



Chapitre de livre

2017

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Traffico di organi: precisazioni sul tema 173 e tentativi di normativa internazionale

Bondolfi, Alberto

How to cite

BONDOLFI, Alberto. Traffico di organi: precisazioni sul tema 173 e tentativi di normativa internazionale. In: Trapianti e traffico di organi nella società globale. Trento : FBK-Press, 2017. p. 173–183.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:101887>

© The author(s). This work is licensed under a Creative Commons Public Domain (CC0)

<https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/>

Fondazione Bruno Kessler

I lettori che desiderano informarsi sulle attività della
Fondazione Bruno Kessler possono visitare il sito internet:
www.fbk.eu

Il catalogo delle pubblicazioni è consultabile all'indirizzo:
www.books.fbk.eu

Trapianti e traffico di organi nella società globale

a cura di
LUCIA GALVAGNI
LUCIA PILATI

Fondazione Bruno Kessler
www.fbk.eu

Progetto editoriale e redazione:
Editoria FBK

TRAPIANTI

e traffico di organi nella società globale / a cura di Lucia Galvagni, Lucia Pilati.
- Trento : FBK Press, 2017. - 236 p. ; 24 cm.

Nell'occh.: Fondazione Bruno Kessler
ISBN 978-88-98989-33-1

1. Trapianto (Chirurgia) - Aspetti morali 2. Organi (Anatomia) - Commercio clandestino
3. Organi (Anatomia) - Trapianto - Aspetti giuridici 4. Trapianto (Chirurgia) - Aspetti economici
I. Galvagni, Lucia II. Pilati, Lucia

174.297 954 (DDC 22.ed)

Scheda a cura della Biblioteca FBK

ISBN 978-88-98989-33-1
e-ISBN 978-88-98989-34-8

Copyright © 2017 by Fondazione Bruno Kessler, Trento. Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere fotocopiata, riprodotta, archiviata, memorizzata o trasmessa in qualsiasi forma o mezzo – elettronico, meccanico, reprografico, digitale – se non nei termini previsti dalla legge che tutela il Diritto d'Autore (per altre informazioni si veda il sito <http://books.fbk.eu/fbkpress/clienti/fotocopie>).

Indice

Introduzione, di <i>Lucia Galvagni e Lucia Pilati</i>	7
PARTE PRIMA: IL QUADRO GIURIDICO	
Il traffico di organi, di <i>Alessandro Nanni Costa</i>	13
L'applicazione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta al traffico di organi in caso di crimini transnazionali, di <i>Alessandra Pietrobon</i>	17
Traffico di organi e tutela penale della salute e della dignità umana, di <i>Roberto Flor</i>	29
Bioeconomia. L'umano tra prezzo e valore, di <i>Paolo Sommaggio</i>	67
PARTE SECONDA: LA CONTEMPORANEITÀ	
Corpi in vendita: la storia del traffico di organi, di <i>Franca Porciani</i>	113
Il trapianto di organi e il senso del dono, di <i>Mario Picozzi</i>	131
Corpo a pezzettini e organi a buon prezzo. Il capitalismo di una bioetica disumana, di <i>Annamaria Fantauzzi</i>	143
PARTE TERZA: ETICA E DONAZIONE	
Dignità, libertà, gratuità, di <i>Stefano Semplici</i>	159
Traffico di organi: precisazioni sul tema e tentativi di normativa internazionale, di <i>Alberto Bondolfi</i>	173

6	Trapianti e donazione di organi: uno sguardo etico, di <i>Lucia Galvagni</i>	185
	Conclusioni, di <i>Lucia Pilati</i>	207
APPENDICE DOCUMENTARIA		
	Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi umani - Santiago de Compostela, 25 marzo 2015	213
	Dichiarazione del Summit della Pontificia Accademia delle Scienze sul traffico di organi e sul turismo dei trapianti - Roma, 8 febbraio 2017	230
	Legge 11 dicembre 2016, n. 236, Modifiche al codice penale e alla legge 1° aprile 1999, n. 91, in materia di traffico di organi destinati al trapianto, nonché alla legge 26 giugno 1967, n. 458, in materia di trapianto del rene tra persone viventi	233
	Indice degli autori e delle autrici	235

Traffico di organi: precisazioni sul tema e tentativi di normativa internazionale

Alberto Bondolfi

Il fenomeno del traffico di organi è intensamente presente sui vari media che accompagnano la nostra vita ed è discusso in maniera molto controversa non solo tra esperti ma anche nei nostri contesti di vita quotidiana. Cercherò di presentare in questo scritto alcuni elementi delle normative internazionali in tale ambito e tenterò di localizzare il fenomeno, distinguendolo da fenomeni simili, per poi passare alle considerazioni etiche e giuridiche che cercherò di esporre sommariamente in questa sede. Tale fenomeno va innanzitutto chiaramente descritto e delimitato, non certo per pignoleria, quanto piuttosto affinché esso sia distinto da altri fenomeni altrettanto significativi, ma che vanno da esso differenziati e pertanto diversamente considerati e regolati.

1. *Fenomeni simili ma non identici al traffico di organi*

Con il termine «traffico d'organi» intendo designare una serie di pratiche a carattere medico e non medico al contempo, volte a identificare e reclutare donatori viventi di organi del proprio corpo in cambio di un compenso a carattere finanziario. Questa definizione del «traffico di organi» non si applica a quei Paesi che prevedono transizioni finanziarie ai «donatori» (le virgolette mettono in evidenza che non si tratta di un dono bensì di una vendita) di organi mediante una regolamentazione nell'ambito di una legge specifica. È ad esempio il caso dell'Iran, Paese che rifiuterebbe l'appellativo di Stato in cui regna un «traffico» di organi, poiché le transazioni finanziarie sono regolamentate da un testo di legge¹.

¹ Per una prima informazione cfr. D. Atighetchi, *Etica islamica e trapianti d'organo*, in «Medicina e Morale», 6, 1995, pp. 1183-1207; dello stesso autore, *Il trapianto di organi nel mondo islamico*, in «Aggiornamenti Sociali», 4, 1996, pp. 309-316; e soprattutto, *Islam e Bioetica*, Roma 2009; cfr. anche M. Mahdavi-Mazdeh, *The Iranian Model of Living Renal Transplantation*, in «Kidney International», 82, 2012, pp. 627-634.

L'esempio ora evocato non ci dispensa dal discuterlo in linea di principio e in prospettiva etica, ma non deve comunque essere equiparato alle pratiche chiaramente illegali risolvibili in altri Paesi e che hanno risvolti anche nel nostro territorio.

Il traffico d'organi non va inoltre confuso con eventuali misure che incoraggino il dono di organi, a partire da persone sia decedute sia viventi, mediante vantaggi di vario tipo tra cui anche quelli a carattere finanziario. Tali incentivi sono stati oggetto di discussione a livello sia etico sia giuridico². Il fenomeno cronico della mancanza di organi rispetto a pazienti che troverebbero nel trapianto la cura maggiormente indicata per loro ha suscitato la proposta di molti rimedi di vario tipo, tra cui quelli che prevedono di ricompensare, mediante incentivi finanziari o di altro genere, potenziali donatori.

Siccome quasi tutti i Paesi europei, nelle loro leggi specifiche, prevedono la gratuità assoluta del dono di organi, sia da cadavere sia da persona vivente, le proposte e le discussioni attorno ad incentivi a carattere finanziario assumono un aspetto al contempo di principio (a carattere etico-normativo) e di strategia politico-legislativa.

Gli incentivi a loro volta non vanno confusi con i risarcimenti versati ai donatori vivi per finanziare tutte le misure mediche atte a minimizzare i danni e i disturbi che necessariamente sono legati a questo gesto. I risarcimenti costituiscono un dovere di giustizia nei confronti dei donatori e gli organi sanitari dello Stato o eventuali istituti assicurativi lo onorano in nome delle persone assicurate che hanno avuto la possibilità di ricevere un organo. I risarcimenti costituiscono inoltre una forma di solidarietà della popolazione sana nei confronti di chi ha compiuto un gesto, da considerare oggettivamente come un danno da un punto di vista strettamente medico, a favore di una persona che non potrebbe essere trattata in maniera migliore se non attraverso un trapianto. Sono convinto che le varie misure di risarcimento vadano ancora migliorate nei diversi Paesi europei. Esse comunque non sono da confondere con le eventuali misure d'incentivazione della donazione di organi che rispondono a esigenze diverse e vengono pure legittimate con argomenti diversi rispetto al risarcimento³.

² Mi sono espresso sull'argomento, si veda A. Bondolfi, *Incentivi alla donazione di organi: modelli pecuniari e gratuiti*, in «Rivista per le Medical Humanities», 24, 2013. Riprendo qui alcune considerazioni, adattandole al contesto specifico del traffico di organi.

³ Per una proposta a favore di incentivi inquadrati in una legge che ne fissi i criteri ed i limiti cfr. M. Mäder, *Le don d'organes entre gratuité et modèles de récompense. Quels instruments*

Gli incentivi non sono da considerare inoltre come una forma di commercializzazione diretta del corpo umano che farebbe di quest'ultimo una cosa senza alcun carattere personale⁴.

Nonostante queste precisazioni, la confusione tra le due pratiche può instillarsi facilmente nelle mentalità collettive e quindi un giudizio «politico», prima ancora che etico, sull'introduzione d'incentivi deve tener conto di questa confusione potenziale ed in parte già reale.

Infine, visto che la discussione sul traffico di organi viene messa, con una pertinenza abbastanza dubbia, in relazione con la cosiddetta «penuria di organi» vale la pena anche qui di precisare il senso di questa espressione e di esaminarne la portata. La penuria di organi non va considerata come un fenomeno dato una volta per tutte, bensì come una realtà dipendente da un giudizio fatto sull'opportunità o necessità di un trapianto in una situazione clinica data (la cosiddetta indicazione medica al trapianto). Se le indicazioni per un trapianto sono particolarmente «larghe» allora la penuria sarà tanto più intensa, mentre se le indicazioni vengono poste in maniera particolarmente severa la penuria risulterà meno marcata. Compiendo una specie di «esperimento mentale» si potrebbe affermare che il bisogno di organi è potenzialmente «infinito» poiché tutti noi, prima o poi, saremo posti di fronte a insufficienze legate a un cattivo funzionamento dei nostri organi. Siamo dunque tutti, globalmente, potenziali riceventi di organi.

Evidentemente il trapianto è ritenuto una misura medicalmente ed eticamente proponibile, quando il beneficio atteso è proporzionato allo sforzo investito e la prognosi sul periodo di vita che segue al trapianto è significativamente fausta. La penuria di cui parliamo qui è quella risultante dal bisogno di trapianti indicati dal punto di vista medico e quando l'indicazione è particolarmente rigorosa. Siamo dunque di fronte a una penuria relativa, parzialmente quantificabile, quindi anche parzialmente superabile.

Se la parola «penuria» è precisata nei termini ora evocati, allora la discussione sull'accettabilità morale di un suo superamento si rivelerà più facile, almeno in linea di principio, anche se l'eventuale implementazione

étatiques face à la pénurie d'organes?, Basel 2011; cfr. anche il volume collettaneo estremamente stimolante A. Flückiger (ed), *Émouvoir et persuader pour promouvoir le don d'organes? L'efficacité entre éthique et droit*, Zürich 2010.

⁴ Per una presentazione globale delle varie forme di commercializzazione del corpo umano cfr. J. Taupitz (ed), *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, Berlin 2007; M. Sandel, *Quello che i soldi non possono comprare. I limiti morali del mercato*, Milano 2015.

di misure adeguate potrà rivelarsi particolarmente difficile. Non si tratta quindi di porre il problema chiedendosi quale sia il numero massimo possibile di organi a disposizione in vista di interventi trapiantistici massimi, bensì quale sia il bisogno di organi, applicando le indicazioni previste dalle leggi.

Pur prendendo in considerazione questa nozione «stretta» di penuria si dovrà ammettere che quest'ultima è davvero presente in Europa con tassi di intensità alquanto diversi a seconda dei Paesi esaminati. Il carattere tragico e controverso al contempo della discussione sull'allocazione degli organi è dovuto al fatto che vari pazienti muoiono prima che il trapianto sia possibile e per cause direttamente legate al fatto di non poter accedere a questa terapia specifica. Si rivela dunque come eticamente necessaria l'esigenza di conoscere in maniera precisa e non ideologica le cause di questa mancanza per poter ottemperare in maniera credibile alla domanda di equità in questo ambito. Noto, e si tratta di un'esperienza personale e non di una verifica a carattere scientifico, che molti contributi giornalistici in materia tendono a vedere nelle attitudini soggettive dei cittadini del nostro Paese la causa principale, se non esclusiva, di questa penuria. Personalmente sono convinto del contrario. Le cause principali della mancanza di organi non sono da ricercare nelle attitudini della popolazione, bensì nelle strutture organizzative del mondo sanitario in genere e in quelle della medicina di soccorso ed intensiva in particolare.

Concludendo queste considerazioni a carattere descrittivo penso che sia possibile, già a questo punto, tirare una prima conclusione di natura maggiormente normativa. Se le cause principali della penuria di organi vanno ricercate in fattori esterni all'attitudine soggettiva di una popolazione nei confronti dell'espianto, allora anche la problematica degli incentivi viene fortemente relativizzata.

Se si pone l'attenzione sulle cause organizzative della penuria di organi l'incidenza statistica dovuta al fatto che singoli cittadini o famiglie rifiutino l'espianto dal loro caro estinto diventa molto meno importante. Presso questa minoranza l'eventuale presenza di incentivi non avrebbe un peso determinante, poiché il rifiuto sarebbe motivato da fattori tali da non essere abbandonato solo a causa di proposte che non toccano alla radice le cause del rifiuto stesso.

La disponibilità di organi dovuta a tutti gli altri fattori, a carattere organizzativo e logistico, non sarebbe influenzata da eventuali incentivi. La discussione su questi ultimi viene così a perdere la sua pretesa urgenza

e centralità appunto poiché non riesce ad incidere sulle cause della mancanza di organi a disposizione.

Al riguardo si possono ipotizzare due linee argomentative, ritrovabili anche nella letteratura specifica:

- Si può essere contrari per principio a ogni sorta di incentivi poiché si vede in essi una forma di mercificazione del corpo umano, mai accettabile appunto perché riduce la persona umana a semplice cosa.
- Si può essere contrari all'introduzione d'incentivi, non in maniera assoluta ma più o meno parzialmente, riferendosi al fatto che essi provocherebbero conseguenze negative sia sulla pratica del dono d'organi sia su altre condotte umane.

Personalmente aderisco piuttosto a questa seconda linea di argomentazione poiché distingue meglio tra incentivo e commercializzazione. Quest'ultima sarebbe, secondo me, del tutto inaccettabile poiché implicherebbe direttamente un nocumento, un danno recato volontariamente al proprio corpo, solo per poterne trarre un vantaggio finanziario.

L'incentivo invece intende motivare ad un gesto altruistico, senza esserne la sola causa. Ma affinché chi mi legge possa capire più precisamente gli argomenti che stanno dietro al mio rifiuto degli incentivi intendo introdurre una distinzione ulteriore che trovo significativa in questo preciso ambito. Si tratta della distinzione tra conseguenze fattuali e conseguenze ideali di una nuova pratica.

La mia posizione critica nei confronti degli incentivi non è dovuta in primo luogo a possibili conseguenze negative fattuali, bensì alle conseguenze sulle mentalità e sulle attitudini collettive nei confronti dei trapianti. L'introduzione dell'incentivo, compreso come prestazione «dovuta» e quindi poco importa se direttamente pecuniario o meno, disturba infatti la metafora fondamentale che legittima tutta la medicina dei trapianti: la metafora del dono.

Ammetto senz'altro, al seguito tra l'altro anche delle considerazioni di Mauss, che ogni dono richieda una controprestazione. Quest'ultima comunque si situa a livello simbolico e non direttamente pecuniario. Al contrario la moneta è strumento di scambio e non di dono e quindi mal si presta ad esprimere o a compensare un gesto che riteniamo «gratuito» e cioè espressione della modalità del dono e non dello scambio.

2. *Le radici morali della proibizione giuridica del traffico d'organi*

Fatte tutte queste premesse intese a delimitare in maniera precisa il campo specifico di riflessione sul traffico d'organi si può costatare senza particolare difficoltà che tutti i testi giuridici che intendono inquadrare e sanzionare questa pratica si richiamano al principio generale della non commerciabilità del corpo umano. Questo riferimento è chiaro nelle sue implicanze normative poiché il diritto sembra voler determinare chiaramente le pratiche ritenute a carattere commerciale, mentre lascia volutamente aperta a interpretazioni diverse la problematica filosofica. Tornerò brevemente fra poco su questa diversità di intenti tra il diritto e l'etica nell'approccio al tema della commerciabilità del corpo umano.

Il testo maggiormente autorevole per il contesto europeo in materia è dato dall'art. 21 della Convenzione di Oviedo del Consiglio d'Europa, convenzione detta anche «di bioetica»⁵, che afferma in maniera lapidaria: «Il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto».

L'Italia non ha ancora ratificato in maniera piena questa Convenzione⁶ e quindi, per il momento, tale affermazione non fa ancora parte del diritto interno alla Repubblica italiana. Nonostante questo «anello mancante» produca qui un effetto paradossale, se si pone mente al fatto che ciò che manca è solo un'ultima tappa a carattere meramente procedurale, si può comunque affermare che il principio di non commerciabilità del corpo umano valga per tutti i Paesi europei, poiché esso è evocato chiaramente anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, di cui l'Italia fa parte. All'art. 3, rigo 2 di tale Carta⁷ si afferma infatti:

«Diritto all'integrità della persona

1. Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica.
2. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati:
 - il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge,
 - il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone,
 - il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro,
 - il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani».

⁵ Cfr. il testo in <http://www.iss.it/binary/coet/cont/ConvenzioneOviedo.pdf>

⁶ Cfr. S. Penasa, *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in «Forum di quaderni costituzionali», consultabile al sito http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0007_penasa.pdf

⁷ Consultabile al sito http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf

A prima vista sembrerebbe che il principio sia enunciato in una forma assoluta, che non ammetta eccezioni. Ciò è parzialmente vero, vista la chiarezza dell'affermazione, anche se con l'espressione «in quanto tali» si aprono spazi interpretativi, del tutto leciti se si esamina quale sia lo spazio di manovra consentito dall'espressione stessa. La pratica dei trapianti esige infatti che gli organi umani, prelevati sia da cadaveri sia da persone viventi, ricevano trattamenti che li rendano maggiormente atti all'impianto come pure misure di trasporto urgente che rendano efficace questa transazione. Tali operazioni producono evidentemente costi, ma esse non possono venir qualificate come forme di commercializzazione. Il carattere apodittico del principio di non commerciabilità non ci dispensa comunque dal riflettere sulle diverse forme di legittimazione morale che stanno dietro l'affermazione decisa del principio stesso.

Alcuni protagonisti del dibattito sulla non commerciabilità del corpo umano e delle sue parti si rifanno alla rappresentazione dell'unità intrinseca tra corpo e persona. A partire dalla considerazione ponderata di questa unità si nega che il rapporto con il proprio corpo possa essere espresso in termini di proprietà di un bene. Qualora si potesse affermare un «diritto di proprietà» sul proprio corpo, quest'ultimo si ridurrebbe a cosa, entrando così in contraddizione con la comprensione spontanea che ciascuno di noi possiede del proprio corpo. Noi tutti infatti siamo il nostro corpo, anche se talvolta affermiamo di averlo. Questo approccio fenomenologico al proprio corpo non implica necessariamente un'affermazione sulla sua sacralità.

Coloro che la affermano decisamente si differenziano dall'approccio fenomenologico ora evocato, e postulano un riferimento a carattere più o meno esplicitamente religioso. Tale riferimento è del tutto rispettabile, ma non può costituire la base, riconoscibile per tutte le cittadine e per tutti i cittadini di uno Stato democratico, di una legislazione che regoli le pratiche legate al dono di organi prelevati su corpi umani, siano essi vivi o morti.

Una volta ammessa la non commerciabilità del corpo umano e delle sue parti distaccate da esso il diritto sarà chiamato innanzitutto a garantirne l'integrità, ammettendo quelle eccezioni eticamente motivate che sembrano, almeno a prima vista, contraddire all'esigenza di integrità. Si tratta soprattutto di legittimare, a livello sia morale sia giuridico, quelle pratiche intese a salvaguardare l'insieme dell'esistenza corporea di una persona, quando fosse mediamente necessario rinunciare a un singolo organo o membro del suo corpo (è il caso delle amputazioni medicalmente indicate o di operazioni chirurgiche ablative necessarie).

In questo contesto vengono legittimate anche quelle ablazioni di singoli organi, oggettivamente considerate come «danni» all'integrità del corpo umano, ma che vengono effettuate a beneficio di un'altra persona che non può essere efficacemente curata in altro modo. Evoco qui il problema del dono di organi da vivente a favore di un'altra persona vivente, senza entrare nel merito poiché ci allontanerebbe dall'oggetto specifico delle nostre considerazioni.

3. *Come combattere il fenomeno del traffico d'organi con mezzi giuridici?*

La lotta alle transazioni pecuniarie di organi umani ha occupato il diritto da vari decenni in tutte le sue discipline particolari e a diversi livelli, tanto nazionali quanto continentali e mondiali. La letteratura che accompagna questa lotta è sterminata e non può evidentemente essere ripresa ed analizzata in questa sede in maniera molto limitata⁸.

Particolarmente significativa mi sembra la qualificazione di questa pratica considerata e definita come «delitto» da parte di numerose istanze internazionali. Ciò spiega l'abbondante letteratura a carattere penalistico in questo ambito che commenta i primi tentativi di formulazione di sanzioni per le pratiche legate al traffico internazionale di organi⁹.

L'ampiezza e la profondità della discussione a carattere penalistico non devono comunque abbagliarci al punto di pensare che il fenomeno stesso sia sufficientemente ed efficacemente sanzionato da codici penali nazionali e da regolamentazioni internazionali. Dietro l'intensità della discussione si cela infatti una debolezza intrinseca a questa problematica.

⁸ Mi permetto solo di evocare qualche contributo che mi è sembrato particolarmente utile anche per inquadrare la problematica in prospettiva etico-sociale. Cfr. tra le numerose pubblicazioni a carattere generale: M.F. Mamzer Bruneel - C. Hervé, *Trafic d'organes*, in «Cité», 2016, 65, pp. 41-52; R. Flor, *Le prospettive attuative della Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi umani e la tutela penale della salute e della dignità umana*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2015, 1-2, pp. 89-124; sempre tra le opere a carattere generale sul fenomeno cfr.: F. Porciani, *Traffico d'organi. Nuovi cannibali, vecchie miserie*, Milano 2012; sempre attuale rimane l'opera di G. Berlinguer - V. Garrafa, *La merce finale. Saggio sulla compravendita di parti del corpo umano*, Milano 1996. Cfr. anche la ricerca a carattere socio-antropologico di N. Scheper-Hughes, *Il traffico di organi nel mercato globale*, Verona 2001.

⁹ Rimando soprattutto a C. Moya Guillem, *Consideraciones sobre el delito de trafico de organos humanos*, in «Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid», 18, 2014, pp. 45-66; S. Mendoza Calderon, *El delito de trafico de organos, 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, pp. 147-188; L.M. Puente Aba, *La protección frente al trafico de organos: su reflejo en el Código Penal español*, in «Revista de derecho y proceso penal», 2011, 26, pp. 135-152.

Si può infatti notare come le sanzioni penali previste da alcune leggi nazionali in questo ambito tocchino pratiche mediche legate soprattutto a una allocazione estremamente dettagliata degli organi, mediante una descrizione precisa delle stesse, mentre la pratica del traffico viene sì proibita, ma le fattispecie ad essa legate sono descritte in modo relativamente generico¹⁰.

La critica riguardante la genericità della descrizione degli atti illegali di traffico è, sempre a mio avviso, ancora maggiore quando si esaminano i testi delle organizzazioni internazionali. Ciò è dovuto al fatto che tali testi devono poter essere assunti in legislazioni interne molto diverse tra loro e che sono dunque anche inerenti allo strumento stesso della convenzione.

I Paesi impegnati seriamente nella lotta contro ogni forma di commercializzazione nella medicina dei trapianti d'organo hanno previsto al contempo una loro tracciabilità a livello della documentazione medica. Una documentazione standardizzata che ricostruisca le modalità del prelievo, del trasferimento e dell'impianto di organi in un paziente preciso faciliterebbe la localizzazione di «doni dubbi» quanto alla loro gratuità. Una volta localizzati con maggiore precisione l'ambiente entro cui è avvenuto tale «dono», si renderebbe anche più facile la localizzazione delle agenzie che hanno reso possibile una tale transazione e quindi anche la loro perseguibilità penale.

Sempre in prospettiva penale rimangono comunque aperti ancora vari interrogativi di principio. Se molte istanze concordano sulla necessità di sanzionare coloro che organizzano il prelievo retribuito di organi presso popolazioni particolarmente vulnerabili, non è chiaro se si debbano prevedere sanzioni penali anche per coloro che hanno dato il loro accordo a tale prelievo. Le persone in situazione di grande povertà e fragilità sociale pagherebbero un prezzo troppo alto per la loro scelta dettata non da volontà di profitto, ma dalla sola ricerca della sopravvivenza in situazioni altamente precarie.

Ancora più controverso è anche l'interrogativo teso a sapere se si debbano sanzionare anche i pazienti che hanno ricevuto tale organo mediante complessi meccanismi di passaggio. Tali pazienti sono maggiormente localizzabili se vivono in Paesi «sviluppati» ma connotati da una cronica

¹⁰ Mi permetto di rimandare alla legislazione svizzera, consultabile al sito www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/20010918/index.html; all'art. 69 di questa legge si trova una lista di delitti puniti con la detenzione o con la multa fino a 200.000 franchi, all'art. 70 segue una lista di contravvenzioni, che prevedono la sanzione penale dell'arresto o di una multa fino a 50.000 franchi.

carezza di organi. Al più tardi durante le cure che seguono il trapianto e durante i controlli periodici che seguono l'intervento di impianto le équipes mediche potranno verificare sul corpo stesso del paziente che l'impianto di un nuovo organo aveva origini perlomeno «dubbe». Al momento di tale verifica è eticamente corretto pensare che ci sia un dovere morale e persino giuridico di denuncia alle autorità giudiziarie?

Personalmente rimango nel dubbio, specialmente quando il paziente in questione abbia seguito simili vie, lontane dalla piena trasparenza, poiché era rimasto così a lungo sulla sua lista di attesa nazionale da temere seriamente per la propria sopravvivenza a corto termine. È applicabile ad un paziente in una simile situazione l'assioma secondo cui «necessitas non habet legem»¹¹?

Se si potesse dimostrare che tale paziente si trovasse oggettivamente in uno stato di necessità forse al posto di una sanzione pecuniaria o persino al posto di una privazione di libertà si potrebbe ipotizzare una sanzione consistente in una fattiva collaborazione alla ricerca di coloro che hanno pianificato e facilitato tale transazione di organi, traendone profitto e danneggiando i «donatori» in maniera qualificata. Uno scenario quanto mai complesso e geograficamente delocalizzato in maniera estrema. Ci si può chiedere come sia ancora applicabile, in un simile contesto, il principio di territorialità su cui si basa il diritto penale classico dei Paesi democratici.

In altre parole penso che le possibilità del diritto penale, sia nazionale sia internazionale, in questo ambito preciso, siano particolarmente limitate e che dunque, senza rinunciare completamente a questo strumento, esso vada integrato con misure e strumenti di altro tipo, in modo da arrivare in tempi medi ad una forte limitazione di ogni forma di commercio di organi umani.

Bisognerà pensare anche a strumenti giuridici ancora più efficaci della Convenzione. Quest'ultima, per sua caratteristica specifica, ricerca il consenso tra i potenziali ratificatori della convenzione stessa e dunque essa viene formulata in maniera da poter ottenere un massimo di ratificazioni possibili. La forza di questo strumento sta nel fatto che le disposizioni normative contenute in una convenzione diventano parte del diritto interno dei Paesi firmatari.

¹¹ «La necessità non conosce legge». Su questo assioma cfr. M. Koller, *Not kennt kein Gebot. Entstehung - Verbreitung - Bedeutung eines Rechtsspruchwortes*, Berlin 2009.

D'altra parte questo stesso strumento parte dalla premessa che gli organismi di giustizia dei Paesi potenzialmente firmatari siano conformi alle regole generali di uno Stato di diritto. Se lo Stato firmatario è già affetto da meccanismi totalitari o dittatoriali a ben poco serviranno anche le migliori disposizioni di un testo di convenzione.

Come si può evincere da queste sommarie considerazioni, la lotta per una pratica internazionale dei trapianti che rispetti l'indisponibilità del corpo umano per transazioni commerciali e a fini di lucro è multiforme e non facilmente riducibile ad una strategia monodirezionale. Bisognerà intervenire su vari fronti al contempo, sia su quello degli accordi internazionali che su quello di una legislazione nazionale all'altezza delle pratiche che si diffondono rapidamente in questi ultimi tempi.

La collaborazione interprofessionale tra competenze diverse è indispensabile, affinché le disposizioni giuridiche siano valide e pertinenti anche sul piano scientifico. Se queste competenze e questi saperi convergeranno verso un fine comune, si potrà pure costatare che la qualità morale delle varie disposizioni di legge aumenterà e le renderà accettabili anche ad una popolazione che oggi ancora manifesta vari tipi di resistenza nei confronti della medicina dei trapianti, soprattutto verso quella tecnologicamente più avanzata.

Grazie ad un diritto sempre più differenziato, avanzeranno sia la pratica medica sia la riflessione etica. Quest'ultima accompagna tutti gli sforzi delle varie discipline, nella ricerca del giusto e del bene.