presta opera di mediazione nella donazione di un rene e chi effettua la mediazione nella donazione di altri organi¹².

¹¹ Al riguardo, v. FRATI, CAMPOLONGO, DI SANZO, LA RUSSA, SANTURRO, TORSSELLO-FINESCHI, *Il commercio di organi umani fra normativa nazionale e internazionale*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 2, 2016, 683 ss.; MC GUINNES, MC HALE, *Transnational crimes related to health: how should the law respond to the illicit organ tourism?*, in *Legal Studies*, vol. 34, 4, 2014, 682 ss.

¹² Nello specifico, il dibattito concerneva la perdurante vigenza dell'art. 7 L. 458/1967 a seguito dell'introduzione dell'art. 22 *bis*. Mentre una prima tesi riteneva che in assenza di un'abrogazione espressa dovesse applicarsi il brocardo *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, un differente approccio ermeneutico reputava che dovesse prevalere la regola cronologica dell'operatività della legge

3. Osservazioni e rilievi critici.

Dopo aver esaminato le modifiche e le novità apportate dalla L. 236/2016, occorre interrogarsi sull'effettivo valore del testo di legge, soffermando l'attenzione sia sulle note positive della riforma che sulle questioni problematiche rimaste irrisolte.

Innanzitutto, è da salutare con favore e da non sottovalutare la scelta di intervenire direttamente sul codice, senza incrementare ulteriormente la frammentarietà della legislazione speciale. È perfettamente condivisibile, infatti, l'intenzione del Legislatore di restituire centralità e organicità al codice penale, inteso come espressione dei valori condivisi nella società.

Di conseguenza, la collocazione sistematica dell'art. 601 *bis* c.p. all'interno della Sezione I, del Capo III, del Titolo XII, del Libro II consente l'operatività dell'art. 604 c.p. Questa norma, in deroga agli artt. 9 e 10 c.p., garantisce la punibilità del traffico di organi prelevati da persona vivente anche «quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano, ovvero in danno di cittadino italiano, ovvero dallo straniero in concorso con cittadino italiano».

La L. 236/2016 ha, poi, il merito fondamentale di aver rigenerato l'attenzione e l'interesse nei confronti di un fenomeno grave ed incombente, quale il traffico di organi umani.

Le maggiori perplessità, invece, scaturiscono dalla discutibile scelta di includere tra i possibili soggetti attivi sia i donatori che i beneficiari.

La vulnerabilità fisica del beneficiario e la vulnerabilità economica del donatore, infatti, inducono a considerare questi individui quali “soggetti deboli” del sistema. Per tali ragioni, si sarebbe potuta costruire una causa di non punibilità od una circostanza attenuante speciale, capace di sanare questa contraddizione.

Queste considerazioni problematiche, a cascata, si riflettono sull'individuazione del bene giuridico tutelato.

Diviene, dunque, complicato conciliare l'incriminazione di donatore e beneficiario con il bene giuridico di categoria. La libertà individuale, infatti, consiste nella «pretesa strettamente individuale all'assenza di limitazioni poste da terzi a talune specifiche forme di manifestazioni della sfera di autonomia del singolo»¹³. L'impostazione legislativa, al contrario, non limitando la rilevanza penale alla condotta degli intermediari e di tutti i soggetti terzi che concorrano nel processo di circolazione illecita dell'organo, sostiene la visione paternalistica secondo cui il fine di tutelare il commercio lecito di organi giustifica la punibilità dello stesso soggetto passivo del reato¹⁴.

successiva, poiché la discordanza logica tra le due norme è tale da rendere inconcepibile la coesistenza tra la normativa speciale anteriore e quella generale successiva.

¹³ FLICK, *Libertà individuale (delitti contro la)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXIV, [INSERIRE CITTÀ?], 1974, 539 ss.

¹⁴ La stessa considerazione critica viene mossa dalla dottrina spagnola nei confronti del nuovo art. 156 *bis* del codice penale spagnolo, che introduce il delitto di “Tráfico de órganos”. Per una esauriente disamina della materia v. CALDERÓN, *Una primera aproximación al artículo 156 bis del código penal: ¿un futuro ejemplo más del derecho penal simbólico?*, in *Revista de derecho penal y criminología*, n.

In altre parole, al fianco dell'integrità fisica e della dignità umana si configura un altro bene-funzione, costituito dal corretto andamento del circuito legale dei trapianti. La persona indicata come offesa dal reato, quindi, potrebbe allo stesso tempo essere responsabile della violazione di tale bene giuridico superindividuale.

Dal punto di vista formale, inoltre, l'elemento oggettivo avrebbe potuto essere arricchito delle condotte di istigazione e reclutamento, per anticipare la tutela penale a condotte preliminari alla mediazione, adeguando così il dettato normativo all'art. 7 della Convenzione di Santiago de Compostela, nella parte in cui prevede che venga punita «the solicitation and recruitment of an organ donor or a recipient, where carried out for financial gain or comparable advantage for the person soliciting or recruiting, or for a third party».

Da ultimo, ci si sarebbe potuti aspettare dal Legislatore l'inserimento dei delitti in materia di traffico di organi nell'elenco dei reati-presupposto per la responsabilità delle persone giuridiche *ex d.lgs. 231/2001*¹⁵. Appare, infatti, davvero complicato ipotizzare che la commissione di questi reati avvenga al di fuori delle strutture sanitarie e senza il contributo del personale specializzato.

4. Considerazioni conclusive.

Alla luce delle novità legislative introdotte dalla L. 236/2016, che in questa sede si è tentato di riportare nel modo più chiaro ed esauriente possibile, appare opportuno esprimere qualche ultima brevissima riflessione.

Al fine di verificare la concreta ed effettiva capacità repressiva della riforma sarà certamente necessario attendere l'elaborazione giurisprudenziale ma, ad avviso dello scrivente, il testo di legge in commento, nonostante le diverse perplessità rimaste insolute, rappresenta un piccolo passo avanti nella regolamentazione di un fenomeno difficile da inquadrare, di frontiera, che interessa tanto il diritto interno quanto la normativa emanata a livello internazionale.

Le indicazioni provenienti dal Consiglio d'Europa e la presa di coscienza di una normativa frammentata ed insufficiente, infatti, hanno condotto alla stesura di una legge che si propone di approntare uno strumentario penalistico serio ed organico.

Al contempo, però, occorre sottolineare che il quadro normativo non sarà completo fino a che non verrà approfondito il versante preventivo, completamente trascurato dalla legge in esame. Un ulteriore passo avanti, infatti, non può che consistere nella realizzazione, a livello internazionale, di una cooperazione giudiziaria e di una armonizzazione normativa volta alla omogeneizzazione delle risposte sanzionatorie.

11, 2014, 147 ss.

¹⁵ In conformità, altresì, con l'art. 11 della Convenzione di Santiago de Compostela, che descrive i casi di «Corporate liability».