

TRENTINO



PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO  
Assessorato alla Salute e Politiche sociali



*Azienda Provinciale  
per i Servizi Sanitari*

infosalute 37

## Donazione d'organi

La gratuità di un gesto quale strategia europea ed internazionale per fermare la vendita e il traffico d'organi

Riva del Garda – 23.01.2015





**Donazione d'organi.**  
La gratuità di un gesto quale strategia  
europea ed internazionale per fermare  
la vendita e il traffico d'organi

Riva del Garda – 23.01.2015

a cura di Lucia Pilati

Edizioni  
Provincia autonoma di Trento  
Assessorato alla Salute e Politiche sociali

Trento, 2016

## infosalute 37

**Donazione d'organi. La gratuità di un gesto quale strategia europea ed internazionale per fermare la vendita e il traffico d'organi**

Riva del Garda – 23.01.2015

a cura di Lucia Pilati

Assessorato alla Salute e Politiche sociali  
Via Gilli 4 – 38121 Trento  
tel. 0461. 494171 – fax 0461. 494159  
[www.trentinosalute.net](http://www.trentinosalute.net)

Coordinamento Aziendale per le attività di trapianto e donazione di organi e tessuti, APSS  
Ospedale S. Chiara, piano 5  
Largo Medaglie d'oro 9 – 38122 Trento  
tel. 0461. 903298  
[coordinamentotrapianti@apss.tn.it](mailto:coordinamentotrapianti@apss.tn.it)

Servizio formazione, APSS  
Via Paolo Orsi 1 – 38122 Trento  
tel. 0461. 903032  
[servizio.formazione@apss.tn.it](mailto:servizio.formazione@apss.tn.it)

Stampato per conto della Casa editrice Provincia autonoma di Trento dal Centro Duplicazioni PAT – Trento

© copyright Giunta della Provincia autonoma di Trento – 2016

L'utilizzo del materiale pubblicato è consentito con citazione obbligatoria della fonte

# Presentazione

Ringrazio l'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento e la Dr.ssa Lucia Pilati, Coordinatore Regionale per le Attività di Trapianto e Donazione di Organi e Tessuti, di aver dato la dovuta visibilità al grave problema emergente della vendita e del traffico internazionale d'organi.

È ormai tristemente noto che questo fenomeno, che colpisce esclusivamente i soggetti vulnerabili del pianeta e viola la dignità dell'uomo, è in forte crescita in alcune aree del mondo. Fortunatamente l'Italia ne è a tutt'oggi risparmiata ma è solo attraverso una profonda conoscenza del problema ed un'attitudine vigile che sarà possibile sconfiggere queste pratiche criminali.

Questo volume è frutto della collaborazione di esperti nelle discipline direttamente attinenti a queste attività illecite riunitisi a Riva del Garda in occasione del Convegno *"Donazione d'organi – La gratuità di un gesto quale strategia europea ed internazionale per fermare la vendita e il traffico d'organi"*, che si è tenuto nel gennaio 2015. Suo obiettivo è quello di presentare una visione globale del fenomeno della vendita e traffico d'organi. Agli Autori va il mio più sincero apprezzamento per essere riusciti a fornire una disamina concisa ma al contempo completa, chiara ed aggiornata degli aspetti medico-legali, giuridici nazionali ed internazionali, etici e filosofici riguardanti la pratica della donazione d'organi e gli aspetti criminali della vendita e del traffico d'organi umani. Sono convinto che questo volume rappresenterà un importante strumento di conoscenza del problema e contribuirà alla lotta di questo lato oscuro della medicina del trapianto.

**Emanuele Cozzi**

*Responsabile UOSD di Immunologia dei Trapianti  
Azienda Ospedaliera di Padova*

*Esperto per il Trapianto  
Delegazione Italiana presso il Consiglio d'Europa  
Strasburgo*



# Indice

LUCIA PILATI

**Premessa** ..... **7**

ALESSANDRO NANNI COSTA

**Traffico di organi** ..... **9**

ROBERTO FLOR

**Le prospettive attuative della Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi umani e la tutela penale della salute e della dignità umana** ..... **13**

1. E se fosse una storia vera? ..... 13

2. Dal "turismo dei trapianti"... ..... 14

3. ...alla nuova Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi umani (rinvio) ..... 18

4. Verso un "diritto penale del traffico di organi": breve background storico. .... 18

5. Prima lettura della Convenzione: quale approccio sistematico? ..... 19

6. Il sistema italiano alla prova: elementi critici e prospettive di riforma alla luce della Convenzione del Consiglio d'Europa ..... 29

7. Conclusioni e prospettive *de jure condendo* ..... 40

ALESSANDRA PIETROBON

**Gli effetti della convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta al traffico di organi, nell'ordinamento degli Stati contraenti e i possibili riflessi verso Stati terzi.** ..... **45**

1. La convenzione di Santiago de Compostela: natura ed effetti ..... 45

2. I principi fondamentali: libertà e gratuità della donazione di organi ..... 47

3. Gli effetti riflessi della convenzione, verso i Paesi terzi ..... 51

4. Il reato di uso di organi illecitamente prelevati ..... 52

5. Le prospettive di adesione alla convenzione da parte di Stati non membri del Consiglio d'Europa ..... 54

STEFANO SEMPLICI

**I poveri vendono e i ricchi comprano? Il traffico di organi come problema di "giustizia" globale . . . . . 57**

FRANCA PORCIANI

**La storia del traffico d'organi. . . . . 67**

**Bibliografia essenziale . . . . . 81**

PAOLO SOMMAGGIO

**Merci Umane? Un itinerario socratico tra gratuità e remunerazione . . . . . 83**

1. Introduzione. . . . . 83

2. Uno sguardo al passato . . . . . 86

3. La disposizione di parti del corpo . . . . . 86

4. La disciplina dei prelievi da vivente . . . . . 88

5. La relazione tra soggetto e parti del corpo: le teorie giuridiche più diffuse. . . . . 91

6. La gratuità della disposizione come valore . . . . . 93

7. Le ragioni a favore della gratuità . . . . . 99

8. Alcune tesi a favore della commerciabilità. . . . . 104

9. Le ragioni di Engelhardt a favore della commercializzazione. . . . . 107

10. Le ragioni di Lockwood a favore della commercializzazione. . . . . 109

11. Una mediazione tra commerciabilità e gratuità. . . . . 110

12. Osservazioni conclusive . . . . . 115

MARIO PICOZZI

**La logica del dono e il trapianto di organi. . . . . 121**

1. Introduzione. . . . . 121

2. Legame sociale e circolazione delle cose. . . . . 121

3. La logica del dono . . . . . 123

4. Dono e trapianto. . . . . 128

LUCIA PILATI

**Conclusioni . . . . . 131**

**Gli Autori. . . . . 133**

**Appendice. . . . . 135**

# Premessa

LUCIA PILATI

«Il traffico di organi è un'inaccettabile mercificazione di esseri umani, che prospera sul bisogno dei "donatori" e dei "riceventi". I più deboli sono i primi ad essere colpiti dalla legge della domanda e dell'offerta. È una negazione della dignità umana. Le persone i cui organi sono prelevati per trafficarli sono in realtà vittime, anche quando hanno dato il loro consenso.»

*International Bioethics Committee of UNESCO, Report on the principle of Non-discrimination and Non-stigmatization.*

Il 23 gennaio 2015, a Riva del Garda, si è tenuto un congresso promosso dall'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento dedicato alla donazione degli organi, con l'attenzione rivolta in particolare al traffico e alla vendita d'organi. All'evento è stata riconosciuta la partecipazione della Presidenza della Repubblica, nonché il patrocinio dell'Unesco, del Ministero della Salute, del Centro Nazionale Trapianti, della Provincia Autonoma di Trento, dell'Università degli Studi di Trento, della Fondazione Bruno Kessler e di tutti gli ordini professionali coinvolti. L'incontro era rivolto a operatori sanitari, avvocati, giornalisti, forze dell'ordine, magistrati, filosofi, eticisti e ad associazioni del settore. La scelta di coinvolgere tutte queste categorie professionali nasce dalla convinzione che la donazione, la vendita ed il traffico d'organi sono argomenti trasversali a tutta la collettività e questo seminario è stato innanzitutto un momento importante di informazione e sensibilizzazione.

Il 9 luglio 2014 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha adottato la "Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi umani", una convenzione internazionale aperta alla firma e alla ratifica anche degli Stati non membri del Consiglio d'Europa. Di fatto la Convenzione rende il traffico di organi umani a scopo di trapianto un reato penale internazionale ed è quindi uno strumento giuridico fondamentale che per la prima volta raggiunge le pratiche di trapianto illecite collocandole all'interno di un quadro di diritto completo. Inoltre essa vuole garantire la dignità umana, che deve essere rigorosamente rispettata in qualsiasi procedura di trapianto.

Oltre all'Italia, dove la complessa ed articolata rete trapianti sembra in grado di impedire il ricorso all'acquisto e al traffico di organi, molti altri Stati hanno condiviso l'esigenza di prevenire il fenomeno.

Purtroppo nel mondo esistono realtà dove la vendita d'organi è considerata legale e altre, tutte del profondo e poverissimo sud del mondo, dove la povertà e

la disperazione sono terreno di guadagno per trafficanti senza scrupoli, mentre il ricco nord trova risposte immorali alla carenza d'organi.

L'OMS stima che ogni anno siano effettuati oltre 10.000 trapianti di organi derivanti da traffico illegale. Le cause sono molteplici: sproporzione tra organi disponibili e necessari, povertà e, soprattutto, criminalità alla ricerca di facili guadagni.

Pur non trattandosi di un'emergenza italiana, è importante sensibilizzare la comunità nazionale e quella internazionale ad anteporre allo sfruttamento di persone in difficoltà la dignità umana che deve essere sempre rigorosamente rispettata. La necessità di vendere una parte di sé per pagare un debito o per nutrire la propria famiglia non lascia spazio alla dignità, né può essere considerata espressione di libertà.

Acquistare un organo e indurre qualcuno a vendere se stesso saccheggia un individuo della propria umanità.

La donazione, libera, gratuita ed anonima, è fondamento ed architrave per un trapianto che sia basato sul rispetto e sulla tutela di tutti, riceventi e donatori.

# Traffico di organi

ALESSANDRO NANNI COSTA

Il traffico di organi è un problema globale ed è legato ad attività illecite di gruppi transnazionali. Spesso questo argomento è trattato con superficialità e in termini scandalistici, con tempi e modi che non permettono di capire bene cosa facciamo in Italia e come operi la rete trapiantologica italiana per tutelare i cittadini e i pazienti da questo problema. In questo i media dovrebbero aiutarci ad informare correttamente e a spiegare in modo chiaro ai cittadini, per evitare allarmismi e confusione su un tema così importante e delicato.

Il traffico di organi è un argomento spinoso e l'occasione di un convegno permette di promuovere un dibattito sulle questioni importanti che riguardano questo tema. Secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità circa il 30% dei trapianti di rene da vivente non vengono eseguiti nel rispetto dei principi stabiliti dalla *Dichiarazione di Istanbul sul Traffico di Organi e sul Turismo del Trapianto* che impedisce a livello internazionale l'acquisto e la vendita di organi umani per trapianti.

Il nostro Paese fa parte dal 1997 di una importante azione a livello internazionale promossa dal Consiglio d'Europa, la Convenzione di Oviedo, che stabilisce chiaramente i punti principali per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della Dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazione della biologia e della medicina.

Il traffico di organi viola la dignità dell'essere umano e per questo il Consiglio d'Europa, il cui compito primario è quello di salvaguardare e promuovere i diritti umani e i valori democratici, intende chiarire il punto di vista dell'Europa contro il traffico di organi creando un network internazionale che cooperi per punire chi è coinvolto nel traffico di organi.

In Europa il traffico di organi è una pratica vietata e normata in ciascun paese dalle singole legislazioni. Secondo gli osservatori internazionali vi è una direzione specifica del traffico di organi: le reti di malaffare internazionale reperiscono gli organi nel sud-est asiatico e nel Centro-Sud America dove le procedure di donazione e di trapianto e la legislazione sono meno rigide e non votate alla

salvaguardia della donazione libera e consapevole e al rispetto della dignità umana e dove esistono sia strutture sia medici che eseguono tali interventi.

Quando si parla di Traffico di organi non si considera che in alcuni Paesi non è un atto criminoso comprare un organo e addirittura sono proprio i nefrologi a proporre la donazione rimborsata come soluzione alla carenza di organi. Inoltre, ad esempio in Pakistan, un paziente che ha bisogno di un trapianto può portare il proprio donatore senza dimostrarne la parentela. In Iran esistono organizzazioni note al governo che si occupano di selezionare e pagare i donatori per i prelievi di organi ed esistono addirittura dei tariffari.

In Italia anche per gli organi che provengono da donatori all'esterno, in base all'accordo di collaborazione internazionale tra l'Italia stessa e i Paesi Europei del SAT (South Transplant Alliance), esiste un punto di controllo e delle regole precise e sicure di tracciabilità. La trasparenza dell'assegnazione di organi, con i criteri specifici del computer e risultati di compatibilità, assicura un'equa assegnazione sul territorio nazionale con regole ben precise. La Rete italiana è blindata al punto che non è possibile che si sviluppi una rete illecita di prelievo e trapianto nel nostro Paese e la possibilità di essere scoperti è altissima e questo perché il meccanismo del nostro sistema include il paziente nel processo: il paziente in attesa non può scomparire dalla lista e ricomparire trapiantato senza che si sappia.

Non si può, tuttavia, escludere che singoli soggetti in condizioni di malattia e che abbiano disponibilità economiche si rivolgano a organizzazioni internazionali dedite al traffico di organi.

Il paziente che fa questo è perseguibile? Dal nostro punto di vista, una volta rientrato in Italia, il paziente deve essere sempre preso in cura, per il principio di universalità della cura del sistema sanitario nazionale e il diritto all'assistenza. Ma di quanti pazienti stiamo parlando? Direi davvero pochi, dieci o meno potrebbe essere l'ordine di grandezza più verosimile, ma la rete italiana sta impostando una ricerca su questo punto per limitare ulteriormente i casi.

Proprio per individuare, tracciare e colpire ogni singolo anello di questa catena di illegalità, l'Europa intende agire unitamente per individuare e bloccare anche i comportamenti illegali del singolo, seppur avvenuti fuori dal proprio paese d'origine: i medici che hanno in cura dei pazienti in attesa di trapianto dovranno monitorare i loro pazienti, scoraggiare chiunque manifesti il desiderio di esplorare la possibilità di ricevere il trapianto in zone del mondo a rischio di traffico, segnalare eventuali soggetti/pazienti di cui si sospetta abbiano fatto parte di una catena di illegalità.

Un paziente che abbia subito un trapianto in un paese diverso da quello di residenza, come già avviene, per entrare nel programma di follow-up (che garantirà i controlli per il resto della vita al paziente trapiantato) dovrà presentare una

completa e accurata documentazione riguardante il suo caso clinico. In caso di trapianti da effettuarsi sul territorio nazionale tra soggetti che provengono dalle zone del mondo considerate a rischio (sud-est asiatico, centro e sud America) bisognerà, come in Italia già avviene ora, effettuare accurati controlli per assicurarsi che le persone che dichiarano di voler entrare in un processo di donazione siano congiunti o affettivamente relati del paziente ricevente e che stiano offrendo di diventare donatore in assoluta libertà e consapevolezza.

L'Italia è fortemente impegnata nella lotta al traffico di organi per prevenire i casi di mercato illecito di organi, per tutelare e proteggere quei soggetti vulnerabili e deboli che cadono nella rete della donazione rimborsata e soprattutto per condannare una sistema legale che in alcuni Paesi consente questo tipo di azioni. Con questi obiettivi, condivisi con circa 14 i Paesi europei, l'Italia intende sottoscrivere una nuova Convenzione che porterà avanti questa battaglia definendo uno strumento unico e condiviso a livello internazionale per combattere il traffico di organi.



# Le prospettive attuative della Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi umani e la tutela penale della salute e della dignità umana

ROBERTO FLOR

## 1. E se fosse una storia vera?

*Ho una malattia renale policistica bilaterale. Mi serve un rene nuovo. Inizio a navigare in Internet e scopro che esiste la possibilità di averlo senza rispettare lunghe liste di attesa. Devo solo pagare.*

*Dopo alcune ricerche decido di partire per il "Regno degli Dei", dove si trova il National Cloud Center, la più nota struttura privata locale per la cura dei reni. È sufficiente rivolgersi a qualsiasi para-medico, infermiere, barelliere o guardiano per avere numeri di telefono e contatti.*

*Trovo il mio intermediario. È "Piccolo Dio", abitante del Regno degli Dei, che mi spiega la procedura da seguire. Prima di tutto devo dichiarare di essere arrivato nel Regno vent'anni fa, che ho avuto una breve relazione con una Dea dalla quale è nato un figlio, che non ho purtroppo potuto portare con me nel "Mondo Terreno". È sufficiente dichiarare che lo ho sempre aiutato da lontano. Ora lui è diventato adulto e per ringraziarmi, sapendo che sono in condizioni di salute critiche, decide di donarmi un rene. Basta "solo" falsificare un documento di paternità con il timbro del ministero, che attesta la relazione di consanguineità. Unica condizione, nel Regno degli Dei, per ammettere la donazione. Ma mi sorge un dubbio. Sua madre? Chi è? Nessun problema. Nel Regno degli Dei è possibile trovare una donna, più o meno mia coetanea, che conferma relazione, maternità e paternità. A quale prezzo? Mille euro per il donatore, mille euro per l'intermediario, duecento euro per gli esami, ricovero, operazione e medicine a carico mio. Serve solo un c.d. "watchman". "Watchman"? Non so neppure cosa significhi. Nessun problema. Me lo procura "Piccolo Dio". A cosa serve? Nel caso in cui il donatore cambiasse idea lui ha il compito di impedirlo.*

*Ma chi sono i donatori? Sono gli abitanti più poveri del Regno degli Dei. Farebbero di tutto per poter sfamare i loro figli o per poter aprire un piccolo negozio e sopravvivere. Fatti loro. L'importante è che io riesca ad avere il mio rene. Un paio di giorni dopo andiamo a fare le analisi. Passa un altro giorno e finalmente incontro il chirurgo, già informato dal mio mediatore.*

*È giunto il momento. Arrivo all'ospedale "Apollo". Entro e mi dirigo al reparto di nefrologia presso lo studio del chirurgo a cui spiego brevemente la mia situazione,*

*fingendo di non sapere che ha già parlato con il mediatore. «La nostra media di successo, nel trapianto dei reni, sfiora il 99 per cento. Abbiamo i migliori farmaci antirigetto, stanze private con aria condizionata e un secondo letto per l'accompagnatore [...]. Naturalmente dobbiamo ripetere gli esami, a lei e al donatore, ma in tre o quattro giorni si conclude tutto. Poi è previsto un periodo di dialisi, qui da noi, ed è pronto per il trapianto. Trenta giorni circa di convalescenza e può tornare a casa con il suo rene nuovo». I costi? Cinquemila euro, medicinali esclusi. Ho una malattia renale policistica bilaterale. Sono andato nel "Regno degli Dei", ho trovato un "Piccolo Dio", ho pagato qualche (pochissime, rispetto al valore di una vita) migliaia di euro per ottenere il rene da un giovane abitante del "Regno" che si finge mio figlio. Come sarà la sua vita d'ora in poi? Non lo so. Forse non mi interessa realmente. Forse la mia coscienza sarà appagata inviando un po' di euro una volta all'anno. Voglio solo tornare a casa dalla mia famiglia, con un rene nuovo che mi permetterà di sopravvivere.<sup>[1]</sup>*

## 2. Dal "turismo dei trapianti" ...

Dalla fine degli anni '80 la *World Health Organization* ha lanciato gli *alerts* dovuti all'esponenziale diffusione del mercato degli organi umani, soprattutto a causa della crescita della domanda, pur ammettendo la difficoltà nel reperire dati certi sul traffico a fini di lucro o sul trapianto illegale.<sup>[2]</sup>

---

<sup>[1]</sup> La storia riportata, pur semplificata e riadattata, è basata su fatti reali ed è tratta da un'inchiesta dell'*Espresso*, a firma di Alessandro Gilioli, dal titolo "*Ho comprato un rene in Nepal*" (Fonte: *l'Espresso*, 24 maggio 2007, reperibile anche in <http://www.personaedanno.it/>, 7 giugno 2007). Vedi anche A. GILIOLI, *Premiata macelleria delle Indie*, Milano, 2008, in cui l'Autore ha attraversato India, Nepal, Birmania e Buthan descrivendo la tragica realtà sociale, caratterizzata da traffico d'organi e di esseri umani, da campi profughi e di guerriglieri maoisti, di schiavi e di soldati bambini, di narcotraffico e di sfruttamento della prostituzione. Cfr. altresì F. PORCIANI, *Traffico di organi. Nuovi cannibali, vecchie miserie*, Milano, 2012. L'Autrice riporta i dati ricavati sia da inchieste giornalistiche, sia da rapporti ufficiali, denunciando una sorta di «inganno sensazionalistico», ossia quello di considerare il traffico di organi come una "leggenda metropolitana". Per ulteriori e drammatiche testimonianze vedi i casi "Jane Doe" - riportato da M. GOODWIN, *Black Markets. The Supply and Demand of Body Parts*, Cambridge, 2006, 187 e ss. - e "Medicus", in cui alcuni medici della clinica privata Medicus, in Kosovo, avrebbero «reclutato, trasportato, trasferito, dato rifugio a, ricevuto» persone di varie nazionalità al fine di espianarne gli organi, abusando della loro posizione di vulnerabilità, in relazione alle condizioni finanziarie particolarmente precarie e, in taluni casi, per mezzo di frode o violenza (cfr. F. BUATIER DE MONGEOT, "*Traffico di esseri umani finalizzato all'espianato di organi: il caso Medicus*", in *Questione e Giust.*, 23 gennaio 2014; F. FLORIT, "*Medicus, Marty e minima moralia. Un processo penale a Pristina (Kosovo) nelle acque tormentate della diplomazia internazionale*", *ivi*, 23 gennaio 2014).

<sup>[2]</sup> Cfr. WHO, "*Human Organ Transplantation, A Report on Developments under the auspices of WHO (1987- 1991)*", in *International Digest of Health Legislation*, vol. 42, Geneva, 1991, 389 e ss., nonché <http://www.who.int/bulletin/volumes/82/9/feature0904/en/>. Si vedano, in particolare: *Risoluzione 44.25/1991*; *Risoluzione 57.18/2004* e *Risoluzione 63.22/2010*. Più di recente vedi anche il documento del COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, "*Traffico illegale di organi umani tra viventi*", del 23 maggio 2013 ([http://www.governo.it/bioetica/pdf/14\\_Traffico\\_illegale\\_organ\\_i\\_umani\\_tra\\_viventi.pdf](http://www.governo.it/bioetica/pdf/14_Traffico_illegale_organ_i_umani_tra_viventi.pdf)). A

Tali difficoltà sono confermate dalle più importanti istituzioni a livello mondiale (Nazioni Unite, Consiglio d'Europa ed Unione europea), che hanno denunciato come il traffico di organi umani sia un fenomeno drammatico che non solo costituisce un grave pericolo per la salute pubblica ed individuale, ma viola altresì i diritti fondamentali e, in particolare, la dignità dell'uomo.<sup>[3]</sup>

Per affrontare i crescenti problemi legati al commercio degli organi, nel maggio 2008 si è tenuto a Istanbul un vertice con oltre 150 rappresentanti di organizzazioni provenienti da tutto il mondo che ha formulato la Dichiarazione di Istanbul sul traffico di organi e sul turismo del trapianto, allo scopo di fornire delle linee guida per un più preciso inquadramento giuridico e professionale, nonchè per garantire la sicurezza e la salute del donatore e del ricevente.<sup>[4]</sup>

La Dichiarazione afferma solennemente che il traffico di organi e il turismo del trapianto violano i principi di equità, di giustizia e di rispetto per la dignità umana e dovrebbero essere vietati. Dovrebbe essere previsto, in particolare, un divieto di tutti i tipi di pubblicità (anche via *web*), che sollecitino o spingano all'intermediazione ai fini del commercio di trapianti, del traffico di organi o del turismo del trapianto. Tali divieti dovrebbero comprendere anche sanzioni per gli atti – quali lo screening medico dei donatori o degli organi, o il trapianto di organi – che aiutino, incoraggino o usino prodotti frutto del traffico di organi o del turismo del trapianto.

Il c.d. "*healt tourism*" esiste, in verità, da centinaia di anni.<sup>[5]</sup> Il termine, oggi, viene però frequentemente utilizzato includendo il c.d. "*transplant tourism*"<sup>[6]</sup> e per descrivere lo spostamento da uno Stato ad un altro, da una giurisdizione

---

conferma della drammaticità e della diffusione del fenomeno, anche con riferimento a condannati a morte, cfr. L. J. PALMER JR, *Organ Transplants from Executed Prisoners*, Jefferson (North Carolina), 1999.

<sup>[3]</sup> Basti il rinvio, per tutti, a *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*, 2009, in [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/News/OrganTrafficking\\_study.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/News/OrganTrafficking_study.pdf). Sul traffico di organi in Europa vedi anche *Parliamentary Assembly Recommendation 1611 (2003), Trafficking in organs in Europe*, in <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta03/ EREC1611.htm>.

<sup>[4]</sup> *Dichiarazione di Istanbul su Traffico di Organi e Turismo del Trapianto*. I partecipanti al Summit Internazionale sono stati riuniti dalla The Transplantation Society e dalla International Society of Nephrology a Istanbul in Turchia dal 30 aprile al 2 maggio 2008. Nella *Dichiarazione* vengono proposte alcune definizioni quali quelle di "traffico di organi", "commercio di trapianto" e "viaggio a fini di trapianto". Vedi F. L. DELMONICO, "*The implications of Istanbul Declaration on organ trafficking and transplant tourism*", in *Curr. Opin. Organ Transplant.*, 2009, 14(2):116-9; F. AMBAGTSHEER, W. WEIMAR, "*A criminological perspective: Why prohibition of organ trade is not effective and how the declaration of Istanbul can move forward*", in *Am J Transplant.*, 2012, 12(3):571-5.

<sup>[5]</sup> Vedi B. RECHEL, P. MLADOVSKY, W. DEVILLÉ, B. RIJKS, R. PETROVA-BENEDICT, M. MCKEE, *Migration and health in the European Union*, New York, 2011; S. MEYER, "*Trafficking in Human Organs in Europe: A Myth or an Actual Threat?*", in *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice*, 2006, 14(2):208-29.

<sup>[6]</sup> R. AINLEY, "*Organ Transplantation: A Model Law Approach to Combat Human Trafficking and Transplant Tourism*", in *Oregon Review Of International Law*, 13, 2011, 427 e ss.; Y. SHIMAZONO, "*The state of the international organ trade: a provisional picture based on integration of available information*", in *Bulletin of the World Health Organization*, vol. 85, n. 12, Dec. 2007, 955-962; D.A. BUDIANTI-SABERI,

ad un'altra, al fine di accedere a servizi medici, scegliendo un sistema sanitario maggiormente permissivo sul piano giuridico-legale.

Dal punto di vista criminologico la definizione di questo fenomeno, nella maggior parte dei casi non regolato nelle singole legislazioni statali, può essere sia limitata alla sola compravendita di organi, sia estesa al c.d. "turismo dei trapianti" in senso stretto, ossia alla pratica di pazienti provenienti tendenzialmente da Paesi ricchi che si recano all'estero, spesso in Paesi poveri, per l'acquisto di organi da persone in gravi difficoltà economiche, ed alla attività di organizzazioni di intermediazione dedite alla vendita clandestina ed alla tratta di persone a scopo di rimozione di organi.<sup>[7]</sup>

Allo stato attuale, in linea generale, è possibile proporre almeno una macro-distinzione sufficientemente precisa fra ordinamenti giuridici: da un lato, vi sono quelli che consentono di considerare il corpo umano quale oggetto di libero scambio; dall'altro lato, si trovano gli ordinamenti che, al contrario, negano la possibilità di commercializzazione del corpo o di sue parti.<sup>[8]</sup>

La tendenza prevalente, sia sul piano nazionale che su quello internazionale,

---

F.L. DELMONICO, "Organ Trafficking and Transplant Tourism: A Commentary on the Global Realities", in *American Journal of Transplantation*, vol. 8 n. 5, May 2008, 925 e ss.; A. BAGHERI, "Global health regulations should distinguish between medical tourism and transplant tourism", in *Global Social Policy* vol. 10, n. 3, 2010, 295 e ss.; G. GEIS, G.C. BROWN, "The Transnational Traffic in Human Body Parts", in *Journal of Contemporary Criminal Justice*, Vol. 24, n. 3, 2008, 212-224. Cfr. altresì F. AMBAGTSHEER, D. ZAITCH, W. WEIMAR, "The battle for human organs: Organ trafficking and transplant tourism in a global context", in *Global Crime*, 2013, 14(1):1-26; COHEN IG., "Transplant tourism: the ethics and regulation of international markets for organs", in *J Law Med Ethics*, 2013, 41(1):269-85; A. BAGHERI, F.L. DELMONICO, "Global initiatives to tackle organ trafficking and transplant tourism", in *Medicine, Health Care and Philosophy*, 2013, 16(4):887-95. Con riferimento alla situazione di alcuni Stati vedi S. LUNDIN, "Organ economy: Organ trafficking in Moldova and Israel", in *Public Underst. Sci.*, 2012, 21(2):226-41; R.L. MENDOZA, "Colombia's organ trade: Evidence from Bogota and Medellín", in *J. Public Health (Germany)*, 2010, 18(4):375-84; A. EFRAT, "The rise and decline of Israel's participation in the global organ trade: causes and lessons", in *Crime, Law and Social Change*, 2013, 1-25; B. PADILLA, G.M. DANOVITCH, J. LAVEE, "Impact of legal measures prevent transplant tourism: the interrelated experience of The Philippines and Israel", in *Medicine, Health Care and Philosophy*, 2013, 1-5; R. HIGGINS, "Kidney transplantation in patients travelling from the UK to India or Pakistan", in *Nephrol. Dial. Transplant.*, 2003, 18:851.

<sup>[7]</sup> Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Traffico illegale di organi umani tra viventi*, del 23 maggio 2013, cit. Per ulteriori riferimenti vedi S. MCGUINNESS, J. V MCHALE, "Transnational crimes related to health: How should the law respond to the illicit organ tourism?", in *Legal Studies*, vol. 34, 4, 2014, 682 e ss. Per comprendere, sul piano sociale e criminologico, i legami fra tratta di persone e traffico di organi, tra mito e realtà, attraverso le testimonianze dirette dei trafficanti di uomini, è consigliabile la lettura di A. DI NICOLA, G. MUSUMECI, *Confessioni di un trafficante di uomini*, Chiarelettere, 2014. Sul piano sociologico vedi M. DRAGIEWICZ (Ed.), *Global Human Trafficking: Critical Issues and Contexts*, London, 2015.

<sup>[8]</sup> Attualmente fra i Paesi che hanno disciplinato normativamente la compravendita degli organi umani vi sono l'Iran (1988), limitatamente al rene e ai soli cittadini iraniani, e Singapore (2009) che consente l'acquisto anche ai cittadini stranieri. Fonte: COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Traffico illegale di organi umani tra viventi*, cit. Con riferimento al sistema iraniano vedi AJ GHODS, M. MAHDAVI, "Organ Transplantation in Iran", in *Saudi J Kidney Dis Transpl.*, 2007, 18(4):648-55.

è orientata a considerare il corpo umano al di fuori dall'area delle relazioni di mercato.<sup>[9]</sup>

In secondo luogo è opportuno delimitare ulteriormente il campo di indagine, distinguendo il traffico di organi umani a scopo di trapianto dalla tratta di persone con il proposito del prelievo di organi. Il primo fenomeno, pur potendo rientrare nell'ambito delle finalità del secondo, se ne differenzia per specifiche peculiarità e, in particolare, per l'oggetto del traffico o del commercio, ossia gli "organi" (organi, tessuti e cellule), da tenere distinti dalla "persona".<sup>[10]</sup>

Il presente lavoro, pur tenendole presenti, non avrà ad oggetto l'analisi delle questioni etiche, religiose, filosofiche, criminologiche ed extragiuridiche del traffico – commercio di organi.<sup>[11]</sup>

L'obiettivo, invece, partendo dall'analisi della Convenzione del Consiglio d'Europa, è quello di fornire un quadro sistematico dei recenti strumenti e delle politiche

---

<sup>[9]</sup> Vedi la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* (1948); la *Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina* (1997, artt.19, 21 e 22); il *Protocollo addizionale a questa Convenzione relativo al trapianto di organi e di tessuti di origine umana* (2002, artt. 21, 22); la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (2000, art. 3). Preme evidenziare che l'Italia non ha ancora ratificato la Convenzione di Oviedo del 1997 (*Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina*), che prevede le regole generali sul trapianto di organi, in particolare da donatori viventi, ed il divieto espresso di utilizzare il corpo umano o sue parti a fini di profitto (art. 21).

<sup>[10]</sup> Cfr. L. TERRITO, R. MATTESON, *The International Trafficking of Human Organs. A Multidisciplinary Perspective*, Boca Raton, 2012; D. BORG JANSSON, *Modern Slavery. A comparative Study of the definition of Trafficking in Persons*, Leiden, Boston, 2015. Sul piano internazionale basti il rinvio a OSCE OFFICE OF THE SPECIAL REPRESENTATIVE AND CO-ORDINATOR FOR COMBATING TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS, "Trafficking in Human Beings for the Purpose of Organ Removal" in the *OSCE Region: Analysis and Findings, Occasional Paper Series n. 6* (July 2013), che considera l'UN Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children (2000); l'OSCE Action Plan to Combat Trafficking in Human Beings (2003), la Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings (2005) e la EU Directive 2011/36, on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims. Con riferimento alla letteratura italiana vedi già L. PICOTTI, "Nuove forme di schiavitù e nuove incriminazioni penali fra normativa interna ed internazionale", in *Indice pen.*, 1, 2007, 15-35; L. PICOTTI, "La lutte contre le trafic de personnes dans un monde globalisé", in *Revue Internationale de Droit Penal*, 2008, 1-10. Per altri riferimenti bibliografici in questa sede si rinvia a A. CADOPPI, S. CANESTRARI, M. PAPA, A. MANNA, *Trattato di diritto penale – Parte speciale Vol. VII: I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, Torino, 2011, 105-106.

<sup>[11]</sup> Sui rapporti fra diritto penale e questioni etiche e religiose basti il rinvio a S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*, Torino, 2014, che affronta, fra le altre, le importanti tematiche legate alla procreazione medicalmente assistita, al fine vita ed alle «scelte tragiche nell'attività sanitaria». Sulle questioni legate al fine vita si rinvia anche, senza pretesa di esaustività, a F. STELLA, "Il problema giuridico dell'eutanasia", in AA.VV., *Il valore della vita. L'uomo di fronte al problema del dolore, della vecchiaia, dell'eutanasia*, Milano, 1985, 162 ss.; S. SEMINARA, "Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 670 ss.; F. GIUNTA, "Diritto di morire e diritto penale", *ivi*, 1997, 74 ss.; F. Mantovani, "Biodiritto e problematiche di fine della vita", in *Criminalia*, 2006, 57 ss.; F. RAMACCI, "Statuto giuridico del medico e garanzie del malato", in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 1707 ss.; L. RISCATO, *Dal diritto di vivere al diritto di morire*, Torino, 2008. Cfr. altresì L. STORTONE (cur.), *Vivere: diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia*, Trento, 1992.

criminali a livello sovranazionale nella lotta ad un fenomeno transnazionale, evidenziando le possibili criticità nella definizione degli elementi tipici delle fattispecie legali al fine di assicurare un'efficace tutela di beni giuridici fondamentali, nel rispetto della salute individuale e pubblica, nonché della dignità umana.

### 3. ...alla nuova Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi umani (rinvio)

Il 9 luglio 2014 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha adottato il testo definitivo della Convenzione contro il traffico di organi umani, che è stata aperta alla firma il 25 marzo 2015 a Santiago de Compostela.<sup>[12]</sup>

I lavori preparatori della Convenzione ed il rapporto esplicativo hanno confermato l'esistenza di un mercato globale in organi umani per fini di trapianto, che deve essere considerato di per sé un fenomeno criminoso grave contro la salute privata e pubblica, nonché contro la libertà personale e la dignità umana.

Sia il protocollo della Convenzione delle Nazioni Unite del 2000 contro il crimine organizzato transnazionale – per prevenire, reprimere e punire il traffico di persone, in particolar modo di donne e bambini – che la Convenzione del Consiglio d'Europa del 2005 contro la tratta di esseri umani contengono disposizioni dirette a criminalizzare il traffico di persone finalizzato alla "rimozione" di organi.

Inoltre l'art. 21 della Convenzione del Consiglio d'Europa di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 1997 vieta che il corpo umano o le sue parti possano essere utilizzati per fini di profitto e trova una più concreta applicazione nel protocollo aggiuntivo del 2002, riguardante il trapianto di organi e di tessuti di origine umana, che proibisce espressamente il traffico di organi e di tessuti (art. 22), invitando le parti a prevedere sanzioni appropriate per i casi di violazione delle sue disposizioni.

### 4. Verso un "diritto penale del traffico di organi": breve *background* storico

A fronte dell'emergenza determinata dall'espansione del fenomeno del traffico di organi il 10 novembre 2010 il Comitato dei Ministri decise di invitare il Comitato europeo sui problemi della criminalità (*European Committee on Crime Problems – CDPC*), il Comitato di bioetica e il Comitato europeo sul trapianto di organi ad indentificare gli elementi essenziali e le questioni principali che potessero costituire le fondamenta per la costruzione di uno strumento legale internazionale per il contrasto al traffico di organi.

---

<sup>[12]</sup> Cfr. [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/pc\\_to\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/pc_to_en.asp)

Dal loro rapporto del 20 aprile 2011 <sup>[13]</sup> è emersa la complessità e la gravità di un fenomeno di proporzioni globali che, da un lato, viola i diritti umani e le libertà fondamentali e, dall'altro lato, minaccia concretamente la salute pubblica ed individuale.

Purtroppo le misure introdotte dai precedenti trattati internazionali <sup>[14]</sup> si sono rivelate inefficaci, in particolare perché fanno riferimento a scenari in cui la rimozione di organi avviene in un contesto di coercizione o di inganno e non, invece, nei casi in cui il donatore ha acconsentito al trapianto o non può essere identificato in qualità di "vittima" del traffico nei termini descritti e disciplinati da tali fonti internazionali.

Il rapporto contiene una proposta contenente strumenti penalistici di tutela e, con le decisioni del 6 luglio del 2011 e del 22-23 febbraio del 2012 il Comitato dei Ministri istituì il Comitato di esperti sul traffico di organi umani, tessuti e cellule con il compito di elaborare il *draft* della convenzione e, se necessario, i suoi protocolli addizionali.

L'approvazione definitiva della proposta da parte del CDPC è avvenuta durante il *plenary meeting* del 4-7 dicembre 2012.

La Convenzione è nata, dunque, con il principale fine di contrastare e prevenire il traffico di organi umani in un contesto diverso da quello "coperto" dai precedenti trattati internazionali, colmando una lacuna di tutela che progressivamente si è ampliata.

Essa si propone, inoltre, di tutelare i diritti delle "vittime" e di promuovere la cooperazione internazionale.

## 5. Prima lettura della Convenzione: quale approccio sistematico?

### 5.1. Ambito applicativo e terminologia

Trattandosi di una "*criminal law convention*" <sup>[15]</sup> e considerando le implicazioni e gli effetti sui sistemi penali nazionali che potrebbero derivare dalla sua attuazione ed applicazione, nonché dall'interpretazione delle sue disposizioni, è opportuno chiarire l'ambito applicativo ed il contenuto delle frequenti formule generali, con il fine di fornire un quadro sistematico delle nuove norme previste dalla Convenzione evidenziandone, ad una prima lettura, le criticità.

L'interpretazione degli elementi tipici delle singole incriminazioni non è sempre agevolata dai termini in lingua inglese adottati dai redattori. Per questo motivo pare opportuna la scelta di utilizzare, in specifici casi, una terminologia neutra,

---

<sup>[13]</sup> Vedi CDPC/CDBI/CD-P-TO report, Strasbourg, 20.04.2011.

<sup>[14]</sup> Vedi supra, 3

<sup>[15]</sup> Come affermano gli stessi redattori (punto 38 del rapporto esplicativo).

maggiormente conforme alla *ratio* della disposizione e di ausilio per la successiva applicazione della norma.

La condotta "removal", ad esempio, verrà tradotta con il termine "rimozione" di organi e non, invece, con quelli di "prelievo" od "espianto". In fase di ratifica ciascuno Stato si troverà a dover scegliere se utilizzare o meno una terminologia maggiormente tecnica e/o affine alla propria "sensibilità" o "etica" medica, eventualmente tradotta in linee guida, disciplinari o *best practices*, la quale può assumere significati diversi sui piani sia tecnico-giuridico che medico e deontologico.<sup>[16]</sup>

In questa fase, invece, è fondamentale individuare e delimitare i fatti da sanzionare penalmente, in conformità alla *ratio* della Convenzione e delle singole incriminazioni, in modo da poter fornire anche ad un lettore meno specializzato in terminologia medica il nucleo essenziale del precetto.

Il testo definitivo del trattato, infatti, è il risultato di un difficile e complesso compromesso, che ha coinvolto sia le scelte politico criminali, sia la definizione degli elementi tipici delle disposizioni incriminatrici.

Da un lato, l'ambito applicativo è circoscritto al traffico di organi effettuato per il trapianto o per altri fini o altre forme di rimozione o di impianto illecite. La volontà di delimitare il campo di applicazione si evince sia dal rinvio agli artt. 4.4<sup>[17]</sup> e 6<sup>[18]</sup> della Convenzione per la definizione della locuzione «altre forme di illecita rimozione o illecito impianto»<sup>[19]</sup>, sia dall'esclusione di fatti legati al commercio di prodotti medici realizzati con (o provenienti da) organi umani o parti di organi umani.<sup>[20]</sup>

---

<sup>[16]</sup> In Italia, ad esempio, viene considerato trapianto, sul piano strettamente medico, un intervento chirurgico che comporta la sostituzione di un organo o di un tessuto con un altro (organo o tessuto) prelevato dallo stesso individuo (omotrapianto o autotrapianto), da un altro individuo (allograpianto) o da un individuo di specie diversa (xenotrapianto). La rimozione di un organo o di un tessuto viene definita "prelievo", mentre con il termine espianto vi è, da un lato, chi lo intende sinonimo di "prelievo" (come spesso viene utilizzato dall'opinione pubblica) e, dall'altro lato, chi fa riferimento alla rimozione chirurgica di un organo precedentemente trapiantato e rimosso per diversi motivi. Cfr. *Dizionario di Medicina*, Treccani, 2010; per una spiegazione che tiene conto degli aspetti sociologici <http://it.wikipedia.org/wiki/Trapianto>. Vedi, sulle questioni etiche, M. PICCOZZI (cur.), *Il trapianto di organi. Realtà clinica e questioni etico deontologiche*, Milano, 2010; S. Fagioli, *La questione dei trapianti tra etica, diritto, economia*, Milano, 1997. Queste distinzioni, sia sul piano etico che su quelli più strettamente medico e giuridico, sono emerse anche al Convegno nazionale "Donazione d'organi. La gratuità di un gesto quale strategia europea ed internazionale per fermare la vendita e il traffico di organi", che si è tenuto il 23 gennaio 2015 a Riva del Garda ed ha visto la partecipazione di molteplici esperti (giuristi, criminologi, antropologi, medici e giornalisti).

<sup>[17]</sup> L'art. 4.4 prevede che «Ogni stato deve considerare di adottare le misure legislative o altre misure per prevedere come reato la rimozione di organi umani da donatori viventi o deceduti quando la rimozione viene eseguita al di fuori del suo sistema di trapianto interno o quando viene effettuata in violazione dei principi fondamentali leggi o delle regole nazionali di trapianto. La parte che effettua questa scelta si deve impegnare ad applicare anche le disposizioni di cui agli artt. 9-22».

<sup>[18]</sup> L'art. 6 contiene una disposizione simile a quella di cui all'art. 4.4 e intende criminalizzare l'impianto di organi al di fuori del sistema interno di trapianto o in violazione dei principi fondamentali previsti dal diritto interno in materia di trapianti.

<sup>[19]</sup> Vedi punto 20 del rapporto esplicativo.

<sup>[20]</sup> Ibidem.

Dall'altro lato, la definizione di «traffico» è volutamente ampia, in quanto copre, ex art. 2, tutte le condotte illecite di rimozione, descritte dall'art. 4.1, e impianto o uso di organi illecitamente rimossi, previste dal successivo art. 5, nonché quelle criminalizzate dagli artt. 7 (istigazione, reclutamento, offerta e richiesta di indebiti vantaggi), 8 (preparazione, conservazione, stoccaggio, trasporto, trasferimento, ricezione, importazione e esportazione di organi umani prelevati illecitamente) e 9 (favoreggiamento, complicità e tentativo).

Risulta maggiormente difficoltoso, invece, individuare i contenuti di formule quali «altri propositi rispetto all'impianto», che sono state inserite per ricomprendere, ad esempio, la ricerca scientifica e l'uso di organi per l'estrazione di tessuti o cellule (si pensi all'uso di valvole cardiache di un cuore rimosso illecitamente).<sup>[21]</sup> La possibile apertura ad un elenco non certo tassativo trova comunque un preciso limite nella citata esclusione dall'ambito applicativo del trattato del commercio di medicinali prodotti o derivati da organi umani o parte di essi e del traffico di tessuti e cellule.<sup>[22]</sup>

## 5.2. *La struttura delle incriminazioni, fra elementi "obbligatori", elementi "facoltativi" e possibilità di riserva*

Sul piano sistematico, è possibile delineare due macro-aree di criminalizzazione: il traffico illecito di organi per il trapianto o per altri fini e le illecite forme di rimozione, uso e impianto di organi.

Con riferimento alla struttura delle incriminazioni e, in particolare, ai soggetti attivi, la Convenzione lascia uno "spazio aperto" alla discrezionalità dei Paesi, non prendendo posizione, coerentemente con la sua ratio, sulla possibile punibilità dei donatori e dei beneficiari di organi.

Sia dal testo del trattato che dalla lettura sistematica del rapporto esplicativo questa scelta appare consapevole e determinata, proprio perchè l'obiettivo primario consiste nel contrastare e prevenire il meccanismo-sistema del commercio/traffico di organi e non nel colpire le parti che, per ovvie ragioni, sono da considerare "deboli" e "vulnerabili". Fra i possibili soggetti coinvolti nel "sistema traffico", infatti, devono essere inclusi non solo gli intermediari o *brockers*, ma anche lo staff medico-specialistico e l'ente che "ospita" le attività illecite.<sup>[23]</sup>

Ciò comunque non esclude che i singoli Stati, al momento della ratifica, ritengano opportuno intervenire attraverso strumenti penalistici di tutela, sanzionando,

---

[21] Vedi punto 21 del rapporto esplicativo.

[22] *Ibidem*.

[23] Sul piano sociologico, antropologico e criminologico vedi le critiche, in merito al "mercato di organi", di N. SCHEPER-HUGHES, *The last Commodity – Post-Human Ethics, Global (In) Justice and the Traffic in Organs*, Penang, 2008. Contra cfr. J. S. TAYLOR, "A 'Queen of Hearts' trial of organ markets: why Schepers-Hughes's objections to markets in human organs fail", in *J Med Ethics*, 2007 Apr; 33(4): 201–204. Vedi anche F. AMBAGTSHEER, "The Black Market in Human Organs", in N. GILMAN, J. GOLDHAMMER, S. WEBER (Eds), *Deviant Globalization: Black Market Economy in the 21st Century*, New York, 2011, 72 e ss.

nell'ambito del traffico di organi tra vivi ed in determinate condizioni, anche la condotta del donatore e/o del beneficiario.

L'obiettivo di contrastare e prevenire il meccanismo-sistema del commercio di organi è dimostrato altresì dalle previsioni di cui all'art. 4.1, lett. b) e c), che impongono agli Stati di punire la rimozione illecita di organi da un donatore vivo o deceduto quando è stato offerto al donatore vivo o ad una terza parte, o essi hanno ricevuto, un vantaggio economico o un vantaggio a questo equiparabile in cambio del prelievo dell'organo.

L'art. 4.3 specifica l'espressione «vantaggio economico o vantaggio analogo», escludendo le compensazioni per perdite di guadagno e ogni altra spesa giustificabile cagionati dalla rimozione di un organo, o connessi ai relativi esami medici o, ancora, le compensazioni dovute in caso di danni che non sono inerenti alla rimozione o agli organi. Questa disposizione è stata introdotta al fine di distinguere le compensazioni legali in alcuni casi dovute ai donatori da quelle derivanti da pratiche o attività illegali di commercializzazione del corpo umano o parti di esso.

Ad ogni modo la nozione di «vantaggio» è stata intesa in senso ampio e fa riferimento anche alle attività che coinvolgono intermediari.

Questo elemento, infine, è da ricondurre all'elemento soggettivo e, in particolare, al dolo specifico, nel caso di cui all'art. 7.1, che impone agli Stati di punire l'istigazione e il reclutamento di un donatore o di un beneficiario, se vengono realizzati al fine di ottenere un vantaggio economico (o un vantaggio analogo) per la persona che ha posto in essere tali condotte o a favore di terzi.

Ulteriori disposizioni dirette espressamente a combattere il "sistema" del commercio di organi sono quelle previste dagli artt. 7.2 e 7.3 (c.d. corruzione attiva e corruzione passiva). La prima incriminazione intende punire, se commesse intenzionalmente, la promessa, l'offerta o la dazione da ogni persona, direttamente o indirettamente, di un indebito vantaggio ad operatori sanitari, a suoi funzionari pubblici o persone che lavorano o dirigono enti privati, di qualsiasi tipo, con il fine eseguire o facilitare una rimozione o un impianto di organi umani, se impianto e rimozione si realizzano in presenza dei requisiti previsti dagli artt. 4. o 5 (e art. 4.4 o 6). La seconda incriminazione, invece, obbliga le Parti a prevedere come reato, se commessi intenzionalmente, la richiesta o l'ottenimento da parte di operatori sanitari, suoi funzionari pubblici o persone che lavorano o dirigono enti privati, di qualsiasi tipo, di un indebito vantaggio al fine di effettuare o facilitare la rimozione o l'impianto di organi umani, sempre se la rimozione e l'impianto si realizzano in presenza dei requisiti previsti dai citati artt. 4. o 5 (e art. 4.4 o 6).

Con riferimento alle condotte penalmente rilevanti, tutte di natura almeno dolosa, la Convenzione obbliga gli Stati a punire non solo gli atti esecutivi – ossia, ex art. 4, 5 e 6, la rimozione, l'uso e l'impianto, ma anche una serie di atti preparatori all'impianto stesso – in particolare, ai sensi dell'art. 8, la preparazione, la conservazione, lo stoccaggio, il trasporto, il trasferimento, la ricezione, l'importazione e l'esportazione di organi umani prelevati illecitamente - oltre che le condotte di

illecita istigazione, reclutamento, offerta e richiesta di indebiti vantaggi previste dal citato art. 7 e quelle di favoreggiamento, complicità e tentativo disciplinate dal successivo art. 9.

Con riferimento all'elemento soggettivo non si rinvencono, nella Convenzione, specifici limiti. L'obbligo di criminalizzazione si incentra sull'«intention» (ossia il nostro dolo intenzionale), ma gli Stati possono scegliere di ampliare la punibilità sia a forme meno intense di dolo, sia a fatti colposi.<sup>[24]</sup>

La necessità di raggiungere un'ampia condivisione sui caratteri essenziali dei fatti da incriminare ha portato a molteplici compromessi che, in taluni casi, hanno lasciato diverse porte aperte alla discrezionalità degli Stati, dimostrate non solo dalle parti "facoltative" o "opzionali", ma anche dalle numerose possibilità di riserva.

Si pensi, per ipotesi, agli artt. 4.4 e 6. Ai sensi di queste ultime disposizioni ogni Stato deve solamente considerare la possibilità di prevedere come reato la rimozione di organi umani da donatori viventi o deceduti quando la rimozione venga eseguita al di fuori del suo sistema di trapianto interno, o quando venga effettuata in violazione dei principi fondamentali, delle leggi o delle regole nazionali di trapianto. In altri termini potrebbero crearsi "sistemi di trapianto" di classe A e di classe B. La criminalizzazione di questi comportamenti, infatti, sul piano della prevenzione generale positiva, può svolgere una rilevante funzione morale-pedagogica o di orientamento culturale, la quale potrebbe tradursi nell'adozione di una regolamentazione tecnica interna in grado di osservare i più alti standard di sicurezza medica, oltre che fungere da propulsore per l'adozione di adeguati codici o protocolli etici. Tale argomentazione appare determinante proprio perché gli Stati sono dotati di "sistemi di trapianto" molto diversi fra loro, mentre l'obiettivo della Convenzione non consiste nella loro armonizzazione. Da una parte, l'obbligo di criminalizzazione avrebbe potuto sortire almeno l'effetto di una "armonizzazione spontanea" verso l'alto. Dall'altra parte, però, è possibile presumere che ogni organo rimosso e trapiantato «al di fuori del sistema di trapianto» o in violazione della legge nazionale potrebbe già integrare i reati previsti dall'art. 4.1.<sup>[25]</sup>

Questi margini di apprezzamento lasciati ai singoli Stati non sono di secondo piano, se si considera che la mera violazione di regole organizzative, disciplinari o comunque riferite al "sistema di trapianto" già costituisce, in alcuni Paesi, un mero illecito amministrativo.<sup>[26]</sup>

Fra le possibilità di riserva<sup>[27]</sup> vi è quella prevista dall'art. 4.2, tramite la quale lo Stato può riservarsi il diritto di non applicare l'art. 4.1 in casi eccezionali di rimo-

---

<sup>[24]</sup> Vedi punto 28 del rapporto esplicativo.

<sup>[25]</sup> Cfr. punti 43-45 rapporto esplicativo.

<sup>[26]</sup> Si pensi, ad esempio, al nostro sistema disciplinato dalla l. n. 91 del 1999 (*Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti*) che, all'art. 22, prevede proprio un illecito amministrativo per la violazione delle regole relative alle strutture sanitarie per il prelievo di organi, per la conservazione dei tessuti e per i trapianti. Vedi infra, 6.

<sup>[27]</sup> Si veda anche la possibilità di riserva prevista dall'art. 9.3 della Convenzione.

zione di organi da donatori vivi, se sono previste appropriate misure di tutela o specifiche disposizioni nazionali in materia di consenso.

### 5.3. Beni giuridici ed interessi meritevoli di tutela nella Convenzione del Consiglio d'Europa

L'interpretazione sistematica delle incriminazioni previste dalla Convenzione, comprese quelle "facoltative", in quanto orientate a reprimere e prevenire il sistema del traffico o del commercio di organi, sembrano tutelare, da un lato, la salute pubblica e individuale, compresa l'integrità fisica e, dall'altro lato, la libertà personale e la dignità umana.

A beni di natura individuale, dunque, si aggiungono interessi collettivi che si fondano sul comun denominatore del rifiuto della commercializzazione del corpo umano. La donazione degli organi, infatti, è intesa alla stregua di un importante gesto civico e di solidarietà sociale, per cui dovrebbe essere basata su principi etici comuni ed essere attuata confidando nella sicurezza nell'eccellenza della rete trapiantologica.

Allo stato delle attuali conoscenze scientifiche, inoltre, possono essere donati per il trapianto organi e tessuti anche vitali quali, ovviamente se provenienti da donatore deceduto, il cuore, le cornee, le valvole cardiache, nonché organi e tessuti che, in caso di donatore vivente, non comportino una menomazione o un deficit irreversibile o che pregiudicherebbero in modo insanabile ed irreversibile il diritto all'integrità fisica ed al godimento del proprio organismo nella sua interezza e nella sua sanità naturale.

Da un lato, la Convenzione si fonda su tale diritto, attorno al quale ruota il suo impianto normativo, che è inteso in senso assoluto, irrinunciabile ed indisponibile, salve le deroghe previste dai singoli ordinamenti basate sui principi della gratuità del gesto e del consenso, fermi i limiti poc'anzi descritti.

Dall'altro lato, si sta assistendo alla progressiva sostituzione del concetto statico di integrità fisica, con quello dinamico di salute riconducendo poi, utilizzando gli schemi logici più affini al giurista italiano, la definizione ed il limite dell'ordine pubblico ai principi generali dell'ordinamento, «come tali non superabili dal singolo, così come enucleati dalla stessa Carta fondamentale».<sup>[28]</sup> Con l'entrata in vigore della nostra Costituzione, ad esempio, e con l'affermarsi del principio personalista, la *quaestio* relativa alla portata dell'art. 5 c.c. andrebbe più impostata in termini di "libertà" di disporre del proprio corpo anziché di "potere di disporre" ossia, in altre parole, di libertà di decidere e di autodeterminarsi in ordine a comportamenti che in vario modo coinvolgono e interessano il proprio corpo.<sup>[29]</sup>

---

<sup>[28]</sup> Per un immediato riscontro in questo senso, sul piano nazionale, si veda *Cass. pen.*, S.U., 21 gennaio 2009, n. 2437.

<sup>[29]</sup> In questa sede sulle problematiche di carattere generale relative alla disponibilità del corpo umano in materia di trapianti vedi già F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto*

Il bene della "salute", dunque, come diritto fondamentale dell'individuo (art. 32 Cost. italiana), può essere leso direttamente dall'asportazione di un organo effettuata in violazione delle regole interne in materia di trapianti, nonché dall'uso di organi illecitamente rimossi, sia quando la rimozione è effettuata senza la presenza di un libero, informato e specifico consenso del donatore, sia in caso di persona deceduta, senza che la rimozione sia autorizzata sulla base del diritto interno. La "salute individuale" compromessa potrebbe essere non solo quella del donatore vivente, che potrebbe non essere compiutamente informato sugli effetti dannosi legati alla rimozione, ma anche quella del beneficiario, che potrebbe ricevere un organo non compatibile o affetto da patologie, in quanto rimosso in violazione, ad esempio, delle più elementari regole di sicurezza in materia di analisi degli organi e dei tessuti.

La Convenzione sembra abbracciare il concetto dinamico di salute, quale "libertà" di disporre di parti del proprio corpo e di autodeterminarsi, quando ritiene non penalmente rilevante la donazione – ossia la rimozione quale atto prodromico

---

*italiano e straniero*, Padova, 1974; l'opera affronta anche la delicata questione etico-filosofica dei limiti imposti dall'art. 5 c.c. rispetto all'attività di trapianto, ma deve essere contestualizzata, sul piano strettamente giuridico, nel periodo storico di riferimento, in cui il limite alla menomazione permanente non aveva subito particolari eccezioni (erano ammissibili, ad esempio, il prelievo da vivente di tessuti e di sangue). Più di recente vedi le riflessioni di G. RESTA, "La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione", in *Trattato di biodiritto* (diretto da S. Rodotà, P. Zatti), IV, Milano, 2011, 805 e ss.; S. SEMINARA, "La dimensione del corpo nel diritto penale", *ivi*, I, 189 e ss., in particolare 212 e ss., a cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti bibliografici. Sul consenso dell'avente diritto in generale, fra i molteplici contributi dottrinali, cfr. F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1995. Più specificatamente sul consenso nell'attività medico chirurgica, vedi già F. GIUNTA, "Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche", in *Ann. Univ. Ferrara – Sc. giur.* Nuova serie, Vol. XIII, 1999, 1-34; L. EUSEBI, "Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e la dichiarazione di volontà anticipate nei trattamenti sanitari", in *Criminalia*, 2006, 251 e ss.; cfr. altresì, sull'omessa acquisizione del consenso, F. VIGANÒ, "Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite", in *Cass. pen.*, 2009, 1811 e ss.; F. VIGANÒ, "Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 141 e ss. Con riferimento ad alcune riflessioni sulla disponibilità dell'essere umano, più in particolare in merito alla concezione utilitaristica dell'uomo-oggetto e quella personalistica dell'uomo-valore, uomo-persona, uomo-fine, punto di incontro dell'antropologia e dell'umanesimo sia delle concezioni religiose monoteistiche, sia delle concezioni laiche, vedi F. MANTOVANI, "Biodiritto e problematiche di fine della vita", in *Criminalia*, 2006, 57 e ss. Diverso è il piano relativo alla manifestazione del consenso rispetto ad attività di coercizione o di controllo incompatibili con qualsiasi forma di valida accettazione da parte della vittima. Vedi, ad esempio con riferimento alle pratiche di mutilazione genitale femminile, F. BASILE, "La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili", in *Dir. pen. proc.*, 2006, 678 e ss. nonché, dello stesso Autore, "Il reato di 'pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili' alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.", in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, n. 24/2013, 1-23. Sul rapporto fra mutilazione, consenso e contesto culturale vedi, fra gli altri contributi, quelli di G. FORNASARI, "Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo. Premesse per un discorso giuspenalistico", in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGGIOTTO (cur.), *Legalità penale e crisi del diritto oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, 179 e ss.; C. SELLA, "Le mutilazioni genitali femminili come cultural oriented crime. Note di diritto italiano e comparato", in *Dir. pen. XXI sec.*, 2007, 285 e ss.

all'uso ed all'impianto – in presenza di un libero, informato e specifico consenso del donatore, purchè essa sia sempre basata sul principio di gratuità e solidarietà sociale, salvo i casi eccezionali che gli Stati possono riservarsi di motivare adeguatamente e compiutamente al momento della firma o del deposito dello strumento di ratifica, specificando la legge interna applicabile e rispettando le precise garanzie o le previsioni relative al consenso vigenti nel loro diritto nazionale.

Il bene "salute" è tutelato altresì nella sua connotazione "pubblica" afferente alla collettività, in particolare nell'ottica di prevenire o eventualmente limitare possibili danni dovuti alla diffusione delle malattie infettive nella popolazione o di altri fattori di rischio che potrebbero contagiare gli ambienti di vita.

In questo caso l'anticipazione di tutela del bene finale è, da un lato, congenitamente legata alla lesione delle condizioni di salute individuali dei soggetti coinvolti e/o possibilmente contagiati, rimanendo dunque, quale bene collettivo riferito a un numero indeterminato di soggetti, offeso in maniera necessariamente potenziale. Dall'altro lato, l'interpretazione sistematica delle disposizioni penali previste dalla Convenzione, "avvicina" la lesione rispetto a beni che si possono porre come strumenti indiretti per la tutela della salute individuale e pubblica come, ad esempio, gli standard di sicurezza previsti dal sistema nazionale dei trapianti, che sono il presupposto per evitare pericoli per l'individuo e la collettività. In questo senso si giustificano le incriminazioni "facoltative" di cui agli art. 4.4 e 6, dirette a punire l'impianto di organi al di fuori del sistema interno di trapianto o in violazione dei principi fondamentali previsti dal diritto interno in materia di trapianti.

L'interesse ad evitare che il corpo umano sia oggetto di commercializzazione trova tutela non solo nella incriminazione della rimozione abusiva quando, come corrispettivo per il prelievo di organi, è stato offerto al donatore vivente, o a terze parti, o loro hanno ricevuto un vantaggio patrimoniale o un vantaggio analogo, ma anche nelle disposizioni che incriminano l'illecita istigazione, il reclutamento, l'offerta e la richiesta di indebiti vantaggi, che coinvolge le attività di intermediari e quelle di esercenti le professioni mediche.

Il riferimento alla «dignità umana», che più volte si rinviene nella Convenzione e nel suo rapporto esplicativo, deriva necessariamente da obblighi di criminalizzazione di situazioni davvero estreme in cui il bene giuridico è di altissimo rango e la lesione è prossima, quanto a gravità e intensità, a quella causata dalla tortura, dalla tratta o dalla schiavitù, ove è noto che l'intervento sanzionatorio è richiesto da altre convenzioni internazionali e dalle fonti europee.<sup>[30]</sup>

---

<sup>[30]</sup> Per molteplici spunti anche con riferimento alla moltiplicazione della costellazione dei valori che non fa più riferimento ad una concezione monistica dell'etica, bensì ad un *pluralismo etico*, vedi i contributi raccolti in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (cur.), *Il lato oscuro dei diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, 2014. Sul concetto di «dignità umana» vedi, in particolare il contributo di D. PULITANÒ, "Diritti umani e diritto penale", *ivi*, 81 e ss.,

La dignità, dunque, non viene circoscritta in un contesto dichiarativo, ma costituisce un macro bene supremo, offeso da fatti che non incidono solo sul diritto alla vita ed all'integrità della persona, ma sulla stessa libera autodeterminazione dell'individuo.

Non è certo questa la sede per poter riportare l'ampia e stimolante discussione sugli aspetti della «dignità umana» nell'intero orizzonte del diritto penale.<sup>[31]</sup>

Ai fini del presente lavoro pare più opportuno seguire determinate direttive argomentative. La dignità, infatti, non pone problemi particolari se riferita a una vittima determinata e se è connessa ad alcune particolari modalità della condotta. Si pensi, facendo proprie le parole di autorevole dottrina, «alle nuove forme di riduzione in schiavitù non più basate su una vera e propria limitazione assoluta della libertà personale ma sulla creazione di uno stato di soggezione che, pur lasciando margini di libertà, impedisce comunque alla vittima asservita e strumentalizzata la piena e libera esplicazione della propria personalità».<sup>[32]</sup> L'individuazione del "bene" dignità porrebbe viceversa problemi se venisse valorizzato a prescindere da un contatto diretto e significativo con la persona, quando cioè risulterebbe essere un valore astratto determinando «una idealizzazione dell'offesa con conseguenti rischi di manipolazione».<sup>[33]</sup>

L'assunto per cui la dignità non viene circoscritta in un contesto dichiarativo è facilmente rinvenibile, a livello europeo, anche nella direttiva 98/44 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, che esclude dalla brevettabilità «il corpo umano, in ogni stadio della sua costituzione e del suo sviluppo, comprese le cellule germinali, la semplice scoperta di uno dei suoi elementi o di uno dei suoi prodotti, nonché la sequenza o sequenza parziale di un gene umano», nonché la clonazione ed «i procedimenti la cui applicazione reca pregiudizio alla dignità umana».<sup>[34]</sup>

---

in specie 87, che richiama il seguente passo di CH. TAYLOR, *"La politica del riconoscimento"*, in J. HABERMAS, CH. TAYLOR, *Multiculturalismo*, Milano, 2006, 44: «sia il Cristianesimo che la filosofia politica dell'Illuminismo, ognuno su di un fondamento diverso, hanno profondamente fondato e assicurato la dignità umana come pilastro di una società civilizzata e di uno stato di diritto. Ha qui radice una visione del liberalismo per la quale la dignità umana consiste in larga misura nell'autonomia, cioè nella capacità di ogni persona di farsi da sé un'idea della vita buona». Cfr. altresì G. FIANDACA, *"Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 557 ss.; W. HASSEMER, *"Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana"*, in *Ars interpretandi*, 2005, 125 ss.

<sup>[31]</sup> Per una visione cauta della dignità, al fine di evitare un ricorso ad essa puramente retorico ed opportunistico ma, al contempo, per difendere quello che è ritenuto uno dei pochi valori comuni nell'attuale mondo di pluralismo filosofico, si rinvia, senza pretesa di esaustività, a: D. BIRNBACHER, *"Ambiguities in the Concept of Menschenwürde"*, in K. BAYERTZ (ed.), *Sanctity of Life and Human Dignity*, Dordrecht, Boston, 1996, 107 e ss.; W. HASSEMER, *"Argomentazione"*, cit., 125 e ss. G. FIANDACA, *"Considerazioni"*, cit., 546 e ss. Stimolanti anche gli spunti relativi al mancato rispetto della dignità da parte delle teorie retribuzionistiche. Per una ricostruzione vedi J. C. MERLE, *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde*, Berlin, 2007.

<sup>[32]</sup> D. PULITANO, *"Diritti umani e diritto penale"*, cit.

<sup>[33]</sup> *Ibidem*.

<sup>[34]</sup> Cfr., anche con riferimento all'individuazione del nuovo bene "genoma umano", A. VESTO, *I beni. Dall'appartenenza egoistica alla fruizione sociale*, Torino, 2014, 421 e ss.

Il titolo I della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>[35]</sup>, inoltre, è dedicato alla tutela della dignità umana, quale diritto inviolabile e nella cui sfera possono essere attratti il diritto alla vita ed il diritto all'integrità fisica e psichica della persona, offesi gravemente da fenomeni quali la schiavitù e la tratta di essere umani. Lo stesso Trattato di Lisbona, all'art. 1, enuncia i valori fondativi dell'Unione partendo proprio dal rispetto per la dignità umana, cui si aggiungono libertà, democrazia, uguaglianza e diritti umani quali tratti caratterizzanti comuni in una società pluralista, che promuove i valori della non discriminazione, della tolleranza, della giustizia, della solidarietà e della parità tra uomini e donne.

La mancata menzione espressa della dignità, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), invece, non deve trarre in errore, in quanto la dignità umana rimane sempre sullo sfondo e viene richiamata nel protocollo n. 13 relativo all'abolizione della pena di morte, in cui si legge: «Convinti che il diritto di ogni persona alla vita sia un valore fondamentale in una società democratica, e che l'abolizione della pena di morte sia essenziale per la protezione di tale diritto e per il pieno riconoscimento della dignità inerente a tutti gli esseri umani». La dignità dunque – nella sua accezione più ampia – costituisce il fondamento dei diritti umani e gode di una funzione di valore e di principio che, nel contesto oggetto di studio, assume rilevanza sul piano della sua operatività nel "diritto penale del traffico di organi", ossia non quale "bene" intangibile non suscettibile di bilanciamento, bensì come punto di riferimento dal quale partire per portare l'attenzione al modo con cui viene operato un bilanciamento.

Il compromesso raggiunto nell'elaborazione del testo definitivo della Convenzione contro il traffico di organi colpisce le pratiche di commercializzazione del corpo e tutela indirettamente le parti deboli di tale sistema, assumendo il ruolo di propulsore per la protezione del nucleo essenziale e inviolabile di ogni essere umano, da rispettare sia come individuo che nella sua appartenenza alla specie umana e alla società.<sup>[36]</sup> È vero che il *pathos* della dignità potrebbe aiutare meglio a giustificare la proibizione di talune pratiche, rifiutate dalla componente sociale anche su base emotiva o religiosa.<sup>[37]</sup>

Ma, in questo caso, se la dignità vien in gioco nella sua concezione laico razionalistica, si tratta di affrontare non tanto la questione sul "dominio del proprio corpo" rispetto allo schema logico-giuridico che domina tematiche, anch'esse sensibili, quali quelle del fine vita o della mutilazione genitale femminile,<sup>[38]</sup>

---

[35] L'art. 1 della Carta sancisce solennemente che «la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata».

[36] Principi espressi dalla stessa Convenzione di Oviedo del 1997, per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina.

[37] Cfr. G. FIANDACA, "Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 546 e ss.

[38] Cfr. S. SEMINARA, "La dimensione del corpo nel diritto penale", cit., 189 e ss. Per alcuni riferimenti alle pratiche di mutilazione genitale femminile vedi retro, nota 29.

bensì quella della strumentalizzazione a fine di lucro e commercializzazione di parti del corpo umano che sono oggetto di scambio al di fuori dei limiti determinati del consenso e in violazione dei principi di altruità, generosità e solidarietà che ispirano la Convenzione.

Ma è proprio la "disponibilità del corpo", basata sul consenso, che costituisce un elemento critico della incriminazione fulcro che regge l'impianto della Convenzione.

## 6. Il sistema italiano alla prova: elementi critici e prospettive di riforma alla luce della Convenzione del Consiglio d'Europa

Uno degli elementi caratterizzanti l'incriminazione dell'illecita rimozione di organi umani è costituito proprio dall'assenza di un consenso libero, informato e specifico del donatore (vivo o deceduto) o, in caso di donatore deceduto, in violazione della legge dei singoli Stati, oppure nell'offerta o ricezione di un corrispettivo economico per il donatore o una terza parte.

La mancanza di un consenso libero, informato e specifico, che determina la rilevanza penale della rimozione dell'organo umano, richiama il principio generale della Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina e del protocollo addizionale sui trapianti di organi e tessuti di origine umana.<sup>[39]</sup> In particolare, l'art. 13 del protocollo dispone che un organo o tessuto può essere prelevato da un donatore vivente soltanto se è stato informato in modo esauriente e specifico e ha fornito il proprio consenso liberamente, per scritto o dinanzi a un organismo ufficiale. La persona interessata è libera di revocare il proprio consenso in qualsiasi momento, fermi restando i limiti posti dalle disposizioni sulla protezione delle persone incapaci di dare il proprio consenso (art. 14) e sul prelievo di cellule da un donatore vivente (art. 15).

Con riferimento alle persone decedute, invece, l'art. 17 ammette il prelievo se il consenso o le autorizzazioni richieste dalla legge sono state ottenute. In ogni caso il prelievo non deve essere effettuato se la persona deceduta vi si era opposta.<sup>[40]</sup>

Il consenso, dunque, nelle intenzioni dei redattori deve essere chiaro e riguardare uno specifico ed identificato organo. In caso di persona deceduta esso può essere anche di carattere più generale. In assenza di una qualsiasi forma

---

<sup>[39]</sup> Vedi punto 32 del rapporto esplicativo, nonché il protocollo aggiuntivo sui trapianti di organi e tessuti di origine umana concluso a Strasburgo il 24 gennaio 2002.

<sup>[40]</sup> Sulla Convenzione di Oviedo ed i suoi protocolli vedi A. BOMPIANI, "I protocolli alla Convenzione. Evoluzione dell'attività redigente del Comitato Direttivo per la bioetica del Consiglio d'Europa", in *Bioetica*, 4, 1998, 553 e ss.; C. PICCOCCHI, "La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?", in *Dir. pub. comp. europeo*, 2001, III, 1301 e ss.

di manifestazione del consenso devono però necessariamente essere applicate le disposizioni nazionali, che possono variare da Stato a Stato.<sup>[41]</sup>

Il rischio di corto circuito non è di secondo piano. La Convenzione sul traffico di organi, infatti, si limita ad indicare alcuni elementi minimi del consenso, la cui disciplina statale può variare notevolmente da Paese a Paese e alla quale viene lasciata la determinazione sulla stessa capacità di esprimere un valido consenso previa, è lecito presumere, una dettagliata informazione al donatore sui rischi e sulle conseguenze cui potrebbe andare incontro, in conformità al diritto del paziente all'autodeterminazione nella scelta delle procedure sanitarie finalizzate alla salvaguardia della sua salute.<sup>[42]</sup>

In Italia le deroghe all'art. 5 c.c. effettuate con leggi ordinarie e il superamento delle questioni, pur complesse, del rapporto con la manifestazione del consenso ed il depotenziamento dell'art. 50 c.p.<sup>[43]</sup> confermano che la prima disposizione non costituisce un limite invalicabile precludente il riconoscimento dei principi costituzionali di autodeterminazione e solidarietà, ispiratori della stessa incriminazione di cui all'art. 4 della Convenzione.

La sostituzione del concetto di "integrità fisica" con quello di "salute"<sup>[44]</sup>, quale stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non ridotto quindi alla semplice assenza di malattia o infermità<sup>[45]</sup> e tutelato dall'art. 32 Cost., ammette che l'individuo, ancor prima dell'entrata in vigore delle leggi in materia di trapianti, possa, tramite la manifestazione del consenso, che ha efficacia scriminante, disporre di parti del proprio corpo, purchè rimanga fisicamente e socialmente capace di estrinsecare la sua attività ovvero quando la sua funzione nell'economia della vita non è impedita. Il vantaggio alla salute di un altro individuo realizza quella solidarietà sociale, che costituisce il punto di partenza della Convenzione, e rappresenta al contempo espressione della libertà dell'individuo.

Ulteriori elementi critici possono riguardare poi, da un lato, la c.d. corruzione attiva e passiva nel traffico di organi, che potrebbe coinvolgere staff medici ed organismi sanitari e, dall'altro lato, il rapporto fra il traffico d'organi e le disposizioni in materia di tratta.<sup>[46]</sup>

---

<sup>[41]</sup> Sui requisiti e le caratteristiche che deve avere il consenso informato in Italia, tenendo conto anche dell'entrata in vigore della c.d. legge Balduzzi, vedi A. PEZZANO (cur.), *La responsabilità civile medica dopo la Legge Balduzzi*, Torino, 2014, in particolare il contributo di F. CECCONI, "Il consenso informato alle cure mediche", *ivi*, 67 e ss.

<sup>[42]</sup> Con riferimento al nostro ordinamento basti il rinvio, in questa sede, a G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008, in particolare, per quanto riguarda i trapianti, 375 e ss.

<sup>[43]</sup> Cfr. S. SEMINARA, *cit.*, 208 e ss.

<sup>[44]</sup> Cfr. S. SEMINARA, *cit.*, 215 e ss.

<sup>[45]</sup> Cfr. già A. SANTOSUOSSO, "Dalla salute pubblica all'autodeterminazione: il percorso del diritto alla salute", in M. BARNI, A. SANTOSUOSSO, *Medicina e Diritto. Prospettive e responsabilità della professione medica oggi*, Milano, 1995, 75 e ss.. Vedi ampiamente E. PALERMO FABBRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale: profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, Padova, 2000.

<sup>[46]</sup> Vedi *infra*, 6 e 7.

## 6.1. Diritto penale e trapianto di organi in Italia

La fonte maggiormente importante in materia di trapianto di organi è rappresentata dalla l. n. 91 del 1999, che ha istituito il Centro Nazionale Trapianti, con il compito di coordinare l'attività di donazione, prelievo e trapianto di organi, tessuti e cellule. Vi sono ulteriori fonti normative, anche più risalenti, che disciplinano il trapianto da persona vivente e da cadavere, fra cui la l. n. 235 del 1957 (sui prelievi di parti di cadavere a scopo di trapianto terapeutico); la l. n. 458 del 1967 (sul trapianto del rene tra persone viventi); la l. n. 644 del 1975 (sui prelievi di parte del cadavere a scopo di trapianto terapeutico); la l. n. 301 del 1993 (sui prelievi ed innesti di cornea); la l. n. 483 del 1999 (sul trapianto parziale di fegato) e la più recente l. n. n. 167 del 2012 (sul trapianto parziale di polmone, pancreas e intestino tra persone viventi).

Tutti questi testi legislativi sono caratterizzati dalla comune tendenza ad ampliare l'ambito di liceità del trapianto, prevedendo una rigida regolamentazione con riferimento sia alle strutture e agli aspetti organizzativi, sia alle norme di sicurezza dei trapianti e alle modalità della formulazione del consenso.

Sul piano penalistico l'apparato sanzionatorio è davvero ridotto.

La citata legge del 1967 dopo aver sancito, all'art. 6, che qualsiasi pattuizione privata che preveda un compenso in denaro o altra utilità in favore del donatore, per indurlo all'atto di disposizione e destinazione è nulla e non produce effetti, prevede un delitto all'art. 7, che punisce – con la sanzione cumulativa della reclusione da tre mesi ad un anno e della multa da 154 a 3.098 euro – chiunque a scopo di lucro svolge opera di mediazione nella donazione di un rene.

Risulta essere maggiormente articolato l'apparato sanzionatorio previsto dalla disposizione fondamentale in materia di trapianti, ossia la l. n. 91 del 1999, la quale prevede tre delitti, oltre a specifiche sanzioni amministrative.

Il primo delitto, previsto dall'art. 22, co. 3, punisce chi si procuri, a scopo di lucro, un organo o un tessuto prelevato da una persona deceduta, ovvero chi ne fa commercio.

Il secondo delitto, invece, di cui al co. 4 dello stesso articolo, punisce chi procura, senza scopo di lucro, un organo o un tessuto prelevato abusivamente da un soggetto deceduto.

Entrambe le fattispecie prevedono che, se il fatto è commesso da un esercente una professione sanitaria, venga applicata la sanzione accessoria dell'interdizione, rispettivamente perpetua e temporanea.<sup>[47]</sup>

Il nuovo art. 22 bis, invece, introdotto con la l. n. 228 del 2012<sup>[48]</sup>, sanziona *«chiunque a scopo di lucro svolge opera di mediazione nella donazione di organi da*

<sup>[47]</sup> Sul piano sanzionatorio, la prima fattispecie prevede la pena cumulativa della reclusione (da 1 a 5 anni) e della multa, mentre la seconda la reclusione fino a 2 anni.

<sup>[48]</sup> La l. n. 228 del 2012 (*«Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato»*)

vivente è punito con la reclusione da tre a sei anni e con la multa da euro 50.000 a euro 300.000. Se il fatto è commesso da persona che esercita una professione sanitaria alla condanna consegue l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione». Quest'ultima disposizione colma, in effetti, una lacuna del nostro ordinamento, che non conosceva, sino al 2012, un delitto di mediazione lucrativa nella donazione di organi ex vivo diversi dal rene.

Con l'introduzione di questa fattispecie di carattere "generale" che punisce la mediazione nella donazione di organi da vivente il legislatore italiano non ha contemporaneamente provveduto ad abrogare la preesistente figura delittuosa speciale prevista dall'art. 7 della citata l. n. 458, aprendo in tal modo, di fatto, la questione inerente al concorso apparente tra le due incriminazioni.<sup>[49]</sup>

L'art. 22 bis prevede altresì una sanzione amministrativo-pecuniaria per la pubblicizzazione, per fini di profitto finanziario, della richiesta o dell'offerta di organi umani (co. 2), e per la condotta di accesso abusivo a sistemi che rendano conoscibile l'identità dei donatori e dei ricettori o ne utilizzi i dati (co. 3).

L'apparato sanzionatorio viene completato dal co. 1 dell'art. 22 della l. n. 91 del 1999, che prevede l'applicazione di una sanzione amministrativa, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, nel caso di violazioni di discipline organizzative relative alle strutture per i prelievi (art. 13), alle strutture per la conservazione dei tessuti prelevati (art. 15) ed alle strutture per i trapianti (art. 16).

Recentemente è stato presentato il d.d.l. S-922 («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») che prevede l'introduzione nel codice penale del nuovo art. 601 bis («Traffico di organi prelevati da persona vivente»)<sup>[50]</sup>.

---

recepisce la direttiva 2010/53/UE del 7 luglio 2010, relativa alle norme di qualità e sicurezza degli organi umani destinati ai trapianti. Gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché le donazioni di organi di donatori deceduti e viventi siano volontarie e non remunerate (art. 13, co. 1) ed affinché il reperimento degli organi sia effettuato senza fini di lucro (co. 4 dello stesso articolo). Vedi V. TIGANO, "Il Senato approva il disegno di legge sulla riforma dei delitti di traffico di organi prelevati da vivente", in *Diritto penale contemporaneo*, 23 marzo 2015.

<sup>[49]</sup> Per un accenno a tali questioni vedi TIGANO, "Il Senato approva", cit.

<sup>[50]</sup> Il titolo originario del disegno di legge era «Modifiche al codice penale e alla legge 1° aprile 1999, n. 91, in materia di traffico di organi destinati al trapianto», d'iniziativa dei senatori Maurizio Romani, Giarrusso, Simeoni, Fattori, Fucksia, Buccarella, Taverna, Airola, Santangelo, Cioffi, De Pietro, Casaletto, Orellana, Bignami, Mussini, Gambaro, Bencini, Molinari, Gaetti, Cappelletti, Moronese, Mangili, Campanella, Mastrangeli, Vacciano, Bertorotta, Serra, Morra, Bulgarelli, Battista e Bocchino, comunicato alla Presidenza il 4 luglio 2013. Cfr. in merito la breve introduzione al testo del d.d.l. di V. TIGANO, "Il Senato approva", cit., che riporta anche l'originaria stesura dei primi due commi dell'art. 601 bis, i quali avrebbero dovuto prevedere l'incriminazione della partecipazione alle associazioni finalizzate al traffico, alla vendita o alla donazione illecita di organi destinati al trapianto (reclusione da sette a sedici anni e multa da 50.000 a 500.000 euro) e della costituzione, della promozione, della dirigenza, dell'organizzazione, del finanziamento di tali associazioni (reclusione da otto a venti anni e multa da 100.000 a 500.000 euro). I commi successivi, invece, avrebbero dovuto punire con la reclusione da otto a venti anni e la multa da 50.000 a 300.000 euro per chiunque organizzasse o

Il testo del d.d.l. è stato oggetto di diversi emendamenti retti, in particolare, dall'obiettivo di reprimere la circolazione clandestina degli organi, in particolare se prelevati da persona vivente.

Il testo proposto dalla Commissione e trasmesso al Senato è stato approvato il 4 marzo 2015 con una nuova formulazione dell'art. 601 *bis* c.p., diretta ad ampliare l'area di punibilità a tutte le fasi di commercializzazione degli organi fra viventi<sup>[51]</sup> chiudendo, in tal modo, il cerchio aperto dalle previsioni di cui agli artt. 22 e 22 *bis* della l. n. 91 del 1999. Il secondo comma del nuovo art. 601 *bis*, inoltre, punisce le attività di propaganda/pubblicizzazione del traffico di organi, nonché di organizzazione e propaganda del cd. "turismo dei trapianti".<sup>[52]</sup>

Il d.d.l. attende ora di passare all'esame della Camera dei Deputati.

Vi è subito da rilevare che la formulazione della nuova fattispecie incriminatrice non è esente da critiche, soprattutto con riferimento alla scelta delle condotte penalmente rilevanti e alla loro descrizione.

Tali critiche possono essere meglio comprese rileggendo le disposizioni e le proposte interne alla luce della Convenzione del Consiglio d'Europa.

## 6.2. *Convenzione del Consiglio d'Europa ed ordinamento italiano a confronto: elementi critici e proposte condivisibili*

### 6.2.1. *I caratteri del sistema italiano anche alla luce del nuovo d.d.l. sul traffico di organi destinati al trapianto*

Rispetto all'articolato quadro sanzionatorio previsto dalla Convenzione del Consiglio d'Europa il nostro ordinamento dispone, de jure condito, di uno scarno apparato penalistico diretto a punire principalmente chi si procura, fa commercio e svolge opera di mediazione di organi.

Si tratta di fattispecie tutt'altro che vitali<sup>[53]</sup>, soprattutto grazie al complesso si-

---

propagandasse viaggi finalizzati alle attività illecite descritte dal primo comma e per chi pubblicizzasse o diffondesse annunci finalizzati alla commercializzazione di organi. L'art. 2 del d.d.l., sempre nella sua originaria formulazione, mirava ad inasprire le sanzioni previste dagli artt. 22, co. 3 e 4, e 22 *bis* della l. n. 91 del 1999.

<sup>[51]</sup> La fattispecie, infatti, punisce con la reclusione da tre a dodici anni e con la multa da 50.000 a 300.000 euro, nonché 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*».

<sup>[52]</sup> La disposizione sanziona con la reclusione da tre a sette anni e con la multa da 50.000 a 300.000 euro «*chiunque organizza o propaga 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*». È prevista altresì l'abrogazione dell'illecito amministrativo di cui al co. 2 dell'art. 22 *bis*, che attualmente sanziona la pubblicizzazione della richiesta o dell'offerta di organi.

<sup>[53]</sup> In giurisprudenza si annoverano pochi precedenti. Per uno di questi vedi Cass. pen., sez. II, 25 febbraio 1999, n. 993, in *Foro it.*, 2000, II, 281 e ss. (con nota di LA SPINA). Un medico italiano denunciò un cittadino americano, il quale a mezzo della posta elettronica aveva inviato a vari indirizzi

stema di controlli ed alle puntuali discipline extrapenali in materia di trapianto di organi.<sup>[54]</sup>

In prospettiva *de jure condendo*, il nuovo d.d.l. approvato dal Senato tenta di ampliare la punibilità ad attività connesse o legate alla commercializzazione e/o intermediazione, compresa la pubblicizzazione, oltre che la propaganda ed organizzazione del c.d. "turismo dei trapianti".

Anzitutto la Convenzione mira a colpire il "sistema traffico di organi", chiedendo agli Stati di prevedere come reato condotte maggiormente determinate, quali: l'illecita rimozione di organi, l'uso illecito di organi ed il loro impianto in violazione delle regole interne o dei principi fondamentali in materia di trapianti. Ad esse si aggiunge la criminalizzazione di attività prodromiche e di natura "commerciale" o di "intermediazione", oltre che la previsione della responsabilità (da reato) degli enti.

L'ordinamento italiano, invece, anche considerando la concreta prospettiva *de jure condendo* che prevede l'introduzione del nuovo art. 601 *bis* c.p., focalizza l'incriminazione sul commercio, la vendita, l'acquisto, il procurare o la tratta di organi prelevati da persona vivente, intendendo sanzionare altresì le forme di pubblicizzazione di soggetti disposti a donare e/o ricevere, nonchè la propaganda e l'organizzazione del "turismo dei trapianti".

Se la punibilità delle condotte di intermediazione è condivisibile ed in linea con le previsioni della Convenzione, maggiormente critica è l'incriminazione della vendita e dell'acquisto di organi, che potrebbe colpire direttamente anche i "soggetti deboli" del sistema, ossia il donatore ed il beneficiario che, seppur spinti da motivi diversi, hanno in comune l'alto coefficiente di vulnerabilità dovuto, rispettivamente, alle condizioni di povertà o di disagio sociale ed economico ed

---

sparsi nel mondo un messaggio in cui promuoveva un vero e proprio servizio di traffico di organi tramite cui era possibile organizzare un trapianto immediato e cure post-operatorie fuori dagli Stati Uniti, in ospedali moderni con medici ed infermiere di provata esperienza. A seguito di tale denuncia, il Procuratore della Repubblica di Roma dispose indagini, nominando alcuni consulenti che riuscirono a prendere contatti con il cittadino americano. Nel corso di tali contatti, furono chieste a quest'ultimo istruzioni concrete per l'effettuazione di un trapianto di reni; e l'indagato chiarì che avrebbe mandato la documentazione informativa e alcuni moduli da compilare e che, con la restituzione di detta documentazione, il paziente avrebbe dovuto inviare la somma di 10.000 dollari statunitensi; mentre per l'intervento – da eseguire in un centro clinico fuori dagli Stati Uniti d'America – sarebbe stato necessario pagare l'ulteriore somma di 115.000 dollari. La decisione della Cassazione ha avuto ad oggetto principalmente le questioni inerenti alla competenza territoriale ed alla consumazione del reato, in questo ultimo caso ritenendo che il reato di cui all'art. 7 l. n. 458 del 1967 si consumi nel momento in cui l'agente prende contatto con il donatore, a meno che non si versi in ipotesi di reato impossibile, per l'inesistenza del soggetto sul quale effettuare il trapianto.

<sup>[54]</sup> Cfr. per un approfondimento M. PICCOZZI, *Il trapianto di organi. Realtà clinica e questioni etico-deontologiche*, Milano, 2010; M. ARMANINI, S. DI NAUTA, *Etica dei trapianti di organi. Per una cultura della donazione*, Milano, 1998. Le linee guida ed i protocolli attualmente esistenti in Italia sono reperibili alle seguenti url: <http://www.trapianti.salute.gov.it/>; <http://www.trapianti.salute.gov.it/cnt/cntLineeGuida.jsp?id=35&area=cnt-generale&menu=menuPrincipale&sotmenu=normativa&label=norm>

alla necessità di trovare un organo "salva vita".<sup>[55]</sup> È opportuno osservare, d'altro canto, che tali fattori di vulnerabilità non possono essere posti sul medesimo piano. Il contesto sociale ed economico del donatore, infatti, è un elemento contingente da lui non dominabile e voluto, mentre il beneficiario potrebbe sfruttare proprio tale condizione per ottenere l'organo. Pertanto sarebbe eventualmente "maggiormente" coerente con lo spirito della Convenzione punire solo quest'ultimo, se consapevolmente "sfrutta" la situazione di povertà o di disagio in cui si trova il donatore, ovvero è a conoscenza della provenienza dell'organo.

In secondo luogo, il riferimento alla «tratta» si inserisce in un contesto in cui il codice penale ha subito recenti modifiche tramite il d. lgs. 4 marzo 2014, n. 24, di attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI, con l'obiettivo di rafforzare la protezione assicurata dal nostro ordinamento alle c.d. persone vulnerabili.

La novella ha, da un lato, modificato l' art. 600 c.p. («*Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*»), il quale oggi punisce con la reclusione da otto a venti anni chiunque eserciti su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà, ovvero riduca o mantenga una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportino lo sfruttamento ovvero a sottoporsi al prelievo di organi.<sup>[56]</sup>

Dall'altro lato, sono state apportate modifiche anche all'art. 601 c.p. («*Tratta di persone*») che, nella sua attuale formulazione, sanziona con la reclusione da otto a venti anni chiunque recluta, introduce nel territorio dello Stato, trasferisce anche al di fuori di esso, trasporta, cede l'autorità sulla persona, ospita una o più persone che si trovino nelle condizioni di cui all'art. 600, ovvero, realizzi le stesse condotte su una o più persone, mediante inganno, violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica, psichica o di necessità, o mediante promessa o dazione di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, al fine di indurle o costringerle a prestazioni lavorative, sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportano lo sfruttamento o a sottoporsi al prelievo di organi.<sup>[57]</sup>

---

<sup>[55]</sup> In verità vi sono ulteriori complicazioni sul piano applicativo, soprattutto se si considera l'intenzione, da parte del beneficiario o dei suoi famigliari, di disattendere le liste di attesa predisposte presso il Centro Nazionale Trapianti e/o di sfruttare proprio le vulnerabilità del donatore, da cui possono derivare elevati rischi per la salute dei soggetti coinvolti.

<sup>[56]</sup> Ex art. 600 c.p. la riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la «condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona».

<sup>[57]</sup> Su queste disposizioni vedi la nota illustrativa di M. MONTANARI, "L'attuazione italiana della direttiva 2011/36/UE: una nuova mini-riforma dei delitti di riduzione in schiavitù e di tratta di persone", in *Diritto penale contemporaneo*, 20 marzo 2014. Per una prospettiva anche storica vedi L. PICOTTI, "Nuove

Queste ultime incriminazioni, lette sistematicamente con quelle dirette a contrastare il traffico di organi e la commercializzazione di parti del corpo umano (eventualmente integrate dal nuovo art. 601 *bis* c.p., se il d.d.l. verrà approvato dalla Camera dei Deputati), da un lato rafforzano il sistema di tutela penale della libertà e della dignità umana. Dall'altro lato, si assiste, purtroppo, alla creazione di un nuovo labirinto normativo che potrebbe impegnare l'interprete in funambolici esercizi esegetici per individuare i limiti applicativi delle fattispecie, nonché i loro rapporti, soggetti ad interferenze reciproche.

Una prima distinzione riguarda comunque l'oggetto del reato, ossia la «persona» nel caso degli artt. 600 e 601 c.p. e non, invece, l'organo o parte di esso. Il «sottoporsi al prelievo di organi», infatti, integra l'oggetto della costrizione o la finalità delle condotte previste dall'art. 601 c.p. («*al fine di indurle o costringerle [...] a sottoporsi al prelievo di organi*»). Ne risulta una stratificazione di norme, fra loro collegate, la cui *ratio* è diversa e in cui la nozione di tratta è stata ampliata tanto da comprendere nella finalità di sfruttamento, che accomuna le diverse modalità della condotta delineate all'art. 2 par. 1 della direttiva 2011/36/UE, anche il prelievo di organi, che non era previsto nella decisione-quadro 2002/629/GAI, mentre è stato introdotto come aggravante dalla l. 228/2003.<sup>[58]</sup>

L'art. 2 par. 3 della citata direttiva, inoltre, ha specificato che lo sfruttamento comprende, come minimo, non solo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, compreso l'accattonaggio, ma anche la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù, lo sfruttamento di attività illecite o il prelievo di organi.

In questi casi, ex par. 4 del medesimo articolo, il consenso della vittima della tratta allo sfruttamento, programmato o effettivo, è irrilevante in presenza della minaccia dell'uso o dell'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, del rapimento, della frode, dell'inganno, dell'abuso di potere o della posizione di vulnerabilità o dell'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento. In questo senso il traffico di organi viene considerato una "componente" di un fenomeno molto più ampio, nonché un elemento nella struttura delle fattispecie penali di tratta e di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù.

La Convenzione del Consiglio d'Europa sul traffico di organi, invece, è incentrata sul fenomeno – sistema del traffico e del commercio di organi, comprese le attività di intermediazione o di reclutamento a scopo di lucro, in cui lo "sfruttamento"

---

*forme di schiavitù e nuove incriminazioni penali*", cit., 15-35; L. PICOTTI, "La lutte contre le trafic de personnes", cit. 1-10; L. PICOTTI, "I delitti di tratta e schiavitù. Novità e limiti della legislazione italiana", in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2007, 1-21. Più di recente, per una sintesi, sul piano storico-sociologico oltre che normativo, vedi F. GARREFFA, *Accoglienza, assistenza e protezione delle persone migranti. Criticità e potenzialità emerse dagli studi e dalla normativa vigente*, Milano, 2015.

<sup>[58]</sup> Cfr. R. SICURELLA, "Prosegue l'azione dell'Unione europea nella lotta alla tratta di esseri umani. Prima lettura della direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011", in *Diritto penale contemporaneo*, 25 luglio 2011.

può avere ad oggetto l'approfittamento dello stato di necessità in cui versano donatori e beneficiari, dovendosi comunque evidenziare, come è già stato anticipato, che i secondi possono trovarsi su un piano diverso rispetto ai primi.

Pertanto la tutela penale della persona e dei suoi diritti fondamentali, nei rapporti tratta - traffico di organi, risulta essere a struttura piramidale nell'ambito di cerchi concentrici, se si considera il traffico di organi quale componente del più ampio fenomeno "tratta". Viceversa essa risulta assiomatica se il primo è indipendente, pur potendo essere oggetto della costrizione o della finalità dello sfruttamento. In un sistema assiomatico indipendente, quindi, il traffico di organi non può essere dedotto dagli altri assiomi e non ne costituisce una premessa necessaria. Questa seconda costruzione teorica pare essere maggiormente adattabile al complesso sistema fenomenico e giuridico e può essere utilizzata, quale "strumento di traduzione", per interpretare la Convenzione.

In questo quadro una scelta del nostro legislatore, contenuta nel d.d.l. S-922, pienamente condivisibile è quella di punire attività prodromiche non solo alle fasi di trapianto, ma anche alle attività di mediazione, quali l'organizzazione o la propaganda di viaggi ovvero la diffusione o la pubblicità, con qualsiasi mezzo (anche tramite siti *web* o, in generale, Internet), di annunci finalizzati al traffico di organi o parti di organi, oggi sanzionata dal co. 2 dell'art. 22 *bis* l. n. 91 del 1999 come mero illecito amministrativo.

Nel caso di propaganda, diffusione e pubblicità, l'utilizzo della rete, che costituisce una canale globale di comunicazione anche anonima o di difficile tracciabilità, accentua le potenzialità diffuse di informazioni ed annunci finalizzati all'organizzazione di viaggi o a mettere in contatto donatori, intermediari e beneficiari. Nella stessa direzione si è già orientata la direttiva 2010/53/UE, in materia di trapianto di organi, che ha previsto il divieto di 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, co. 3).<sup>[59]</sup>

#### 6.2.2. *La responsabilità degli enti e la centralità del modello organizzativo*

L'art. 11 della Convenzione prevede la responsabilità degli enti e impone agli Stati di adottare le misure necessarie affinché la persona giuridica possa rispondere per i reati da essa previsti, se commessi a suo beneficio da una persona fisica che agisce individualmente o quale parte di un suo organo, purchè abbia una posizione di leadership basata sul potere di rappresentanza, sull'autorità di adottare decisioni per conto della persona giuridica o di esercitare su di essa un controllo. La persona giuridica deve essere altresì considerata responsabile quando il difetto di con-

---

<sup>[59]</sup> Sul quadro futuribile che comprende le questioni relative all'inquadramento dell'attività pubblicitaria, quando essa assume la forma di una vera e propria istigazione al compimento del delitto di mediazione nella donazione di organi prelevati da vivente, vedi i rilievi di V. TIGANO, "Il senato approva", cit.

trollo ha reso possibile la commissione di uno dei reati previsti dalla Convenzione. La disposizione, però, lascia liberi gli Stati di scegliere la natura della responsabilità (civile, penale o amministrativa), ferma restando la responsabilità penale della persona fisica autore del reato.

Il legislatore italiano si trova di fronte, quindi, ad alcune scelte cruciali. Se decidesse di inserire i delitti di traffico di organi - oggi previsti dagli artt. 22, co. 3 e 4, 22 *bis*, co. 1, l. n. 91/1999, e in prospettiva futura, 601 *bis* c.p. - tra i reati-presupposto della responsabilità delle persone giuridiche ex d.lgs n. 231 del 2001 si troverebbe a dover affrontare la questione relativa al campo applicativo del decreto che, ai sensi dell'art. 1, co. 2, prevede che le sue disposizioni si applichino agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica. La responsabilità è invece esclusa (co. 3) per lo Stato, per gli enti pubblici territoriali, per gli altri enti pubblici non economici e per quelli che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.<sup>[60]</sup>

Da un lato il sistema del "traffico-commercio" di organi è retto anche dai forti interessi economici perseguiti non solo da enti che gestiscono o organizzano attività sanitarie, ma anche da società o studi professionali che ruotano attorno ad attività o prodotti sanitari, nonché da agenzie di viaggio o associazioni dedite all'organizzazione di viaggi. Dall'altro lato, alcuni illeciti non possono che qualificarsi come "propri", potendo essere compiuti solamente da personale specializzato, che abbia una formazione medico-chirurgica oltre ad ulteriori altre specializzazioni. Si pensi alla rimozione illecita di un organo, al suo utilizzo, al suo impianto in violazione delle disposizioni normative statali o, ancora, ad alcune procedure di conservazione o di preparazione dell'organo, che necessitano di conoscenze mediche e/o infermieristiche oltre che di strutture fisiche ed organizzative adeguate.

Si tratta, in sostanza, di figure che operano, almeno in Italia, all'interno sia di strutture private accreditate presso il Servizio Sanitario Nazionale che di enti ospedalieri pubblici. La disciplina prevista dal d.lgs n. 231 può trovare applicazione per le strutture sanitarie private e gli enti ospedalieri a capitale misto, pubblico e privato, non per gli enti pubblici.<sup>[61]</sup>

---

<sup>[60]</sup> Sulla responsabilità degli enti si rinvia in questa sede, senza pretesa di esaustività e fra i contributi più recenti, a C. E. PALIERO, "Dieci anni di 'corporate liability' nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi", in AA.VV., "D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi", in *Le Soc.*, 2011, n. spec., in particolare 5 e ss.; fra le opere monografiche cfr. G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008; R. GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2006; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002. Cfr. anche, fra i volumi collettanei e le curatele, A. BASSI, T.E. EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006; G. LATTANZI (cur.), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010; V. MONGILLO, A. M. STILE, G. STILE (cur.), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013.

<sup>[61]</sup> Vedi Cass. pen., II sez., 21 luglio 2010, n. 28699. La Corte ha ritenuto che «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

Questi ultimi, però, erogano servizi e dispongono di soggettività giuridica. Sulla loro natura si è anche pronunciata la giurisprudenza amministrativa, facendo leva sulla loro autonomia imprenditoriale, «che dovrebbe accomunarle ad organizzazioni private tipiche di attività a scopo di lucro, con il fine istituzionale di perseguimento dei livelli essenziali di assistenza che, invece, la legge assegna alle aziende sanitarie, in quanto enti organizzativi sub regionali». Malgrado tali dubbi esse sono esonerate dall'applicazione del d.lgs n. 231, in quanto tecnicamente non qualificabili come enti pubblici economici.<sup>[62]</sup>

Vi è da rilevare che una parte della dottrina<sup>[63]</sup>, proprio con riferimento alle aziende sanitarie locali o ospedaliere, ha affermato che la limitazione di responsabilità si dovrebbe giustificare per almeno tre motivi principali: 1. per il tipo di attività che svolgono (non prettamente economica) 2. perché l'applicazione di sanzioni pecuniarie priverebbe l'ente di fondi vincolati al raggiungimento dei più alti livelli di assistenza; 3. per l'impossibilità di ipotizzare un reato commesso nell'interesse o vantaggio dell'ente.

Al di là di questo dibattito, de jure condito l'oggetto del rimprovero che si muove alla persona giuridica sta nel fatto di non aver adottato e implementato modelli di organizzazione idonei a prevenire efficacemente la commissione di certi reati. La responsabilità non è subordinata ad alcuna condizione sospensiva e non è sussidiaria o alternativa rispetto a quella della persona fisica; è altresì autonoma, in quanto non presuppone l'accertamento della responsabilità (e dunque la condanna) della persona fisica che ha commesso il reato presupposto.

Il modello di organizzazione, dunque, assume un ruolo fondamentale.<sup>[64]</sup> Per evitare un diverso trattamento fra gli enti pubblici economici e di natura privata rispetto a quelli pubblici, in questo settore, il legislatore dovrebbe considerare l'opportunità di disciplinare in modo specifico i contenuti e le linee guida da seguire per obbligare, anche all'interno di organismi sanitari pubblici, l'adozione di specifici modelli preventivi,<sup>[65]</sup> di strumenti di controllo e di procedure interne,

---

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. In dottrina basti il rinvio, in questa sede, a O. DI GIOVINE, "Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo", in G. LATTANZI (cur.), *Reati e responsabilità*, cit., 3 e ss., in specie 34 e ss. Cfr., anche per una prospettiva comparata con gli ordinamenti olandese, francese, belga, inglese e statunitense E. PAVANELLO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico*. *Societas publica delinquere potest*, Padova, 2011.

<sup>[62]</sup> Vedi T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 22 aprile 2003, n. 159. Cfr. E. PAVANELLO, *La responsabilità penale*, cit., 290 e ss.

<sup>[63]</sup> Così A. ROSSI, "Responsabilità «penale-amministrativa» delle persone giuridiche (profili sostanziali)", in A. ROSSI (cur.), *Reati societari*, Torino 2005, 520 ss. Cfr. anche E. PAVANELLO, *La responsabilità penale*, cit., 291 e ss., a cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>[64]</sup> Sul ruolo centrale del modello organizzativo vedi C. PIERGALLINI, "La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato", in G. LATTANZI (cur.), *Reati e responsabilità*, cit., 153 e ss.

<sup>[65]</sup> La Regione Lombardia aveva previsto l'applicazione del modello organizzativo ex d.lgs 231 del 2001 ad alcune Asl e ad un'azienda ospedaliera, ritenendo opportuno, pur in difetto di applicazione di detto decreto, di mutuare il contenuto dei modelli per garantire una migliore organizzazione

che tengano soprattutto conto delle linee guida del Centro Nazionale Trapianti.<sup>[66]</sup> Deve trattarsi di un modello organizzativo non solo idoneo in concreto, ma anche formalizzato, reso pubblico agli utenti e, allo stesso tempo, da intendersi quale pre-requisito indispensabile per poter svolgere le attività di trapianto e tutte le altre attività ad esso connesse (comprese quelle preparatorie e/o conservative). In altri termini, la volontà dell'ente dovrebbe trovare una forma di manifestazione sostanziale e formale, prevedendo e disciplinando organi di controllo, protocolli di decisione, sistemi disciplinari, procedure che regolino flussi informativi verso l'Organismo di Vigilanza, obblighi di informazione, precisa individuazione delle aree di rischio, nonché linee guida in materia di trapianti previste dal CNT.<sup>[67]</sup> Purchè non si confonda il principio di effettività con un rigido formalismo e ferma restando la possibilità di prevedere una diversa forma di responsabilità per l'ente pubblico, di natura civile o amministrativa, che si possa però combinare con forme di responsabilità degli organi dirigenti o preposti per l'omessa predisposizione, o il mancato aggiornamento e controllo, di un modello di organizzazione idoneo a prevenire i reati di traffico di organi.

## 7. Conclusioni e prospettive *de jure condendo*

«*Ho una malattia renale policistica bilaterale. Mi serve un rene nuovo*». Devo poter far affidamento su un efficiente sistema di trapianto di organi che possa garantire sicurezza e tutela della salute e della dignità umana.

In Italia l'attuale tutela penale *in subjecta materia* è gravemente lacunosa. Neppure le concrete prospettive *de jure condendo*, che vedono la luce con il d.d.l. S-922, possono ritenersi soddisfacenti ed in linea con le previsioni della nuova Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi.

Salvi i rilievi critici sulla formulazione del trattato, risultato di un lungo e complesso compromesso, la Convenzione ha il merito di aver previsto specifiche disposizioni penali, non solo per prevenire pregiudizi alla salute individuale e pubblica, ma anche per tutelare la libertà e la dignità della persona umana.

---

e trasparenza dell'operato delle aziende. Vedi P. PREVITALI, "L'applicazione del d.lgs. 231/2001 in sanità. Il caso delle aziende sanitarie e ospedaliere lombarde", in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Interventi, 2007 (<http://www.rivista231.it/>).

<sup>[66]</sup> Il Centro Nazionale Trapianti ha adottato molteplici linee guida per specifici ambiti (ad esempio per la sala criobiologica, per il prelievo, la processazione e la distribuzione di tessuti a scopo di trapianto, per l'idoneità ed il funzionamento dei centri individuati dalle Regioni come strutture idonee ad effettuare trapianti di organi e di tessuti, per l'accertamento della sicurezza del donatore di organi). Vedi <http://www.trapianti.salute.gov.it/>

<sup>[67]</sup> Per uno sguardo alla situazione delle strutture sanitarie private accreditate ed ai rapporti con altre aziende ospedaliere vedi il contributo di F. TOSI, "La Regione Sicilia 'premia' le strutture sanitarie private accreditate che adottano modelli di organizzazione ex D.lgs. 231/2001", in *Diritto penale contemporaneo*, 27 luglio 2011, che richiama anche le esperienze di altre regioni.

Il legislatore italiano dovrebbe ratificare la Convenzione ed attuare in tempi rapidi le sue previsioni, in particolare gli artt. da 4 a 8, oltre all'art. 11 (in materia di responsabilità degli enti), per colpire il "sistema del traffico e del commercio di organi", evitando di sanzionare donatori e beneficiari, veri e propri soggetti deboli della catena, la cui vulnerabilità è accentuata dallo stato di necessità in cui versano.

In primo luogo, nell'attuare l'art. 4 (illecita rimozione di organi) sarebbe opportuno disciplinare in modo specifico i requisiti e le modalità di manifestazione del "consenso", facendo tesoro dell'esperienza già maturata nell'ambito delle attività medico chirurgiche.

In secondo luogo appare necessario attuare l'art. 6, quando l'impianto di organi avviene in violazione della normativa interna sui trapianti e dei principi fondamentali che la reggono.

In questo caso il naturale inserimento dei nuovi reati fra i «*Delitti contro la personalità individuale*» consentirebbe di applicare l'art. 604 c.p., derogando così agli artt. 9 e 10 c.p., dando però al contempo attuazione all'art. 10 della Convenzione («Giurisdizione»).[68]

Oltre alla incriminazione delle attività di intermediazione nella commercializzazione di organi, pare opportuna altresì la punibilità delle condotte di pubblicizzazione, diffusione ed organizzazione delle pratiche legate al turismo di organi. In quest'ultimo caso è condivisibile la formulazione prevista dal d.d.l. (art. 601 *bis*, co. 2). Per quanto riguarda le attività che possono trovare nella *web* l'ambito ideale di realizzazione (si pensi a siti Internet costruiti per mettere in contatto donatori, intermediari e beneficiari), sarebbe auspicabile che il legislatore adotti uno strumento simile a quello previsto dall'art. 25 della direttiva europea del 13 dicembre 2011 relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile [69], il quale prevede che gli Stati adottino le misure necessarie per assicurare la tempestiva rimozione delle pagine *web* contenenti immagini pedopornografiche, che abbiano *host* nel proprio territorio, ma con la possibilità di richiedere la stessa misura anche al di fuori dei limiti territoriali. La direttiva, inoltre, consente agli Stati di adottare misure di blocco di accesso degli utenti alle pagine *web* contenenti materiali illeciti. Il legislatore dovrebbe dare attuazione anche all'art. 8 della Convenzione, sanzionando, seppur con pene meno severe, le attività prodromiche al trapianto di organi illecitamente rimossi, spesso di natura commerciale.

La formulazione di queste disposizioni è preferibile rispetto a quella contenuta nel d.d.l., che pone sul medesimo piano le condotte di natura commerciale («commer-

---

[68] In particolare consentirebbe la punibilità anche quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano ovvero in danno di cittadino italiano, ovvero da cittadino straniero in concorso con cittadino italiano. In quest'ultima ipotesi il cittadino straniero è punibile quando si tratta di delitto per il quale è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni e quando vi è stata richiesta del Ministro di Giustizia.

[69] Cfr. R. FLOR, "Lotta alla 'criminalità informatica' e tutela di 'tradizionali' e 'nuovi' diritti fondamentali nell'era di Internet", in *Diritto penale contemporaneo*, 20 settembre 2012.

cia», «vende», «acquista»), quelle neutre («procura in qualsiasi modo e a qualsiasi titolo») e quelle caratterizzate da forme di sfruttamento di soggetti vulnerabili posti in stato di soggezione, anche tramite violenza o minaccia («tratta»). L'elemento di illiceità speciale («illecitamente») risulta indeterminato, in quanto pare rinviare implicitamente a una normativa extrapenale non facilmente identificabile.

Il commercio, la vendita o l'acquisto, infatti, costituiscono di per sé, nello spirito della Convenzione, condotte riprovevoli, in quanto non basate sullo spirito di generosità e altruità che dovrebbe caratterizzare il gesto della donazione. Esse si possono giustificare solo se fra i soggetti attivi vengono inclusi anche donatore e beneficiario.<sup>[70]</sup> Tale scelta politico-criminale, se è ammessa dalla stessa Convenzione, la quale – coerentemente con la sua *ratio* – non prende posizione sul punto, a maggior ragione deve tradursi nella previsione di una disposizione *ad hoc*, che deve essere, da un lato, distinta da quelle dirette a colpire il "sistema traffico", ossia l'intermediazione nella commercializzazione di parti del corpo umano, nonchè l'espianto, l'uso e l'impianto di organi illecitamente rimossi, oltre alla corruzione attiva e passiva del personale sanitario. Dall'altro lato, essa deve considerare, anche sul piano sanzionatorio, i diversi "gradi" di vulnerabilità che caratterizzano, rispettivamente, i donatori ed i beneficiari. Questi ultimi, infatti, potrebbero sfruttare consapevolmente i primi, conoscendo la loro condizione di disagio sociale e di estrema povertà.

Una clausola di illiceità speciale potrebbe essere collegata solo alla condotta del «procurarsi», in quanto realizzata in difetto di un valido consenso da parte del donatore vivente o in violazione delle leggi e dei regolamenti che disciplinano il prelievo di organi da persone decedute.<sup>[71]</sup>

Nella sua versione originaria il d.d.l. doveva inasprire la risposta punitiva nei confronti del traffico di organi sia da vivente, che da persona deceduta, anche se era concentrato particolarmente sulla punibilità dei fenomeni associativi finalizzati al traffico di organi. Nella sua versione definitiva, invece, la nuova fattispecie incriminatrice, se confermata dalla Camera dei Deputati, è volta a contrastare soltanto il traffico di organi *ex vivo*.

Ne consegue che dovrebbero rimanere in vigore le disposizioni sanzionatorie che hanno per oggetto gli organi provenienti da donatori deceduti, ex art. 22 l. n. 91 del 1999, anche se questo nuovo assetto dovrebbe essere semplificato dall'abrogazione dell'art. 7 l. n. 458 del 1967. Pertanto troverebbe applicazione l'art. 22 *bis* l. n. 91 del 1999 ai casi di mediazione per fini di lucro nella donazione di organi prelevati da persone viventi.<sup>[72]</sup>

---

<sup>[70]</sup> L'incriminazione della condotta di commercio di organi è simmetrica a quella prevista dall'art. 22, co. 3 l. n. 91 del 1999 che punisce il commercio di organi prelevati da soggetto deceduto.

<sup>[71]</sup> Anche la condotta del «procurarsi» è omologa a quella di cui ai co. 3 e 4 dell'art. 22 l. n. 91 del 1999, con riferimento agli organi prelevati da persona deceduta.

<sup>[72]</sup> Sui rapporti fra i citati artt. 7 e 22 *bis* vedi le condivisibili osservazioni V. TIGANO, "Il Senato approva", *cit.*

Il d.d.l., pur tentando un raccordo fra quest'ultima disposizione e quelle di cui al nuovo art. 601 *bis* c.p., non risolve alcuni problemi di possibile interferenza fra la condotta di «commercio» e quella di «mediazione», ex art. 22 *bis*. L'interpretazione sistematica di queste disposizioni dovrebbe portare a ritenere «commercio» la compravendita di organi, ossia l'acquisto presso il donatore e la rivendita presso un mediatore o un beneficiario. Viceversa, si dovrebbe configurare una «mediazione» in caso di mera messa in contatto fra venditore ed acquirente dietro un corrispettivo per l'attività prestata.

L'auspicio è che il legislatore ritorni sui suoi passi e, prima di introdurre modifiche al codice penale con il citato d.d.l., ratifichi la Convenzione del Consiglio d'Europa e non solo mediti sugli elementi facoltativi delle fattispecie e sulle possibilità di riserva ammessi dal trattato, ma ripensi anche, in modo sistematico, ad una più ampia riforma per contrastare efficacemente il traffico di organi attuando la Convenzione e sanzionando la pubblicità relativa alla compravendita di organi, nonché la propaganda e l'organizzazione di attività dedite al turismo del traffico di organi. Si dovrebbe far propria la ratio della Convenzione medesima, evitando formulazioni indeterminate ed imprecise, riflettendo sul linguaggio tecnico da utilizzare ed evitando di far cadere la scure della sanzione penale sulle "vittime" del sistema "traffico". I benefici di questa impostazione deriverebbero anche dalla natura compromissoria della Convenzione, che ha già portato ad una mediazione sulla struttura dei reati e sulla terminologia utilizzata, che possono consentire un più facile "dialogo" con gli altri Stati, necessario soprattutto in situazioni in cui gli obiettivi di politica criminale consistono nel contrasto e nella prevenzione di un fenomeno di natura transnazionale.

Infine, dovrebbero essere introdotte specifiche disposizioni di natura preventiva, che impongano alle strutture coinvolte nel trapianto di organi o che svolgono attività connesse, preparatorie o di conservazione, l'adozione di modelli organizzativi e di controllo, che tengano conto delle linee guida e dei disciplinari tecnici elaborati dal CNT, nonché dell'esperienza degli enti locali (Regioni e Province Autonome di Trento e Bolzano) e dei centri coinvolti.

La ratifica della Convenzione e la necessità di una più profonda riflessione su natura, obiettivi e metodo della riforma sono indispensabili affinché non si verificino episodi simili a quello con cui è stato aperto questo lavoro: *«Ho una malattia renale policistica bilaterale. Sono andato nel Regno degli Dei, ho trovato un Piccolo Dio, ho pagato poche migliaia di euro per ottenere il rene da un giovane abitante del Regno che si finge mio figlio. Come sarà la sua vita da ora in poi? Non lo so. Forse non mi interessa realmente».*



# Gli effetti della convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta al traffico di organi, nell'ordinamento degli Stati contraenti e i possibili riflessi verso Stati terzi

ALESSANDRA PIETROBON

## 1. La convenzione di Santiago de Compostela: natura ed effetti

La convenzione europea sulla lotta al traffico di organi è stata aperta alla firma il 25 marzo 2015, a Santiago de Compostela.<sup>[1]</sup> È da augurarsi che gli Stati mostreranno una ferma determinazione a favorirne l'entrata in vigore e garantirne un'effettiva, puntuale applicazione, in un momento storico in cui il traffico di organi, già endemico nelle aree più povere del mondo, tende ad aggravarsi perché favorito dalle situazioni di instabilità politica o di conflitto che attualmente interessano vari Stati in Asia e in Africa. Lo spostamento in corso di grandi numeri di persone, che fuggono dal proprio Paese cercando asilo in Europa, crea altre condizioni senza dubbio vantaggiose per le attività criminali connesse allo sfruttamento di esseri umani, là dove i migranti, che versano in condizioni di indigenza e non hanno accesso reale a mezzi di tutela dei propri diritti, corrono il rischio di essere vittima anche di questi crimini.

L'iniziativa e la preparazione della convenzione si deve al Consiglio d'Europa. Pur se il fenomeno del traffico di organi era già oggetto di considerazione in altri accordi internazionali, è questo il primo a stabilire norme penali comuni per la prevenzione e la repressione dei reati, oltre a regole specifiche per la protezione delle vittime.<sup>[2]</sup>

---

<sup>[1]</sup> *Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs*: il testo si legge al sito del Consiglio d'Europa <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG>, dove è possibile consultare anche il relativo *Explanatory Report*, nonché lo stato aggiornato delle firme, ratifiche e riserve. I lavori per la preparazione della convenzione hanno preso avvio a seguito di una raccomandazione congiunta delle Nazioni Unite e del Consiglio d'Europa: cfr. *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs, Joint Council of Europe/United Nations Study, 2009*, al link [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/News/OrganTrafficking\\_study](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/News/OrganTrafficking_study).

<sup>[2]</sup> Sia l'art. 3 del protocollo delle Nazioni Unite sulla lotta al traffico di esseri umani (cfr. *UN Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children*, il testo è disponibile in [www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC\\_Convention/TOCebook-e.pdf](http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC_Convention/TOCebook-e.pdf)) che l'art. 4 dell'analoga *Council of Europe Convention on action against trafficking in Human Beings* (cfr. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG>) impongono agli Stati parte di punire il traffico di esseri umani, definito come «recruitment, transportation, transfer

I lavori per la preparazione della convenzione hanno avuto inizio, in seno al Consiglio d'Europa, con la costituzione di un apposito comitato tecnico, incaricato di negoziare e redigere il testo.<sup>[3]</sup> I negoziati sono stati tutt'altro che semplici perché – pur essendo l'obiettivo primario della convenzione largamente condiviso dalle delegazioni di tutti gli Stati – l'intesa necessaria alla redazione di un testo comune si è rivelata difficile, in relazione ad aspetti giuridici apparentemente secondari, ma in realtà molto delicati. La recente apertura alla firma indica che il testo ora è definitivo: ma ciò ancora non significa che la convenzione sia operativa. Se lo sarà, e se avrà successo, dipenderà dal numero di Stati che, dopo la firma, decideranno anche di ratificare la convenzione. È la ratifica, infatti, l'atto che, a livello internazionale, manifesta la volontà dello Stato ad impegnarsi, sul piano giuridico, ad adempiere a quanto voluto dall'accordo internazionale. Perché la convenzione possa entrare in vigore, e così iniziare a produrre i suoi effetti, occorre che siano trascorsi tre mesi dal deposito, presso il Consiglio d'Europa, del quinto strumento di ratifica.<sup>[4]</sup> Al momento in cui si scrive (settembre 2015), nessuno Stato ha ancora ratificato. La convenzione è un accordo di diritto internazionale penale: essa, cioè, fa obbligo agli Stati parte di configurare il proprio ordinamento interno in modo da prevedere come reato e punire con adeguata sanzione una serie di condotte criminose, come descritte dalla convenzione stessa, ciascuna delle quali va dunque considerata come costituente *traffico di organi*.<sup>[5]</sup> In tal modo, tutti gli Stati parte della convenzione saranno dotati di una legislazione penale uniforme, di modo che la repressione e la prevenzione del reato saranno più efficaci.

---

harbouring or receipt of persons, by means of the threat of the use of force, or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person». Il crimine è caratterizzato dall'intento di sfruttamento degli esseri umani, che comprende «the exploitation of the prostitution or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs»: così l'art. 4 della convenzione europea (corsivo aggiunto).

<sup>[3]</sup> Il comitato tecnico *ad hoc* (PC-T0) operava nell'ambito del comitato permanente del Consiglio d'Europa per prevenzione dei crimine (CDPC); chi scrive ha fatto parte della delegazione italiana partecipante ai lavori, le opinioni espresse in questo articolo, tuttavia, sono esclusivamente personali.

<sup>[4]</sup> Così stabilisce la stessa convenzione, all'art. 28.

<sup>[5]</sup> Secondo quanto precisa il rapporto esplicativo (*supra*, n. 1), traffico di organi umani «shall mean any illicit activity in respect of human organs as prescribed in art. 4.1 and articles 5,7,8,9 of the convention». Quanto alla definizione di organo, il rapporto esplicativo precisa che questa va desunta dall'art. 3 della direttiva UE 2010/45 (*infra*, n. 8), che è la seguente: «una parte differenziata del corpo umano, formata da diversi tessuti, che mantiene la propria struttura, vascolarizzazione e capacità di sviluppare funzioni fisiologiche con un significativo livello di autonomia». Il problema del traffico in tessuti e cellule umane dovrà essere oggetto di una separata convenzione.

Cfr. *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin*, al link <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/186.htm>. Si tratta di protocollo aggiuntivo alla convenzione di Oviedo del 1997, sulla biomedicina: cfr. *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, al link <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/164.htm>.

L'impatto della convenzione nell'ordinamento giuridico di ciascuno degli Stati parte sarà diverso a seconda che questi nella propria legge nazionale già prevedano norme penali simili o uguali a quelle enunciate dalla convenzione, (nel qual caso solo interventi minimi saranno necessari) oppure non abbiano alcuna norma penale specifica, nel qual caso avranno l'obbligo di adottarle *ex novo*, in conformità a quanto la convenzione richiede.

Naturalmente, all'obbligo di adeguare la propria legislazione si aggiunge quello di dare concreta, effettiva esecuzione alle norme penali. È prevista la formazione di un comitato europeo che dovrà verificare l'effettivo adempimento della convenzione, richiedendo delle relazioni specifiche agli Stati parte e formulando raccomandazioni.<sup>[6]</sup>

La nuova convenzione si inserisce in un contesto giuridico europeo in cui ciascuno Stato è dotato di una propria legge nazionale sui trapianti. Il protocollo del Consiglio d'Europa sui trapianti di organi e tessuti di origine umana fissa i principi generali fondamentali cui le leggi nazionali in materia di trapianti devono attenersi, ma non una disciplina di dettaglio ed è, al momento, in vigore solo fra 13 Stati. Per gli Stati membri dell'Unione europea, sussistono alcune regole uniformi in materia di qualità e tracciabilità degli organi utilizzati per i trapianti.<sup>[7]</sup>

La convenzione riguarda solo il diritto penale: non ha per obiettivo quello di armonizzare, per tutti gli altri aspetti, le diverse legislazioni nazionali sui trapianti d'organi. Inevitabilmente però, le disposizioni penali volute dalla convenzione, in ciascuno Stato parte, dovranno... convivere con la legislazione nazionale. Nonostante le misure adottate dall'UE, fra le legislazioni nazionali europee in materia di trapianti restano differenze di non poco rilievo: è questo il fattore che, come si vedrà, ha complicato i lavori di negoziazione della convenzione di Santiago de Compostela, per la necessità di formulare un testo che – pur lasciando sopravvivere tali differenze – fosse accettabile da tutti.

## 2. I principi fondamentali: libertà e gratuità della donazione di organi

I principi fondamentali cui la convenzione si ispira sono quello della libertà e della gratuità della donazione di organi. L'art. 4 fa obbligo agli Stati parte di adottare tutte le misure necessarie a prevedere come reato, nel proprio ordinamento, ogni rimozione di un organo effettuata in mancanza di un consenso "libero, informato e specifico" del donante, oppure effettuata in cambio della

---

<sup>[6]</sup> Cfr. artt. 23-25 della convenzione.

<sup>[7]</sup> Per effetto della direttiva 2010/45, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010, *relativa alla qualità e sicurezza degli organi umani destinati ai trapianti*, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, L 207, del 6 agosto 2010, p. 14.

corresponsione al “donatore” di un pagamento in denaro o di qualsiasi altra utilità.<sup>[8]</sup>

Quanto alla gratuità della donazione, il principio è già fatto proprio in modo sostanzialmente omogeneo dalle legislazioni europee in materia di trapianti, nessuna delle quali ammette che la donazione possa essere retribuita o compensata in misura maggiore di quanto necessario a ripagare il donatore delle spese, dei danni o del mancato guadagno conseguenti alla rimozione dell’organo: così è previsto anche dalla convenzione e a questo riguardo, pertanto, gli Stati non avranno difficoltà ad adeguarsi.<sup>[9]</sup> Piuttosto, è da ritenere che la convenzione, una volta operativa, impedirà agli Stati parte di modificare la propria legislazione in modo da consentire la donazione di organi retribuita in misura maggiore: opzione che, secondo un’opinione da tempo oggetto di valutazione in alcuni Paesi extra-europei, potrebbe essere il rimedio alla cronica scarsità di organi disponibili per i trapianti.<sup>[10]</sup>

Il tema del consenso del donatore di organi è, di per sé, il più delicato. La necessità del consenso libero informato e specifico è affermata tanto per il donatore deceduto, quanto per il donatore vivente.

Nel caso del donatore defunto, l’atto di disposizione degli organi deve risultare da una manifestazione di volontà, formulata mentre il soggetto era ancora in vita ed in grado di intendere e di volere. Quanto al modo di raccogliere queste manifestazioni di volontà – che necessariamente devono risultare in modo certo, ma anche rapido, onde consentire la tempestiva realizzazione dei trapianti – le legislazioni nazionali seguono modelli diversi. Vi sono Stati che adottano il sistema di *opting in*, altri quello di *opting out*, rispetto all’inserimento nelle liste dei potenziali donatori: ambedue i sistemi vanno ritenuti compatibili con la

---

[8] Questo il testo dell’art. 4.1: «Each Party shall take the necessary legislative and other measures to establish as a criminal offence under its domestic law, when committed intentionally, the removal of human organs from living or deceased donors:

a. where the removal is performed without the free, informed and specific consent of the living or deceased donor, or, in the case of the deceased donor, without the removal being authorised under its domestic law;

b. where, in exchange for the removal of organs, the living donor, or a third party, has been offered or has received a financial gain or comparable advantage;

c. where in exchange for the removal of organs from a deceased donor, a third party has been offered or has received a financial gain or comparable advantage».

[9] È legittimo che il donatore riceva «compensation for loss of earnings and any other justifiable expenses caused by the removal or by the related medical examinations, or compensation in case of damage which is not inherent to the removal of organs»: cfr. art. 4.3.

[10] L’opinione è diffusa soprattutto negli Stati Uniti: cfr. G. CRESPI, “Overcoming the Legal Obstacles to the Creation of a Future Market in Bodily Organs”, in 55 *Ohio State Law Journal* (1994), 2, mentre altri studi riferiscono degli scarsi effetti di altre forme di incoraggiamento alla donazione: cfr. P. CHATTERJEE, A.S. VENKATARAMANI, A. VIJAYAN, J.R. WELLEN, E.G. MARTIN, *The Effect of State Policies on Organ Donation and Transplantation in the United States*, 2015 at *JAMA Intern Med.* doi:10.1001/jamain-ternmed.2015.2194; cfr. anche S. NAGRAL, J. AMALORPAVANATHAN, “Deceased organ donation in India: Where do we go from here?” in 11 *Indian Journal of Medical Ethics*, 2014, 162.

convenzione.<sup>[11]</sup> Ugualmente compatibili con questa sono le norme che, in alcune legislazioni, ammettono la rimozione degli organi *post mortem*, pur in assenza di consenso della persona deceduta, per decisione di una pubblica autorità, in conformità a requisiti e procedure stabiliti dalla legge nazionale. La convenzione non esige che gli Stati che già prevedono procedure di questo tipo debbano abolirle, né intende precludere ad altri Stati di introdurre normative analoghe in futuro: la rimozione di organi da donatore deceduto effettuata in conformità a tali procedure dunque non sarà considerata reato, se effettuata nel Paese la cui legge la ammetta.

Il traffico di organi, come ben noto, riguarda in misura probabilmente molto maggiore, organi prelevati da persone viventi, in particolare i reni. Divergenze importanti esistono oggi anche fra le stesse legislazioni europee, con riguardo alla possibilità di rimozione di organi a scopo di trapianto da persone viventi, che *non* siano in grado di prestare un consenso libero, informato e specifico. La rimozione di organi da persone incapaci sarebbe inevitabilmente illegale, ad esempio, secondo la legge italiana.<sup>[12]</sup> Altri Stati europei invece la ammettono, in casi particolari, predisponendo al riguardo procedure particolarmente rigorose, da compiersi sotto il controllo di un giudice o altra pubblica autorità. In questi ultimi Stati, quindi, il donatore potrebbe legittimamente essere anche un minore o una persona affetta da una malattia mentale. Il fine di tali legislazioni, è quello di non precludere la possibilità di ricorrere al trapianto in casi in cui - ad esempio - il solo donatore compatibile per un trapianto di rene, indispensabile alla sopravvivenza di un paziente, sia un fratello o una sorella del paziente, che non abbia ancora raggiunto l'età della piena capacità legale di agire. Fra le altre, la recente legislazione del Galles prevede che il minore possa in questi casi prestare un consenso valido in proprio - se sia già in grado di capire le circostanze e gli effetti della donazione - oppure che il consenso possa essere dato dai genitori o da chi abbia la tutela della persona minore o incapace.<sup>[13]</sup>

---

<sup>[11]</sup> Il primo sistema è quello che garantisce il modo più severo la libertà del consenso: la rimozione di organi da cadavere avviene solo se la persona defunta aveva manifestato a ciò un consenso specifico. Il sistema di *opting out* ammette invece la rimozione di organi in tutti i casi in cui la persona defunta non avesse manifestato una volontà contraria: è chiaro che da un punto di vista strettamente giuridico si è di fronte in questi casi a una figura di consenso *presunto*, non di un consenso specifico, come la convenzione richiede. Tuttavia, come il rapporto esplicativo precisa, anche il sistema di *opting out* va considerato compatibile con la convenzione.

<sup>[12]</sup> Il codice civile italiano vieta gli atti di disposizione del proprio corpo che cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica (art. 5). Pertanto, sono state necessarie leggi speciali per configurare, superando tale divieto, la possibilità della donazione di organi da persona vivente: ad esempio, per i trapianti di rene fra viventi, la legge 26 giugno 1967, n. 458 ammette la donazione «a condizione che il donatore abbia raggiunto la maggiore età, sia in possesso della capacità di intendere e di volere, sia a conoscenza dei limiti della terapia dei trapianti e sia consapevole delle conseguenze personali che il suo sacrificio comporta» (art. 2).

<sup>[13]</sup> Lo *Human Transplantation (Wales) Act* del 2013, stabilisce come regola generale che anche il minore, se in grado di capire la situazione, possa esprimere un consenso valido alla donazione di

Questa differenza ha portato a difficoltà notevoli, nella negoziazione del testo dell'articolo 4, poiché la versione originale era tale da doversi senz'altro considerare reato, senza eccezioni, il prelievo di organi da donatore minore o incapace, così come il loro utilizzo. Questo avrebbe comportato la punibilità di medici e operatori sanitari che praticassero tali operazioni: pertanto, gli Stati che ammettono tali donazioni di organi si sarebbero trovati di fronte ad una scomoda alternativa: quella di dover modificare la propria legislazione, oppure di dover rinunciare ad aderire alla convenzione.<sup>[14]</sup> La mancanza di uniformità fra le legislazioni nazionali su questo punto, inoltre, avrebbe portato alla conseguenza per cui il prelievo dell'organo da un incapace - pur se avvenuto legalmente, in un primo Paese - si sarebbe dovuto considerare, per effetto della convenzione, come una forma di traffico di organi, qualora fosse venuto in considerazione di fronte al giudice penale di altri Paesi.

È ad evitare questi effetti che, in sede di negoziato, si è cercato di trovare una diversa formulazione dell'art. 4, adatta a escludere la punibilità di rimozioni di organi da incapaci, qualora effettuate in un Paese la cui legge le consenta, e nel rispetto della medesima. Tuttavia, gli Stati che non considerano etica in nessun caso la rimozione di organi da donatore vivente incapace (perché minore di età o non in grado di prestare in proprio un consenso libero, informato e specifico) erano contrari a qualsiasi formulazione della norma che, col fare riferimento a tale possibilità, potesse essere vista come una sorta di approvazione o di incoraggiamento - da parte della convenzione e, quindi, del Consiglio d'Europa - alla ammissibilità del prelievo di organi da tali donatori.<sup>[15]</sup>

La soluzione infine - ma la discussione sulla questione ha ritardato di molto la conclusione effettiva dei lavori - è stata l'unica possibile: ovvero, la previsione

---

organi. Solo se sia troppo piccolo o non sia in grado di comprendere è previsto che il consenso possa essere dato da chi abbia "parental responsibility for the child" (art. 6). In Svizzera, l'art. 13 del *Transplantation Act* provvede in modo analogo, così come, in Svezia, lo *Swedish Transplant Act* del 1975; cfr. L. LOPP, *Regulations Regarding Living Organ Donation in Europe*, Springer, 2012. La Svizzera, avendo aderito al protocollo sui trapianti di organi e tessuti, ha tuttavia dichiarato che applicherà l'art. 14 - riguardante donazioni di tessuti da incapaci cfr. infra, n. 15 - in modo da far salva la propria legislazione in materia, che prevede requisiti meno restrittivi.

<sup>[14]</sup> Come avviene per il protocollo sui trapianti di organi e tessuti (di cui *supra*, n. 5). Questo infatti, come la convenzione in esame, stabilisce: «an organ or tissue may be removed from a living donor only after the person concerned has given free, informed and specific consent to it either in written form or before an official body». Tuttavia, l'art. 14 ammette che gli Stati possano eccezionalmente prevedere la rimozione di tessuti rigenerativi (*non* di organi) da persone incapaci, quando sussistano condizioni che lo stesso articolo determina, ovvero: che non vi sia un donatore capace disponibile, che il ricevente sia un fratello o una sorella del donatore, che la donazione possa salvare la vita del paziente, che la rimozione sia autorizzata da chi ha la tutela dell'incapace. La rimozione di tessuti non può avvenire se il donatore si opponga. Forse anche a motivo di questa previsione, il protocollo ha avuto un numero molto limitato di ratifiche: 13 a fronte delle 29 raccolte dalla convenzione di Oviedo. Si noti che l'Italia non ha ratificato nessuno dei due accordi.

<sup>[15]</sup> Possibilità, che l'art. 4.1, infatti, menziona solo con riferimento alla rimozione di organi *post mortem*.

di una norma apposita, con l'aggiunta di un secondo comma all'art. 4 che permette, agli Stati parte che lo vorranno, di dichiarare che non considereranno reato il prelievo di organi da donatori viventi, pur non in grado di prestare un consenso adeguato, quando il prelievo avvenga in circostanze eccezionali e nel rispetto di adeguate garanzie previste dalla loro legge nazionale. Gli Stati che si vorranno avvalere di tale riserva, dovranno depositare una dichiarazione in cui sia descritta la legge nazionale in questione.

### 3. Gli effetti riflessi della convenzione, verso i Paesi terzi

Piace pensare che le legislazioni in materia di trapianti, in Europa, siano già applicate in modo sufficientemente rigoroso, così da escludere che qui si diano casi di traffico d'organi, almeno nelle forme più gravi.<sup>[16]</sup> In Asia, Africa o America Latina invece, come ben noto, vi sono Paesi in cui condizioni di estrema povertà e di bassa istruzione rendono possibile, con il pagamento di un compenso irrisorio e/o con l'inganno, praticare il prelievo di organi da persone viventi, spesso poco o nulla consapevoli delle conseguenze della donazione.<sup>[17]</sup> È importante quindi chiedersi se ed in quale modo la convenzione possa contribuire a contrastare un fenomeno criminoso che si colloca prevalentemente fuori dai confini degli Stati che saranno parte della convenzione e, quindi, fuori dall'ambito di normale applicazione della loro legge penale. Tale possibilità si concreta in relazione a specifiche disposizioni, la cui importanza è perciò "strategica" e alla cui puntuale effettiva applicazione dovrebbero mirare tutti gli Stati parte. Va chiarito che un accordo internazionale non può produrre effetti giuridici se non per gli Stati contraenti, ovvero per quegli Stati che lo abbiano accettato.

---

<sup>[16]</sup> Sulla situazione in Kosovo e in Turchia, cfr. *infra*, par. 5. Il rapporto del Comitato delle Nazioni Unite per i diritti delle donne (CEDAW), nel riportare condizioni critiche di sfruttamento in Azerbaijan, riferisce anche di traffico di organi: cfr. CEDAW *Concluding observations on the fifth periodic report of Azerbaijan*, CEDAW/C/AZE/CO/5, 2015, par. 25, [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=5](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=5).

<sup>[17]</sup> Anche in tali Paesi, sulla carta, la legislazione in materia di trapianti tutela il principio della libertà del consenso del donatore: si tratta però di vedere come questo principio sia interpretato ed applicato e, poi, se vi siano reazioni appropriate per la sua violazione. Il caso dell'India è emblematico: pur essendovi una legge adeguata, il traffico di organi continua ad essere praticato. Le modalità emergono dai rari casi giunti all'esame delle corti: nella Stato dell'Orissa, la High Court ha esaminato il caso di una donna che aveva accettato di donare un rene, dopo essere stata convinta, con l'inganno, che ciò fosse indispensabile a salvare la vita di un parente. L'organo era stato invece trapiantato ad una persona a lei sconosciuta, con la compiacenza del direttore della clinica: cfr. Orissa High Court, Cuttack, order of 24 July 2014, *Ratnakumary v. State of Orissa* al sito <http://www.orissahighcourt.nic.in/>. La corte accerta che «the deceiver had changed the victim's identity documents to project her as a relative of the recipient» e che la firma della vittima «was taken on several written papers and blank papers against her will and she was not aware about the contents and meaning of those papers». Nel Gujarat, un tribunale ha esaminato un caso analogo: cfr. *State of Gujarat vs. Rajendrasinh*, March 22, 2013, at <http://indiankanoon.org/doc/118343307>.

Tuttavia, se la convenzione di Santiago de Compostela sarà applicata e sostenuta da un numero cospicuo di Stati parte, ne deriveranno comunque alcune conseguenze che potrebbero contrastare il traffico di organi anche al di fuori degli Stati contraenti.

La possibilità di estendere la “presa” della convenzione riguardo a situazioni in cui gli eventi criminosi si concretizzano fuori dagli Stati contraenti viene, in primo luogo, dall’incriminazione della condotta non solo coloro che prendano parte alle operazioni chirurgiche di rimozione illecita di organi o di successivo impianto dei medesimi, ma anche di tutti i soggetti che collaborino a rendere possibili tali interventi chirurgici. Pertanto, colpevoli dello stesso reato saranno non solo medici ed operatori sanitari ma anche tutti coloro che agiscano, ad esempio, per mettere in contatto un paziente in attesa di trapianto con strutture di Paesi dove questo può essere ottenuto tramite organi oggetto di traffico, oppure di agenzie di viaggi che si consapevolmente si prestino ad organizzare il cosiddetto *transplant tourism*. Il traffico di organi è inevitabilmente opera di una catena di soggetti, di cui il personale medico e sanitario rappresenta solo l’anello finale: la convenzione vuole che tutti questi soggetti siano considerati responsabili di reato e puniti di conseguenza.<sup>[18]</sup> In tal modo, gli anelli della catena operanti in uno dei Paesi parte della convenzione saranno colpiti dalla norma penale, anche se gli atti chirurgici in concreto avvenissero in un paese non parte della convenzione.

Ugualmente strategica rispetto all’obiettivo di contrastare il traffico d’organi fuori dall’Europa è la norma sulla giurisdizione, in base alla quale gli Stati parte della convenzione dovranno impegnarsi a perseguire i propri cittadini o residenti abituali, che partecipino alle attività criminose, anche se la condotta rilevante sia tenuta *fuori* dal proprio territorio. Non sfuggirà all’incriminazione, quindi, il medico cittadino di uno Stato parte che presti una consulenza o si rechi all’estero, per svolgere, in un Paese più compiacente, le attività considerate illegali in patria. A questo riguardo, tuttavia, l’art. 30 della convenzione ammette una riserva: questa permetterà, agli Stati parte che se ne vogliano avvalere, di *non* applicare la norma di cui ora si è detto, limitandosi allora ad incriminare e punire solo i reati perpetrati all’interno proprio territorio. È evidente tuttavia che gli Stati desiderosi di impegnarsi in modo effettivo alla lotta contro il traffico di organi, dovrebbero evitare di avvalersi di una tale riserva.

#### 4. Il reato di uso di organi illecitamente prelevati

Un’altra norma che potrà avere rilievo nel contrasto al traffico di organi, su scala globale, è la previsione del reato di uso di organi illecitamente espianati, di cui

---

<sup>[18]</sup> La convenzione lascia liberi gli Stati di valutare se prevedere una responsabilità penale anche per il soggetto che riceva l’organo e per il donatore: cfr. *Explanatory Report cit.*, p. 4

all'art. 5.<sup>[19]</sup> Stati contraenti dovranno punire chiunque, nel loro territorio, utilizzi a scopo di impianto un organo la cui rimozione sia avvenuta in un altro Paese, in contrasto con i principi di gratuità della donazione o di libertà del consenso. Non sarà quindi possibile far arrivare ed utilizzare impunemente, negli Stati contraenti, un organo prelevato in modo illecito, quando chi utilizzi tale organo sia consapevole della sua provenienza illecita.

Non sempre sarà facile, tuttavia, poter applicare questa norma: il pubblico ministero che dovesse perseguire questo reato deve poter dimostrare che l'organo, nel Paese di provenienza, era stato rimosso in modo non compatibile con la convenzione. I problemi di prova sono prevedibili: non sarà facile raccogliere documenti o testimonianze che attestino le circostanze del prelievo avvenuto all'estero, la condizione di capacità del donatore e la presenza o meno di un suo consenso informato. Per di più, l'accusa dovrà anche dimostrare che l'imputato abbia agito avendo conoscenza di tali circostanze: e, in difetto di prova adeguata, l'imputato andrà ovviamente prosciolto. Per non veder così vanificata la portata dell'art. 5, gli Stati parte della convenzione potrebbero considerare di estendere la punibilità del reato di uso di organi illecitamente espantati ai casi di condotta colposa: per colpire in tal modo anche chi *avrebbe potuto o avrebbe dovuto* essere a conoscenza dell'illegittima provenienza dell'organo utilizzato.<sup>[20]</sup> E una provenienza illegittima dovrebbe essere almeno sospettata da qualsiasi operatore, quanto meno, quando l'organo provenga da uno dei Paesi in cui il traffico d'organi è ufficialmente riportato.

Anche la portata di questo articolo può essere limitata da una riserva: mentre il testo dell'art. 5 prevede che il reato sussista quando l'organo illecitamente rimosso è utilizzato per impianto *o per ogni altro scopo*, l'art. 30 consente agli Stati di prevedere la punibilità solo nel primo caso. In tal modo, la convenzione consente che usi di organi illecitamente espantati ma utilizzati a scopi di ricerca oppure per l'industria farmaceutica, non siano considerati reato. La previsione della riserva va letta come conseguenza della impossibilità, per i negoziatori, di arrivare ad un accordo sul punto: ma non si vede come ciò sia conciliabile con l'interesse primario alla protezione delle vittime, che non dovrebbero essere meno tutelate quando il loro organo non viene impiantato in altre persone. Anche in questo caso, è da augurarsi che gli Stati decidano di non avvalersi della riserva, oppure che lo facciano per un periodo limitato.<sup>[21]</sup>

---

<sup>[19]</sup> Il testo dell'art. 5 è il seguente: «Each Party shall take the necessary legislative and other measures to establish as a criminal offence under its domestic law, when committed intentionally, the use of illicitly removed organs, as described in article 4, paragraph 1, for purposes of implantation or any other purpose.»

<sup>[20]</sup> L'*Explanatory Report* cit., p. 4 sottolinea anch'esso la possibilità che gli Stati adottino disposizioni più severe.

<sup>[21]</sup> Come atti unilaterali, le riserve possono essere ritirate in qualsiasi momento. Un altro punto in cui la diversità di vedute fra gli Stati ha portato ad un testo della convenzione debole – rispetto al proposito originario – è da vedersi nell'art. 6, che prevede che gli Stati parte abbiano solo la facoltà – e non l'obbligo – di considerare reato l'impianto di organi effettuato fuori dal sistema nazionale,

## 5. Le prospettive di adesione alla convenzione da parte di Stati non membri del Consiglio d'Europa

La convenzione è aperta all'adesione anche di Stati non membri del Consiglio d'Europa, che ricevano un invito in tal senso dal Comitato dei Ministri (art. 28). È circostanza che potrebbe permettere alla convenzione di estendere il proprio ambito di efficacia agli Stati non europei che condividano l'impegno alla lotta contro il traffico di organi. Pur se la convenzione non lo richiede, è presumibile che un tale invito non sarà rivolto a Stati terzi prima che la convenzione sia entrata in vigore in Europa. Anche a tale riguardo, c'è da augurarsi quindi che i processi nazionali di ratifica siano perfezionati dagli Stati membri nel tempo più rapido possibile. Per quanto finora osservato, inoltre, sembra particolarmente importante che gli Stati aderenti non si avvalgano in modo eccessivo delle varie riserve consentite.

Appare quasi paradossale, in verità, la situazione per cui la convenzione non potrà vedere l'adesione del Kosovo: vale a dire, della regione europea da cui sono riportati casi gravi di traffico di organi. È stata ampiamente riferita dai mezzi di informazione la vicenda della Medicus Clinic, che reclutava persone disponibili a vendere organi, provenienti per lo più da Moldova, Russia o Turchia. La vicenda ha portato alla celebrazione, a Pristina, di un processo penale di fronte all'autorità giudiziaria costituita dalle istituzioni internazionali provvisorie, tuttora incaricate dalle Nazioni Unite dell'amministrazione provvisoria della regione.<sup>[22]</sup> Il Kosovo non ha lo *status* necessario per poter aderire alla convenzione, che prevede solo la partecipazione di soggetti statuali. Pur avendo proclamato la propria indipendenza dalla Serbia ed ottenuto il riconoscimento da parte di alcuni Stati, da molti altri il Kosovo non è, invece, considerato alla stregua di un vero stato indipendente e sovrano. Poiché questa diversità di vedute si riscontra anche fra gli stessi Stati parte del Consiglio d'Europa, è improbabile non solo che il Kosovo possa entrare a far parte del Consiglio d'Europa, ma anche che possa essere invitato ad aderire ad una delle sue convenzioni, in qualità di Stato non membro.

---

oppure in violazione della propria legge. Casi gravi di violazione della legge nazionale sui trapianti sono stati tuttavia riportati ad esempio, in Germania, dove medici compiacenti avrebbero falsificato gli esiti degli esami clinici di alcuni pazienti, in modo da far risultare la loro situazione clinica più grave e permettere loro di raggiungere una posizione più favorevole nella lista di attesa: cfr. *The Guardian*, "Mass donor organ fraud shakes Germany", 9 January 2013 al link <http://www.theguardian.com/world/2013/jan/09/mass-donor-organ-fraud-germany>.

<sup>[22]</sup> BBC, *Medicus: Five guilty in Kosovo human organ trade case*, <http://www.bbc.com/news/world-europe-22343589>. Di recente, sette persone in Israele sono state accusate di aver organizzato trapianti di organi clandestinamente in Kosovo ed in Azerbaijan, Sri Lanka, e Turchia, utilizzando organi comperati da donatori locali, a beneficio di pazienti israeliani: <http://www.straitstimes.com/news/world/middle-east/story/israel-charges-seven-international-organ-traffickin> 20150514#sthash.Z0fCX4C3.dpuf

Mentre perdura l'incertezza sulla condizione giuridica della regione, la soluzione da valutare, per il Consiglio d'Europa, potrebbe essere quella di consentire alle autorità incaricate dalle Nazioni Unite dell'amministrazione provvisoria, di aderire a questa convenzione per conto della "regione" Kosovo, senza definire la sua natura, di Stato sovrano o di territorio ancora appartenente alla Serbia. La partecipazione alla convenzione dell'entità Kosovo – non qualificata come Stato – potrebbe allora non incontrare l'opposizione della Serbia e degli altri Paesi europei che oggi si oppongono al riconoscimento del Kosovo come Stato indipendente e sovrano.



# I poveri vendono e i ricchi comprano? Il traffico di organi come problema di “giustizia” globale

STEFANO SEMPLICI

La *libertà* e la *gratuità* della donazione, soprattutto quando un organo è prelevato da persona vivente, rimangono la più solida garanzia di giustizia di una decisione così importante. È questa la convinzione ribadita nel comma 1 dell’art. 4 della Convenzione del Consiglio d’Europa contro il traffico di organi umani, adottata dal Comitato dei Ministri il 9 luglio 2014 e aperta alla firma a Santiago de Compostela il 25 marzo 2015: ogni Stato prenderà le misure necessarie per perseguire come reato penale, *under its domestic law*, il prelievo che non rispetti il principio del consenso informato o preveda un guadagno economico o un analogo beneficio per il donatore in vita o per una parte terza. Sono punti fermi importanti, anche se è vero che la Convenzione ne lascia aperti altri, che non potranno che essere oggetto di ulteriori chiarimenti. *L’Explanatory Report* che accompagna il testo della Convenzione, per esempio, precisa che rimane affidata agli Stati la decisione di incriminare il donatore o il ricevente, sottolineando in particolare che un certo numero di essi «si asterrà in ogni caso dal perseguire i donatori di organi». Il comma 4 dello stesso articolo aggiunge che ogni Stato dovrà poi «considerare la possibilità di prendere le necessarie misure legislative o di altro tipo» per trasformare in reato il prelievo (*removal* nel testo inglese) di organi umani da donatori viventi o deceduti «quando il prelievo venga eseguito al di fuori della cornice del suo sistema nazionale di trapianti o in violazione di principi essenziali delle leggi o delle regole nazionali sui trapianti». Si lascia così un margine di discrezionalità piuttosto ampio, sia sul se (qui si dice che ogni Stato *shall consider taking* e non semplicemente *shall take*, come nel comma 1) sia sul *come*: gli Stati che scelgono di considerare penalmente rilevanti queste azioni dovranno sforzarsi (*endeavour*) di applicare e non semplicemente applicheranno ai reati introdotti ai sensi di questa disposizione anche gli articoli da 9 a 22. *L’Explanatory Report* rende conto anche di questo scarto, ammettendo con onestà che i negoziatori non sono riusciti a trovare un pieno accordo su questo punto.<sup>[1]</sup>

---

[1] *Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs, Explanatory Report*, §§ 29 e 41-45. Il testo è disponibile su: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM%282013%2979&Language=lanEnglish&Ver=addfinal&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&Back>

Le forme del consenso, al fine di garantirne il carattere informato e autentico, sono da tempo al centro della riflessione dei bioeticisti e della responsabilità dei legislatori e rimane per certi versi aperta anche la questione di come debba essere interpretato il «divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro», per citare la formulazione dell'art. 3, comma 2 della *Carta di Nizza*.<sup>[2]</sup> Alcune difficoltà, probabilmente, continueranno ad emergere già all'interno dei singoli ordinamenti giuridici.<sup>[3]</sup> Affrontando la questione del prelievo e trapianto di organi come questione "globale" si incontrano evidentemente questi problemi, ma anche e forse in primo luogo la necessità di discutere in tutta la sua radicalità il rapporto fra consenso e vulnerabilità e quello fra gratuità e mercato come applicazioni della differenza che continua a schierare da una parte i ricchi e dall'altra i poveri del mondo, intendendo questi termini in un significato che parte ovviamente dal riferimento alle condizioni materiali e tuttavia non si esaurisce in esse.

I principali documenti internazionali che affrontano questo argomento sono ampiamente sovrapponibili per quanto riguarda il loro fondamentale contenuto normativo.<sup>[4]</sup> Ne citerò tre per richiamare altrettanti principi che vengono messi in discussione quando il trapianto di organi non è reso possibile dal dono, ma da un *traffico senz'altro* illecito. L'elenco potrebbe essere più lungo, come proposto per esempio nelle *Taipei Recommendations* adottate nel gennaio del 2008 dalla Asian Task Force on Organ Trafficking, un gruppo di studiosi provenienti dagli Stati Uniti e dall'Olanda, oltre che dall'Asia. Il gruppo, sulla base delle informazioni disponibili

---

ColorLogged=FDC864. Consultato il 4 e il 5 luglio 2015 (la consultazione è avvenuta in queste date per tutti i testi utilizzati in questo articolo, ove non diversamente indicato).

<sup>[2]</sup> La stessa *Convenzione del Consiglio d'Europa*, sempre nell'art. 4, si preoccupa di distinguere accuratamente il «profitto o un vantaggio ad esso comparabile» dal risarcimento (*compensation*) «per la perdita di reddito o per ogni altra spesa giustificabile per il prelievo dell'organo o per gli esami medici ad esso connessi» (aprendo così lo spazio di un'eccezione tanto doverosa quanto difficile da controllare).

<sup>[3]</sup> Il Comitato Nazionale per la Bioetica italiano, per esempio, affrontando il tema della donazione samaritana, ha concluso per la accettabilità della pratica, una volta espletati, come per gli altri trapianti da vivente, tutti gli accertamenti che consentano di escludere motivazioni discutibili come «atteggiamenti patologici, stati di depressione, la speranza di avere benefici dalla società (una sorta di ritorno indiretto della propria benevolenza), il desiderio di un possibile futuro coinvolgimento morale o economico con il ricevente». Ma il *Parere* non è stato condiviso da tutti. Francesco D'Agostino, in una *Postilla*, dichiara di considerare biogiuridicamente rischioso il superamento del limite del rapporto di parentela, peraltro anch'esso esposto a rischi di strumentalizzazione o addirittura di vera e propria violenza: il carattere obiettivamente *estremo* di questa donazione ne fa qualcosa di assolutamente *eroico* e il compito del diritto, senza negare ovviamente questa possibilità, «non è quello di gestire situazioni estreme, ma situazioni ordinarie, ripetibili e standardizzabili». Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *La donazione da vivo del rene a persone sconosciute (c.d. donazione samaritana)*, 23 aprile 2010, pp. 10 e 17-18. Il testo è disponibile su: [http://www.governo.it/bioetica/pareri\\_abstract/donazione\\_samaritana\\_23042010.pdf](http://www.governo.it/bioetica/pareri_abstract/donazione_samaritana_23042010.pdf).

<sup>[4]</sup> Si veda in particolare, per i documenti ai quali mi riferisco ed alcune possibili linee di sviluppo, A. BAGHERI e F. DELMONICO, *Global Initiatives to Tackle Organ Trafficking and Transplant Tourism*, in *Medicine, Healthcare and Philosophy*, 16(2013), n. 4, pp. 887-895.

sulla situazione in alcuni paesi, evidenziava dieci punti: 1) lo sfruttamento dei poveri e di altri soggetti vulnerabili utilizzati per l'approvvigionamento di organi; 2) il fallimento delle autorità preposte alla tutela della salute nel garantire che a tutti i donatori viventi sia assicurata una adeguata informazione sulla natura, il significato per la salute, i rischi e le conseguenze del prelievo di organi; 3) l'ingiusta esposizione dei donatori viventi a rischi non necessari o sproporzionati; 4) lo sfruttamento dei prigionieri come fornitori di organi; 5) il prelievo di organi da prigionieri giustiziati; 6) l'uso di mezzi di inganno o intimidazione per influenzare il giudizio dei fornitori viventi di organi; 7) l'uso di denaro o di altre considerazioni materiali per costringere gli individui a fornire i loro organi; 8) il fallimento degli operatori e delle strutture sanitarie nel garantire ai fornitori di organi adeguata assistenza prima e dopo l'intervento chirurgico; 9) il coinvolgimento di agenti senza scrupoli in transazioni che promuovono gli aspetti commerciali anziché quelli di beneficenza e altruistici della donazione di organi; 10) il coinvolgimento intenzionale o non intenzionale di professionisti della salute in pratiche di trapianto che sollevano questioni di possibili conflitti di interesse.<sup>[5]</sup> Per ognuno di questi aspetti è naturalmente necessario procedere con estrema cautela ed evitare generalizzazioni e la circolazione di notizie di fonte incerta o non adeguatamente verificata. Nessuno, tuttavia, può dubitare che tali azioni costituiscano una grave violazione dei principi essenziali ribaditi nella Convenzione del Consiglio d'Europa e posti alla base delle leggi e delle regole nazionali sui trapianti in paesi come l'Italia.

Il primo dei principi che vorrei richiamare resta l'universalità del dovere di rispetto per la dignità umana. La *Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism* venne approvata, sempre nel 2008, al termine di un summit al quale parteciparono più di 150 rappresentanti di organizzazioni mediche e scientifiche di 78 paesi e fu pubblicata per la prima volta su *Lancet* il 5 luglio dello stesso anno. Il "turismo" in ambito sanitario corrisponde a realtà molto diverse. Può nascere dalla semplice differenza di costo di alcune prestazioni, che spinge chi ne ha bisogno a spostarsi in paesi che offrono condizioni economiche più convenienti, magari senza significative differenze in termini di qualità. In altre situazioni (si pensi ai viaggi all'estero di molti italiani negli anni immediatamente successivi alla approvazione della Legge 40 del 19 febbraio 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita) esso è il risultato del mancato riconoscimento in alcuni ordinamenti della legittimità di pratiche che vengono invece ammesse in altri. Nella *Dichiarazione*, che nel Preambolo richiama esplicitamente la *Dichiarazione universale dei diritti umani*, si parla fin dal titolo di "turismo" dei trapianti per denunciare il rischio di una evidente violazione appunto della

---

<sup>[5]</sup> Cfr. ASIAN TASK FORCE ON ORGAN TRAFFICKING, *Recommendations on the prohibition, prevention and elimination of organ trafficking in Asia*, January 2008, Preamble. Il testo è disponibile su: [http://www.apm.org/signs/transplant/Taipei\\_recommendation-summ.pdf](http://www.apm.org/signs/transplant/Taipei_recommendation-summ.pdf).

*universalità* dei diritti umani fondamentali: «Il traffico di organi e il turismo del trapianto violano i principi di equità, di giustizia e di rispetto per la dignità umana e dovrebbero essere vietati. Dal momento che il commercio di trapianti colpisce donatori impoveriti e altresì vulnerabili, conduce inesorabilmente a iniquità e ingiustizia, e dovrebbe essere vietato». [6] Questo tipo di turismo, insomma, pone una sfida alla comunità internazionale non meno che ai singoli Stati. La distinzione interno/esterno è fortemente esposta al rischio di legittimare o almeno tollerare una pratica di fatto asimmetrica del rispetto della dignità. C'è il problema della trasformazione del corpo di alcuni e delle sue parti in mezzo per realizzare il bene di altri, in merce regolata dalla legge della domanda e dell'offerta e infine in vero e proprio magazzino di pezzi di ricambio che si tratta come mera "cosa" e non più "persona", ma c'è anche quello della constatazione che questo traffico è a senso unico: «Nasce l'etica delle parti che assume le forme inquietanti di un neo-cannibalismo contemporaneo, dove a inghiottire pezzi di umani non sono gli altri, i selvaggi, ma noi occidentali». [7]

Il tema della *vulnerabilità* è affrontato anche nei *Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation* dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, adottati dalla World Health Assembly nel maggio del 2010. [8] Il documento indica 11 principi, fra i quali il consenso informato, il rifiuto della compravendita, una speciale tutela per i minori e le persone incapaci di intendere e di volere, l'allocazione degli organi sulla base di criteri clinici e norme etiche e non di considerazioni di tipo economico. Il principio-guida numero 3 ribadisce l'importanza di «sviluppare al massimo la donazione da cadavere» e di ammettere quella da vivente, in linea generale, sul presupposto che il donatore sia «geneticamente, legalmente o emotivamente legato» al ricevente e siano così contenuti i rischi di «influenza indebita o coercizione». Il *Commento* a questo principio aggiunge alcune precisazioni importanti: il legame genetico può essere vantaggioso sotto

---

[6] Cfr. *La Dichiarazione di Istanbul sul Traffico di Organi e sul Turismo del Trapianto*. Il testo è disponibile su: [http://www.declarationofistanbul.org/images/stories/translations/istanbul\\_declaration\\_italian\\_version\\_102008translated\\_tbc.pdf](http://www.declarationofistanbul.org/images/stories/translations/istanbul_declaration_italian_version_102008translated_tbc.pdf).

[7] N. SCHEPER-HUGHES, "Commodity Fetishism in Organ Trafficking", in N. N. SCHEPER-HUGHES e L. WACQUANT (edd.), *Commodifying Bodies*, Sage Publications, London 2002, p. 54. Cit. da G. GALEOTTI, *Da un corpo all'altro. Storia dei trapianti da vivente*, Vita e Pensiero, Milano 2012, p. 262. Proprio nell'ultima pagina di questo volume, Galeotti sottolinea come l'esperienza della donazione, che diventa appunto per questo «l'emblema dell'appartenenza a una dimensione più ampia», cambi radicalmente il significato di questa "incorporazione", ma riconoscendola come tale: il dono di un organo «è dono non di un semplice bene, ma di un complesso valore che è possibile usare solo incorporandolo nel ricevente; ed è un dono che, una volta donato, non puoi strutturalmente riprendere» (*ibid.*, p. 348).

[8] Il testo, consultabile su: [http://www.who.int/transplantation/Guiding\\_PrinciplesTransplantation\\_WHA63.22en.pdf](http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22en.pdf), riprende e rielabora un primo documento dell'OMS sul trapianto di organi, che risale al 1991 e che, indicando la preferenza per il prelievo da cadavere, già sottolineava l'opportunità di limitare «in generale» quello da viventi a persone geneticamente legate al ricevente (con l'eccezione del trapianto di midollo osseo e altri tessuti rigenerabili) e, soprattutto, la necessità di un'adeguata informazione e della libertà da «influenze e pressioni indebite». Questo primo testo è consultabile su: <https://www1.umn.edu/humanrts/instree/organtransplant.html>.

il profilo terapeutico e assicurare sulla genuinità della motivazione, così come, per esempio, il fatto che la donazione avvenga fra marito e moglie, ma la consapevolezza che molte donazioni altruistiche nascono da un legame emotivo fra donatore e ricevente non toglie quella che, in questo caso, «la forza di un collegamento dichiarato può essere difficile da valutare». La donazione da vivente richiede una «valutazione psicosociale» condotta da un soggetto qualificato e indipendente, per garantire che dietro l'apparenza di un libero consenso non si nascondano «donazioni che sono forzate o che sono in realtà transazioni dietro pagamento». Questo principio, così prosegue il testo dell'OMS, «sottolinea la necessità di una scelta genuina e adeguatamente informata, che richiede un'informazione completa, oggettiva e rilevante rispetto al contesto e esclude le persone vulnerabili incapaci di soddisfare i requisiti di un consenso volontario e consapevole». La salute del donatore deve essere adeguatamente protetta prima, durante e dopo l'intervento e le autorità sanitarie hanno nei suoi confronti le stesse responsabilità che hanno verso il ricevente.

I minori e le persone con una ridotta capacità di intendere e di volere sono certamente soggetti particolarmente vulnerabili e che necessitano pertanto di una particolare protezione. Il modo più corretto per verificare la "tenuta" dello stesso bando della compravendita in termini di giustizia ed equità, soprattutto rispetto a quanti lo contestano in nome del principio di autodeterminazione applicato anche al proprio corpo e alle sue parti, è proprio quello di partire dalla vulnerabilità e dunque di argomentare per vie interne all'idea di libertà. La stretta del bisogno che soffoca, fino alla difficoltà di garantire i mezzi minimi di sussistenza per sé e per i propri cari, appare essere con tutta evidenza l'innescò dell'incontro di domanda e offerta e il mercato degli organi, che sia regolato o clandestino, nazionale o globale, esaspera – appunto per la "vitale" importanza della "merce" trattata – quelle asimmetrie dell'esclusione e della povertà che tendono ad operare a senso unico in altri scambi a pagamento e che per questo sollevano interrogativi e alimentano conflitti particolarmente aspri anche in altri ambiti della bioetica.

Questi effetti della disuguaglianza sullo sviluppo delle logiche stesse del mercato sono peraltro stati riconosciuti molto prima che lo sviluppo delle scienze biomediche rendesse possibili questi interventi e la logica dello scambio acquistasse la sua dimensione irreversibilmente globale. Non è qui possibile approfondire neppure per sommi capi il dibattito che si è sviluppato in questi ultimi anni intorno a questo tema e mi limiterò a ricordare come già due decenni fa due autori particolarmente sensibili alle ricadute delle disuguaglianze economiche sulla pratica dei trapianti – Giovanni Berlinguer e Volnei Garrafa – evocassero il rischio della trasformazione del corpo umano in vera e propria «merce finale».<sup>[9]</sup>

---

<sup>[9]</sup> Cfr. G. BERLINGUER e V. GARRAFA, *La merce finale: saggio sulla compravendita di parti del corpo umano*, Baldini & Castoldi, Milano 1996.

Per il 2012, il Global Observatory on Donation and Transplantation ha stimato intorno al 90% la domanda di organi a livello globale rimasta insoddisfatta.<sup>[10]</sup>

E i poveri del mondo si trovano evidentemente in una condizione di particolare vulnerabilità, che li trasforma facilmente in potenziali candidati alla “donazione”, nei confronti di chi può pagare. I sostenitori di un mercato regolato affermano che in questo modo, almeno, essi potrebbero ricevere una somma adeguata. Ma si può superare semplicemente con questo argomento il problema etico posto dalla trasformazione di fatto di parti del corpo umano in beni che si commerciano, si vendono e si comprano? E resterebbe comunque aperta la questione di giustizia posta dalla condizione di asimmetria nella quale si trovano tutti coloro che sono *costretti* a vendere quel che probabilmente non venderebbero mai se davvero fossero liberi di scegliere.<sup>[11]</sup>

È sulla base di questa evidenza che il Comitato Internazionale di Bioetica dell'UNESCO ha proposto di affrontare il problema del traffico di organi anche come problema di *discriminazione*. Il Comitato, nel 2014, ha finalizzato un *Rapporto* sul principio appunto di non-discriminazione e non-stigmatizzazione esposto nell'art. 11 della *Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti dell'uomo* del 2005. Vengono presi in considerazione i rischi connessi a problemi *emergenti* come i settori ai quali si riferiscono (biobanche, nanotecnologie, neuroscienze) e a problemi *persistenti* come la povertà e le disuguaglianze che li alimentano. Quello della donazione, del trapianto e del traffico di organi è, insieme alle malattie tropicali neglette e all'HIV, uno dei problemi persistenti tematizzati nel Rapporto. Perché, dunque, parlare di discriminazione, termine che evoca la necessità di strumenti anche giuridici immediatamente efficaci e coercitivi e non semplicemente di un problema di equità e distribuzione delle risorse da affrontare con i tempi lunghi della politica del possibile?

Il presupposto è la definizione di discriminazione, che viene qui intesa come una esclusione, una limitazione o una differenza di trattamento che impattano su libertà e diritti fondamentali e che sono legate a ragioni che, nel contesto in questione, non dovrebbero “fare la differenza”. È vero che la disponibilità di mezzi non è una grandezza della quale si possa disporre a piacimento e in modo illimitato, ma l'art. 14 della *Dichiarazione* del 2005 include esplicitamente le condizioni economiche e sociali, insieme alla razza, alla religione e alle convinzioni politiche fra i fattori che non devono compromettere il diritto di ogni essere umano al più alto livello ottenibile di salute (il *Rapporto*, come molti

---

<sup>[10]</sup> Cfr. <http://www.transplant-observatory.org/Documents/Data%20Reports/Basic%20slides%202012.pdf>. Consultato il 9 luglio 2015.

<sup>[11]</sup> Per un approfondimento delle diverse posizioni sul problema della commerciabilità degli organi e, in particolare, per la risposta data da M.D.A. Freeman a questa obiezione, centrata sull'idea di un mercato appunto *regolato*, si veda il quarto capitolo (“*L'ultimo limite: l'incommerciabilità*”) di P. SOMMAGGIO, *Il dono preteso. Il problema del trapianto di organi: legislazione e principi*, Cedam, Padova 2004.

altri documenti e dichiarazioni, cita anche il sesso, la nazionalità, l'orientamento sessuale, la disabilità).<sup>[12]</sup> E la stessa *Convenzione* del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi, all'art. 3, introduce il principio di non-discriminazione, con particolare riferimento alle «misure per proteggere i diritti delle vittime». La ricchezza (*property*) è anche in questo caso esplicitamente citata come una delle differenze che, in questo caso, *non devono* fare la differenza, coerentemente con quanto indicato nell'art. 14 della *Convenzione europea per i diritti dell'uomo* del 1950 e nell'art. 1 del *Protocollo addizionale n° 12* del 2000. L'*Explanatory Report* richiama la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo per ribadire che non ogni distinzione o differenza di trattamento va considerata una discriminazione, ma che lo sono quelle che non hanno «alcuna giustificazione oggettiva e ragionevole», come accade quando non viene perseguito un fine legittimo o non c'è una relazione ragionevole di proporzionalità fra il mezzo impiegato e il fine che si intende realizzare.<sup>[13]</sup>

Il *Rapporto* del Comitato dell'UNESCO sollecita una riflessione su almeno due grappoli di questioni di "giustificabilità" e dunque di giustizia. C'è in primo luogo, guardando alla persona dalla quale un organo viene prelevato, il tema del condizionamento esercitato sulla decisione di donare o anche di vendere (non prendo evidentemente in considerazione i casi di pura e semplice violenza) dai fattori che più facilmente, rispetto ad altri diritti e circostanze, si possono trasformare in vettori di discriminazione. È perfino difficile immaginare, come ho già sottolineato, che non sia una condizione di indigenza o comunque di bisogno urgente (che incrocia quello di chi ha necessità di un organo per salvare la sua vita o quella di uno dei suoi cari ed è dunque a sua volta vulnerabile alla tentazione di non fermarsi di fronte a strade illecite) il movente fondamentale che può spingere un individuo ad accettare questo tipo di "contratto": «Il traffico di organi è un'inaccettabile mercificazione di esseri umani, che prospera sul bisogno dei "donatori" e dei "riceventi". I più deboli sono i primi ad essere colpiti dalla legge della domanda e dell'offerta. È una negazione della dignità umana. Le persone i cui organi sono prelevati per trafficarli sono in realtà vittime, anche quando hanno dato il loro consenso».<sup>[14]</sup>

Altri fattori di potenziale discriminazione possono tuttavia giocare un ruolo determinante nella stessa pratica della donazione. L'analfabetismo o comunque più bassi livelli di scolarizzazione e una condizione di marginalità sociale, per esempio nel caso degli immigrati, erodono il presupposto di un autentico consenso informato, in particolare nei contesti nei quali è stato introdotto il principio del

---

[12] INTERNATIONAL BIOETHICS COMMITTEE OF UNESCO, *Report on the principle of Non-discrimination and Non-stigmatization*, UNESCO, Paris 2014, p. 7. Il testo è disponibile su: <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002211/221196E.pdf>.

[13] Cfr. COUNCIL OF EUROPE CONVENTION AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN ORGANS, *Explanatory Report*, cit., § 26.

[14] INTERNATIONAL BIOETHICS COMMITTEE OF UNESCO, *Report on the principle of Non-discrimination and Non-stigmatization*, cit., p. 18.

“consenso presunto” per il prelievo da cadavere. La mancanza di informazione o della concreta capacità di usarla possono così continuare a creare candidati per così dire privilegiati al ruolo di donatori. E il *Rapporto* sottolinea anche come in molti paesi non tutti i familiari siano considerati nello stesso modo di fronte alla necessità di un atto di generosità a favore di un congiunto, con il risultato che proprio quella che viene considerata di norma una assicurazione sulla genuinità della donazione si trasforma in una circostanza da considerare con cautela. I membri «più vulnerabili della famiglia» e soprattutto le donne diventano i candidati quasi naturali al ruolo di donatori e il Comitato invita a prestare grande attenzione, per esempio, al rischio di «matrimoni di convenienza» contratti esattamente a questo scopo e a valutare l'introduzione di regole severe per evitare che ciò accada.<sup>[15]</sup>

I vettori di discriminazione – è questo il secondo grappolo di questioni – operano non solo prima, ma anche *durante* (le modalità dell'intervento) e soprattutto *dopo* il prelievo, tanto è vero che è proprio il rischio di discriminazione delle vittime ad essere esplicitamente evocato nella *Convenzione* del Consiglio d'Europa. Il testo dell'UNESCO sottolinea lo stretto rapporto che può esserci fra questo rischio e quello della stigmatizzazione. Il turista dei trapianti torna nel suo paese, dove è prevedibile che anche eventuali complicazioni conseguenti ad una procedura inadeguata dal punto di vista delle garanzie tecniche o igieniche potranno essere fronteggiate meglio. La sua condizione, a prescindere dal rischio di azioni penali nei suoi confronti, sarà comunque diversa da quella di chi ha potuto ricevere un organo all'interno di un sistema nazionale all'avanguardia come quello italiano, anche perché chi ne venisse a conoscenza potrebbe appunto stigmatizzare il suo comportamento: «questi riceventi sono spesso considerati (giustamente) soggetti che hanno violato le regole del sistema». Ben più difficile è comunque, con ogni probabilità, la condizione di chi ha fornito l'organo nell'ambito di procedure illegali “delocalizzate” in contesti o in paesi con sistemi sanitari più fragili e minori garanzie. Queste persone possono rimanere prive dell'assistenza necessaria dopo il prelievo, con danno evidente per la loro salute, ma sono anche esposte sovente a «un alto rischio di stigmatizzazione nelle loro società. Esse vengono catturate in un circolo vizioso di sfruttamento, discriminazione e stigmatizzazione. In alcuni casi non vengono reintegrate nella loro comunità dopo essere state vittime dei trafficanti di organi».<sup>[16]</sup>

Queste considerazioni sulla *universalità* dei diritti e sulla *vulnerabilità* e i rischi di *discriminazione* dei soggetti coinvolti nel trapianto di organi sembrano imporre due conclusioni. La prima è ancora quella dell'ancoraggio del trapianto alla donazione. Il prelievo da cadavere – si legge nel *Rapporto* dell'UNESCO – resta «il miglior compromesso fra la scienza e l'etica», le garanzie per il prelievo da vivente

---

<sup>[15]</sup> *Ibid.*, pp. 17 e 19.

<sup>[16]</sup> *Ibid.*, p. 18.

devono essere particolarmente rigorose ed è «responsabilità dei sistemi sanitari proteggere la donazione di organi e i trapianti come il comune ideale, perché questa è la sola opzione terapeutica disponibile per molti pazienti e la soluzione ideale per altri in termini di speranza di vita, qualità di vita e di costi». <sup>[17]</sup> L'ultimo dei *Guiding Principles* dell'OMS precisa che «l'organizzazione e l'esecuzione delle attività di donazione e trapianto, così come i loro risultati clinici, devono essere trasparenti e aperte al controllo, assicurando allo stesso tempo la protezione dell'anonimato e della *privacy* di donatori e riceventi». <sup>[18]</sup>

C'è però un secondo incrocio di responsabilità che non può essere eluso. Il principio per il quale non può essere accettata l'idea che gli organi possano essere venduti e comprati (magari dallo stesso Stato, per garantirne la disponibilità più ampia in modo sicuro, controllato e, appunto senza "discriminazioni" di censo) si confronta oggi con l'esigenza, urgente e immediata, di evitare che esso si trasformi, sulla base della distinzione interno/esterno, in un principio di fatto a rigore variabile. E questa è la ragione per la quale sarà decisivo, fra l'altro, il modo in cui gli Stati che firmeranno la *Convenzione* del Consiglio d'Europa definiranno la giurisdizione sui reati introdotti ai sensi della Convenzione stessa e commessi dai propri cittadini in un altro paese, considerando che questo è un altro punto per il quale è lasciato agli Stati un margine di discrezionalità che potrebbe dar luogo a soluzioni diverse.

Una scriminante, nel linguaggio giuridico, è una causa, una condizione che giustifica una valutazione diversa da quella che, per la stessa condotta, si applica alla generalità dei casi e consente per questo di togliere il carattere di illiceità a un fatto che costituirebbe un reato o almeno di ridurre la responsabilità del colpevole. Lo stato di necessità, cioè una situazione nella quale si agisce per salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, che la persona non ha volontariamente causato e non è altrimenti evitabile, viene spesso invocato come la scriminante da riconoscere in questo frangente. Ma è giusto, per esempio, che essa venga negata all'interno dei propri confini e lasciata valere, anche solo di fatto, per le azioni commesse in luoghi lontani?

Il Comitato Nazionale per la Bioetica italiano, nel suo parere sul *Traffico illegale di organi umani tra viventi* del 23 maggio 2013, ha avuto il merito e l'onestà intellettuale di riconoscere a chiare lettere la portata di questa sfida e, ritenendo necessario «apprestare una più energica repressione di un fenomeno ritenuto incompatibile con valori etici e giuridici fondamentali», ha chiesto al legislatore di prevedere «l'estensione della responsabilità penale anche verso le persone acquirenti, al fine di tradurre giuridicamente la gravità morale delle loro azioni, anche con finalità deterrente. Pur nella estrema diversificazione delle situazioni e dei casi, il diritto è chiamato a stabilire un principio generale che condanni in modo

---

<sup>[17]</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>[18]</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation*, cit. GP 11.

forte il traffico d'organi anche nei confronti dei pazienti fruitori che, intenzionalmente, non rispettano il sistema condiviso a livello nazionale». <sup>[19]</sup> Si tratterebbe di seguire – così prosegue il parere del Comitato – l'esempio di altri paesi come la Germania e introdurre anche in questo caso una clausola di extraterritorialità, già prevista peraltro dall'art. 604 del Codice penale per la schiavitù e la pedofilia. Le modalità di ratifica ed esecuzione della Convenzione serviranno a chiarire anche questo punto.

---

<sup>[19]</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Traffico illegale di organi umani tra viventi*, 23 maggio 2013, p. 9. Il testo è disponibile su: [http://www.governo.it/bioetica/pdf/14\\_Traffico\\_illegale\\_organ\\_i\\_uma\\_ni\\_tra\\_viventi.pdf](http://www.governo.it/bioetica/pdf/14_Traffico_illegale_organ_i_uma_ni_tra_viventi.pdf).

# La storia del traffico d'organi

FRANCA PORCIANI

L'ultimo sospetto è che la biblica, enorme, migrazione dalla Siria, dall'Iraq, dall'Afghanistan verso l'Europa, alimenti il mercato degli organi di ricambio a pagamento. Un mercato già maledettamente fiorente per le disparità economiche fra la parte del mondo ricca e quella povera, acutizzate dalle recenti tragedie ambientali, lo tsunami in India, gli uragani, i terremoti. Enormi sacche di miseria, dalle quali i paesi a alto reddito, pieni di malati cronici, attingono linfa vitale. Gli organi di ricambio fanno parte di questa rapina. Un "cannibalismo" moderno che non sembra degno di una società civile. Ciononostante continua a crescere, a dispetto di tutto: muove un giro di denaro di circa un miliardo di euro. Quando decisi di dedicare un libro (*Traffico d'organi – Vecchi cannibali nuove miserie*, FrancoAngeli editore) a questo tema – eravamo nel 2010 – mi ero occupata più volte di trapianti (non come cronista, ma come giornalista medico-scientifica) e vedevo finalmente emergere sulle pagine di riviste autorevoli per la comunità medica, *Lancet*, *British Medical Journal*, *JAMA*, ammissioni dell'esistenza del problema. Ammissioni ancora impacciate ma tali da far dire a tutti che il problema era reale, non una «leggenda metropolitana». Punto di svolta determinante questo, perché negli anni precedenti la comunità scientifica coinvolta nei trapianti d'organo (chirurghi, anestesisti, nefrologi, altri specialisti, coordinatori dei trapianti) aveva sempre ostinatamente negato l'esistenza del fenomeno, in Italia primo fra tutti il Centro Nazionale Trapianti. Eppure, nonostante questa tragedia stesse emergendo nei suoi reali contorni, mi rendevo conto che un saggio ben documentato capace di cogliere la storia, le problematiche e a individuare le responsabilità, anche all'interno della classe medica, era necessario. D'altro canto nella sua atrocità il mercato degli organi suscitava in me un grande interesse, perché la vendita di una parte di sé, mi sembrava allora (e mi sembra tuttora) una violenza inconcepibile su una persona resa inerme dalla miseria e dall'ignoranza. Come ben sottolinea Nancy Scheper-Hughes, l'antropologa dell'università di Berkeley che alla fine degli anni Novanta per prima ha avviato un'indagine conoscitiva sulla "presunta" leggenda metropolitana del traffico di organi nel suo libro *Il traffico di organi nel mercato globale* pubblicato in Italia da Ombre corte (Verona 2001): «Dei molti campi che mi sono trovata ad indagare, nessuno è paragonabile al mondo dei trapianti per

le sue proprietà mitiche, la sua segretezza, la sua impunità e il suo esotismo. Il commercio degli organi è esteso, remunerativo, esplicitamente illegale in molti paesi e contrario all'etica secondo qualsiasi associazione medica professionale». Ecco allora, in estrema sintesi la storia del traffico d'organi trattata nella prima parte del libro (la seconda parte si occupa del dibattito etico giuridico, legalizzare o reprimere; la terza è sulla ricerca nell'ambito degli organi artificiali, unica via di uscita possibile dal disavanzo fra richiesta e offerta).

L'India delle grandi città negli anni Settanta pullulava di persone povere come da noi è impossibile immaginare. Le prime segnalazioni del traffico di reni vengono da lì e prendono il via, non a caso, dall'avvento della ciclosporina che rende possibile contenere il rigetto dell'organo trapiantato tra non consanguinei. Già nel 1985 il mercato è fiorente. Nel 1991 esce sulla rivista *Lancet* un articolo dal titolo inequivocabile: "*India: Kidney Bazaar*". Quando in India i giornali nazionali cominciano a dare ampi resoconti dello scandalo, il Parlamento corre ai ripari varando nel 1994 l'*Organ Transplantation Act*, la legge che vieta la vendita di organi. Ma cambia ben poco, per vari motivi. I 28 Stati che compongono l'India godono di autonomia in materia sanitaria e la legge sui trapianti, per entrare in vigore, deve essere approvata dal governo locale. Cosa che avviene soltanto in tre Stati e non in quelli più colpiti dal traffico d'organi, Karnataka dove Bangalore è la città più importante e Tamil Nadu, la cui capitale è Chennai, la vecchia Madras, il "serbatoio storico" dei donatori di rene a pagamento. In secondo luogo, la vendita di un organo viene punita con una del tutto ipotetica reclusione fino a sette anni, e con una multa di 10.000 rupie (circa trecento dollari), cifra irrisoria rispetto alla quantità di denaro che gira nel mercato illegale. Ma c'è un'altra via di fuga: la legge ammette la donazione dell'organo da cadavere o da un parente stretto (figlio, fratello, genitore o consorte), limitazione che fa fiorire in India strani matrimoni: donne, giovani e sane sposano uomini in dialisi. Costrette a queste unioni dalla famiglia, si ritrovano senza un rene, accanto a un uomo malato. Un nuovo mercato clandestino che sfrutta ancora una volta le donne, titolari di ben pochi diritti in India. Nel 1989 un articolo del *Los Angeles Times* stimava che nella sola Bombay (oggi Mumbai) dal 1970, anno della comparsa della ciclosporina, il farmaco che ha ridotto al minimo il rigetto, 8 milioni di dollari fossero passati dalle mani dei clienti/pazienti a quelle dei broker, per un totale di 4.000 trapianti illegali di rene. L'*International Transplant Society* e la *Middle East Transplant Society* si trovano costrette a richiamare all'ordine (a porte chiuse, facendo meno rumore possibile) i chirurghi indiani.

Alla fine degli anni Ottanta in Italia alcuni giornali danno spazio a queste notizie scatenando le ire del Nord Italia Transplant, creatura di Girolamo Sirchia che diventerà Ministro della Sanità nel secondo governo Berlusconi dal 2001 al 2005. Negli anni Novanta gli addetti ai lavori gli vanno tutti dietro e cercano di

rassicurare l'opinione pubblica: si tratta soltanto di scoop sensazionali, campati per aria da cronisti privi di scrupoli. Ma nel 1994 scoppia a Roma, sollevato dal quotidiano *La Repubblica*, il caso della "mafia degli occhi": un traffico di cornee scoperto dai NAS. Vengono arrestate più di quaranta persone (tra queste 26 medici e due funzionari delle Asl) e si scopre che è in gioco un grosso import-export di cornee provenienti dall'Europa dell'Est che coinvolge oculisti che lavorano in cliniche e studi privati a Forlì, a Bari, a Venezia, a Pescara e a Milano (d'altro canto la normativa sul prelievo e l'innesto di cornee, varata l'anno precedente, ammettendo l'espianto sia in ospedale che in strutture private e a domicilio e il trapianto anche nel privato, non poteva non favorire questi traffici). Nello stesso anno viene aperta un'inchiesta sull'ospedale San Camillo di Roma per accertare se sia vero il sospetto di "furti" degli occhi, sostituiti da inquietanti palline di porcellana, attuati negli obitori, sospetto partito dalle rivelazioni di un infermiere. Coinvolto nello scandalo anche il primario di oculistica dell'ospedale, Giancarlo Falcinelli, che verrà poi prosciolto nel 1995.

Tutto tace per qualche anno, poi nuovi scandali: viene arrestato a Roma nel 1998, anche grazie al lavoro di adescamento di due famosi chirurghi, Raffaello Cortesini e Dario Alfani (scomparso l'anno seguente), un californiano al centro di un grosso traffico di organi, un vero e proprio "piazziista" di fegati, reni, cuori, cornee, Jim Cohan Farkas. Canali di rifornimento: il Brasile, la Colombia e il Messico, paesi dove le morti violente sono tante e i controlli vengono attenuati da una corruzione dilagante. Tutto inizia da una email arrivata ad uno dei medici dell'équipe di Cortesini, inviata anche ad altri cento nefrologi in Italia. In quella email si offrono organi per trapianti con un preciso tariffario: il pacchetto tutto compreso, ovvero organo, trasferimento, intervento e ritorno, oscilla fra i cento e i duecento milioni di lire. I medici fingono di farsi adescare: mandano nomi e cognomi (finti, naturalmente) di pazienti potenziali acquirenti al protagonista di questo commercio che "abbocca", accettando l'incontro in un albergo romano. All'arrivo nell'hotel di via Veneto, i carabinieri si spacciano per medici del Centro Trapianti e simulando la transazione, lo incastrano e lo arrestano. Viene avviata un'inchiesta che, pur confermando l'esistenza di un traffico di pazienti/clienti verso l'India, il Brasile, la Colombia, Taiwan e il Messico, sembra escludere che ci siano italiani coinvolti in questa storia.

Insomma, il "bubbone" emerge, ma il messaggio che arriva è che questi orrendi scenari si svolgono altrove: l'Italia non è infestata dal virus del rene di ricambio a tutti i costi. Questa la linea che sarà portata avanti con ostinazione granitica da tutti gli attori dei trapianti, medici, chirurghi, associazioni di volontariato da qui in avanti per molti anni.

Ma, quasi a farlo apposta, poco tempo dopo, nella primavera del 1999 scoppia un affare "tutto" italiano che porterà nel 2000 alla fuga negli Stati Uniti del

chirurgo che l'anno prima aveva consentito l'arresto del mediatore americano. Al centro della vicenda, ancora, Raffaello Cortesini, uno dei fondatori nel 1966 della Società italiana dei trapianti, uomo dell'Opus Dei, responsabile del centro trapianti del Policlinico Umberto I di Roma. L'illustre medico, a capo anche del commissione medica della Congregazione per le cause dei Santi, si trova coinvolto in una storia di compravendita di organi. L'inchiesta viene avviata dalla Procura di Torino in seguito alle rivelazioni di Vito Di Cosmo, un rappresentante pugliese che sarebbe stato costretto dagli usurai a vendere un rene a un imprenditore di Brindisi per 200 milioni di lire. Di Cosmo ne avrebbe, però, incassati solo 80; gli altri sarebbero finiti nelle tasche di Cortesini e di due suoi assistenti. La vicenda si allarga a macchia d'olio in seguito alle rivelazioni di transazioni economiche per altri cinque trapianti di rene, tutti realizzati a Roma da donatori non consanguinei e tutti dall'équipe di Cortesini. Con un copione che si ripete: i donatori sono uomini tra i 30 e 40 anni, disoccupati, e provengono da paesini del Meridione: avrebbero ricevuto tra i 40 e 130 milioni di lire.

Cortesini, interrogato più volte, nega tutto: afferma che la transazione economica, se c'è stata, è avvenuta a sua insaputa. Viene scagionato (nel dicembre 2002 l'inchiesta viene archiviata dalla Procura di Roma e cade anche l'accusa di concussione) ma il chirurgo ha maturato la decisione di lasciare l'Italia. Si trasferisce a New York dove assume l'incarico di professore di patologia clinica alla Columbia University, diventando collega della moglie Nicole, immunologa presso la stessa università.

Intanto la legge che nel 1994 punisce il traffico di organi in India accelera l'organizzazione di un mercato analogo in altre sacche di disperazione e di miseria e nel mondo. E quale Paese è più adatto del Brasile? Nel 1995 scoppia il caso di Olivio Oliveira, un malato di mente cinquantenne che vive nei pressi di Porto Alegre al quale improvvisamente scompaiono gli occhi. La prima versione dell'accaduto è che siano andati in pasto agli avvoltoi o siano stati mangiati dai topi, ma – a un esame più attento, si scopre che si tratta di un'asportazione accurata, che evoca l'abilità del bisturi. Del fatto inizialmente si occupa la stampa locale, ma la notizia dilaga poi su quella nazionale e internazionale. Poco dopo, nel 1997, è la volta di Laudiceia Cristina da Silva, che denuncia un ospedale di San Paolo per l'asportazione, a sua insaputa, di un rene nel corso dell'intervento, programmato, per una ciste ovarica. L'ospedale dichiara che sia il rene sia l'ovaio sono stati "buttati" via e il chirurgo afferma che l'asportazione si era resa necessaria perché il rene era "incastrato" nella cisti (!). Ma la cartella clinica della donna non salterà mai fuori.

Questi casi sono l'inizio di una lunga serie. D'altro canto il Brasile sembra destinato a diventare, dopo l'India, il nuovo grande bazar degli organi del mondo, non soltanto per le sue favelas, ma anche perché l'organizzazione sanitaria corre

lì su un doppio binario, pubblico e privato, quest'ultimo con livelli di efficienza americani; un sistema che sembra fatto apposta per favorire traffici illeciti del corpo umano. Ma c'è un'altra nazione con differenze di classe vistose quanto e più del Brasile, il Sudafrica, dove i neri subiscono fino al 1994 una segregazione razziale feroce, l'ormai famoso *apartheid*, ma anche negli anni successivi non riescono a migliorare il loro livello di vita e di istruzione, nonostante i grandi sforzi del governo in questa direzione.

Khayelitsha, Guguletu ed altre a Città del Capo, Soweto appena fuori Johannesburg, sono alcune delle *township* del Sudafrica, immense distese di baracche di lamiera senza servizi igienici (anche se il Comune mette disposizione i bagni chimici) e luce (pullulano gli allacciamenti abusivi, tollerati, per illuminare l'interno delle "case"). I neri vivono ai margini, rubacchiano, sono spesso ubriachi; i candidati ideali per i trafficanti di organi.

Non dimentichiamo che nel 1967 al Groote Schuur Hospital di Città del Capo, Christian Barnard, un chirurgo afrikaner (gli afrikaner sono i discendenti dei coloni olandesi che dominarono Città del Capo dal Settecento fino alla guerra anglo-boera), realizzò il primo trapianto di cuore al mondo. Una rivoluzione che fece del Sudafrica uno dei paesi all'avanguardia in questo settore, fermo restando che fino ai primi anni Novanta, i pazienti che ricevevano un cuore "nuovo" al Groote Schuur Hospital erano tutti bianchi. La motivazione ufficiale all'epoca era che le malattie di cuore sono legate allo stress di una vita piena di impegni e di responsabilità; i neri che vivevano una vita più semplice (sic!) ne erano, bontà loro, quasi risparmiati.

Le cose cambiano nel 1994, anno delle prime elezioni democratiche in Sudafrica: il 36 per cento dei trapianti di cuore, per la prima volta, viene riservato a persone di colore e a meticci (i cosiddetti *coloured*). Ma proprio a partire da allora questa chirurgia si sposta dai grandi ospedali pubblici, dove è nata, alle nuove strutture private. La *Truth and Reconciliation Commission* (TRC), la Commissione per la Verità e la Riconciliazione del Sudafrica, si accorge che in una situazione di disparità sociale ancora vistosa, è difficilissimo istituire un servizio equo di raccolta e di trapianto degli organi; decide di spostare i fondi pubblici verso obiettivi più controllabili, come i servizi di emergenza e la medicina nel territorio. Così gli ospedali privati hanno via libera in un'attività di trapianto che attrae pazienti stranieri facoltosi dalla Namibia e da Mauritius, successivamente anche dall'Europa. In questa situazione non è escluso che vengano prelevati organi da giovani neri che muoiono di morte violenta (cosa frequentissima nelle *township*) senza chiedere il consenso dei famigliari.

Nella seconda metà degli anni Novanta compare un nuovo scenario per i corpi in vendita: Israele che, grazie a una inaspettata tolleranza del governo, diventa un vero e proprio crocevia di trapianti illeciti. Gli ospedali dove si fanno gli

interventi sono a Tel Aviv e a Gerusalemme, ma i donatori vengono reclutati nei quartieri più poveri dei paesi dell'ex Unione Sovietica, Estonia, Georgia, Moldavia, Romania. Per la prima volta il "turismo dei trapianti" si organizza e offre un vero e proprio pacchetto-trapianto che per il rene nel 1998 si aggira sui 120.000 dollari. Comprende: l'affitto di un aereo privato (di solito il viaggio coinvolge un gruppo di sei pazienti, ciascuno accompagnato da un membro della famiglia), il doppio intervento, ovvero l'asportazione del rene dal donatore e il trapianto nel ricevente, il compenso per il donatore che non supera, di solito, i 5.000 dollari, i soldi necessari per corrompere il personale dell'aeroporto, l'affitto delle sale operatorie e delle stanze di degenza in un ospedale privato e la parcella per lo staff infermieristico. Questo lucroso mercato è controllato da un piccolo gruppo di individui, i "Padrini". Spiega Catherine Berthillier, nota giornalista francese che ha percorso queste piste fra Israele, la Turchia e la Moldavia per due anni alla fine degli anni Novanta in *I trapianti, uno sguardo etico* (Sapere2000 edizioni multimediali): «I "Padrini" non sono altro che una manciata di chirurghi perfettamente integrati nella società e riconosciuti quali esperti nel loro campo. Tutti si conoscono reciprocamente molto bene, si aiutano a vicenda e si scambiano la clientela. Oltre ai loro team medici, che pagano profumatamente per ottenerne il silenzio, questo piccolo gruppo fa affidamento sui "procuratori". Vi sono due categorie di procuratori: da una parte i procacciatori "colletti bianchi", responsabili della ricerca dei pazienti, dall'altra, gli individui più loschi, spesso strettamente legati al crimine organizzato, che hanno il compito di persuadere i donatori viventi a sottoporsi all'intervento. È quasi impossibile ottenere un rene sul mercato nero contattando direttamente uno di questi "Padrini". Preferiscono evitare ogni esposizione non necessaria, che ritengono troppo compromettente e pericolosa. Chi vuole acquistare organi frutto di traffico contatta, di solito, uno dei procacciatori via Internet o attraverso inserzioni cifrate».

Si supera la boa dell'anno 2000 e per il traffico di organi si vanno configurando veri e propri "flussi" che dagli Stati Uniti e dal Canada si dirigono verso l'America Latina e il Sudafrica, dal Giappone verso le Filippine e la Cina, mentre in Europa seguono (ma sarebbe meglio dire inseguono) le sacche di miseria create dai conflitti bellici, dagli scontri etnici e dalle alterne vicende politiche.

Una delle prime inchieste che rivela questa realtà è di Andrea Nicastro, inviato del *Corriere della Sera* nel 2001. Inchiesta che fa scalpore perché "incastra" un paziente/cliente italiano e, al contempo, risulta inattaccabile perché si basa sugli atti del processo a un chirurgo turco che opera in una clinica privata di Istanbul, la casa di cura Vatan, nella parte asiatica del Bosforo, Yusuf Sonmez, noto come *l'Avvoltoio*. Nella lista dei compratori c'è un campano di cui il *Corriere* pubblica solo le iniziali: M.R. Tra maggio e giugno del 1998 M.R. era nel letto 218 della clinica privata di Istanbul. La rete di Sonmez raggiunge l'Italia

attraverso un trafficante, molto attivo soprattutto nel Meridione, ma molti altri "operatori" in vari paesi alimentano la fabbrica degli orrori dell'*Avvoltoio*: soprattutto in Francia, Gran Bretagna e Israele, dove al Beilinson Medical Center di Petah Tikva, vicino a Tel Aviv, opera un chirurgo molto chiacchierato e strettamente legato a Somnez, Zachi Shapira. Fra i broker, una donna è ben nota alla polizia moldava; si tratta di una ex prostituta, Nina Scobiola, che sembra capace di portare ad Istanbul per l'espianto centinaio di connazionali.

Gente disperata, che vive in un paese poverissimo "sbarca" dai pullman ogni domenica direttamente nel piazzale della clinica Vatan. Segregati in alberghi fatiscenti fino al momento dell'espianto, questi poveracci vengono poi mutilati e, con la cicatrice ancora fresca, rispediti a casa sugli stessi autobus con cui sono venuti, con un po' di soldi in tasca. E il mitico chirurgo? Se l'è sempre cavata con poco: il licenziamento dall'ospedale pubblico nel 1996, la sospensione dall'Ordine dei medici per sei mesi, qualche giorno in carcere. Somnez continuerà la sua attività criminosa negli anni seguenti (nel 2006 si vanterà di aver fatto oltre 1.300 trapianti di rene) e nonostante che la sua clinica privata venga chiusa dalla polizia nel 2007 e lui sottoposto all'ennesimo processo, il nome dell'*Avvoltoio* salterà di nuovo fuori nel novembre 2010, quando l'allora Premier del governo di Pristina, Hashim Thaci, viene accusato (da fonte autorevole, un rapporto del consiglio d'Europa) di un traffico di organi prelevati ai prigionieri serbi attuato dal "Gruppo di Drenica", appartenente all'UCK, l'Unione di liberazione del Kosovo, durante la guerra del 1999. Lo riferisce il quotidiano israeliano *Jerusalem Post* (gli farà seguito poco dopo l'inglese *The Guardian*) rivelando anche la complicità di una vecchia conoscenza di Somnez, il chirurgo israeliano Zachi Shapira che ha seguito passo passo la carriera dell'altro. Stando a quanto scrive il *New York Times* nel 2001, di lui tutti sanno che due o tre volte all'anno porta pazienti in Turchia per fare trapianti illegali, ma l'indagine avviata dal Ministro della Sanità israeliano non riesce (o non vuole) trovare prove sufficienti per incastrarlo. Tutti tacciono, i medici quanto i pazienti. Anche perché la rete dei chirurghi predatori di organi è organizzata e feroce e gli onesti se ne tengono alla larga. Con quattro, cinque interventi questi signori guadagnano tra i 400.000 e i 500.000 euro in una sola notte.

Ma l'inchiesta del *Corriere della Sera* fa scalpore soprattutto perché riesce a dimostrare che anche malati italiani vanno in cerca di reni a pagamento. Tanto che la stessa Franca Pellini, presidente dell'associazione italiana dializzati, l'Aned, è costretta ad ammettere: «Sì, sappiamo anche noi che alcuni italiani sono andati a farsi trapiantare il rene in Turchia». La storia viene rilanciata da un articolo dell'*Espresso* di Dina Nascetti nel giugno dello stesso anno. Articolo che parte da dati incontrovertibili: quelli pubblicati nel rapporto della Direzione investigativa antimafia, presentato dall'allora procuratore capo Pier Luigi Vi-

gna insieme a uno studio dell'Università Bocconi di Milano. Documento in cui, stando a quanto racconta la giornalista (ma anche un articolo sul *Corriere della Sera* riporta la stessa affermazione) si precisa che «Ai beni immobili si sono aggiunti quelli mobili e nei tempi più recenti gli stessi essere umani, anch'essi considerati alla pari di "cose mobili" sono divenuti un proficuo mercato per organizzazioni criminali [...]». Le storie si rincorrono, una dopo l'altra anche sulla stampa internazionale dove torna fuori il nome di Jim Cohan, il broker californiano incastrato e arrestato a Roma nel 1998 e rilasciato dopo cinque mesi di prigionia per insufficienza di prove: per i giudici italiani l'americano non ha violato nessuna delle leggi esistenti. Lo intervista per il *New York Times* nel 2001 il giornalista Michael Finkel al quale Cohan si racconta così: «La lezione italiana mi è servita: da allora non viaggio più, prendo gli accordi per telefono e via internet. Il mio primo passo è contattare i medici che, a loro volta, parlano con i pazienti. Io non compro, né vendo organi: metto solo in contatto le parti» A questo punto i flussi migratori del mercato degli organi sono ben definiti con le loro tariffe: un rene indiano viene pagato 1.000 dollari, uno sudafricano o filippino poco di più, uno moldavo o romeno 2.700, il turco può sfiorare i 10.000. In Brasile dove il mercato clandestino è fiorentissimo, il donatore può guadagnare anche 10.000 dollari, negli Stati Uniti può arrivare a 30.000. Quest'ultimo dato, sconcertante per un Paese dove una legge federale del 1984 stabilisce che nell'ambito dei trapianti "nulla di valore può essere scambiato per ottenere un organo" e che la donazione può essere soltanto un gesto solidaristico, fiorisce (ed è destinato ad allargarsi negli anni successivi, fino a raggiungere una percentuale significativa dei trapianti di rene nel 2010) una compravendita occulta. Il paziente si presenta in ospedale con un donatore che non è un parente. La politica dei medici dei centri trapianti è, prevalentemente, quella del *dont'ask, don't tell*. Quanto accade negli Stati Uniti però è nulla in confronto al mercato degli organi in Israele. Finché nel 2002 Michael M. Friedlaender, nefrologo dell'Hadassah University Hospital di Gerusalemme tira fuori "la patata bollente" e lo fa sul *Lancet*, suscitando un vespaio.

Il medico racconta come già alla fine degli anni Ottanta i pazienti palestinesi in lista d'attesa presso il centro trapianti del suo ospedale avessero iniziato ad andare in India in cerca di reni a pagamento per una spesa, tutto compreso, di circa 15.000 dollari. Ma dopo la guerra del Golfo, Bagdad diviene una meta più vicina e meno costosa (7.000 dollari l'intero pacchetto); i donatori sono ragazzi sani, fra i venticinque e i trent'anni, pagati un'inezia: 500 dollari. Reni a buon mercato ma, tutto sommato, "merce non avariata": «Nessuno dei pazienti al ritorno dall'Iraq ha preso l'epatite o l'Aids» riferisce Friedlaender. Ma gli israeliani piuttosto che rivolgersi al mondo arabo, scelgono le mete degli europei: Estonia, Bulgaria, Turchia, Georgia, Russia e Romania. Il prezzo del pacchetto per il paziente è sempre lo stesso: 200.000 dollari. Ma, rispetto alla Francia o all'Italia

c'è una differenza importante, e in qualche modo, strabiliante. Come spiega il nefrologo israeliano: «Il Ministero della Difesa, che deve farsi carico della spesa sanitaria per i veterani di guerra, dà un riconoscimento semi-ufficiale a questi interventi eseguiti fuori dal Paese e le compagnie di assicurazione di malattia rimborsano al paziente una cifra pari al costo del trapianto di rene in Israele, ovvero 40.000 dollari». Atteggiamento stupefacente da parte di un Paese che affonda la sua ragion d'essere nella memoria di una sopraffazione insostenibile di uomini a danno di altri uomini.

L'Iran, intanto, nel 1996 inaugura una strategia che rimane l'unica nel panorama mondiale per molti anni (farà una scelta analoga, nel marzo 2009, solo il governo di Singapore): decide un rimborso di Stato – circa 900 euro e una polizza di assicurazione sanitaria per un anno – per i donatori di rene ed avvia un programma di trapianto imperniato su questa “novità” storica. La giustificazione ufficiale di cui è artefice Iraj Fazel, un chirurgo di Teheran che ha imparato a fare i trapianti negli Stati Uniti, è che con la rivoluzione islamica del 1979 è venuta meno la possibilità di acquistare i materiali e le apparecchiature per la dialisi sul mercato occidentale e non c'è un programma di trapianto di rene da cadavere che possa far fronte al problema. La donazione da vivente pare l'unica strada percorribile, ma senza un incentivo economico non può decollare.

Ecco, allora, la decisione di pagare il donatore, ma a certe condizioni: deve essere della stessa nazionalità del ricevente, in buona salute, di età compresa fra i 25 e i 30 anni. Il governo non sembra vergognarsi di questa scelta, tutt'altro. Iraj Fazel, diventato Ministro della Sanità, nel 2003 al congresso di Monaco sull'etica dei trapianti, riferisce di risultati straordinari: un bel giro di lavoro, 1.200 trapianti all'anno e la quasi scomparsa delle liste di attesa. Decantando anche i metodi scelti dal parlamento iraniano per mettersi al riparo da eventuali abusi: no a pazienti e donatori non residenti in Iran, nessuno incentivo economico per i chirurghi, divieto di fare trapianti nelle cliniche private, stesse possibilità di accesso per malati ricchi e poveri. Peccato che il donatore sia sempre poverissimo e che oltre al rimborso di Stato sia ammesso fra i due contraenti un accordo economico privato (l'ipocrisia di tutto questo sistema emergerà chiaramente da un'inchiesta di Anne Griffin pubblicata sulla rivista medica *British Medical Journal* nel 2007).

Ma il Paese dove una politica del governo improntata al profitto, la criminalità organizzata e l'indifferenza ai diritti umani si fondono in un cocktail degno del miglior film horror è la Cina. Pene capitali distribuite senza risparmio né clemenza, una rete potentissima che coinvolge funzionari, medici, polizia, amministratori sanitari trasforma la possibilità da parte dei condannati a morte di donare gli organi (previo consenso scritto!) in un business miliardario. E qui l'oggetto da cui ricavare profitto non è soltanto il rene, lo sono anche il fegato,

il pancreas, il cuore, i polmoni; tutto quanto è espianabile a un uomo appena deceduto. Senza dimenticare le cornee e le valvole cardiache, che fanno un altro "bel mercatino".

Un "corpo di Stato" che diventa un affare; lo dimostra il fatto che la Cina è il secondo Paese al mondo per numero di trapianti, dopo gli Stati Uniti. Un business così importante da far aumentare di giorno in giorno le condanne a morte, più di 8.000 all'anno, il 60 per cento di quelle eseguite nel mondo, anche se mancano dati ufficiali visto che il governo di Pechino li nega trincerandosi dietro il segreto di Stato sull'uso dei corpi dei condannati a morte stabilito da una legge del 1984 ( si rifiuterà di darli anche negli anni successivi). La prima denuncia di queste atrocità viene da un documento di *Human Rights Watch Asia* nel 1994, ma poco dopo anche *Amnesty International* comincia a organizzare nei primi anni del 2000 spedizioni di attivisti in Cina. Che scoprono cose molto interessanti: gli "acquirenti" degli organi (che possono costare anche 30.000 dollari) vengono dagli Stati Uniti, dal Giappone, da Singapore, da Taiwan e dalla Corea del Sud e trovano 100 ospedali ben attrezzati per i trapianti, i migliori a Pechino e a Shanghai.

L'ex segretario di Stato del governo del Canada per la regione dell'Asia-Pacifico, David Kilgour e David Matas, un avvocato esperto in diritto internazionale, mettono insieme tutto il materiale che è possibile raccogliere sulla questione senza andare in Cina (la loro richiesta di visita incontra un netto rifiuto), e stilano due rapporti, uno nel 2006 e un secondo, aggiornato, l'anno successivo, dal titolo evocativo, *Bloody Harvest*, letteralmente "raccolto sanguinario", che diventerà poi anche un libro nel 2009 per l'editore canadese Seraphim Editions.

Un rapporto che si basa su considerazioni generali sul sistema dei trapianti cinese e sulla persecuzione nei confronti dei praticanti del Falung Gong (movimento spirituale messo fuori legge nel 1999), ma non riesce ad acquisire prove certe degli espianti coatti a danno di queste persone. D'altro canto, né gli attivisti per i diritti umani né le ambasciate dei paesi occidentali, messe in allerta, trovano indizi inequivocabili che supportino queste accuse; neppure la Croce Rossa internazionale, visto che non può avere contatti con i condannati a morte.

Ma alla fine tutto questo "rumore" nel mondo occidentale produce qualche effetto sul governo di Pechino anche in vista delle Olimpiadi del 2008, dove la Cina si vuole presentare con la sua faccia pulita. Nel maggio del 2007, il Consiglio di Stato vara le nuove norme sui trapianti che vietano il commercio degli organi e il loro espianto nei minorenni. Le pene sono la revoca della possibilità di esercitare la professione per i chirurghi e la sospensione dell'attività di trapianto per tre anni agli ospedali che, nonostante queste regole, mettano in atto transazioni economiche. Sarà inoltre necessario il consenso scritto dei donatori. La reale capacità (e volontà) del governo centrale di rendere operative queste nuove regole è vista, però, con scetticismo dagli osservatori occidentali.

In mezzo all'ipocrisia che cerca di coprire la mercificazione dei trapianti, compare una voce fuori dal coro: è di quella di una docente di antropologia all'università di Berkeley in California, Nancy Scheper-Hughes, che tra l'altro, ha tradotto per la Columbia University Press una selezione delle opere dello psichiatra Franco Basaglia. Assolutamente convinta che questa compravendita vada fermata, ma anche che per fermarla, bisogna denunciarne l'esistenza con prove certe, Nancy cerca di creare un movimento, o meglio a una squadra di volontari che documenta queste vicende. Grazie alla collaborazione del collega Lawrence Cohen, al finanziamento dell'università di Berkeley (160.000 dollari) e a quello del miliardario George Soros (altri 230.000), nel 1999 fonda *Organ Watch*, letteralmente *l'Osservatorio degli organi* (ma poi ci vorranno due anni per farlo decollare), organizzazione no profit finalizzata a dimostrare che le rotte degli organi a pagamento non sono una leggenda e che la rapacità dei compratori/pazienti ha già lasciato un gran numero di mutilati.

Alla fine degli anni Novanta Nancy e Lawrence fanno cinque viaggi: in Brasile, in Sudafrica e in India. In ognuno di questi luoghi trovano ricercatori e altri antropologi disposti ad aiutarli nelle loro ricerche. Fanno interviste in cliniche dei trapianti e in centri di dialisi, in laboratori di ricerca, negli obitori, nelle stazioni di polizia, nelle redazioni di giornali, nei tribunali, negli uffici pubblici. A chi? Ai chirurghi, ai coordinatori dei trapianti, agli infermieri, agli amministratori degli ospedali. Ma Cohen e Nancy Scheper-Hughes vanno anche nei ghetti e nelle aree rurali (India), nelle *favelas* (Brasile), nelle *township* (Sudafrica), negli *slum* (Manila), per scovare le testimonianze dei donatori, le loro storie.

Un affresco complesso che verrà poi sintetizzato e pubblicato sulla rivista *Lancet* nel 2003 in un articolo a firma dell'antropologa americana. Una consacrazione, ma soprattutto il riconoscimento ufficiale da parte della comunità medica che conta, dell'esistenza del "traffico di organi". Il lavoro fatto da *Organ Watch*, straordinario e assolutamente credibile, inevitabilmente apre una breccia nella cortina del silenzio creata dai malati/ acquirenti e dai medici che li seguono, ma soprattutto dalla rete criminale dei chirurghi "Padrini". Ma poco prima della pubblicazione della lungo rapporto di Nancy Scheper-Hughes sulla rivista *Lancet*, è successa un'altra cosa nuova e irriuale: ai primi di ottobre del 2002 *JAMA*, acronimo del *Journal of American Medical Association*, la rivista dell'associazione dei medici americani, ha pubblicato il primo studio condotto da medici sulle condizioni di salute dei venditori di rene a Madras a distanza di qualche anno dall'asportazione dell'organo. Il modo di procedere è molto vicino a quello messo in atto da *Organ Watch*: andare sul posto, fare interviste, cercare di sapere le cose dalla popolazione e dai diretti interessati. Il quadro che ne emerge è angoscioso quanto difficilmente edulcorabile: questi poveracci stanno molto male e anche sotto il profilo economico la loro situazione non è migliorata con la vendita del rene. I 305 donatori a pagamento scovati da un gruppo di medici americani, grazie ad

un paziente lavoro di ricerca porta a porta, nei sobborghi della vecchia Madras (ora Chennai), una delle aree più colpite dalla “derenizzazione”, non sono riusciti nemmeno a pagare i debiti che li strangolavano da anni. Anzi, da quando hanno venduto il rene, in media sei anni prima, il loro reddito annuo è sceso da 660 a 420 euro. E i soldi guadagnati, in media 1.000 euro (anche se ne erano stati promessi 1.500), si sono dissolti per coprire una parte dei debiti accumulati. La beffa peggiore? Ritrovarsi poveri come prima, ma più malati, nell’85 per cento dei casi. In linea con questi rilievi le conclusioni di Lawrence Cohen, che tira le fila di un lungo lavoro di inchiesta realizzato su trenta famiglie in un ghetto di Madras/Chennai: appena una regione diventa nota come “serbatoio di reni”, i broker intensificano la pressione sui potenziali donatori e i creditori la morsa delle loro richieste di pagamento. In conclusione il mercato degli organi alimenta altri mercati degli organi: è una spirale senza via di uscita.

Quasi in contemporanea a queste prime denunce di cui si fa protagonista la stessa classe medica, o per lo meno una parte di essa, il mondo dei “Padrini”, l’enclave di chirurghi criminali strettamente legati l’uno all’altra, e ai broker si incrina: comincia a mostrare qualche falla, si verificano insospettabili *new entry* che in un primo momento sembrano solo incidenti di percorso.

Nell’estate del 2003, la rivista dell’associazione dei medici inglesi, il *British Medical Journal*, pubblica una notizia imbarazzante per la comunità scientifica: Walter Land, responsabile del Centro trapianti dell’ospedale Grossharden di Monaco e negli anni precedenti Presidente dell’Accademia tedesca di medicina dei trapianti, famoso in tutto il mondo per la sua esperienza ventennale nei trapianti di rene e di pancreas, viene sospeso dall’incarico. Il motivo? Un periodo di ferie “taroccate”: il luminare, anziché andarsene in vacanza, è volato nella capitale degli Emirati Arabi, Abu Dhabi, a fare trapianti illeciti. E non può non dare nell’occhio che contemporaneamente siano scomparsi dall’ospedale altri sei medici (tre anche loro “ufficialmente” in ferie) e tre infermiere. Un’intera équipe in fuga verso il mondo arabo.

Si tratta di un affare di prim’ordine: il beneficiario del trapianto è un parente stretto dello sceicco Zayed, il Presidente degli Emirati. L’ospedale in cui tutto avviene è il lussuoso Al Mafraq Hospital di Abu Dhabi. Land, ormai prossimo alla pensione – dicono le malelingue in Germania – avrebbe individuato in questa nuova attività illecita, ma redditizia, un modo interessante per concludere la carriera. Una bella buccia di banana che fa sparire dalla scena per molto tempo il chirurgo tedesco che si trasferirà in Turchia alla Bakent University di Ankara.

D’altro canto fra gli addetti ai lavori in Europa in quegli anni è ben presente la pressante richiesta di chirurghi esperti da parte dell’Arabia Saudita e degli Emirati Arabi. Richiesta dietro la quale c’è una improvvisa offerta di organi da donatori viventi, senza dubbio a pagamento. Non a caso in quel periodo sembra arrestarsi improvvisamente il flusso di arabi ricchi che negli anni Novanta andavano a

fare i trapianti nei centri di eccellenza americani, Pittsburg in testa. La vicenda del chirurgo tedesco è importante anche perché “inaugura” l’ingresso in questo sottobosco criminale di personalità illustri del mondo della trapiantologia, fino allora al di sopra di ogni sospetto. Non più soltanto la rete dei “Padrini”, una ristretta cerchia di medici criminali dove i nomi sono sempre gli stessi, ma una melma che si fa sempre più ambigua: qualsiasi chirurgo di fama potrebbe esserci invischiato, ovvero nascondere il suo lato oscuro accanto a quello irreprensibile. Ne è un esempio la caduta nella rete di Alexander Chirkov, direttore dell’ospedale Santa Caterina, a Sofia, in Bulgaria, docente all’università di Friburgo nonché segretario del Ministro della Sanità del suo Paese. Un vero pesce grosso (suo il primo trapianto di cuore in Bulgaria nel 1986) che si trova in un bel guaio: accusato di avere fatto trapianti di rene illeciti, viene sollevato nel 2005 dall’incarico ospedaliero mentre l’anno dopo un’inchiesta giudiziaria farà incombere sulla sua testa il rischio di otto anni di carcere. In Bulgaria la donazione di rene da vivente è ammessa solo tra consanguinei o tra coniugi, ma fra il 2003 e il 2005 all’Ospedale Santa Caterina di Sofia in effetti avvengono strane cose che emergeranno nell’inchiesta del 2006 di cui dà notizia, creando non poco scompiglio all’interno della categoria, la rivista medica *Lancet*: il donatore e il ricevente si dileguano nel nulla appena il trapianto è compiuto, non viene presentata alcuna documentazione che attesti un legame di sangue fra chi dona e chi riceve l’organo (condizione obbligatoria in Bulgaria perché il trapianto possa essere autorizzato) ma, soprattutto, non resta traccia dell’operazione nel registro dell’Agenzia nazionale, l’equivalente del nostro Centro Nazionale trapianti (anche il suo responsabile, Yanko Nachkov, si troverà costretto alle dimissioni).

Al centro dell’inchiesta una ventina di trapianti di rene di cui è coordinatore Chirkov, eseguiti secondo un copione che si ripete: il donatore si qualifica come un fantomatico cugino, anche se viene dall’Ex Unione Sovietica, per lo più russo o georgiano (uno di questi poveracci viene fermato all’aeroporto di Sofia dalla polizia con la cicatrice ancora fresca e in seguito all’interrogatorio dichiarerà di aver ricevuto 5.000 euro); il cliente nella maggioranza dei casi è israeliano.

Non è però la prima volta che la rivista *Lancet* dà notizia di trapianti a pagamento realizzati in un grande ospedale pubblico: nel 2005 un illecito simile salta fuori, addirittura, all’ospedale di Vienna. Un uomo rumeno di trent’anni viene arrestato nel suo Paese per una rapina; ma al controllo sanitario in prigione non sfugge la vistosa cicatrice sull’addome. Dalla sua confessione emerge che era stato contattato nel 2001 da un broker serbo residente in Austria per un trapianto di rene a pagamento. Intervento avvenuto nel novembre dello stesso anno al Centro trapianti dell’ospedale generale di Vienna. Nella cartella clinica l’uomo risultava un donatore “consanguineo” (in realtà aveva ricevuto 15.000 euro).

Scoperta inquietante perché fa capire che in qualsiasi ospedale europeo può accadere qualcosa di simile. Anche in Italia? Sospetto immediatamente fugato

da Alessandro Nanni Costa, Responsabile del Centro Nazionale Trapianti che in un'intervista al *Corriere della Sera* (19 febbraio 2006) afferma: «Noi abbiamo messo in atto una rete di controlli così accurata da rendere fantascientifica un'ipotesi del genere. L'intenzione di donare di una persona a titolo altruistico viene accertata dallo psicologo, deve ottenere il nulla osta del magistrato, che in caso di dubbio, può richiedere un supplemento di inchiesta. Non solo, di tutto resta traccia: donatore e ricevente vengono registrati».

Il messaggio degli addetti ai lavori in Italia è sempre lo stesso: se qualcosa di illecito accade, avviene sempre altrove e di qualsiasi altrove si tratti, a noi non interessa, non ci riguarda. Ben diverso l'atteggiamento della comunità scientifica in Spagna: Rafael Matesanz, il nefrologo che ha "inventato" nel 1989 l'organizzazione dei trapianti del suo Paese e che è ancora oggi il direttore del centro nazionale trapianti iberico riconosce che il rischio esiste. In un articolo sulla rivista *Organs and Tissues*, ricorda un episodio analogo a quello viennese scoperto a Londra perché il venditore dell'organo non era rimasto contento del denaro ricevuto e aveva spifferato tutto alla stampa raccontando anche che tre medici avevano preso soldi per quel trapianto illegale. Altro che ignari e irreprensibili, in questo caso. Si tratta di casi rari, dunque, ma certamente non impossibili.

Nella seconda metà degli anni 2000 le inchieste giornalistiche sul traffico d'organi si intensificano: una delle più importanti (anche perché ne scaturirà anche un libro edito da Rizzoli nel 2007, *Premiata Macelleria delle Indie*) è quella pubblicata dal settimanale *L'Espresso* lo stesso anno. Inchiesta che racconta la vicenda del giornalista Alessandro Gilioli, autore anche del volume, che fingendosi malato va in Nepal in cerca di un rene e riesce nel giro di soli quindici giorni a trovare il donatore, Deepak Lama. Tutto avviene a Kathmandu dove l'inviato dell'*Espresso* contatta facilmente un broker, con altrettanta facilità gli vengono confezionati i documenti falsi che attestano il suo rapporto di parentela con il donatore, ovvero che il ragazzo è suo figlio, incidente di percorso di un viaggio in Nepal fatto in giovinezza (legame di sangue necessario per fare il trapianto in India, in questo caso a Calcutta). La vicenda procede con grande semplicità, Gilioli ottiene in breve tempo le dichiarazioni, ovviamente, false, di ben due donne che danno per certa la sua paternità: Deepak sarebbe nato diciotto anni prima da un fuggiasco incontro sessuale del giornalista con una donna nepalese. La farsa arriva fino al viaggio in India con il giovane donatore, l'approdo all'Apollo Gleneagles di Calcutta, uno dei più grandi ospedali privati della città, la visita del chirurgo che fissa l'intervento per la mattina seguente. Subito dopo, la fuga del giornalista, adducendo un conflitto con la moglie rimasta a Roma e assolutamente contraria all'idea che lui si faccia trapiantare un rene in India. Fuga, ma lasciando 300 euro al mediatore.

Non è finita: Gilioli scrive una lettera a Deepak, il mancato, giovanissimo, donatore che a Kathmandu vive una vita di stenti lavorando dieci ore al telaio di un tappezziere per poche rupie e gli lascia 300 euro. Riflettendo anche sulla possibilità di aiutarlo economicamente una volta tornato in Italia. Il sito dell'Espresso nei mesi seguenti apre una sottoscrizione e grazie alle generosità dei lettori, con il denaro raccolto Deepak Lama riuscirà ad aprire una piccola attività commerciale nel suo villaggio di origine vicino ad Hetauda, sulle colline del Terai.

Questo reportage, assolutamente straordinario per la sua forza di prova inequivocabile contro la "leggenda metropolitana" diventerà anche soggetto di un documentario presentato al Festival del cinema di Roma nell'ottobre del 2010, *H.O.T.*, acronimo di *Human Organ Traffic*, per la regia di Roberto Orazi, alla cui sceneggiatura ha contribuito lo stesso Gilioli. Il film non documenta soltanto il viaggio del giornalista in Nepal; va a scovare mediatori, broker, chirurghi e "vittime" anche in Brasile, in Turchia e in Cina, costruendo un affresco del grande traffico degli organi nel mondo. E c'è quella cicatrice bruna, sottile, impressa nella carne dei donatori che nel film si raccontano con una rassegnazione che ferisce, che emoziona.

### Bibliografia essenziale

- BERLINGUER G., GARRAFA V., *La merce finale*, Milano, Baldini & Castoldi, 1996
- BERTHILLIER C., in MORRIS P. (a cura di), *I trapianti, uno sguardo etico*, Sapere2000 edizioni multimediali, Roma, 2003
- BOMPIANI A., in *Consiglio d'Europa: diritti umani e biomedicina*, Edizioni Studium, p. XXI, Roma, 2009
- DI NICOLA A., MUSUMECI G., *Confessioni di un trafficante di uomini*, Chiarelettere, Milano, 2014
- FILIPPONI F., *Santi o schiavi?*, B.C. Dalai editore, Milano, 2010
- GILIOLI A., *Premiata macelleria delle Indie*, Rizzoli, Milano, 2007
- MARINO I., in MONDADORI G. (a cura di), *Pezzi di ricambio*, p.151, Giangiacomo Feltrinelli Real Cinema, Milano, 2010
- MATAS D., KILGOUR D., *Blood Harvest*, Seraphim editions, Woodstock (ON), 2009
- MATESANZ R., "Organ and tissue trafficking", in *Organ and Tissues*, pp. 85-91, 2, 2003
- ROTHMAN D.J., "Ethical and social consequences of selling a kidney", in *JAMA*, 288, 13, pp.1640-4, 2002
- SCHEPER-HUGHES N., *Il traffico d'organi nel mercato globale*, Ombre Corte, Verona, 2001
- SCHEPER-HUGHES N., "Keeping an eye on the global traffic in human organs", in *Lancet* 361, pp 1645-48, 2003
- SCHEPER-HUGHES N., WACQUANT L., *Corpi in vendita*, Ombre Corte, Verona, 2004
- SESTI M., "L'effetto farfalla" in MONDADORI G. (a cura di), *Pezzi di ricambio*, p.10, Giangiacomo Feltrinelli Real Cinema, Milano, 2010



# Merci Umane?

## Un itinerario socratico tra gratuità e remunerazione<sup>[1]</sup>

PAOLO SOMMAGGIO

### 1. Introduzione

L'occasione di discutere della nuova *Convenzione europea contro il traffico di organi umani*, e soprattutto delle nuove forme di sfruttamento che riducono il corpo umano ad oggetto di transazioni economiche, è sicuramente utile per incominciare a chiedersi se il valore della gratuità nel prelievo di organi umani sia ancora così fuori di dubbio, o se gli argomenti per sostenerlo comincino a mostrarsi poco resistenti alle provocazioni che giungono soprattutto dal mondo anglosassone.<sup>[2]</sup> Questa Convenzione, a mio avviso, rappresenta un tentativo dei paesi continentali di vincere la sfida con i paesi di Common Law, attraverso il ricorso ad una Criminal Law Convention che vieta e punisce ogni transazione commerciale che abbia ad oggetto organi o tessuti di origine umana.<sup>[3]</sup>

---

<sup>[1]</sup> Il presente lavoro costituisce una rielaborazione ed un ampliamento dell'intervento tenuto al Convegno nazionale "Donazione di organi. La gratuità di un gesto quale strategia europea ed internazionale per fermare la vendita ed il traffico di organi" (organizzato dalla Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento, responsabile scientifico dott.ssa Lucia Pilati) tenutosi a Riva del Garda il 23 gennaio 2015.

<sup>[2]</sup> La Convenzione è frutto del lavoro del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che è giunto il 9 luglio 2014 ad adottare il testo definitivo, aperto alla firma il 25 marzo 2015 a Santiago di Compostela. Si veda *Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs* (CETS n. 216), all'URL <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/216.htm> (ultimo accesso 22 luglio 2015). Sulla convenzione si veda LOPEZ-FRAGA M. ET AL., "A needed Convention against trafficking in human organs", *The Lancet* (2014) 2187-9.

<sup>[3]</sup> Probabilmente sull'onda della Convenzione, anche il nostro Legislatore ha licenziato un disegno di legge inteso a punire il traffico di organi umani. Il giorno 4 marzo 2015 (seduta n. 403), infatti, è stato approvato in Senato il disegno di legge n. 922 (Romani) dal titolo "Modifiche al codice penale ed alla legge 1 aprile 1999 n. 91, in materia di traffico di organi destinati al trapianto e alla legge 26 giugno 1967, n. 485, in materia di trapianto del rene tra persone viventi". Il progetto (dove la rubrica dell'art. 1 recita: *Introduzione nel codice penale del reato di traffico di organi prelevati da persona vivente*), introduce l'art. 601-bis che recita «Chiunque, illecitamente, commercia, vede, acquista, ovvero in qualsiasi modo ed a qualsiasi titolo, procura o tratta organi o parti di organi prelevati da persona vivente è punito con la reclusione da tre a dodici anni e con la multa da euro 50.000 a 300.000. Se il fatto è commesso da persona che esercita una professione sanitaria, alla condanna consegue l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione [...]».

Il mondo anglosassone, invece, si interroga da tempo sulla sostenibilità etica dei cd. organ markets. È pur vero che nel 1984 il US. National Organ Transplant Act ha bandito la vendita di organi, ma si calcola che, almeno nel 2009, su 80.000 soggetti in attesa di un trapianto di rene la disponibilità di organi si fosse attestata solamente su 7000 donatori. Ed ancora la WHO stima che su 70.000 prelievi di rene in tutto il mondo, un quinto provenga da mercati esistenti, ancorché illegali.<sup>[4]</sup>

Ad oggi solamente l'Iran, come noto, dispone di un mercato interno regolamentato di donatori remunerati, ma anche Australia e Singapore hanno incominciato ad adottare alcune modalità di incentivazione economica. Sempre più paesi si interrogano dunque sul modo di aumentare il numero di organi disponibili per i trapianti.

Questo problema, ovvero come colmare il gap tra domanda ed offerta di organi è il tema di un articolo del premio Nobel Gary S. Becker apparso lo scorso anno nel *Wall Street Journal*.<sup>[5]</sup>

L'articolo si apre ricordando le cifre del fenomeno del trapianto del rene: a fronte di 95.000 persone in attesa, solamente 16.500 riescono, dopo 4-5 anni, a ricevere un rene. Per trovare un modo di incrementare la fornitura di organi e ridurre i tempi di attesa, l'autore propone di pensare ad una serie di incentivi tra cui viene raccomandato un vero e proprio "market for organs".

Vengono quindi analizzati alcuni motivi di preferibilità del mercato rispetto ad ogni altra forma di allocazione di queste risorse di provenienza umana. Il motivo economico appare come il più stringente poiché a fronte dei 350.000 dollari che costa la dialisi (calcolando 80.000 dollari all'anno per quattro-cinque anni di attesa), il costo per un trapianto (che si aggira attorno ai 150.000) rappresenta certamente un vantaggio considerevole.

Ecco perché Becker, dopo avere considerato che nemmeno il passaggio dal consenso informato al consenso presunto possa modificare questa situazione (dato che negli stati dove si è introdotto non si sono ottenuti significativi aumenti di donazioni), sostiene che: «Paying donors for their organs would finally eliminate the supply-demand gap. In particular, sufficient payment to kidney donors would increase the supply of kidneys by a large percentage, without greatly increasing the total cost of a kidney transplant».

Per quanto attiene al prezzo, una stima che viene praticata si aggira tra i 4000 dollari in Iran e i 15.000 suggeriti dal premio Nobel. In questo modo verrebbero azzerate le liste di attesa. Questo modello, inoltre, potrebbe ampliarsi anche ad organi da cadavere perché le vendite potrebbero avvenire "for future use", assicurando agli eredi la possibilità di ricavare un guadagno dalla perdita del loro caro estinto.

---

<sup>[4]</sup> P. SHETTY, "Tax cuts for organs", *The Lancet* (2009), 1316.

<sup>[5]</sup> Si veda BECKER G.S., ELIAS J.J., "Cash for Kidneys: The Case for a Market for Organs", *The Wall Street Journal*, 18 Jan. 2014.

Certo l'economista non si nasconde che vi sono serie resistenze tanto nell'ambiente medico quanto nell'ambiente culturale, ma anche queste resistenze possono essere superate solo che si consideri, per analogia, il pagamento per la maternità surrogata ed alla situazione dei soldati che, pur essendo volontari, tuttavia ricevono un pagamento per un rischio molto elevato per la loro sopravvivenza. Infine viene affrontato il problema della pretesa immoralità di un mercato di organi e la risposta non si fa attendere: «Whether paying donors is immoral because it involves the sale of organs is a much more subjective matter, but we question this assertion, given the very serious problems with the present system. Any claim about the supposed immorality of organ sales should be weighed against the morality of preventing thousands of deaths each year and improving the quality of life of those waiting for organs. How can paying for organs to increase their supply be more immoral than the injustice of the present system?» Ecco l'argomento contro il quale l'idea di gratuità si viene oggi a trovare: la incapacità del modello tradizionale (o, meglio, altruistico puro) di incrementare il numero di trapianti e dunque di salvare vite. Il modello non altruistico, secondo molti autori del mondo anglosassone, sarebbe invece in grado di farlo.<sup>[6]</sup> Come da tradizione, il mondo continentale ritiene di poter risolvere queste questioni in astratto, ovvero formulando divieti di natura generale e spera che il mondo si adatti ad essi. Ebbene, pur essendo una modalità alla quale siamo adusi, ritengo interessante incominciare a comprendere quali siano le ragioni dei Paesi anglosassoni, in particolare del mondo statunitense, per rafforzare la nostra convinzione che il commercio di organi umani possa rappresentare una aberrazione. Cercherò dunque di formulare una serie di questioni in maniera socratica ovvero criticando le prospettive che sembrano favorevoli alla introduzione teorica di mercati di organi, ma anche cercando di saggiare criticamente la 'tenuta' degli argomenti che tradizionalmente utilizziamo per allontanare ogni prospettiva di disposizione a titolo oneroso degli organi stessi. Incominciamo la nostra indagine da un dato noto: il nostro ordinamento ha già accettato senza particolari traumi il commercio di organi umani e lo ha fatto utilizzando la figura contrattuale della compravendita.

---

<sup>[6]</sup> Per un approfondimento sul tema della gratuità e, in generale sui problemi dischiusi dal trapianto di organi umani si veda SOMMAGGIO P., *Il dono preteso. Il problema della trapianto di organi: legislazione e principi*, Cedam, Padova 2004; sulla questione relativa al materiale biologico da cui estrarre dati genetici si veda Id., *La consulenza (Gen)etica. Nuovi miti. Nuovi oracoli. Libertà della persona*, FrancoAngeli, Milano 2010, ed anche Id., *"Possibilità e limiti della consulenza genetica"*, in PALAZZANI L., *Gen-ius. La consulenza tra genetica e diritto*, Studium, Roma 2011; con riguardo al mutamento di considerazione del corpo in epoca contemporanea si veda invece: Id., *"Il gene di Socrate"*, in POGGI F. (a cura di), *Diritto e Bioetica. Questioni fondamentali*, Carocci, Roma 2013 pp. 91-110; Id., *"Eritis sicut Dei? Cronaca dell'umano in transizione"*, in JUS (2012), 2, pp. 301-322; Id., *"Tecnoentusiasti e tecnofobili: l'umano in transizione"*, in CASONATO C. (a cura di), *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, Università degli studi di Trento, Trento 2014 pp. 253-284.

## 2. Uno sguardo al passato

Nel 1930 all'“Ospedale degl'Incurabili” di Napoli lo studente Paolo Salvatori cedette la propria ghiandola sessuale sinistra al signor Vittorio Lapegna per la somma di diecimila lire. Il processo che ne seguì vide per diverso tempo l'opinione pubblica e la dottrina giuridica dividersi su fronti diversi.<sup>[7]</sup>

Per prima cosa venne disposta perizia sul giovane per accertare se la sua integrità fisica fosse venuta meno. L'accusa, esclusa ogni possibile motivazione terapeutica, si diresse a sostenere che l'operazione fosse un caso tipico di lesioni personali aggravate dall'indebolimento di un organo. A nulla valse la scriminante del consenso del giovane in quanto il bene oggetto della cessione era un bene sottratto alla disponibilità del singolo. La difesa invece argomentò in favore dello sviluppo della scienza e della sua forza conoscitiva attraverso la sperimentazione; inoltre rilevò il mancato riscontro di lesioni permanenti e la presenza del consenso.

La sentenza di assoluzione nei confronti dei medici accolse la tesi del consenso dell'avente diritto ed escluse, così, l'individuazione di un reato. La Corte d'Appello investita della vicenda, dopo approfondite perizie, ritenne che, seppure la vita sessuale del giovane non avesse subito nessuna apprezzabile diminuzione, tuttavia la menomazione, per il suo carattere di irreversibilità, avrebbe costituito comunque una voce di danno permanente. Anche per la Corte d'Appello il consenso prestato fu, però, pienamente valido. La nobiltà del fine, restituire la funzione sessuale a colui che non la poteva più svolgere, giustificava il comportamento emarginato. Il caso giunse in Cassazione e, come afferma Santosuosso nella ricostruzione della vicenda, «il punto decisivo rimane quello della volontà dello studente [...] in generale il diritto all'integrità personale è indisponibile, ma nel caso concreto la volontà è valida perché non vi è stata completa impotenza alla procreazione ed il danno è stato limitato».<sup>[8]</sup>

La compravendita di un organo, dunque, si è già verificata nel nostro ordinamento ed è stata pienamente giustificata in relazione ad una scelta libera ed autonoma del soggetto cedente.

## 3. La disposizione di parti del corpo

È un ulteriore dato di comune conoscenza che, in seguito a questa vicenda, il codice civile del 1942 introdusse un articolo atto ad evitare il ripetersi di una consimile vicenda. Si tratta, come noto, dell'art. 5 c.c., che così recita: «Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una dimi-

---

<sup>[7]</sup> SANTOSUOSSO A., *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Cortina, Milano 2001, p. 143 e ss..

<sup>[8]</sup> SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà*, cit., p. 145.

nuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari all'ordine pubblico, o al buon costume».<sup>[9]</sup>

Invece, senza una diminuzione permanente della integrità fisica, le parti distaccate dal corpo possono essere agevolmente inquadrare come beni giuridici e seguire la disciplina prevista dall'art. 810 c.c. Sembra dunque che questi beni rientrino pienamente nel regime privatistico del nostro ordinamento.<sup>[10]</sup> Sopra di essi la dottrina appare infatti orientata a riconoscere un diritto assoluto a ciascun singolo.

Vi sono dunque parti del corpo, come i capelli o il latte materno, la cui particolarità consiste nel fatto che la loro disciplina non si trova nell'art. 5 del c.c., poiché si tratta di beni che non compromettono l'integrità del soggetto.

La spiegazione che, tra gli altri, fornisce Rodotà è fondata sulla riproducibilità di questi prodotti da parte del corpo e sul fatto che non viene compromessa la integrità di quest'ultimo.<sup>[11]</sup> Tuttavia, seguendo questa giustificazione, si potrebbe arrivare a sostenere che il sangue dovrebbe subire la stessa sorte, ovvero essere pienamente commerciabile in quanto bene la cui sottrazione non comporta una menomazione permanente della integrità fisica del soggetto cedente.<sup>[12]</sup>

Seguendo questa linea interpretativa la prestazione, che abbia ad oggetto proprio uno di questi particolari beni, sarebbe idonea a formare oggetto di obbligazione (ex art. 1174 c.c.). Il rapporto con questi "oggetti" dunque si delinerebbe nei termini di una situazione giuridica assimilabile ai diritti reali con tutti i requisiti, compresa la possibilità di disposizione anche a titolo oneroso. Dubbi, tuttavia, sorgono a proposito del momento della nascita di questo diritto: se esso sorge al momento del distacco oppure costituisca una prerogativa del soggetto anche prima del distacco.

Gli atti di disposizione sulle parti staccate del corpo umano che non compromettono l'integrità dello stesso sottostanno, perciò, ad un regime di piena disponibilità tanto a titolo gratuito quanto a titolo oneroso; questi oggetti sono, dunque, considerati beni a tutti gli effetti. Ciò appare autorevolmente confermato in dot-

---

<sup>[9]</sup> La necessità di inserire questo articolo nel Codice fu avvertita a seguito di una sentenza della Corte di Cassazione, del 31.01.1934, in *Foro It.* (1934), p. 146 e relativa proprio al caso La Pegna-Salvatori. La Suprema Corte ribadì in quel caso l'illiceità dell'innesto della glandola sessuale da un soggetto all'altro in quanto importante la diminuzione permanente di funzionalità dell'organo in questione, cagionando una infermità sebbene, essendo presente il consenso, il fatto non fosse penalmente rilevante. Cfr. MARZANO-PARISOLI M.M., *"Il corpo tra diritto e diritti"*, in *Mat. Per una storia della Cult. Giur.*, (1999) p. 537. Secondo alcuni autori, però, questa disposizione non si applicherebbe ai trapianti. In tal senso vedi ALPA G.- ANSALDO A., *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano 1996, p. 258; RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, Jovene, Napoli 1982, p. 82.

<sup>[10]</sup> Tra gli altri, si veda DE CUPIS A., *"I diritti della personalità"*, in CICU A.- MESSINEO F. (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano 1985, p. 159 e ss.

<sup>[11]</sup> Si veda RODOTÀ S., *"Ipotesi sul corpo giuridificato"*, in RODOTÀ S., *Tecnologia e diritti*, il Mulino, Bologna 1995.

<sup>[12]</sup> Invece, come noto, la donazione di sangue possiede una specifica disciplina, vedi legge n. 107 del 4.5.1990.

trina. Si afferma che la parte distaccata del corpo si acquisterebbe 'per specificazione' (un acquisto della proprietà a titolo originario) da parte del medico che ha effettuato l'intervento il quale potrebbe utilizzarla per le proprie ricerche salvo l'obbligo, eventualmente, di pagarne il prezzo al proprietario ex art. 940 c.c.<sup>[13]</sup> Il paziente potrebbe, inoltre, disporre di questi beni già prima dell'intervento attraverso un negozio giuridico avente efficacia futura. A questo proposito si potrebbe individuare una fattispecie analoga al diritto di proprietà su cosa futura. Ulteriore conferma di questa impostazione proviene dall'orientamento della Giurisprudenza. Il Tribunale di Napoli, con sentenza del 14 marzo 1972, ha stabilito che il paziente ha diritto alla riconsegna dei pezzi anatomici separati dal suo corpo attraverso interventi chirurgici, poiché a lui solo spetterebbe la possibilità di disporne. La sentenza sancisce, inoltre, il principio per il quale l'individuo acquista la proprietà della parte distaccata dal suo corpo all'atto del distacco a meno che, informato sulla sorte di detto "oggetto", non accetti di abbandonarlo; in caso contrario sussisterebbe la necessità del risarcimento del danno.<sup>[14]</sup>

#### 4. La disciplina dei prelievi da vivente

Vediamo cosa accade invece con riguardo alla disposizione di una parte del corpo che compromette l'integrità dell'intero organismo (come ad esempio un tessuto o un organo). Per superare legittimamente il divieto posto dall'art. 5 c.c. e procedere ad un distacco così invasivo è necessario attenersi alla normativa vigente sui trapianti tra viventi, e dunque i principi che occorre seguire sono

---

<sup>[13]</sup> Vedi PIRIA C., "Interessi scientifici e patrimoniali su parti staccate del corpo oggetto di ricerche biotecnologiche", in *Rass. Dir. Fam.*, (1990), p. 808. Oggi, come noto, si ricorre al consenso informato soprattutto in relazione ai campioni di materiale genetico ed alla loro raccolta in grandi archivi assimilabili a "banche". Al riguardo si veda PACIA R., "Campione biologico e consenso informato nella ricerca genetica: il possibile ruolo delle biobanche", in *Jus Civile* 2014, 3, pp. 65-104. Si veda inoltre MACIOTTI M., voce "Biobanche" in *Digesto*, 4 ed. Disc. priv. Sez. civ. Aggiornamento VII, pp. 134 e ss. Vedi anche MACIOTTI M., *Le biobanche di ricerca. Studio comparato sulla "zona grigia" tra privacy e proprietà*, Alcione, Trento 2013.

<sup>[14]</sup> La nota a sentenza è particolarmente chiara sul fatto che una parte della dottrina, per ragioni di opportunità sociale e di "giustizia naturale", chiedeva di superare lo stretto formalismo riconosciuto alla sentenza, in favore di una semplice constatazione: il trasferimento dell'organo alla collettività sarebbe stata la soluzione più sensata. Questi i termini esatti «D'altra parte, esaminando la fattispecie in termini di buon senso e non in termini di formalismo giuridico, chi vorrà negare l'opportunità sociale e l'intrinseca giustizia del comportamento di un sanitario il quale, trovando la possibilità di utilizzare a beneficio di un altro paziente un resto inservibile per il paziente cui l'organo apparteneva, operi sia pure senza o contro la volontà del paziente originario, il benefico intervento del trapianto?» Questo commento è particolarmente importante perché enuncia con largo anticipo (il numero della rivista è del 1972) uno dei temi che informano, ai nostri giorni il problema del consenso al trapianto. È evidente che le ragioni di giustificazione presentate nella nota siano decisamente superficiali anche in considerazione del fatto che, seguendo questa concezione, chiunque potrebbe divenire proprietario di quel particolare bene: tanto lo stato quanto qualsiasi privato (medico e non), in *Dir. e Giur.*, (1972), p. 394.

in seguenti: l'intervento può avvenire solamente per fini altruistici terapeutici, senza alcuna forma di remunerazione.<sup>[15]</sup> Lo sviluppo delle tecniche chirurgiche sostitutive ha portato, nel corso degli anni, ad una specifica modifica della disciplina giuridica riservata ad interventi così invasivi. La liceità di questi atti si individuava inizialmente o nel principio del consenso dell'avente diritto (ex art. 50 c.p.) oppure, in seguito, nella sussistenza di uno stato di necessità; scriminante che permetteva di superare la possibile individuazione di un reato (ex art. 54 c.p.).

Nelle fattispecie previste dalle leggi sui trapianti da vivente il soggetto cedente può, perciò, legittimamente decidere di subire una diminuzione della propria integrità fisica in ragione della previsione normativa speciale. Questa previsione è stata introdotta per la prima volta con la legge 26.6.1967 n. 458 che disciplina il trapianto di rene.<sup>[16]</sup>

A conferma di quanto siamo venuti sin qui dicendo è opportuno ricordare che anche diversi esponenti della dottrina confermano che la legge in questione prevede un'espressa deroga al principio generale stabilito dall'art. 5 c.c.. L'art. 1 della predetta legge si esprime, infatti, in termini molto chiari: «In deroga al divieto di cui all'art. 5 del Codice civile, è ammesso disporre a titolo gratuito del rene a fine di trapianto tra persone viventi».

Altrettanto esplicito è il richiamo alla gratuità di questo gesto; in una norma così poco estesa (sono solamente 8 articoli) per ben tre volte un tale richiamo è presente: all'art. 1 comma 1, art. 2 comma 4, ed all'art. 6. Risulta, pertanto, chiaro che la preoccupazione primaria di questa previsione sia escludere lo scambio di denaro contro il bene oggetto della disposizione, non di escludere che si tratti di un bene. Testuale conferma di ciò è la previsione penale speciale contenuta all'art. 7.

Una constatazione, dunque, appare necessaria. È innegabile che le parti staccate da vivente abbiano acquistato, nella pratica dei trapianti, tanto il rilievo di bene giuridico, quanto la qualità di bene "economico" in senso lato. Il passaggio di categoria, da bene libero e gratuito, a bene di rilievo economico si deve proprio alla sua difficile reperibilità, ed allo sviluppo della tecnologia medica che ha reso possibile utilizzare questo particolare "materiale biologico".

Al fine di evitare comportamenti illeciti la disciplina dei trapianti tra viventi prevede, inoltre, il parere favorevole del Pretore (ora Tribunale in composizione monocratica) il quale accerti nel cedente la sussistenza della volontà libera e

---

<sup>[15]</sup> Vedi l'art. 6 della l.n. 91 del 1 aprile 1999. Occorre a tale riguardo riconoscere che un ulteriore limite, implicito, è quello di non giungere a riconoscere, nel potere di disposizione, anche veri e propri atti suicidari o, per i sanitari coinvolti, disposizioni che mascherano atti eutanasi.

<sup>[16]</sup> Pubblicata in *Gazz. Uff.* 27 giugno 1967, n. 160. Per una analisi critica del dibattito che precedette e seguì l'introduzione di questa legge vedi SANTOSUOSSO A., voce "Trapianti", in *Nss. Dig. It.*, p. 508; vedi anche ZIINO D., "Trapianti di organi e principi costituzionali di solidarietà sociale", in *Dir. Fam. e Per.*, (2000), pp. 1409-1424.

spontanea e delle seguenti condizioni: maggiore età, capacità di intendere e volere, conoscenza dei limiti della terapia del trapianto e consapevolezza delle conseguenze di ordine personale che il gesto comporta. A fronte di questo previo controllo della Autorità giudiziaria, viene autorizzato l'espianto.

L'atto è dunque di esclusiva pertinenza della sfera di volontà individuale: solamente al cedente spetta una simile decisione. Questo permette di supporre l'esistenza di un diritto, riconosciuto dall'ordinamento, di cui il cedente sarebbe il solo ed esclusivo titolare pur riservandosi, lo stato, una attività di controllo. Analoga protezione pare configurarsi con riguardo al soggetto ricevente in quanto è previsto l'accertamento obbligatorio anche della sua volontà, a meno che egli non versi in un comprovato stato di necessità.<sup>[17]</sup> Si può dunque agevolmente affermare che il trapianto tra viventi è strutturato sul binario di un doppio consenso accertato tanto in capo al cedente quanto in capo al ricevente. In relazione alla volontarietà e gratuità del gesto, si possono reperire scelte normative analoghe anche nella legge 4.5.1990 n. 107 che disciplina le attività trasfusionali relative al sangue umano, e nell'art. 4 della legge 6.3.2001 n. 52 che afferma «la donazione di midollo osseo è un atto volontario e gratuito».<sup>[18]</sup> Identici riscontri sono rinvenibili anche nella l. 16 dicembre 1999, n. 483 sui trapianti parziali di fegato.<sup>[19]</sup> Questa breve norma (sono solamente due articoli) all'art. 1 afferma che l'espianto è ammesso in esplicita deroga all'art. 5 c.c. e con le medesime modalità della legge sul trapianto di rene. È curioso notare come il Legislatore del '99 (fegato), a differenza del Legislatore del '67 (rene), ha creduto bene sottolineare che è lecito disporre di parti di fegato «a fine esclusivo di trapianto» facendo supporre che sia possibile una utilizzazione diversa e che essa sia vietata. Ma in questa direzione si finisce per ritenere che, invece, nella disciplina del 1967, non trovando posto un siffatto divieto, ebbene fosse (e sia) possibile utilizzare il rene anche per disposizioni diverse rispetto al trapianto, cosa non troppo difficile da immaginare sol che si pensi, ad esempio, ad un prelievo per motivi di studio o di sperimentazione. Più di recente il legislatore è intervenuto per disciplinare il prelievo da vivente di parte di polmone, pancreas e intestino: la legge n. 167 del 2012 conferma che, a fine di trapianto, è ammesso disporre solamente a titolo gratuito.

Sembra, perciò, che le norme poste nel nostro ordinamento in materia di disposizione del corpo siano individuate allo scopo di tutelare il principio della integrità fisica, ma che questo stesso principio possa essere superato volontariamente e gratuitamente in favore esclusivo di familiari o stretti conoscenti e solamente per parti del corpo che non compromettano la sopravvivenza.

---

<sup>[17]</sup> I cedenti devono essere solamente familiari stretti (genitori, figli, fratelli) oppure, in mancanza di essi, è possibile che la cessione vada a favore di altri parenti o di estranei.

<sup>[18]</sup> Pubblicata in *Gazz. Uff.* 15 marzo 2001, n. 62.

<sup>[19]</sup> Pubblicata in *Gazz. Uff.* 20 dicembre 1999, n. 297.

## 5. La relazione tra soggetto e parti del corpo: le teorie giuridiche più diffuse

Ulteriori questioni sorgono quando si tratta di comprendere che tipo di relazione leghi il soggetto ai propri organi. Tre sono le teorie più note e seguite.

La prima concezione considera le parti del corpo prelevabili ai fini di trapianto, suscettibili di un diritto che si avvicina per molti versi ad una vera e propria specificazione del *jus in se ipsum*. È innegabile, infatti, che il riconoscimento di un diritto, affine a quello di proprietà privata, è il modello tradizionale cui si è ispirato, almeno dall'età moderna in avanti, il rapporto tra l'individuo ed il suo corpo e che esso sia inquadrabile nella categoria dei diritti soggettivi.<sup>[20]</sup> Sostiene a questo proposito Valerio Campogrande: «Sulla propria persona l'uomo ha un diritto vero e proprio (*jus in se ipsum*) che gli permette non solo di disporre, ma altresì di vietare agli altri gli atti diretti a togliere o menomare la potestà che gli spetta sul proprio corpo e sulle proprie facoltà psichiche».<sup>[21]</sup> Questo significa, per estensione analogica, che il soggetto potrebbe disporre a pieno titolo sulle parti che costituiscono il suo corpo tanto in vita quanto dopo la morte.

Il consenso al prelievo del titolare di questo diritto, previsto nella legge 91/99, costituirebbe l'elemento indiziario di questa relazione e, pertanto, esso dovrebbe essere imprescindibile. Questa posizione ha il pregio di essere, come abbiamo esaminato, in armonia con l'orientamento dottrinale dominante.

Una conferma a questa interpretazione "proprietary" è offerta dal De Cupis. Costui sostiene che proprio nell'atto di distacco sarebbe da individuare il fatto giuridico da cui il diritto di proprietà sull'organo sorgerebbe a titolo originario, senza passare per una condizione di *res nullius*. Le parti che vengono distaccate, infatti, rientrerebbero «in una preesistente sfera giuridico-personale» dello stesso soggetto e perciò dovrebbero essere nella sua piena disponibilità anche per il futuro.<sup>[22]</sup> Ugualmente prevista sarebbe idonea a spiegare anche il caso di trapianto da vivente.<sup>[23]</sup> Una variazione sul medesimo impianto dottrinale è sostenuta da Santoro Passarelli. Egli istituisce un'interessante analogia tra il diritto sulle parti distaccate del corpo e quello sulle opere dell'ingegno.<sup>[24]</sup>

---

[20] Con l'espressione "diritto di proprietà" ritengo che la dottrina riconosca il concetto espresso dal legislatore all'art. 832 c.c. caratterizzata dai due noti binari: la possibilità di godere, ed il potere di disporre della cosa. E pertanto, visto che anche nella nuova normativa sui trapianti si riconosce di poter disporre degli organi del proprio corpo e, vista l'innegabilità del fatto che il godimento degli organi non sia se non personale, ritengo lecito da parte della dottrina utilizzare questa espressione nel suo senso più proprio. E pertanto, quando l'individuo è in vita, sugli organi prelevati dal suo corpo si costituirebbe l'acquisto a titolo originario di un vero e proprio diritto di proprietà pieno e disponibile. RESCIGNO P., "Per uno studio sulla proprietà", in *Riv. Dir. Civ.*, (1972), pp. 4-67; su questo problema vedi anche DE MARTINI D., *Proprietà e disponibilità dei beni*, Cedam, Padova 1988.

[21] Traggio la citazione da SANTOSUOSSO A., *Corpo e libertà*, Cortina, Milano 2001, p. 90.

[22] DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano 1982, p. 181, 189.

[23] DE CUPIS A., "Sull'equiparazione delle parti staccate del corpo umano ai frutti naturali", *Riv. Trim. Dir. Proc. civ.*, (1986), pp. 137-138. Su questa tesi tornerò più avanti.

[24] SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli 1964.

Una concezione affatto diversa è sostenuta da Bianca. La difformità della concezione sostenuta da questo autore riguarda, tuttavia, solamente il titolare del diritto (di proprietà) sulla parte distaccata, che non sarebbe l'individuo che ha subito l'intervento ma il medico che lo ha effettuato. Bianca infatti, riprendendo la dottrina tedesca sul punto, nota che le parti del corpo, a seguito della loro trasformazione per separazione, divengono suscettibili di semplice possesso e non di proprietà.<sup>[25]</sup> Da tale assunto ritiene che, non offrendo questi "oggetti" alcun interesse di godimento o di scambio per il paziente, sarebbe fondata la presunzione di un loro abbandono e giustificata l'appropriazione da parte dei sanitari. Ricapitolando, la tesi di Bianca è la seguente: le parti del corpo diverrebbero beni giuridici in forza della loro separazione; una volta rescisse, dette parti diventerebbero *res nullius*, per abbandono, e si troverebbero nella piena disponibilità di chi fosse in grado di utilizzarle o avesse interesse a farlo. Pasquale Stanzone osserva, però, che: «interessante diventa allora stabilire se, in base ad un legittimo possesso e sempre ai fini di trapianto, l'acquisizione del cadavere sia avvenuta, a seconda delle ipotesi, a favore delle strutture ospedaliere, di quelle carcerarie, di parenti anche lontani e via distinguendo».<sup>[26]</sup>

Altra parte della dottrina preferisce tentare di applicare al distacco di parti del corpo umano la teoria dei frutti naturali.<sup>[27]</sup> È questa la concezione di Criscuoli che, partendo dalla definizione legislativa di frutti,<sup>[28]</sup> sostiene che ricorra questa figura quando: a) sussiste un rapporto di derivazione dalla cosa madre e b) che la nuova cosa vanti la caratteristica di novità, e quella di autonomia.<sup>[29]</sup> Secondo l'autore, dato che questi elementi si rinvergono nelle parti prelevate dal corpo umano, apparirebbe applicabile la disciplina prevista dal codice civile.

L'applicazione di questa tesi implica tre conseguenze: che i frutti sono oggetto di proprietà del titolare della cosa madre, che il titolo di acquisto è originario e non derivativo, che i frutti appartengono al titolare della cosa madre in forza di questo rapporto. La separazione di un organo dal corpo, perciò, costituirebbe la nascita di un bene autonomo che insisterebbe solamente nella sfera giuridica dell'individuo che ha subito l'intervento. La terza conseguenza, secondo Criscuoli, potrebbe rivelarsi fallace. Infatti sarebbe semplice, qualora si aderisse alla teoria del *jus in se ipsum*, riconoscere l'applicazione di una tale appartenenza anche nei riguardi del frutto.

Il problema si infittisce quando si cerca di stabilire a chi spetti un tale diritto. A tale riguardo Pasquale Stanzone, tra gli altri, afferma che: «se non si rinuncia alla

---

<sup>[25]</sup> BIANCA C.M., *Diritto civile*, Giuffrè, Milano 1989, p. 163-164.

<sup>[26]</sup> STANZIONE P., "Introduzione" in STANZIONE P. (a cura di), *La disciplina giuridica dei trapianti. Legge 1° aprile 1999 n. 91*, Giuffrè, Milano 2000, p. XVII.

<sup>[27]</sup> CRISCUOLI G., "L'acquisto delle parti staccate del proprio corpo e gli artt. 820 e 821 del c.c.", in *Dir. Fam. e Pers.*, (1985), p. 269.

<sup>[28]</sup> CRISCUOLI, "L'acquisto", cit., p. 272.

<sup>[29]</sup> CRISCUOLI, cit., p. 273.

logica della categoria proprietaria, è molto difficile sottrarsi alla rigorosa alternativa posta dall'art. 42 Cost.». <sup>[30]</sup> E perciò la proprietà dovrebbe essere o dell'individuo o dello stato. Tenendo da parte questo problema particolarmente spinoso, occorre ragionare ora sulla questione che ci riguarda, in questa sede, più da vicino. Al di là infatti della titolarità degli organi un elemento appare certo: l'ordinamento italiano dispone che la cessione di un organo possa avvenire solamente a titolo gratuito e non anche a titolo oneroso. In altri termini il legislatore italiano ha stabilito che il prelievo debba avvenire in condizioni che non ledano la cd. dignità della persona. Questo appare ribadito dalla Convenzione europea che colpisce duramente chiunque a qualunque titolo partecipi ad una compravendita di organi umani.

## 6. La gratuità della disposizione come valore

Sembra che il motivo di fondo di questa opposizione sia che gli atti di disposizione a titolo oneroso violerebbero la dignità della persona, ovvero che la necessaria gratuità degli scambi tutelerebbe la dignità della persona. Dobbiamo chiederci che cosa questo significhi all'interno della cultura continentale (europea). A mio giudizio si tratta di un argomento di origine kantiana.

Immanuel Kant, come noto, contesta radicalmente la vendita anche di una sola parte del proprio corpo. Questo per due ragioni: la dignità dell'uomo e la impossibilità logico-giuridica di un siffatto gesto.

Kant riteneva, infatti, che gli esseri umani godono di dignità semplicemente in virtù del fatto che sono esseri razionali e questa prerogativa è un bene di valore incomparabile perché intrinsecamente inestimabile e unico. Questa caratteristica imporrebbe una differenziazione tra le entità che tale dignità possiedono, e quelle che potrebbero avere anche un valore sul mercato. La dignità infatti coincide con l'assenza di un prezzo quantificabile in quanto: «nel regno dei fini, tutto ha un prezzo o una dignità. Ha un prezzo ciò, al cui posto può essere messo anche qualcos'altro, di equivalente; per contro, ciò che si innalza al di sopra di ogni prezzo, e perciò non ammette equivalenti, ha una dignità [...] ma ciò che costituisce la condizione a cui soltanto qualcosa può essere un fine in sé ha, non soltanto un valore relativo, cioè un prezzo, bensì un valore intrinseco, cioè una dignità». <sup>[31]</sup> Starebbe, dunque, nella impossibilità di trovare un equivalente, la distinzione tra entità che godono di dignità, come la persona umana, oppure che non godono di un siffatto riconoscimento. Ed infatti è ben possibile decidere di dare un prezzo al corpo, ma questo non rispetterebbe il tipo di valore specifico che esso rappresenta.

---

<sup>[30]</sup> STANZIONE P., "Introduzione" in STANZIONE P. (a cura di), *La disciplina giuridica dei trapianti. Legge 1° aprile 1999 n. 91*, Giuffrè, Milano 2000, p. XVI.

<sup>[31]</sup> KANT I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, Rusconi, Milano 1982, p. 133.

Tuttavia, a ben guardare, questo argomento appare, oggi, aggirato – meglio sarebbe dire rimosso – da quelle forme di risarcimento che di fatto, pur non identificando le parti del corpo con una valutazione monetaria determinata, tuttavia, nella nostra legislazione e nelle pronunce della Suprema Corte, presuppongono una sorta di valore economico quantificabile che attiene alla perdita degli organi. Certo questo non rappresenta il riconoscimento di un valore “di mercato” agli organi umani, anche perché le voci di risarcimento riguardano in modo determinante la capacità lavorativa e la vita di relazione che di certo dipendono dalla integrità fisica, ma non sono direttamente determinanti il “prezzo” di quel che si è perso.

Discorso a parte merita, però, il cd. danno biologico che pone una equivalenza, a titolo risarcitorio e per motivi di equità, tra parti del corpo e denaro

Il risarcimento monetario di questa voce di danno non viene certo riconosciuto come lesivo della dignità umana, ma anzi la sua assenza sarebbe denunciata come una grave lacuna dell’ordinamento per quegli eventi della vita di relazione che siano fonte di un dolore e di una sofferenza non riparabili. Questo concetto è ben sintetizzato dalla Corte Costituzionale che, con l’espressione “valore umano perduto” contenuto nelle sue pronunce, intende quella perdita che il risarcimento andrà a riequilibrare e che non attiene alla semplice produzione del reddito.<sup>[32]</sup>

Questo potrebbe indicare che anche nel nostro ordinamento, certo per motivi di equità, si valuta economicamente il corpo umano, rendendo il concetto di dignità un valore decisamente debole e non più sinonimo di intangibilità o di “insuscettibilità di valutazione economica”.

Alcuni autori anglosassoni ritengono che esista una differenza sostanziale tra diritto sul corpo intero e diritto sulle singole parti anatomiche. Le parti, infatti, non avrebbero una dignità indipendentemente una dall’altra e, perciò, non potrebbero essere lese da un atto di disposizione che le riguardi in quanto elementi separati dal resto del corpo. Affermare il contrario significherebbe, secondo Michael Freeman, rendersi vittime di un errore logico secondo cui ciò che vale per il tutto debba valere anche per la parte. Evitando questo errore egli sostiene che si può giungere alla conclusione che, seppure i soggetti siano privi di un diritto di disposizione sul corpo intero, non per questo debbano essere privi di un diritto di disposizione sulle parti del loro corpo e queste parti non possano essere oggetto di compravendita. Egli sostiene infatti che «anche se, come suggerisce Kant, le persone sono prive di diritti di proprietà su se stesse o sui loro corpi nella loro interezza, non per questo sono prive di diritti di proprietà sulle parti del loro corpo né tali parti possono essere mercificate».<sup>[33]</sup>

---

<sup>[32]</sup> Corte cost. sent. n. 4236 del 14.05.1997. A riprova della suscettibilità di valutazione economica di un siffatto valore umano giova rilevare che la Corte di Cassazione riconosca la possibilità di acquisto *jure hereditatis* di questo diritto risarcitorio, così Cass. sent. n. 2117, del 14.03.1996.

<sup>[33]</sup> FREEMAN M., “Un mercato di organi umani?“, in FAGIOLI S., *La questione dei trapianti tra etica, diritto, economia*, Giuffrè, Milano1997, p. 183.

A parziale critica nei confronti di questa concezione di Freeman occorre notare in primo luogo che il suo criterio appare adattarsi più alle macchine che agli organismi. L'organismo infatti è una realtà che non è solamente il prodotto delle sue componenti. In secondo luogo è importante sottolineare come Kant ritenga che il vivente, l'organismo, non è solo formato dalle sue parti ma è le sue parti; esse rappresentano non solo un mezzo per il suo sostentamento, ma anche un vero e proprio fine. In modo da costituire un tutto che è organizzato e, a sua volta, si auto-organizza. Perciò quello che sostiene Freeman può valere solamente per quelle realtà che non sono un organismo, e dunque solo per tutto ciò che non è vitale.<sup>[34]</sup>

Esaminiamo ora brevemente l'altro limite, che Kant individua nella impossibilità logico-giuridica, per l'uomo, di considerarsi ad un tempo come soggetto ed oggetto di un atto di disposizione della sua volontà.

Nelle *Lezioni di etica* Kant pone questo confine: «l'uomo non può disporre di se stesso, poiché non è una cosa; egli non è una proprietà di se stesso, poiché ciò sarebbe contraddittorio. Nella misura, infatti, in cui è una persona egli è un soggetto, cui può spettare la proprietà di altre cose. Se, invece, fosse una proprietà di se stesso, egli sarebbe una cosa, di cui potrebbe rivendicare il possesso. Ora, però, egli è una persona il che differisce da una proprietà; perciò egli non è una cosa, di cui possa rivendicare il possesso, perché è impossibile essere insieme una cosa e una persona, facendo coincidere il proprietario con la proprietà. In base a ciò l'uomo non può disporre di se stesso. Non gli è consentito vendere un dente o un'altra parte di se stesso».<sup>[35]</sup>

Questo è l'argomento con il quale, nelle legislazioni dei paesi occidentali, si è inteso impostare il divieto della commercializzazione degli organi umani.

Purtroppo però questa tradizione incomincia a confrontarsi sempre più con la tradizione anglosassone, permeata, come noto, di un empirismo utilitaristico.

Con questa tesi si confronta Michael Lockwood per sostenere, invece, proprio la legittimità logica delle forme di "donazione non altruistica".<sup>[36]</sup>

Innanzitutto egli sottolinea come l'argomento kantiano, se dovesse valere come divieto logico alla commercializzazione, ebbene dovrebbe porsi anche come un

---

<sup>[34]</sup> KANT I., *Critica del giudizio*, in particolare il § 66. Utet, Torino 1993.

<sup>[35]</sup> KANT I., *Lezioni di etica*, Laterza, Roma-Bari 1971, p. 189. Altri luoghi, nella stessa opera, procedono nella medesima direzione; vedi in particolare: «Non si può usare della propria persona per soddisfare le inclinazioni altrui, sia pure al fine di salvare da morte i propri genitori e i propri amici, se non a patto di rinunziare alla propria persona. Né tanto meno si può fare una cosa del genere per denaro», *Ibidem* p. 138; «L'uomo [...] non è autorizzato a vendere per denaro le sue membra, neanche se, per un dito, ricevesse diecimila talleri, altrimenti si potrebbero acquistare da un uomo tutte le sue membra. Si può disporre delle cose, che sono prive di libertà, ma non di un essere che possiede il libero arbitrio; pertanto un uomo che venda se stesso fa di sé una cosa e quindi ciascuno può usare di lui come gli aggrada dal momento che egli ha rinunciato alla sua persona», *Ibidem*, p. 143.

<sup>[36]</sup> LOCKWOOD M., "La donazione non altruistica di organi in vita", in RODOTÀ S., *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari 1993, pp. 139-147.

divieto altrettanto stringente per la donazione e per ogni altro atto di disposizione del proprio corpo.<sup>[37]</sup> Lockwood sottopone a critica la concezione kantiana in questi termini: essa può essere considerata come un sillogismo, fondato su due premesse. La premessa maggiore è che la categoria dei legittimi proprietari e la categoria delle cose che possono formare oggetto di proprietà si escludano vicendevolmente. Questa sarebbe una "impossibilità metafisica" al fatto che qualcosa appartenga nello stesso tempo ad ambedue le categorie. La premessa minore è, invece, il fatto che le persone, o meglio i soggetti, non siano in alcun modo scindibili dai propri corpi per "definizione metafisica". Da questo assunto si vorrebbe concludere che possedere una parte del corpo di una persona implicherebbe un parziale diritto di proprietà sulla persona stessa. Ma per quanto sostenuto nella premessa maggiore questo non potrà mai essere moralmente legittimo. Questo significa che non si può essere proprietari neppure del proprio corpo e che non si può disporre di esso tanto a titolo oneroso, quanto gratuito.

La premessa minore però, secondo Lockwood, è da contestare. L'inscindibilità tra persona e corpo appare, infatti, un assioma decisamente superato nella mentalità contemporanea, grazie al progresso delle nuove tecnologie chirurgiche.

Il superamento della premessa minore (che postula l'inscindibilità tra il soggetto ed il suo corpo) inficerebbe dunque l'intero argomento kantiano. Il ragionamento di Lockwood si fonda sul fatto che uno degli organi considerati qualificanti l'appartenenza del corpo alla specie umana, il cervello, ha assunto una posizione di netta preminenza rispetto agli altri; tanto da essere considerato come l'unica sede della soggettività, il luogo privilegiato ed insostituibile in cui si specifica l'essere umano in quanto tale, mentre il resto del corpo sarebbe un semplice "supporto" materiale (una relazione che ricorda il rapporto software-hardware nel computer). Lockwood afferma infatti: «l'unica parte del corpo alla quale, anche per la filosofia materialista, l'identità di una persona è legata in maniera decisiva, è sicuramente il cervello (e neanche esso nel suo complesso)».<sup>[38]</sup>

Dunque è proprio la scindibilità concettuale del corpo dalla qualità immateriale situata nel suo cervello che costituisce la vera novità che caratterizza l'epoca contemporanea.

La concezione in parola appare quindi in grado di superare l'impossibilità logico-giuridica posta dalla dicotomia soggetto-oggetto, risolvendola nella scissione tra un soggetto, il cervello (dove alberga la "dignità" umana), che si determina come il titolare del potere di disposizione sulle altre parti del corpo, che invece si riducono a semplici oggetti. Gli apparati organici, che servono a mantenere in vita il cervello (cuore, fegato, reni etc.), sono perciò i "luoghi" sui quali il soggetto (cerebrale) può ben svolgere il proprio potere, a questo punto anche di disposizione quando se ne dovesse presentare l'occasione.

---

<sup>[37]</sup> LOCKWOOD M., *"La donazione non altruistica"*, cit., p. 142.

<sup>[38]</sup> LOCKWOOD M., *"La donazione non altruistica"*, cit., p. 140.

Ecco dunque perché è possibile sostenere che il limite posto da Kant viene oggi discusso nel mondo anglosassone grazie alla considerazione per la quale nel corpo è possibile individuare una dinamica di separazione soggetto-oggetto. Il soggetto, infatti, si ritrae nella dimensione (nel luogo) del cervello riducendo così il resto del corpo umano al rango di semplice cosa, di arnese. Il teorema è, perciò, risolto: il cervello diviene il luogo da cui il soggetto manifesta il proprio potere su di un corpo ridotto a suo "naviglio". E dunque in epoca contemporanea diviene legittimo, anche concettualmente, disporre del corpo secondo volontà.

La questione centrale in queste pagine è dunque la seguente: se siamo d'accordo che la dignità dell'essere umano non deve essere colpita da atti di compravendita degli organi, questo principio sembra al sicuro quando si tratta di atti di sfruttamento violento e non consensuale, magari di bambini.

Tutti siamo infatti d'accordo che, in assenza di consenso libero, non si possa assolutamente giustificare la commercializzazione di un organo. Eppure ci troviamo ad affrontare il mondo anglosassone il quale da anni cerca di interrogarsi sul problema di un mercato di organi eticamente sostenibile, il cd. *Great Organ Sales Debate*. Gli anglosassoni, infatti, non sono adusi ad associare l'idea di mercato con l'idea di sfruttamento. O, meglio, tengono distinti i due temi: un mercato eticamente fondato non consente sfruttamento o mancato rispetto della volontà del soggetto cedente.

Invece, nel nostro ordinamento, il rispetto della dignità umana passa attraverso la non commerciabilità degli organi di origine umana e viene affidata ad un ente terzo, lo stato, che sovrintende alla intermediazione degli scambi.

Mentre le norme sui trapianti da vivente contengono spesso l'espressione "donazione", la nuova legge n. 91/99, a ben vedere, preferisce termini quali "prelievo" e "trapianto".

L'atto esemplare, che individua tale prospettiva, dovrebbe essere dunque proprio il dono, la disposizione gratuita.<sup>[39]</sup> I sostenitori di questa concezione affermano che questa è l'unica strada percorribile per non ledere la dignità umana e nel

---

<sup>[39]</sup> Molti autori si sono confrontati con il tema del dono. Tra tutti è necessario ricordare in modo particolare Marcel Mauss. Nell'opera *Saggio sul dono* egli traccia il primo e più importante sentiero che formerà le linee essenziali di uno dei campi maggiormente affascinanti e misteriosi della conoscenza: l'atto di donazione non si esaurisce nella dimensione puramente economica dello scambio ma in ogni momento proietta la propria consistenza al di là del gesto, della cosa e dei partecipanti che, a proposito ad es. del diritto romano arcaico, si "fanno" dono in quanto vincolati alla *res*. Vedi dunque MAUSS M., *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, estratto da *l'Année sociologique*, serie II, 1923-24, e raccolto nel volume *Sociologie et anthropologie*, PUF, Paris 1950, (trad. it. De Martino), *Teoria generale della magia ed altri saggi*, Einaudi, Torino 1991, pp. 153-292, in modo particolare le pp. 247-248. Riprendendo il pensiero di Mauss, Jacques Derrida indaga invece il particolare rapporto che lega il dono con la dimensione del tempo in DERRIDA J., *Donner le temps* (1991), trad. it. G. Berto, Cortina, Milano 1996. Dono scambio, corporeità e morte sono altresì i temi di BAUDRILLARD J., *L'échange symbolique et la mort* (1976), trad. it. G. Mancuso, Feltrinelli, Milano 1990, sul tema vedi anche GOUBOUT J.T., *L'Esprit du don* (1992), trad. it. Salzano, *Lo spirito del dono*, Bollati Boringhieri, Torino 1993; la sensibilità degli studiosi, in particolar modo francesi, sulle dinamiche, in buona parte celate, del dono si

contempo poter reperire risorse tanto importanti. Ma, pur ponendo l'accento sulla necessaria gratuità dell'atto, non è mai posto in discussione che si tratti di un atto di disposizione a tutti gli effetti. Per il momento basti riprendere la sopraesposta considerazione: il concetto di dono prevede necessariamente quale suo presupposto logico il rapporto di proprietà tra il soggetto ed il "bene" donato.

E dunque sarebbe lecito ritenere che il Legislatore non abbia inteso fare riferimento alla disciplina del Codice Civile in tema di donazione. Sicuramente, inoltre, il termine "dono", nel dibattito bioetico, non viene utilizzato con significato propriamente giuridico. La donazione, come è noto, nel nostro diritto positivo è un atto negoziale (un contratto) generalmente irrevocabile e che ha come destinatario un soggetto determinato.<sup>[40]</sup>

Il termine "dono" perciò è un'espressione particolarmente equivoca quando non addirittura ipocrita proprio perché presuppone la piena titolarità di ciò che si offre. È, pertanto, con semplice significato descrittivo che essa deve, forse, intendersi onde «indicare il carattere di necessaria gratuità proprio degli atti di cui trattasi».<sup>[41]</sup>

Al riguardo, Mazzoni insiste su questi due punti: «Il primo consiste nel fatto che la donazione di organi è fatta *in incertam personam*, ad un destinatario sconosciuto. Si può dire in termini molto vaghi che l'organo viene donato alla collettività, la quale sceglierà chi ne sarà il ricettore [...] in secondo luogo questo tipo di atto di liberalità può essere realizzato solo attraverso l'intervento di intermediari tra chi dona e chi riceve». Dunque i prelievi ed i trapianti non possono essere inquadrati come altrettante donazioni anche perché sono ignoti i soggetti cui gli organi verranno trapiantati, e perché è necessaria l'intermediazione delle strutture sanitarie; perciò "donazione", in questo significato molto limitato, è, per il Legislatore, semplice sinonimo di atto gratuito.<sup>[42]</sup>

---

definisce anche in GODELIER M., *L'ÉNIGME DU DON*, Feyard, Paris 1997. L'opera italiana forse più complessa ed interessante con riguardo alla riflessione sul dono è, tuttavia, SALZANO G., *Il dono proibito. Antropologia e metafisica dello scambio*, Laterza, Bari 2001, in modo particolare il capitolo 11°, pp. 87-157. Per un approfondimento su questi temi, si veda anche SOMMAGGIO P., "Non è gentile accontentarsi delle parole. Il dono del senso", in *Tigori* III (2001) n. 1, pp. 135-143.

<sup>[40]</sup> La donazione nel nostro ordinamento giuridico è disciplinata dal Titolo V del Codice Civile; la sua definizione si trova all'art. 769, che così recita: «La donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso di essa un'obbligazione». Gli atti di donazione, come è noto, sono irrevocabili a meno di ingratitudine o sopravvenienza di figli ai sensi dell'art. 800 Cod. Civ. Con riguardo ai trapianti di organi risulta molto complesso utilizzare il concetto giuridico di donazione anche perché, volendo considerare il consenso all'espianto come una disposizione su bene futuro (il cadavere), ebbene ci si troverebbe di fronte all'espreso divieto previsto dall'art. 771 per il quale è impossibile che l'atto di donazione preveda beni non presenti nel patrimonio del donante; ciò a meno di non voler considerare gli organi quali "frutti non ancora separati"; in questo caso il Codice Civile non sanzionerebbe la disposizione con alcun tipo di nullità.

<sup>[41]</sup> GIACOBBE G., voce "Trapianti", in *Enc. dir.*, Milano 1992, p. 899.

<sup>[42]</sup> Vedi le lucide riflessioni contenute in MONTANARI B., "Trapianti d'organo: ambiguità di una possibile legge", in *Iustitia*, (1989), pp. 46-52, con particolare riguardo ai profili di gratuità della donazione

Stranamente, però, non vi è alcun punto della nuova disciplina nel quale venga esplicitamente dichiarato il principio dell'assoluto obbligo di gratuità del prelievo. Si trova conferma di questo nelle parole di Cosimo Marco Mazzoni: «è probabile che nel dibattito sul dono di organi il riferimento al modello giuridico risulti fuorviante. L'atto di donazione, concepito e disciplinato nelle forme del contratto che la legge regola in norme di antica tradizione, sfugge in gran parte allo spirito ed alle modalità con cui il dono degli organi viene esercitato».<sup>[43]</sup> Questo atto è, dunque, un "dono" inteso in senso non giuridico perché non segue la disciplina della donazione per come prevista e disciplinata dal nostro ordinamento.

## 7. Le ragioni a favore della gratuità

L'opera di Giovanni Berlinguer ha rappresentato certamente una tra le più seguite voci contro la commercializzazione degli organi ed a favore di una tesi che, per perseguire la gratuità, si affida alla redistribuzione statale di queste risorse. Vale la pena, dunque, di soffermarsi brevemente sugli argomenti utilizzati. Questa analisi risulta necessaria in quanto, nella prospettiva rigidamente materialista dell'autore, è particolarmente arduo limitare la volontà del singolo di disporre se non esautorando l'autonomia privata a favore di una gestione monopolistica statale. Gestione da giustificare soprattutto di fronte all'argomento secondo cui il mercato garantirebbe un aumento di reperibilità degli organi.

La compravendita di organi, infatti, viene giustificata comunemente da ragioni di "To buy or to die": un malato si dichiara disposto a ricorrere all'acquisto di un organo ove questo possa salvare la sua vita o la vita dei suoi cari.<sup>[44]</sup> Egli dunque è conscio che il motivo urgente sia proprio la possibilità di aumentare la sopravvivenza. Tuttavia, per fondare la saldezza del divieto di vendita, l'autore propone una serie di argomenti che esamineremo con attenzione.

Il primo argomento che Berlinguer propone è un argomento di tipo psicologico: egli sostiene infatti che nella nostra cultura si trova «un'istintiva ripugnanza verso la compravendita in tutto o in parte di noi stessi e dei nostri simili»;<sup>[45]</sup> inoltre: «si è manifestato quasi universalmente, un crescente rigetto psicologico e morale della mercificazione».<sup>[46]</sup> Ciò che ripugna, secondo Berlinguer, è lo

---

a pp. 49-50. Pur in relazione al progetto di riforma della l.n. 644/75, egli sostiene che: «Il presente progetto di legge, nonostante introduca il termine donazione, non ne rispetta il contenuto simbolico che alimenta la caratterizzazione giuridico-concettuale dell'istituto, disciplinando in realtà un atto di disposizione gratuito di parti del proprio corpo morto in funzione di un interesse sociale».

<sup>[43]</sup> MAZZONI C.M., "Etica del dono e donazione di organi", in MAZZONI C.M., *Una norma giuridica per la bioetica*, il Mulino, Bologna 1998, p. 213.

<sup>[44]</sup> BERLINGUER G.-GARRAFA V., *Il nostro corpo in vendita. Cellule, organi, DNA e pezzi di ricambio*, Baldini & Castoldi, Milano 2000, p. 139.

<sup>[45]</sup> BERLINGUER G.-GARRAFA V., *Il nostro corpo in vendita*, cit., p. 65.

<sup>[46]</sup> BERLINGUER G.-GARRAFA V., *Il nostro corpo in vendita*, cit., p. 19.

scambio tra questi oggetti contro utilità di altro genere e, tra tutte, l'utilità che deriva dal denaro. A parte l'evidente questione che anche sul prelievo degli organi e sulla morte cerebrale si possono riscontrare rifiuti di ordine psicologico, e che questi sono stati tutti aggirati attraverso l'accusa di oscurantismo, quale differenza riscontrare tra questi rifiuti, considerati illegittimi, ed invece quello, da rispettare, che attiene lo scambio di organi contro denaro?

Non è possibile, infatti, liquidare la resistenza psicologica ad abbandonare il criterio di morte cardiaca come un retaggio di timori atavici ed ancestrali e poi invece fondare i propri argomenti sulla legittimità di resistenze analoghe. Inoltre il rigetto psicologico non è così diffuso quando sia in gioco il proprio benessere. Spesso infatti si dimentica, volontariamente o meno, l'altra parte dello scambio, ossia il ricevente.

È così diffusa la ripulsa all'acquisto di un farmaco che potrebbe salvare la vita a colui che versa in condizioni disperate?

Il secondo argomento che l'autore del testo in esame pretende di portare a difesa delle sue ragioni è di natura giuridica e si concretizza in un divieto positivizzato. La disposizione invocata da Berlinguer, che ha rilevanza internazionale, è la Convenzione europea di bioetica, definita in modo significativo *Convention on Human Rights and Biomedicine*, approvata unanimemente dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 19 novembre 1996. All'art. 21 essa afferma testualmente: «Il corpo umano e le sue parti non costituiranno, come tali, fonte di guadagno finanziario».

Questo argomento, però, risulta anch'esso molto debole perché è la stessa Comunità Europea a smentire le conseguenze che Berlinguer trae, perché afferma la possibilità di brevettare, e quindi trasformare i prodotti del corpo umano, e a maggior ragione gli organi che ne fanno parte, in una fonte di guadagno finanziario (Direttiva 44/98/CE G.U. n. 90 16.11.1998).

A dire il vero l'autore è conscio del comportamento ondivago della Comunità perché è proprio egli stesso a riportare questa ipocrisia.<sup>[47]</sup> Non appare pertanto un solido argomento neppure quello di diritto positivo.

Il terzo argomento prospettato da Berlinguer si fonda su questa considerazione: permettere la commercializzazione degli organi equivarrebbe ad aprire la via a scambi ineguali.<sup>[48]</sup> Tuttavia se la vendita crea disparità, occorrerebbe stabilire una sorta di incapacità d'agire nei confronti di chi è più debole nello scambio. Ma questa debolezza è, da una parte, economica (nel cedente) dall'altra di salute (nel ricevente). Entrambi i protagonisti del rapporto avrebbero dunque interesse allo scambio, l'uno per migliorare le proprie condizioni, l'altro per un'urgenza attinente alla salute. Due esigenze che verrebbero soddisfatte dal negozio.

---

<sup>[47]</sup> BERLINGUER G.-GARRAFA V., *Il nostro corpo in vendita*, cit., p. 21.

<sup>[48]</sup> BERLINGUER G.-GARRAFA V., *Il nostro corpo in vendita*, cit., p. 26.

Anche Berlinguer cede alla tentazione di riprendere l'analogia tra la vendita degli organi e quella degli esseri umani: la schiavitù.

I due fenomeni, egli afferma, hanno soprattutto in comune l'accettazione dell'idea che il corpo umano sia oggetto di mercato.<sup>[49]</sup> Egli sostiene che, dato per accettato e condiviso il rifiuto della schiavitù, dovrebbe seguire logicamente anche il rifiuto della vendita di parti del corpo.

Le conclusioni di questo apparente sillogismo dovrebbero essere evidenti: visto che la schiavitù è stata eliminata, per le medesime considerazioni, sarebbe giusto impedire il commercio di organi.

Ebbene se le premesse possono essere simili, non così le conclusioni.

Innanzitutto la schiavitù si struttura come la possibilità di disporre di un altro soggetto, nel caso degli organi si tratta di disporre della propria persona.

A parte questa banale considerazione, occorre ricordare che il rifiuto della schiavitù potrebbe essere, forse, un argomento contro la titolarità del corpo, ma non contro lo scambio organi-denaro.

È propriamente questo, invece, che l'autore tenta di screditare. Ma lo scambio organi-denaro non costituisce se non un modo di remunerare la prestazione del cedente; invece l'argomento attinente alla schiavitù tende a rendere inconsistente la possibilità di vantare un diritto di proprietà su di un altro soggetto. Discorso diverso se oggetto dello scambio è la propria persona su cui il soggetto vanta una posizione di privilegio che tradizionalmente viene indicata come autonomia. Berlinguer riporta, a tale riguardo, alcune affermazioni di Michael Lockwood. Costui afferma che il principio di autonomia è determinante perché non colpisce l'opinione pubblica il fatto che vi siano donazioni ad personam tra familiari che sono basate sulla riconoscenza ma anche sul principio di libera disponibilità degli organi. Perché mai questa prerogativa dovrebbe essere negata in caso di disposizioni ad estranei?

Il fondamento della tesi di Berlinguer contro il mercato, si trova nella parte del testo in cui egli istituisce una analogia con le politiche sociali che hanno per tema il lavoro. È qui, infatti, che il retroterra culturale dell'autore propone un percorso chiaro e coerente al fine di considerare gli organi come oggetti, ma non commerciabili.<sup>[50]</sup>

Berlinguer afferma come plausibile ed auspicabile il ricorso, in analogia con i principi che hanno ispirato le politiche sociali del lavoro, a criteri di indirizzo marxiano che postulano la tendenza del mercato a trasformare il lavoro in merce. È, parimenti, nota la soluzione storica che alcuni regimi hanno preferito: tenere lontano quel bene dal mercato sottraendolo alla autonomia del singolo e costituendo un monopolio statale che provvede allo scambio tra forza lavoro e retribuzione.

---

<sup>[49]</sup> BERLINGUER G.-GARRAFA V., *Il nostro corpo in vendita*, cit., p. 27.

<sup>[50]</sup> BERLINGUER G.-GARRAFA V., *Il nostro corpo in vendita*, cit., pp. 140-143.

E dunque, visto che è necessario allocare le risorse rappresentate dagli organi umani evitando che diventino merce nel mercato, la ricetta di Berlinguer è analoga: dovrà istituirsi un monopolio statale che provveda alla raccolta ed alla redistribuzione dei beni, negando la libertà di disposizione individuale. Decisamente è questa la soluzione prevista anche dal Legislatore italiano: per evitare il mercato si elimina ogni possibilità di mediazione privata, lasciando la gestione dei trapianti completamente in mano allo stato. A questo punto, eliminando ogni possibilità per il privato di ottenere benefici da un suo gesto di disposizione, ecco risolto il problema di tenere questi oggetti fuori dal mercato.

A ben guardare, però, una cosa sono i protagonisti dello scambio (il soggetto cedente e quello ricevente), altra cosa è colui che intermedia (analogamente alla intermediazione del personale più nota con l'espressione di "caporalato"). In questo caso l'unico a svolgere una funzione di intermediazione esclusiva, o meglio di redistribuzione, è lo stato. Se si lascia lo scambio al privato esso è condannabile, ma basta che tale prerogativa sia svolta dalle strutture pubbliche (le strutture nate dalla nuova legge 91/99) che allora essa diviene non solo lecita ma anche incoraggiabile ed eticamente condivisibile. L'argomento appare, dunque, contraddittorio.

In questo modo infatti, per garantire l'incommerciabilità degli organi, si impedisce che il singolo decida di sé, limitando la sua libertà. Questa soluzione toglie al privato la disponibilità dei propri organi, a favore del mediatore statale: una macrostruttura che provvede alla raccolta ed alla allocazione delle risorse ridistribuendole in base a propri criteri.

Le critiche nei confronti di questa impostazione non sono solamente incentrabili sulla incapacità ed inidoneità delle strutture pubbliche a gestire questa prerogativa, ma vertono soprattutto sul principio in base al quale spetta allo stato, e non anche al privato, poter tutelare il patrimonio biologico delle persone.

Non occorre guardare allo scacco di modelli socioeconomici oramai superati tanto sul piano storico quanto su quello politico. Basti solo osservare come in Italia si sia rivelata fallimentare l'esperienza del Collocamento statale nel campo delle politiche del lavoro, la cui assonanza con il tema dei trapianti è così cara a Berlinguer, per rendersi conto della incapacità delle strutture statali di gestire un'attività di intermediazione che sia in qualche misura rispondente alle richieste della domanda e della offerta.

Poche parole per indicare come questa struttura, nata per intendimenti analoghi a quelli per i quali Berlinguer appoggia il divieto della vendita di organi, si sia progressivamente mutata nel corso del tempo. Nato per sottrarre la forza lavoro ad un destino di mercificazione, il Collocamento si è poi trasformato radicalmente nel suo assetto e nelle sue funzioni sino a giungere, oggi, a costituire una struttura di incentivazione del Mercato del Lavoro.

Nel nostro paese infatti il sistema predisposto per lo svolgimento della mediazione tra domanda ed offerta era costituito da una funzione pubblica sottratta

al privato ed esercitata direttamente dallo stato attraverso la legge istitutiva del 29.4.1949, n. 264, la quale confermava un sistema già presente nell'ordinamento corporativo.

In detto sistema lo stato aveva il monopolio della mediazione, limitando di fatto l'autonomia privata. A partire dalla L.n. 608/96 sino al d. lgs. n. 469/97 si è avviata una progressiva deregolamentazione del sistema delle assunzioni, accompagnata dal passaggio del ruolo dello stato da monopolista a supervisore con funzioni di controllo e garanzia. Al precedente meccanismo si è, infatti, sostituito quello della assunzione diretta ovvero di una larga autonomia e libertà contrattuale delle parti. In linea con l'analogia istituita da Berlinguer tra il lavoro e la gestione degli organi, sorge improcrastinabile ed urgente l'interrogativo se sia questo il destino che si prepara anche alla mediazione statale degli organi umani. Se così stanno le cose, è lecito ritenere che entro breve da un regime di forte limitazione della libertà individuale si passerà al libero mercato anche per i trapianti.

Ricapitolando: il tentativo di Berlinguer è di sottrarre al mercato quegli oggetti che per qualche ragione (di cui non si comprende la natura e comunque, proprio perché non investigata, destinata a mutare) a differenza di tutti gli altri non possano essere scambiati contro denaro o altre utilità. Non trovando un principio razionalmente fondato contro la vendita degli organi egli suggerisce una sorta di monopolio statale sugli organi prelevati che, come un vero e proprio Ufficio di collocamento, regolamenti la domanda e l'offerta degli stessi. Suggerimento accolto nella nuova legge n. 91/99.

Questo è però il più chiaro riconoscimento del fatto che gli organi sono una vera e propria ricchezza. È innegabile infatti che quali farmaci salva-vita, essi rappresentino una fonte di guadagno difficilmente discutibile. Ebbene proprio questa ricchezza lo Stato decide di gestirla come ha sempre fatto di fronte a nuove forme di ricchezza, avocandola a sé. Analogamente ad ogni altro monopolio introdotto nel nostro paese prima si investono enormi capitali per creare una struttura che imponga l'assenza di differenze; una volta constatato che questa struttura crea più confusione e rallentamenti che non vantaggi si procede, non senza ulteriore dispendio di capitali pubblici, al suo smantellamento. Al giorno d'oggi, in cui sembra incominciato un processo di privatizzazione delle strutture obsolete di uno stato interventista, qual è il sistema che viene proposto per impedire la vendita di organi? Un monopolio statale!<sup>[51]</sup>

E dunque, contrariamente a ciò che afferma Berlinguer, il vero problema non è cercare di assicurare a queste realtà una distribuzione fuori dal mercato, ma è il

---

<sup>[51]</sup> Secondo alcuni autori la riserva esclusiva della mediazione che lo stato ha avocato a sé sarebbe funzionale alla nascita di un sistema autonomo di natura circolatoria, giustificato da una "razionalità oggettiva" da cui sarebbero estranei gli aspetti di soggettivazione ai quali, nel circuito del mercato, è connaturata l'efficacia attributiva dei diritti. Così, tra gli altri, MESSINETTI D., *"Identità personali e processi regolativi della disposizione del corpo"*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, (1994), p. 217, e MAZZONI C. M., *"Etica del dono e donazione di organi"*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, (1997), p. 43.

considerare gli organi come semplici "materie prime biologiche" che non è possibile. Infatti, una volta ridotto il corpo ad una materia analoga a tutte le altre, non vi è alcun principio a fronte del quale si possa impedire la sua commercializzazione. Se si accetta una premessa di natura squisitamente materialista, non è poi possibile sottrarsi ad una logica di mercificazione, se non attraverso una soluzione dirigista/paternalista.

L'illiberalismo di questa soluzione emerge con tutta evidenza quando proprio Berlinguer arriva a sostenere l'ineluttabilità della sua impostazione affermando come essa sia da appoggiare addirittura contro il criterio della maggioranza; egli sostiene infatti che «il criterio della maggioranza non può essere l'unica base sulla quale legiferare su temi di interesse etico e che può essere perfino pericoloso ricorrere alle leggi in tema di comportamenti morali»<sup>[52]</sup> Della bontà di questo principio, dunque, Berlinguer è talmente certo che arriva sino a porlo prima ed al di sopra di una, seppure limitata, garanzia di democraticità quale è quella rappresentata dalla legge.

Forse, invece di perseguire con caparbia illusione una via già dimostratasi storicamente fallimentare quale la compressione della autonomia privata, meglio sarebbe seguire l'insegnamento di Norberto Bobbio che si pronuncia per un intervento indiretto dello stato. Esprimendo il suo pensiero su alcuni problemi etici, tra cui la vendita degli organi, egli afferma: «comincerei a parlare di limiti etici del mercato». E chiaramente sostiene: «Abolire la libertà di mercato, no. Limitarla sì, ma come, con quali criteri?»<sup>[53]</sup>

## 8. Alcune tesi a favore della commerciabilità

La concezione a favore della commerciabilità degli organi umani radicalizza un presupposto: il paradigma dell'uomo proprietario. E, coerentemente, insiste sulla qualificazione economica e mercantile dei beni rappresentati dagli organi, e sulla possibilità che questi beni siano oggetto di atti di disposizione anche a titolo oneroso.<sup>[54]</sup>

---

<sup>[52]</sup> BERLINGUER, *Il nostro corpo*, p. 207.

<sup>[53]</sup> Citato da Berlinguer in BERLINGUER, *Il nostro corpo*, pp. 161-162.

<sup>[54]</sup> La libera vendita degli organi si basa su argomenti quali la libertà personale ed il diritto di disporre del proprio corpo. Alcuni autori utilizzano, a questo riguardo, la formula "donatore retribuito" o "donazione non altruistica", ENGELHARDT H.T., "Il corpo in vendita: dilemmi morali della secolarizzazione", in RODOTÀ S. (a cura di), *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari 1993, pp. 123-138. Vedi inoltre LOCKWOOD M., "La donazione non altruistica di organi in vita", *ivi*, pp. 139-147. Su diverse proposte teorizza anche HANSMANN H., "The Economics and Ethics of Markets for Human Organs", in *Journal of Health policy, Politics, and Law*, (1989), pp. 57-85, ristampato in BLUMSTEIN J.-SLOANE F. (a cura di), *Organ Transplant Policy*, Duhram, 1990, il quale, tra le altre, avanza la proposta di un mercato di futures, oppure di acquisti o sconti sulle assicurazioni a favore di soggetti disponibili al prelievo; l'autore avanza, inoltre, l'ipotesi di un acquisto della disponibilità alla donazione da parte dello stato remunerata attraverso agevolazioni di varia natura da quelle fiscali a quelle previdenziali. Maggiori

Prima di analizzare puntualmente le specifiche elaborazioni di questa concezione è bene sottolineare che, in generale, due sono i motivi che si riscontrano nella maggioranza di coloro che sostengono la liceità del commercio di organi: a) la vendita porrebbe rimedio alla scarsità delle risorse attraverso l'incentivazione garantita dalla possibilità di ricavare remunerazioni economiche e b) si rispetterebbe il diritto di ogni cittadino a disporre del proprio corpo.<sup>[55]</sup>

A questi due criteri vengono poste altrettante critiche che, in generale, possiamo riassumere in questo modo. Viene contestata innanzitutto la certezza secondo la quale, una volta introdotto un sistema di mercato, si aumenterebbe il numero di organi disponibili; in secondo luogo si svilupperebbe un rapporto iniquo tra cedente e ricevente basato sul vantaggio dei più ricchi a dispetto dei più poveri; infine l'acquisto degli organi sarebbe una pratica costosa che violerebbe il principio della giustizia distributiva in quanto tutelerebbe solamente i cittadini più abbienti.<sup>[56]</sup>

La concezione favorevole alla commercializzazione degli organi, a ben riflettere, non è mai riuscita ad imporsi concretamente al di fuori di una possibilità eminentemente astratta o teorica e non è mai rientrata, sinora, in alcun provvedimento legislativo, anche se abbiamo visto essere stata seguita dalla giurisprudenza del nostro paese negli anni '30.

Tuttavia alcune timide pronunce formali cominciano a farsi strada; su questa linea si pone, infatti, la Risoluzione n. 6 approvata dal *Council on Ethical and Judicial Affairs* della Associazione medica americana. Essa afferma: «Mentre un mercato aperto e non regolato per le donazioni di organi potrebbe portare ad abusi etici, altre forme di incentivi finanziari possono essere eticamente permissibili».<sup>[57]</sup>

Detti incentivi potrebbero avere la natura più varia e sarebbero in grado di sopprimere per un verso alla cronica scarsità di organi, dall'altro potrebbero portare ad una adesione maggiore da parte degli scettici in ordine alle possibilità terapeutiche dei trapianti. Le motivazioni del divieto di commercio degli organi nella legislazione della maggior parte dei paesi, lungi dall'essere forti e di principio, assumono dunque un carattere decisamente debole e contingente. Conferma que-

---

e più recenti posizioni sul dibattito nei paesi anglosassoni, più avanzati forse nella direzione di una liberalizzazione dei diritti sul corpo, possono essere reperite in AA.VV., *The ethics of Organ Transplants: The current Debate. Contemporary Issues*, Buffalo, NY 1999, ed inoltre vedi CAPLAN A. L., *If I were a rich man Could I Buy a Pancreas?*, Indiana University Press, Bloomington 1994. Dello stesso autore vedi anche il più recente CAPLAN A. L., *Am I My Brother's Keeper? The Ethical Frontiers of Biomedicine*, Indiana University Press, Bloomington 1997. Per ulteriori sviluppi di questa concezione rimando a ANDREWS L.-NELKIN D., *Il mercato del corpo. Il commercio dei tessuti umani nell'era biotecnologica*, Giuffrè, Milano 2002.

<sup>[55]</sup> ARAMINI M.-DI NAUTA S., *Etica dei trapianti di organi*, ed. Paoline, Milano 1998, p. 122.

<sup>[56]</sup> SALA R., "Etica dei trapianti di organo", in CATTORINI P.-MORDACCI R.-REICHLIN M. (a cura di), *Introduzione allo studio della bioetica*, Europa scienze umane, Milano 1996, pp. 526-27.

<sup>[57]</sup> COUNCIL ON ETHICAL AND JURIDICAL AFFAIRS-AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, "Financial incentives for Organ Procurement", in *Archives of Intern. Medicine*, (1995), pp. 581-589; Traggo questa citazione direttamente da BERLINGUER, *Il nostro corpo in vendita*, cit., p. 26.

sta tesi Zorica Kandic-Popovic, dell'Università di Belgrado. Egli sostiene come sia «nostra opinione che il divieto di un compenso in denaro per la donazione di organi, che è una soluzione quasi universalmente accettata nei sistemi giuridici contemporanei, sia infondato sia dal punto di vista legale che etico e logico. L'espedito ottimale potrebbe essere quindi il non divieto del compenso, questa soluzione ricomprendrebbe, tuttavia, anche la possibilità di cedere l'organo gratuitamente» e più oltre: «è nostra convinzione che il diritto *de lege ferenda* a procurarsi un organo da una persona alla sua morte debba essere acquisito dalla stessa anticipatamente, in modo che il mercato degli organi *post mortem* diventerebbe qualcosa di simile ad un "mercato a termine". La compagnia di assicurazione sanitaria potrebbe garantire al donatore una riduzione del premio assicurativo, ottenendo così il diritto di asportare gli organi dell'assicurato alla sua morte».<sup>[58]</sup> La normativa italiana si regge invece sulla convinzione, non priva di un certo grado di paternalismo, per la quale, se fosse lasciata ai privati la libera disponibilità di questi particolari beni che sono gli organi, questo comporterebbe uno squilibrio a svantaggio dei soggetti meno abbienti e dunque ogni atto di disposizione commerciale dei propri organi non potrebbe mai essere veramente libero.<sup>[59]</sup> A questo proposito, tuttavia, Helga Khuse sottolinea che «il male starebbe [...] non tanto nel fatto che una persona venda un organo quanto che essa venga sfruttata da un'altra».<sup>[60]</sup> Questa possibilità però non è coesistente alla vendita degli organi, numerose sono infatti le possibilità di sfruttamento di un individuo anche in ambiti del tutto leciti. La struttura statale dunque, anche per questa autrice, dovrebbe tendere a debellare lo sfruttamento disonesto, non la vendita in astratto che limiterebbe solamente l'autonomia del singolo e non impedirebbe di fatto la disuguaglianza sociale, ma anzi paradossalmente potrebbe incentivarla. Infatti «lo sfruttamento può essere eliminato con un controllo e con strut-

<sup>[58]</sup> KANDIC-POPOVIC Z., "Aspetti legali della donazione di organi, tessuti e cellule umani", in FAGIUOLI S., *La questione dei trapianti tra etica, diritto, economia. Atti del Convegno, Università di Padova 3-4 novembre 1995*, Giuffrè, Milano 1997, p. 244.

<sup>[59]</sup> Così RODOTÀ S., "Ma vendere un organo non è una libera scelta", in *La Repubblica* 19 gennaio 2000, Rodotà sostiene che scelte come vendere un organo per motivo di svantaggio economico, non siano certo una espressione di autonomia privata. Ritengo, per inciso, che Rodotà commetta una indebita equazione: mercato = sfruttamento. Questa confusione è molto diffusa nei paesi dell'Europa continentale ma non nel mondo anglosassone, poiché il problema consiste nell'evitare lo sfruttamento economico del potenziale cedente, non nella possibilità astratta di disporre di parti del proprio corpo. Questo pone una ulteriore considerazione: se lo Stato non è in grado di garantire uno standard di vita ai suoi cittadini tale da dissuadere le fasce più deboli della popolazione dal cedere dietro compenso i propri organi, dovrebbe, seguendo il medesimo principio, impedire loro di vendere tutti gli altri beni di cui dispongono. Questo significherebbe istituire una forma di "interdizione" o di "incapacità civile speciale" per i meno abbienti, i quali solamente per il fatto di essere poveri non potrebbero essere protagonisti di atti di autonomia privata. Se vi sono delle differenze tra i beni usualmente considerati suscettibili di valutazione economica e "altri" tipi di beni, si rende necessario evidenziare il loro statuto ontologico e non semplicemente proibire delle condotte senza giustificarne i motivi.

<sup>[60]</sup> KHUSE H., "Il corpo come proprietà. Ragioni di scambio e valori etici", in RODOTÀ S., *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari 1993, p. 71.

ture appropriate».<sup>[61]</sup> La soluzione, che propone la Khuse, si presenta come una possibilità che è stata decisamente ignorata dal legislatore italiano. Il metodo suggerito è il seguente: «se lo sfruttamento venisse eliminato – per esempio costituendo organizzazioni non a scopo di lucro che vendano e comprino organi ad un prezzo appropriato – sarebbe difficile continuare a sostenere che una persona possa offrire il proprio corpo (o parti di esso) per il lavoro e la sperimentazione, ma non per il prelievo».<sup>[62]</sup>

I sostenitori del “libero mercato”, dunque, non sono certo sforniti di argomenti particolarmente persuasivi. Vediamo nel dettaglio le concezioni di due autori che sostengono questa impostazione: H.T. Engelhardt e M. Lockwood.

## 9. Le ragioni di Engelhardt a favore della commercializzazione

I motivi che Engelhardt enuclea sono decisamente inseriti in una visione che, proprio in nome di una radicale autonomia, pone in capo a ciascuno la possibilità che la libertà personale si espliciti anche con riguardo alla commercializzazione degli organi umani. La sua concezione si ricava agevolmente a partire dalle critiche che egli muove nei confronti dei *New Developments in Biotechnology: Ownership of Human Tissues and Cells*, una pronuncia dell'*Office of Technology Assessment* (OTA) che tenta di fondare su basi razionali il principio di incommerciabilità.

La relazione si apre considerando il possibile contenuto di irrazionalità che sarebbe presente al momento di un ipotetico acquisto. A questo proposito Engelhardt afferma: «Questa critica pone il problema di come classificare benefici e danni e al tempo stesso assume in modo empirico e non comprovato che il trasferimento di organi sia meno dannoso del libero mercato».

La seconda argomentazione della Commissione si fonda sul fatto che la proibizione del commercio di organi potrebbe essere giustificata dalla possibilità di frodi. La risposta, che potrebbe essere fatta propria anche da chi volesse contestare il divieto attualmente in vigore in Italia, si basa sul presupposto che è moralmente più giusto essere esposti a frodi in un mercato libero piuttosto che «avere uno Stato il quale, in modo paternalistico, coercitivamente impedisce all'individuo di esporsi liberamente al rischio sia della frode che dell'inganno».<sup>[63]</sup> Inoltre la tesi a favore del mercato non necessariamente preclude la possibilità di tutelare l'individuo da eventuali pratiche illecite, anzi.

Per inciso, se ciò fosse vero, bisognerebbe per lo stesso motivo impedire anche ogni altra transazione negoziale la quale, per sé sola, potrebbe portare ad imbro-

---

<sup>[61]</sup> KHUSE, “*Il corpo come proprietà*”, cit. , p. 72.

<sup>[62]</sup> *Ivi*.

<sup>[63]</sup> ENGELHARDT H.T., “*Il corpo in vendita: dilemmi morali della secolarizzazione*”, in RODOTÀ S., *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari 1993, p. 133.

gli o truffe di cui sarebbero vittime i soggetti più deboli o sprovveduti. Tuttavia l'aspetto patologico del mercato, il suo utilizzo per fini illeciti o di sfruttamento, non può essere motivo sufficiente per rigettare gli aspetti fisiologici dello stesso. Proprio a tale riguardo Engelhardt afferma: «le ragioni dell'OTA, tutt'al più, sono valide quando si solleva il problema della protezione contro possibili illeciti, ma esse non sono sufficienti a proscrivere la vendita di organi. Per vietare in blocco una pratica sono necessarie considerazioni più forti della possibilità di frodi».<sup>[64]</sup> La terza tesi dell'OTA presenta una distinzione sul fatto che alcuni desideri degli uomini, come la vendita degli organi, sono incompatibili con il loro bene comune. A parte la banale constatazione che gli estensori della relazione ritengono di conoscere esaurientemente quale sia il bene dell'uomo, a questa terza argomentazione così risponde Engelhardt: «dietro la formula "benessere reale" si nasconde una visione morale o un orientamento ideologico particolari».<sup>[65]</sup> Questa argomentazione merita particolare riflessione: in base a quale criterio si può sostenere che il corpo perda il rispetto dovutogli e venga svalutato da una libera determinazione della propria volontà piuttosto che da una limitazione coercitivamente imposta dalla collettività? Inoltre il rispetto è già perso una volta che il corpo sia entrato nel regno delle cose, abbandonando, così, ogni suo valore intrinseco. Non è certo in relazione al tipo di allocazione, gratuita o onerosa, che si salvaguarda l'importanza e la dignità del corpo.

Engelhardt pone in guardia dal propugnare, come argomento contro la commercializzazione degli organi umani, l'affermazione di un radicale egalitarismo. Questo, a suo avviso, implicherebbe «che all'interno di ciascuna società esiste una sfumatura di invidia in ogni distribuzione ineguale degli oneri».<sup>[66]</sup> La critica prosegue prospettando che gli effetti del mercato potrebbero essere negativi per il ricevente perché sarebbe preferibile ottenere gli organi sotto forma di "dono" che sotto forma di "merce". A questo riguardo Engelhardt precisa che: «il significato morale del dono sta nel fatto che il donatore, piuttosto che vendere un bene o un servizio, lo cede liberamente a un altro individuo. Se le transazioni commerciali vengono proibite, la donazione diventa impossibile».<sup>[67]</sup> Questa argomentazione è particolarmente stringente e può essere chiarita come segue: la disposizione a titolo gratuito non esclude quella a titolo oneroso, anzi la presuppone. Infatti solo se posso vendere sono anche libero di non accettare alcun contraccambio al mio gesto di cessione.<sup>[68]</sup>

---

[64] ENGELHARDT, *Il corpo in vendita*, cit. p. 133.

[65] ENGELHARDT, *Il corpo in vendita*, cit. p. 134.

[66] ENGELHARDT, *Il corpo in vendita*, cit. p. 135.

[67] ENGELHARDT, *Il corpo in vendita*, cit. p. 136.

[68] L'interpretazione secondo cui invece il dono autentico sarebbe possibile solamente all'interno di una società che non si fonda sull'archetipo del patto (contratto) è uno dei temi trattati con originalità da SALZANO G., *Il dono proibito. Antropologia e metafisica dello scambio*, Ed. G. Laterza, Bari 2001. Secondo l'interpretazione di Salzano il dono, nelle società in cui la concettualizzazione delle

L'ultimo argomento criticato da Engelhardt sottolinea che il passaggio dalla procedura del dono a quella del mercato potrebbe avere conseguenze nocive sulla qualità dei materiali biologici e porterebbe sfiducia nei confronti del personale medico. A parte la banale considerazione che già ora, nella vigenza della nuova normativa, la possibilità di frodi e la sfiducia nei confronti della tecnologia medica siano fortemente radicati, occorre del pari ricordare che esse non potrebbero aumentare o diminuire per il fatto che il "farmaco" utilizzato (l'organo da trapiantare) sia pagato e non fornito gratuitamente.

Engelhardt conclude lamentando proprio l'irrazionalità del principio per il quale «una società abbia il diritto di proibire agli individui di vendere i propri organi solo perché coloro che dovrebbero fruirne sono costretti a pagarli».<sup>[69]</sup>

## 10. Le ragioni di Lockwood a favore della commercializzazione

L'altra posizione favorevole al mercato ed analoga a quella appena analizzata, ma non priva di alcuni tratti di originalità, è quella proposta da Michael Lockwood.<sup>[70]</sup>

Lockwood non nasconde che gli scenari futuri legittimamente prevedibili individuano nel corpo una realtà destinata a mutare rapidamente anche nel corso della vita stessa di ciascuno. In caso di malfunzionamento si ricorrerà, periodicamente, alla sostituzione di parti attraverso il loro acquisto. Egli afferma infatti: «molte pratiche ed atteggiamenti sociali mi pare siano incomprensibili se non si dà per presupposto che, in un certo qual modo, noi possediamo i nostri corpi».<sup>[71]</sup> Dunque tanto che si tratti di donazione quanto di commercio, il presupposto secondo Lockwood non muta. In qualche modo, infatti, indipendentemente dalla formula giuridica che si utilizza al riguardo, il soggetto non può che logicamente godere di una particolare prerogativa che riguarda il suo corpo. Infatti, «il diritto di donare, di per se stesso, sembrerebbe implicare una proprietà da parte del donatore; e se esiste una tale proprietà perché impedirne la vendita?».<sup>[72]</sup> Egli, perciò, trova «difficile scorgere un motivo plausibile per giudicare intrinsecamente riprovevole dal punto di vista morale la vendita di

---

relazioni sociali si basa sul contratto (come paradigma sociale e giuridico), si pone come un paradosso difficilmente spiegabile poiché il dono verrebbe sempre ridotto ad una figura contrattuale gratuita, perdendo così la propria intima specificità. Così si esprime Salzano: «Donare porta su di un terreno proibito [...] come un momento indefinito di disordine incluso in ogni ordine, dal quale l'ordine promana. Si porta su un terreno per così dire *tabu*, sacro». Cfr. *Ibidem*, p. 21.

<sup>[69]</sup> ENGELHARDT H.T., "Il corpo in vendita: dilemmi morali della secolarizzazione", in RODOTÀ S., *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari 1993, p. 137.

<sup>[70]</sup> LOCKWOOD M., "La donazione non altruistica di organi in vita", in RODOTÀ S., *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari 1993, pp. 139-147.

<sup>[71]</sup> LOCKWOOD, "La donazione non altruistica", cit., p. 140.

<sup>[72]</sup> LOCKWOOD, "La donazione non altruistica", cit., p. 142.

organi umani – siano essi un rene o un lobo del fegato – a quanti ne abbiano necessità».<sup>[73]</sup>

L'ultimo argomento contro il mercato è il fatto che alcuni ritengano spiacevole la vendita degli organi perché questa formula ricorderebbe lo sfruttamento di esseri umani. Lockwood risponde in questi termini: «ho l'impressione che tale similitudine sia decisamente stracchiata... Sarebbe molto più utile se ci impegnassimo affinché fossero garantite condizioni adeguate, la giusta professionalità e dei prezzi congrui per l'espianto dei reni, allo stesso modo in cui eserciteremmo pressioni sulle imprese affinché migliorassero le condizioni di lavoro e la retribuzione dei propri dipendenti».<sup>[74]</sup>

Questo significa in altri termini domandarsi se, data l'analogia tra sfruttamento di esseri umani e sfruttamento di parti del corpo, non sia meglio cercare di migliorare le condizioni dei soggetti, piuttosto che impedire loro radicalmente di guadagnare del denaro come invece sembrano fare coloro che si arrogano il diritto di impedire la vendita di organi. In questo caso impedire la vendita potrebbe rivelarsi un rimedio peggiore del male che intende debellare, perché potrebbe eliminare l'unico modo per sopravvivere agli individui meno fortunati. E parimenti da condividere, invece, l'auspicio di Lockwood sul fatto che debba essere garantita a tutti i cittadini la possibilità di accedere al servizio sanitario nazionale per ottenere un trapianto in modo che questa prerogativa non dipenda esclusivamente dalle possibilità finanziarie del singolo.

Due sono le proposte che egli presenta a questo riguardo. La prima è individuata nella possibilità di donazioni retribuite a beneficiari ignoti, o meglio selezionati in base alle reali necessità e non in base al reddito. In questo modo si potrebbero regolamentare tanto le tariffe quanto la vendita stessa. La seconda proposta è, per l'autore stesso, più radicale. Consiste nella adesione volontaria ad una associazione privata di 'cedenti' tramite sottoscrizione. In caso di necessità essi avrebbero diritto a ricevere uno degli organi che essi stessi sono disposti a cedere. Quantunque non siano vere e proprie vendite, il carattere comune di queste proposte è di fondarsi sull'interesse personale e sul rispetto del principio di autonomia, cari ad una impostazione liberista e di indirizzo individualistico elementi che caratterizzano, come noto, il mondo anglosassone.

## 11. Una mediazione tra commerciabilità e gratuità

Una interessante proposta tenta di mediare il sistema della donazione altruistica con il sistema di mercato. Essa proviene da Michael DA. Freeman, dell'Università di Londra il quale, intervenendo ad un Convegno organizzato dall'Università di Pa-

---

<sup>[73]</sup> LOCKWOOD, "La donazione non altruistica", cit., pp. 141-142.

<sup>[74]</sup> LOCKWOOD, "La donazione non altruistica", cit., p. 143.

dova, presenta la sua concezione in termini chiari e precisi. Per Freeman la possibilità di uscire dal dilemma individuo-collettività è data dal perseguire entrambe le strade: tanto quella della donazione altruistica quanto quella della donazione non altruistica, ovvero retribuita.<sup>[75]</sup>

Egli, infatti, parte dalla constatazione che «l'attuale sistema che fa conto solo sulla donazione volontaria di organi da cadavere è chiaramente inefficace».<sup>[76]</sup> Detta inefficacia probabilmente è destinata a non produrre mai sufficienti numeri per i trapianti e dunque non appare idonea a soddisfare il crescente numero di richieste di organi.

A suo dire la soluzione di procedere alla espropriazione obbligatoria di organi *post mortem* non si rivela efficace in quanto non aumenta in misura apprezzabile il numero di organi disponibili. E perciò: «La struttura qui proposta, che permette di considerare l'eventuale pagamento per promuovere un maggior numero di donazioni, sebbene non sia del tutto altruistica, ha la capacità di produrre dei risultati diretti, essenziali ad alleviare l'attuale situazione critica».<sup>[77]</sup>

L'alternativa che appare perseguibile potrebbe essere, dunque, una particolare forma di mercato: un cedente che si riveli incompatibile con un ricevente consanguineo potrebbe essere autorizzato a vendere un organo, sotto il vincolo della reciprocità oppure con la clausola di venire posto nelle liste di attesa per un trapianto compatibile, con diritto di precedenza.<sup>[78]</sup>

---

<sup>[75]</sup> FREEMAN M.D.A., "Un mercato di organi umani?" in FAGIUOLI S. (a cura di), *La questione dei trapianti tra etica diritto ed economia. Atti del Convegno, Università di Padova 3-4 novembre 1995*, Giuffrè, Milano 1997, pp. 161-211.

<sup>[76]</sup> FREEMAN, "Un mercato di organi umani?", cit., p. 163.

<sup>[77]</sup> FREEMAN, "Un mercato di organi umani?", cit., p. 176.

<sup>[78]</sup> Freeman riporta una ulteriore forma di mercato compatibile con la donazione volontaria e che potrebbe essere sviluppata a partire dal concetto di "donazione ricompensata" sostenuta da Leona Kass. Si veda dunque KASS L., "Organs for Sale? Propriety, Property, and the Price of Progress", in *The Public Interest*, (1992), pp. 65-86. Nel tentativo di superare le comprensibili ritrosie psicologiche o quelle che si basano sul rispetto della dignità dell'uomo, Kass propone «un sistema in cui il donatore sia premiato per la sua generosità, invece che pagare per gli organi». I benefici per il donatore avrebbero infatti natura non monetaria. Così facendo sarebbe da un lato salvaguardato l'altruismo della donazione, dall'altro il principio della autonomia privata. Lo stesso Freeman però sottolinea come questo tipo di donazione sia poco distinguibile rispetto ad una vendita di cui conserverebbe, per la verità, tutte le caratteristiche. Freeman analizza inoltre una prospettiva ulteriore il c.d. mercato a termine; questa proposta deriva dalle considerazioni di Gregory Crespi. (Citato da Freeman: CRESPI G.S., "Overcoming the Legal Obstacles to the Creation of a futures Market in Bodily Organs", in *Ohio State Law Journal*, (1994), pp. 1-77). Secondo questa proposta: «si potrebbe creare un contratto a termine tra potenziali futuri donatori e gli acquirenti, contratto in base al quale il compratore avrà la possibilità di asportare gli organi del donatore dopo la morte di quest'ultimo». Con riguardo alla remunerazione Crespi prevede la possibilità di effettuare il pagamento solamente se e quando gli organi verranno effettivamente asportati dal cadavere. Questa teoria sarebbe in accordo anche con le considerazioni svolte più sopra attinenti alla natura giuridica degli organi asportati, ossia quella che equipara detti beni ai frutti, (FREEMAN, "Un mercato di organi umani?", p. 168). Il vantaggio più macroscopico che questa proposta potrebbe fornire è sicuramente quello di garantire una serie di incentivi finanziari che aumentino l'offerta di organi. Tale compenso potrebbe portare all'incremento nel numero di donatori attraverso una «situazione non del tutto diversa dalle polizze di assicurazione sulla vita».

Freeman, infatti, propone una soluzione incentrata su di uno scopo ben preciso: la soddisfazione del singolo entro i confini di un miglioramento per la comunità intera. Alla base di questa proposta vi è un meccanismo stabile che dovrebbe promuovere, sostenere e regolare un sistema combinato altruismo-mercato di reperimento e distribuzione degli organi.<sup>[79]</sup>

Questo sistema combinato si fonda sul successo dell'attuale metodo di raccolta del sangue negli Stati Uniti. Sebbene Freeman si renda conto della differenza che sussiste tra il sangue e gli altri organi, che per loro natura non si rigenerano, tuttavia ritiene che anche ad essi si possa estendere con successo il sistema di raccolta "misto" (donazione-mercato). Questo per un motivo semplice: come il vivente gode di un possesso primitivo sul proprio sangue così le parti del corpo, una volta rimosse, dovrebbero essere considerate possesso di colui al quale sono state asportate. In questo modo un pool nazionale comprenderebbe dai privati i loro organi e li offrirebbe poi direttamente ai riceventi.

Le critiche che si possono muovere a questa soluzione ricordano da vicino le resistenze di Richard Titmuss all'introduzione del mercato nella donazione di sangue, espresse nell'oramai classico *The Gift Relationship*.<sup>[80]</sup>

Vale la pena ripercorrere puntualmente queste critiche e le risposte che offre Freeman.

In primo luogo, paragonando i sistemi di allocazione delle risorse ematiche degli Stati Uniti e della Gran Bretagna, Titmuss ritiene che l'introduzione del sistema commerciale possa far registrare una diminuzione delle donazioni volontarie. A fronte della introduzione di un qualche incentivo finanziario coloro che donano il sangue sarebbero disincentivati a farlo ritenendo questo un venir meno delle istanze umanitarie, decidendo così di non donare più. La risposta di Freeman a questa prima critica è che le uniche prove reali all'argomentazione di Titmuss sono che migliaia di coloro che hanno bisogno di organi muoiono ogni anno per mancanza di trapianti gratuiti sufficienti. Ed afferma inoltre: «contrariamente alla convinzione di Titmuss che il valore morale diminuisce se si riceve un compenso, a noi sembra che ci sia un significato più grande nel donare un bene che

---

La possibilità di recesso unilaterale potrebbe garantire anche da eccessi od abusi di questa figura contrattuale. A questo punto Freeman analizza i problemi che questa proposta potrebbe ingenerare. Un primo è dato dal fatto che come effetto indesiderato ci si potrebbe trovare di fronte al caso che l'acquirente e la sua famiglia potrebbero sperare che il futuro donatore muoia. Questi problemi però potrebbero evitarsi con un programma di acquisto a livello statale come quello proposto da Schwindt e Vining. Crespi invece opta per contratti da concludersi direttamente tra gli interessati che siano liberi di determinare anche il prezzo dei beni scambiati. Citati da Freeman: «Lo stato acquirente [...] acquisterebbe contratti a termine per la consegna di organi da parte di venditori privati [...] Lo stato sarebbe l'unico acquirente del mercato e pagherebbe a seconda delle necessità del proprio magazzino», in SCHWINDT R.-VING A.R., "Proposals for a Future Delivery Market for Transplant Organs", in *Journal of Health Politics, Policy and Law*, (1986), pp. 483-500, in part. p. 489.

<sup>[79]</sup> FREEMAN, "Un mercato di organi umani?", cit., p. 172.

<sup>[80]</sup> TITMUSS R.M., *The Gift Relationship. From Human Blood to Social Policy*, George Alien & Unwin Ltd., London, 1970.

potrebbe essere acquistato e venduto».<sup>[81]</sup> E dunque la remunerazione non solo sarebbe compatibile con una forma di disposizione altruistica, ma potrebbe anzi incentivarla.

La seconda critica proposta da Titmuss riguarda l'aumento di possibilità che peggiori la qualità degli organi a fronte della loro commercializzazione.

Secondo Freeman questa è una valida critica soprattutto se si pensa alla eventualità che possano essere nascoste patologie o mentite le anamnesi che precedono le operazioni di prelievo. Questo però potrebbe essere agevolmente superato se si desse in gestione l'approvvigionamento, l'acquisto e la vendita degli organi ad una agenzia statale; questo apparato potrebbe, e dovrebbe, controllare e garantire la qualità degli organi offerti. Inoltre «suggeriamo che queste agenzie governative abbiano la totale responsabilità della transazione di un organo malato; il che costituirà un ulteriore incentivo a fare attenzione».<sup>[82]</sup>

Infatti sembra essere un problema «di importanza sociale rendere responsabili le agenzie compratrici, poiché ciò potrebbe rappresentare il migliore incentivo verso un mercato in cui l'abbassamento della qualità degli organi non dovrà rappresentare un ostacolo alla soluzione della corrente scarsità di organi».<sup>[83]</sup>

Margaret Radin si oppone alla tesi di Freeman in quanto teme che il valore dell'uomo possa essere ridimensionato in un valore economicamente valutabile, e divenire perciò merce. Questo intrinseco valore dovrebbe garantire che gli organi siano posti al di fuori del mercato. Per superare anche questa critica Freeman afferma che un conto è la mercificazione ed un conto sono gli usi che si fanno dell'organo acquistato. Infatti «il mercato sarebbe così severamente regolato che l'acquisto [...] servirebbe esclusivamente al trapianto in pazienti bisognosi».<sup>[84]</sup> Ciò, dunque, non potrebbe contrastare con il principio della dignità umana.

Freeman tenta di superare anche quegli argomenti basati sulle finalità umanitarie della medicina e sulla analogia con la schiavitù.

Con riguardo al primo argomento Freeman controbatte che questa visione appare particolarmente ristretta in epoca contemporanea in cui si assiste ad una progressiva commercializzazione in tutto il settore medico-sanitario; dopotutto infatti non si ritiene meno umanitaria l'arte medica solo perché vi sono medici che percepiscono uno stipendio o che esercitano una libera professione con profitti altamente remunerativi. L'argomento in base al quale un profitto farebbe venire meno le istanze umanitarie appare decisamente superabile alla luce del fine per il quale la commercializzazione dovrebbe avvenire: la salvezza di un numero maggiore di vite umane che potrebbero beneficiare dei trapianti.

---

[81] FREEMAN, "Un mercato di organi umani?", cit., p. 177.

[82] FREEMAN, "Un mercato di organi umani?", cit., p. 178.

[83] FREEMAN, "Un mercato di organi umani?", cit., p. 179.

[84] FREEMAN, "Un mercato di organi umani?", cit., p. 186.

Sull'argomento della schiavitù Freeman si esprime in questi termini: «sebbene la schiavitù sia il modello classico dell'asservimento del corpo umano, lo si può distinguere dalla vendita di organi umani almeno in un modo: mentre la schiavitù è originata dalla avidità e crudeltà dell'uomo, il trapianto ha come scopo il beneficio ed il progresso dell'umanità».<sup>[85]</sup> Contro le campagne ed i sentimenti paternalistici di coloro che ritengono di dover impedire il mercato sulla base della considerazione che i meno abbienti sarebbero esposti a soprusi e non potrebbero esprimere una reale libera volontà perché condizionata da fattori esterni, Freeman risponde che «la questione è strettamente connessa con... una falsa concezione delle autentiche basi morali su cui fondare un'opposizione alla mercificazione: lo scopo per cui viene usato il denaro più che il commercio in sé». Non sarebbe chiaro infatti perché vendere un organo per soddisfare certe necessità sarebbe diverso dal vendere ad esempio beni personali o particolarmente cari.

Il giurista inglese auspica che il sistema misto possa, grazie ad un rigido controllo, eliminare la piaga della coercizione. Problema che comunque è destinato a rimanere in piedi in qualsiasi tipo di distribuzione delle risorse biologiche si voglia instaurare: «ciò che i sostenitori di un sistema interamente volontario non riescono a vedere è l'enorme, spesso ben più grande, coercizione a cui sono sottoposti i familiari spinti a donare. Ci sono prove che rivelano che coloro che "volontariamente" donano un rene ad un parente possano subire enormi e continue pressioni, che equivalgono a coercizione».<sup>[86]</sup>

I problemi sollevati dai detrattori di un sistema mercantilistico si basano anche sulle condizioni del ricevente. Essi affermano infatti che il potenziale ricevente spesso viene individuato sulla base "del miglior offerente" e non secondo il bisogno. Questa obiezione è importante e Freeman afferma che essa sarebbe vera in una situazione di contrattazione privata senza regole in cui, effettivamente, chi ha maggiori possibilità economiche risulterebbe avvantaggiato. In un mercato regolato, invece, queste sperequazioni verrebbero meno o, meglio, non si presenterebbero. «Questo significa che un'adeguata organizzazione e regolamentazione del sistema altruismo-mercato non dovrebbe concedere spazio allo sfruttamento economico dei poveri perché esso creerebbe un conflitto sociale il cui costo è inaccettabile per una proposta che punta ad aumentare la soddisfazione generale della comunità promovendo il progresso del singolo».<sup>[87]</sup>

Freeman ritiene inoltre che: «sebbene molti scettici hanno utilizzato questioni di moralità e di correttezza etica per opporsi al mercato, la vera obiezione sta nella loro disapprovazione sull' eventuale uso del denaro così ottenuto». L'argomento morale contro il mercato invaderebbe, secondo il giurista inglese, una sfera che

---

<sup>[85]</sup> FREEMAN, "Un mercato di organi umani?", cit., p. cit., p. 188. Freeman cita anche SCOTT R., *The Body as a Property*, Viking Press, New York 1981, p. 26.

<sup>[86]</sup> FREEMAN, "Un mercato di organi umani?", cit., p. 190.

<sup>[87]</sup> FREEMAN, "Un mercato di organi umani?", cit., p. 191.

non le è propria ossia il che cosa viene fatto del denaro ricavato in cambio dell'organo, «la natura paternalistica della società critica un certo scopo; eppure è il mezzo impiegato per raggiungerlo che subisce gli effetti di tale divieto».<sup>[88]</sup>

In conclusione l'autore sottolinea che attraverso un mercato regolamentato «i singoli raggiungeranno la soddisfazione personale in vari modi, sia donando, che vendendo o ricevendo un organo, mentre la società nel suo insieme beneficerà della gratificazione personale e ne scoprirà un contesto sociale migliore».<sup>[89]</sup>

Freeman riflette infine sul fatto che la monetizzazione di parti del corpo umano è già presente nelle nostre società senza alcun tipo di contrasto di ordine etico o morale. Infatti egli, con riguardo al risarcimento del c.d. danno biologico che deriva dalla remunerazione di un sinistro, giustamente nota: «In questo campo essere pagato un prezzo predeterminato per la perdita di un arto non solleva alcuna questione nemmeno in merito alla sua mercificazione. Anzi, è universalmente accettato ed approvato lo scopo che sta dietro a una compensazione per danni subiti, poiché esso rappresenta la devozione all'etica professionale dell'individuo. In questo caso la commercializzazione è autorizzata perché serve a rimediare ad una nobile causa».<sup>[90]</sup>

In conclusione l'autore sottolinea che attraverso un mercato regolamentato «i singoli raggiungeranno la soddisfazione personale in vari modi, sia donando, che vendendo o ricevendo un organo, mentre la società nel suo insieme beneficerà della gratificazione personale e ne scoprirà un contesto sociale migliore».<sup>[91]</sup>

## 12. Osservazioni conclusive

Giunti a questo punto del nostro percorso, credo sia interessante gettare uno sguardo sulla accelerazione che, dagli anni duemila, il dibattito sul mercato di organi ha subito.

Faremo questo utilizzando tre articoli, rispettivamente del 2003, del 2009 e del 2012.

Il primo lavoro di cui tratteremo si intitola *An ethical market in human organs* a firma di Charles A. Erin e John Harris.<sup>[92]</sup> Le considerazioni che muovo i due autori sono legate alla scarsità degli organi da utilizzare come mezzi salva-vita

---

[88] FREEMAN, "Un mercato di organi umani?", cit., p. 198.

[89] FREEMAN, "Un mercato di organi umani?", cit., p. 198.

[90] FREEMAN, "Un mercato di organi umani?", cit., p. 198.

[91] FREEMAN, "Un mercato di organi umani?", cit., p. 199.

[92] ERIN C. A. – HARRIS J., "An ethical market in human organs", *Journal of medical Ethics* (2003) 29, 137-138. I due autori erano già intervenuti su questa proposta ERIN C. A. – HARRIS J., "An ethically defensible market in organs. A single buyer like the NHS is an answer", *British Medical Journal* 325 (2002), pp. 114-115. A questo articolo seguono due lavori altrettanto interessanti, SAVULESCU J., "Is the sale of body parts wrong?", (2003) 29, 138-139; RADCLIFFE RICHARDS J., "Commentary. An ethical market in human organs", (2003) 29, 139-140.

e si interrogano su quali possano essere le basi eticamente condivisibili di transazioni commerciali aventi ad oggetto organi di provenienza umana. Dopo avere ricordato che nel 1998 l'International Forum for Transplant Ethics aveva stabilito di regolare il mercato di organi piuttosto che bandirlo ed il rifiuto (avvenuto nel 1999) di uno schema di silenzio assenso per i cittadini del Regno Unito, gli autori presentano una proposta di mercato che potrebbe, a loro dire, rispettare diversi standards etici contro lo sfruttamento della parte più debole creando così un contesto ispirato a principi di giustizia ed equità.

Gli unici che non vengono remunerati, in un contesto di disposizione degli organi, sembrano essere proprio coloro che offrono i loro organi: «There is a lot of hypocrisy about the ethics of buying and selling organs and indeed other body products and services—for example, surrogacy and gametes. What it usually means is that everyone is paid but the donor. The surgeons and medical team are paid, the transplant coordinator does not go unremunerated, and the recipient receives an important benefit in kind. Only the unfortunate and heroic donor is supposed to put up with the insult of no reward, to add to the injury of the operation».<sup>[93]</sup>

Sono dunque da preferire organi provenienti da soggetti viventi rispetto ad organi provenienti da cadavere. I vantaggi sono evidenti: migliore qualità dei materiali biologici e possibilità di incentivi.

Vediamo quali sono i punti della proposta:

Il primo punto è l'area geopolitica, che deve essere omogenea «the market would be confined to a self governing geopolitical area such as a nation state or indeed the European Union. Only citizens resident within the union or state could sell into the system and they and their families would be equally eligible to receive organs. Thus organ vendors would know they were contributing to a system which would benefit them and their families and friends since their chances of receiving an organ in case of need would be increased by the existence of the market».

Il secondo elemento che caratterizza il mercato proposto da Erin ed Harris è l'acquirente unico, meglio se il servizio sanitario nazionale, in grado di effettuare altresì operazioni di controllo sulla provenienza e sulla qualità dei beni e di redistribuirli secondo parametri di gravità ed urgenza: «There would be only one purchaser, an agency like the National Health Service (NHS), which would buy all organs and distribute according to some fair conception of medical priority. There would be no direct sales or purchases, no exploitation of low income countries and their populations (no buying in Turkey or India to sell in Harley Street). The organs would be tested for HIV, etc, their provenance known, and there would be strict controls and penalties to prevent abuse».<sup>[94]</sup>

---

<sup>[93]</sup> ERIN C. A. – HARRIS J., *"An ethical market in human organs"*, cit., p. 137.

<sup>[94]</sup> ERIN C. A. – HARRIS J., *"An ethical market in human organs"*, cit., p. 137.

Il terzo elemento è la calmierizzazione dei prezzi, ovvero la giusta indicazione di un valore che tanga conto di una serie di variabili. «Prices would have to be high enough to attract people into the marketplace but dialysis, and other alternative care, does not come cheap. Sellers of organs would know they had saved a life and would be reasonably compensated for their risk, time, and altruism, which would be undiminished by sale».<sup>[95]</sup> A questo articolo, nello stesso numero (29) del *Journal of Medical Ethics* rincara la dose Savulescu il quale propone l'argomento del lavoro.<sup>[96]</sup> Se siamo in grado di cedere il nostro lavoro in cambio di denaro, non si comprende perché non potremmo farlo anche con ciò che consente di lavorare, ovvero il corpo. Nella vita di tutti i giorni mettiamo in relazione rischio per il nostro corpo con una serie di altri valori: lo svago (andando a sciare o praticando sport pericolosi), la patria (andando a combattere) e così via e perché allora non per denaro, di modo che possiamo procurarci altri beni per soddisfare le esigenze di tutti i giorni?

Pochi anni dopo, questo modello, che costituisce la base su cui lavora da diverso tempo il mondo anglosassone, subirà alcune modifiche poiché entrerà in gioco un sistema di sconti e di incentivi differenti rispetto al come remunerare il donatore non altruistico.

Sulla prestigiosa rivista *The Lancet*, Priya Shetty pubblicò un lavoro dal titolo *Tax cuts for organs?* dove sostiene la tesi secondo cui questi incentivi potevano iniziare, ad esempio, da uno sconto fiscale nella denuncia dei redditi. «As the crisis in the supply of organs worsens, some transplant surgeons are calling for a radical effort to increase donations by offering substantial financial rewards in exchange for organs. There is some precedent for the commercialisation of human body parts. For instance, women help other women conceive by selling their eggs or acting as paid surrogates. This June (2009), the state of New York made it legal for women to be paid for donating eggs for research. The incentives proposed for organ donors are substantial tax cuts, free lifetime health insurance, or free college tuition.»<sup>[97]</sup>

Nel 2012 assistiamo ad una svolta. Da un problema eminentemente inglese e americano, la questione riceve un connotato internazionale. Si organizza un gruppo di studio internazionale per fissare alcuni *standards* condivisi per un sistema internazionale basato su incentivi accettabili.<sup>[98]</sup>

Si parte dalla constatazione che in molti paesi è vietata ogni forma di donazione non altruistica ovvero di remunerazione per il prelievo.

Data la scarsità di organi utilizzabili, la mortalità associata alle liste di attesa

---

<sup>[95]</sup> ERIN C. A. – HARRIS J., "An ethical market in human organs", cit., p. 138.

<sup>[96]</sup> SAVULESCU J., "Is the sale of body parts wrong?", (2003) 29, 138-139.

<sup>[97]</sup> SHETTY P., "Tax cuts for organs?", *The Lancet* 374 (2009), pp. 1315-1316.

<sup>[98]</sup> A titolo esemplificativo propongo l'articolo (il meeting report) a firma di MATAS A.J. Et AL., "Incentives for Organ Donation: Proposed Standards for an Internationally Acceptable System", *Am. Journal of Transplantation* (2012) 12, pp. 306-312.

che si basano sul consenso espresso, la disperazione di molti pazienti e le alte possibilità di guadagno illegale, fanno sì che sempre più spesso vi siano soggetti disposti ad affrontare mercati illegali di organi. E così l'idea di mercato è stata sempre associata a queste forme di sfruttamento della disperazione e della buona fede, nonché della povertà.

Eppure tutto questo rappresenta, secondo gli estensori di queste interessanti note, solamente la degenerazione di un modello che potrebbe sostituire l'attuale situazione. Un sistema regolato di incentivi avrebbe invece la possibilità di superare le forme di sfruttamento tanto del donatore quanto del ricevente. Difatti: «A regulated system of incentives for donation has the potential to increase both living and deceased donation while eliminating the harms of unregulated markets. When the concept of incentives was first proposed, almost 3 decades ago, there was immediate condemnation».<sup>[99]</sup>

Anche se l'idea di forme di incentivo sono sempre state osteggiate non è detto che oggi i vantaggi non possano superare gli svantaggi. «The debate surrounding the principle of incentives per se will no doubt continue. Our view, however is that there is no objection of principle and that a system of incentives for donation could potentially provide enormous benefit to both recipients and donors and is worthy of systematic investigation. Instead of treating the hypothetical harms as a reason for forgoing these benefits outright, we believe the international community should try to devise ways of identifying and eliminating the dangers while maximizing the benefits».<sup>[100]</sup>

Il problema dunque non è mercato sì o mercato no: si tratta invece di reperire incentivi che possano aumentare l'offerta di organi per i soggetti che ne hanno più bisogno.

Per pensare un sistema di incentivi rispettosi occorre, in primo luogo, sfatare il mito secondo cui la donazione altruistica non sarebbe motivata da qualche forma di incentivo (sebbene non di natura economica): «The first is that any realistic discussion of donation must acknowledge the many different and overlapping motives that underlie donation within and outside of families. Although we speak of the "gift-of-life", we also recognize that current donors often have alternative or additional motives or external pressures, e.g. a sense of obligation, a need to be accepted or valued by family and friends or even an easily identifiable secondary gain... The second problem with the mandate for "altruism" is that there is no other context in which it is stipulated that something urgently needed must be given without payment or not given at all. Creating such a principle of altruism for organ donation is totally arbitrary and ignores the fact that our current donors frequently receive secondary gain or other unspoken tangible reward. We must also recognize that many highly

---

<sup>[99]</sup> MATAS A.J. ET AL., "Incentives for Organ Donation", cit., p. 306.

<sup>[100]</sup> MATAS A.J. ET AL., "Incentives for Organ Donation", cit., p. 307.

motivated potential donors do not come forward or do not progress through the evaluation and donation process because of the substantial financial and logistical obstacles».<sup>[101]</sup>

Se due sono i problemi più evidenti, così due dovranno essere i concetti su cui basare il sistema sostenibile proposto da questo gruppo di lavoro. Un sistema regolato dovrà da un lato rimuovere gli ostacoli alla donazione e dall'altro lato ricompensare la donazione. In questo modo sarà in grado di salvare vite, ed eliminare il mercato nero. «Regulated systems that remove disincentives to donation and reward donors have the potential to increase donation, save lives and reduce or eliminate the unregulated markets and the harm they cause. We herein propose for discussion principles and guidelines for development of acceptable systems of incentives for deceased and living donation».

Rimozione dei disincentivi: i donatori o le loro famiglie non dovranno soffrire di nessun disagio dovuto alla donazione: rimborso delle spese o del mancato guadagno, assicurativo o cura delle conseguenze della donazione. «Donors (or donor families) should suffer no short- or long-term financial burden as a consequence of organ donation. Disincentives for living donation should be eliminated. At a minimum, this would entail reimbursement of expenses and lost income, along with provision of term disability insurance, term life insurance and care of donation-related complications. In some countries, there may also be financial disincentives to deceased donation (e.g. cost of family travel to the medical center to give consent). These should be addressed and abrogated. Within each country, policies to maximize the benefit of deceased donor programs should be enacted. This is particularly important for those waiting for extrarenal transplants, where living donation is not an option».<sup>[102]</sup>

Per quanto riguarda l'introduzione di un sistema regolamentato di incentivi: «An acceptable system of incentives for donation must ensure—for both the donor (and donor family, in the case of deceased donation) and recipient—respect, benefit and protection from harm. More specifically: (i) the donor (or family) is respected as a person who is able to make choices in his or her best interest (autonomy); (ii) the potential donor (or family) is provided with appropriate information to support informed decision making (informed consent); (iii) donor health is promoted at every step, including evaluation and medical follow-up (respect for person); (iv) the live donor incentive should be of adequate value (and able to improve the donor's circumstances); (v) gratitude is expressed for the act of donation. Critical elements of such a system would be protection, regulation, oversight and transparency under the auspices of the appropriate government or government-recognized body».<sup>[103]</sup>

---

<sup>[101]</sup> MATAS A.J. ET AL., "Incentives for Organ Donation", cit. p. 307.

<sup>[102]</sup> MATAS A.J. ET AL., "Incentives for Organ Donation", cit. p. 307.

<sup>[103]</sup> MATAS A.J. ET AL., "Incentives for Organ Donation", cit. p. 307.

In estrema sintesi, dal 2003 in avanti il tema nel mondo anglosassone è passato da una situazione paragonabile ad un acquisto dietro compenso di denaro, anche se con un acquirente unico, ad una situazione che si concentra su altre forme di remunerazione, non necessariamente in forma di danaro ma di una serie di possibili incentivi basati sul riconoscimento della spettanza del corpo al soggetto.

Giunti alla fine di questo percorso possiamo brevemente considerare che la Convenzione Europea, da cui siamo partiti all'inizio di queste pagine, cerca di fornire una risposta ad un problema che è destinato a mutare nel corso del tempo. Il problema è comprendere che cosa muterà. Credo che saremo sempre più disponibili a lasciare che gli argomenti del mondo anglosassone abbiano una certa presa anche nella cultura continentale.

Questo perché a partire dalla incertezza con la quale il nostro ordinamento riconosce il rapporto tra il soggetto e le parti del proprio corpo, sino a giungere agli argomenti con i quali sostenere la gratuità, non sembra che i motivi per i quali bandire ogni forma di remunerazione possano resistere ad una serie di critiche che coinvolgono sempre di più il mondo medico e bioetico anche di casa nostra. Ecco perché siamo molto più favorevoli di un tempo a riconoscere qualche forma di ricompensa (non necessariamente monetaria) alla cessione di un organo.

Certo le forme di sfruttamento commerciale basate su squilibri di natura economica colpiscono la nostra sensibilità. Credo sia arrivato il momento di incominciare a pensare a forme di ricompensa, per un gesto di donazione, che non ledano la dignità umana.

Si tratta di pensare ad una terza via tra il monopolio statale (direzione obbligatoria qualora si scelga la gratuità e, contemporaneamente, una allocazione delle risorse controllata) e la deriva rappresentata dal considerare noi stessi come portatori sani di merci umane.

# La logica del dono e il trapianto di organi

MARIO PICOZZI

## 1. Introduzione

Molte persone ancora oggi muoiono in lista di attesa, aspettando un organo. Diversi sono i fattori che concorrono a determinare e incrementare questo iato; rimane il dramma per il medico di non riuscire a dare una risposta, che significa offrire una chance di vita, a tanti pazienti, seguiti magari da molti anni, con cui si è condiviso la speranza di poter uscire dal tunnel. Allo stesso tempo non si può non ricordare il dramma sotteso ad ogni donazione: la fine di una vita, la fine della speranza in una ripresa. All'interno di questa complessa situazione, è necessario chiedersi quali strategie mettere in atto per ridurre o perlomeno contenere il gap tra necessità e disponibilità di organi; strategie, occorre precisare, che siano rispettose esattamente di quei vissuti dentro cui il processo di trapianto si iscrive.

La tesi che vogliamo sostenere è che solo recuperando il *significato di dono quale espressione di un processo circolare tra dare, ricevere, restituire in cui al centro vi è il valore di legame* si può da un lato favorire una maggior consapevolezza culturale e sociale della donazione di organi e dall'altro fornire un criterio solido per giudicare, sotto il profilo morale, la validità di proposte che abbiano come obiettivo l'incremento delle donazioni stesse. Tutto ciò alla luce dell'articolo 4 della *Convenzione contro il traffico di organi umani* in cui si dichiara che il guadagno economico (*financial gain*) o un vantaggio analogo rappresenti l'elemento cardine per giudicare illecito e giuridicamente perseguibile da parte di uno stato l'atto di prelievo di un organo.

## 2. Legame sociale e circolazione delle cose

Esiste una legge sociale che vuole che le cose che non circolano siano destinate a morire. I pensieri, gli oggetti necessariamente sono destinati ad essere messi in circolazione; nessun libro viene scritto per essere lasciato in un cassetto. La persona avverte la necessità di entrare in comunicazione e creare legami: nella

relazione comprende se stessa ed esprime se stessa; la relazione rende autonomi e responsabili. Quindi una società è composta sia da legami sociali<sup>[1]</sup> – i rapporti con la famiglia, con gli amici, con i vicini – sia dalla circolazione di oggetti. Entrambi sono necessari per sopravvivere.

Ma che rapporto esiste tra legame sociale e circolazione delle cose? «Nella storia dell'umanità le società hanno avuto la tendenza a mescolare le due cose. La società moderna tenta di separarle, d'isolarle sempre più, in due modi: mediante il mercato e mediante lo stato».<sup>[2]</sup>

## 2.1. Il mercato

Dal punto di vista del mercato, il legame sociale ha un senso se e nella misura in cui è funzionale rispetto a ciò che circola.

«Il mercato è il complesso delle regole che permettono a degli estranei di fare transazioni pur restando il più possibile degli estranei. È un modo di comunicare con l'estraneo quando si vuole che resti un estraneo dopo lo scambio; quando non ci si interessa a lui ma ai suoi beni, e lui ai nostri».<sup>[3]</sup>

Tra compratore e acquirente non si mette in gioco la rispettiva identità: in quella comunicazione ciascuno rimane se stesso, senza contaminazione. Infatti «l'archetipo del mercato è l'assenza completa di legame. Il mercato permette a due estranei di comunicare a proposito delle cose senza rivolgersi la parola».<sup>[4]</sup> Il prezzo è l'esempio eclatante di questa modalità: viene fissato in anticipo, al di fuori delle considerazioni personali, al di fuori anche dei soggetti, tra due estranei che non si seducono. Quindi il principio che regola il mercato è «l'equivalenza tra le cose, indipendentemente dal legame tra le persone».<sup>[5]</sup>

## 2.2. Lo stato

Per quanto riguarda l'intervento dello stato, esso ridistribuisce sotto forma di servizi o di beni le risorse prelevate ai cittadini. Da una parte poiché vi è un

---

<sup>[1]</sup> «La famiglia, la comunità, lo stato di diritto non nascono dalla necessità di un rassicurante contratto che baratta la libertà della natura con la sicurezza della cultura, ma scaturiscono dalla necessità di costruire spazi relazionali dove possono essere appagati vitali e insopprimibili istanze di riconoscimento reciproco. La lotta sociale non può essere concepita soltanto in termini di conflitto tra interessi particolari, ma nella prospettiva di un indispensabile riconoscimento delle differenze individuali, da cui ciascuno fa scaturire poi la propria irripetibile e singolare identità» (E. MOLINARI, P. A. CAVALERI, *Il dono nel tempo della crisi. Per una psicologia del riconoscimento*, Cortina Editore, Milano 2015, p. 31).

<sup>[2]</sup> J. T. GOUBOUT, "La circolazione mediante il dono", in AA.VV., *Il dono perduto e ritrovato*, Manifestolibri, Roma 1994, pp. 25-41, p. 26.

<sup>[3]</sup> *Ibidem*, pp. 26-27.

<sup>[4]</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>[5]</sup> *Ibidem*, p. 28. Corsivo dell'autore.

controllo, almeno nelle democrazie, da parte dei rappresentati eletti, il legame sociale influisce sui criteri di distribuzione. D'altra parte lo stato è un apparato con proprie regole, con una propria burocrazia, una gerarchia definita, che sono imposte ai cittadini e quindi estranee al legame sociale. Il principio che regola la distribuzione delle risorse da parte dello stato è *l'eguaglianza* o la diminuzione delle disuguaglianze mediante la redistribuzione e i diritti universali. «Tra funzionario e utente il rapporto è retto da diritti uguali per tutti».<sup>[6]</sup>

### 2.3. Conclusione

Sia nel mercato che nella redistribuzione, «il legame sociale è strumentale rispetto a ciò che circola; il legame sociale è un mezzo per far circolare le cose scambiandole o ridistribuendole».<sup>[7]</sup>

## 3. La logica del dono

Negli ultimi decenni si è sviluppata un'ampia letteratura sul tema del dono. Questa rinnovata attenzione tende non solo a segnalare l'insufficienza del mercato come regolatore della vita sociale, ma arriva a porsi la domanda sulla specificità dell'uomo,<sup>[8]</sup> ovvero se egli sia originariamente egoista o altruista, e se ciò dipenda dalla natura o dalla cultura. In radice la questione riguarda il tema che abbiamo posto al centro del nostro contributo: il legame tra il sé e l'altro da sé. Sono possibili dei legami disinteressati, ovvero si può mettere da parte il proprio interesse? La tipologia di legame tra le persone determina il modello di società che si persegue e si costruisce. È possibile la convivenza tra modelli antitetici, ovvero tra mercato e dono? O è necessaria? E vi sono aree – tra cui i trapianti – in cui la convivenza è impossibile e quindi sono l'uno all'altro alternativi?

In via preliminare e del tutto generale, possiamo affermare che nel dono, a differenza del mercato e della redistribuzione, «ciò che circola è al servizio del legame sociale, o almeno è condizionato dal legame sociale. Il legame e il bene sono spesso indissociabili».<sup>[9]</sup>

Vediamo alcuni esempi.

Vi sono doni che in cui l'utilità dell'oggetto regalato è relativa o nulla – ad esempio un mazzo di fiori – : essi sono finalizzati a esprimere e nutrire il legame.

Spesso il valore di legame e l'utilità sono strettamente legati, quasi condizionati l'uno all'altro. Pensiamo al dono di un organo da parte della madre alla propria

---

<sup>[6]</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>[7]</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>[8]</sup> G. Cucci, *Altruismo e gratuità. I due polmoni della vita*, Cittadella, Assisi 2014

<sup>[9]</sup> J. T. Godbout, *La circolazione*, p. 30

figlia. A differenza «della circolazione statale, sono gesti liberi, fatti verso una persona per via del legame che ci unisce, indipendentemente da norme giuridiche; e a differenza del mercato, sono gesti che non richiedono l'equivalenza».<sup>[10]</sup>

Infine abbiamo il dono unilaterale fatto agli sconosciuti: donazione di sangue, di un organo dopo la morte o in vita ad uno sconosciuto.<sup>[11]</sup> In questo caso sembrerebbe chiaro che i legami sociali siano completamente assenti. E ciò ha portato alcuni ad esprimere riserve sul gesto del buon samaritano.<sup>[12]</sup> Ma si può correttamente e in modo pertinente sostenere che questi gesti siano «fatti in nome della solidarietà, che la loro ragion d'essere sia quel legame simbolico che unisce il donatore e il donatario nell'ambito di uno stesso insieme».<sup>[13]</sup> Ciò è espressione di una gratitudine verso una comunità da cui si è stati accolti, condotti sulle strade della vita, gratuitamente. «Si amano persone che in ogni caso fanno parte della nostra stessa specie umana, perciò si ama l'umanità e, in essa, anche se stessi, ben ricordando che nessuno nasce da se stesso e che ognuno è quello che è solo grazie alla civiltà dalla quale ha ricevuto le condizioni per poter essere quello che è».<sup>[14]</sup> Ma a quale principio obbedisce il dono, visto che non risponde né al principio di equivalenza né a quello di uguaglianza? Godbout suggerisce che il dono «obbedisce al principio del *debito*».<sup>[15]</sup>

Introdurre la questione del debito significa porre la questione della restituzione. *Se il dono esprime gratuità, come ci può essere restituzione? Non è la restituzione il tradimento del dono?*

Il dono sarebbe una sorta di scambio mercantile mascherato. Per cui «ogni volta che c'è circolo c'è economia (paneconomicismo)».<sup>[16]</sup> O in alternativa, la restituzione – che chiude il circolo tra dare e ricevere – non è la cifra che differenzia il dono dal mercato.

### 3.1. La circolarità del dono

Usualmente si pensa che il dono sia costituito da un soggetto che dona e da un soggetto che riceve in una logica monodirezionale. Il donatore appare del tutto autonomo e il ricevente del tutto dipendente. Un antico adagio afferma che nella logica del dono colui che dona dimentichi di averlo fatto e chi riceve se

---

<sup>[10]</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>[11]</sup> In quest'ultima fattispecie è stata denominata *donazione del buon samaritano*.

<sup>[12]</sup> M. L. DI PIETRO, Postilla al documento del Comitato Nazionale per la Bioetica, *La donazione da vivo del rene a persone sconosciute*, Roma, 23 aprile 2010, pp. 14-16; F. D'AGOSTINO, Postilla al documento del Comitato Nazionale per la Bioetica, *La donazione*, pp. 12-14.

<sup>[13]</sup> J. T. GOUBOUT, *La circolazione*, p. 31.

<sup>[14]</sup> F. BUZZI, *Sul significato del dono*, lezione tenuta la Master Internazionale in Medical Humanities, Varese, 5 luglio 2003 (copia dattiloscritta).

<sup>[15]</sup> J. T. GOUBOUT, *La circolazione*, p. 32; corsivo dell'autore.

<sup>[16]</sup> M. VERGANI, "Dono ed evento. Una lettura fenomenologica", in L. BRUNI, G. FALDETTA (edd), *Il dono. Le sue ambivalenze e i suoi paradossi. Un dialogo interdisciplinare*, Di Girolamo Editore, Trapani 2012, pp. 57-75, p. 72.

ne ricordi per sempre. All'opposto nella logica del mercato c'è un soggetto che vende, un soggetto che acquista attraverso una restituzione monetaria. Quindi si configurerebbe un sistema circolare caratterizzato da dare, ricevere, restituire. Pertanto la differenza tra dono e mercato sarebbe la restituzione. Ma è proprio così? Il dono non si configura quale realtà relazionale, creando e suscitando legami? Cos'è il perdono se non il ricompone un legame,<sup>[17]</sup> consentendo di nuovo la relazione?<sup>[18]</sup> Accanto e insieme ad ogni gesto di gratuità vi è usualmente un'espressione di gratitudine.<sup>[19]</sup> Quanti gesti di gratuità hanno cambiato l'identità di chi li ha posti in essere.<sup>[20]</sup> Per cui il dono ammette *forme di restituzione*. Esempio la parabola evangelica:

«Entrando in un villaggio, gli vennero incontro dieci lebbrosi i quali, fermatisi a distanza, alzarono la voce, dicendo: "Gesù maestro, abbi pietà di noi!". Appena li vide, Gesù disse: "Andate a presentarvi ai sacerdoti". E mentre essi andavano, furono sanati. Uno di loro, vedendosi guarito, tornò indietro lodando Dio a gran voce; e si gettò ai piedi di Gesù per ringraziarlo. Era un Samaritano. Ma Gesù osservò: "Non sono stati guariti tutti e dieci? E gli altri nove dove sono? Non si è trovato chi tornasse a render gloria a Dio, all'infuori di questo straniero?". E gli disse: "Alzati e va'; la tua fede ti ha salvato!"».<sup>[21]</sup>

Il ringraziamento mostra che il destinatario – uno straniero – ha apprezzato e compreso il senso del dono; la restituzione dice al donatore che il suo gesto è stato riconosciuto – e quindi lui stesso si sente riconosciuto – e conferma la bontà della sua azione. Certo la restituzione non è pretesa; è sperata e accolta.

---

<sup>[17]</sup> «La presenza di qualcuno con cui si può condividere, a cui si può comunicare gioia e dolore (amore e compassione) guarisce il trauma. La personalità viene riunificata, guarita. È il perdono vicendevole! Il successo finale» (S. FERENCZI, *Diario clinico*, Cortina Editore, Milano, 2004, citato da E. MOLINARI, P. A. CAVALERI, *Il dono*, p. 147).

<sup>[18]</sup> Nella prospettiva junghiana «nel dono e in ogni sua variegata forma, prima di tutto il perdono, ciò che viene "sacrificato" è soprattutto l'intenzione del ricambio, la rivendicazione di quanto mi appartiene, di quanto è parte di me e a cui rinuncio definitivamente per farne appunto dono all'altro. Questo "sacrificio" di sé, della propria intenzione di ricompensa, non va considerato come una sottrazione, né come una "diminuzione" di sé, ma al contrario come l'esperienza del pieno "possessione" di sé» (E. MOLINARI, P. A. CAVALERI, *Il dono*, p. 145)

<sup>[19]</sup> Il grado più alto di una relazione è legato strettamente al rapporto gratuità/gratitudine-riconoscenza: «Non è forse nella mia identità più autentica che io chiedo di essere riconosciuto? E se, per fortuna, mi capita di esserlo, la mia gratitudine non va forse rivolta a tutti coloro i quali, in una maniera o nell'altra, hanno riconosciuto la mia identità riconoscendomi?» P. RICOEUR, *Percorsi del riconoscimento*, Cortina, Milano 2005, p. 5, citato da G. CUCCI, *Altruismo*, p. 139.

<sup>[20]</sup> Scrive E. Pulcini: «L'altro è il *donatore di senso* della nostra esistenza di essere carenti, finiti, verso il quale siamo dunque permanentemente debitori; a cui siamo vincolati da un *obbligo* che è impossibile eludere in quanto ci costituisce. Noi *siamo in debito* verso gli altri [...] Il dono come debito, come ciò che "non si può non dare", emerge in altri termini come ciò che interrompe il "progetto immunitario" della modernità e dell'individualismo moderno riconsegnando gli uomini al dovere che li vincola gli uni agli altri, svuotando la loro soggettività, ed esponendoli al "contagio della relazione"» (E. PULCINI, *L'individuo senza passioni. Individualismo moderno e perdita del legame sociale*, Bollati Boringhieri, Torino 2001, p. 194, citato da E. MOLINARI, P. A. CAVALERI, *Il dono*, p. 38; corsivi dell'autore).

<sup>[21]</sup> Lc, 17, 12-19.

Dono disinteressato non significa che chi dona non possa né debba aspettarsi una gratificazione personale, un beneficio psicologico, un segno di riconoscenza. Significa che quello non sarebbe un dono, se fosse realizzato per opportunismo o per costrizione, strumentalizzando l'ignoranza o la fragilità del ricevente, ricattandolo più o meno subdolamente. Non sarebbe un dono, se esso esigesse la restituzione materiale forzosa di quanto si è donato, se non corresse il rischio di non ricevere nulla in cambio o di rimetterci del proprio,<sup>[22]</sup> se anzi non liberasse ritualmente l'altro dall'obbligo di restituire coattivamente. Non significa invece che io non possa essere nobilmente interessato a donare e a ricevere liberamente un dono, anche un dono che risponda al mio.<sup>[23]</sup> A Natale proviamo la felicità di scegliere e confezionare un regalo e siamo "interessati" a sceglierlo bene; non lo facciamo per riceverne uno più grande, ma se lo riceviamo non lo respingiamo, anzi diciamo grazie, come anche a noi è stato detto grazie. Se chi regala non ricevesse mai nulla di reciproco, egli avrebbe il legittimo sospetto che il suo dono non sia gradito o addirittura sia sopportato come un'antipatica intrusione.<sup>[24]</sup> «Il circolo del dono non è solo *dare* e *ricevere*, ma è altresì *ricambiare* e *restituire*. Il rapporto di scambio è attivo-passivo sui due fronti: di chi dona e di chi riceve e a sua volta ricambia».<sup>[25]</sup> Ne va dell'identità di chi dona e di chi riceve. In questo senso, il vero dono porta sempre con sé la speranza della gratitudine. Non vi è gratuità senza gratitudine. Non si tratta cioè di compiere gesti o azioni straordinarie, ma di continuare e prolungare quella trama di cui ogni vita è intessuta.

### 3.2. *L'assenza di garanzie di restituzione*

Talvolta sembra che i soggetti provino un piacere malizioso, squilibrando lo scambio, a mantenersi in uno stato di debito reciproco. Tanto più il dono è grande, tanto più vincola chi lo riceve alla restituzione, minando la sua libertà.<sup>[26]</sup> A volte

---

<sup>[22]</sup> Si narra che «tre figli devono ripartire equamente l'eredità ricevuta dal padre, 17 cammelli; egli ha stabilito che al primo vada la metà (8,5 cammelli), al secondo un terzo (5,6) e all'ultimo un nono (1,9). Non è possibile vendere né uccidere gli animali. I figli si trovano invischiati in una disputa che rischia di degenerare sempre più, soprattutto per il fatto che ciascuno di loro cerca di "arrotondare" la frazione a numero intero, naturalmente a proprio favore. La discussione rovente viene appianata grazie all'intervento di un anziano che dona il proprio cammello, rendendo finalmente il numero totale divisibile in parti intere: 9 cammelli al primo, 6 al secondo e 2 al terzo, in tutto 17, proprio la quota che fino a quel momento risultava impossibile da dividere. Restava ancora un cammello in avanzo, quello del saggio mediatore, che poté alla fine riprendersi. Egli risolve la disputa senza alcuna perdita, ma può farlo con successo solo nel momento in cui mette in conto la possibilità di rimetterci» (D. PIETRONI, R. RUMIATI, *Il mediatore. Una nuova figura professionale per spegnere i conflitti*, Il Mulino, Bologna 2012, p. 29, p. 30, citato da G. CUCCI, *Altruismo*, p. 83).

<sup>[23]</sup> P. SEQUERI, *L'umano alla prova. Soggetto, identità, limite*, Vita e Pensiero, Milano 2002, pp. 129 ss.

<sup>[24]</sup> P. CATTORINI, *Dare organi, donare organi. Appunti di bioetica sul trapianto da vivente* (da copia dattiloscritta).

<sup>[25]</sup> F. BUZZI, *Sul significato...*

<sup>[26]</sup> M. MAUSS, "Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche", in M. MAUSS, *Teoria generale della magia e altri saggi*, Einaudi, Torino 1965, pp. 153-292.

nel dono il disequilibrio è talmente grande che si ha l'impressione di farsi imbrogliare e si abbandona il rapporto.<sup>[27]</sup> Anche nella donazione di organi tra viventi vi è un disequilibrio tale per cui il ricevente si sente in perenne debito nei confronti del donatore, la cui costante presenza rammenta al primo la sua situazione debitoria. Ed è interessante notare come l'unica possibilità di uscire dalla condizione debitoria sia pagare il debito, ovvero stabilire un principio di equivalenza tra ciò che si riceve e ciò che si restituisce: è il criterio del mercato, che ammette solo forme quantizzabili e monetizzabili di restituzione.

Ma come riconoscere un dono?

Nel dono la restituzione è fatta *liberamente*. Certo è desiderata, auspicata, non esigita, richiesta obbligatoriamente, come in un contratto o nella scambio mercantile. Perciò «c'è sempre un rischio di non restituzione, accettato e assunto dal donatore. Di modo che è l'assenza di garanzia di restituzione, piuttosto che l'assenza di restituzione che caratterizza il dono».<sup>[28]</sup> La restituzione è sempre implicita nel dono.

Nell'esperienza del donare l'uomo raggiunge il vertice delle sue possibilità, impegnando il suo bene più prezioso, la libertà; per questo il dono «rimane un'esperienza legata all'amore e alla gratuità: esso non potrebbe nascere in forza del comando della legge o assicurato dalla paura di una possibile punizione [...] Non può essere favorito da uno stile direttivo, autoritario, o improntato alla paura, ma piuttosto alla fiducia e all'assunzione di responsabilità».<sup>[29]</sup> Più sono convinto che l'altro non è obbligato a restituire, più lo libero da questo obbligo, più il suo gesto sarà libero, sarà fatto in forza del nostro rapporto, nutrirà il legame, custodirà la relazione, sarà fatto per me. «È dunque essenziale "liberare" l'altro in permanenza mediante un insieme di rituali, pur conservando la speranza che il contro dono sarà restituito sotto forma di riconoscenza, o di oggetto. Più c'è esplicitazione, più ci si avvicina al contratto, al diritto, meno il gesto di ricambiare è libero, meno valore ha nell'ambito del rapporto e, via via, nell'ambito della società tutta».<sup>[30]</sup>

Nel dono «si mette in scena il legame sociale più libero».<sup>[31]</sup> Ed è esattamente su questo scambio libero che si fonda e costituisce la coesione sociale, sulla quale si fonda e costituisce la *macrocoesione* statale e la *microcoesione* mercantile. Il paradosso è esattamente che una società vive e muore, si rafforza o si indebolisce grazie ai milioni di gesti quotidiani in cui si dà fiducia o la si nega ad un altro membro della società, dove si corre il rischio che il dono non sia ricambiato. Senza questa fiducia originaria, questo credito dato in anticipo – necessario in fondo per vivere – il dono decade ad acquisizione di potere e accrescimento economico.<sup>[32]</sup>

---

[27] J. T. GODBOUT, *La circolazione*, p. 33.

[28] *Ibidem*, p. 34; corsivo nostro.

[29] G. CUCCI, *Altruismo*, pp. 197-198.

[30] J. T. GODBOUT, *La circolazione*, p. 35; corsivo dell'autore.

[31] *Ibidem*, 36.

[32] G. CUCCI, *Altruismo*, p. 143.

Quindi «più il gesto è vissuto come incondizionato dai due partners, più è indecidibile, e più rafforza il legame sociale quando è compiuto».<sup>[33]</sup>

Ciò non significa non riconoscere l'importanza della libertà insita nel mercato, ma relativizzarla. Essa si realizza liberandoci dal legame stesso: non occorre volersi bene per fare affari; si può sempre andare altrove. La libertà del mercato consiste nel liberarci dal legame sociale stesso. «Il mercato è liberato dal contesto personale. Il dono è libero all'interno di questo contesto. La libertà del dono integra le persone, le loro caratteristiche; è un metaordine rispetto al mercato; di qui l'assurdità di voler rendere conto del dono con la teoria del mercato».<sup>[34]</sup>

Analogamente la libertà dovuta allo stato comporta l'assunzione da parte di questi di un certo numero di compiti e servizi prima svolti dal legame sociale, da cui esso viene appunto liberato. Mercato e stato sono quindi complementari. Il mercato e lo stato «accarezzano il progetto comune di depurare il legame sociale di tutte le scorie che costituirebbero la circolazione di oggetti da una parte, di servizi dall'altra, lasciando soltanto il gioiello del legame sociale allo stato puro: l'affetto, l'amore».<sup>[35]</sup> Da una parte la circolazione assunta dal mercato e dallo stato, dall'altra il legame puro: una separazione netta, chiara. Ma il dono e di conseguenza un legame sociale puro non esistono: se tutto circola mediante il mercato e lo stato, la conseguenza non è il legame sociale puro, ma l'uomo solo, senza legami, senza nulla di cui nutrirsi.

I servizi funzionano soltanto passando per i legami sociali. Tanto è vero che nessuna formula, né statale né mercantile, può sostituire i genitori nell'opera educativa. Non è possibile una separazione tra legame sociale e circolazione di cose. Il dono «è la base che permette agli altri sistemi di esistere».<sup>[36]</sup> Di conseguenza «lo stato e il mercato devono fermarsi sulla soglia in cui quel che circola (beni ma soprattutto servizi) è il legame, in cui il servizio è il legame».<sup>[37]</sup>

#### 4. Dono e trapianto

Torniamo al punto di partenza, ovvero la mancanza di organi da trapiantare. Come intervenire, nel rispetto dei vissuti di tutti i soggetti implicati nel processo?

Una prima annotazione. Occorre uscire da una impostazione culturale che rappresenta il dono quale scelta eroica, unidirezionale, chiusa in se stessa:<sup>[38]</sup> una

---

[33] J. T. GODBOUT, *La circolazione*, pp. 36-37.

[34] J. T. GODBOUT, *La circolazione*, p. 39.

[35] *Ibidem*.

[36] *Ibidem*, p. 41.

[37] *Ibidem*, p. 40; corsivo dell'autore.

[38] «Il dono più altruista è quello che dà all'altro la possibilità di replica, che gli restituisce la capacità di dare a sua volta» (M. RASTOIN, "Si è più beati nel dare che nel ricevere", in *La Civiltà Cattolica*, IV, 2013, pp. 313-326, p. 325)

sorta di altruismo esasperato, che rende appunto il dono impossibile,<sup>[39]</sup> irreali, e quindi non promettente, non fecondo.

L'impresa di far progredire la consapevolezza del significato della donazione è eroica non in quanto straordinaria, cioè fuori dalla vita, ma impossibile poiché non vi sono le condizioni sociali per recepirla.

E infatti, stante questa situazione, le strade che si stanno percorrendo vanno nella direzione di ipotizzare l'utilizzo della prospettiva del mercato per aumentare la disponibilità di organi, con tutte le inaccettabili conseguenze. Il prezzo da pagare è l'esclusione di qualsiasi forma di legame. In più ciò concorre a quello sfaldamento sociale, che ha come conseguenza la solitudine di ogni cittadino, sempre più senza legami vitali, con conseguente ulteriore difficoltà a porre gesti solidali.

Ritengo invece che sia più pertinente ragionare su proposte che consentano di mantenere forme di relazione sociale integrate ai beni – in questo caso organi – da mettere in circolo.

Offro quindi alcuni criteri per la definizione di tali proposte.

Punto di partenza - sia per la donazione da vivente che da cadavere - è il riconoscimento della logica del dono definito nella sua circolarità di dare, ricevere, restituire. Quindi forme di restituzione sono eticamente ammissibili, stabilite alcune condizioni.<sup>[40]</sup>

Sono accettabili quelle forme di restituzione – nel nostro caso al donatore di organi o alla sua famiglia – che non si fondino sul principio di equivalenza,<sup>[41]</sup> ma in cui sia conservato il valore di legame, con il singolo e con la comunità. È esattamente questo legame sia con il familiare o l'amico che con la comunità che primariamente motiva la donazione.

Per quanto possibile, vanno escluse forme di automatismo, conservando anche simbolicamente il rischio dell'assenza di restituzione, individuando possibilità differenziate di restituzione. Conservando l'elemento della sorpresa, in grado di interrompere l'andamento lineare del movimento tra chi dà e chi riceve.<sup>[42]</sup>

---

<sup>[39]</sup> J. DERRIDA, *Donare il tempo*, Cortina, Milano 1996; ID., *Donare la morte*, Jaca Book, Milano 2002.

<sup>[40]</sup> Nella nostra prospettiva, riteniamo che la pertinente distinzione tra disincentivi economici (da rimuovere) e incentivi economici (non ammessi) sia riduttiva se si focalizza unicamente sull'aspetto economico, non ragionando sul profilo della legittimità di alcune forme di restituzione (D.R. SALOMON ET AL., "AST/ASTS Workshop on increasing organ donation in the United States: creating an "arch of change" from removing disincentives to testing incentives", in *American Journal of Transplantation*, XX, 2015, pp. 1-7. Interessanti le argomentazioni che R. Rhodes propone in termini più generali sul tema degli incentivi per un comportamento attento alla tutela della salute: "Incentives for Health care behavior", in *Hastings Center Report*, 3, 2015, p. 53.

<sup>[41]</sup> «Si può forse trovare qualcosa del dono in tutte le forme senza prezzo, come nel caso della dignità morale, la quale ha un valore ma non un prezzo, come nel caso dell'integrità del corpo umano o della non commercializzazione dei suoi organi, senza contare la bellezza del corpo umano, la bellezza dei giardini e dei fiori e lo splendore dei paesaggi» (P. RICOEUR, *Percorsi del riconoscimento*, Cortina, Milano 2005, citato da G. CUCCI, *Altruismo*, pp. 140-141).

<sup>[42]</sup> M. VERGANI, *Dono ed evento*, p. 61.

Occorre lasciare del tempo tra atto di donazione e di restituzione,<sup>[43]</sup> perché essa sia l'esito di una risposta (che chiama in causa l'identità del soggetto) e non di una reazione (nel senso dell'assoluzione di un debito).<sup>[44]</sup>

La libertà del ricevente va custodita e tutelata, consentendo al tempo stesso espressioni di gratitudine, in grado di rafforzare il legame sociale.

Nelle determinazione del soggetto/dei soggetti in grado di governare e garantire l'intero processo, occorrerà non solo assicurare la terzietà rispetto al trapianto, ma anche competenze nel campo delle scienze umane. Ed essendo azioni in cui prioritariamente il servizio è il legame, è necessario prevedere la presenza - se non affidare l'intera gestione - dei rappresentanti dei mondi vitali presenti in una determinata società.<sup>[45]</sup>

Nel processo dei trapianti non c'è spazio per la compresenza della logica del mercato e della logica del dono.<sup>[46]</sup> La nostra proposta considera le forme di restituzione presentate non una benevola concessione al mercato, che pervade ogni aspetto della vita, né una mediazione, ma legittime modalità della logica del dono alternative al mercato.

A dire che non è rinunciando alla logica del dono che aumenteranno gli organi da trapiantare, ma è esattamente a partire da esso che sarà possibile dare una risposta, persuasiva e credibile, a quelle persone la cui vita è appesa alla disponibilità di un organo e a chi sta vivendo il dramma della morte di un proprio caro.

---

<sup>[43]</sup> «Possiamo definire il tempo adeguato per contraccambiare un tempo senza misura esatta. [...] Questo scarto tra la coppia donare-ricevere e la coppia ricevere-ricambiare è così prodotto e al tempo stesso superato dalla gratitudine» (P. RICŒUR, *Percorsi del riconoscimento*, p. 272 citato da G. CUCCI, *Altruismo*, p. 144).

<sup>[44]</sup> M. VERGANI, *Dono ed evento*, pp. 59,65.

<sup>[45]</sup> Nella maggioranza delle situazioni, l'altruismo umano «chiama in causa la reciprocità indiretta: "io ti aiuto e qualcun altro aiuterà me". In realtà si tratta di una scommessa sulla quale non vi è mai una certezza [...]. Ne deriva che la relazione con l'altro non è spiegabile in termini di costi e benefici presenti e futuri, e tanto meno come secca alternativa tra perdita e guadagno, ma rimanda a un ricco intreccio di rappresentazioni e aspettative, sia individuali che sociali, all'interno di una cultura» (S. BONINO, *Altruisti per natura*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 8, citato da G. CUCCI, *Altruismo*, p. 89).

<sup>[46]</sup> Benedetto XVI ha puntualizzato che «l'economia ha senz'altro bisogno del *contratto*, per regolare i rapporti di scambio tra valori equivalenti. Ma ha altresì bisogno di *leggi giuste* e di *forme di redistribuzione* guidate dalla politica, e inoltre di opere che rechino impresso lo *spirito del dono*» E ha proseguito affermando che «accanto all'impresa privata orientata al profitto, e ai vari tipi di impresa pubblica, devono potersi radicare ed esprimere quelle organizzazioni produttive che perseguono fini mutualistici e sociali. E dal loro reciproco confronto sul mercato che ci si può attendere una sorta di ibridazione dei comportamenti d'impresa e dunque un'attenzione sensibile alla civilizzazione dell'economia» (Benedetto XVI, *Lettera Enciclica Caritas in Veritate*, 2009, n. 37, 38; corsivo dell'autore). Poiché lo stato e il mercato devono fermarsi sulla soglia dove quel che circola è il legame, non si può ipotizzare un'ibridazione tra dono e mercato nell'ambito del trapianto di organi.

# Conclusioni

LUCIA PILATI

Il Consiglio d'Europa e il Governo spagnolo hanno organizzato a Santiago de Compostela per il 25-26 marzo 2015 una conferenza internazionale di alto livello sulla lotta contro il traffico di organi umani, in occasione della quale è stata aperta alla firma la nuova Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi umani. La conferenza ha riunito oltre 200 esperti governativi, giudici, procuratori, rappresentanti delle forze dell'ordine, professionisti sanitari, responsabili politici e universitari, che esamineranno i mezzi per combattere più efficacemente il traffico di organi umani e le modalità di attuazione del trattato.

In occasione della conferenza la Convenzione è stata firmata dall'Italia e da altri 13 paesi. Successivamente altri paesi hanno sottoscritto la Convenzione (<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=216&CM=1&DF=&CL=ENG>)

In Italia è allo studio la revisione della normativa sul traffico e vendita di organi.



# Gli Autori

## Roberto Flor

Ricercatore in diritto penale e Professore di diritto penale dell'informatica e diritto penale internazionale, Università degli Studi di Verona

## Alessandro Nanni Costa

Direttore Generale del Centro Nazionale Trapianti, Italia

## Mario Picozzi

Professore in Medicina Legale, Dipartimento di biotecnologie e scienze della vita, Università degli Studi dell'Insubria

## Alessandra Pietrobon

Professore in Diritto Internazionale, Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali, Università degli Studi di Padova

## Lucia Pilati

Coordinatore per le attività di trapianto e donazione di organi e tessuti dell'APSS - PAT

## Franca Porciani

Giornalista, già al *Corriere della Sera*. Autrice del volume *Traffico d'organi. Nuovi cannibali, vecchie miserie*

## Stefano Semplici

Professore di Etica sociale, Università degli Studi di Roma Tor Vergata e Presidente del Comitato Internazionale di Bioetica dell'Unesco

## Paolo Sommaggio

Professore di Filosofia del Diritto Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Trento



## Appendice

Disegno di legge per la ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi umani, fatta a Santiago de Compostela il 25 marzo 2015

Mentre andiamo in stampa è iniziato alla Camera dei Deputati l'iter del disegno di legge per la ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi umani, fatta a Santiago de Compostela il 25 marzo 2015.

Si ritiene utile pubblicare in Appendice il testo del disegno di legge, che come tale potrà ovviamente, durante l'iter parlamentare, subire modifiche anche rilevanti.

Alla data di pubblicazione del presente volume solo l'Albania ha ratificato la Convenzione.



## DISEGNO DI LEGGE

—

## ART. 1.

*(Autorizzazione alla ratifica).*

1. Il Presidente della Repubblica è autorizzato a ratificare la Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi umani, fatta a Santiago de Compostela il 25 marzo 2015.

## ART. 2.

*(Ordine di esecuzione).*

1. Piena ed intera esecuzione è data alla Convenzione di cui all'articolo 1, a decorrere dalla data della sua entrata in vigore, in conformità a quanto disposto dall'articolo 28 della medesima Convenzione.

## ART. 3.

*(Modifiche al codice penale).*

1. Al codice penale sono apportate le seguenti modificazioni:

*a)* al sesto comma dell'articolo 416, dopo le parole: « di cui agli articoli 600, 601 » sono inserite le seguenti: « , 601-bis, 601-ter, 601-quater »;

*b)* dopo l'articolo 601 sono inseriti i seguenti:

« ART. 601-bis. — *(Prelievo di organi da persona vivente).* — Chiunque illecitamente preleva un organo o parte di un organo o un tessuto da persona vivente è punito con la reclusione da sei a dodici anni.

ART. 601-ter. — *(Traffico di organi prelevati da persona vivente).* — Chiunque acquista ovvero, a fine di lucro, procura un organo o parte di un organo o un tessuto prelevati da persona vivente, ovvero ne fa comunque commercio, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni.

Chiunque riceve, procura, trasporta, importa, esporta, prepara, conserva un organo o parte di un organo o un tessuto prelevati illecitamente da persona vivente è punito con la reclusione da tre a dieci anni.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da tre a sette anni e con la multa da euro 50.000 a euro 300.000 chiunque, a fine di lucro, organizza o propaganda viaggi ovvero pubblicità o diffonde, con qualsiasi mezzo, anche per via informatica o telematica, annunci finalizzati al traffico di organi di cui al primo e secondo comma.

ART. 601-*quater*. – (*Uso di organi prelevati illecitamente da persona vivente*). – Chiunque, salvo che il fatto costituisca più grave reato e fuori dei casi di concorso nel reato di cui all'articolo 601-*bis*, fa uso di un organo o parte di un organo o di un tessuto prelevato illecitamente da persona vivente soggiace alla pena stabilita dall'articolo 601-*bis*, ridotta di un terzo.

ART. 601-*quinquies*. – (*Violazione degli obblighi dell'esercente la professione sanitaria in materia di prelievo e uso di organi*). – L'esercente la professione sanitaria che richiede, riceve denaro o altra utilità, per sé o per altri, ovvero ne accetta la promessa per effettuare un prelievo illecito o per fare uso di un organo o parte di un organo o di un tessuto prelevato illecitamente da persona vivente è punito con la reclusione da quattro a dieci anni. La stessa pena si applica a colui che dà, offre o promette all'esercente la professione sanitaria il denaro o altra utilità.

ART. 601-*sexies*. – (*Circostanze aggravanti*). – Nel caso in cui la vittima del reato sia minore di età o in stato di inferiorità psichica o fisica, per i delitti previsti dagli articoli 601-*bis*, 601-*ter*, 601-*quater* e 601-*quinquies* si applica la reclusione da sette a quindici anni; nel caso di morte della persona sottoposta al prelievo o al trapianto si applica la reclusione da dodici a ventiquattro anni.

ART. 601-*septies*. – (*Pena accessoria*). – Alla condanna per il delitto di cui all'articolo 601-*quinquies* e per i delitti di cui agli articoli 601-*bis*, 601-*ter* e 601-*quater*, se commessi da persona che esercita una pro-

fessione sanitaria, consegue l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione ».

ART. 4.

*(Modifiche alle disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti da soggetto di cui sia stata accertata la morte).*

1. Alla legge 1° aprile 1999, n. 91, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 4, il comma 6 è abrogato;

b) all'articolo 22:

1) dopo il comma 2 è inserito il seguente:

« 2-bis. Nel caso in cui i fatti descritti dagli articoli 601-bis, 601-ter, 601-quater, 601-quinquies e 601-sexies del codice penale si riferiscano a un organo, a parte di un organo o ai tessuti prelevati da soggetti di cui sia stata accertata la morte ai sensi della legge 29 dicembre 1993, n. 578, si applicano le pene ivi rispettivamente previste ridotte della metà »;

2) i commi 3 e 4 sono abrogati;

c) all'articolo 22-bis, i commi 1 e 2 sono abrogati.

ART. 5.

*(Modifiche alla disciplina della responsabilità amministrativa degli enti).*

1. Dopo l'articolo 25-quinquies del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, è inserito il seguente:

« ART. 25-quinquies. 1. — *(Delitti in materia di prelievo di organi).* — 1. In relazione alla commissione dei delitti di cui agli articoli 601-bis, 601-ter, 601-quater e 601-quinquies del codice penale si applica all'ente la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote.

2. In relazione alla commissione dei delitti di cui al comma 1, se i fatti si riferiscono a un organo, a parte di un organo o a tessuti prelevati da soggetti di cui sia stata accertata la morte ai sensi

della legge 29 dicembre 1993, n. 578, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da duecento a cinquecento quote ».

ART. 6.

*(Riserve).*

1. Al momento del deposito dello strumento di ratifica, il Governo dichiara di riservarsi il diritto di non applicare l'articolo 10, paragrafo 1, lettera e), della Convenzione di cui all'articolo 1 della presente legge.

ART. 7.

*(Punto di contatto ai sensi dell'articolo 22 della Convenzione).*

1. Il punto di contatto responsabile per lo scambio di informazioni relative al traffico di organi umani della Convenzione di cui all'articolo 1, è il Ministero della giustizia-Dipartimento per gli affari di giustizia.

2. Le denunce presentate ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 4, della Convenzione di cui all'articolo 1 sono trasmesse al punto di contatto di cui al comma 1 per l'inoltro al competente Stato parte della Convenzione medesima.

ART. 8.

*(Clausola di invarianza finanziaria).*

1. Le amministrazioni pubbliche interessate provvedono all'attuazione della presente legge con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

ART. 9.

*(Entrata in vigore).*

1. La presente legge entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale*.



