Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

Comitato di direzione

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio,
Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,
Luciano Eusebi, Alberto Gargani,
Fausto Giunta, Vincenzo Maiello,
Marco Nicola Miletti, Renzo Orlandi,
Michele Papa, Carlo Piergallini,
Francesca Ruggieri

Coordinatore

Fausto Giunta

Comitato di redazione

Alessandro Corda, Roberto Cornelli, Gianfranco Martiello,
Claudia Mazzucato, Dario Micheletti, Gherardo Minicucci,
Daniele Negri, Caterina Paonessa, Antonio Vallini, Vito Velluzzi

Coordinatore

Dario Micheletti

Direttore responsabile

Alessandra Borghini

www.edizioniets.com/criminalia

Registrazione Tribunale di Pisa 11/07 in data 20 Marzo 2007

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2018

Edizioni ETS

www.edizioniets.com

© Copyright 2019
EDIZIONI ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

ISBN 978-884675634-3
ISMN 1972-3857

INDICE

Primo Piano

MARTA BERTOLINO
Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze 13

GIOVANNI CANZIO
Multiculturalismo e giurisdizione penale 53

MAURIZIO CATINO
Fare luce sulla zona grigia 65

CRISTINA DE MAGLIE
La lingua del diritto penale 105

ALBERTO GARGANI
Depenalizzazione e "materia penale". La graduazione delle garanzie tra forma e sostanza 143

MICHELE TARUFFO
Note sparse su certezza e coerenza della decisione giudiziale 161

I grandi temi *La tutela della persona umana*

ROBERTO BARTOLI
Brevi riflessioni sul fine vita a partire dai concetti di uomo, individuo e persona 177

GIOVANNI FLORA
La tutela della libertà sessuale ed i tormenti di Cupido nell'era postmoderna 189

FAUSTO GIUNTA
I beni della persona penalmente tutelati: vecchie e nuove sfaccettature 195

MICHELE PAPA
La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali: appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità 213

ANTONIO VALLINI
Il "discorso" giuridico in tema di "persona": abbozzo di un lessico 223

I grandi temi *Negazionismo*

GIULIANO BALBI
Il negazionismo tra falso storico e post-verità 233

FILIPPO BELLAGAMBA
Dalla criminalizzazione dei discorsi d'odio all'aggravante del negazionismo: nient'altro che un prodotto della legislazione penale "simbolica"? 265

CORRADO DEL BÒ
Tollerare l'intollerabile. Il negazionismo tra etica e diritto 291

I grandi temi *Tortura*

GIOVANNI CANZIO
I crimini di guerra nazisti in Italia (1943-1945) nella giurisprudenza della Corte di cassazione 305

STEFANIA CARNEVALE
Tortura e maltrattamenti in carcere: i presidi di diritto processuale e penitenziario a supporto degli strumenti sostanziali 325

LUCIA RISICATO
L'ambigua consistenza della tortura tra militarizzazione del diritto penale e crimini contro l'umanità 351

Il punto su… *La nuova disciplina dell'art. 162-*ter *c.p.*

GIAN PAOLO DEMURO
L'estinzione del reato mediante riparazione 373

SERGIO SEMINARA
Perseguibilità a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie: spunti di riflessione 383

Il punto su… *La corruzione tra privati*

FRANCESCO MACRÌ
La corruzione tra privati (art. 2635 c.c.): i recenti ritocchi della legge "spazzacorrotti" (l. n. 3/2019) e i problemi di fondo della disciplina italiana alla luce dell'esperienza comparatistica 405

ANDREA FRANCESCO TRIPODI
La corruzione tra privati. Un'analisi diacronica dello spettro offensivo della fattispecie ovvero la concorrenza come figlia di un dio minore 437

Antologia

FABIO BASILE
Violenza sulle donne e legge penale: a che punto siamo? 463

FRANCESCO CALLARI
La rivisitazione in malam partem *del giudicato penale: dal contrasto del terrorismo e della criminalità organizzata ad orizzonti futuribili* 475

ALBERTO CAPPELLINI
Machina delinquere non potest? *Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale* 499

GAETANO CARLIZZI
Il principio del libero convincimento come guida per il legislatore e per il giudice nel campo del processo penale 521

RICHARD DUBÉ – MARGARIDA GARCIA
L'opinione pubblica come fondamento del diritto di punire: frammenti di una nuova teoria della pena? 537

FAUSTO GIUNTA
Culpa, culpae 569

GAETANO INSOLERA
Dalla difesa legittima all'offesa legittimata? Ragioni a confronto sulle proposte di modifica all'art. 52 c.p. 601

MASSIMILIANO LANZI
Preterintenzione e reato aberrante, tra vecchi paradigmi e nuove esigenze di tutela 611

GIORGIO MANIACI
Harm principle *e* offence principle *secondo un'etica liberale* 643

GIANFRANCO MARTIELLO
Violenza pubblica potenzialmente letale e diritto alla vita ex *art. 2 CEDU: a proposito dell'art. 53 c.p. "convenzionalmente riletto"* 681

DARIO MICHELETTI
La responsabilità penale del medico tra colpa generica e colpa specifica 705

GHERARDO MINICUCCI
Brevi riflessioni sulle contaminazioni linguistiche nel diritto penale 745

PIER FRANCESCO POLI
La colpa grave quale limite all'imputazione per colpa: uno sguardo ai codici dell'Italia unita 765

VICO VALENTINI
Dovere di soccorrere o diritto di speronare? Qualche spunto (quasi) a caldo sul caso Sea Watch 3 785

TABLE OF CONTENTS

On the front page

MARTA BERTOLINO
Criminal law, insanity, and neuroscience 13

GIOVANNI CANZIO
Multiculturalism and criminal justice decision-making 53

MAURIZIO CATINO
Shedding light on the grey area 65

CRISTINA DE MAGLIE
The language of the criminal law 105

ALBERTO GARGANI
Decriminalization and "criminal matter". The graduation of guarantees between form and substance 143

MICHELE TARUFFO
Some remarks on the certainty and consistency of judicial decisions 161

Big themes *Protecting the human person*

ROBERTO BARTOLI
Brief remarks on end of life starting with the notions of "human being", "individual" and "person". 177

GIOVANNI FLORA
Protecting sexual freedom and Cupid's struggles in the post-modern era 189

FAUSTO GIUNTA
The person's interests protected by the criminal law: old and new nuances 195

MICHELE PAPA
The physiognomy of the Actus Reus in the structure of sexual offenses: notes for a reflection on the crisis of the Tatbestand 213

ANTONIO VALLINI
The legal "discourse" about the "person": a tentative lexicon 223

Big themes *Historical denialism*

GIULIANO BALBI
Historical denialism between fabrications of history and post-truth 233

FILIPPO BELLAGAMBA
From the criminalization of hate speech to the aggravating factor of historical denialism: nothing more than a further outcome of "symbolic" criminal law-making? 265

CORRADO DEL BÒ
Tolerating the intolerable. Historical denialism between ethics and law 291

Big themes *Torture*

GIOVANNI CANZIO
Nazi war crimes in Italy (1943-1945) in the case law of the Cassation Court 305

STEFANIA CARNEVALE
Torture and mistreatments in prison: penitentiary law procedural protections supporting substantive tools 325

LUCIA RISICATO
The ambiguous texture of the crime of torture, between the militarization of the criminal law and crimes against humanity 351

Focus on… *The new provision of Art. 162-*ter *of the Penal Code*

GIAN PAOLO DEMURO
The extinction of the offense through reparation 373

SERGIO SEMINARA
Private criminal complaints and extinction of the harm caused by means of reparative conducts: food for thought 383

Focus on… *Private corruption*

FRANCESCO MACRÌ
Private corruption (Art. 2635 of the Civil Code): recent amendments to the "Spazzacorrotti" Law (l. n. 3/2019) and the underlying problems of the Italian provisions in light of the comparative experience 405

ANDREA FRANCESCO TRIPODI
Private corruption. A diachronic analysis of the offense's harm spectrum: competition as the child of a lesser God 437

Anthology

FABIO BASILE
Violence against women and the criminal law: where are we now? 463

FRANCESCO CALLARI
Reforming in malam partem a final decision: from the fight against terrorism and organized crime to futuristic horizons 475

ALBERTO CAPPELLINI
Machina delinquere non potest*? Brief remarks on artificial intelligence and criminal liability* 499

GAETANO CARLIZZI
Freedom of conviction as a guiding principle for both the legislature and the judge in the criminal trial context 521

RICHARD DUBÉ, MARGARIDA GARCIA
Public opinion as the foundation of the right to punish: fragments of a new theory of punishment? 537

FAUSTO GIUNTA
Culpa, culpae 569

GAETANO INSOLERA
From self-defense to legitimized offense? Assessing the rationales of proposed amendments to Art. 52 of the Penal Code 601

MASSIMILIANO LANZI
Crimes beyond intention and mistake in the commission of a crime, between old paradigms and new calls for protection 611

GIORGIO MANIACI
Harm principle and offense principle according to a liberal ethics 643

GIANFRANCO MARTIELLO
Potentially lethal state violence and right to life under Art. 2 of the ECHR: on Art. 53 of the Penal Code re-read through the Convention's lenses 681

DARIO MICHELETTI
Criminal liability of medical professionals between generic and specific negligence 705

GHERARDO MINICUCCI
Brief remarks on linguistic contamination in the criminal law 745

PIER FRANCESCO POLI
Gross negligence as a limit to negligence charges: a look at the Penal Codes of unified Italy 765

VICO VALENTINI
Duty to assist or right to ram? First remarks on the Sea Watch 3 case 785

I grandi temi
La tutela della persona umana

ANTONIO VALLINI

IL "DISCORSO" GIURIDICO IN TEMA DI "PERSONA": ABBOZZO DI UN LESSICO [(*)]

SOMMARIO: 1. Introduzione con dedica. – 2. Dignità. – 3. Salute. – 4. Consenso e vulnerabilità. – 5. Maternità. – 6. Dialogo, comunicazione, compartecipazione.

1. *Introduzione con dedica*

Questo mio intervento sarà cosa da poco, giusto qualche parola.

Questo intervento avrà, in effetti, a che fare con le parole. Con alcune delle parole udite nelle relazioni che hanno dato corpo al dibattito odierno, e con altre ad esse complementari.

Lasciatemi tuttavia premettere qualche nota personale. Perché il motivo più profondo che mi spinge a parlare non si coglie né nel titolo, né nel sottotitolo di questo Convegno: semmai nella dedica: *per Francesco Palazzo*.

Invero, pur non potendo dirmi a stretto rigore un allievo del maestro che oggi onoriamo, per dodici anni ho abitato l'ufficio di fronte al suo, ed ho avuto così l'opportunità di molto apprendere, dalla sua disponibilità al dialogo, dalle molte occasioni di collaborazione, anche soltanto dall'osservarlo agire nella quotidianità della vita universitaria, nei rapporti con gli studenti, con i funzionari amministrativi, con i colleghi.

Riporto un episodio, tra i tanti, perché emblematico. Nella mia qualità di coordinatore del polo universitario penitenziario fiorentino, una volta invitai Francesco Palazzo a tenere un seminario per i detenuti, in quanto esimio penalista e presidente di importanti commissioni ministeriali, sul tema ben scomodo, in quella sede, delle riforme per lo più mancate del sistema sanzionatorio. Ebbene, al termine della prolusione, quando timidamente cominciavano a emergere, dalla platea, domande che mal celavano dolorose autobiografie, mi accorsi che il nostro autorevole ospite avvertiva il bisogno pressoché fisico – morale, credo di poter dire – di scendere da quel palco sul quale lo avevamo elevato e costretto ad esibirsi *ex cathedra*; e così subito fece, calandosi tra un pubblico tanto particolare e impegnativo, passando lui stesso il microfono dall'uno all'altro partecipante,

[(*)] È il testo della relazione tenuta al Convegno in onore di Francesco Palazzo, dal titolo "*La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà*", svoltosi a Pisa, il 12 ottobre 2018.

riuscendo a far decollare un dibattito che fu, alla fine, tra i più appassionati e appassionanti di quel ciclo di incontri.

In effetti, a proposito di parole, se devo usarne una per indicare l'insegnamento più importante che ho tratto da questi molti anni di lavoro a fianco di Francesco Palazzo, sceglierei un aggettivo: *pubblico*. Francesco Palazzo, con il suo esempio e le sue esortazioni (perentorie quando necessario), mi ha tratto fuori dal rifugio del mio ufficio, delle aule, della biblioteca, al quale mi sentivo intimamente vocato, facendomi comprendere come il privilegio di essere remunerato per studiare, riflettere, approfondire, comporti una responsabilità civica e istituzionale. Pubblico non solo, dunque, nel senso di servizio pubblico prestato agli studenti – ed il rigore e la generosità di Francesco Palazzo su questo fronte erano proverbiali, a Firenze; pubblico non solo come onere di "divulgare" nella comunità scientifica, e anche altrove, i risultati delle nostre ricerche, con un atteggiamento che fatalmente rischia l'unidirezionalità – una unidirezionalità che Francesco Palazzo ha in verità sempre evitato anche nelle nostre discussioni private, ove sue erano più le domande che non le risposte. Quell'aggettivo evoca, piuttosto, l'onere di procurare le occasioni per catalizzare, animare e valorizzare un dialogo pubblico e aperto al pubblico, tra l'università e le professioni, tra le professioni, con i cittadini, con gli studenti, con i rappresentanti delle istituzioni.

In questo senso, la funzione della comunità accademica si apprezza per il contributo che saprà dare a quella democrazia sostanziale, dialogica, progressivamente costruita e non data una volta per tutte, responsabilmente praticata e non assunta come postulato, in cerca di sintesi e non di contrapposizioni manichee, che pure Palazzo patrocina nei suoi scritti dedicati alla laicità e alla selezione dei valori etici correlati al concetto di persona, eventualmente meritevoli di tutela penale.

Ecco così tornare l'argomento di questo consesso: proprio nel mentre parlavo del grande studioso che oggi omaggiamo, stavo già tracciando una prospettiva entro la quale inquadrare la questione, che avevo annunciato, di un possibile glossario del discorso giuridico sulla persona umana.

Nelle relazioni di chi mi ha preceduto alcune "parole chiave" ricorrentemente sono state pronunciate. Parole che, in effetti, tradizionalmente hanno a che fare con l'oggetto della nostra comune riflessione. Altre ve ne sono, che non sono state pronunziate. Ma non tutte quelle parole sono egualmente strumentali a scelte di disciplina fortificate, per così dire, da un consenso diffuso e maturato nel dialogo. Esistono parole divisive, che perpetuano contrapposizioni inconciliabili, che non disegnano il lessico di compromessi virtuosi, che offrono alle costruzioni giuridiche instabili appoggi.

2. *Dignità*

Una di queste, duole dirlo, è *dignità*. Termine tanto nobile, pregno di valore costituzionale potenziale, quanto inutilizzabile, ai fini di un confronto che voglia condurre a soluzioni pacificanti sul piano culturale e solide sul piano giuridico (perché ben metabolizzabili dalla prassi e resistenti al giudizio delle Corti dei diritti).

Si tratta, invero, di un concetto intimamente discorde, che facilmente può scindersi e contrapporsi a se stesso. In rapporto ad un medesimo centro di interessi, esso può intendersi in senso soggettivo, autodefinito, correlandosi a un'idea di libertà, o al contrario essere declinato in senso oggettivo, eterodeterminato, quale espressione di un modello precostituito di "persona degna" indisponibile dal singolo. In questa prospettiva, le stesse scelte di fine vita – si pensi alla richiesta di suicidio assistito – o altre in materia di procreazione – come ad es. la surrogazione di maternità – possono leggersi al tempo stesso come espressione, o come tradimento, di un'idea di dignità umana.

Inoltre, l'attributo della dignità sconta un'incontenibile vocazione denotativa; può estendersi a tutto, e tutto fagocitare nella propria rarefatta portata valoriale. Può esser proprio non solo della persona, ma pure – per dirla con la Corte costituzionale – di chi "ancora persona deve diventare" (il nascituro), o persino delle azioni umane – dignità della procreazione, dignità del morire – o di collettività umane (la specie umana). La dignità può rimaner "umana", nel discorso giuridico, pur in realtà depersonalizzandosi, perdendo il legame con "un uomo" in carne ed ossa; e, con ciò, allentando il proprio ancoraggio costituzionale.

In questa sua tendenza a pervadere tutto ciò che ha a che fare con l'umano, la dignità si spinge inoltre facilmente a qualificare quelle altre prerogative che per esigenze logiche dovrebbero, invece, da essa distinguersi, perché ad essa si vorrebbero contrapporre, nella dialettica di un bilanciamento. Volendo, insomma, ogni interesse individuale costituzionalmente tutelato può considerarsi espressione particolare del valore generale della dignità, in quanto veicolo di sviluppo della persona umana (art. 2 Cost.). La libertà di procreare è dignità; l'autodeterminazione sanitaria è dignità; la salute è dignità; tutto quel che ha che fare col morire, in un senso, o nell'altro, si colora di dignità.

Ed una volta accettato che anche le azioni umane, o i connotati essenziali di una antropologia, possano indiziare il valore supremo della dignità, allora perché negare che sia espressione di "dignità umana" la libertà di ricerca scientifica – quella che, per intendersi, si confronta con la dignità dell'embrione in *vitro*, quando si tratta di ponderare la legittimità del delitto di sperimentazione di cui all'art. 13 l. 40/2004? La capacità di sperimentare la fondatezza di ipotesi in origine puramente congetturali è un attributo intellettuale distintivo del genere umano, che ci ha fornito un innegabile vantaggio evolutivo. Ricorda Popper: «l'evoluzione

della scienza [...] probabilmente è il più potente strumento dell'adattamento biologico che sia mai apparso nel corso dell'evoluzione organica». Cantava il Poeta: «considerate la vostra semenza/fatti non foste a viver come bruti/ma per seguir virtute e conoscenza»: il perseguimento della conoscenza caratterizza la «semenza umana», distinguendola dalla razza dei «bruti», e si pone a fianco della «virtute». Scrive Lombardi Vallauri: «bloccare la scienza-tecnica in quanto tale è *antiumano*».

Nessun bilanciamento, nessun compromesso, ben strutturato sul piano dell'argomentazione giuridica, può esser condotto pronunciando esclusivamente la parola dignità. Essa, di per sé sola, vale al più come slogan per battaglie ideologiche.

3. *Salute*

Potrebbe non sembrare, ma egualmente divisiva può farsi la parola *salute*, se la consideriamo in una accezione strettamente oggettiva e "biologica", oppure reputiamo l'interesse alla salute pervaso di "benessere soggettivo". Una ripartizione netta, che già alimenta le diatribe, ad esempio, in tema di "atto medico arbitrario": adottando una nozione molto soggettivizzata, la violazione dell'autodeterminazione sanitaria tende a essere "lesione" già soltanto per il disagio psichico che comporta, mentre, altrimenti ragionando, offesa alla autodeterminazione e offesa alla salute si collocano su due piani correlati ma distinti. A seconda del significato prescelto, una condizione come quella di Eluana Englaro potrà essere come non essere salute, oggetto di un obbligo di garanzia del medico; e una coppia potrà non essere, oppure essere, titolare in quanto tale di un diritto alla salute declinato in modo "duale", per l'impossibilità biologica di procreare di uno solo dei *partner*, che frustra le aspirazioni riproduttive dell'altro, tuttavia perfettamente fertile (con quel che ne consegue rispetto alla possibilità di considerare la fecondazione c.d. "eterologa" con donazione di gameti maschili un trattamento funzionale alla soluzione di una malattia, sebbene esso, in realtà, si attui esclusivamente sul corpo del *partner* sano).

Se, poi, si leggono le sentenze costituzionali che passo passo hanno demolito la legge sulla procreazione medicalmente assistita, ponendo attenzione anche al non detto, ci si accorge come la Consulta abbia evocato il parametro dell'art. 32 Cost. tanto per estendere la libertà di procreazione – prevalendo, l'interesse a superare patologie riproduttive, sulle istanze eticizzanti che sostenevano certi rigorosi divieti – quanto per circoscriverla, lasciando intendere che la procreazione è libera da divieti non in quanto tale, ma solo quando funzionale alla salute. Vale a dire: una volta appurata l'esistenza di un diritto, o quanto meno di una libertà, di avere figli; una volta acclarato che procreare non può realmente offendere alcun

interesse terzo (men che mai il figlio stesso, che certo non potrà sentirsi meglio tutelato qualora i genitori siano indotti a non concepirlo, visto che, in tal caso, egli neppure esisterebbe); una volta riconosciuto, infine, come il generare grazie a un supporto medicale non abbia niente, in sé, di "offensivo", tale da giustificare un trattamento discriminatorio rispetto al procreare naturalmente; ebbene, dati tali presupposti – tutti riconosciuti validi dalla Corte costituzionale – un approccio strettamente logico-analitico condurrebbe necessariamente a propugnare una indifferenziata liberalizzazione della procreazione medicalmente assistita. Ma non è questa una conclusione che la Consulta sembra condividere. Essa pare riconoscere valori meritevoli di salvaguardia, in quell'ambito, solo quando la pretesa di generare per vie "artificiali" si accompagni all'esigenza di ovviare a patologie (attuali o prevedibili), in questo modo sancendo un limite di rilevanza costituzionale della procreazione, nel mentre prescrive un divieto di vietare.

Ecco, dunque, un altro concetto proteiforme, con funzioni distinte se non opposte. Una parola produttiva di significati ben differenti: dipende da dove si vuol porre l'accento.

4. *Consenso e vulnerabilità*

A ben guardare, tendono a ostacolare una sintesi anche termini quali *consenso*, o *vulnerabilità*. Il valore del consenso, dell'autodeterminazione in ambito sanitario ad esempio, è da tutti riconosciuto; e però, la rilevanza del consenso cambia profondamente, a seconda dei criteri di validità che gli si attribuiscano. Si pensi soltanto al requisito della attualità, che condiziona la validità, o la stessa ammissibilità, di direttive anticipate; o alla lacerazione che in seno alla comunità dei giuristi si è prodotta rispetto alla sentenza della Cassazione sulla vicenda di Eluana Englaro, cioè riguardo all'asserito potere del rappresentante legale di esprimere un rifiuto di cure salvavita in nome e per conto di chi sia attualmente privo di ogni competenza.

Il consenso all'uso, all'abbandono o alla soppressione del proprio corpo tende a essere considerato irrilevante, poi, quando chi lo esprime versi in una condizione di vulnerabilità, tale per cui la sua non sarebbe "vera" autodeterminazione, bensì una dichiarazione implicita di debolezza che pretende tutela, una richiesta cifrata di aiuto, un'opzione disperata per la mancanza di alternative. Tuttavia, anche a questo proposito, si coglie una contrapposizione, basilare e irriducibile, tra chi associa il requisito della vulnerabilità, *ipso facto*, a certe situazioni esistenziali – l'angoscia del fine vita, la malattia riproduttiva, scelte estreme quali l'offerta del proprio utero per maternità su commissione o la messa in vendita di organi – e chi invece sostiene che detta vulnerabilità dovrebbe al più essere accertata volta

per volta, come elemento utile alla miglior interpretazione di ciò che il soggetto reale intende dire di se stesso. I primi propendono per la logica del divieto, i secondi per una liberalizzazione temperata, eventualmente procedimentalizzata.

Tutti hanno premura di pronunciare con la dovuta delicatezza termini evocativi quali "consenso", "autodeterminazione" e "vulnerabilità", ma nel pronunciarli disvelano preconcetti affatto differenti.

5. *Maternità*

Se le parole più o meno "divisive" sin qui considerate sono ordinariamente evocate nel dibattito in tema di "persona", un sostantivo invece molto – e paradossalmente – trascurato, quando si tratta di procreazione, è *maternità.* Peccato, perché usandolo si potrebbe forse addivenire a convergenze che gli altri vocaboli ostacolano.

Maternità è parola buona, non solo per il suo aggancio costituzionale esplicito e indiscutibile, ma anche perché il suo significato non può che esser uno, ed univoche le implicazioni di valore. Non può concepirsi maternità senza una madre e un figlio, fosse pure in gestazione, e non vi è tutela della maternità senza la salvaguardia di entrambi questi centri di interesse, l'uno essenziale all'altro. La consistenza del valore-maternità è un'interazione virtuosa tra due entità che si completano reciprocamente e armoniosamente, le quali, invece, si trovano a confliggere nel discorso biogiuridico più consueto, che preferisce ricorrere al lessico della dignità (dignità è autodeterminazione della madre sul proprio corpo, ma dignità umana è quella dell'embrione che "pretende" in quel corpo di svilupparsi), della salute (la gestazione può compromettere la salute della madre, ma la salute del nascituro necessariamente passa dalla gestazione), della libertà (requisito che valorizza solo le esigenze della madre, non potendo il nascituro esercitare una libertà).

Attribuire all'embrione *in vitro*, anche quando malato, non più impiantabile, destinato a deperire – o addirittura a "pseudozigoti" che non derivano da una fecondazione e mai saranno realisticamente utilizzabili per una gestazione – la stessa "dignità" del feto in gestazione o dell'embrione ancora inseribile in un progetto praticabile di maternità, è approccio altamente opinabile e incapace di indicare chiare linee ermeneutiche ove si imponga un bilanciamento (ad es. con la libertà di ricerca scientifica). Si trascura come soltanto nel secondo caso entri in gioco l'istanza costituzionale, appunto, della maternità, capace di segnare un salto di qualità, sul piano dei valori, difficilmente contestabile qualunque sia la visione di partenza.

La maternità riesce poi a vestire di una giustificazione laica, costituzionalmente orientata, il divieto penale di surrogazione di maternità (e, con ciò, a fornire un

solido riferimento per interpretazioni teleologiche). Una fattispecie criminosa altrimenti dal senso e dai contorni troppo sfumati, se letta attraverso le lenti sempre fuori fuoco della "dignità", del "consenso", della "vulnerabilità".

Tale divieto, in effetti, trova forse la sua *ratio* nell'esigenza di prevenire una dissociazione tra due maternità entrambe costituzionalmente rilevanti, impossibile da ridurre in termini costituzionalmente adeguati, perché l'attribuzione esclusiva di una maternità comporta, inevitabilmente, il sacrificio totale dell'altra: tanto dimostra il sostanziale *non liquet* circa l'attribuzione della genitorialità che, ad es., la Commissione Nazionale di Bioetica ha pronunciato quando chiamata a prender posizione sulla vicenda dallo "scambio di embrioni" per errore verificatosi nell'ospedale Pertini di Roma.

Se così intendiamo il senso del delitto, ecco che la fattispecie dovrà essere considerata applicabile solo a quella speciale ipotesi di surrogazione, tra le tante, in cui una irriducibile dissociazione di maternità effettivamente sussiste, perché una donna ha impegnato il proprio utero, l'altra il proprio materiale genetico oltre a forti attese sociali ed affettive.

6. *Dialogo, comunicazione, compartecipazione*

Rispetto al fine vita (e non solo), parole che producono eufoniche consonanze sono *dialogo*, *comunicazione*, *compartecipazione*.

È da molti riconosciuto come il passaggio più "bello" della legge 219/2017 sia quello in cui si afferma che «il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura». Per altro verso, la norma dal maggior potenziale non è forse quella sulle disposizioni anticipate di trattamento – che, pur compiendo una scelta, ancora risente di irrisolte contrapposizioni su quanto possa valere un dissenso inattuale cronologicamente, e rischia di essere mortificata da applicazioni difensive e burocratiche – bensì quella in tema di pianificazione condivisa delle cure. In essa si sollecita una relazione *in fieri* tra medico e paziente, attivata sulla base di ragionevoli previsioni, e poi elaborata assieme, passo per passo, così da far maturare una vicendevole conoscenza e una comprensione della malattia, e della cura, fondate su di una comune esperienza. Impresso questo orientamento progressivo, partecipato e dinamico al rapporto terapeutico, esercizi di autodeterminazione, percezioni di dignità, motivi di vulnerabilità, potranno manifestarsi, farsi, e disfarsi, in una sofferta ma sicura dimensione di realtà, trovando riscontro in una consapevolezza profonda ed empatica, non in premesse aprioristiche ed ideologiche, non in informazioni e consensi improvvisati e burocratizzati, non in documenti magari formalmente validi ma sostanzialmente inespressivi del vissuto retrostante.

***

Citazioni erudite e suggestive sono state proposte nel dibattito odierno. Mi perdonerete se, andando a chiudere, esibirò una cultura più popolare.

In uno dei più bei dischi per l'infanzia che mai siano stati incisi, cantava Sergio Endrigo, su testo di Gianni Rodari: «ci sono parole per fingere, parole per ferire, parole per fare rumore: andiamo a cercare insieme le parole per parlare». Un'esortazione che vale per i bambini, perché a maggior ragione vale per gli adulti, e infine, volendo, persino per i giuristi. Almeno per quelli che abbiano inteso l'insegnamento di Francesco Palazzo, e vogliano dargli seguito.

HANNO COLLABORATO AL VOLUME

Giuliano Balbi – Professore ordinario nell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"

Roberto Bartoli – Professore ordinario nell'Università di Firenze

Fabio Basile – Professore ordinario nell'Università di Milano

Marta Bertolino – Professore ordinario nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Filippo Bellagamba – Professore associato nell'Università di Siena

Francesco Callari – Dottore di ricerca nell'Università di Palermo

Giovanni Canzio – Primo Presidente emerito della Suprema Corte di cassazione

Alberto Cappellini – Dottorando di ricerca nell'Università di Firenze

Gaetano Carlizzi – Giudice del Tribunale Militare di Roma

Stefania Carnevale – Professore associato nell'Università di Ferrara

Maurizio Catino – Professore ordinario nell'Università di Milano-Bicocca

Cristina de Maglie – Professore ordinario nell'Università di Pavia – Institute for Legal Research University of California, Berkeley School of Law

Corrado Del Bò – Professore associato nell'Università di Milano

Gian Paolo Demuro – Professore ordinario nell'Università di Sassari

Richard Dubé – Professeur agrégé nell'Università di Ottawa (Canada)

Giovanni Flora – Professore ordinario nell'Università di Firenze

Margarida Garcia – Professeure agrégée nell'Università di Ottawa (Canada)

Alberto Gargani – Professore ordinario nell'Università di Pisa

Fausto Giunta – Professore ordinario nell'Università di Firenze

Gaetano Insolera – Professore ordinario nell'Università di Bologna

Massimiliano Lanzi – Dottore di ricerca nell'Università di Parma

Francesco Macrì – Dottore di ricerca nell'Università di Firenze
Giorgio Maniaci – Professore associato nell'Università di Palermo
Gianfranco Martiello – Ricercatore nell'Università di Firenze
Dario Micheletti – Professore associato nell'Università di Siena
Gherardo Minicucci – Assegnista di ricerca nell'Università di Firenze
Caterina Paonessa – Ricercatore nell'Università di Firenze
MIchele Papa – Professore ordinario nell'Università di Firenze
Pier Francesco Poli – Assegnista di ricerca nell'Università di Milano
Lucia Risicato – Professore ordinario nell'Università di Messina
Sergio Seminara – Professore ordinario nell'Università di Pavia
Michele Taruffo – Professore emerito nell'Università di Pavia
Andrea Francesco Tripodi – Ricercatore nell'Università di Macerata
Vico Valentini – Professore associato nell'Università di Perugia
Antonio Vallini – Professore ordinario nell'Università di Pisa

Criteri per la pubblicazione

1. Al fine di assicurare la qualità scientifica degli studi pubblicati, il Comitato direttivo di *Criminalia* si avvale del giudizio di Revisori esterni, i cui nominativi sono raccolti nella lista riportata di seguito. I Revisori ricevono, in forma anonima, gli scritti destinati alla pubblicazione. Saranno pubblicati unicamente gli scritti valutati favorevolmente da due Revisori che li hanno giudicati l'uno all'insaputa dell'altro.
2. Nel caso di pareri discordanti espressi dai due Revisori, il Direttore può richiedere una valutazione, sempre in forma anonima, a un terzo Revisore anche esterno, il cui giudizio sarà vincolante ai fini della pubblicazione o meno.
3. Sono esclusi dall'anzidetto sistema di valutazione preventiva di qualità: a) gli studi già pubblicati in riviste italiane o straniere classificate in fascia A; b) gli studi dei componenti del Comitato di direzione; c) le relazioni, le comunicazioni e gli interventi a convegni o a incontri pubblici ad essi assimilabili; d) gli scritti non giuridici; e) le recensioni di libri e i resoconti dei convegni; f) gli scritti di studiosi di elevato e riconosciuto merito scientifico e di esperti di comprovata esperienza (es. professori emeriti o onorari; studiosi italiani e stranieri di chiara fama o similari).
   La pubblicazione di tutti i contributi non sottoposti al giudizio dei revisori di cui al punto 1, è comunque subordinata al parere positivo del Comitato di direzione.
4. La documentazione relativa alla procedura di revisione di ciascun lavoro e all'approvazione unanime del Comitato di direzione è conservata a cura della Redazione di *Criminalia*.

Revisori

Giuseppe Amarelli
Giuliano Balbi
Elio R. Belfiore
Filippo Bellagamba
Marta Bertolino
Riccardo Borsari
David Brunelli
Marcello Busetto
Alberto Cadoppi
Alberto Camon
Damiano Canale
Carlotta Conti
Cristiano Cupelli
Francesco D'Alessandro
Giampaolo Demuro
Giulio De Simone
Alberto De Vita
Mariavaleria Del Tufo
Alberto di Martino
Vittorio Fanchiotti
Giovanni Fiandaca
Giovanni Flora
Luigi Foffani
Désirée Fondaroli
Gabriele Fornasari
Ignazio Giacona
Roberto Guerrini
Giulio Illuminati
Gaetano Insolera
Sergio Lorusso
Claudio Luzzati
Stefano Manacorda
Ferrando Mantovani
Luca Marafioti
Enrico Marzaduri
Oliviero Mazza
Nicola Mazzacuva
Alessandro Melchionda
Sergio Moccia
Vito Mormando
Vania Patanè
Paolo Patrono
Marco Pelissero
Davide Petrini
Nicola Pisani
Tommaso Rafaraci
Mario Ricciardi
Lucia Risicato
Mauro Ronco
Placido Siracusano
Luigi Stortoni
Valeria Torre
Giovanni Tuzet
Paolo Veneziani
Tiziana Vitarelli

Edizioni ETS
www.edizioniets.com - info@edizioniets.com

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

www.edizioniets.com/criminalia

Direttore
Fausto Giunta

Comitato di direzione
Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie, Luciano Eusebi, Alberto Gargani, Fausto Giunta, Vincenzo Maiello, Marco Nicola Miletti, Renzo Orlandi, Michele Papa, Carlo Piergallini, Francesca Ruggieri

per sottoscrivere abbonamento e per acquistare numeri arretrati

www.edizioniets.com/criminalia

Edizioni ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di settembre 2019