



MARIANGELA TELESCA\*

## TRAFFICO DI ORGANI EX VIVO E DIRITTO PENALE. UNA RIFLESSIONE SULL'ART. 601-BIS C.P.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il traffico di organi nella legislazione antecedente alla l. n. 236/2016. - 3. La tratta di organi nella realtà sovranazionale. - 4. L'introduzione dell'art. 601-bis c.p. e le successive modifiche (d. lgs. n. 21/2018). - 5. La struttura della nuova fattispecie incriminatrice di cui all'art. 601-bis c.p.: il commercio di organi prelevati da vivente (co.1). - 6. La mediazione nella donazione di organi (art. 601-bis co. 2 c.p.). - 7. Traffico di organi ed esercizio della professione sanitaria (art. 601-bis co. 3 c.p.). - 8. Viaggi, propaganda e annunci finalizzati al traffico di organi (art. 601-bis co. 4 c.p.). - 9. Cenni di diritto comparato. - 10. Considerazioni sul ruolo dello strumento penale.

### 1. Premessa

Il fenomeno del traffico di organi prelevati da persona vivente per fini di trapianto chiama in causa una realtà poliedrica, connotata da una varietà di implicazioni – non solo giuridiche<sup>1</sup> ma anche di natura etico-filosofiche<sup>2</sup> e religiose<sup>3</sup> – non poco articolate e tra loro concatenate<sup>4</sup>. Qualche schematico riferimento di ordine generale appare utile non solo al fine

---

\*Assegnista di ricerca in Diritto penale, professore a contratto di Diritto penale - parte speciale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Salerno.

<sup>1</sup> Pone in luce la «particolare situazione psicofisica in cui viene a trovarsi il donatore dopo la cessione dell'organo, ma anche l'inquietante interrogativo se fino a che punto sia lecito porre l'uomo (...) nell'angosciosa alternativa tra l'eroismo e il rimorso, denudandolo di fronte alla propria coscienza» F. MANTOVANI, *Trapianti*, in *Dig. disc. pen.*, 1999, XIV, p. 331.

<sup>2</sup> In proposito cfr. F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, 1995, 91 ss.; tra gli altri: D. LAMB, *Etica e trapianto degli organi*, Bologna, 1995; R. SALA, *Etica dei trapianti d'organo*, in P. CATTORINI, R. MORDACCI, M. REICHLIN (a cura di), *Introduzione allo studio della bioetica*, Milano, 1996; M. ARMANNI, S. DI NAUTA, *Etica dei trapianti di organi. Per una cultura della donazione*, Milano, 1998; M. PICOZZI, *Il trapianto di organi. Realtà clinica e questioni etico-deontologiche*, Milano, 2010; più in generale per i profili relativi alla bioetica cfr. S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione*<sup>2</sup>, Torino, 2014, *passim*; sulle carenze della legislazione di settore, scarsamente ponderata, cfr. A. SESSA, *Dalla bioetica al biodiritto: irrazionalità e simbolismo negli esiti di una legislazione emergenziale in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 889 ss.

<sup>3</sup> G. GIACOBBE, *Trapianti*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, XLIV, p. 894.

<sup>4</sup> Secondo il *Parere del Comitato Nazionale della Bioetica*, a firma del presidente F.P. Casavola, dal titolo: *Traffico illegale di organi umani tra viventi*, (23 maggio 2013), in

di un migliore inquadramento della “questione” ma per delineare più correttamente il ruolo del diritto penale che – come avremo modo di dimostrare nel prosieguo – può, senza dubbio, apportare un significativo contributo ma non può essere caricato della soluzione del problema, il quale, richiede a nostro avviso una risposta di più ampio respiro, di natura multiagenziale e multidisciplinare coordinata a livello internazionale.

Per cogliere con esattezza i termini della questione concernente il traffico di organi finalizzato ai trapianti<sup>5</sup> e, dunque, per valutare le reali difficoltà che incontra l'applicazione del diritto penale, occorre tenere presente alcuni fattori che possono essere così schematizzati:

a) innanzitutto, la carenza cronica di organi a livello mondiale, dovuta ad un fortissimo squilibrio tra domanda e offerta<sup>6</sup>, fa sì che i trapianti eseguibili siano in grado di soddisfare appena il 10% del fabbisogno totale<sup>7</sup>;

b) la necessità per le persone afflitte da gravi patologie che vedono nell'innesto di organi “nuovi” la possibilità di vivere o vivere in condizioni meno insopportabili (si pensi, solo per fare un esempio, ai casi di insufficienza renale grave con conseguente dialisi permanente) e, per tali motivi, sono disposti “a tutto”, anche a violare la legalità aggirando le liste e i tempi di attesa<sup>8</sup>;

c) il particolare contesto connotato da marcata vulnerabilità<sup>9</sup> che coinvolge sia i donatori – costretti a forme di autolesionismo<sup>10</sup> – che i riceventi<sup>11</sup>. Le vittime, raggruppando in questa categoria i “possessori” dell'organo e i “fruitori” del trapianto, infatti, sono per lo

---

[https://bioetica.governo.it/media/1831/p110\\_2013\\_traffico\\_illegale\\_organ\\_i\\_umani\\_tra\\_viventi\\_it.pdf](https://bioetica.governo.it/media/1831/p110_2013_traffico_illegale_organ_i_umani_tra_viventi_it.pdf), p. 8, si tratta di una vicenda che vede coinvolte diverse categorie di persone: i pazienti malati disposti a percorrere grandi distanze e ad affrontare rischi per la loro salute al fine di ottenere il trapianto di cui hanno bisogno; i venditori generalmente poveri e in gravi difficoltà; i chirurghi e le strutture mediche disposti a violare leggi e regole fondamentali dell'etica e della deontologia; i *broker* e altri intermediari che hanno legami con la malavita del traffico di organi e infine i medici che nei Paesi di origine danno assistenza al paziente che ha fatto uso del mercato.

<sup>5</sup> Sulle varie tipologie dei trapianti cfr. F. MANTOVANI, *Trapianti*, in *Dig. disc. pen.*, cit., p. 330-331; ID., *Trapianti*, in *Nov. Dig. It. App.*, Torino, 1987, VIII, p. 793 ss.

<sup>6</sup> Rimarca il «preoccupante rapporto tra l'elevato numero di richieste di trapianto e la scarsa disponibilità di organi e tessuti» D. MICHELETTI, *La nuova legge sui trapianti: linee guida e tutela penale. Il commento*, in *Dir. proc. pen.*, 1999, 5, p. 546; non diversamente V. TIGANO, *La repressione del traffico di organi prelevati da vivente: verso il nuovo art. 601 bis c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 4, p. 2 (versione De Iure Banca Dati); G. BERLINGUER, *Il corpo come merce o come valore*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Questioni di bioetica*, Roma-Bari, 1993, p. 88.

<sup>7</sup> All'esiguità dell'offerta fa da contraltare un aumento esponenziale della domanda di trapianti salvavita, «principalmente a causa del generale invecchiamento della popolazione e della maggiore incidenza di casi d'insufficienza grave ed irreversibile di organi vitali, causata dalle patologie considerate quali nuove “pandemie” del 21° secolo: il cancro, l'ipertensione, le malattie cardiache, il diabete e l'obesità», cfr. S. NEGRI, *La Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi umani: un importante strumento internazionale per la tutela della salute e della sicurezza della persona*, in *Ord. int. dir. um.*, 2016, p. 129. L'Autrice evidenzia, inoltre, come il crescente divario tra domanda e offerta di organi – che si acuisce nei Paesi in cui le barriere culturali e la religione vietano anche la donazione cadaverica – abbia generato un forte aumento nel numero di pazienti in lista d'attesa per il trapianto e, di conseguenza, nel numero di decessi che si registrano durante tale attesa, con un tasso di mortalità che può variare dal quindici al trenta per cento.

<sup>8</sup> Per un quadro del rapporto tra pazienti iscritti nelle liste in attesa di trapianto e tempi medi di attesa nella nostra realtà cfr. il Sistema Informativo Trapianti del Ministero della salute consultabili all'indirizzo [https://trapianti.sanita.it/statistiche/liste\\_attesa\\_1.aspx](https://trapianti.sanita.it/statistiche/liste_attesa_1.aspx).

<sup>9</sup> Sul concetto di vulnerabilità recepito nella Direttiva UE 2011/36 v. *infra* § 3.

<sup>10</sup> Cfr. la raccolta di saggi socio-antropologici sulla mercificazione del corpo umano a cura di N. SCHEPER-HUGHES, L. WACQUANT, *Corpi in vendita. Interi e a pezzi*, Verona, 2004.

<sup>11</sup> J. HARRIS, *Un mercato monopolistico per gli organi umani*, in *Notizie di Politeia*, 1992, 8, p. 1128 ss.

più persone fragili<sup>12</sup> o economicamente indigenti<sup>13</sup>: tra i primi vengono annoverati i prigionieri di guerra, i profughi<sup>14</sup>, i condannati a morte<sup>15</sup>, i minori che vengono rapiti per espiantare gli organi la cui origine è spesso rinvenibile nelle zone più povere del pianeta<sup>16</sup>. Negli ultimi decenni, invero, il flusso di organi e parti del corpo percorre le moderne rotte internazionali tracciate dal capitale: dal Sud al Nord, dal terzo al primo Mondo, dai poveri verso i ricchi<sup>17</sup>. Si tratta di persone provenienti, per lo più, da realtà socio-economiche connotate da estrema miseria<sup>18</sup>; ambiti ove, è stato affermato, la vita umana è priva di valore per operatori economici senza scrupoli che possono acquistare organi da soggetti che non hanno null'altro da offrire in vendita per la loro sopravvivenza – o anche procacciarli attraverso l'omicidio – per poi immetterli nel circuito clandestino finalizzato all'impianto di quegli organi su persone disponibili a pagarli lautamente<sup>19</sup>, anche ricorrendo al “mercato nero”<sup>20</sup>. Sotto molti profili, non meno vulnerabili sono anche coloro che si trovano nella condizione di “attesa” del trapianto “salvavita”<sup>21</sup>, i quali vivono nel terrore che senza trapianto siano destinati ad una vita “diversa” e, in alcuni casi, a morte prematura;

<sup>12</sup> Evidenziano F. PORCIANI, P. BORSELLINO, *Vite a perdere. I nuovi scenari del traffico d'organi*, Milano, 2018, come questo terribile mercato del traffico di organi non si nutre più soltanto della merce umana che si trova nelle *favelas* brasiliane, nei sobborghi miserabili di Manila o in altre sacche di povertà sparse nel mondo, ma si insinua fra i popoli in fuga dall'Africa tormentata dalle guerre e dalla siccità.

<sup>13</sup> Paradigmatico è il caso della clinica “Medicus” (in Kosovo) che ha visto l'incriminazione di uno dei proprietari (ove anch'egli operava come chirurgo) e di altri quattro imputati, parimenti di nazionalità kosovara; le vittime erano persone di vari Stati dell'Europa dell'est, che avevano saputo da inserzioni su siti internet che, per un prezzo variabile tra i diecimila e i quindicimila dollari, era possibile vendere un rene. Date le loro condizioni economiche precarie almeno ventiquattro persone avevano accettato di essere trasferiti in Kosovo, al fine di sottoporsi all'espianto di un rene, in proposito cfr. F. BUATIER DE MONGEOT, *Traffico di esseri umani finalizzato all'espianto di organi: il caso Medicus*, in *Ques. giust.* (23 gennaio 2014), consultabile all'indirizzo file:///C:/Users/HP/Desktop/601bis/Traffico%20di%20esseri%20umani%20finalizzato%20all%E2%80%99espianto%20di%20organi\_%20il%20caso%20Medicus.html.

<sup>14</sup> Si v. A. GILLOLI, *Premiata macelleria delle indie*, Torino, 2007.

<sup>15</sup> Rileva S. NEGRI, *La Convenzione del Consiglio d'Europa*, cit., p. 132, come questa pratica sembra continuare indisturbata in Cina, nonostante siano state intraprese iniziative volte a limitarla; cfr. in proposito *China to stop using executed prisoners as source of transplant organs*, in *The Guardian*, 4 December 2014; A. SHARIF, M. FIATARONE SINGH, T. TREY, J. LAVEE, *Organ Procurement from Executed Prisoners in China*, in *American Journal of Transplantation*, 2014, p. 2246 ss.

<sup>16</sup> A. BAGHERI, *Child organ trafficking: global reality and inadequate international response*, in *Medicine, Health Care and Philosophy*, 2015, p. 1 ss.

<sup>17</sup> *Parere del Comitato Nazionale della Bioetica*, cit., p. 3.

<sup>18</sup> Evidenzia il “commercio globale di corpi” e “parti del corpo” in un contesto di povertà e come il trapianto di organi avvenga in uno spazio transnazionale con chirurghi, pazienti, donatori di organi, riceventi, intermediari, alcuni con connessioni criminali, che seguono nuovi percorsi di capitale e tecnologia nell'economia globale, N. SCHEPER, HUGHES, *The Global Traffic in Human Organs*, in *Current Anthropology*, 2000, 41, 2, p. 191 ss.; ID., *Neo-Cannibalism: The Global Traffic in Human Organs*, in *Hedgehog Review*, 2001, p. 79 ss.; F. PORCIANI, *Traffico di organi. Nuovi cannibali, vecchie miserie*, Milano, 2012.

<sup>19</sup> S. SEMINARA, *I delitti contro la persona*, in R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, p. 129.

<sup>20</sup> È stato evidenziato da S. NEGRI, *La Convenzione del Consiglio d'Europa*, cit., p. 130, nt. 3, che l'OMS stima in circa diecimila l'anno il numero di trapianti eseguiti con impiego di organi umani acquistati al mercato nero. I pazienti, che si recano prevalentemente in Cina, India, Pakistan o nelle Filippine per subire il trapianto, pagano fino a duecentomila dollari per il “pacchetto completo” (viaggio, operazione, organo, spese mediche varie), di cui solo un'infinitesima parte è corrisposta al venditore. Tra l'altro, i siti di trapianto illegale si sono ulteriormente estesi anche in altre regioni del mondo, quali Medio Oriente, Europa dell'Est, Sud Africa, Asia Centrale, America Latina e Stati Uniti.

<sup>21</sup> Lo pone chiaramente in rilievo R. FLOR, *Prime riflessioni a margine della nuova convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi umani. Prospettive attuative e tutela penale della salute e della dignità umana*, in

d) il ruolo della criminalità transnazionale che sfrutta la particolare situazione al fine di profitto non facendosi scrupoli nel porre in essere qualsivoglia comportamento criminoso funzionale al “rinvenimento” dell’organo trapiantabile da vendere, successivamente, al disperato di turno.

## 2. Il traffico di organi nella legislazione antecedente alla l. n. 236/2016

Una situazione complessa ma, certamente, non nuova<sup>22</sup> che va diffondendosi in maniera sempre più rilevante<sup>23</sup> e che, sotto altri aspetti, si lega sempre più alla tratta internazionale di persone (art. 601 c.p.)<sup>24</sup> assumendo, in tal modo, contorni da mercato globale<sup>25</sup>, come dimostrano, del resto, i molteplici documenti sovranazionali funzionali a contrastare siffatte pratiche<sup>26</sup>. Seppure in ritardo il legislatore, alla luce delle lacune della normativa anteriore alla l. n. 236/2016, è intervenuto su di una realtà che necessitava di una risposta articolata a tutela dei rilevanti interessi in gioco (la vita della persona, l’integrità fisica, la salute privata e pubblica, la libertà personale, la dignità umana) anche se – per le ragioni che svilupperemo nel prosieguo – da un punto di vista tecnico la fattispecie incriminatrice di cui all’art. 601-*bis* c.p. (introdotta dalla l. n. 236/2016 e successivamente modificata dal d.lgs. n. 21/2018), non va esente da qualche obiezione per l’uso di formule di difficile agnizione.

Prima della l. n. 236/2016 la materia era, parzialmente, disciplinata dalla l. n. 458/1967 (recante «Trapianto del rene tra persone viventi») che all’art. 7 (poi abrogato dall’art. 4 co. 1 della l. n. 236/2016) puniva, con la reclusione da tre mesi ad un anno e con multa, chiunque a scopo di lucro svolgeva opera di mediazione nella donazione di un rene<sup>27</sup>. All’art. 6, la stessa legge stabilisce che qualsiasi pattuizione privata che preveda un compenso in denaro o

---

[https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/142865411FLOR\\_2015.pdf](https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/142865411FLOR_2015.pdf), p. 23 (14 aprile 2015), quando afferma che il donatore ed il beneficiario, 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 alla necessità di trovare un organo “salva vita”.

<sup>22</sup> La questione come rileva G. LOSAPPIO, *Trapianti e prelievi di organi*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*<sup>2</sup>, Padova, 2007, p. 2947 può farsi risalire agli anni Trenta del secolo scorso quando presso una clinica napoletana fu eseguito un espianto e successivo impianto di gonadi; tale intervento «segna il momento in cui il tema dei trapianti varca il tradizionale confine dell’esperienza medica e approda alla ribalta sia delle aule giudiziarie che della riflessione giuridica».

<sup>23</sup> Rileva R. FLOR, *Prime riflessioni*, cit., p. 3, con ampi riferimenti bibliografici a cui si rinvia, come dalla fine degli anni ‘80 la *World Health Organization* abbia lanciato gli *alerts* dovuti all’esponentiale 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>24</sup> Lo ribadisce anche la *Relazione illustrativa* alla l. n. 236/2016, secondo cui il traffico di organi è una forma di tratta degli esseri umani che rappresenta una gravissima violazione dei diritti umani fondamentali, in particolare della dignità dell’uomo e dell’integrità fisica. Questo traffico costituisce un settore di attività di gruppi criminali organizzati che spesso ricorrono ad abusi e violenze su persone particolarmente vulnerabili. Rappresenta inoltre un grave rischio per la salute pubblica e mina la fiducia dei cittadini nel sistema legale dei trapianti, in *Atti parlamentari - Senato della Repubblica - N. 922, XVII Legislatura - Disegni di legge e relazioni - Documenti*, consultabile sul sito <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00719558.pdf>.

<sup>25</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*<sup>7</sup>, Padova, 2019, p. 318.

<sup>26</sup> V. *infra* § 2.

<sup>27</sup> Il delitto di mediazione ivi descritto non evidenziava un chiaro collegamento con un bene giuridico, afferrabile ed offendibile, ma sanzionava la violazione di una regola “primaria” del mercato, con la quale i reni assumevano, appunto, il carattere di *res extracommercium*, in tali termini cfr. G. LOSAPPIO, *Trapianti e prelievi di organi*, cit., p. 2954.

un'altra utilità in favore del donatore, per indurlo all'atto di disposizione e destinazione, è nulla e non produce effetti. Tale legge ha costituito, fino al 2012, l'unica ipotesi di mediazione lucrativa commessa su organi prelevati da vivente penalmente sanzionata; «infatti, nonostante le successive normative disciplinanti il trapianto di fegato, polmoni, pancreas e intestino fossero costruite per rinvio alla legge sul trapianto di reni, la fattispecie non era applicabile in relazione a tali organi, stante l'esplicito riferimento alla “donazione di un rene”»<sup>28</sup>. Il quadro normativo si “completava” con le disposizioni di cui: a) alla l. n. 483/1999 («Norme per consentire il trapianto parziale di fegato») che all'art. 1 stabiliva, in deroga al divieto sancito dall'art. 5 c.c., la possibilità di «disporre a titolo gratuito di parti di fegato al fine esclusivo del trapianto tra persone viventi»; b) alla l. n. 228/2012 (c.d. legge di stabilità 2013) che all'art. 1 co. 340 apportava una serie di modifiche alla l. n. 91/1999<sup>29</sup> (in tema di «Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti») e, sul piano sanzionatorio, introduceva l'art. 22-*bis*<sup>30</sup>. In un tale contesto, possono essere ricordate, inoltre, la l. n. 301/1993 sui prelievi ed innesti di cornea<sup>31</sup>; le ll. nn. 235/1957 (prelievi di parti di cadavere a scopo di trapianto terapeutico) e 644/1975 – abrogata dall'art. 27 della l. n. 91/1999<sup>32</sup> – («Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti»<sup>33</sup>).

Si era al cospetto di una disciplina parziale<sup>34</sup> e caratterizzata da un elevato disordine solo in parte ricomposto dalla l. n. 228/2012, il cui art. 22-*bis* prevedeva una generale

<sup>28</sup> L. PISTILLI, *La nuova legge sul traffico di organi: criticità e prospettive di una riforma incompleta*, in *Studium iuris*, 2017, 6, p. 670.

<sup>29</sup> Si veda L. BISORI, *Commento alla legge 1°/4/1999 n. 91 – Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti*, in *Leg. pen.* 1999, p. 808 ss. che rileva come l'Italia occupi sempre le ultime posizioni nelle graduatorie europee sulla efficienza del sistema dei trapianti; alcune percentuali vengono riportate alla nota 2; per un commento delle disposizioni penali, e in particolare sulla fattispecie di commercio di organi e tessuti, cfr. D. MICHELETTI, *La nuova legge sui trapianti*, cit., p. 549 ss.

<sup>30</sup> L'art. 22-*bis* l. n. 91/1999 così reca: «(Sanzioni in materia di traffico di organi destinati ai trapianti). - 1. Chiunque a scopo di lucro svolge opera di mediazione nella donazione di organi da 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. 2. Salvo che il fatto costituisca reato, chiunque pubblicizzi la richiesta d'offerta di organi al fine di conseguire un profitto finanziario o un vantaggio analogo è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000 a euro 50.000. 3. Salvo che il fatto costituisca reato, chiunque senza autorizzazione acceda a sistemi che rendano possibile l'identificazione dei donatori o dei riceventi, o ne utilizzi i dati è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000 a euro 50.000». I commi 1 e 2 venivano abrogati, rispettivamente, dal d. lgs. n. 21/2018 e dalla l. n. 236/2016.

<sup>31</sup> F. ALBERTON, R. FOSTINI, *Considerazioni sulla l. 12/8/1993, n. 301 (norme in materia di prelievi ed innesti di cornea)*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, p. 256 ss.

<sup>32</sup> Per un quadro d'insieme della l. n. 91/1999 cfr. A. VALLINI, *Commento alla legge 1°/4/1999 n. 91 – Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 443 ss. che pone in evidenza la finalità di delineare una disciplina del tutto innovativa in materia di prelievi e di trapianti di organi e tessuti da cadavere, nell'intento di realizzare un sistema coordinato ed efficiente di gestione delle offerte e delle richieste che le disposizioni del 1975 non erano riuscite a garantire; per ulteriori riflessioni cfr. F. GIUNTA, *Eutanasia pietosa e trapianti quali atti di disposizione della vita e del proprio corpo*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 406 ss.; per una dura presa di posizione sulla legge del 1999 «caratterizzata, oltre che da inadeguatezze tecniche, da certe incoerenze e disomogeneità e da certe distrazioni e sviste sanzionatorie» cfr. F. MANTOVANI, *Trapianti*, in *Dig. Disc. Pen., Agg.*, Torino, 2004, II, p. 825 ss.

<sup>33</sup> Sul fondamento giuridico dell'utilizzabilità di parti del corpo umano a beneficio della vita altrui - con riferimento al prelievo *post mortem* - che si collega all'affermazione della dignità umana, di cui all'art. 2 Cost., e che richiede anche comportamenti attivi improntati a solidarietà sociale, già L. EUSEBI, *Beni penalmente rilevanti e trapianti d'organo*, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, p. 1001 ss.

<sup>34</sup> Sulle necessità di regolamentare il settore e sanzionare il “traffico clandestino degli organi” cfr. il *Parere del Comitato Nazionale della Bioetica*, cit., p. 5, secondo cui il traffico di organi risulta essere un illecito non sempre

incriminazione della mediazione a scopo di lucro nella donazione di organi da vivente; analogamente disponeva l'art. 22 l. n. 91/1999<sup>35</sup>. In sintesi, fino all'introduzione dell'art. 601-bis c.p. veniva punita solo la violazione del divieto di gratuità della cessione di organi (rene, fegato, pancreas, intestino), stabilendosi una sanzione per la mediazione a scopo di lucro, senza prendere in considerazione le condotte di espanto illegale o assenza dei requisiti di validità del consenso rinviando, così, alla generale incriminazione di cui all'art. 583 c.p.<sup>36</sup>.

Da ultimo, a completamento del quadro normativo in tema di traffico di organi prelevati da vivente, occorre richiamare il d. lgs. n. 24/2014<sup>37</sup> – in attuazione alla direttiva 2011/36/EU del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla prevenzione ed alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, sostitutiva della decisione quadro 2002/629 GAI<sup>38</sup> – che ha novellato le fattispecie di riduzione in schiavitù, tratta di persone e acquisto e alienazione di schiavi, previsti agli artt. 600-602 c.p., per i casi in cui tali condotte siano commesse al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo di organi.

### 3. *La tratta di organi nella realtà sovranazionale*

Come si anticipava, la materia è stata oggetto di numerosi atti sovranazionali; ne segnaliamo solo alcuni per la “spinta” alla regolamentazione penalistica del settore<sup>39</sup>:

a) la Convenzione del Consiglio di Europa, firmata a Oviedo il 4 aprile 1997, in vigore dal 1° dicembre 1999 e ratificata da 29 Paesi tra i quali l'Italia con l. n. 145/2001, per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina. L'art. 19 della Convenzione stabilisce la regola generale secondo cui: «Il prelievo di organi o tessuti a fini di trapianto non può essere fatto su un donatore vivente se non nell'interesse terapeutico del ricevente e qualora non si disponga di

---

ben definito nelle legislazioni statali, confuso con altre fattispecie criminose, ricomprendendo in questa espressione non solo la compravendita di organi e il c.d. “turismo dei trapianti” (pazienti provenienti da Paesi ricchi che si recano all'estero per l'acquisto di organi dalle persone indigenti), ma anche l'attività di organizzazioni di intermediazione mirate alla vendita clandestina e la tratta di clandestina e la tratta di persone a scopo di rimozione di organi. Sulla disarmonia della disciplina vigente che tocca il suo apice in relazione al trattamento sanzionatorio, poiché le varie fattispecie penali destinate ad assicurare l'effettività della disciplina dei trapianti non sono ben coordinate tra loro, con conseguenti «ingiustificate aree di irrilevanza penale, dovute per lo più a sviste e negligenze legislative», F. GIUNTA, *La nuova disciplina dei trapianti d'organo: principi generali e profili penale*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2001, p. 3 (versione De Iure Banca Dati).

<sup>35</sup> S. SEMINARA, *I delitti contro la persona*, cit., p. 129

<sup>36</sup> S. SEMINARA, *I delitti contro la persona*, cit.

<sup>37</sup> Per un commento al d.lgs. n. 24/2014 con particolare riferimento alle innovazioni di diritto penale sostanziale e processuale cfr. G. FIDELBO, *Relazione* n. III/04/2014 Roma, 27 marzo 2014, in [https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione\\_III\\_04\\_2014.pdf](https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_III_04_2014.pdf).

<sup>38</sup> Su cui v. 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 (25 luglio 2011) <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/796-prosegue-l-azione-dell-unione-europea-nella-lotta-alla-tratta-di-esseri-umani>; 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 (20 marzo 2014), *ivi*.

<sup>39</sup> Per un preciso quadro d'insieme degli interventi posti in essere dagli Organismi internazionali sin dal 1987 con la prima risoluzione adottata dall'Assemblea dell'OMS si v. S. NEGRI, *La Convenzione del Consiglio d'Europa*, cit., p. 131 ss.

organo o di tessuto adatto proveniente da persona deceduta né esistano metodi terapeutici alternativi di efficacia paragonabile. Il consenso previsto dall'art. 5 deve essere dato espressamente e specificamente o per iscritto o davanti a organo ufficiale<sup>40</sup>. Viene stabilito, inoltre, che non può essere effettuato alcun prelievo d'organo o di tessuto su una persona che non abbia la capacità di dare il consenso in conformità a quanto previsto dall'art. 5<sup>41</sup>. All'art. 21 la Convenzione prevede un principio, di particolare rilevanza, che introduce il divieto secondo cui il corpo umano e le sue parti non devono, in quanto tali, essere fonte di profitto<sup>42</sup>;

b) il Protocollo addizionale alla Convenzione di Oviedo sul trapianto di organi e tessuti di origine umana firmato a Strasburgo il 24 gennaio 2002 e in vigore, a livello internazionale, dal 1° maggio 2006, ribadisce espressamente il divieto di traffico di organi e di tessuti (art. 22), invitando le parti a prevedere sanzioni appropriate per i casi di violazione delle sue disposizioni;

c) la Convenzione sulla lotta contro la tratta degli esseri umani, firmata a Varsavia nel 2005, (ratificata da 46 Paesi tra i quali l'Italia ai sensi della l. n. 108/2010) con il dichiarato scopo di prevenire e di combattere la tratta di esseri umani, garantendo la parità tra le donne e gli uomini (art. 1 lett. a). All'art. 4 (dedicato alle “definizioni”) la Convenzione richiama anche l'espianto di organi, evidenziando lo stretto rapporto tra lo sfruttamento delle persone oggetto di tratta e il mercato dei trapianti<sup>43</sup>;

d) la Direttiva n. 2010/53/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa alle norme di qualità e sicurezza degli organi umani destinati ai trapianti. L'art. 13 stabilisce: a) che gli Stati membri provvedono affinché le donazioni di organi di donatori deceduti e viventi siano volontarie e non remunerate (co. 1); b) il principio che il reperimento degli organi sia effettuato senza fini di lucro (co. 4) anche se la gratuità della donazione non impedisce ai donatori viventi di ricevere un indennizzo, purché sia strettamente limitato a quanto necessario a far fronte alle spese e alle perdite di reddito connesse alla donazione (co. 2); e, c) 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;

<sup>40</sup> L'art. 5 della Convenzione prevede che: a) qualsiasi intervento in campo sanitario non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato il proprio consenso libero e informato; b) questa persona riceve preventivamente un'informazione adeguata in merito allo scopo e alla natura dell'intervento nonché alle sue conseguenze ed ai suoi rischi; c) la persona interessata può liberamente ritirare il proprio consenso in qualsiasi momento. Sul problema del consenso informato non solo con riferimento alla Convenzione (p. 19 ss.) cfr. M. MANTOVANI, *Dal consenso informato al consenso presunto*, in *Ind. pen.*, 2018, 1, p. 13 ss.

<sup>41</sup> Più in generale sul problema dei soggetti incapaci di prestare il consenso v. M. MANTOVANI, *Dal consenso informato*, cit., p. 18 ss.

<sup>42</sup> Nello stesso senso può essere richiamata anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in *GUCE* C 364 del 18 dicembre 2000, art. 3.2.c).

<sup>43</sup> L'art. 4 così dispone: «a) L'espressione “tratta di esseri umani” indica il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, con la frode, con l'inganno, con l'abuso di autorità o della condizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di pagamenti o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù o l'espianto di organi; b) Il consenso della vittima di “tratta di esseri umani” allo sfruttamento, così come indicato nel comma a) di questo articolo, è irrilevante in presenza di uno qualsiasi dei mezzi indicati nel comma a); c) Il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di un minore allo scopo di sfruttarlo, verrà considerato “tratta di esseri umani” anche se non viene utilizzato alcuno dei mezzi previsti nel comma a) del presente articolo». In dottrina cfr. V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico dei migranti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1, p. 90 ss.

e) la Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi (2014) aperta alla firma il 25 marzo 2015 a Santiago de Compostela. Gli artt. 1-3 della Convenzione riaffermano le finalità di prevenzione e di contrasto del traffico di organi umani; contengono chiari riferimenti alla protezione delle vittime, nonché alle misure di prevenzione per garantire la trasparenza e l'accesso equo ai servizi di trapianto. La Convenzione si propone altresì – aspetto di non secondaria importanza – di facilitare la cooperazione internazionale per quanto concerne le azioni funzionali al contrasto dei traffici di organi umani. L'ambito di applicazione della Convenzione non è solo quello del traffico di organi umani a scopo di trapianto, ma anche di altre forme di rimozione o di innesto illegale di organi umani. Le misure di tutela dei diritti delle vittime di traffico di organi umani dovranno essere assicurate senza alcun tipo di discriminazione in base al sesso, alla razza, alla lingua, alla religione, all'opinione politica, alla condizione sociale o nazionale, all'orientamento sessuale, alla disabilità. Gli artt. 4 - 14 interessano il diritto penale sostanziale, con l'indicazione delle figure di reato che le Parti sono tenute a introdurre nei rispettivi ordinamenti in relazione all'oggetto della Convenzione. A tale scopo ciascuna delle Parti introdurrà nel proprio ordinamento il reato di rimozione di organi umani da donatori in vita o deceduti, intenzionalmente commesso, se la rimozione è effettuata senza il consenso libero e informato del donatore, ovvero, se questi sia già deceduto, senza un'autorizzazione alla rimozione conforme alla legislazione nazionale. Verrà altresì considerata condotta criminale la corresponsione o anche la semplice offerta al donatore in vita o ad un terzo di un compenso finanziario in cambio della rimozione di organi. Infine, sarà parimenti criminalizzata la condotta consistente nell'offerta o nella corresponsione a una parte terza di un compenso finanziario o di analogo beneficio in cambio della rimozione di organi da un donatore deceduto. Dunque, espresso invito da parte del legislatore sovranazionale all'emanazione di specifiche fattispecie incriminatrici<sup>44</sup>.

Tra i documenti sovranazionali che danno conto della rilevanza della questione del traffico di organi connesso alla tratta di persone va ricordato anche il *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children*, che è uno dei tre protocolli addizionali alla c.d. Convenzione di Palermo (*The United Nations Convention against Transnational Organized Crime*), adottato a New York il 15 novembre 2000 in occasione della 55<sup>ma</sup> sessione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

Infine, può essere invocata, per le ricadute seppure indirette sulla questione del traffico di organi, la richiamata Direttiva UE 2011/36 per il riferimento alla vulnerabilità dei soggetti. Secondo la Direttiva (art. 2 n. 2) «per posizione di vulnerabilità si intende una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima»; il 12° considerando della stessa Direttiva, oltre ad affermare che tra le vittime vulnerabili rientrano i minori, individua gli elementi da prendere in considerazione nel valutare la posizione di vulnerabilità facendo riferimento, ad esempio, al sesso, alla gravidanza, allo stato di salute e alla disabilità.

#### 4. *L'introduzione dell'art. 601-bis c.p. e le successive modifiche (d. lgs. n. 21/2018)*

Il legislatore perviene all'emanazione della l. n. 236/2016 cercando di fronteggiare alcune esigenze già ribadite nel contesto internazionale. Alla base del nuovo provvedimento si rinviene una condivisibile impostazione che può essere così schematizzata:

<sup>44</sup> Ulteriori riferimenti in *Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi umani, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno A.C. 3918*, in <https://documenti.camera.it/leg17/dossier/pdf/ES0543.pdf>.

a) la presa d'atto: 1) dell'aumento del fenomeno concernente la necessità di trapianti di organi evidenziata, del resto, dalle nutrite liste d'attesa di pazienti; 2) dell'entità del numero, in continua crescita, di coloro che attendono il trapianto e costituisce il terreno fertile per il proliferare di pratiche illegali; 3) dell'accesso dei pazienti alle possibilità dei trapianti di organi che risulta condizionato, nei vari Paesi, dal costo delle cure sanitarie, dal livello di avanzamento delle capacità tecniche ma anche dall'effettiva disponibilità di organi; 4) della carenza di donatori, come si segnalava in apertura, che ha prodotto lo sviluppo di un commercio internazionale e di un turismo specificatamente dedicato al reperimento di organi finalizzati al trapianto verso i Paesi in via di sviluppo dove tale vendita è consentita;

b) il legame tra traffico di organi e tratta delle persone a cui abbiamo fatto cenno in precedenza;

c) le sollecitazioni da parte degli Organismi sovranazionali prima richiamate. Nella fase dell'*iter* parlamentare di approvazione della legge si fa espresso riferimento al documento del 2004 dell'Organizzazione mondiale della sanità che ha invitato gli Stati membri ad adottare misure volte a proteggere le categorie più fragili, impedendo l'acquisto e la vendita di organi umani per trapianti. Tale Organismo ha, inoltre, sollecitato gli Stati a prevedere divieti per quanto riguarda tutti i tipi di pubblicità, inclusa quella elettronica, che sollecitano o spingono all'intermediazione a scopo di lucro;

d) la necessità di una normativa omogenea e coerente su un piano nazionale ed internazionale in grado di dare una risposta decisa ad un fenomeno così diffuso;

e) l'implementazione della risposta sanzionatoria per il traffico e per il c.d. turismo dei trapianti in uno alla punizione di forme di pubblicità<sup>45</sup>, atteso che, in passato, si ribadisce, l'unica figura delittuosa prevista in materia di donazione di organi *ex vivo* era quella di mediazione nella donazione di rene per fini di lucro, punita dall'art. 7 della l. 26.6.1967, n. 458, (con la conseguenza che: «Lo specifico oggetto materiale del reato lasciava affiorare degli irragionevoli vuoti di tutela in relazione alle condotte di mediazione locupletativa realizzate nella donazione di organi diversi dal rene»)<sup>46</sup>.

L'intervento di riforma si incentra, essenzialmente, sulla disciplina penale del traffico di organi prelevati da vivente (art. 601-*bis* co. 1 c.p.), in considerazione del fatto che il sistema dei reati in materia di traffico di organi provenienti da cadavere non ha subito alcuna alterazione, tranne che per il loro inserimento tra quelli il cui perseguimento da parte di un'associazione per delinquere comporta un aumento di pena per i capi, per i promotori, per i costitutori, per gli organizzatori e per gli stessi associati (art. 416, comma 6, c.p.)<sup>47</sup>. Completano il quadro sanzionatorio le restanti ipotesi criminose della mediazione nella donazione di organi (art. 601-*bis* co. 2 c.p.) e dell'organizzazione e propaganda di viaggi nonché la pubblicità o diffusione di annunci finalizzati al traffico di organi (art. 601-*bis* co. 3 c.p.).

<sup>45</sup> Per maggiori approfondimenti sulle ragioni che hanno portato alla legge cfr. la *Relazione illustrativa*, cit., p. 2 ss.

<sup>46</sup> V. TIGANO, *Il traffico d'organi*, in [https://www.treccani.it/enciclopedia/il-traffico-d-organi\\_%28Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/il-traffico-d-organi_%28Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/).

<sup>47</sup> V. TIGANO *Prime osservazioni sulla legge 11 dicembre 2016, n. 236, e sui nuovi delitti di traffico di organi ex vivo introdotti all'art. 601bis c.p.*, in *dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu*, 2017, 2, p. 110.

Inoltre, la l. 11 dicembre 2016 n. 236, in materia di traffico di organi destinati al trapianto, composta da quattro articoli, oltre ad introdurre nel codice penale l'art. 601-*bis*<sup>48</sup>, apporta alcune modifiche alla normativa di settore.

La legge fa proprio il significato della locuzione “traffico di organi”, che a livello internazionale (*Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism* del 1° maggio 2008<sup>49</sup>) comprende tre diverse condotte penalmente rilevanti: la tratta di persone allo scopo di rimozione degli organi; il traffico di organi autonomamente considerato e infine il turismo medico a fini di trapianto. In particolare, secondo la Dichiarazione di Istanbul:

a) per traffico di organi si intende il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'occultamento o la ricezione di persone viventi o decedute o dei loro organi attraverso la minaccia, l'uso della forza o di altre forme di coercizione oppure mediante il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o lo sfruttamento di una posizione di vulnerabilità. Si intende altresì l'offerta o la ricezione di pagamenti o benefici da parte di terzi per ottenere il trasferimento del controllo sul potenziale donatore, al fine di sfruttamento mediante prelievo di organi per il trapianto;

b) il commercio di trapianti è una politica o una prassi in cui l'organo è trattato come una merce, tale da essere acquistata o venduta o utilizzata per ottenere un guadagno materiale. Il viaggio ai fini di un trapianto è il movimento di organi, donatori, riceventi o di personale specializzato per il trapianto attraverso i confini giurisdizionali;

c) il viaggiare ai fini di trapianto diventa turismo del trapianto se coinvolge il traffico di organi e/o il commercio o se le risorse (organi, professionisti e centri di trapianto), dedicate a fornire trapianti per pazienti di un paese al di fuori del proprio, compromettono la capacità di uno stato di fornire servizi di trapianto alla propria popolazione.

L'art. 2 della legge modifica la fattispecie di associazione per delinquere inserendo al sesto comma dell'art. 416 dopo la locuzione «di cui agli articoli 600, 601» il riferimento all'art. 601-*bis* c.p. e dopo le parole: «25 luglio 1998, n. 286,» inserisce la seguente formula: «nonché agli articoli 22, commi 3 e 4, e 22-bis, comma 1, della legge 1° aprile 1999, n. 91,». Ne discende che le modifiche apportate all'art. 416 c.p. fanno sì che l'aggravante ivi prevista si applichi ai fatti di traffico di organi con il conseguente regime sanzionatorio della reclusione da cinque a quindici anni e da quattro a nove anni a seconda che si tratti dell'attività di promozione, costituzione od organizzazione dell'associazione criminosa, oppure che vi si prenda semplicemente parte.

L'art. 3 innova la l. n. 91/1999, in materia di traffico di organi destinati al trapianto, innalzando il regime sanzionatorio previsto dall'art. 22-*bis* da tre a otto anni (in precedenza erano prevista una cornice edittale da tre a sei anni) e abrogando il comma 2 dello stesso articolo. L'art. 4 come si anticipava abroga, con finalità di coordinamento, l'art. 7 della l. n. 458/1967.

Successivamente, il legislatore è intervenuto sull'art. 601-*bis* c.p. apportando, attraverso l'art. 2 lett. g) del d. lgs. n. 21/2018, alcune modifiche: 1) soppressione del secondo periodo

<sup>48</sup> «Art. 601-*bis* (Traffico di organi prelevati da persona vivente). - 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 è punito con la reclusione da tre a dodici anni e con la multa da euro 50.000 ad 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. 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 ad euro 300.000 chiunque organizza o propaganda viaggi ovvero pubblicizza o diffonde, con qualsiasi mezzo, anche per via informatica o telematica, annunci finalizzati al traffico di organi o parti di organi di cui al primo comma».

<sup>49</sup> Consultabile all'indirizzo: <http://www.declarationofistanbul.org/>.

del primo comma; 2) aggiunta dei commi 2 e 3 (si veda il nuovo testo riportato in nota<sup>50</sup>). Solo per inciso va segnalato che mentre appare del tutto plausibile la collocazione delle innovazioni dell'ambito dell'art. 2 (dedicato alle «Modifiche in materia di tutela della persona») del provvedimento in parola, non si comprende, invece, la sistemazione delle innovazioni concernenti il traffico di organi nel contesto del Capo 1-*bis* rubricato «Dei delitti contro la maternità»; optiamo per una svista del legislatore.

5. *La struttura della nuova fattispecie incriminatrice di cui all'art. 601-bis c.p.: il commercio di organi prelevati da vivente (co. 1)*

Il comma 1 dell'art. 601-*bis* c.p. sanziona il commercio di organi prelevati da persona vivente; in via preliminare va segnalato, nonostante l'uso dei verbi utilizzati dal legislatore, che il tipo criminoso può essere ricostruito nei termini di “norma a più fattispecie” e non di una “disposizione a più norme”<sup>51</sup>. La distinzione ridonda, com'è noto, sul problema dell'unità o pluralità di reati e, dunque, nel primo caso il reato resta unico seppure in presenza di una pluralità di condotte fungibili<sup>52</sup>; nella seconda ipotesi le diverse condotte non essendo tra loro equipollenti o alternative non rappresentano una diversa manifestazione modale della medesima fattispecie criminosa, ma costituiscono differenti elementi materiali di altrettanti reati<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Si riporta il nuovo testo dell'art. 601-*bis* c.p. rubricato «Traffico di organi prelevati da persona vivente»: «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 è punito con la reclusione da tre a dodici anni e con la multa da euro 50.000 ad euro 300.000. Chiunque svolge opera di mediazione nella donazione di organi da vivente al fine di trarne un vantaggio economico è punito con la reclusione da tre a otto anni e con la multa da euro 50.000 a euro 300.000. Se i fatti previsti dai precedenti commi sono commessi da persona che esercita una professione sanitaria, alla condanna consegue l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione. 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 ad euro 300.000 chiunque organizza o propaganda viaggi ovvero pubblicizza o diffonde, con qualsiasi mezzo, anche per via informatica o telematica, annunci finalizzati al traffico di organi o parti di organi di cui al primo comma».

<sup>51</sup> La dicotomia riportata nel testo è utilizzata da R. A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, I, Torino, 1958, p. 346 ss.; ID., *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971, p. 272 ss., e s'inserisce nell'ambito delle varie teorizzazioni prospettate in dottrina tra “norme miste cumulative” (o *kumulative Mischgesetze*) e “norme miste alternative” (o *alternativen Mischgesetze*) (fra gli altri F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Milano, 1947, p. 416; A. MORO, *Unità e pluralità di reati. Principi*, Padova, 1951, p. 194; R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, I, Torino, 1962, p. 414) oppure tra “alternatività sostanziale” e “alternatività formale” (P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 448 ss.); per un esaustivo quadro d'insieme delle varie impostazioni e per i riferimenti alla dottrina tedesca cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 181 ss.

<sup>52</sup> Sulla sostanziale “alternatività”, nel senso che la legge si mostra indifferente al compimento dell'una o dell'altra delle condotte previste dalla fattispecie incriminatrice, cfr. G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, 2, *Forme del reato*, Torino, 2013, p. 69; in giurisprudenza, in tema di sostanze stupefacenti (art. 73 D.P.R. n. 309/1990, n. 309), cfr. Cass. pen. Sez. VI, 11 dicembre 2009, n. 9477 in C.E.D. Cass., n. 246404; Cass. pen. Sez. III, 26 novembre 2009, n. 8163 in C.E.D. Cass., n. 246211; Cass. pen. Sez. IV, 26 giugno 2008, n. 36523 in C.E.D. Cass., n. 242014, secondo cui va escluso il concorso formale di reati quando un unico fatto concreto integri contestualmente più azioni tipiche alternative poste in essere contestualmente dal medesimo soggetto ed aventi come oggetto materiale la medesima sostanza stupefacente, poiché in tal caso le condotte illecite minori perdono la loro individualità per essere assorbite nell'ipotesi più grave.

<sup>53</sup> In giurisprudenza Cass. pen. sez. II, 17 dicembre 2013, n. 1856, Unipol, in C.E.D. Cass. n. 258012.

Un primo profilo problematico della fattispecie di cui all'art. 601-*bis* c.p. è rappresentato dalla collocazione sistematica; è stato segnalato in proposito come la sistemazione tra i delitti contro la personalità individuale, in prossimità dei reati in materia di schiavitù e servitù, tratta, pedopornografia e prostituzione minorile, lasci intendere che il legislatore intraveda, dietro il fenomeno del traffico di organi da viventi, gravi forme di sfruttamento e compressione della dignità personale (e voglia altresì garantire una più agevole perseguibilità di condotte commesse all'estero, trovando applicazione l'art. 604 c.p.)<sup>54</sup>. Una parte della dottrina avanza delle perplessità sul punto perché tale scelta «ignora la commistione tra il contesto di realizzazione del fatto e la sua reale dimensione lesiva»; a tal fine si rimarca che: «se è vero che il traffico di organi umani si interseca oggi con il fenomeno transnazionale della schiavitù e della tratta di persone, con esso avendo in comune l'effetto di una riduzione dell'essere umano a mera cosa, è vero pure che il fatto consiste in offese dell'integrità fisica individuale»<sup>55</sup>. Non c'è dubbio che il traffico di organi impatti una serie di interessi, che possono variare in base alla condotta posta in essere (vi è sostanziale differenza tra commercio, vendita e acquisto, da un lato, e procurare o trattare, dall'altro<sup>56</sup>) e, dunque, qualunque collocazione appare pertinente; ma, riflettendo sull'inciso «prelevati da persona vivente», ne discende che il soggetto che subisce l'espianto è vittima quanto meno di una lesione (se non della morte) con la conseguenza che era preferibile una sistemazione della fattispecie nell'ambito dal Capo I, Titolo XII, Libro II, «Dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale»; e ciò proprio perché il bene giuridico oggetto della tutela è l'integrità fisica delle persone anche nel caso in cui prestino il consenso all'espianto di organi e, indirettamente, viene salvaguardata anche la salute delle persone dal rischio di compromissione da attività sanitarie illecite<sup>57</sup>.

La norma, dalla natura plurioffensiva per i vari interessi protetti prima richiamati, si apre con il classico pronome “chiunque” e, dunque, delinea in tal modo un reato comune; un problema si pone, però, per colui che trovandosi in determinate condizioni (il donatore o il beneficiario) proceda in prima persona alla compravendita dell'organo o di parte di esso. Dalla formulazione della norma discende «la discutibile scelta»<sup>58</sup> di far rientrare anche costoro nella sfera di punibilità della fattispecie, ancor di più perché gli stessi non possono invocare la scriminante dello stato di necessità<sup>59</sup>. Con specifico riferimento al fruitore finale dell'organo è stato segnalato che le modalità del fatto sono tali che, almeno a titolo di dolo eventuale, egli è consapevole della provenienza illecita dell'organo, con la conseguente responsabilità per il delitto di ricettazione (art. 648 c.p.) che viene assorbito dalla condotta di acquisto dell'organo o dall'eventuale partecipazione negli altri fatti di cui all'art. 601-*bis* co. 1 c.p.<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> A. VALLINI, *Nuove figure criminose in tema di traffico di organi prelevati da vivente*, in *Dir. proc. pen.*, 2017, 8, p. 1014, specifica l'Autore che, per quanto tale opzione possa avere un serio riscontro criminologico, tuttavia la fattispecie non sembra necessariamente implicare quel tipo di sfruttamento: ben si potrebbe in effetti ritenere tipica la vendita di un organo supportata da un consenso pieno e non coartato, né indotto da una condizione di vulnerabilità o necessità (si pensi, ad esempio, alla donazione di un rene, o di parti del fegato, per sincera solidarietà); o, comunque, le condotte potrebbero avere ad oggetto organi in origine lecitamente prelevati da vivente, e, successivamente, “distratti” dai percorsi legali.

<sup>55</sup> S. SEMINARA, *I delitti contro la persona*, cit., p. 130.

<sup>56</sup> V. *infra* § 5 con riferimento ai concetti di commercio, acquisto, vendita, procurare e trattare organi.

<sup>57</sup> A. CONFALONIERI, *Delitti contro la libertà personale*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Tutela penale della persona*, Torino, 2019<sup>3</sup>, p. 202.

<sup>58</sup> V. TIGANO, *Prime osservazioni*, cit., p. 113.

<sup>59</sup> V. *infra* § 7.

<sup>60</sup> In tal senso cfr. S. SEMINARA, *I delitti contro la persona*, cit., p. 131-132.

L'oggetto materiale del reato va individuato negli «organi o parti di organi»; nonostante l'uso del plurale, assume rilevanza anche la condotta perpetrata su di uno solo<sup>61</sup>, in quanto per “organo” deve intendersi, non diversamente da come viene inteso in materia di lesioni gravi (art. 583 co. 1 c.p.), «la parte o l'insieme delle parti del corpo umano che servono ad esplicare una determinata funzione»<sup>62</sup>.

La condotta sanzionata è quella di chi, alternativamente, «commercia, vende, acquista ovvero, in qualsiasi modo e a qualsiasi titolo, procura o tratta»; si è in presenza di comportamenti consistenti in una «sovrabbondante serie di ipotesi di non cristallina chiarezza e, quindi, di non agevole differenziazione, nonché di diverso disvalore, pur se sanzionate con la stessa pena»<sup>63</sup>.

Il termine “commercia” implica il fatto di colui che non si limita a procurare ad altri l'organo precedentemente reperito, ma procede direttamente ad acquistarlo dal donatore e poi a rivenderlo al beneficiario<sup>64</sup>; il “commercio” consiste, dunque, nell'acquisto dell'organo (o di parte di un organo) da un soggetto «che ne sia in possesso (donatore o terzo) e poi nella vendita di esso ad altro soggetto (beneficiario o terzo), a scopo di lucro, con o senza un minimo di organizzazione imprenditoriale»<sup>65</sup>. A nostro avviso il termine “commercio”, inteso come «la compravendita a fine di lucro»<sup>66</sup>, racchiude non la semplice vendita “occasionale” ma una sorta di esercizio continuativo (*id est* una “attività”) che richiede comunque una sorta di struttura organizzativa, seppure rudimentale, con la conseguenza, sul piano dommatico, di un reato necessariamente abituale. Due argomenti militano verso una tale conclusione: a) l'etimologia del termine “commercio” quale sinonimo di «mercato, scambio, smercio, traffico, vendita» che implica una «attività economica che mira a trasferire i beni dal produttore al consumatore»; commerciare sta ad indicare esercitare o “fare commercio”<sup>67</sup>; b) la disposizione di cui all'art. 601-*bis* co. c.p. utilizza tre distinti verbi: “commercia”, “vende”, “acquista” con la conseguenza che se anche la “singola operazione” (del vendere o dell'acquistare) rientrasse nel concetto di commercio apparirebbe del tutto inutile l'uso da parte del legislatore dei termini vende o acquista. Il problema, già segnalato dall'autorevole dottrina prima richiamata, è l'aver previsto il medesimo (irragionevole) trattamento sanzionatorio per fatti (commercio, vendita, acquisto, procura o tratta) che presentano un grado di offensività diverso e che denotano una differente capacità criminosa. Allo stesso modo non appare coerente la previsione dello stesso regime sanzionatorio per colui che fa “commercio” in una sola occasione rispetto a chi lo fa come “attività commerciale”; in proposito poteva essere utilizzata la soluzione del legislatore tedesco che prevede un aggravamento di pena per chi opera a titolo (*gewerbsmäßig*) commerciale-professionale<sup>68</sup>.

In ordine alle altre due condotte della vendita e dell'acquisto va rilevato che la prima, richiamando l'art. 1470 c.c., consiste nel trasferimento della proprietà di una cosa o nel trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo e, nel caso di specie, nella cessione dell'organo o di una parte di esso dietro il corrispettivo di un prezzo da parte del donatore o di terzi; l'acquisto consiste nella compera dell'organo o di parti di organo da parte

<sup>61</sup> L. PISTILLI, *La nuova legge sul traffico di organi*, cit., p. 672.

<sup>62</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 152.

<sup>63</sup> Così, efficacemente, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 318.

<sup>64</sup> V. TIGANO, *La repressione del traffico di organi prelevati da vivente*, cit., p. 11.

<sup>65</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 318.

<sup>66</sup> F. MANTOVANI, *Trapianh*, in *Dig. Disc. Pen., Agg.*, cit., p. 827.

<sup>67</sup> Si v. le voci COMMERCIO e COMMERCIARE in [https://www.treccani.it/vocabolario/commercio\\_%28Sinonimi-e-Contrari%29/](https://www.treccani.it/vocabolario/commercio_%28Sinonimi-e-Contrari%29/).

<sup>68</sup> V. *infra* § 8.

del beneficiario o di terzi dietro la corresponsione di un prezzo<sup>69</sup>. Per acquisto dovrebbe intendersi unicamente quello a titolo oneroso, in considerazione del fatto che quando il legislatore ha inteso incriminare quello a titolo gratuito, lo ha esplicitato mediante l'utilizzo di un verbo ulteriore, come si verifica, ad esempio, con le fattispecie di ricettazione (art. 648) e incauto acquisto (art. 712), nelle quali, oltre a colui che “acquista”, è punito colui che “riceve”<sup>70</sup>.

La norma sanziona, inoltre, le condotte – precedute dalla locuzione «in qualsiasi modo e a qualsiasi titolo» – di colui che “procura” o “tratta” organi o parti di organi; si tratta di formule di chiusura che svolgono il ruolo di ricomprendere al proprio interno tutto ciò che non rientra nelle nozioni di commerciare, vendere o acquistare; comportamenti ribaditi dalla clausola inerente al “modo” e al “titolo”.

Per quanto concerne il significato da riconoscere ai termini utilizzati nella fattispecie di cui all'art. 601-*bis* c.p. occorre distinguere tra procurare e trattare. Il verbo “procurare” racchiude qualsiasi attività materiale o giuridica di procacciamento a favore di un terzo<sup>71</sup>; esso implica una qualunque azione attraverso la quale un organo venga clandestinamente messo nella materiale disponibilità di un terzo ricevente, a prescindere che costui sia un intermediario commerciale, un vettore, un addetto alla conservazione, o appartenga al personale sanitario incaricato di realizzare il trapianto o, ancora, sia l'aspirante beneficiario dell'organo o un suo incaricato<sup>72</sup>. Qualche problema solleva, invece, il lemma “tratta” su cui la dottrina ha elaborato varie interpretazioni; in via di estrema sintesi il termine può essere inteso: a) nel senso di cui all'art. 601 c.p. che sanziona la “tratta” di esseri umani<sup>73</sup>; b) nel significato di “trattare organi”, vale a dire applicazione di determinati metodi o procedimenti per conseguire specifici risultati (ad esempio conservazione e “trattamento” per utilizzare gli stessi in sede di trapianto al di fuori delle strutture sanitarie all'uopo deputate)<sup>74</sup>. A queste letture, tutte plausibili, data la scarsa precisione del legislatore nella redazione della norma, si può aggiungere anche quella che interpreta il termine come svolgere o sviluppare un argomento, parlando o scrivendo nel senso di “trattare una questione” (anche attraverso un discorso sulla pattuizione del prezzo): il “trattare” può essere letto, quindi, richiamando il “Sommo Poeta”, come «per trattar del ben ch'i' vi trovai, dirò de l'altre cose ch'i' v'ho scorte»<sup>75</sup>. In altre parole, il verbo trattare, in una sorta di “gerarchia” tra concetti, amplia ancora di più (rispetto al procurare) la portata della fattispecie incriminatrice, sanzionando anche la semplice condotta di colui che prende accordi con il fruitore-acquirente per rinvenire

<sup>69</sup> Ancora F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 318.

<sup>70</sup> L. PISTILLI, *La nuova legge sul traffico di organi*, cit. p. 672.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> In tali termini V. TIGANO, *Prime osservazioni*, cit., p. 114.

<sup>73</sup> Con riferimento al significato da riconoscere al termine prima delle modifiche apportate all'art. 601 c.p. cfr. L. MONACO, sub *art. 601*, in A. CRESPI, G. FORTI, G. ZUCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2008, p. 1666, secondo cui l'espressione è comprensiva di quelle «condotte che sottopongono il soggetto passivo a forme di “circolazione coattiva” all'interno di uno Stato o di trasferimento da uno Stato ad un altro»; F. VIGANÒ, sub *art. 601*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*<sup>3</sup>, Milano, 2011, p. 5786, secondo cui «Per tratta deve intendersi qualsiasi attività [...] di acquisto, cessione o anche solo di trasporto di una persona già ridotta in “schiavitù” o “servitù”». Rimarca R. FLOR, *Prime riflessioni*, cit., p. 25, che il verbo “tratta” di cui all'art. 601-*bis* c.p. vada inteso nel senso di traffico di organi da considerarsi 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.

<sup>74</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 318 «per risolvere l'arcano di questo illuminato legislatore» pone il quesito della «opportunità di una interpretazione autentica?»; V. TIGANO, *Prime osservazioni*, cit., p. 115.

<sup>75</sup> DANTE, *Inferno, Canto I°*.

un organo da vendere. Si tratterebbe di una forte anticipazione dell'intervento sanzionatorio (con conseguente ricostruzione del tipo criminoso dei termini di reato di mera condotta) confermata, del resto, dall'uso della locuzione «in qualsiasi modo e a qualsiasi titolo», che svolge il ruolo di rendere punibile qualsivoglia comportamento posto in essere con qualunque forma, maniera o modalità.

Le condotte descritte dall'art. 601-bis c.p. devono essere poste in essere «illecitamente»; si tratta di un'ipotesi di illiceità speciale<sup>76</sup> contraddistinta da una nota di illiceità desumibile da una norma diversa da quella incriminatrice, ove, in gran parte dei casi, occorre far riferimento ad una disposizione extrapenale (con evidente rilevanza sul piano dell'errore e, quindi, sul terreno della determinazione dell'oggetto del dolo) potenzialmente appartenente a qualunque settore dell'ordinamento<sup>77</sup>. La disposizione è destinata a trovare applicazione in caso di violazione della disciplina sul trapianto di organi e tessuti prelevati da vivente<sup>78</sup>.

In ordine all'elemento soggettivo il reato richiede la consapevolezza e, quindi, la coscienza e volontà di porre in essere le condotte descritte dalla norma incriminatrice; si tratta di un dolo generico che abbraccia anche l'illiceità del comportamento.

Il reato si consuma nel luogo e nel tempo della verifica dei comportamenti previsti dalla fattispecie.

La configurabilità del tentativo dipende dalla qualificazione della fattispecie di danno o di pericolo. Non pare possano sussistere dubbi che le condotte di commerciare, acquistare, vendere e procurare descrivano un danno per il soggetto passivo; una conferma si ricava dalla locuzione «organi o parti di organi prelevati da persona vivente» dove il verbo “prelevare” (quale sinonimo di prendere, asportare) sta a significare che la vittima è stata oggetto di espunto con ammissibilità degli atti idonei diretti in modo non equivoco descrittivi del delitto tentato. Lo stesso ordine di considerazioni può svolgersi rispetto al termine “tratta” se inteso nel senso prima richiamato di trattamento conservativo dell'organo; a conclusioni diverse – perché si tratterebbe di fattispecie di pericolo astratto o presunto, con conseguente inammissibilità del tentativo – si perviene qualora lo stesso termine venga inteso come “discutere” o “accordarsi” sull'eventuale procacciamento dell'organo.

#### 6. La mediazione nella donazione di organi (art. 601-bis co. 2 c.p.)

La mediazione lucrativa (art. 601-bis co. 2 c.p.), disegnata nei termini di reato comune, consiste nel mettere in contatto donatore e ricevente – del resto media chi, come prescrive l'art. 1754 c.c., mette in relazione due o più parti<sup>79</sup> – senza che ciò comporti il passaggio dell'organo, altrimenti si verificherebbe una compartecipazione criminosa punibile ai sensi del comma 1 dello stesso articolo. La condotta di mediazione, infatti, si concretizza nell'interposizione tra i due soggetti al fine di concludere l'accordo di cessione dell'organo.

<sup>76</sup> D. PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 65 ss.; G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino, 2002.

<sup>77</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*<sup>8</sup>, Bologna, 2019, p. 205; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*<sup>6</sup>, Torino, 2020, p. 152.

<sup>78</sup> Sui vari principi (personalistico, della salvaguardia della dignità umana, del consenso, di gratuità) violati dal comportamento “illecitamente” posto in essere cfr., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 320-321.

<sup>79</sup> Così G. LOSAPPIO, *Trapianti e prelievi di organi*, cit., p. 2954.

Con tale fattispecie il legislatore opera un'anticipazione dell'intervento repressivo, sanzionando la mera condotta di colui che si interpone «al fine di trarne un vantaggio economico» tra donatore e beneficiario; non è richiesto il conseguimento del risultato economico in quanto ai fini della sussistenza del reato a dolo specifico «non è necessario che lo scopo che l'agente si era prefisso venga effettivamente realizzato, è sufficiente che esso sia presente in quanto elemento della fattispecie soggettiva del reato»<sup>80</sup>.

La punibilità della mera condotta comporta le note questioni relative al rapporto con il principio di offensività e alla configurabilità del tentativo.

In ordine al primo punto, sono note le obiezioni dommatiche e politico-criminali avanzate verso la categoria del pericolo presunto in relazione al principio di offensività («l'elemento più originale e caratterizzante dell'orientamento costituzionalistico italiano al diritto penale»)<sup>81</sup>. Nel caso della mediazione lucrativa le obiezioni sono ancora più «giustificate» perché si configura la fattispecie incriminatrice anche qualora non si verifichi alcun rischio per il bene giuridico tutelato; laddove, ogni reato, è stato limpidamente sostenuto, «per essere a buon diritto ritenuto tale, deve presentare un carattere offensivo nei riguardi di un interesse che l'ordinamento reputa degno di tutela»<sup>82</sup>, di guisa che la violazione della norma penale si perfeziona «quando si ponga in essere un'azione tipica che leda o metta in pericolo l'interesse protetto»<sup>83</sup>.

Non va dimenticato, inoltre, che il duro regime sanzionatorio previsto (reclusione da tre a otto anni e multa da cinquantamila a trecentomila a euro) rischia di collidere con i profili di proporzione/ragionevolezza e di finalità della pena, nonostante una «naturale» ritrosia della Corte costituzionale ad ammettere le varie eccezioni di costituzionalità spesso avanzate<sup>84</sup>.

La stessa Corte, però, ha avuto modo di richiedere (*id est* «auspicare») maggiore accortezza verso il principio di ragionevolezza affermando che «il principio di uguaglianza, di cui all'art. 3, primo comma, Cost., esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia nel contempo alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali; le valutazioni all'uopo necessarie rientrano nell'ambito del potere discrezionale del legislatore, il cui esercizio può

<sup>80</sup> C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 250.

<sup>81</sup> M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in <https://dirittopenalecontemporaneo.it> 2013, 4, p. 1 ss.

<sup>82</sup> M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Milano, 1953, p. 151.

<sup>83</sup> M. GALLO, *Il dolo*, cit., p. 163.

<sup>84</sup> Invero, la Consulta (Corte cost. 26 gennaio 1957, n. 28, in <http://www.giurcost.org>) ha costantemente affermato che appartiene alla discrezionalità del legislatore scegliere quali comportamenti debbano essere puniti e quali, all'opposto, debbano giustificare la qualità e la misura della pena; e che, quando tale potere resti confinato nei limiti della razionalità, non sussiste violazione dell'art. 3 della Costituzione (Corte cost. 9 luglio 1974, n. 218, ivi). Nella stessa ottica possono leggersi le decisioni (ad oggetto gli artt. 624 e 625 c.p. nella parte relativa ai massimi edittali della pena rispettivamente comminata, in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost.) secondo cui: «Essendo rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore la determinazione della pena edittale (e a quella del giudice la irrogazione in concreto), sfugge al controllo di legittimità l'indagine sulla sua efficacia rieducativa»; e, ancora Corte cost. 19 luglio 1968, n. 109, ivi, in tema di pretesa disparità di trattamento tra i fatti di ingiuria (595 c.p.) e oltraggio a pubblico ufficiale (art. 641 c.p.) quando afferma: «il differente trattamento dell'oltraggio rispetto all'altro proprio dell'ingiuria divenga irrazionale per effetto dell'eccessiva sproporzione dell'entità delle sanzioni irrogabili nei due casi, distintamente considerati, poiché la valutazione della congruenza fra reato e pena appartiene alla politica legislativa, e su di essa nessun sindacato si rende possibile in questa sede, all'infuori dell'eventualità, non verificantesi nella specie, che la sperequazione assuma dimensioni tali da non riuscire sorretta da ogni, benché minima, giustificazione».

essere censurato, sotto il profilo della legittimità costituzionale, soltanto nei casi in cui non sia stato rispettato il limite della ragionevolezza»<sup>85</sup>.

In ordine al binomio proporzione/funzione della pena – tralasciando di richiamare, data l'entità, le riflessioni dottrinali – va segnalato come il principio di proporzionalità, in diritto penale, finisca per negare legittimità alle incriminazioni che, quantunque, probabilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni ai diritti fondamentali dell'individuo e alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni<sup>86</sup>. Con specifico riferimento alle finalità rieducative della pena va evidenziato che non sono limitate, a parere della Corte costituzionale<sup>87</sup>, alla sola fase dell'esecuzione, ma costituiscono «una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue». Ne discende che la finalità rieducativa implica pieno rispetto del rapporto tra principio di proporzione (sia con riferimento alla qualità che quantità della sanzione) e principio di offensività<sup>88</sup>.

Le considerazioni sinora svolte rendono, a nostro avviso, inapplicabile il tentativo alle ipotesi di mediazione lucrativa; da diverso punto di vista, ragionando sulla perfezione del reato – che si verifica nel momento e nel luogo della messa in contatto delle due parti interessate e che si consuma con le eventuali attività successive inerenti – autorevole dottrina appare possibilista in ordine all'ammissibilità del tentativo, in quanto «prima della suddetta attività mediatrice minima, si avrà al più tentativo»<sup>89</sup>.

#### 7. Traffico di organi ed esercizio della professione sanitaria (art. 601-bis co. 3 c.p.)

L'art. 601-bis co. 3 c.p. estende il regime sanzionatorio di cui al comma 1 a colui che «esercita una professione sanitaria» aggravandolo con la sanzione accessoria dell'interdizione perpetua dall'esercizio della professione e, dunque, ben al di là dei limiti fissati dall'art. 30 c.p.

Il duro regime sanzionatorio esprime la chiara volontà del legislatore di contrastare il fenomeno coinvolgendo direttamente quei soggetti che, per la professione che svolgono, hanno maggiore facilità di venire a contatto con coloro che trafficano gli organi; del resto, il personale sanitario è quello che in prima persona interviene al momento dell'espianto-

<sup>85</sup> Corte cost. 22 luglio 1994, n. 341, in <http://www.giurcost.org>; Corte cost. 18 luglio 1989, n. 409, *ivi*; Corte cost. 28 luglio 1993, n. 343, *ivi*; in dottrina sugli orientamenti della Corte costituzionale si v. le ampie considerazioni svolte da V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola, portoghese*, in <https://www.cortecostituzionale.it>.

<sup>86</sup> Corte cost. 18 luglio 1989, n. 409, in <http://www.giurcost.org>.

<sup>87</sup> Corte cost. 2 luglio 1990, n. 313, in <http://www.giurcost.org>.

<sup>88</sup> Sulla costituzionalizzazione del principio di offensività, già C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 275 ss.; nella stessa ottica cfr. il Progetto di legge costituzionale redatto dalla Commissione bicamerale istituita con l. cost. n. 1/1997, in *Ind. pen.*, 1998, p. 303 ss.; in dottrina sui lavori della Commissione ed in particolare sul recepimento nella Carta fondamentale cfr. M. DONINI, *L'art. 129 del Progetto di revisione costituzionale*, in *Crit. dir.*, 1998, p. 102 ss.; A. PAGLIARO, *Cenni sugli aspetti del recente progetto di riforma costituzionale*, in *Indice penale*, 1998, p. 318 ss.; N. MAZZACUVA, *Diritto penale e riforma costituzionale: tutela dei beni giuridici e principio di offensività*, *ivi*, p. 324 ss.; F. PALAZZO, *Le riforme costituzionali proposte dalla Commissione Bicamerale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 37 ss.; D. PULITANÒ, *Quali riforme in materia penale dopo la Bicamerale?*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 288 ss.; O. DI GIOVINE, *L'evoluzione dell'art. 25 Cost. nel pensiero del nuovo costituente*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 356 ss.

<sup>89</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 322.

impianto (senza la partecipazione del “medico” – *rectius* della struttura medica – l’organo o parte di esso diventa un “qualcosa” di inutilizzabile)<sup>90</sup>.

La norma utilizza la locuzione “professione sanitaria” che non appare tra le più felici lasciando all’interprete l’onere di individuare, oltre al personale medico, i soggetti destinatari della norma.

Occorre stabilire, in via preliminare, a cosa si riferisca il legislatore con la formula “professione sanitaria”; il Ministero della salute, nell’ambito della professione sanitaria, fa rientrare<sup>91</sup>: a) le professioni sanitarie (al cui interno si rinvencono le figure del farmacista, del medico chirurgo, dell’odontoiatra, del veterinario, del biologo, del fisico, del chimico e dello psicologo); b) le professioni sanitarie infermieristiche (che raggruppa le categorie dell’infermiere e dell’infermiere pediatrico); c) la professione sanitaria ostetrica (ostetrica/o); d) le professioni tecnico sanitarie (nel cui ambito troviamo il tecnico sanitario di radiologia medica, il tecnico audiometrista, il tecnico sanitario di laboratorio biomedico, il tecnico di neurofisiopatologia, il tecnico ortopedico, il tecnico audioprotesista, il tecnico della fisiopatologia cardiocircolatoria e perfusione cardiovascolare, l’igienista dentale, il dietista); e) le professioni sanitarie della riabilitazione (che racchiude, tra le altre, le figure del podologo, del fisioterapista, del logopedista, ecc.); f) le professioni sanitarie della prevenzione (tra cui il tecnico della prevenzione nell’ambiente e nei luoghi di lavoro, l’assistente sanitario).

Ne discende che, se la formula adoperata dal legislatore si riferisse solo alla professione sanitaria “classica”, ne resterebbe esclusa dall’applicazione della sanzione accessoria la figura dell’infermiere, cioè di un soggetto che apporta un significativo contributo in termini di aiuto all’equipe medica dell’espianto-impianto dell’organo; appare preferibile un’interpretazione che nella locuzione “professione sanitaria” faccia rientrare qualunque soggetto che agisce professionalmente in ambito “sanitario”; l’eventuale esclusione rilevarebbe solo in ordine alla previsione dell’interdizione dall’esercizio della professione sanitaria.

Abbiamo fatto cenno, all’inizio di queste brevi riflessioni, allo stato di vulnerabilità in cui versano, solitamente, sia il donatore che il fruitore dell’organo; stato di debolezza per opposte ragioni ma che hanno in comune una sorta di necessità dell’espianto e dell’impianto dell’organo. L’art. 601-*bis* c.p., d’altro canto, non contiene cause di non punibilità in favore di colui che volontariamente cede, dietro corrispettivo di una somma di denaro, il proprio organo e, dunque, anche il donatore può rispondere della vendita di organi.

In una tale situazione occorre chiedersi se sussistono le condizioni per l’applicabilità della causa di giustificazione dello stato di necessità in favore del titolare-venditore e del ricevente-acquirente.

La dottrina ha risolto la questione affermando che non può trovare applicazione lo stato di necessità di cui all’art. 54 c.p. «rispetto alle attività già giuridicamente disciplinate nei loro presupposti e limiti da specifiche norme di legge o sulla base dei principi generali

<sup>90</sup> Evidenzia S. NEGRI, *La Convenzione del Consiglio d’Europa*, cit., p. 134, come il traffico di organi si articola su dinamiche e schemi operativi complessi, che coinvolgono i riceventi-acquirenti, i donatori-venditori, i *brokers* ed i c.d. “cacciatori di organi” (molto spesso *ex* venditori reclutati da gruppi criminali organizzati per procurare altri venditori nelle proprie famiglie o comunità, creando una catena d’ingaggio che trasforma le vittime in carnefici), tutti soggetti, però, operano con il supporto di chirurghi e personale medico corrotto e senza scrupoli e la complicità di strutture sanitarie pubbliche o private colluse con la malavita.

<sup>91</sup> L’elenco delle professioni sanitarie riconosciute dal Ministero della salute ed i relativi riferimenti normativi si possono leggere all’indirizzo <https://www.salute.gov.it/portale/professionisanitarie/dettaglioContenutiProfessionisanitarie.jsp?lingua=italiano&id=808&area=professioni-sanitarie&menu=vuoto&tab=1>.

dell'ordinamento giuridico, per cui eventuali conflitti di interessi sono già previamente risolti»<sup>92</sup>.

#### 8. *Viaggi, propaganda e annunci finalizzati al traffico di organi (art. 601-bis co. 4 c.p.)*

Le attività funzionali al c.d. turismo dei trapianti vengono sanzionate dal legislatore all'art. 601-bis co. 4 c.p. attraverso le locuzioni «organizza o propaganda viaggi ovvero pubblicizza o diffonde (...) annunci finalizzati al traffico di organi o parti di organi».

La *ratio* della norma va individuata nella volontà di sanzionare le condotte strumentali o prodromiche a tutto ciò che può rappresentare incentivo o incremento del traffico di organi<sup>93</sup>. La fattispecie si presenta, infatti, costruita sulla falsariga degli artt. 270-*quater*.1 («Organizzazione di trasferimento per finalità di terrorismo») e 600-*quinquies* c.p. («Iniziativa turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile»), apprestando una tutela anticipata e indiretta nei confronti del bene finale, atteggiandosi pertanto a reato di pericolo<sup>94</sup>.

La norma (che descrive un reato comune<sup>95</sup>) si apre con la clausola di riserva: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato» attraverso la quale il legislatore cerca di risolvere alla radice gli eventuali problemi relativi al funzionamento del principio di *ne bis in idem* sostanziale<sup>96</sup>, con particolare riferimento alle ipotesi che presentano forme di specialità reciproca<sup>97</sup>. La clausola di riserva dovrebbe contribuire a dipanare il «nuovo labirinto normativo che potrebbe impegnare l'interprete in funambolici esercizi esegetici per

<sup>92</sup> Così F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*<sup>1</sup>, Padova, 2020, p. 286; pone in risalto «i rischi degenerativi del cd. soccorso di necessità» F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1577 ss.

<sup>93</sup> Si tratta della stessa impostazione che si rinviene nella fattispecie di cui all'art. 600-*quinquies* c.p., descritta come reato di mera condotta e di pericolo astratto; un delitto c.d. «ostacolo» poiché tende a prevenire condotte attinenti alla prostituzione minorile che favoriscono l'incontro tra la domanda e l'offerta in questo settore. La norma anticipa l'evento punitivo a comportamenti prodromici e collaterali alla induzione, favoreggiamento, sfruttamento del meretricio dei minori che agevolano il fruitore della prostituzione nella attività di procacciamento dei ragazzi; in tale modo, estende la tutela penale a condotte che sono una forma peculiare di favoreggiamento della prostituzione minorile, e che potrebbero sfuggire alla tipicità dei reati in materia; così Cass. pen. Sez. III, 16 novembre 2011, n. 42053, in <http://www.dirittoplus.it/sentenze-diritto-penale/item/7-penale%7C-sentenza-cassazione-n-42053-2011-turismo-sessuale-allestero-modalit%C3%A0-di-commissione-natura-del-reato.html>.

<sup>94</sup> L. PISTILLI, *La nuova legge sul traffico di organi*, cit., p. 676.

<sup>95</sup> In tema di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinquies* c.p.) i giudici di legittimità (Cass. pen. n. 42053/2011, cit.) hanno affermato che non necessita, per la integrazione della fattispecie, che si configuri come reato comune, che l'agente sia un operatore turistico o svolga la ricordata attività in maniera continuativa e per un numero indefinito di persone.

<sup>96</sup> Recentemente, sul tema, cfr. L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, (3 agosto 2020), in <https://sistemapenale.it>. p. 1 ss.; con riferimento alle decisioni della Corte di giustizia europea cfr. B. NASCIBENE, *Il divieto di bis in idem nella elaborazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, *ivi*, 2020, 4, p. 96 ss.; G. DE FRANCESCO, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia nello scenario dell'integrazione europea*, in <http://lalegislazionepenale.eu>, 24 luglio 2015; M. DONINI, *Septies in idem. Dalla "materia penale" alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiani e europeo*, in *Cass. pen.*, 2018, 7-8, p. 2296 ss.

<sup>97</sup> Sul ruolo delle clausole di riserva in relazione a casi di specialità reciproca cfr. F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme*, cit., p. 491, che giustifica il loro inserimento nel codice perché si evita l'infondata accusa di una «esasperata loquacità del legislatore» e la inverosimile conclusione dell'inutilità di tutte le clausole di riserva, ritenute superflue ripetizioni dell'art. 15 c.p.

individuare i limiti applicativi delle fattispecie, nonché i loro rapporti, soggetti ad interferenze reciproche»<sup>98</sup> in relazione alla scelta sull'applicabilità degli artt. 600, 601, 601-*bis* c.p.

La condotta può essere suddivisa, alternativamente, in tre momenti ben distinti: a) nell'organizzazione dei viaggi; b) nella propaganda dei viaggi; c) nella pubblicità o nella diffusione degli annunci finalizzati al traffico di organi.

In relazione al primo aspetto va rimarcato, anche ai fini della ricostruzione del dolo, che l'organizzazione dei viaggi comprende la programmazione, la predisposizione dei mezzi necessari, dei tempi e delle modalità di spostamento, di permanenza nel luogo di destinazione, e di tutte le informazioni utili per coloro che perseguano lo scopo di sottoporsi all'intervento chirurgico di espianto o di trapianto e, successivamente, di realizzare una delle condotte incriminate dal primo comma dell'art. 601-*bis* c.p.<sup>99</sup>.

In ordine ai "viaggi" viene segnalato che, nonostante il termine sia usato al plurale, la fattispecie risulta integrata anche quando si tratti di una sola occasione (un solo "viaggio"), non diversamente da come si è verificato con il c.d. turismo sessuale<sup>100</sup>; stesse considerazioni vengono svolte con riferimento agli "annunci", di modo che si tratta di un reato eventualmente abituale<sup>101</sup>. La conclusione appare in linea con lo "spirito" della legge<sup>102</sup> improntata a contrastare in maniera rigorosa il traffico di organi e si lega armonicamente all'anticipazione dell'intervento sanzionatorio. Allo stesso modo, però, va sottolineato che il corretto funzionamento del principio di tassatività-determinatezza dell'illecito penale non risulta pienamente valorizzato; del resto, quando il legislatore ha inteso sanzionare anche un solo atto l'ha specificato in modo esplicito. Possono essere in questa sede richiamate le conclusioni raggiunte da una parte della dottrina in tema di esercizio abusivo della professione (art. 348 c.p.). È stato sostenuto, in ordine all'individuazione degli atti utili a delineare il concetto di esercizio (di una professione), che quando il legislatore ha voluto far riferimento ad entità numericamente definite ha utilizzato locuzioni peculiari che non lasciano spazio all'incertezza: una o più delle circostanze (artt. 62-*bis*, 603-*bis*, 624), una o più delle misure di sicurezza (art. 209), una o più province (artt. 215, 233), una o più persone (artt. 270-*quater*, 452-*ter*, 507, 589, 601), una o più contravvenzioni (art. 414), una o più norme (art. 452-*nonies*), un solo aumento o una sola diminuzione di pena (art. 68), una sola sentenza o un solo decreto (artt. 71, 107), una sola azione od omissione (art. 81), una sola volta (art. 174), una sola misura di sicurezza (art. 209), una sola persona (artt. 422, 625)<sup>103</sup>. Se il

<sup>98</sup> R. FLOR, *Prime riflessioni*, cit., p. 24.

<sup>99</sup> V. TIGANO, *Prime osservazioni*, cit., p. 118.

<sup>100</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, II, t. primo, *I delitti contro la persona*<sup>4</sup>, Bologna, 2013, p. 184; P. VENEZIANI, *Commento art. 600-quinquies c.p.*, in A. CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006, p. 319 ss.; S. SEMINARA, *I delitti contro la persona*, cit., p. 196.

<sup>101</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 323.

<sup>102</sup> Vanno tenuti nella giusta ottica, però, i rischi connessi al richiamo dello "spirito della legge" anticipati da Cesare Beccaria, *De' delitti e delle pene*, a cura di G.D. PISAPIA, Milano, 1973, p. 18, quando scriveva: «Non vi è cosa più pericolosa di quell'assioma comune, che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni (...). Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione; dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice con l'offeso, e da tutte quelle minute forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo».

<sup>103</sup> E. LO MONTE, *L'esercizio abusivo di una professione (art. 348 c.p.) dopo le modifiche introdotte dalla l. n. 3/2018*, Torino, 2018, p. 28, il quale richiama, inoltre, nello stesso senso evidenziato nel testo, tre o più persone (artt. 305, 416, 416-*bis*, 602-*ter*, 625), tre o più lavoratori (art. 502), tre o più esercenti di aziende industriali o commerciali (art. 506), tre o più capi di bestiame (artt. 625, 638); due o più persone (art. 645), due o più dei delitti (art. 305), due o più delle circostanze (art. 625).

legislatore avesse voluto sanzionare anche un solo viaggio oppure un solo annuncio avrebbe dovuto formulare la fattispecie nei seguenti termini: è punito chiunque «organizza o propaganda *uno o più* viaggi ovvero pubblicizza o diffonde, con qualsiasi mezzo, anche per via informatica o telematica, *uno o più* annunci» con evidenti vantaggi sul piano dell'interpretazione e conseguente applicazione della norma. Va segnalato in proposito, com'è stato efficacemente sostenuto, che «una normativa conforme a parametri di precisione/determinatezza e di riconoscibilità del divieto attenua il rischio di torsioni soggettivistiche, e discrezionalmente creative, delle interpretazioni»<sup>104</sup>; accanto a formulazioni linguisticamente ben costruite e definite, la piena rispondenza della determinatezza richiede, ancora, capacità di delineare correttamente i tipi criminosi<sup>105</sup>.

Ad integrare l'organizzazione dei viaggi non rileva il luogo (e, quindi, se avvengono nel territorio nazionale o estero), né tanto meno il numero delle persone (hanno la stessa valenza i viaggi individuali o collettivi); il viaggio può essere organizzato a favore di terze persone ma anche dello stesso agente; si ritiene, inoltre, che non sia necessaria una capacità imprenditoriale quantunque sia necessario un minimo di capacità organizzativa<sup>106</sup>.

La propaganda consiste nel divulgare, diffondere, portare a conoscenza di un numero indeterminato di persone, con qualunque mezzo, la possibilità di usufruire dei viaggi per reperire un organo o sottoporsi a trapianto.

Per raggiungere lo stesso scopo possono essere utilizzati la pubblicizzazione e la diffusione, nel linguaggio comune utilizzati anche come sinonimi, ma adoperati nel codice penale in modo alternativo come nel caso di cui all'art. 656 c.p. che punisce: «Chiunque pubblica o diffonde notizie false, esagerate o tendenziose»; del resto, la presenza della disgiuntiva “o” nel testo dell'art. 601-bis cp. obbliga l'interprete ad escludere un rapporto di sinonimia. In tale ottica, allora, la “diffusione” che ha un fondamento normativo nell'art. 4, co. 1, lett. m) del Codice della privacy (d.lgs n. 196/ 2003 modificato dal d.l. n. 35/2019) individua «il dare conoscenza dei dati personali a soggetti indeterminati, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione», oppure implica una comunicazione ad un numero indeterminato di persone<sup>107</sup>. La pubblicazione (che può essere letta come una forma di diffusione) «risulta connotata dall'utilizzo del mezzo della stampa»<sup>108</sup> e pur dirigendosi ad un numero imprecisato di persone potrebbe avere una portata meno ampia della diffusione. Il legislatore punisce, però, con la stessa pena l'organizzazione e la propaganda di viaggi e, la pubblicizzazione e la diffusione di annunci realizzati anche mediante l'uso di sistemi telematici o informatici. L'uso del mezzo informatico richiedeva, a nostro avviso, una diversificazione del regime sanzionatorio per la facilità di diffondere il messaggio promozionale; non si comprende, poi, per quale ragione gli strumenti informatici non siano stati riferiti anche alla propaganda e alla organizzazione dei viaggi esclusi dalla congiunzione disgiuntiva “ovvero” in funzione alternativa.

In ordine all'elemento soggettivo ne è stato segnalato il carattere generico del dolo – attraverso il richiamo alle osservazioni svolte dalla dottrina in tema di c.d. turismo sessuale

<sup>104</sup> V. MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici; scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sist. pen.*, 2020, 3, p. 139.

<sup>105</sup> F. PALAZZO, *Legalità tra law in the books e law in action*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, p. 64.

<sup>106</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 323.

<sup>107</sup> Si veda in proposito L. MONACO, sub *art. art. 615-bis*, in A. CRESPI, G. FORTI, G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*<sup>5</sup>, Padova, 2008, p. 2126; in giurisprudenza in tema di diffusione di un messaggio diffamatorio attraverso l'uso di una bacheca *facebook*, cfr. Cass. pen., Sez. I, 28 aprile 2015, n. 24431, C.E.D. Cass. n. 264007.

<sup>108</sup> U. GIANNOLA, sub *art. 656*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*<sup>3</sup>, Milano, 2011, p. 6666.

(art. 600-*quinqüies* c.p.)<sup>109</sup> – con esclusione del dolo specifico in quanto dalla «formulazione della norma non si ritiene che la finalità di realizzazione del traffico di organi integri un dolo specifico, dato che l'espressione va a connotare l'obiettivo a cui obiettivamente tende il viaggio e non indica, invece, lo scopo perseguito da chi lo organizza o lo propaga»<sup>110</sup>.

È stato, ancora, sostenuto<sup>111</sup> – riprendendo quanto evidenziato a proposito delle iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile<sup>112</sup> – che per le condotte di propaganda e pubblicizzazione è sufficiente il dolo generico, consistente nella consapevolezza della finalizzazione già impressa da altri all'annuncio o al viaggio. In ordine alla organizzazione dei viaggi viene richiamata la dottrina in tema di turismo sessuale che « si è espressa per la soluzione del dolo generico, ritenendo “la finalità di fruizione dell'attività di prostituzione in danno di minori [...] una caratteristica intrinseca e obiettivamente verificabile del viaggio”; allo stesso modo, anche a voler ritenere sussistente il dolo specifico nel reato in esame, tale atteggiamento psicologico deve riflettersi in una certa misura sulle caratteristiche del viaggio, quali la destinazione, le concrete modalità di svolgimento, la categoria di potenziali fruitori, ecc.»<sup>113</sup>.

Da altro punto di vista, è stata affermata la sussistenza del dolo specifico perché la norma richiede: a) la volontà e coscienza delle condotte descritte dalla fattispecie incriminatrice e b) lo specifico fine del traffico di organi di cui al co. 1 dell'art. 600-*bis* c.p.<sup>114</sup>.

In effetti la soluzione del dolo specifico appare giustificata dall'inciso utilizzato dal legislatore in chiusura della disposizione «finalizzati al» (traffico di organi o parti di organi di cui al primo comma) che rappresenta un sinonimo delle formule “al fine di” o “allo scopo di” solitamente impiegate per identificare il dolo specifico. Ma, l'aspetto certamente più rilevante è rappresentato dal fatto che il dolo specifico, com'è noto, si caratterizza per la particolare finalità che deve muovere l'agente (senza che, peraltro sia necessario, ad integrare la consumazione del delitto, che tale finalità si realizzi)<sup>115</sup>; si parla, dunque, di dolo specifico quando la norma incriminatrice menzioni fra gli elementi costitutivi del fatto anche la particolare finalità «in vista della quale il fatto deve essere compiuto, per corrispondere alla fattispecie legale di quel determinato reato»<sup>116</sup> e che fornisca alla condotta una peculiare connotazione in quanto elemento essenziale previsto espressamente dalla fattispecie<sup>117</sup>; a venire in rilievo è lo scopo in vista del quale il soggetto ha agito, tant'è che il dolo costituisce

<sup>109</sup> S. APRILE, *I delitti contro la personalità individuale. Schiavitù e sfruttamento sessuale dei minori*, Padova, 2006, p. 260; A. VALSECCHI, *I delitti contro l'invulnerabilità e la libertà sessuale: prostituzione e pornografia minorile, violenza sessuale*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, Torino, 2015; F. VIGANÒ, C. PIERGALLINI (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Torino, 2011, p. 257; L. PISTORELLI, *art. 600-quinquies*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*<sup>A</sup>, Milano, 2015, p. 262.

<sup>110</sup> V. TIGANO, *Prime osservazioni*, cit., p. 119.

<sup>111</sup> L. PISTILLI, *La nuova legge sul traffico di organi*, cit., p. 676.

<sup>112</sup> Con riferimento all'art. 600-*quinquies* c.p. cfr. O. DI GIOVINE, *Art. 600-quinquies*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*<sup>3</sup>, Milano, 2005, p. 2660.

<sup>113</sup> L. PISTILLI, *La nuova legge sul traffico di organi*, cit., p. 676; in tema di turismo sessuale e sussistenza del dolo specifico cfr. L. MONACO, *Art. 600-quinquies*, in *Commentario breve al codice penale*, cit., p. 1662; O. DI GIOVINE, *Art. 600-quinquies*, cit. p. 2660.

<sup>114</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 323.

<sup>115</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*<sup>8</sup>, con la coll. di R. BARTOLI, Torino, 2021, p. 294; D. PETRINI, *Dolo*, in C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*<sup>3</sup>, Milano, 2020, p. 266.

<sup>116</sup> C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 250.

<sup>117</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 294.

un elemento soggettivo del fatto tipico<sup>118</sup>. Sul piano dell'accertamento del dolo, il punto di riferimento fondamentale è il fatto realizzato e «in particolare la condotta nella cui realizzazione il dolo si trasfonde»<sup>119</sup>; la condotta tenuta (sia lecita che illecita) può avere, e spesso ha, un significato pregnante, di per sé rivelatore della volontà consapevole del soggetto agente, ma non sempre è così, richiedendosi in ogni caso un accertamento concreto, controllabile sulla base di elementi empiricamente riscontrabili e di massime d'esperienza pertinenti<sup>120</sup>. Nel caso dell'organizzazione dei “viaggi” la valutazione attiene a tutti gli elementi che rendono manifesta la “specificità” volontà di commettere uno dei fatti puniti dal co. 1 dell'art. 601-bis c.p.

### 9. Cenni di diritto comparato

Prima di soffermarsi sul ruolo del diritto penale in un settore così articolato, appare utile uno sguardo alle legislazioni a noi più vicine; va segnalato, in via preliminare, come anche le soluzioni adottate in Germania, Spagna e Francia non siano foriere di grandi rivolgimenti, limitandosi a sanzionare – non diversamente dal legislatore interno – determinate attività che attengono al commercio di organi o parti di esso. Allo stesso modo va evidenziato che la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 156-bis del codice spagnolo<sup>121</sup> sembra – per molti versi – aver anticipato quella di cui all'art. 601-bis c.p.

In Germania la «Legge sulla donazione, il prelievo e il trasferimento di organi e tessuti (legge sui trapianti)» – *Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben (Transplantationsgesetz - TPG)* – del 5 novembre 1997, entrata in vigore il 1° dicembre 1997 (successivamente modificata, da ultimo dall'articolo 15d della legge dell'11 luglio 2021 ai fini dell'adeguamento alla normativa UE) ha regolato la donazione, la rimozione, l'intermediazione e il trasferimento di organi donati dopo la morte o durante la propria vita<sup>122</sup>.

La legge stabilisce al § 1a che sono organi, ad eccezione della pelle, tutte le parti differenziate del corpo umano costituite da tessuti diversi, che formano un'unità funzionale in termini di struttura, apporto di vasi sanguigni e capacità di svolgere funzioni fisiologiche, comprese le parti dell'organo e i singoli tessuti di un organo che possono essere utilizzati per lo stesso scopo dell'intero organo del corpo umano, pur mantenendo i requisiti per la struttura e l'approvvigionamento dei vasi sanguigni, ad eccezione dei tessuti destinati alla fabbricazione di medicinali per terapie avanzate ai sensi della normativa sui medicinali (n. 1). Il § 2 è dedicato all'educazione e all'informazione della popolazione, attraverso vari organismi (in particolare il Centro federale per l'educazione sanitaria), alla donazione, alle condizioni e all'importanza di trasferire organi e tessuti.

La legge distingue tra prelievo di organi e tessuti da donatori morti (Sezione 2 §§ 3-7) (polmone, cuore, fegato, rene, pancreas, intestino tenue) e prelievo di organi e tessuti da

<sup>118</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale*<sup>XII</sup>, Milano, 2019, p. 256.

<sup>119</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*<sup>8</sup>, Torino, 2019, p. 272.

<sup>120</sup> *Ibidem*.

<sup>121</sup> Per un inquadramento dell'art. 156-bis del codice spagnolo cfr. S. MENDOZA CALDERÓN, *El delito de tráfico de órganos. Una primera aproximación al artículo 156 bis del código penal: ¿Un futuro ejemplo más del derecho penal simbólico?*, in *Revista de derecho penal y criminología*, 2014, 11, p. 147 ss.

<sup>122</sup> Per un commento alla legge U. SCHROTH, P. KÖNIG, T. GUTMANN, F. ODUNCU, *TPG -Transplantationsgesetz. Kommentar*, München, 2005; W. HÖFLING, *Kommentar zum Transplantationsgesetz (TPG)*, 2. Aufl. Berlin, 2013; ID., *20 Jahre Transplantations(verbinderungs)gesetz - eine kritische Bilanz*, in *ZRP* 2017, p. 233 ss.

donatori viventi (Sezione 3 §§ 8-8c); in quest'ultimo caso si tratta di organi rigenerativi ed includono parti del fegato, il rene e parti dei polmoni.

Il § 17 (collocato nella Sezione 6 relativa agli «Ordini di divieto») stabilisce (salvo le eccezioni specificate nei nn. 2 e 3) il divieto per «il commercio di organi o tessuti destinati alle cure mediche di un altro» (co. 1) e il divieto di prelevare «organi o tessuti oggetto di traffici vietati ai sensi del paragrafo 1» (co. 2). Il § 18 (Sezione 7 concernente le disposizioni relative a sanzioni e ammende) punisce il «commercio di organi» e dispone: «Chiunque commercia in un organo o tessuto contrario al § 17 sec. 1 frase 1 o rimuove un organo o un tessuto o fa trasferire un organo o un tessuto in contrasto con § 17 sec. 2 è punito con la reclusione fino a cinque anni o con una multa» (co. 1). In caso di traffico di organi svolto in termini di attività commerciale la pena è aumentata (da uno a cinque anni) (co. 1 n. 2). Il n. 4 del § 17 stabilisce, inoltre, che nel caso dei donatori di organi o tessuti i cui organi o tessuti sono stati oggetto di un traffico vietato e nel caso dei riceventi di organi o tessuti, il tribunale può astenersi dall'imporre una pena in conformità con il paragrafo 1 o può attenuare la pena a sua discrezione ai sensi dell'art. 49 § 2 StGB.

L'art. 19 («Ulteriori disposizioni penali») sanziona, inoltre, una serie di condotte poste in essere violando singole norme di settore, anche attraverso un comportamento negligente; in quest'ultimo caso la pena è diminuita. L'art. 20 è dedicato all'illecito amministrativo e sanziona con una multa (massimo fino a trentamila euro) chiunque intenzionalmente o negligenemente pone in essere comportamenti violatori di diverse disposizioni di natura strumentale alla disciplina dei trapianti.

In Spagna la legge organica del 22 giugno del 2010 n. 5 ha introdotto l'articolo 156-*bis* nel codice penale per contrastare il traffico illegale di organi ed allinearsi alle disposizioni della Convenzione di Santiago de Compostela (ratificata nel dicembre 2020)<sup>123</sup>; in precedenza questi comportamenti venivano puniti attraverso le fattispecie di lesioni.

La fattispecie criminosa introdotta nel 2010, a parere della Seconda Sezione della Suprema Corte (sentenza del 27 ottobre 2017 - SP/SENT/925145), non cerca solo di proteggere la salute o l'integrità fisica delle persone ma nell'oggetto della protezione rientrano anche le condizioni di dignità delle persone, impedendo di essere trattate, per le loro condizioni economiche, come «contenitori» di organi e, quindi, oggetto di traffico.

L'art. 156-*bis* co. 1 del codice penale spagnolo punisce, con la reclusione da sei a dodici anni (per l'organo di una persona vivente) e con la reclusione da tre a sei anni (per l'organo di una persona deceduta), chiunque in qualsiasi modo promuova, favorisca, faciliti, pubblicizzi o effettui il traffico di organi umani. La stessa norma definisce il concetto di traffico di organi umani, che consiste nel porre in essere una triplice attività e cioè: a) nel prelievo o nell'approvvigionamento illecito di organi umani altrui; b) nella preparazione, nella conservazione, nello stoccaggio, nel trasporto, nel trasferimento, nella ricezione, nell'importazione o nell'esportazione di organi prelevati illecitamente; c) nell'uso di organi prelevati illecitamente a scopo di trapianto o per altri scopi.

Ai fini dell'illiceità del prelievo o dell'approvvigionamento di cui alla lett. a) è richiesta una delle seguenti circostanze: a) che vi sia assenza del consenso libero, informato ed

---

<sup>123</sup> C.M. GUILLEM, *La protección jurídica frente al tráfico de órganos humanos. Especial referencia a la tutela penal en España (art. 156 bis CP)*, Madrid, 2018, p. 25, secondo cui uno dei motivi adottati nel preambolo della legge organica 5/2010 del 22 giugno, per giustificare la previsione come reato del traffico di organi umani, era la presa d'atto di un fenomeno sempre più esteso; sul tema J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, Madrid, La Ley, 2012.

espreso del donatore vivente nei modi e con i requisiti previsti dalla legge<sup>124</sup>; b) che sussista assenza di autorizzazione richiesta dalla legge nel caso del donatore deceduto; c) che, in cambio dell'estrazione o dell'ottenimento, a proprio vantaggio o ad altri, il donatore o un terzo, anche per interposta persona, abbia richiesto o ricevuto un compenso di qualsiasi tipo o un'offerta o una promessa e abbia accettato. Una donazione o una remunerazione non deve essere intesa come compensazione per spese o perdita di reddito derivante dalla donazione.

Il comma 2 dell'art. 156-*bis* estende la punibilità verso coloro che, a proprio vantaggio o a beneficio di altri, pongono in essere comportamenti funzionali a): a chiedere o ricevere, da soli o anche attraverso un intermediario, «un dono o una remunerazione di qualsiasi tipo, o accettare un'offerta o una promessa per proporre o assumere un donatore di organi o un ricevente»; b) ad offrire o consegnare, da soli o mediante una persona interposta, un dono o una remunerazione di qualsiasi tipo a personale medico, pubblico ufficiale o privato in occasione dell'esercizio della loro professione svolta in stabilimenti o cliniche, pubbliche o private, al fine di effettuare o facilitare l'estrazione illegale o l'ottenimento o l'impianto di organi estratti illecitamente.

Il comma 3 punisce il fruitore che acconsente al trapianto conoscendo la provenienza illecita dell'organo.

Il comma 4 prevede un aggravamento di pena quando: a) la vita o l'integrità fisica o psichica della vittima del reato è stata gravemente compromessa; b) la vittima è minorenni o particolarmente vulnerabile a causa della sua età, disabilità, malattia o situazione.

Il comma 5 prevede, oltre ad un aggravamento delle sanzioni limitative della libertà, misure interdittive per il medico (il termine include anche gli infermieri e qualsiasi altra persona che svolge un'attività sanitaria o socio-sanitaria), per il pubblico ufficiale o per il privato che, nell'esercizio della professione svolta o della posizione occupata in istituti pubblici o privati, ponga in essere la condotta, di cui ai commi 1 e 2, prima richiamata. È previsto, ancora, un aggravamento di pena nei casi in cui l'autore del reato appartenga ad un'organizzazione oppure ad un gruppo criminale impegnato nello svolgimento di tali attività (co. 6). Una ammenda, da tre a cinque volte il profitto ottenuto, viene applicata quando il responsabile del traffico di organi sia una persona giuridica (co. 7). L'ultimo comma dell'art. 156-*bis* stabilisce che le condanne emesse dai giudici o dai tribunali stranieri per reati di traffico di organi hanno gli effetti della recidiva, a meno che il reato riportato nel casellario giudiziario non sia stato cancellato o possa essere annullato ai sensi del diritto spagnolo.

In Francia il traffico di organi viola il principio dell'indisponibilità del corpo umano, di derivazione dal principio della dignità umana contenuto nell'articolo 16 del codice civile.

Sul terreno del diritto penale il legislatore ha previsto una serie di norme collocate all'interno della Sezione 2 (Capo I, Titolo I, Libro V del codice penale) dedicata alla «Protezione del corpo umano (articoli da 511-2 a 511-13)».

In via di estrema sintesi – dunque richiamando solo gli aspetti più significativi inerenti al traffico di organi – va segnalato che il principio di indisponibilità del corpo umano viene accolto dall'art. 511-2 che sanziona con la pena di sette anni di reclusione e la multa di centomila euro colui che ottiene un organo da una persona in cambio di una somma di denaro. La stessa pena si applica anche quando l'organo proviene da un paese straniero, oppure quando l'atto di prelievo di un organo da una persona vivente maggiorenne, anche a

<sup>124</sup> Sulla questione del consenso cfr. F. MUÑOZ CONDE, *Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico*, in, dello stesso Autore, *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, p. 458 ss.

fini terapeutici, avvenga senza il consenso o senza autorizzazione (le cui condizioni vengono fissate all'art. L. 1231-1 del codice della sanità pubblica) (art. 511-3). L'assenza di consenso viene in evidenza anche quando l'atto di rimozione concerne tessuti o cellule ma la pena è ridotta (cinque anni di reclusione) (art. 511-5 co. 1), oppure nel caso in cui vengano raccolti o prelevati gameti da una persona vivente senza il suo consenso scritto (art. 511-6).

Risulta sanzionato, con la reclusione di cinque anni (più una multa), il pagamento (in qualunque forma) per ottenere da una persona il prelievo di tessuti, cellule o prodotti del suo corpo; lo stesso regime sanzionatorio si applica all'intermediario al fine di facilitare l'ottenimento di tessuti, cellule o prodotti umani dietro pagamento, qualunque sia la loro forma, o di trasferire a titolo oneroso tessuti, cellule o prodotti del corpo di un altro (art. 511-4).

Il legislatore francese punisce (con la pena di cinque anni di reclusione e una multa di settantacinquemila euro) l'atto di conservazione e trattamento a fini scientifici, compresa la ricerca genetica di organi, tessuti, cellule o sangue, e i suoi componenti e prodotti derivati: a) in assenza di dichiarazione preventiva (di cui all'articolo L. 1243-3 del Codice della sanità pubblica); b) in caso di opposizione o sospensione da parte del Ministero della ricerca (art. 511-5-2).

Pene minori (due anni di reclusione e una multa di trentamila euro) sono riservate alle ipotesi di distribuzione o trasferimento di organi, tessuti, prodotti cellulari a fini terapeutici o prodotti umani a fini di donazione senza aver rispettato le norme di sicurezza sanitaria (richieste ai sensi delle disposizioni della L. 1211-6 del codice della sanità pubblica) (art. 511-8). Con la medesima sanzione viene punito il fatto di effettuare la distribuzione o il trasferimento per uso terapeutico di tessuti o preparati di terapia cellulare in violazione delle disposizioni della L. 1243-2 del codice della sanità pubblica (art. 511-8-1).

#### 10. *Considerazioni sul ruolo dello strumento penale*

Le riflessioni sinora svolte, quantunque schematiche, confermano, come anticipato in apertura, la complessità della questione del traffico degli organi, la cui soluzione chiama in causa una molteplicità di "attori".

La questione del traffico di organi per la rilevanza degli interessi in gioco (la vita della persona, l'integrità fisica, la salute privata e pubblica, la libertà personale, la dignità umana) e per le commistioni con la criminalità transnazionale richiede una risposta che veda coinvolte le varie agenzie di controllo sociale.

Occorre che venga implementata una risposta su più livelli (per alcuni versi già anticipata in sede internazionale) e, segnatamente:

a) un miglioramento del rapporto tra domanda e offerta. Sotto questo profilo vanno incrementate le possibilità di prelievo di organi da cadaveri e, ancora di più, vanno supportate le attività di ricerca biomediche per il rinvenimento di organi "da laboratorio". È essenziale l'attivazione di meccanismi in grado di diminuire la carenza di organi che alimentano il mercato illegale perché la gente, alla disperata ricerca di trapianti salvavita, viaggia a livello internazionale per acquistare organi. Finché la domanda di questo mercato clandestino non

si plachi, i trafficanti continueranno a “saltare” i confini dei singoli Paesi verso zone dove il commercio degli organi non è contrastato se non addirittura consentito<sup>125</sup>;

b) il prelievo di organi da vivente deve rappresentare un'opzione aggiuntiva e non sostitutiva della donazione cadaverica<sup>126</sup> secondo una serie di condizioni (consanguineità, rapporto affettivo tra donante e ricevente, consenso pieno, libero e informato, esclusione di soggetti minorenni o incapaci, divieto assoluto di commercializzazione del corpo umano<sup>127</sup>);

c) va inoltre migliorata l'attuale disciplina extrapenale dei trapianti che – com'è stato segnalato – appare frammentata, alluvionale e lacunosa (specialmente quella in materia di trapianti da vivente), e che dunque «essa per prima meriterebbe un ripensamento, una sintesi ed un'integrazione, in termini in buona parte unitari a prescindere dall'origine dell'organo, e senza passare dalla scorciatoia di clausole di estensione nei limiti della compatibilità, quale quella di cui all'art. 1, L. n. 91/1999»<sup>128</sup>;

d) sul terreno degli strumenti repressivi occorre tenere presente che si tratta di contrastare una criminalità transnazionale sempre più invasiva che, al fine di conseguire ingenti profitti, non si fa scrupoli nel mettere insieme traffico di organi, tratta di persone, forme di schiavitù, traffico di armi. Vanno incentivate forme di cooperazione internazionale che rappresentano il primo *step* per porre in essere una risposta credibile ad una questione che vede nel ricevente dell'organo il primo alleato; va da sé che una questione di portata internazionale si può contrastare solo attraverso un approccio di tipo globale che armonizzi i vari tentativi previsti dai singoli Paesi e i singoli sistemi di investigazione<sup>129</sup>. Ad esempio, accanto alla punibilità delle condotte di pubblicizzazione o diffusione per via informatica o telematica degli annunci finalizzati al traffico di organi o parti di organi (art. 601-*bis* ult. co, c.p.), andavano previsti meccanismi di coinvolgimento dei gestori dei siti *internet*, in modo da evitare – ancor prima dell'intervento penalistico – la stessa possibilità di propagandare un messaggio criminoso. Tra i compiti del legislatore, in un moderno mondo sociale dove la rivoluzione digitale assume importanza fondamentale e in cui la condivisione – pur non essendo obbligatoria – è sempre più immanente nella vita delle persone, va annoverato anche quello di rendere i luoghi digitali privi di insidie creando spazi sociali sicuri *online*<sup>130</sup>;

<sup>125</sup> E. KELLY, *International Organ Trafficking Crisis: Solutions Addressing the Heart of the Matter*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, 2013, p. 1317 ss.

<sup>126</sup> Vanno escluse, nell'ambito di ingiustificate logiche utilitaristiche, forme di non gratuità della cessione dell'organo per i motivi già evidenziati da illustre dottrina, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 321; tra le varie ragioni, tutte condivisibili, ne rimarchiamo quelle che darebbero vita: a) ad odiose disuguaglianze tra ricchi e poveri anche rispetto alla capacità di acquisto di organi trapiantabili; b) alla determinazione ad opera del mercato di inevitabili forme di approfittamento estorsivo dello stato di bisogno del malato; c) alla regressione, per effetto della ripugnanza per la stessa idea della commercializzazione, della cultura della donazione, anziché dello sviluppo della stessa. Sulle questioni sociologiche ed etiche e per una proposta verso una strategia anticommercialista cfr. M. EPSTEIN, *Sociological and ethical issues in transplant commercialism*, in *Curr Opin Organ Transplant*, 2009, p. 134 ss.

<sup>127</sup> Contro l'idea di alcuni medici ed economisti secondo cui fornire benefici finanziari al donatore incentiverebbe le persone a separarsi da un rene (o da una porzione di fegato) e, quindi, per eliminare le liste d'attesa cfr. F. L. DELMONICO, D. MARTIN, B. DOMÍNGUEZ-GIL, E. MULLER, V. JHA, A. LEVIN, G. M. DANOVITCH, A. M. CAPRON, *Living and Deceased Organ Donation Should Be Financially Neutral Acts*, in *American Journal of Transplantation*, 2015, 15, p. 1187 ss.

<sup>128</sup> A. VALLINI, *Nuove figure criminose*, cit., p. 1016.

<sup>129</sup> Non diversamente da quanto è stato sostenuto, in ordine all'opportunità di una visione integrata che tenga conto tanto della tutela dei diritti umani quanto di logiche più strettamente securitarie, da V. MILITELLO, *La tratta di esseri umani*, cit., 91 ss.

<sup>130</sup> A.E. WALDMAN, *Law, Privacy, and Online Dating: “Revenge Porn” in Gay Online Communities*, in *Law & Social Inquiry*, 44, 4/2019, p. 989.

d) il diritto penale come si accennava all'inizio è chiamato a fare la sua parte ma, per le ragioni sinora accennate, è strutturalmente inadeguato a risolvere, da solo, un problema dalle molteplici sfaccettature. L'intervento penalistico, per avere possibilità di incidere sul fenomeno e, quindi, per apportare un contributo connotato da effettività<sup>131</sup>, deve essere inserito in un più ampio contesto di risposte ed attivato per contrastare fatti di reato, offensivi di interessi meritevoli di tutela, in linea con la previsione di disposizioni tassative e in presenza di tutti i presupposti che giustificano l'intervento repressivo secondo le connotazioni del diritto penale del fatto di derivazione costituzionale.

La minaccia penale, qualunque sia l'entità della pena prevista e, quindi, anche a voler concedere – in via puramente astratta – la valorizzazione della sanzione privativa della libertà in termini di mera deterrenza, con conseguente ammissibilità di pene sempre più rigorose per non dire sproporzionate, finisce per essere, ancora una volta, viziata da mero simbolismo se non viene “calata” in una realtà che si faccia carico di soluzioni multiagenziali.

Un rischio che un settore così gravido di conseguenze per la persona umana non può, assolutamente, permettersi.

---

<sup>131</sup> Sulla nozione e sui contenuti del principio di effettività in ambito penale cfr. C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011, p. 30 ss.